

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA

FACULTAD DE DERECHO

*Doctorado en Ciencias Jurídicas - Seminario de Filosofía del Derecho - Centro de Estudios Ítalo-Argentinos de Dialéctica, Metodología y Filosofía del Derecho*

XXIV JORNADAS ABIERTAS DE PROFUNDIZACIÓN Y DISCUSIÓN

SOBRE EL TEMA:

## LOS FINES HUMANOS

### PONENCIA di Gabriele Civello

**Fini del diritto penale e bene comune politico: il reato e gli obblighi restitutori (9 novembre 2021, 20 minuti)**

1. Il **diritto** (*ius*) è, nel suo significato primario, *ipsa res iusta*, vale a dire quella cosa (*res*) che realizza in atto il “suo di ciascuno”; il diritto è dunque, anzitutto, l’oggetto terminativo dell’azione giusta<sup>1</sup>. Ad esempio, nel diritto penale, il “giusto” è la pena o, meglio, la sua applicazione all’imputato colpevole, forma massima di concretizzazione della *potestas* punitiva<sup>2</sup>. Essendo una *res*, il diritto è in certo senso “trascendentale”, nel senso che si tratta di un *quid* trasversale alle differenti categorie (sostanza giusta, qualità giusta, quantità giusta, relazione giusta, azione giusta, etc.), non suscettibile, come tale, di una definizione unica e univoca.

2. Questa è la principale accezione del *ius*, dalla quale poi si dipanano le altre forme di “diritto”, che fanno tutte riferimento, *per relationem*, al *ius* inteso come *ipsa res iusta*; saranno, allora, “diritto” anche, ad esempio: i) la **legge** che impone di pagare all’operaio la giusta mercede (c.d. “diritto oggettivo”); ii) la **pretesa soggettiva** dell’operaio che “chiede” e si attende il pagamento del compenso (diritto soggettivo); iii) l’**obbligazione** in capo al datore di lavoro di pagare il dovuto (diritto come obbligazione); iv) nonché la **condotta** stessa del debitore che paga e riconosce all’operaio il *suum*<sup>3</sup>.

3. Se *ius* è *ipsa res iusta*, va subito tenuto presente che quell’aggettivo (“*iusta*”) rinvia a tre generali forme di *iustitia*: la giustizia “**generale**” (legale, totale o del bene comune), che riguarda le relazioni di integrazione tra più soggetti o parti in un “tutto”, e che potrebbe sintetizzarsi con la frase “si deve realizzare il bene comune con il rispetto della legge ed evitare tutto ciò che lo ostacoli” (principio che non è solo ed esclusivamente giuridico ma anche morale, politico e sociale); la giustizia “**distributiva**”, cui

---

<sup>1</sup> San T. D’AQUINO, *Summa Teologica*, II-II, q. 57, a. 1, in particolare *resp.* e *ad 1*; II-II, q. 58, a. 10, *resp.*

<sup>2</sup> L.A. BOSSINI, *La verdad del derecho. Justicia, orden y bien común*, Buenos Aires, IEF Santo Tomás de Aquino, 2020, 227.

<sup>3</sup> L.A. BOSSINI, *La verdad del derecho*, cit., 60 ss.

corrispondono le relazioni di subordinazione o di diseguaglianza, e che impone di trattare in modo proporzionalmente simile situazioni simili e in modo proporzionalmente differente situazioni differenti (si tratta della giustizia che generalmente regge i rapporti di diritto costituzionale, amministrativo, tributario e penale); infine, la giustizia “**correttiva**” (nella terminologia aristotelica) o commutativa, (nella terminologia tomista), cui corrispondono le relazioni di cooperazione o coordinazione<sup>4</sup>, e che regola tendenzialmente le relazioni di diritto privato (diritto dei contratti, diritto del risarcimento del danno, etc.) ma anche il danno causato dagli illeciti penali: essa disciplina le cause e le conseguenze delle transazioni volontarie (come i contratti, in cui la parte assume diritti e doveri “volontariamente”) o involontarie (come i fatti illeciti, che si subiscono “involontariamente”).

**4. Il fine o causa finale del diritto** – e qui ci allacciamo direttamente al tema fondamentale delle presenti *Jornadas* – è il **bene comune politico** o bene comune temporale: l’uomo infatti – e ovviamente il diritto è cosa strettamente umana – possiede un fine **estrinseco**, soprannaturale, cioè il fine ultimo e supremo che è Dio; ma al contempo, possiede un fine **intrinseco**, temporale, subordinato al predetto fine ultimo, cioè la *entelecheia* o perfezione.

Il bene comune temporale, dunque, è il fine ultimo temporale inteso come perfezione della vita sociale dell’uomo, che si dà nel vincolo sociale. Il diritto ha, dunque, il fine di sostenere l’uomo nella vita di comunità, affinché l’uomo stesso possa il più possibile perseguire il proprio fine ultimo temporale.

**5.** All’interno di tale ordine, accade che vi siano precetti e obblighi giuridici che, per avere concreta attuazione nella vita sociale, devono essere presidiati dalla minaccia dell’uso della forza<sup>5</sup>, in quanto senza tale minaccia risulterebbero privi di efficacia e di “concretezza”<sup>6</sup>: qui interviene il **diritto penale**, il quale ovviamente è solo *species* del *genus* “diritto”.

Non è che il diritto penale abbia un fine proprio e autonomo rispetto al diritto in generale, che meriti cioè una definizione autonoma e indipendente; ovviamente anche il diritto penale, come ogni altra branca del diritto, ha come fine il bene comune temporale.

Gli è solo che, secondo il principio di sussidiarietà e di *extrema ratio*, ci sono situazioni, interessi o beni specifici i quali, se non esistesse il diritto penale, non riceverebbero adeguata tutela giuridica. Ad esempio, in presenza di un omicidio volontario, solo il diritto penale appare la sanzione necessaria, adeguata e sufficiente a ristabilire il bene comune compromesso dal crimine; invece, sempre ad esempio, a fronte di un semplice inadempimento contrattuale puramente colposo, il bene comune può essere adeguatamente tutelato e ristabilito anche tramite sanzioni differenti dalla penale, come quella civile.

**6.** Come bene evidenziato da Mauro Ronco ne *Il problema della pena* (1996), “*se l’ontologia del delitto sta, per un verso, nell’impoverimento del patrimonio del bene*

---

<sup>4</sup> F.A. LAMAS, *Dialéctica y concreción del derecho*, Buenos Aires, IEF Santo Tomás de Aquino, 2020, 34.

<sup>5</sup> San T. D’AQUINO, *Summa contra gentiles*, III, cap. 146: “*Per conservare la concordia tra gli uomini è necessario che ai cattivi vengano inflitte delle punizioni. Perciò punire i cattivi non è una cosa intrinsecamente cattiva. Il bene comune è superiore al bene particolare di un individuo. Quindi è giusto eliminare un bene particolare per conservare il bene comune*”.

<sup>6</sup> F.A. LAMAS, *La experiencia jurídica*, Buenos Aires, IEF Santo Tomás de Aquino, 1991, 205.

*comune, come complesso dei valori di cui si alimenta la vita sociale e, per un altro verso, nell'intenzionalità di separazione e di rifiuto, liberamente assunta e fatta propria dalla persona che delinque (profili che costituiscono, rispettivamente, i lati oggettivo e soggettivo dell'ingiustizia inerente all'illecito penale), la pena – come riproposizione della legge dell'equivalenza – restaura efficacemente e positivamente il valore spirituale che il reato ha inteso annientare. L'equivalente, negato nel bene finito, rivive nella pena come valore di carattere spirituale”<sup>7</sup>.*

7. Se la natura e la funzione della pena al colpevole costituisce un tema classico della filosofia perenne, di cui oggi non potrò occuparmi, un argomento meno approfondito dai penalisti, dal punto di vista teorico, è quello delle cosiddette “**restituzioni**”.

Il quesito che intendiamo porre è dunque il seguente: rispetto al fine del diritto penale, che è quello del bene comune temporale non adeguatamente perseguibile con misure e sanzioni extra-penali, come si pone la *restitutio*? È anch'essa uno strumento essenziale e irrinunciabile per il perseguimento del bene comune politico? E se sì, da quale punto di vista?

8. Nella *Secunda secundae* della Summa Teologica, alla *quaestio* 62, San Tommaso affronta analiticamente ed estesamente il tema della *restitutio*, quale una sorta di “complemento” alla dottrina generale della giustizia; non è un caso che una fra le possibili definizioni della “giustizia” contenga quello stesso verbo *reddere* (“*reddere unicuique quod summ est*”<sup>8</sup>) che, tra i primi significati, ha proprio quello di “restituire”.

In particolare, nell'*articulus* 1 della *quaestio* 62, il Dottore Angelico si chiede se la restituzione integri un atto della giustizia **commutativa** (vale a dire quella, “**aritmetica**”, che riguarda i rapporti della parte con la parte, ossia di un uomo con un altro uomo, e che ha a che fare con la **uguaglianza numerica**) o della giustizia **distributiva** (quella, cioè, “**geometrica**” che riguarda i rapporti della parte con il tutto, dell'uomo con l'intera comunità e che ha a che fare con la debita **proporzione**).

A tale quesito, si risponde affermando che “*restituire non è altro che stabilire nuovamente un soggetto nel possesso o dominio di una cosa sua. [...] Perciò la restituzione è un atto della giustizia commutativa*”<sup>9</sup>.

Anche nell'articolo successivo (il n. 2), relativo al quesito “*se la restituzione del maltolto sia necessaria per salvarsi*”, si ribadisce che “*la restituzione è un atto della giustizia commutativa, la quale consiste in una perequazione, o uguaglianza*”<sup>10</sup>. Posto che per la salvezza è necessario perseguire la giustizia, e che la restituzione del maltolto è imposta dalla giustizia commutativa, si conclude affermando che restituire il maltolto è necessario e indispensabile per la salvezza.

Ove la restituzione sia in tutto in parte impossibile, come quando sia stato leso un bene non ripristinabile (pensiamo alla vita nel delitto di omicidio), è sufficiente alla salvezza compiere una condotta restitutoria *nei limiti dell'umanamente possibile*, e secondo la concreta modalità più opportuna (ad esempio, chi ha diffamato non solo dovrà risarcire la vittima, ma dovrà anche “restituire la fama” confessando pubblicamente di avere detto una menzogna).

---

<sup>7</sup> M. RONCO, *Il problema della pena*, Torino, 1996, 186.

<sup>8</sup> San T. D'AQUINO, *Summa Teologica*, II-II, q. 58, a. 11, ad 3.

<sup>9</sup> San T. D'AQUINO, *Summa Teologica*, II-II, q. 62, a. 1, resp.

<sup>10</sup> San T. D'AQUINO, *Summa Teologica*, II-II, q. 62, a. 2, resp.

All' *articulus* 3, poi, San Tommaso afferma una verità che oggi è fondamentale ribadire: per rimediare al delitto non basta compiere la restituzione, che soddisfa solo le esigenze di giustizia commutativa, come pretendono i più radicali sostenitori della c.d. “giustizia riparativa” (*reparative justice*); è anche indispensabile soggiacere al castigo stabilito dal giudice, per ragioni analoghe a quelle per le quali il giusto *non* si identifica semplicemente con il *contrappassum* o “taglione”<sup>11</sup>.

9. Fin qui, si tratta di affermazioni di principio a tutti ben note e che non paiono bisognose di particolare approfondimento. Se Tizio ruba a Caio una cosa, egli dovrà ovviamente restituirla allo stesso; se Tizio compie una frode ai danni di Caio ricavandone un profitto ingiusto, egli dovrà restituire lo stesso alla vittima; si tratta chiaramente di atti di giustizia commutativa, che ripristinano lo *status quo ante* nel rapporto “orizzontale” tra persona e persona.

L'aspetto che, invece, sembra degno di nota è che non sempre il cosiddetto “maltolto” deve essere restituito al soggetto che, in origine, ne era titolare.

Ad esempio, ci dice l'Aquinate – e l'ipotesi è di grande interesse per il penalista – se Tizio consegna a Caio una somma di denaro a titolo di simonia, ossia per il commercio peccaminoso di beni sacri spirituali, il denaro stesso non potrà essere in alcun modo trattenuto da Caio, ma ancor meno potrà essere restituito a Tizio, in quanto la *traditio* era sin dall'origine illecita e contraria alla legge. In tal caso, precisa San Tommaso, il soggetto che ha ricevuto una somma indebita non sarà tenuto a restituirla all'originario titolare, bensì a *devolverla in opere pie*<sup>12</sup>. Similmente, se la condotta illecita non ha danneggiato una persona individuata o quantomeno individuabile, parimenti il colpevole dovrà eseguire la *restitutio* in altro modo, ad esempio tramite elemosine.

L'ipotesi che vorrei avanzare e che desidero sottoporvi oggi, anche se non ne ho trovata espressa conferma nel *corpus* di San Tommaso, è che in questi casi – quando cioè la restituzione non deve o comunque non può essere fatta ad una persona individuata originariamente titolare della *res* e, dunque, si “tramuta” in una devoluzione della cosa alla comunità o ai bisognosi – la *restitutio* sembra mutare, almeno in parte, la propria natura: mantiene un certo fondamento di giustizia commutativa, ma presenta anche profili di giustizia distributiva.

Infatti, il soggetto che ha il potere e il dovere di “recuperare” la cosa restituita non è più la parte, ma il tutto, cioè la comunità o, in senso moderno, lo Stato; e la restituzione della *res* alla comunità o Stato non ripristina solo il bene individuale (come avviene quando un contratto viene adempiuto o un danno viene risarcito) ma anche il bene comune stesso, perché è interesse di tutta la comunità che avvenga la predetta restituzione (in modo analogo a quanto avviene con la espropriazione per pubblica utilità o con la requisizione per ragioni di interesse generale).

Pensiamo all'ipotesi classica della corruzione: il cittadino che consegna indebitamente ad un pubblico ufficiale una tangente in denaro. Seguendo lo schema suggerito da San Tommaso in tema di simonia, a seguito della condanna per il delitto di corruzione, il pubblico ufficiale non potrà più trattenere la somma incassata, ma non potrà nemmeno restituirla al corruttore. A questo punto interverrà la confisca da parte dello Stato e quella somma di denaro dovrà essere devoluta in favore della comunità.

Qui, a mio parere, il prelievo del “maltolto” e la sua devoluzione comunitaria non integrano più, solo, un atto di giustizia commutativa, ma anche di giustizia distributiva:

---

<sup>11</sup> San T. D'AQUINO, *Summa Theologica*, II-II, q. 61, a. 4.

<sup>12</sup> San T. D'AQUINO, *Summa Theologica*, II-II, q. 62, a. 5, ad 2.

non viene, infatti, più in rilievo il ripristino dello *status quo ante* sul piano orizzontale dei rapporti tra la parte (il cittadino) e un'altra parte (l'altro cittadino), bensì la necessità di redistribuire al tutto (la comunità) un *res* che non può più essere trattenuta nelle mani della parte (il reo o il correo).

In questo caso, la confisca assume in senso lato una funzione quasi **punitivo-afflittiva**, poiché la sua irrogazione non ripristina una situazione di eguaglianza tra pretese paritarie, ma ha lo scopo di “rettificare” e ri-adequare i rapporti di proporzionalità politica tra le parti (il corrotto e il corruttore) e la comunità cui essi appartengono.

La prova di ciò è che, in questi casi, la confisca-restituzione deve sempre necessariamente avvenire da parte dello Stato, anche se le parti del tutto, cioè i singoli cittadini interessati dalla vicenda, hanno raggiunto un accordo transattivo o hanno risolto “privatamente” le loro questioni di debito o di credito.

Rimane, però, nella confisca anche un aspetto, almeno parziale, legato alla giustizia commutativa: ad esempio, il pubblico ufficiale deve consegnare allo Stato l'intera somma indebitamente incassata; non potrà invocare una confisca quantitativamente “proporzionale” alla sua colpevolezza soggettiva: la tangente che ha incassato, nel suo preciso valore “aritmetico”, dovrà essere consegnata allo Stato, e questo aspetto di eguaglianza aritmetica ricorda più la giustizia commutativa che quella distributiva.

In questa prospettiva, per tornare al quesito dal quale eravamo partiti, senza dubbio la confisca – come forma speciale di restituzione – rappresenta uno strumento essenziale per il perseguimento di quel fondamentale bene che è costituito dal bene comune temporale<sup>13</sup>; se al pubblico ufficiale corrotto verrà applicata solamente una pena detentiva, ma non verrà al contempo confiscata e prelevata la “tangente”, non potrà dirsi realizzato e attuato, dal punto di vista dei rapporti comunitari tra gli uomini, l'aureo precetto del *suum cuique tribuere*, poiché il colpevole sarà stato in tal modo “autorizzato” a trattenere un qualcosa che non è *suum*, che non gli spetta, poiché si tratta di una utilità generata in modo intrinsecamente illecito, tramite il compimento di una condotta delittuosa.

Tale distinzione tra atto di giustizia commutativa oppure distributiva non è puramente teorico-generale e “filosofica” ma esplica, dal punto di vista giuridico, una serie di conseguenze importantissime: in questi casi, la confisca (a differenza di quanto avvenga per la *restitutio* privatistica) prescindere dal fatto che i soggetti privati interessati abbiano o meno trovato un accordo transattivo; al contempo, la confisca, se essendo più un mero atto commutativo bensì in senso lato *punitivo-distributivo*, soggiacerà a una serie di importanti garanzie come la legalità, la irretroattività, la colpevolezza, e così via.

**10.** Vi è infine un ultimo aspetto teorico di estremo interesse per il penalista.

Tra il momento del compimento del fatto illecito e la sentenza con la quale il giudice accerti il reato e condanni il reo alla restituzione, come dovrà comportarsi il colpevole?

Sul punto, San Tommaso è estremamente chiaro: “*chi è in possesso della cosa altrui, non deve appropriarsene, ma deve o trattenerla per riconsegnarla a tempo opportuno, oppure consegnarla ad altri perché venga più sicuramente custodita*”<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> San T. D'AQUINO, *Summa contra gentiles*, III, cap. 146: “*Per conservare la concordia tra gli uomini è necessario che ai cattivi vengano inflitte delle punizioni. Perciò punire i cattivi non è una cosa intrinsecamente cattiva. Il bene comune è superiore al bene particolare di un individuo. Quindi è giusto eliminare un bene particolare per conservare il bene comune*”.

<sup>14</sup> San T. D'AQUINO, *Summa Teologica*, II-II, q. 62, a. 5, ad 1.

La domanda che, tuttavia, sorge spontanea è: se il soggetto, che si è impossessato della cosa altrui (ad esempio il ladro, il rapinatore o il truffatore), non conserva la *res* in vista della futura restituzione ma se ne appropria, ad esempio utilizzandola, distruggendola o cedendola a terzi, quale sarà la conseguenza di tale comportamento?

A mio parere, l'unica sanzione a tale ulteriore condotta dovrebbe arrestarsi al semplice piano della morale, nel senso che non sembra imposto dalle esigenze di bene comune politico il fatto di criminalizzare autonomamente anche tale condotta che oggi viene chiamata di auto-riciclaggio (*autolavado* o *autoblanqueo*): il bene comune politico richiede senz'altro che venga punita la condotta che ha generato un determinato profitto (il furto, la rapina, etc.) e che lo Stato preveda la confisca, cioè l'ablazione di tale profitto dalle mani del colpevole. Ma ritengo, invece, che non sussistano tassative esigenze di "bene comune" tali da imporre allo Stato di criminalizzare ulteriormente la condotta di chi non adempia a tale obbligo di restituzione.

Se un soggetto, che ha ricavato un profitto da una sua precedente condotta illecita, impiega poi tale utilità in ulteriori attività e, dunque, impedisce alla comunità di eseguire la confisca, tale disvalore oggettivo e soggettivo dovrebbe probabilmente ritenersi ricompreso nel disvalore già sotteso al reato-presupposto e già neutralizzato dalla relativa sanzione "principale".

Pertanto, la condotta di cosiddetto "auto-riciclaggio" rimane chiaramente esecrabile dal punto di vista morale, perché la restituzione del "maltolto" è a tutti gli effetti un obbligo morale: e, dunque, ogni condotta con la quale il reo si metta nelle condizioni di non poter più adempiere all'obbligo di *restitutio* è senza dubbio moralmente condannabile<sup>15</sup>, poiché non solo non è lecito peccare, ma nemmeno "rimanere in peccato" (*in peccato morari*)<sup>16</sup>. Tuttavia, *de jure*, cioè dal punto di vista strettamente giuridico, non mi pare sussistano ragioni inderogabili che impongano di punire tale comportamento (senz'altro immorale, come detto) con una sanzione ulteriore e aggiuntiva rispetto a quella già prevista per il fatto illecito che aveva generato il profitto ingiusto.

A ciò si aggiunga che, come ben precisato da San Tommaso, il soggetto colpevole ha solo il dovere morale di conservare la *res illicita* "per riconsegnarla a tempo opportuno", ma la teologia morale non si spinge oltre, sino ad imporre persino al colpevole di autodenunciarsi (*nemo tenetur se detegere*): per tale ragione, non può nemmeno sostenersi che la punizione dell'autoriciclaggio sia imposta da ragioni di tutela del bene comune, *sub specie* amministrazione della giustizia, in quanto ciò significherebbe postulare un obbligo di autodenuncia che non solo il diritto positivo non ha mai contemplato e ammesso, ma che la stessa morale più rigorosa non impone<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> San T. D'AQUINO, *Summa Teologica*, II-II, q. 62, a. 8, *resp.*: "Come è un peccato contro la giustizia il prendere la roba altrui, così è un peccato il ritenerla: poiché, ritenendo la roba altrui senza il consenso del padrone, uno impedisce a costui l'uso dei suoi beni, e quindi gli fa un torto".

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> Cfr. San T. D'AQUINO, *Summa Teologica*, II-II, q. 69, a. 2, *resp.*: "Perciò al reo che è accusato è lecito difendersi nascondendo nei debiti modi la verità che non è tenuto a confessare: per esempio, non rispondendo alle domande a cui non è tenuto a rispondere. E questo non è un difendersi con la falsità, ma un uscir fuori con prudenza".