

Un diritto a misura d'uomo: la legalità penale in beccaria

Tatiana Effer*

1. Sub lege: il primato dei diritti individuali

Secondo gli insegnamenti di Max Weber l'esperienza mostra che ogni potere cerca di “suscitare e di coltivare la fede nella propria legittimità”¹.

La fisionomia del potere è stata oggetto di riflessione da parte di molti studiosi, le cui idee riguardo alla pretesa legittimità di esso gravitano intorno alla prevalenza della forza o del consenso. Una nota linea di riflessione sulla *iustitia hominis* propone di spiegare dal basso la nascita dello Stato come autorità civile, sottolineandone l'aspetto convenzionalistico: mi riferisco al contrattualismo. In prima approssimazione, potremmo essere tentati di allineare i contrattualisti in un coro che all'unisono proclama il consenso come argomento a sostegno della legittimità del potere, anche di quello punitivo, ma non è così.

Jeremy Bentham², per esempio, in polemica contro la dottrina

* Avvocato, Dottore di ricerca in Sistemi punitivi e garanzie costituzionali - Università degli studi di Roma Tre. Professoressa di diritto penale nell'Universidad del Norte di Barranquilla (Colombia).

¹ “L'esperienza mostra che nessun potere può accontentarsi per sua volontà di fondare la propria permanenza su motivi esclusivamente affettivi o razionali rispetto al valore. Ogni potere cerca piuttosto di suscitare e di coltivare la fede nella propria legittimità”. M. Weber, *Economia e società* (1923), Edizioni di Comunità, Milano 1980, vol. I, p. 208.

² Sullo stato di natura, Bentham riteneva che dovrebbe essere riferito non a un periodo superato dell'intera umanità, ma a ogni individuo in particolare, che potrebbe trovarsi in una condizione di obbedienza o di governo e dunque di natura o politica: “the difference between the two states lies, as we have observed, in the habit of obedience. With respect then to a habit of obedience, it can neither be understood as subsisting in any person, nor as not subsisting in any person, but with reference to some other

contrattualistica, riferisce che “autori rispettabili hanno sostenuto che le pene non potevano essere legittime se non in virtù di un precedente consenso da parte dei singoli [...]. Senza dubbio si può trovare qualche traccia di un patto del genere nelle forme di governo in cui il popolo è partecipe alla funzione legislativa, ma anche nelle democrazie questa idea del consenso il più delle volte altro non sarebbe che una finzione, tanto pericolosa quanto priva di fondamento”³.

Tuttavia, l’aderenza alla visione contrattualistica come paradigma di spiegazione razionale delle origini dell’autorità civile non sempre ha coinciso con la deduzione di una conseguente origine convenzionale del potere punitivo. Fra contrattualismo e fonte ultima di legittimità del potere di punire nella preminenza del consenso sulla forza, non c’è un nesso univoco. E proprio questi due poli, prevalente forza o prevalente consenso, potrebbero efficacemente guidarci nel tentativo di classificare i contrattualisti che hanno ravvisato il crisma della legittimità del potere di punire nella prevalenza della legge del più forte, oppure nel carattere convenzionalistico delle regole di condotta e delle rispettive sanzioni.

La prima rottura fra contrattualismo e origine convenzionale del potere punitivo lo troviamo proprio in Hobbes, capostipite della *lignée* contrattualistica⁴. Nella sua concezione di Stato, il potere punitivo non ha un’origine convenzionale, bensì integralmente naturale. Il detentore del potere punitivo è il sovrano, ma non perché gli sia stato conferito tramite il patto sociale, ma perché il sovrano non entra a far parte del patto e quindi conserva lo *ius ad omnia*. Nonostante i contraenti del patto sociale abbiano alienato i loro diritti pre-politici, tranne quello alla vita, il sovrano, detentore della pur necessaria spada della giustizia, potrebbe comminare perfino la morte come pena.

La seconda rottura fra dottrina contrattualistica e origine convenzionale del potere punitivo si scorge nel pensiero di John Locke, che rinviene nella legge di natura l’origine del potere di punire e

person. For one party to obey, there must be another party that is obeyed”. Cfr. J. Bentham, *A fragment of government* (1891), The law book exchange, Union, New Jersey 2001, p. 141.

³ J. Bentham, *Teoria delle pene e delle ricompense* (1811), Rassegna della giustizia militare, Quaderni, Roma 1987, p. 50.

⁴ Sul pensiero di Hobbes cfr. N. Bobbio, *Thomas Hobbes*, Einaudi, Torino, 2004.

riconosce fra gli uomini il “potere esecutivo della legge naturale”⁵. Un terzo esempio dell’affermazione dell’origine naturale del diritto di punire, che, di conseguenza, costituisce un potere preesistente al patto sociale, e fa degli uomini vindici dei torti, (evocando la figura primitiva del vindice del sangue), si può reperire in Filangieri:

Questa era una società, i membri della quale non avevano ancora rinunciato alla loro naturale indipendenza, non avevano ancora depositata la loro forza tra le mani d’uno o più uomini, non avevano ancora affidata a questi la custodia de’ loro diritti, non avevano ancora messo sotto la protezione delle leggi la loro vita, la loro roba, il loro onore. Questa era una società, io dico, nella quale ciascheduno era sovrano perché indipendente, magistrato perché custode ed interprete della legge che portava scolpita nel suo cuore, giudice finalmente perché arbitro de’ litigi che nascevano tra lui e gli altri soci, e vindice de’ torti che gli venivano fatti.⁶

Hobbes, Locke e Filangieri, dunque, risalgono a un’origine naturale del potere di punire. Per contro, secondo Rousseau e Beccaria il diritto di punire nasce una volta instaurato lo stato sociale.

Nel *Contrat social*⁷ la potestà punitiva nasce come un sigillo al già esistente patto sociale, il quale “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”⁸. Anche per Beccaria lo stato sociale è nato prima del potere di punire, non il contrario. Di conseguenza, egli affronta prima la genealogia dello stato sociale e immediatamente dopo la genealogia del potere di punire.

Accostare Rousseau e Beccaria nell’elenco di coloro che non risalgono a un’origine naturale della questione punitiva, però, non implica affatto istituire una linea di continuità fra il pensiero di

⁵ J. Locke, *Trattato sul governo* (1691), a cura di Lia Formigari, Editori riuniti, Roma 1974, cap. II, p.12.

⁶ G. Filangieri, *La scienza della legislazione* (1780-1788), Grimaldi & C. Editori, Napoli 2003, libro I, cap. I, p. 11. p. 12.

⁷ Cfr. R. Derathé, R.Ferrara, Jean-Jacques Rousseau e la scienza politica del suo tempo, Il mulino, Bologna 1993.

⁸ J.J. Rousseau, *Il contratto sociale* (1762), in Id., *Scritti politici*, Laterza, Roma-Bari 1997, vol. I, cap. VII, p. 96.

entrambi gli autori. Nel *Contrat social* lo Stato è descritto come una “persona morale”, le cui membra sono la totalità delle persone fisiche contraenti il patto sociale, la cui volontà generale, che si propone di soddisfare l’interesse comune, è espressa dal potere legislativo nelle leggi. Per Beccaria invece, è riprovevole l’agire di chi “sacrificando la cosa al nome divide il bene pubblico dal bene di tutti i particolari”,⁹ l’interesse generale, dunque, non esiste di per sé e non esiste nemmeno una volontà generale espressa unitariamente, ma la rappresentazione di essa tramite il potere legislativo.

Dario Ippolito, osserva che

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, ideologicamente reificata, del “corpo politico”. 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 – del tutto refrattaria alle suggestioni della mistica etico-statalistica di Rousseau –, corrisponde al rifiuto della concezione olistica della società e al riconoscimento della centralità dell’uomo nell’ordine politico.¹⁰

Il netto *clivage* che separa il contrattualismo di Rousseau da quello di Beccaria si manifesta nel riguardo verso il posto onorifico o meno attribuito all’individuo e nella riconosciuta o infirmata immunità dei suoi diritti:

Dietro la tesi rousseauiana per cui la vita dell’individuo, dopo la formazione del corpo politico, si tramuta in un dono elargito *sub*

⁹ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), a cura di Franco Venturi, Einaudi, Torino 1965, cap. XL, p. 95.

¹⁰ D. Ippolito, *Contratto sociale e pena capitale: Beccaria vs. Rousseau*, in “Riv. int. di fil dir.”, 2004, 4, p. 599.

condizione 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», che, «come corpo», accoglie «ogni membro come parte indivisibile del tutto». Una clausola fondamentale di tal fatta 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.¹¹

Potremmo dire che anche Hobbes considera il tutto superiore alle parti, e in virtù di questa convinzione viene delineata un'idea di giustizia fondata sulla premessa che l'interesse generale sia superiore a quello individuale. La principale conseguenza di questo approccio sul sistema delle sanzioni è che fra le pene ritenute in qualche modo *giuste* potrebbe essere annoverata anche la pena di morte. Si può disporre anche della vita di un consociato per assicurare finalità fatte valere come superiori poiché riguardano la pace e la sicurezza della maggioranza. Da questa prospettiva, la società può avvalersi della forza per espellere o eliminare un individuo.

Fare appello alla dottrina contrattualistica, dunque, per argomentare la legittimità del potere, in genere, e del potere punitivo, in specie, come prodotto di una convenzione umana, non implica affatto la presa di posizione a favore della tutela dei diritti dell'individuo come ragion d'essere dell'autorità civile. La dottrina contrattualistica di per sé non determina una cornice limitativa dell'esercizio del diritto punitivo. Per quanto il contrattualismo sia una linea di pensiero a partire dalla quale si sono tratte importanti conclusioni sull'esercizio del potere, esso non definisce univocamente il rapporto autorità/individuo.

L'aderenza a un'altra dottrina, invece, sarebbe in grado di farci capire la posizione che occupa l'individuo in relazione al detentore del potere: penso alla concezione organicistica, che ritiene il tutto superiore alle parti, o quella individualistica, che afferma il primato assiologico dei diritti dei singoli individui. La prima fa prevalere il *bene pubblico*

¹¹ Ivi. p. 600.

in nome del quale impiegherebbe l'uso della forza contro l'individuo fino a toglierli perfino la vita. La seconda considera prevalente il bene di ciascun individuo, singolarmente considerato, la tutela dei cui diritti, primo fra tutti la vita, consiste al contempo nella ragion d'essere dell'esistenza dell'autorità pubblica e nel netto limite al suo operato.

La preferenza per la prima posizione implica esprimersi a favore di sistemi espansivi di diritto penale massimo nei quali ci sarebbe spazio per la teorizzazione del singolo come nemico contro cui lo Stato potrebbe muovere una guerra *giusta*. Prendere sul serio gli obblighi che impone lo Stato costituzionale di diritto conduce a optare per la seconda opzione e a ricavare nella dignità umana e nella tutela dei diritti dell'individuo i limiti invalicabili di un diritto penale minimo, all'interno di uno Stato strumentale alla soddisfazione e tutela dei diritti di ciascuno. Fra i primi teorici della pena, saldo in questo secondo fronte, troviamo Cesare Beccaria.

2. La giustizia penale come problema politico

2.1. Concezione convenzionale della giustizia

Il diritto, affermava Carrara “è congenito all'uomo perché dato da Dio all'umanità fin dal primo momento della sua creazione onde essa possa compiere i suoi doveri nella vita terrena; dunque il diritto deve avere una vita e dei criteri preesistenti ai placiti degli umani legislatori; criteri prevedibili, costanti, ed indipendenti dai capricci di costoro e dalle utilità da loro avidamente agognate”¹²

Ai tempi di Carrara, l'orientamento di chi ritrova il fondamento del diritto penale in fonti umane (come nel volere dei legislatori) era minoritario. Col decorso del tempo, però, la divina fonte di legittimità della potestà punitiva è stata progressivamente abbandonata. Quest'insuccesso ben si potrebbe imputare alle opere che nei secoli dei Lumi hanno optato un'idea secolare di giustizia. Come ricorda Carrara nel suo *Programma*, in una frase rivelatrice del dominio assoluto dei divini argomenti allora vigenti sulla legittimità del potere di punire,

¹² F. Carrara, *Prolegomeni al Programma del corso di diritto criminale* (1860), Il mulino, Firenze 1993, vol I, p. 39.

“anche la dottrina penale ha i suoi atei”.¹³

Per il grande penalista toscano, “al magistero del buon governo sta bene si assegni come fondamento del suo diritto la *pubblica necessità* o anche la *utilità*, al magistero penale non può attribuirsi come genesi un atto di volontà umana; ma il precetto di Dio promulgato all’uomo mercé la legge di natura. Gli ordinamenti di quello sono relativi e variabili; il magistero penale è assoluto in tutti i suoi principi fondamentali.”¹⁴

Per Carrara risulta inaccettabile “l’elasticità perpetua del giure penale” e afferma che “cotesta idea è ormai reietta dalla scienza la quale si suiciderebbe accettandola”.¹⁵ Chiama in causa Filangieri, ma prima aveva puntato il mirino contro i criteri di necessità e utilità nella ricerca del fondamento originario del giure penale, per cui al centro della polemica si trovano le idee di Cesare Beccaria, le cui orme avrebbe seguito su tanti altri aspetti, ma i cui passi si distinguono dai suoi soprattutto su questo versante.

Carrara, evidentemente, non accolse l’aperto invito consegnato da Beccaria: “consultiamo il cuore umano e in esso troveremo i principi del vero diritto del sovrano di punire i delitti, poiché non è da sperarsi alcun vantaggio durevole della politica morale se ella non sia fondata su i sentimenti indelebili dell’uomo”.¹⁶ Beccaria, dunque, nella sua riflessione sui criteri di legittimità del potere civile, decise di volgere lo sguardo verso l’uomo, ravvisando la ragion d’essere del potere di punire nell’acquisita consapevolezza della *necessità* di porre ordine agli inevitabili conflitti fra gli individui tramite la stipulazione di norme munite di sanzioni dissuasive:

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

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ivi. p. 49.

¹⁶ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. II, p. 12.

abuso e non giustizia, è fatto, ma non già diritto.¹⁷

Con questo ragionamento, Cesare Beccaria ha spodestato dal trono della legittimità dell'esistenza del diritto penale gli argomenti di origine divina, rappresentandolo come una questione umana. Il nucleo della legittimità, viene disancorato da riferimenti sacri e da criteri oggettivi di giustizia. Il brano citato, in effetti, prosegue così:

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.¹⁸

Questa svolta è davvero singolare e coraggiosa. Quando scriveva il giovane Beccaria, la giustizia era concepita prevalentemente come un qualcosa di reale, appunto, in accordo con i dogmi della dottrina dominante, il giusnaturalismo. In effetti, l'avvertenza di Beccaria, che ci mette in guardia rispetto all'approccio all'idea della giustizia come qualcosa di reale, si pone in termini opposti a quelli di Montesquieu. Nell'opera di colui che l'aveva tanto ispirato, si ritrova una rappresentazione piuttosto oggettiva della giustizia. In particolare, in quell'opera a Beccaria tanto cara, si legge che “la giustizia è eterna e non dipende dalle convenzioni umane”.¹⁹

2.2. Genesi della potestà punitiva

Beccaria approda a una concezione tutta umana della giustizia in cui spiega così la genesi della potestà punitiva:

Le leggi sono le condizioni, colle quali uomini indipendenti ed isolati si unirono in società, stanchi di vivere in un continuo stato di

¹⁷ Ivi. p. 13.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Cfr. Montesquieu, *Lettere persiane* (1721), Rizzoli, Milano 2006, Lettera LXXXIII p. 175-176.

guerra e di godere di una libertà resa inutile dall'incertezza di conservarla 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 risommergere 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.²⁰

Sono state avanzate diverse ipotesi per chiarire in cosa consiste, nella dottrina beccariana, la porzione di libertà sacrificata dagli uomini. Secondo coloro che sentono nella sua opera il riverbero del pensiero lockiano, quelle porzioni di libertà corrisponderebbero al potere naturale di punire. Secondo Giovanni Francioni, «è evidente lo scopo dell'esordio contrattualistico 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».²¹

Ippolito, però, fa notare che “né il nitore concettuale, né l'architettura lineare delle grandi teorizzazioni contrattualistiche della politica moderna si ritrovano in questa pagina dei *Delitti*. 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

²⁰ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. I, p. 11.

²¹ G. Francioni, *Beccaria, filosofo utilitarista*, in aa.vv., *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa: Convegno di studi per il 250° anniversario della nascita promosso dal Comune di Milano, Cariplo-Laterza, Milano-Roma-Bari 1990*, p. 75.

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”.²²

Per colmare questo *deficit* semantico Ippolito segue un altro itinerario. Si appoggia su un’interpretazione dell’opera di Beccaria, che, nella consapevolezza della sua sorprendente unicità, è fedele soprattutto a Beccaria stesso; e giunge a precisare che

la parte di libertà ceduta, evidentemente, non consiste nel potere naturale di castigare. Una conferma lampante di questa constatazione si trova nella concezione beccariana del «fondamento» del «diritto del sovrano di punire i delitti». 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».²³

Rispetto al contenuto della porzione di libertà ceduta, si tratterebbe di “una piccolissima parte”, “quella polemogena, la cui conservazione impedirebbe l’approdo alla società civile e il raggiungimento della sicurezza individuale. Pertanto essi [gli uomini] 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 quei divieti attraverso le sanzioni penali”.²⁴

La precisazione era opportuna. Soprattutto tenendo conto del

²² D. Ippolito, *Contratto sociale e pena capitale: Beccaria vs. Rousseau*, cit., p. 606.

²³ Ivi. p. 607.

²⁴ “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 del potere politico. Lo fanno guardando a sé 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 a 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 quei divieti attraverso le sanzioni penali”. Ivi. p. 615.

fatto che Beccaria non avrebbe lasciato poi così impregiudicato il confine delle minime porzioni di libertà cedute. Nel capitolo 42 di *Dei delitti e delle pene*, intitolato *Delle scienze*, dove Beccaria riprende in mano l'analisi condotta sui prodromi del patto sociale²⁵, esordisce con la domanda "Volete prevenire i delitti?", alla quale risponde con una professione di fede illuministica: "fate che i lumi accompagnino la libertà". "In faccia ai lumi sparsi con profusione nella nazione - prosegue nel suo inno alla *philosophie* - tace la calunniosa ignoranza e trema l'autorità disarmata di ragioni rimanendo immobile la vigorosa forza delle leggi".²⁶ Poi giunge finalmente a determinare la porzione di libertà sacrificata:

Perché non vi è uomo illuminato che non ami i pubblici chiari ed utili patti della comune sicurezza, paragonando il poco di inutile libertà da lui sacrificata alla somma di tutte le libertà sacrificate dagli altri uomini, che senza le leggi potevano divenire cospiranti contro di lui. Chiunque ha un'anima sensibile gettando uno sguardo su di un codice di leggi ben fatte e trovando di non aver perduto che la funesta libertà di far male altrui sarà costretto a benedire il trono e chi lo occupa.²⁷

L'inutile libertà di far male altrui, dunque, sarebbe la risposta dello stesso Beccaria rispetto a l'entità della porzione di libertà sacrificata. Il ragionamento complessivo di Beccaria contiene le tracce di una tesi garantista posta come limite alla potestà punitiva.

2.3. Limiti della potestà punitiva

La suddetta formula beccariana è paragonabile a una celebre massima di John Stuart Mill. Entrambe, infatti, presuppongono la totale

²⁵ "La moltiplicazione dell'uman genere sulla faccia della terra introdusse la guerra, le arti più rozze, le prime leggi, che erano patti momentanei che nascevano colla necessità e con essa perivano. Questa fu la prima filosofia degli uomini, i di cui pochi elementi erano giusti, perché la loro indolenza e poca sagacità gli preservava dall'errore. Ma i bisogni si moltiplicavano sempre più col moltiplicarsi degli uomini. Erano dunque necessarie impressioni più forti e più durevoli che gli distogliessero dai replicati ritorni nel primo stato d'insociabilità, che si rendeva sempre più funesto". C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. XLII, p. 98.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid.

autonomia dell'individuo e di conseguenza l'immunità nella sfera privata da interferenze provenienti dalla pubblica autorità, finché la propria condotta non rechi danni a terzi; di conseguenza, entrambi gli autori presuppongono che il danno a terzi sia l'unico fattore legittimante dell'intervento del potere pubblico per intervenire in modo coercitivo sulla volontà del singolo: "L'umanità è giustificata, individualmente o collettivamente, a interferire sulla libertà d'azione di chiunque soltanto al fine di proteggersi; il solo scopo per cui si può legittimamente esercitare un potere su qualunque membro di una comunità civilizzata, contro la sua volontà, è per evitare danno agli altri".²⁸

Le domande sorgono spontanee. Sulla frase di Mill verrebbe naturale chiedersi cosa si intende per danno? E su quella di Beccaria, cosa si intende per far male? Ammesso che le formule siano paragonabili, allora anche a Beccaria potrebbe essere rivolta la critica diretta a Mill di aver costruito un ragionamento che si aggira nel vuoto. In verità, sia l'una che l'altra fanno riferimento al danno, o al male, non in senso assoluto, ma circoscritto al danno o al male ingiustificato in quanto di non necessaria commissione, e che esorbita il legittimo esercizio della propria libertà per sconfinare nelle terre dell'arbitrio. Continua ad essere insoddisfacente questa delimitazione, ma per fortuna il fulcro del contributo di Beccaria e di Mill è innanzitutto un altro: precludere, cioè, come argomento a favore dell'esercizio coattivo del potere pubblico le motivazioni fondate sulla pretesa di procurare un bene al destinatario dell'intervento. Gli interventi coercitivi si considerano legittimi soltanto se rivolti ad evitare un danno. In effetti l'epilogo del brano di Mill è mirabile: "Il bene dell'individuo, sia esso

²⁸ Il discorso di Mill prosegue così: "Non lo si può costringere a fare o non fare qualcosa perché è meglio per lui, perché lo renderà più felice, perché, nell'opinione altrui, è opportuno perfino giusto: questi sono buoni motivi per discutere, protestare, persuaderlo o supplicarlo, ma non per costringerlo o per punirlo in alcun modo nel caso si comporta diversamente. Perché la costrizione o la punizione siano giustificate, l'azione da cui si desidera distoglierlo deve essere intesa a causar danno a qualcun altro. Il solo aspetto della propria condotta di cui ciascuno deve render conto alla società è quello riguardante gli altri : per l'aspetto che riguarda soltanto lui, la sua indipendenza è, di diritto, assoluta. Su se stesso, sulla sua mente e sul suo corpo, l'individuo è sovrano". J. S. Mill, *Saggio sulla libertà* (1858), Il sagggiatore, Milano 2009, p. 28.

fisico o morale, non è una giustificazione sufficiente”.²⁹

L'autorità pubblica sarebbe legittimata a imporsi coattivamente sugli individui soltanto per evitare danni a terzi³⁰. E questo limite alla manifestazione del potere punitivo emerge con nettezza dall'opera di Beccaria. Il padre del diritto penale moderno era consapevole delle impellenti passioni che scaturiscono dal cuore umano, non rasserenate col passaggio allo stato civil. Anzi, egli dichiara che “vi è una differenza dallo stato di società allo stato di natura, che l'uomo selvaggio non fa danno altrui che quanto basta per far bene a sé stesso, ma l'uomo sociabile è qualche volta mosso dalle male leggi a offender altri senza fare bene a sé”³¹. Questa ed altre considerazioni sulla capacità dell'uomo di esprimersi in modo violento consentono di parlare di un pessimismo antropologico in Beccaria. A riguardo, uno dei più grandi studiosi della sua opera, Philippe Audegean, sostiene che:

lungi dal rendere necessario, dunque legittimo, un potere senza limiti, il pessimismo antropologico di Beccaria prescrive una drastica contrazione dei limiti del potere. Infatti, se a condurre al contratto sociale non fu una libera, razionale definizione del bene pubblico, ma una rinuncia coatta ispirata dal timore, una formazione di compromesso per sfuggire alla guerra di tutti contro tutti; se gli uomini hanno acconsentito all'autorità con la morte nel cuore, si deve concludere che essi non abbiano accettato di compiere che il più piccolo sacrificio, concedendo cioè al sovrano il minimo potere possibile: «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 porzione possibile».³²

L'esempio paradigmatico di potere che si esercita in modo coercitivo è il potere punitivo, la cui esistenza si considera legittima non in quanto *razionale definizione del bene pubblico*, ma in quanto mezzo di fuga dalla violenza sregolata. E fra le sue ragioni non

²⁹ Ibid.

³⁰ In modo analogo anche Ferrajoli: “lo Stato [...] non ha il diritto di costringere i cittadini a non essere malvagi ma solo di impedire che essi si nuocciano tra loro”. Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione* (1989), Laterza, Roma-Bari 2011, pp. 251-263.

³¹ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. XL, p. 94.

³² Ibid.

dovrebbe essere invocata quella di fare del bene agli individui, ma quella di contenere la violenza. La pena, in quanto limitativa dei diritti dell'individuo, anche se fosse soltanto per il suo esprimersi in modo coattivo, resta un male, e sarebbe ipocrita cercare di abbellire il discorso punitivo giustificandolo come portatore di un bene per il destinatario della pena. Invece, nell'elaborazione concettuale sulla ragion d'essere del sistema punitivo e della pena, sono state avanzate teorie che spacciano le sue acque come salutifere, il suo terreno come fiorito e i suoi frutti come appetibili, in quanto in grado, non di contenere un male, ma di procurare un bene.

Sul perennemente infecondo e vasto terreno della questione punitiva, Beccaria visualizza il minaccioso pericolo della violenza, pronto ad occupare ogni spazio. Nel suo progetto riformista, questo terreno, però, può e deve essere bonificato con gli strumenti della legalità e limitato da confini invalicabili posti dalla tutela dei diritti dell'uomo. La bellezza e originalità del progetto di Beccaria sta anche nel fatto che non c'è nessun tentativo da parte dell'autore di far passare questo terreno come propizio a fiorire, a consegnare alla società qualcosa supponendo che prima non ce l'avesse: un individuo rieducato, reinserito socialmente, migliorato.

Beccaria non attribuisce al diritto penale il compito di estirpare i mali della terra per non condurre la scienza penale alla idolatria del terrore, e il popolo alla fede nel carnefice. L'attenzione non si posa su quello che l'individuo è, ma su quello che fa. Il bersaglio non è la malvagità³³ né la devianza, ma la violenza: "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 ai delitti, dettata dalle leggi".³⁴ La parola d'ordine è legalità.

Anche Locke ha ravvisato nella legge uno strumento contro la violenza: "là dove non c'è legge non c'è libertà, perché la libertà consiste nell'esser libero dalla repressione e violenza di altri, il che che

³³ Beccaria precisa che il luogo della pena è il luogo del delitto poiché "uno scellerato, ma che non ha rotto i patti di una società di cui non era membro, può essere temuto [...] ma non punito colle formalità delle leggi vindici dei patti non della malizia intrinseca delle azioni. C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. XXIX, p. 72.

³⁴ Ivi., cap. XLVII, p. 104.

non può essere ove non c'è legge"³⁵. L'opera garantista viene edificata per sottrarre e conquistare definitivamente gli spazi occupati dalla violenza e stabilire al posto suo la legalità e la tutela dei diritti di ciascuno. E la violenza che si vuole sconfiggere non si incarna nel delitto. Si tratta della violenza dell'uomo, dell'uomo che delinque, ma anche, e per Beccaria soprattutto dell'uomo che punisce.

Beccaria ridimensiona i contorni della giustizia che interessa a chi si occupa della questione punitiva, aggettivandola con umano e civile appellativo, non delineandola più come ordinamento reale, costante e preesistente agli individui.

Gli uomini, stanchi dello stato di incertezza e precarietà in cui vivevano, si impegnarono ad uscirne e videro la nascita della giustizia. In questa cornice con confini chiaramente delimitati, la pena è spogliata dal manto di legittimità tessuto abilmente con i fili del voler di Dio e della continuità con una millenaria tradizione. La giustizia penale è un prodotto umano e, allora, può essere oggetto di riflessione critica: il sistema delle pene può essere ripensato.

Presupposto di questo nuovo modo di affrontare la questione punitiva è la concezione strumentale dello Stato, a cui è precluso invocare la tutela di presunti diritti propri poiché la sua ragion d'essere è la tutela dei diritti individuali, e per limitarli non basterà più invocare un'astratta e assoluta giustizia che prescinde dalla considerazione del destinatario della sanzione. Chi vorrà ancora difendere la legittimità del potere punitivo o di una specifica pena, dovrà farlo riconoscendo che gli uomini hanno diritti individuali che lo Stato è chiamato innanzitutto a tutelare. La limitazione dell'esercizio dei diritti non può essere *ingiusta*, cioè in contrasto con i più alti canoni di legittimità dell'intervento pubblico, né *inutile*, cioè immotivata o irrazionale, ma dovrà essere argomentata la sua assoluta *necessità*, facendo i conti col livello di civiltà raggiunto.

Da questa prospettiva, ipotesi come quella del potere punitivo legittimo a prescindere, o affermazioni come quella di De Maistre secondo cui "la spada della Giustizia non ha fodero"³⁶, non hanno

³⁵ J. Locke, *Trattato sul governo*, cit., cap. VI, p. 43.

³⁶ J. De Maistre. *Le serate di Pietroburgo* (1821), Biblioteca cattolica, Napoli 1827, p. 45.

nessun spazio. La solita allegoria della spada, che consapevolmente voleva incutere il fondato timore di veder sacrificata la nostra integrità fisica o la nostra vita sull'altare del potere punitivo, scompare nella visione beccariana della questione punitiva. Non si avalla la metonimia sulla spada; anzi, la parola spada è assente in *Dei delitti e delle pene*. Ogni sforzo di risalire a una pena giusta in sé sarebbe vano.

Il grande Massimo Pavarini con grande lucidità fa notare che:

dal momento in cui la pena si è dovuta «emancipare» dal «castigo divino» è stata perennemente minacciata dal rischio di venire «svelata» per quello che contingentemente è dietro la finzione di ciò che vuole far credere di essere. Fino a quando essa ha potuto offrirsi come «pena giusta» ha potuto reggere imperturbata alla *critica dei fini*; ma se essa si offre come «pena utile», se il fine si smaschera come irraggiungibile o come falso o come «inconfessabile», la pena non è più in grado di giustificarsi, deve mostrarsi per quello che effettivamente è, cioè qualche cosa di improponibile, perché privo di ragione.³⁷

Quello che ha fatto Beccaria è inaugurare un modo di affrontare la questione punitiva in cui sono chiari i suoi limiti perché altrimenti “non v’è più speranza di ragionar bene”³⁸; un nuovo approccio in cui, finalmente, non si tratta di indirizzare gli sforzi verso la giustificazione dell’astratta istituzione della pena elaborando un discorso *sulla pena*, ma si tratta di discutere *delle pene*, di ogni pena, e prima ancora dei criteri per cui dovrebbe considerarsi legittimo il potere di infliggere pene. Da allora fu possibile smascherare quello che la pena è, solitamente nascosto dietro un’apposita ma precaria veste di legittimità.

Nel modo beccariano di ragionare, ai postulati di giustizia umana sono affiancati parametri in grado di essere più agevolmente verificabili ed eventualmente confutabili. In questa prospettiva c’è campo perfino per la visione abolizionistica del potere punitivo o di una pena in particolare. La questione punitiva, in ultima analisi, è una questione politica.

“Quando il giurista accetta che il diritto penale è politico, - ha scritto Zaffaroni - non può continuare ad essere l’esegeta o il costruttore di deduzioni razionalizzanti, ma colui che progetta

³⁷ M. Pavarini, La pena «utile», la sua crisi e il disincanto. Verso una pena senza scopo, in “Rassegna penitenziaria”, 1983, I, p. 3.

³⁸ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., A chi legge, p. 6.

l'esercizio di un potere, un uomo che lotta. Al giurista la scelta di decidere se generare un discorso al servizio del potere [...], razionalizzandolo come discorso funzionale a un supposto "sistema", o se produrre un discorso [...] al servizio della persona umana"³⁹. È questo che fa la differenza.

Bibliografia

Audegean P., "Dei delitti e delle pene": Significato e genesi di un pamphlet giuspolitico, in *La libertà attraverso il diritto*, a cura di Dario Ippolito, Editoriale Scientifica, Napoli 2014.

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

Bentham J., *A fragment of government* (1891), The law book exchange, Union, New jersey 2001.

Bentham J., *Teoria delle pene e delle ricompense* (1811), Rassegna della giustizia militare, Quaderni, Roma 1987.

Bobbio N., *Contratto sociale, oggi*, Guida, Napoli 1980.

Bobbio N., *Contro la pena di morte*, in Id., *Etica e politica. Scritti di impegno civile*, Arnoldo Mondadori editore, Milano 2010.

Bobbio N., *Thomas Hobbes*, Einaudi, Torino, 2004.

Carrara F., *Programma del corso di diritto criminale* (1860), Il mulino, Firenze 1993.

Cattaneo M.A., *Illuminismo e legislazione*, Edizioni di comunità, Milano 1966.

Costa P., D. Zolo, *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano 2002.

Costa P., *Un modello per un'analisi: la teoria del "garantismo" e la comprensione storico-teorica della "modernità" penalistica*, in *Le ragioni del garantismo, Discutendo con Luigi Ferrajoli*, a cura di L. Gianformaggio, Giappichelli, Torino 1993.

De Maistre J., *Le serate di Pietroburgo* (1821), Biblioteca cattolica, Napoli 1827.

Derathé R., Ferrara R., *Jean-Jacques Rousseau e la scienza politica del suo tempo*, Il mulino, Bologna 1993.

Dworkin R., *I diritti presi sul serio* (1977), Il mulino, Bologna 1982.

Ferrajoli L., *Derecho penal mínimo y otros ensayos*, a cura di Miguel Carbonell, Cedh, Mexico DF 2006.

Ferrajoli L., *Diritto e ragione* (1989), Laterza, Roma-Bari 2011.

Ferrajoli L., *Il paradigma garantista*, Editoriale scientifica, Napoli 2014.

Filangieri G., *La scienza della legislazione* (1780-1788), Grimaldi & C. Editori, Napoli 2003.

³⁹ E.R. Zaffaroni, *En busqueda de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Ediar, Buenos Aires 1989, p. 215.

Francioni G., *Beccaria, filosofo utilitarista*, in aa.vv., Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa: Convegno di studi per il 250° anniversario della nascita promosso dal Comune di Milano, Cariplo-Laterza, Milano-Roma-Bari 1990.

Hobbes T., *Elementi filosofici sul cittadino (De cive)*, a cura di Norberto Bobbio, Tea, Milano 1994.

Hobbes T., *Leviatano* (1588), Laterza, Roma - Bari 2008.

Hobbes T., *The elements of law, Natural and Politic* (1640), in *The elements of law, Natural and Politic, and the De Corpore Politico*, a cura di J. C. A. Gaskin, Oxford University Press, Oxford 2008.

Ippolito D., *Contratto sociale e pena capitale: Beccaria vs. Rousseau*, in "Riv. int. di fil dir.", 2004, 4.

Ippolito D., *Lo spirito del garantismo. Montesquieu e il potere di punire*, Donzelli, Roma 2016.

Locke J., *Trattato sul governo* (1691), a cura di Lia Formigari, Editori riuniti, Roma 1974.

Mill J. S., *Saggio sulla libertà* (1858), Il saggiatore, Milano 2009.

Mill J.S., *L'utilitarismo* (1861), in *La libertà. L'utilitarismo. L'asservimento delle donne*, a cura di Enrico Mistretta, Bur, 2013.

Montesquieu, *Lettere persiane* (1721), Rizzoli, Milano 2006.

Pavarini M., *La pena «utile», la sua crisi e il disincanto. Verso una pena senza scopo*, in "Rassegna penitenziaria", 1983, I, pp. 2 - 44.

Rousseau J. J., *Il contratto sociale*, Einaudi, 1969 Torino.

Rousseau J.J., *Emilio, o dell'educazione* (1762), Armando editore, Roma 1994.

Weber M., *Economia e società* (1923), Edizioni di Comunità, Milano 1980.

Zaffaroni E.R., *En busqueda de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Ediar, Buenos Aires 1989.

Abstract

Well known authors, including Bentham, have stressed the link between Contractarianism and consensus as the main argument in support of the lawfulness of the punitive power. But this link is not univocal. Along with the contractarians that have recognized the chrism of the legitimacy of the punitive power in the conventional character of behaviour rules and their respective sanctions, there are those who have recognized it in the primacy of the law of the strongest. The contractualistic doctrine itself does not determinate clear limits regarding the exercise of punitive law. Otherwise, the adherence to the organismic doctrine, that affirms that the whole is greater than its parts, or to the individualistic one, that claims the axiological primacy of the individual rights, can allow us to clearly understand the position occupied by the individual in relation with the holder of power. Taking seriously the obligations imposed by the

Constitutional state leads us to opt for the second option and to individuate in human dignity, and in the promotion of individual rights, the impassable limits of a minimum criminal law, as a policy of a State that represents an instrument for the satisfaction and protection of individual's rights. One of the first theorists of criminal sanctions who remained anchored in this second front is Cesare Beccaria.

Keywords: Contractarianism, punitive power, Beccaria

Riassunto

Noti autori, tra cui Bentham, hanno sottolineato il nesso fra il pensiero contrattualista e il consenso come principale argomento a sostegno della legittimità del potere punitivo. Ma questo nesso non è univoco. Insieme ai contrattualisti che hanno ravvisato il crisma della legittimità del potere di punire nel carattere convenzionalistico delle regole di condotta e delle rispettive sanzioni, ci sono coloro che l'hanno ravvisato nella preminenza della legge del più forte. Mentre la dottrina contrattualistica di per sé non determina una cornice limitativa dell'esercizio del diritto punitivo, l'aderenza alla concezione organicistica, invece, che ritiene il tutto superiore alle parti, o a quella individualistica, che afferma il primato assiologico dei diritti del singolo, è in grado di farci capire la posizione che occupa l'individuo in relazione al detentore del potere. Prendere sul serio gli obblighi che impone lo Stato costituzionale di diritto conduce a optare per la seconda opzione e ricavare nella dignità umana e nella tutela dei diritti dell'individuo i limiti invalicabili di un diritto penale minimo, all'interno di uno Stato strumentale alla soddisfazione e tutela dei diritti dei singoli. Fra i primi teorici della pena, saldo in questo secondo fronte, troviamo Cesare Beccaria.

Parole chiavi: Contrattualismo, potere punitivo, Beccaria

