

# *ANTIGONE*



Rivista *ANTIGONE*

a cura dell'associazione Antigone onlus

SEDE OPERATIVA: via Silvano n. 10, fabbricato D, scala I, 00158 Roma

SEDE LEGALE: via della Dogana Vecchia n. 5, 00186 Roma

TEL.: 06 443631191 - FAX: 06 233215489

SITO: [www.associazioneantigone.it](http://www.associazioneantigone.it) - E-MAIL: [segreteria@associazioneantigone.it](mailto:segreteria@associazioneantigone.it)

DIRETTORE RESPONSABILE: Claudio Sarzotti (Università di Torino)

CO-DIRETTORE: Stefano Anastasia (Università di Perugia)

COMITATO SCIENTIFICO: Amedeo Cottino (Università di Torino); Alessandro De Giorgi (San José State University); Luigi Ferrajoli (Università di Roma Tre); Paolo Ferrua (Università di Torino); Carlo Fiorio (Università di Perugia); Francesco Maisto (magistrato); Alberto Marcheselli (Università di Torino); Antonio Marchesi (Università di Teramo); Pio Marconi (Università di Roma La Sapienza); Alessandro Margara (Fondazione Giovanni Michelucci); Luigi Marini (magistrato); Dario Melossi (Università di Bologna); Giuseppe Mosconi (Università di Padova); Mauro Palma (PC-CP, Consiglio d'Europa); Massimo Pavarini (Università di Bologna); Livio Pepino (Associazione studi giuridici Giuseppe Borrè); Tamar Pitch (Università di Perugia); Franco Prina (Università di Torino); Eligio Resta (Università di Roma Tre); Iñaki Rivera Beiras (Universitat de Barcelona); Marco Ruotolo (Università di Roma Tre); Loïc Wacquant (University of California, Berkeley)

REDAZIONE

COORDINATORI: Daniela Ronco, Giovanni Torrente

CORPO REDAZIONALE: Rosalba Altopiedi, Noemi Bertoletti, Cristiana Bianco, Cecilia Blengino, Valeria Casciello, Dario Stefano Dell'Aquila, Valeria Ferraris, Patrizio Gonnella, Susanna Marietti, Simona Materia, Michele Miravalle, Andrea Molteni, Silvia Mondino, Marta Pastorelli, Silvia Riccetti, Alvise Sbraccia, Vincenzo Scalia, Alessio Scandurra, Francesca Vianello

PROGETTAZIONE GRAFICA: a cura di Daniele Pepino

con la collaborazione di *Avenida comunicazione&immagine* (Modena)

IN COPERTINA: Giovanni Battista Piranesi, *Carceri d'invenzione (1745-1761)*, Tavola XI, ediz. Jaspard, Polus et CIE, Monaco, 1961; tavole riprodotte da Bracon-Duplesis, con prefazione di Marguerite Yourcenar (collezione privata)

STAMPA TIPOGRAFICA: realizzata presso la Casa circondariale di Ivrea (TO)

Pubblicazione realizzata con il contributo della Compagnia di San Paolo di Torino

Edizioni Gruppo Abele

corso Trapani 95 - 10141 Torino

TEL.: 011 389500 - FAX: 011 389881

SITO: [www.gruppoabele.org](http://www.gruppoabele.org) - E-MAIL: [edizioni@gruppoabele.org](mailto:edizioni@gruppoabele.org)

***ANTIGONE***  
***QUADRIMESTRALE DI CRITICA***  
***DEL SISTEMA PENALE E PENITENZIARIO***

anno IX - n. 3

Passato e futuro del garantismo  
250 anni dopo *Dei delitti e delle pene* di Cesare Beccaria

 edizioni  
**GruppoAbele**

RIVISTA "ANTIGONE"  
QUADRIMESTRALE DI CRITICA DEL SISTEMA PENALE E PENITENZIARIO

### CONDIZIONI DI ABBONAMENTO

Per l'anno 2014 l'abbonamento alla rivista è stato fissato a 40 €

Il versamento può essere effettuato:

- con bonifico bancario su Banca Sella - sede di Torino, agenzia piazza Castello, conto n. 052847567560 intestato all'associazione Antigone Piemonte ONLUS: IBAN IT21W0326801000052847567560, BIC SELBIT2BXXX

È necessario specificare il nominativo e la causale del versamento (abbonamento rivista Antigone 2014).

È possibile sottoscrivere anche l'abbonamento congiunto con le altre riviste edite da Edizioni Gruppo Abele, con le seguenti modalità di versamento:

- su conto corrente postale n. 155101 intestato a Gruppo Abele Periodici, c.so Trapani 95, 10141 Torino: IBAN postale IT57 W076 0101 0000 0000 0155101;
- con bonifico bancario su Banca Popolare Etica - sede di Torino - intestato a: Associazione Gruppo Abele ONLUS: IBAN IT21 S050 1801 0000 0000 0001803;
- dall'estero per i bonifici bancari SWIFT CCRTIT2T84A.

Gli importi degli abbonamenti congiunti sono:

- Antigone + Narcomafie: 50 €;
- Antigone + Animazione Sociale: 65 €;
- Antigone + Animazione Sociale + Narcomafie: 90 €.

È necessario specificare il nominativo e la causale del versamento (abbonamento rivista Antigone 2013 + Animazione Sociale + Narcomafie o le altre soluzioni possibili).

L'abbonamento alla rivista può essere sottoscritto anche versando la quota di socio sostenitore dell'associazione Antigone, pari a 100 €, secondo le modalità che si possono consultare sul sito [www.associazioneantigone.it](http://www.associazioneantigone.it) o richiedere al recapito telefonico dell'associazione Antigone (tel. 06/44363191 - fax 06/233215489) o via mail [segreteria@associazioneantigone.it](mailto:segreteria@associazioneantigone.it)

Autorizzazione alla pubblicazione n. 5939 del 2 febbraio 2006  
depositata presso il Tribunale di Torino

© Associazione Antigone e Edizioni Gruppo Abele

## INDICE

Editoriale, <i>Claudio Sarzotti</i>	pag.	7
<b>PASSATO E FUTURO DEL GARANTISMO 250 ANNI DOPO <i>DEI DELITTI E DELLE PENE</i> DI CESARE BECCARIA</b>		
Cesare Beccaria: un pensiero giuridico costituente e militante, <i>Luigi Ferrajoli</i>	»	11
Il problema penale: all'origine del diritto di punire. Una riflessione su Cesare Beccaria a 250 anni dalla pubblicazione di <i>Dei delitti e delle pene</i> , <i>Giulia Maria Labriola</i>	»	23
Razionalità, umanità, chiarezza. L'insegnamento dei Lumi per un diritto penale mite, <i>Carolina Antonucci</i>	»	40
Le pene tra passato e futuro. Brevi riflessioni sulla attualità del pensiero di Cesare Beccaria, <i>Marco Ruotolo</i>	»	62
Contratto sociale e pena capitale. Beccaria <i>vs.</i> Rousseau, <i>Dario Ippolito</i>	»	67
Con Beccaria oltre Beccaria: dall'abolizione della pena di morte a quella dell'ergastolo, <i>Stefano Anastasia</i>	»	96
Utilitarismo e retributivismo in Cesare Beccaria, <i>Mario De Caro</i>	»	105
Cesare Beccaria in Inghilterra prima di Jeremy Bentham. La specificità inglese, <i>Rosamaria Lorelli</i>	»	117
The Shadowy Man of Reason - Beccaria and the Norwegian Abolitionist Movement, <i>Per Jørgen Ystehede</i>	»	143

**LE RUBRICHE PERIODICHE****RUBRICA GIURIDICA**

- Violazione del divieto di tortura e obbligo per l'Italia di inserire uno strumento *ad hoc* per punire i responsabili, *Alessia Valentino* » 153

**RECENSIONI**

- DARIO IPPOLITO (a cura di), *La libertà attraverso il diritto. Illuminismo giuridico e questione penale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014 (di Carolina Antonucci) » 159
- LIVIO PEPINO, *Prove di paura. Barbari, marginali, ribelli*, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 2015 (di Claudio Sarzotti) » 163
- CLAUDIA MANTOVAN e ELENA OSTANEL, *Quartieri contesi. Convivenza, conflitti e governance nelle zone Stazione di Padova e Mestre*, FrancoAngeli, Milano, 2015 (di Benedetta Perego) » 166
- LUCA SPANU, *Casi lombrosiani*, Quaderni della Fondazione "Filippo Burzio", Torino, 2014 (di Michele Miravalle) » 168
- Hanno collaborato a questo numero* » 172
- Regole per l'invio di contributi* » 173

## EDITORIALE

*Claudio Sarzotti*

Qualche anno or sono venne dato alle stampe un rigoroso lavoro esegetico di Raffaele Sbardella (*Beccaria/dei/delittile/delle/penel/con/note*, La Città del Sole, Napoli, 2005, con introduzione di Luigi Ferrajoli) in cui venivano analizzate tre correzioni di una dozzina di righe al paragrafo XXVIII del volume *Dei delitti e delle pene* relativo alla pena di morte ritrovate su di un esemplare, di proprietà dello stesso Beccaria, della quinta edizione, stampata a Livorno nel 1766 dall'editore Aubert. L'analisi di tali note aggiuntive (che Sbardella attribuisce a Beccaria affidandosi a una perizia calligrafica ed elencando una fitta serie di indizi logici e biografici), scritte a mano con un pennino a punta sottile e prodotte per una nuova edizione del libro che non avrebbe mai visto la luce, mostra un suo ripensamento che lo portò alla soglia della messa in discussione non solo della legittimità della pena di morte, ma anche di quella detentiva, sino quasi ad accedere a posizioni che avrebbero negato la stessa legittimità del diritto di punire da parte dello Stato (l'analisi di queste correzioni rappresenta quindi un esempio di quella linea interpretativa, qui testimoniata dall'articolo di Jørgen Ystehede, che ha sottolineato il possibile esito abolizionista del pensiero di Beccaria). Ma, come scrisse Franco Venturi, «Beccaria su quella soglia si ferma» (*Lezioni di Cambridge*, 1969). Questo perché, secondo Ferrajoli nella introduzione al libro di Sbardella, «il diritto penale, la pena, è comunque una garanzia contro la legge del più forte. La sua giustificazione razionale risiede infatti nella sua capacità di ridurre, ossia di minimizzare, la quantità e la qualità della violenza nella società: non solo la violenza dei delitti, ma anche la violenza delle reazioni ai delitti ad opera delle parti lese o dei soggetti, pubblici o privati, con esse solidali» (p. 19). Ecco quindi che la diffidenza con cui Beccaria guarda al diritto di punire si trasforma in un pragmatico programma di garantismo penale volto a minimizzare e a umanizzare il terribile potere-dovere di sanzionare che lo Stato esercita nei confronti dei cittadini che hanno violato la legge penale.

E tale pragmatismo rende il suo pensiero, a distanza di 250 anni dalla pubblicazione di *Dei delitti e delle pene*, utile per fornire delle risposte alle questioni penali che ancora interpellano l'intelligenza e la coscienza dell'uomo del XXI secolo. Ecco perché celebrare tale anniversario con il convegno tenutosi a Roma il 29-30 ottobre 2014, *Passato e futuro del garantismo*, promosso dall'Università di Roma Tre (Dipartimento di giurisprudenza), dal Master in Diritto penitenziario e Costituzione e dall'associazione Antigone, non è stato un tributo fine a se stesso a un grande pensatore, ma l'occasione per riattivare il contenuto di una riflessione che risale a un periodo storico di svolta nella storia della penalità e che inaugura il paradigma della scienza penalistica in cui ancora oggi ci muoviamo. Attualità di una riflessione che si misura con la capacità di fornire risposte concettualmente chiare ed eticamente rigorose a "scandali" di cui la cultura giuridica penalistica occidentale non ha ancora saputo prendere definitivamente le distanze: la pena di morte, la tortura (si veda, a tal proposito, la rubrica giuridica che commenta la sentenza CEDU sui fatti della Scuola Diaz nei giorni del G8 di Genova), la stessa pena perpetua dell'ergastolo (rispetto alla quale, come scrive Stefano Anastasia nel suo saggio, occorre andare «con Beccaria oltre Beccaria»). Anzi, alcuni eventi recenti nel nostro Paese e nel mondo ci mostrano che le conquiste del garantismo penale non sono mai acquisite una volta per tutte; dietro l'angolo della storia si celano spesso delle inquietanti sorprese, degli spettri del passato che pensavamo di avere per sempre esorcizzato. Rifarsi all'autorevolezza e al prestigio del pensiero di Cesare Beccaria non potrà che renderci più forti nel resistere a tali derive che definirei neo-barbariche in un'accezione ben diversa da quella utilizzata da Livio Pepino nel suo recente libro qui recensito. Il senso, invece, è quello specifico di contrarie al *processo di civilizzazione* che, secondo Norbert Elias e non solo, ha caratterizzato l'avvento della società moderna e che ha influenzato così intensamente anche la storia della penalità. E in tale processo quell'idea, ripresa sin dal prologo del *Dei delitti e delle pene*, secondo la quale «la legittima autorità» riposa sulla «dolcezza e l'umanità che la giustificano agli occhi di tutti», sul presupposto che negli uomini, più che la forza, possa l'opinione.

**PASSATO E FUTURO DEL GARANTISMO  
250 ANNI DOPO *DEI DELITTI E DELLE PENE*  
DI CESARE BECCARIA**





## CESARE BECCARIA: UN PENSIERO GIURIDICO COSTITUENTE E MILITANTE

Luigi Ferrajoli

*Con questo saggio, vera e propria orazione in lode di Cesare Beccaria, Luigi Ferrajoli evidenzia gli aspetti di straordinaria attualità del pensiero settecentesco formulato dal padre del moderno diritto penale. In particolare, l'Autore individua tre elementi fondamentali (e ancora in certa misura da attuare): la minimizzazione della violenza punitiva, in occasione della quale condivide la paternità del ben noto concetto di diritto penale minimo con il secolare maestro; il pensiero giuridico costituente, perché la necessità di un rapporto garantista e garantito tra Stato e individuo ben travalica i confini del mero diritto penale; la filosofia militante, attraverso la quale gli scritti di Beccaria spronano ancora oggi le nuove generazioni di giuristi ad assumere un pensiero critico nei confronti del diritto vigente.*

**Keywords:** Cesare Beccaria; potere punitivo; garanzie; diritto penale minimo; filosofia militante.

### 1. Tre aspetti dell'attualità del pensiero di Beccaria

Segnalerò tre aspetti della straordinaria attualità del pensiero di Cesare Beccaria.

Il primo aspetto riguarda specificamente il diritto penale. Cesare Beccaria può ben dirsi il padre del moderno diritto penale, da lui concepito come un *sistema di garanzie* dell'individuo, cioè come un insieme di limiti razionali all'arbitrio e agli eccessi repressivi diretto a minimizzare la violenza punitiva. Da allora, per due secoli e mezzo, quel modello garantista ha informato la cultura penale liberale. E tuttavia, al di là degli omaggi di facciata, esso è stato largamente contraddetto dalle legislazioni e dalle pratiche penali anche degli ordinamenti democratici. Resta infatti un modello normativo limite, tuttora irrealizzato, mai perfettamente realizzabile e ancora in gran parte da realizzare.

Il secondo aspetto dell'attualità di Beccaria è ancor più rilevante. Beccaria ha inaugurato, insieme agli altri pensatori illuministi, la dottrina del *potere pubblico limitato*. Sotto questo aspetto egli può ben considerarsi altresì un padre dell'odierno costituzionalismo garantista, cioè di un modello o paradigma di diritto come sistema di limiti e vincoli in grado di essere allargato a tutti i poteri e a garanzia di tutti i diritti fondamentali, ben al di là delle garanzie dei diritti di libertà contro il potere punitivo. Quel modello, come mostrerò, è ancora in gran parte da attuare e soprattutto da costruire. Dalla sua attuazione e dalla sua costruzione dipende il futuro dello Stato di diritto e della democrazia. E questo giustifica, a me pare, la caratterizzazione del pensiero illuminista, e in particolare di quello di Beccaria, come *pensiero politico costituente*.

Infine, il terzo aspetto dell'attualità di Beccaria riguarda la dimensione pragmatica innestata nella scienza giuridica dalla sua riflessione filosofica sui fondamenti assiologici del diritto penale e, più in generale, sui fondamenti che giustificano quell'artificio istituzionale nel quale consistono il diritto e lo Stato. Questa dimensione pragmatica, contestata e amputata dall'indirizzo tecnico-giuridico che si affermerà all'inizio del secolo scorso, si manifesta nel ruolo critico e progettuale nei confronti del diritto, sulla base dei valori che lo giustificano, assegnato alla scienza giuridica dalla filosofia della giustizia. Di qui il carattere *militante* in difesa di quei valori che assume, in Beccaria, la riflessione teorica e filosofica sul diritto penale e che l'opera di Beccaria continua tuttora a suggerire all'intera cultura giuridica e politica.

## 2. La minimizzazione della violenza punitiva per il tramite delle garanzie

Cominciamo dal primo aspetto dell'attualità del pensiero di Beccaria. Beccaria ha teorizzato un modello garantista di diritto penale e processuale basato sulla minimizzazione della violenza punitiva. *Diritto penale minimo*, voglio qui ricordare, è un'espressione da me coniata circa trent'anni fa, in occasione di una relazione polemica svolta a Barcellona contro le dottrine abolizionistiche, poi ripresa nel mio libro *Diritto e ragione* ed entrata da allora non solo nel lessico penalistico ma anche in quello del dibattito pubblico. Ma è chiaro che quell'espressione mi fu suggerita dai molti luoghi nei quali Beccaria formula il suo progetto di minimizzazione dell'intervento penale.

Ricorderò tre di questi luoghi. Il primo è la celebre *Conclusione* del *Dei delitti*, dove Beccaria enuncia, a proposito delle pene, il suo *teorema generale*: «perché ogni pena non sia una violenza di uno o di molti contro un privato cittadino, dev'essere essenzialmente pubblica, pronta, necessaria, *la minima*

*delle possibili* nelle date circostanze, proporzionata a delitti, dettata dalle leggi». Il secondo è la tesi filosofico-contrattualistica sui fondamenti del *diritto di punire* enunciata nel *II paragrafo*: «fu dunque la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà: egli è dunque certo che ciascuno non ne vuol mettere nel pubblico deposito che la *minima porzion* possibile, quella sola che basta a indurre gli altri a difenderlo. L'aggregato di queste *minime porzioni* possibili forma il diritto di punire; tutto il di più è abuso e non giustizia, è fatto, ma non già diritto». Il terzo passo è il § XXVIII contro la pena di morte, dove Beccaria riprende l'argomento contrattualistico sostenendo che non può far parte della «*somma di minime porzioni* della privata libertà» conferite da ciascun cittadino allo Stato «il diritto che si attribuiscono gli uomini di trucidare i loro simili»; e si domanda: «chi è mai colui che abbia voluto lasciare ad altri uomini l'arbitrio di ucciderlo? Come mai nel *minimo sacrificio* della libertà di ciascuno vi può essere quello del massimo tra tutti i beni, la vita?».

Ebbene, un aspetto straordinario del pensiero di Beccaria, di solito trascurato, consiste nel complesso fondamento filosofico-politico di queste sue tesi sulla minimizzazione della violenza punitiva e sull'inammissibilità della pena di morte. È a Beccaria che dobbiamo entrambe le massime morali nelle quali risiede questo fondamento e con le quali egli anticipa i due principali orientamenti dell'odierna filosofia morale e politica, di solito contrapposti ma nel suo pensiero tra loro felicemente integrati: l'una di tipo contrattualistico, utilitaristico e relativo, l'altra di tipo anticontrattualistico, categorico e assoluto. Il primo principio è quello utilitaristico da lui formulato fin dall'*Introduzione del Dei delitti*: «la massima felicità divisa nel maggior numero» come obiettivo di ogni legislazione razionale; che è la celebre formula che sarà ripresa da Jeremy Bentham e che accomuna tutta la filosofia morale utilitaristica. Il secondo principio è quello categorico formulato da Beccaria nel § XX con un'altra icastica massima: «non vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi di esser *persona* e diventi *cosa*»; che è la non meno celebre massima che sarà ripresa da Immanuel Kant quale fondamento della sua morale categorica.

Le due formule sono comunemente considerate opposte. Esse rappresentano, per così dire, i due principi o postulati dei due principali e divergenti filoni della filosofia morale. Fu del resto sulla base della seconda formula, pur anticipata da Beccaria, che Kant sviluppò la sua durissima critica contro ogni utilitarismo morale. Nel pensiero di Beccaria, invece, la contraddizione tra le due massime è a ben vedere solo apparente. Nel modello penale garantista da lui inaugurato, che certamente non è il modello kantiano, il condannato non è affatto trattato come un mezzo per fini non suoi. Una simile critica

può valere contro quello che ho chiamato l'*utilitarismo dimezzato* e che è alla base di tutte le dottrine utilitaristiche che giustificano la pena *soltanto* come mezzo di prevenzione dei delitti. Non vale invece nei confronti del modello del diritto penale minimo, in forza del quale la giustificazione del diritto penale si fonda non su uno, ma su due scopi giustificanti: non solo sulla prevenzione dei delitti, ma anche sulla prevenzione delle punizioni ingiuste, o arbitrarie, o eccessive o informali che si produrrebbero in sua assenza; non solo, quindi, sullo scopo della massima utilità dei non devianti, ma anche su quello della minima afflizione dei devianti. E sono proprio i limiti teorizzati da Beccaria nei confronti del potere di punire – in altre parole, l'insieme delle *garanzie* penali e processuali – che minimizzano la violenza punitiva, soddisfano il secondo scopo giustificante del diritto penale, sono stabiliti nell'interesse dei devianti, assunti perciò non come mezzi bensì come fini a se medesimi e consentono quindi, sulla base di un utilitarismo penale riformato, di conciliare le due massime suddette della morale, entrambe coerentemente anticipate da Beccaria.

Insomma, tra l'*utilitarismo contrattualistico* che fa di Beccaria un precursore di Bentham, e il valore da lui associato alla *persona come fine a se medesimo*, che ne fa un precursore di Kant, non solo non c'è contraddizione, ma c'è addirittura implicazione. È in questo che risiede la straordinaria originalità di Beccaria e il fondamento filosofico, più in generale, del garantismo. L'ipotesi del contratto sociale, infatti, benché utilitaristica, si fonda precisamente sull'idea dei diritti fondamentali – a cominciare dal diritto alla vita – come diritti indisponibili, cioè come clausole rigide che designano la ragion d'essere del patto e degli artifici giuridici da esso istituiti; e vale perciò a fondare da un lato l'idea che le persone non sono cose, ma fini in sé e, dall'altro e correlativamente, l'idea del diritto e dello Stato come artifici, cioè come strumenti per finalità non loro quali sono la tutela della vita e degli altri diritti delle persone. Il contratto sociale è insomma, per Beccaria, il patto utilitaristico di convivenza con il quale viene stipulato ciò che non è negoziabile, né disponibile, né derogabile: la vita delle persone, le quali dunque, egli dice, non sono cose né mezzi, ma fini a se medesimi la cui tutela è la ragione e lo scopo del patto sociale.

Ma come avviene, o meglio come deve avvenire questa minimizzazione della violenza punitiva che realizza, a garanzia del reo, il secondo scopo giustificante del diritto penale? Deve avvenire, secondo Beccaria, attraverso le *garanzie* penali e processuali, cioè tramite i limiti imposti a tutti e tre i momenti nei quali si articola il potere punitivo: la pena, il reato, il processo penale.

In primo luogo attraverso la limitazione delle *pene*. In proposito Beccaria formula due principi. Il primo è il *principio di necessità*: «ogni pena che non

derivi dall'assoluta necessità ... è tirannica, dice il grande Montesquieu» (§ II); da cui segue, come corollario, la concezione come *extrema ratio* del diritto penale, il cui intervento si giustifica solo se non è possibile ridurre i delitti con mezzi non penali: «non si può chiamare precisamente giusta (il che vuol dire necessaria) una pena di un delitto, finché la legge non ha adoperato il miglior mezzo possibile nelle date circostanze d'una nazione per prevenirlo» (§ XXXI). E quali sono questi miglior mezzi extra-penali? Beccaria li identifica soprattutto nell'educazione: «il più sicuro ma più difficil mezzo di prevenire i delitti si è di perfezionare l'educazione» (§ XLV). Più in generale, diremmo oggi, la prevenzione dei delitti dipende soprattutto dalle politiche sociali in tema di istruzione, di salute e di sussistenza, ben più efficaci, quali strumenti di prevenzione dei reati, delle politiche penali invocate, come una bacchetta magica, dalla demagogia populista.

Il secondo principio di mitigazione delle pene è quello umanitario che Beccaria chiama della loro *dolcezza*: «uno dei più gran freni dei delitti», egli scrive nel § XXVII, «non è la crudeltà delle pene, ma l'infallibilità di esse ... La certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre una maggiore impressione che non il timore di un altro più terribile, unito colla speranza dell'impunità». D'altro canto, egli aggiunge (ivi) riprendendo una tesi di Montesquieu sulla mitezza delle pene come misura della civiltà di un Paese, esiste un nesso tra l'efferatezza delle pene e l'incremento dei delitti di sangue: «i Paesi e i tempi dei più atroci supplicii furon sempre quelli delle più sanguinose ed inumane azioni, poiché il medesimo spirito di ferocia che guidava la mano del legislatore, reggeva quella del parricida e del sicario. Sul trono dettava leggi di ferro ad anime atroci di schiavi, che ubbidivano. Nella privata oscurità stimolava ad immolare i tiranni per crearne dei nuovi».

Ma da che cosa dipendono questa certezza e questa minimizzazione delle pene? Dipendono, dice Beccaria in una delle sue pagine più belle, dalla certezza e dalla minimizzazione dei loro presupposti, cioè dei *reati*, l'una e l'altra realizzabili attraverso il *principio di legalità* e, prima ancora, il *principio di economia*: «proibire una moltitudine di azioni indifferenti non è prevenire i delitti che non possono nascere, ma egli è un crearne dei nuovi ... Volete prevenire i delitti? Fate che le leggi sian chiare, semplici, e che tutta la forza della nazione sia condensata a difenderle, e nessuna parte di esse sia impiegata a distruggerle ... Fate che gli uomini le temano, e temano esse sole. Il timor delle leggi è salutare, ma fatale e fecondo di delitti è quello di uomo a uomo. Gli uomini schiavi sono più voluttuosi, più libertini, più crudeli degli uomini liberi» (§ XLI).

È soprattutto il principio di legalità l'asse portante dell'intero modello. Di questo principio Beccaria formula entrambe le versioni, l'una formale,

l'altra sostanziale: il *principio di mera legalità*, in forza del quale «le sole leggi possono decretar le pene sui delitti, e quest'autorità non può risiedere che presso il legislatore» (§ III), e il *principio di stretta legalità*, sostanziato dal *principio di offensività*, in forza del quale «l'unica e vera misura dei delitti è il danno fatto alla nazione» (§ VII). In base al primo principio nessuno può essere punito se non per un fatto previsto dalla legge come reato; in base al secondo la legge, a sua volta, non può prevedere come reati fatti che non producano alcun danno a terzi.

Infine, è la chiarezza e la semplicità delle leggi il principale fattore di limitazione, nel *processo penale*, dell'arbitrio punitivo, e perciò la principale garanzia delle libertà e della dignità dei cittadini. «Dove le leggi siano chiare e precise», scrive Beccaria, «l'ufficio di un giudice non consiste in altro che di accertare un fatto» (§ XIV). Naturalmente una simile tesi – al pari di quella del *sillogismo perfetto* e ancor prima dell'immagine montesquieviana del giudice *bocca della legge* – designa un modello limite, mai realizzabile e perciò utopistico. E tuttavia il loro grado maggiore o minore di realizzazione dipende dalla semantica del linguaggio legale, cioè dal grado di determinatezza, tassatività, chiarezza e precisione delle figure di reato. Per questo, non dimentichiamolo, allorquando furono pronunciate, quelle tesi, benché ingenua e insostenibili se prese alla lettera, esprimevano un principio rivoluzionario: il principio della massima garanzia della persona contro l'arbitrario dispotismo dei giudici.

È sull'insieme di queste garanzie – i principi di economia, di certezza, di legalità, di tassatività e di offensività delle figure di reato – che si basano ancor oggi tutti i principali valori del garantismo penale e processuale. In primo luogo le libertà dei cittadini: «L'opinione che ciaschedun cittadino deve avere di poter fare tutto ciò che non è contrario alle leggi senza temerne altro inconveniente che quello che può nascere dall'azione medesima», scrive Beccaria riprendendo un'altra classica tesi illuministica, «questo è il dogma politico che dovrebbe essere dai popoli creduto e dai supremi magistrati colla incorrotta custodia delle leggi predicato; sacro dogma, senza di cui non vi può essere legittima società» (§ VIII). In secondo luogo il modello cognitivo del processo, che Beccaria chiamò «processo *informativo*, cioè la ricerca indifferente del fatto» dove il giudice è «un'indifferente ricercatore del vero», in opposizione a quello da lui chiamato «processo *offensivo*», dove «il giudice diviene nemico del reo, di un uomo incatenato..., e non cerca la verità del fatto, ma cerca nel prigioniero il delitto, e lo insidia, e crede di perdere se non vi riesce, e di far torto a quell'infalibilità che l'uomo s'arrogava in tutte le cose» (§ XVII). In terzo luogo, la separazione dei poteri: «egli è dunque necessario che un terzo giudichi della verità del fatto. Ecco la necessità di un magistrato,

le di cui sentenze sieno inappellabili e consistano in mere asserzioni o negative di fatti particolari» (§ III). Si tratta, in breve, di quell'insieme di limiti, separazioni e bilanciamenti che fanno del potere punitivo un *potere limitato*.

### 3. Un pensiero giuridico costituente

È questo il secondo e forse ancor più importante aspetto dell'attualità del pensiero di Beccaria. A Beccaria, ma più in generale al pensiero politico dell'illuminismo, dobbiamo l'elaborazione teorica del modello normativo del *potere limitato*: un modello che la filosofia politica dell'illuminismo ha teorizzato con riguardo al diritto penale, dato che il potere punitivo è il terreno sul quale più drammatico, violento e virtualmente arbitrario è il rapporto tra autorità e libertà, tra poteri dello Stato e diritti del cittadino.

Ma Beccaria non ha solo inaugurato la riflessione teorica sul garantismo penale, cioè sui limiti che occorre imporre al dispotismo punitivo a garanzia delle libertà e della dignità delle persone. Il modello del potere limitato, che accomuna l'intero pensiero illuminista, è un paradigma formale, che può essere perciò allargato per un verso a tutti i poteri, e non solo al potere penale, e per altro verso a garanzia di tutti i diritti, e non solo di quelli di libertà. È quanto è accaduto con lo sviluppo storico dello Stato di diritto, dapprima nelle forme dello Stato legislativo e poi in quelle dello Stato costituzionale. E, soprattutto, è quanto la ragione giuridica e politica suggerisce che accada, attraverso gli ulteriori sviluppi di quel medesimo paradigma richiesti per far fronte alle sfide originate dai nuovi poteri e dalle loro aggressioni ai diritti vecchi e nuovi: un paradigma che ho chiamato *garantista* perché la limitazione e la regolazione del potere da esso determinate avvengono sempre attraverso l'introduzione di *garanzie*, cioè di altrettanti divieti o obblighi imposti all'esercizio dei poteri correlativamente alle aspettative negative o positive nelle quali consistono tutti i diritti da esse garantiti. Di qui il ruolo critico, progettuale e costruttivo che tale paradigma – inaugurato dalla filosofia politica dell'illuminismo e in maniera esemplare da Beccaria – affida al diritto, alla politica e ancor prima alla cultura giuridica e politica. Di qui il carattere *costituente* che può essere ravvisato nel pensiero politico illuminista e che fa dei suoi principali esponenti – di Montesquieu, di Voltaire, di Beccaria e, prima ancora, di Thomas Hobbes e di John Locke – i veri padri costituenti del moderno Stato di diritto e delle odierne democrazie costituzionali.

Distinguerò quattro espansioni del paradigma garantista, per così dire implicite nella sua interna sintassi logica, che a esso conferiscono attualità e fecondità progettuale: le prime due prodottesi, almeno sul piano normativo,

con lo sviluppo storico dello Stato di diritto; le altre due ancora in gran parte da compiersi, pur se ne sono fin d'ora evidenti, sul piano teorico, le linee di sviluppo; tutte e quattro affidate all'introduzione legislativa delle garanzie dei diritti, quali limiti e vincoli imposti ad altrettanti tipi e livelli di potere, e perciò alla costruzione, ad opera della politica, delle relative funzioni e istituzioni di garanzia.

La prima espansione è quella in forza della quale il *garantismo penale*, a tutela delle immunità delle persone dall'arbitrio punitivo, è stato integrato dal *garantismo sociale*. Questo secondo garantismo si è venuto affermando attraverso lo sviluppo di una forma ulteriore di regolazione del potere e di *potere regolato*, a garanzia di un'altra classe di diritti: non più solo il *potere limitato*, sottoposto a limiti o divieti di lesione a garanzia di quelle aspettative negative che sono i diritti di libertà, ma anche il *potere vincolato*, sottoposto a vincoli o obblighi di prestazione a garanzia di quelle aspettative positive che sono i diritti sociali: alla salute, all'istruzione, alla sussistenza, all'assistenza, alla previdenza; non più solo, dunque, l'imposizione di un passo indietro del diritto e dello Stato nelle forme dello Stato liberale minimo e in particolare del diritto penale minimo, ma anche un passo avanti dell'uno e dell'altro nelle forme dello Stato sociale massimo. Lo strumento di questa ulteriore regolazione del potere è di nuovo il principio di legalità: non più soltanto nella forma negativa della limitazione del potere, quale si manifesta nella stipulazione legislativa delle garanzie penali e processuali equivalenti tutte, a cominciare dalla stretta legalità delle figure di reato, ad altrettanti divieti o limiti alla potestà punitiva; ma anche nella forma positiva dell'attivazione dei pubblici poteri, quale risulta dalla stipulazione legislativa delle garanzie sociali, che equivalgono tutte, come quelle dell'assistenza sanitaria e dell'istruzione pubblica, ad altrettanti vincoli o obblighi di prestazione imposti alla Pubblica amministrazione.

La seconda espansione è stata quella del rafforzamento dello Stato di diritto nelle forme non più solo dello Stato legislativo ma anche in quelle dello Stato costituzionale di diritto: nel passaggio, in breve, dal *garantismo legislativo* al *garantismo costituzionale*. Anche questo rafforzamento è avvenuto attraverso lo sviluppo del principio di legalità: precisamente, attraverso la sottoposizione della legge medesima alla Costituzione, nella quale i diritti fondamentali sono stati incorporati come norme sostanziali sulla produzione legislativa. Nello Stato legislativo di diritto le garanzie dei diritti di libertà e dei diritti sociali era affidata alla volontà arbitraria del legislatore e, in democrazia, all'onnipotenza delle maggioranze. Il costituzionalismo rigido, affermatosi soprattutto con le costituzioni del secondo dopoguerra, sopprime quest'ultima forma di governo degli uomini sottoponendo alla legge, e precisamente alle norme costituzionali, anche la legislazione, e non più solo l'amministrazione e la

giurisdizione. Il paradigma garantista del *potere limitato e vincolato* si allarga così all'intero diritto pubblico e all'insieme di tutte le istituzioni statali. E fa la sua comparsa, con la virtuale divaricazione deontica tra Costituzione e legge, il diritto legislativo illegittimo, per commissione o per omissione: da un lato le *antinomie*, cioè la produzione di norme di legge in violazione dei limiti o dei divieti correlativi ai diritti di libertà costituzionalmente stabiliti, la cui rimozione è affidata al controllo giurisdizionale di costituzionalità; dall'altro le *lacune*, cioè l'omessa produzione di leggi di attuazione dei vincoli o degli obblighi correlativi ai diritti sociali, parimenti stabiliti dalle costituzioni, il cui superamento è affidato alla legislazione d'attuazione.

La terza espansione è tuttora in gran parte da compiersi. Essa consiste nell'allargamento del paradigma garantista oltre la sfera dei pubblici poteri, cioè all'insieme eterogeneo dei poteri privati, a cominciare dai poteri economici e finanziari: nell'integrazione, in breve, dell'odierno *garantismo di diritto pubblico* con un *garantismo di diritto privato*. Lo Stato di diritto, come dice questa stessa parola, si è infatti sviluppato unicamente quale sistema di limiti e vincoli legali nei confronti dei poteri statali. I poteri privati, come i diritti patrimoniali di proprietà e i diritti civili di autonomia negoziale, sono stati invece concepiti, dalla tradizione liberale, come libertà fondamentali, dello stesso tipo dei diritti di libertà consistenti in semplici immunità o facoltà. Essi consistono invece in diritti-potere, inteso con *potere* qualunque facoltà il cui esercizio interferisce nella sfera giuridica altrui. E in quanto poteri devono perciò essere sottoposti alla legge, non essendo compatibile con lo Stato di diritto l'esistenza di poteri *legibus soluti*. È una questione di grammatica giuridica: l'esercizio dei poteri privati, quale si manifesta nei contratti e nei negozi e più in generale nell'attività economica e finanziaria, si colloca a un livello normativo più basso rispetto a quello legislativo e più ancora a quello costituzionale. Di qui la necessità – oggi più che mai attuale e urgente di fronte alla supremazia incontrollata dei poteri finanziari e alla loro insofferenza per le regole sorretta dalle attuali ideologie liberiste – di un garantismo e di un costituzionalismo di diritto privato che sottopongano anche i mercati ai limiti e ai vincoli che si richiedono a garanzia dei diritti fondamentali.

La quarta espansione riguarda quasi interamente il futuro del garantismo: lo sviluppo di un *garantismo sovrastatale*, in aggiunta all'odierno *garantismo statale*. Lo Stato di diritto e la democrazia, unitamente alle loro istituzioni di governo e di garanzia, sono nati e si sono sviluppati all'interno degli Stati nazionali. Ma nell'odierna globalizzazione i poteri che contano – sia quelli politici e pubblici, sia soprattutto quelli economici e privati – si sono dislocati nella sfera globale, fuori dei confini nazionali. Si pensi alle attuali istituzioni internazionali – non solo a quelle formali, come il Fondo monetario e l'Or-

ganizzazione mondiale del commercio, ma anche a quelle informali, come i G8, i G20, i G4 e simili – e, soprattutto, ai poteri della grande finanza speculativa. Ne è seguita un'asimmetria tra il carattere globale o sovrastatale dei poteri e il carattere locale o statale sia del diritto che della politica, e quindi, nel vuoto di diritto pubblico sovrastatale, lo sviluppo di poteri selvaggi che stanno di fatto attentando non soltanto ai diritti delle persone e alla democrazia degli Stati nazionali, ma perfino alla conservazione dell'ambiente e alla sopravvivenza dell'umanità. Si pensi alle catastrofi ecologiche e nucleari, alle crisi economiche globali e alle emergenze umanitarie della crescita della disuguaglianza e della miseria provocate dallo sviluppo anarchico dell'economia e della politica. Di qui la necessità, sempre più drammaticamente urgente, di un garantismo cosmopolitico attraverso la costruzione di una sfera pubblica all'altezza dei nuovi poteri globali.

Certamente tutte queste espansioni del paradigma garantista possono apparire assai lontane dal garantismo penale di Cesare Beccaria. Ma la sintassi logica del paradigma è la stessa: vincoli, e non più solo limiti ai pubblici poteri; imposti costituzionalmente alla legislazione, e non più solo legalmente all'amministrazione e alla giurisdizione; dettati ai poteri privati, economici e finanziari, e non più solo ai poteri pubblici; stipulati nei confronti dei poteri sovrastatali e globali, e non più solo dei poteri statali; a garanzia dei diritti sociali e dei beni fondamentali, e non più solo dei diritti di libertà e di immunità dall'arbitrio punitivo. In tutti i casi il segreto del paradigma garantista consiste nella felice ambivalenza delle garanzie: limiti e vincoli ai poteri di qualunque tipo e livello e, al tempo stesso, tecniche di tutela e soddisfazione dei diritti fondamentali di tutti, che la politica ha l'obbligo di introdurre in attuazione delle tante carte costituzionali e internazionali.

#### **4. Una filosofia giuridica e politica militante**

Vengo così al terzo aspetto della straordinaria attualità del pensiero di Beccaria. Oggi il paradigma garantista è in crisi, in tutte le sue dimensioni e livelli. È in crisi il garantismo sociale, per le politiche antisociali imposte agli Stati dai poteri sregolati della finanza. È pressoché assente, dopo la dissoluzione del diritto del lavoro e lo sviluppo sregolato dei mercati finanziari, qualunque tipo di garantismo sovrastatale e/o di diritto privato. Ma è in crisi anche il garantismo penale, per il sopravvento delle politiche repressive in tema di sicurezza promosse dal populismo penale e dalle culture autoritarie che sempre invocano la perenne emergenza: in crisi rispetto ai suoi fondamenti filosofici esterni, quali furono tracciati da Beccaria; ma in crisi, altresì,

rispetto ai suoi fondamenti giuridici interni, quali sono stati formulati in tutte le nostre carte costituzionali, sia statali che sovrastatali.

Di fronte a questa crisi, il libro di Beccaria suggerisce alla riflessione giuridica e politica un inevitabile ruolo pragmatico: critico nei confronti del diritto illegittimo esistente e progettuale del futuro diritto dovuto. Esso è perciò un “libro militante”, come lo ha chiamato Perfecto Andrés Ibáñez nella sua *Introduzione* alla splendida edizione spagnola da lui curata. Lo è, innanzitutto, perché è un libro non già di diritto penale positivo, bensì di teoria normativa e di filosofia del diritto sui fondamenti morali e politici che giustificano il diritto penale. Questo suo carattere filosofico-giuridico è stato incompreso o peggio contestato da gran parte della cultura giuridica penalistica. È stato incompreso da quanti, come ricorda Andrés Ibáñez, lo hanno manomesso, nelle sue diverse edizioni e versioni, trasformandolo in un *Trattato*, cioè nel genere letterario dotato, per i giuristi, di maggiori pretese scientifiche. Ed è stato anche duramente contestato, in Italia, dai promotori dell’indirizzo tecnico-giuridico, caratterizzato dall’aperto rifiuto di ogni contaminazione filosofica e critica del sapere puramente *tecnico e scientifico* nel quale unicamente dovrebbe consistere la scienza penalistica: basti ricordare la prolusione sassarese di Arturo Rocco del 15 gennaio 1910, che inaugura il metodo *tecnico-giuridico* nelle scienze penalistiche, e poi le prime pagine, di critica supponente nei confronti di Beccaria, con le quali si apre il monumentale *Trattato di diritto penale italiano* del più autorevole penalista italiano del secolo scorso, Vincenzo Manzini.

Ma la filosofia del diritto penale di Beccaria è una filosofia militante, al pari del resto dell’intera filosofia politica dell’illuminismo, anche per un altro motivo: per la passione civile, la forza polemica e l’indignazione morale dalle quali è animata la critica del diritto penale e delle pratiche punitive allora vigenti – dalla pena di morte alla tortura, dai metodi violenti del processo inquisitorio e offensivo all’inutile inflazione delle norme penali, dagli eccessi punitivi all’oscurità delle leggi – rispetto ai fondamenti razionali del diritto di punire da quella filosofia elaborati. Sotto questo aspetto purtroppo, come scrive Perfecto Andrés Ibáñez, le riflessioni di Beccaria «non possono invecchiare»: sono sempre attuali, a causa della degradazione del diritto penale quale si manifesta nelle sue pratiche abiette e perfino nelle sue dottrine di legittimazione avanzate in Paesi di democrazia avanzata. Si pensi alle leggi di eccezione emanate nei nostri Paesi contro il terrorismo (a cominciare dal *Patriot Act* statunitense del 26 ottobre 2001, alle orrende torture nelle prigioni di Guantanamo e Abu Ghraib, ai sequestri di persone in prigioni segrete) e, per altro verso, alle tesi di Alan Dershowitz sulla legittimità della tortura in *casi eccezionali* e alla dottrina del diritto penale del nemico elaborata da Günther Jakobs a sostegno della logica di guerra nel trattamento penale dei terroristi e del crimine organizzato.

Contro questi orrori l'insegnamento di Beccaria e il suo esempio di filosofo civilmente impegnato sono permanentemente attuali. Dirò di più. Essi sono oggi più attuali che mai. Il carattere critico e progettuale della cultura giuridica e il suo carattere militante in difesa dei diritti umani, infatti, sono oggi richiesti non soltanto sul piano morale e politico, ma anche sul piano giuridico e scientifico. I principi di ragione e i fondamenti morali del diritto elaborati da Beccaria e in generale dalla filosofia politica dell'illuminismo si sono infatti trasformati, grazie alla loro positivizzazione in costituzioni rigide, da principi politici esterni al diritto in principi giuridici interni allo stesso diritto positivo e di grado sopraordinato all'intero artificio giuridico. La divaricazione tra giustizia e legalità, tra valori etico-politici e pratiche effettive, si è in larga parte trasformata in una divaricazione interna al diritto medesimo: tra i suoi principi costituzionali da un lato e la legislazione ordinaria e la pratica giudiziaria dall'altro.

I parametri di scientificità richiesti ai discorsi sul diritto si sono così ribaltati. È l'approccio puramente descrittivo e avalutativo, richiesto ai discorsi sul diritto come condizione di scientificità dal vecchio metodo tecnico-giuridico, che non è più scientificamente sostenibile. Critica del diritto vigente e progettazione del diritto futuro, infatti, non sono più di competenza della sola filosofia politica o della giustizia. Esse spettano altresì, come un compito scientifico e non soltanto civile, anche alla scienza giuridica positiva, la quale non può ignorare ma deve al contrario accertare le violazioni della Costituzione, siano esse per commissione come le antinomie o per omissione come le lacune, e promuoverne il superamento per via giudiziaria o legislativa. Di qui l'impegno militante, non più solo come frutto di un'opzione morale o politica, ma come abito scientifico, imposto all'intera cultura giuridica, non solo penalistica, dal paradigma costituzionale e dalle sue espansioni quali sono state illustrate nel paragrafo che precede.

Per questo, il maggior omaggio che oggi possiamo rendere a Cesare Beccaria, a 250 anni di distanza dal suo *Dei delitti e delle pene*, è prendere sul serio il suo insegnamento: assumendo il modello normativo del potere regolato – da lui elaborato con riguardo al diritto penale, ma oggi allargato all'intero diritto e in gran parte costituzionalizzato – come parametro della critica del diritto vigente, non soltanto penale, e come progetto della costruzione di un sistema politico in grado di disciplinare tutti i poteri e di funzionalizzarli alla garanzia dei diritti di tutti. È in gioco il futuro non solo del diritto penale, ma anche della democrazia e della nostra stessa sopravvivenza e convivenza pacifica.

## IL PROBLEMA PENALE: ALL'ORIGINE DEL DIRITTO DI PUNIRE. UNA RIFLESSIONE SU CESARE BECCARIA A 250 ANNI DALLA PUBBLICAZIONE DI *DEI DELITTI E DELLE PENE*

Giulia Maria Labriola

*In questo articolo viene sottolineato il carattere sostanziale del principio di legalità elaborato da Cesare Beccaria. La teoria della pena non risulta ancorata a un mero carattere formale (il vincolo alla legge), pur necessario e di per sé elemento fortemente innovatore: essa appare piuttosto concentrata sull'idea di limite. Il potere di punire, tradizionale predicato della sovranità, risulta così un dispositivo complesso, che alla sua origine esibisce due connotati essenziali e di pari grado: legalità e limitazione. In questo indissolubile connubio consiste la virtù prospettica e riformista del pensiero giuridico di Beccaria, destinato a innervare la codificazione e, successivamente, la costituzionalizzazione dei diritti. Un processo, quest'ultimo, lungi dall'essere esaurito e (per certi aspetti) realizzato.*

**Keywords:** Cesare Beccaria; diritto di punire; principio di legalità sostanziale; limiti del potere; costituzionalizzazione dei diritti.

### 1. Elementi di contesto

Il titolo che ho voluto dare al mio intervento ripete formule particolarmente evocative e rappresenta una sorta di composizione fra l'elemento centrale del pensiero di Beccaria (l'origine del diritto di punire, la cui analisi com'è noto è ospitata nel secondo paragrafo di *Dei delitti e delle pene*) e la descrizione del terreno particolarmente fertile nel quale una simile riflessione è stata sviluppata e coltivata (il problema penale nel secolo XVIII, l'età dell'emersione dei profili più strettamente giuridici di dispositivi evidentemente molto più antichi).

Cesare Beccaria è una figura di fama universale e la sua opera maggiore costituisce un'ineludibile pietra d'inciampo per i giuristi, e non solo per

loro. Tuttavia, ricordare rapidamente alcuni elementi del contesto entro cui egli iscrive il tema della pena non è superfluo. La riflessione penalistica di Beccaria, infatti, pur dotata del carattere radicalmente innovatore che tutti gli riconoscono, si inserisce (anche) in un *habitat* propizio rispetto al quale non è indipendente. Questo ambiente culturale complesso (in senso lato: un ambiente popolato di istanze di carattere giuridico-politico, filosofico-morale, economico) non può essere ricostruito neanche per sommi capi, in questa sede, ma possono esserne ricordati alcuni degli elementi costitutivi più direttamente connessi al tema che qui ci occupa.

In prima istanza, è utile ricordare che qui si allude a un contesto estremamente *articolato*, la cui caratteristica forse principale è la concatenazione dei problemi. Com'è stato scritto con l'autorevolezza della persuasività che dura nel tempo, per la solidità degli argomenti sui quali si fonda, il problema penale nel XVIII secolo ne contiene in realtà molti altri (G. Tarello, 1993). Il fondamento di un diritto di punire, la legittimazione della sua attribuzione, la determinazione dei destinatari nei confronti dei quali si esercita, l'identificazione delle punizioni lecite e delle modalità della loro esecuzione, le finalità del sistema delle pene: questi sono alcuni dei temi del tempo, su cui Beccaria non manca di esercitarsi. Questa tassonomia, che non ha pretesa di esaustività, restituisce, da sola, lo spessore della complessità cui si alludeva. Soprattutto, essa coglie nel nesso strutturale che lega questi diversi aspetti del problema penale il vero salto di qualità che si produce nella seconda metà del XVIII secolo. Tuttavia, mi sembra, essa rimane all'interno, per così dire, del problema penale, seppure analizzato (e con quale raffinatezza) nel suo essere problema di problemi. Rispetto a questa visione infrasistemica dei temi penalistici, può essere utile arricchire il discorso con una visione ancora più ampia, capace di tenere conto dello sfondo.

Una forte capacità d'inquadramento del problema penale all'interno del tempo cui esso appartiene si ricava dalle letture che insistono (in modo del tutto condivisibile) sulla dimensione della *trasformazione* che domina quel momento storico. Non si tratta di un aspetto che va esaltato più del dovuto, ma è difficilmente contestabile che il tema dell'organizzazione della pena (oltre che del suo fondamento) in Beccaria si iscriva in un quadro dominato da una permanente istanza riformatrice: «è nell'orizzonte del futuro che, sul continente, si situa una delle grandi parole d'ordine del Settecento: la riforma» (P. Costa, 1999, p. 433).

La parola di Beccaria, come dirò meglio oltre, dialoga produttivamente con l'era cui appartiene anche perché rappresenta una risposta a una domanda che per ragioni di sintesi possiamo definire di riforma. Benché *riforma* sia un lemma spesso abusato, entro queste coordinate è un riferimento

ineludibile, che non sarebbe inopportuno sciogliere in domanda di diritti e di giustizia<sup>1</sup>.

Per altro verso, va sempre ricordato che la costruzione di Beccaria appartiene a un contesto nel quale l'ambito penalistico ha un ruolo preminente rispetto alle altre dimensioni della vita sociale. In parte per lo stretto legame con le ambizioni riformatrici del tempo, l'esperienza penale non è una fra le altre, ma «l'esperienza politico-civile per eccellenza», secondo la definizione di Mario Sbriccoli, che meglio di tutti ha sottolineato questo aspetto<sup>2</sup>. In questo alveo, Beccaria svolge un ruolo strategico quando colloca la questione penale al centro del processo di trasformazione e razionalizzazione della società del tempo. Dopo di lui, la connessione fra “qualità del penale” e grado di civiltà della società diverrà evidente e incontestabile (cfr. M. Sbriccoli, 2009, p. 395).

Naturalmente queste interpretazioni, alle quali molte potrebbero essere aggiunte, non devono essere lette con un'enfasi eccessiva. Come ha di recente scritto Winfried Hassemer, «la disputa sul senso della pena dura da secoli. Fino a oggi gli schieramenti sono rimasti praticamente immutati. La retribuzione si schiera contro la prevenzione, il classico contro il moderno, le teorie assolute contro quelle relative» (Id., 2012, p. 111<sup>3</sup>). Non c'è dubbio che quella sul fondamento del diritto di punire sia una discussione atavica e mai sopita. Tuttavia, il tardo Settecento rappresenta uno stadio qualitativamente diverso<sup>4</sup>, nel quale Beccaria si staglia per la complessità della prestazione intellettuale.

<sup>1</sup> Realino Marra ci ricorda, con finezza, che il nome di Beccaria è spesso invocato come ultima istanza, nella domanda finalmente soddisfatta di diritti. In un saggio gaddianamente intitolato *La cognizione del delitto*, Marra affida la parafrasi di alcune riflessioni alla citazione del *Pasticciaccio*: «Oh mani generosi del Beccaria!» (R. Marra, 2013, p. 152).

<sup>2</sup> Questo implica, fra l'altro, «in primo luogo riconoscere la centralità della questione penale in alcune fasi decisive di transizione e di cambiamento sociale, la non occasionalità degli scontri sulle possibili politiche criminali; la crucialità storica del diritto di punire (per l'intreccio strettissimo che esso ha con la vita sociale, con le strategie politiche generali, con i sistemi di libertà e altro ancora); la irriducibilità del diritto penale e degli stessi apparati repressivi a meri strumenti di dominio o fattori di emarginazione» (M. Sbriccoli, 1978, p. 445).

<sup>3</sup> Il sottotitolo dell'edizione tedesca del volume di Hassemer recita: *ein Plaidoyer*, che come sappiamo nel lessico penalistico tedesco è più di una semplice arringa, è una difesa condotta con l'argomento decisivo; come a dire che la necessità della pena deve sempre essere difesa, nel senso di argomentata, a fronte della portata davvero decisiva dei temi che reca con sé.

<sup>4</sup> Un autentico salto di qualità nella storia del diritto, come scrive Jean-Louis Halpérin riferendosi alla codificazione del diritto, contesto prossimo a questo non solo per ragioni storiche (J.-L. Halpérin, 2002, p. 224).

La peculiarità del suo contributo può essere individuata, fra l'altro, nel fatto che egli elabora una nozione complessa del fondamento del diritto di punire. In prima istanza, tale fondamento è affidato (per ragioni di tipo contrattualistico e utilitaristico: la disputa, molto nota e molto studiata, qui non rileva) al principio di legalità "puro", per così dire: la pena è subordinata alla previsione della legge. Ma subito dopo, anzi direi contestualmente, il fondamento del diritto di punire è individuato anche e forse soprattutto nelle modalità con cui è impartita la pena legale, nei limiti cui deve essere soggetta e nel fine al quale deve essere ispirata. L'elemento che intendo sottolineare, quando mi riferisco a una *nozione complessa di principio di legalità*, può essere rappresentato (con tutti i *caveat* del caso e in pura funzione esplicativa) dalla combinazione in questo dispositivo del problema della titolarità con quello dell'esercizio del diritto di punire. Secondo questa ipotesi ricostruttiva, che sottopongo alla discussione e alla riflessione comune, mi pare si possa cogliere un movente profondo del pensiero di Beccaria: il legame strettissimo che viene costruito fra la legalità della pena dal punto di vista formale e una legalità che potremmo definire di tipo sostanziale. Per dirla in sintesi, il fondamento del diritto di punire deve essere saldamente infisso nella legge, ma non in una legge che disponga qualsivoglia tipo di pena, con qualunque modalità e secondo una qualsiasi proporzione.

Questa interpretazione, d'altro canto, non è stravagante rispetto alla lettera né certamente allo spirito del testo di Beccaria: Pietro Costa ha scritto, in modo tanto chiaro quanto definitivo, che «è dalla genesi e dal fondamento del potere punitivo del sovrano che emergono le sue finalità e i suoi limiti e il collaudato schema conflittualistico e contrattualistico offre a Beccaria uno schema adeguato» (P. Costa, 1999, p. 435). La peculiarità del contributo di Beccaria sta proprio in questo: genesi e fondamento *contengono* finalità e limiti, in un dispositivo unitario. Questo deriva naturalmente dal presupposto contrattualistico del pensiero di Beccaria, che nel momento in cui colloca l'elemento della fondazione all'interno del meccanismo dell'alienazione delle libertà naturali determina, per ciò stesso, anche la «misura» (termine dei più strategici) del diritto di punire: il luogo è notissimo, ed è quel secondo paragrafo dal quale ho tratto parte del mio titolo. Beccaria scrive testualmente: «l'aggregato di queste minime porzioni possibili forma il diritto di punire; tutto il di più è abuso e non giustizia, è fatto, non già diritto» (C. Beccaria, 1764 a, p. 13). Si comprende bene, quindi, come la pena nasca sottoposta al principio di legalità, ma nasca anche soggetta a limiti e proporzioni ben precisi.

A questo proposito, una prova indiretta arriva anche dalla costruzione delle tesi di Beccaria in termini di coerenza interna. Le caratteristiche del-

la pena che egli riassume magistralmente nel § XLVII, *Conclusione* (pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionata a' delitti, dettata dalle leggi), sono enumerate, a ben vedere, nell'ordine esattamente inverso rispetto al susseguirsi dei capitoli. Non penso che questo sia un vezzo letterario (certamente non è un ordine sparso, perché l'enunciazione non è casuale, ma proprio inversa rispetto all'ordine della trattazione, com'è facilmente verificabile percorrendo l'aureo libretto à rebours). Penso invece che risponda, anche sul piano meramente stilistico (che tuttavia, trattandosi delle parole che letteralmente chiudono l'opera, solo stilistico non è), all'esigenza avvertita dall'autore di sottolineare quanto importanti fossero *tutte* le caratteristiche della pena. Non solo il suo saldo e irrevocabile ancoraggio al principio di legalità, che è il *prius* logico di ogni discorso sul garantismo, ma anche gli altri connotati della pena, che come detto attengono alla sua modalità di esecuzione, in senso lato.

A questo punto, la domanda sorge spontanea: perché Beccaria si cura di proporre questa nozione complessa di principio di legalità, invece di limitarsi al semplice vincolo nella legge, che in ogni caso già di per sé avrebbe rappresentato una dirompente trasformazione del discorso sulla pena?

## 2. Una nozione complessa di principio di legalità

La risposta a questo interrogativo, a mio modo di vedere, è che Beccaria fosse ben consapevole del fatto che subito dopo aver ancorato la pena alla norma, occorreva ancorare la norma stessa a un sistema di garanzie (sui caratteri della norma stessa). Ossia occorreva determinare con molta cura le modalità (*rectius* i limiti) di esercizio della titolarità del diritto di punire, per evitare abusi nella direzione del potere disciplinare.

In questa lettura, tendo a discostarmi dalla posizione di Tarello, che ascrive la fortuna di Beccaria a un unico fattore: «l'influenza più cospicua delle impostazioni di Beccaria è da vedersi nel formalismo che egli introdusse nella cultura criminalistica, con la dottrina della legalità della pena e della sua precostituzione, compiendo a livello dottrinale il processo di secolarizzazione del diritto penale, e assegnando a quest'ultimo un altissimo grado di autonomia formale rispetto alle altre branche dell'organizzazione giuridica. (...) L'accoglimento, da parte dei sovrani desiderosi di riorganizzazione legislativa e amministrativa, del programma politico di Beccaria, fu anche dettato dall'ovvio corrispettivo, in termini di funzionalità e di ordine repressivo, che l'adozione di una riforma "beccariana" avrebbe comportato» (G. Tarello, 1993, p. 479).

Si deve senz'altro concordare sul fatto che questa fosse una parte importante delle ragioni e dello spirito con cui la dottrina di Beccaria venne accolta. L'affermazione del principio di legalità in ambito penale rappresentava anche, da un certo punto di vista, una delle tappe più importanti del lungo processo di monopolizzazione della produzione del diritto da parte dello Stato, e la componente diciamo così penalistica della dottrina della sovranità innerva tutta la teoria del giusnaturalismo moderno (ovviamente con accenti diversi, che sono stati ricostruiti in molti lavori, in modo particolare per Grozio, Hobbes, soprattutto Pufendorf), che anche in questo senso è stata una dottrina dello Stato.

Non poteva essere altrimenti nel campo del diritto penale, che è forse il luogo per eccellenza in cui si dispiega la dialettica autorità/libertà. In questo senso, il carattere formalistico del principio di legalità cui Beccaria ancora il problema penale si colloca a pieno titolo nella direttrice che condurrà, non molto più tardi dei decenni di cui qui si tratta, alle prime germinali tesi del positivismo giuridico. In quanto tale, si deve ammettere che un simile formalismo non sembra, così sobriamente inteso, capace di orientare aprioristicamente la riforma in una direzione (le garanzie) o nell'altra (la repressione).

Resta però da capire se fornire uno strumento di controllo di tipo (virtualmente) autoritario o disciplinare attraverso l'attribuzione della leva del principio di legalità nel campo del diritto penale al sovrano-legislatore, un dato che Tarello sottolinea con particolare intensità, fosse anche l'intenzione con cui Beccaria aveva forgiato la sua dottrina.

Mi pare una tesi nel complesso difficilmente sostenibile. L'insistenza della riflessione di Beccaria sulle modalità della pena dimostra piuttosto il contrario. Dimostra un'acuta sensibilità per il rischio di un'eccessiva compressione della sfera della libertà e dello sconfinamento nell'arbitrio; pone per questo al centro della riflessione il tema delle garanzie e individua nel fondamento legislativo (che in questo contesto vale per giuridico) del diritto di punire il parametro della civiltà di una cultura giuridica, come ho già ricordato. Dimostra soprattutto, a mio modo di vedere, una sorta di insoddisfazione per quello che ho definito il principio di legalità *puro*, al quale si deve necessariamente affiancare un'intensa previsione delle modalità della pena. Il requisito della legalità della pena, una grande conquista, è sì necessario, ma non sufficiente.

Se la pena, vero precipitato del diritto di punire, che troviamo al centro dell'attenzione di *Dei delitti e delle pene* fosse definita solo secondo il requisito della legalità, sarebbe effettivamente giustificata la tesi di chi ascrive la straordinaria fortuna di Beccaria, a partire dalla Francia e verso l'Europa

intera<sup>5</sup>, alla sola accoglienza del tutto favorevole da parte di sovrani impazienti di ergersi a monopolisti dell'uso legittimo della forza. Ma così non è; anzi, ciò che rende *Dei delitti e delle pene* un libro epocale, come lo ha definito Franco Venturi, raramente dedito all'uso di espressioni sensazionali, è proprio il non essersi arrestato, nel discorso sul fondamento del diritto di punire, al solo requisito della legalità.

Beccaria appare consapevole che quest'unico vincolo, pur auspicabile e desiderato come la straordinaria innovazione che pure è stata, avrebbe davvero costituito un'arma potente nelle mani del sovrano-legislatore, cui si dovevano invece porre dei limiti. In difetto di simili misure di contenimento, che sono appunto quelle che riguardano le modalità di somministrazione della pena, nulla avrebbe trattenuto il titolare di questo *terribile diritto, ma necessario* (per parafrasare il «terribile diritto, e forse non necessario» con cui Beccaria definisce il diritto di proprietà), dall'esercitarlo in modo arbitrario, violento, in funzione di controllo, con caratteri di crudeltà.

All'interno del discorso giuridico della modernità, il campo forse privilegiato di attuazione di simili tecniche è quello tracciato dalle pratiche connesse alla pena. Campo privilegiato, ma non unico, proprio perché simbolico della manifestazione del potere: «la prigione: una caserma un po' stretta, una scuola senza indulgenza, una fabbrica buia, ma, al limite, niente di qualitativamente differente»<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Il primo vettore della diffusione delle tesi di Beccaria è stata senz'altro la traduzione francese di *Dei delitti e delle pene*. Del *Traité des délits et des peines* (apparso per la prima volta a Parigi alla fine di dicembre del 1765, con la falsa dicitura à Lausanne, 1766), delle note di Diderot (aggiunte a partire dall'edizione Roederer secondo il testo autografo di Morellet) e del *Commentaire sur le Livre des délits et des peines* di Voltaire esistono, com'è ovvio, innumerevoli edizioni e fra queste sono da annoverare quelle di riferimento per ciascuno. Un'edizione italiana apprestata per il 1988, a 250 anni dalla nascita dell'autore, le riunisce (C. Beccaria, 1764 b).

<sup>6</sup> M. Foucault, 1993, p. 253. Con questa espressione, sempre molto citata e giustamente celebre, efficace nella sua sintesi, Michel Foucault rappresentava come sostanzialmente assimilabili tutti gli apparati del potere, tutti i luoghi in cui si amministra il potere secondo il carattere che egli definisce disciplinare. M. Foucault rileva in modo particolare perché sottolinea con acume un carattere molto pragmatico connesso all'ideologia della pena (per dirla con il linguaggio di Giovanni Tarello), attinente alla specializzazione delle funzioni dello Stato e ai costi sociali della loro amministrazione. In un'intervista a Michel Perrot che farà da introduzione a un'edizione italiana del *Panopticon* di Bentham, Foucault dice, abbastanza brutalmente, che nel lavoro di Bentham non si parla tanto della migliore organizzazione di una prigione, quanto del «costo del potere» (M. Foucault, 2002, p. 17). Come ha scritto Franco Venturi, la discussione sulle carceri fu «negli ultimi anni del Settecento un

Alla definizione complessa del principio di legalità (ancoraggio nella legge e sistema di garanzie) che ho cercato di evocare in Beccaria si possano applicare, parafrasandole solo in parte, alcune parole di Bobbio. In uno scritto del 1982 contro la pena di morte, Bobbio affermava che sia la concezione retributiva della pena che quella utilitaristica guardano alla pena dal punto di vista dei compiti e degli interessi dello Stato, «ma il problema della pena può essere considerato anche dal punto di vista dell'individuo che la deve subire» (N. Bobbio, 1990, pp. 223-224). Credo si possa dire che la prima parte del dispositivo complesso che in Beccaria descrive il fondamento del diritto di punire sia almeno in parte il frutto della costruzione di questo diritto dal punto di vista dello Stato (anche se, è bene ribadirlo, in quella dimensione storica la legalità della pena è già di per sé un elemento irrinunciabile di garanzia, che non deve essere sminuito). Ma la seconda parte, quella dei limiti e delle garanzie, rappresenta l'articolazione del diritto di punire dal punto di vista di chi è destinato a subirne gli effetti. Questo doppio registro è il passaggio che meglio di ogni altro esprime la scelta di Beccaria per il diritto (e per un diritto corroborato di garanzie, non per una società anarchica o per tecniche panottiche)<sup>7</sup>, almeno dal punto di vista di chi, come chi scrive, è nella convinzione che il diritto possa e debba essere il luogo delle garanzie, della piena realizzazione dei diritti e soprattutto l'unica dimensione dell'uguaglianza dotata di una minima effettività. Tuttavia

altro tipico punto di incontro d'una autentica, profonda filantropia illuministica e d'un nuovo calcolo economico, con qualcosa di più inquietante, con una antica crudeltà che veniva a rivestire forme nuove e più razionali» (F. Venturi, 2001, p. 140). La riflessione su questi temi, come sappiamo, circola ampiamente, nell'ultimo quarto del Settecento. A questo motivo è riconducibile l'elemento latamente economicistico da più parti rilevato in *Dei delitti e delle pene*. Così come lo sono i moventi che indurranno Beccaria ad accettare la cattedra di Scienze camerali alle Scuole Palatine di Milano, nell'ambito delle riforme dell'istruzione che gli austriaci sostennero nei territori lombardi a partire dalla metà degli anni Sessanta del Settecento, sul modello delle *Kameralwissenschaften*. Su questi temi, come sappiamo, Beccaria ha scritto molto e non in modo eclettico rispetto agli interessi prettamente giuridici, ai quali il suo pensiero non può essere ridotto (il terzo volume degli scritti economici di Beccaria è apparso nel 2014, all'interno della cospicua pubblicazione dell'Edizione nazionale delle opere di Beccaria, curata per Mediobanca prima da Luigi Firpo e poi da Gianni Francioni). Credo che in questa stessa comune temperie di problemi possa essere letto con tutta l'importanza che merita lo Schumpeter che parla di Beccaria come dell'Adam Smith italiano (J. Schumpeter, 1954, pp. 179-181).

<sup>7</sup> Luigi Ferrajoli osserva come la pena sia legittima, infatti, solo «se è capace di assicurare una doppia difesa sociale: dai potenziali delinquenti ma anche dai potenziali arbitri repressivi» (Id., 2006, p. 101).

questi scopi sono suscettivi di essere realizzati con il diritto, sì, ma non con ogni forma di diritto.

È questo carattere che conferisce al pensiero di Beccaria un dinamismo incontenibile, strettamente legato alla sua natura riformatrice.

### **3. Cesare Beccaria fra un tempo e l'altro: le virtù prospettive di una teoria riformista**

Questa sorta di doppio registro rappresenta molto bene la collocazione strategica di Beccaria: Michel Porret lo ha definito «un intermediario culturale tra l'Ancien Régime e la modernità del diritto di punire» (Id., 2013, p. 95). Non si può determinare se l'idea della *mediazione culturale* sarebbe piaciuta a Beccaria. Questa definizione, in ogni caso, coglie un carattere spesso sottolineato, in riferimento a Beccaria: quello di un pensatore sospeso fra due tempi.

A mio parere, declinare il tema di questo incontro (passato e futuro del garantismo) in riferimento al nostro autore esula dalla semplice ricostruzione storiografica di ciò che è vivo e ciò che è morto nel pensiero di Beccaria. Rappresenta piuttosto una chiave interpretativa derivata dalla sua stessa prestazione teorica e quindi proprio per questo appropriata; un parametro che nel cogliere un dato teorico essenziale nel suo pensiero lo proietta con forza verso il futuro. La componente strategica di questo modo di riflettere intorno al nostro tema consiste nella capacità di esaltare il carattere fortemente programmatico del pensiero di Beccaria, soprattutto, ma non solo, in materia penale. Un carattere percepibile soprattutto nella seconda parte del dispositivo del diritto di punire, che esige di progettare l'esecuzione della pena secondo alcune precise modalità, che per rapidità definiamo garantiste, e non altre.

Al cospetto di una teoria che in modo così potente chiede di essere attuata, e non attuata in un modo qualsiasi, ragionando fra passato e futuro potremmo scoprire, nonostante il nostro pregiudizio di vivere una dimensione elevatissima della civiltà del diritto, che molte vette sono ancora da esplorare e molto c'è ancora da fare. Per certi versi, proprio come la Costituzione repubblicana, anche questa dottrina rimane una splendida incompiuta.

Cesare Beccaria si colloca, a mio modo di vedere, fra un tempo e l'altro in almeno due accezioni, e per un unico motivo. La prima accezione si dispiega nella direzione che proietta il suo contributo fino ai giorni nostri. La seconda accezione riguarda invece la necessità di far agire il suo pensiero con il tempo che l'ha preceduto, determinandolo. L'elemento che unisce questi due ver-

santi è un elemento teorico molto forte e molto noto, che consiste come ho già avuto modo di osservare nel carattere riformatore della sua dottrina. Si può anzi convenire con chi ha sostenuto che Beccaria abbia rappresentato «la bandiera dell'illuminismo penale riformatore» (L. Ferrajoli, 2006, p. 103), perché non si tratta di un'affermazione retorica, ma di una conclusione densa di conseguenze dai risvolti eminentemente pratici. Beccaria non produce solo un testo dotato di un impianto teorico solido e di uno stile asciutto, sobrio e proprio per questo efficacissimo, dichiaratamente volto al futuro, ma anche uno scritto animato da «una carica sentimentale», da «un momento d'abbandono e di rivolta», di «ribellione contro il mondo dei padri», che ha a che vedere evidentemente con il tempo passato (C. Beccaria, 1764 a, *Introduzione*, p. XI).

La direzione che mi interessa di più, nel caso di Beccaria, è però quella del futuro: la ricognizione delle tappe di questa fortuna coincide con la ricostruzione di battaglie combattute nella lotta per il diritto, per i diritti, per le garanzie. Il carattere fortemente propositivo della dottrina penalistica di Beccaria è misurabile con una certa precisione riferendo a questa importante premessa una lunga serie non di *pamphlets*, ma di testi normativi che a essa s'ispirano. È lo stesso Venturi a giustificare in questo senso l'apparato ricchissimo di materiali che egli associa a *Dei delitti e delle pene*, nell'edizione da lui curata. Spicca fra gli altri, in primo luogo, la Leopoldina del 1786, che fa dire a Venturi che «fu dunque la Toscana di Pietro Leopoldo, nel 1786, a dar l'esempio, non soltanto all'Italia, ma all'Europa intera, d'una nuova legislazione che abolisse interamente la pena di morte» (C. Beccaria, 1764 a, *Introduzione*, p. XVII<sup>8</sup>).

La storia degli effetti, nel nostro caso, è storia di riforme introdotte sul piano del diritto, come si può riscontare dal naturale compimento di queste premesse: la codificazione del diritto (anche) penale<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> La riforma penale di Pietro Leopoldo, legge toscana del 30 novembre 1786, che abolì la tortura, la pena di morte e il reato di lesa maestà, impose ai giudici «la massima possibile sollecitudine nei processi» e istituì una Cassa per indennizzare chi fosse stato ingiustamente processato. Dario Zuliani, nell'edizione critica redatta per Giuffrè nel 1995, giustamente osserva che il successo anche editoriale del testo della *Riforma penale leopoldina*, o *Codice penale leopoldino*, è paragonabile solo a quello del volume di Beccaria (e per le stesse ragioni, evidentemente attinenti al contenuto riformatore di entrambi).

<sup>9</sup> Impossibile costruire una nota, su questo. Mi appello tuttavia a un brano che cito spesso, nonostante la sua lunghezza, per la potenza (e l'eleganza letteraria) con cui condensa processi sconfinati, che preparano, trascendono e superano Beccaria, giungendo fino all'apologo finale, la codificazione come stabilizzazione del princi-

L'iter che condurrà all'approdo codicistico ottocentesco, esso stesso di carattere interlocutorio, rispetto al tema delle garanzie e non solo<sup>10</sup>, ma pur sempre passaggio essenziale e stadio di civiltà, è stato lungo, spesso accidentato e caratterizzato da un continuo sviluppo, in modo particolare per quanto riguarda la stabilizzazione progressiva del diritto di punire nella misura della pena detentiva, definita una «conquista»<sup>11</sup>. Nonostante la chiara perce-

pio di legalità, anche in ambito penalistico: «Prima o poi un *corpus* teorico diventa codice, ossia testo a figura sistematica, costituente fonte esclusiva su date materie. (...) Inteso così, il codice postula una matematica dell'intelligenza legale nonché tecniche verbali estranee all'universo romanistico: presuppone Cartesio, Spinoza, Grozio-Pufendorf-Tomasio, Leibniz, i professori tedeschi dediti a lunghe fatiche nomenclatorio-deduttive, un filone giansenistico intellettualmente alto, curiali dalla testa chiara educati *more gallico...*» (F. Cordero, 1985, pp. 513-514).

<sup>10</sup> Per rappresentare adeguatamente la portata di questa constatazione, sarebbe sufficiente rievocare il lungo cammino che ha dovuto compiere la pena detentiva. Se attualmente si riflette di misure alternative alla pena, non dobbiamo dimenticare che nelle premesse in cui Beccaria si muove la pena detentiva rappresenta una vera e propria conquista. Essa costituisce in quel tempo la fine di un sistema di disegualanze, principalmente censitarie, e realizza, faticosamente, un primo stadio dell'eguaglianza nella sanzione. Sulla pena detentiva come conquista, colta nel luogo paradigmatico delle codificazioni napoleoniche, e in particolare sullo sviluppo delle tipologie sanzionatorie dal codice napoleonico del 1810 (che ancora prevedeva bando, berlina, marchi a fuoco, tagli della mano e altre atrocità) alla novella del 1832 (che abolendo queste drammatiche sanzioni assumeva i caratteri di un *code pénal progressif*), si veda – fra i molti studi dell'autore – la chiara sintesi di Mario Sbriccoli (M. Sbriccoli, 2006).

Il lungo cammino della pena, che progressivamente si erge a sanzione unica, è un aspetto di quell'unificazione del soggetto di diritto di cui Giole Solari parlava in riferimento alla codificazione del diritto privato. Nella lettura di Solari, il codice semplifica la pluralità delle dimensioni del *socius* medievale in un'unificazione del soggetto di diritto che rimarrà puramente formale, almeno in una prima fase, ma che costituisce pur sempre la premessa necessaria per il superamento di disegualanze che negli ordini (cosiddetti) naturalmente gerarchici erano semplicemente insormontabili. Così Solari: «L'invocata uniformità delle leggi civili implicava l'abolizione di tutte le disegualanze giuridiche derivate dalla nascita, dalla classe sociale, dalla professione, dalla ricchezza...» (G. Solari, 1959, p. 58). Del resto, Solari era perfettamente consapevole del fatto che si trattasse di uno stadio di avanzamento da perfezionare, per così dire. Alla natura puramente formale dell'individualismo «che aveva trionfato nelle costituzioni e nei codici, reagisce il secolo nuovo e la reazione intese ad affermare i diritti della storia, della natura, della collettività sui diritti dell'uomo» (G. Solari, 1971, pp. 1-2).

<sup>11</sup> Lo stesso XIX secolo considererà questa *conquista* un bene da porre in discussione. L'esperienza storica della fuga dal carcere, nella bella espressione di Guido Neppi Modona, può infatti essere, e nell'Ottocento tale è stata, paradossalmente tragica negli esiti. Se per fuga dal carcere si intende il ripensamento di modalità

zione della complessità di questa lunga linea, non si può non convenire sul fatto che Beccaria ne costituisca una tappa fondamentale<sup>12</sup>. Sarebbe tuttavia altrettanto consigliabile evitare un tono agiografico e soprattutto un equivoco teorico, che ci porterebbe a individuare in Cesare Beccaria l'ennesimo individuo cosmico storico di cui pare che ciclicamente si avverta il bisogno. Naturalmente non è così, e come già rilevato è proprio l'appartenenza al suo tempo che spiega la sua fortuna, molto meglio di una sua pretesa eccezionalità. Questo rilievo, che all'inizio ho definito insieme agli elementi di contesto, dovrebbe essere sufficiente, rispetto alla tentazione di mitizzarne la figura. Ciò non entra necessariamente in contraddizione con l'idea che la sua sia stata una prestazione straordinaria, uno di quei momenti di sintesi felice in cui la storia della cultura giuridica s'innalza a livelli notevoli, catalizzando finalmente gli elementi di un dibattito teorico che attendeva una sintesi. Come tutte le teorie particolarmente audaci, anche quella di Beccaria ha richiesto lungo tempo per essere pienamente attuata (benché fatto notorio, si deve ricordare che in Italia – prescindendo dai diversi codici degli Stati italiani preunitari, che esibiscono sensibilità diverse – l'abolizione della pena di morte si avrà solo nel 1889, con il codice Zanardelli).

Ma quello che si deve rilevare, nel rievocarne il pensiero, è che riflettere su questa dottrina penalistica a secoli di distanza non equivale a proporre studi di gusto antiquario, ma a interrogare una domanda di riforma per comprendere se essa abbia avuto, e in quale misura, un'autentica realizzazione sul piano degli effetti. Si tratta di un'istanza che non esprime solo una nostra esigenza attuale, ma discende a mio modo di vedere da quel passaggio teorico essenziale («l'aggregato di queste minime porzioni possibili forma il diritto di punire; tutto il di più è abuso e non giustizia, è fatto, non già diritto», § II) che ho cercato di evidenziare.

punitive diverse dalla semplice detenzione, allora «le alternative alla pena carceraria vanno ricercate a monte del circuito penitenziario, cioè nelle stesse premesse del sistema penale, attraverso modelli di sanzione del tutto svincolati dalla pena detentiva: sino a che il carcere continuerà a essere il punto di riferimento delle possibili sanzioni alternative, il rischio di cadere in modalità di esecuzione penale più crudeli e disumane è, come insegna l'esperienza storica, altissimo». Questa preoccupazione, non per caso, è esposta nell'introduzione (G. Neppi Modona, 2004, p. 16).

<sup>12</sup> Come ha scritto Giandomenico Pisapia, «è bensì vero che alcune delle idee del Beccaria erano state enunciate anche prima di lui, ma è certo che la sua opera, oltre a contenere una critica organica e completa di tutto il sistema penale e processuale in vigore a quell'epoca, prospetta anche le linee di una concreta riforma; ciò che, prima, nessuno aveva fatto» (C. Beccaria, 1764 c, *Presentazione*, p. VII).

Per concludere, quindi, con il riferimento a quel paradigma complesso con cui avevo iniziato: ciò che proietta Beccaria fino a noi oggi non è (solo) il carattere del formalismo, ma (anche) il fatto che quel formalismo, il principio di legalità puro, si rendesse vettore di un riformismo potente, egualitario, libertario, garantista. Nel tracciare alcuni elementi di contesto del tempo di Beccaria avevo già fatto cenno al tema dell'istanza riformatrice: uno dei dispositivi capaci di trasformare una semplice istanza in diritti è il sistema delle garanzie. La distanza che separa l'utopia dalla riforma si misura, qui come sempre, attraverso la capacità di creare diritti. Utopia e riforma, del resto, sono le categorie che dominano, come ben sappiamo, l'analisi di Franco Venturi, che fra queste Scilla e Cariddi colloca il problema penale nel Settecento. In particolare, Venturi individua nella capacità di Beccaria di compiere finalmente una piena desacralizzazione del diritto penale la sua grande modernità. Il ripensamento del fondamento, una necessità sospinta dal processo di secolarizzazione avviato da un'ampia parte del giusnaturalismo seicentesco<sup>13</sup>, che rende non più disponibile l'idea di peccato, spinge il giurista Beccaria (pur sospeso sulla soglia dell'utopia, come nota Venturi) ad affermare che «chiedersi dove poggiasse il diritto di punire non doveva portare alla dissoluzione della società, alla negazione del diritto (...). Non l'utopia, ma una società di liberi e di eguali sarebbe stata la risposta al problema che egli si era posto. Soltanto una concezione strettamente utilitaristica della società poteva interpretare praticamente la volontà di eguaglianza»<sup>14</sup>.

Il riferimento forte all'utilitarismo e alla sua valenza consente, ci sembra, di moderare il mito, tutto settecentesco, della filantropica difesa della vita umana condotta dall'autore nella sua critica alla tortura e alla pena di morte. Nulla di così romantico nel rigoroso ragionamento di Beccaria, improntato al più conseguente utilitarismo, seppure associato a umanitarismo e proporzionalismo<sup>15</sup>, che sono le «principali ideologie penalistiche settecentesche»<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Il volumetto di Beccaria condivide con molti dei classici del giusnaturalismo moderno l'iscrizione all'Indice dei libri proibiti, il 3 febbraio 1766 (sulla vicenda, nota, si può da ultimo leggere in breve G. Massetto, 2014).

<sup>14</sup> La citazione prosegue qualificando l'invocazione «alla massima felicità divisa nel maggior numero», avanzata da Beccaria nella premessa *A chi legge* della sua opera, come «la formula d'un programma di riforme, razionalmente contrapposto alla rivolta utopistica» (F. Venturi, 2001, pp. 126-127).

<sup>15</sup> Non condivide questa lettura Francesca Zanuso, quando osserva come in Beccaria non vi sia alcuno spazio per una conciliazione fra «umanitarismo ed efficientismo», cui pure egli sembrerebbe tendere (F. Zanuso, 2004, p. 139).

<sup>16</sup> M. Ripoli, 2006, p. 20. Per l'ispirazione umanitaria, ricordiamo le analisi di Mario A. Cattaneo, che individuava essenzialmente in Montesquieu colui il quale

Dato però che quel formalismo rischia anche almeno potenzialmente di rovesciarsi in strumento di controllo repressivo, se privo di un inquadramento in un sistema di garanzie che il costituzionalismo si incaricherà di stabilire, la linea su cui lavorare è precisamente quella della tutela rafforzata delle garanzie. Anche nel campo così strategico del diritto penale, e forse soprattutto in esso, il necessario *pendant* del processo di codificazione del diritto sarà il processo di codificazione costituzionale, come Tarello definiva il primo stadio del costituzionalismo moderno. Del resto, senza banalizzare temi molto complessi, ma altrettanto noti, nella nozione di principio di legalità complesso che abbiamo inteso riscontrare nel sistema di Beccaria è chiaramente percepibile quel cammino dei diritti che li condurrà prima nell'alveo dello Stato di diritto e poi, a completamento del sistema di garanzie, nei principi generali delle costituzioni novecentesche (il luogo della tutela rafforzata dei diritti, attualmente al centro della riflessione dei giuristi, e *pour cause*).

In questo senso, non solo la dottrina penale di Beccaria risalta per il tempo presente, ma reca in sé strutturalmente una propensione verso il futuro; ciò vale, mi sembra, non per una non meglio precisata *modernità* dell'autore, espressione tanto frequente quanto inutile, ma per le ragioni di carattere teorico che ho cercato di ricordare e che si condensano nel dispositivo rappresentato dalla combinazione di diritti e garanzie. Quella propensione, insomma, deriva dalla connessione della pena al principio di legalità *sostanziale*, che rappresenta una domanda di diritti inesauribilmente sottoposta ai giuristi, in quanto prodotta dalla storia. Credo, senza retorica, che offrire una risposta adeguata a questa pretesa sia, al contempo, un obiettivo alla nostra portata e in un certo senso un dovere che ci chiama per ragioni profonde.

La prima considerazione muove dal fatto che un sistema di diritti è sempre tecnicamente realizzabile. Muovendo dalla premessa che assume il diritto come un prodotto storico, sociale, artificiale, in una parola come un costruito umano, i diritti possono davvero essere proiettati in un orizzonte di riforma possibile, più che di utopia desiderabile: la distanza fra queste

aveva posto, per il problema penale, questa ispirazione al centro e al fondamento della riflessione del suo tempo (M.A. Cattaneo, 1974). Con la stessa brevità, all'utilitarismo riferiamo le raffinate analisi di Giovanni Tarello: «...tra le ideologie penalistiche che caratterizzano il secolo XVIII si deve annoverare anzitutto quella utilitaristica: devono essere punite solo quelle azioni che è utile –rispetto alla pace pubblica e *alla finanza statale* – siano punite. L'utilitarismo si associa, abitualmente, sotto forma di suggerimento ai sovrani circa il miglior modo di legiferare penalmente, a concezioni imperativistiche della legge» (G. Tarello, 1993, p. 387).

due dimensioni si percorre con gli strumenti (certamente complessi) della volontà. Potranno sembrare retaggi di un positivismo giuridico fuori tempo massimo, ma trovo ancora profondamente condivisibile l'idea che la dimensione del diritto (e del giurista, varrà ricordarlo) sia quella della costruzione e della predisposizione dei mezzi ai fini; della selezione degli interessi meritevoli di tutela e del loro rafforzamento. Se un sistema di garanzie possa o meno essere ricompreso fra questi interessi, non dipende da inattingibili valori assoluti o imperscrutabili luoghi decisionali. Dipende (così mi piace pensare) dalle comunità politiche e dalle scelte che compiono.

Come ha scritto Raymond Carré de Malberg, in pagine vecchie ma non invecchiate, «Les peuples ne possèdent pas seulement les gouvernants qu'ils ont mérités: ils ont aussi le droit qu'ils méritent» (R. Carré de Malberg, 1934, p. 203).

Dal secondo punto di vista, ritengo che apprestare un sistema di garanzie con gli strumenti (giuridici, ma anche culturali) di cui disponiamo sia un dovere perché la dottrina di Beccaria ci mostra molto chiaramente una strada, che ho definito del paradigma complesso. Percorrere la via del principio di legalità pura è senz'altro un'opzione, ma è un'opzione della quale la storia si è incaricata di dimostrare le insidie (per usare un eufemismo)<sup>17</sup>. L'altra opzione, mi pare, traccia la via della responsabilità, che è propria di una concezione del diritto che accoglie tutto il peso del formalismo ma proprio per questo vi oppone dei correttivi integrativi, come ho già detto riferendomi al palinsesto delle garanzie prestato dal costituzionalismo. Questa è la via che Beccaria traccia, con ciò manifestando il carattere di virtuosa presbiopia (per parafrasare un luogo molto comune riferito alla nostra Costituzione) della sua dottrina penalistica e offrendo qualche argomento a chi lo definisce uno dei padri costituenti dello Stato di diritto (cfr. L. Ferrajoli, 2013, p. 119). Una via che i giuristi (non solo penalisti) dovrebbero perseguire.

<sup>17</sup> «La storia, come si è visto, ha fatto esplodere la contraddizione che era insita nel codice genetico del moderno principio di legalità» (M. Vogliotti, 2013, p. 385). Tutta la costruzione della voce riposa sul doppio pilastro di un principio di legalità *puro* e di un altro, successivo nel tempo e qualitativamente diverso, definito *ibrido*. Senza dover necessariamente convergere sugli strumenti di ibridazione proposti, si può sicuramente concordare sulla partizione della nozione di legalità in due segmenti, variamente definibili (negativo/positivo, formale/sostanziale).

## BIBLIOGRAFIA

Beccaria Cesare (1764a), *Dei delitti e delle pene*. Con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento, nuova edizione, a cura di Franco Venturi, ed. 1994 (1965), Einaudi, Torino.

Beccaria Cesare (1764b), *Traité des délits et des peines*; versione di André Morellet con le note di Denis Diderot e il *Commentaire* di Voltaire. Saggi introduttivi di G. Vigorelli e G. Gaspari, ed. 1987, Franco Sciardelli Editore, Milano.

Beccaria Cesare (1764c), *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. Pisapia, ed. 1973, Giuffrè, Milano.

Bobbio Norberto (1990), *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino.

Carré de Malberg Raymond (1934), *Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Génny*, Sirey, Paris (s.d.), pp. 192-203.

Cattaneo Mario A. (1974), *La filosofia della pena nei secoli XVII e XVIII*, De Salvia, Ferrara.

Cordero Franco (1985), *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Laterza, Roma-Bari.

Costa Pietro (1999), *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa - I. Dalla civiltà comunale al Settecento*, Laterza, Roma-Bari.

Ferrajoli Luigi (2006), *Sulle note autografe al Dei delitti e delle pene*, in C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, La Città del Sole, Napoli.

Ferrajoli Luigi (2013), *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, il Mulino, Bologna.

Foucault Michel (1993), *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino.

Foucault Michel (2002), *L'occhio del potere. Conversazione con Michel Foucault*, in Michel Foucault e Michelle Perrot (a cura di), Jeremy Bentham, *Panopticon, ovvero la casa d'ispezione*, Marsilio, Venezia, pp. 7-30.

Halpérin Jean-Louis (2002), *Codes et traditions culturelles*, in Paolo Cappellini e Bernardo Sordi (a cura di), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Giuffrè, Milano, pp. 223-261.

Hassemer Winfried (2012), *Perché punire è necessario*, il Mulino, Bologna.

Marra Realino (2013), a cura di, *Diritto e castigo. Immagini della giustizia penale: Goethe, Manzoni, Fontane, Gadda*, il Mulino, Bologna.

Massetto Gian Paolo (2014), *Leggendo Mario Pisani su "Cesare Beccaria e l'Index librorum prohibitorum"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1/2014, pp. 395-447.

Neppi Modona Guido (2004), *La parabola storica delle colonie penali*, in Mario Da Passano (a cura di), *Le colonie penali nell'Europa dell'Ottocento*, Carocci, Roma.

Porret Michel (2013), *Beccaria*, il Mulino, Bologna.

Ripoli Mariangela (2006), *Carcere, risocializzazione, diritti*, Giappichelli, Torino.

Sbriccoli Mario (1978), *Recensione a A. Cavanna, La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 7/1978.

Sbriccoli Mario (2006), *Giustizia criminale*, in Maurizio Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Laterza, Roma-Bari.

Sbriccoli Mario (2009), *Beccaria ou l'avènement de l'ordre. Le philosophe, les juristes et l'émergence de la question pénale*, in Michel Porret (a cura di), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Droz, Genève, 1997, pp. 177-187. Ora in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 88/2009, tomo II, pp. 393-405.

Schumpeter Joseph (1954), *History of economic analysis*, Oxford University Press, Oxford.

Solari Gioele (1959), *Filosofia del diritto privato. I. Individualismo e diritto privato*, Giappichelli, Torino.

Solari Gioele (1971), *Filosofia del diritto privato. II. Storicismo e diritto privato*, Giappichelli, Torino.

Tarello Giovanni (1993), *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, il Mulino, Bologna.

Venturi Franco (1970), *Utopia e riforma nell'Illuminismo*, Einaudi, Torino.

Vogliotti Massimo (2013), *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, VI, pp. 371-435.

Zanuso Francesca (2004), *I "fluidi" e le "bestie di servizio". Utilitarismo e umanismismo nella concezione penale di Cesare Beccaria*, in Francesca Zanuso e Stefano Fuselli (a cura di), *Ripensare la pena. Teorie e problemi nella riflessione moderna*, CEDAM, PADOVA.

## RAZIONALITÀ, UMANITÀ, CHIAREZZA. L'INSEGNAMENTO DEI LUMI PER UN DIRITTO PENALE MITE

Carolina Antonucci

*L'articolo, partendo dalla ricorrenza del 250° anniversario della pubblicazione del Dei delitti e delle pene di Cesare Beccaria, tratteggia brevemente la storia del diritto penale di Ancien Régime individuando l'origine delle critiche che, i giusnaturalisti prima e – con maggior vigore – gli illuministi poi, sferrano contro di esso. L'Ancien Droit, con le fasi segrete, gli arresti arbitrari, le torture e le pene corporali appariva sempre più inumano e ingiustificato.*

*Gli illuministi proposero un sistema dei delitti e delle pene in cui razionalità, umanità e chiarezza sarebbero dovuti essere i nuovi presupposti del diritto. La secolarizzazione del sistema penale, poi, avrebbe dovuto impedire la confusione tra delitto e peccato e, parimenti, tra pena ed espiazione.*

*Un diritto moderno, quello che nasce dall'elaborazione giusfilosofica dell'epoca, che nei suoi aspetti ideal-tipici offre ancora, ai giorni nostri, un modello assoluto cui continuare a ispirarsi per evitare derive antigarantiste.*

**Keywords:** Cesare Beccaria; illuminismo penale; pena; tortura; garantismo.

*«Le strida di un infelice richiamano forse da tempo che non retrocede le azioni già consumate?»*

C. Beccaria, 1764, ed. 1965, rist. 1994, § 12.

In occasione del 250° anniversario della pubblicazione del *Dei delitti e delle pene* di Cesare Beccaria avvenuta a Livorno nel 1764 in un primo tempo, come è noto, in forma anonima, sono state molte le pubblicazioni (P. Audegean, 2014; D. Ippolito, 2014; M. Porret, 2003, 2013; M. La Torre e M. Lalatta Costerbosa, 2013), i convegni accademici e le iniziative istituzionali e mediatiche che hanno voluto sottolinearne l'ancora stringente attualità. Con uno sguardo ai temi del presente ne è stato sottolineato il profilo europeo,

attualizzata la funzione di garanzia della sua proposta giuridica e ribadito il portato riformista delle sue teorie in materia penale (M.A. Cattaneo, 1999). A distanza di un quarto di secolo, la riflessione di Beccaria appare ancora capace di fornire utili risposte, o meglio generare il dubbio, sulla vulgata sul tema della sicurezza che attanaglia ogni discussione contemporanea in materia criminale. Infatti quel modello penale garantista che dalle pagine del *Dei delitti* e dal dibattito illuministico si era andato concretizzando nelle positivizzazioni successive, oggi è entrato in crisi proprio «aggredito nei diritti di libertà dalla demagogia securitaria e dalla cultura della permanente emergenza» (L. Ferrajoli, 2014).

Per questo motivo appare di estremo interesse riprendere le fila di quel dibattito che ha permesso, a partire dal Settecento, la cristallizzazione in norme giuridiche di un nuovo diritto di punire imperniato sui principi profondamente innovatori della secolarizzazione dei crimini e delle pene, dell'umanizzazione dei castighi e della certezza giuridica. «Il capolavoro dell'illuminismo italiano» (G. Armani, 1989), il *Dei delitti*, è un'opera di imprescindibile centralità nella reazione illuminista alla lunga notte del particolarismo giuridico (M. Aini, 1998) di *Ancien Régime*. È il «manifesto programmatico di una iniziata rivoluzione del pensiero civile occidentale» (A. Cavanna, 1990).

Cesare Beccaria era intimamente convinto che l'uomo non potesse considerarsi libero e felice in una società senza leggi;

«Le leggi sono le condizioni, colle quali gli uomini indipendenti ed isolati si unirono in società, stanchi di vivere in un continuo stato di guerra e di godere di una libertà resa inutile dall'incertezza di conservarla. Essi ne sacrificarono una parte per goderne il restante con sicurezza e tranquillità» (C. Beccaria, 1764, ed. 1965, rist. 1994).

È all'interno del perimetro di legalità tracciato dalle leggi stesse che l'individuo può dispiegare pienamente le proprie attitudini riuscendo a godere dei piaceri raggiungibili solo con la tranquillità e la sicurezza «che è lo scopo per cui gli uomini stanno in società» (C. Beccaria, 1764, ed. 1965, rist. 1994). Fuori da quel tracciato gli uomini erravano «smarriti e fluttuanti nel vasto mare delle opinioni».

È noto che Cesare Beccaria avesse aderito alla teoria del Contratto sociale (P. Audegean, 2014; D. Ippolito, 2012; M. Porret, 2003; M.A. Cattaneo, 1999): l'uomo può conoscere una sola libertà, quella politica. Solo con l'obbedienza alle leggi la libertà naturale, nella sua riduzione, acquista i contorni della condizione di possibilità. È un sottoporsi consapevole a un male necessario che, se da un lato vincola l'individuo comprimendo la sua iniziativa entro norme comportamentali, dall'altro realizza la subordinazione a leggi

generali, certe, impersonali prodotte da un *potere minimo*, che sono assai preferibili a qualunque «autorità capricciosa che distrugge ogni giustizia» (P. Audegean, 2014). Si innesta su queste fondamenta la concezione che il marchese Beccaria rilancia per l'Europa del diritto di punire. Spazzando via istituti antichi, inumani, irrazionali e dunque ormai – nel secolo dei Lumi – ampiamente superati, il *pamphlet* di Beccaria si assume il fine di convincere, con il suo ragionamento deduttivo, l'opinione pubblica che deve essere scossa e deve indignarsi per sovvertire le opinioni correnti incanalandole in direzione del nuovo (G. Armani, 1989). L'imponente letteratura sull'autore e sul *pamphlet* più famoso dell'illuminismo giuridico penale (P. Audegean, 2014; M. Porret, 2003; V. Ferrone, G. Francioni, 2000; R. Zorzi, 1996; M. Maestro, 1973; F. Venturi, 1973; D. Del Bo, 1964; C. Beccaria, 1764, ed. 1965, rist. 1994; R. Sbardella, 2005) non consente facili messe a punto; più semplice concentrarsi qui sulle radici storico-filosofiche dell'intera discussione illuministica e sui debiti che la società contemporanea ha con i Lumi attorno al tema criminale tenendo a mente che il diritto penale è il «capostipite» (L. Ferrajoli, 2007) «dei successivi paradigmi dello Stato di diritto: legislativo dapprima, poi costituzionale e infine, in prospettiva, cosmopolitico» (L. Ferrajoli, 2014).

### 1. Il sistema penale d'*Ancien Régime*. Uno sguardo d'insieme

Come ha mostrato la storiografia più attenta, il dibattito attorno al sistema dei delitti e delle pene prese avvio in Europa già dal Seicento (D. Ippolito, 2012; G. Alessi, 2011; M. Sbriccoli, 2005; M.A. Cattaneo, 1999; F. Diaz, 1996; F. Venturi, 1987; C. Capra, 1987; F. Diaz, 1973; M.A. Cattaneo, 1966). Quello di *Ancien Régime* era un potere abnorme e senza confini certi la cui arbitrarietà si estendeva nell'area continentale anche alla gestione del penale. Lo scisma religioso della Riforma protestante, con le sue ripercussioni politiche, non aveva comportato cambiamenti di sorta nell'impianto penale che rimaneva omogeneo ed improntato al sistema egemonico e alla sua evoluzione, il sistema inquisitorio (M. Sbriccoli, 2005); in particolare il *crimen laesae maiestatis* (M. Sbriccoli, 1974), sia nell'accezione umana che divina aveva trovato il medesimo trattamento durissimo tra i cattolici come tra i protestanti, tutti stretti attorno alla convinzione della necessità di evitare con la forza la disgregazione politica. Torture, fasi processuali segrete, delazioni e roghi non rimasero dunque prerogativa delle Inquisizioni romana e spagnola (I. Mereu, 2000), ma le identiche pratiche furono sussunte nella gestione della giustizia nelle aree protestanti del resto d'Europa.

I secoli XVI e XVII videro peraltro una dilatazione enorme del penale e il definitivo affermarsi, dopo decenni di battaglia dialettica, della pubblicità del sistema con il tramonto delle ultime vestigia del diritto feudale. Nel periodo in questione il potere fu obbligato ad affrontare alcune criticità economiche, politiche e sociali, che produssero delle profonde conseguenze in ambito criminale comportando una metamorfosi nella concezione della penalità, alla quale si iniziarono a chiedere risposte anche sul piano del mantenimento dell'ordine. La nuova elaborazione ideologica del sistema penale, che a grandi passi si incamminò verso la modernità, andò a poggiare su un concetto che si sarebbe fatto paradigma: a conferire rilevanza penale ad un'azione o ad un comportamento divenne la disobbedienza all'autorità. Il paradigma divenne quello del reato politico. Da un punto di vista del diritto sostanziale questo comportò l'assorbimento di ogni crimine entro la fattispecie dell'offesa alla *Respublica* (M. Sbriccoli, 2005), mentre dal lato procedurale tutti i reati comuni seguirono il medesimo *iter* del processo inquisitorio, pensato per eretici e streghe. Tutti i criminali erano nemici, per questo motivo gli ordinamenti continentali ripresero l'*Inquisizionprozess*, caratterizzato dagli enormi poteri coercitivi del giudice, dai precari diritti difensivi degli imputati, dall'esercizio congiunto della funzione inquirente e di quella giudicante. Offre uno spunto di riflessione, tenendo ferma la prima rivendicazione teorica del principio di legalità propria dei giusnaturalisti nel Seicento, la constatazione che era stata l'Inquisizione romana per prima ad affermare il principio di uguaglianza di fronte alla legge penale. Nel perseguimento dell'eresia, del resto, il cardinale e l'uomo comune erano uguali, non sussistendo sulla carta privilegi, guarentigie e qualifiche in grado di conferire immunità particolari. Ma dal Seicento, a essere trattato alla stregua del reato politico fu soprattutto il crimine contro il patrimonio in virtù del valore sempre più alto che la proprietà stava acquisendo nella cultura europea, sicché la sua difesa diverrà prerogativa principale del Potere pubblico. «La società crea i ladri e poi li punisce perché rubano» aveva già previsto Thomas More in un passaggio della sua *Utopia*. Il fenomeno delle *enclosures* costrinse masse sempre più numerose e prive di ogni sostentamento a compiere per necessità reati predatori, trovando come unica risposta il rigore assoluto dello Stato. Era un modello punitivo che avrebbe attirato l'attenzione dei filosofi dei Lumi.

Così Beccaria parlerà di «leggi penali, ideate e applicate da magistrati che rappresentano gli interessi dei più potenti [e che] tendono ad esasperare la gravità dei delitti compiuti dai più poveri (debiti, furti e altri crimini contro il patrimonio)» (P. Audegean, 2014). Il criminale «non è uno che vuole tutto, ma uno che non ha niente, ossia niente da perdere: sono l'assenza di prospettiva e la speranza dell'impunità a turbare e falsare i suoi calcoli» (P.

Audegean, 2014). E Gaetano Filangeri sarà mosso proprio dall'intento di immaginare una legislazione in grado di migliorare finalmente le condizioni di «quel popolo calpestato da cento despoti» che viveva di povertà, di carità e di fame da secoli: le masse europee» (V. Ferrone, 2003).

Come ha scritto Foucault, si affermò in questo periodo la convinzione che «in ogni più piccolo crimine, vi [fosse] un piccolo frammento di regicidio». Conseguenza diretta fu che la pena divenne la rivincita del sovrano, la «ripresa della sua forza» (M. Foucault, 2000)<sup>1</sup>. In questo contesto vanno inquadrati le prime grandi leggi generali sui delitti e sulle pene. A partire dalla prima metà del XVI secolo l'Impero e la Francia si dotarono di grandi leggi penali, definite anche Codici, dalle quali si evinceva proprio il recepimento dei caratteri dello schema inquisitorio processuale. Seppur con notevoli differenze questi testi normativi ne ripresero gli aspetti peculiari. La scrittura, dalla fase istruttoria – che sarà segreta e attivata dall'accusa anche d'ufficio – fino alla sentenza, assume rilevanza centrale, assieme alla ricerca della confessione del reo. In giudizio il valore delle prove sarà predeterminato (G. Alessi, 2011, p. 68). La *Constitutio criminalis Carolina* voluta da Carlo V nel 1532 per i territori dell'Impero, l'*Ordonnance sur le fait de la justice* di Villers-Côtteret del 1539 che seguirà le *Ordonnances* di Tours (1493) e Blois (1498), sono grandi leggi generali che

«vanno in cerca di certezza ed efficacia e quindi impongono un processo inquisitorio molto penetrante, producono (e rafforzano) apparati, ottengono un rilevante effetto di ammonizione e terrizione, riducono al lumicino la rilevanza delle giustizie comunitarie e delle giurisdizioni locali, danno all'egemonico una straordinaria accelerazione e mostrano in tutta evidenza che la *iurisdictio in poenaliibus* è interamente del principe» (M. Sbriccoli, 2005, p. 180).

Anche l'Inghilterra, seppur immune dalle durezze proprie del sistema inquisitorio (cfr. E. Dezza, 2009), inaugurò con i codici mariani di metà Cinquecento una normativa di dettaglio dell'*iter* penale. Questi statuti erano stati emanati con l'obiettivo preminente di porre un freno all'*infestante* presenza di vagabondi e ladri in tutto il regno (E.J. Hobsbawm, 2002). Precorrendo di almeno due secoli alcuni aspetti del rigido disciplinamento che il capitalismo imporrà durante la rivoluzione industriale ai lavoratori, questi codici conferivano ai Giudici di pace il potere di controllo sul comportamento dei dipendenti (M. Foucault, 2000, rist. 2010). Problemi diversi in Francia

<sup>1</sup> Ancora Foucault: «Il supplizio ha dunque natura giuridico-politica. Si tratta di un cerimoniale per ricostruire la sovranità, per un istante ferita. La restaura manifestandola in tutto il suo splendore» (M. Foucault, 1976, 1993).

porteranno Luigi XIV nel 1670 a farsi carico delle lagnanze di malagiustizia che pervenivano a Corte, regolarmente e in gran quantità. Con l'*Ordonnance Criminelle* di quell'anno il sovrano francese andò a edificare l'apparato di giustizia penale che la Francia avrebbe conosciuto fino alla Rivoluzione. Una legge generale che tuttavia, con la novità dell'impianto codicistico, si inseriva nel solco delle disposizioni in materia già in vigore dal secolo precedente. Da un punto di vista sostanziale e procedurale il processo rimaneva inquisitorio; i Parlamenti acquistavano un potere di controllo. Per quanto riguarda le pene Michel Foucault offre in *Sorvegliare e punire* (cfr. M. Foucault, 1976, rist. 1993) un quadro esaustivo delle scene patibolari e dei supplizi; dapprima rito catartico e terrorizzante, nel corso del Settecento l'esecuzione capitale finisce per veicolare il solo grottesco. L'emotività popolare attorno alla forca aveva subito una metamorfosi nell'oggetto dell'immedesimazione degli spettatori. Il popolo protagonista-spettatore del supplizio che si accalcava nei pressi dei luoghi dei condannati obbligando le autorità politiche a emanare divieti nel corso del Seicento (A. Prospero, 2013), si identificava nella vendetta del sovrano. Nella seconda metà del Settecento, invece, cessava di partecipare alla restaurazione della sacralità del potere, coagulando piuttosto «il suo rifiuto del potere punitivo» (M. Foucault, 1976, rist. 1993), dando vita a disordini più frequenti laddove le condanne punissero delle rivolte, come nel caso della sommossa francese dei grani del 1775 o quella dei facchini del 1786. Il popolo interveniva per «impedire un'esecuzione ritenuta ingiusta, strappare un condannato dalle mani del boia, inseguire eventualmente e assalire gli esecutori, maledire in ogni caso i giudici e schiamazzare contro la sentenza» (M. Foucault, 1976, rist. 1993). Il paradigma punitivo di *Ancien Régime* stava facendo cortocircuito dal punto di vista della gestione dell'ordine pubblico.

Il problema della penalità dal punto di vista del potere politico era anche, se non soprattutto, rappresentato dalle sue lacune che generavano incertezza e impunità. Infatti «non bisogna (...) ingannarsi. Tra questo arsenale di spavento e la pratica quotidiana della penalità, il margine era ampio» (M. Foucault, 1976, rist. 1993). Lo scarto tra la previsione della pena e l'effettiva esecuzione della stessa era molto esteso anche a causa della durezza del disegno sanzionatorio. Un tale scarto era talmente consistente e consolidato nell'immaginario che lo ritroviamo persino nei romanzi. Fu Stendhal a notare come ancora nell'Ottocento «a Parma, portare pistole tascabili è un reato punibile con tre anni di galera; ma la pena non era mai stata applicata» (Stendhal, 1839, ed. 2001).

La confusione di un potere dai confini incerti e permeabili, il particolarismo istituzionale e l'incertezza di un diritto stratificato e ingarbugliato tra fonti consuetudinarie, statuti della più varia natura, leggi feudali/canoniche/

romane, interpretazioni giurisprudenziali, opinioni dottrinali e molto altro ancora (M.R. Di Simone, 1997), fecero sì che in tutti i Paesi europei, a cavallo tra Seicento e Settecento cominciasse a sentirsi con forza la necessità di una riforma giuridica.

La questione penale si inserisce nel contesto di speculazione alla ricerca del giusto potere, o meglio della giusta forma istituzionale del potere. La critica serrata ai vizi e alle storture di un *Ancien Droit* che appariva sempre più inumano e ingiustificato, assunse una piega pragmatica con i *philosophes*, nel Settecento. L'Illuminismo, con il suo portato di entusiasmo per il Sapere finì per indagare direttamente e scrupolosamente il penale delineando con precisione e chiarezza i tratti inammissibili del sistema che rendevano ai loro occhi il cambio di paradigma una necessità non più differibile (G. Alessi, 2011; M. Bellabarba, 2008; M. Sbriccoli, 2005). Il dibattito che si sviluppò nei salotti, amplificato dalla diffusione di numerosi *pamphlets*, articoli e libri, contribuì all'avvento della modernità giuridica producendo il «pensiero costituente del futuro Stato di diritto» (L. Ferrajoli, 2014).

## **2. Superamento dell'*Ancien Droit* e affermazione di un nuovo paradigma normativo**

È utile un'indagine sulle fondamenta teoriche di questo passaggio epocale, ricostruendo la genealogia dell'affermazione dei principi – legalità, separazione dei poteri, garanzia delle libertà fondamentali – che portarono a un nuovo paradigma normativo, quello dello Stato di diritto. Furono i giusnaturalisti tedeschi infatti, i primi a mettere in crisi il sistema penalistico di *Ancien Régime* contestando la tortura, l'arbitrio sulle pene su cui il giudice inquisitore aveva disposto per secoli e anche la facoltà di ricorrere a pene straordinarie per un numero altissimo di reati. La novità stava nell'assunto che per i giusnaturalisti la colpevolezza e l'innocenza dovevano essere dimostrate e non più desunte da pratiche ai confini della superstizione, come i riti ordalici, e ancor meno estorte con la violenza delle torture. L'onere della prova doveva essere messo al centro dell'impalcatura processuale.

La riflessione sulla penalità si iscriveva in una più ampia meditazione sul potere non riuscendo tuttavia ancora a imporsi con dignità autonoma. Fu John Locke, con la sua teoria volontaristica della società politica in cui il potere intanto esiste in quanto ciascun contraente rinuncia consapevolmente «agli attributi potestativi dell'autonomia naturale», a immettere nell'orizzonte del dibattito giusfilosofico gli elementi teorici che avrebbero costituito il nucleo fondante del costituzionalismo moderno. Concetti e principi che in-

vestono il potere politico insistendo «sull'esigenza della regolazione, della limitazione e del controllo del suo esercizio» (D. Ippolito, 2014). Primato dei diritti individuali, tutelati dal principio di legalità cui tutti, senza eccezioni e lacune, dovevano essere sottoposti. Il rigoroso impianto lockiano prevedeva già la separazione dei poteri, strumentale al pieno dispiegarsi del primato della legge; la rappresentanza politica cui era accordata una preferenza in ordine all'estensione della legittimazione del potere pubblico, nato da un patto tra uomini liberi che trovava nelle elezioni una continua possibilità di rinnovare la propria cogenza.

Ancora nelle riflessioni dei *maîtres à penser* dell'Illuminismo, la persona umana veniva ad assumere priorità assiologica dalla quale discende il tema dell'intangibilità delle libertà personali. Montesquieu impose la dimensione del rispetto della libertà individuale quale parametro di giudizio del *giusto* governo. Voltaire, il filosofo della tolleranza considerava la libertà «l'unica legge che non tollera prescrizione». E ancora Diderot nella *Encyclopédie* definì la condizione di libertà, ricevuta in dono dall'uomo dalla natura, «il più prezioso di tutti i beni». Dunque come garantire dai soprusi del potere, in potenza mai sopiti, la libertà sacra e inviolabile? Attorno a questa criticità, che prende le mosse dalla coscienza della perpetua sussistenza delle insidie del potere, si sviluppò il dibattito degli anni seguenti.

L'uovo di Colombo della battaglia antidispotica sembrò essere, per tutti, la sottomissione del potere alla legge, che è l'ovvia premessa giusnaturalistica. Solo così, attraverso il rigido rispetto del principio di legalità, obbligo nei confronti del quale non devono esistere deroghe o eccezioni, le libertà individuali possono considerarsi rispettate. A partire dal re e dai giudici, scriveva Voltaire, ai quali è fatto obbligo di ritenersi interpreti e non padroni della norma, ma schiavi di questa. Diderot considerava invece vane quelle leggi che permettevano anche solo a uno di infrangerle impunemente. Ma la sovranità della legge che abbatte il governo degli uomini non era sufficiente a garantire dall'abuso di potere. Serviva un sistema che permettesse allo stesso potere di arrestare il proprio abuso. Lo sguardo si volse allora all'Inghilterra dove la storia costituzionale offriva a Montesquieu un sistema di *checks and balances* tipico di un equilibrio istituzionale complesso che sembrava garantire, anche a Voltaire, la conservazione di quel dono della natura che è la libertà.

Nel secolo dei Lumi Montesquieu, gli *Encyclopédistes*, Beccaria, Filangeri sono alcuni tra i pensatori che concentrarono le proprie riflessioni sul tema dei diritti e della penalità. La questione criminale divenne oggetto di riflessione fin nei suoi meccanismi più intrinseci criticati assieme alle consuetudini che in Europa erano identici e arretrati da secoli. Montesquieu colse con gravità la dimensione peculiare del diritto penale che è uno «scudo

potente, ma tagliente» che corre il rischio di ferire tanto quanto, se non più delle «armi da cui difende» (D. Ippolito, 2014). Per Montesquieu è dalla bontà delle leggi penali che dipende principalmente la libertà del cittadino, dal contenuto delle disposizioni, oltre che dalla separazione del potere e dalla sottomissione di questo alla legge. E questa affermazione fece scuola, tanto che Mario Pagano, il futuro estensore della Costituzione della Repubblica partenopea del 1799, nel 1787 la riprese arricchendone il contenuto e rendendola più suggestiva<sup>2</sup>. Tutta la riflessione illuministica, in materia penale prenderà le mosse dall'assunto montesquieuiano.

Nel mirino degli illuministi finirono così l'arbitrarietà delle pene, la discriminazione che ne derivava e la crudeltà del sistema penale in cui tutto era barbaro, dal mezzo di ricerca della verità al supplizio. «Ripensata la politica *ex parte civium*, il potere di punire si profilava in tutta la sua tragicità» (D. Ippolito, 2014) come espressione pubblica della vendetta privata. In questa congiuntura storica si inserisce anche la nascita dell'opinione pubblica (E. Tortarolo, 1997; A. Prospero, 2013) che avrà un ruolo fondamentale nell'intero processo di affermazione delle idee dei Lumi. Un'opinione pubblica avida di letture che enfatizzò, con il proprio interesse, le potenzialità di intervento sulla cultura e sui saperi degli intellettuali illuministi rendendo possibile quella svolta pragmatica della filosofia cui si è fatto riferimento. E l'opinione pubblica ebbe il merito di problematizzare quanto avveniva attorno alla pena; destata dall'accanimento che dimostravano giudici ed esecutori nel comminare supplizi e condanne a morte.

Con l'obiettivo di indirizzare l'orientamento dell'opinione pubblica la tenace battaglia dei *philosophes* sottopose a critica serrata l'intero paradigma culturale dominante fino al Settecento. Del resto è noto alla storiografia come in questo lavoro di decostruzione di ogni assunto del sapere dogmatico e d'autorità portato avanti dai filosofi dei Lumi i giuristi avessero contribuito attivamente al mutamento profondo che interessò la società europea che conosceva a quel tempo «nuove forme urbane di sociabilità culturale» (V. Ferrone e D. Roche, 2002). In particolare gli illuministi portarono avanti un'azione di delegittimazione della *scientia juris*, incapace per loro di incarnare la *communis*

<sup>2</sup> «Se ti sospinga mai la fortuna sui lidi d'un popolo ignoto e se brami tu sapere se il brillante giorno della cultura ivi dispana la sua benigna luce, o se le tenebre dell'ignoranza e della barbarie l'ingombrano d'orrore, [...] apri il suo codice penale: e se ritrovi la sua libertà civile garantita dalle leggi, la sicurezza e la tranquillità del cittadino al coverto della prepotenza e dell'insulto, francamente conchiudi ch'egli sia già colto e polito» (in D. Ippolito, p. 35). Sulla figura di Mario Pagano: D. Ippolito, 2008a; D. Ippolito 2008b; L. Firpo, 1997.

*opinio* della società che era stata, fino ad allora, considerata a metà strada tra il divino e l'umano. Le «ambizioni teoretiche della scienza giuridica» (R. Ajello, 1976), che si credeva detenesse con i suoi *sacerdotes iuris*, il codice di interpretazione del vero, vennero poste sotto accusa; smascherati gli *arcana juris* quali strumenti tradizionali posti a tutela di interessi particolari, la giustizia assume i dovuti contorni politici in un momento in cui i concetti di sovranità e politica erano ripensate dal basso, dalla parte del cittadino (V. Ferrone, 2003). Un ruolo attivo dei giuristi che, assumendo l'attitudine critica come virtù generale, ha messo in discussione la legittimità della consuetudine, del principio di autorità, delle disuguaglianze e dell'arbitrio. Il loro contributo nella formazione di questa nuova cultura dei Lumi è dunque importante nonostante gli sia stata riconosciuta la dovuta centralità e rilevanza solo recentemente consentendo così di portare alla luce l'identità comune del fenomeno dell'illuminismo giuridico, per lungo tempo ostaggio del suo essere composito e abitato da contraddizioni espressione degli orientamenti provenienti dalle diverse zone geografiche del continente (M. R. Di Simone, 1997, V. Ferrone e D. Roche, 2002). Quello italiano è un «illuminismo riformatore», come lo definisce Audegean (P. Audegean, 2014) riprendendo la distinzione proposta da Franco Venturi nel 1954 tra lo spirito degli illuministi italiani, appunto riformatori e destinati a ricoprire incarichi da alti funzionari – come gli stessi Beccaria e Pietro Verri (C. Capra, 2002) –, ai *philosophes* francesi che invece non accettavano la situazione politica esistente (F. Diaz, 1996). Tuttavia, al di là dell'opposizione utopia/riforma, l'elemento comune al movimento illuminista è individuabile proprio in quell'*attitudine critica come virtù generale* cui già si è detto e che pervade le teorie dei pensatori dell'epoca. I pensatori illuministi hanno apportato un grande contributo alla causa dei diritti di libertà impegnandosi nell'elaborazione di una teoria costituzionale in grado di «conservare la libertà, organizzare le istituzioni e modellare l'ordinamento statale per garantire i “diritti inalienabili” degli individui dalle invadenze dispotiche del potere» (D. Ippolito, 2014; L. Scuccimarra, 2007).

### 3. I principi dell'illuminismo giuridico penale

Nel *Dei delitti e delle pene* del marchese Beccaria possiamo leggere le posizioni più avanzate del dibattito giusfilosofico in materia penale dell'Illuminismo. Il marchese usò in modo eclettico principi di diversa derivazione filosofica che attraversavano giusnaturalismo e illuminismo, attingendo dall'utilitarismo, l'umanitarismo e l'individualismo, per costruire la sua impalcatura di un diritto penale minimo e decostruire, al contempo, la cul-

tura e il linguaggio che rendeva legittimo l'immenso potere dei magistrati. L'ideale di chiarezza è elaborato dal secolo dei Lumi, in cui la reazione «dopo la lunga notte del particolarismo giuridico (...) passava anzitutto attraverso l'adozione di norme certe e intellegibili» (M. Ainis, 1998) come dichiarato già da Montesquieu. E proprio del francese è maggiormente debitore nella costruzione del suo pensiero; sappiamo, per sua stessa ammissione, della conversione alla filosofia avvenuta nel 1761 dopo la lettura delle *Lettres Persanes*. Montesquieu sarà l'unico a essere esplicitamente citato nel *Pamphlet* sul sistema criminale. Ma la sua speculazione non sarà l'esclusivo debito intellettuale contratto dal marchese. Conosceva il pensiero dei giusnaturalisti ed è indubitabile – al di là delle polemiche e degli attriti che seguiranno la pubblicazione del «libriccino» (C. Capra, 2002, p. 203) – l'influenza reciproca con gli altri membri dell'Accademia de' Pagni con i quali viveva una dimensione di costante disquisizione collettiva che servì da impulso per la scrittura dell'opera stessa.

Di Montesquieu Beccaria fece propria la convinzione che è dalla bontà delle leggi penali che dipende principalmente la libertà del cittadino, dal contenuto delle disposizioni, oltre che dalla separazione del potere e dalla sottomissione di questo alla legge. Tutta la riflessione illuministica, in materia penale prese le mosse dall'assunto montesquieuiano. Il filosofo francese propose un alternativo paradigma scientifico, discostandosi sia dal modello tradizionale della giurisprudenza, ovvero esegetico, immobile nel suo eterno rifarsi alla tradizione attraverso l'*interpretatio*, sia dal paradigma opposto, quello giusnaturalistico. Quest'ultimo, con il suo canone metodologico della *demonstratio* procede per deduzione alla ricerca della costruzione razionale del sistema del diritto naturale. Montesquieu rifiutò entrambe le visioni, convinto che il diritto positivo dovesse essere indagato esclusivamente per comprendere la *ratio* di quanto stabiliva. Per lui «il diritto in quanto fenomeno sociale, vive in correlazione ai molteplici aspetti della realtà sociale» (D. Ippolito, 2014). Questo rivolgimento di paradigma ebbe risvolti sensazionali sull'intero impianto giusfilosofico dell'epoca. A cambiare era l'oggetto della scienza giuridica, era il modello epistemologico della sua intelligibilità. Ma era anche il suo fondamento ultimo. Dunque se riconosceva l'esistenza di «regole di giustizia ontologicamente fondate nell'ordine naturale» (D. Ippolito, 2014), al contempo, prendendo le distanze dalla tradizione, riusciva a teorizzare la necessità di una profonda secolarizzazione della società e della conseguente laicizzazione del potere di punire. E il principio di secolarizzazione del diritto penale è uno dei caratteri fondamentali dell'illuminismo in materia. Il suo era un portato decisivo che fu fatto proprio anche da Cesare Beccaria. Anzitutto secolarizzare significava iniziare a distinguere tra crimi-

ne e peccato laddove solo il primo doveva essere perseguito dalle autorità statali. La giustizia per Beccaria si fondava sull'idea di utilità: lo scopo delle leggi penali era rendere possibile la libertà; per farlo queste non dovevano oltrepassare la sfera dell'utile. Dunque non essendo il fine della società la redenzione delle anime, le leggi penali non avrebbero avuto alcuna ragione di perseguire i peccati che inerivano alla sfera religiosa. Così la distinzione finiva per riguardare anche la pena che si contrapponeva alla logica espiatoria del castigo. Quest'ultima avrebbe dovuto perdere definitivamente diritto di cittadinanza nelle leggi penali per lasciare spazio alla regola della proporzionalità delle pene fondata anch'essa sulla logica dell'utile. Beccaria proseguì nel solco di Montesquieu optando per un diritto penale che con lui diverrà minimo nella direzione dell'umanizzazione delle pene, aderendo al principio del minor male possibile stabilito da quegli uomini che in origine decisero per la vita civile in società per salvaguardare la propria libertà e usufruirne in sicurezza. Questa logica proponeva, come suo corollario, un «costante obiettivo alla depenalizzazione» unitamente allo «sforzo permanente per mitigare le pene» (P. Audegean, 2012), poiché null'altro senso ha la legge penale se non tutelare il debole dal più forte. Qualunque previsione eccessiva rispetto a questo suo scopo minimo non sarebbe stata che un abuso, così come già dimostrato proprio da Montesquieu convinto che potessero molto di più pene dolci ma certe e ripetute nel tempo che sporadiche, ma efferate come avveniva nell'*Ancien Régime*. Nell'alveo della battaglia illuminista per l'umanizzazione del diritto penale si accende il dibattito contro la tortura. «Ripugnante ai valori dell'umanità» per Montesquieu, generalmente considerata contraddittoria, ingiusta, inutile da tutti i pensatori dei Lumi, la tortura doveva essere semplicemente bandita (M. La Torre e M. Lalatta Costerbosa, 2013). Una delle più forti motivazioni addotte da Beccaria contro l'istituto dei tormenti giudiziari riguarda quella che riteneva essere la violazione della presunzione di innocenza dell'accusato. Rappresenta un principio garantista che va a innovare profondamente il diritto e che ritroviamo a fondamento dei contemporanei codici penali liberali: «Un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice» (C. Beccaria, 1764, ed. 1965, rist. 1994).

Cesare Beccaria supera il suo mentore rispetto alla più atroce delle pene, l'esecuzione capitale. Montesquieu la continuò a considerare possibile, ancorché come *extrema ratio*, «una specie di taglione» da prevedersi – in una logica ancora tutta retributiva – nei casi più gravi come l'omicidio. Per il marchese lombardo invero la pena capitale è da abolire poiché la vita è presupposto imprescindibile per la libertà la cui tutela è lo scopo dell'ordinamento civile. In questa posizione d'avanguardia Beccaria rimase praticamente solo: Rousseau era concorde con Montesquieu, Kant la limitò come risposta all'omicidio.

Altro carattere dell'illuminismo penale è proprio l'indagine sullo scopo delle pene; l'avversione per l'idea della retribuzione è profonda e diffusa. Anche in questo caso il pensiero del Beccaria assurge a emblema. La finalità della pena non deve essere null'altra che impedire la commissione di nuovi reati da parte del reo nonché disincentivare altri dal commetterne di analoghi. È chiaro il «rifiuto di un atteggiamento che trae soddisfazione alla sofferenza di un altro» (M.A. Cattaneo, 1999). La logica della vendetta è alle spalle.

Da ultimo, ma assolutamente centrale, troviamo il carattere della certezza del diritto penale, ovvero la rivendicazione del principio di legalità. Se la libertà e la sicurezza individuali sono lo scopo della società, è imprescindibile che l'individuo conosca, attraverso statuizioni normative per mezzo di poche leggi chiare, razionali e trasparenti, quali siano le azioni illecite e a quali tipi di sanzioni si vada incontro commettendole. Da questo principio discendono diversi corollari. Anzitutto il principio dell'irretroattività della legge penale. Il linguaggio giuridico doveva cessare di essere arcano; gli uomini di legge non dovevano più preoccuparsi di conoscere consuetudini o leggi remote, la legge applicabile sarebbe stata solo e soltanto una per ogni caso concreto. I giudici avrebbero dovuto attenersi, strettamente, al suo dettato testuale incontrando assoluto divieto di interpretazione; erano escluse analogia *legis* e *iuris*.

Solo dalla combinazione e dall'aderenza dei codici a questi principi sarebbe stato possibile, per il futuro, avere un diritto penale certo e uguale per tutti.

#### 4. Le prime positivizzazioni garantiste

La cultura occidentale è, ancora oggi, indubbiamente debitrice della produzione teorica dell'illuminismo, nonostante siano stati molti i tentativi nel corso della postmodernità, di ipotizzare, come passatisti, gli importanti contributi culturali del Settecento, sia dei *philosophes* che della rivoluzione (M. Bascetta, 2002); se debitamente contestualizzata «la storia del passaggio dall'utopia all'ideale, dal sogno individuale al movimento politico (...) è uno dei risultati più irreversibili, più immobili e duraturi che il secolo XVIII trasmise al XIX» (F. Venturi, 1970). La strada che ha portato al riconoscimento e all'affermazione dei diritti e delle garanzie di matrice illuministica nel diritto penale, ovvero da quello che è stato l'«esito politico di una vasta, plurale e pluridecennale riflessione giusfilosofica», è stata tortuosa.

Nell'ottica di una genealogia dell'affermazione dei diritti umani come orizzonte assiologico di una società razionale e giusta è possibile individuare in questi dibattiti un'origine. Ci restituisce anche suggestioni sullo scarto che nel nostro quotidiano ritroviamo – tragicamente – tra il disegno

ideal-tipico<sup>3</sup> di un diritto penale garantista e la realtà di una legislazione abnorme e di una pratica pericolosamente arbitraria della giustizia criminale. Ai Lumi dobbiamo l'elaborazione del principio della limitazione del potere che, in ambito penale si traduce appunto in garantismo e si sostanzia nel riconoscimento di due imprescindibili garanzie della libertà contro l'arbitrio, il principio di legalità e il principio di offensività. Sempre ai pensatori illuministi dobbiamo la comprensione profonda che quello di punire è un potere al contempo terribile, ma necessario per affermare la possibilità stessa del riconoscimento di quei diritti e quelle libertà tanto care agli stessi pensatori.

Saranno principi che otterranno un iniziale riconoscimento giuridico nelle prime Costituzioni americane (D. Ippolito, 2012). I coloni riceverono il plauso sincero degli Enciclopedisti che ritrovarono nei testi costituzionali d'oltreoceano la giusta sinergia tra principi illuministici e impronta inglese di giustizia criminale, sistema di *common law* del resto preso a modello quasi ideal-tipico dagli intellettuali dei Lumi<sup>4</sup>.

Saranno ancora le *Constitutions* adottate dagli Stati americani dopo l'indipendenza del 1776 a inaugurare una nuova stagione anche dal punto di vista redazionale per la tradizione giuridica occidentale (P. Ridola, 2001). Il dettato testuale conferisce un ordine che diviene valoriale. In tutte le *Declarations of rights* troviamo in principio il riconoscimento esplicito, legale, dei diritti e delle libertà di un popolo; solo successivamente, le norme volte a organizzare l'assetto istituzionale dello Stato il cui compito diviene garantire la felicità (P. Roger, 1997)<sup>5</sup> degli uomini possibile solo in un contesto politico che rico-

<sup>3</sup> Per sistema garantista si intende quel «sistema coerente e unitario» nel quale ci si pone l'obiettivo di «assicurare, rispetto ad altri modelli di diritto penale storicamente concepiti e realizzati, il massimo grado di razionalità e di attendibilità del giudizio, e quindi di limitazione della potestà punitiva e di tutela della persona contro l'arbitrio». Si informa sui principi di stretta legalità, materialità dei reati, responsabilità personale, il contraddittorio e la presunzione di innocenza, tutti prodotti del clima culturale illuministico e, poi, liberale. «Questo modello, come è noto, presenta numerose aporie logiche e teoriche, che ne fanno un modello ideale e in larga parte ideologico e che ne hanno provocato a più riprese la squalificazione scientifica e politica presso la cultura giuridica» (L. Ferrajoli, 1989, ed. VIII 2004, p. 6. Si veda anche L. Ferrajoli, 2007, p. 305).

<sup>4</sup> Sarà soprattutto Montesquieu a elogiare l'assetto costituzionale d'Oltremania, mentre non vi partecipa Diderot per il quale la limitazione legale dell'autorità politica rischia di risolversi in un meccanismo debole.

<sup>5</sup> In Saint-Just, in pieno periodo rivoluzionario, la chiave di lettura è presentata con una definizione negativa: «Più che di rendere un popolo infelice si tratta di impedire che sia infelice. Non opprimete, ecco tutto. Ognuno saprà ben trovare la propria felicità», *Ivi*, p. 48.

nosca e tuteli proprio quei principi di libertà informati sull'uguaglianza. La felicità dell'uomo, nella polisemia propria del lessico illuministico, diviene per la prima volta obiettivo politico<sup>6</sup> e, al contempo, le sue forme più intime nonché le modalità pratiche per il suo raggiungimento – da garantirsi a tutti e non a qualcuno – divengono questione di discussione tra gli illuministi. Passò poco più di un decennio e la Francia rivoluzionaria riconobbe con la *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* ancora la dimensione cruciale della legislazione penale all'interno dell'ordine statale.

Ma il tema di una profonda riforma penale non interessò esclusivamente le esperienze rivoluzionarie. L'umanizzazione della pena da rifondarsi sul principio dell'utile divenne una questione centrale anche per i sovrani illuminati. Si può ricordare, tra gli altri, l'esempio dei sovrani austriaci che regnavano sulla Lombardia. Qui, il marchese Beccaria aveva stemperato la carica polemica del suo pensiero giovanile nel corso della sua maturità; periodo durante il quale fu ben contento di offrire i suoi servizi intellettuali ai sovrani (C. Capra, 1987). Tuttavia, seppur conscio delle proprie responsabilità e aderendo intimamente all'ideale delle riforme, aveva mantenuto fermi i suoi principi più radicali in materia penale fino ai suoi ultimi anni di vita. Si batté con vigore dai banchi della Commissione camerale per la riforma del sistema criminale della Lombardia. Nel 1792 in quella sede, dalla sua penna, uscì la relazione di minoranza che riprese, integrandola, la sua posizione giovanile sulla pena di morte presentata nel 1764. Il patibolo continuava a essere per lui ingiusto in quanto non necessario, inefficace poiché sono attuabili misure alternative in grado di raggiungere lo scopo del «risarcimento dei danni» (F. Venturi, 1969). In quell'occasione aggiunse un'ultima ragione: l'irreparabilità della pena di morte (G.D. Pisapia, 1990). Curioso notare come a sviluppare con maggiore precisione e vigore quest'ultima argomentazione sarà Maximilien Robespierre quando nell'Assemblea costituente francese nel 1791 pronunciò un discorso contro il patibolo argomentando la propria posizione abolizionista anche associando all'irreparabilità della pena capitale il rischio dell'errore giudiziario (M.A. Cattaneo, 1997, 1990). Proprio nel 1791 con la legge del 25 settembre - 6 ottobre, l'Assemblea costituente francese innovava il diritto penale della nazione che, come abbiamo visto, era fermo all'*Ordonnance criminelle* del 1670. Il nuovo codice penale rivoluzionario condensava in sé tutta la riflessio-

<sup>6</sup> «Noi riteniamo che queste verità siano di per sé evidenti, che tutti gli uomini sono creati uguali e che sono dotati dal loro creatore di certi inalienabili diritti fra i quali quelli alla vita, alla libertà e al perseguimento della felicità», *Dichiarazione d'indipendenza degli Stati Uniti d'America* (1776). «Art. 1. Scopo della società è la felicità comune», *Costituzione della Repubblica francese* (1793).

ne illuministica sul penale, restituendo addirittura quelle che erano risultate essere le posizioni prevalenti nel dibattito. Sarà mantenuta la pena di morte. Non sarà sufficiente la capacità oratoria di Robespierre per bandire un istituto radicato e sulla cui abolizione, del resto, l'illuminismo non era riuscito a costruire un fronte comune. Vennero aboliti i tormenti, le pene infamanti e la perpetuità del carcere, ma anche della *maison de force*; fu sancito il principio della irretroattività della legge penale con la possibilità, *in favor rei*, qualora tra il momento della commissione del fatto e il giudizio definitivo fosse stata introdotta una legge più mite, di far prevalere quest'ultima. Contro «il torrente in piena dell'opinione» – per dirla con Beccaria – i rivoluzionari francesi costruirono un argine imponente. Il giudice non solo doveva strettamente attenersi al dettato testuale, ma questo andò a prevedere per ogni fattispecie criminale un'unica pena edittale (M.A. Cattaneo, 1999).

Ma la positivizzazione del codice rivoluzionario non ebbe niente di definitivo e non riuscì a cristallizzare il dibattito giusfilosofico illuministico in materia penale. Già il Codice napoleonico del 1810 reintrodusse la detenzione perpetua e il taglio della mano nel delitto di parricidio ripiombando indietro di parecchi decenni. Molti codici moderni in Occidente mantengono la pena capitale, l'istituto della detenzione perpetua e condizioni detentive inumane e degradanti mostrando come si mantenga pericolosamente uno scarto tra la prassi e l'ideale.

## 5. L'eredità dei Lumi e il sistema della pena oggi

Ricostruire la genealogia di quei principi fondanti il moderno Stato di diritto, ci consente di innestare alcune riflessioni sulla contemporaneità. Molti dei principi elaborati in materia penale da Montesquieu, Beccaria, Filangeri e dal *milieu* culturale dei Lumi oggi sono entrati in crisi.

Se pensiamo al contributo di Cesare Beccaria del *Dei delitti* che «appare come un intermediario culturale tra l'*Ancien Régime* e la modernità del diritto di punire» (M. Porret, 2003), non possiamo non constatare come ancorché scritto in «un momento irripetibile della giovinezza» (S. Romagnosi, 1990), si è rivolto e continua a rivolgersi agli uomini di tutto il mondo (M.A. Cattaneo, F. Venturi, 1957).

«Lo stridore tra principi enunciati e realtà effettiva induce a pensare che, su questo terreno l'illuminismo sia un cantiere che, perlomeno in Italia, non è stato veramente chiuso» (F. Berti, 2014). Ci vorrà tempo infatti per vedere cristallizzarsi in norme costituzionali e codicistiche i principi giuridici proposti dai pensatori dei Lumi; non basteranno le rivoluzioni di fine Settecento

per veder affermato il moderno sistema di garanzie a tutela della libertà e anche oggi non è scontato l'informarsi allo «schema epistemologico di identificazione della devianza penale» definito garantista (L. Ferrajoli, 1989), dei sistemi penali contemporanei.

Il sistema delle garanzie non può che essere sempre imperfetto (L. Ferrajoli, 2007). È nella natura delle cose la sussistenza di uno scarto tra la realtà e il diritto, «tra normatività ed effettività»; questa «divaricazione deontica», come la definisce Ferrajoli, investe in particolar modo il penale che si vede tanto più delegittimato quanto più queste aporie si fanno profonde e lenta la reazione del legislatore a porvi rimedio. Esemplificando, si parla di divaricazione deontica laddove le norme in vigore sono in antinomia con il dettato costituzionale o, situazione inversa, nel caso in cui vi sia una lacuna tra la previsione della Carta e il silenzio della legge che non interviene a normare nel dettaglio una garanzia prevista dal costituente. Questa riflessione ci permette di introdurre il problema del reato di tortura in Italia (L. Ferrajoli, 2007; M. La Torre e M. Lalatta Costerbosa, 2013). Reato assente nel codice penale così come da qualunque altra previsione normativa<sup>7</sup>, ma di cui ritroviamo un obbligo d'esistenza costituzionale. «Sa di anacronismo parlare di tortura» scrive Eligio Resta nella prefazione al volume di Patrizio Gonnella *La tortura in Italia*, ma purtroppo «la tortura è sistema nella sua continuità, nella sua diffusione, nella sua cultura, nell'aria che respira» (P. Gonnella, 2013, p. 5). *Lo scandalo è nell'assenza dello scandalo* che accompagna questa lacuna, oggi a distanza di 251 anni dalla pubblicazione del *Dei delitti e delle pene*, l'Italia non riesce ancora a fare proprio un ragionamento politico che ponga al centro il tema della dignità umana<sup>8</sup>, dei diritti umani, del rispetto dell'individuo da perseguirsi con la limitazione del potere, dell'arbitrio e con l'eliminazione dell'eccezione. È inammissibile pensare che oggi «i giudici italiani non [possano] incriminare per tortura in modo esplicito» (P. Gonnella, 2013, p. 38; S. Marietti e G. Santoro, 2007; Aa.Vv., 1998). La tortura ritorna, con il rischio di legittimazione da parte dell'opinione pubblica, nelle circostanze in cui si invoca il cosiddetto

<sup>7</sup> Del resto in Italia sono oltre 5000 ipotesi di reato *extra-codice*, situazione che porta a definire il nostro un «diritto penale abnorme». «Dal turbamento di un funerale sino alla radunata sediziosa, passando per l'esercizio abusivo di mestieri girovaghi», sono solo alcune delle fattispecie di reati previsti dal nostro ordinamento che Patrizio Gonnella riporta per sottolineare il paradosso con l'assenza del reato di tortura (P. Gonnella, 2013, p. 11).

<sup>8</sup> «La dignità umana è il bene giuridico protetto dalle norme penali, laddove esistenti, che incriminano la tortura. La dignità umana è la non degradazione dell'uomo a cosa, la sua irriducibilità a mezzo. La tortura è sempre finalizzata a strumentalizzare l'uomo in funzione investigativa o punitiva» (P. Gonnella, 2013, p. 12).

Stato di eccezione. Questo «sotto-sistema penale» (L. Ferrajoli, 1989) deroga ogni garanzia; la tortura è accolta come possibile, come lecita. Si pensi a quanto avvenuto dopo l'11 settembre e alle torture di Abu Ghraib e Guantanamo.

Altro problema che fa risuonare le critiche degli illuministi a quell'arcano diritto vastissimo e incomprensibile di Antico Regime, è il tema del diritto penale abnorme (L. Ferrajoli, 1989). Oggi, come nel Settecento, nonostante la codificazione rappresenti indiscutibilmente un presupposto del moderno Stato di diritto, nel nostro ordinamento sono tantissime le previsioni in materia penale extra codice. Questo stato di cose genera problematiche pratiche rilevanti che vanno dalla parossistica impossibilità per l'amministrazione stessa di essere a conoscenza con sistematicità di tutte le previsioni normative con un impatto penale, alla quasi scontata *ignorantia legis* in cui versa il cittadino comune. Entrambe le problematiche aprono al tema dell'arbitrarietà del diritto di punire che discende dall'incertezza delle regole, proprio come dicevano gli illuministi. È ancora Luigi Ferrajoli a proporre una soluzione di carattere costituzionale al problema richiedendo l'introduzione sulla Carta della previsione di una riserva di codice (e non di legge come già prevista ex art. 25.2 Cost.) che dovrebbe riguardare «tutte le norme in tema di reati, di pene e di processi» (L. Ferrajoli, 2007) e che si configura per il filosofo del diritto come scelta obbligata per ricondurre il diritto penale entro la sua natura di *extrema ratio*. Secondo Ferrajoli oggi le nostre libertà sarebbero ipotecate poiché ci troviamo di fronte

«a una crisi profonda della capacità regolativa della legge e a un'autentica anarchia legislativa: non solo sul piano quantitativo, per l'inflazione di leggi e leggine d'occasione o d'eccezione, ma anche su quello qualitativo. Il linguaggio delle leggi è diventato a tal punto oscuro, tortuoso, zeppo di rimandi ad altri testi normativi, di inutili divagazioni e neologismi burocratici, che comprenderne il significato è spesso un'impresa ardua, se non impossibile, perfino per un giurista» (L. Ferrajoli, 2013, 19).

Dunque di fronte al rischio concreto del collasso dello Stato di diritto, generato secondo Ferrajoli, proprio da questa inflazione normativa che toglie i limiti all'arbitrio dei pubblici poteri, bisogna fare propria, nuovamente, l'osservazione filangeriana sulla centralità della legislazione come «diritto da fare» (L. Ferrajoli, 2013).

## BIBLIOGRAFIA

Aa.Vv. (1990), *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa. Convegno di studi per il 250° anniversario della nascita promosso dal Comune di Milano*, proluzioni di S. Romagnoli e G.D. Pisapia, Cariplo-Laterza, Milano-Roma.

Aa.Vv. (1998), *Progetto memoria*, vol. 4., *Le torture affiorate*, Sensibili alle foglie, Tivoli.

Ainis Michele (1998), *La chiarezza delle leggi*, in Luciano Violante, a cura di, *Legge Diritto Giustizia, Storia d'Italia. Annali 14*, Einaudi, Torino, pp. 909-939.

Ajello Raffaele (1976), *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Jovene, Napoli.

Alessi Giorgia (2011), *Il processo penale. Profilo storico*, Laterza, Roma-Bari.

Armani Giuseppe (1989), *Beccaria e la riforma penale*, in *Storia della società italiana, 12. Il secolo dei lumi e delle riforme*, Nicola Teti, Milano, p. 79 ss.

Audegean Philippe (2012), *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Cesare Beccaria*, in Enciclopedia Treccani, Filosofia.

Audegean Philippe (2014a), *Cesare Beccaria, filosofo europeo*, Carocci, Roma.

Audegean Philippe (2014b), *"Dei delitti e delle pene": significato e genesi di un pamphlet giuridico*, in Dario Ippolito (a cura di), *La libertà attraverso il diritto. Illuminismo giuridico e questione penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, pp. 71-92.

Bascetta Marco (2002), *Introduzione*, in J.A.C. Condorcet, *Elogio dell'istruzione pubblica*, Manifestolibri, Roma.

Beccaria Cesare (1764), *Dei delitti e delle pene. Con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nella Europa del Settecento* (1965), a cura di Franco Venturi, ed. 1994, Einaudi, Torino.

Bellabarba Marco (2008), *La giustizia nell'Italia moderna*, Laterza, Roma-Bari.

Berti Francesco (2014), *Diritto penale e diritti dell'uomo: il garantismo di Gaetano Filangeri*, in Dario Ippolito, a cura di, *La libertà attraverso il diritto. Illuminismo giuridico e questione penale*, Editoriale Scientifica, Napoli, pp. 115-147.

Capra Carlo (1987), *La Lombardia austriaca nell'età delle riforme*, Einaudi, Torino.

Capra Carlo (1987), *La Lombardia austriaca nell'età delle riforme. 1706-1796*, Einaudi, Torino.

Capra Carlo (2002), *I progressi della ragione. Vita di Pietro Verri*, il Mulino, Bologna.

Cattaneo Mario A. (1966), *Illuminismo e legislazione*, Edizioni di Comunità, Milano.

Cattaneo Mario A. (1989), a cura di, *M. Robespierre. La scalata al cielo. Discorsi*, Essedue, Verona.

Cattaneo Mario A. (1990), *Cesare Beccaria e l'illuminismo giuridico europeo*, in Aa.Vv., *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa. Convegno di studi per il 250° anniversario della nascita*, cit.

Cattaneo Mario A. (1997), *Pena di morte e civiltà del diritto*, Giuffrè, Milano.

Cattaneo Mario A. (1999), *Illuminismo giuridico-penale*, in S. Vinciguerra (studi coordinati da), *I codici preunitari e il Codice Zanardelli*, Cedam, Padova, pp. 3-37.

Cavanna Antonio (1990), *Giudici e leggi a Milano nell'età di Beccaria*, in Aa.Vv., *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa. Convegno di studi per il 250° anniversario della nascita*, cit.

Del Bo Dino (1964), *Cesare Beccaria: nel secondo centenario dell'opera Dei delitti e delle pene*, Biblioteca Ambrosiana, Milano.

Dezza Ettore (2009), *Breve storia del processo penale inglese*, Giappichelli, Torino.

Di Simone Maria Rosa (1997), *Diritto*, in Vincenzo Ferrone e D. Roche (a cura di), *L'illuminismo: dizionario storico*, Laterza, Roma-Bari, p. 136 ss.

Diaz Furio (1973), *Per una storia illuministica*, Guida, Napoli.

Diaz Furio (1996), *Dal movimento dei lumi al movimento dei popoli: l'Europa tra illuminismo e rivoluzione*, il Mulino, Bologna.

Ferrajoli Luigi (1989), *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, ed. VIII, 2004, Laterza, Roma-Bari.

Ferrajoli Luigi (2007), *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, *Teoria della democrazia*, Laterza, Roma-Bari.

Ferrajoli Luigi (2013), *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, il Mulino, Bologna.

Ferrajoli Luigi (2014), *Prefazione*, in Dario Ippolito (a cura di), *La libertà attraverso il diritto. Illuminismo giuridico e questione penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, pp. 7-12.

Ferrone Vincenzo (2003), *La società giusta ed equa. Republicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangeri*, Laterza, Roma-Bari.

Ferrone Vincenzo e Francioni Gianni (2000), a cura di, *Cesare Beccaria: la pratica dei Lumi*, 4ª giornata Luigi Firpo: Atti del Convegno 4 marzo 1997, Olschki, Firenze.

Ferrone Vincenzo e Roche Daniel (1997), a cura di, *L'illuminismo: dizionario storico*, Laterza, Roma-Bari.

Ferrone Vincenzo e Roche Daniel (2002), *L'illuminismo nella cultura contemporanea. Storia e storiografia*, Laterza, Roma-Bari.

Foucault Michel (1976), *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino.

Foucault Michel (2000), *Gli anormali*, Feltrinelli, Milano.

Foucault Michel (2010), *Bisogna difendere la società*, Feltrinelli, Milano.

Gonnella Patrizio (2013), *La tortura in Italia: parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica*, DeriveApprodi, Milano.

Hobsbawm Eric J. (1966), *I ribelli: forme primitive di rivolta sociale*, ed. 2002, Einaudi, Torino.

Ippolito Dario (2008a), *Mario Pagano: il pensiero giuspolitico di un illuminista*, Giappichelli, Torino.

Ippolito Dario (2008b), *Sulla Repubblica napoletana del 1799: Mario Pagano e la riforma della società meridionale*, Dedalo, Bari.

Ippolito Dario (2012), *Diritti e potere. Indagini sull'illuminismo penale*, Aracne, Roma.

Ippolito Dario (2014), a cura di, *La libertà attraverso il diritto. Illuminismo giuridico e questione penale*, Editoriale Scientifica, Napoli.

La Torre Massimo e Lalatta Costerbosa Marina (2013), *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, il Mulino, Bologna.

Maestro Marcello (1973), *Cesare Beccaria and the origins of penal reform*, Temple University Press, Philadelphia.

Marietti Susanna e Santoro Gennaro (2007), *Diritti e castigo. Il rapporto sulle istituzioni totali italiane del Comitato europeo per la prevenzione della tortura*, Intra Moenia-Carta, Napoli-Roma.

Mereu Italo (2000), *Storia dell'intolleranza in Europa*, Bompiani, Milano.

Porret Michel (2003), *Beccaria*, trad. it. 2013, il Mulino, Bologna.

Prosperi Adriano (2013), *Delitto e perdono. La pena di morte nell'orizzonte mentale dell'Europa cristiana. XIV-XVIII secolo*, Einaudi, Torino.

Ridola Paolo (2001), *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in Nania Roberto e Paolo Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Giappichelli, Torino.

Roger Philippe (1997), *Felicità*, in V. Ferrone e D. Roche (a cura di), *L'Illuminismo: dizionario storico*, Laterza, Roma-Bari, p. 40 ss.

Sbardella Raffaele (2005), *Beccaria/dei/delitti/e delle/penel/con/note*, La città del sole, Napoli.

Sbriccoli Mario (1974), *Crimen laesae maiestatis: il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Giuffrè, Milano.

Sbriccoli Mario (2005), *Giustizia criminale*, in Maurizio Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa*, Laterza Roma-Bari, pp. 163-205.

Scuccimarra Luca (2007), *Sorvegliare e punire: rivoluzione francese e meccanismi di controllo*, in *Il pensiero politico*, XL, 2, pp. 434-462.

Stendhal (1839), *La certosa di Parma* (2001), Oscar Mondadori, Milano.

Tortarolo Edoardo (1997), *Opinione Pubblica*, in *L'Illuminismo: dizionario storico*, Laterza, Roma-Bari, p. 283 ss.

Venturi Franco (1957), *Cesare Beccaria e le riforme giuridiche*, in Mario Fubini (a cura di), *La cultura illuministica in Italia*, Edizioni Radio Italiana, Torino, 1957, p. 120 ss.

Venturi Franco (1969), *Settecento riformatore*, vol. 1, *Da Muratori a Beccaria*, Einaudi, Torino.

Venturi Franco (1970), *Utopia e riforma nell'illuminismo*, Einaudi, Torino.

Venturi Franco (1987), *Settecento riformatore*, vol. 5, *L'Italia dei Lumi (1764-1790)*, Einaudi, Torino. Zorzi Renzo (1996), *Cesare Beccaria. Il dramma della giustizia*, A. Mondadori, Milano.

## LE PENE TRA PASSATO E FUTURO. BREVI RIFLESSIONI SULLA ATTUALITÀ DEL PENSIERO DI CESARE BECCARIA\*

Marco Ruotolo

*Traendo spunto dalla riflessione di Cesare Beccaria sulla minimizzazione della risposta penale, l'Autore affronta il tema dei limiti al potere punitivo, declinandolo sulle problematiche odierne, con cenni anche alle più recenti proposte di riforma in ambito penitenziario (ddl n. 2798, presentato dal Governo alla Camera dei deputati il 23 dicembre 2014).*

**Keywords:** limiti al potere punitivo; garantismo; costituzionalismo; dignità; diritti dei detenuti.

1. In questo mio intervento proporrò qualche rapida riflessione sul passato e sul presente delle pene, alla luce dell'opera *Dei delitti e delle pene* di Cesare Beccaria, guardando, nella parte finale, anche al possibile futuro.

Va subito rilevata la perfetta congruenza del pensiero di Beccaria rispetto all'ambizione prima del costituzionalismo: limitare il potere a garanzia dei diritti di ciascuno e di tutti. In Beccaria la limitazione si traduce nella minimizzazione della risposta penale e nella radicata convinzione contrattualista per cui ciascuno deve rinunciare a una porzione di libertà in funzione dell'utilità sociale, per consentire la conservazione del vincolo necessario per tenere insieme gli interessi particolari (per evitare il ritorno allo «stato di insociabilità»). Ma questa porzione di libertà deve essere, appunto, la minima possibile!

L'aggregato di queste minime porzioni possibili forma il diritto di punire, «tutto il più è abuso e non giustizia». Le pene hanno dunque principalmente

\* Una più ampia riflessione sul tema dei limiti al potere punitivo nel pensiero di Cesare Beccaria è stata da me proposta in un lavoro destinato agli *Studi in onore di Gaetano Silvestri*, anticipato in *Rileggendo Beccaria, oggi. Riflessioni sui limiti del potere punitivo*, in *Diritto pubblico*, n. 2, 2014, p. 669 ss.

la funzione di contribuire a evitare il ritorno allo stato di insociabilità. Di più: le pene non devono mai oltrepassare ciò che è indispensabile per soddisfare questa esigenza, non possono tradursi in mera afflizione. Il fine delle pene – per citare Beccaria – non deve esser quello di «tormentare e affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto già commesso»; semmai di impedire al reo di «fare nuovi danni» e di «rimuovere gli altri dal farne eguali». Significativa è la nota domanda retorica: «le strida di un infelice richiamano forse dal tempo che non ritorna le azioni già consumate?». E poi in nessun caso le leggi possono permettere che «in alcuni eventi l'uomo cessi di essere persona e diventi cosa». Sarebbe la negazione della dignità e della libertà.

2. Le pene devono essere *miti* (Beccaria parla di *dolcezza* della legislazione penale), *pronte* (comminate in tempi ragionevoli rispetto alla commissione del fatto), proporzionate e irrogate da un soggetto terzo; la legislazione penale deve essere conoscibile (oggi abbiamo oltre 35.000 fattispecie incriminatrici!), caratterizzata da determinatezza e tassatività. Sono questi gli assiomi su cui si regge la modernissima impostazione di Beccaria. Un'impostazione che delinea i limiti al potere punitivo sia sul livello, prevalente, del diritto penale sostanziale, sia su quello dell'esecuzione della pena. Il primo deve ispirarsi al principio dell'*extrema ratio* della risposta carceraria (se non della risposta penale *tout court*); il secondo deve ispirarsi al rispetto della dignità della persona.

Su quest'ultimo livello – quello dell'esecuzione della pena – va fatta una precisazione importante. In Beccaria non è presente il finalismo rieducativo, promosso invece in diverse forme nei documenti costituzionali e internazionali del Novecento, quale strumento essenziale per permettere al reo di poter ricostruire quel legame sociale che si è interrotto con la commissione del fatto-reato (cd. reinserimento sociale). Piuttosto è presente la riflessione sull'educazione, quale strumento fondamentale per la prevenzione dei delitti. «Volete prevenire i delitti? Fate che i lumi accompagnino la libertà!». «Il più sicuro ma più difficil mezzo di prevenire i delitti si è di perfezionare l'educazione».

Guardando all'oggi – con un occhio anche alla composizione della popolazione detentiva – potremmo agevolmente dire che i delitti si prevengono più con le misure sociali che con le misure penali, promuovendo l'idea della «sicurezza dei diritti», con politiche di lotta contro l'emarginazione e l'esclusione per la realizzazione di una società che consenta l'espressione delle potenzialità di sviluppo degli individui. Il che vuole dire contenere quelli che sono senz'altro tra i più rilevanti fattori criminogeni: la povertà, l'ignoranza, più in generale il disagio sociale.

Ancora una volta costituzionalismo e garantismo s'incontrano, fino a divenire un tutt'uno. Nato dall'esigenza di garantire i diritti e limitare il potere,

il costituzionalismo del Novecento si è arricchito, infatti, dell'aspirazione alla giustizia sociale, per rispondere alle evoluzioni della storia. Non basta più l'eguaglianza formale, occorre dare concretezza al discorso sui diritti. Non basta più affermare l'esistenza di un diritto, occorre assicurare le condizioni che permettano al suo titolare di esercitarlo. Ecco perché la giustizia sociale, nel nostro come in altri ordinamenti, è elevata a principio costituzionale supremo. E lo è la cultura, la cui diffusione è strumento essenziale per la rimozione delle diseguaglianze, per permettere a ciascuno di partecipare consapevolmente alla vita pubblica, manifestando, quando necessario, il proprio dissenso e così recuperando il vero senso costituzionale della democrazia che non è quello dell'investitura ma, appunto, quello della partecipazione. Anche qui viene in soccorso Beccaria: «un ardito impostore (...) ha le adorazioni di un popolo ignorante e le fischiate di un illuminato!».

3. Guardando all'oggi, su questi punti – così bene delineati nell'opera di Beccaria – è sin troppo facile rilevare il fallimento delle politiche penali e sociali. Politiche penali spesso demagogiche, accompagnate da politiche sociali deficitarie, hanno determinato non solo un incremento dell'impiego della pena carceraria, ma anche una precisa individuazione dei suoi principali destinatari. Si è parlato, non a caso, del carcere come *discarica sociale*, per riassumere con due parole le possibili risposte alle seguenti fondamentali domande: chi, come e perché punire? In modo più esteso – ovviamente radicalizzando la risposta –: punire gli emarginati della società, con la pena carceraria, perché non si è in grado di includerli.

Ma sull'oggi abbiamo avuto più volte occasione di soffermarci e quindi non insisterei oltre, evitando anche di richiamare, per l'ennesima volta, i pronunciamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo e le tante volte lamentate violazioni del diritto a un'esecuzione della pena non disumana. Basti questo per rilevare il tradimento del pensiero di Beccaria, che appunto invocava l'umanità della pena e non la finalità rieducativa della stessa. D'altra parte come si può pensare a una pena effettivamente rieducativa se non si garantisce il presupposto della sua umanità? Una pena disumana non può mai essere rieducativa, non può consentire lo sviluppo della personalità se mette in discussione il presupposto del percorso ossia la considerazione del detenuto come persona.

L'assunzione di questa consapevolezza può essere il vero ponte per il futuro. Una pena umana, che metta davvero al centro la persona, è una pena che effettivamente può puntare alla rieducazione. Occorre crederci, cercando di dare risposte diverse alle domande prima poste: chi, come e perché punire?

Anzitutto occorre incrementare il ricorso a strumenti di deflazione penale, anche praticando la strada della valorizzazione delle condotte riparatorie, che

sembra quella oggi politicamente preferita. Si tratta, probabilmente, sia di elevare le predette condotte ad autonome cause di estinzione del reato, almeno per gli imputati di reati lesivi di interessi spiccatamente individuali, sia di valorizzarle nel percorso di recupero sociale del condannato (in ambito intramurario e nelle misure alternative). Occorre anche incidere sulla disciplina dell'esecuzione della pena, non solo per mettere ordine rispetto ai recenti interventi normativi, adottati per lo più nella forma della decretazione d'urgenza, volti a fornire una sollecita risposta alla nota sentenza Torreggiani della Corte EDU, ma anche per portare avanti le lancette dell'orologio del diritto penitenziario, per molti aspetti ferme alla grande riforma del 1975. Considerando le previsioni contenute nella legge del 1975 come "conquiste" non retrocedibili, si tratta, a mio giudizio, di compiere un significativo cambiamento, frutto della rimediazione delle fondamentali coordinate dello spazio e del tempo della pena carceraria, riguardate alla luce della più compiuta definizione del diritto a un'esecuzione della pena non disumana, inteso come diritto ad avere diritti in ambito penitenziario. Un diritto i cui contorni si sono andati meglio definendo con il contributo della giurisprudenza europea e interna (specie costituzionale), ma che ormai meriterebbero di essere marcati da precise scelte legislative, pure sul piano, non secondario, di una migliore definizione degli strumenti di tutela giurisdizionale per l'ipotesi di sua lesione.

Gli interventi, orientati dalla predetta esigenza di rimediazione delle coordinate essenziali della pena, dovrebbero riguardare diversi ambiti, privilegiando il ricorso a misure alternative al carcere, eliminando, tra l'altro, i vari automatismi che colpiscono i recidivi e gli autori di determinate categorie di reati e revisionando le preclusioni che impediscono l'accesso ai benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo. Si tratta di punti considerati in un recente disegno di legge del Governo (A.C. n. 2798, presentato il 23 dicembre 2014), sopravvenuto rispetto al Convegno da cui traggono origine questi miei appunti. Nel disegno di legge si propongono, attraverso il ricorso alla delega legislativa, anche altri interventi volti a semplificare le procedure (con la previsione, tra l'altro, della possibilità del contraddittorio differito ed eventuale per le decisioni di competenza del magistrato e del tribunale di sorveglianza), a valorizzare il lavoro quale strumento di responsabilizzazione individuale e di reinserimento sociale dei condannati, a favorire un più ampio ricorso al volontariato, a utilizzare collegamenti audiovisivi (tra i quali, anzitutto, *Skype*) per facilitare le relazioni familiari, a riconoscere il diritto all'affettività, a rispondere alle esigenze educative dei minori di età.

Si tratta di punti importanti che possono senz'altro esser letti come sintomatici di una volontà di cambiamento, che andrebbe comunque meglio definita attraverso una più chiara definizione dei principi e dei criteri della

delega legislativa, nonché tramite una estensione degli oggetti di intervento, che comprendano pure ambiti decisivi per un miglioramento della qualità della vita negli istituti penitenziari, quali quelli della salute (penso alla necessità di attivare finalmente la cartella clinica digitale) o di una più significativa partecipazione dei detenuti all'assunzione delle decisioni riguardanti la vita carceraria nell'ottica di una loro maggiore responsabilizzazione. Sarebbe anche il caso di ridiscutere il tema della libertà religiosa (è ammissibile la presenza istituzionale del solo cappellano cattolico?) e di considerare la particolare posizione del detenuto straniero (magari finalmente disciplinando in modo adeguato la figura professionale del mediatore culturale).

Ma, di là dai singoli interventi ipotizzabili (ovviamente ve ne sono altri, rispetto a quelli sopra richiamati), andrebbe soprattutto definita una linea chiara di indirizzo, che orienti finalmente il Governo verso una riforma volta a spezzare l'equazione pena=carcere e a dare un senso costituzionale alla reclusione, quando questa si riveli misura non sostituibile con riferimento allo specifico fatto di reato. Il che dovrebbe implicare, tra l'altro, una valorizzazione delle Regole penitenziarie europee (adottate dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa con Raccomandazione del 2006), stranamente non richiamate nel ddl, nella prospettiva di una riforma che orienti il tema dell'esecuzione penale in una visione comune agli Stati membri del Consiglio d'Europa.

Il processo di riforma deve, insomma, inserirsi nel contesto europeo, segnato dalla graduale emersione di un patrimonio comune sul terreno dei diritti umani, esemplato significativamente dalle Regole penitenziarie europee. Negare ciò, magari sull'assunto dell'assenza di un'efficacia vincolante diretta delle predette Regole (qualificate come *soft law*), sarebbe un errore imperdonabile. Significherebbe trascurare impegni assunti sul piano internazionale, dimenticando, tra l'altro, che quelle previsioni sono state in grado di incidere, per il tramite dell'interpretazione della Corte EDU, sul processo di puntuale definizione delle norme contenute in atti normativi primari e in particolare sulla declinazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 CEDU, finendo per produrre, in via indiretta e sostanziale, quella efficacia vincolante che in via diretta e formale si tendeva a negare. Ma significherebbe anche rinnegare il ruolo della cultura italiana nella edificazione del patrimonio culturale del quale le Regole sono espressione, uno dei cui pilastri è senz'altro il «teorema generale» con cui Beccaria chiude il suo *Dei delitti e delle pene*: «perché ogni pena non sia una violenza di uno o di molti contro un privato cittadino, dev'essere essenzialmente pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionata a' delitti, dettata dalla legge».

## CONTRATTO SOCIALE E PENA CAPITALE. BECCARIA VS. ROUSSEAU\*

Dario Ippolito

*In questo lavoro torno a discutere la vexata quaestio dell'influenza di Rousseau su Beccaria, con l'obiettivo di superare, attraverso l'analisi concettuale, alcuni equivoci interpretativi passati e recenti. Il confronto tra il pensiero politico del filosofo ginevrino e le tesi di Beccaria è impostato su due piani correlati: quello della dottrina del contratto sociale e quello del giudizio sulla pena di morte. Esamine le nozioni di sovranità e volontà generale nei testi dei due autori, l'indagine si sposta sul problema della giustificazione del potere sovrano di uccidere per punire. Sotto ciascuno dei profili considerati, *Dei delitti e delle pene* rivela la sua alterità rispetto al Contrat social.*

**Keywords:** Cesare Beccaria; Jean-Jacques Rousseau; contratto sociale; pena capitale; diritto di punire.

### 1. Beccaria discepolo di Rousseau

1.1. A pochi mesi dalla pubblicazione di *Dei delitti e delle pene* – stampato anonimo a Livorno nel luglio del 1764 (cfr. L. Firpo, 1984) –, la *Gazette littéraire de l'Europe*, diretta da François Arnaud e Jean-Baptiste-Antoine Suard, annunciava ai suoi lettori che «les études philosophiques commenc[aient] à germer dans un Pays où depuis longtemps les gens de Lettres semblaient se borner presque à l'érudition» (*Gazette littéraire de l'Europe*, 13 febbraio 1765, pp. 302-303). Sull'autore – «qui a montré du talent» (*Ivi*, p. 302) – e sul contenuto del libro, il periodico francese riportava il giudizio dei suoi corrispondenti dall'Italia:

\* Ringrazio la Direzione della *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, e in particolare il prof. Antonio Punzi, per aver autorizzato la ripubblicazione di questo saggio.

L'Auteur de cet ouvrage traite de la cruauté des supplices et de l'irrégularité des procédures criminelles. Persuadé que Montesquieu, sur cet article, n'a fait que laisser entrevoir son opinion, il s'est chargé du soin de la développer et ne craint pas d'affirmer que son Traité n'est autre chose qu'une explication claire et précise des sentimens de l'immortel Auteur de *l'Esprit des lois*. On assure cependant qu'il marche bien moins sur les traces de ce grand homme que sur celles du fameux Citoyen de Genève. Son ouvrage, dit-on, n'est qu'un Recueil des principales maximes du *Contrat social*, appliquées par l'Auteur à son sujet et dirigées à sa manière (*Ivi*, pp. 301-302).

Che Beccaria si sia autorappresentato come un fedele discepolo di Montesquieu è falso<sup>1</sup>. Ch'egli abbia seguito le orme dello scandaloso filosofo di Ginevra è quel che pensò la maggior parte dei suoi contemporanei. «Ambisce di voler essere creduto il Rousseau degli Italiani», sentenziò, a vituperio dell'autore, il primo e più feroce censore del *Dei delitti*: l'acuto, colto, irrequieto monaco Facchini (1765, p. 188). Fin dalle prime pagine della sua asperissima diatriba, egli additava nel *Contrat social* la matrice delle tesi sediziose e sacrileghe veicolate dal *pamphlet*<sup>2</sup> e, dietro l'omaggio di Beccaria a «quel filosofo ch'ebbe il coraggio dall'oscuro e disprezzato suo gabinetto di gettare nella moltitudine i primi semi lungamente infruttuosi delle utili verità» (C. Beccaria, 1764a, «Introduzione», p. 10), non esitò a riconoscere il profilo di Rousseau. Riconoscimento (invero poco convincente<sup>3</sup>) che si accompagna a una pesante accusa di blasfemia (insinuata nella forma retorica della preterizione) e si sviluppa in un assalto polemico contro la cultura illuministica:

siccome so pur troppo ancor io con quanto disprezzo, per deplorabile cecità di certi Letterati, sono ricevute le ragioni cavate dal Vangelo di G.C., così lascerò di far conoscere quanto sia grand'empia bestemmia, che qui scrive il N.A. affermando, che solamente adesso un Misanthropo fanatico sia arrivato a portare al genere umano *i primi principj delle utili verità* e noterò solamente, che qui si felicitava Gio. Giacomo Rousseau, [...] del quale benché io riconosca, e sia persuaso, della riputazione, che gode come uomo Letterato, protesto ad ogni modo, che

<sup>1</sup> «L'immortale Presidente di Montesquieu – scrive Beccaria nell'«Introduzione» a *Dei delitti* – ha rapidamente scorso su di questa materia. L'indivisibile verità mi ha forzato a seguire le tracce luminose di questo grand'uomo, ma gli uomini pensatori *sapranno distinguere i miei passi dai suoi*» (corsivo aggiunto) (C. Beccaria, 1764a, p. 10).

<sup>2</sup> «Io mi pongo a notar quest'Operetta – scrive Facchini – tanto più volentieri ch'ella mi sembra una vera figliuola dirò così del *Contratto sociale di Rousseau*» (Id., 1765, p. 4).

<sup>3</sup> Cfr. G. Francioni, 1990, e la nota 31 del commento di Philippe Audegean a C. Beccaria, 1764d, p. 308.

verrà presto un giorno in cui ci vergogneremo d'aver lodate con tant'entusiasmo le sue massime, ed i suoi principj, e che questa sarà una vergognosissima prova della stravaganza di pensare, e di giudicare del nostro tanto lodato Secolo (F. Facchinei, 1765, p. 15).

Del (presunto) rousseauismo di Beccaria si dolsero anche alcuni suoi ammiratori. Il 1 gennaio 1765 Gianrinaldo Carli scrisse a Paolo Frisi di aver letto *Dei delitti* e di aver apprezzato «la forza, il talento ed il coraggio del vivacissimo autore» (G. Carli, 1765, p. 186). A differenza di Facchinei (e di quasi tutti i lettori della prima ora), egli sapeva bene che dietro il velo dell'anonimato si nascondeva il giovane amico dei fratelli Verri; e sapeva pure – non per sentito dire – che «il Conte Pietro, il Conte Alessandro [...], il marchese Longo, ed altri dell'Accademia così detta *dei pugni*» gli avevano dato una «mano» (*Ibidem*). Nelle sue parole di encomio risuona l'entusiasmo con cui *Dei delitti* fu accolto nella Repubblica cosmopolitica delle *Lumières* (F. Venturi, 1765, VII-XXXVI; M. Porret 2003, pp. 25-28): esso è celebrato come «il primo libro che sia stato scritto in Italia in favore dell'umanità, con energia e con indipendenza» (G. Carli, 1765, p. 186). Ciò non toglie che Carli nutrisse importanti riserve di fondo sul discorso di Beccaria. Così, dopo averne pronosticato il successo tra gli «Enciclopedisti» di Parigi, invitava il suo interlocutore a ponderarne i difetti: «Contentiamoci noi di lodar l'opera, tirando un velo sopra i principî di essa; perché questi sono alla natura ignoti per non dire contrari. Rousseau, da cui derivano dopo Gravina, non aveva sott'occhi che Ginevra» (*Ivi*, p. 187).

Sarebbe facile moltiplicare gli esempi di testi settecenteschi in cui il pensiero di Beccaria è collegato a quello di Rousseau. Facile, ma inutile: il dato è notorio. Più interessante è tentare di comprendere il perché di simili giudizi (che possono differire, ovviamente, nel segno di valore associato alla constatazione). Il massimo studioso italiano di Beccaria, Gianni Francioni, ha proposto una spiegazione basata su elementi culturali, stilistici e contenutistici: «in generale, con pochissime eccezioni, per i contemporanei di Beccaria dire contrattualismo e dire Rousseau era tutt'uno. Essi erano poi colpiti dal *pathos* della pagina, dalla carica sentimentale e umanitaria che la percorre, dall'uso di immagini efficaci, dal periodare breve e incisivo: in sintesi, dal tono marcatamente rousseauiano che Beccaria aveva inteso dare al suo libro» (G. Francioni, 1990, p. 74).

Effettivamente, se torniamo a considerare i commenti di Facchinei e Carli, ci accorgiamo che la ragione principale per cui entrambi ravvisano nel *Dei delitti* l'influenza di Rousseau sta proprio nel fatto che Beccaria impenna tutta la sua riflessione giusfilosofica sul postulato del contratto sociale: ovve-

ro su una visione dello Stato quale ente artificiale creato dal libero accordo delle volontà individuali. Carli rifiuta espressamente questa dottrina politica, insieme all'antropologia egualitaria che la sottende: «se si considera la natura nel padre di famiglia e nei figli, noi ritroveremo ch'essa, in luogo del freddo sentimento di convenzione, di contratto o di patto, tesse di sua mano i vincoli di amore, di tenerezza, di gratitudine, di stima, di rispetto e di subordinazione con i quali la società naturale si mantiene in modo di formarsi tipo e modello della società artificiale» (G. Carli, 1765, p. 187).

Lo Stato come famiglia in grande; l'autorità paterna come paradigma del potere politico: è richiamandosi a queste inveterate rappresentazioni della *civitas* che l'economista capodistriano rimarca il suo radicale dissenso rispetto alle «conclusioni di Rousseau e di Beccaria» (*Ibidem*). Quanto a Ferdinando Facchini, nelle sue *Note ed osservazioni* la premessa contrattualistica del discorso beccariano è liquidata come «ipotesi [...] falsa ed assurda»: una «vera chimera», poiché «giammai gli uomini sono stati senza Padrone» (F. Facchini, 1765, p. 13). È la legge del più forte, non il consenso, a determinare le vicende politiche degli uomini (*Ivi*, p. 9); sui principi normativi dello *ius naturae*, non sulle convenzioni pattizie, si basano i rapporti di soggezione e dominio: «Per legge naturale – afferma il monaco vallombrosano – tutti gli uomini, da giovani sono sudditi dei loro Parenti, perché àno dagli stessi ricevuto la vita, e l'educazione; fatti poi che siano adulti, diventano sudditi di quelli, che signoreggiano nello stato in cui essi sono stati allevati, e devono per la stessa legge naturale ubbidire, e conformarsi alle leggi ricevute in quella Società; e chi nega questi principi, distrugge il fondamento di tutte le Società» (*Ivi*, p. 14).

1.2. Due secoli e mezzo dopo la tonitruante requisitoria di Facchini, l'assimilazione del contrattualismo del *Dei delitti* alla dottrina rousseauiana dello Stato è da molti considerata come un vecchio luogo comune, logorato da decenni di studi storiografici, filologici ed ermeneutici<sup>4</sup>. Tuttavia le eccezioni non mancano e non sono affatto trascurabili. Adriano Cavanna, ad esempio, in una lucidissima illustrazione delle tesi filosofico-giuridiche che informano *Dei delitti*, ha scritto che «sulle orme di Rousseau, Beccaria

<sup>4</sup> «Tranne qualche sporadico commentatore, – ha scritto Francioni, – nessuno crede più che il contrattualismo beccariano derivi da quello di Rousseau» (G. Francioni, 1990, p. 69). Al progresso degli studi su Beccaria ha apportato un contributo fondamentale l'edizione critica del *Dei delitti* curata da Francioni, corredata da una ricca *Appendice* e da una preziosa *Nota al testo* (cfr. C. Beccaria, 1764b, pp. 15-129; pp. 131-214; pp. 215-327).

postula un formale atto di abbandono dello stato di natura come origine della società retta da leggi» (A. Cavanna, 2005, vol. II, p. 197). Prima di lui Giovanni Tarello, la cui *Storia della cultura giuridica moderna* continua a sveltare nel panorama degli studi sull'Illuminismo giuspolitico, aveva osservato, nel *Dei delitti*, «la sincretistica giustapposizione dell'idea contrattualistica del Rousseau all'accettazione del magistero del Montesquieu» (G. Tarello, 1976, p. 465). Più di recente, Philippe Audegean, autore della più importante monografia su *La philosophie de Beccaria* (Ph. Audegean, 2010) nonché di una magistrale edizione commentata del capolavoro del '64 (C. Beccaria, 1764d), ha sintetizzato i debiti teorici dell'illuminista milanese nei termini seguenti: «Beccaria restò particolarmente impressionato dalle opere di Montesquieu, Helvétius e Rousseau. A queste fonti, egli attinse i principali elementi di un discorso filosofico coerente e innovatore: una teoria della storia come processo di incivilimento dei costumi e una concezione della libertà politica come sicurezza individuale, derivante dalla certezza soggettiva di essere al riparo da interferenze illegittime (Montesquieu); una visione della felicità come benessere puramente terreno e una teoria dell'utilità pubblica come massima compatibilità e convergenza degli interessi particolari (Helvétius); una dottrina egualitaristica e repubblicana del contratto sociale (Rousseau)» (Ph. Audegean, 2014a, pp. 86-87 [corsivo aggiunto]).

Molto più complessa, articolata e problematica è, in verità, l'originalissima analisi condotta da Audegean intorno al contrattualismo di Beccaria (Ph. Audegean, 2010, pp. 39-170). Ma un passaggio come quello appena citato (in un saggio firmato da uno dei più autorevoli studiosi del *Dei delitti*) è sufficiente a mettere in guardia dal liquidare, come un abbaglio settecentesco, l'immagine del giovane italiano seguace del «Citoyen de Genève»<sup>5</sup>. Peraltro, anche uno specialista di Rousseau del calibro di Bruno Bernardi ha suffragato la risalente convinzione secondo cui *Dei delitti* è un libro «tout entier écrit en aval du *Contrat social*» (B. Bernardi, 2003, p. 13 dell'edizione *on line*); e ha espresso questa opinione all'interno di un saggio concernente *Le droit de vie et de mort selon Rousseau*, nel quale ha sostenuto che Beccaria, delegittimando la pena capitale, non avrebbe fatto altro «que prolonger la voie ouverte par Rousseau lui-même» (*Ibidem*); il quale, per contro, nel ribadire il fondamento giuridico, non sarebbe stato coerente con i suoi assiomi

<sup>5</sup> Si veda altresì l'importante *Introduzione* di Alberto Burgio a Cesare Beccaria 1764c, dove Rousseau è annoverato tra le «fonti essenziali» del pensiero beccariano (A. Burgio, 1990, p. 17).

etico-politici. Di fronte al dilemma della pena di morte, insomma, Beccaria sarebbe stato più rousseauiano di Rousseau<sup>6</sup>.

Il fatto che l'influenza di quest'ultimo su Beccaria possa essere rilevata anche là dove le opinioni dei due autori divergono diametralmente – come indubbiamente accade di fronte al diritto sovrano di punire uccidendo (a dispetto di quanto affermato da I. Mereu, 1982, pp. 97-110) – sollecita a riprendere l'esame del rapporto tra la filosofia del *Contrat social* e il contrattualismo di Beccaria. È quanto mi propongo di fare nelle pagine che seguono, attraverso una serie di carotaggi mirati sul terreno concettuale del *Dei delitti*.

## 2. Sovranità e volontà generale nella teoria del contratto sociale

2.1. Quale punto di partenza testuale potremmo assumere tanto il § I («Origine delle pene») del «miracoloso libretto»<sup>7</sup> quanto il primo capoverso del § XXVIII («Della pena di morte»). Scelgo quest'ultimo perché compendia in poche battute la teoria della sovranità di Beccaria, ovvero la sua concezione del contratto sociale:

Qual può essere il diritto che si attribuiscono gli uomini di trucidare i loro simili? Non certamente quello da cui risulta la sovranità e le leggi. Esse non sono che una somma di minime porzioni della privata libertà di ciascuno; esse rappresentano la volontà generale, che è l'aggregato delle particolari. Chi è mai colui che abbia voluto lasciare ad altri uomini l'arbitrio di ucciderlo? Come mai nel minimo sacrificio della libertà di ciascuno vi può essere quello del massimo tra tutti i beni, la vita? E se ciò fu fatto, come si accorda un tal principio coll'altro, che l'uomo non è padrone di uccidersi, e doveva esserlo se ha potuto dare altrui questo diritto o alla società intera? (C. Beccaria, § XXVIII, p. 62)

Sullo sfondo di questa serie di domande retoriche, Beccaria formula una tesi dirompente, passibile di essere sussunta nella fattispecie del *crimen lesae maiestatis*: lo Stato non ha diritto di punire con la morte. Che la conclusione beccariana possa essere riguardata come lo svolgimento dei principi contrattualistici di Rousseau è davvero sorprendente, considerato il tenore dell'argomentazione che la sorregge. Certo, nella connessione tra sovranità, legge e volontà generale si potrebbe riconoscere, di primo acchi-

<sup>6</sup> Ha ripreso la lettura di Bernardi, emendandola con intelligenza critica, G. Coqui, 2012.

<sup>7</sup> Così Piero Calamandrei qualificò *Dei delitti* in un discorso pronunciato alla Camera dei deputati nella seduta del 27 ottobre 1948.

to, un'impronta rousseauiana. Si tratta però di un'impronta superficiale: di un involucro linguistico che racchiude un pensiero irriducibile a quello del filosofo ginevrino. A ben vedere, infatti, né la nozione di volontà generale rintracciabile nel *Dei delitti*, né la configurazione beccariana del rapporto tra l'autorità sovrana, le leggi e la volontà generale possono essere assimilate alle tesi di Rousseau.

La sovranità – nella dottrina del *Contrat social* – è il potere *legibus solutus*, indivisibile e inalienabile, appartenente al corpo politico (J.-J. Rousseau, 1762, lib. II, capp. I-II e IV, pp. 101-109). Il corpo politico – ovvero «lo Stato» – è «la persona morale» costituita dalla totalità delle persone fisiche coinvolte nel patto sociale, «le sue membra» (*Ivi*, cap. IV, p. 105). In quanto persona, in quanto «io comune» (*Ivi*, lib. I, cap. VI, p. 94), il corpo politico ha una propria volontà, diretta alla realizzazione dell'interesse generale (*Ivi*, lib. II, cap. I, pp. 101-102; cap. III, pp. 104-105). Questa volontà generale, trascendente rispetto alle volontà particolari dei singoli componenti del corpo politico, si manifesta nell'esercizio del potere sovrano, attraverso la statuzione di regole generali e astratte: le leggi (*Ivi*, lib. II, cap. VI, pp. 112-114). Il potere sovrano del corpo politico è dunque il potere legislativo e i suoi atti sono la diretta espressione della volontà generale.

Il nodo concettuale stretto da Rousseau tra legge, sovranità e volontà generale si scioglie nel contrattualismo beccariano. La legge resta sì agganciata alla sovranità; il potere supremo è certamente identificato nel legislativo (in accordo con un assunto dottrinale largamente condiviso nella filosofia politica moderna) (C. Beccaria, 1764a, §§ 1-3, pp. 11-17). Tuttavia, la centralità della volontà generale viene meno. La sua carica direttiva è depotenziata dalla delega del potere normativo. Il suo primato politico è puramente virtuale, poiché la sua espressione diretta è sostituita dalla sua rappresentazione istituzionale. Laddove Rousseau nega che la volontà generale possa essere rappresentata – poiché la volontà di una parte del corpo politico è costitutivamente «altra» rispetto alla volontà che si esprime «quando tutto il popolo delibera su tutto il popolo» (J.-J. Rousseau, 1762, lib. II, cap. VI, p. 112) –, Beccaria afferma che la sovranità e le leggi *rappresentano* la volontà generale: ovvero, che a rappresentare quest'ultima è il sovrano-legislatore nelle espressioni tipiche della sua volontà imperativa (C. Beccaria, 1764a, § III, p. 14; § XXVIII, p. 62).

Alla domanda «chi è il titolare del potere legislativo?» Beccaria risponde come Rousseau: il sovrano. Ma alla domanda «chi è il sovrano?», la sua risposta diverge nettamente dalla dottrina democratica del *Contrat social*. Sovrano non è il popolo, per Beccaria, bensì il soggetto istituzionale che amministra la sovranità come rappresentante dell'intera società (A. Burgio, 1990, p. 127,

nota 14). Del popolo rousseauiano, concepito come ente sovrano composto da tutti i membri del consorzio civile, non c'è traccia nell'orizzonte politico dell'illuminista lombardo: la parola "popolo", nel *Dei delitti*, non vale a designare la totalità dei cittadini collettivamente investiti del potere di legiferare, ma solo una parte della società: la massa degli individui di modesta condizione economica e culturale; il ceto sociale numericamente più consistente, ma politicamente meno influente (C. Beccaria, 1764a, § V, p. 18; § 10, p. 28; § XIV, p. 36; § XXI, p. 52; § XXIII, p. 54; § XXVIII, p. 69; § XXIX, p. 71; § XXXVII, p. 90; § XXXVIII, p. 92; § XLII, p. 98 e p. 100).

Sgomberato così lo spazio politico dell'*agorà*, l'esercizio delle funzioni sovrane è trasferito in sedi istituzionali meno affollate. L'autodeterminazione popolare lascia il campo all'eteronomia delle regole stabilite dal depositario della sovranità. Obbligo dei consociati è obbedire a quest'ultimo: essi sono i sudditi ed egli è il sovrano (*Ivi*, § II, p. 12; § IV, p. 15; § XV, p. 37; § XLIII, p. 101). Lungi dall'infirmare la legittimità dell'assetto monarchico del potere politico, il contrattualismo di Beccaria ne consolida le basi, esaltando il carattere rappresentativo dell'autorità regia. Non che venga esclusa l'ipotesi che l'amministrazione della sovranità possa essere affidata a una deputazione nazionale, a un parlamento (*Ivi*, § 11, p. 30); tuttavia, il sovrano che si profila nelle pagine del *Dei delitti* non ha la fisionomia di un'assemblea elettiva, ma quella di un capo di Stato che siede su un trono e regge uno scettro (*Ivi*, § III, p. 14; § XV, p. 36; § XXIX, p. 71; § XXXV, p. 87; § XLII, p. 98; § XLVI, p. 103). In quanto legislatore, egli «rappresenta tutta la società unita per [...] contratto» (*Ivi*, § III, p. 14). In quanto, «rappresentatore di essa» (*Ivi*, § IV, p. 14), le leggi da lui volute «rappresentano la volontà generale» (*Ivi*, § XXVIII, p. 62). La rappresentazione legittimante della sovranità regia passa dunque attraverso la sua legittimazione rappresentativa. In questo passaggio ideologico, la volontà generale perde, rispetto al paradigma rousseauiano, il suo immediato rapporto con l'esercizio del potere legislativo.

2.2. Dalla filosofia del *Contrat social*, Beccaria si allontana anche per il suo diverso modo di concepire la volontà generale in quanto tale (cioè al di là delle relazioni di essa con la sovranità e le leggi). Nella riflessione di Rousseau sui «principi del diritto politico»<sup>8</sup>, i contorni della categoria della volontà generale sono sbalzati per contrasto con la categoria della volontà particolare. La prima emana dalla «persona pubblica» (J.-J. Rousseau, 1762, lib. I, cap. VI, p. 94) e persegue l'«interesse comune» (*Ivi*, lib. I, cap. VII, p. 96). La

<sup>8</sup> La formula, impiegata nel titolo dell'opera, è ripresa nella «Conclusion» (cfr. J.-J. Rousseau, 1762, lib. IV, cap. IX, p. 204).

seconda ha per oggetto interessi particolari e per soggetto i singoli individui. La volontà generale, dunque, non è il risultato dell'addizione delle volontà particolari. La differenza tra le due grandezze è qualitativa, non quantitativa. Da questa fondamentale alterità deriva la dicotomia rousseauiana tra la volontà generale e la «volontà di tutti», essendo quest'ultima configurata come «una somma di volontà particolari» (*Ivi*, lib. II, cap. III, p. 104). L'impianto concettuale del *Dei delitti*, invece, non contempla queste distinzioni. Allorquando Beccaria discute della fonte di legittimazione della sovranità e delle leggi, parla indifferentemente di «volontà generale» (C. Beccaria, 1764a, § V, p. 18) e di «volontà di tutti» (*Ivi*, § IV, p. 15)<sup>9</sup>. I due sintagmi, nel lessico del *Dei delitti*, risultano semanticamente equivalenti. All'opposto di Rousseau, infatti, Beccaria definisce la volontà generale come l'«aggregato delle [volontà] particolari» (*Ivi*, § XXVIII, p. 62)<sup>10</sup>.

La differente formulazione di queste categorie è la spia di una profondissima discordanza filosofico-politica. Nel contrapporre la volontà generale alla volontà dei singoli individui, nel sacralizzarla come assiologicamente superiore alla volontà di tutti (in quanto registrata sull'utilità pubblica), nell'ipostatizzarla come volontà di un ente collettivo, personificato come «io comune», Rousseau abbandona le premesse individualistiche della dottrina del contratto sociale approdando a una concezione organicistica dello Stato, imperniata sulla metafora reificata del «corpo politico»<sup>11</sup>. Beccaria, per contro, pensa lo Stato esclusivamente come associazione politica e non riconosce la dignità di persona che agli individui in carne e ossa. La sua versione «secolarizzata» della nozione di volontà generale corrisponde al rifiuto della concezione olistica della società e al riconoscimento della centralità dell'uomo nell'ordine politico<sup>12</sup>. È questa impostazione essenzialmente individualistica ad aprire lo spazio per la delegittimazione della pena di morte. Uno spazio che resta precluso nella prospettiva dell'organicismo (*sui generis*) di Rousseau: secondo il quale, una volta incorporati i contraenti nella totalità

<sup>9</sup> Cfr. il commento di Francioni a C. Beccaria, 1764b, p. 86, nota 3.

<sup>10</sup> Sottolineano opportunamente questa opposizione L. Salvatorelli, 1935, p. 41; G. Francioni, 1990, p. 74; e X. Tabet, 2009, p. 3 (dell'edizione *on line*).

<sup>11</sup> «Come la natura dà a ciascun uomo un potere assoluto su tutte le sue membra, il patto sociale dà al corpo politico un potere assoluto su tutte le sue, ed è questo potere che, diretto dalla volontà generale, porta [...] il nome di sovranità» (J.-J. Rousseau, 1762, lib. II, cap. IV, p. 105).

<sup>12</sup> «Beccaria [...] – ha scritto L. Salvatorelli, 1935, p. 40 – nega ogni concetto di un interesse, di un valore statale distinto e superiore all'interesse e al valore degli individui. Si tratta di una negazione esplicita, risoluta. Egli contesta l'esistenza di un astratto “ben pubblico” da contrapporre e da mettere sopra agli interessi privati».

comunitaria, la vita individuale cessa di essere un «beneficio della natura» e diventa «un dono condizionato dello Stato» (J.-J. Rousseau, 1762, lib. II, cap. V, p. 109).

L'analisi finora compiuta ci conduce a reiterare la constatazione di un'evidenza più volte rimarcata (a partire dal secolo scorso) dagli interpreti di Beccaria (cfr., ad esempio, L. Salvatorelli, 1935, p. 41; R. Mondolfo, 1960, pp. 41-42; pp. 53-54): la divergenza della sua dottrina giuspolitica da quella di Rousseau si palesa con nettezza fin dalla determinazione dell'ipotesi contrattualistica. Dietro la tesi rousseauiana per cui la vita dell'individuo, dopo la formazione del corpo politico, si tramuta in un dono elargito *sub conditione* dalla persona pubblica ai singoli soggetti, c'è il paradigma filosofico di un contratto sociale che prescrive «l'alienazione totale di ciascun associato con tutti i suoi diritti alla comunità» (J.-J. Rousseau, 1762, lib. I, cap. VI, p. 93), che, «come corpo», accoglie «ogni membro come parte indivisibile del tutto» (*Ivi*, p. 94). Una clausola fondamentale di questo tenore è quanto di meno accettabile possa essere concepito dal punto di vista dell'individuo beccariano: il quale, nel costituire l'associazione politica, acconsente di rinunciare soltanto a una porzione minima della propria libertà naturale, in cambio della garanzia giuridica della massima libertà civile compatibile con la sicurezza collettiva<sup>13</sup>.

### 3. Contrattualismo e pena di morte

3.1. Quasi tutti gli studiosi che hanno sottolineato l'alterità del contrattualismo beccariano rispetto al paradigma del *Contrat social* sono concordi nell'individuare in John Locke il vero ispiratore di Beccaria per quanto concerne la dottrina dell'origine pattizia del consorzio civile<sup>14</sup>. Secondo Rodolfo Mondolfo, l'illuminista milanese, respingendo l'idea rousseauiana di un contratto basato sull'«alienazione totale di ciascun associato», «aderisce alla dottrina anteriore di Locke», diretta a stabilire «i limiti dei poteri legittimi della società e dello Stato» (R. Mondolfo, 1960, p. 54)<sup>15</sup>. A sua volta, Giuseppe Zarone, pur non avallando l'accostamento al filosofo inglese sul piano ideologico-politico, afferma che Beccaria accoglie «i principi del contrattua-

<sup>13</sup> «Beccaria capovolgeva le conclusioni del ginevrino contestandone le stesse premesse», ha scritto V. Ferrone (2014, p. 238), mettendo a confronto le tesi dei due autori sulla (il)legittimità della pena capitale.

<sup>14</sup> Differente è l'opinione di Ph. Audegean, 2010; e di P. Costa, 2014, pp. 33-50.

<sup>15</sup> Cfr. il bel saggio di M. Ricciardi, 2015.

lismo lockiano» (G. Zarone, 1971, p. 198). Analogo, ma assai più netto e carico di implicazioni, è il giudizio di Gianni Francioni, secondo cui le tesi contrattualistiche all'insegna delle quali si apre il *pamphlet* di Beccaria devono «essere ricondotte alla teoria del contratto sociale di Locke» (G. Francioni, 1990, p. 74)<sup>16</sup>.

Una puntuale verifica di tali proposte interpretative mi condurrebbe troppo lontano dalla pista tematica su cui ho instradato la mia analisi. Ritengo utile, tuttavia, prendere in considerazione almeno un elemento del pensiero di Locke, che può aiutarci ad approfondire il confronto tra le tesi di Beccaria e quelle di Rousseau: mi riferisco alla legittimazione del potere di uccidere per punire. Una legittimazione che la tradizione del pensiero filosofico occidentale ha corroborato per millenni e che il contrattualismo moderno ha insistentemente ribadito (fino a *Dei delitti*, ma anche oltre) (N. Bobbio, 1981; N. Bobbio, 1983, E. Cantarella, 2005)<sup>17</sup>.

Nel campo della «filosofia patibolare» (L. Ferrajoli, 2010, p. 188), del resto, troviamo il capostipite stesso della *lignée* contrattualistica che impronta la riflessione sull'autorità politica in età moderna: Thomas Hobbes. Per quanto paradossale possa apparire, nella sua concezione dello Stato, il potere punitivo non ha un'origine convenzionale, bensì integralmente naturale. Il sovrano lo detiene non perché lo abbia acquisito attraverso il patto sociale, ma perché, a differenza di tutti gli individui entrati nella società politica, egli non ha rinunciato a quello *ius in omnia* che nello stato di natura permetteva a ciascuno «di fare tutto ciò che pensava fosse necessario alla sua conservazione: sottomettere qualunque uomo, nuocerli o ucciderlo» (Th. Hobbes, 1651, cap. XXVIII, pp. 329-330). Mentre i contraenti, entrando nello stato civile, hanno alienato tutti i loro diritti pre-politici (salvo quello alla vita), il sovrano, che del contratto non è parte, permane nella pienezza del proprio diritto originario. Tale condizione giuridica lo legittima all'uso della forza e gli consente di infliggere le pene che ritiene più opportune al fine di indurre gli uomini all'obbedienza. Dare la morte a chi fuoriesce dall'ordine legale è dunque un atto di esercizio del diritto naturale di cui il sovrano è esclusivo titolare (*Ivi*, pp. 329-339; D. Huning, 2007; A. Yates, 2014).

Diverso nell'impianto teorico, ma non nella conclusione giustificazionista, è il discorso di John Locke intorno alla punizione capitale. Nel secondo

<sup>16</sup> Sulla medesima posizione si attesta, in una penetrante lettura sintetica del *Dei delitti*, I. Biocchi, 2002, p. 449.

<sup>17</sup> Prima di Beccaria, è ricorso alla dottrina del contratto sociale per delegittimare la pena capitale il fiorentino Giuseppe Pelli. Sulla sua riflessione abolizionistica si veda l'eccellente saggio di Ph. Audegean, 2014c.

dei suoi *Two Treatises of Government*, egli definisce «il potere politico come autorità di formulare leggi che contemplino la pena di morte e, di conseguenza, tutte le pene minori, in vista d'una regolamentazione e conservazione della proprietà» (J. Locke, 1690, cap. I, § 3, p. 4). «Proprietà», nel lessico lockiano, designa il *suum* di ciascun individuo, ovvero un complesso di diritti naturali comprendente la vita, l'integrità fisica, la libertà e gli averi (*Ivi*, cap. IX, § 123, p. 90). Il potere politico, invece, è da lui concepito come un ente artificiale, creato da una convenzione intersoggettiva, le cui clausole si basano sulle norme del diritto naturale. Ai sensi di questa visione, la potestà sovrana di uccidere chi infrange le leggi che regolano «la conservazione della proprietà» non deriva certo da un atto di alienazione del diritto alla vita, compiuto dai soggetti coinvolti nel contratto. Il suo fondamento di legittimità è rinvenuto nella legge naturale medesima, che assegna a ciascun individuo, nello stato di natura, il potere di punire gli autori delle azioni contrarie alle sue prescrizioni<sup>18</sup>. Tale «potere esecutivo della legge naturale» (*Ivi*, cap. II, § 12, p. 11) è disciplinato nel suo esercizio dal principio di proporzionalità, per il quale l'entità della pena dev'essere commisurata alla gravità dell'offesa<sup>19</sup>. Ciò significa che la giustizia naturale esige che «chiunque sparga il sangue dell'uomo abbia il proprio sangue sparso dall'uomo»<sup>20</sup>. Nel potere naturale di punire, quindi, è incluso il potere di punire con la morte. Proprio questo potere sulla vita altrui, e non già il diritto alla (o sulla) propria vita, è trasferito dagli individui allo Stato attraverso il patto da cui quest'ultimo è generato (G. Silvestrini, 2007).

Tanto per Locke quanto per Hobbes, dunque, alle radici della penalità statale c'è la legge naturale. In particolare, per Locke, c'è quel complesso di divieti di lesione, di regole sanzionatorie e di norme di competenza che formano il diritto penale naturale. Né Beccaria né Rousseau condividono tale visione giusnaturalistica del potere punitivo. Nella raffigurazione rousse-

<sup>18</sup> «Perché tutti si astengano dall'usurpare gli altrui diritti e dal farsi reciproco torto [...], l'esecuzione della legge naturale in quello stato è affidata a ciascuno, onde ciascuno ha il diritto di punire chi trasgredisce quella legge» (Locke, 1690, cap. II, § 7, p. 7).

<sup>19</sup> «Nello stato di natura un uomo esercita il potere su un altro; ma non si tratta del potere assoluto e arbitrario di disporre d'un colpevole, cadutogli fra mano, secondo gli appassionati furori e lo sregolato capriccio della propria volontà; ma solo di retribuirlo secondo i dettami d'una serena ragione, in misura della sua trasgressione» (*Ivi*, cap. II, § 8, p. 8).

<sup>20</sup> Tale precetto biblico (tratto da *Genesi*, 9, 6) è considerato da Locke come una «grande legge naturale [...] impressa nel cuore degli uomini» (*Ivi*, cap. II, § 11, p. 10.)

auiana dello stato di natura la legalità penale non è contemplata<sup>21</sup>. La potestà di punire si profila soltanto nella sua dimensione politica, post-contrattuale, di strumento di regolazione sociale istituito al fine di assicurare l'osservanza del diritto positivo, ovvero l'effettività delle norme sancite dalla volontà generale<sup>22</sup>. Il contratto sociale non produce un corpo inerme. Alla sovranità pertiene il monopolio dell'uso legittimo della forza: «il patto sociale, per non ridursi a un complesso di formule vane, include tacitamente il solo impegno capace di dar forza a tutti gli altri, e cioè che chiunque rifiuterà di obbedire alla volontà generale vi sarà costretto dall'intero corpo» (J.-J. Rousseau, 1762, lib. I, cap. VII, p. 96). I comandi del sovrano sono prescrizioni vincolanti sostenute dal potere coattivo. Nella «relazione tra l'uomo e la legge», alla «disobbedienza» segue «la pena» (*Ivi*, lib. II, cap. XII, p. 128). Il potere statale, dunque, è costitutivamente potere penale. Più che una «specie particolare» di norme giuridiche, osserva Rousseau, le «leggi penali» sono la «sanzione di tutte le altre leggi» (*Ibidem*).

Lo sradicamento della potestà sovrana di castigare dal terreno della legge naturale non è una peculiarità del contrattualismo rousseauiano. In questa rilevante operazione concettuale il ginevrino è preceduto da Pufendorf (cfr. Fiorillo, 1996) e seguito da Beccaria. Ma mentre nell'opera pufendorfiana la questione è affrontata direttamente – in polemica con Grozio e Hobbes – nel *Dei delitti*, così come nel *Contrat social*, essa rimane sullo sfondo del discorso. Del resto a Beccaria non interessa elaborare una compiuta dottrina del patto sociale. Egli si limita a tratteggiarne un abbozzo all'inizio dell'opera. La collocazione è rivelatrice: il contrattualismo è il punto di partenza, non il baricentro filosofico della riflessione beccariana. Quest'ultimo, com'è stato autorevolmente sottolineato, è «costituito dalla teoria utilitaristica di Helvétius» (G. Francioni, 1990, p. 69), applicata alla questione criminale. È proprio la *fictio mentis* del contratto, tuttavia, ad aprire la strada che collega l'antropologia dell'utile alla riforma della giustizia penale. In quanto dottrina dell'artificialità e della convenzionalità dell'ordine statale, infatti,

<sup>21</sup> Verte sulla fenomenologia delle relazioni umane, e non sulle leggi dell'ordine naturale, il passaggio del *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, in cui Rousseau accenna al tema delle «punizioni», osservando che nella società prestatuale le offese intersoggettive sono frenate dal «terrore delle vendette» (J.-J. Rousseau, 1755, parte II, p. 180). Peraltro, nel *Contrat*, egli afferma chiaramente che le norme della «giustizia universale» sono vane tra gli uomini in quanto sprovviste di «sanzione naturale» (J.-J. Rousseau, 1762, lib. II, cap. VI, p. 111).

<sup>22</sup> Sul diritto naturale in Rousseau si veda, oltre al classico R. Derathé, 1974, G. Silvestrini, 2010.

il contrattualismo consente a Beccaria di svincolare il discorso giuridico da ogni assiologia metafisico-religiosa, di emancipare la *civitas terrena* dalla *civitas coelestis*, di progettare la politica del diritto muovendo dall'esperienza umana anziché dai precetti della volontà divina. Entro i confini di questa dimensione tutta mondana dell'esistenza, il criterio di utilità può dispiegare liberamente la sua immanente attitudine normativa e diventare il regolo per la costruzione di un sistema penale rifondato sul parametro di legittimità del patto sociale.

3.2. Di questo patto, Beccaria illustra sommariamente la genesi, gli scopi e il contenuto:

stanchi di vivere in un continuo stato di guerra e di godere di una libertà resa inutile dall'incertezza di conservarla[, gli uomini ne] sacrificarono una parte per goderne il restante con sicurezza e tranquillità. La somma di tutte queste porzioni di libertà sacrificate al bene di ciascheduno forma la sovranità di una nazione, ed il sovrano è il legittimo depositario ed amministratore di quelle; ma non bastava il formare questo deposito, bisognava difenderlo dalle private usurpazioni di ciascun uomo in particolare, il quale cerca di togliere dal deposito non solo la propria porzione, ma usurparsi ancora quella degli altri. Vi volevano dei motivi sensibili che bastassero a distogliere il dispotico animo di ciascun uomo dal risommere nell'antico caos le leggi della società. Questi motivi sensibili sono le pene stabilite contro agl'infrattori delle leggi. [...] Ecco dunque sopra di che è fondato il diritto del sovrano di punire i delitti: sulla necessità di difendere il deposito della salute pubblica dalle usurpazioni particolari (C. Beccaria, 1764a, § I, p. 11; § II, p. 12).

Né il nitore concettuale, né l'architettura lineare delle grandi teorizzazioni contrattualistiche della politica moderna si ritrovano in questo brano. A differenza di Hobbes, Locke e Rousseau, Beccaria lascia nell'indeterminatezza il contenuto del patto: i contraenti rinunciano a una parte della loro libertà al fine di assicurarsi la difesa della parte rimanente. Per poter attribuire un significato definito a questa *Grundklausel*, sarebbe necessario capire in cosa consista la parte di libertà ceduta e in cosa consista la parte di libertà che dal contratto esce consolidata. Beccaria, però, non lo chiarisce. L'interpretazione del suo contrattualismo in chiave lockiana colma questo *deficit* semantico proiettando sulla pagina del *Dei delitti* la distinzione tra diritti innati e poteri pre-politici presente nel *Second Treatise*: «È evidente – scrive Francioni – lo scopo dell'esordio contrattualistico del *Dei delitti*: rimarcare che la libertà degli individui riuniti in società, pur con la limitazione che deriva dalla cessione di quella “minima porzione possibile” che corrisponde al

potere individuale di vendicare le offese, resta garantita dalla legge di natura, e che tutti i diritti che naturalmente l'individuo possiede devono essere conservati – con l'eccezione, appunto, del diritto di punire – nello Stato sociale» (G. Francioni, 1990, p. 75).

Riscontrare nell'esordio beccariano l'*evidenza* di questi concetti – «legge di natura», «diritti che naturalmente l'individuo possiede», «potere individuale di vendicare le offese» inteso come «diritto di punire» – appare tutt'altro che facile. Una lettura di questo genere è certamente proponibile come congettura. Ma una congettura non è che un invito a praticare l'arte del dubbio. Perciò, dal momento che manca, nel *Dei delitti*, l'esplicita identificazione della parte di libertà alienata dagli individui con il potere di punire che (secondo la visione di Locke) essi avevano nello stato di natura, occorre domandarsi se tale identificazione è implicita nel suo ragionamento. Qualora lo fosse, il diritto statale di infliggere punizioni dovrebbe essere rappresentato come la diretta derivazione delle libertà cedute dai contraenti. Non è questa, tuttavia, la rappresentazione di Beccaria. Egli scrive, come si è appena visto, che «la somma di tutte [...] le porzioni di libertà sacrificate al bene di ciascheduno forma la sovranità di una nazione»; dopodiché aggiunge che «non bastava il formare questo deposito», giacché «vi volevano dei motivi» atti a «distogliere il dispotico animo di ciascun uomo dal» violare «le leggi della società»: tali motivi sono «le pene stabilite contro agl'infrattori delle leggi» (C. Beccaria, 1764a, § I, p. 11 [corsivo aggiunto]). Orbene, quel che non bastava dopo l'alienazione parziale delle libertà individuali e quel che in più ci voleva – ovvero le pene – segnalano la diversità del contrattualismo di Beccaria rispetto al paradigma lockiano: la parte di libertà ceduta, evidentemente, non consiste nel potere naturale di castigare. Una conferma lampante di questa constatazione è ricavabile dalla concezione beccariana del «fondamento» del «diritto del sovrano di punire i delitti» (*Ivi*, § II, p. 12). A differenza di quanto accade nella costruzione contrattualistica del *Second Treatise*, esso non è individuato nell'alienazione del «potere individuale di vendicare le offese», bensì nella «necessità»: una necessità che nasce con la società politica: la «necessità di difendere il deposito della salute pubblica dalle usurpazioni particolari» (*Ivi*, § I, p. 11).

Si palesa, a questo punto, il netto *clivage* che separa la riflessione filosofico-giuridica di Beccaria da quella di Locke. Per quest'ultimo il diritto penale è parte della legge naturale: prima della costituzione dello Stato, prima della statuizione delle leggi positive, esiste già il potere di punire ed esistono già le regole che lo disciplinano. Per Beccaria, invece, il diritto penale è soltanto una dimensione della sovranità: deriva dalla decisione umana di abbandonare lo stato di natura ed è la necessaria conseguenza dell'artificio

civile. Sottovalutare la portata politica di questa concezione «positivistica» della sanzione penale sarebbe un errore. Emancipatosi dagli schemi mentali del giusnaturalismo, Beccaria può confutare le giustificazioni retributivistiche della pena e ripensare le forme del castigo legale al di là del dogma della corrispondenza tra male commesso e male subito<sup>23</sup>. Se le regole del diritto penale non sono inscritte nell'ordine naturale, allora la legittimità della pena di morte cessa di essere un'evidenza e gli uomini sono liberi di scegliere razionalmente come punire. Ebbene, l'istituzione della pena di morte, secondo Beccaria, non potrebbe mai essere la scelta razionale di uomini liberi<sup>24</sup>.

3.3. A questa interpretazione del contrattualismo di Beccaria in chiave non giusnaturalistica<sup>25</sup> si potrebbe obiettare che proprio là dove egli nega la giuridicità della pena capitale si serve della logica del diritto naturale. Non è forse un fulgido segnacolo di fede giusnaturalistica l'evocazione del principio secondo cui «l'uomo non è padrone di uccidersi»? Credo si possa replicare distinguendo il valore argomentativo di un'evocazione da quello di un'affermazione. Indubbiamente, la domanda con cui si conclude il primo capoverso del celebre capitolo XXVIII pone l'indice sulla contraddizione tra la previsione legale della morte come pena e il divieto del suicidio, suffragando la delegittimazione della prima con il richiamo a un principio giusnaturalistico di matrice teologica, trapassato – insieme a tanta parte della precettistica religiosa – nell'ordinamento penale positivo. Sarebbe un errore, però, concepire tale principio come la chiave di volta dell'argomentazione contrattualistica beccariana<sup>26</sup>. Ad esso, l'illuminista lombardo ricorre soltanto per esigenze

<sup>23</sup> «L'abolizionismo – ha giustamente osservato Gabriella Silvestrini (2015, p. 139) – [...] emerge là dove vengano indeboliti o abbandonati due presupposti giusnaturalistici centrali nel pensiero politico moderno: il nesso fra diritti naturali e diritto di uccidere e una concezione giusnaturalistica o naturalistico-razionalistica della pena». «La position abolitionniste de Beccaria implique de faire justice de tout raisonnement "déontologique" portant sur les peines et leur mesure» (K. Ladd, 2012). Sulle relazioni concettuali tra giusnaturalismo, retributivismo e legittimazione della pena di morte, si veda anche D. Ippolito, 2012.

<sup>24</sup> Sulla pena di morte in Beccaria sono imprescindibili i contributi di G. Francioni, 1990; P. Costa, 2014; Ph. Audegean, 2010, pp. 152-167.

<sup>25</sup> «Quella di Beccaria è una versione antigiusnaturalistica del patto», ha scritto Ph. Audegean, 2012, p. 3 (dell'edizione *on line*). Sul tema si veda la convincente e raffinata analisi di P. Costa, 2014, pp. 34-38.

<sup>26</sup> Così, invero, è stato inteso da molti lettori del *Dei delitti*. Si vedano, ad esempio, R. Mondolfo, 1960, pp. 60-61; e – quasi due secoli prima – G. Filangieri, 1780-1791, il quale ha criticato il «sofisma» di Beccaria, ricostruendolo nella forma

retorico-persuasive: egli strumentalizza ai suoi fini un assioma del diritto naturale cristiano che, alla luce della distinzione reato/peccato e della polemica contro la proibizione-punizione del suicidio (C. Beccaria, 1764a, § XXXII, pp. 79-82)<sup>27</sup>, non sembra inerente all'impianto filosofico del suo riformismo penale<sup>28</sup>. Quando leggiamo *Dei delitti* non dobbiamo mai dimenticare che fu scritto col proposito di incidere sull'opinione pubblica. Beccaria mirava a convincere i suoi lettori, a spostarli sulle proprie posizioni eterodosse: ed era perfettamente consapevole che, per una parte dei suoi lettori, il principio di utilità e la teoria del contratto valevano infinitamente meno dei comandamenti dell'*Esodo*<sup>29</sup> e delle verità rivelate nel *Deuteronomio*<sup>30</sup>.

È a chi crede che spetti solo a Dio far morire gli uomini che egli rivolge quella domanda sull'indisponibilità della vita umana; non certo ai seguaci di Locke o di Rousseau. Anche perché questi ultimi avevano già formulato chiaramente la loro risposta. Quella di Locke l'abbiamo già ascoltata.

del seguente sillogismo: «niuno può dare quel che non ha; ma l'uomo non ha il diritto di uccidersi; dunque il sovrano, che non è altro che il depositario dei dritti trasferiti dagli individui al corpo intero della società, non può neppure avere il dritto di punire alcuno colla morte» (lib. III [1783], cap. XXIX, p. 20). Sulla pena di morte in Filangieri si veda il lucidissimo saggio di A. Tuccillo, 2012. Per una ricostruzione complessiva della dottrina penalistica filangieriana, si vedano gli eccellenti lavori di F. Berti, 2012 e 2014.

<sup>27</sup> Sul tema della «secolarizzazione del diritto di punire» si vedano le belle pagine di M. Porret, *Beccaria*, cit., pp. 47-55.

<sup>28</sup> Ho avanzato questa ipotesi interpretativa in D. Ippolito, 2007; la ripropongo in questa sede confortato dall'autorevole opinione di Pietro Costa: «Certo, non mancano accenni, nei testi beccariani, al diritto naturale. La mia impressione è però che il riferimento alla condizione creaturale dell'essere umano e alla sua dipendenza da leggi naturali obbligatorie in quanto volute da Dio resti sostanzialmente estraneo alla visione antropologica ed etica di Beccaria. È invece profondamente coerente con questa visione l'argomento principale impiegato da Beccaria contro la pena di morte: il soggetto non può aderire a un contratto che metta a rischio la sua vita non perché della sua vita non è padrone, ma perché pone la vita al vertice delle sue scelte utilitarie. Se ciò è vero, potremmo arrivare a vedere nel richiamo al divieto del suicidio un corpo estraneo nell'impianto discorsivo del *Dei delitti*, introdotto per motivi squisitamente retorici, avendo riguardo a quella parte del suo uditorio refrattario alla logica utilitaristica, ma sensibile alle sirene giusnaturalistiche» (P. Costa, 2014, pp. 37-38). Sul significato dell'evocazione del divieto del suicidio si veda anche Ph. Audegean, 2010, pp. 127-130.

<sup>29</sup> *Esodo*, 20, 13: «Non uccidere».

<sup>30</sup> *Deuteronomio*, 32, 39: «Ora vedete che io solo sono Dio [...]. Io faccio morire e faccio vivere».

### 3.4. Ora dobbiamo prendere in considerazione quella di Rousseau.

Ci si chiede come mai i privati, non avendo diritto di disporre della propria vita, possano trasmettere al Sovrano questo stesso diritto che non hanno. Il problema sembra difficile perché mal posto. Ogni uomo ha il diritto di rischiare la propria vita per conservarla [...] Il trattato sociale ha come fine la conservazione dei contraenti. Chi vuole il fine vuole anche i mezzi e questi mezzi sono inscindibili da qualche rischio, e anche da qualche perdita. Chi vuol conservare la propria vita a spese degli altri deve anche darla per loro, quando occorra. Ora il cittadino non è più giudice del pericolo a cui la legge vuole che si esponga, e quando il principe gli ha detto: «lo Stato ha bisogno che tu muoia» deve morire; perché solo a questa condizione ha vissuto sicuro fino allora, e la sua vita non è più soltanto un beneficio della natura, ma un dono condizionato dallo Stato. Press'a poco sotto lo stesso angolo visuale può essere considerata la pena di morte inflitta ai criminali: per non essere vittima di un assassino si accetta di morire se assassini diventiamo noi. Con questo patto, lungi dal disporre della propria vita, si pensa a garantirla, e non è da ritenere che alcuno dei contraenti premediti allora di farsi impiccare (J.-J. Rousseau, 1762, lib. II, cap. V, pp. 109-110).

Con questo brano si apre il capitolo V del libro II del *Contrat social*, intitolato «Del diritto di vita e di morte» e tematicamente legato al capitolo precedente sui «limiti del potere sovrano». Croce degli interpreti e degli ammiratori di Rousseau, questo capitolo è stato recentemente illuminato da un bellissimo saggio di Gabriella Silvestrini, che ne ha chiarificato l'«oggetto», la «strategia argomentativa» e la «griglia discorsiva, in apparenza così anomala» (G. Silvestrini, 2015, p. 127), situandolo all'interno del «dibattito fra gli autori contrattualisti sul diritto di guerra e sul diritto di punire: due diritti segnati da un intreccio costitutivo e fondativo nel pensiero politico moderno» (*Ivi*, p. 126). In particolare, muovendo da un'impeccabile analisi filologica, Silvestrini ha mostrato come «il testo di Rousseau» rifletta e rielabori la discussione che Pufendorf – seguito da Burlamaqui – aveva consacrato allo *ius vitae ac necis*, quale prerogativa sovrana rilevante nell'ambito della punizione dei crimini e in quello della difesa della Stato (*Ivi*, pp. 126-129). Perché il sovrano può pretendere che i cittadini combattano in guerra da soldati e sacrificino la loro vita per la patria? Perché può mettere a morte i cittadini che infrangono l'ordine legale? Sono questi gli interrogativi – integranti la questione del «diritto di vita e di morte» – affrontati da Pufendorf nel *De iure naturae et gentium* e ripresi da Rousseau nello snodo tra i capitoli sopra menzionati.

Avendo rappresentato il potere penale come un potere generato dal contratto sociale, Rousseau – al pari di Pufendorf – non può dedurre il diritto di punire con la morte da un preesistente diritto naturale. Volendo giustificare

la pena capitale, dunque, deve basarsi sulla logica contrattuale e spiegare per quale ragione gli individui, al fine di tutelare la propria vita, avrebbero formato un corpo politico dotato del potere di togliere loro la vita. La spiegazione rousseauiana si trova nel brano poc'anzi citato: lo scopo primario dell'autoconservazione, perseguito attraverso la fondazione dello Stato, impone l'accettazione dei mezzi corrispondenti e dei rischi che ne conseguono. In particolare, per non restare vittima di un assassinio, ogni contraente deve accettare di essere messo a morte nel momento in cui commette un assassinio. Assentendo dunque ad attribuire al sovrano il potere di decretare «tu devi morire», l'individuo agisce legittimamente in difesa della propria vita. Non dispone abusivamente di essa: assume i rischi necessari a conservarla.

Commentando tale giustificazione dell'estremo castigo, Silvestrini ha rimarcato che Rousseau, «pur considerando il diritto di vita e di morte come un diritto politico e non naturale, abbraccia però – più o meno implicitamente – una forma di giusnaturalismo penale, e non una concezione puramente convenzionale e politica della pena» (*Ivi*, p. 137). Alla base di questo rilievo c'è l'osservazione che «la frase “c'est pour n'être pas victime d'un assassin que l'on consent à mourir si on le devient” tradisce un non detto, un presupposto implicito, che emerge in modo esplicito in altri passi dell'opera di Rousseau: l'adesione a una concezione naturalistica della pena» (*Ibidem*), secondo la quale il genere del castigo deve corrispondere al genere del delitto<sup>31</sup>.

A me sembra che questa lettura non sia condivisibile. È vero che nel brano in esame la pena capitale è associata al reato di omicidio, ma non bisogna dimenticare che nel *Contrat* esiste anche un altro luogo in cui la morte è invocata come giusta sanzione legale. Si tratta del capitolo VIII del libro IV: dove, all'affermazione dell'esigenza di «una professione di fede puramente civile di cui spetta al sovrano fissare gli articoli», segue il terribile monito per cui «se qualcuno, dopo aver riconosciuto pubblicamente questi [...] dogmi, si comporta come se non ci credesse» dev'essere «punito con la morte», perché «ha commesso il più grave dei delitti»: «ha mentito davanti alle leggi» (J.-J. Rousseau, 1762, lib. IV, cap. VIII, p. 203). Ora, tenendo conto che i «dogmi» della religione civile preconizzata da Rousseau attengono alla sfera di quei «sentimenti di socievolezza, senza cui è impossibile essere buoni cittadini o sudditi fedeli» (*Ibidem*) appare abbastanza chiaro che i comporta-

<sup>31</sup> A conferma della sua osservazione, Silvestrini cita un passaggio delle *Lettres écrites de la Montagne*, in cui Rousseau parafrasa le opinioni espresse da Montesquieu nel capitolo IV del libro XII dell'*Esprit des lois*.

menti che egli ritiene doveroso punire con la morte non siano ridicibili alle fattispecie di omicidio. Di conseguenza non convince l'idea che dietro la sua giustificazione della pena capitale ci sia «l'adesione [...] al principio di proporzionalità delle pene alla natura dei crimini» (G. Silvestrini, 2015, p. 137).

Ritengo anch'io, tuttavia, che l'argomentazione contrattualistica su cui Rousseau fonda il potere dello Stato di uccidere per punire contenga una premessa implicita. La stessa premessa che resta implicita in un *obiter dictum* di Montesquieu che potrebbe aver ispirato la riflessione rousseauiana: «Il motivo per cui la morte di un criminale è cosa lecita – si legge in un capitolo dell'*Esprit des lois* dedicato alla questione della schiavitù – è che la legge che lo punisce era stata fatta in suo favore. Un assassino, per esempio, ha goduto della legge che lo condanna; essa gli ha conservato la vita tutti i momenti; quindi egli non può reclamare contro di essa» (Montesquieu, 1748, lib. XV, cap. II, p. 403)<sup>32</sup>.

Ebbene, qual è la premessa retrostante tanto a questo ragionamento montesquieuiano quanto a quello di Rousseau? A mio giudizio è il convincimento – quasi universalmente condiviso all'epoca in cui scrivevano – che la pena di morte sia un dispositivo securitario imprescindibile, ovvero che senza di essa la vita umana non possa essere adeguatamente protetta. Se i contraenti rousseauiani non credessero ciecamente in questo dogma politico non avrebbero alcun motivo di istituire il patibolo. Se non pensassero che l'unico modo per tutelarsi dagli assassini sia essere uccisi dallo Stato nel caso si diventassero assassini, non sarebbero vincolati ad acconsentire alla legge che punisce con la morte l'omicidio. La catena logica «perseguimento dei fini prescelti – accettazione dei mezzi necessari – assunzione dei rischi inevitabili», infatti, porta alla legittimazione della pena capitale solo presupponendo che essa sia il mezzo *sine quo non* si può raggiungere il fine dell'autoconservazione (per cui ognuno deve assumersi il rischio «de se faire pendre»). Ammettendo l'esistenza di altre modalità punitive idonee a garantire la sicurezza personale, lo schema contrattualistico di Rousseau diventa inservibile quale dottrina di giustificazione dello *ius vitae ac necis* in materia penale.

Mi pare dunque che la ragione di fondo per cui il *Contrat social* si iscrive nella tradizione della filosofia patibolare non sia la partecipazione di Rousseau a un'ideologia della pena di tipo giusnaturalistico ancorata al canone dell'omogeneità tra l'azione offensiva e la risposta punitiva, bensì la sua accettazione acritica dell'*idée reçue* secondo cui l'ordine sociale non può fare a meno della pena capitale. Ancora una volta, Beccaria è altrove e viaggia da

<sup>32</sup> Sulla dottrina penalistica di Montesquieu, si vedano D.W. Carrithers, 1997; M.A. Cattaneo, 2000; D. Ippolito, 2014.

solo. Sfidando l'evidenza apparente, il senso comune, l'opinione dei giuristi e l'autorevolezza dei filosofi, egli contesta la pena di morte anche sotto il profilo della sua attitudine a produrre sicurezza. Se Rousseau ne dà per scontata la necessità, egli ne mette in discussione persino l'utilità. Di più, arriva a denunciarne la nocività: lo Stato, versando il sangue dei cittadini, dà un esempio di crudeltà istituzionalizzata che degrada il valore della persona e innalza il livello di violenza nella società<sup>33</sup>.

3.5. A questo punto dell'analisi, la domanda è inevitabile: in cosa consisterebbe l'influenza rousseauiana sul pensiero di Beccaria rispetto alla pena capitale, di cui ha parlato Bruno Bernardi nel saggio citato in precedenza? Per comprendere la tesi dello studioso francese occorre tener presente la sua prospettiva di lettura del capitolo V, libro II, del *Contrat social*, che – sotto il profilo che a noi interessa – è perfettamente compendiata nel brano seguente: «La peine de mort n'est dans ce chapitre examinée que comme acte de défense. Rousseau entend y démontrer non qu'il y a un droit de punir de la mort, mais que si et seulement si sa défense l'exige, le Souverain est en droit d'ôter la vie à celui qui menace la conservation particulière et commune. Le peine de mort ne relève pas du registre pénal mais de celui de la défense» (B. Bernardi, 2003, p. 13 dell'edizione *on line*). Cosicché, nel rubricare la pena di morte sotto la voce «guerra» e nel giustificarne il ricorso esclusivamente nei casi di minaccia alla sicurezza della nazione, Beccaria non fa altro che mettere a frutto la lezione di Rousseau.

Per verificare questa tesi bisogna innanzitutto delineare i contorni della qualificazione beccariana della pena di morte come atto di guerra e poi misurarli sul parametro della sua presunta fonte. Ora, nel *Dei delitti*, il potere di togliere la vita è effettivamente estromesso dall'ambito del diritto penale; anzi, dall'ambito della legalità e della latitudine potestativa della sovranità: perché legalità e sovranità sono costruzioni umane, modellate dall'accordo delle volontà individuali, vincolate e limitate dagli scopi per cui sono prodotte. Uscire dalla precarietà dello stato di natura; assicurarsi il godimento della propria libertà fissando i confini oltre i quali non può spingersi l'esercizio delle facoltà di ciascuno; regolare le azioni per impedire le sopraffazioni: è a questo che mirano gli uomini concordando di assoggettarsi all'eteronomia

<sup>33</sup> «Il calcolo utilitario di Beccaria – ha scritto M. Porret, 2003, p. 85 – scredita così la filosofia dell'intimidazione sociale del patibolo [...]. La pena capitale fallisce nella prevenzione del crimine, poiché essa è socialmente nociva con l'esempio di crudeltà che infligge. Motivato per intimidire i seguaci del crimine, lo spettacolo del patibolo insegna la "ferocia" anziché rendere esemplare la repressione».

del potere politico. Lo fanno guardando a se stessi, calcolando il proprio utile, cercando di ottenere il massimo profitto con la minima spesa. Sanno di dover rinunciare a una porzione della loro libertà naturale, ma non sono disposti a sacrificarne che una piccolissima parte: quella (polemogena) la cui conservazione impedirebbe l'approdo alla società civile e il raggiungimento della sicurezza individuale. Pertanto essi acconsentono a stabilire soltanto i divieti finalizzati a rendere la libertà di ciascuno compatibile con quella degli altri, riconoscendo la necessità di garantire l'osservanza di tali divieti attraverso le sanzioni penali.

Questo realistico riconoscimento, tuttavia, non legittima qualunque forma di punizione. Se il potere proibitivo è tendenzialmente regolato dal principio della massima libertà possibile, il potere punitivo è rigorosamente limitato dal principio della minima sofferenza necessaria. Ogni afflizione penale ultronea rispetto al fine della prevenzione (generale e speciale) dei reati esorbita dai confini del diritto e traligna in violenza tirannica. Inoltre, nella fenomenologia dei castighi, esiste una modalità punitiva che di per sé ricade oltre lo spazio della legalità: la pena di morte. La sua antiggiuridicità, prim'ancora che dalla sua non necessaria efferatezza, deriva dalla configurazione del patto sociale che determina la fisionomia potestativa dello Stato. La parte di libertà ceduta dai contraenti, essendo minima, non può certo comprendere il massimo bene individuale: la vita. In netta e definitiva discontinuità con la condizione di vulnerabilità che la affliggeva nello stato di natura, essa è posta al riparo da ogni azione offensiva: immunizzata, mediante il diritto, tanto dalla violenza sociale quanto dalla violenza istituzionale; sottratta, perciò, anche alla minaccia penale.

Uccidendo chi viola l'ordine legale, dunque, lo Stato agisce fuori dall'ordine legale (che è perimetrato dal contratto sociale). Ciò significa che la pena di morte non è un atto di esercizio del potere legittimo di punire i criminali. Che cos'è allora? La risposta di Beccaria è perentoria: è «una guerra della nazione con un cittadino, perché giudica necessaria o utile la distruzione del suo essere» (C. Beccaria, 1764a, § XXVIII, p. 62). A partire da questa definizione, che suggella la delegittimazione della pena capitale sotto il profilo giuridico, il discorso di Beccaria si sposta sul terreno della giustificabilità di tale guerra asimmetrica in base ai criteri di utilità e necessità. L'obiettivo di questa nuova disamina è dichiarato fin dall'inizio: vincere «la causa dell'umanità», provando che l'uccisione di un cittadino da parte della pubblica autorità non è «né utile né necessaria» (*Ibidem*).

Tutt'altra è la logica del ragionamento di Rousseau intorno alla pena di morte. Subito dopo averne asseverato il fondamento pattizio, egli scrive:

D'altra parte, ogni malfattore che lede il diritto sociale diviene coi suoi misfatti un ribelle e un traditore della patria, cessa di esserne membro violando le sue leggi, e addirittura le fa la guerra. Allora la conservazione dello Stato diventa incompatibile con la sua, bisogna che uno dei due perisca, e quando si fa morire il colpevole lo si mette a morte meno come cittadino che come nemico. Le procedure, il giudizio, sono le prove e la dichiarazione che egli ha rotto il trattato sociale e quindi non è più membro dello Stato. Ora, poiché si è riconosciuto tale, per lo meno risiedendovi, deve essere eliminato o con l'esilio, in quanto ha violato il patto, o con la morte come nemico pubblico; perché un tale nemico non è una persona morale, è un uomo, e in questo caso è diritto di guerra uccidere il vinto (J.-J. Rousseau, 1762, lib. II, cap. V, p. 110).

Prescindendo dal problema della coerenza di questo brano con le tesi affermate da Rousseau nel capitolo IV del primo libro del *Contrat*<sup>34</sup>, proviamo a prenderlo in considerazione come possibile matrice ideologica del discorso di Beccaria. A me pare che la distonia sia stridente e che dal raffronto emerga la distanza, non la prossimità. Innanzitutto bisogna notare che, nonostante il riferimento alla guerra sia presente in entrambi i testi, la sua funzione argomentativa è antitetica. La parola "guerra", nel capitolo XXVIII del *Dei delitti*, compare in opposizione alla parola "diritto": la pena di morte «non è [...] un diritto [...] ma è una guerra» (C. Beccaria, 1764a, § XXVIII, p. 62 [il corsivo è nel testo]): così Beccaria nega la giuridicità dell'omicidio di Stato. Al contrario, Rousseau evoca la guerra proprio per affermare la piena legittimità della pena capitale. Dopo averla giustificata *ex contractu*, infatti, ne ribadisce il fondamento giuridico sotto un altro profilo: quello dello *ius belli*, che gli permette di accreditare la pena di morte come «un diritto» del vincitore sul vinto. Su questo sfondo, una seconda differenza macroscopica balza agli occhi. Nel *Contrat* a essere qualificata come «guerra» è la violazione della legge: il crimine. Nel *Dei delitti*, invece, la prospettiva è completamente ribaltata: è la pena di morte a figurare come «guerra». Così, laddove per Rousseau è il «malfattore» che muove guerra alla «patria», per Beccaria è la «nazione» a fare guerra al «cittadino». Le conseguenze di questa divergenza non possono sfuggire: concepita la pena capitale come guerra della nazione, Beccaria può domandarsi se esistano circostanze in cui la «distruzione» di un cittadino sia, per così dire, una guerra giusta, circoscrivendo a questi soli casi la sua eventuale ammissibilità politica. Per contro, nell'ottica di Rousseau, essendo la guerra del malfattore

<sup>34</sup> Cfr. quanto osservato da Robert Derathé in J.-J. Rousseau, 1964, vol. III, p. 1460.

una guerra ingiusta per definizione (in quanto guerra d'aggressione), la reazione bellica da parte dell'agredito è sempre giustificata. Il che ci conduce a un'ultima osservazione: mentre con l'associazione pena capitale - guerra Beccaria segna il fine e il confine del potere di punire nella tutela della vita umana e nella sua intangibilità, attraverso l'associazione rousseauiana delitto-guerra la sfera del diritto penale si apre alla logica dello *ius in bello* e la morte del criminale diventa – in linea di principio – una pena giuridicamente ammissibile per qualunque crimine.

Ora, se ci fermassimo a questo punto dell'analisi, rischieremmo di scambiare Rousseau per un intellettuale organico agli interessi del boia. Procedendo nella pagina del *Contrat*, invece, ci imbattiamo subito in un passaggio testuale che rettifica l'esito aberrante dell'identificazione tra «malfattore» e «nemico». Un passaggio rapido, formato da tre frasi lapidarie che scacciano dal proscenio della vita civile il fantasma della guerra: «la frequenza dei supplizi è sempre un segno di debolezza o di pigrizia del governo. Non c'è cattivo che non si potrebbe rendere buono a qualche cosa. Non si ha diritto di far morire, neppure a titolo di esempio, se non chi non si potrebbe mantenere in vita senza pericolo» (J.-J. Rousseau, 1762, lib. II, cap. V, p. 110). Pena di morte sì, ma come *extrema ratio*, dunque: è questa la mite conclusione con cui il filosofo repubblicano ammansisce le pretese ritorsive del vincitore sul vinto.

Possiamo ravvisare, almeno a fronte di questo precetto di moderazione penale, un riverbero del discorso rousseauiano all'interno del capitolo XXVIII del *Dei delitti*<sup>35</sup>? Più precisamente, nel controverso brano in cui Beccaria afferma che la morte di un cittadino può ritenersi necessaria «quando anche privo di libertà egli abbia ancora tali relazioni e tal potenza che interessi la sicurezza della nazione; quando la sua esistenza possa produrre una rivoluzione pericolosa nella forma di governo stabilita» (C. Beccaria, 1764a, § XXVIII, p. 62) sta forse riecheggiando le tesi di Rousseau? Ancora una volta, sarei per la negativa. Il discorso beccariano non riguarda affatto le condizioni di esercizio del «diritto di far morire» (J.-J. Rousseau, 1762, lib. II, cap. V, p. 110), bensì i «motivi» che giustificano come necessaria la «guerra della nazione con un cittadino»: motivi che non vengono ad esistenza se non nei momenti in cui «la nazione ricupera o perde la sua libertà, o nel tempo dell'anarchia, quando i disordini tengon luogo di leggi» (C. Bec-

<sup>35</sup> «L'autore di *Dei delitti* – ha scritto Pietro Verri (dopo la rottura con Beccaria) – non fa che sviluppare ciò che dice R[ousseau]. nel § *Au reste*» (cit. da Francioni in C. Beccaria, 1764b, p. 88, nota 2). Con la locuzione avverbiale «*Au reste*» si apre il capoverso composto dalle tre frasi appena citate.

caria, 1764a, § XXVIII, p. 62): ovvero, in situazioni del tutto eccezionali, fuor dalle quali giustiziare non è mai fare giustizia<sup>36</sup>.

L'indipendenza della riflessione di Beccaria dalle posizioni espresse da Rousseau al termine del suo ragionamento sulla pena di morte si può cogliere anche sotto un altro riguardo. Distinguendo le figure del cattivo da render buono «a qualche cosa» e del criminale irrimediabilmente pericoloso, Rousseau si mostra favorevole a una modulazione delle sanzioni basata sull'identità dei soggetti, più che sull'entità dei delitti. Orbene, il paradigma garantista elaborato da Beccaria riposa sui cardini della legalità della pena e dell'uguaglianza di fronte alla legge penale: due principi incompatibili con l'individualizzazione del trattamento punitivo<sup>37</sup>.

Concludendo questi miei appunti, vorrei prevenire un possibile fraintendimento. Non ho inteso negare l'influenza di Rousseau su Beccaria: ho soltanto tentato di provare che essa non si trova dove spesso è stata cercata.

#### RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Andrés Ibáñez Perfecto (2011), *Introducción*, in C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, Trotta, Madrid, pp. 9-29.

Audegean Philippe (2010), *La philosophie de Beccaria. Savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Vrin, Paris (trad. it.: *Beccaria filosofo europeo*, Carocci, Roma, 2014).

Audegean Philippe (2012), *Beccaria, Cesare*, in *Enciclopedia italiana. VIII Appendice. Filosofia. Il contributo italiano alla storia del pensiero*, a cura di M. Ciliberto, Istituto dell'Enciclopedia Italiana «Giovanni Treccani», Roma, *ad vocem*.

Audegean Philippe (2014a), «*Dei delitti e delle pene*»: *significato e genesi di un pamphlet giuspolitico*, in *La libertà attraverso il diritto. Illuminismo giuridico e questione penale*, a cura di D. Ippolito, Editoriale scientifica, Napoli, pp. 71-92.

<sup>36</sup> Sul significato del terzo capoverso del § XXVIII del *Dei delitti* (da cui sono tratte le ultime due citazioni), si vedano M.A. Cattaneo, 1983; G. Francioni, 1990; P. Costa, 2014; Ph. Audegean, 2014c.

<sup>37</sup> Sui principi del garantismo di Beccaria, si vedano P. Calamandrei, 1945; P. Andrés Ibáñez, 2011; L. Ferrajoli, 2014.

Audegean Philippe (2014b), *Una battaglia segreta di Pelli: «abolire la morte per pena d' delitti»*, in G. Pelli, *Contro la pena di morte*, a cura di Ph. Audegean, Cleup, Padova, 2014, pp. 14-60.

Audegean Philippe (2014c), *Filosofia e diritto penale in Cesare Beccaria* [intervista di Dario Ippolito], in *Politeia*, n. 116, pp. 53-61.

Beccaria Cesare (1764a), *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Einaudi, Torino, 1965.

Beccaria Cesare (1764b), *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. Francioni, *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, diretta da L. Firpo, Medio-banca, Milano, 1984, vol. 1.

Beccaria Cesare (1764c), *Dei delitti e delle pene*, a cura di A. Burgio, Feltrinelli, Milano, 1991.

Beccaria Cesare (1764d), *Des délits et des peines. Dei delitti e delle pene*, texte italien établi par G. Francioni, introduction, traduction et notes de Ph. Audegean, ENS, Lyon, 2009.

Bernardi Bruno (2003), *Le droit de vie et de mort selon Rousseau: une question mal posée*, in *Revue de Méthaphysique et de Morale*, XXXVII, pp. 89-106 (disponibile on line).

Berti Francesco (2012), *Droit de punir et construction d'une citoyenneté vertueuse dans la philosophie de la peine de Filangieri*, in *Penser la peine à l'âge des Lumières*, a cura di L. Delia e G. Radica, in *Lumières*, fascicolo monografico, n. 20, pp. 73-86.

Berti Francesco (2014), *Diritto penale e diritti dell'uomo: il garantismo di Gaetano Filangieri*, in *La libertà attraverso il diritto. Illuminismo giuridico e questione penale*, a cura di D. Ippolito, Editoriale scientifica, Napoli, pp. 115-147.

Birocchi Italo (2002), *Alla ricerca dell'ordine*, Giappichelli, Torino.

Bobbio Norberto (1981), *Contro la pena di morte*, in Id., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, pp. 181-203.

Bobbio Norberto (1983), *Il dibattito attuale sulla pena di morte*, in Id., *L'età dei diritti*, cit., pp. 205-234.

Burgio Aberto (1991), *Introduzione*, in C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Feltrinelli, Milano, 1991, pp. 13-27.

Calamandrei Piero (1945), *Prefazione*, in C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Le Monnier, Firenze, pp. 7-129.

Cantarella Eva (2005), *Uccidere per punire. Come e perché, ieri e oggi*, in Ead., *Supplizi capitali*, Rizzoli, Milano, pp. V-XL.

Carli Gianrinaldo (1765), «Lettera a Paolo Frisi», in C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Einaudi, Torino, pp. 186-188.

Carrithers David W. (1997), *La philosophie pénale de Montesquieu*, in *Revue Montesquieu*, n. 1, pp. 39-63.

Cattaneo Mario A. (1983), *Morale e politica nel dibattito dell'Illuminismo*, in AaVv., *La pena di morte nel mondo*, Marietti, Casale Monferrato, pp. 105-133.

Cattaneo Mario A. (2000), *Il liberalismo penale di Montesquieu*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.

Cavanna Adriano (2005), *Storia del diritto moderno in Europa*, Giuffrè, Milano.

Coqui Guillaume (2012), *Le «droit de vie et de mort» est-il un droit de punir? (Sur Rousseau, Du Contrat Social, II, V)*, in *Corpus. Revue de philosophie*, LXII [*La peine de mort*, mis en œuvre e par L. Delia et F. Hoarau], pp. 157-176.

Costa Pietro (2014), *Beccaria e la filosofia della pena*, in *Un fortunato libriccino. L'attualità di Cesare Beccaria*, a cura di R. Davis e P. Tincani, L'Ornitorinco, Milano, pp. 33-50.

Derathé Robert (1974), *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, Vrin, Paris.

Facchinei Ferdinando (1765), *Note ed osservazioni sul libro intitolato Dei delitti e delle pene*, s.e., s.l. [ma Venezia].

Ferrajoli Luigi (2010), *Il fondamento filosofico del rifiuto della pena di morte*, in Id., *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, a cura di D. Ippolito e S. Spina, Editoriale scientifica, Napoli, 2014, pp. 188-198.

Ferrajoli Luigi (2014), *La actualidad del pensamiento de Cesare Beccaria*, trad. di T. Effer, in *Jueces para la democracia*, n. 79, pp. 51-63.

Ferrone Vincenzo (2014), *Storia dei diritti dell'uomo*, Laterza, Roma-Bari.

Filangieri Gaetano (1780-1791), *La scienza della legislazione*, ed. critica diretta da V. Ferrone, Centro di Studi sull'Illuminismo europeo «Giovanni Stiffoni», Venezia, 2004, tomo IV.

Fiorillo Vanda (1996), *«Salus populi suprema lex esto»: il potere punitivo, come 'officium regis', nel giusnaturalismo di Pufendorf*, in *Samuel Pufendorf filosofo del diritto e della politica*, a cura di V. Fiorillo, La Città del Sole, Napoli, pp. 139-169.

Firpo Luigi (1984), *Le edizioni italiane del «Dei delitti e delle pene»*, in C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. Francioni, in *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, diretta da L. Firpo, Mediobanca, Milano, vol. I.

Francioni Gianni (1990), *Beccaria filosofo utilitarista*, in *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, Cariplo-Laterza, Milano-Bari, pp. 69-87.

*Gazette littéraire de l'Europe*, 13 febbraio 1765, pp. 300-303.

Hobbes Thomas (1651), *Leviatano*, Rizzoli, Milano.

Huning Dieter (2007), *The Basis for the Right to Punish in Hobbes's Leviathan*, in *The Cambridge Companion to Hobbes's Leviathan*, ed. by P. Springborg, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 217-240.

Ippolito Dario (2012), *La philosophie pénale des Lumières entre utilitarisme e retributivisme*, in *Penser la peine à l'âge des Lumières*, a cura di L. Delia e G. Radica, cit., pp. 21-34.

Ippolito Dario (2014), *La dimensione politica della questione penale: l'eredità di Montesquieu*, in *La libertà attraverso il diritto. Illuminismo giuridico e questione penale*, a cura di D. Ippolito, Editoriale scientifica, Napoli, pp. 33-70.

Ladd Kevin (2012), *Penser la peine dans la souveraineté et dans l'époque. Situation de l'argumentation abolitionniste dans Des délits et des peines de Cesare Beccaria*, in *Penser la peine à l'âge des Lumières*, a cura di L. Delia e G. Radica, cit., pp. 101-120.

Locke John (1690), *Trattato sul governo*, a cura di L. Formigari, Editori Riuniti, Roma, 1997.

Mereu Italo (1982), *La morte come pena*, Donzelli, Roma, 2007.

Mondolfo Rodolfo (1960), *Cesare Beccaria*, Nuova accademia editrice, Milano.

Montesquieu Charles Louis de Secondat de (1748), *Lo Spirito delle leggi*, a cura di R. Derathé, Rizzoli, Milano, 1996.

Porret Michel (2003), *Beccaria*, Il Mulino, Bologna, 2014.

Ricciardi Mario (2015), *Rodolfo Mondolfo e Cesare Beccaria*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, n. 1 (in corso di stampa).

Rousseau Jean-Jacques (1755), *Discorso sull'origine e i fondamenti della disuguaglianza fra gli uomini*, in Id., *Scritti politici*, a cura di M. Garin, Laterza, Roma-Bari, 1994, vol. 1.

Rousseau Jean-Jacques (1762), *Del contratto sociale o Principi del diritto politico*, in Id., *Scritti politici*, a cura di M. Garin, Laterza, Roma-Bari, 1994, vol. 2.

Rousseau Jean-Jacques (1964), *Œuvres complètes*, Gallimard, Paris.

Salvatorelli Luigi (1935), *Il pensiero politico italiano dal 1700 al 1870*, Einaudi, Torino.

Silvestrini Gabriella (2007), *Diritti naturali e diritto di uccidere. Teorie moderne della guerra fra modelli teorici e tradizioni di pensiero*, in *Filosofia politica*, XXI, pp. 425-452.

Silvestrini Gabriella (2010), *Diritto naturale e volontà generale. Il contrattualismo repubblicano di Jean-Jacques Rousseau*, Claudiana, Torino.

Silvestrini Gabriella (2015), *Fra diritto di guerra e potere di punire: il «diritto di vita e di morte» nel Contratto sociale*, in *Rivista di storia della filosofia*, n. 1, pp. 125-141.

Tabet Xavier (2009), *Beccaria, la peine de mort et la Révolution française*, in *Laboratoire italien*, IX, pp. 51-79 (disponibile *on line*).

Tarello Giovanni (1976), *Storia della cultura giuridica moderna*, il Mulino, Bologna, 1997.

Tuccillo Alessandro (2012), *Droit de punir et légitimation de la peine de mort dans la Science de la législation de Filangieri*, in *Corpus. Revue de philosophie*, LXII [*La peine de mort, mis en œuvre et par L. Delia et F. Hoarau*], pp. 231-243.

Venturi Franco (1965), *Introduzione*, in C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Einaudi, Torino, pp. VII-XXXVI.

Yates Arthur (2014), *The Right to Punish in Hobbes's Leviathan*, in *Journal of the History of Philosophy*, 2, pp. 233-254.

Zarone Giuseppe (1971), *Etica e politica nell'utilitarismo di Cesare Beccaria*, Istituto italiano per gli studi storici, Napoli.

## CON BECCARIA OLTRE BECCARIA: DALL'ABOLIZIONE DELLA PENA DI MORTE A QUELLA DELL'ERGASTOLO\*

Stefano Anastasia

*Topos essenziale dell'opera di Beccaria, e lascito tra i più rilevanti di Dei delitti e delle pene, è la condanna della morte come pena, accompagnata dalla perorazione dell'ergastolo come sua efficace alternativa. In questo contributo intendo sostenere la possibilità di andare oltre Beccaria, auspicando l'abolizione del carcere a vita come compimento della scelta abolizionista delle pene capitali intrapresa grazie alla sua opera.*

*Keywords:* Beccaria; pena di morte; ergastolo; dignità umana.

### 1. Il rifiuto della pena di morte in Beccaria

Il rifiuto della pena di morte si fonda, nel celebre capitolo XXVIII di *Dei delitti e delle pene*, su due argomenti (o su due serie di argomentazioni, come scrive Audegean, 2011, p. 118 ss.): quelli fondati sulla logica contrattualistica e quelli fondati sulla logica utilitaristica. Secondo gli argomenti contrattualistici la morte non è nella disponibilità del potere di punire perché la vita non è oggetto del contratto sociale. Secondo gli argomenti utilitaristici, la pena di morte è inefficace rispetto allo scopo della prevenzione dei delitti futuri, che è lo scopo ultimo della punizione di quelli passati.

Di questi argomenti mi interessa evidenziare la struttura formale. L'argomento contrattualista (la salvaguardia di sé nell'assoggettamento al principio di sovranità) si presenta come autonomo: quand'anche – contrariamente a quanto fa Beccaria – non si riconoscano limiti nella devoluzione al potere

\* Ringrazio Maurizio Cianchella, Dario Ippolito, Andrea Pugiotto ed Eligio Resta delle osservazioni e delle critiche offertemi dopo la lettura di una prima versione di questo testo.

sovrano, la vita o c'è o non c'è nel patto sottoscritto dai sudditi/cittadini. Si tratta, quindi, in questo senso di un argomento autonomo, in quanto non dipendente da altri: si regge su stesso.

Viceversa, gli argomenti utilitaristici proposti da Beccaria contro la pena di morte (quelli della sua inutilità e della sua dannosità) cedono a un certo relativismo e hanno bisogno di conferme esterne alla loro mera affermazione. L'inutilità e la dannosità della pena di morte vengono infatti frequentemente dichiarate *per rapporto a* le alternative sanzionatorie che Beccaria vedeva plausibili nella cancellazione della morte come pena. E il discorso torna ripetutamente sulla pena dell'ergastolo (una «schiavitù perpetua») come modalità punitiva più efficace di quanto non sia la pena di morte nel distogliere il potenziale autore di reato dal commetterlo.

Storicamente sappiamo quanto sia stato e quanto sia tutt'ora importante il carcere a vita in una prospettiva abolizionista della pena di morte. È nota la titubanza di Amnesty International nei confronti dell'abolizione dell'ergastolo, ancora oggi strumento essenziale per convincere gli Stati che prevedano e pratichino la pena di morte a cancellarla o, quanto meno, ad astenersi dall'eseguirlo. Ma possiamo noi oggi condividere quelle parole di Beccaria sull'ergastolo? No, di certo. E vediamo perché, partendo dagli argomenti relativisti. Gran parte di essi possono essere trasposti nel confronto tra l'ergastolo e le pene detentive di lunga durata (ma a scadenza certa): così è per la minore crudeltà e per l'economicità della sanzione penale; così per la maggiore frattura che l'ergastolo produce tra il condannato (e il condannabile) e la società, o l'istituzione che lo minaccia o lo costringe. Argomenti espandibili progressivamente fino a una soglia minima di percezione sociale del disvalore del fatto punito (la minima sofferenza penale prescritta da Luigi Ferrajoli nel suo "utilitarismo penale riformato"<sup>1</sup>, non più solo dalla parte della maggioranza non deviante, ma anche dalla parte dell'imputato e del condannato).

A distinguere la pena di morte dall'ergastolo resta, apparentemente impregiudicato, l'argomento contrattualista: la vita non è nel patto, dice Beccaria<sup>2</sup>. Ma qui entra in gioco una differente concezione della vita umana tra il passato e (almeno) il presente del garantismo: il vincolo proto-moderno era

<sup>1</sup> La necessità di un "utilitarismo penale riformato", elemento essenziale della teoria del garantismo penale di Ferrajoli è originariamente in Ferrajoli (1985), recentemente ripubblicato in Ferrajoli (2014), alle pp. 26-60.

<sup>2</sup> «Chi è mai colui che abbia voluto lasciare ad altri uomini l'arbitrio di ucciderlo? Come mai nel minimo sacrificio della libertà di ciascuno vi può essere quello del massimo tra tutti i beni, la vita?» (Beccaria, 17665, XXVIII, I cpv).

(quando c'era) alla tutela della mera vita biologica dei consociati. Il vincolo del costituzionalismo contemporaneo è alla vita degna di essere vissuta. Di mezzo c'è la riscoperta laica della eguale dignità degli esseri umani: «l'uomo, e ogni essere razionale in genere, *esiste* come scopo in se stesso, e *non solo come mezzo* perché sia usato da questa o quella volontà; in tutte le sue azioni, dirette sia verso se stesso sia verso altri esseri razionali, esso dev'essere sempre considerato, *al tempo stesso, anche come un fine*» (Kant, 1785, sez. II, § 3, XII cpv). Un essere umano non può essere considerato esclusivamente un mezzo per fini altrui senza decadere a cosa, mera oggettività, strumento di fini che gli sono estranei, quand'anche essi fossero della maggioranza dei consociati e destinati alla «*massima felicità divisa nel maggior numero*» (Beccaria 1766<sup>5</sup>, Introduzione, II cpv), per esempio – appunto – perseguendo la punizione o la riduzione della devianza criminale. È vero, come scrive Luigi Ferrajoli (1989, p. 392), che Beccaria sembra anticipare le parole di Kant, quando afferma che «non vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi di esser *persona* e diventi *cosa*» (17665, XX), ma il contesto è quello dei limiti alla libertà nelle relazioni private, tra il forte, i deboli e gli incauti, e della responsabilità penale dei potenti<sup>3</sup>. Non ritorna, invece, in Beccaria una simile perentoria affermazione quando scrive specificamente delle pene e dei limiti al potere punitivo, dove invece, affinché la pena assolva alla sua funzione deterrente, sostiene che il condannato può essere ridotto per tutta la vita in quello stato di «bestia di servizio» (Beccaria, 17665, § XXVIII, V cpv) proprio dell'ergastolo. Perché il potere punitivo abbia un limite, gli argomenti di Beccaria – come abbiamo ricordato – sono contrattualistici o utilitaristici, non già umanitari.

<sup>3</sup> Il § XX di *Dei delitti e delle pene* è dedicato, infatti, alle «violenze» tra i privati, ai delitti contro la persona. Contro l'eventuale impunità del «grande» o del «ricco» che possano «mettere a prezzo gli attentati contro il debole e il povero», Beccaria sostiene che essi debbano «infallibilmente esser puniti con pene corporali», «altrimenti le ricchezze, che sotto la tutela delle leggi sono il premio dell'industria, diventano l'alimento della tirannia». Se così fosse, se il ricco potesse mettere un prezzo al suo agire, se potesse trovare un equivalente monetario alla violenza commessa nei confronti del meno abbiente non vi sarebbe più libertà non solo e non tanto per quella impunità nel caso di specie (e per la sua ripetibile occorrenza), ma più ancora perché quel potere di mettere un prezzo alle persone «è il magico segreto che cangia i cittadini in animali di servizio», «la catena» con cui il «forte» «lega le azioni degli incauti e dei deboli». Riflessioni, come si vede, della massima importanza in ordine alle relazioni sociali e al ruolo della legislazione nel perseguimento di una eguaglianza non meramente formale, ma che non fondano un principio assoluto di intangibilità della dignità umana.

## 2. Ergastolo e dignità umana

Viceversa la “rivoluzione della dignità” (Rodotà, 2013), che altro non è che la rivoluzione della universalità dei diritti umani presa sul serio, ha cambiato radicalmente la scena entro cui si muoveva Beccaria. Allo *scandalo della morte come pena*, denunciato da Beccaria, si aggiunge (e sottolineo si aggiunge) lo *scandalo della vita come pena*, della identificazione tra pena e vita, che è quel che accade nella lenta e inesorabile esecuzione della pena dell’ergastolo secondo quelli che Foucault chiama i codici disciplinari del potere sulla vita (1976; trad. it. pp. 121-3). Se con la morte, la vita cessa di esistere, e quindi di essere in alcun modo qualificabile, nella identificazione tra pena e vita, la vita umana perde quella caratteristica della dignità che noi le assegniamo nella prospettiva umanistica contemporanea. La privazione della libertà per tutto il corso della vita riduce la vita umana a *zoé*<sup>4</sup>: senza prospettiva di libertà, senza possibilità di auto-determinazione, la vita è mera riproduzione di componenti biologiche. Questo è ciò che accade al condannato all’ergastolo.

Il principio di intangibilità della dignità umana implica che un essere umano (anche l’autore del più efferato reato) non possa essere messo a morte (come scriveva Beccaria) così come non possa essere condannato all’ergastolo (come al contrario sosteneva Beccaria): la loro esecuzione infatti, della pena di morte come dell’ergastolo, perseguirebbe esclusivamente fini estranei alla soggettività del condannato, quali possono essere quelli (presunti) della sicurezza immediata, attraverso la sua morte fisica o civile, o mediata dall’esempio che quella esecuzione darebbe nei confronti del prossimo. Entrambe queste due classiche funzioni della pena (prevenzione speciale negativa e prevenzione generale), che pure sono le uniche ammesse da Beccaria (1766, XII), nulla hanno a che fare con le aspettative di vita del condannato. Nel primo caso, la sicurezza immediata offerta alla comunità dalla morte o dalla reclusione del condannato risponde alla funzione di prevenzione speciale negativa della pena, che si contenta di impedire al condannato di commettere nuovi reati attraverso la sua eliminazione fisica o sociale. Nel secondo caso, la sicurezza mediata dall’esempio dell’esecuzione della pena risponde alla funzione di prevenzione generale della pena, che intende ammonire il prossimo attraverso l’esempio della pena inflitta al condannato, le cui testimonianze più rilevanti sono date da un certo modo pre-moderno di eseguire le pene in pubblico, dagli strazi alle fustigazioni e alla morte, di cui non manca traccia nelle pratiche contemporanee in diverse latitudini del globo. Va da sé che en-

<sup>4</sup> Sulla distinzione tra *zoé* e *bios* nella Grecia classica cfr. Agamben 1995, p. 3 ss.

trambi questi argomenti pongono in aperta contraddizione con il principio kantiano della dignità umana quelle stesse pene che intendono giustificare, ma nel caso della pena di morte così come in quello della pena a vita la loro ineluttabilità impedisce ogni relativizzazione della contraddizione, facendo trionfare nell'esecuzione penale l'abuso simbolico-sacrificale del condannato, ridotto a mera cosa per fini altrui.

### 3. Il diritto all'esistenza del condannato all'ergastolo

«Di fronte al problema dell'ergastolo ... la domanda che ci dobbiamo porre non è se esso violi o non violi il sacrosanto diritto alla vita, ma se violi il ... diritto dell'uomo all'esistenza, che è cosa distinta – disse Aldo Masullo (1998, p. 48) in Senato, in occasione dell'ultima parziale approvazione del disegno di legge per la sua abolizione<sup>5</sup> –. Vita è quella di tutti gli animali: anche l'animale bruto vive. Ma l'esistenza è cosa squisitamente umana, perché esistere, *ex sistere*, designa la condizione, che noi sperimentiamo momento per momento, dell'incessante nostro perdere parte di noi stessi, del nostro essere per così dire scacciati dall'identità nella quale stavamo al riparo fino a questo momento e il nostro essere sbalzati verso un'altra identità, fuor della quale presto saremo ancora sbalzati: in questo momento io non sono più quello che qualche minuto fa ascoltava i suoi colleghi e fra qualche momento già non sarò più quello che adesso vi sta parlando».

Nella pena dell'ergastolo il tempo si ferma: l'indeterminatezza della sua fine si traduce nell'assolutezza della condizione presente. «Il tempo – diceva ancora Masullo (*ibidem*) – non è tanto la misura della vita, quanto piuttosto l'emozione fondamentale che ci caratterizza come uomini. Cos'altro sono io se non la pena di ciò che ho perduto? ... Se il tempo spaventa perché è perdita, ciò avviene per il fatto che non siamo stati educati ad accorgerci che il tempo, cioè l'accidente del mio perdere ogni volta qualcosa di me, si accompagna inevitabilmente ... all'apertura di una nuova possibilità. Nel momento in cui perdo qualcosa, nel momento in cui la foglia che sto guardando cade, si apre la possibilità di una nuova fioritura». Quindi l'ergastolo «non è la negazione di un segmento di vita o di tutta la vita residuale dell'uomo.

<sup>5</sup> L'ultima volta che l'abolizione dell'ergastolo è stata in discussione nel Parlamento italiano risale alla XIII legislatura repubblicana, quando in data 30 aprile 1998 fu approvato dal Senato in prima lettura il disegno di legge n. 211 così come modificato nel corso dell'esame parlamentare. Con la fine della legislatura il testo, mai esaminato dalla Camera dei deputati, decadde.

Esso è la negazione all'uomo di ciò che lo caratterizza più profondamente nel suo esistere ... L'ergastolano, nella sua condizione, di momento in momento, di ora in ora, vede morire parte di se stesso senza che nasca alcuna possibilità nuova».

Con questi argomenti possiamo qualificare la pena dell'ergastolo *fattualmente* come una pena disumana, in ragione dell'annichilimento della libertà umana che in essa è statutariamente prevista, e *formalmente* come una pena capitale, prevedendo essa la morte civile del reo, destinato esclusivamente a far mostra di sé (della sua umana sofferenza) in funzione deterrente di nuovi reati: «il freno più forte contro i delitti», scrive Beccaria (17665, § XXVIII, V cpv) è «il lungo e stentato esempio di un uomo privo di libertà, che, divenuto bestia di servizio, ricompensa colle sue fatiche quella società che ha offesa». Non diversamente dallo «spettacolo della morte», nell'«esempio» dell'ergastolo l'esecuzione della condanna non prende mai in considerazione il suo destinatario «anche come un fine», e dunque ne azzerà la dignità umana.

Ha dunque ragione Papa Bergoglio (2014) nell'associare la pena dell'ergastolo con quella alla morte in un discorso che andrà ricordato anche per la sensibile innovazione della dottrina della Chiesa sulla stessa pena di morte. Ancora nella *Evangelium vitae* di Giovanni Paolo II e nel *Catechismo della Chiesa cattolica* (dal Pontefice in carica – se non ritualmente – certo generosamente citate) la pena di morte non era esclusa quando «la difesa della società non fosse possibile altrimenti» (Wojtila 1995, § 56), ovvero «quando questa fosse l'unica via praticabile per difendere efficacemente dall'aggressore ingiusto la vita di esseri umani» (Chiesa Cattolica, 1992, § 2267). Di queste eccezioni Francesco non fa parola, limitandosi a dire che «San Giovanni Paolo II ha condannato la pena di morte, come fa anche il Catechismo della Chiesa Cattolica», per poi incitare – poco dopo – «i cristiani e gli uomini di buona volontà» «a lottare non solo per l'abolizione della pena di morte, ..., ma anche al fine di migliorare le condizioni carcerarie, nel rispetto della dignità umana delle persone private della libertà». E qui, nel nome della dignità umana, Francesco dice che «l'ergastolo è una pena di morte nascosta»<sup>6</sup>. Diremmo noi: una pena capitale come quella.

<sup>6</sup> Non va dimenticato, infine, che proprio all'inizio del pontificato di Papa Francesco, con la legge IX dell'11 luglio 2013, recante «Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale», art. 31, è stata disposta la soppressione della pena del carcere a vita nell'ordinamento vaticano e la sua trasformazione in pena temporanea determinabile tra i trenta e i trentacinque anni.

#### 4. Dall'abolizione della pena di morte all'abolizione dell'ergastolo

Se questi argomenti che ho proposto hanno un senso, nel futuro del garantismo la battaglia abolizionista della pena capitale fatta in nome di Beccaria non può non estendersi al suo surrogato, alla pena della morte civile. Resta da capire come, con quali argomenti.

Dalla Costituzione in poi la tradizione della penalistica civile italiana ha contestato la pena dell'ergastolo per la sua evidente contraddittorietà con una finalità rieducativa non intesa in senso meramente morale, di emenda spirituale: se la rieducazione va portata alla prova della società, la pena dell'ergastolo non può sottrarsi a questa verifica di efficacia. Purtroppo, però, la Corte costituzionale fin qui è stata di diverso avviso e dopo aver "salvato" negli anni Settanta l'ergastolo (Corte cost. 264/74) facendo proprio quello che Luigi Ferrajoli (1992, p. 83) ha definito «un misero e ipocrita sofisma» ("l'ergastolo è legittimo nella misura in cui non è effettivamente applicato"), ha poi legittimato l'ergastolo senza possibilità di revisione (il cd. "ergastolo ostativo") sostenendo che in realtà esso non è senza possibilità di revisione, essendo sempre nella facoltà del condannato consentire alla "collaborazione" richiesta dalla magistratura e così dimostrare fattivamente la propria "rieducazione", e dunque la meritevolezza della conversione della pena senza tempo nella liberazione condizionale (Corte cost., 135/2003)<sup>7</sup>. Non è questo il luogo per contestare il cattivo realismo dei giuristi che confondono le leggi (e dunque le loro astratte previsioni normative) per la verità effettuale del diritto *in action*<sup>8</sup>. Non ci tornerò, dunque. Mi interessa invece sottolineare quanto la finalità rieducativa della pena abbia giocato in modo ambiguo in questa vicenda: come già nel 1974, trent'anni dopo essa invece di portare a una declaratoria di incostituzionalità dell'ergastolo ostativo lo ha al contrario legittimato.

Non diversamente, la Corte costituzionale si è sottratta a una decisione in merito alla sospensione della pena in caso di detenzione in condizioni di evidente contrasto con il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità (Corte cost., 279/2013), aggrappandosi – tra le altre cose – alla necessità di una valutazione giurisdizionale del caso concreto nel percorso rieducativo dell'interessato, di fatto sancendo un discutibile primato della finalità rieducativa della pena sul divieto di trattamenti contrari al senso di umanità<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Sui molteplici profili di incostituzionalità dell'ergastolo (e non solo di quello ostativo), si veda invece Pugiotto 2013.

<sup>8</sup> Ne ho accennato, proprio a questo proposito, in *Introduzione a Contro l'ergastolo* (2009), alle pp. 15-17.

<sup>9</sup> Per approfondimenti, mi si consenta di rinviare ad Anastasia, 2014, p. 495 ss.

Tanto nel caso dell'ergastolo ostativo, quanto in quello della sospensione della pena inumana, la finalità rieducativa della pena ha finito per essere un dispositivo disciplinare utile al governo della esecuzione penale per sfuggire alle sue responsabilità e ai suoi limiti. È difficile immaginare, quindi, che essa possa adempiere a quella funzione civile abolizionista che la migliore cultura giuridica italiana le affida.

D'altro canto, Philippe Audegean (2014) ha recentemente ricordato l'estraneità di Beccaria alle concezioni correzionalistiche della pena anche in punto di abolizione della pena di morte. L'argomento non era estraneo alla cultura del tempo, se – ricorda Audegean – la *Leopoldina*, la prima legge abolizionista della pena capitale, promulgata nel Granducato di Toscana nel 1786 e ispirata all'opera di Beccaria, vi farà riferimento. Ma Beccaria «non crede che le pene possano essere uno strumento di riforma morale dei condannati» (*ivi*) e non vi fa riferimento. In effetti, quand'anche si prenda per buona la finalità rieducativa della pena, e la si ritenga possibile e rispettosa della libertà morale del condannato, essa è al più strumentale alla sua dignità umana e dunque a essa subordinata: nel caso, la pena deve tendere alla rieducazione perché il condannato non sia mero strumento di fini altrui nel momento della esecuzione a suo carico della pena comminata in sentenza.

Questo argomento ci consente di concludere nel senso che l'impegno abolizionista delle pene capitali va portato, *con* Beccaria, *oltre* Beccaria, verso l'abrogazione dell'ergastolo per la semplice ragione che esso contrasta con il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità.

#### RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Agamben Giorgio (1995), *Homo sacer. Il Potere sovrano e la nuda vita. I*, Torino, Einaudi, 1995.

Anastasia Stefano (2014), *Un'età dei diritti? La nuova giurisprudenza sui limiti al potere punitivo e le sue possibili declinazioni*, in *Archivio penale*, LXVI, 2, pp. 487-499.

Anastasia S. e Corleone F. (2009), a cura di, *Contro l'ergastolo. Il carcere a vita, la rieducazione e la dignità della persona*, Ediesse, Roma.

Audegean Philippe (2011), *La philosophie de Beccaria. Savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Vrin, Paris; trad. it. di B. Carnevali, *Cesare Beccaria, filosofo europeo*, Carocci, Roma, 2014.

Audegean Philippe (2014), *Filosofia e diritto penale in Cesare Beccaria*. Intervista di D. Ippolito, in *Notizie di Politeia*, XXX, 4 (116), pp. 53-61.

Beccaria Cesare (1766), *Dei delitti e delle pene*; ed. consult. a cura di A. Burgio, Feltrinelli, Milano, 1991.

Bergoglio Jorge Mario (2014), *Discorso del Santo Padre Francesco alla delegazione dell'Associazione internazionale di diritto penale*, pronunciato in Vaticano il 23 ottobre 2014, reperibile in [https://w2.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2014/october/documents/papa-francesco\\_20141023\\_associazione-internazionale-diritto-penale.html](https://w2.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2014/october/documents/papa-francesco_20141023_associazione-internazionale-diritto-penale.html).

Chiesa Cattolica (1992), *Catechismo*, reperibile in [http://www.vatican.va/archive/ccc\\_it/ccc-it\\_index\\_it.html](http://www.vatican.va/archive/ccc_it/ccc-it_index_it.html).

Ferrajoli Luigi (1985), *Il diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene*, III, 3, pp. 493-524.

Ferrajoli Luigi (1992), *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *Dei delitti e delle pene*, X, 2, pp. 79-87.

Ferrajoli Luigi (2014), *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, a cura di D. Ippolito e S. Spina, Editoriale scientifica, Napoli.

Foucault Michel (1976), *La volonté de savoir*; trad. it.: *La volontà di sapere*, Feltrinelli, Milano, 1988.

Kant Immanuel (1785), *Grundlegung zur Metaphisik der Sitten*; trad. it.: *Fondazione della metafisica del costume*, a cura di V. Mathieu, Rusconi, Milano, 1994.

Masullo Aldo (1998), *Intervento in discussione generale sul ddl 211 "Abolizione dell'ergastolo"*, in Senato della Repubblica, XIII legislatura, *Resoconto stenografico della 366ª seduta pubblica, pomeridiana del 29 aprile 1998*, pp. 48-51.

Pugiotto Andrea (2013), *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in [http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/27-/1-/2127-una\\_quaestio\\_sulla\\_pena\\_dell\\_ergastolo/](http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/27-/1-/2127-una_quaestio_sulla_pena_dell_ergastolo/).

Rodotà Stefano (2013), *La rivoluzione della dignità*, La Scuola di Pitagora, Napoli.

Wojtyła Karol (1995), *Lettera enciclica Evangelium vitae*, reperibile in [http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_25031995\\_evangelium-vitae.html](http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html).

## UTILITARISMO E RETRIBUTIVISMO IN CESARE BECCARIA

Mario De Caro

*Non c'è dubbio che, per la sua idea che l'«utilità comune» sia «la base della giustizia umana», Cesare Beccaria vada considerato un antesignano dell'utilitarismo. Tuttavia Beccaria non difende un utilitarismo puro. Nella sua proposta, infatti, sono incorporati – sia pure in un ruolo concettualmente subordinato – alcuni elementi che vanno piuttosto ricondotti 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 si sostiene che, tra le molte ragioni che rendono la riflessione di Beccaria rilevante per i nostri tempi, c'è anche il modo in cui egli concilia la visione di impronta utilitaristica della pena con questi elementi retributivistici. Ancora oggi, soltanto le concezioni 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.*

**Keywords:** Cesare Beccaria; teoria della pena; retributivismo; utilitarismo; neuroscienze.

### 1. Utilità comune e giustizia umana

Non c'è dubbio che, per la sua idea che l'utilità comune sia «la base della giustizia umana» (§ 7, 43), Cesare Beccaria vada considerato un antesignano dell'utilitarismo<sup>1</sup>. Così si legge in *Dei delitti 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

<sup>1</sup> Le citazioni da *Dei delitti e delle pene* saranno date nel testo facendo riferimento al paragrafo seguito dal numero di pagina.

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, come non 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 Sidgwick<sup>2</sup>. 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 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. Retributivismo e utilitarismo

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,

<sup>2</sup> Sulle vicende storiche e teoriche dell'utilitarismo, cfr. L. Fonnesu (2006), M. De Caro (2008, cap. 3) e A. Reichlin (2013).

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 cri-

minali 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 espriare). 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»)<sup>3</sup>. Entrambe queste componenti si incentrano sulla nozione di *merito*, che a sua volta presuppone quella 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).

<sup>3</sup> Questa distinzione concettuale, oggi molto utilizzata, soprattutto nella discussione anglosassone, è stata introdotta da J. Mackie (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. Utilitarismo della regola e retributivismo negativo

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 e 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 Audegean (2012), 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 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, p. 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 formula-

zione della legge (che non può prevedere pene troppo aspre, anche quando 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 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 generale<sup>4</sup>. Per esempio, rispetto al limite che Beccaria pone agli abusi interpretativi della legge da parte dei magistrati, Audegean (2012) 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 M.D. White (2014), 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 magistrati<sup>5</sup>. La loro idea, sostanzialmente, è che in Beccaria la ricerca dell'utile – che costituisce comunque l'orizzonte ultimo del sistema penale –

<sup>4</sup> Sull'utilitarismo della regola, cfr. B. Hooker (2012).

<sup>5</sup> 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 D.B. Young (1983). Non si può seriamente dubitare, infatti, che Beccaria rifiutasse senza esitazioni la componente positiva del retributivismo.

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.

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'infissione 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. La sfida delle neuroscienze**

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 che 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 fondamentale<sup>6</sup>. 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 si sono mossi, per esempio, i due giganti del pensiero etico-giuridico anglosassone del Novecento, John Rawls (1955) e H.L.A. Hart (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

<sup>6</sup> Sulle notevoli difficoltà teoriche cui va incontro l'utilitarismo della regola, cfr. Arneson (2005).

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 offerto dall'utilitarismo (o nella versione dell'utilitarismo dell'atto o in quella della regola). Gli alferi 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 (2004, p. 1784):

«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 umanità».

Questo tipo di posizioni sono sempre più comuni (cfr. J. Greene e J. Cohen, 2004; M. Gazzaniga, 2008; F. Caruana, 2010; S. Harris, 2012; D. Pereboom, 2014). 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 dubbio (cfr. A. Roskies, 2006; A. Mele, 2009; M. De Caro e A. Lavazza, 2014). 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'infissione 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 quando 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 disprezzate [*Retributivismo negativo*]» (C. Beccaria, 1764, § XVI, 55).

## BIBLIOGRAFIA

Arneson Richard (2005), *Sophisticated Rule Consequentialism: Some Simple Objections*, in *Philosophical Issues*, XV, pp. 235-251.

Audegean Philippe (2012), *Beccaria, Cesare*, in Enciclopedia Italiana Treccani, in [http://www.treccani.it/enciclopedia/cesarebeccaria\\_%28Il\\_Contributo\\_italiano\\_alla\\_storia\\_del\\_Pensiero:\\_Filosofia%29/#](http://www.treccani.it/enciclopedia/cesarebeccaria_%28Il_Contributo_italiano_alla_storia_del_Pensiero:_Filosofia%29/#).

Beccaria Cesare (1764), *Dei delitti e delle pene*, ristampa in *Illuministi italiani*, tomo III, Ricciardi, Milano-Napoli, pp. 27-105.

Caruana Fausto (2010), *Due problemi sull'utilizzo delle neuroscienze in giurisprudenza*, in *Sistemi intelligenti*, XXII, pp. 337-346.

De Caro Mario (2008), *Azione*, il Mulino, Bologna.

De Caro Mario e Lavazza Andrea (2014), *Free Will as an Illusion: Ethical and Epistemological Consequences of an Alleged Revolutionary Truth*, in *Social Epistemology Review and Reply Collective*, III, 12, pp. 40-50.

Ferrajoli Luigi (1989), *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari.

Fonnesu Luca (2006), *Storia dell'etica contemporanea: da Kant alla filosofia analitica*, Carocci, Roma.

Gazzaniga Michael (2008), *The law and neuroscience*, in *Neuron*, LX, pp. 412-415.

Greene Joshua e Cohen Jonathan (2004), *For the law, neuroscience changes nothing and everything*, in *Philosophical Transactions of the Royal Society of London B*, CCCLIX, pp. 1775-1785.

- Harris Sam (2012), *Free Will*, Oxford University Press, Oxford.
- Hart H.L.A. (1968), *Punishment and Responsibility*, London.
- Hooker Brad (2008), *Rule Consequentialism*, in E. Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, in <http://plato.stanford.edu/entries/consequentialism-rule>.
- Mackie John (1985), *Persons and Values*, Clarendon Press, Oxford.
- Mele Alfred (2014), *Why Science Hasn't Disproved Free Will*, Oxford University Press, New York.
- Pereboom Derk (2014), *Will, Agency, and Meaning in Life*, Oxford, Oxford University Press.
- Rawls John (1955), *Two Concepts of Rules*, in *The Philosophical Review*, 64, pp. 3-32.
- Reichlin Alfredo (2013), *Utilitarismo*, il Mulino, Bologna.
- Roskies Adina (2006), *Neuroscientific Challenges to Free Will and Responsibility*, in *Trends in Cognitive Sciences*, X, pp. 419-423.
- Sapolsky Robert (2004), *The Frontal Cortex and the Criminal Justice System*, in Semir Zeki and Oliver Goodenough (eds.), *Law and the Brain*, Oxford University Press, Oxford, pp. 227-243.
- White Mark D. (2014), *On Beccaria, the Economics of Crime, and the Philosophy of Punishment*, in *Philosophical Inquiries*, II, pp. 121-137.
- Young David B. (1983), *Cesare Beccaria: Utilitarian or Retributivist?*, in *Journal of Criminal Justice*, 11, pp. 317-326.

## CESARE BECCARIA IN INGHILTERRA PRIMA DI JEREMY BENTHAM. LA SPECIFICITÀ INGLESE

Rosamaria Loretelli

*La storia della prima ricezione di Dei delitti e delle pene in Inghilterra è ancora in gran parte da scrivere. Questo articolo ne ricostruisce il tassello iniziale relativo alla prima traduzione, che la ricerca storica ha finora del tutto trascurato. L'Autrice parte da John Almon, lo stampatore-libraio il cui nome compare sul frontespizio e che non era una persona qualunque, e informa sulla sua carriera e legami politici. In seguito si discute il senso della variazione del titolo, che nella versione inglese diviene An Essay on Crimes and Punishments (1767), e si forniscono indicazioni sulle prime recensioni. Infine, illustrando la prefazione del traduttore, l'Autrice tratta della specificità della giustizia inglese e mostra in quale modo questa abbia influito sulla ricezione del capolavoro del filosofo milanese nel Paese d'Oltremarica.*

**Keywords:** storia editoriale; ricezione; giustizia; stampa popolare.

### Introduzione

Il «2 di 8bre» del 1766 – così scrive in una lettera al fratello – Alessandro Verri è appena partito con Cesare Beccaria alla volta di Parigi, dove li attende l'enciclopedista André Morellet di cui era uscita da poco la traduzione francese di *Dei delitti e delle pene*. A Parigi Beccaria è «accolto con adorazione» (P. e A. Verri, 1980, p. 24) dai *philosophes* e invitato dovunque.

Mentre in privato maturava la rottura tra i due, con un Cesare irrequieto, egoista e depresso, ansiosissimo per aver lasciato la giovane moglie sola a Milano, e un Alessandro sempre più insofferente, le giornate si riempivano di pranzi, appuntamenti, teatri: «agente generale» nei rapporti con la società francese, proprio Morellet (P. e A. Verri, 1980, p. 37). «Il mio amico fa

tutt'ora una brillante figura – scrive Alessandro – è festeggiato e venerato» (P. e A. Verri, 1980, p. 38).

Ciò nonostante, in un crescente stato di agitazione, Cesare decide di interrompere il viaggio e a fine novembre riparte per Milano, mentre l'ex amico prosegue da solo alla volta di Londra. «L'amicizia è sradicata» è la constatazione di quest'ultimo, un sentimento che anche il fratello Pietro ben presto condividerà.

Le lettere di Alessandro dal soggiorno londinese sono intessute di lodi di quella città che lo stupisce: è immensa, «illuminata di notte sei miglia all'intorno» (P. e A. Verri, 1980, p. 138), ferve di scambi, di manifatture, di botteghe; la Borsa è mirabile, le arti e il teatro sono in pieno slancio. Inoltre, grande è la libertà degli inglesi, ripete a ogni piè sospinto, e grande la loro tolleranza. Vi si trova bene, benissimo.

Il 16 dicembre scrive di essere venuto a sapere che la moglie di Beccaria aveva mandato al Duca di York il libro del marito. «Esso duca lo volle far tradurre, ma non se ne fece nulla. Il libro qui non è stimato come in Francia. La ragione è che le sue massime sono la maggior parte qui ricevute e da lungo tempo poste in pratica. Di fatti qui è stato stampato in Italiano dal Molini in casa di cui io sono attualmente, il quale è fratello di quel Molini che ha stampato lo stesso libro a Parigi; ma non ha avuto uno spaccio; cosicché ha mandato due copie a Parigi dove poi vi si sono spacciate» (P. e A. Verri, 1980, p. 148)<sup>1</sup>.

Questo, il 16 dicembre. Tuttavia, il 25 gennaio del 1767 Alessandro annunciava al fratello: «Il libro di Beccaria si traduce per la prima volta in Inghilterra ed è interessato alla stampa il mio ospite Molini. Ne porterò meco una copia a Parigi perché esce alla luce fra pochi giorni» (P. e A. Verri, 1980, p. 249).

Il giorno 8 febbraio, in risposta al fratello, Pietro Verri scriveva: «Ho fatto sapere a Beccaria che la sua opera è tradotta in Inglese e fra pochi giorni sarà pubblicata...» (P. e A. Verri, 1980, p. 259). Poi, il 26 febbraio, di nuovo Pietro ad Alessandro che il 16 era sbarcato a Calais: «per mezzo di Frisi mandami un esemplare inglese dei *Delitti* e le critiche fattevi costi» (P. e A. Verri, 1980, p. 320).

<sup>1</sup> Il curatore delle lettere, Gianmarco Gaspari, nel 1980 avvisava che fino ad allora nessun'altra fonte aveva confermato questo invio di Teresa Blasco a Edoardo Augusto, Duca di York, fratello di re Giorgio III, che lei aveva conosciuto a Milano durante il Carnevale del 1764 (P. e A. Verri, 1980, p. 384). Per Alessandro Verri in Inghilterra, l'ampio articolo di Lidia De Michelis (2013).

Il libro era uscito a Londra, non per Molini ma per John Almon, con il titolo di *An Essay on Crimes and Punishments, Translated from the Italian*<sup>2</sup>. Questa traduzione ha avuto nel medesimo anno un'edizione dublinese<sup>3</sup> e, negli anni immediatamente successivi, altre londinesi, irlandesi, scozzesi e americane<sup>4</sup>. Subito ne sono apparse recensioni positive, alcune addirittura entusiaste (H. Dunthorne, 1999, p. 75-82), che definivano l'autore «the humane and benevolent Beccaria», «the acute Reasoner», «so able and liberal a writer», «ingenious», «elegant» (H. Dunthorne, 1999, p. 73).

Tuttavia, nonostante tale ricezione e nonostante che questo testo abbia fatto da canale<sup>5</sup> per la conoscenza del pensiero di Beccaria nel mondo anglofono, finora la ricerca lo ha trascurato, tanto che ancora in epoca recente c'era chi poteva affermare che la traduzione fosse basata sulla versione francese di André Morellet<sup>6</sup>, quando per accorgersi che ciò non è vero basta un semplice colpo d'occhio.

<sup>2</sup> *An Essay on Crimes and Punishments, Translated from the Italian; with a Commentary, Attributed to Mons. De Voltaire*, Translated from the French, London: Printed for J. Almon, opposite Burlington-House, Piccadilly, MDCCLXVII.

<sup>3</sup> Stampata per John Exshaw. Era pratica abbastanza comune che pezzi di manoscritto venissero mandati dalle stamperie di Londra a quelle scozzesi o dublinesi, prima ancora che l'intero manoscritto fosse pubblicato a Londra, e quindi che le due edizioni uscissero quasi in contemporanea.

<sup>4</sup> Non ho fatto una ricerca specifica, ma basta scorrere il catalogo della British Library per vedere che già solo in quella biblioteca sono contenute 14 edizioni uscite prima del 1790.

<sup>5</sup> Anche se non esclusivo. Per esempio, Jefferson e Adams avevano il testo italiano nelle loro biblioteche, mentre Washington lo lesse invece in inglese (J.D. Bessler, 2014, p. 186). Altri probabilmente leggevano la traduzione di André Morellet, che fu ristampata oltreoceano. Sembra che Hume abbia letto sia il testo originale che la traduzione di Morellet (si veda il bel saggio di Emilio Mazza, "Hume's 'Meek' Philosophy among the Milanese", 2005, p. 214, che, per questa specifica informazione, rimanda alle *Lettres d'André Morellet*, a cura di D. Medlin, J.C. David, e P. Leclerc, 2 vols., Oxford, Voltaire Foundation, 1991, i. p. 42).

<sup>6</sup> Lo afferma, tra gli altri, Fred Rosen nell'introduzione a *Jeremy Bentham, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, edited by J.H. Burns and H.L.A. Hart with a new introduction by F. Rosen, Oxford, O.U.P., 1996 (ristampata nel 2005), nota 106 a p. LXVI. Certo, non lo dice Franco Venturi, il quale oltretutto riporta (C. Beccaria, a cura di Franco Venturi, 1965) la traduzione italiana della prefazione all'*Essay on Crimes and Punishments*, oltre a un estratto del *Commentario sul codice criminale d'Inghilterra* di William Blackstone (pp. 550-560) e le affermazioni entusiaste di Bentham su Beccaria. Non commette l'errore di Rosen neppure Aaron Thomas nella prefazione alla sua recente traduzione di *Dei delitti e delle pene* (2008). Anche Greame R. Newman e Pietro Marongiu (2009) correttamente la

Una tale disattenzione si spiega poco, dato l'impatto fortissimo, e riconosciuto, che *Dei delitti e delle pene* ebbe sia su Jeremy Bentham<sup>7</sup> che sui padri dell'indipendenza americana (John D. Bessler, 2014); e data anche la penetrazione – questa però meno indagata<sup>8</sup> – del pensiero di Beccaria nel modo culturale e della giustizia britannico in genere, fin dai primi decenni dalla comparsa della traduzione.

L'intento delle pagine che seguono è perciò quello di gettare una qualche luce sull'ambiente in cui maturò la traduzione, mostrando anche aspetti della giustizia britannica che è necessario tenere presenti in una indagine sulla prima ricezione di Beccaria nel Regno Unito. Inizierò dallo stampatore-libraio, che non era certo una persona qualsiasi; poi illustrerò alcune 'specificità' del Settecento britannico nell'ambito dell'irrogazione della pena. Tali specificità sono state ampiamente studiate sul piano giuridico (L. Radzinowicz, 1948-86, voll. I-V), ma meno su quello del costume e della comunicazione in rapporto alle leggi: su questi due aspetti intendo dunque soffermarmi, nei limiti in cui lo spazio di un articolo lo consente. Metterò a fuoco soprattutto la stampa, che nell'Inghilterra del Settecento, rispetto alla pena, giocò un ruolo ancora poco conosciuto. La produzione e diffusione di libri, opuscoli, fogli volanti, giornali specializzati che trattavano della giustizia e dei condannati fu enorme: un tratto che non può essere stato privo di effetti, ma su cui ancora la ricerca non si è pronunciata.

### 1. John Almon: lo stampatore-libraio della prima edizione inglese

Chi era dunque John Almon, lo stampatore-libraio il cui nome compare sul frontespizio della traduzione? Era nato il 17 dicembre del 1737, e dal 1751 al 1758 aveva fatto l'apprendista presso uno stampatore, libraio e rilegatore di Liverpool. Poi aveva viaggiato sul Continente, recandosi anche a L'Aia, Cagliari e Civitavecchia.<sup>9</sup> Al ritorno, si era stabilito a Londra dove, pur esercitando sotto padrone la professione di stampatore e libraio, aveva anche cominciato a scrivere articoli per i giornali.

danno come basata sul testo italiano, in un'introduzione però tanto zeppa di errori da risultare imbarazzante.

<sup>7</sup> Per Beccaria e Bentham, è utile seguire le pubblicazioni del Bentham Project, presso il Department of History, University College, Londra.

<sup>8</sup> Lo notava anche Antony Draper, menzionando una situazione che dal 2000 non mi sembra sia cambiata molto (A. Draper, 2000, p. 178, nota 9).

<sup>9</sup> *Memoirs of a Late Eminent Bookseller*, London, Printed in the Year 17XC. La copertina interna reca: *Memoirs of John Almon, Bookseller, of Piccadilly*, London: 1790.

Notato per le sue capacità da Charles Green Say, stampatore e proprietario del giornale dell'opposizione *Gazetteer*, venne da lui assunto nel gennaio del 1761 per competere con il *Public Ledger*, presso il quale lavorava Oliver Goldsmith, il futuro autore del noto romanzo *The Vicar of Wakefield*<sup>10</sup>. Effettivamente, Almon doveva essere proprio bravo, perché in poco tempo migliorò la qualità del giornale e ne fece crescere la popolarità (D. Rogers, 1986, p. 6).<sup>11</sup>

Comincia allora il suo coinvolgimento coerente e continuato nella politica Whig e negli ambienti radicali inglesi. Il giovane giornalista scrive per William Pitt, attraverso il quale conosce Richard Grenville, Earl Temple, eminente figura politica, al servizio delle cui idee mette a disposizione la sua penna. Nel 1763, date le dimissioni dal *Gazetteer*, probabilmente con l'aiuto finanziario di Temple apre una bottega di editore-libraio al numero 178 di Piccadilly. Da quel momento in poi, sarà contemporaneamente giornalista e editore-libraio, pubblicando un gran numero di libri, sia di politica sia di letteratura.

Il rapporto di Almon con Temple non fu quello di un intellettuale che dipende dal suo mecenate – il mercato librario inglese nella seconda metà del secolo aveva spazzato via il ruolo dei mecenati – ma piuttosto uno alla pari, di una penna abile di cui l'uomo politico aveva un disperato bisogno per dare voce e visibilità alle sue idee. Perfidamente commentava infatti l'intellettuale, romanziere e innovatore del gusto Horace Walpole: «Lord Temple just crawls about Almon's window in the shape of an autumnal fly that a child could crush» (D. Rogers, 1986, p. 10).

Presto Almon divenne il più eminente stampatore del partito Whig, concentrando l'attività dell'opposizione nel suo negozio, divenuto la libreria ufficiale dell'importante club *The Coterie*. A maggio del 1767, quindi due-tre mesi dopo la pubblicazione dell'*Essay on Crimes and Punishments*, Almon stampò il primo numero del *Political Register*, giornale da lui fondato, che ebbe un immediato riscontro di pubblico (D. Rogers, 1986, p. 32). Allora già conosceva John Wilkes, uomo politico radicale incontrato tramite Temple e figura notissima, a cui lo legherà un'amicizia durata tutta la vita. Con Wilkes, Almon mantenne una corrispondenza costante, informandolo quando questi era in esilio in Francia e facendo per lui campagna elettorale, anche tramite contatti personali con gruppi di elettori<sup>12</sup>; aiutandolo inoltre

<sup>10</sup> Che proprio allora stava scrivendo, ma che uscirà nel 1766.

<sup>11</sup> D'ora in poi, per le informazioni di cui non do altre fonti, faccio riferimento al libro di Debora Rogers, ricco di informazioni ma che non parla della traduzione di *Dei delitti e delle pene*, né la elenca tra i libri stampati da Almon. Su Almon e l'America – contatti personali e pubblicazioni – è molto preciso J. Bessler (2014, cap. 3)

<sup>12</sup> Lettera manoscritta di Almon a Wilkes, British Library: Add. MS 30875 (4).

nella sua battaglia per la legittimazione della cronaca parlamentare in funzione della trasparenza politica.

Le idee di Beccaria echeggiano negli scritti di Almon; e tuttavia, per quanto ho finora potuto constatare, egli non lo nomina.

Se osserviamo ora direttamente la traduzione, notiamo che, come quella francese, essa modifica il titolo originario, ma non con la forte accentuazione di sistematicità che comportava il termine *Traité* adottato da Morellet, bensì mediante un vocabolo meno assertivo, *Essay*, che echeggiava una tradizione filosofica da lungo tempo presente in Inghilterra e in Scozia. Rimandava infatti ai *Saggi* di Bacone e di Montaigne, questi ultimi tradotti in inglese da Giovanni Florio nel 1603; ma rimandava soprattutto all'*Essay on Human Understanding* di John Locke, allora al culmine della sua diffusione in Gran Bretagna (K. McLean, 1936). Naturalmente, facevano scuola anche i recenti e più volte ripubblicati *Philosophical Essays Concerning Human Understanding* dell'ancora attivo e grandemente rispettato David Hume, che lo stesso Verri sperò inutilmente di incontrare a Londra (E. Mazza, 2005, p. 214).

Già il titolo della traduzione, dunque, mirava a presentare l'opera di Beccaria come familiare alla cultura inglese, cosa che la prefazione del traduttore ribadisce esplicitamente. Egli dapprima sottolinea l'importanza della legislazione penale per la felicità, la pace e la sicurezza di ciascun membro della società, denunciandone l'attuale imperfezione e crudeltà; poi menziona il successo e le molte edizioni del testo italiano nei diciotto mesi trascorsi dalla prima pubblicazione del libro e ne nomina l'autore, informando che il manoscritto fu «letto varie volte prima della pubblicazione» in «a society of learned men» nella città di Milano. Infine entra nello specifico della situazione inglese, affermando che i principi di Beccaria erano in consonanza con il sentire degli inglesi, «ai quali perciò il libro deve risultare particolarmente accetto (...) per il modo eloquente e persuasivo con cui l'autore perora la causa della libertà, della benevolenza e dell'umanità».

Una *captatio benevolentiae* che faceva leva su quelle tre caratteristiche, che allora segnavano l'immaginario della nazione inglese. Lo spirito di libertà era un tratto su cui si basava l'identità nazionale del Regno Unito dopo l'unificazione del 1707 tra Inghilterra, Scozia e Galles<sup>13</sup>. La benevolenza – “the age of

<sup>13</sup> Sulla creazione di un senso di appartenenza e di un'identità nazionale comune a Inghilterra, Scozia e Galles dopo l'Act of Union del 1707, si veda il classico L. Colley, *Britons: Forging the Nation 1707-1837*, revised edition with new introductory essay, New Haven-London, Yale University Press, 2009. Già nel 1716, lo storico Henry St. John Lord Bolingbroke aveva pubblicato una storia dell'Inghilterra il cui filo conduttore aveva retrospettivamente indicato proprio nello spirito di libertà; e, per l'al-

benevolence”, era stato chiamato un tratto di Settecento (E. Radcliffe, 1993; B.S. Sirota, 2014) – filosoficamente associata alla *sympathy*, alla capacità di immedesimarsi negli altri e quindi all’umanità, faceva parte di un’immagine della giustizia che, secondo alcuni storici – come vedremo più oltre – l’apparato giudiziario inglese settecentesco volle dare di sé.

La prefazione continua:

*It may ... be objected, that a treatise of this kind is useless in England, where from the excellence of our laws and government, no examples of cruelty or oppression are to be found. But it must also be allowed that much is still wanting to perfect our system of legislation: the confinement of debtors, the cruelty of jailors and the extortion of the petty officers of justice, to all which may be added the melancholy reflection, that the number of criminals put to death in England is much greater than in any other part of Europe.*

Sinteticamente e un po’ cripticamente, le due frasi qui sopra riportate ribadiscono una certa consonanza tra la tradizione inglese e le idee di Beccaria, ma questa tuttavia per alcuni aspetti invece mancava. Osserveremo dunque qui di seguito consonanza e dissonanze, nel tentativo di fornire qualche elemento per la comprensione dell’impatto di Beccaria nel mondo inglese dei primi due decenni dalla pubblicazione dell’*Essay on Crimes and Punishments*. Per un verso, Beccaria sfondava porte aperte, ma per un altro era esattamente l’opposto e trovava resistenze in tutti gli ambienti.

## 2. L’impatto del pensiero di Beccaria nel mondo inglese

Cominciando dal lato delle affinità, va notato che la tortura come metodo di indagine non era più in uso in Inghilterra dal 1620 e in Scozia dall’Act of Union del 1707 (J.H. Langbein, 1977, pp. 134-39). D’altronde, lo stesso Beccaria, proprio in *Dei delitti e delle pene*, riconosce al Regno Unito una diversità positiva rispetto al resto d’Europa, chiamandola «nazione in cui la gloria delle lettere, la superiorità del commercio e delle ricchezze, e perciò della potenza, e gli esempi di virtù e di coraggio non ci lasciano dubitare

tro ambito fondativo di ogni nazione, la lingua, Samuel Johnson, mettendo in atto un’imponente operazione linguistica con *A Dictionary of the English Language* (1755), aveva parlato di «the spirit of English [in altri punti del testo usa il termine British] liberty» collegando il suo riconoscimento, a differenza dei linguisti italiani e francesi, del fatto che il linguaggio si modifica nel tempo, con il senso di libertà dei britannici. Su questo aspetto della ‘costruzione’ della nazione britannica, anche rispetto a Bolingbroke, si può vedere R. Loretelli (2013). Nella recensione sulla *Critical Review* n. 23, dell’aprile 1767 (pp. 252,254), Beccaria viene osannato come campione della libertà.

della bontà delle leggi» e lodando il sistema della giuria.<sup>14</sup> Come è noto, da molte parti piovevano lodi sulla situazione inglese, che Mirabeau sintetizzerà in una frase: «En Angleterre il n'y a, selon moi, du moins à cet égard, qu'à corriger, au lieu que chez nous tout est à refaire»<sup>15</sup>.

In effetti, nel suo complesso il sistema penale inglese era molto superiore a quello di qualsiasi altro preminente paese europeo (L. Radzinowicz, vol. I, 1948, p. 268), e già prima della pubblicazione dell'*Essay on Crimes and Punishments* le idee che Beccaria esprimerà erano al centro di un dibattito che intermittenemente andava avanti da tempo su singoli provvedimenti. Tuttavia mancava una riforma penale organica, mai neppure proposta (H. Dunthorne, 1999, p. 79).

La comparsa della traduzione dette un impulso in tal senso, stimolando alla radice alcuni filoni del pensiero riformatore inglese, che confluirono in progetti organici, fino a quello di Jeremy Bentham (A. Draper, 2000, p. 192 e segg.). Fu la consonanza con posizioni già esistenti nel dibattito e al tempo stesso la proposta di una riforma organica, che mancava ma di cui si sentiva il bisogno, scrive Hugh Dunthorne, a far sì che l'*Essay on Crimes and Punishments* fosse accolto con entusiasmo nel Regno Unito, tanto che un periodico importante quale la *Critical Review* (23 Aprile 1767) lo salutò come «one of the most original books which the present age hath produced» (H. Dunthorne, 1999, p. 83).

Appena pubblicata la traduzione, l'importante giurista William Blackstone ne utilizzò una massima, inserendola nel quarto volume dei suoi *Commentaries on the Laws of England*, che stava allora scrivendo e che uscirà però nel 1769. Il passo di Blackstone significativamente recita: «It is absurd and impolitic to apply the same punishment to crimes of different magnitude»<sup>16</sup>, e in proposito menziona il filosofo milanese. Anche se non l'unico<sup>17</sup>, la pro-

<sup>14</sup> Rispettivamente, in XVI, *Della tortura* (C. Beccaria, a cura di G. Francioni, 1984, p. 66); e XIV, *Indizi e forme di giudizio* (C. Beccaria, a cura di G. Francioni, 1984, p. 59).

<sup>15</sup> Comte de Mirabeau, *Préface à Observations d'un voyageur Anglais sur la maison de force appelée Bicêtre; suivies de réflexions sur les effets de la sévérité des peines, & sur la législation criminelle de la Grande-Bretagne*, 1788 citato in Leon Radzinowicz, 1948, vol. I, p. 268. Nello stesso *Commentaire* pubblicato assieme alla traduzione inglese di *Dei delitti e delle pene*, Voltaire scrive: «L'Inghilterra sola sia l'esempio agli altri popoli...».

<sup>16</sup> W. Blackstone, 1769, pp. 14-19. Per Blackstone e Beccaria, A. Draper, 2000, soprattutto pp. 184-187.

<sup>17</sup> È possibile accorgersene, per esempio, leggendo le opinioni di politici riportate da John Almon in *Biographical, Literary, and Political Anecdotes, by several of the*

porzionalità fu certo il tema su cui l'attenzione si concentrò maggiormente, a partire dalle recensioni stesse.

D'altronde, l'idea di una proporzionalità tra crimini e pene aveva trovato sostenitori nel Regno Unito fin da subito dopo la pubblicazione dell'*Esprit des Lois* (H. Dunthorne, 1999, p. 77-8). Era un punto dolente, il difetto delle leggi penali inglesi, approvate in modo disorganico durante le ondate di paura quando, soprattutto alla fine delle guerre, si registrava un aumento dei furti e delle rapine (J. Beattie, 1986, pp. 520-21). Si era giunti così, in un continuo crescendo, a prevedere la pena capitale anche per reati minimi quali il bracconaggio (E.P. Thompson, 1977), la rottura degli argini di uno stagno, il furto da una nave naufragata, il taglio di un albero. C'è un commento implicito in una scena del romanzo *The Life and Adventures of Joseph Andrews* del grande romanziere Henry Fielding, che era anche magistrato: «Gesù!» esclama rivolto al giudice un personaggio, «e lei manderebbe due persone in prigione per aver tagliato un ramoscello?». Al che questi risponde, legge alla mano: «Certo, (...) e perché sono clemente: se lo avessi chiamato arbusto sarebbero stati impiccati entrambi».

Nonostante le molte voci favorevoli, la pubblicazione del libro di Beccaria in realtà non invertì questa tendenza; infatti, se nel 1760 i tipi di reati che prevedevano la pena di morte erano 160, alla fine del secolo il numero era salito a 200 (J.A. Sharpe, 1990, p. 30)<sup>18</sup>. Tra le varie ragioni, c'era forse anche il fatto che i nuovi sistemi di produzione manifatturiera stavano modificando regole in precedenza date per scontate nei rapporti lavorativi, attuando così un riconfinamento tra lecito e illecito, tra appropriazione tacitamente concessa e furto dal luogo di lavoro (Peter Linebaugh, 1991)<sup>19</sup>.

In questo dibattito, chi propendeva per la riduzione del numero dei reati passibili della pena capitale spesso metteva in campo l'atteggiamento che prendevano le vittime le quali, per non macchiarsi del sangue dei colpevo-

*most Eminent Persons of the Present Age*, By the author of Anecdotes of the late Earl of Chatham [i.e. John Almon], London, T. N. Longman & L. B. Seeley, 1797.

<sup>18</sup> Per un quadro più completo, L. Radzinowicz, vols I-IV, 1948; e J. M. Beattie, 1986.

<sup>19</sup> J.M. Beattie (1986, p. 197) sembra invece pensarla diversamente: «It is important that we do not overemphasize the remoteness of the magistrates and the courts to the ordinary man in the eighteenth century or assume and exaggerate his inarticulateness. Englishmen at all levels shared a powerful awareness of the rights and liberties they had inherited (...) The rights of free-born Englishmen were frequently invoked, particularly freedom from arbitrary arrest and the right to be tried by a jury ... the criminal law relating to the mainstream property offenses of burglary, robbery, and larceny rested on values widely shared throughout the society».

li, preferivano non denunciare e non perseguire i furti, contribuendo così all'impunità dei ladri e all'aumento dei reati. Insomma, l'esistenza di tanti crimini passibili per legge della pena capitale riduceva in ultima analisi, dicevano, la possibilità di certezza della pena. Come affermò anche Sir William Meredith in un discorso pronunciato alla Camera dei Comuni nel 1777, «"As our laws are actually administered", "not one in twenty" of those convicted of capital offences was executed, so "the thief acts on the chance of twenty to one in his favor" and "confident hope of indemnity is the cause of nineteen in twenty robberies that are committed» (citato in H. Dunthorne, 1999, p. 86).

Ma oltre a ciò, ben altro interveniva a minare la certezza della pena. Sostanzialmente fino ai primi decenni dell'Ottocento, nel Regno Unito non ci fu un organo di polizia stipendiato dallo Stato e attivo tutto il tempo che potesse prevenire i crimini e catturare i colpevoli. «The gentry would not tolerate even the idea of a police force», è stato affermato (D. Hay, 1977, p.18). La cattura era un evento quasi casuale, che dipendeva sostanzialmente solo dalla dabbenaggine del criminale e dalla caparbia persecutoria individuale dell'offeso. Erano i privati infatti a dover assicurare alla giustizia chi infrangeva la legge, a dover catturare il colpevole prima di contattare il giudice di pace o il 'constable' che ne assicuravano l'arresto (J.M. Beattie, 1986, cap. 5; J.M. Beattie, 2001, capp. 2-5). Il problema cominciò a trovare soluzione negli anni Settanta del Settecento, proprio grazie a Henry Fielding e a suo fratello, magistrato a tempo pieno, i quali fondarono una specie di corpo di guardie locali, i cosiddetti "Bow Street Runners" – dal nome della strada in cui si trovava la loro sede, appunto Bow Street a Covent Garden. Questi all'inizio ricevevano dallo Stato un premio solo quando catturavano i colpevoli, ma successivamente furono pagati per pattugliare la zona allo scopo di prevenire i crimini. Nel 1792 il Middlesex Justices Act creò sette uffici di polizia a Londra, proprio con l'intento di accrescere le possibilità di certezza della pena in funzione deterrente (J. M. Beattie, 2012; e [www.oldbailyonline.org](http://www.oldbailyonline.org)).

In questo quadro, si comprende dunque meglio il pragmatico commento sul libro di Beccaria che Allan Ramsay fece in una lettera a Diderot del gennaio 1766:

“En un mot, les questions de politique ne se traitent point par abstraction, comme les questions de géométrie et d'arithmétique. Les lois ne se formèrent nulle part a priori, sur aucun principe general, essential à la nature humaine. Partout ells découlèrent des besoins et des circonstances particulières des sociétés; et ells n'ont été corrigées par intervalles, qu'à mesure que ces besoins, circonstances, nécessités réelles ou apparentes venoient à changer”. Il filosofo che voglia consacrare le sue meditazioni e le sue veglie

alla legge, quindi – continua Ramsay – (e quale miglior modo di impiegare il pensiero filosofico!) dovrebbe fermare il suo sguardo su una sola e unica società per volta. È nei casi concreti che si vede che certi eccessi di severità sono divenuti inutili. E conclude: “Je sais bien que ces principes généraux, qui tendent à éclairer et à améliorer l'espèce humaine en général, ne sont pas absolument inutiles, mais je n'ignore pas qu'ils n'amèneront jamais une sagesse générale” (citato in F. Venturi, 1965, pp. 540-43).

La situazione concreta del Regno Unito spiega allora perché, nonostante la calorosa ricezione tributata all'*Essay on Crimes and Punishments*, nel dibattito continuassero a rimanere correnti posizioni come quella espressa dal moralista William Paley nel suo *The Principles of Moral and Political Philosophy*. Paley, che pur conosceva il libro di Beccaria e concordava con questo che «il vero e giusto scopo della punizione non è soddisfare la giustizia ma prevenire il crimine» (W. Paley, 1786, p. 1), ne traeva come conseguenza che, siccome la pena non può essere certa, sia almeno esemplare. Perciò, continuava, non sarà proporzionata all'entità del reato ma alla facilità di compierlo. A tal fine, è giusto che siano passibili della pena capitale il furto di una pecora, di un cavallo, di un pezzo di tela dalla tintoria, crimini certo non gravi ma che è facile commettere, essendo la proprietà più esposta. L'unico metodo per proteggere la proprietà, si insisteva da più parti, è la minaccia di una punizione terrorizzante.

Se, almeno dalla fine del Seicento circolava in Inghilterra l'idea che lo scopo della pena non dovesse essere la vendetta dello Stato; e se nel Settecento la deterrenza era oramai il nucleo concettuale della teoria penale inglese (L. Radzinowicz and H. Hood, 1999, I, p. 268; J.M. Beattie, 1986, p. 455), questo non significava una proporzionalità delle pene, tutt'altro.

### 3. La visibilità della pena sulla stampa inglese

Non possiamo però fermarci a questa affermazione, lasciando intendere che le leggi sbilanciate sul lato della pena fossero l'unica strategia di deterrenza messa in atto. Altre strategie erano all'opera. La prima era l'enorme visibilità della pena, che Oltremanica veniva esibita sia nella realtà della vita quotidiana, sia mediante i prodotti a stampa, che ne amplificavano l'effetto e ne mantenevano la memoria. Questa fu una specificità inglese.

Giornali, opuscoli, fogli volanti, romanzi ne erano pieni. Henry Fielding scrisse due romanzi su casi di giustizia famosi, uno sul ricettatore di merci rubate e delatore di ladri Jonathan Wild (1743), e l'altro su un caso di travestitismo, in cui una certa Mary Hamilton, facendosi passare per uomo

era riuscita a sposare diverse donne (1746). Inoltre, il romanziere tratta occasionalmente questo tema anche negli altri suoi romanzi, tra cui il *Joseph Andrews*, come abbiamo appena mostrato. Daniel Defoe non fu autore solo del *Robinson Crusoe*, ma pure di romanzi quali *Moll Flanders*, *Colonel Jack*, *Captain Sigleton*, in cui prigionieri e criminali sono assolutamente centrali, e di biografie di famosi condannati a morte<sup>20</sup>. In più, egli scriveva cronache giudiziarie per l'*Applebee Weekly Journal*, un periodico specializzato su criminali e processi. Il tema giudiziario è insistentemente presente anche in *Roderick Random* di Tobias Smollett, in *The Vicar of Wakefield* di Oliver Goldsmith, in *Caleb Williams* di William Godwin, per rammentare solo i romanzi più importanti. In pittura, ricordiamo almeno la famosa serie *A Rake's Progress* di William Hogarth, che reca una tavola in cui il protagonista è in prigione per debiti; e la penultima tavola della serie *Industry and Idleness*, dove l'apprendista pigro, divenuto criminale, viene condotto al patibolo. Ma sulla stampa e il patibolo vedremo meglio più oltre.

La pena, si è detto, era esibita nella realtà; e infatti capitava tutt'altro che di rado di assistere a un'impiccagione, specie a Londra. Questo non significa necessariamente che il numero delle esecuzioni capitali nel Regno Unito fosse più alto che in qualsiasi altro Paese europeo, come afferma il traduttore di Beccaria nella prefazione<sup>21</sup>, ma che di certo se ne dava l'impressione. L'esecuzione della pena aveva un'enorme visibilità. Alessandro Verri scrive da Londra al fratello il 25 gennaio:

... vi farò la relazione del modo di farsi appiccare alla Inglese. Ieri mattina se ne sono eseguiti quattro; vi vollero essere presente perché è un modo di morire tutto nuovo. Non mi sento il menomo rimorso di ciò: questo spettacolo qui non aspira l'orrore come da noi ...

I Rei erano dunque quattro: due falsari di lettere di cambio, due ladri di strada. I due falsari, uno Avvocato, e l'altro Capitano d'Infanteria. I ladri erano un marinaio e un villano. Tutta Londra è in gran moto per tal funzione, della quale sono curiosi gl'Inglese ancor più di noi. Vi sono de' gran palchi di legno dall'una e dall'altra parte del patibolo, per montare sui quali si paga un tanto. Sono sempre pienissimi. Dunque m'incamminai verso il sito della esecuzione, che è appena fuori di Londra, e per la strada correvano sempre

<sup>20</sup> Sul senso delle biografie di veri criminali e il loro aggancio con le altre biografie (e autobiografie) nell'Inghilterra del Sei-Settecento, R. De Romanis, 1992.

<sup>21</sup> Non sembrerebbero andare in questa direzione i dati riportati in L. Radzi-nowicz, vol I, pp. 141-147. Si veda anche J.M. Beattie, 1986, capp. IX e X; J.M. Beattie (2001), VI-IX. Le condanne a morte comminate all'Old Baily, Londra, e alle quali fu data esecuzione in tutto il Settecento, furono 385 ([www.oldbailyonline.org](http://www.oldbailyonline.org)).

palle di neve che il popolo si divertiva di scagliare alle carrozze ed a' pederasti incessantemente. Questa si chiama libertà (...) Il timor delle leggi è grandissimo, e presiede alla conservazione di esse piuttosto la opinione della loro giustizia che la forza. Finalmente comparvero i Rei (...) vidi un bel giovane, di un'aria nobile e vestito molto decentemente (...): Mi faceva pietà questa lentezza: durarono anche più di un'ora le preghiere, le prediche al popolo, ai Rei, ed avresti veduto quei quattro stare bene una grand'ora in piedi a cantare col capestro al collo i salmi col predicante (...): L'aver il volto coperto ed il non essere martoriati dal Carnefice scema di molto l'orrore di questo spettacolo (P. e A. Verri, 1980, pp. 251-255).

E un po' di giorni dopo:

Ieri è stato appiccato un uxoricida. Ecco la proporzione fra i delitti e le pene in Inghilterra! Pochissimo giorni fa fu appiccato un Capitano, come vi scrissi, che ha fatta una falsa cambiale di 20 ghinee. Così è lo stesso rubare 20 ghinee e ammazzare la moglie. In questa parte non ammiro codesta Legislazione. La storia di quel povero giovane capitano è degna di grande pietà. Il suo reggimento fu cassato: ciò lo ripose in ristrettezze. Di più, non gli rimanendo che 50 ghinee per tutto il suo avere, ne impiegò 40 di esse a torre di prigione una sua giovane conoscente che vi era per debiti. Le 10 ghinee restanti furono presto consumate e il povero Capitano fu strascinato al delitto che lo condusse al patibolo. Ha tolto, alla fine senza violenza, 20 ghinee a un ricchissimo mercante. La giovane donna da lui beneficiata lo ha sempre assistito in prigione con somma premura (P. e A. Verri, 1980, p. 271).

Certo, non mancano racconti di esecuzioni capitali in altri Paesi, ma queste scene non sembrano colpire gli astanti nello stesso modo. In una delle sue lettere dalla Scandinavia (1795, lettera 19), Mary Wollstonecraft narra di essersi imbattuta in una gran folla vestita a festa, che si disperdeva dopo aver assistito all'esecuzione capitale del presunto responsabile di un incendio a Copenaghen. E subito esprime un'opinione sulla pena di morte: «Solo delle "false notions of justice", e quindi l'ignoranza, possano giustificare il ricorso alla pena di morte», come riassume Lia Guerra, che cita anche una parte della lettera, facendo notare come il ragionamento segua da vicino quello di altri pensatori settecenteschi e soprattutto di Beccaria, di cui Mary Wollstonecraft è possibile che conoscesse il libro (L. Guerra, 1994, p. 326).

Quanto all'Inghilterra, non erano solo i viaggiatori a fornir testimonianza dell'impatto dell'esecuzione della pena sulla quotidianità cittadina. Di grande effetto e lancinante realismo è il quadro dipinto da Bernard Mandeville<sup>22</sup>

<sup>22</sup> In realtà, Bernard Mandeville era nato a Rotterdam, ma era fuggito da quella città nel 1693, a ventitré anni, e da allora risiedeva a Londra.

in *An Enquiry into the Causes of the Frequent Executions at Tyburn*, del 1725. La scena inizia in prigione e continua con il corteo fino alla piazza del castro:

... tutti quelli che hanno qualche incombenza in quel luogo dovrebbero avere un contegno austero e solenne e tenere, come si addice alla comune decenza, un comportamento adatto alla circostanza. In effetti accade l'esatto contrario: il raccapricciante aspetto di secondini e sgherri frettolosi e di malumore, le espressioni furbesche e disgustose dei malviventi, che supplicano in catene ma che ti deruberebbero con grande piacere, se potessero. Nomi urlati mezza dozzina alla volta, che vengono ripetuti in continuazione come in un appello, via l'uno l'altro. La varietà di grida che si sentono: di lamento da una parte, di rimbrotto e di alterco da un'altra e una sonora sghignazzata da una terza: le robuste colazioni che si fanno in mezzo a tutto ciò; fiumi di birra che scorrono, le incessanti proteste e le imprecazioni di risposta dei camerieri sono continue per giunta. La quantità e la varietà dei liquori più tossici che sono ingurgitate in ogni parte di *Newgate*, l'impudenza e i lazzi sguaiati di coloro che dovrebbero amministrarlo: le loro mani nere e sudicerie dappertutto. (...) Alla fine sono fuori e una marea di gente irrompe dal portone. Dei ceti più bassi e del popolo dei lavoratori sono i disoccupati quelli più desiderosi di far festa: con gli apprendisti e i giornalieri, occupati nei mestieri più vili, costituiscono la parte più onorevole di questa moltitudine fluttuante (...) Tutto il tragitto da *Newgate* a *Tyburn* è una fiera ininterrotta per malfattori e prostitute della peggior specie. Qui i libertini più dissoluti possono mettere le mani su donne spudorate, qui sgualdrine cenciose possono pescare amorosi eleganti come loro e non c'è nessuno così laido, così spregevole, così straccione, di entrambi i sessi, che non possa trovare un vagheggino in quel luogo e in quella circostanza. Dove la calca è minore, cosa che tra quelli che seguono il corteo non accade molto spesso, la folla è più violenta; qui spintonarsi l'un l'altro e calciare l'immondizia è il passatempo più innocente. Ora puoi vedere uno che, senza essere provocato, spinge il suo compare nel rigagnolo, e due minuti dopo la vittima fa lo sgambetto all'altro e il primo aggressore finisce rotoloni nella melma più spessa (B. Mandeville (1725), 2006, pp. 63-4).

Bernard Mandeville perorava tre cause. Chiedeva che fosse approvata una legge che dichiarasse reato passibile della pena capitale la ricettazione di merci rubate (arrivava in ritardo perché, quando scrisse il libro, il Parlamento aveva appena approvato una legge in tal senso)<sup>23</sup>. Chiedeva l'abolizione dei

<sup>23</sup> Per una storia di questo libro, si veda la lunga ed esaustiva introduzione di Mauro Simonazzi a B. Mandeville, 2006, pp. 7-42.

cortei che dalla prigione conducevano il condannato al patibolo; e chiedeva, lui medico, che i medici fossero ufficialmente autorizzati a prelevare i cadaveri dei giustiziati per i loro studi.

La rappresentazione della scena forse intensifica volutamente le tinte, accentuandone l'elemento fosco, ma non è dopo tutto diversa da quella tratteggiata da Alessandro Verri e da Henry Fielding, il quale pure la descrisse in *An Enquiry into the Causes of the Late Increase of Robbers* (1761)<sup>24</sup>, dove chiamò le esecuzioni pubbliche, «vacanze a Tyburn» (il luogo dove si ergeva il più famoso patibolo di Londra), perché la città si fermava per un intero giorno: i negozi chiudevano, le attività venivano sospese, per consentire a tutti di affluire sul luogo della pena.

La vacanza a Tyburn iniziava fin dalla prigione e non si esauriva in un semplice gesto sbrigativo, ma prevedeva un complesso rituale sviluppandolo con ritmi variabili: ritardi, attese, e poi l'acme sul patibolo e le scene successive, con la contesa tra chirurghi e parenti per il possesso del cadavere, ambito per la dissezione<sup>25</sup>.

Il corteo era formato dallo sceriffo e dai suoi aiutanti, dal condannato – che, nel caso se lo potesse permettere, procedeva in carrozza ma più spesso viaggiava su un carro aperto assieme alla bara – e dal cappellano del carcere che seguiva nella sua carrozza, quando non decideva di attendere placidamente accanto al capestro<sup>26</sup>. Ai lati, una gran folla non propriamente compunta.

<sup>24</sup> H. Fielding, *An Enquiry into the Causes of the Late Increase of Robbers* (1761), *The Complete Works of Henry Fielding Esq.*, London, Frank Cass & Co. 1967, vol. XIII, p. 122. Tyburn, presso l'attuale Hyde Park Corner, era la sede del patibolo più famoso d'Inghilterra. Un libro stampato nel 1782 menziona nel titolo sia Fielding che Beccaria. Si tratta di *An Essay on Crimes and Punishments, with a view of, and Commentary upon Beccaria, Rousseau, Voltaire, Montesquieu, Fielding, and Blackstone, in which are contained Treatises (...)* by M. Dawes, of the Inner Temple, Esq, London, Printed for C. Dilly, in the Poultry: and J. Debrett (successor to Mr. Almon) Piccadilly, MDCCLXXXII, che riassume, discutendolo, il pensiero di quegli autori.

<sup>25</sup> Già nel Seicento, gli scritti che trattano dei condannati a morte menzionano l'utilizzo corrente dei cadaveri dei giustiziati per la dissezione. Si veda ad esempio l'opuscolo H. Goodcole, *Heaven's speedie Hue and Crie, sent after Lust and Murder*, printed by N. and I. Okes, 1635. Su questa pratica nel Settecento, P. Linebaugh, *The Tyburn Riots against the Surgeons*, in D. Hay, P. Linebaugh, J. G. Rule, E. Thompson, C. Winslow, 1977, pp. 65-117.

<sup>26</sup> Come visivamente mostra anche la penultima stampa della serie *Industry and Idleness* di William Hogarth. Su questa pratica, F. McLynn, *Crime and Punishment in Eighteenth-Century England*, Oxford, O.U.P., 1991, cap. XIV. Per svariati decenni a cavallo tra Sei e Settecento, i vari cappellani che si susseguirono a Newgate furono autori di successo di uno scritto che usciva periodicamente ed era intitolato

Mandeville era contrario a questi cortei, come abbiamo detto, e lo era anche Henry Fielding, che parla del «trionfo» del condannato negli ultimi istanti di vita (H. Fielding, 1967, p. 121). Ma in questo le opinioni erano divise. Se il *London Magazine* nel 1748 avverte che «non solo i borsaioli ma anche i briganti sono diventati tanto insolenti da derubare in gruppo, sfidando l'autorità e spesso liberando i loro compagni e portandoli via in trionfo» (cit. in J.M. Beattie, 1986, p. 219), Samuel Johnson invece, nel 1783, dispiacendosi del fatto che i cortei al patibolo erano appena stati aboliti, osserva che almeno prima il condannato trovava un po' di sostegno negli astanti (J. Boswell, 1991, 30.3.1783).

Giunti alla piazza, la folla in attesa poteva essere immensa: la letteratura del patibolo<sup>27</sup> parla di «great multitude», «many thousand», «some thousand», «a vast concourse» di spettatori. Quantificando, erano 2000 a Sandwich, nel Kent, già nel 1653; 100.000 a Tyburn nel 1725 per Jack Sheppard, ladro abilissimo che era fuggito varie volte di prigione e per William Todd, falsario, nel 1777; 30.000 per i fratelli Perreau nel 1776; mentre 80.000 si trovavano a Moorfields nel 1767 (F. McLynn, 1989, pp. 138-39).

C'erano posti per tutte le tasche. I non paganti riempivano la piazza, le strade del circondario e affiancavano il carro del condannato durante il tragitto; qualcuno era tanto invadente da trovarsi uno spazio sullo stesso patibolo, senza pagare (S. Pepys, 1971 – 16 giugno 1662). Chi aveva un parente con una finestra ben piazzata, correva a visitarlo<sup>28</sup>; chi se lo poteva permettere affittava una casa con vista (F. McLynn, 1989, cap. XIV).

Sulla piazza era a pagamento ogni appoggio appena un po' elevato. Samuel Pepys, funzionario statale e, per gusto personale, assiduo frequentatore di esecuzioni, racconta in quel suo splendido diario che offre uno spaccato

*The Ordinary of Newgate His Account* (P. Linebaugh, 1977 B). Furono inoltre protagonisti di una vera e propria battaglia per la conquista e il mantenimento del mercato editoriale in questo ambito (M. Harris, 1982).

<sup>27</sup> Per 'letteratura del patibolo' (*scaffold literature*) si intendono quei libri, opuscoli e fogli volanti che, stampati in Inghilterra tra il Seicento e l'Ottocento, trattano di veri condannati alla pena capitale. Per una descrizione dei vari tipi di prodotti a stampa appartenenti a questa letteratura, mi permetto di rimandare al mio articolo *The Scaffold and its Literature: The Interweaving of Justice and Narrative in Eighteenth-Century England*, 2008. Per un repertorio di questa letteratura, molto limitato ma, a quel che mi consta, per ora l'unico e non solo su supporto cartaceo, si può vedere quello redatto da me assieme a Elisabetta Cerone (1995). Nel presente articolo, la traduzione delle citazioni dai giornali dell'epoca e dalla letteratura del patibolo sono mie.

<sup>28</sup> Il 21 gennaio 1664, la moglie di Samuel Pepys va a trovare una zia per vedere da una sua finestra l'impiccagione del 'Colonnello' Turner.

eccezionale della vita londinese della seconda metà del Seicento, che una volta si assicurò un posto sulla ruota di un carro<sup>29</sup>. Lo pagò uno scellino, il salario giornaliero di un lavoratore manuale di basso livello. Naturalmente, uno spazio sul palco come quello di cui parla Verri costava molto di più. Così si arricchivano gli intraprendenti proprietari dei palchi che, seppur in casi eccezionali, potevano guadagnare fino a 500 sterline in un solo giorno, la rendita annua di una famiglia benestante. Il sovraffollamento causò pure degli incidenti, come accadde nel 1747 alla decapitazione di Lord Lovat, quando il palco cedette sotto il peso degli spettatori, uccidendone o ferendone molti (F. McLynn, 1989, p. 266).

Il coinvolgimento del pubblico era molto intenso (L. Radzinowicz, 1948, vol. I, pp. 178-85). Gli spettatori si commossero quando nel 1680 fu condotto al patibolo John Marketman, un medico di bordo che aveva ucciso la moglie per gelosia e si presentava con una madre disperata che svenne sul palco (An., 1680); si commossero anche per Thomas Savage, data la sua giovane età e le parole che pronunciò prima dell'esecuzione (R. Franklin, 1671). Arundel Coke, gentiluomo, morì invece con grande soddisfazione del pubblico, mentre il suo complice John Woodburne, lavoratore, fu «rimpianto moltissimo per la sua ignoranza e povertà»: i due avevano ferito un signore al naso (An., 1722). Il capitano Lowrey, condannato per un assassinio che egli fino all'ultimo negò di aver commesso, «subì molti meno insulti di quanti alcune persone non si aspettassero» (J. Lowrey, 1752). Se la gente nel 1725 aveva esaltato come eroe e si era commossa per la morte di Jack Sheppard, il quale non aveva mai ucciso ed era, come abbiamo detto, un abilissimo scassinatore più volte rocambolescamente evaso di prigione, insultò invece nello stesso anno Jonathan Wild, ricettatore di merci rubate e delatore, gli lanciò contro fango e sassi, e tripudiò quando fu «turned off», come si usava dire (L. Radzinowicz, 1948, vol. I, p. 185).

#### 4. La questione della deterrenza della pena

Questa grande visibilità della pena nell'Inghilterra settecentesca serviva alla deterrenza? Che l'effetto fosse questo o meno, tale sembrerebbe essere stato comunque l'intento. Molti anni fa un gruppo di storici prestigiosi legati al Centre for the Study of Social History dell'Università di Warwick sostenne che la giustizia inglese nel periodo precedente all'istituzione della polizia di Stato e quando non c'erano molte possibilità oggettive di deterren-

<sup>29</sup> Per l'impiccagione di Turner, mentre la moglie era dalla zia.

za legate alla certezza della pena, contò più sull'immagine e sulla percezione della giustizia che sull'effettiva realtà. *Albion's Fatal Tree* (Douglas Hay, Peter Linebaugh, John G. Rule, E.P. Thompson, Cal Winslow, 1977), un libro che fece epoca e che, nonostante abbia suscitato polemiche, continua a essere ristampato, sostiene, per dirlo in sintesi, che per attuare lo spirito della legge e tutelare adeguatamente la proprietà, l'apparato giudiziario inglese individuò strategie che non necessitavano di supporti esterni, quali appunto un sistema di polizia, di cui non disponeva. Il momento, oltretutto, era difficile. Esisteva un'opposizione sotterranea di matrice religiosa e culturale, che trovava rispondenza nella piccola borghesia; esisteva, anche, una resistenza sorda ed attonita, anch'essa culturale, nei confronti dei nuovi rapporti di lavoro e delle nuove modalità di remunerazione che il sistema manifatturiero stava mettendo in atto (D. Hay, 1977; P. Linebaugh, 1991).

L'apparato giudiziario, scrive Douglas Hay, tentò di ottenere risultati *convincendo* mediante una strategia che puntò sull'*autorevolezza*, e che faceva leva sulla *meraviglia* e sulla *riconoscenza*. Non si trattò di un piano preconstituito ed attuato consapevolmente da tutti i giudici, ma fu piuttosto «il risultato di un numero incalcolabile di decisioni a breve termine (...), spesso questione di intuizioni che procedevano per tentativi ed errori» (D. Hay, 1977, p. 54). Nel suo insieme tuttavia, la strategia fu coerente a proporre un'immagine della giustizia caratterizzata da tre elementi: equanimità, clemenza e maestà. L'*equanimità* - uguaglianza di fronte alla legge - non era certo un dato di realtà, ma ne fu creata l'impressione tramite qualche caso esemplare, come per esempio nel 1760 quello di Lord Ferrers, che aveva ucciso il suo amministratore e fu catturato dagli affittuari, processato nella Camera dei Lord, condannato a morte e ucciso sul patibolo a Tyburn. Il cadavere fu poi lasciato ai chirurghi per la dissezione, "like a common criminal", come i giornalisti non si stancavano di ripetere (D. Hay, 1977, pp. 33-4); e il mercato della carta stampata fu subito inondato da una gran quantità di scritti su di lui.

La *clemenza* - che Hume definisce una «qualità sociale», che segna la tendenza al bene di una società (E. Mazza, 2005, p. 216 circa) - aveva a che vedere con il condono della pena, il quale veniva concesso in modo ampio ma arbitrario.

Quanto alla *maestà*, lo stesso William Blackstone, parlando dei giudici, afferma nel volume terzo dei *Commentaries* (cit. in D. Hay, 1877, p. 27): «The novelty and very parade of ... (their) appearance have no small influence upon the multitude». L'apparato giudiziario operava con attenta ritualità. Tutto cominciava ben prima dell'esecuzione in piazza, perché gli stessi processi erano eventi che non potevano passare inosservati. Si tenevano tutti insieme, otto volte l'anno a Londra e nel Middlesex, sei volte altrove. Il giudice

arrivava da fuori, ed era accolto in gran pompa dalle autorità del luogo (J. M. Beattie, 1986, pp. 283 e 309). Così racconta l'apertura di una stagione processuale Luigi Angiolini, che fu viaggiatore attentissimo alle cose inglesi:

«Lo Sceriffo della Contea va ad incontrarlo (il giudice penale) al suo arrivo con gran pompa, in Carrozza, con avanti Gente di suo servizio sfilata in colonna a due a due. È accompagnato dai Giudici di pace, da molte altre persone di verta distinzione (...) Con questo corteggio il Giudice va in abito di cerimonia, ch'è una gran Toga rossa con fodera di ermellini, alla Chiesa dove il Ministro di Religione dopo alcune preghiere recita un'orazione. Dopo questo va in Tribunale e apre le sue Sessioni. La Sessione si apre con chiamare a nome con voce alta tutti i primi Magistrati della Contea che fanno vedersi al Giudice, il quale dice loro parole di complimento e gl'invita (sic) a pranzo. Si chiamano in seguito le persone più distinte della Contea, e di quelle che sono presenti si formano i gran Giurati ... (L. Angiolini, 1790, vol. I, p. 222)»

A un rituale tanto maestoso collaborava la Chiesa, accrescendo con la sua autorità il prestigio del giudice, conferendo carisma alla sua persona e alle sue decisioni. Tra gli astanti c'era infatti chi si intimoriva o si metteva soggezione e forse veniva anche dissuaso dall'infrangere la legge, come speravano i sostenitori di una tale complessa ritualità (L. Angiolini, 1790, vol. I, p. 220). Altri – o magari in un diverso momento gli stessi – erano tutti curiosità, perché la scena presto si coloriva per l'apparizione delle famiglie dei giudici: le mogli, le figlie graziose che assistevano alle sedute e poi andavano ai balli e alle cene. Quello dei processi era insomma un periodo di grande eccitazione per tutti e di intensa attività sociale: non a caso aumentavano gli affitti degli alloggi (J.M. Beattie, 1986, p. 399), proprio come nelle città termali durante la stagione dei bagni.

C'era poi la scena sul patibolo, indubbiamente, come si è visto, quella che aveva maggiore impatto visivo ed emotivo. Ma a questa si aggiungeva un'altra fonte di visibilità, potente perché costantemente presente e che manteneva memoria di quell'evento: si tratta della stampa, una specificità inglese in questo ambito, i cui effetti sulla giustizia sono ancora tutti da scoprire.

In Inghilterra esisteva una letteratura ad ampia diffusione che serviva da cassa di risonanza per la giustizia, e tra questa e quanto avveniva nelle piazze delle esecuzioni c'era uno scambio continuo. L'atteggiamento della folla nei confronti dei singoli condannati dipendeva molto dall'immagine che la letteratura del patibolo aveva costruito loro addosso. Certo, non dipendeva solo da quella: contava infatti come un individuo si comportava sul carro e sul patibolo; però contava pure quanto della sua vita, delle sue azioni e del suo carattere si sapeva attraverso questi scritti. Samuel Pepys conosceva per

esempio il condannato 'Colonel' Turner per quel che ne aveva letto e udito in precedenza, ma cambia idea su di lui dopo aver visto come si comportò sul patibolo. In un'altra occasione, Pepys non può sentire le parole pronunciate presso il capestro da Sir Henry Vane<sup>30</sup>, e va subito in una locanda per sapere da chi gli era vicino. Qualche giorno dopo, compra il foglio volante dove sono stampata le "ultime parole" dell'aristocratico e, quando la moglie la sera glielo legge a letto, le trova "una cosa proprio eccellente" (Pepys, 1971 – 18.6.1662).

James Boswell, intellettuale e noto biografo di Samuel Johnson, fin da ragazzo amava leggere la letteratura del patibolo e da grande gli viene voglia di assistere a un'impiccagione. Compra allora un posto su un palco per vedere Paul Lewis, un bandito di cui aveva sentito parlare e che voleva vedere come si sarebbe comportato di fronte alla morte, come scrive nel suo *London Journal*. Ne valse la pena, perché assistette a una scena indimenticabile: Lewis si presentò elegantissimo e tentò di strozzare il prelado che non la finiva più di predicare in gergo ecclesiale. Inoltre, lo stesso giorno e fuori programma per Boswell, che neppure sapeva chi fosse, Hannah Dagoë, una ladra, dette un tal pugno al boia da farlo quasi stramazzone al suolo (J. Boswell, 1951, p. 832 – 3.5.1763).

Una «folla insopportabile» visitò in carcere il bandito McLaine, scrive Horace Walpole nel 1750 all'amico Horace Mann, precisando: «La prima domenica dopo la sua condanna, 3000 persone andarono a vederlo: egli svenne due volte per il caldo della cella. Non puoi immaginare quale ridicola furia ci sia di andare a Newgate (...) (non puoi immaginare) quel che viene stampato sui malfattori, e le memorie delle loro vite e morti, presentate con una tale parata da sembrar quella del generale Turenne; noi non abbiamo generali che reggano il confronto!» (H. Walpole, 1960, p. 199 – lettera datata 18.10.50).

Se una gran folla praticava i luoghi delle esecuzioni, lo si doveva indubbiamente anche alla letteratura del patibolo. I 100.000 che assisterono all'impiccagione di Jack Sheppard si trovavano lì perché egli era già notissimo, in quanto un numero non indifferente di opuscoli ne aveva celebrato la vita, le varie fughe dal carcere, gli amori. Un opuscolo riportava perfino della sua contabilità domestica.

Il sodalizio tra forza e letteratura era tanto stretto che il palco del patibolo poteva venir utilizzato per reclamizzarla. A volte il condannato stesso sotto la forca dichiarava che un certo stampatore era l'unico a conoscere la sua

<sup>30</sup> Parlamentare e collaboratore di Oliver Cromwell, decapitato per alto tradimento dopo la Restaurazione.

vera storia, oppure gli consegnava, in silenzio ma con gesto vistoso, dei fogli che potevano sembrare le sue ultime parole e lo stampatore assicurava che sarebbero state presto in vendita (M. Harris, 1982 e 1999). In tutti i casi, si sapeva che il discorso dal patibolo sarebbe apparso a stampa il giorno dopo, e la voglia del pubblico di leggerlo era tale da assumere a volte forme di frenesia, come quando una gran folla in attesa di comprare l'ultimo discorso dal patibolo' di un condannato rischiò di far crollare una stamperia, che tardava a ultimare le copie (L. Radzinowicz, 1948, vol. I, p. 195).

Tale letteratura servì alla deterrenza? Difficile dirlo, ma certo questo era nelle intenzioni dei prelati che nel Seicento avevano iniziato a produrla (R. Loretelli e E. Cerone, 1995, p. 37 e segg.). E certo il suo successo fu enorme. La vendevano gli stampatori e i librai, la vendevano gli ambulanti; senza comprarli, la si poteva leggere nelle taverne e nei caffè. Fu una letteratura che continuò a esistere fino ai primi decenni dell'Ottocento, presentando però già attorno al volgere del secolo una rigidità e ripetitività di forme che rivelava come il suo pubblico si fosse ristretto, limitandosi solo a lettori poco articolati e di bocca buona.

Parrebbe dunque che nei decenni precedenti e immediatamente successivi alla pubblicazione dell'*Essay on Crimes and Punishments* un complesso sodalizio fosse in atto tra una legislazione penale sempre più feroce, un'immagine dei giudici che metteva in evidenza tutta la loro discrezionalità, e la letteratura del patibolo, che ne manteneva memoria. Fu una pluralità di strategie finalizzate alla deterrenza e realizzate quando la pena non poteva avere alcuna certezza.

Non è quindi probabilmente un caso che sulla questione dei modi della deterrenza si incentrasse soprattutto il dibattito stimolato dal libro di Beccaria, e che questo dibattito si intrecciasse nel mondo intellettuale e politico in modo complesso, non privo di ambiguità.

John Almon, riportando una discussione parlamentare avvenuta tra il 1766 e il 1767, scrisse: "The discretion of a judge is the law of tyrants; it is always unknown; it is different in different men; it is casual; and depends upon constitution, temper, and passion" (J. Almon, 1797, p. 398). Beccaria qui insegna, ma un passo basilare del capitolo XII (*Of the Intent of Punishments*) dell'*Essay on Crimes and Punishments* recita:

«The end of punishment, therefore, is no other, than to prevent the criminal from doing further injury to society, and to prevent others from committing the like offence. Such punishments, therefore, and such a mode of inflicting them, ought to be chosen, as will make the strongest and most lasting impressions on the minds of others, with the least torment to the body of the criminal.»

Lo stesso passo nel testo italiano (capitolo XII, *Fine delle pene*) di tutte le edizioni, dalla prima, del 1764, alla quinta e sesta, del 1766, reca invece:

«... 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» (C. Beccaria, a cura di G. Francioni, 1984, p. 55).

Nell'inglese manca un inciso fondamentale – manca: «serbata la proporzione» – e se teniamo conto di quanto mostrato più sopra, si può credibilmente ipotizzare che sia stata una scelta. E questa scelta colpisce.

#### BIBLIOGRAFIA

An (1680), *The true Narrative of the Execution of John Marketman, Chyrurgian, of West Ham in Essex for committing a horrible and bloody Murder upon the Body of his Wife that was big with Child when he stabbed her*, London.

An (1722), *The Tryal and Condemnation of Arundel Coke, alias Cooke Esq.; and of John Woodburne, for Felony*, London, Printed for John Darby.

Almon John (1797), *Biographical, Literary, and Political Anecdotes, by several of the most Eminent Persons of the Present Age*, By the author of Anecdotes of the late Earl of Chatham [i.e. John Almon], London, T.N. Longman & L. B. Seeley.

Almon John (1790), *Memoirs of a Late Eminent Bookseller*, London, Printed in the Year 17XC. La copertina interna reca: *Memoirs of John Almon, Bookseller, of Piccadilly*, London.

Angiolini Luigi (1790), *Lettere sopra l'Inghilterra Scozia e Olanda*, Firenze, Stampato per Pietro Allegrini.

Beattie J.M. (1986), *Crime and the Courts in England, 1660-1800*, Oxford, Clarendon Press.

Beattie J.M. (2001), *Policing and Punishment in London: 1660-1750. Urban Crime and the Limits of Terror*, Oxford, O.U.P.

Beattie J.M. (2012), *The First English Detectives. The Bow Street Runners and the Policing of London, 1750-1840. Urban Crimes and the Limits of Terror*, Oxford, OUP.

Beccaria Cesare (tr. it. 1984), *Dei delitti e delle pene*, a cura di Gianni Francioni, Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria, vol. I., Medio-banca, Milano.

Beccaria Cesare (1767), *An Essay on Crimes and Punishments, Translated from the Italian; with a Commentary, Attributed to Mons. De Voltaire*, Translated from the French, London: Printed for J. Almon, opposite Burlington-House, Piccadilly.

Beccaria Cesare (1766, edizione V), *Dei delitti e delle pene*, ed. 1965, con una raccolta di lettere e di documenti relativi alla uscita dell'opera e della sua fortuna nell'Europa del 700, a cura di F. Venturi, Torino, Einaudi.

Beccaria Cesare (1766, edizione V), *Dei delitti e delle pene*, ed. 1991, con uno scritto di D'Alembert, Milano, Oscar Mondadori.

Beccaria Cesare (2009), *On Crimes and Punishments*, translation, annotation and introduction by Greame R. Newman e Pietro Marongiu, New Jersey, Transaction Publishing.

Beccaria Cesare (2008), *On Crimes and Punishments and other Writings*, edited by Aaron Thomas, translated by Aaron Thomas and Jeremy Parzen, Introduction By Alberto Burgio, Toronto, University of Toronto Press.

Bessler John D. (2014), *The Birth of American Law: An Italian Philosopher and the American Revolution*, Durham, Carolina Academic Press.

Blackstone William (1766-1769 febbraio), *Commentaries on the Laws of England*, ed. 2002, Chicago-London, University of Chicago Press.

Boswell James (1790), *The Life of Johnson*, ed. 1991, Greg Clingham (a cura di), Cambridge, CU.P.

Boswell James (1951), *London Journal 1762-3 together with the Journal of my Aunt*, a cura di F.A. Pottle, London, Heinemann.

Colley Linda (2009), *Britons: Forging the Nation 1707-1837*, revised edition with new introductory essay, New Haven-London, Yale University Press.

Dawes M. (1782), *An Essay on Crimes and Punishments, with a view of, and Commentary upon Beccaria, Rousseau, Voltaire, Montesquieu, Fielding, and Blackstone, in which are contained Treatises (...)* by M. Dawes, of the Inner Temple, Esq, London, Printed for C. Dilly, in the Poultry: and J. Debrett (successor to Mr. Almon) Piccadilly, MDCCLXXXII.

De Michelis Lidia (2013), *Letters from London: A "Bridge" between Italy and Europe*, in Frank O'Gorman and Lia Guerra (a cura di), *The Centre and the Margins in Eighteenth-Century British and Italian Cultures*, Newcastle upon Tyne, pp. 37-55.

De Romanis Roberto (1992), *Johnson and Johnson, ovvero, di biografie, criminali e romanzieri*, in *I criminali e le loro storie*, numero monografico de *L'Asino d'oro*, VI, pp. 70-87.

Draper Anthony J. (2000), *Cesare Beccaria's influence on English discussions of punishment, 1764-1789*, in *History of European Ideas*, 26, pp. 177-199.

Dunthorne Hugh (1999), *Beccaria in Britain*, in David H. Howell e Kenneth O. Morgan, *Crime, Protest and Police in Modern British Society*, Essays in Memory of David J.V. Jones, University of Wales Press, Cardiff, pp. 75-82.

Fielding Henry (1746), *The Female Husband or the Surprising History of Mrs Mary alias Mr George Hamilton, who was convicted of having married a young woman of Wells and lived with her as her husband, taken from her own mouth since her confinement*, London, M. Cooper.

Fielding Henry (1761), *An Enquiry into the Causes of the Late Increase of Robbers* (1761), *The Complete Works of Henry Fielding Esq.*, ed. 1967, London, Frank Cass & Co., vol. XIII.

Franklin Robert (1671), *A murder punished, and pardoned. Or, a true Relation of the wicked Life, and shameful happy Death of Thomas Savage*, London.

Goodcole Henry (1635), *Heaven's speedie Hue and Crie, sent after Lust and Murder*, London, printed by N. and I. Okes.

Guerra Lia (1994), *Scandinavia 1795. Rapporto dai confini dell'Europa*, in *Studi Settecenteschi*, 15, pp. 281-330.

Harris Michael (1982), *Trials and Criminal Biographies: A Case Study in Distribution*, in Robin Myers, Michael Harris (a cura di), *Sale and Distribution of Books from 1700*, Oxford, Oxford Polytechnic Press.

Harris Michael (1999), *L'omicidio e la stampa: rappresentazioni del crimine e della legge (1660-1760)*, in Roberto De Romanis e Rosamaria Loretelli (a cura di), *Il delitto narrato al popolo. Immagini di giustizia e stereotipi di criminalità in età moderna*, Palermo, Sellerio, pp. 19-35.

Hay Douglas (1976), *Property, Authority and the Criminal Law*, in D. Hay, P. Linebaugh, J. G. Rule, E.P. Thompson, C. Winslow, *Albion's Fatal Tree. Crime and Society in Eighteenth Century England*, London, Allen Lane, pp. 17-63.

Langbein John H. (1977), ed. 2006, *Torture and the Law of Proof: Europe in the Ancient Régime*, Chicago, University of Chicago Press.

Linebaugh Peter (1977), *The Tyburn Riots against the Surgeons*, in D. Hay, P. Linebaugh, J. G. Rule, E. Thompson, C. Winslow, *Albion's Fatal Tree: Crime and Society in Eighteenth Century England*, London: Allen Lane, pp. 65-117.

Linebaugh Peter (1977), *The Ordinary of Newgate and his Account*, in John Cockburn (a cura di), *Crime in England 1550-1800*, London, Routledge, pp. 247-269.

Linebaugh Peter (1991), *The London Hanged: Crime and Civil Society in the Eighteenth Century*, Harmondsworth, Penguin.

Loretelli Rosamaria, Cerone Elisabetta (1995), *Dal patibolo. Crimini e pene nella letteratura popolare inglese (secoli XVII-XIX)*, Napoli, ESI.

Loretelli Rosamaria (2008), *The Scaffold and its Literature: The Interweaving of Justice and Narrative in Eighteenth-Century England*, in *Etudes Thanatologiques/ Studi Tanatologici/Thanatological Studies*, III, pp. 271-298.

Loretelli Rosamaria (2013), *La lingua la stampa, la storia della nazione*, in Beatrice Alfonzetti e Marina Formica (a cura di), *L'idea di nazione nel Settecento*, Roma, Edizioni di storia e letteratura.

Lowrey James (1752), *The only genuine and authentic Narrative of the Proceedings of the late Capt. James Lowrey (...) as the same was delivered by himself in a Manuscript*, London, Printed for Thomas Parker.

Mandeville Bernard (1725), *Ricerca sulle cause delle frequenti esecuzioni a Tyburn*, cura, introduzione e traduzione di Mauro Simonazzi, ed. 2006, Genova, Il Melangolo.

Mazza Emilio (2005), *Hume's 'Meek' Philosophy among the Milanese*, in Marina Frasca-Spada e P.J.E. Kail (a cura di), *Impressions of Hume*, Oxford, O.U.P., pp. 213-244.

McLean Kenneth (1936), *John Locke and English Literature of the Eighteenth Century*, New Haven, Yale U.P.

McLynn Frank (1989), *Crime and Punishment in Eighteenth-Century England*, Oxford, OUP.

Paley William (1785), *The Principles of Moral and Political Philosophy*, ed. 1786, London.

Pepys Samuel (1971), *Diary*, ed. 2000, principal editors Robert Latham and William Mathews. Berkeley and Los Angeles, University of California Press.

Radcliffe Evan (1933), *Revolutionary Writing, Moral Philosophy, and Universal Benevolence in the Eighteenth Century*, in *Journal of the History of Ideas*, pp. 221-245.

Radzinowicz Leon, Hood Roger (1948), *A History of English Criminal Law and its administration from 1750*, VOL. I, London, Stevens and Sons Limited.

Rogers Deborah D. (1986), *Bookseller as Rogue: John Almon and the Politics of Eighteenth-Century Publishing*, New York, Berne, Frankfurt, Peter Lang.

Rosen Fred (1996), introduzione a *Jeremy Bentham, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, edited by J.H. Burns and H.L.A. Hart, Oxford, O.U.P.

Sharpe James Anthony (1990), *Judicial Punishment in England*, London, Faber.

Simonazzi Mauro (2006), introduzione a Bernard Mandeville, *Ricerca sulle cause delle frequenti esecuzioni a Tyburn*, Genova, Il Melangolo, pp. 7-42.

Sirota Brent S. (2014), *The Christian Monitors: The Church in the Age of Benevolence. 1680-1730*, New Haven, Yale U.P.

Thompson Edward Palmer (1977), *Whigs and Hunters: The Origin of the Black Act*, (1975), Harmondsworth, Penguin.

Verri Pietro e Alessandro (1980), *Viaggio a Parigi e Londra (1766-1767)*, a cura di Gianmarco Gaspari, Milano, Adelphi.

## THE SHADOWY MAN OF REASON - BECCARIA AND THE NORWEGIAN ABOLITIONIST MOVEMENT

*Per Jørgen Ystebede*

*This article provides a brief outline of the rise of the Nordic abolitionism movement and its relationship to the work of Cesare Beccaria. First, some key movements and historical events are set out. Second, there is a short discussion of abolitionism in the present and the idea of Nordic states as exceptional when it comes to punishment. Then Nils Christie's discussion of Beccaria is considered. By comparing the anniversary of Cesare Beccaria to the rise of Anglo-American literature on Cesare Lombroso, the article calls for the importance of more historical criminological research into Beccaria's legacy.*

**Keywords:** Beccaria; abolitionism; Nordic exceptionalism; historical criminology.

### Introduction

In 2009 was the 100-year anniversary of Lombroso's death which was used as an occasion for debate among scholars as well as in public, to take stock of his legacy (Montaldo 2012). Just a few years later, in 2014, Italian academia celebrated another important landmark and another important anniversary for one of its intellectual Caesars – the 250<sup>th</sup> anniversary of Cesare Beccaria's *Of Crime and Punishment*.

While Beccaria is deeply embedded in the Enlightenment period, more discussed in the annals of criminology has been on one of the proponents – often cast in the role as antagonist – of what one may call a counter enlightenment in the history of the science of criminology and criminal justice system. Whereas restraint, order, and reason: these were the values that undergirded the Enlightenment work of Beccaria and other philosophers on punishment such as Jeremy Bentham, whose proposals for reducing crime

and improving social control assumed the possibility of human and social rationality. The early science of criminology, coming in the wake of the Romantic period would in part reject the Enlightenment values of restraint, order, and reason, instead embracing emotion, adventure, the imagination, and irrationality. Lombroso and late 19th century and early twentieth criminal scientists would rather stress untrammelled freedom and exploration; looking to nature for inspiration, they reached for a sense and grasp of the sublime, the shudder of horror, and other powerful feelings (Rafter and Ystehede 2008). This was in part because of a conundrum left as a legacy from Enlightenment philosophers such as Beccaria and Bentham. If Man, yes, human nature is supposed to be rational, reasonable, good – how then to understand and explain evil, radical human evil or those things seen as such? (*ibidem*).

Lombroso, and many of his descendants answer would be similar to that in fashioned in the popular imagination of the time; they introduced gothic doubles. Claiming that there exist a dark side, a world of cruelty, lust, perversion and crime, that hidden- and at times not so well hidden beneath established conventions. To solve the riddle of Man of Reason turned criminal, Lombroso argued that at least some men had to be different – that human and social rationality was not for everyone to share (Rafter and Ystehede 2009). As is well known, in search of answers they turned to the criminal body and, a point which especially Michel Foucault would make famous, the criminal soul (Foucault 1975).

Even though being a gross simplification of the complexity of reality, I still maintain that the story of ‘Crime and Criminal Man’ as enframed by Beccaria and the story of ‘Crime and Criminal Man’ as enframed by Lombroso would come to be the dominant meta-narratives in western modernity on crime and punishment. The Enlightenment’s *Man of Reason* and the counter enlightenments *Gothic Man of Reason* still today do battle in discourses found in the court rooms, in crime reporting, in academic hermeneutics, seminars and lecture halls.

2014 not only saw the celebration of the 250th anniversary of the publication of *Of Crimes and Punishment*, but on a smaller note – the 60th anniversary of the Department of Criminology and Sociology of Law at the University of Oslo. Moreover, it was also the 40th anniversary of professor in sociology of law, Thomas Mathiesens’ book *The Politics of Abolition* (Mathiesen 1974). Mathiesen has therefore republished this seminal work, under the title *The Politics of Abolitionism Revisited* (Mathiesen 2014). This time he has decided to add articles by renowned scholars discussing both the impact abolitionist practice and theory has had – but also its future potential.

This brings me to the more specific topic of this article – namely to address the relationship between Cesare Beccaria and Nordic abolitionism. To begin, I will first say a little about the background for the abolitionist movement in Scandinavia, then I will briefly comment on abolitionism in Norway today and its relationship to what has been called Nordic exceptionalism. Finally, I will reflect on the relationship between Beccaria and Nordic abolitionism and criminology.

### 1. The Rise of Nordic Abolitionism

In many biographies on Beccaria, it is mentioned that *Of Crime and Punishment* in parts came out of a society, or intellectual circle Beccaria belonged to, called the *Academy of Fists* (see for instance Hostettler 2011). Nordic abolitionism in the 20th century was in part borne out of a series of meetings in 1966 called *The Parliamentary of Thieves* which would later result in a national Swedish association called *KRUM - The humanization of prisons*. KRUM was an inspiration for the advent of a Norwegian parallel initiated by amongst others, Thomas Mathiesen, called *KROM - The Norwegian Association of Penal Reform*.

So why did Swedish KRUM become so important for the following penal reforms in the Scandinavian countries? Arguably, for the first time in Swedish history – for the first time in Scandinavian history – prisoners stood up, telling the audience in so many words what prison life was like. Not only did they tell what prison life was like, but together with scholars and intellectuals such as Mathiesen, they not only criticized imprisonment as a form of punishment, but called for the abolition of prison as punishment. In the early 1970s several nationwide prisoners' hunger strikes took place in Sweden. At the time Sweden had about 5000 prisoners, at one point in time Swedish authorities counted 1889 prisoners on strike. The main strike was followed by so-called negotiations – actually only talks – between prison authorities and inmates. The prison strikes and other activities had strong repercussions throughout the Swedish prison system, and KRUM apparently managed to stop the construction of several new industrial prisons at the time. But the organization, though very influential, petered out due to internal conflicts and a loss of influence following the wave of prison strikes in the late 1970s (Mathiesen 2014). The Norwegian organization, KROM, however – still lives on and is politically active. In the beginning KROM attempted to co-operate with the prison authorities, but that proved unmanageable. The authorities did not want to co-operate and KROM throughout the 1970s progressively

turned quite belligerent, and openly advocated abolition of parts of the prison system. Books were published; so were numerous articles – in the newspapers and in journals; films were created; in the 1970s and 1980s large meetings with hundreds of people present as well as numerous smaller seminars were held; a journal called KROM-news was started. KROM organized and still organizes yearly 3-days' conferences at a Norwegian mountain hotel, where heated criminal policy debates took and take place. These conferences do not only consist of academics and trained experts, but prisoners and ex-prisoners, family members of prisoners, NGO's – yes, anyone interested in voicing an opinion on matters of punishment and the criminal justice systems. Gradually, the prison authorities and people from the political establishment participated – from the parliament and government elects in charge. For a number of years, the next in command in the Ministry of Justice took part; on one occasion the Minister of Justice himself participated.

KROM's activities has had its results: Rules concerning the censure of mail, visits and leaves were early liberalized; forced labor was abolished in 1970 after a lengthy struggle; the Borstal system was explicitly made into a youth prison system through various phases and finally abolished in 1975; and the security system was greatly reduced (*ibidem*). KROM was of course not the only organization, not the only forces in Norway and the Nordic countries working to improve the situation for prisoners, against harsher punishment or unfair sentencing practices. The Scandinavian abolitionist organization was very much part of the post WW2 cultural movement – later often summarized as the protests of 1968 – a generation rebelling against what they believed unjust and perceived as wrong with the world. However, Norwegian KROM's importance – as well as its Swedish and Danish counterparts – lies in that they spearheaded the call for abolition and the skepticism to excessive punishment. For example, even though Swedish KRUM did not survive as a united organization, many former members would become active in academia and other state institutions trying to steer against the tides of the 1980s who throughout the world saw the growth of an ever expanding penal systems. A world, as another Norwegian criminologist, professor Nils Christie, coined it had no ethical qualms making crime control into an industry (Christie 2000).

## **2. Abolitionism in the Present – the Nordic states as exceptional (?)**

In Norway, prison sentences has been comparably shorter as compared to other countries, thus resulting in keeping the prison population relatively low. In 2010 Norway had 73 inmates per 100.000 inhabitants, and ranked

next to the lowest of 12 Westernized states that year, whereas other countries had much larger rates. Lowest of the Nordic countries was of course Finland and Iceland with respectively 60 and 55 per 100.000. On the other side of the spectrum, in 2010, USA had 743 per 100.000 (Mathiesen 2014).

The short prison sentences and low number of inmates is something Norway shares with the other Nordic countries – which has given rise to what has been coined Nordic penal exceptionalism. That, the Scandinavian or Nordic countries criminal justice systems are often put forth by non-Nordic parties as ‘beacons of tolerance’ – as exceptional both when it comes to low incarceration rates and the quality of prisoner’s life – is an issue of some controversy on many levels in the Nordic countries.

First of all, there are of course political forces in the Nordic countries that think sentences should be longer and that especially the newer prisons have a too high material standard. As such, prison conditions in Norway are more humane than in many other countries it makes sense to compare oneself with. The point most prison researchers in Norway try to make, however, is that this does not mean that there are no pains of imprisonment. Nordic prisons also have dehumanizing practices we find less used other places in the world – such as pre-trial detention and the use of isolation. Perhaps it might be that Nordic scholars are here a bit too myopic, not seeing and giving credit to a relatively well-functioning system? Given many decades of critical scholarship and activism working to better the lives in prison – the abolitionists might be afraid to lose momentum if acknowledging that things have improved, the system of punishment is better. However, as the Norwegian criminologists Jane Dullum and Thomas Ugelvik has pointed out – there are other ways that a society may also show its punitiveness: *low levels of official, public, state control do not necessarily equal low levels of control ... Different societies may be excluding different populations in different ways, and it may be that the Nordic societies just specialize in different forms of social control* (Ugelvik and Dullum 2012). Social egalitarianism – advocating the removal of inequalities among people may also result in a lower threshold for tolerance.

### **3. Beccaria and the Norwegian Abolitionist Movement**

So – where does Beccaria fit in to all of this? When reading much of the Nordic abolitionist literature of the 60s, 70s and 80s – he is rarely mentioned. If mentioned, mostly briefly in passing as a progressive figure wanting to abolish torture. The main exception being professor in criminology Nils Christie who in his seminal work *Limits to Pain* devotes a chapter to what he

calls “Beccaria in Scandinavia” Christie, though hailing Beccaria’s historical importance, is no fan of those he considers his modern day descendants – neo classicist theoreticians. According to Christie:

The hidden message of neo-classicism lies first and foremost in the emphasis on the overwhelming significance of the criminal act. The violation of the law, this concrete action, is of such importance that it sets the whole machinery of the state in motion and decides in almost every detail everything that will subsequently take place. The crime – the sin – becomes the decisive factor, not the wishes of the victim, not the individual characteristics of the culprit, not the particular circumstances of the local society. By excluding all these factors, the hidden message of neo-classicism becomes a denial of the legitimacy of a whole series of alternatives which should be taken into consideration. Such a system becomes in fact a rejection of all those other values which should surely be included in this most important ritualistic display of state-power. Our criminal policies should reflect the totality of the basic values of the system. It is an affront to my values, and I think to many people’s values, to construct a system where crimes are perceived as so important that they decide, in absolute priority to all other values, what ought to happen to the perpetrator of a particular crime. What does a neo-classical scale say about the value of kindness or of mercy? What about those offenders who have suffered so much beforehand in life that they, in a way, have been punished long before they committed the crime they now have to be punished for. What about the difference between the poor thief and the rich one, the brilliant and the stupid, the well-educated and the uneducated? I do not know. But I do know that I cannot accept a system for the ranking of values which by implication makes all these distinctions – and thereby the values they express – of negligible importance. A system that allows itself to be directed solely by the gravity of the act in no way contributes to a satisfactory set of standards for moral values in society. Neo-classicism solves some of the fundamental problems of priorities by simply ignoring them. It has thus an additional important, but again false, message: the world is simple, and all its sins can be squarely and clearly classified and ranked in advance (Christie 1982).

To Christie, the idea of proportionality is an illusion and a flawed premise in criminal law. With such a view, it may in retrospect seem hardly surprising that Christie a few years later became the founding father of the Norwegian Mediation Service and alternative conflict handling movement. However, Christie did not tell the whole story of Beccaria in Scandinavia. Though perhaps not completely sharing the tenant that punishment should be proportionate to the crime committed, one may find other similarities.

If one should pinpoint what most abolitionists, and also the Norwegian penological tradition on the whole since the reformation of the Norwegian Criminal Code in the early twentieth century, share with Beccaria, share is the idea that the overall majority of people committing crime are rational beings. The philosophy of punishment in Norway is as such very much in a Beccarian tradition and descendants of Enlightenment views and the belief in equality and rationality. Not only have the abolitionists been skeptical to what they – at times rightfully, at times wrongfully – has conceived of as the Lombrosian legacy of introducing medical experts, and psychiatric diagnosis schemes into the court rooms and the rule of law (Ystehede 2008). Furthermore, similar to Beccaria, the main abolitionist argument for “rehabilitation” has been education and an ongoing strong belief among criminal lawyers and law-makers in general deterrence in Norwegian criminal law. Alas, though Beccaria’s name is often mentioned as an important historical figure – that of going ad fonts to study Beccaria’s research into the areas of anthropology and law is still missing in Norwegian criminological and legal academic discourse.

Hopefully will the 250th anniversary of Cesare Beccaria’s work have the same effect when it comes to outpouring of new historical research on Beccaria’s influence internationally and on different nation states – hereunder Norway – as has been, partly, the result of the Lombroso anniversary. Whereas more and more historical criminological research is done on Lombroso, bringing new knowledge informing the history of how our society has dealt with crime and punishment, it is now also about time to bring out the as of yet shadowy figure of Cesare Beccaria out into the light of new research.

#### BIBLIOGRAFIA

Christie Nils (1981), *Limits To Pain*, Martin Robertson, Oxford.

Christie Nils (2000), *Crime Control as Industry. Towards Gulags*, Western Style. 3rd ed. Routledge, London.

Foucault Michel (1975), *Surveiller et Punir. Naissance de la prison*, Gallimard, Paris.

Hostettler John (2011), *Cesare Beccaria. The Genius of ‘On Crimes and Punishments’*, Waterside Press, London.

Mathiesen Thomas (1974), *The Politics of Abolition*, John Wiley & Sons, New York.

Mathiesen Thomas (2014), *The Politics of Abolition Revisited*, Routledge, London.

Montaldo Silvano (2013), *The Lombroso Museum from its origins to the present day*, in Knepper Paul and Per Jørgen Ystehede, eds., *The Cesare Lombroso Handbook*, Routledge, London, pp. 98-112.

Montaldo Silvano (2012), *Il cranio, il sindaco, l'ingegnere, il giudice e il comico. Un feuilleton museale italiano*, in *Museologia Scientifica nuove serie*, 6 (1-2), pp. 137-146.

Rafter Nicole and Per Jørgen Ystehede (2008), *Here Be Dragons. Lombroso, the Gothic, and Social Control. In Popular Culture, Crime, and Social Control*, Mathieu Deffem, Emerald/JAI Press, *Sociology of Crime, Law, and Deviance*, v. 14, pp. 263-284.

Rafter Nicole and Per Jørgen Ystehede (2009), *Lombroso e la cultura di massa in Europa (1890-1930)*, in S. Montaldo e P. Tappero, a cura di, *Cesare Lombroso cento anni dopo*, Utet, Torino, pp. 185-92.

Ugelvik Thomas and Dullum Jane (2012), *Introduction. Exceptional prisons, exceptional societies?*, in T. Ugelvik and J. Dullum, eds., *Penal Exceptionalism? Nordic Prison Policy and Practice*, Routledge, London, p. 5 ss.

Ystehede Per Jørgen (2008), *In the Twilight of Good and Evil: Cesare Lombroso and the Criminological Imagination*, Saarbrücken, Verlag Müller.

## LE RUBRICHE PERIODICHE





## RUBRICA GIURIDICA

*Il diritto rappresenta tradizionalmente il quadro formale entro il quale si muovono tutti gli operatori del sistema penale e penitenziario. Questa accezione formalistica, tuttavia, rischia di far passare in secondo piano quegli elementi sociali, economici, culturali e politici che fanno del fenomeno giuridico un aspetto essenziale per comprendere la società stessa e le sue trasformazioni nel corso del tempo. In tale prospettiva, questa rubrica vuole dare spazio a letture giuridiche delle questioni trattate che tengano ben presente quello che i sociologi del diritto hanno chiamato diritto vivente, al preciso scopo di interessare una cerchia di lettori che vada al di là del ristretto pubblico dei giuristi.*

### **Violazione del divieto di tortura e obbligo per l'Italia di inserire uno strumento *ad hoc* per punire i responsabili. Riflessioni a margine della sentenza Corte EDU *Cestaro c. Italia***

Con la sentenza depositata in data 7 aprile 2015 sul caso *Cestaro c. Italia*, la Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi "Corte EDU") ha dichiarato la violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in poi "CEDU"), che vieta la tortura e i trattamenti inumani e degradanti con riferimento alla percossa subita da un cittadino italiano durante l'irruzione nella scuola Diaz-Pertini da parte delle forze di polizia italiane il 21 luglio 2001, durante le vicende del G8 di Genova.

La Corte europea, prima di valutare la sussistenza o meno della violazione, ha analizzato approfonditamente i fatti che hanno dato origine alla doglianza del ricorrente. In particolar modo, ha ricostruito il contesto fattuale dei giorni del *summit* internazionale del G8 sia con riferimento all'istituzione del Genova Social Forum (GSF), sia con riguardo all'imponente apparato di sicurezza posto in essere dalle autorità italiane. La Corte EDU ha rilevato, inoltre, come le manifestazioni si svolsero in modo pacifico il 19 luglio, mentre la mattina del 20 luglio i *black block* provocarono numerosi scontri con le forze di polizia, saccheggiarono banche e supermercati e diversi commissariati furono oggetto di atti di vandalismo. Nel pomeriggio di quel giorno, Carlo Giuliani, un giovane manifestante, fu ucciso da un colpo

di pistola sparato da una camionetta dei Carabinieri che tentava di sottrarsi ai manifestanti. Il 21 luglio la manifestazione dei *no global* ebbe luogo e vi parteciparono circa 100.000 persone. Durante la giornata la città fu saccheggiata e devastata.

Così inquadrato il contesto, la Corte di Strasburgo è passata a esaminare i fatti della sera del 21 luglio presso la scuola Diaz-Pertini che il Comune di Genova aveva dapprima messo a disposizione del Gsf e poi destinato a luogo di ospitalità dei manifestanti per la notte in ragione delle devastazioni subite dalla città che avevano reso impraticabili alcune strutture di accoglienza. I fatti antecedenti l'irruzione sono stati così ricostruiti: nella prima serata del 21 luglio, il passaggio di una pattuglia della polizia davanti alla scuola suscitò una reazione verbale violenta da parte di una decina di persone che si trovava lì fuori e fu lanciata una bottiglia vuota in direzione dell'auto. Di ritorno in caserma i poliziotti riferirono l'accaduto e, dopo aver sentito il responsabile del Gsf, decisero di perquisire la scuola Diaz-Pertini al fine di raccogliere elementi di prova e, eventualmente, di arrestare i *black block* responsabili dei saccheggi. La perquisizione si sarebbe svolta in questo modo: un'unità della polizia composta da agenti del VII nucleo anti-sommossa di Roma avrebbe messo in sicurezza l'edificio; poi, una seconda unità avrebbe proceduto alla perquisizione; infine, un'unità di carabinieri avrebbe circondato l'edificio per impedire la fuga dei sospettati. Come riportato anche dalla sentenza della Corte di cassazione, il numero totale degli agenti impegnati nell'operazione era di circa 500 tra Polizia e Carabinieri.

Verso mezzanotte, giunti nei pressi della scuola, i membri del nucleo anti-sommossa, con casco, scudo e manganello del tipo tonfa, avanzarono correndo verso la scuola Diaz-Pertini, colpendo a calci e manganellate un giornalista e un consigliere comunale che si trovavano fuori dall'edificio scolastico. Coloro che si trovavano nella scuola si chiusero dentro cercando di bloccare l'avanzata degli agenti che, tuttavia, riuscirono a forzare la barriera ed entrarono. Si divisero in tutti i piani dell'edificio e, alcuni con il viso coperto da un foulard, iniziarono a picchiare chi era nella scuola con pugni, calci e colpi di manganello, gridando e minacciando le vittime. Alcuni agenti si accanirono anche contro persone che erano sdraiate per terra, che stavano dormendo ed erano ancora nei sacchi a pelo, che avevano alzato le mani in segno di resa o che mostravano le carte d'identità; alcuni degli occupanti cercarono di fuggire, di nascondersi nei bagni o nei sotterranei dell'edificio, ma furono tirati fuori dai loro nascondigli, talvolta afferrati per i capelli, e picchiati.

Il ricorrente che ha adito la Corte EDU, e che aveva al tempo 62 anni, si trovava al piano terra e fu svegliato dall'arrivo della polizia. Si mise seduto

vicino a un gruppo di altre persone e alzò le mani. Fu picchiato soprattutto sulla testa, sulle braccia e sulle gambe e tali colpi causarono delle fratture multiple dell'ulna, del perone e di numerose costole. Egli fu soccorso per ultimo dal personale sanitario che entrò nella scuola dopo la fine delle violenze e fu operato all'ospedale Galliera di Genova ove dovette restare quattro giorni; fu dichiarato inabile al lavoro per più di 40 giorni e il braccio e la gamba destra risentono, tuttora, di una debolezza permanente.

Poco dopo l'irruzione nella scuola Diaz-Pertini, un'unità di agenti fece irruzione anche nell'adiacente edificio scolastico Diaz-Pascoli ove alcuni giornalisti stavano filmando quanto avveniva. I giornalisti furono obbligati a smettere di riprendere e molte cassette furono distrutte. Le forze dell'ordine procedettero, quindi, alla perquisizione delle borse di coloro che stazionavano nella scuola senza cercare di identificarne i proprietari, né spiegando alcunché. Tutti i 423 occupanti l'edificio furono arrestati e accusati di associazione a delinquere finalizzata al saccheggio e alla devastazione. La maggior parte fu condotta presso gli ospedali cittadini, mentre altri furono inviati presso la caserma di Bolzaneto ove vennero perpetrate ulteriori gravissime violenze che sono oggetto di un ricorso pendente davanti alla Corte EDU.

Il capo della polizia affermò che gli oggetti requisiti a seguito della perquisizione consistevano in vestiti neri e spiegò che le macchie di sangue all'interno della scuola erano da imputarsi alle ferite che i manifestanti si erano procurati durante la manifestazione del giorno precedente. Tra gli oggetti sequestrati furono mostrate dalla polizia anche due bottiglie molotov che, tuttavia, fu accertato essere state introdotte nella scuola da alcuni agenti che le avevano sequestrate nel pomeriggio e una divisa tagliata di netto – come da un colpo di coltello – ma, anche in questo caso, si scoprì che furono gli agenti a tagliarla per fingere di essere stati aggrediti nel corso dell'irruzione nella scuola.

Il Prefetto di Genova aprì un'inchiesta contro le forze dell'ordine che avevano fatto irruzione nella scuola. Nel 2004 dopo tre anni di indagini, poco più di trenta persone tra cui funzionari, dirigenti e agenti di polizia furono rinviate a giudizio per falso ideologico, calunnia semplice e aggravata, abuso di potere pubblico (quanto agli arresti illegali degli occupanti la scuola), lesioni corporali semplici e gravi e porto abusivo di armi da guerra.

In primo grado, con sentenza n. 4252/08, il Tribunale di Genova dichiarò dodici degli accusati colpevoli dei reati ascrittigli condannandoli a pene comprese tra i due e i quattro anni di reclusione, all'interdizione dai pubblici uffici per tutta la durata della pena e accordò un indennizzo a coloro che si erano costituiti parte civile. In quella sede fu affermato che quanto avvenuto oltre a essere contrario alla legge era anche contrario «ad

ogni principio di umanità e di rispetto delle persone». I condannati impugnarono tale decisione e la Corte d'appello di Genova, con sentenza n. 1530/2010, dichiarò estinti per prescrizione i reati di calunnia aggravata, di abuso di autorità pubblica e di lesioni semplici e il non luogo a procedere anche nei confronti del capo del nucleo antisommossa condannato in primo grado per lesioni aggravate. La Cassazione, infine, con sentenza n. 38085/2012 confermò quanto affermato dalla Corte d'appello, ma dichiarò prescritto anche il reato di lesioni gravi.

La Corte di Strasburgo ha ritenuto violato l'articolo 3 della Convenzione sia dal punto di vista sostanziale, sia da quello procedurale. Con riferimento alla violazione del divieto di tortura dal punto di vista sostanziale la Corte EDU si è soffermata sulla possibilità di qualificare gli atti di violenza come «tortura» o come «trattamenti inumani e degradanti» ai sensi della Convenzione.

Il giudice europeo, ribadendo che l'articolo 3 CEDU consacra uno dei valori fondamentali delle società democratiche che non può subire deroghe o eccezioni anche nelle circostanze più difficili, ha riconosciuto che il trattamento subito dal ricorrente integra la fattispecie di «tortura» ai sensi della Convenzione. La decisione muove dalla definizione contenuta nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura che qualifica tortura qualsiasi atto con il quale sono inflitti a una persona dolore o sofferenze acute, fisiche o psichiche, segnatamente al fine di ottenere da questa o da una terza persona informazioni o confessioni, di *punirla* o di *intimidirla*.

La Corte EDU è giunta a siffatta conclusione tenendo conto della gravità delle sofferenze inflitte al ricorrente, dell'acutezza delle lesioni subite, delle conseguenze dannose per la sua salute e delle sensazioni di paura e angoscia da egli provati. La Corte dei diritti ha fatto riferimento, inoltre, al *carattere intenzionale dei trattamenti* che avevano chiaramente uno *scopo punitivo* teso a provocare l'umiliazione e la sofferenza psichica e morale delle vittime, all'assenza di qualsivoglia nesso di causalità tra la condotta del ricorrente e l'utilizzo della forza da parte degli agenti di polizia e, quindi, alla *totale gratuità della violenza* rispetto allo scopo asseritamente invocato e cioè quello della perquisizione.

È importante sottolineare, inoltre, che la Corte di Strasburgo ha dichiarato la violazione dell'articolo 3 della Convenzione anche dal punto di vista procedurale. Lo scopo dell'attività della Corte EDU, in questi casi, consiste, infatti, nel verificare se e in quale misura le giurisdizioni nazionali, prima di giungere alle loro decisioni, hanno esaminato scrupolosamente i fatti come richiesto dall'articolo 3 CEDU in modo da preservare la forza dissuasiva del sistema giudiziario e l'importanza del ruolo che riveste in esso la prevenzione

della tortura. Ciò, secondo la Corte di Strasburgo, è essenziale per mantenere la fiducia dei cittadini, garantire la loro adesione allo Stato di diritto e prevenire ogni tolleranza rispetto a tali atti illeciti.

Perché un'inchiesta sia effettiva nella pratica, tuttavia, la condizione preliminare è che vi siano delle disposizioni normative dello Stato che reprimano la condotta vietata dall'articolo 3 CEDU, poiché in assenza di una legislazione penale idonea a prevenire e reprimere *effettivamente* gli autori di azioni contrarie a tale disposizione le autorità giudiziarie non sono nelle condizioni di individuare e punire tutti i responsabili. Nel caso di specie sono stati imputati agli agenti dei reati minori, aventi un tempo di prescrizione breve, invece del reato di tortura poiché esso non è previsto nel nostro ordinamento. Con riferimento alla sanzione penale per i responsabili, la Corte EDU ha ribadito che non le compete la determinazione della pena, ma che, in ossequio al principio che vuole che garantisca i diritti non in modo teorico e illusorio, ma concreto ed effettivo, essa deve mantenere il suo ruolo di controllo e deve intervenire qualora sussista una manifesta sproporzione tra la gravità degli atti compiuti e le sanzioni comminate.

Applicando questi principi generali al caso di specie, la Corte di Strasburgo ha rilevato che sorgono tre problemi. In primo luogo, non è stato possibile identificare gli agenti che hanno aggredito il ricorrente che non sono stati sottoposti ad indagine e quindi sono rimasti, semplicemente, impuniti. La Corte EDU ha colto l'occasione per esprimere il proprio rammarico con riferimento alla condotta della polizia italiana che ha potuto impunemente rifiutarsi di cooperare con le autorità competenti ai fini dell'identificazione di tutti gli agenti coinvolti. Il fatto che i poliziotti entrarono nella scuola con il volto coperto e che non si è stati in grado di sapere il numero esatto di agenti sul luogo e di individuarli è stato valutato dalla Corte EDU come un ostacolo notevole a qualsiasi tipo di indagine efficace.

In secondo luogo, il giudice europeo ha riconosciuto che i reati ascritti agli agenti identificati sono stati dichiarati tutti prescritti dalla Corte di cassazione (ad eccezione dei reati di falso ideologico e di porto abusivo di armi da guerra per i quali è intervenuto l'indulto), il che significa che dopo tre gradi di giudizio *nessuno* è stato condannato per le violenze perpetrate nella scuola. La Corte di Strasburgo ha considerato che la legge penale applicabile al caso di specie è inadeguata con riferimento all'esigenza di sanzionare tali atti di tortura e sprovvista di ogni effetto dissuasivo necessario per prevenire altre violazioni similari.

In terzo luogo, quanto alle misure disciplinari comminabili nei confronti dei responsabili, la Corte EDU ha rilevato che essi non sono stati neppure sospesi dal servizio durante il procedimento penale.

In conclusione, la Corte dei diritti ha ritenuto che le misure adottate dalle autorità italiane non hanno soddisfatto i requisiti che un'inchiesta effettiva e approfondita deve possedere e, contestualmente, ha escluso ogni responsabilità delle autorità giurisdizionali sul punto, imputando ciò a una carenza dell'ordinamento che non prevede il reato di tortura. Riconoscendo quindi, il carattere strutturale del problema e ribadendo gli obblighi positivi gravanti sullo Stato, la Corte EDU ha affermato che è «necessario che l'ordinamento giuridico italiano si munisca di strumenti giuridici in grado di punire adeguatamente i responsabili di atti di tortura o di altri maltrattamenti di cui all'articolo 3 e tesi ad evitare che costoro possano beneficiare di misure che si pongono in contraddizione con la giurisprudenza della Corte».

Deve rilevarsi, da ultimo, che è tornato all'esame del Senato della Repubblica il testo del disegno di legge intitolato "Introduzione del reato di tortura nell'ordinamento italiano" dopo l'approvazione del testo emendato dalla Camera dei deputati il 9 aprile 2015. Tale disegno di legge prevede l'introduzione dell'articolo 613 *bis* nel codice penale che punisce «chiunque, con violenza o minaccia ovvero con violazione dei propri obblighi di protezione, di cura o di assistenza, intenzionalmente cagiona a una persona a lui affidata, o comunque sottoposta alla sua autorità, vigilanza o custodia, acute sofferenze fisiche o psichiche al fine di ottenere, da essa o da un terzo, informazioni o dichiarazioni o di infliggere una punizione o di vincere una resistenza, ovvero in ragione dell'appartenenza etnica, dell'orientamento sessuale o delle opinioni politiche o religiose, è punito con la reclusione da quattro a dieci anni». È inoltre prevista *un'aggravante qualora il reato venga commesso da un pubblico ufficiale*, che fa aumentare la pena dai 5 ai 12 anni. Appare importante sottolineare, come già fatto da autorevole dottrina, che una siffatta norma non potrebbe, tuttavia, essere applicata ai casi come quello che ha dato origine alla pronuncia in commento in quanto pone come requisito che la vittima sia quantomeno affidata al soggetto agente. L'auspicio è, dunque, che il legislatore agisca velocemente per migliorare il progetto cogliendo l'occasione fornita dalla sentenza della Corte dei diritti e non accontentandosi di una norma in grado di offrire una tutela solo parziale.

*Alessia Valentino*

## RECENSIONI

*La presente rubrica recensisce lavori teorici e ricerche empiriche che affrontano il tema del carcere, della giustizia penale e, più in generale, del controllo sociale. In conformità con i principi che ispirano l'associazione Antigone, particolare attenzione verrà riservata a testi in grado di promuovere un dibattito sui modelli di legalità penale e sulla loro evoluzione; sull'evoluzione delle realtà carcerarie e giudiziarie nel nostro e negli altri Paesi; sulle trasformazioni dei modelli del controllo sociale nella società contemporanea. A fronte dell'estesa produzione su questi temi, verranno privilegiate opere che, di qualsiasi ispirazione e provenienza, collettive o monografiche, si dimostrino aperte al confronto e sostenute da spirito critico.*

**DARIO IPPOLITO (a cura di)**

***La libertà attraverso il diritto. Illuminismo giuridico e questione penale***

Editoriale scientifica, Napoli, 2014, pp. 147, € 13,00

Il volume collettaneo, attraverso i quattro saggi che lo compongono, rende visibili le fondamenta teoriche del passaggio epocale dall'*Ancien Droit* all'età moderna dei diritti, ricostruendo la genealogia dell'affermazione dei principi – legalità, separazione dei poteri, garanzia delle libertà fondamentali – che portarono a un nuovo paradigma normativo, quello dello Stato di diritto. Perché concentrare uno studio interamente sul pensiero giuridico penale è chiarito da Luigi Ferrajoli nella sua prefazione. Il paradigma garantista, elaborato dai pensatori illuministi, prende forma in ambito penale – laddove indubbiamente opacità e arbitrio assumevano da secoli dimensioni abnormi sì da rendere un deciso cambio di rotta istanza non più ignorabile – per estendersi con l'evoluzione del costituzionalismo moderno alle sfere dei diritti politici e sociali, trasponendovi i principi suoi peculiari ovvero «limiti e vincoli ai poteri a garanzia dei diritti fondamentali».

Nella nota introduttiva Ippolito decide di partire dalla conclusione di quella che è la tortuosa strada che ha portato al riconoscimento e all'affermazione dei diritti e delle garanzie di matrice illuministica nel diritto penale, ovvero da quello che, a suo giudizio, è stato l'«esito politico di una vasta, plurale e pluridecennale riflessione giusfilosofica». Ci offre così una rapida panoramica delle prime positivizzazioni d'età moderna dei principi illumini-

stici nel diritto costituzionale degli Stati Uniti d'America e la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* dell'89 francese che riconosce ancora la «dimensione cruciale» della legislazione penale all'interno dell'ordine statale.

Una volta chiariti i debiti filosofici nei confronti dei giusnaturalisti e ricostruito il quadro della *querelle* attorno al potere, il volume entra nel vivo del dibattito giusfilosofico in materia penale. La questione criminale è scandagliata nei suoi meccanismi più intrinseci che in Europa erano identici e arretrati da secoli. Nel mirino degli illuministi finirono così l'arbitrarietà delle pene, la discriminazione che ne derivava e la crudeltà del sistema penale in cui tutto era barbaro, dal mezzo di ricerca della verità al supplizio. Gli illuministi, ponendo al centro l'uomo, si trovavano di fronte a una contraddizione inaccettabile. Quello di punire è un potere al contempo terribile ma necessario per affermare la possibilità stessa del riconoscimento di quei diritti e quelle libertà tanto care agli stessi pensatori.

Il primo saggio di Dario Ippolito, *La dimensione politica della questione penale: l'eredità di Montesquieu*, affronta con puntualità e chiarezza il pensiero di colui che, a detta di Brissot (p. 33), è stato apripista nella critica apportata alle leggi criminali. È perfettamente delineata la comprensione del filosofo francese del dramma insito nella penalità: «uno scudo potente, ma tagliente, il potere punitivo può ferire quanto le armi da cui difende» (p. 35) scrive Ippolito, restituendoci con chiarezza l'aporia, che è soprattutto etica e non solo pratica, tra necessità di una legislazione penale posta a difesa delle libertà individuali e la contemporanea affermazione del diritto a disporre e godere pienamente delle libertà stesse da parte dell'individuo. Il sistema di legislazioni criminali di Antico regime nell'incertezza e nell'arbitrio finivano per annichilire lo spazio dell'individuo. A Montesquieu dobbiamo la teorizzazione della secolarizzazione del diritto di punire che implica, da un lato, la distinzione tra crimine e peccato e, dall'altro, tra pena e castigo/espiazione.

Tirando le fila del pensiero montesquieuiano Ippolito individua tre principi "garantistici", tra loro sinergici, inseriti nel dibattito dal pensatore francese che pongono le basi per un "diritto penale mite". Il meta-legislativo principio di tassatività della legge penale, rivolto alla costruzione linguistica della norma che dovrà informarsi al criterio della univocità semantica per scongiurare indeterminatezza e arbitrio. Il principio della materialità dell'azione: i reati di opinione religiosa o politica sono inammissibili. E da ultimo il principio – meta-legislativo anch'esso – di necessità, secondo il quale «i comportamenti che non costituiscono *mala in se*» non possono essere oggetto di repressione penale. Laddove questo accada le leggi penali si trasformano in «coartazioni dispotiche che comprimono illegittimamente la libertà degli individui» (p. 60). Per Montesquieu il tempo per considerare la possibilità

del superamento della previsione della pena capitale non è ancora maturo. La morte, una *espèce de talion*, per lui che aderiva ancora a una concezione retributiva della pena, restava il solo rimedio di una società malata e un «imprescindibile dispositivo securitario» nell'economia della prevenzione generale.

Philippe Audegean, autore del secondo saggio *“Dei delitti e delle pene”*: *significato e genesi di un pamphlet giuspolitico*, presenta l'opera centrale dell'illuminismo giuridico penale del Settecento, un *pamphlet*, tradotto e diffuso in tutta Europa e ristampato a grande richiesta. «Fu il detonatore» e «restò fulcro» di tutto il dibattito che attorno a esso si scatenò sul potere di punire. Un saggio chiaro e puntuale attraverso il quale è presentato lo scopo che Beccaria si era prefisso con il suo lavoro: «denunciare la crudele severità della giustizia criminale» (p. 71). È evidenziato con attenzione il capovolgimento concettuale della pena che viene ad assumere una connotazione esclusivamente negativa: «male necessario, privo di ogni bontà intrinseca».

Audegean presenta il «principio di economia penale» leggendo in Beccaria la volontà di delineare un sistema penale minimo in grado di garantire la felicità individuale. Quella del filosofo milanese è «un'istanza di dolcezza» (p. 77) estrinsecazione «del connubio illuministico tra sensibilità e ragione». Lo scopo della pena è la riduzione del crimine, se può essere raggiunto con un mezzo diverso dalla punizione, non c'è ragione sufficiente perché non lo si preferisca. «Una pena è dunque illegittima non solo se dannosa [...] o inutile [...], ma anche se utile e non necessaria» (p. 79) e per questo, tratteggia mirabilmente l'autore del saggio, il penale è una questione complessa e la sua gestione richiede un'azione sinergica nella comunità che non coinvolga il solo diritto, ma tutte «le istituzioni e le forze culturali della società». La legge penale tuttavia è necessaria, la «libertà umana [è] pianta fragile che non può crescere senza tutori» (p. 81). Ma la crudeltà non è sinonimo di certezza della pena ottenibile con il rigore nell'applicazione della norma che non ammetta eccezioni. Un apprezzamento va anche alla ricostruzione storica che Audegean offre, sinteticamente ma con dovizia, del contesto politico entro cui si inserisce l'opera di Beccaria. Un ambiente culturale attraversato da conflitti generazionali (§ 2.3) e di saperi (§ 2.4) nel quale il giovane Beccaria assieme ai suoi amici del *Caffè*, «gettava le basi di un diritto penale interamente sottratto al sapere giuridico allora dominante» (p. 89).

Il terzo saggio di Luigi Delia, *Tortura e giustizia penale: il punto di vista degli encyclopédistes*, presenta il pensiero abolizionista nato nel «secolo breve» (p. 95) che dalla fine del Seicento arriva alla Rivoluzione francese. Gli *Encyclopédistes* si inseriscono nel mezzo del dibattito sulla tortura giudiziaria restituendo un prisma completo delle diverse posizioni presenti nella società francese dell'epoca divisa tra abolizionisti totali, parziali e neutralisti. Il

secondo paragrafo, *Criticare la tortura*, si concentra sulla “requisitoria” del cavaliere Louis de Jaucourt che sarà l’unico tra gli enciclopedisti a reclamare l’abolizione totale della tortura giudiziaria. Per Cesare Beccaria la tortura è la negazione del senso ultimo della legge, il disconoscimento della stessa giustizia. Con le stesse argomentazioni che aveva usato il filosofo milanese nel *Dei delitti*, anche Jaucourt considerava la tortura «un’invenzione sicura per perdere un innocente, che ha il fisico fragile e delicato, e scagionare un colpevole che è nato robusto» (p. 104). Dunque un istituto da bandire nel futuro codice penale proprio in quanto produce risultati incerti e inaffidabili. «Procedimento iniquo, perché permette ai più forti [...] di resistere alla sofferenza» (p. 106), mentre per i deboli, ancorché innocenti, il rischio di soccombere autoaccusandosi è forte. Dunque per il cavaliere de Jaucourt, come per gli *hommes des lettres*, la tortura è da abolire in quanto «ingiusta, inutile e dannosa» (p. 107). Non è ammissibile che la si usi per comminare la condanna a morte di chiunque, poiché la confessione estorta è sempre incerta.

Il quarto saggio, *Diritto penale e diritti dell’uomo: il garantismo di Gaetano Filangeri*, è di Francesco Berti. Filangeri, filosofo napoletano, fu l’autore di *Scienza della legislazione*, un’opera importantissima per l’epoca che ebbe fortuna non solo in Europa, ma anche nelle Americhe, divenendo «uno dei più rilevanti punti di riferimento delle istanze repubblicane, liberali e democratiche» (p. 115). Filangeri, fortemente segnato dagli avvenimenti della Rivoluzione americana, fu un pensatore “pratico” che l’Autore legge come un antesignano di Marx: la sua opera fu «il più organico progetto illuminista di riforma del diritto penale in senso garantista» che fosse mai stato scritto (p. 116). Obiettivo di Filangeri era redigere il Codice dei Lumi sul diritto criminale. Anche per lui la legge è posta a tutela della conservazione e della tranquillità, che si raggiunge laddove c’è «contenimento della prassi punitiva» (p. 118).

Proponendo un sistema «politico e giuridico repubblicano moderno, fondato sui diritti dell’uomo e sul costituzionalismo» (p. 123), un modello garantista temperato tra l’idealtipo della Roma antica e quello di Oltremania, rigettò in toto il sistema feudale di giustizia, venale e classista, pensando alla giuria come giudice supremo. Con le radici nel pensiero di Locke, il modello ideale di sistema penale era improntato al principio dell’utile mirando alla prevenzione generale, temperato dal principio umanitario per cui la pena, pronta e pubblica, doveva essere la meno dura possibile per il condannato (p. 134). La loro funzione era deterrente non sussistendo giustificazioni espiative né retributive. Filangeri innestò su questo convincimento l’intima adesione alla mitezza delle pene e al primato dei diritti dell’uomo:

«la minima sofferenza per il colpevole deve essere proporzionata alla massima efficacia intimidatoria» (p. 138). Berti pone in risalto la dura critica del pensatore meridionale riguardo l'istituto della carcerazione preventiva con la quale «l'innocenza si trova confusa col delitto». E poi la tortura, istituto in cui Filangeri vedeva «l'ingiustizia sotto il profilo morale», ma anche «l'illiceità sotto quello giuridico» (p. 127) e proposte di esautorarne la *ratio*, negando il valore della confessione così estorta. Tuttavia la pena capitale non scompariva nel suo impianto, omicidio e crimine di lesa maestà non potevano avere, a parer suo, altra risposta se non la morte.

Carolina Antonucci

LIVIO PEPINO

*Prove di paura. Barbari, marginali, ribelli*

Edizioni Gruppo Abele, Torino, 2015, pp. 191, € 14,00

Che la paura debba considerarsi uno dei più efficaci dispositivi di potere della società moderna lo notò, tra i primi, Thomas Hobbes, che, come rileva lo stesso Pepino (p. 20), pose alla base del suo Leviatano proprio la necessità di proteggersi dall'egoismo e dagli oltraggi che l'uomo nello stato di natura arreca ai propri consimili. E l'efficacia di tale dispositivo è provata ancora oggi dal fatto che, pur in una società tra le più sicure mai realizzate nella storia dell'umanità, la paura viene evocata, costruita, controllata, esorcizzata nell'ambito di sapienti strategie di potere. Anzi, proprio perché la società moderna, e il sistema tecnico-scientifico ad essa connesso, si fondano sulla promessa di una sicurezza assoluta, la paura che tale promessa non possa essere mantenuta gioca un ruolo ancor più essenziale nei meccanismi di controllo sociale.

Partendo da questa premessa, l'Autore passa in rassegna tutti i fenomeni che, a partire sostanzialmente dalla svolta securitaria degli anni Ottanta, hanno consentito di mettere in atto il dispositivo della paura come strumento di potere, ovvero, per utilizzare l'espressione di un libro-documentario di Enrico Deaglio sui fatti del G8 di Genova, il metodo del "governare con la paura". Chi sono i "mostri" che fanno emergere gli istinti animali analizzati nello stato di natura hobbesiano? È il sottotitolo del libro a rispondere: barbari, marginali, ribelli. Tralascio qui la puntigliosa e documentata ricostruzione che Pepino svolge di tutti i fenomeni che rientrano in questa tipologia e di tutti gli episodi di cronaca che hanno consentito la costruzione, in alcuni

casi, di un vero e proprio panico morale nella *emozione pubblica* (per tenerla distinta dalla più tradizionale opinione pubblica) e di capri espiatori su cui convogliare l'insicurezza diffusa prodotta dai fenomeni di globalizzazione dell'economia (si va dai migranti e rifugiati agli *hooligans* negli stadi, dai *rom* ai tossicodipendenti, dai semplici oziosi e vagabondi di ottocentesca memoria agli attivisti dei centri sociali, dai movimenti antisistema come quello anarchico e dei No Tav ai meno politicizzati *writers* e artisti di strada, dagli integralisti islamici agli autori di reati particolarmente efferati).

Tutte vicende ben conosciute e analizzate da numerose ricerche giornalistiche e sociologiche che l'Autore ha il merito di mettere in sequenza e di ricostruire nei loro elementi che le rendono capitoli di uno stesso romanzo: la narrazione successiva alla crisi di ciò che David Garland ha chiamato l'*assistenzialismo penale*, ovvero l'abbandono di quella predisposizione della politica e dei saperi esperti a costruire una società inclusiva e a considerare illusorio governare i conflitti sociali con lo strumento del diritto penale e della rassicurazione giudiziaria. È una narrazione, tuttavia, che, come tutte le narrazioni, presenta delle incongruenze e dei punti di contraddizione con la realtà che cerca di descrivere («i fatti hanno la testa dura» come scrive Pepino a p. 168). L'Autore ne indica almeno tre. La prima: «sembra paradossale ma, quando i livelli di repressione e di controllo superano gli standard ordinari, la paura e l'insicurezza, anziché diminuire, crescono» (p. 169). La seconda: «la violenza, anche quella *legale*, genera violenza. Soprattutto se sproporzionata» (p. 170). La terza: «nella storia, il circuito paura/repressione ha sempre alimentato egoismo sociale e, con esso, guerre tra poveri» (p. 171). Tuttavia, si potrebbe obiettare, che tali contraddizioni non necessariamente contrastino il funzionamento dei dispositivi di potere fondati sulla paura: da questo punto di vista, infatti, occorre che la lotta ai barbari, ai marginali e ai ribelli non sia mai terminata, ma si autoalimenti con sempre nuovi obiettivi e nuovi bersagli. Così come il consumatore non deve mai soddisfare pienamente il suo bisogno attraverso l'acquisto del prodotto, pena l'interrompersi della catena del consumo su cui si reggono le economie tardo-capitalistiche della crescita infinita, il cittadino impaurito non deve mai essere rassicurato una volta per tutte dall'intervento repressivo, pena il venir meno della sua propensione all'obbedienza e al suo rannicchiarsi sotto l'ala protettrice dello Stato-Leviatano. Del resto, le contraddizioni delle narrazioni sorrette dallo spirito del tempo non emergono mai spontaneamente, ma giungono alla coscienza dei gruppi sociali quando altri gruppi sociali ne propongono di alternative, evidenziandone le incongruenze. Così è accaduto anche per il superamento della narrazione dell'assistenzialismo penale quando, a partire dalla metà degli anni Settanta, dapprima negli Stati Uniti e in seguito in

tutto il mondo occidentale, alcuni hanno cominciato a sottolineare gli scarsi risultati delle politiche di reinserimento e di inclusione sociale evidenziando la non riduzione dei fenomeni criminali, lo spreco di risorse pubbliche e l'incremento del deficit dei bilanci statali.

Ma allora come introdurre elementi narrativi che consentano di far emergere le contraddizioni delle politiche dello Stato penale? Qui soccorre, a mio parere, dal punto di vista teoretico, una lettura più complessa del pensiero hobbesiano relativo al concetto di paura (cfr. per tutti i lavori esegetici di Dino Pasini). Il grande pensatore inglese, infatti, distingue la *paura* (o per meglio dire il *timore*), istinto tipicamente umano, dal *terrore*, istinto tipicamente animale. È solamente quest'ultimo che acceca del tutto le facoltà razionali, che rende il soggetto del tutto impotente di fronte alla minaccia e alla violenza, impotenza che si traduce molte volte nella fuga davanti al pericolo (qui fuga può essere inteso anche in senso non materiale, ovvero di rimozione psichica del problema, come quando, ad esempio, ci rifiutiamo di *vedere* che trattiamo esseri umani con modalità che non tollereremmo nei confronti degli animali domestici). La paura, o timore, invece, è un elemento positivo e razionale della natura umana, perché consente all'individuo di prevedere il pericolo e di assumere comportamenti conseguenti per evitarlo. È la paura che ci induce a prevedere i pericoli di certe azioni che possono nuocere alla nostra sopravvivenza; è la paura che il rocciatore prova quando sfida i pericoli della montagna e adotta le precauzioni del caso per limitare il rischio, anche quando vuol provare il piacere di quella sfida.

È probabilmente a questo tipo di paura che dobbiamo fare riferimento se vogliamo attivare narrazioni in grado di far cortocircuitare la narrazione dominante dello Stato penale e del diritto penale del nemico. E allora dovremo cominciare a raccontare gli effetti "paurosi" prodotti dalle stesse politiche di tolleranza zero, abbandonando la tentazione, che talora affiora anche nel libro di Pepino, di voler rassicurare raccontando che la paura del crimine in fondo non è che una mera costruzione mediatica sfruttata da politici in cerca di facile consenso. Magari rispolverando la figura dell'intellettuale *engagé* (figura, temo, ormai definitivamente superata nel mondo dell'informazione orizzontale della rete) che, con la sua scolorita autorevolezza, insegna al volgo le "verità scomode" sulle sottili manipolazioni dell'emozione pubblica da parte del potere. Da questo punto di vista, è significativo il caso della questione che viene affrontata nella postilla del libro (pp. 189-191), in merito alla sottovalutazione che, secondo Paolo Borgna, le *élites* culturali avrebbero mostrato nei confronti della criminalità connessa con l'immigrazione. Non sono convinto che a contrastare tale teoria sia sufficiente smascherare i luoghi comuni e dimostrare, dati alla mano, che gli immigrati non delinquono

di più rispetto agli autoctoni o che gli stessi dati statistici ufficiali sono resi inaffidabili dalla selettività dei processi di criminalizzazione. Sarebbe, invece, con ogni probabilità più efficace far leva sulla paura nel senso hobbesiano che ho appena ricordato, ovvero sottolineare che proprio l'istinto di sopravvivenza sociale, razionalmente inteso, dovrebbe portare a un uso quanto più possibile moderato e mirato dello strumento penale, anche per evitare di consegnare al mondo del crimine intere schiere di immigrati indotti dalla clandestinità a consegnarsi mani e piedi a gruppi criminali che non vedono l'ora di poter utilizzare manodopera a buon mercato. Si tratta, in fondo, dello stesso modello narrativo che è stato elaborato ormai da alcuni anni per contrastare il paradigma proibizionista sulle sostanze stupefacenti; modello che, forse non casualmente, sta cominciando a ottenere una certa *audience* anche nell'ambito del racconto del mondo della droga prodotto dal circuito mediatico-politico dominante.

*Claudio Sarzotti*

**CLAUDIA MANTOVAN e ELENA OSTANEL**

***Quartieri contesi. Convivenza, conflitti e governance nelle zone Stazione di Padova e Mestre***

FrancoAngeli, Milano, 2015, pp. 416, € 26,00

La prima cosa utile da tenere a mente iniziando la lettura di *Quartieri contesi* è che questo volume è, in realtà, due libri insieme.

Tra le righe scritte dalle Autrici, infatti, emerge non solo il contenuto fatto palese, la fotografia di due aree limitrofe alle stazioni di Padova e Mestre con tutte le loro peculiarità e criticità, ma allo stesso tempo anche il profilo di un prezioso manuale di ricerca etnografica.

La mastodontica raccolta di dati che vi viene riportata è il risultato di *focus group*, di interviste semi-strutturate, di diari etnografici, di catalogazione di dati quantitativi, di analisi degli archivi storici dei vari *media* coinvolti.

Le autrici ci regalano un'immagine estremamente dettagliata di due zone come ne esistono di simili in ogni città e ci spingono a soffermarci su particolari che avevamo, fino al momento della prima lettura, trascurato. Ci insegnano, senza palesarla, l'importanza dei dati qualitativi, in grado di colmare di colore e di vita dati quantitativi e statistiche.

Le autrici si concentrano sulle stazioni, "per antonomasia i non luoghi" secondo il prefatore, Giuseppe Mosconi, perché collettanee di tanti fram-

menti di città, quartieri dei migranti, degli esclusi, e simboli contemporaneamente della dilagante retorica securitaria come delle più innovative *policies* di riqualificazione urbana e integrazione.

I risultati della ricerca sono preceduti da una preziosa contestualizzazione bibliografica, che, nell'analizzare gli studi in materia susseguirsi nel tempo, compone un puntuale *excursus* evolutivo delle società contemporanee, giunte oggi al *paradosso postmoderno* che ci descrive Douglas Massey, per il quale alla moltiplicazione e diversificazione dei più recenti flussi migratori corrispondono, in quasi ogni Paese sviluppato, politiche in tal senso più restrittive.

L'esposizione dei risultati della ricerca viene disposta in maniera bicefala: la prima parte è dedicata all'analisi dei contesti nei quali le ricercatrici si sono immerse, la seconda a politiche e progettualità che in essi si sviluppano.

Le aree limitrofe alle stazioni dei treni di Padova e Mestre, sebbene la prima delle due in scala ben più ampia e proporzionata alla propria estensione geografica, si caratterizzano per più di un fenomeno comune.

In entrambe, chi scrive riscontra una costante conflittualità, risultato di una popolazione eterogenea ma non integrata, suddivisibile in *city users* e residenti autoctoni e *city users* e residenti stranieri, a cui si aggiungono e mescolano tutti quei soggetti "scarto" della comunità circostante, come senza tetto e tossicodipendenti.

Gli autoctoni in particolare, ancorati alla memoria di un quartiere "mitico" e ben popolato e sostenuti da un *discorso pubblico stigmatizzante*, lamentano l'insicurezza, il degrado urbano e la microcriminalità del quartiere, addossandone ogni responsabilità alla presenza degli *altri*.

Le autrici decostruiscono in fretta quest'equazione distorta, frutto della cd. *paura liquida* di cui ci parla Zygmunt Bauman, combinando pertinenti statistiche e aneddoti etnografici di particolare eloquenza. Penso al condominio padovano in cui italiani altolocati e commercianti cinesi convivono, contendendosi la definizione delle regole di vita condominiale, ognuno secondo i propri costumi tradizionali e rappresentando l'altrui usanza come pura inciviltà.

Nel secondo segmento del volume troviamo la rassegna e l'analisi delle iniziative promosse per far fronte a tali criticità, iniziative in merito alle quali le differenze tra le due zone considerate moltiplicano.

Da un lato il Comune di Padova, meno immune alla popolarità elettorale di retoriche escludenti, si connota per una *politica delle ordinanze* e per l'attenzione alla riqualificazione urbana, nelle cui maglie anche progettualità potenzialmente efficaci paiono neutralizzate dall'assenza di una gestione organica nel risolvere i problemi.

Dall'altro quello di Venezia rivendica un complesso di progetti che, sempre più unicamente nel panorama nazionale, possono dirsi tesi alla prevenzione sociale oltre che a quella situazionale. In particolare Etam, il servizio specializzato nella mediazione dei conflitti e nella animazione di comunità del quartiere Piave, è più volte eretto dalle autrici a simbolo di politiche desiderabili.

Fotografando le due zone-stazione di Padova e Venezia, come due lati di un'ambivalente medaglia, il volume ci sprona alla consapevolezza delle contraddizioni di un mondo di migranti e di politiche anti-immigrazione, di emarginati e di crisi del *welfare*, di propositivi operatori locali e di *abbandono istituzionale*.

Benedetta Perego

LUCA SPANU

***Casi lombrosiani***

Quaderni della Fondazione "Filippo Burzio", Torino, 2014, pp. 170, € 15,00

In un numero di una rivista che si propone di celebrare il *garantismo* italiano, attraverso l'attualizzazione del pensiero di uno dei suoi padri, qual è Cesare Beccaria, dedicare spazio a colui che, spesso in maniera macchietistica e con troppa superficialità, di Beccaria è considerato l'antipodo, cioè Cesare Lombroso, può apparire poco opportuno e financo irriverente.

Eppure quello di Luca Spanu è un lavoro di certosina ricerca storico-criminologica che merita di essere discusso.

*Casi Lombrosiani* non è un semplice saggio che ripercorre le principali linee di pensiero dell'antropologia criminale, ma è un testo che fa "rivivere" il padre della teoria del delinquente-nato attraverso il suo lavoro di perito psichiatra, e soprattutto riconduce il lettore nella Torino sabauda e nella giovane Italia unita, a cavallo tra Otto e Novecento.

Il materiale su cui si è basata la ricerca è immenso e preziosissimo, conservato con grande cura nel Museo di Antropologia criminale Cesare Lombroso di Torino. Da quegli archivi e da quelle sale, riallestite nel 2009, inizia il lavoro dell'autore, così come racconta Silvano Montaldo, direttore del museo e autore della prefazione al testo.

Proprio questa è la prima, interessante, peculiarità: partire non dal risultato finale del lavoro scientifico di Lombroso (i trattati, gli articoli, le relazioni alle conferenze), bensì dal punto di partenza, dagli *oggetti*. Lombroso stesso

evidenziava infatti come gli oggetti possono essere decisivi per una corretta interpretazione delle sue teorie: i preparati anatomici dovevano dimostrare le “evidenti” anomalie dei “rei per natura” (p. 13), mentre i manufatti dei detenuti o degli internati in manicomio avrebbero dovuto confermare l’alterità o l’atavismo degli autori del reato, ovvero quell’arresto di sviluppo che li rendeva più vicini agli uomini primitivi che ai contemporanei.

La precisione maniacale con cui Lombroso catalogava e conservava i numerosi reperti e oggetti durante la sua carriera, ha permesso di avere oggi a disposizione una mole straordinaria di informazioni. Lombroso sembrava esaltare così il suo essere antropologo (prima che criminologo e medico), con una gran voglia di comunicare e di non restare chiuso nelle stanze dell’Accademia: quando al Parco del Valentino di Torino, nel 1884, si organizza l’Esposizione generale italiana, visitata da tre milioni di persone (numeri impressionanti per l’epoca), Lombroso vuole mostrare le sue “scoperte” e così, nella sezione dedicata all’antropologia, cura personalmente l’allestimento di una mostra dedicata ai “pericolosi” (i matti e i criminali) dove espone teschi, maschere mortuarie, scritti e disegni dei devianti, tatuaggi, carte da gioco e altri corpi di reato, con una attenzione particolare alla pellagra, rilevante causa di demenza e quindi di internamento manicomiale.

Ma l’oggetto, da un punto di vista storico, permette anche di raccontare i “casi” (da cui il titolo del libro) che da quel reperto si sviluppano: grandi processi trasformati in veri “eventi giudiziari” e popolari, che appassionavano e facevano discutere il grande pubblico. Il popolo affollava le aule giudiziarie e, con atavico istinto voyeuristico voleva conoscere ogni particolare dell’effero delitto e dei suoi protagonisti e assolvere o condannare prima della pronuncia del giudice.

I “casi” descritti sono alcuni tra i più crudeli reati di sangue avvenuti tra il 1877 e il 1903: l’omicidio di via Cavour o caso Cavaglià del 1877, Eyraud-Bompard (1890), Filippa (1890), Ballor (1901), Gioli (1902) e Olivo (1903).

Ognuno di questi casi oggi occuperebbe ore di dirette televisive e decine di pagine di cronaca nera e permetterebbe a più o meno improvvisati “esperti” di snocciolare le proprie tesi criminologiche nel breve spazio tra un intervallo pubblicitario e l’altro.

Anche allora, pur con strumenti diversi, il clamore mediatico dato a ognuno di quei “casi” era notevole.

La *Gazzetta piemontese* (antenata de *La Stampa*), il giornale più diffuso a Torino in quell’epoca, seguiva ogni vicenda per settimane e con decine di articoli (citati e usati come “fonti” dall’autore), insistendo (spesso, trascendendo dalla cronaca) su particolari ritenuti scabrosi e “indicibili”, come

l'omosessualità del danaroso carbonaio biellese, Francesco Gambro, trovato cadavere nella sua bottega tra via San Francesco da Paola e via Cavour a Torino la notte del 29 agosto 1877, che aveva una relazione con il suo segretario, Giovanni Cavaglia, divenuto il suo assassino.

*Soldi, sesso, sangue*, ieri come oggi, sono questi gli ingredienti usati dai media per creare il caso mediatico.

Lombroso ne era consapevole e non ne rifuggiva, anzi, scopriamo dallo Spanu, che non erano infrequenti le sue interviste e i suoi racconti pubblicati sulle gazzette dell'epoca con linguaggio intellegibile al grande pubblico. Ma sarebbe un errore grossolano accostare Lombroso ai già citati improvvisati criminologi da salotto televisivo odierni.

Egli infatti, anche in contesti non accademici, aveva la capacità di mantenere un rigore scientifico impeccabile, con cui, perizia dopo perizia, affinava i metodi della nascente antropologia criminale, che doveva diventare, nelle intenzioni di Lombroso e dei suoi allievi, una *scienza* rivoluzionaria capace di "scoprire" i delinquenti, punirli in maniera più equa e utile alla società e così "risanare" l'Italia da una delle sue piaghe, la criminalità.

Quella verso la *scientificità* rasentava i limiti dell'ossessione per Lombroso, che intraprendeva estenuanti polemiche con gli altri periti o gli investigatori colpevoli di impiegare "metodi di centocinquanta anni fa" o di "mancare assolutamente di indirizzo scientifico".

Oggi, rileggiamo quei carteggi consapevoli della statura accademica di uno scienziato di una cultura immensa e universale, ma non potendo non notare, a un secolo di distanza, la grande ingenuità (o meglio l'illusione) di colui che cercava regole per rendere "predittivo" ciò che predittivo non è, l'atto criminale.

Eppure, dopo decenni di oblio e di letture del lavoro lombrosiano che hanno rasentato il folklore, alcune tendenze dell'antropologia criminale potrebbero riproporsi. Come potrebbe essere altrimenti spiegata la grande attenzione che tutti i saperi (dal diritto alla filosofia) nutrono per le neuroscienze? Con un moltiplicarsi di studi che ricercano le relazioni tra la struttura del cervello e il comportamento umano, occorre constatare che stiamo entrando in una vera e propria Neurocentric Age. L'obiettivo delle neuroscienze è quello di creare una neurociviltà, cioè una società resa pacificata e ordinata attraverso la diffusione delle acquisizioni neuroscientifiche che saranno al servizio del diritto, per creare un nuovo modo di concepire e classificare le azioni umane (anche criminali). In questo contesto il libero arbitrio (il free-will) e la libera volontà tornano a essere illusioni, finzioni retoriche subordinate in realtà a processi biologici, che minimizzano l'autodeterminazione. Provocatoriamente si potrebbe notare che la ricerca spasmodica

all'interno della nostra scatola cranica del punto esatto in cui si nasconde il "marchio di Caino" continua. Capita che anche i giudici ne restino affascinati, ormai infatti sono parecchie le sentenze basate su risultanze neuroscientifiche, seguite alla celebre cd. sentenza Bertani emessa dal Tribunale di Como nel 2011, in cui il giudice basò il suo giudizio sull'imputabilità, dopo avere acquisito uno studio sulla morfologia cerebrale dell'imputata e sul suo patrimonio genetico. Dobbiamo forse prepararci a celebrare la rivincita di Cesare Lombroso?

*Michele Miravalle*

## HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO:

STEFANO ANASTASIA, ricercatore universitario in Sociologia e Filosofia del diritto presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Perugia, *stefano.anastasia@unipg.it*

CAROLINA ANTONUCCI, laureata in Scienze della politica, presso l'Università La Sapienza di Roma, con una tesi di laurea in Storia moderna, *carolina.antonucci88@gmail.com*

MARIO DE CARO, professore associato di Filosofia analitica presso l'Università di Roma Tre, *mario.decaro@gmail.com*

LUIGI FERRAJOLI, già professore ordinario di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Roma Tre

DARIO IPPOLITO, ricercatore di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università Roma Tre, *dario.ippolito@uniroma3.it*

GIULIA MARIA LABRIOLA, professore associato di Filosofia del diritto presso l'Università "Suor Orsola Benincasa" di Napoli, *giulia.labriola@unisob.na.it*

ROSAMARIA LORETELLI, professore ordinario di Letteratura inglese presso il Dipartimento filologia moderna dell'Università di Napoli Federico II, vice segretario generale della International Society for Eighteenth-Century Studies, *rosamarialoretelli@gmail.com*

MICHELE MIRAVALLE, dottore di ricerca in Diritto e istituzioni presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Torino e coordinatore dell'osservatorio di Antigone, *michele.miravalle@unito.it*

BENEDETTA PEREGO, dottoranda in Diritto e istituzioni presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Torino e osservatrice di Antigone per il Piemonte e la Valle d'Aosta, *benedetta.perego@unito.it*

MARCO RUOTOLO, professore ordinario di Diritto costituzionale presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università Roma Tre, direttore del master di II livello in "Diritto penitenziario e Costituzione", *marco.ruotolo@uniroma3.it*

CLAUDIO SARZOTTI, professore ordinario di Sociologia e Filosofia del diritto presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Torino, *claudio.sarzotti@unito.it*

ALESSIA VALENTINO, dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università di Milano, *alessia.valentino@unimi.it*

PER JØRGEN YSTEHED, ricercatore presso il Dipartimento di Criminologia e Sociologia del diritto, Università di Oslo, *p.j.ystehede@jus.uio.no*

### **Regole redazionali rivista Antigone – Edizioni Gruppo Abele 2013**

Le proposte di contributo devono essere inviate alla redazione di *Antigone. Quadrimestrale di critica del sistema penale e penitenziario* in formato elettronico (usando le estensioni .doc o .rtf) tramite il seguente indirizzo di posta elettronica: [rivista@associazioneantigone.it](mailto:rivista@associazioneantigone.it).

La redazione valuterà in prima istanza i contributi pervenuti, verificandone la qualità scientifica e l'originalità del testo, nonché il grado di presumibile interesse per i lettori della *Rivista*.

Ogni contributo sarà valutato anonimamente da due studiosi competenti per materia tratti da una lista di nomi predeterminata dalla redazione della *Rivista*. A tale scopo, gli autori devono predisporre due pagine iniziali: la prima contenente nome, cognome, affiliazione accademica o di altro tipo, indirizzo di posta, telefono, e-mail e ruolo professionale; la seconda contenente il solo titolo del contributo.

Gli autori riceveranno un parere scritto sul loro contributo entro tre mesi dalla sua ricezione da parte della redazione. Qualora il contributo fosse accolto per la pubblicazione, gli autori riceveranno una copia omaggio del fascicolo contenente il loro contributo.

Ciascun articolo non dovrà eccedere le 70.000 battute (spazi inclusi), note e riferimenti bibliografici inclusi. L'autore dovrà altresì preparare un *abstract* di circa 1000 battute, comprensivo delle parole chiave (da tre a cinque) ritenute significative, che verrà pubblicato nella *Rivista* all'inizio dell'articolo e nel riassunto finale del numero della *Rivista*.

#### **STRUTTURA**

- I titoli dei paragrafi devono essere numerati, ordinati secondo un criterio di progressione numerica e senza eccedere le tre sotto-sezioni (es. 3.1; 3.2; 3.3).
- Eventuali tabelle o grafici devono essere numerati progressivamente con l'indicazione del titolo e della fonte. Essi vanno inviati alla redazione con files separati rispetto al testo e devono essere in bianco e nero.

#### **REGOLE GRAFICHE**

##### **Grassetto**

- Il titolo dell'articolo e quelli dei paragrafi vanno in grassetto e senza il punto di chiusura.
- Non sono ammessi nel testo il grassetto e il sottolineato.

##### **Corsivo**

- Il corsivo va utilizzato per le parole o le espressioni in lingua straniera (compreso il latino): es. *prima facie*, *screening* etc., e quando si vuole enfatizzare un termine.

##### **Virgolette**

- Le virgolette servono esclusivamente per le citazioni e non per enfatizzare determinate parole o passaggi espositivi (in questo caso si usi il corsivo).
- La gerarchia tra caporali e virgolette è: « " ' ' " ».

##### **Citazioni**

- Le citazioni quindi vanno sempre racchiuse tra virgolette caporali « » (che si digitano con alt+174 e alt+175).
- Nelle citazioni i passaggi omessi vanno segnalati con tre puntini tra parentesi tonde: «nel caso in cui (...) la questione».
- Le citazioni degli autori vanno collocate prima del segno di interpunzione, es.: «... nella collaborazione con il sistema penitenziario» (E. Santoro, 2000).

### **Acronimi**

- Gli acronimi vanno indicati con l'iniziale maiuscola e le altre lettere in maiuscolo, senza spazi né punti tra le lettere, es.: ONU (e non O.N.U.); CSM (e non C.S.M.).

### **Organi**

- Per designare organi in linea generale si deve indicare maiuscola solo la prima iniziale (es. Corte costituzionale, Cassazione penale, Unione europea, Comunità europea, Centro identificazione ed espulsione, Ministero dell'interno etc.).
- Lo stesso vale anche per gli organi che vanno riportati in altre lingue (es. Centres des rétention administrative, Immigration removal centres etc.)

### **Anni**

- Inserire gli anni completi e mai apostrofati. Scrivere "negli anni Novanta del Novecento/del XX secolo", "oppure negli anni Novanta" (mai '90; mai '900 o 1900 oppure Ventesimo secolo)

### **Leggi**

- Curare l'omogeneità nei criteri di citazioni di leggi o sentenze, tanto nel testo che nelle note.
- Se si cita una legge con il nome con cui è conosciuta è sufficiente nominarla senza virgolette e senza corsivo (es. la legge Turco-Napolitano).
- Scrivere "la legge n. 129 del 2011", con la "l" minuscola, e la "n" puntata, oppure "la legge n. 129 dell'8 ottobre 2011 (mai "la legge n. 170 promulgata nell'ottobre del 2010", mai "la l. n.170/2011").
- L'indicazione specifica di articoli di norme deve essere abbreviata nella forma: art. 10, c. 5, l. n. 368/2001.
- Quando necessario si possono utilizzare le seguenti abbreviazioni:
  - circ. = circolare
  - cc = codice civile
  - Cost. = Costituzione
  - cp = codice penale
  - cpc = codice di procedura civile
  - cpp = codice di procedura penale
  - dl = decreto legge
  - ddl = disegno di legge
  - disp. att. = disposizioni di attuazione
  - dir. = Direttiva (es. dir. 99/70/Ce)
  - d.lgs = decreto legislativo
  - d.lgt = decreto luogotenenziale
  - dm = decreto ministeriale
  - dPCm = decreto del presidente del Consiglio dei ministri
  - dPR = decreto del Presidente della Repubblica
  - l. = legge
  - l. fall. = legge fallimentare
  - ord. = ordinanza
  - racc. = raccomandazione
  - r.d. = regio decreto
  - reg. = Regolamento
  - ris. = risoluzione
  - Tratt. = Trattato
  - t.u. = Testo unico
- Le sentenze vanno citate in modo da garantirne l'individuazione:
  - es.: Cass., sez. I, 29 ottobre 1993, n. 10748.
- Ove si voglia indicare la rivista su cui è stata pubblicata o commentata, far seguire gli estremi della rivista (preceduta da "in" e seguita dal numero di pagina o di colonna):
  - es.: Cass., sez. un., 29 ottobre 1993, n. 10748, in *Foro it.*, 1327.

### Maiuscole

- In generale si usa l'iniziale maiuscola per tutte le parole che hanno valore di nome proprio, inclusi soprannomi e pseudonimi (il Re Sole), denominazioni antonomastiche (la Grande Guerra), nomi di secoli, età, periodi storici (il Novecento, il Secolo dei Lumi, l'Età dell'Oro, gli anni Venti, la Controriforma, il Medioevo), la prima parola dei nomi ufficiali di partiti (Partito comunista italiano, Partito laburista), nomi di edifici e monumenti (la Casa Bianca, Palazzo Chigi).
- I seguenti nomi per distinguerli dai loro omografi: Paese, Stato (ma: colpo di stato); Legge, Scienze (intese come facoltà universitarie, ma anche Facoltà di Legge, ma non legge come atto legislativo), Chiesa, Camera dei deputati, Camera dei Comuni, Gabinetto.
- I nomi delle associazioni vanno indicati con l'iniziale maiuscola (no caporali, no corsivo).

### Minuscole

- I nomi indicanti cariche, titoli etc. (il presidente della Repubblica, il ministro del Tesoro, don Bosco, il marchese di Carabas, il professor Rossi), i nomi di religioni, correnti, ideologie, movimenti etc. (cristianesimo, buddhismo, marxismo), nei nomi geografici, gli aggettivi che indicano l'appartenenza geografica, culturale o politica di un territorio e che non fanno parte del nome ufficiale (America latina, Asia sovietica), indicazioni topografiche cittadine: via Mazzini, piazza San Giovanni, rue des Rosiers (ma Jermyn Street, Soho Square).

Alcuni esempi tipici o dubbi	
Maiuscola iniziale	minuscola iniziale
Stato/Paese	nazione
Stato sociale	ente locale/enti locali/ente pubblico
il Comune di Torino	i comuni della provincia
il Ministero degli Affari sociali	il ministro Tizio
Prefettura/e	servizi sociali

### Parole composte

- normalmente i prefissi si uniscono alla parola che precedono senza tratto breve, tranne quando il suffisso finisce con la stessa vocale con cui inizia la parola (es.: anti-imperialista, semi-illetterato);
- il prefisso "auto" generalmente viene unito alla parola che precede senza tratto breve, tranne che nel caso di "auto-aiuto" o davanti alle parole che iniziano con "o" (es.: auto-organizzazione).

Alcuni esempi tipici o dubbi		
tratto breve	parole unite	parole separate
auto-aiuto	autoformazione	parola chiave
ricerca-azione	multietnico	gruppo classe
bottom-up	psicofisico	problem solving
top-down	socioeconomico	
anti-islam	socioculturale	
	postraumatico	
	antinfiammatorio	
	neoliberale	
Emilia-Romagna		
Trentino-Alto Adige		Friuli Venezia Giulia

### Espressioni redazionali

*nda* (tutto minuscolo, in corsivo)  
cfr. (iniziale minuscola, tondo, puntato)  
Id. (iniziale maiuscola, tondo, puntato)  
*Ivi* (iniziale maiuscola, corsivo)  
*Ibidem* (iniziale maiuscola, corsivo)

### Note a piè pagina

- I riferimenti alle note a piè di pagina, così come le citazioni degli autori, vanno collocate prima del segno di interpunzione, es.:
  - ... nella collaborazione con il sistema penitenziario<sup>1</sup>.
  - oppure: ... nella collaborazione con il sistema penitenziario (E. Santoro, 2000).
- Le note vanno ridotte al minimo, quindi occorre lasciare in nota solo le spiegazioni, mentre ad esempio i riferimenti a sentenze, articoli di normative italiane o europee etc., vanno spostati tra parentesi nel testo.

### RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

#### Nel testo

- I riferimenti alle opere dovranno essere effettuati tra parentesi tonde secondo il sistema "autore/data", con l'iniziale del nome che precede il cognome, es.: (L. Ferrajoli, 1990) oppure (L. Ferrajoli, 1990 e 1998)
- Le lettere a, b, c, andranno utilizzate per distinguere le citazioni di lavori differenti di un medesimo autore pubblicati nel corso dello stesso anno, es.: (L. Ferrajoli, 1990a; 1990b).
- Nel caso sia effettuata una citazione tra virgolette del testo si aggiungerà il numero della pagina citata (es. L. Ferrajoli, 1990, p. 234).
- Si precisa che il sistema di citazione autore/data consente comunque di utilizzare le note a piè di pagina quando la nota contenga un testo in cui si sviluppa un tema collaterale all'esposizione principale.

#### Nella bibliografia

- Tutti i riferimenti effettuati nel testo dovranno essere elencati alfabeticamente (con indicazione del cognome e nome dell'autore), e in dettaglio, nella bibliografia alla fine dell'articolo, utilizzando lo stile seguente:
- **Opere:** Ferrajoli Luigi (1990), *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari.  
Nel caso di più libri dello stesso autore nello stesso anno:  
Ferrajoli Luigi (1990a), ...  
Ferrajoli Luigi (1990b), ...  
Per libri antichi citati su riedizioni più recenti citare l'anno dell'edizione originale:  
Beccaria Cesare (1764), *Dei delitti e delle pene*, ed. 2003, Feltrinelli, Milano.
- **Curatele:** Ceretti Adolfo e Giasanti Alberto (1996), a cura di, *Governo dei giudici*, Feltrinelli, Milano.
- **Articoli contenuti in opere collettive:** Salento Angelo (2009), *Pierre Bourdieu. La socioanalisi del campo giuridico*, in Giuseppe Campesi - Ivan Populizio - Nicola Riva (a cura di), *Diritto e teoria sociale. Introduzione al pensiero socio-giuridico contemporaneo*, Carocci, Roma, pp. 131-164.
- **Articoli contenuti in riviste:** De Leonardis Ota (2009), *Verso un diritto dei legami sociali? Sguardi obliqui sulle metamorfosi della penalità*, in *Studi sulla questione criminale*, IV, 1, pp. 15-40.
- **Siti internet o quotidiani:** occorre precisare l'indirizzo o la testata con relativa data, es.: in *La Stampa*, 12 dicembre 2003, oppure: in *www.ristretti.it*.  
È necessario verificare l'esattezza dei siti riportati e in fase di scrittura del testo rimuovere il collegamento ipertestuale, affinché non rimangano in azzurro e sottolineati.