

Attualità e storicità
del «*Dei delitti e delle pene*»
a 250 anni dalla pubblicazione

a cura di

GIOVANNI ROSSI e FRANCESCA ZANUSO



Edizioni Scientifiche Italiane

La presente pubblicazione è stata edita col contributo finanziario del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Verona.

I saggi contenuti nel presente volume sono stati sottoposti a referaggio esterno e anonimo (double blind peer review process).

ROSSI, Giovanni; ZANUSO, Francesca (*a cura di*)
Attualità e storicità del «Dei delitti e delle pene» a 250 anni dalla pubblicazione
Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona
sezione ricerche, raccolte e atti di convegno, 10
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015
pp. VIII+216; 24 cm
ISBN 978-88-495-3018-6

© 2015 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Indice

<i>Prefazione</i> di Giovanni Rossi e Francesca Zanuso	VII
Parte I – <i>Sezione storico-giuridica</i> . Un testo e la sua storia. Scrittura, letture e interpretazioni del <i>Dei delitti e delle pene</i>	
GIOVANNI ROSSI, <i>Il ripudio del diritto giustiniano e la riforma della società nell'Europa del Settecento: Beccaria nel contesto europeo</i>	3
MARIA GIGLIOLA DI RENZO VILLATA, <i>Beccaria e gli altri. Note sulle criminalistiche del tardo Settecento</i>	41
PAOLO ALVAZZI DEL FRATE, <i>Interpretazione giudiziale e Illuminismo da Beccaria al Code civil</i>	75
CECILIA PEDRAZZA GORLERO, <i>Brevi note sull'eclissi della «grazia» nel Dei delitti e delle pene di Cesare Beccaria</i>	95
Parte II – <i>Sezione filosofico-giuridica</i> . La tutela dei diritti fondamentali a partire dal <i>Dei delitti e delle pene</i>	
FRANCESCA ZANUSO, <i>Cesare Beccaria: il diritto penale fra la tutela dei diritti umani e le ragioni dell'efficienza</i>	111
TECLA MAZZARESE, <i>Garantismo (penale) di Beccaria e costituzionalismo (inter)nazionale a confronto</i>	141
PAOLO MORO, <i>Contro la pena capitale. Fondamenti e limiti della concezione abolizionista di Cesare Beccaria</i>	155

ILARIO BELLONI, <i>Tradizione filosofica e modernità giuridica nel Dei delitti e delle pene di Cesare Beccaria</i>	179
FEDERICO REGGIO, <i>Compassione, utilità, tutela dei diritti individuali. Rileggendo Dei delitti e delle pene in margine ad un recente dibattito</i>	195

PAOLO MORO

Contro la pena capitale. Fondamenti e limiti della concezione abolizionista di Cesare Beccaria

SOMMARIO: 1. La critica di Cesare Beccaria alla pena capitale. – 2. Tre argomenti dalla modernità. – 3. Prima di Beccaria. La visione barocca di Thomas Hobbes. – 4. Durante Beccaria. La concezione illuminista fino a Immanuel Kant. – 5. Dopo Beccaria. La decostruzione postmoderna di Jacques Derrida. – 6. Conclusione. Oltre Beccaria: la pena dialogica.

1. *La critica di Cesare Beccaria alla pena capitale*

Cesare Beccaria introduce nel pensiero giuridico moderno un autentico manifesto critico della pena capitale nel ventottesimo paragrafo del trattatello *Dei delitti e delle pene*, pubblicato anonimo a Livorno nel 1764¹.

È la pagina più famosa del libello del giurista milanese, che elabora in modo chiaro e deciso la più nota e diffusa contestazione di ogni epoca della pena di morte, di cui Beccaria auspica esplicitamente l'abolizione.

Infatti, dopo la pubblicazione del trattatello beccariano, l'istanza abolizionista penetra definitivamente nel dibattito culturale europeo dell'epoca e sembra trovare ingresso nel programma del legislatore di fine Settecento.

Il primo esempio paradigmatico è il cinquantunesimo paragrafo della *Leopoldina*, la *Riforma della legislazione criminale toscana* promulgata il 30 novembre 1786, che sopprime la pena di morte, sostituendola con i pubblici lavori a vita in base a lavori preparatori che trovano evidente matrice nell'opera di Beccaria². La norma abrogativa della *Leopoldina* appare però del tutto isolata nell'epoca dell'Illuminismo giuridico e rimane in vigore solo fino al 30 giugno 1790,

¹ Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764, in *Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria*, a cura di L. Firpo e G. Francioni, Mediobanca, 1984, vol. 1.

mostrando un problema tuttora persistente nel diritto penale contemporaneo.

La diffusione globale del trattatello di Beccaria, che appare forse il giurista italiano più noto della cultura giuridica moderna, è oggi ampia ed estesa, ad oltre 250 anni dalla prima edizione di un'opera nella quale si rispecchia la storia dei fondamenti del diritto criminale moderno³.

Infatti, la critica di Beccaria alla pena capitale, ammessa ancor oggi dagli ordinamenti dei Paesi economicamente più avanzati dell'epoca contemporanea, come gli Stati Uniti d'America e la Repubblica Popolare Cinese, appare palesemente attuale, anche per gli argomenti illustrati dal giurista milanese, al quale si richiama l'orientamento abolizionista condiviso dalla dottrina giuridica non solo europea ma anche nordamericana⁴.

Dopo aver esaminato nella parte centrale del *Dei delitti e delle pene* la questione della tortura, all'esordio del paragrafo XXVIII, Beccaria assume espressamente l'empirismo come metodo di analisi, e indica il fondamento utilitarista della sua riflessione critica sulla pena capitale.

«Questa inutile prodigalità di supplicii, che non ha mai resi migliori gli uomini, mi ha spinto ad esaminare se la morte sia veramente utile e giusta in un governo bene organizzato»⁵.

Questo modo pragmatico di affrontare la questione della tortura e della pena capitale non è privo di ferma consapevolezza teorica. In altro luogo della sua opera, Beccaria afferma chiaramente che la legge di ragione prescrive ai singoli di perseguire l'utilità individuale e collettiva, perché «gli uomini sono troppo amanti del loro ben essere per discostarsene un momento»⁶.

² AA.VV., *La Leopoldina nel diritto e nella giustizia in Toscana*, a cura di L. Berlinguer, F. Colao, Giuffrè, Milano 1989, pp. 355-437.

³ Cfr. B.E. HARCOURT, *Beccaria's 'On Crimes and Punishments': A Mirror on the History of the Foundations of Modern Criminal Law*, Coase-Sandor Institute for Law & Economics, Working Paper No. 648, 2013.

⁴ Cfr. J.D. BESSLER, *Revisiting Beccaria's Vision: The Enlightenment, America's Death Penalty, and the Abolition Movement*, in *Northwestern Journal of Law and Social Policy*, 2009, 4, p. 195 e sg.; cfr. L.S. ENTZEROOTH, *The End of the Beginning: The Politics of Death and the American Death Penalty Regime in the Twenty-First Century*, in *Oregon Law Review*, 90, 2011, p. 797 e sg.

⁵ Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, XXVIII, Mursia, Milano, 1973, http://it.m.wikisource.org/wiki/Dei_delitti_e_delle_pene.

⁶ Cfr. C. BECCARIA, *Del disordine e de' rimedi delle monete*, in Edizione Na-

Non vi è dubbio che, per giustificare le sue argomentazioni giuridiche, Beccaria accolga le tesi, poi affermate e sviluppate soprattutto da Jeremy Bentham⁷, dell'utilitarismo etico e dell'edonismo psicologico, ritenendo che il calcolo matematico costituisca il metro razionale di ricerca dell'utilità, considerata una grandezza oggettiva e misurabile da parte della ragione computante⁸.

D'altronde, il libretto *Dei delitti e delle pene* appare nella seconda metà del diciottesimo secolo come un libello politico più che come un trattato giuridico, sebbene l'intenzione dell'autore (che all'inizio non resta anonimo per caso) sia giustificata da una verità che si pretende riferibile alla filosofia. Tale prospettiva dello scrittore milanese, che si definisce letteralmente come «filosofo» richiamando un'espressione tipica degli illuministi francesi, si avverte specificamente nella conclusione delle pagine dedicate alla contestazione della pena capitale.

«La voce di un filosofo è troppo debole contro i tumulti e le grida di tanti che son guidati dalla cieca consuetudine, ma i pochi saggi che sono sparsi sulla faccia della terra mi faranno eco nell'intimo de' loro cuori; e se la verità potesse, fra gl'infiniti ostacoli che l'allontanano da un monarca, mal grado suo, giungere fino al suo trono, sappia che ella vi arriva co' voti segreti di tutti gli uomini, sappia che tacerà in faccia a lui la sanguinosa fama dei conquistatori e che la giusta posterità gli assegna il primo luogo fra i pacifici trofei dei Titi, degli Antonini e dei Traiani»⁹.

Il procedimento argomentativo che nel libro di Beccaria sostiene le ragioni critiche della pena capitale, pur non essendo del tutto nuovo nella storia del pensiero giuridico¹⁰, risente chiaramente di una teoresi tipicamente moderna che, come si tenta di dimostrare nel presente lavoro, non è scevra di conseguenze che ancor oggi si mostrano nel diritto penale contemporaneo.

zionale delle Opere di Cesare Beccaria, a cura di L. Firpo e G. Francioni, Medio-banca, 1984, vol. 1, p. 28.

⁷ Cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Helvetius, Beccaria e Bentham*, in *Gli italiani e Bentham*, a cura di R. Faucci, 2 voll., FrancoAngeli, Milano, 1982.

⁸ Cfr. F. ZANUSO, *Utopia e utilità. Saggio sul pensiero filosofico-giuridico di Jeremy Bentham*, Cedam, Padova, 1989.

⁹ Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, XXVIII, *op. cit.*

¹⁰ Cfr. E. CANTARELLA, *I supplizi capitali. Origine e funzioni delle pene di morte in Grecia e a Roma*, Feltrinelli, Milano, 2011.

2. Tre argomenti dalla modernità

Nel paragrafo XXVIII del volumetto *Dei delitti e delle pene*, Beccaria intende dimostrare l'invalidità e l'inefficacia della pena di morte, giustificando la pretesa abolizionista su un triplice ordine di ragioni, che il giurista lombardo ricava da altrettanti indirizzi teorici della modernità giuridica: il contrattualismo, l'utilitarismo e l'umanitarismo.

1) Il primo argomento affonda le proprie radici nella teoria giusnaturalistica del contratto sociale.

Iniziando la propria disamina critica, Beccaria riprende le tesi dei principali teorici della Scuola del Diritto Naturale del Seicento e del Settecento, rifacendosi implicitamente a filosofi anglosassoni come Hobbes e Locke piuttosto che agli ideologi della Rivoluzione francese, come Rousseau, affermando che la pena di morte è giuridicamente illegittima in quanto non trova fondamento nel patto di unione con il quale si è costituita la società civile.

Infatti, nella teoria del contratto sociale, gli individui trasferiscono i propri diritti individuali, dei quali sono titolari in un ipotetico stato di natura, all'ente territoriale e sovrano che, come Stato politico, è delegato ad esercitarli per realizzare il bene comune. L'idea del contratto sociale, sviluppata soprattutto nel Giusnaturalismo moderno, è basata sulla presupposizione che ciascuna parte preferisca lo stato politico allo stato di natura¹¹. Beccaria aderisce a questa prospettiva contrattualista giustificando lo schema della cooperazione per mutuo vantaggio che egli aveva desunto probabilmente dal pensiero empirista di David Hume¹².

Ma Beccaria nega decisamente che, una volta stipulato il contratto sociale, anche la vita possa essere trasferita allo Stato che, quale conseguenza del patto, avrebbe assunto il diritto di punire i propri cittadini i quali, attentando alla vita o ai beni fondamentali altrui, abbiano violato le clausole del patto.

«Qual può essere il diritto che si attribuiscono gli uomini di trucidare i loro simili? Non certamente quello da cui risulta la sovranità e le leggi. Esse non sono che una somma di minime porzioni della privata libertà di ciascuno; esse rappresentano la volontà generale, che è l'aggregato delle particolari. Chi è mai colui che abbia voluto lasciare ad altri uomini l'arbitrio di ucciderlo? Come mai nel minimo sacrificio della libertà di ciascuno vi può essere quello del massimo tra tutti i beni, la vita?»

¹¹ Cfr. S. VECA, *La società giusta. Argomenti per il contrattualismo*, Il Saggiatore, Milano, 2010, p. 91.

¹² Cfr. M. RICCIARDI, *Cesare Beccaria*, in *Il Mulino*, 1, 2014, p. 142.

E se ciò fu fatto, come si accorda un tal principio coll'altro, che l'uomo non è padrone di uccidersi, e doveva esserlo se ha potuto dare altrui questo diritto o alla società intera? Non è dunque la pena di morte un *diritto*, mentre ho dimostrato che tale essere non può, ma è una guerra della nazione con un cittadino, perché giudica necessaria o utile la distruzione del suo essere»¹³.

Per l'autore del *Dei delitti e delle pene*, che sul punto solleva un'eccezione al contratto sociale analoga a quella di Hobbes, la vita è un bene indisponibile, sottratto alla volontà del singolo e, quindi dello Stato, poiché l'uomo non è padrone di se stesso: dunque, ogni individuo che stipula il contratto sociale con il sovrano non è in grado di trasferire all'altro contraente del patto di soggezione un diritto inalienabile, qual è la vita, del quale egli stesso non dispone.

D'altronde, dalla lettura del passo citato, si desume che per Beccaria la morte non è affatto una pena, ma «una guerra della nazione con un cittadino».

L'autore non sviluppa le conseguenze di tale affermazione, come accade in tutti gli asciutti paragrafi del trattatello, ma è evidente che il condannato alla pena capitale non deve rispettare un obbligo assunto con una clausola del patto e può reagire di fronte ad una sanzione che non è tale, ma che si configura giuridicamente come formale dichiarazione di guerra che lo Stato pronuncia nei suoi riguardi.

Ne consegue che, nel caso in cui il sovrano applichi la pena capitale e dichiari guerra al suddito, tale irrogazione è giuridicamente ingiustificata, in quanto il condannato può sfuggire all'esecuzione non soltanto perché la sua vita è inalienabile allo Stato, ma anche per legittima difesa contro una minaccia di grave offesa alla sua persona, paragonata ad un attacco bellico.

2) Il secondo motivo abolizionista appare esposto nella gerarchia logica del ragionamento proposto da Beccaria in posizione subordinata al primo: qualora non si intenda accogliere l'argomentazione contrattualista, soccorre la tesi utilitarista.

Poiché la pena capitale non è un diritto fondato sul contratto sociale, rappresentando un atto di guerra che conduce all'eliminazione fisica di un cittadino, essa deve essere utile o necessaria. «Ma se dimostrerò – scrive Beccaria – non essere la morte né utile né necessaria, avrò vinto la causa dell'umanità»¹⁴.

Il ragionamento prende le mosse *a contrario* dall'individuazione

¹³ Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, XXVIII, *op. cit.*

¹⁴ Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, XXVIII, *op. cit.*

di due ipotesi nelle quali la morte di un cittadino «può credersi» utile o necessaria: lo scoppio di una rivoluzione politica violenta oppure quando la pena capitale è l'unica ragione di dissuasione dei cittadini dal commettere altri delitti.

«La morte di un cittadino non può credersi necessaria che per due motivi. Il primo, quando anche privo di libertà egli abbia ancora tali relazioni e tal potenza che interessi la sicurezza della nazione; quando la sua esistenza possa produrre una rivoluzione pericolosa nella forma di governo stabilita. La morte di qualche cittadino divien dunque necessaria quando la nazione ricupera o perde la sua libertà, o nel tempo dell'anarchia, quando i disordini stessi tengon luogo di leggi; ma durante il tranquillo regno delle leggi, in una forma di governo per la quale i voti della nazione siano riuniti, ben munita al di fuori e al di dentro dalla forza e dalla opinione, forse più efficace della forza medesima, dove il comando non è che presso il vero sovrano, dove le ricchezze comprano piaceri e non autorità, io non veggio necessità alcuna di distruggere un cittadino, se non quando la di lui morte fosse il vero ed unico freno per distogliere gli altri dal commettere delitti, secondo motivo per cui può credersi giusta e necessaria la pena di morte»¹⁵.

La formulazione delle due ipotesi testé riassunte ha indotto a ritenere la posizione di Beccaria contraddittoria e non pienamente abolizionista. In realtà, è stato notato che una lettura meno superficiale della pagina in oggetto, segnata dal ripetuto e sapiente ricorso all'espressione «può credersi», induce a concludere che Beccaria non preveda in uno Stato di diritto alcun caso in cui la pena di morte possa essere giusta, utile e necessaria¹⁶.

Infatti, nella prima ipotesi Beccaria pensa ad una situazione di assenza o di sospensione della società organizzata e delle sue leggi («quando i disordini stessi tengon luogo di leggi»), che non riguarda l'ordinamento della società civile in uno stato di pace.

La seconda ipotesi, che riguarda la funzione di prevenzione generale della pena capitale, è smentita dallo stesso Beccaria, il quale sottolinea come «l'esperienza di tutti i secoli» dimostri che «l'ultimo supplicio» non abbia mai «distolti gli uomini determinati dall'offen-

¹⁵ Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, XXVIII, *op. cit.*

¹⁶ Cfr. E. DEZZI, *Il problema della pena di morte* in *Il contributo italiano alla storia del pensiero: Diritto*, in *Enciclopedia Treccani*, 2012, [http://www.treccani.it/enciclopedia/il-problema-della-pena-di-morte_\(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/il-problema-della-pena-di-morte_(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto)/).

der la società», essendo rilevante non tanto l'intensità della pena ma la sua estensione nel tempo.

Peraltro, l'autore milanese non si limita alla critica alla presunta esemplarità della pena capitale, che è contraddittoria («spettacolo per la maggior parte e un oggetto di compassione mista di sdegno per alcuni») e diseducativa («per l'esempio di atrocità che dà agli uomini»), ma ritiene che sia maggiormente utile la condanna perpetua ai lavori forzati.

Per Beccaria, difatti, la sanzione deve possedere tra altri requisiti anche una durata adeguata, della quale la pena capitale appare priva. L'effetto dissuasivo dal commettere delitti discende così dalla «pena di schiavitù perpetua» e, dunque, dal «lungo e stentato esempio di un uomo privo di libertà, che, divenuto bestia di servizio, ricompensa con le sue fatiche quella società che ha offesa».

«Quando la speranza di tutt'i secoli, nei quali l'ultimo supplicio non ha mai distolti gli uomini determinati dall'offendere la società, quando l'esempio dei cittadini romani, e vent'anni di regno dell'imperatrice Elisabetta di Moscovia, nei quali diede ai padri dei popoli quest'illustre esempio, che equivale almeno a molte conquiste comprate col sangue dei figli della patria, non persuadessero gli uomini, a cui il linguaggio della ragione è sempre sospetto ed efficace quello dell'autorità, basta consultare la natura dell'uomo per sentire la verità della mia asserzione.

Non è l'intensione della pena che fa il maggior effetto sull'animo umano, ma l'estensione di essa; perché la nostra sensibilità è più facilmente e stabilmente mossa da minime ma replicate impressioni che da un forte ma passeggero movimento. L'impero dell'abitudine è universale sopra ogni essere che sente, e come l'uomo parla e cammina e procaccia i suoi bisogni col di lei aiuto, così l'idee morali non si stampano nella mente che per durevoli ed iterate percosse. Non è il terribile ma passeggero spettacolo della morte di uno scellerato, ma il lungo e stentato esempio di un uomo privo di libertà, che, divenuto bestia di servizio, ricompensa colle sue fatiche quella società che ha offesa, che è il freno più forte contro i delitti. Quell'efficace, perché spessissimo ripetuto ritorno sopra di noi medesimi, *io stesso sarò ridotto a così lunga e misera condizione se commetterò simili misfatti*, è assai più possente che non l'idea della morte, che gli uomini veggon sempre in una oscura lontananza.

La pena di morte fa un'impressione che colla sua forza non supplisce alla pronta dimenticanza, naturale all'uomo anche nelle cose più essenziali, ed accelerata dalle passioni. Regola generale: le passioni violente sorprendono gli uomini, ma non per lungo tempo, e però sono atte a fare quelle rivoluzioni che di uomini comuni ne fanno o dei Persiani o dei Lacedemoni; ma in un libero e tranquillo governo le impressioni debbono essere più frequenti che forti.

La pena di morte diviene uno spettacolo per la maggior parte e un oggetto di compassione mista di sdegno per alcuni; ambidue questi sentimenti occupano più l'animo degli spettatori che non il salutare terrore che la legge pretende ispirare. Ma nelle pene moderate e continue il sentimento dominante è l'ultimo perché è il solo. Il limite che fissar dovrebbe il legislatore al rigore delle pene sembra consistere nel sentimento di compassione, quando comincia a prevalere su di ogni altro nell'animo degli spettatori d'un supplicio più fatto per essi che per il reo»¹⁷.

In questa seconda argomentazione critica della pena capitale, il presupposto utilitarista prevale sugli altri e documenta che la concezione penale del giurista milanese, fondata sulla funzione general-preventiva della sanzione criminale, non esclude un trattamento crudele e degradante del condannato che, come icasticamente si legge nelle pagine del trattatello *Dei delitti e delle pene*, è considerato una «bestia di servizio»¹⁸.

3) Con il terzo e ultimo argomento, Beccaria respinge la pena di morte perché ingiusta e lesiva del principio di umanità.

Anche questa ragione umanitaria della requisitoria contro la pena capitale è proposta in ordine gerarchico ulteriormente gradato e completa il vero e proprio *antiklímax* retorico costruito da Beccaria: se la sanzione capitale fosse considerata coerente e utile, cionondimeno dovrebbe essere abolita perché lesiva della dignità dell'essere umano.

Infatti, secondo il marchese milanese, la pena di morte non è solo assurda, giacché le leggi, «che sono l'espressione della pubblica volontà, che detestano e puniscono l'omicidio, ne commettono uno esse medesime», ma è anche immorale, in quanto lesiva della sacralità della vita.

Beccaria rimarca l'esigenza di domandarsi quali siano «i sentimenti di ciascuno sulla pena di morte» e risponde a questo interrogativo esaminando non tanto la persona del condannato, quanto la figura del carnefice, «innocente esecutore della pubblica volontà».

La ragione psicologica che porta ogni cittadino a disprezzare la figura di colui che appare un detestato giustiziere risiede per Beccaria nell'indisponibilità della vita, che costituisce la ragione fondante anche del primo motivo di critica della pena capitale.

¹⁷ Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, XXVIII, *op. cit.*

¹⁸ Cfr. F. ZANUSO, I «fluidi» e le «bestie di servizio». *Utilitarismo ed umanitarismo nella concezione penale di Cesare Beccaria*, in F. Cavalla, F. Zanuso, S. Fuselli, D. Velo Dalbrenta, F. Reggio, *Ripensare la pena. Teorie e problemi nella riflessione moderna*, a cura di F. Zanuso e S. Fuselli, Cedam, Padova, 2004, pp. 101-139.

Rimeditando un principio che non apparteneva alla cultura illuminista, ma alla dottrina cattolica dell'epoca, Beccaria rammenta che la vita non è «affidata ad altro potere che non sia quello delle leggi naturali», mentre ora appare in balia dei «gravi sacerdoti della giustizia» che ne dispongono «con indifferente tranquillità».

«Quali sono i sentimenti di ciascuno sulla pena di morte? Leggiamoli negli atti d'indignazione e di disprezzo con cui ciascuno guarda il carnefice, che è pure un innocente esecutore della pubblica volontà, un buon cittadino che contribuisce al ben pubblico, lo stromento necessario alla pubblica sicurezza al di dentro, come i valorosi soldati al di fuori. Qual è dunque l'origine di questa contraddizione? E perché è indelebile negli uomini questo sentimento ad onta della ragione? Perché gli uomini nel più secreto dei loro animi, parte che più d'ogn'altra conserva ancor la forma originale della vecchia natura, hanno sempre creduto non essere la vita propria in potestà di alcuno fuori che della necessità, che col suo scettro di ferro regge l'universo»¹⁹.

Dalla disamina dei tre argomenti abolizionisti di Beccaria si può giungere ad una prima conclusione, che riguarda la triplice funzione della pena, generalmente accolta dalla cultura giuridica moderna.

Come è noto, Beccaria è considerato un sostenitore utilitarista della funzione di prevenzione generale della pena. Come si legge nel paragrafo XII del suo trattatello, dedicato al fine della pena, la sanzione deve essere irrogata non perché deve retribuire il male ricevuto oppure perché deve correggere o emendare il reo, ma in quanto ha un effetto dissuasivo.

«Il fine dunque non è altro che d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali. Quelle pene dunque e quel metodo d'infliggerle deve esser prescelto che, serbata la proporzione, farà una impressione più efficace e più durevole sugli animi degli uomini, e la meno tormentosa sul corpo del reo»²⁰.

Peraltro, nella trattazione critica della sanzione capitale contenuta nel paragrafo XXVIII del volumetto *Dei delitti e delle pene*, appare evidente che la pena capitale non assolve alcuno dei tre principali fini che ogni pena si propone di raggiungere: la retribuzione, la prevenzione generale e la prevenzione speciale.

Anzitutto, come osserva Beccaria, la pena capitale non può avere

¹⁹ Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, XXVIII, *op. cit.*

²⁰ Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, XII, *op. cit.*

una funzione retributiva perché lo Stato non può restituire proporzionalmente il male ricevuto dall'offeso, non avendo ricevuto la vita del reo tra i diritti fondamentali ceduti con la stipulazione del contratto sociale.

Infatti, coerentemente alla sua tesi contrattualista di matrice giu-snaturalista, Beccaria ritiene che la libertà del singolo sia alienabile al «pubblico deposito» dello Stato, che esercita così il suo diritto di punire, soltanto in quella minima parte che sia diretta a garantire la difesa della persona dall'arbitrio altrui. E tale difesa non è garantita dalla pena capitale.

Inoltre, la pena di morte non può realizzare l'utilità di distogliere la generalità dei consociati dalla commissione di gravi delitti di sangue, in quanto tale scopo non è raggiunto dall'intensità istantanea della punizione, ma dalla sua durata che, per realizzare tale scopo, deve essere adeguatamente estesa. Per tale ragione puramente empirica, Beccaria mostra nel suo scritto di privilegiare alla sanzione capitale i lavori a vita del condannato, ridotto ad una «bestia di servizio».

Infine, il riscatto sociale che deriva dalla funzione di prevenzione speciale della pena non è evidentemente perseguito dalla sanzione capitale, che non è solo inumana e degradante, ma cancella la vita del reo e impedisce al medesimo di emendarsi o di compensare l'offesa.

Questa forma risarcitoria della pena, che nel diritto criminale moderno integra la funzione di prevenzione speciale, sembra esibire il volto compassionevole ed umanitario di Beccaria che, infatti, ritiene impossibile raggiungere tale scopo con la sanzione capitale, sebbene proponga con fermezza di sostituirla con lo svolgimento dei lavori forzati.

3. *Prima di Beccaria. La visione barocca di Thomas Hobbes*

La tesi abolizionista risale indubbiamente alle discussioni intraprese da Beccaria nell'Accademia dei Pugni con i fratelli Verri negli anni che precedono la stesura dell'opera pubblicata nel 1764.

Però, le ragioni critiche della pena capitale non provengono al giurista milanese dall'Illuminismo giuridico europeo, ma principalmente dall'empirismo del Barocco anglosassone.

In particolare, l'argomentazione critica della sanzione capitale illustrata nel trattatello *Dei delitti e delle pene* appare già elaborata e, quindi, forse anche influenzata, dalla teoria penale di Thomas Hobbes, peraltro citato espressamente da Beccaria nella parte iniziale della

sua opera, dedicata «a chi legge», ove si dice dello «stato di guerra prima dello stato di società (...) nel senso hobbesiano, cioè di nessun dovere e di nessuna obbligazione anteriore»²¹.

Pur considerando legittima la pena capitale, il pensatore di Malmesbury ne critica l'applicabilità in base ad un motivo analogo a quello illustrato nel paragrafo XXVIII del volumetto del giurista di Milano, inaugurando un singolare modo di pensare del liberalismo moderno.

Beccaria ritiene che la legge di ragione, dotata di «spirito geometrico», conduca al perseguimento individuale e collettivo dell'utilità che assicura un ordine politico stabile e una sicurezza sociale diffusa.

«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»²².

Hobbes pensa che il passaggio convenzionale dallo stato di natura, in cui vige il conflitto permanente tra individui pretesamente considerati incapaci di moderare spontaneamente le proprie violente pulsioni (*homo homini lupus*), allo stato socio-politico è inevitabile, giacché la legge naturale della retta ragione, che prescrive la pacificazione interpersonale, è priva di quella imprescindibile coercitività che caratterizza la legge positiva.

Conseguentemente, similmente a quanto opina Beccaria, Hobbes affida questo compito nella realtà concreta dei rapporti sociali ad uno Stato decisore ma liberale, confinando la libertà apparentemente senza riserve dei sudditi esclusivamente in quello spazio che non è disciplinato dal diritto positivo ma che, però, soggiace a due condizionamenti precisi:

a) in questo campo d'azione, caratterizzato dal silenzio della legge, l'individuo deve seguire ciò che la ragione strumentale a lui suggerisce come più utile per se stesso;

b) i confini di questo territorio di libertà sono sempre determi-

²¹ Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, «A chi legge», *op. cit.*

²² Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, VI, *op. cit.*

nati dal potere del sovrano, che trova la propria causa nell'autorizzazione determinata dal contratto sociale.

Infatti, questa duplice limitazione viene enunciata esplicitamente da Hobbes, il quale afferma che:

«(...) in tutti i generi di azioni trascurate dalle leggi gli uomini hanno la libertà di comportarsi nel modo che la loro ragione suggerirà come il più vantaggioso per loro stessi»²³;

«(...) qualunque cosa il sovrano possa fare a un suddito, non è adducibile alcuna pretesa per la quale possa essere chiamata ingiustizia o torto in senso proprio. E la causa è che ogni suddito è autore di tutti gli atti del sovrano, cosicché questi non manca mai del diritto di fare qualsiasi cosa (...)»²⁴.

In questa costruzione teorica, il limite all'azione libera dell'individuo è qualificato soltanto dal carattere pubblico della legge positiva, la quale rimane nel dominio della volontà sovrana dell'autorità politica²⁵: per Hobbes, il sovrano può sempre legittimamente legiferare nei settori non disciplinati e lasciati – per così dire – provvisoriamente a disposizione della libertà degli individui, che possono ritenersi sciolti dal vincolo fino a quando dura il potere di protezione concesso allo Stato²⁶.

Questa apertura liberale di Hobbes, che avrebbe innovato il proprio pensiero precedente introducendo la questione della libertà dei sudditi nel XXI capitolo del *Leviatano*, è avallata dall'interpretazione secondo la quale non esisterebbe connessione tra la concezione hobbesiana dell'uomo e della natura e la dottrina etico-politica, che sarebbe addirittura precorritrice del liberalismo moderno indipendentemente dalla psicologia egoistica o dall'antropologia materialistica²⁷.

Tale convincimento si accosta a quello di chi individua in Hobbes una netta distanza tra la condizione naturale della libertà assoluta del singolo e la situazione socio-politica della sovranità dello Stato. Infatti, il contratto sociale di Hobbes obbliga i cittadini soltanto al mantenimento dell'autorizzazione, concepita metaforicamente come relazione tra sovrano-attore e sudditi-autori, in base alla quale

²³ Cfr. T. HOBBS, *Leviatano*, XXI, trad. di A. Lupoli, Laterza, Roma-Bari, 1996, p. 177.

²⁴ Cfr. T. HOBBS, *Leviatano*, XXI, *op. cit.*, p. 178.

²⁵ Cfr. A. PACCHI, *Introduzione a Hobbes*, Laterza, Roma-Bari, 1986, p. 78-79.

²⁶ Cfr. T. HOBBS, *Leviatano*, XXI, *op. cit.*, p. 184 e sg.

²⁷ Cfr. L. STRAUSS, *Che cos'è la filosofia politica? Scritti su Hobbes e altri saggi*, a cura di P.F. Taboni, Argalia, Urbino, 1977, p. 117 e sg.

il primo può agire per conto dei secondi, senza alcuna rinuncia da parte di questi ultimi ai propri diritti fondamentali²⁸: è evidente che questo luogo del *Leviatano* costituisce un riferimento implicito alle tesi che svilupperà successivamente il padre del liberalismo europeo John Locke²⁹.

Questa prospettiva liberale dipende dallo scetticismo etico che per Hobbes caratterizza il soggetto nello stato di natura, ove ogni singola volontà di autoconservarsi è insindacabile e non è possibile che gli individui condividano un orientamento morale comune³⁰.

Il consenso hobbesiano non è tanto un accordo raggiunto dalla collaborazione di più volontà, quanto uno stato passionale condiviso sulla base di analoghe sensazioni istintive ed appare non solo razionalmente imprescindibile per ogni singolo suddito ma anche irrevocabile. Ne consegue che il patto non può essere sciolto se non dal partecipe ma impossibile assenso del sovrano, la cui posizione di parte contraente o di terzo beneficiario non esclude il connotato di assolutezza del suo incondizionato potere.

Pertanto, in questa costruzione, lo Stato sovrano non acquista tutti i diritti fondamentali, ma può egualmente disporre delle libertà dei singoli al fine di mantenere l'ordine e garantire la sicurezza per conservare la pace, che rappresenta l'obiettivo politico del *Leviatano*: qualificando il patto di soggezione come contratto a favore di terzo, Norberto Bobbio ha autorevolmente sottolineato che il contratto sociale di Hobbes è irrevocabile³¹.

Non vi è dubbio che, con riferimento all'individuo libero di agire senza impedimenti esterni, il pensatore di Malmesbury concepisca equivocamente il diritto alla vita come un diritto sulla vita, simile ad un diritto di proprietà, in base ad una concezione antropologica volontarista e materialista³². Però, è altrettanto indubbio che, secondo

²⁸ Cfr. D.P. GAUTHIER, *The Logic of Leviathan. The Moral and Political Theory of Thomas Hobbes*, Clarendon Press, Oxford, 1969, p. 170 e sg.; cfr. R. Polin, *Politique et philosophie chez Thomas Hobbes*, Presses Universitaires de France, Paris, 1953, p. 229 e sg.

²⁹ Cfr. G.M. CHIODI, *Legge naturale e legge positiva nella filosofia politica di Tommaso Hobbes*, Giuffrè, Milano, 1970.

³⁰ Cfr. R. TUCK, *Hobbes*, Oxford University Press, Oxford, 1989, trad.it. Il Mulino, Bologna, 2001, p. 73.

³¹ Cfr. N. BOBBIO, *La teoria politica di Hobbes*, in *Thomas Hobbes*, Einaudi, Torino, 1989, p. 50 e sg.

³² Cfr. F. CAVALLA, *Diritto alla vita, diritto sulla vita. Alle origini delle riflessioni sull'eutanasia*, in *Dialoghi del Diritto dell'Avvocatura della Giurisprudizione*, n. 1/2008, pp. 19-47.

Hobbes, lo Stato non possa comprimere il bene della vita, che deve essere tutelato in quanto l'originaria libertà di autoconservazione fisica dell'uomo deve essere comunque custodita per legittima difesa: infatti, riferendosi alla guerra o alla condanna alla pena capitale, Hobbes precisa che «un uomo non può deporre il diritto di resistere a chi lo assalta con la forza per ucciderlo»³³.

Con uno scarto concettuale che appare un'anticipazione dell'argomento contrattualista di Cesare Beccaria, il quale condivide così con Hobbes una visione liberale dello Stato, il pensatore inglese conferma che nessuno accetta razionalmente di prestare il proprio consenso alla perdita della propria esistenza e che, stipulando il contratto sociale, il cittadino non trasferisce il proprio inalienabile diritto alla vita al sovrano: Hobbes rimarca così l'ammissibilità del diritto del singolo di fuggire per sottrarsi all'esecuzione di una sentenza di condanna alla pena capitale.

«Un patto, con cui mi impegno a non difendermi dalla forza con la forza, è sempre nullo. Infatti, come ho mostrato prima, nessuno può trasferire o deporre il diritto di porsi al riparo della morte, delle ferite e della prigionia (evitare le quali è l'unico fine in vista del quale si depongono dei diritti); quindi, la promessa di non resistere non trasferisce, in nessun patto, nessun diritto; e non è obbligatoria»³⁴.

Hobbes non mostra affatto una posizione espressamente abolizionista, ritenendo che lo Stato abbia il legittimo potere di comminare e di irrogare coercitivamente la pena capitale, ma, nel sistema giuridico delineato dall'autore del *Leviathan*, questa prova di forza è una sorta di ritorno allo stato di natura, perché realizza la violazione del contratto sociale e, come osserva Bobbio, storicizza lo stato di guerra della condizione prepolitica³⁵.

Essendo inevitabile e irreversibile, il patto di soggezione tra sudditi e Stato perde così il suo carattere sinallagmatico e appare contraddittoriamente inficiato da un vizio di forma³⁶. È stato giustamente notato che, nell'artificio politico che costituisce il Leviatano come un modello utopico, «la perfezione del contratto è un'illusione ottica che

³³ Cfr. T. HOBBS, *Leviatano*, XIV, *op. cit.*, p. 79.

³⁴ Cfr. T. HOBBS, *Leviatano*, XIV, *op. cit.*, p. 83.

³⁵ Cfr. N. BOBBIO, *Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes*, in *Thomas Hobbes*, Einaudi, Torino, 1989, p. 138.

³⁶ Cfr. A.-L. ANGOULVENT, *Hobbes ou la crise de l'État baroque*, Presses Universitaires de France, Paris, 1992.

deforma la realtà senza trasformarla»³⁷, giacché il suo punto culminante è il passaggio dallo stato naturalmente tragico del conflitto allo stato razionalmente civilizzato della pace in una transizione che rappresenta l'istante «barocco», fissato coercitivamente perché mantenga il proprio effetto³⁸.

Le facoltà dell'individuo si riassumono così in Hobbes nel potere di uno Stato autoritario, ma non totalitario³⁹, in quanto il suo esercizio è svincolato anche dalla legge di natura e dipende integralmente dalla sua intrinseca incondizionatezza: l'obbligazione di obbedienza al sovrano e alla legge civile permane anche in caso di violazione delle leggi naturali, che restano comunque osservabili dalla coscienza individuale del suddito, poiché ciò che conserva la coerenza del sistema è puramente la forma dell'ordine precostituito e imposto nella società da chi detiene il potere politico⁴⁰.

4. Durante Beccaria. La concezione illuminista fino a Immanuel Kant

La visione abolizionista di Beccaria appare più vicina al Barocco seicentesco anche perché è del tutto opposta alla dominante dottrina dell'Illuminismo giuridico europeo del tardo Settecento.

Infatti, sebbene negli ultimi decenni del diciottesimo secolo il successo continentale del libretto di Cesare Beccaria fosse ampio e riconosciuto, la tesi abolizionista della pena capitale non appare affatto condivisa dai padri fondatori dell'Illuminismo in Europa⁴¹.

In Francia, dopo iniziali incertezze, soltanto Voltaire sostiene l'eliminazione della pena di morte, ma prevalgono le tesi di Montesquieu e Rousseau, che optano per una linea di compromesso e, pur criticando l'eccessivo ricorso alla pena capitale, ritengono comunque necessario applicarla in casi estremi.

Tentando di dare una giustificazione della pena di morte comminata dallo Stato, sostanzialmente considerata una clausola sanziona-

³⁷ Cfr. A.-L. ANGOULVENT, *L'esprit baroque*, Presses universitaires de France, Paris, 1994, trad. it. *Il Barocco*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 66.

³⁸ Cfr. A.-L. ANGOULVENT, *L'esprit baroque*, op. cit., p. 76-77.

³⁹ Cfr. P.C. MAYER-TASCH, *Hobbes und Rousseau, Durchgesehener Neudruck von Autonomie und Autorität; Rousseau in den Spuren von Hobbes?*, Scientia Verlag Aalen, 1976, p. 58 e sg.

⁴⁰ Cfr. A. PACCHI, *Introduzione a Hobbes*, Laterza, Roma-Bari, 1986, p. 53-54.

⁴¹ Cfr. M.A. CATTANEO, *La pena di morte tra morale e politica nel pensiero dell'Illuminismo*, in *Sociologia del diritto*, 1984, 10, pp. 7-34; cfr. I. Mereu, *La morte come pena*, Donzelli, Roma, 1982.

toria inserita nel contratto sociale, Jean-Jacques Rousseau definisce la vita non solo un beneficio della natura, ma anche un «dono condizionato dello Stato»⁴².

Infatti, per Rousseau l'esposizione al pericolo della vita del cittadino in guerra e la pena capitale sono mezzi per ottenere il fine della conservazione dei contraenti, *ratio* del patto sociale concluso dai cittadini stessi, ai quali non spetta giudicare del pericolo.

«Con questo contratto, non si dispone della propria vita, ma si pensa a garantirla e si deve presumere che nessuno dei contraenti premediti già di farsi impiccare. D'altra parte ogni malfattore, violando il contratto sociale, diventa traditore della patria; (...) anzi gli muove guerra. Allora la conservazione dello Stato è incompatibile con la sua; bisogna che l'uno o l'altro perisca, e quando si fa morire il colpevole è più come nemico che come cittadino»⁴³.

Analogamente, nel contesto culturale tedesco, Immanuel Kant giustifica la pena di morte per l'omicidio in base ad una rigida applicazione dello *ius talionis*, in coerenza con la tesi retribuzionista del filosofo di Königsberg⁴⁴, che giudica un «sofisma» la tesi contrattualista di Cesare Beccaria.

Per Kant, la condanna all'esecuzione di una pena può essere inflitta dal sovrano, in forza del potere di punire da lui esercitato ed a lui spettante, dopo la commissione di un delitto: secondo Kant, la punizione giuridica deve essere attribuita solo perché il suddito ha compiuto un crimine e «non può mai venir decretata semplicemente come un mezzo per raggiungere un bene»⁴⁵.

Il principio di proporzionalità, su cui si fonda la funzione retribuzionista della pena, giustifica la specie e la misura della sanzione, che deve essere applicata corrispondentemente al delitto commesso, il quale è contestualmente un'offesa al popolo e allo Stato che lo rappresenta.

«Soltanto la legge del taglione, ma beninteso solo davanti alla sbarra del tribunale (non nel tuo giudizio privato), può determinare con precisione la qualità e la quantità della punizione»⁴⁶.

⁴² Cfr. J.-J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, trad. di M. Perticone de Vincolis, Muria, Milano, 1987, p. 47.

⁴³ Cfr. J.-J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, *op. cit.*, p. 47.

⁴⁴ Cfr. F. ZANUSO, *A ciascuno il suo. Da Immanuel Kant a Norval Morris: oltre la visione moderna della retribuzione*, Cedam, Padova, 2000, p. 13 e sg.

⁴⁵ Cfr. I. KANT, *Metafisica dei costumi*, trad. di N. Merker, Laterza, Roma-Bari, 1970, p. 164.

⁴⁶ Cfr. I. KANT, *Metafisica dei costumi*, *op. cit.*, p. 165.

In relazione a questo rapporto fra delitto e pena, secondo Kant, l'assassino va punito con la pena capitale per realizzare il principio retributivo di giustizia.

«Se poi egli ha ucciso, deve morire. Qui non esiste nessun altro surrogato che possa soddisfare la giustizia. Non c'è nessuna omogeneità fra una vita, per quanto penosa, e la morte; e di conseguenza non esiste altra uguaglianza fra il delitto e la punizione, fuorché nella morte giuridicamente inflitta al criminale»⁴⁷.

Per Kant, una giustificazione della pena di morte non confligge con il principio di indisponibilità della vita, che viene riconfermato come essenziale ed inderogabile, a testimonianza del suo carattere naturale e univoco.

Nella *Metafisica dei costumi*, però, il pensatore tedesco critica la tesi contrattualista sostenuta con riguardo alla pena di morte da Cesare Beccaria in *Dei delitti e delle pene*.

Per Kant, l'opinione di Beccaria in base alla quale la pena capitale è illegale e non può essere contenuta nel contratto sociale originario, perché in tal modo ogni individuo acconsentirebbe a perdere la vita nel caso di omicidio, dando un consenso impossibile a causa dell'incapacità di disporre della propria vita, è da considerare «sofisma e snaturamento del diritto».

Infatti, per Kant nessuno viene punito per aver voluto consapevolmente una punizione, ma per aver voluto un'azione meritevole oggettivamente di punizione: non è possibile voler essere punito, perché il delinquente non potrebbe pronunciare la sua condanna a morte, che spetta al giudice del tribunale.

L'espropriabilità della vita da parte dello Stato, quindi, sarebbe perfettamente legittima e non inciderebbe sull'indisponibilità naturale dell'esistenza.

«Nel contratto sociale non è affatto contenuta la promessa di lasciarsi punire e di disporre così di se stessi e della propria vita. (...) Si considera il giudizio proprio pronunciato dal delinquente (giudizio che bisogna necessariamente attribuire alla sua ragione) di dover essere privato della vita, come una risoluzione della volontà di togliersela lui stesso, e si rappresenta così il giudizio e l'esecuzione del diritto riuniti in una sola e medesima persona»⁴⁸.

⁴⁷ Cfr. I. KANT, *Metafisica dei costumi*, op. cit., p. 166.

⁴⁸ Cfr. I. KANT, *Metafisica dei costumi*, op. cit., p. 169-170.

Invero, la critica kantiana della tesi contrattualista di Beccaria, secondo il quale la vita è indisponibile, non è convincente perché appare in contraddizione con il fondamento assegnato dal filosofo tedesco al diritto alla vita.

Infatti, per Kant la vita umana deve essere intesa come fine e non come semplice mezzo, sicché una limitazione di essa (pur legalmente effettuata dallo Stato) non potrebbe essere concessa, a meno che si voglia considerare l'autorità politica come manifestazione non democratica della volontà individuale del sovrano, completamente staccata dalla volontà popolare: tale tesi sembra però molto lontana dalla teoria kantiana dello Stato cosmopolitico e liberale di diritto.

Difatti, se il soggetto individuale non ha un potere sulla propria vita, neppure il soggetto statale (che rappresenta l'emanazione delle volontà singolari, dalle quali è legittimato ad agire) può averlo senza contraddire se stesso: riappare sottilmente, in questi luoghi kantiani, l'equivoco giusnaturalistico di concepire il diritto alla vita come diritto sulla propria vita, pur riferito in questo caso allo Stato.

Subito dopo l'esposizione della sua teoria sulla pena di morte, peraltro, Kant individua due delitti particolari che potrebbero configurare eccezioni alla legislazione penale ed evitare di essere definiti come omicidi, passibili dunque di condanna alla pena di morte: l'infanticidio e il duello. Secondo Kant, il sentimento dell'onore fa dubitare della possibilità di applicare la pena capitale alla donna che uccide il proprio figlio e al militare che intende castigare l'affronto subito, ponendosi come causa di giustificazione.

Il problema della contraddizione fra necessità di punire l'omicidio con la pena di morte e la prevalenza dell'onore nella legge statale come esclusione del fatto antiggiuridico è risolto da Kant con una tesi che sarà sviluppata anche dalla dottrina italiana della non esigibilità quale causa non tassativa di giustificazione del reato, secondo la quale non è possibile punire colui che commette un fatto costituente reato quando «non è umanamente esigibile un comportamento diverso»⁴⁹.

«L'imperativo categorico della giustizia penale (...) sussiste sempre, ma la legislazione stessa (...), finché rimane ancora barbara e grossolana, è colpevole per il fatto che gli impulsi dell'onore del popolo non vogliono (soggettivamente) coincidere con le regole che (oggettivamente) sono conformi al suo scopo, talché la giustizia pubblica, che emana dallo Stato, diventa un'ingiustizia relativamente a quella che emana dal popolo»⁵⁰.

⁴⁹ Cfr. L. SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, Humus, Napoli, 1948, p. 65.

⁵⁰ Cfr. I. KANT, *Metafisica dei costumi*, op. cit., p. 171.

La tesi antiabolizionista di Beccaria è anche in contrasto con l'Illuminismo giuridico italiano della fine del diciottesimo secolo.

Dopo la pubblicazione del libretto di Cesare Beccaria, la pena capitale continua ad essere applicata a Milano, con un maggiore incrudelimento delle esecuzioni e in un clima culturale e sociale che Italo Mereu non ha esitato a definire «ideologia della morte»⁵¹.

Nel terzo volume della *Scienza della legislazione* (1783), Gaetano Filangieri ritiene pienamente legittima la pena di morte in quanto parte integrante del diritto di punire da parte dello Stato⁵². Anche Filangieri contesta l'argomento contrattualista di Beccaria, secondo cui le leggi espressione del diritto di punire sono costituite dalla «somma di minime porzioni della privata libertà di ciascuno», considerandolo al pari di Kant un «sofisma» che, se generalizzato, priverebbe di legittimità qualsiasi tipo di pena.

Per Filangieri, con il patto sociale l'individuo trasferisce il diritto di togliere la vita ad altri per difendere la propria ingiustamente minacciata allo Stato, che assume così il diritto di applicare la pena di morte ma con equilibrio, evitandone una smodata applicazione che porterebbe alla distruzione del corpo sociale, rendendo la sanzione capitale inefficace e sproporzionata.

Su posizioni antiabolizioniste è anche Giovanni Carmignani, che nel giovanile *Saggio di giurisprudenza criminale* (1795) procede alla confutazione analitica della tesi di Beccaria, sostituendo l'argomento contrattualista con quello organicista (come il singolo individuo ha diritto di conservare se stesso così la società deve eliminare ciò che rischia di distruggerla) e obiettando che la pena di morte è utile a fini preventivi e conserva la propria efficacia solo con un uso responsabilmente moderato e limitato ai sovversivi, ai traditori e agli omicidi.

Nel 1836, proprio quando l'ideologia illuminista è sottoposta a revisione critica, il maturo Carmignani ritorna sulla via liberale, intrapresa da Cesare Beccaria, con la celebre *Lezione accademica sulla pena di morte*, con la quale il penalista pisano prepara con largo anticipo nella cultura giuridica italiana i fondamenti teorici dell'abolizione della sanzione capitale, sancita in modo innovativo dal Codice Zanardelli del 1889⁵³.

⁵¹ Cfr. I. MEREU, *La pena di morte a Milano nel secolo di Beccaria*, Neri Pozza, Vicenza, 1988, p. 17 e sg.

⁵² Cfr. G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, III, Napoli 1783, a cura di G. Tocchini, A. Trampus, in *La scienza della legislazione. Edizione critica*, IV, Centro di studi sull'Illuminismo europeo G. Stiffoni, Venezia, 2004.

⁵³ Cfr. P. COMANDUCCI, *Alle origini del diritto penale liberale: Carmignani e la*

5. *Dopo Beccaria. La decostruzione postmoderna di Jacques Derrida*

Nella filosofia contemporanea, la posizione abolizionista più autorevole appare senza dubbio quella di Jacques Derrida, che si è dedicato ad un lavoro di decostruzione del discorso giustificativo della pena di morte, anche attraverso il riesame critico della tesi di Beccaria.

La lettura critica delle opinioni sulla pena capitale di Derrida è indubbiamente debitrice del Postmoderno, che non è la fine del razionalismo e della secolarizzazione che caratterizzano il Moderno ma, come ha scritto Jean-François Lyotard, ne costituisce l'esito inevitabile e, anzi, lo stato nascente che, però, è costante⁵⁴.

La decostruzione teoretica di ogni possibile discorso sulla pena di morte permette al filosofo francese di mostrare la debolezza dell'uomo contemporaneo che, incredulo ai grandi racconti della civiltà occidentale e smarrito il proprio centro di gravità permanente, cerca di tener ferma una critica instabile dell'estremo supplizio, esprimendo molteplici e frammentati punti di vista che conducono a deresponsabilizzare l'individuo e ad abbandonare al potere politico la decisione giuridica sulla vita.

Per Derrida, le tesi filosofiche e giuridiche, fra le quali anche quella di Beccaria, che hanno esaminato il tema della pena di morte per criticarla oppure per approvarla sono fondate sugli stessi principi dogmatici del pensiero moderno e obbligano a rimettere in discussione ogni umanesimo della nostra epoca⁵⁵.

Derrida ha giustamente osservato che, quando la filosofia ha cercato storicamente di opporsi alla pena di morte, come è accaduto per una parte dell'Illuminismo moderno, non è mai riuscita ad oltrepassare le ragioni empiriche od utilitaristiche della contingenza. Infatti, per il filosofo francese, la modernità non ha mai intaccato il principio fondativo della pena di morte, radicato nel concetto di sovranità dello Stato, cioè del diritto di vita o di morte dell'ente politico territoriale e sovrano sul suddito o sul cittadino.

Questa decostruzione teoretica si comprende nell'intersezione delle questioni del tempo, del perdono e della sovranità⁵⁶.

pena di morte, in *Diritto penale dell'Ottocento. I codici preunitari e il codice Zanardelli*, a cura di S. Vinciguerra, Cedam, Padova, 1993, pp. 72-98.

⁵⁴ Cfr. J.-F. LYOTARD, *Il postmoderno spiegato ai bambini*, Feltrinelli, Milano, 1987.

⁵⁵ Cfr. J. DERRIDA, *La pena di morte*, vol. 1 (1999-2000), Jaca Book, Milano, 2014.

⁵⁶ Cfr. J. DERRIDA, *Tempo e pena di morte. Un seminario triestino*, 16 novem-

Per Derrida, il perdono è veramente tale quando assolve il crimine imperdonabile, dichiarato giuridicamente quando la pena di morte è decisa in forma irrevocabile da una Corte.

Ma il giudizio di condanna, che di regola non può essere soggetto a revisione, è sospeso nel tempo fino al momento dell'esecuzione: in questa attesa, che ogni ordinamento giuridico prevede attribuendo fino all'ultimo secondo al sovrano il diritto di vita e di morte sul cittadino, il capo di Stato (o il governatore o il re) può concedere il perdono della grazia con un giudizio altrettanto irreversibile.

«Dunque, il rapporto con il tempo, nel perdono così come nella pena di morte, è assolutamente singolare»⁵⁷.

È indubbio che, come prevede l'ordinamento positivo di molti Stati, il sovrano ha il diritto, al di sopra della legge, di interrompere il processo giuridico di esecuzione della condanna: dunque, per Derrida, le prese di posizione a proposito della pena di morte sono indissociabili dal ripensamento critico dello stesso concetto politico di sovranità che, oggi, è attraversato dal sisma della globalizzazione. Monopolizzando la violenza con l'esercizio della sovranità, l'autorità politica pretende di proteggere l'offeso con la pena capitale ma ne dispone anche a tutela del reo, sospendendo l'applicazione della sanzione pur in modo eccezionale.

Questa incoerenza di fondo, secondo Derrida, porta alla decostruzione radicale della pena capitale, essendo coesistente alla sovranità politica e alla modernità giuridica, della quale Beccaria è giudicato con Kant un emblematico rappresentante.

«Non c'è nella storia della filosofia in quanto tale, non c'è un filosofo, un discorso filosofico in quanto tale che nella sua coesione, nella sua sintassi, nella sua sistematicità sia contro la pena di morte. Non c'è filosofo che abbia mai, in quanto filosofo, alzato la voce contro la pena di morte. (...) Beccaria non era un filosofo e il suo discorso non era un discorso filosofico»⁵⁸.

Derrida dice espressamente che, nel suo «grande testo» *Dei delitti e delle pene*, Beccaria condanna la pena di morte «non perché è crudele, perché è odiosa in sé, ma perché non è abbastanza crudele» e

bre 2000, Dipartimento di Filosofia dell'Università degli Studi di Trieste, in http://www2.units.it/etica/2001_1/derrida.html.

⁵⁷ Cfr. J. DERRIDA, *Tempo e pena di morte. Un seminario triestino, loc. cit.*

⁵⁸ Cfr. J. DERRIDA, *Tempo e pena di morte. Un seminario triestino, loc. cit.*

valorizza l'ergastolo o i lavori forzati, scartando la pena capitale, «in nome della crudeltà, di un sovrappiù di crudeltà»⁵⁹.

Per il pensatore francese, Beccaria non critica la pena di morte per ragioni filosofiche, ma solo per questioni di calcolo empirico, con la conseguenza che la pena capitale appare al servizio della ragione calcolatrice e della decisione sovrana.

A questa ragione calcolante, Derrida oppone una ragione critica che è più autenticamente filosofica e che concretizza «un altro pensiero, che, più attento al tempo – che non è calcolabile – più attento all'evento – che può sempre arrivare – sospenderebbe appunto la pena di morte come si sospende un calcolo»⁶⁰.

6. Conclusione. Oltre Beccaria: la pena dialogica

La decostruzione del discorso sulla pena capitale di Derrida, che riguarda anche la tesi abolizionista di Beccaria, rimette giustamente in questione la teoria moderna della sovranità e percuote il nervo scoperto del diritto penale contemporaneo nell'epoca della globalizzazione.

La possibilità di ripensare la critica della pena di morte al di fuori delle tradizionali categorie concettuali utilizzate dal razionalismo illuminista consente di superare alcune insufficienze della triplice argomentazione abolizionista contenuta nel XXVIII paragrafo del volumetto *Dei delitti e delle pene*.

Infatti, sostenendo la tesi contrattualista, Cesare Beccaria suppone che il diritto alla vita sia un bene indisponibile, sottratto alla volontà del singolo e, dunque, inalienabile allo Stato: ma se, come dimostra l'assetto giuridico degli ordinamenti giuridici odierni, il sovrano conserva il diritto eccezionale di graziare il condannato, esso custodisce comunque la possibilità straordinaria di punirlo con la sanzione capitale e, dunque, di disporre della sua vita.

Inoltre, per Beccaria la pena di morte non è empiricamente utile a prevenire la commissione dei reati, essendo maggiormente efficaci a suo avviso i lavori forzati a vita. Ma il calcolo razionale dei mezzi per raggiungere il fine non riguarda il principio giustificativo della sanzione capitale e resta un argomento empirico, confinato ad una situazione storica contingente e pur sempre dipendente dalla previ-

⁵⁹ Cfr. J. DERRIDA, *Tempo e pena di morte. Un seminario triestino*, loc. cit.

⁶⁰ Cfr. J. DERRIDA, *Tempo e pena di morte. Un seminario triestino*, loc. cit.

sione della legge positiva che, in ogni caso, può essere mutata dalla decisione politica del sovrano.

Infine, l'umanitarismo di Beccaria vorrebbe respingere l'indegnità del supplizio estremo ma trasforma la pena capitale in una sanzione che la ragione calcolante stima certamente più utile, ma obiettivamente disumana e degradante, come i lavori forzati della «bestia di servizio». Il riscatto sociale è negato al reo, che riceve un'afflizione apparentemente utile ma sostanzialmente indegna, senza possibilità di emendarsi e comprendere l'errore né senza riparare effettivamente l'offesa.

Più radicalmente, seguendo i tre argomenti sopra esaminati, si dovrebbe procedere criticamente oltre Beccaria e affermare che la morte non è una pena:

a) perché la vita è totalmente indisponibile, essendo sottratta alla volontà di chiunque e, quindi, anche di ogni ipotetica volontà dello Stato;

b) perché l'utilità è anche ciò che non si può calcolare, non essendo possibile misurare la sanzione criminale con criteri precisi né determinarla con prassi univoche;

c) perché la dignità umana non è la qualità propria di un individuo solo ed irrelato, ma è attributo della struttura relazionale di ogni singolo ed irripetibile soggetto.

La tesi appena illustrata, che sviluppa le ragioni critiche di Beccaria, è però ammissibile soltanto abbandonando la concezione antropologica della nostra epoca, che con perfetta metafora Zygmunt Bauman ha designato «modernità liquida»⁶¹ e che ospita un individuo incerto, relativista e materialista, al quale sono attribuite un'insaziabile libertà e un'astratta uguaglianza con l'altro, senza un'autentica relazione di reciprocità.

Soltanto oltrepassando la modernità, la pena può attuare la sua autentica finalità di riparazione, custodendo in sé le sue tradizionali funzioni (retribuzione, prevenzione generale e prevenzione speciale). Dunque, in questa prospettiva, la pena per l'omicidio, che è il delitto irreparabile, non può essere la sanzione capitale, a causa dell'assenza inevitabile della vittima e della necessità di giudicare il danno incommensurabile commesso dal reo⁶².

L'antropologia relazionale consente di riconsiderare filosoficamente

⁶¹ Cfr. Z. BAUMAN, *Liquid Modernity*, Polity Press, Cambridge, 2000.

⁶² Cfr. F. CAVALLA, *Pena e riparazione. Oltre la concezione liberale dello stato: per una teoria radicale della pena*, in AA.VV., *Pena e riparazione*, Cultura moderna e interpretazione classica, 2, a cura di F. Cavalla e F. Todescan, Cedam, Padova, 2000.

e giuridicamente l'attualità e il valore della pena dialogica, come accade oggi con la *restorative justice*⁶³, garantendo nel processo la mediazione tra l'imputato e la persona offesa, tra il reo e la vittima, al fine di soddisfare il fine supremo della sanzione: la riparazione della lesione del principio di relazionalità che ogni delitto porta con sé e che consente di «civilizzare» la sanzione penale⁶⁴.

Il riconoscimento del valore indisponibile di ogni vita, compresa quella infinitamente colpevole, esclude la giuridicità della sua soppressione, che non è una pena e che appare la forma legale di cancellazione dell'altro. Il pensiero critico che intende opporsi sensatamente alla pena di morte deve recuperare il principio della soggettività come presidio delle relazioni intersoggettive, riassumendo il dovere di riconoscimento del dialogo, che è vita che necessariamente rifiuta la morte, da qualsiasi parte essa provenga, compresa la pretesa potestà punitiva dello Stato.

Procedere da Beccaria ma oltre Beccaria significa riconsiderare che la morte non è una pena, perché la soppressione della vita interrompe il movimento indisponibile della soggettività, al quale allude l'espressione giuridica «dignità umana». La dignità del soggetto umano non è una qualità immobile e misurabile, ma è la soglia indisponibile ed oscillante che si realizza nella relazionalità⁶⁵.

Sicché togliere la vita umana non vuol dire semplicemente imporre la cessazione di un processo biologico ma vuol dire cancellare la relazione con l'altro da sé, che è una realtà incalcolabile, incomputabile e sottratta costitutivamente alla volontà di chiunque.

⁶³ Cfr. F. REGGIO, *Giustizia Dialogica. Luci e ombre della Restorative Justice*, FrancoAngeli, Milano, 2010.

⁶⁴ Cfr. J.R. BLAD, D. CORNWELL, M. WRIGHT (a cura di), *Civilising Criminal Justice. A restorative Agenda for penal Reform*, Waterside Press, Hook-Hampshire, 2013.

⁶⁵ Cfr. P. MORO, *I diritti indisponibili. Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 2004.