

**Di Guido Saraceni**

**La sanzione nell'esperienza giuridica.  
Riflessioni a margine, in ricordo di Francesco D'Agostino.**

**Sommario: 1. La sanzione nell'esperienza giuridica; 2. Le sanzioni giuridiche; 3. Una teoria generale della sanzione; 4. L'inferno come pena; 5. La pena di morte; 6. Conclusioni; 7. Postilla**

*Maxima poena est separari a Deo*  
S. Tommaso

“Dio parla in una misericordia  
che nasce nel rigore del tribunale”  
E. Lévinas

1. La produzione scientifica di Francesco D'Agostino è sconfinata ed estremamente ricca. Lungi dall'essersi occupato di un solo argomento, o di un solo ambito epistemologico, D'Agostino ha sviluppato, con grande competenza, una infinita quantità di temi eterogenei: dall'eutanasia al matrimonio; dall'equità alla fecondazione assistita; dall'aborto alla critica del giuspositivismo<sup>1</sup>. All'interno di questo variegato panorama, un posto di primissimo piano spetta, senza ombra di dubbio, al tema della sanzione penale; un argomento delicatissimo e colmo di provocazioni intellettuali, che l'Autore ha affrontato da par suo nel libro *La sanzione*

---

<sup>1</sup> Per menzionare solo alcune tra le sue monografie più significative, *Dimensioni dell'equità*, Giappichelli, Torino 1977; *Normatività e natura. Introduzione ad una lettura critica del diritto naturale*, Torre, Catania 1986; *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino 1989; *Frammenti di filosofia del diritto*, Torre, Catania 1990; *Il diritto come problema teologico ed altri saggi di filosofia e teologia del diritto*, Giappichelli, Torino 1995; *Bioetica: nella prospettiva della filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 1997; *Una filosofia della famiglia*, Giuffrè, Milano 1999; *Filosofia del Diritto*, Giappichelli, Torino 2000; *Lezioni di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 2006; *Giustizia: elementi per una teoria*, San Paolo, Cinisello Balsamo 2006; *Introduzione alla biopolitica: dodici voci fondamentali*, Aracne, Roma 2009; *Crede nella famiglia*, San Paolo, Cinisello Balsamo, 2010; *Bioetica: questioni di confine*, Studium, Roma 2019.

*nell'esperienza giuridica*, adottando una prospettiva spiccatamente inter- e multi-disciplinare.

Il testo propone infatti riflessioni teologiche (pensiamo, a mero titolo di esempio, alla critica dell'inferno come pena<sup>2</sup>); sociologiche (esemplare, a tal riguardo, l'appendice sul futuro della sanzione penale, caratterizzata da un confronto serrato con le tesi di Durkheim<sup>3</sup>); di filosofia morale (basti pensare alla riflessione circa la doverosità della legittima difesa<sup>4</sup>) e persino teorico generale (parecchio significativa, in tal senso, la critica alla teoria kelseniana<sup>5</sup>). Quest'ultimo non era uno dei suoi ambiti prediletti e può lasciare persino perplessi che venga elencato assieme agli altri, che, certamente, gli erano maggiormente congeniali. Eppure, mentre affronta alcune specifiche tesi in materia di sanzione penale, D'Agostino indossa persino le vesti del teorico generale - lo fa a modo suo, con grandissima eleganza ed altrettanta disinvoltura.

In ragione di questa peculiare ricchezza tematica e, per così dire, "prospettica", a me sembra che *La Sanzione nell'esperienza giuridica* rappresenti un ottimo testo da (ri)leggere oggi, percorrendone criticamente le tappe argomentative, per rendere il giusto omaggio ad un impareggiabile filosofo del diritto.

**2.** Il libro prende le mosse dall'analisi etimologica - e semantica - della parola "sanzione". A tal proposito, l'Autore rimarca come il termine *sanctio*, da cui l'italiano "sanzione", rappresenti la forma astratta del termine *sanctum*, a sua volta, participio passato del verbo *sancire*. Da queste primissime indicazioni, sarebbe

---

<sup>2</sup> *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino 1999, Capitolo II., *Giustizia e misericordia. Fondamenti filosofici e teologici della sanzione penale*, in particolare, 81 e ss.

<sup>3</sup> *Ivi*, Cap. I, *Excursus. Dal diritto repressivo al diritto cooperativo nella dinamica dell'integrazione mondiale*, 63-72.

<sup>4</sup> *Ivi*, Cap. VI, *Omicidio e legittima difesa*, 157-178.

<sup>5</sup> *Ivi*, Cap. I, *Elementi per una teoria generale della sanzione*, in particolare, 38 e ss.

possibile inferire che la sanzione è legata alla “dimensione religiosa dell’esperienza umana”<sup>6</sup>.

Tuttavia, suggerendo un’altra e diversa ricostruzione, D’Agostino specifica come il termine riguardi in realtà ciò che è “propriamente umano”, ovvero, ciò che non appartiene, per sua intima natura, alla dimensione del sacro né, tantomeno, a quella profana<sup>7</sup>. Sottolineando il valore del radicale -sak, egli sostiene che sanzionare significhi fare in modo che qualcosa *venga alla luce*, ovvero, che acquisti rilevanza per gli esseri umani: “Siamo così giunti a un primo punto essenziale nel nostro discorso.” – chiosa – “L’indagine etimologica ci comunica una ben determinata immagine dell’uomo: questi non è solo uno spettatore inerte della dinamica degli eventi; egli è capace a suo modo di riconoscerli, di interpretarli, di porre loro il suo sigillo, di *sanzionarli*, di qualificarli cioè in un modo che ha senso solo all’interno dell’esperienza umana”<sup>8</sup>.

L’uomo “sanziona” nel momento in cui “prende sul serio” la realtà, perché “sanzionare” implica il riconoscimento che un fenomeno possiede una particolare rilevanza e merita quindi la massima considerazione<sup>9</sup>. Per questo motivo, scrive D’Agostino, “il nesso, per noi così usuale, tra sanzione e colpa, possiede [...] una valenza che non è immediatamente punitiva: *sancire noxam* non significa, in prima istanza, punire una colpa, ma riconoscerla come tale: riconoscere un atto umano per ciò che effettivamente è, per la sua portata anti-coesistenziale. La punizione è un

---

<sup>6</sup> *La sanzione nell’esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino 1999, 11.

<sup>7</sup> Commentando l’opinione di Ulpiano, D’Agostino scrive: “Ciò che è *sanctum* non è tale per una sua qualità intrinseca: esso richiede un’*intenzionalità specifica* da parte dell’uomo, volta a determinare una zona intermedia tra le due opposte dimensioni «naturali», «autofondate» (per dir così), quella del *sacrum* (ciò che è consacrato agli dei) e quella, opposta, del *profanum*” (*La sanzione nell’esperienza giuridica*, cit., 12).

<sup>8</sup> *La sanzione nell’esperienza giuridica*, cit., 13.

<sup>9</sup> “I significati che tradizionalmente riconosciamo a *sancire*, da quello già citato di pattuire, a quello di consacrare, a quello di garantire vanno perciò tutti ricondotti a quell’atteggiamento di fondo, di carattere squisitamente fenomenologico, col quale l’uomo si proietta nel mondo circostante per farlo suo, giudicandolo secondo la sua misura.” (*La sanzione nell’esperienza giuridica*, cit., 13). Questo stesso concetto viene ribadito in maniera ancor più chiara più avanti nel testo: “La sanzione – nella prospettiva che ci viene svelata dall’analisi etimologica – consiste essenzialmente in un giudizio sul mondo, in quel giudizio attraverso il quale l’uomo qualifica il mondo” (*La sanzione nell’esperienza giuridica*, cit., 15).

posterius [...] che non può trovare spazio se non è preceduta da questo fondamentale atto di riconoscimento”<sup>10</sup>.

Sanzionare significa, quindi, giudicare ciò che accade nel mondo. Un’operazione che l’uomo compie “distinguendo e separando”, in base alla logica dell’*Ur-theil*, che secondo l’ermeneutica di Hölderlin, ripresa successivamente da Hegel, Heidegger e Foucault, corrisponde a una “partizione originaria tra senso e non senso”. Sanzionare è giudicare; giudicare è distinguere, saper distinguere.

Partendo da simili premesse, il testo affronta l’argomento delle mai troppo studiate e comprese *sanzioni positive*. In linea di massima, tendiamo infatti a “rimuovere” il tema, concentrandoci esclusivamente sulle sanzioni negative, come se le prime non fossero “vere sanzioni” e non meritassero di essere considerate e analizzate filosoficamente, al pari delle seconde<sup>11</sup>. A tal riguardo, D’Agostino riprende e critica una tesi kantiana, in base alla quale le sanzioni positive dovrebbero essere considerate come se fossero perfettamente speculari e simmetriche rispetto alle negative<sup>12</sup>. In realtà, le seconde possiedono molte e profonde peculiarità che le differenziano dalle prime, a scapito della simmetria, solo apparente, tra di esse.

In primo luogo, le sanzioni negative sono necessarie alla costituzione ed alla sopravvivenza di un ordinamento giuridico, mentre le sanzioni positive sono “pleonastiche”. L’Autore considera l’argomento da due diversi punti di vista: 1) rimarca che nella storia del diritto non siano mai esistiti ordinamenti privi di sanzioni negative, mentre sono esistiti ordinamenti che non prevedevano sanzioni positive; 2) afferma che il primato delle sanzioni negative possiede una ben radicata e profonda ragione teorica: da esse infatti dipende la sopravvivenza dell’ordinamento. Mentre possiamo facilmente immaginare un ordinamento giuridico che non premia il

---

<sup>10</sup> *La sanzione nell’esperienza giuridica*, cit., 14.

<sup>11</sup> “Nel linguaggio più diffuso, «sanzionare» equivale essenzialmente a punire; le sanzioni sono generalmente intese come mali da infliggere a chi non si è conformato ad una regola”. Tuttavia, avverte l’Autore, un “più raffinato uso linguistico” utilizza il termine sanzione anche in accezione positiva (*La sanzione nell’esperienza giuridica*, cit., 20).

<sup>12</sup> “Nell’esasperato – e spesso pedantesco – spirito formalistico della *Metafisica dei costumi*, Kant istituisce un rigoroso parallelismo tra sanzioni negative e sanzioni positive: «Se qualcuno, adempiendo i propri doveri, fa *più* di quanto può essere costretto a fare secondo la legge, la sua condotta è *meritoria (meritum)*; se compie in stretta misura soltanto ciò che è *conforme* alla legge, egli non fa se non ciò che è *doveroso (debitum)*; se infine, compie *meno* di quanto è richiesto dalla legge, egli cade in una *colpa morale (demeritum)*. L’effetto giuridico di una colpa è la *punizione (poena)*; quello di un’azione meritoria, la *ricompensa (proemium)*» (*La sanzione nell’esperienza giuridica*, cit., 53).

comportamento virtuoso dei cittadini, non possiamo immaginare un ordinamento giuridico che non punisca chi ruba, chi uccide, chi usa violenza nei confronti del prossimo<sup>13</sup>, poiché l'assenza di sanzioni negative per questi comportamenti potrebbe determinarne la dissoluzione<sup>14</sup>.

Sebbene D'Agostino non citi, a tal riguardo, Thomas Hobbes, che di certo non era uno dei suoi punti di riferimento, potremmo forse rintracciare, all'interno di questa argomentazione, il germe della filosofia politica hobbesiana<sup>15</sup>. Se, come riteneva Hobbes, nello *Stato di natura* l'uomo si comporta come un lupo nei confronti degli altri uomini; se, in quella particolare ed ipotetica condizione originaria, la sostanziale uguaglianza degli esseri umani si traduce nella loro reciproca capacità di essere assassini e/o vittime; allora, il diritto penale, o meglio ancora l'esigenza del diritto penale, si trova alla base del contratto sociale, ovvero di quel *pactum unionis* attraverso il quale i cittadini consegnano la propria libertà nelle mani di un unico uomo – o di una specifica istituzione – ricevendo, in cambio, la sicurezza di cui hanno bisogno per poter vivere pacificamente<sup>16</sup>.

Abbandonando per un attimo il terreno della filosofia politica e traducendo quest'ultima argomentazione all'interno di un altro ambito epistemologico - al mero fine di commentare, integrandolo, il pensiero di D'Agostino – potremmo sostenere che le sanzioni negative siano *adattive* e dunque posseggano, per il diritto, la stessa importanza che le notizie o le informazioni negative possiedono per la psicologia cognitiva: nel senso che le sanzioni negative – esattamente come le informazioni o le

---

<sup>13</sup> “Se infatti non è pensabile un ordinamento coesistenziale che non reagisca di principio alle violazioni della coesistenza, è però ben pensabile un analogo ordine che apprezzi sì, ma non premi atti supererogatori, particolarmente meritevoli socialmente. L'illecito (e più ancora, ovviamente, il delitto) rendono *non praticabile* la coesistenza; l'atto meritorio la rende più facile, ma non incide sulla sua stabilità.” (*La sanzione nell'esperienza giuridica*, 23, corsivo mio).

<sup>14</sup> Per questo motivo l'Autore scrive che la sanzione negativa è “ineludibile”, ovvero che essa rappresenta una “condizione di ulteriore sussistenza dell'ordine coesistenziale”, specificando che non “è ipotizzabile un sistema sociale che non reagisca, in linea di principio, alla violazione del principio della coesistenzialità; esso potrà non reagire di fatto, per motivi diversi [...], ma in linea di principio se rinuncerà a reagire sancirà la propria auto-dissoluzione” (*La sanzione nell'esperienza giuridica*, cit., 21).

<sup>15</sup> “Quell'ente pubblico che chiamiamo Stato ha come sua finalità specifica, prioritaria e irrinunciabile quella di garantire la coesistenza, quella cioè di difendere la possibilità di un sistema sanzionatorio, almeno nella sua forma più ristretta (quella penale)” (*La sanzione nell'esperienza giuridica*, cit., 32).

<sup>16</sup> Sul punto, mi permetto di rimandare a G. Saraceni, *Ospitalità. Un valore giuridico fondamentale*, CEDAM, Milano 2012.

notizie negative – sono essenziali per la conservazione e l'evoluzione della specie e, per questo motivo, conquistano un ruolo di primo piano, una elevata *salienza*.

Notiamo inoltre come D'Agostino sviluppi un ragionamento circa i reciproci rapporti tra le sanzioni negative e le sanzioni positive, sottolineando un ulteriore elemento di dissimmetria. Infatti, le sanzioni negative corrono in soccorso di altre sanzioni negative, qualora queste vengano disattese nella loro applicazione: ad esempio, l'evaso, una volta rintracciato dalle forze dell'ordine, sarà sottoposto ad una nuova e più dura sanzione. Mentre le sanzioni positive non corrono in soccorso di altre sanzioni positive: nel caso in cui una sanzione positiva venga disattesa nella sua applicazione, il soggetto che vi ha diritto si appellerà ad una sanzione negativa per ottenere giustizia<sup>17</sup>.

Infine, l'Autore rimarca come le sanzioni negative siano esclusivo appannaggio dello Stato, mentre le sanzioni positive possano essere comminate anche dai privati: “non è concepibile un *monopolio* delle sanzioni positive da parte dello Stato, analogo a quello che si dà sulle sanzioni negative. «*Praemiare pertinet ad quemlibet, punire non pertinet nisi ad ministrum legis*», scrive, con la consueta laconicità, S. Tommaso. Anche se non raffrontabili, sul piano delle potenzialità economiche con lo Stato, i privati possono al pari di questo incentivare e premiare con borse di studio, assegni, onorificenze, titoli accademici: l'unico premio che un privato non può concedere è l'esenzione da una pena criminale”<sup>18</sup>.

Siamo quindi portati a ritenere che le sanzioni negative possiedano un *primato* rispetto alle positive, considerando come la presunta simmetria tra le prime e le seconde possa essere revocata in dubbio sotto molti e diversi punti di vista. Tutto questo non implica, tuttavia, l'adesione al normativismo formalistico kelseniano, che l'Autore, come avremo modo di considerare, critica in maniera parecchio netta ed esplicita.

---

<sup>17</sup> “La funzione promozionale del diritto passa sì attraverso sanzioni positive, che sono garantite però, proprio ai fini della loro credibilità sociale, dal sistema ordinario delle sanzioni negative. Non si darà mai, invece, il reciproco: che le sanzioni negative siano garantite, quanto alla loro applicazione, da sanzioni positive; le sanzioni negative appaiono sempre rapportate ad altre sanzioni negative ulteriori” (*La sanzione nell'esperienza giuridica*, cit., 56).

<sup>18</sup> *La sanzione nell'esperienza giuridica*, cit., 57.

3. Nel primo capitolo del volume, troviamo la critica del normativismo kelseniano - una premessa imprescindibile e, certamente, una delle principali e più nitide chiavi di lettura ermeneutica dell'intero volume. Dopo aver illustrato il pensiero di uno dei massimi giuristi del XX secolo, D'Agostino lo sottopone ad una rigorosa analisi, basata su ragionamenti dal carattere teorico generale, prima ancora che filosofico: “ad onta della sua ostentata purezza, la *reine Rechtslehre* è incapace di costruire un modello teorico autosufficiente di sanzione: essa infatti, o è costretta a qualificare la sanzione tramite il ricorso a elementi empirici, e quindi extra-giuridici, o non riesce a distinguere la nozione di sanzione da quella, del tutto generica, di «effetto giuridico»<sup>19</sup>.

L'Autore taccia di riduzionismo le tesi kelseniane, rimproverando al celebre studioso di non aver tenuto nella giusta considerazione una lunga serie di fenomeni che, pur appartenendo al mondo del diritto, non possono di certo essere ricompresi nello schema logico della disposizione normativa “se è A, allora deve essere B”. Qualora accettassimo i presupposti teoretici da cui muove il Padre del giuspositivismo, saremmo infatti costretti ad escludere il processo dall'orizzonte di senso del diritto – perché solo in senso improprio e sui generis possiamo accomunare la sentenza alla disposizione normativa; le norme processuali a quelle sostanziali -; allo stesso modo, dovremmo considerare estranee al mondo del diritto: l'equità – valore giuridico di importanza a dir poco fondamentale -; la buona fede o la consuetudine<sup>20</sup>.

Ancor di più, Kelsen non si limita a stabilire l'irrilevanza giuridica di tutto ciò che esula dallo schema tipico della disposizione, ma afferma che l'unica disposizione propriamente giuridica è la disposizione sanzionatoria – sovvertendo, in tal modo, l'orientamento tradizionale che qualificava come “secondaria” la norma

---

<sup>19</sup> *La sanzione nell'esperienza giuridica*, cit., 39.

<sup>20</sup> “Affascinato dal mito scientifico della semplicità, Kelsen non si è mai voluto accorgere dell'indebita semplificazione della realtà giuridica cui costringeva la sua teoria; non si può non concordare con Hart, quando scrive che una simile dottrina acquista la piacevole uniformità del modello a un prezzo veramente troppo alto, quello di recar violenza alle diverse funzioni esercitate dai diversi (e reciprocamente irriducibili) tipi di norme giuridiche” (*La sanzione nell'esperienza giuridica*, cit., 42).

sanzionatoria<sup>21</sup>. Diviene così evidente la ristrettezza della prospettiva kelseniana, incapace di attribuire il crisma della giuridicità a tutte quelle disposizioni che non prevedono alcuna sanzione e dunque alle regole di carattere costitutivo, organizzativo ed istituzionale; alle disposizioni precettive aventi carattere primario e persino, paradossalmente, alle norme di rango costituzionale.

Ciò premesso, l'Autore sostiene che il "vero problema", nel nome del quale dobbiamo superare la teoria kelseniana, non sia tanto quello di "non ridurre a monotona e falsa omogeneità la varietà delle norme giuridiche, ma quello di trascendere una costruzione puramente formale del diritto". Ad avviso di Kelsen, la struttura sanzionatoria della norma è racchiusa infatti nella formula *wenn A, soll B sein* (formula in cui rappresenta l'illecito e B la sanzione). Ma da "buon formalista", Kelsen nega che l'illecito sia "un male in sé", sarebbe tale solo perché così ha stabilito il legislatore. In definitiva, sarebbe l'esistenza di B, ovvero della sanzione, a qualificare A come illecito<sup>22</sup>.

"L'esito della dottrina kelseniana" – nota l'Autore – "può essere sintetizzato con le parole usate da Gide nella sua rielaborazione drammatica del *Processo* di Kafka: «La dimostrazione della tua colpa non sta forse nella tua pena? Devi riconoscere il tuo errore e convincerti di questo: sono punito, quindi sono colpevole»"<sup>23</sup>.

A prescindere dalle perplessità che una simile teoria naturalmente ingenera in chi non accetta di accostare diritto e forza, supponendo che la previsione di un reato debba riposare necessariamente su di un'altra e più profonda *ratio*, che non sia la mera previsione legislativa, D'Agostino nota quanto essa sia "internamente fragile": lo schema logico su cui si basa non è infatti in grado di essere applicato sempre e con

---

<sup>21</sup>Ad avviso di D'Agostino, "le difficoltà maggiori della teoria kelseniana sono quelle che attengono alla celebre inversione tra norme primarie (che stabiliscono un precetto) e norme secondarie (che stabiliscono la sanzione da applicare a chi non abbia rispettato una norma primaria). È noto che per Kelsen, la vera norma primaria, anzi l'unica norma giuridica è la norma sanzionatoria" (*La sanzione nell'esperienza giuridica*, cit., 42).

<sup>22</sup> "Da buon formalista, Kelsen nega che l'illecito sia un *malum in se*; a suo avviso non esiste alcuna possibilità di dimostrare scientificamente che taluni tipi di comportamento umano sono, per loro stessa natura, illeciti [...] insomma secondo Kelsen è la stessa esistenza di B, della sanzione, e non alcun'altra ragione etica, sociale, psicologica o politica, a farci qualificare A come illecito" (*La sanzione nell'esperienza giuridica*, cit., 43).

<sup>23</sup> *La sanzione nell'esperienza giuridica*, cit., 43.



certezza. Ad esempio, “non si può concludere che sia illecito avere un reddito, a partire dal fatto che è valida la norma secondo cui tutti coloro che hanno un reddito devono pagare le imposte”<sup>24</sup>.

Una simile aporia non può essere sanata neanche rinunciando al concetto stesso di illecito, ovvero, estendendo il concetto di sanzione fino a ricomprendervi tutti gli atti coercitivi previsti dall’ordinamento – come fa Kelsen, nella seconda edizione della sua *Dottrina Pura* – e considerando la sanzione penale alla stregua di una reazione avverso uno stato di cose “socialmente indesiderabile”<sup>25</sup>. In tal modo, non si riuscirebbe infatti a superare l’argomento delle imposte – che certamente non seguono ad una situazione socialmente indesiderabile. Ancor di più, le misure di sicurezza rappresentano la reazione ordinamentale ad una situazione socialmente indesiderabile, tuttavia, a differenza della vera e propria sanzione penale, potrebbero non avere, per il soggetto che le patisce, alcun carattere coercitivo. Infine, nel caso in cui queste misure anticipino la commissione di un fatto giuridicamente rilevante, sarebbe comunque necessario stabilire solidi *criteri* circa la responsabilità personale dei destinatari<sup>26</sup>.

Infine, D’Agostino nota come la concezione della norma sanzionatoria come norma primaria incontri un’ulteriore e “grave difficoltà”: “mentre non c’è dubbio che due norme prescrittive possano essere antinomiche, non può dirsi la stessa cosa nel caso di due norme sanzionatorie”. Se il diritto si compone esclusivamente di norme sanzionatorie, la compresenza di precetti e divieti in merito ad un medesimo

---

<sup>24</sup> *La sanzione nell’esperienza giuridica*, cit. 44.

<sup>25</sup> Quali, ad esempio, l’esproprio per pubblica utilità, la demolizione coattiva di edifici pericolosi, l’internamento coatto dei malati mentali... Kelsen afferma che in tutti questi casi la reazione dell’ordinamento non debba necessariamente seguire all’“illecito”, ma potrebbe addirittura precederlo.

<sup>26</sup> “Non è detto, in linea di principio, che le misure di sicurezza siano coercitive; proprio perché strutturalmente diverse dalla sanzione (in quanto che non presuppongono un illecito) esse possono essere accettate dal destinatario come ragionevoli e (anche per lui) utili: il malato di malattia infettiva può ad es. essere il primo a desiderare un ricovero e un isolamento in ospedale; c) quando poi tali misure sono suggerite dalla estrema probabilità che un delitto sia stato commesso (arresto preventivo) o che possa essere commesso in futuro (Kelsen fa l’esempio dell’internamento in campi di concentramento, durante una guerra, di cittadini di una potenza belligerante, che vivono nel territorio dell’altro stato) sarà necessario, per evitare che tali misure decadano nell’arbitrarietà, stabilire criteri che coinvolgano la responsabilità personale dei destinatari delle misure stesse (indizi gravi di colpevolezza, possibilità concrete di collaborazionismo col nemico, ecc.) e non adottare il fatto nudo e crudo dell’indesiderabilità obiettiva che certe situazioni possano prodursi: altrimenti i trattamenti più crudeli e violenti potrebbero a pieno titolo pretendere il crisma di un’impossibile giuridicità” (*La sanzione nell’esperienza giuridica*, cit., 46).

comportamento “non avrà lo statuto né di contraddizione logica, né di lacuna logica del sistema”. Questo inaccettabile paradosso rappresenta, senza ombra di dubbio, uno dei “più forti argomenti contro la teoria sanzionatoria del diritto”<sup>27</sup>.

Coerentemente, l’Autore sostiene l’opportunità di tornare alla teoria pre-kelseniana “secondo la quale non è il criterio della sanzione a render possibile l’identificazione dell’illecito, ma viceversa è l’illecito a costituire la premessa qualificante per l’identificazione della Sanzione”<sup>28</sup>.

4. La seconda parte del libro, a mio avviso parecchio profonda e significativa, viene dedicata da D’Agostino a riflessioni di stampo teologico. In questo contesto, esplicitamente dedicato al tema “Giustizia e misericordia”, l’Autore affronta la dottrina dell’inferno - un luogo irrisolto e certamente problematico per la cultura della secolarizzazione. Con grande chiarezza e altrettanta onestà intellettuale, egli sottolinea che non intende prendere in considerazione questo argomento nella sua “specificità escatologica”, ma solo nella misura in cui da esso emerge “un discorso inequivocabile sulla pena”.

A tal proposito, D’Agostino espone il contenuto di un “piccolo, ma densissimo libro” di Hans Ur von Balthasar, intitolato *Che cosa possiamo sperare?*, rimarcando come il celebre teologo abbia ricondotto il tema dell’inferno a quello della speranza, al fine di dimostrare che ogni cristiano ha la possibilità, “al limite il dovere”, di sperare nella salvezza di tutti. Questo, ad avviso di D’Agostino, sarebbe il reale significato della efficacissima formula: “l’inferno c’è, ma (forse) è vuoto”, con la quale lo stesso Balthasar sintetizza il proprio pensiero.

Tuttavia, l’Autore sottolinea come la tesi di Balthasar sia stata frequentemente misconosciuta e strumentalizzata. Una parte della critica ne ha infatti criticato aspramente l’aspetto “trionfalistico”, confondendola con più antiche e ben diverse teorie apocastiche; mentre un’altra e consistente parte dei commentatori l’ha strumentalizzata, al fine di “argomentare la necessità di ripensare a fondo la

---

<sup>27</sup> La sanzione nell’esperienza giuridica, cit., 48.

<sup>28</sup> La sanzione nell’esperienza giuridica, cit., 46.

tradizionale concezione della pena propria della cultura cattolica”. Più precisamente, qualcuno ha ritenuto che Balthasar intendesse dimostrare che la stessa categoria della pena, intesa alla stregua di un principio di giustizia retributiva, non potesse avere diritto di cittadinanza nella visione cristiana del mondo e che “se lo ha avuto – come di fatto è stato – è perché la cultura cristiana è caduta in un colossale equivoco teologico ed esegetico, se non è stata addirittura vittima (o complice?) di un «tradimento»<sup>29</sup>”.

D’Agostino ritiene invece che Balthasar non abbia in alcun modo contraddetto la legittimità teologica del principio della pena. Quest’ultimo non nega, infatti, la *possibilità del male*, ma afferma che il male, per quanto radicale, “potrebbe”, pur *senza essere ignorato*, essere “integralmente espiato”, ovvero “vinto”, ad opera del bene stesso<sup>30</sup>. Detto in altre parole, Balthasar non ritiene che per un cristiano sia strettamente necessario credere nell’inferno, tuttavia, non ne considera l’esistenza impossibile; ovvero, non giudica che l’esistenza dell’inferno sia incompatibile con la “Weltanschauung cristiana, con la fede in un Dio che è il signore della misericordia”. Se dovessimo ritenere inferno e cristianesimo radicalmente incompatibili, staremmo invece compiendo il grave errore di “non prendere sul serio il male”, correndo il rischio di “ridurre la Teo-drammatica a commedia”.

In tal senso, conclude D’Agostino, la riflessione di Balthasar conferma l’antica “e difficilissima” prospettiva vetero-testamentaria in base alla quale giustizia e misericordia coincidono in Dio. Per i giuristi, si tratta di una tesi ardua che, tuttavia, appare teoreticamente irrinunciabile. Se la giustizia fosse avulsa dalla misericordia diverrebbe infatti “freddo calcolo”, un mero esercizio di logica formale che rischierebbe di annichilire, per soffocamento, la “dimensione umana del diritto”; se la misericordia fosse avulsa dalla giustizia perderebbe il suo logos, trasformandosi in una pericolosa forma di “ottusità”.

---

<sup>29</sup> *La sanzione nell’esperienza giuridica*, cit. 83.

<sup>30</sup> Commentando la vittoria del bene sul male, con la consueta e sottile classe, Francesco D’Agostino chiosa: “Con quali modalità, non è qui il caso di dire: certo, attraverso la morte di Cristo; e la morte di Cristo è pur stata una pena”. *La sanzione nell’esperienza giuridica*, cit. 84.

D'Agostino rimarca dunque la necessità di trovare il giusto equilibrio tra giustizia e misericordia, incardinando la sua peculiare teologia della sanzione penale sul concetto di *vindicatio*. Facendo riferimento a quest'ultima, ovvero all'atteggiamento di "chi ha sete di giustizia", l'Autore sostiene che l'uomo ha il dovere imprescindibile di assumere un gravoso impegno etico, consistente nel "dire di no al male". Mentre rinunciare alla *vindicatio* implicherebbe un atteggiamento di passiva complicità che, negando la possibilità stessa del male, finirebbe paradossalmente per rendere impossibile anche il bene<sup>31</sup>.

Questo non significa adottare una teoria vendicativa della pena. L'Autore è perfettamente consapevole del fatto che essa sarebbe troppo arida, "per un'umanità che ha ascoltato e accolto il messaggio della misericordia cristiano". Significa, al contrario, considerare che la teoria della pena non può permettersi di mettere tra parentesi la dimensione retributiva della giustizia "in nome di un frettoloso appello alla misericordia". Così facendo, finirebbe infatti per annichilire la stessa misericordia, confondendo quest'ultima con una indecorosa *pappa del cuore* – "per usare la durissima e icastica espressione hegeliana".

In definitiva, "Giustizia e misericordia [...] non possono essere separate: senza la misericordia la giustizia diviene disprezzo dell'uomo e la pena violenza brutta; ma senza la giustizia la misericordia diviene misconoscimento ottuso della potenza del male. In questo insegnamento si condensa l'essenziale del messaggio cristiano sul diritto penale"<sup>32</sup>.

**5.** I temi e le argomentazioni sin qui brevemente illustrate trovano un epilogo tanto problematico quanto necessario nella parte finale del volume, e più esattamente nel capitolo dedicato alla pena di morte. Quest'ultima rimanda, infatti, ad un

---

<sup>31</sup> "E simmetricamente anche il bene – quando tace la *vindicatio* – viene svuotato di senso: la parola più alta della giustizia, il perdono, quando si nega la realtà del male, perde infatti in tal modo ogni valenza. Si può, propriamente, perdonare solo chi realmente sia colpevole, non chi ha fatto ciò che ha fatto senza averne coscienza, a causa della sua ignoranza o della sua incapacità" (*La sanzione nell'esperienza giuridica*, cit., 88).

<sup>32</sup> *La sanzione nell'esperienza giuridica*, cit., 98.

dirompente coacervo di problemi filosofici, rappresentando l'argomento forse più spinoso del libro; il banco di prova della filosofia della pena così finemente e sapientemente delineata dal suo Autore.

Inizialmente, D'Agostino sottolinea come esistano “argomenti di principio” e “argomenti di fatto” contro la pena di morte. I primi revocano in dubbio la liceità giuridica, etica o religiosa della pena di morte, mentre i secondi hanno carattere politico, fattuale, sociologico<sup>33</sup>. All'interno di questo secondo gruppo di argomentazioni, apparentemente auto-evidenti ed inconfutabili, troviamo: la scarsa efficacia deterrente; la mancata rieducazione del reo; la irreparabilità.

Alcuni commentatori sostengono infatti che la pena di morte andrebbe abolita perché non vi sarebbe alcuna differenza, nell'incidenza statistica dei reati violenti, tra Paesi che la prevedono e Paesi che *non* la prevedono. Ciò proverebbe che la pena di morte è inutile, non avendo una consistente efficacia intimidatoria<sup>34</sup>. L'Autore rimarca, a tal proposito, come la finalità principale della sanzione penale non sia quella intimidatoria<sup>35</sup>, avanzando al contempo fondati dubbi sul modo in cui sono state elaborate le su menzionate statistiche. Non ha infatti alcun senso contrapporre gli ordinamenti che prevedono la pena di morte agli ordinamenti che non la prevedono, semplicemente perché molti ordinamenti, pur prevedendo la pena capitale, non la applicano quasi mai, privandola, così, di qualsivoglia efficacia deterrente. Bisognerebbe più correttamente contrapporre e paragonare l'incidenza statistica dei reati violenti commessi all'interno degli ordinamenti che applicano la

---

<sup>33</sup> “Gli argomenti contro la pena di morte possono essere *fattuali* o *di principio*. Per argomenti fattuali si devono intendere quelli che ne discutono *l'opportunità socio-politica*; per argomenti di principio quelli che ne discutono la *liceità* giuridico-etico-religiosa” (*La sanzione nell'esperienza giuridica*, cit., 181).

<sup>34</sup> “Analisi sociologiche mostrano che non ci sono rilevanti differenze, quanto al tasso di criminalità, tra paesi abolizionisti e paesi non abolizionisti: e questo starebbe ad indicare il fatto che i secondi, diversamente rispetto ai primi, mantengano la pena di morte nei loro ordinamenti penali, sarebbe ininfluenza rispetto alla prevenzione della criminalità. L'argomento, purtroppo, è specioso” (*La sanzione nell'esperienza giuridica*, cit., 182).

<sup>35</sup> “È qui che si svela il punto debole di questo argomento, che va individuato nel suo obiettivo ridurre la funzione della pena a una mera funzione *intimidatoria*, dimenticando il suo portato di *giustizia*” (*La sanzione nell'esperienza giuridica*, cit., 183).

pena di morte al dato registrato negli ordinamenti che non la prevedono<sup>36</sup>. Peraltro, risulta parecchio difficile immaginare che la pena capitale non possieda una efficacia deterrente, in particolar modo se poniamo mente a quei che vengono attentamente pianificati, programmati e premeditati, da associazioni e gruppi criminali solitamente molto attenti nel ponderare modalità, tempi, luoghi, costi e benefici delle proprie azioni.

Il secondo argomento fattuale contro la pena di morte è l'argomento della irreparabilità. *Ictu oculi*, potrebbe sembrare autoevidente e dunque inattaccabile. Effettivamente, la pena di morte non consente una riparazione: lo Stato non ha alcuna possibilità di rimediare al suo errore, nel caso in cui condanni un innocente. E tuttavia, l'Autore espone una serie di ragionevolissime critiche che incrinano la apparente fondatezza del ragionamento. In primo luogo, nota come tutte le pene siano, a loro modo, irreparabili. Anche la "semplice" pena detentiva, a suo modo, lo è. Nessuno, infatti, potrà mai restituire al condannato il tempo trascorso in carcere. Nessun risarcimento economico, per quanto significativo, potrà mai consentirgli di riavere ciò che ha perso a causa di una condanna ingiusta. Lo Stato potrà riconoscere al cittadino un risarcimento, commisurato al tempo ed alle condizioni della detenzione, ma questo non significa che l'innocente sarà pienamente risarcito del danno subito – consistente nell'essere stato privato, tra le mura di una cella, della libertà alla quale avrebbe avuto pienamente diritto. Anche volendo sostenere che un risarcimento economico sia in grado di reintegrare e soddisfare pienamente il soggetto leso da una condanna ingiusta, resterebbe la considerazione per cui l'argomento della irreparabilità è valido esclusivamente in caso di dubbio, divenendo drasticamente irrilevante in tutti quei casi in cui i magistrati hanno la certezza di trovarsi di fronte un colpevole – ovvero, in tutti i casi quei casi i cui una serie di solide e inattaccabili prove, corroborate magari da una confessione, inchiodano il reo alla propria colpa.

---

<sup>36</sup> "Analisi sociologiche più acute hanno mostrato che non solo la pena di morte, ma qualsiasi altro tipo di pena tende a perdere efficacia deterrente quando la sua applicazione sia incerta e/o casuale e questo per l'appunto è il caso dell'applicazione della pena di morte, che nei paesi non abolizionisti, che ammettono un franco controllo della loro politica criminale, si va facendo sempre più rara e difficoltosa" (La sanzione nell'esperienza giuridica, cit., 182).

Il terzo e ultimo argomento si basa sulla constatazione per cui la pena di morte non rieduca. Si tratta di un dato di fatto che appare parecchio difficile da confutare. Eppure, anche esso viene sottilmente criticato da D'Agostino, il quale sottolinea l'opportunità di comprendere bene cosa si intenda, esattamente, con il termine *rieducazione*: “se infatti per *rieducazione* si dovesse intendere una mera dinamica *psico-pedagogica*, si dovrebbe arrivare al paradosso di dover riservare le sanzioni criminali solo ai delinquenti minorenni e a non dover mai infliggere pene criminali a soggetti per i quali una tale dinamica sarebbe di principio improponibile: ad es. gli anziani, o comunque i criminali dotati di un sistema forte, per quanto deforme, di valori (o meglio: contro-valori) etici”<sup>37</sup>.

Inoltre, se adottassimo coerentemente questa prospettiva, dovremmo punire anche i soggetti *socialmente pericolosi* o anche più semplicemente *disadattati*, al fine di *rieducarli* e consentire una loro più sana e corretta partecipazione alla vita sociale. “In breve”, conclude l'Autore, “assolutizzare la logica della rieducazione implica favorire la logica di una società paternalistica, irrispettosa dell'*ethos* dei cittadini e pronta a intervenire su di essi per alterarlo o comunque condizionarlo”<sup>38</sup>. Dobbiamo allora riconoscere un diverso valore alla rieducazione, che le restituisca “il senso che un tempo le si dava quando si usava il termine, ormai desueto, di *espiazione*. Espiare è rieducarsi essere costretti – attraverso la pena – ad espiare implica l'essere costretti a rieducarsi. E questo non perché attraverso la pena si apprendano valori nuovi [...] ma perché quando si è sottoposti a una pena che si sa di meritare (cioè ad una giusta pena) si *prende sul serio* la colpa commessa”<sup>39</sup>.

La pena capitale non consente un reinserimento del reo all'interno della società, questo è certo, ma ciò non significa che la *meditatio mortis* dovuta ad una condanna tanto dura, non aiuti il reo a maturare la consapevolezza dei propri errori.

---

<sup>37</sup> *La sanzione nell'esperienza giuridica*, cit., 185.

<sup>38</sup> *Ivi*, cit., 185.

<sup>39</sup> *Ivi*, cit., 185.

In questo senso, non è affatto scontato che la pena di morte non possieda una sua peculiare efficacia rieducativa<sup>40</sup>.

Comprendiamo dunque come i tre argomenti fattuali che vengono usualmente utilizzati contro la pena di morte risultino meno forti e fondati di quanto non avremmo pensato in un primo momento: ciascuno di essi presenta profili di problematicità e può essere criticato, revocato in dubbio, indebolito, da una opportuna riflessione critica. Con riguardo, invece, agli argomenti “di principio”, l’Autore prende in considerazione la illiceità religiosa della pena capitale (“solo a Dio spetta così donare come togliere la vita”); la sua scorrettezza etica (“la pena di morte contrasta con la dignità dell’uomo”) e giuridica (“essa violerebbe un diritto umano fondamentale, assolutamente indisponibile, come il diritto alla vita riconosciuto dall’art. 3 della *Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo*”).

Anche in questo caso, D’Agostino rappresenta con grande precisione le principali obiezioni che potrebbero essere mosse contro le argomentazioni appena elencate, sottolineando come l’argomento religioso avrebbe una validità ridotta, perché strettamente infra-confessionale, l’argomento giuridico potrebbe essere tacciato di formalismo e quello etico di scarsa attualità e dunque di inconsistenza, soprattutto all’interno della società contemporanea, caratterizzata dall’avvento del politeismo etico di weberiana memoria.

Tuttavia, l’Autore ritiene che il valore degli argomenti di principio consista nel fatto che ciascuno di essi, a suo modo, porta “testimonianza di come [...] l’assoluto entri nel relativo; di come cioè il problema di una pena che sopprima la vita umana sia infinitamente più grande di qualsiasi altro problema giuspenalistico e

---

<sup>40</sup> “In questa prospettiva, anche la pena di morte ha un’efficacia rieducativa: essa pone il condannato nelle ultime ore di vita *drammaticamente* di fronte alla sua colpa e gli offre un’ultima e radicale possibilità di conversione. Chi legga le cronache del passato, quando sulle esecuzioni capitali si condensava la curiosità autentica dei cronisti, non condizionata da valutazioni aprioristiche, può facilmente registrare l’obiettiva efficacia redentrice che possedevano le condanne capitali. Probabilmente, nel sistema di valori attualmente dominante, tale efficacia redentrice sarebbe nulla o ridotta entro limiti ben angusti: il condannato sarebbe probabilmente dominato più che dalla consapevolezza della sua colpa, dalla convinzione dell’ingiustizia di principio della condanna che è costretto a subire [...] ma dobbiamo ripetere che si tratta di una prospettiva meramente *fattuale*, e quindi facilmente ribaltabile, che nulla ha a che vedere con la confutazione di principio della morte come pena” (*La sanzione nell’esperienza giuridica*, cit., 186).



metta in gioco il modo radicale con cui ogni uomo fronteggia l'esistenza, cercando di darle un senso"<sup>41</sup>.

Tutti questi argomenti possono dunque “esser fatti convergere in un uno solo, quello che afferma che la vita umana – la vita di ogni individuo – è *sacra*, cioè indisponibile da parte di qualunque soggetto, pubblico o privato, per quanto possa essere grande il vantaggio che potrebbe esser tratto dalla soppressione legale di individui colpevoli e socialmente pericolosi”. Si tratta, ovviamente, di un argomento che non può essere verificato empiricamente, ma “esso possiede nelle coscienze un fondamento ben più radicato di qualsiasi fondamento empirico”<sup>42</sup>.

6. A mio avviso, *La sanzione nell'esperienza giuridica* è uno dei libri più interessanti e complessi che ci ha lasciato in eredità Francesco D'Agostino. Al suo interno possiamo rinvenire diverse linee di ricerca, sapientemente intrecciate attorno ad un nucleo tematico forte, originale e per nulla facile da difendere – soprattutto, se ci sforziamo di collocare l'opera nel periodo storico in cui fu scritta e pubblicata.

In un contesto dominato da non troppo velate tentazioni riduzionistiche, D'Agostino prese infatti le distanze dalle concezioni sociologiche, psicologiche o più semplicemente politiche della pena, per rivendicarne con forza il valore essenzialmente giuridico. Rifacendosi alla “scandalosa” lezione hegeliana, l'Autore considerò la sanzione penale alla stregua di un vero e proprio diritto del reo, collegato, in maniera indissolubile, alla libertà di cui gode - e dunque alla responsabilità di cui è gravato - ciascun consociato.

Attraverso le proprie azioni, il reo ha dimostrato di non saper fare buon uso della libertà, o meglio, l'ha sfruttata per violare la delicata simmetria imposta dalla

---

<sup>41</sup> *La sanzione nell'esperienza giuridica*, cit., 80.

<sup>42</sup> Ivi, 188-189.

Giustizia ai rapporti interpersonali<sup>43</sup>. Per questo motivo, merita di essere punito, in modo che possa espiare la propria colpa. “Individuando nell’espiazione la funzione giuridica della pena, il diritto riconosce che ogni uomo è portatore di una sua innata e irrinunciabile dignità, che il reato può infangare, ma mai far venir meno e che è compito appunto della pena riaffermare”, mentre “un reo, al quale non venga riconosciuto il diritto alla pena, è di fatto portatore di un giudizio di inespianabilità della sua colpa”<sup>44</sup>.

Come diretta conseguenza, D’Agostino propende per una concezione retributiva della sanzione penale, ritenendo che questa sia “l’unica teoria della pena compatibile con una visione non riduzionistica del diritto”. In tal modo, l’Autore non intende negare che la pena possa avere *anche* un effetto preventivo, *anche* una capacità emendante, *anche* una carica di intimidazione. Ovvero, non intende negare ogni valore a quelle che definisce “teorie extra-giuridiche” della pena, mira tuttavia a sottolineare che esse hanno una valenza “solo se riconnesse alla finalità primaria che è propria della pena: quella di punire secondo giustizia o, per essere ancora più precisi, quella di punire *tout court*, poiché una punizione priva di giustizia non può più esser detta punizione; è semplicemente un atto di violenza”<sup>45</sup>.

7. Ho “conosciuto” Francesco D’Agostino nell’estate del 1993, mentre ero in vacanza con la mia famiglia, in montagna, indeciso su quale percorso universitario seguire, come tanti neodiplomati, ero sospeso, in bilico tra mille aspirazioni, aspettative e dubbi. Domandai quindi a mia sorella Emma, già iscritta al III anno della Facoltà di Giurisprudenza, la cortesia di prestarmi un libro che mi aiutasse a comprendere se e quanto avrei potuto apprezzare lo studio del diritto. Più precisamente, le chiesi di prestarmi un manuale, uno solo, tra quelli che lei aveva già

---

<sup>43</sup> “Non il fatto materiale della violazione della simmetria fa nascere la colpa (dato che tutta l’esistenza nella sua complessa dinamica implica un continuo venir meno e un continuo ricostruirsi in sempre nuove forme della simmetria), ma l’ascrivibilità di questo fatto alla libertà: a quella dimensione, cioè, per la quale l’uomo si fa intenzionalmente promotore di un’alterazione dei suoi rapporti con gli altri, deformandoli indebitamente a proprio vantaggio” (*La sanzione nell’esperienza giuridica*, 109).

<sup>44</sup> *La sanzione nell’esperienza giuridica*, cit., 114-115.

<sup>45</sup> *Ivi*, 107.

studiato, che avesse apprezzato particolarmente e che potesse fornirmi un'impressione generale sul corso di studi che mi apprestavo a seguire. Non le fu necessario riflettere, mi consegnò immediatamente *Il Diritto come problema teologico*, avvertendomi: “tieni presente, però, che gli altri libri che studierai non saranno altrettanto belli”.

Questo fu il mio primo incontro con Francesco D'Agostino: folgorante.

*Il diritto come problema teologico* mi consegnò il “senso”, il valore, degli studi in Giurisprudenza.

Successivamente, il Professore fu relatore della mia tesi di laurea e Direttore della mia tesi di Dottorato, presso la Sapienza. Ebbi inoltre il grande onore di poterne frequentare la cattedra come cultore della materia, negli anni più importanti della mia formazione post-lauream.

Sono quindi molto grato all'Unione Giuristi Cattolici, al suo Presidente Damiano Nocilla e ad Agata Amato per aver organizzato una giornata in memoria di D'Agostino, consentendomi successivamente di scrivere questa nota in suo onore. Francesco era un uomo di sconfinata cultura, raffinato acume ed infinita pazienza – non sta certo a me dirlo, ma consentitemi di ribadire il concetto. Aveva inoltre un gusto del tutto particolare per la polemica, per la provocazione intellettuale: si divertiva a spiazzare il suo interlocutore, proponendo tesi ardite, non di rado *iperboliche*, che riusciva però a difendere con argomentazioni argute e mai banali.

Era un uomo completamente dedito al lavoro, impegnato in mille iniziative a carattere didattico, scientifico e divulgativo. Ha lasciato un vuoto incolmabile al centro del panorama culturale e accademico, restando, per chi ha avuto la grande fortuna di conoscerlo personalmente, un fulgido ideale regolativo di etica del lavoro e di perfezione professionale.