

Libero arbitrio e giustizia

Mario De Caro

1. “Utilità comune” e “giustizia umana”

È nozione comune che Cesare Beccaria, per la sua idea che l’«utilità comune» sia «la base della giustizia umana» (§7, 43), vada considerato un antesignano dell’utilitarismo¹. Così si legge in *Dei diritti e delle pene*:

È meglio prevenire i delitti che punirgli. Questo è il fine principale d’ogni buona legislazione, che è l’arte di condurre gli uomini al massimo di felicità o al minimo d’infelicità possibile, per parlare secondo tutt’i calcoli dei beni e dei mali della vita (§41, 98).

Il fine della prevenzione, dunque, non è la punizione, come asserito dalla tradizione retributivistica, ma l’incremento dell’utilità sociale ossia la massimizzazione della felicità. Tuttavia è bene considerare Beccaria come un antesignano dell’utilitarismo, non come un utilitarista tout court. Le sue preziose osservazioni sulla finalità e la corretta misura delle pene, infatti, non sono incastonate in una vera e propria teoria, cosa che accadrà solo con Jeremy Bentham (che peraltro da Beccaria fu profondamente influenzato) e poi, con maggiore sofisticazione, con John Stuart Mill e Henry Sidgwick². In particolare, nella riflessione del grande milanese mancano ancora definizioni precise del principio di utilità e discussioni adeguate sul senso dei termini connessi («utile», «piacevole», «piacere», «felicità», ecc.).

Inoltre, come si vedrà, è stato sostenuto con buoni argomenti che in realtà Beccaria non difende un utilitarismo puro. Nella sua proposta, infatti, sono incorporati – sia pure in un ruolo concettualmente subordinato – alcuni elementi che pare plausibile connettere alla tradizione retributivistica; e questi elementi per Beccaria rivestono un’importante funzione di garanzia contro la possibilità di pene spropositate e di abusi da parte dei magistrati. In questo articolo sosterrò che tra le molte ragioni che rendono la riflessione di Beccaria rilevante per i nostri tempi c’è proprio il modo in cui egli concilia la visione di impronta utilitaristica della pena con

¹ Le citazioni da *Dei delitti e delle pene* saranno date nel testo facendo riferimento al paragrafo seguito dal numero di pagina; l’edizione di riferimento è C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), in AA. VV., *Illuministi italiani*, tomo III, Ricciardi, Milano-Napoli, pp. 27-105.

² Sulle vicende storiche e teoriche dell’utilitarismo, cfr. L. Fonnesu, *Storia dell’etica contemporanea: da Kant alla filosofia analitica*, Carocci, Roma 2006; M. De Caro, *Azione*, Il Mulino, Bologna 2008, Cap. 3; A. Reichlin, *Utilitarismo*, Il Mulino, Bologna 2013.

questi elementi retributivistici. Infine argomenterò che soltanto le concezioni contemporanee che condividono nello spirito l'impostazione semi-utilitaristica di Beccaria sono in grado di reggere alle sfide che oggi arrivano poderose dalla ricerca delle scienze cognitive e dalle neuroscienze.

2. *Concezioni della pena*

Immaginiamo una piccola comunità che viva in un'isola sperduta nell'oceano. Le condizioni di vita di quella comunità sono molto elevate: tutti gli abitanti sono rispettosi e solidali e i potenziali conflitti vengono subito risolti grazie alla ragionevolezza e alla buona volontà di tutti. Gran parte del merito di tanta serenità va alla guida morale di quella piccola popolazione, un vecchio saggio che con i suoi consigli e la sua specchiata moralità ispira negli isolani rettitudine e senso civico.

La vita sull'isola scorre dunque placidamente, al punto che l'unico poliziotto locale, non avendo nulla da fare, si annoia moltissimo. Così, un giorno, il poliziotto decide di riaprire il dossier dell'ultimo caso criminale avvenuto nell'isola e rimasto irrisolto: un omicidio di cinquant'anni prima, in cui un giovane fu ucciso nel corso di un violento litigio. Scartabellando la pratica, il poliziotto nota che sul luogo del delitto fu rinvenuto un capello che, ovviamente, a quei tempi non si sapeva come analizzare. Tutto contento di aver trovato qualcosa di interessante da fare, il Nostro mette mano al suo set di strumenti per l'analisi del DNA e analizza il capello. Qual è la sua sorpresa quando si accorge che appartiene al vecchio saggio! Sgomento, corre da lui e gli chiede: «Caro vecchio saggio, perché non hai mai detto che eri presente il giorno dell'omicidio di sessant'anni fa? Avresti potuto aiutare le indagini!». «Vedi», risponde il vecchio saggio, scandendo bene le parole, «io non solo ero presente quando quell'omicidio fu commesso: in realtà fui proprio io a compierlo!». Poi, fissando gli occhi sgomenti del poliziotto, continua: «Eravamo ubriachi, litigammo per un motivo molto futile e io lo colpì con un bottiglia. Lui cadde e morì sul colpo. Da allora ho vissuto nel rimorso e ho cercato di espiare la mia colpa comportandomi nel modo più probò possibile e mettendomi al servizio degli altri. Ma se ora la nostra comunità decidesse di punirmi, io sarei pronto a pagare il mio debito». Immaginiamo che in quell'isola viga la *common law*, il sistema legale basato sui precedenti giudiziari: in questo caso, però, di precedenti non ve ne sono e dunque il giudice deve emettere il giudizio basandosi soltanto sulla sua coscienza. Non c'è dubbio che il vecchio saggio sia colpevole: la questione importante, però, è se vada punito oppure no. Cosa faremmo, se fossimo noi al posto di quel giudice?

Quando presento questo caso ai miei studenti, di solito il risultato è una divisione a metà dei pareri: da una parte, ci sono quelli che ritengono che punire il vecchio saggio (sia pur blandamente) sia moralmente doveroso; dall'altra, ci sono quelli che pensano invece che in un caso del genere qualunque punizione sarebbe ingiusta. Entrambe le risposte hanno un fondamento intuitivo. Da un lato, infatti, pare ovvio che la pena serva a riabilitare il condannato, a scoraggiare altri potenziali

criminali e a difendere la società dagli individui pericolosi: queste sono giustificazioni della pena di tipo *utilitaristico*, perché guardano all'utilità della pena rispetto alla società nel suo complesso. E in una prospettiva di questo genere, punire il vecchio saggio non avrebbe senso (è perfettamente riabilitato, non è pericoloso e non c'è alcuna ragione di pensare che nell'isola siano in agguato altri potenziali criminali che occorre scoraggiare). Dall'altra parte, però, pare anche ragionevole pensare che la pena serva a ristabilire l'equilibrio della giustizia, quando questo è stato infranto da chi è responsabile di un crimine; e che dunque costui meriti di essere punito, quali che siano le conseguenze della pena. Questa concezione ha carattere *retributivistico*, nel senso che presuppone che il fondamento della pena sia il fatto che il condannato la meriti e che per questo sia giusto infliggergli la pena senza considerare quali effetti sociali tale inflizione possa avere. Da questo punto di vista, giustizia richiede che il vecchio saggio sia punito.

Le concezioni utilitaristiche guardano al futuro (ossia alle conseguenze della pena), le concezioni retributivistiche guardano al passato (ossia alla colpa che il reo deve espiare). L'utilitarismo è dunque una forma di consequenzialismo, perché assume che per valutare la moralità delle pene si debba guardare soltanto alle loro conseguenze. Il retributivismo, invece, è una forma di deontologismo, in quanto fa discendere la moralità delle pene dalla loro capacità di ristabilire, con la punizione di quanti meritano di essere puniti, l'equilibrio della giustizia che questi hanno infranto.

È importante notare, però, che l'ideale retributivistico può essere scomposto in due componenti, molto diverse tra loro: una *positiva* («tutti i colpevoli meritano di essere puniti, con la necessaria severità») e una *negativa* («solo i colpevoli meritano di essere puniti, con severità non eccessiva»)³. Entrambe queste componenti si incentrano sulla nozione di *merito*, che a sua volta presuppone quelle di responsabilità morale e, di conseguenza, quella di azione libera: chi ha compiuto liberamente una determinata azione illecita è responsabile moralmente per averla compiuta e pertanto merita di essere punito. Occorre però sottolineare che mentre la componente positiva motiva soprattutto l'aspetto di severità del retributivismo (secondo cui la giustizia richiede la severa punizione di tutti i colpevoli), la componente negativa ha piuttosto un connotato garantista e ciò per due ragioni. In primo luogo, perché intima di non punire chi non lo merita – e ciò anche se tale punizione fosse potenzialmente in grado di incrementare l'utilità collettiva, come accade con le punizioni dei capri espiatori, che soddisfano la sete di vendetta della comunità. In secondo luogo, la retribuzione negativa svolge un ruolo garantista perché nega legittimità alle pene eccessive e inumane (come, ad esempio, la tortura), anche quando queste potrebbero portare ovvi benefici sociali (cosa che potrebbe accadere, per esempio, se si torturasse un terrorista in grado di confessare i futuri piani di attacco del suo gruppo).

³ Questa distinzione concettuale, oggi molto utilizzata, soprattutto nella discussione anglosassone, è stata introdotta da J. Mackie, *Persons and Values*, Clarendon Press, Oxford 1985.

Come vedremo nell'ultimo paragrafo, tuttavia, secondo molti autori contemporanei la scienza di oggi dimostrerebbe, o almeno suggerirebbe con forza, l'illusorietà delle idee di libero arbitrio, di responsabilità morale e di merito. Se questi autori avessero ragione, allora tutte le concezioni retributivistiche (tanto nella loro componente positiva quanto in quella negativa) dovrebbero essere abbandonate.

3. Beccaria su utilitarismo e retributivismo

In *Dei delitti e delle pene* sono presenti molti dei temi tipici della successiva tradizione utilitaristica, a cominciare dall'insistenza sull'utilità sociale della pena e sull'antropologia edonistica che fa da sfondo all'intera concezione. Nell'introduzione al suo capolavoro, per esempio, Beccaria scrive che le leggi dovrebbero essere considerate dal punto di vista della «*massima felicità divisa nel maggior numero*» (Introduzione: 32). E ancora, più analiticamente:

Il fine delle pene non è di tormentare ed affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto già commesso [...]. Le strida di un infelice richiamano forse dal tempo che non ritorna le azioni già consumate? Il fine dunque non è altro che d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali. Quelle pene dunque e quel metodo d'infliggerle deve essere prescelto che, serbata la proporzione, farà una impressione più efficace e più durevole sugli animi degli uomini, e la meno tormentosa sul corpo del reo (§XII, 49).

In questa prospettiva la giustizia non dovrebbe guardare all'indietro, verso «il tempo che non ritorna» – cosa invece comune nel Settecento e in parte ancora oggi, anche per l'influenza delle concezioni religiose –, quasi che la giustizia abbia il compito di restaurare un presunto ordine eterno della giustizia che il reo ha infranto. Secondo Beccaria, piuttosto, il fine che la giustizia deve porsi è quello, pienamente laico, di incrementare il benessere dei cittadini, proteggendoli dagli individui pericolosi (funzione speciale della pena) e scoraggiando, in funzione di deterrenza, altri potenziali criminali (funzione generale della pena).

Ma oltre a queste tesi, canonicamente utilitaristiche, nel sistema beccariano sono presenti altri aspetti, che tendono in direzioni diverse. In primo luogo, come nota Philippe Audegean⁴, l'utilitarismo di Beccaria discende concettualmente dalla sua adesione al contrattualismo: e secondo questa prospettiva l'utile va perseguito non perché sia intrinsecamente giusto, ma perché la necessità naturale ci ha portato a considerarlo tale: «La sola necessità ha fatto nascere dall'urto delle passioni e dalle opposizioni degli interessi l'idea della *utilità comune*, che è la base della giustizia umana» (§VII, 43). E ancora: «non si può chiamare legittima società quella dove non

⁴ P. Audegean, *Beccaria, Cesare* (2012), in *Enciclopedia Italiana Treccani*: [http://www.treccani.it/enciclopedia/cesarebeccaria_%28Il Contributo italiano alla storia del Peniero: Filosofia%29/#](http://www.treccani.it/enciclopedia/cesarebeccaria_%28Il%20Contributo%20italiano%20alla%20storia%20del%20Peniero%20Filosofia%29/#)

sia principio infallibile che gli uomini si sian voluti assoggettare ai minori mali possibili» (§XIX, 62).

In secondo luogo, Beccaria rifiuta esplicitamente le pene molto aspre non solo quando (come prevede l'utilitarismo) sono dannose per la felicità collettiva, ma anche quando, pur non essendo dannose, esse sono contrarie alla «ragione illuminata», alla giustizia e allo spirito stesso del contratto sociale che fonda il nostro sistema penale:

quando si provasse che l'atrocità delle pene, se non immediatamente opposta al ben pubblico ed al fine medesimo d'impedire i delitti, fosse solamente inutile, anche in questo caso essa sarebbe non solo contraria a quelle virtù benefiche che sono l'effetto d'una ragione illuminata che preferisce il comandare ad uomini felici più che a una greggia di schiavi, nella quale si faccia una perpetua circolazione di timida crudeltà, ma lo sarebbe alla giustizia ed alla natura del contratto sociale medesimo (§III, 37).

Per giustizia io non intendo altro che il vincolo necessario per tenere uniti gl'interessi particolari, che senz'esso si scioglierebbono nell'antico stato di insociabilità; tutte le pene che oltrepassano la necessità di conservare questo vincolo sono ingiuste di lor natura (§XI, 35).

Infine, come nota ancora Audegean, Beccaria – pur concependo la legislazione in senso utilitaristico (e, anzi, proprio per questo) – ritiene che, nell'applicare la legge, i magistrati debbano agire adottando una prospettiva deontologica, non utilitaristica. Essi, cioè, devono applicare la legge senza proporsi di interpretarla allo scopo di incrementare l'utilità delle pene irrogate: «non può un magistrato, sotto qualunque pretesto di zelo o di ben pubblico, accrescere la pena stabilita ad un delinquente cittadino» (§III, 36); «Non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge» (§IV, 37). Anche questa tesi discende peraltro dall'impianto contrattualistico della concezione beccariana: il patto originario non può prevedere l'esercizio arbitrario della legge che seguirebbe da una sua interpretazione caso per caso da parte del magistrato. Pertanto, laddove per Beccaria la *giustificazione* della pena non può che avere una giustificazione utilitaristica, la sua *distribuzione* da parte dei giudici ha carattere deontologico, perché non deve essere condizionata dalla valutazione delle conseguenze che una pena potrebbe avere, ma solo dalla sua conformità alla legge, che sola definisce chi vada punito e in quale misura.

Beccaria opera pertanto una triplice deroga dall'utilitarismo ortodosso, sia rispetto al fondamento ultimo della concezione sia rispetto alla formulazione della legge (che non può prevedere pene troppo aspre, anche queste non comportino un danno sociale) sia rispetto alla sua applicazione (che non può prevedere l'arbitrio da parte dei magistrati). Tali deroghe dipendono, come detto, dall'adesione di Beccaria all'ideale contrattualistico.

Resta tuttavia da spiegare il motivo per cui secondo Beccaria ritenga che il contratto originario non possa tollerare l'erogazione di pene troppo severe o l'uso

dell'arbitrio da parte di giudici. Utilizzando il lessico filosofico contemporaneo, di questa incompatibilità si possono dare due interpretazioni.

In primo luogo, ed è questa l'interpretazione preferita da Audegean, si può ritenere che Beccaria non si limiti ad anticipare i principi della concezione che oggi si chiama «utilitarismo dell'atto» (secondo cui le azioni morali sono quelle che massimizzano l'utile sociale), ma prefiguri una forma embrionale di «utilitarismo della regola», la concezione secondo la quale la moralità di un'azione è data dalla sua conformità alle norme che massimizzano la felicità generale⁵. Per esempio, rispetto al limite che Beccaria pone agli abusi interpretativi della legge da parte dei magistrati, Audegean scrive:

L'ordinamento penale deve [...] obbedire a un utilitarismo della regola *ante litteram*: produce conseguenze migliori quando i magistrati rispettano le regole deontologicamente, non teleologicamente. Questa combinazione di norme da rispettare e valori da massimizzare rispecchia la fusione di contrattualismo e utilitarismo. I contraenti, uguali, diversi, mossi dall'interesse, non possono essere costretti e castigati che in nome dell'utile. Ma l'utilità medesima suppone la sicurezza: la soddisfazione del loro desiderio prescrive un ferreo, assoluto regno delle norme. Il fine giustifica pertanto i mezzi, ma in senso antimachiavellico, se i mezzi designano appunto un rispetto incondizionato di regole. Regole che devono valere ugualmente per tutti, senza riguardo alle distinzioni di *status* e di circostanze: in caso contrario, alcuni avrebbero più diritti, più libertà di altri, e si tornerebbe nell'insicurezza dello stato naturale.

Tuttavia, alcuni interpreti, come da M. D. White⁶, fanno leva sull'idea di retribuzione negativa per proporre un'interpretazione alternativa, e non implausibile, delle tesi beccariane riguardo l'asprezza delle leggi e l'arbitrio dei magistrati⁷. La loro idea, sostanzialmente, è che in Beccaria la ricerca dell'utile – che costituisce comunque l'orizzonte ultimo del sistema penale – sia vincolata dal principio secondo cui non si devono mai erogare pene che, per quanto utili, colpirebbero individui che non meritano affatto di essere puniti oppure meritano di essere puniti in maniera meno aspra. In questa prospettiva, insomma, va punito solo chi è utile punire; tuttavia, all'interno dell'insieme degli individui che è utile punire, vanno puniti esclusivamente quelli che lo meritano. In questo modo, a garanzia degli imputati e nell'interesse complessivo della giustizia, Beccaria pone un duplice vincolo alla possibilità di punire: alla limitazione utilitaristica si aggiunge quella basata sulla retribuzione negativa.

⁵ Sull'utilitarismo della regola, cfr. B. Hooker, *Rule Consequentialism*, in E. Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2008, <http://plato.stanford.edu/entries/consequentialism-rule>.

⁶ M. D. White, *On Beccaria, the Economics of Crime, and the Philosophy of Punishment*, in «Philosophical Inquiries» II, 2014, pp. 121-137.

⁷ Naturalmente insistere sul ruolo della retribuzione negativa nel sistema di Beccaria è molto diverso dall'interpretarlo come un retributivista *tout court*, come ha sorprendentemente proposto David Young in D. B. Young, *Cesare Beccaria: Utilitarian or Retributivist?*, in «Journal of Criminal Justice», 11, pp. 317-326. Non si può seriamente dubitare, infatti, che Beccaria rifiutasse senza esitazioni la componente positiva del retributivismo.

Consideriamo, in proposito, il celebre passo in cui Beccaria scrive:

perché ogni pena non sia una violenza di uno e di molti contro un privato cittadino, deve essere essenzialmente pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionata a' delitti, dettata dalle leggi (§XLVII, 105).

In effetti, sembra lecito ipotizzare che alcuni dei requisiti di giustizia che Beccaria menziona in questo passo – quello di proporzionalità e quello di stretta osservanza della legge nell'infrazione delle pene – possano discendere da una sua intuitiva adesione all'ideale della retribuzione negativa, secondo il quale una pena, per essere giusta, va inflitta solo a chi la merita e solo nella misura in cui la merita. E ciò, si noti, anche se, vincolata in questo modo, la pena può perdere parte del suo potere di deterrenza e di protezione sociale – ossia può perdere parte della sua capacità di incrementare l'utilità pubblica.

A mio giudizio questa seconda interpretazione è più plausibile di quella che echeggia l'utilitarismo della regola; ma va riconosciuto l'evidenza testuale non è sufficiente a dipanare la questione. Inoltre è possibile, e anzi probabile, che Beccaria fosse ambivalente su questo tema.

4. L'indispensabilità della retribuzione negativa

Infine, può essere interessante spostare dal piano storico-interpretativo a quello teorico la discussione sulle due concezioni attribuite alternativamente a Beccaria: quella per cui egli anticiperebbe l'utilitarismo della regola e quella secondo cui limiterebbe gli effetti dell'utilitarismo dell'atto facendo implicitamente riferimento al principio della retribuzione negativa. Disponiamo, infatti, di ottime ragioni per ritenere che l'utilitarismo della regola non sia in grado di ribattere in maniera convincente a un'obiezione che affligge l'utilitarismo in generale: il già citato caso del capro espiatorio. Come si può dimostrare, con lo strumentario concettuale dell'utilitarismo dell'atto, che quali che siano le circostanze è ingiusto punire un innocente?

La risposta canonica da parte degli utilitaristi della regola è che una norma che, in determinate condizioni, permettesse di punire un innocente non potrebbe garantire la massimizzazione dell'utilità generale. Per esempio, la funzione di deterrenza di tale norma sarebbe minore di una regola alternativa che non prevedesse la punizione per gli innocenti (in effetti, se un potenziale criminale sapesse che potrebbe essere punito anche quando è innocente, non sarebbe poi molto scoraggiato dal compiere il crimine che ha in mente). Inoltre, aggiungono i fautori dell'utilitarismo della regola, la punizione degli innocenti sarebbe accompagnata da un forte sdegno sociale; e ovviamente lo sdegno non è un fattore contribuisce all'incremento della felicità.

Queste osservazioni tuttavia non risolvono alla radice il problema del capro espiatorio. In particolare, si possono immaginare regole che prevedano la punizione

degli innocenti quando: (i) la loro innocenza *non* sia riconosciuta pubblicamente (e dunque tale innocenza non avrebbe alcuna conseguenza sul piano sociale) e (ii) la loro punizione comporti la massimizzazione dell'utilità sociale. Intuitivamente, una tale regola ci appare profondamente ingiusta: e tuttavia gli utilitaristi della regola dovrebbero accettarla, perché è in linea con il loro presupposto teorico fondamentale⁸. E ciò indica che, come teoria della pena, l'utilitarismo della regola non è convincente.

L'alternativa – limitare l'utilitarismo dell'atto per mezzo della retribuzione negativa – appare molto più promettente. In questa prospettiva, per esempio, si sono mossi, per esempio, i due giganti del pensiero etico-giuridico anglosassone del Novecento, John Rawls (1955) e H. L. A. Hart's (1968). Hart, in particolare, ha offerto la trattazione più convincente della questione. A suo giudizio, la giustificazione della pena può avvenire solo su un fondamento utilitaristico: si possono punire soltanto coloro che è utile punire (una tesi ovviamente incompatibile con il retributivismo positivo, secondo cui si devono punire tutti coloro che lo meritano, quali che siano le conseguenze della loro punizione). Per quanto riguarda però la distribuzione delle pene da parte dei giudici, Hart pone invece un vincolo retributivistico-negativo – proprio come, secondo l'interpretazione di White, fece anche Beccaria. In questa luce, stante l'utilità della pena, non si deve mai punire chi non lo merita.

Queste osservazioni sono rilevanti per una discussione di particolare rilievo oggi. Un numero crescente di autori infatti – interpretando in maniera peraltro molto controversa la gran messe di dati che arrivano dalle scienze e in particolare dalla neuroscienza cognitiva – sostiene che (i) le idee di libero arbitrio, di responsabilità e di merito sono meramente illusorie e dunque che (ii) le concezioni retributivistiche nel loro complesso, che presuppongono a quelle idee, vanno abbandonate. Secondo questa prospettiva, l'unica possibilità di offrire una teoria della pena accettabile è offerta dall'utilitarismo (o nella versione dell'utilitarismo dell'atto o in quella della regola). Gli alfieri di questa radicale reimpostazione delle fondamenta del diritto e della teoria della pena ritengono che essa dovrebbe essere accolta con grande favore da tutti coloro che hanno a cuore le sorti della giustizia e del garantismo. Così, per esempio, scrivono J. Greene e J. Cohen:

Oggi la legge si confronta con fermezza, ma anche con clemenza con gli individui il cui comportamento è ovviamente il prodotto di forze che sono, in ultima analisi, al di là del loro controllo. Un giorno [quando si accetterà il fatto che il libero arbitrio è un'illusione e dunque il comportamento di tutti noi è al di là del nostro controllo] la legge potrà trattare tutti i criminali condannati in questo modo. Ossia, con umanità⁹.

⁸ Sulle notevoli difficoltà teoriche cui va incontro l'utilitarismo della regola, cfr. R. Arneson, *Sophisticated Rule Consequentialism: Some Simple Objections* in «Philosophical Issues», XV, 2005, pp. 235-251.

⁹ J. Greene, J. Cohen, *For the Law, Neuroscience Changes Nothing and Everything*, in «Philosophical Transactions of the Royal Society of London» B, CCCLIX, 2004, p. 1784.

Questo tipo di posizioni sono sempre più comuni¹⁰. Nondimeno esse incontrano gravi problemi. In primo luogo, idealizzano eccessivamente il modo con cui la società tratta oggi chi ha commesso crimini senza avere la capacità di intendere e di volere. In secondo luogo, assumono che la presunta illusorietà di libero arbitrio, responsabilità morale e merito sia stata dimostrata dalle scienze; ciò però è estremamente dubbio¹¹. Infine, e questo è il punto più interessante in questa sede, queste posizioni sono ingiustificatamente ottimistiche rispetto alle conseguenze di una concezione radicalmente utilitaristica della pena.

Il punto cruciale, infatti, è che, se fosse vero che le idee di libero arbitrio, responsabilità morale e merito sono illusorie, allora, oltre al retributivismo positivo, cadrebbe anche il retributivismo negativo (secondo cui non si può punire nessuno che non lo meriti e in una misura superiore a quanto meriti). E in questo modo non ci sarebbero più argini alla possibilità che la pratica del capro espiatorio venga considerata accettabile: come si è visto sopra, infatti, né l'utilitarismo dell'atto né quello della regola hanno le risorse concettuali per mostrare che tale pratica è ingiusta.

Pur assumendo un quadro utilitaristico di sfondo, allora, solo il retributivismo negativo può porre un argine teorico alla possibilità che diventino accettabili pratiche ingiuste, ma utili socialmente, quali la condanna di chi non lo merita o l'inflizione di pene esagerate. Già due secoli fa, d'altra parte, un grande italiano sembrava avere in proposito idee più chiare di molti autori contemporanei:

Egli è importante che ogni delitto palese non sia impunito, ma è inutile che si accerti chi abbia commesso un delitto che sta sepolto nelle tenebre. Un male già fatto, ed a cui non c'è rimedio, non può essere punito dalla società politica che quanto influisce sugli altri con la lusinga dell'impunità [*Utilitarismo dell'atto*]. S'egli è vero che sia maggiore il numero degli uomini che o per timore, o per virtù, rispettano le leggi che di quelli che le infrangono, il rischio di tormentare un innocente deve valutarsi tanto di più, quanto è maggiore la probabilità che un uomo a dati uguali le abbia piuttosto rispettate che risprezzate [*Retributivismo negativo*] (§XVI, 55).

¹⁰ Cfr. M. Gazzaniga, *The Law and Neuroscience*, in «Neuron», LX, 2008, pp. 412-415; F. Caruana, *Due problemi sull'utilizzo delle neuroscienze in giurisprudenza*, in «Sistemi intelligenti», XXII, 2010, pp. 337-346; S. Harris, *Free Will*, Oxford University Press, Oxford 2012; D. Pereboom, *Will, Agency, and Meaning in Life*, Oxford University Press, Oxford 2014.

¹¹ Cfr. A. Roskies, *Neuroscientific Challenges to Free Will and Responsibility*, in «Trends in Cognitive Sciences», X, 2006, pp. 419-423; A. Mele, *Why Science Hasn't Disproved Free Will*, Oxford University Press, New York 2014; M. De Caro, A. Lavazza, *Free Will as an Illusion: Ethical and Epistemological Consequences of an Alleged Revolutionary Truth*, in «Social Epistemology Review and Reply Collective», III, 12, 2014, pp. 40-50.