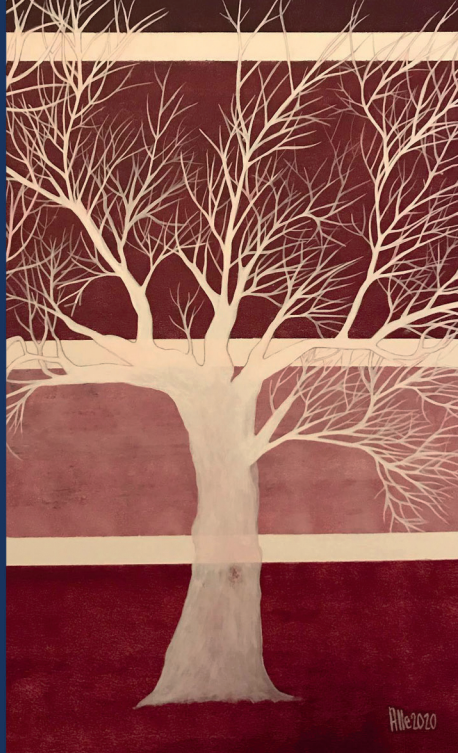


Cesare Beccaria

# Dei delitti e delle pene

*Edizione commentata da*

Patrizio Gonnella e Susanna Marietti



**Giappichelli**

## Introduzione

Leggere *Dei delitti e delle pene* è un'esperienza piena di sorprese. Di pagina in pagina si scoprono riflessioni, temi, argomentazioni che aprono veri e propri cantieri per ragionamenti ancora oggi per niente scontati nel dibattito pubblico. Cesare Beccaria costruisce grandiosamente un modello razionale di garanzie, di limiti imposti al potere pubblico a protezione dei diritti fondamentali di ogni persona. All'interno di questo sistema dai contorni geometrici, esplose lo spazio per la libertà, per la vita, per la dignità umana. Sono queste che il diritto deve proteggere. E deve farlo senza mai abusare del suo dovere di protezione, senza espandersi al di là dello spazio minimo necessario a svolgere il proprio ruolo.

Il diritto penale deve assicurare, da un lato, efficacia nella tutela della sicurezza dei cittadini e, dall'altro, rispetto delle garanzie individuali. Ogni proibizione e ogni pena che non sia assolutamente necessaria di fronte a questo duplice scopo, afferma Beccaria, è illegittima. Una rivoluzione non solo giuridica ma anche culturale e politica, che mette in discussione la supremazia dello Stato rispetto ai diritti del singolo individuo.

Il modello penalistico garantista di Beccaria si muove su diversi livelli. È una teoria filosofico-giuridica fondata su principi inderogabili, ma è anche una visione politica capace ad esempio di ragionare attorno alla prevenzione dei crimini e alla sua dimensione sociale, educativa, culturale. Non è certo alla sola repressione penale che possiamo affidarci per costruire una società migliore.

Ogni capitolo del volume apre un dialogo fitto e ramificato con l'autore, in uno scambio di vedute che ci modifica le prospettive e ci interroga sulla realtà che è attorno a noi. Sono proprio questo dialogo e questa interrogazione che abbiamo voluto esplicitare nel nostro commento al testo. Non una lettura storica o filologica, bensì quel fascio di luce che le riflessioni di Beccaria gettano su norme, episodi, procedure, pra-

tiche del presente o del recente passato, illuminandone i contorni e spesso chiarendone le distorsioni. L'idea di un diritto penale minimo, espressione coniata da Luigi Ferrajoli alla metà degli anni '80, fa da filo conduttore alla lettura. Il diritto penale, ci ricorda Ferrajoli, nasce per minimizzare la violenza dei delitti e quella delle pene. L'insieme dei principi discussi in questo libro costituisce un argine contro quello cui Montesquieu, richiamato dallo stesso Beccaria, si riferiva come al terribile potere di punire, un potere che va minimizzato assoggettandolo rigidamente al diritto penale.

La storia è piena di tragedie prodotte dalla ferocia punitiva degli Stati. E anche la stretta attualità, pure quella che viviamo in Italia in prima persona, ci rimanda violenze, abusi, inutili vessazioni che hanno luogo dentro le mura delle carceri. Antigone, l'organizzazione nella quale entrambi operiamo da molti anni, tenta di portarli allo scoperto, di denunciare – a volte anche in tribunale – la pena carceraria che si discosta dal dettato costituzionale e che si affida a quell'arbitrio che il sistema teorico costruito da Beccaria intendeva combattere.

Da due decenni e mezzo Antigone conduce un sistematico monitoraggio delle condizioni di detenzione in Italia, visitando tutti gli istituti di pena per adulti e per minori e raccontando in relazioni periodiche quanto emerge da tale osservazione diretta. In questo nostro lavoro e nelle altre attività che Antigone porta avanti per promuovere i diritti e le garanzie nel sistema penale, diventano fondamentali quelle domande cui oltre 250 anni fa Cesare Beccaria ha dato risposte capaci di orientare con nettezza scelte giuridiche e politiche.

Le pagine di commento che di seguito troverete non aspirano alla completezza. Nella nostra lettura dei vari capitoli, ci siamo alle volte soffermati a dialogare con Beccaria su singole frasi dall'aspetto secondario. Incessantemente, in questo dialogo, abbiamo guardato a come le riflessioni dell'autore ci aiutano a comprendere l'attualità, sempre dal luogo di osservazione che Antigone ci ha insegnato a fare nostro. È stata una conversazione concitata, incalzante, profonda, appassionata. Una conversazione che non potrà smettere di durare e che si arricchirà di chiunque vorrà unirvisi.

*Patrizio Gonnella*

*Susanna Marietti*

*In rebus quibuscumque difficilioribus non expectandum, ut qui simul, et serat, et metat, sed praeparatione opus est, ut per gradus mature-scant*

BACON, *Serm. fidel*, n. XLV

## **A chi legge**

Alcuni avanzi di leggi di un antico popolo conquistatore fatte compilare da un principe che dodici secoli fa regnava in Costantinopoli, frammischiate poscia co' riti longobardi, ed involte in farruginosi volumi di privati ed oscuri interpreti, formano quella tradizione di opinioni che da una gran parte dell'Europa ha tuttavia il nome di leggi; ed è cosa funesta quanto comune al dì d'oggi che una opinione di Carpzovio, un uso antico accennato da Claro, un tormento con iraconda compiacenza suggerito da Farinaccio sieno le leggi a cui con sicurezza obbediscono coloro che tremando dovrebbero reggere le vite e le fortune degli uomini. Queste leggi, che sono uno scolo de' secoli i più barbari, sono esaminate in questo libro per quella parte che riguarda il sistema criminale, e i disordini di quelle si osa esporli a' direttori della pubblica felicità con uno stile che allontana il volgo non illuminato ed impaziente. Quella ingenua indagazione della verità, quella indipendenza delle opinioni volgari con cui è scritta quest'opera è un effetto del dolce e illuminato governo sotto cui vive l'autore. I grandi monarchi, i benefattori della umanità che ci reggono, amano le verità esposte dall'oscuro filosofo con un non fanatico vigore, detestato solamente da chi si avventa alla forza o alla industria, respinto dalla ragione; e i disordini presenti da chi ben n'esamina tutte le circostanze sono la satira e il rimprovero delle passate età, non già di questo secolo e de' suoi legislatori.

Chiunque volesse onorarmi delle sue critiche cominci dunque dal ben comprendere lo scopo a cui è diretta quest'opera, scopo che ben lontano di diminuire la legittima autorità, servirebbe ad accrescerla se più che la forza può negli uomini la opinione, e se la dolcezza e l'umanità la giustificano agli occhi di tutti. Le mal intese critiche pubblicate contro questo libro si fondano su confuse nozioni, e mi obbligano d'interrompere per un momento i miei ragionamenti agl'illuminati lettori, per chiudere una volta per sempre ogni adito agli errori di un timido zelo o alle calunnie della maligna invidia.

Tre sono le sorgenti delle quali derivano i principii morali e politici regolatori degli uomini. La rivelazione, la legge naturale, le convenzioni fattizie della società.

Non vi è paragone tra la prima e le altre per rapporto al principale di lei fine; ma si assomigliano in questo, che conducono tutte tre alla felicità di questa vita mortale. Il considerare i rapporti dell'ultima non è l'escludere i rapporti delle due prime; anzi siccome quelle, benché divine ed immutabili, furono per colpa degli uomini dalle false religioni e dalle arbitrarie nozioni di vizio e di virtù in mille modi nelle depravate menti loro alterate, così sembra necessario di esaminare separatamente da ogni altra considerazione ciò che nasca dalle pure convenzioni umane, o espresse, o supposte per la necessità ed utilità comune, idea in cui ogni setta ed ogni sistema di morale deve necessariamente convenire; e sarà sempre lodevole intrappresa quella che sforza anche i più pervicaci ed increduli a conformarsi ai principii che spingon gli uomini a vivere in società. Sonovi dunque tre distinte classi di virtù e di vizio, religiosa, naturale e politica. Queste tre classi non devono mai essere in contradizione fra di loro, ma non tutte le conseguenze e i doveri che risultano dall'una risultano dalle altre. Non tutto ciò che esige la rivelazione lo esige la legge naturale, né tutto ciò che esige questa lo esige la pura legge sociale: ma egli è importantissimo di separare ciò che risulta da questa convenzione, cioè dagli espressi o taciti patti degli uomini, perché tale è il limite di quella forza che può legittimamente esercitarsi tra uomo e uomo senza una speciale missione dell'Essere supremo. Dunque l'idea della virtù politica può senza taccia chiamarsi variabile; quella della virtù naturale sarebbe sempre limpida e manifesta se l'imbecillità o le passioni degli uomini non la oscurassero; quella della virtù religiosa è sempre una costante, perché rivelata immediatamente da Dio e da lui conservata.

Sarebbe dunque un errore l'attribuire a chi parla di convenzioni sociali e delle conseguenze di esse principii contrari o alla legge naturale o alla rivelazione; perché non parla di queste. Sarebbe un errore a chi, parlando di stato di guerra prima dello stato di società, lo prendesse nel senso hobbesiano, cioè di nessun dovere e di nessuna obbligazione anteriore, in vece di prenderlo per un fatto nato dalla corruzione della natura umana e dalla mancanza di una sanzione espressa. Sarebbe un errore l'imputare a delitto ad uno scrittore, che considera le emanazioni del patto sociale, di non ammetterle prima del patto istesso. La giustizia divina e la giustizia naturale sono per essenza loro immutabili e costanti, perché la relazione fra due medesimi oggetti è sempre la medesima; ma la giustizia umana, o sia politica, non essendo che una relazione fra l'azione e lo stato vario della società, può variare a misura che diventa necessaria o utile alla società quell'azione, né ben si discerne se non da chi analizzi i complicati e mutabilissimi rapporti delle civili combinazioni. Sí tosto che questi principii essenzialmente distinti vengano confusi, non v'è più speranza di ragionar bene nelle materie pubbliche. Spetta a' teologi lo stabilire i confini del giusto e dell'ingiusto, per ciò che riguarda l'intrinseca malizia o bontà dell'atto; lo stabilire i rapporti del giusto e dell'ingiusto politico, cioè dell'utile o del danno della società, spetta al pubblicista; né un oggetto può mai pregiudicare all'altro, poiché ognuno vede quanto la virtù puramente politica debba cedere alla immutabile virtù emanata da Dio.

Chiunque, lo ripeto, volesse onorarmi delle sue critiche, non cominci dunque dal supporre in me principii distruttori o della virtù o della religione, mentre ho di-

mostrato tali non essere i miei principii, e in vece di farmi incredulo o sedizioso procuri di ritrovarmi cattivo logico o inavveduto politico; non tremi ad ogni proposizione che sostenga gl'interessi dell'umanità; mi convinca o della inutilità o del danno politico che nascer ne potrebbe dai miei principii, mi faccia vedere il vantaggio delle pratiche ricevute. Ho dato un pubblico testimonio della mia religione e della sommissione al mio sovrano colla risposta alle Note ed osservazioni; il rispondere ad ulteriori scritti simili a quelle sarebbe superfluo; ma chiunque scriverà con quella decenza che si conviene a uomini onesti e con quei lumi che mi dispensino dal provare i primi principii, di qualunque carattere essi siano, troverà in me non tanto un uomo che cerca di rispondere quanto un pacifico amatore della verità.

## **Introduzione**

Gli uomini lasciano per lo più in abbandono i più importanti regolamenti alla giornaliera prudenza o alla discrezione di quelli, l'interesse de' quali è di opporsi alle più provide leggi che per natura rendono universali i vantaggi e resistono a quello sforzo per cui tendono a condensarsi in pochi, riponendo da una parte il colmo della potenza e della felicità e dall'altra tutta la debolezza e la miseria. Perciò se non dopo esser passati framezzo mille errori nelle cose più essenziali alla vita ed alla libertà, dopo una stanchezza di soffrire i mali, giunti all'estremo, non s'inducono a rimediare ai disordini che gli opprimono, e a riconoscere le più palpabili verità, le quali appunto sfuggono per la semplicità loro alle menti volgari, non avvezze ad analizzare gli oggetti, ma a riceverne le impressioni tutte di un pezzo, più per tradizione che per esame.

Apriamo le istorie e vedremo che le leggi, che pur sono o dovrebbero esser patti di uomini liberi, non sono state per lo più che lo stromento delle passioni di alcuni pochi, o nate da una fortuita e passeggera necessità; non già dettate da un freddo esaminatore della natura umana, che in un sol punto concentrasse le azioni di una moltitudine di uomini, e le considerasse in questo punto di vista: *la massima felicità divisa nel maggior numero*. Felici sono quelle pochissime nazioni, che non aspettano che il lento moto delle combinazioni e vicissitudini umane facesse succedere all'estremità de' mali un avviamento al bene, ma ne accelerarono i passaggi intermedi con buone leggi; e merita la gratitudine degli uomini quel filosofo ch'ebbe il coraggio dall'oscuro e disprezzato suo gabinetto di gettare nella moltitudine i primi semi lungamente infruttuosi delle utili verità.

Si sono conosciute le vere relazioni fra il sovrano e i sudditi, e fralle diverse nazioni; il commercio si è animato all'aspetto delle verità filosofiche rese comuni colla stampa, e si è accesa fralle nazioni una tacita guerra d'industria la più umana e la più degna di uomini ragionevoli. Questi sono frutti che si debbono alla luce di questo secolo, ma pochissimi hanno esaminata e combattuta la crudeltà delle pene e l'irregolarità delle procedure criminali, parte di legislazione così principale e così trascurata in quasi tutta l'Europa, pochissimi, rimontando ai principii generali, annientarono gli errori accumulati di più secoli, frenando almeno, con quella sola for-

za che hanno le verità conosciute, il troppo libero corso della mal diretta potenza, che ha dato fin ora un lungo ed autorizzato esempio di fredda atrocità. E pure i gemiti dei deboli, sacrificati alla crudele ignoranza ed alla ricca indolenza, i barbari tormenti con prodiga e inutile severità moltiplicati per delitti o non provati o chimerici, la squallidezza e gli orrori d'una prigione, aumentati dal più crudele carnefice dei miseri, l'incertezza, doveano scuotere quella sorta di magistrati che guidano le opinioni delle menti umane.

L'immortale Presidente di Montesquieu 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, pe' quali scrivo, sapranno distinguere i miei passi dai suoi. Me fortunato, se potrò ottenere, com'esso, i segreti ringraziamenti degli oscuri e pacifici seguaci della ragione, e se potrò ispirare quel dolce fremito con cui le anime sensibili rispondono a chi sostiene gl'interessi della umanità!

## **Cap. I Origine delle pene**

Le leggi sono le condizioni, colle quali uomini indipendenti ed isolati si unirono in società, stanchi di vivere in un continuo stato di guerra e di godere una libertà resa inutile dall'incertezza di conservarla. Essi 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 sempre di togliere dal deposito non solo la propria porzione, ma usurparsi ancora quella degli altri. Vi volevano de' motivi sensibili che bastassero a distogliere il dispotico animo di ciascun uomo dal risommergere nell'antico caos le leggi della società. Questi motivi sensibili sono le pene stabilite contro agl'infrattori delle leggi. Dico *sensibili motivi*, perché la speranza ha fatto vedere che la moltitudine non adotta stabili principii di condotta, né si allontana da quel principio universale di dissoluzione, che nell'universo fisico e morale si osserva, se non con motivi che immediatamente percuotono i sensi e che di continuo si affacciano alla mente per contrabilanciare le forti impressioni delle passioni parziali che si oppongono al bene universale: né l'eloquenza, né le declamazioni, nemmeno le più sublimi verità sono bastate a frenare per lungo tempo le passioni eccitate dalle vive percosse degli oggetti presenti.

## **Cap. II Diritto di punire**

Ogni pena che non derivi dall'assoluta necessità, dice il grande Montesquieu, è tirannica; proposizione che si può rendere più generale così: ogni atto di autorità di uomo a uomo che non derivi dall'assoluta necessità è tirannico. 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; e tanto più giuste sono le pene, quanto più sacra ed inviolabile è la sicurezza, e maggiore la libertà che il sovrano conserva ai sudditi. Consultiamo il cuore umano e in esso troveremo i principii fondamentali del vero diritto del sovrano di punire i delitti, poiché non è da sperarsi alcun vantaggio durevole dalla politica morale se ella non sia fondata su i sentimenti indelebili dell'uomo. Qualunque legge devii da questi incontrerà sempre una resistenza contraria che vince alla fine, in quella maniera che una forza benché minima, se sia continuamente applicata, vince qualunque violento moto comunicato ad un corpo.

Nessun uomo ha fatto il dono gratuito di parte della propria libertà in vista del ben pubblico; questa chimera non esiste che ne' romanzi; se fosse possibile, ciascuno di noi vorrebbe che i patti che legano gli altri, non ci legassero; ogni uomo si fa centro di tutte le combinazioni del globo.



La moltiplicazione del genere umano, piccola per se stessa, ma di troppo superiore ai mezzi che la sterile ed abbandonata natura offriva per soddisfare ai bisogni che sempre più s'incrocchiavano tra di loro, riunì i primi selvaggi. Le prime unioni formarono necessariamente le altre per resistere alle prime, e così lo stato di guerra trasportossi dall'individuo alle nazioni.

Fu dunque la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà: egli è adunque certo che ciascuno non ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzion possibile, quella sola che basti 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. Osservate che la parola *diritto* non è contraddittoria alla parola *forza*, ma la prima è piuttosto una modificazione della seconda, cioè la modificazione più utile al maggior numero. E per giustizia io non intendo altro che il vincolo necessario per tenere uniti gl'interessi particolari, che senz'esso si scioglierebbono nell'antico stato d'insociabilità; tutte le pene che oltrepassano la necessità di conservare questo vincolo sono ingiuste di lor natura. Bisogna guardarsi di non attaccare a questa parola giustizia l'idea di qualche cosa di reale, come di una forza fisica, o di un essere esistente; ella è una semplice maniera di concepire degli uomini, maniera che influisce infinitamente sulla felicità di ciascuno; nemmeno intendo quell'altra sorta di giustizia che è emanata da Dio e che ha i suoi immediati rapporti colle pene e ricompense della vita avvenire.

### **Commento ai Capp. I-II**

Cesare Beccaria individua nel diritto penale uno strumento irrinunciabile di regolamentazione della società. Esso dovrebbe costituire una sorta di protezione pubblica e imparziale di ciascuna persona dai rischi di subire aggressioni alla propria libertà, ovvero a quell'ampia porzione di essa per godere serenamente della quale gli uomini si sono uniti in società dandosi delle regole (leggi) e sacrificando così l'altra porzione. Gli uomini sono stati infatti disposti a sacrificare una parte della loro libertà solamente al fine di godere più pienamente della parte restante. Ed è solo tale decisione che conferisce legittima sovranità a una nazione.

Si badi tuttavia a una considerazione che ben si legge in Beccaria già dal principio del secondo paragrafo: le quantità delle porzioni di libertà in campo – quelle sacrificate al bene comune e quelle rimaste nella disponibilità di ognuno – non sono affatto indifferenti nelle loro capacità legittimanti. Solo determinate quantità saranno in grado di legittimare il pubblico potere, così che esso non sarà arbitrario e tirannico bensì ap-

punto legittimo secondo le volontà dei consociati. Nessuno di questi, infatti, è mai disposto a sacrificare una porzione di libertà maggiore di quella strettamente necessaria. Ciascuno ne vuole sacrificare la porzione più piccola possibile, affinché rimanga nelle sue mani, protetta dalla pubblica autorità, la più grande. Qualsiasi «atto di autorità di uomo a uomo» che imponga un sacrificio di libertà non necessario è illegittimo e cioè tirannico. Non fanno eccezione le leggi penali, che fissano quei «sensibili motivi» atti a scoraggiare il singolo dall'usurpare pezzi di libertà che non gli appartengono. Tali motivi – le pene – devono essere strettamente necessari. Ovvero mai devono sconfinare verso la punizione di comportamenti che si limitano a disporre di libertà estranee a quella «minima porzion possibile» che ciascuno ha di necessità dovuto cedere. Come Beccaria esplicitamente afferma, «tanto più giuste sono le pene, quanto (...) maggiore la libertà che il sovrano conserva ai sudditi».

Purtroppo la storia del sistema penale non è sempre andata in questa direzione. Non di rado il diritto penale, anche nella contemporaneità, ha perso la sua connotazione di legge al servizio della libertà di tutti e si è trasformato in strumento di lotta politica, di repressione ingiustificata, di imposizione di stili di vita. Tornare alle origini del diritto penale significa ricordarsi che è ingiustificata ogni forma di punizione che non sia realmente funzionale a garantire una vita tranquilla e sicura. È legittimo proibire, e dunque punire, solo quella quota minima di comportamenti che è davvero necessario proibire e punire, quella quota alla quale l'uomo, quando si è unito in società, ha concordato di voler rinunciare in cambio di altri vantaggi. È questo principio di necessità penale che deve guidare il legislatore alla massima economia nell'individuazione dell'insieme dei reati. Ogni proibizione che cada al di fuori di tale minimo insieme è tirannica.

Tale principio di necessità implica inevitabilmente il connesso principio di offensività. I comportamenti che è necessario proibire, infatti, possono essere solo quelli che comportano un'offesa a un terzo, una lesione di un bene altrui che deve invece essere protetto da quella sovranità alla quale si era sacrificato un pezzo della propria libertà. Il diritto di punire da parte della pubblica autorità può riguardare esclusivamente tali offese.

Arbitrarie e tiranniche sono state nella storia, e sono tuttora, le proibizioni che non hanno a che fare con eventi lesivi di beni protetti altrui. Si pensi alla legislazione sulle droghe e a quanta parte di essa surrettiziamente presupponga punizioni senza vittime se non la stessa persona

punita. Dove non vi sia un'attività di traffico o vendita di droga per lucro, non è facile identificare il bene protetto dalla norma incriminatrice. Se l'iniziale patto che ha unito gli uomini in società non ha dato al sovrano il potere di punire gli stili di vita individuali dei consociati ma solo quello di proteggerne la libertà indisponibile, tale legislazione non trova fondamento nella legittima autorità nazionale bensì in un'autorità distorta.

Nell'impostazione di Beccaria non è giustificabile alcuna punizione di atti non nocivi al prossimo. A maggior ragione, non trova giustificazione alcuna punizione che si fondi sulla sola considerazione dello *status* delle persone punite. Non è ammissibile, ad esempio, punire una persona omosessuale in quanto tale. Ogniqualvolta si evochi genericamente la morale pubblica o la sicurezza nazionale, non altrimenti definita, quale bene da proteggere, si va incontro a proibizioni non giustificate e di conseguenza a punizioni non necessarie.

La storia, anche recente, ci rimanda tanti esempi nei quali il bene protetto è immateriale, poco chiaro, indefinito. Per lunghi quattro decenni – dal 1930, anno di entrata in vigore del codice Rocco, fino al 1968, anno in cui è intervenuta la Corte Costituzionale abrogando la norma – in Italia l'adulterio femminile ha costituito un reato, qualificato come un delitto contro il matrimonio. Ma è difficile sostenere che il matrimonio fosse davvero il bene protetto (altrimenti perché non punire anche l'adulterio maschile?) e in ogni caso esso non è un essere umano la cui libertà è da proteggersi. Subdolamente si voleva usare la proibizione penale per assecondare una visione morale.

Il codice penale italiano punisce il vilipendio alla bandiera nazionale. È rubricato quale delitto contro la personalità interna dello Stato, che non è chiaro cosa sia. Sembra quasi che si voglia conferire un'anima allo Stato. Questo residuo di entificazione dello Stato, che vorrebbe considerarlo superiore ai suoi cittadini, è ben contrario al modello penalistico di Beccaria, il quale nasce per proteggere i cittadini dallo Stato e non viceversa.

### **Cap. III *Conseguenze***

La prima conseguenza di questi principii è che le sole leggi possono decretar le pene su i delitti, e quest'autorità non può risiedere che presso il legislatore, che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale; nessun magistrato (che è parte di società) può con giustizia infligger pene contro ad un altro membro della società medesima. Ma una pena accresciuta al di là dal limite fissato dalle leggi è la pena giusta piú un'altra pena; dunque non può un magistrato, sotto qualunque pretesto di zelo o di ben pubblico, accrescere la pena stabilita ad un delinquente cittadino.

La seconda conseguenza è che se ogni membro particolare è legato alla società, questa è parimente legata con ogni membro particolare per un contratto che di sua natura obbliga le due parti. Questa obbligazione, che discende dal trono fino alla capanna, che lega egualmente e il piú grande e il piú miserabile fra gli uomini, non altro significa se non che è interesse di tutti che i patti utili al maggior numero siano osservati. La violazione anche di un solo, comincia ad autorizzare l'anarchia. Il sovrano, che rappresenta la società medesima, non può formare che leggi generali che obblighino tutti i membri, ma non già giudicare che uno abbia violato il contratto sociale, poichè allora la nazione si dividerebbe in due parti, una rappresentata dal sovrano, che asserisce la violazione del contratto, e l'altra dall'accusato, che la nega. 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.

La terza conseguenza è che 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 piú 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.

#### ***Commento al Cap. III***

Dalla propria fondazione teorica del potere di punire, Beccaria deriva alcune conseguenze. La prima di esse è che solo le leggi, prerogativa del legislatore in quanto rappresentante della società, possono stabilire

quali sono i delitti e quali le pene che li puniscono. Le leggi, ovvero le regole attraverso cui gli uomini hanno liberamente scelto di unirsi in società per mettere al sicuro la massima parte possibile della propria libertà. Sarebbe dunque contraddittorio se tale libertà non fosse al sicuro proprio dall'arbitrio delle punizioni per chi tali leggi infrange, ovvero se non si affermasse quel principio di legalità penale che rende ogni uomo capace di prevedere se e come verrà punito per le proprie azioni e dunque di decidere liberamente come comportarsi.

Cesare Beccaria non si limita ad auspicare un sistema penale meno truce e arbitrario di quello fino ad allora dominante. Propone piuttosto un progetto articolato, che inquadra la questione penale in una più ambiziosa necessità di innovazione democratica. Il principio di legalità non può che essere la prima conseguenza di una legittimazione sociale del potere. Nessuno è titolare di un potere assoluto di derivazione divina o naturale. Ogni potere è sempre esito di una scelta dei consociati, che il principio di legalità protegge dagli arbitrii punitivi. Nessuno deve mai essere punito se non per fatti previsti come reati da una legge precedentemente entrata in vigore e con pene anch'esse predeterminate.

Seppur mai esplicitamente contestato finanche dai regimi non democratici, tale principio – che Luigi Ferrajoli considera il primo assioma del suo paradigma garantista e che potremmo definire l'asse portante del diritto penale liberale – capita ancora che venga vissuto come limite non gradito da chi detiene il potere e amerebbe avere le mani più libere. Un esempio tratto dalla storia recente è quanto accadde a seguito dei tragici eventi che colpirono New York l'11 settembre del 2001. La reazione degli Stati Uniti d'America fu proprio quella di sottrarsi alle maglie del principio di legalità. I presunti terroristi islamici imprigionati non venivano formalmente considerati criminali, bensì nemici combattenti ai quali non si sarebbero applicate le garanzie presenti nel sistema penale. Dunque: assenza di controllo giurisdizionale, detenzione arbitraria sganciata da ogni imputazione di reato, torture, legittimazione di un diritto penale parallelo a quello ordinario e svincolato dal principio di legalità. Questo è stato il modello Guantanamo, messo in piedi proprio nel paese maggiormente attento alle garanzie processuali e ancora non smantellato.

Nella seconda metà del secolo scorso il filosofo del diritto tedesco Günther Jakobs ha cercato di giustificare un tale sistema binario formulando la sua teoria del diritto penale del nemico, secondo la quale sarebbe legittimo sottrarre alcune persone alle garanzie penali, disappli-

cando nei loro confronti il principio di legalità. Queste persone, identificate quali potenzialmente pericolose in quanto nemici dello Stato, devono secondo Jakobs venire neutralizzate, e dunque affrontate non con parametri giuridici bensì bellici. Il filosofo tedesco si muove in palese contraddizione ai principi di Beccaria, per il quale la sola base legittima di governo delle relazioni umane è il diritto formalizzato.

È accaduto non di rado che il potere abbia temuto che il principio di legalità possa impedire un'adeguata protezione da persone qualificate come pericolose a prescindere dalla commissione di un delitto. Non pochi ordinamenti penali di paesi democratici, compreso il nostro, si affidano alla nozione di pericolosità sociale per giustificare misure di sicurezza da agganciarsi non al reato commesso ma appunto alla presunta pericolosità della persona. Nel codice penale italiano del 1930 sono previste le dichiarazioni di abitualità, professionalità, tendenza a delinquere. In tali casi al detenuto condannato per un reato si aggiunge a fine pena una misura di sicurezza (internamento in casa di lavoro o in colonia agricola) dalla durata non predeterminata. Eppure Beccaria scriveva che «non può un magistrato, sotto qualunque pretesto di zelo o di ben pubblico, accrescere la pena stabilita ad un delinquente cittadino». L'impianto teorico del filosofo milanese non lascia spazio alla tentazione da parte dello Stato di individuare categorie di persone pericolose (e con quali parametri?), così da sganciarsi nei loro confronti dal principio di legalità e lasciarsi mano libera nel proprio potere punitivo.

Il principio di legalità si accompagna a quello di universalità. Arriviamo così alla seconda delle conseguenze elencate qui da Beccaria. Le leggi penali non possono ammettere eccezioni, preconstituire fasce di impunità o di maggiore penalizzazione, prevedere stati di eccezione che giustifichino disapplicazioni del principio di legalità. Significherebbe creare disuguaglianze, negare che tutti sono uguali davanti alla legge: il sovrano e il suddito, il ricco e il povero, il cittadino e lo straniero, l'uomo e la donna. Eppure forte è la tentazione di chi detiene il potere in un determinato momento storico di garantirsi una sorta di immunità. I tentativi sono in questo caso meno facili da identificare, sono sottili e non sempre riconoscibili facilmente all'esterno. Di solito riguardano i cosiddetti delitti dei colletti bianchi, ossia dei funzionari dell'apparato di potere che più facilmente sono nelle condizioni di abusare della vicinanza a chi fa le leggi. Le leggi devono obbligare tutti, governanti e governati, allo stesso modo, altrimenti si legittima la rottura del patto democratico. Un giudice terzo deve poi garantire l'applicazione imparziale della legge penale.

La terza conseguenza individuata da Beccaria nel presente paragrafo ci mette in guardia da pene inutilmente atroci, che sono ingiuste e contrarie al contratto sociale. Se le uniche punizioni legittime sono infatti quelle necessarie, diventano illegittime tanto le pene che puniscono comportamenti non offensivi quanto quelle che, pur punendo comportamenti offensivi, eccedono il minimo necessario di durezza. Il principio di necessità scardina la legittimità di pene atroci e ci conduce verso un diritto penale minimo.

La nascita del diritto penale moderno avrebbe dovuto costituire una rottura con un passato di pene corporali, squartamenti, ghigliottine, pene spettacolari e truci. Eppure guardando a quanto accade in giro per il mondo, in paesi democratici e non, vediamo come tale conquista non sia ancora del tutto conseguita. La stessa pena carceraria, seppur legalmente inflitta, si traduce spesso in vessazioni inutili e violente durante la sua esecuzione. Si tratti di maltrattamenti espliciti, dell'isolamento prolungato in piccole celle a volte inflitto al di fuori di ogni legalità, di condizioni igieniche inadeguate o di molto altro, sono tutte aggiunte illegittime di pena che si sommano a quella legittima.

## **Cap. IV Interpretazione delle leggi**

Quarta conseguenza. Nemmeno l'autorità d'interpretare le leggi penali può risiedere presso i giudici criminali per la stessa ragione che non sono legislatori. I giudici non hanno ricevuto le leggi dagli antichi nostri padri come una tradizione domestica ed un testamento che non lasciasse ai posteri che la cura d'ubbidire, ma le ricevono dalla vivente società, o dal sovrano rappresentatore di essa, come legittimo depositario dell'attuale risultato della volontà di tutti; le ricevono non come obbligazioni d'un antico giuramento, nullo, perché legava volontà non esistenti, iniquo, perché riduceva gli uomini dallo stato di società allo stato di mandra, ma come effetti di un tacito o espresso giuramento, che le volontà riunite dei viventi sudditi hanno fatto al sovrano, come vincoli necessari per frenare e reggere l'intestino fermento degl'interessi particolari. Quest'è la fisica e reale autorità delle leggi. Chi sarà dunque il legittimo interprete della legge? Il sovrano, cioè il depositario delle attuali volontà di tutti, o il giudice, il di cui ufficio è solo l'esaminare se il tal uomo abbia fatto o no un'azione contraria alle leggi?

In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza.

Non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni. Questa verità, che sembra un paradosso alle menti volgari, più percossa da un piccol disordine presente che dalle funeste ma remote conseguenze che nascono da un falso principio radicato in una nazione, mi sembra dimostrata. Le nostre cognizioni e tutte le nostre idee hanno una reciproca connessione; quanto più sono complicate, tanto più numerose sono le strade che ad esse arrivano e partono. Ciascun uomo ha il suo punto di vista, ciascun uomo in differenti tempi ne ha un diverso. Lo spirito della legge sarebbe dunque il risultato di una buona o cattiva logica di un giudice, di una facile o malsana digestione, dipenderebbe dalla violenza delle sue passioni, dalla debolezza di chi soffre, dalle relazioni del giudice coll'offeso e da tutte quelle minime forze che cangiano le apparenze di ogni oggetto nell'animo fluttuante dell'uomo. Quindi veggiamo la sorte di un cittadino cambiarsi spesse volte nel passaggio che fa a diversi tribunali, e le vite de' miserabili essere la vittima dei falsi raziocini o dell'attuale fermento degli umori d'un giudice, che prende per legittima interpretazione il vago risultato di tutta quella confusa serie di nozioni che gli muove la mente. Quindi veggiamo gli stessi delitti dallo stesso tribunale puniti diversamente in diversi tempi, per aver consultato non la costante e fissa voce della legge, ma l'errante instabilità delle interpretazioni. Un disordine che nasce dalla rigorosa osservanza della lettera di una legge penale non è da mettersi in confronto coi disordini che nascono dalla interpretazione. Un tal momentaneo inconveniente spin-



ge a fare la facile e necessaria correzione alle parole della legge, che sono la cagione dell'incertezza, ma impedisce la fatale licenza di ragionare, da cui nascono le arbitrarie e venali controversie. Quando un codice fisso di leggi, che si debbono osservare alla lettera, non lascia al giudice altra incombenza che di esaminare le azioni de' cittadini, e giudicarle conformi o difformi alla legge scritta, quando la norma del giusto e dell'ingiusto, che deve dirigere le azioni sí del cittadino ignorante come del cittadino filosofo, non è un affare di controversia, ma di fatto, allora i sudditi non sono soggetti alle piccole tirannie di molti, tanto piú crudeli quanto è minore la distanza fra chi soffre e chi fa soffrire, piú fatali che quelle di un solo, perché il dispotismo di molti non è correggibile che dal dispotismo di un solo e la crudeltà di un dispotico è proporzionata non alla forza, ma agli ostacoli. Così acquistano i cittadini quella sicurezza di loro stessi che è giusta perché è lo scopo per cui gli uomini stanno in società, che è utile perché gli mette nel caso di esattamente calcolare gl'inconvenienti di un misfatto. Egli è vero altresí che acquisteranno uno spirito d'indipendenza, ma non già scuotitore delle leggi e ricalcitante a' supremi magistrati, bensí a quelli che hanno osato chiamare col sacro nome di virtù la debolezza di cedere alle loro interessate o capricciose opinioni. Questi principii spiaceranno a coloro che si sono fatto un diritto di trasmettere agl'inferiori i colpi della tirannia che hanno ricevuto dai superiori. Dovrei tutto temere, se lo spirito di tirannia fosse componibile collo spirito di lettura.

## **Cap. V Oscurità delle leggi**

Se l'interpretazione delle leggi è un male, egli è evidente esserne un altro l'oscurità che strascina seco necessariamente l'interpretazione, e lo sarà grandissimo se le leggi sieno scritte in una lingua straniera al popolo, che lo ponga nella dipendenza di alcuni pochi, non potendo giudicar da se stesso qual sarebbe l'esito della sua libertà, o dei suoi membri, in una lingua che formi di un libro solenne e pubblico un quasi privato e domestico. Che dovremo pensare degli uomini, riflettendo esser questo l'inveterato costume di buona parte della colta ed illuminata Europa! Quanto maggiore sarà il numero di quelli che intenderanno e avranno fra le mani il sacro codice delle leggi, tanto men frequenti saranno i delitti, perché non v'ha dubbio che l'ignoranza e l'incertezza delle pene aiutino l'eloquenza delle passioni.

Una conseguenza di quest'ultime riflessioni è che senza la scrittura una società non prenderà mai una forma fissa di governo, in cui la forza sia un effetto del tutto e non delle parti e in cui le leggi, inalterabili se non dalla volontà generale, non si corrompano passando per la folla degl'interessi privati. L'esperienza e la ragione ci hanno fatto vedere che la probabilità e la certezza delle tradizioni umane si sminuiscono a misura che si allontanano dalla sorgente. Che se non esiste uno stabile monumento del patto sociale, come resisteranno le leggi alla forza inevitabile del tempo e delle passioni?

Da ciò veggiamo quanto sia utile la stampa, che rende il pubblico, e non alcuni pochi, depositario delle sante leggi, e quanto abbia dissipato quello spirito tenebro-

so di cabala e d'intrigo che sparisce in faccia ai lumi ed alle scienze apparentemente disprezzate e realmente temute dai seguaci di lui. Questa è la cagione, per cui vediamo sminuita in Europa l'atrocità de' delitti che facevano gemere gli antichi nostri padri, i quali diventavano a vicenda tiranni e schiavi. Chi conosce la storia di due o tre secoli fa, e la nostra, potrà vedere come dal seno del lusso e della mollezza nacquero le più dolci virtù, l'umanità, la beneficenza, la tolleranza degli errori umani. Vedrà quali furono gli effetti di quella che chiamasi a torto antica semplicità e buona fede: l'umanità gemente sotto l'implacabile superstizione, l'avarizia, l'ambizione di pochi tinger di sangue umano gli scrigni dell'oro e i troni dei re, gli occulti tradimenti, le pubbliche stragi, ogni nobile tiranno della plebe, i ministri della verità evangelica lordando di sangue le mani che ogni giorno toccavano il Dio di mansuetudine, non sono l'opera di questo secolo illuminato, che alcuni chiamano corrotto.

### ***Commento ai Capp. IV-V***

Non si può essere puniti se non per aver commesso un'azione che una legge in vigore qualifica come reato. Spetta al legislatore scegliere cosa proibire. Spetta invece al giudice, indipendente rispetto al legislatore e terzo rispetto all'accusa e al presunto autore dell'azione, stabilire se quest'ultima sia stata o meno da lui commessa e se essa corrisponda alla descrizione che ne dà la legge.

In questo paragrafo Beccaria si concentra sulla seconda delle due operazioni, auspicando un sillogismo perfetto che, sussumendo con la premessa minore la descrizione dell'azione concreta sotto il concetto di un certo reato, porti il giudice ad applicare una pena in maniera sostanzialmente meccanica. Se tutti i reati X sono puniti con la pena Y e l'azione compiuta dalla tale persona il tale giorno è un reato X, allora questa azione sarà punita con la pena Y. Il filosofo intende così ridurre lo spazio discrezionale del giudice, sottraendogli il potere di decidere cosa proibire e cosa punire.

Non vi è dubbio che in un sistema garantista la legge debba essere formulata nella maniera più chiara possibile. Non vi è dubbio che lo stesso principio di legalità verrebbe inficiato da una legge oscura e confusa. Tuttavia il sillogismo perfetto di cui parla Beccaria è un limite d'orizzonte mai raggiungibile nella realtà giuridica concreta. Anche di fronte all'insieme di norme più chiaro e intellegibile residua un obbligo di interpretazione giudiziaria.

Ciò non significa che il legislatore non abbia il dovere di scrivere le leggi nel modo più chiaro e preciso possibile. L'oscurità, che porta con sé il bisogno di una quantità di interpretazione – e dunque di rischio di arbitrio – maggiore di quella strettamente necessaria, rende il popolo dipendente da «alcuni pochi, non potendo giudicar da se stesso qual sarebbe l'esito della sua libertà». Le leggi penali, come diremmo oggi, devono essere tassative, ovvero – quale corollario del principio di legalità – individuare nella maniera più chiara e precisa possibile l'azione da punire. Più la norma è scritta male, più è generica, meno tassativa è la fattispecie di reato, e più si espande il potere di decisione discrezionale del giudice, rendendo incerto il destino dell'autore del fatto giudicato.

Eppure l'attualità ci mostra una legislazione penale con leggi scritte troppo spesso in un linguaggio non chiaro e poco comprensibile. Il legislatore non di rado è generico, non tassativo. A volte per una sciatteria del linguaggio che riflette un'oscurità di pensiero, altre volte perché volutamente intende coprire un compromesso magari faticoso tra le parti politiche. Accade così che si riservi un'ampia discrezionalità nel punire o nel non punire un certo comportamento. Si pensi all'articolo 613-*bis* del codice penale che proibisce la tortura. Dopo un estenuante dibattito parlamentare durato circa trent'anni, venne scritta una norma dai contorni poco chiari che doveva forse servire a preconstituire sacche di impunità. Sempre in tema di tassatività, molto discussa è l'aderenza o meno al principio costituzionale di legalità delle cosiddette norme penali in bianco, quelle nelle quali il precetto è indicato in maniera generica – sebbene la sanzione sia chiaramente determinata – lasciando poi ad altre norme il compito di specificarlo ulteriormente.

Le leggi non devono essere oscure, affinché sia tutelata la libertà di ognuno di scegliere il proprio comportamento avendone chiare le conseguenze. Residua tuttavia in ogni caso, come si diceva, un'ineliminabile quota di interpretazione, essendo illusorio quel sillogismo perfetto auspicato da Beccaria. In un sistema penale garantista, la quantità di interpretazione che residua nelle mani del giudice deve essere improntata a principi di garanzia. Primo tra tutti quello del *favor rei*, che di fronte a ogni dubbio interpretativo impone che prevalga la soluzione più favorevole al reo.

Ma non è solo l'oscurità della singola legge a porre a rischio la conoscibilità di ciò che è proibito e con essa la libertà dei consociati. A questa si aggiunge l'eccessiva e rapida produzione delle leggi penali, che comporta stratificazioni e cambiamenti cui risulta a volte impossibile

tener dietro. La Corte Costituzionale nella storica sentenza n. 364 del 1988 ha affermato l'incostituzionalità dell'articolo 5 del codice penale, che traduce la massima giuridica secondo cui *ignorantia legis non excusat*, «nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile». Lo Stato, scrive la Consulta, ha dei doveri costituzionali «attinenti alla formulazione, struttura e contenuti delle norme penali. Queste ultime possono essere conosciute solo allorché si rendano “riconoscibili”». Ciascuno va messo in condizione di poter conoscere le leggi penali, al fine di scegliere responsabilmente come comportarsi. Afferma la Corte: «Il principio di “riconoscibilità” dei contenuti delle norme penali (...) rinvia, ad es., alla necessità che il diritto penale costituisca davvero la extrema ratio di tutela della società, sia costituito da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di “rilievo costituzionale” e tali da esser percepite anche in funzione di norme “extrapenali”, di civiltà, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare (...). L'oggettiva impossibilità di conoscenza del precetto (...) non può gravare sul cittadino e costituisce, dunque, un altro limite della personale responsabilità penale». L'ipertrofia penale e la scarsa chiarezza delle norme producono sconclusionatezza, irrazionalità, impossibilità di comprendere il perché di una proibizione. E «così come il cittadino è tenuto a rispettare l'ordinamento democratico», scrive ancora la Corte Costituzionale, «quest'ultimo è tale in quanto sappia porre i privati in grado di comprenderlo senza comprimere la loro sfera giuridica con divieti non riconoscibili ed interventi sanzionatori non prevedibili».



## Cap. VI *Proporzione fra i delitti e le pene*

Non solamente è interesse comune che non si commettano delitti, ma che siano piú rari a proporzione del male che arrecano alla società. Dunque piú forti debbono essere gli ostacoli che rispingono gli uomini dai delitti a misura che sono contrari al ben pubblico, ed a misura delle spinte che gli portano ai delitti. Dunque vi deve essere una proporzione fra i delitti e le pene.

È impossibile di prevenire tutti i disordini nell'universal combattimento delle passioni umane. Essi crescono in ragione composta della popolazione e dell'incrocchiamento degl'interessi particolari che non è possibile dirigere geometricamente alla pubblica utilità. All'esattezza matematica bisogna sostituire nell'aritmetica politica il calcolo delle probabilità. Si getti uno sguardo sulle storie e si vedranno crescere i disordini coi confini degl'imperi, e, scemando nell'istessa proporzione il sentimento nazionale, la spinta verso i delitti cresce in ragione dell'interesse che ciascuno prende ai disordini medesimi: perciò la necessità di aggravare le pene si va per questo motivo sempre piú aumentando.

Quella forza simile alla gravità, che ci spinge al nostro ben essere, non si trattiene che a misura degli ostacoli che gli sono opposti. Gli effetti di questa forza sono la confusa serie delle azioni umane: se queste si urtano scambievolmente e si offendono, le pene, che io chiamerei *ostacoli politici*, ne impediscono il cattivo effetto senza distruggere la causa impellente, che è la sensibilità medesima inseparabile dall'uomo, e il legislatore fa come l'abile architetto di cui l'ufficio è di opporsi alle direzioni rovinose della gravità e di far conspirare quelle che contribuiscono alla forza dell'edificio.

Data la necessità della riunione degli uomini, dati i patti, che necessariamente risultano dalla opposizione medesima degl'interessi privati, trovasi una scala di disordini, dei quali il primo grado consiste in quelli che distruggono immediatamente la società, e l'ultimo nella minima ingiustizia possibile fatta ai privati membri di essa. Tra questi estremi sono comprese tutte le azioni opposte al ben pubblico, che chiamansi delitti, e tutte vanno, per gradi insensibili, decrescendo dal piú sublime al piú infimo. Se la geometria fosse adattabile alle infinite ed oscure combinazioni delle azioni umane, vi dovrebbe essere una scala corrispondente di pene, che discendesse dalla piú forte alla piú debole: ma basterà al saggio legislatore di segnarne i punti principali, senza turbar l'ordine, non decretando ai delitti del primo grado le pene dell'ultimo. Se vi fosse una scala esatta ed universale delle pene e dei delitti, avremmo una probabile e comune misura dei gradi di tirannia e di libertà, del fondo di umanità o di malizia delle diverse nazioni.

Qualunque azione non compresa tra i due sovraccennati limiti non può essere chiamata *delitto*, o punita come tale, se non da coloro che vi trovano il loro interesse nel cosí chiamarla. La incertezza di questi limiti ha prodotta nelle nazioni una morale che contraddice alla legislazione; piú attuali legislazioni che si escludono scam-