L'IRCOCERVO
PRIMA RIVISTA ELETTRONICA ITALIANA DI METODOLOGIA GIURIDICA - TEORIA GENERALE DEL DIRITTO E DOTTRINA DELLO STATO
FIRST ITALIAN DIGITAL JOURNAL OF LEGAL METHODOLOGY - GENERAL THEORY OF LAW AND DOCTRINE OF THE STATE

Cosa è il diritto: riflessioni a partire dalla Quaestio 57 a.1 della *Summa Theologiae* IIa IIae di S. Tommaso*

Mauro Ronco

Università degli Studi di Padova

Abstract: **What is Law: Reflections Starting from Quaestio 57 a.1 of the Summa Theologiae IIa IIae of S. Thomas**
In light of the statements of S. Thomas in the *Summa Theologiae* on what law is, it emerges that it, as an accident pertinent to the categorical domain of quality, is the final object of just action. The author examines the specificity of criminal law, distinguishing between punishment *in potentia* and punishment *in actu*, concluding that the punishment imposed by the judge is a form of exercise of commutative justice.

Keywords: Law, Justice, Punishment, Commutative Justice.

Sommario: 1. Gli enunciati di San Tommaso nella *Summa Theologiae* su cosa sia il diritto – 2. Il diritto quale accidente pertinente all'ambito categoriale della qualità – 3. La definizione del diritto come oggetto terminativo dell'azione giusta – 4. La specificità del diritto penale – 5. La pena *in potentia* e la pena *in actu* – 6. La pena nella società civile non è assolutamente necessaria, bensì fondata sulla tutela del bene comune – 7. La pena inflitta dal giudice (pena *in actu*) è una forma di esercizio della giustizia commutativa.

1. Gli enunciati di San Tommaso nella *Summa Theologiae* su cosa sia il diritto

Il filosofo argentino Félix Adolfo Lamas ha commentato con grande precisione la Quaestio 57 a.1 della IIa IIae di S. Tommaso nel volume *Dialéctica y concreción*

* Si tratta della relazione, con modeste correzioni e aggiunte, svolta il 3 settembre 2025 dal prof. Mauro Ronco in occasione delle XXV *Jornadas abiertas de Profundización y Discusión* presso il *Doctorado en Ciencias Jurídicas* – Seminario de Filosofía del *Derecho Universidad Europea de Roma – Academia de Ciencias Argentina – Pontificia Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho.*

del derecho[1]. Egli ha osservato che il *Doctor Angelicus* ha formulato 9 enunciati diversi in ordine al concetto di diritto, sintetizzati nel seguente ordine[2]:

1. *Ius est iustum*;
2. *Ius est ipsa res iusta*;
3. *Ius est obiectum iustitiae*;
4. *Ius est* "*iustum quod respondet secundum aliquam aequalitatem alteri*";
5. "*Iustum dicitur aliquid, quasi habens rectitudinem iustitiae, ad quod terminatur actio iustitiae (hoc quidem est ius*)";
6. "*Lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris*";
7. *Ius est ars boni ed aequi qua cognoscitur quid sit iustum*;
8. *Locus in quo ius redditur*;
9. "*Dicitur etiam ius quod redditur ab eo ad cuius officium pertinet iustitiam facere*".

Il quinto enunciato fornisce la definizione del diritto, del diritto in atto, come realtà effettiva.

È la definizione del diritto alla luce della teoria dell'oggetto. Per comprendere l'indole oggettiva del diritto occorre tener conto degli atti intenzionali, la cui essenza consiste nell'avere l'atto per riferimento un qualcosa come suo oggetto, che tuttavia non perde, a cagione di essere termine di questa referenza, la propria struttura. Negli atti o operazioni intenzionali l'oggetto mantiene la sua relazione con il soggetto senza perdere la sua propria consistenza ontologica.

Va distinto l'oggetto-motivo (quando l'oggetto specifica l'atto muovendo la potenza passiva) dall'oggetto terminativo (l'oggetto terminativo dell'azione umana è principio e causa estrinseca, che dà l'essere in modo consumativo e finalizzato).

2. Il diritto quale accidente pertinente all'ambito categoriale della qualità

V'è una relazione strettissima tra il diritto e la giustizia, nel senso che il diritto è la realizzazione concreta della giustizia nell'uomo. Il che vale a inserire tutta l'esperienza del diritto, ivi compresa quella del diritto penale, nell'ambito categoriale della qualità, in particolare quella specie di qualità che è detta da Aristotele nelle *Categorie* quale "stato abituale"[3].

Di tale natura sono le virtù, in specie la giustizia e la temperanza, dette abituali perché non sembra che possano essere facilmente rimosse o mutate. Anche in *Etica*

[1] F. Lamas, *Dialéctica y concreción del derecho*, Instituto de Estudios Filosóficos "Santo Tomás de Aquino", Buenos Aires, 2022, pp. 196-211.
[2] *Ivi*, pp. 200-203.
[3] Aristotele, *Categorie*, in *Organon,* coordinamento generale di M. Migliori, Bompiani, Milano, 2016, 8, 8b26-9a2, p. 109.

Nicomachea Aristotele presenta la virtù come qualcosa di duraturo, persistente e stabile[4].

La relazione tra diritto e giustizia caratterizza anche il sapere giuridico comune, che, tramite il sapere di evidenza della ragione, reagisce in modo immediato, spesso in forma negativa, contro l'ingiustizia che si produce nella convivenza sociale. Osserva Francisco Elías de Tejada che la "*negatividad de la injusticia formulada por el saber jurídico común posee contenido moral, pero su efectividad es jurídica habida cuenta se trata de un moral aplicada a la vida social entre los hombres*"[5].

Si rispecchia nel sapere giuridico comune una convinzione universale. Alla identificazione semantica corrisponde "*una realidad esencial de los fenómenos jurídicos, cuyas raíces se encuentran en la naturaleza misma del hombre y de la vida moral, social y política*"[6].

Per la comprensione della formulazione tomista del concetto di diritto è opportuno osservare che:

i) la dottrina aristotelica sulla qualità della giustizia come "stato abituale" corrisponde perfettamente alla classica definizione romana di Ulpiano "*iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*"[7], che è ripresa in modo più rigoroso da S. Tommaso con la formulazione "*iustitia est habitus secundum quem aliquis constanti et perpetua voluntate ius suum unicuique tribuit*"[8].

S. Tommaso fa notare la coincidenza con la definizione di Aristotele nell'*Etica*, quando afferma che "*iustitia est habitus secundum quem aliquis dicitur operativus secundum electionem iusti*"[9];

ii) nel concetto di giustizia va distinta la materia dalla forma. La materia è la operazione esteriore; la forma è l'uguaglianza di proporzione:

> *Materia iustitiae est operatio exterior secundum quod ipsa, vel res qua per eam utimur, proportionatur alteri personae, ad quam per iustitiam ordinamur. Hoc autem dicitur esse suum uniuscuiusque personae quod ei secundum proportionis aequalitatem debetur. Et ideo proprius actus iustitiae nihil est aliud quam reddere unicuique quod suum est*[10].

[4] Aristotele, *Etica Nicomachea*, in *Le tre etiche*, saggio introduttivo, traduzione, note e apparati di A. Fermani, presentazione di M. Migliori, Bompiani, Milano, 2008, I, 10, 1100, a35-b3, p. 469; I, 10, 1100 b17, p. 469; VIII, 4, 1156, b12, p. 795.
[5] F. Elías de Tejada, *Tratado de Filosofia del Derecho*, Tomo II, Siviglia, 1977, p. 12.
[6] F. Lamas, *op. cit.*, p. 208.
[7] *Digesto*, I, I, 1, 10.
[8] S. Tommaso d'Aquino, *Summa Theologiae*, II-II, in *La Somma Teologica*, tr. it. a cura dei Frati Domenicani, introduzione di G. Barzaghi, Edizioni Studio Domenicano, Bologna, 2014, Q. 58, A. 1 R., p. 571.
[9] Cfr. Aristotele, *Etica Nicomachea*, cit., V, 5-17, p. 627.
[10] S. Tommaso d'Aquino, *op. cit.*, Q. 58, A. 11 R., p. 587.

3. La definizione del diritto come oggetto terminativo dell'azione giusta

Il diritto è dunque la stessa cosa giusta (*ipsa res iusta*) che realizza in atto il suo che è proprio dell'altro. Vi sono due soggetti, individuali e reali, nella cui relazione si concretizza il diritto. Nella definizione di Lamas:

> *El Derecho es algo del hombre, categorialmente un accidente, que realiza o confiere un hombre (sujeto agente), mediante una acción voluntaria y exterior, en relación a otro hombre (sujeto pasivo), en quien se realiza como efecto. Dicha acción tiene una medida estricta y objetiva de igualdad, medida determinada por los títulos de cada sujeto, de deber en el sujeto agente obligado (título de deber), y de poder (en el sujeto al que se le debe), y normas o reglas de conducta comunes*[11].

Questa definizione trova applicazione anche per il diritto penale, ovvero il diritto penale risponde ad altri princìpi e si avvale di logiche diverse?

Il diritto penale presenta una complessità speciale che va messa in luce. Esso presenta due versanti, quello del reato e quello della pena, che vanno tenuti strettamente congiunti, tanto che nella dottrina canonistica e di conio di diritto naturale si è sempre parlato del *reatus culpae* e del *reatus poenae*, volendosi così evidenziare il nesso strettissimo tra il reato e la pena, con la conseguenza che la pena è la *res* che è oggetto di scambio.

La prima implicazione è che la sostanza reale, il soggetto individuo che ha commesso il reato è (deve essere) la sostanza reale, lo stesso individuo che patisce la pena a cagione dell'azione esterna e volontaria che ha offeso il bene giuridico.

Questo è un principio fondamentale di diritto naturale, anche se non sono mancati nella storia di tutti i tempi frequenti scivolamenti, che non hanno tenuto ferma l'identità tra l'autore della colpa e il soggetto passivo della pena. Non è il caso di passare all'esemplificazione.

Nel diritto penale è dunque centrale la sostanza reale, l'individuo concreto, che è, per un verso, colui che realizza un effetto contrario alla giustizia su altro uomo o su gruppi di uomini associati che costituiscono un'unità sociale di ordine, e, che, per altro verso, è lo stesso individuo concreto che patisce l'effetto su di lui provocato da chi ha il dovere di riaffermare tramite la sofferenza della pena l'uguaglianza frantumata dalla condotta ingiusta.

Nella vicenda penale va fin da subito segnalata la presenza indispensabile di un altro soggetto reale, che interviene in rappresentanza dell'unità dell'ordine offeso dall'ingiustizia, che è il giudice, il quale ha il dovere di riportare nel mondo lo stato di uguaglianza violato dall'ingiustizia del singolo.

[11] F. Lamas, *op. cit.*, pp. 209-210.

4. La specificità del diritto penale

A questo punto si aprono immediatamente due problemi. L'atto di giustizia, come si è visto, è la condotta esteriore che attribuisce a ciascuno il "suo". Ora, il "suo" che deve essere oggetto dell'azione di giustizia è il "suo" della persona offesa dal reato (che ha patito il danno dal reato), ovvero è un "suo" che deve essere inteso in senso diverso e più ampio? E se deve essere inteso in senso più ampio, quale è la determinazione del "suo", per il cui ripristino è compiuta l'azione di giustizia?

Al primo problema ha dato una precisa risposta Giambattista Vico, introducendo, al Capitolo LXIII del *De Uno*, il tema del diritto penale e delle due forme di giustizia, rispettivamente rettrice ed equatrice[12].

Egli sottolinea il possibile equivoco nascente dalla denominazione che Aristotele dà nelle sue Etiche ai delitti, nominandoli "*involuntarios contractus*"[13]. È improprio, per Vico, dire che "*reos debere pendere, sovere poenas*"[14], come se essi tramite la pena pagassero qualcosa appartenente a colui che hanno offeso e che quest'ultimo, tramite la soddisfazione della pena, recuperasse ciò di cui l'ha privata l'altrui delitto[15].

In realtà, nel diritto penale il "suo" va inteso in due modi. Anzitutto occorre determinare il "suo" per il ripristino del quale è doverosa la condotta giusta; in secondo luogo, occorre determinare il "suo" che spetta all'autore del reato in virtù dell'azione di giustizia ripristinatoria.

Ora, nel diritto penale il "suo" che costituisce il presupposto dell'azione di giustizia, non è il "suo" del soggetto particolare che è stato offeso, bensì è un "suo", che va inteso in senso molto più largo e generico, poiché il "suo" che il reo ha preso per sé è il "suo" della società.

Ciò implica che l'azione ripristinatoria di giustizia spetta alla autorità civile, che rappresenta la sua unità. Quindi il "suo" che il reo ha ingiustamente preso per sé è il bene comune. Il diritto penale fa parte dello *ius publicum*; la *vindicta* spetta al "principe", non al singolo cittadino.

Questo, a mio avviso, è un principio di diritto naturale, il secondo principio di diritto naturale che riguarda il diritto penale, che fa seguito al principio dell'identità del reo con il soggetto che soffre la pena. Ciò perché il fine della pena è la conservazione del bene comune.

Si potrebbe usare, senza scandalo, in ossequio alle fonti romanistiche, che riecheggiano le verità del diritto naturale, l'espressione che il fine della pena è la promozione dell'*utilitas* pubblica. Domizio Ulpiano, *Liber primus institutionum* ripartisce il diritto in due parti: "*Huius studii duae sunt positiones, publicum et*

[12] G. Vico, *De universi iuris uno principio et fine uno*, Liber unus, *De uno universi iuris principio et fine uno*, 1720, in *Opere giuridiche. Il diritto universale*, con introduzione di N. Badaloni, a cura di P. Cristofolini, Sansoni, Firenze, 1974, Cap. LXIII, p. 76.
[13] *Ivi*, p. 77.
[14] *Ibidem.*
[15] *Ivi*, pp. 77-78.

privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt quaedam publice utilia, quaedam privatim"[16].

Il termine *utilitas* nelle fonti dei giuristi classici, ispirati dal concetto ciceroniano di *utilitas*, non ha affatto il significato individualistico ed egoistico annidatosi semanticamente nel termine a partire dalla filosofia utilitarista, sulla scia della ben nota accezione sensista degli epicurei e dei materialisti[17]. Ha, invece, un significato che si intreccia con l'*aequitas*, limite e criterio interpretativo dell'*utilitas*; con l'*honestas*, che è la causa stessa del diritto e con la *iustitia*, che è il fine ultimo dell'*utilitas* e del diritto in generale[18].

Nel capitolo XLVI del *De Uno* Vico proclama che "*Utilitas occasio, honestas est causa iuris et societatis humanae*"[19]. L'utilità non è estranea al mondo del diritto. In forma categoriale l'utilità è la materia del diritto, mentre l'onestà ne è la forma. Tanto è vero che nel linguaggio dei giuristi classici romani, l'*honestas* è il primo dei precetti del diritto naturale. Secondo Ulpiano nel *Libro primo regularum*: "*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*"[20].

Vico, definita la Verità "*quod rerum ordini conformatur*" [21], Dio, quale vero ed eterno Bene, dichiara che l'onestà segue i passi della verità, quando la volontà è conforme al vero contemplato dalla mente: come la eterna verità è la conformazione della mente all'eterno ordine delle cose, così l'onestà naturale è la conformazione della volontà con l'eterno ordine delle cose[22].

L'onestà è eterna, le utilità sono contingenti e limitate; costituiscono occasione della giustizia, ma non ne sono causa. Pertanto, vanno misurate e bilanciate tra loro secondo il giudizio prudenziale dell'autorità della *polis* in relazione al bene comune che l'autorità ha il compito di conseguire, anche tramite lo strumento della pena.

5. La pena *in potentia* e la pena *in actu*

Occorre esaminare la natura della pena nell'ordine potenziale e nell'ordine attuale, cioè *in potentia* o *in actu*. In potenza la pena è quella minacciata dal legislatore; in atto la pena è quella applicata dal giudice al colpevole. La pena, come già si è visto,

[16] *Digesto*, 1.1.1.2.
[17] Nicolini definisce questi filosofi, "fabbri manipolatori, e non ingegneri architettonici dell'ordine civile", in N. Nicolini, *Risposta del Nicolini a' dubbi del sig. Ortolan, esposti nel precedente articolo intorno alla ragione etimologica dei nomi di diritto e all'origine e natura e fine delle pene (1845)*, Stabilimento Tipografico nel Reale Albergo dei Poveri, Napoli, 1850, p. 75.
[18] Cfr. I. Mastino, "*Utilitas valuit propter honestatem*: Cicerone e il principio giuridico dell'*utilitas*", in *Diritto e Storia,* 2013, n. 11.
[19] G. Vico, *op. cit.*, Cap. XLVI, p. 61.
[20] *Digesto*, I, 1,1,10.
[21] G. Vico, *op. cit.*, Cap. XVII, p. 47.
[22] *Ivi*, Cap. XVIII, p. 48.

è un semplice mezzo. Il mezzo postula il principio e il fine. Il fine, già lo si è visto, è la conservazione del bene comune, o dell'utilità della *res publica*. Il principio è la giustizia.

Dice Vico che l'intima filosofia, cioè la metafisica madre della giurisprudenza, consiste nella comune origine di tutti gli animi umani, che tutti provengono da uno stesso e unico principio, Dio ("*Haec autem cognatio naturae est, qua ab uno principio, nempe Deo, humani animi ortum habent*"[23]), e nella comune origine anche dei corpi umani che tutti da Adamo lor padre comune derivano ("*et ab uno omnium parente Ada humana corpora prognata sunt*"[24]).

Pertanto, gli uomini sono destinati a comunicarsi a vicenda "*tum rationem et verum, tum utilitates*"[25]. La comunicazione delle utilità avviene secondo i princìpi dell'equità, anche essi determinati dalla verità. Vi sono, per così dire, due società, quella del vero e quella dell'equo, l'una contenuta reciprocamente nell'altra.

> *Sed ordo rerum aeternus, aeterna ratio, quatenus dictat aeternum verum menti, est aeternae mentis aeterna veritas; quatenus iubet aequum bonum voluntati, est aeternae voluntatis aeterna iustitia. Et iubet, qua amplitudine mox vidimus, suum cuique, et definitur* '*constans et perpetua*'*, hoc est aeterna,* '*voluntas suum cuique tribuendi*'[26].

Accenno soltanto all'analogia tra la pena della società civile e la pena naturale. L'analogia è utile per comprendere la natura della pena civile. L'origine della pena è nell'animo umano; è la sofferenza dell'animo per l'infelicità causata dalla colpa. *Poena a poenitendo*. L'ufficio della pena è conservare l'ordine della natura nel reo. Il principio è la violazione della legge dell'ordine; il fine è far ritornare il soggetto nella legge dell'ordine. Il mezzo è la pena, afflittiva e insieme correttiva. Affligge per correggere. Affligge il reo per farlo ritornare nell'ordine tramite la sofferenza (l'infelicità) dell'animo conseguente alla colpa. Il meritato castigo i colpevoli se lo impongono da sé; meglio, dice Vico, poiché agli uomini ripugna di farsi autori della propria infelicità "*verius est ut ipsi rei sint necessarii huius generis poenarum ministri, quas de ipsis sumit aeterna ratio, iustitia aeterna, Deus*"[27].

Ma il fine correttivo può essere raggiunto fino a un certo punto, fino a che, cioè, il colpevole conservi un qualche senso di vergogna rispetto all'eterna ragione. Quando lo perde, il contrappasso è l'intorpidita coscienza, il quasi spegnimento del senso umano[28].

[23] *Ivi*, Cap. XLIX, p. 65.
[24] *Ibidem*.
[25] *Ivi*, Cap. L, p. 65.
[26] *Ivi*, Cap. LVIII, p. 71.
[27] *Ivi*, Cap. LXIX, p. 85.
[28] *Ivi*, p. 86.

Nella società civile il principio della pena è la comune ragione sociale che prescrive l'osservanza delle leggi proprie dell'ordine cui ciascuno appartiene quale sostanza di natura razionale. La natura della pena è il timore dell'animo indotto dalla minaccia della sofferenza che deve essere inflitta nel caso della violazione della legge dell'ordine. Il fine della pena è nella conservazione dell'armonia e della unità dell'insieme, cioè il bene comune o l'utilità pubblica, come già si è visto.

Come la causa del reato è nella volontà colpevole dell'animo, così la causa della pena è nella condizione di timore dell'animo per le conseguenze del misfatto. Esteriormente si vede nella pena una sofferenza del corpo e dell'animo. Ma propriamente la pena è il timore vero, ragionevole e proporzionato all'affetto che spinge il soggetto a commettere il reato. È il timore ingenerato dalla minaccia della legge, affinché costituisca una causa di prevenzione per il singolo dal commettere il reato; costituisca una causa di prevenzione per tutti i componenti della società dal commettere futuri reati; costituisca una causa di restauro della ragione individuale che abbia prevaricato sulla ragione comune e universale.

Come per la pena naturale, anche per la pena della società civile la ragione è il principio della pena; l'animo umano ne è la materia; i rapporti di equilibrio tra gli affetti umani per la conservazione dell'ordine della società sono il fine della pena[29].

6. La pena nella società civile non è assolutamente necessaria, bensì fondata sulla tutela del bene comune

Non va trascurata un'importante differenza tra la pena naturale e la pena civile, ben lumeggiata da Vico nel capitolo LXIX del *De Uno* che focalizza un terzo principio di diritto naturale in ordine al diritto penale.

Testualmente Vico dice:

> *Sed quas poenas de peccantibus sumunt alii, sunt poenae quae in societate aequi boni irrogantur, quas sumere natura oportet, natura autem non est necesse. Hoc est utilitas naturali ratione adiuta suadet, non ipsa ratio naturalis urget necessario ut sumantur*[30].

In questo passo, che spiega l'asserto secondo cui l'onestà è la causa del diritto, le utilità ne sono le semplici occasioni, v'è la risposta a un problema che ha sempre tormentato i giuristi, soprattutto cattolici, accusati di consegnare all'ufficio della giustizia dell'ordine civile la giustizia che è propria di Dio.

A riguardo viene addotto l'asserto di S. Agostino: "*Qualis autem et quanta poena cuique culpae debeatur, divini iudicii est, non humani*"[31]. Spesso viene

[29] Cfr. N. Nicolini, che ha elaborato il concetto di pena alla sequela di Giambattista Vico, in *Risposta di Nicolini a' dubbi del sig. Ortolan*, cit., pp. 65 ss.
[30] G. Vico, *op. cit.*, Cap. LXIX, p. 87.
[31] S. Agostino, *De natura boni contra Manichaeos*, Liber unus, Cap. IX.

opposto ai giuristi cattolici il rilievo di S. Tommaso, secondo cui le pene umane avrebbero una funzione esclusivamente medicinale.

Senonché, quanto a S. Tommaso, va detto che egli considera due cose *in poenis infligendis*. Anzitutto, la *aequalitas*, cioè la proporzione affinché la pena sia giusta. In secondo luogo, si deve tener presente l'utilità, "*nam poenae quasi medicinae quaedam infliguntur, ut his territi homines a peccando desistant*"[32]. Così pure: "*poena potest dupliciter considerari*"[33]. Primo, sotto l'aspetto della ragione della pena:

> *Quia per poenam reparatur aequalitas iustitiae, inquantum ille qui peccando nimis secutus est suam voluntatem, aliquid contra suam voluntatem patitur* […] *Alio modo potest considerari poena inquantum est medicina, non solum sanativa peccati praeteriti, sed etiam praeservativa a peccato futuro et promotiva in aliquod bonum*[34].

Fermo, dunque, restando che S. Tommaso non nega affatto, ma anzi sottolinea con forza il carattere retributivo della pena, nel senso del ristabilimento dell'uguaglianza, vero è anche che, essendo la pena civile mezzo per ristabilire l'uguaglianza delle utilità, l'autorità civile deve mantenersi nel ruolo esclusivo della conservazione della giustizia oggettiva senza entrare nel profilo della giustizia (o dell'ingiustizia) considerata come virtù o come vizio morale dell'agente. Ciò perché – insegna Lamas: "*el derecho es objeto de la justicia de un modo especial, que admite que se haga abstracción del agente (y de la justicia personal de éste), porque su medida es la del título del otro, del destinatario de la acción justa*"[35].

In conseguenza, come spiega Vico, la decisione circa la punibilità delle condotte spetta alla prudenza dell'autorità politica e non è dettata da una "naturale assoluta necessità".

La sua regola è l'utilità pubblica, cioè il bene comune, che l'autorità politica deve custodire illuminata dalla ragione. Peraltro, poiché l'uomo non deve assolutamente sostituirsi alla giustizia di Dio, non è necessario né opportuno che l'autorità si impegni a punire la totalità delle colpe. È più che sufficiente la repressione di quelle capaci di distruggere le radici della vita comune: "*Et ideo lex humana non potuit prohibere quidquid est contra virtutem, sed ei sufficit ut prohibeat ea quae destruunt hominum convictum*"[36].

Il terzo principio di diritto naturale sta in ciò, che la costruzione del sistema penale, con il repertorio dei reati e delle pene, è compito dell'autorità suprema dello Stato, non dei giudici o di istanze pseudo-giusnaturalistiche che si sostituiscano all'autorità politica della *polis*. Il quarto principio di diritto naturale è che il diritto

[32] S. Tommaso d'Aquino, *op. cit.*, Q. 99, A. 4 R., p. 968.
[33] *Ivi*, Q. 108, A. 4 R., p. 1045.
[34] *Ivi*, p. 1045 s.
[35] F. Lamas, *op. cit.*, p. 207.
[36] S. Tommaso d'Aquino, *op. cit.*, Q. 77, A. 1 R. *ad primum*, p. 737.

umano non deve prevedere pene che sanzionino, in quanto tale, la moralità soggettiva del reo.

7. La pena inflitta dal giudice (pena *in actu*) è una forma di esercizio della giustizia commutativa

Nei paragrafi precedenti si è esaminata la pena in potenza, cioè la pena prevista dalla legge come minaccia la cui realizzazione consegue alla commissione del reato. Sono venuti in considerazione, pertanto, gli enunciati di San Tommaso riportati da Félix Lamas *sub* 4 e *sub* 6.

Sub 4: *Ius est* "*iustum quod respondet secundum aliquam aequalitatem alteri*": enunciato che esprime ciò che è dovuto a un altro in funzione di un titolo obiettivo di merito (o di demerito). È la proposizione normativa che esprime ciò che è dovuto in funzione del verificarsi delle condizioni da cui scaturisce il titolo (il reato) affinché sia compiuto l'atto di giustizia. *Sub* 6 è menzionata la legge, che non è in sé e per sé il diritto, ma la ragione imperativa remota che ordina ai cittadini di ottemperare al diritto.

Ora occorre occuparci del diritto penale non più in potenza, ma in atto, cioè come concreto atto di giustizia.

Il complesso delle leggi penali che definiscono il repertorio dei reati e delle pene, nonché delle norme di procedura tramite cui i reati sono accertati e le pene applicate è costruito dall'autorità politica nell'esercizio della funzione di giustizia rettrice. La giustizia è rettrice, secondo Vico, quando interviene nelle cose di pubblico interesse[37]. In particolare quando distribuisce le pene, i premi, gli oneri, gli onori e i diritti[38].

La giustizia equatrice opera invece nelle cose private.

La funzione rettrice costruisce il diritto in potenza, disponendo ciò che il giudice deve compiere quando vengano a esistenza i presupposti per l'applicazione della norma, in specie, nel caso che ne occupa, per l'applicazione della pena.

Nell'operazione di messa in atto della giustizia penale il soggetto attivo è il giudice, cui compete l'obbligo, ricorrendone i presupposti, di applicare la pena, cioè, di porre in essere l'operazione esteriore (l'emanazione della sentenza), in qualità di agente o causa efficiente, il cui termine effettivo, cioè il cui effetto o risultato, è la "cosa sua" del soggetto a cui questa azione è diretta. Questo effetto è la pena ed è il "suo" diritto del colpevole.

La pena inflitta dal giudice è una forma di esercizio della giustizia commutativa. Vero che la giustizia commutativa è riguardata normalmente come attinente alla materia dei contratti. Vero però anche che il tipo della giustizia

[37] G. Vico, *op. cit.*, Cap. LXIII, p. 78.
[38] *Ibidem.*

commutativa è il contrappasso[39], che implica una parità di compenso tra ciò che si patisce in relazione a un'azione precedente:

> *Hoc quod dicitur contrapassum importat aequalem recompensationem passionis ad actionem praecedentem. Quod quidem propriissime dicitur in passionibus iniuriosis quibus aliquis personam proximi laedit, puta, si percutit, quod repercutiatur*[40].

S. Tommaso sembra peraltro ritenere che il nome di contrappasso sia stato esteso alle contrattazioni volontarie, ma che il nucleo originario del concetto stia nell'inflizione della pena per un'azione ingiusta precedente. Il termine contrappasso è stato esteso alle contrattazioni volontarie: "*vero transfertur nomen contrapassi ad voluntarias commutationes, in quibus utrinque est actio et passio, sed voluntarium diminuit de ratione passionis*"[41]. In tutti i casi, comunque, sia nel contrappasso propriamente detto sia nelle contrattazioni volontarie, il compenso (*recompensatio*) "*debet fieri, secundum rationem iustitiae commutativae,* [...] *secundum aequalitatem, ut scilicet passio recompensata sit aequalis actioni*"[42].

Va peraltro soggiunto che la distinzione tra le diverse forme di giustizia – legale, distributiva e commutativa – non va intesa in senso assoluto, giacché tra esse sussiste una dialettica: differenza-identità, nel senso che, pur designando ciascuna un modo diverso di essere giusti, il soggetto giusto non può non esserlo al contempo tanto sul piano della giustizia del bene comune, quanto della giustizia distributiva e di quella commutativa. Ciò vale in particolare sul piano della giustizia nella società civile. La distinzione tra le modalità di comportarsi in modo giusto individua i tre livelli in cui ciascun componente della società civile deve adempiere ai suoi doveri verso gli altri: appartengono alla giustizia legale i doveri dei cittadini verso lo Stato; alla giustizia distributiva i doveri dello Stato verso i cittadini; alla giustizia commutativa i doveri dei cittadini tra loro. Le tre modalità della giustizia si riducono a una sintesi che si esprime nell'unitarietà del bene comune. La giusta distribuzione da parte dello Stato postula il giusto comportamento dei cittadini che forniscono una quota delle loro risorse allo Stato. I cittadini in tanto scambiano le utilità secondo giustizia in quanto sussiste un'istanza superiore che presiede alla tutela della libertà e della proporzione degli scambi.

L'atto esteriore terminativo della giustizia è l'atto del giudice come tale. S. Tommaso dichiara:

[39] Che il nucleo originario della pena stia nel contrappasso lo ha dimostrato L. Günther, *Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts*, H. Metzer & A. Eiffländer, Erlangen, I, 1889; II, 1891; III, 1895, in un'opera monumentale che esamina i costumi e le norme giuridiche che riguardano la pena nelle antiche civiltà.
[40] S. Tommaso d'Aquino, *op. cit.*, Q. 61, A. 4 R., p. 613.
[41] *Ivi*, p. 614.
[42] *Ibidem.*

> *iudicium proprie nominat actum iudicis inquantum est iudex. Iudex autem dicitur quasi ius dicens. Ius autem est obiectum iustitiae, ut supra habitum est. Et ideo iudicium importat, secundum primam nominis impositionem, definitionem vel determinationem iusti sive iuris*[43].

La pena è la *ipsa res iusta*.

Nel trattato *Dialéctica y concreción del derecho* la formulazione di Lamas è la seguente:

> *El Derecho es algo del hombre, categorialmente un accidente, que realiza o confiere un hombre (sujeto agente), mediante una acción voluntaria y exterior, en relación a otro hombre (sujeto pasivo), en quien se realiza como efecto. Dicha acción tiene una medida estricta y objetiva de igualdad, medida determinada por los títulos de cada sujeto, de deber en el sujeto agente obligado (título de deber), y de poder (en el sujeto al que se le debe), y normas o reglas de conducta comunes*[44].

Occorre adattare la formula all'applicazione della pena.

Il Diritto penale è qualcosa dell'uomo, categorialmente un accidente, che il soggetto agente (cioè il giudice) realizza mediante un'azione volontaria ed esteriore (il giudizio e la sentenza che lo conclude) come effetto (l'effetto e il diritto sono del soggetto passivo – e questo effetto è la pena). Questa azione ha una misura stretta e obiettiva di uguaglianza, misura determinata dai titoli di ciascun soggetto, di dovere, nel soggetto agente obbligato (il giudice ha il dovere di applicare la pena) (titolo di dovere). E nel soggetto a cui il "suo" è dovuto, quale è il titolo?

La formula del dr. Félix Lamas è relativa alle contrattazioni volontarie; se si vuole che essa corrisponda all'intero plesso delle situazioni giuridiche, ricomprendendo anche il tipo originario del contrappasso, allora la formula nell'ultima parte dovrebbe essere così ampliata: questa azione ha una misura stretta e obiettiva di uguaglianza, misura determinata dai titoli di ciascun soggetto – il titolo di soggetto attivo di giudice e il titolo di demerito del colpevole – ; titolo di dovere per il giudice, titolo di soggezione per il soggetto a cui il "suo" è dovuto.

Il "suo", in questo caso, non per il fatto di non integrare un potere, perde la qualità di diritto.

È importante notare che il titolo di colui al quale l'azione di giustizia è dovuta non va inteso in senso di *facultas* soggettiva, cioè di diritto soggettivo, bensì quale diritto oggettivo.

Nel dialogo *Gorgia*, Platone, dedicandosi espressamente al tema della pena, la presenta come un atto di giustizia dovuto al colpevole, corrispondente a un suo bisogno[45]. L'atto punitivo è necessario per diminuirne l'infelicità. Come dichiara Socrate rivolgendosi a Polo:

[43] *Ibidem*, Q. 60, A. 1 R., p. 596.
[44] F. Lamas, *op. cit.*, pp. 209-210.
[45] Platone, *Gorgia*, in *Dialoghi Filosofici di Platone*, vol. I, Utet, Torino, 1970, pp. 367-472.

> [...] chi commette l'ingiustizia e l'ingiusto sono in ogni caso infelici, ma sono più infelici se non scontano la pena e non ricevono la punizione delle loro ingiustizie, meno infelici se scontano la pena e sono puniti dagli dèi e dagli uomini[46]

sì che non è soltanto giusto obiettivamente, ma altresì conveniente in vista della felicità individuale che chi ha commesso ingiustizia si affretti a ricevere la sanzione:

> [...] egli stesso o qualcun altro di quelli che gli stanno a cuore, deve precipitarsi difilato di propria volontà là dove potrà scontare la pena il più rapidamente possibile, cioè dal giudice, come si va dal medico, affinché la malattia dell'ingiustizia non diventi cronica e non renda l'anima guasta internamente e insanabile[47].

L'intuizione di Platone corrisponde a verità. La pena infatti è un bene, da un punto di vista metafisico; è un male da un punto di vista meramente fisico e psicologico. È un bene in quanto è un mezzo, come insegnava il Venerabile Pio XII per la

> riconduzione nell'ordine del dovere del violatore del diritto, che ne era uscito […]. Questo ordine del dovere è necessariamente una espressione dell'ordine dell'essere, dell'ordine del vero e del buono che solo ha diritto di esistenza, in opposizione all'errore e al male, che rappresentano ciò che deve non essere[48].

Nel diritto penale la *res iusta* è la pena. La pena è l'effetto terminale dell'operazione esteriore di giustizia compiuta dal giudice in forza dei titoli di dovere e di soggezione (che nasce dal demerito) imperativamente enunciati in una legge. L'oggetto – il soggetto passivo della pena – mantiene la sua relazione con il soggetto attivo senza perdere la sua propria consistenza ontologica.

[46] *Ivi*, p. 403.
[47] *Ivi*, p. 414.
[48] Ven. Pio XII, "Discorso Accogliete illustri", in *Acta Apostolicae sedis*, 1955, 117, pp. 62-63.