

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

44

(2015)

TOMO II



GIUFFRÈ EDITORE

DOMENICO SICILIANO

IL POTERE DELL'INSETTO E
L'INSETTO DEL POTERE. OVVERO:
LA QUESTIONE DEMOCRATICA IN
« DEI DELITTI E DELLE PENE »
DI CESARE BECCARIA (*)

1. Il problema. — 2. « Non essere governati in tal modo ». — 2.1. Critica delle leggi. — 2.2. Della critica e relativizzazione del diritto di proprietà. — 2.2.1. Del « terribile, e forse non necessario diritto ». — 2.2.2. Della contingenza del diritto di proprietà ovvero: la proprietà come un mezzo per la realizzazione del fine del contratto sociale. — 2.3. Il privilegio dei pochi. — 2.4. Le leggi e lo « spirito di famiglia ». — 3. La « moderazione » della critica. — 3.1. La « assoluta necessità » del punire. — 3.2. Dal diritto a punire al diritto penale. — 3.3. Il criterio del « danno della società ». — 3.4. « Noblesse oblige »: dal potere dei delitti ai delitti del potere. — 4. Conclusioni.

1. *Il problema.*

Il tema di questo contributo è la considerazione o meglio: la non considerazione dei rapporti di potere nel diritto penale. Questo viene discusso esemplarmente analizzando il « classico » della filosofia del diritto penale, « Dei delitti e delle pene » di Cesare Beccaria. In una prima parte (*sub* 2.) si ricostruirà la concezione sviluppata da Beccaria per tematizzare in termini fortemente critici la condizione del sistema giuridico penale e più in generale del sistema giuridico del suo tempo sulla base di una visione che fa valere la differenza tra quelle che possiamo chiamare 'leggi reali', le leggi effettivamente esistenti, il *Sein* della situazione legislativo-normativa, e quelle che possiamo chiamare 'leggi ideali', il *Sollen* della situazione legislativo-normativa, cioè tra le leggi così come sono

(*) Ringrazio Massimiliano Gregorio, Luigi Lombardi Vallauri e Antonio Vallini per aver letto versioni precedenti di questo manoscritto e per aver dato preziosi consigli.

e le leggi come dovrebbero essere ‘secondo ragione’. Questa concezione comprende da una parte la critica radicale del diritto di proprietà che, diversamente dal diritto alla vita, non è considerato un diritto di natura e dall’altra parte la critica dello « spirito di famiglia » alla luce del suo contrario, lo « spirito repubblicano », che dovrebbe permeare di sé ogni sistema giuridico composto da uomini e cittadini e non da impauriti sudditi sottoposti al volere dei loro capifamiglia. Si mostrerà quindi (sub 3.) in che modo Beccaria non spinga la sua critica fino alle estreme conseguenze e proponga invece un modello di diritto penale *giusto* e quindi *legittimo*, basato sul contratto sociale, su di un utilitarismo egualitario e su di una concezione della società che tramite il criterio del « danno della società » gli consente di tematizzare all’interno del sistema giuridico penale e più in generale del sistema giuridico le relazioni asimmetriche di forza e di potere tra ricchi e potenti da un lato e poveri e deboli dall’altro.

2. « Non essere governati in tal modo ».

Elemento fondamentale di « Dei delitti e delle pene » è la critica. Beccaria tematizza la condizione attuale del diritto penale ovvero della giustizia penale. Egli evidenzia condizioni non ulteriormente tollerabili. Rifacendoci a Michel Foucault potremmo dire che Beccaria non solo giudica negativamente la condizione del diritto penale e del sistema penale dell’epoca, ma ne richiede pure un radicale cambiamento, considerato che « non si può essere governati in tal modo » ⁽¹⁾.

Da un punto di vista analitico possono essere evidenziate due componenti collegate tra di esse, che vanno a costituire la critica articolata e formulata da Beccaria in « Dei delitti e delle pene ». Si tratta della critica politica e della critica sociale del diritto penale. I mezzi con i quali vengono prodotte le differenze politiche e sociali sono « le leggi ».

⁽¹⁾ In questo contesto definisco con Foucault la critica in generale come « l’arte di non essere governati in tal modo ». Cfr. Michel FOUCAULT, *Qu’est-ce que la critique?*, in « Bulletin de la Société française de Philosophie », LXXXIV (Avril-Juin 1990), trad. tedesca *Was ist Kritik?*, Berlin, 1992, p. 7 e ss., in particolare 12, dove si definisce in generale come Kritik, critica, « die Kunst, nicht dermaßen regiert zu werden ».

2.1. *Critica delle leggi.*

Nell'*Introduzione* alla sua opera Beccaria inizia con la seguente osservazione:

Gli uomini lasciano per lo più in abbandono i più importanti regolamenti alla giornaliera prudenza o alla discrezione di quelli, l'interesse de' quali è di opporsi alle più provvide leggi che per natura rendono universali i vantaggi e resistono a quello sforzo per cui tendono a condensarsi in pochi, riponendo da una parte il colmo della potenza e della felicità e dall'altra tutta la debolezza e la miseria (2).

Due gruppi si contrappongono, o meglio: *non* si contrappongono nella società. Da una parte ci sono « gli uomini ». Essi di regola (« per lo più ») consentono che le più importanti materie vengano lasciate a disposizione della « giornaliera prudenza » ovvero alla « discrezione » di un non meglio definito gruppo di individui (« di quelli »), che in tal modo vengono contrapposti agli « uomini ». Qui possono venir evidenziate delle normatività implicite. In primo luogo l'espressione « lasciare in abbandono » evoca il comportamento di un contadino che consente che i suoi campi vadano in rovina e quindi che altri individui, che a ben vedere non ne hanno il potere, possano far valere delle pretese sui campi in questione. In secondo luogo la « giornaliera prudenza » e la « discrezione » possono a malapena essere intese come delle virtù. La giornaliera prudenza è la prudenza che non guarda lontano, e che quindi è solo concentrata a mantenere i rapporti esistenti, che è fissata a fini conservativi sul quotidiano (3). Un indizio in tal senso può darsi alla luce della prima versione di « Dei delitti e delle pene », intitolata con un'interessante inversione rispetto all'edizione definitiva « Delle pene e dei delitti ». Al passaggio corrispondente Beccaria parla espressamente di « indolente e giornaliera prudenza » o di « discrezione » (4). La « discrezione » è invece un'attività formulatrice di

(2) C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, in Id., *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, diretta da Luigi Firpo, Vol. I, *Dei delitti e delle pene*, a cura di Gianni Francioni, Milano, 1984, p. 23.

(3) Cfr. qui i passi sullo spirito di famiglia, in: BECCARIA, *Delitti*, p. 80 e ss. Si veda al riguardo in dettaglio qui sotto *sub* 2.4.

(4) Il passo in questione recita: « Non vi è cosa più ordinaria negli uomini che i più importanti regolamenti per il loro bene siano piuttosto abbandonati o alla indolente

giudizi non verificabile razionalmente. Abbiamo a che fare con rapporti impregnati di potere se non direttamente autoritari ⁽⁵⁾. Gli altri, i « quelli » del testo di Beccaria non vengono definiti per il tramite della loro qualità umana, ma dei loro interessi. Si tratta precisamente dell'interesse a « opporsi alle più provvide leggi ». Queste leggi sarebbero le leggi che « per natura rendono universali i vantaggi ». Esse condurrebbero quindi a vantaggi per la collettività. Questi vantaggi consisterebbero nella circostanza che tali leggi svolgerebbero un effetto contrario rispetto a quella « forza », pressione o appunto « sforzo » che si sviluppa nella società. Quest'ultima forza condurrebbe a una redistribuzione polarizzante. Da una parte si verrebbe a condensare « il colmo della potenza e della felicità » e dall'altra andrebbero a posizionarsi « tutta la debolezza e miseria ». Subito a seguire Beccaria fonda implicitamente il suo giudizio sulle « leggi » che si sono imposte storicamente, nel momento in cui egli con riferimento alla storia descrive queste di nuovo in termini negativi alla luce del criterio dato da quelle che possiamo chiamare leggi 'ideali' o meglio da quella che possiamo chiamare 'legge ideale':

Apriamo le storie e vedremo che le leggi, che pur sono o dovrebbero esser patti di uomini liberi, non sono state per lo più che lo strumento delle passioni di alcuni pochi, o nate da una fortuita e passeggera necessità; non già dettate da un freddo esaminatore della natura umana, che in un sol punto concentrasse le azioni di una moltitudine di uomini, e le considerasse in questo punto di vista: *la massima felicità divisa nel maggior numero* ⁽⁶⁾.

Qui Beccaria ripete la sua strategia argomentativa, che si basa su due concetti contrari di leggi. In primo luogo viene illustrato il

e giornaliera prudenza o alla discrezione di quelli di cui è interesse l'opporvi ai più provvidi regolamenti, la natura dei quali è sempre di rendere universali i vantaggi e opporsi a quel niso che cerca sempre a ristingerli in pochi, mettendo da una parte il colmo della potenza e della felicità e dall'altra il sommo della imbecillità e della miseria ». BECCARIA, *Delle pene e dei delitti* (sic!), prima redazione, in Id., *Edizione nazionale*, cit., vol. I, p. 135 e ss., 135.

⁽⁵⁾ Questo viene suffragato se si confronta questo passo con un altro nel paragrafo centrale sullo « spirito di famiglia ». Qui Beccaria dice che nella repubblica che consiste di famiglie e non di uomini (liberi) « i figli, cioè la più gran parte e la più utile della società, sono alla discrezione dei padri ». Sullo « spirito di famiglia » vedi ampiamente qui sotto *sub* 2.4.

⁽⁶⁾ BECCARIA, *Delitti*, cit., p. 23. Corsivo nel testo originale.

concetto connotato positivamente: le leggi *dovrebbero* essere « patti di uomini liberi ». In tal modo si rimanda alla posizione simmetrica ovvero paritaria degli uomini (liberi) nella società, che *dovrebbe* costituire il presupposto delle leggi. Le leggi vengono considerate dal punto di vista ideale, del *Sollen*, del *dover essere*. Ma questo di regola è il caso che non si dà. La realtà viene così ricostruita per negazione, come assenza di leggi che siano frutto dell'accordo di soggetti aventi la stessa dignità, di *uomini liberi*. Le leggi vanno piuttosto viste « per lo più » come « stromento delle passioni di alcuni pochi », mezzi impiegati al fine di soddisfare i desideri di una piccola minoranza, ovvero come effetti di una « fortuita e passeggera necessità ». Questo significa che esse non possono essere comprese razionalmente e quindi ricostruite come conformi a criteri di giustizia alla luce di chiari motivi che abbiano portato a esse. Subito a seguire le leggi affermatesi nella storia vengono nuovamente definite *in negativo*: esse non sono il risultato di un « freddo esaminatore della natura umana » che *more geometrico* provveda a massimizzare per gli uomini il bene della felicità, distribuendolo al maggior numero possibile di essi nel modo più egualitario possibile. In tal modo Beccaria propone già nella sua *Introduzione*, sulla scia delle « Meditazioni sulla felicità » pubblicate un anno prima dal suo mentore, Pietro Verri, una concezione utilitarista e al tempo stesso egualitaria del diritto che torna a più riprese, come un vero e proprio Leitmotiv, in « Dei delitti e delle pene » (7).

(7) Informata a tale concezione è la stessa definizione di diritto data da Beccaria nel § II. Cfr. in dettaglio qui sotto *sub* 3.1. Sull'importanza di tale passaggio e sul debito al riguardo di Beccaria nei confronti di Pietro Verri si veda Bernard E. HARCOURT, *Dei Delitti e delle pene di Beccaria: uno strumento di riflessione sulla storia delle fondamenta del diritto penale moderno*, trad. di Alessandro Corda, in « Criminalia », 2013, p. 149 e ss., 158. Gianni Francioni, oltre a ricordare che la formula di Beccaria echeggia « particolarmente » quella utilizzata da Pietro Verri nelle sue *Meditazioni sulla Felicità* (« La felicità pubblica o sia la maggior felicità possibile divisa colla maggiore uguaglianza possibile ». VERRI, *Meditazioni sulla Felicità* (1763), Milano, 1766 [Galeazzi], p. 84, cit. da Francioni, in Beccaria, *Delitti*, cit., p. 23, nota 2) ricorda che tale formula è stata coniata da F. Hutcheson, è stata impiegata da Helvétius e che, « con differente terminologia » Bacon e Hobbes « avevano espresso [...] [u]na simile idea ». FRANCIONI, in Beccaria, *Delitti*, cit., p. 23, nota 2.

2.2. *Della critica e relativizzazione del diritto di proprietà.*

Un ulteriore indicatore della fondamentale considerazione da parte di Beccaria all'interno del diritto penale degli elementi politico e sociali che determinano al delitto è dato dalla forte relativizzazione che riceve il diritto di proprietà.

2.2.1. *Del « terribile, e forse non necessario diritto ».*

Nel § XXII (« Furti ») ⁽⁸⁾ di « Dei delitti e delle pene » Beccaria si dedica alla questione del furto. Qui egli concentra la sua analisi sui furti « che non hanno unito violenza [...] » ⁽⁹⁾. Secondo Beccaria tali delitti dovrebbero venir semplicemente puniti con una pena pecuniaria. La ragione di ciò sarebbe data da una sorta di meccanismo sanzionatorio di tipo retributivo: « Chi cerca di arricchirsi dell'altrui dovrebbe esser impoverito del proprio » ⁽¹⁰⁾.

Tuttavia egli preferisce accantonare l'idea della pena pecuniaria e opta per il lavoro coatto ovvero per la « schiavitù per un tempo delle opere e della persona alla comune società » ⁽¹¹⁾. Tra l'altro egli fonda la sua concezione riferendosi alle cause sociali del furto. Questo secondo lui è di regola un delitto commesso da persone che si trovano a causa della loro povertà in una (disperata) condizione di miseria:

[...] [Q]uesto non è per l'ordinario che il delitto della miseria e della disperazione, il delitto di quella infelice parte di uomini a cui il diritto di proprietà (terribile, e forse non necessario diritto) non ha lasciato che una nuda esistenza [...] ⁽¹²⁾.

Il furto pertanto è di norma una reazione all'esclusione della classe inferiore della popolazione dalla distribuzione dei beni e con ciò dalla felicità. Poiché il contratto sociale significa per gli uni proprietà e per gli altri la « nuda esistenza », gli esclusi sono costretti dalla loro miseria a violare il diritto (penale). In tal modo la

⁽⁸⁾ Cfr. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, in: Id., *Edizione nazionale*, cit., vol. I, p. 75 e ss., 75.

⁽⁹⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰⁾ *Ibidem*.

⁽¹¹⁾ *Ibidem*.

⁽¹²⁾ Ivi, p. 75 e s.

definizione di Beccaria della proprietà come « terribile, e forse non necessario diritto » si spiega particolarmente bene. Si può asserire qui plausibilmente che il diritto di proprietà per Beccaria è « terribile » perché esso rappresenta una ‘sventura’ per la parte ‘sventurata’ della popolazione. Sebbene l’osservazione si trovi tra parentesi, essa non rappresenta alcun obiter dictum e ancor meno un lapsus. Si tratta — come è stato già notato ⁽¹³⁾ — di un passo che è stato modificato da Beccaria nella terza edizione. Nella prima redazione così come nella prima edizione del 1764 il passo corrispondente recita: « [...] terribile, ma forse necessario diritto » ⁽¹⁴⁾. Tramite l’immissione della negazione *non* si ha lo spostamento da un’ancora possibile fondazione del diritto di proprietà all’ipotesi della non necessità di questa. La tesi della precisa volontà di Beccaria di mettere in questione il diritto di proprietà è resa plausibile da un’importante lettera del 26 settembre 1766 di Isaak Iselin a Moses Mendelssohn. In essa Iselin comunica a Mendelssohn di aver fatto a Beccaria, per il tramite di un conoscente in Italia, la domanda da lui

⁽¹³⁾ Vedi la nota di Gianni Francioni al testo della terza edizione in Cesare BECCARIA, *Dei Delitti e delle pene*, a cura di Gianni Francioni, in Beccaria, *Edizione nazionale*, cit., vol. I, p. 75 nota 3. Nella discussione in lingua tedesca è esemplare la concezione di Gustav Radbruch, che parla di « Akzentverschiebung ». Gustav RADBRUCH, *Isaak Iselin über Cesare Beccaria*, in *Elegantiae juris criminalis*, Basel, 1938, p. 61 e ss., p. 67 e s.. Radbruch, partendo dal passo modificato e da una lettera di Isaak Iselin a Moses Mendelssohn ricostruisce a mio parere in modo convincente questo passo come un passo centrale nel pensiero di Beccaria e come espressione della sua radicalità democratica. Mentre Rousseau nel suo *Discours sur l'économie politique* alla fine avrebbe richiesto una « vernunftgemäß[e] Eigentumsverteilung, die allen etwas gibt und keinem zuviel [...] », Beccaria sarebbe stato « [...] in der Anzweiflung des Privateigentums weit radikaler als Rousseau ». RADBRUCH, *Iselin über Beccaria*, cit., p. 61 e ss., 68. Radbruch aggiunge: « Er erklärt in den angeführten Worten das Privateigentum für „vielleicht“ überflüssig, den Sozialismus oder, wie Iselin ihn nennt, die Gemeinschaft für durchaus erwägenswert ». Ivi, p. 61 e ss., 68. In tal modo Radbruch ascrive Beccaria alla « demokratische Lehre », che — contrariamente al liberalismo « [...] Bestand und Grenzen des Privateigentums aus dem Staatswillen ableitet und vom Staatswillen abhängig macht ». Ivi, p. 61 e ss., 69. Sulla lettera di Iselin a Mendelssohn si veda ampiamente in seguito.

⁽¹⁴⁾ Per la cd. « prima redazione » si veda qui BECCARIA, *Delitti*, cit., p. 160; per la prima edizione si veda l’osservazione di Gianni Francioni, ivi, p. 75 n. 3; cfr. anche l’osservazione di ALFF, in Cesare Beccaria, *Über Verbrechen und Strafen*, Nach der Ausgabe von 1766 übersetzt und herausgegeben von Wilhelm Alff, Frankfurt am Main/Leipzig, 1998, p. 110, Fn * (sic!).

suggeritagli in una lettera precedente, e cioè se forse si sia trattato di un errore quando ha scritto « propriété droit terrible et qui peut-être n'est pas nécessaire » (15). Beccaria avrebbe risposto che non si è trattato « per nulla di un errore di stampa, ma [...] proprio della sua opinione » (16). Egli avrebbe anche fondato la sua opinione — così riferisce ancora Iselin — riferendosi alla messa in comune dei beni a Sparta e negli ordini monacali (17).

Il mutamento ovvero l'affinarsi della critica nei confronti del diritto di proprietà dalla terza edizione di « Dei delitti e delle pene » è sintomo a mio parere del paradosso in cui Beccaria si trova: da un lato egli sottolinea come causa ordinaria del furto l'esclusione di una parte della popolazione dall'accesso alla proprietà; dall'altro lato questo modo di vedere si trova in tensione teorica con il manteni-

(15) Citato dettagliatamente da RADBRUCH, *Iselin über Beccaria*, cit., p. 61 e ss., p. 61 e s. Questo passo aveva provocato la reazione indignata di Mendelssohn nella sua lettera a Iselin del 1° giugno 1766: « Was? Haben die Sophistereyen des grossen Weltweisen so weit durchgedrungen, dass man kein Bedenken trägt, von dem heilsamsten Rechte der menschlichen Gesellschaft so verächtlich zu sprechen! Man erlaubt es einem Genie, allenfalls zur Debauche des Geistes, einen paradoxen Satz durch alle seine Folgen durchzusetzen, und damit Künste und Wissenschaften nichts zum Besten des menschlichen Geschlechts gethan haben sollen, das Eigenthum und die ganze gesellschaftliche Einrichtung überhaupt für unnöthig auszugeben. Aber diese seltsamen Folgen zuversichtlich anzunehmen, und in einem Werke, das die Menschen von ihren Rechten und Obliegenheiten unterrichten soll, im Vorbeygehen als ausgemacht anzuführen, ver-räth meines Erachtens keine geringe Uebereilung. Wer die wilden Meinungen nicht kennt, die in unseren Tagen Aufsehen machen, muss diese ganze Zeile für einen Druckfehler halten ». MOSES MENDELSSOHN, *Gesammelte Schriften Jubiläumsausgabe*, vol. 12, 1, II, 1, Stuttgart-Bad Cannstatt, 1976, p. 108 e ss., p. 111 e s. Qui Beccaria viene tra lo altro « smascherato » come discepolo di Rousseau: « Der Italiäner hat den gar seltsamen, beleidigenden Ton des Rousseau angenommen, der immer so spricht, als wenn das ganze menschliche Geschlecht vor seiner Zeit gar nicht gedacht hätte ». Ivi, p. 108 e ss., p. 111. Nella sua risposta Iselin sottolinea rifacendosi a Mendelssohn i tratti rousseauiani di *Dei delitti e delle pene*. Cfr. qui RADBRUCH, *Iselin über Beccaria*, cit., p. 61 e ss., p. 61 e s.

(16) RADBRUCH, *Iselin über Beccaria*, cit., p. 61 e ss., 62.

(17) *Ibidem*. Il passo recita: « Er sagte, dies sei kein Druckfehler, sondern seine völlige Meinung; die Möglichkeit der Gemeinschaft und derselben Nutzen habe man an den Spartanern gesehen, und sehe sie noch an den Münchsorden, wo es doch leider die Natur wäre ». Sull'atteggiamento assai critico nei confronti della proprietà dei Certosini e dei Benedettini, marcata come *vitium proprietatis* ovvero *nequissimum vitium* (in questo senso la *Regola* di san Benedetto al capitolo 33) si veda Luigi LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 2012², p. 456 e ss., 459.

mento della sanzione penale prevista per il furto. Beccaria critica il diritto di proprietà e addirittura lo mette in discussione. Tuttavia resta dell'idea che il furto debba essere punito. La sua critica ha effetti solo sul piano del *quantum*, non dell'*an* ovvero del se punire⁽¹⁸⁾. Tuttavia, a differenza di autori come von Globig e Huster⁽¹⁹⁾, che forniscono espressamente una fondazione del diritto di proprietà, Beccaria non risolve il paradosso. La radicale messa in questione del diritto di proprietà resta al centro della sua opera. Questo può essere provato alla luce di altri passi di « Dei delitti e delle pene » nei quali le cause politiche e sociali del delitto ovvero del furto vengono evidenziate con gran forza.

2.2.2. *Della contingenza del diritto di proprietà ovvero: la proprietà come un mezzo per la realizzazione del fine del contratto sociale.*

Nel § XXXIV (« Dei debitori »)⁽²⁰⁾ Beccaria tratta il tema dell'impiego del diritto penale nei confronti dei debitori. Si tratta

⁽¹⁸⁾ Su di un livello più generale si posiziona l'argomentazione di Naucke, secondo il quale Beccaria sarebbe il tipo del politico criminale moderno, o meglio « das erste klare Beispiel für einen Wissenschaftler-Typus, der im 19. und 20. Jahrhundert ständig wiederkehrte ». Questo scienziato del diritto penale farebbe allo stesso tempo « critica del diritto penale » e « neo-fondazione del diritto penale immune alla critica ». Wolfgang NAUCKE, *Die Modernisierung des Strafrechts durch Beccaria*, in Cesare Beccaria. *Die Anfänge moderner Strafrechtspflege in Europa*, Gerhard Deimling (ed.), Heidelberg, 1989, p. 37 e ss., 42. Vedi anche ID., *Einführung* a Cesare Beccaria, *Von den Verbrechen und von den Strafen*, Aus dem Italienischen von Thomas Vormbaum, Berlin, 2004, p. IX e ss., dove Naucke ricostruisce e critica il « Beccaria-Schema » che fonda « das säkulare, humane, rechtsstaatliche Strafrecht [...] ». Ivi, p. IX e ss., XV. Importante latenza della concezione di Naucke è qui la critica di Michel Foucault allo « spirito umanitario » ovvero alla « mittezza » dell'Illuminismo nel diritto penale sub specie della nuova « tecnologia del potere » nel suo libro *Sorvegliare e punire*. Esempiarmente, capovolgendo la formula dell'umanesimo: « L'«uomo», che i riformatori hanno eretto contro il dispotismo del patibolo è anch'esso un uomo-misura: non delle cose tuttavia, ma del potere ». Michel FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Torino, 1976, p. 81. Vedi in particolare la seconda parte, p. 77 e ss. In generale su Beccaria vedi anche i contributi in Cesare Beccaria, *La Pratica dei Lumi*, a cura di Vincenzo Ferrone e Gianni Francioni, Firenze, 2000. Su Beccaria e Foucault vedi da ultimo Bernard E. HARCOURT, *Strumento*, cit., p. 149 e ss., p. 173 e ss.

⁽¹⁹⁾ Mi permetto di rimandare sul punto al mio *Das Leben des fliehenden Diebes: Ein Strafrechtliches Politikum*, Frankfurt am Main, 2013², p. 308 e ss., p. 319 e ss.

⁽²⁰⁾ Vedi BECCARIA, *Delitti*, cit., p. 109 e ss.

qui principalmente della garanzia della «sicurezza del commercio»⁽²¹⁾ ovvero della considerazione dal punto di vista del diritto penale del «fallimento». Nella quinta edizione Beccaria corregge la concezione fino ad allora da lui sostenuta, che aveva previsto una limitazione molto più profonda dei diritti del reo, e cioè l'utilizzo per il «fallito innocente» della pena del carcere al fine del risarcimento dei creditori. Ora Beccaria sostiene che non è possibile fare alcun rimprovero nei confronti di colui che incolpevolmente è diventato incapace di pagare:

[Q]ual sarà il pretesto legittimo, come la sicurezza del commercio, come la sacra proprietà dei beni, che giustifichi una privazione di libertà inutile fuori che nel caso di far coi mali della schiavitù svelare i segreti di un supposto fallito innocente, caso rarissimo nella supposizione di un rigoroso esame! (22).

Subito a seguire Beccaria propone una concezione di politica legislativa ispirata alla gravità e probabilità di verificarsi del danno e all'intensità dell'elemento soggettivo. Beccaria riconduce in una nota commercio e proprietà dei beni alla loro mera finalità strumentale rispetto ad altri beni nella prospettiva del contratto sociale: «Il commercio, la proprietà dei beni, non sono un fine del patto sociale, ma possono essere un mezzo per ottenerlo»⁽²³⁾.

Qui si percepisce nuovamente la tensione immanente alla concezione di Beccaria. Da un lato si parla di «sacra proprietà dei beni»; dall'altro Beccaria ricorda che la proprietà, come il commercio, non costituisce per nulla un fine del contratto sociale. Essa può essere un mezzo per ottenerlo, come pure non esserlo. In tal modo il diritto di proprietà viene notevolmente relativizzato e reso contingente⁽²⁴⁾.

(21) Ivi, p. 109.

(22) Ivi, p. 110.

(23) Ivi, p. 111, nota a. La netta differenza qualitativa alla luce del diritto naturale tra vita e beni viene ribadita da Beccaria nel § XXX: «La sicurezza della propria vita è un diritto di natura, la sicurezza dei beni è un diritto di società». Ivi, p. 99.

(24) Cfr. qui Alberto Burgio, che nel suo commento ritiene la parte del § XXXIV aggiunta da Beccaria nella V edizione «una delle pagine centrali dei *Delitti* [...] per il relevantissimo rifiuto di anteporre la sicurezza del commercio e della proprietà privata alle ragioni della giustizia, cioè al concreto soddisfacimento dei bisogni di 'tutti i membri della società'». A. BURGIO, in Cesare BECCARIA, *Dei Delitti e delle pene*, prefazione di Stefano Rodotà, cura di Alberto Burgio, Milano, 1991, p. 186, nota 135.

2.3. *Il privilegio dei pochi.*

La critica delle leggi come mezzo per la produzione e riproduzione di strutture ingiuste del vivere sociale ritorna in altri passi di « Dei delitti e delle pene ». Nel centrale, e per l'illuminismo del diritto penale, programmatico § XXVII (« Dolcezza delle pene ») ⁽²⁵⁾ Beccaria costruisce una concezione della legge con la quale egli può criticare severamente l'attuale condizione del diritto penale. Il passo recita:

Chi nel leggere le storie non si raccapriccia d'orrore pe' barbari ed inutili tormenti che da uomini, che si chiamavano savi, furono con freddo animo inventati ed eseguiti? Chi non può sentirsi fremere tutta la parte la più sensibile nel vedere migliaia d'infelici che la miseria, o voluta o tollerata dalle leggi, che hanno sempre favorito i pochi ed oltraggiato i molti, trasse ad un disperato ritorno nel primo stato di natura, o accusati di delitti impossibili e fabbricati dalla timida ignoranza, o rei non d'altro che di esser fedeli ai propri principii, da uomini dotati dei medesimi sensi, e per conseguenza delle medesime passioni, con meditate formalità e con lente torture lacerati, giuocando spettacolo di una fanatica moltitudine? ⁽²⁶⁾.

Qui ha luogo uno slittamento. Quello che nell'introduzione era un'evenienza probabile, in quanto si verificava « per lo più », quello che era il risultato di un'osservazione che *di regola* risultava fondata, e che quindi prevedeva anche la possibilità di eccezioni, acquista ora carattere universale: 'le leggi' e non 'la maggior parte delle leggi', hanno *sempre* preso le parti dei pochi ovvero di una piccola minoranza a sfavore della grande maggioranza. La conseguenza di ciò è stata la miseria per i molti, e — presumibilmente — la felicità per la (piccola) minoranza. Questa miseria sarebbe causata dalle leggi o direttamente (« voluta ») o per omissione (« tollerata »). Se si considera che secondo Beccaria il fine del contratto sociale consiste nel garantire sicurezza, libertà e la maggior felicità possibile al maggior numero possibile di esseri umani ⁽²⁷⁾, le leggi costituiscono l'ostacolo alla realizzazione del contratto sociale, sì, esse ne impediscono la realizzazione, nel momento in cui producono la

⁽²⁵⁾ Vedi BECCARIA, *Delitti*, cit., p. 83.

⁽²⁶⁾ Ivi, p. 85 e s.

⁽²⁷⁾ Si veda l'*Introduzione*, trattata sopra *sub* 2.1., nonché la definizione di diritto di cui al § II, *sub* 3.1.

felicità della minoranza e non — come invece dovrebbe essere — della maggioranza.

Un simile risalto delle cause sociali e politiche del delitto ovvero di alcuni tipi di delitti viene dato da Beccaria nell'altrettanto importante § XXVIII intitolato « Della pena di morte ». Qui egli argomenta contro la pena di morte e per la pena detentiva — tra l'altro — da un punto di vista general-preventivo. Beccaria si chiede se la pena di morte sia più efficace della pena detentiva della « schiavitù perpetua », cioè dell'ergastolo. La sua risposta è negativa. Nell'argomentare per l'efficacia della pena detentiva Beccaria si rappresenta ideal-tipicamente il processo motivazionale di un ladro ovvero di un assassino che consideri i pro e contra della minacciata pena di morte:

Quali sono queste leggi ch'io debbo rispettare, che lasciano un così grande intervallo tra me il ricco? Egli mi nega un soldo che li cerco, e si scusa col comandarmi un travaglio che non conosce. Chi ha fatte queste leggi? Uomini ricchi e potenti, che non si sono mai degnati visitare le squallide capanne del povero, che non hanno mai diviso un ammuffito pane fralle innocenti grida degli affamati figliuoli e le lagrime della moglie. Rompiamo questi *legami fatali alla maggior parte ed utili ad alcuni pochi ed indolenti tiranni*, attacchiamo l'ingiustizia nella sua sorgente. Ritornerò nel mio stato d'indipendenza naturale, vivrò libero e felice per qualche tempo coi frutti del mio coraggio e della mia industria, verrà forse il giorno del dolore e del pentimento, ma sarà breve questo tempo, ed avrò un giorno di stento per molti anni di libertà e di piaceri. Re di un piccol numero, correggerò gli errori della fortuna, e vedrò questi tiranni impallidire e palpitare alla presenza di colui che con un insultante fasto posponevano ai loro cavalli, ai loro cani (28).

(28) BECCARIA, *Delitti*, cit., p. 91 e s. Corsivo mio. Beccaria ricorre qui allo schema retorico della prosopopea. Si veda qui ampiamente sull'orazione del ladro/assassino che intende smascherare l'arroganza delle leggi ma che soprattutto smaschera la violenza, l'ingiustizia e l'inutilità della pena di morte Philippe AUDEGEAN, *La philosophie de Beccaria. Savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Paris, 2011, tr. it. di Barbara Carnevali, *Cesare Beccaria, filosofo europeo*, Roma, 2014, p. 127 e ss., per esempio p. 127 e p. 129 e s.: « [E]ssa è non solo inutile, ma dannosa e criminogena, dal momento che, lungi dal dissuadere, incita a delinquere. [...] Annientando il criminale come un nemico, la società svela la distanza che separa i ricchi dai poveri, infrangendo la speranza di chi vorrebbe migliorare la propria condizione tramite il lavoro. Davanti alla prospettiva di una vita di miseria, i derelitti smettono di temere la morte per darsi al crimine. La violenza della punizione, mettendo in risalto la violenza dei rapporti sociali, suscita la loro violenza. Al contrario, incarcerando il criminale, e condannandolo al lavoro al quale pretendeva di sottrarsi, la società continua a trattarlo come una parte di sé: invece di

L'ultima spinta ad agire delittuosamente verrebbe fornita secondo Beccaria dalla religione con il suo effetto deresponsabilizzante e la promessa di vita eterna al di là della (pena di) morte: « Allora la religione si affaccia alla mente dello scellerato, che abusa di tutto, e presentandogli un facile pentimento ed una quasi certezza di eterna felicità, diminuisce di molto l'orrore di quell'ultima tragedia »⁽²⁹⁾.

Nel processo motivazionale di questo ladro ovvero assassino viene tra l'altro messa in questione la « legittimità » delle « leggi » sotto due profili. *In primo luogo* vengono evidenziate le conseguenze sociali di tali leggi e descritte come ingiuste. Si tratta di leggi che creano grandi differenze tra il ricco e il ladro/assassino, che viene connotato da un punto di vista sociale con la categoria della povertà. *In secondo luogo* « le leggi » vengono criticate per quel che riguarda il processo della loro posizione. Esse sono state poste dal gruppo degli individui « ricchi e potenti » che vivono irrimediabilmente separati dal gruppo dei poveri. Esse sono utili per « pochi e indolenti tiranni », per una piccola minoranza di soggetti che dominano non secondo democrazia ma secondo tirannia, la tirannia delle leggi in definitiva. Le leggi sono considerate qui come 'strutturalmente ingiuste', la forma per la creazione e la riproduzione di rapporti di potere ingiusti.

Qui è interessante notare che la giustificazione fornita dal ladro o assassino per il suo agire è sottoposta a ben pochi rilievi. La sola chiara riprovazione del pensiero e dell'agire del delinquente può essere letta nel passaggio in cui Beccaria dice che il delinquente è uno « scellerato, che abusa di tutto ». D'altro canto, la simpatia di Beccaria per il ladro/assassino pervade l'intero passo. Essa può essere ricostruita considerando *da un lato* la rappresentazione fatta da Beccaria del milieu del povero ovvero delle condizioni di miseria sue e della sua famiglia, che si trova *incolpevolmente* (le « innocenti grida degli affamati figliuoli e le lagrime della moglie ») a dover sopportare un grave stato di necessità. *Dall'altro lato* Beccaria ricorda che il lavoro, precisamente: « il travaglio » a cui i poveri

sfogare la sua collera gli propone un calcolo. Il condannato non soccombe a una guerra dichiarata contro di lui, ma diventa 'lo schiavo delle leggi' ».

(29) Ivi, p. 92.

vengono ‘costretti’ dai ricchi ai fini della loro inclusione nella società, è un lavoro che il ricco per definizione « non conosce ». Questa implicita presa di posizione a favore del povero viene rafforzata dalla successiva comparazione tra questo e i cavalli e i cani del ricco e potente, laddove la pretermissione del povero agli animali appartenenti alla classe privilegiata è connotata come espressione di un « insultante fasto ».

Complessivamente i ricchi e i poveri vengono considerati come mondi separati, a mala pena conciliabili, nei quali la « correzione » degli « errori della fortuna » viene attuata per il mezzo del delitto ovvero del furto o della rapina.

2.4. *Le leggi e lo « spirito di famiglia ».*

Un punto è chiaro. Il principio è il seguente: regolamentazioni giuridiche importanti per lo stato vengono poste da coloro che perseguono interessi particolari, e non generali. Si tratta di una piccola minoranza, l'interesse della quale si è imposto a detrimento degli interessi della grande maggioranza. Sulla strutturale antidemocraticità del diritto prodotto Beccaria torna ancora nel § XXV (« Bandi e confische »). Egli osserva:

Le confische mettono un prezzo sulle teste dei deboli, fanno soffrire all'innocente la pena del reo e pongono gl'innocenti medesimi nella disperata necessità di commettere i delitti. Qual più triste spettacolo che una famiglia strascinata all'infamia ed alla miseria dai delitti di un capo, alla quale la sottomissione ordinata dalle leggi impedirebbe il prevenirgli, quand'anche vi fossero i mezzi per farlo! ⁽³⁰⁾.

La miserabile condizione di sottomissione degli innocenti componenti della famiglia viene ricondotta da Beccaria allo « spirito di famiglia » che permea di sé la società. La caratteristica principale di tale « spirito di famiglia » consisterebbe nella circostanza che la società non viene trattata come un'unione di uomini, ma come un'unione di famiglie:

Vi siano cento mila uomini, o sia ventimila famiglie, ciascuna delle quali è composta di cinque persone, compresovi il capo che la rappresenta: se l'associazione è fatta per le famiglie, vi saranno ventimila uomini e ottanta-

⁽³⁰⁾ Ivi, p. 80.

mila schiavi; se l'associazione è di uomini, vi saranno cento mila cittadini e nessun schiavo. Nel primo caso vi sarà una repubblica, e ventimila piccole monarchie che la compongono; nel secondo lo spirito repubblicano non solo spirerà nelle piazze e nelle adunanze della nazione, ma anche nelle domestiche mura, dove sta gran parte della felicità o della miseria degli uomini ⁽³¹⁾.

Due sono le concezioni della società repubblicana che qui si contrappongono. Il primo tipo di repubblica prevede una società formata da famiglie. Qui sono considerati cittadini della repubblica solo i « rappresentanti della famiglia » ovvero i « padri di famiglia ». Gli uomini (e le donne) restanti non vengono costituiti cittadini, ma schiavi.

Il secondo tipo di repubblica prevede soggetti che in forza del patto costitutivo della repubblica sono tutti pure uomini, cioè soggetti posti sullo stesso piano e quindi cittadini. Questo porta a una concezione della famiglia aperta rispetto alla restante parte della società, motore della repubblica stessa come prima sua fondamentale 'molecola'. Le relative conseguenze vengono evidenziate con nettezza da Beccaria:

Nel primo caso, come le leggi ed i costumi sono l'effetto dei sentimenti abituali dei membri della repubblica, o sia dei capi della famiglia, lo spirito monarchico s'introdurrà a poco a poco nella repubblica medesima; e i di lui effetti saranno frenati soltanto dagli interessi opposti di ciascuno, ma non già da un sentimento spirante libertà ed uguaglianza. Lo spirito di famiglia è uno spirito di dettaglio e limitato a' piccoli fatti ⁽³²⁾.

Diverso è il caso nella repubblica in cui aleggi ovunque lo « spirito regolatore delle repubbliche », il quale, « padrone dei principii generali, vede i fatti e gli condensa nelle classi principali ed importanti al bene della maggior parte » ⁽³³⁾. La contrapposizione viene ulteriormente declinata da Beccaria:

Nella repubblica di famiglie i figli rimangono nella potestà del capo, finché vive, e sono costretti ad aspettare dalla di lui morte una esistenza dipendente dalle sole leggi. Avvezzi a piegare ed a temere nell'età più verde e vigorosa, quando i sentimenti son meno modificati da quel timore di esperienza che chiamasi moderazione, come resisteranno essi agli ostacoli che il vizio

⁽³¹⁾ Ivi, p. 81.

⁽³²⁾ *Ibidem.*

⁽³³⁾ *Ibidem.*

sempre oppone alla virtù nella languida e cadente età, in cui anche la disperazione di vederne i frutti si oppone ai vigorosi cambiamenti? ⁽³⁴⁾.

Qui spira il vento della lotta di potere tra le generazioni. La società dominata dallo spirito di famiglia è catafratta dalla sua « moderazione », cioè dalla sua paura di sperimentare. Questa condizione di sottomissione è l'effetto di un processo di socializzazione ed educativo patriarcale. La « moderazione », la condizione di chi 'è moderato', soffoca lo spirito repubblicano e con esso già *la possibilità* della critica. In tal modo vengono resi altamente improbabili se non praticamente impossibili dei cambiamenti fondamentali della struttura della società ⁽³⁵⁾.

Se si collegano questi passi sullo spirito di famiglia con i passi sopra ricordati sulle « leggi », si pone presto la domanda circa la connessione delle *leggi* con la coppia concettuale *spirito repubblicano/spirito di famiglia*. *Da una parte*, se la caratteristica essenziale delle « leggi » che di norma vengono poste in essere consiste nella circostanza che esse perseguono gli interessi di una piccola minoranza e non del maggior numero dei soggetti in una società, allora esse vanno messe in relazione con lo spirito di famiglia. Le 'leggi

⁽³⁴⁾ *Ibidem*.

⁽³⁵⁾ Un pericolo per la repubblica e lo spirito repubblicano è dato secondo Beccaria dall'eccessivo ampliamento dei confini della repubblica stessa: « A misura che la società si moltiplica, ciascun membro diviene più piccola parte del tutto, e il sentimento repubblicano si sminuisce proporzionalmente, se cura non è delle leggi di rinforzarlo. Le società hanno come i corpi umani i loro limiti circoscritti, al di là de' quali crescendo, l'economia ne è necessariamente disturbata. Sembra che la massa di uno stato debba essere in ragione inversa della sensibilità di chi lo compone, altrimenti, crescendo l'una e l'altra, le buone leggi troverebbero nel prevenire i delitti un ostacolo nel bene medesimo che hanno prodotto ». Ivi, p. 82 e s. Il rimedio è dato secondo Beccaria qui dal 'dispotismo illuminato', cioè dall'intervento decisivo del potere di un singolo despota, quindi di un potere per definizione non repubblicano, a bloccare virtuosamente il processo di degenerazione, sorta di Baron von Münchhausen che si tira fuori dall'acqua facendo forza sul suo codino: « Una repubblica troppo vasta non si salva dal dispotismo che col suddividersi e unirsi in tante repubbliche federative. Ma come ottenere questo? Da un dittatore dispotico che abbia il coraggio di Silla, e tanto genio d'edificare quant'egli ne ebbe per distruggere ». Ivi, p. 83. Si vedano al riguardo le osservazioni di BURGIO, in Cesare Beccaria, *Dei Delitti*, cit., p. 172, nota 95, che ricorda, citando Venturi, come Silla fosse lo pseudonimo scelto da Pietro Verri per l'Accademia dei Pugni.

particolari' sono le leggi che perseguono gli interessi di una pars, di una parte o 'partito' all'interno di una società. E al contrario vale che lo spirito di famiglia ovvero tutto ciò che può essere a esso ricondotto e nasce secondo la sua logica, icasticamente: tutto ciò che sorge secondo le sue strategie e giochi di potere porta a leggi e regolamentazioni e più in generale a decisioni che attuano interessi particolari, e quindi privi di giustificazione dal punto di vista normativo. *Dall'altra parte* lo spirito repubblicano corrisponde all'interno della strategia discorsiva di Beccaria, che tematizza coppie di concetti contrari, alle « leggi ideali ». Esso è lo spirito dei « principi generali », che porta al « bene della maggior parte ». La sua declinazione sul piano giuridico è data dalle « più provvide leggi » ⁽³⁶⁾, quasi mai realizzate nella realtà storica.

3. *La « moderazione » della critica.*

La critica di Beccaria non si limita soltanto a segnalare le condizioni insopportabili del diritto penale che vengono causate dalle « leggi ». Essa è anche 'positiva' ovvero 'produttiva' nel momento in cui Beccaria propone un modello di 'diritto penale giusto'. Qui il punto di partenza è dato di nuovo dal concetto polarizzato di legge.

3.1. *La « assoluta necessità » del punire.*

Nel § I sull'« origine delle pene » Beccaria collega il concetto di *leggi* con quelli di *contratto* e *sovranità*:

Le leggi sono le condizioni, colle quali uomini indipendenti ed isolati si unirono in società, stanchi di vivere in un continuo stato di guerra e di godere una libertà resa inutile dall'incertezza di conservarla. Essi ne sacrificarono una parte per goderne il restante con sicurezza e tranquillità. La somma di tutte queste porzioni di libertà sacrificate al bene di ciascheduno forma la sovranità di una nazione, ed il sovrano è il legittimo depositario ed amministratore di quelle [...] ⁽³⁷⁾.

In tal modo viene fondata l'autorità del sovrano e con ciò viene

⁽³⁶⁾ BECCARIA, *Delitti*, cit., p. 23. Vedi in questo testo sopra *sub* 2.1.

⁽³⁷⁾ *Ivi*, p. 25.

garantita la legittimazione del *diritto*. Resta ancora da fondare l'autorità *punitiva* del sovrano e con ciò da garantire la legittimazione del *diritto penale*. Questo si verifica con un passaggio ulteriore:

[M]a non bastava il formare questo deposito, bisognava difenderlo dalle private usurpazioni di ciascun uomo in particolare, il quale cerca sempre di togliere dal deposito non solo la propria porzione, ma usurparsi ancora quella degli altri. Vi volevano dei motivi sensibili che bastassero a distogliere il dispotico animo di ciascun uomo dal risommere nell'antico caos le leggi della società. Questi motivi sensibili sono le pene stabilite contro agl'infrattori delle leggi. Dico *sensibili motivi*, perché la speranza ha fatto vedere che la moltitudine non adotta stabili principii di condotta, né si allontana da quel principio universale di dissoluzione, che nell'universo fisico e morale si osserva, se non con motivi che immediatamente percuotono i sensi e che di continuo si affacciano alla mente per contrabalanziare le forti impressioni delle passioni parziali che si oppongono al bene universale [...] ⁽³⁸⁾.

Qui si può osservare quanto segue: *In primo luogo* in forza del contratto sociale viene ceduta della *libertà* contro la *sicurezza*. *Sicurezza* in forza del diritto penale vuol dire far percepire a ciascuno e cioè a ciascuno all'interno di un gruppo, di una moltitudine, che vorrebbe offendere la libertà scambiata contro la sicurezza presso il sovrano, che egli *non lo deve fare*. Il diritto penale, con il suo influsso meccanico, con la sua coazione sui corpi, crea le condizioni della possibilità per la presa su ciascuno, cioè su tutti i soggetti nella loro singolarità all'interno della società. Esso serve a consolidare i principii di condotta come norme per la condotta di vita. Con la concezione di Michel Foucault, che individua le tecniche pastorali come matrice delle strategie governamentali dello stato moderno, si potrebbe dire: vengono presi i soggetti « omnes et singulatim » ⁽³⁹⁾, nel loro insieme e singolarmente allo stesso tempo. *In secondo luogo*,

⁽³⁸⁾ Ivi, p. 25 e ss. Corsivo nel testo originale.

⁽³⁹⁾ Vedi M. FOUCAULT, *Omnes et singulatim. Towards a Criticism of Political Reason*, in *The Tanner Lectures on Human Values*, a cura di S. McMurrin, Salt Lake City, 1981, p. 223 e ss., trad. it. a cura di Ottavio Marzocca, *Omnes et singulatim. Verso una critica della ragion politica*, in Michel Foucault, *Biopolitica e liberalismo. Detti e scritti su potere ed etica 1975-1984*, Milano, 2001, p. 107 e ss.; per la ricostruzione dell'analisi di Foucault della *gouvernementalité* fondamentale è Thomas LEMKE, *Eine Kritik der politischen Vernunft. Foucaults Analyse der modernen Gouvernementalität*, Hamburg und Berlin, 1997.

ancor più importante: Beccaria si muove all'interno di uno schema securitario, alla Hobbes (40), in cui la sicurezza è prioritaria rispetto alla libertà. Senza sicurezza, è questo l'implicito di Beccaria, non c'è libertà o meglio: la libertà non serve. Questo è confermato dalla circostanza che dalla concezione di Beccaria non è ricavabile il contrario, e cioè che senza la libertà la sicurezza non serve. La relazione tra sicurezza e libertà è dunque asimmetrica a favore della prima. *In terzo luogo*: non è chiaro che cosa succeda qualora le persone che per effetto della stipulazione del contratto sociale hanno dato parte della loro libertà in custodia al sovrano vogliano (solo) riottenere indietro la loro libertà, in breve: vogliano recedere dal contratto sociale. Qui sembra che lo stato non sia più autorizzato a intervenire per mezzo del diritto penale, a difendere diritti che non sono più affidati alla sua custodia. *In quarto luogo*, come possono distinguersi le sanzioni di diritto penale da quelle che non lo sono? La concezione del contratto sociale non fornisce un criterio per l'accertamento della differenza. Pure il criterio dei « motivi sensibili » mostra poca consistenza: come distinguere con una qualche certezza sanzioni che rappresentano agli occhi dei destinatari « motivi sensibili » da sanzioni che non posseggono tale qualità? Ricorre in aiuto un ulteriore criterio, dato dal principio della « assoluta necessità »:

Ogni pena che non derivi dall'assoluta necessità, dice il grande Montesquieu, è tirannica; proposizione che si può rendere più generale così: ogni atto di autorità di uomo a uomo che non derivi dall'assoluta necessità è tirannico (41).

Su questo presupposto fortemente libertario si può fondare secondo Beccaria il diritto del sovrano a punire:

(40) Si veda esemplarmente BURGIO, in Cesare Beccaria, *Dei Delitti*, cit., p. 127, nota 14: « enfasi 'hobbesiana' » nonché HARCOURT, *Strumento*, cit., p. 149 e ss., 156 e s., 157, che sottolinea la posizione marcatamente più liberale di Beccaria rispetto ad Hobbes: « egli [...] era in disaccordo con Hobbes medesimo sul fatto che gli individui cedessero tutte le loro libertà al Leviatano [...] ». E in una nota aggiunge: « Anche se gli individui conservano un diritto di autodifesa nella costruzione di Hobbes, essi tuttavia cedono un numero maggiore di diritti e poteri al sovrano ». Ivi, p. 149 e ss., 157, nota 38. La differenza quantitativa diviene quindi qualitativa.

(41) BECCARIA, *Delitti*, cit., p. 29.

Ecco dunque sopra di che è fondato il diritto del sovrano di punire i delitti: sulla necessità di difendere il deposito della salute pubblica dalle usurpazioni particolari; e tanto più giuste sono le pene, quanto più sacra ed inviolabile è la sicurezza, e maggiore la libertà che il sovrano conserva ai sudditi (42).

Anche nella fondazione del diritto di punire si rispecchia la contrapposizione tra *particolare* (le « usurpazioni particolari ») e *generale* (il « deposito della salute pubblica »). Va inoltre osservato da un lato che il *particolare* nel discorso di « Dei delitti e delle pene » rimanda allo « spirito di famiglia » e alle leggi che non sono poste per la generalità dei consociati e per la loro felicità, e che sono quindi implicitamente 'leggi particolari' (43). Dall'altro lato il *deposito della salute pubblica*, cioè il *generale*, viene ricollegato con lo *spirito repubblicano* e « i più importanti regolamenti », cioè le materie che dovrebbero essere regolate con 'leggi universali'. In questo contesto Beccaria collega *giustizia delle pene, sicurezza e libertà*. La *giustizia delle pene* diviene variabile dipendente di *sicurezza e libertà* sotto un duplice profilo. Tanto maggiori sono la protezione e la libertà effettivamente garantite dallo stato, tanto maggiore sarà la giustizia delle pene irrogate dallo stato stesso. In quale relazione tra di loro stiano tuttavia *sicurezza e libertà* non è ricostruibile alla luce di questo passo. È tuttavia plausibile ricorrere a tal fine al passo sopracitato dal quale si è evinta un'*egemonia della sicurezza* nei confronti della libertà.

Indipendentemente da ciò, il criterio dell'*assoluta necessità* non viene concretizzato da Beccaria. La difficoltà a concretizzarlo, cioè a sottoporlo a criteri di controllabilità e verificabilità, si lascia ricostruire grazie a un altro passaggio nello stesso paragrafo:

Fu dunque la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà: egli è adunque certo che ciascuno non ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzion possibile, quella sola che basti a indurre gli altri a difenderlo. L'aggregato di queste minime porzioni possibili forma il diritto di punire; tutto il di più è abuso e non giustizia, è fatto, ma non già diritto (44).

La (assoluta) necessità, che distingue l'abuso e la tirannia dalla

(42) *Ibidem*.

(43) Vedi sopra rispettivamente *sub* 2.4. e *sub* 2.1.

(44) BECCARIA, *Delitti*, cit., p. 31.

giustizia, si ha quando viene conferita « la minima porzion possibile » della propria ovvero delle libertà di tutti i consociati. Quando questo si verifichi può essere indicato alla luce della definizione di diritto data da Beccaria subito a seguire: « Osservate che la parola *diritto* non è contraddittoria alla parola *forza*, ma la prima è piuttosto una modificazione della seconda, cioè la modificazione più utile al maggior numero » (45).

Che cosa si debba intendere per forza tout court, questo non viene chiarito qui da Beccaria. Tuttavia alla luce della contrapposizione tra fatto e diritto in questo e in altri passi di « Dei Delitti e delle pene » è plausibile sostenere che qui Beccaria intende per forza la fattualità, la fisicità della violenza, escludendo la componente del potere (legittimo) (46).

In tal modo la pena è *assolutamente necessaria*, cioè conforme al diritto, se la forza di cui essa è espressione è stata impiegata per il maggior utile possibile per il maggior numero. Nel caso in cui la pena non soddisfi un tale criterio, essa è tirannica, un abuso o mera forza, mero fatto, in breve, essa è *ingiusta*, come confermato da Beccaria:

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 di insociabilità; tutte le pene che oltrepassano la necessità di conservare questo vincolo sono ingiuste di lor natura (47).

(45) Ivi, p. 31 e s. Corsivi nel testo originale.

(46) Nel commentare proprio tale passo Francioni sottolinea come in altri passaggi di *Dei Delitti e delle pene* « forza e diritto non si identific[a]no mai ». FRANCONI, in Beccaria, *Delitti*, cit., p. 32, nota 1. Corsivi nel testo originale. Francioni scrive: « La forza [...] non origina né legittima il diritto ma ne garantisce l'osservanza ai fini dell'utilità, se non di tutti, del 'maggior numero' ». *Ibidem*. Proprio i passi ricordati da Francioni e cioè il passo nel § XVI « Della tortura » (« Quale è dunque quel diritto, se non quello della forza, che dia la podestà ad un giudice di dare una pena ad un cittadino, mentre si dubita se sia reo o innocente? ». BECCARIA, *Delitti*, cit., p. 62) e quello del § XXIX « Della cattura » (« [S]embra che nel presente sistema criminale, secondo l'opinione degli uomini, prevalga l'idea della forza e della prepotenza a quella della giustizia [...] ». Ivi, p. 96) mi sembrano rimandare a un concetto di forza come potere privo di legittimità e legittimabilità, come mero fatto, come « forza fisica », in ultima analisi « violenza ». Anche il passaggio nel § XXVIII « Della pena di morte » è interpretabile in tal senso: *forza* come contrario di *diritto* (*legittimo/giusto*): « Ah!, diranno essi, queste leggi non sono che i pretesti della forza e le meditate e crudeli formalità della giustizia ». Ivi, p. 93.

(47) BECCARIA, *Delitti*, cit., p. 32.

3.2. *Dal diritto a punire al diritto penale.*

Questa forte presa di posizione viene articolata nel successivo § III, nel quale Beccaria deduce esplicitamente dai principi da lui formulati *quattro conseguenze*. La *prima conseguenza* consiste nel fatto « che le sole leggi possono decretar le pene su i delitti » (48). Una tale autorizzazione « non può risiedere che presso il legislatore » (49). Questo rappresenterebbe « tutta la società unita per un contratto sociale » (50). Beccaria sostiene inoltre che nessun magistrato possa « con giustizia infligger pene contro ad un altro membro della società medesima » (51). Ciò dipenderebbe dalla circostanza che anche il magistrato « è parte di società » (52). In tal modo viene formulato un principio di stretta riserva di legge: solo il legislatore può in forza della sua legittimazione ottenuta sulla base del contratto sociale concretizzare per mezzo delle leggi il legame tra delitti e pene. La *seconda conseguenza* concerne il contenuto del contratto sociale ovvero il suo effetto vincolante: « [...] se ogni membro particolare è legato alla società, questa è parimente legata con ogni membro particolare per un contratto che di sua natura obbliga le due parti » (53).

Questo avrebbe come conseguenza che al sovrano, « che rappresenta la società medesima » (54), sarebbe vietato giudicare della violazione del contratto sociale. A tal fine sarebbe necessario un soggetto « terzo », e cioè un giudice. A questa conseguenza si collega da un punto di vista sistematico niente meno che il divieto di interpretare la legge, trattato in un paragrafo ad hoc (55). A tale divieto, che Beccaria tratta come la *quarta conseguenza*, può in questa sede venir attribuito ben poco significato. Dal punto di vista conoscitivo si tratta infatti di un precetto che, a causa dell'ineliminabile vaghezza del linguaggio ordinario, non può essere accettato

(48) Ivi, p. 33.

(49) *Ibidem.*

(50) *Ibidem.*

(51) Ivi, p. 33 e s.

(52) Ivi, p. 33.

(53) Ivi, p. 34.

(54) *Ibidem.*

(55) Si tratta del § IV dedicato alla questione della « interpretazione delle leggi ». Vedi ivi, p. 36 e ss.

nei termini proposti da Beccaria. Anche il giurista convinto di non interpretare la legge ma di ‘coglierla’ così come essa è, sta interpretando la legge, a sua insaputa e quindi la sta necessariamente integrando alla luce di criteri extralegislativi ⁽⁵⁶⁾. Quanto asserito da Beccaria può assumere un contenuto di verità solamente nel caso in cui venga interpretato esclusivamente dal punto di vista storico come una strategia discorsiva di Beccaria tesa a limitare la giurisprudenza assai conservatrice del Senato milanese del tempo ⁽⁵⁷⁾ nonché più in generale dei giudici penali dell’epoca ⁽⁵⁸⁾ oppure come critica

⁽⁵⁶⁾ Vedi sul punto esemplarmente: Winfried HASSEMER, *Juristische Hermeneutik*, in « ARSP, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie », 1986, pp. 195-212, rist. in Id., *Freiheitliches Strafrecht*, Berlin, 2001, p. 17 e ss., 24: « [D]as Gesetz [kann] seine Auslegung niemals ‘einholen’; der Auslegende findet im Gesetz eine nur unvollständige Entscheidungsinformation, die ihm Spielräume der Entscheidung beläßt ». Cfr. anche Id., *Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz*, in *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Arthur Kaufmann, Winfried Hassemer, Ulfrid Neumann (Hrsg.), Heidelberg, 2011, p. 251 e ss.; si veda però il *Plädoyer* di Hassemer per l’interpretazione letterale in diritto penale nel suo *Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*, Berlin, 2009, cura, note e trad. it. di Domenico Siciliano, *Perché bisogna punire. Difesa del diritto penale*, Bologna, 2013, p. 121 e ss., 132 e ss.; LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, cit., p. 79 e ss. sottolinea la decisiva importanza dei risultati dell’interpretazione e l’inevitabilità di una scelta di natura politica ovvero valoriale tra i possibili risultati interpretativi: esemplarmente si veda ivi, p. 80: « Quali i criteri per scegliere la soluzione ‘migliore’ tra quelle ‘possibili’? Se scartiamo i criteri particolaristici (scelta pro amico, come dicevano quei grandi esperti di vita giuridica che erano i giuristi di diritto comune), non restano che i criteri politici ». Corsivo nel testo originale. Cfr. Riccardo GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, in particolare p. 407 e ss., 431: « [Q]uasi tutti i documenti normativi sono — almeno parzialmente e almeno diacronicamente — equivoci. Ma d’altro canto, di nuovo, se tutti i testi normativi sono equivoci, allora l’interpretazione giudiziale esige una scelta tra significati confliggenti. E l’enunciato che esprime questa scelta ha necessariamente carattere decisorio (ascrittivo), non cognitivo ». Fondamentale sul tema resta Josef ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, Frankfurt am Main, 1970, trad. it. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto: fondamenti di razionalità nella pratica decisionale del giudice*, Napoli, 1983.

⁽⁵⁷⁾ Sulla giurisprudenza penale milanese dell’epoca vedi Adriano CAVANNA, *Giudici e leggi a Milano nell’età di Beccaria*, in *Cesare Beccaria tra Milano e l’Europa*, Milano, 1990, p. 168 e ss., in particolare p. 170 e ss.

⁽⁵⁸⁾ Vedi Marco Nicola MILETTI, *Beccaria e la fondazione della scienza penale. Origine settecentesca di un equivoco*, in « Criminalia », 2013, p. 195: « corrosive considerazioni, certo non originali [...] ma comunque collidenti con le aspirazioni ‘creative’

dell'interpretazione teleologica a favore dell'interpretazione letterale ⁽⁵⁹⁾. La *terza conseguenza* dedotta da Beccaria formula in nuce una sorta di principio di proporzionalità ovvero di sussidiarietà ⁽⁶⁰⁾ per l'intervento dei pubblici poteri:

[Q]uando si provasse che l'atrocità delle pene, se non immediatamente opposta al ben pubblico ed al fine medesimo d'impedire i delitti, fosse solamente inutile, anche in questo caso essa sarebbe [...] contraria [...] alla giustizia ed alla natura del contratto sociale medesimo ⁽⁶¹⁾.

Anche pene che (in un qualche modo) non si pongono direttamente in conflitto con il bene pubblico ovvero con il fine di prevenire il crimine, per esempio: pene la cui atrocità/violenza non è criminogena, che ciononostante si rivelano (*solamente*) *inutili* perché il loro fine potrebbe essere ugualmente raggiunto ricorrendo a mezzi meno atroci o violenti violano il contratto sociale e sono da considerarsi *ingiuste*, mero *fatto* ed esercizio di tirannia e non *diritto*.

In tal modo Beccaria indica gli elementi che le pene debbono avere per valere come *giuste* ovvero come *non tiranniche*. Ma *der Teufel steckt im Detail*, il diavolo si nasconde nel dettaglio: chi è tenuto a ovvero chi è in grado di provare che la pena è inutile ovvero tirannica? Dal momento che non viene proposta alcuna forma di giuridicizzazione ovvero di controllo di questo criterio da parte di Beccaria, la possibile prova ha poche chances di imporsi contro la razionalità che la macchina punitiva con la sua fatticità può far valere. Resta però il fatto, e questo non è certo di poco conto, che

della giurisprudenza d'*ancien regime* ». Si veda sempre Miletta sulla recezione da parte dei giuristi e filosofi italiani della fine del Settecento. Ivi, p. 195 e ss.

⁽⁵⁹⁾ Dopo aver sostenuto in modo davvero poco sostenibile che il giudice nell'applicare la legge penale deve « fare un sillogismo perfetto » (« In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena »), Beccaria aggiunge subito: « Non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni ». BECCARIA, *Delitti*, cit., p. 36. Vedi sul punto a mio parere giustamente Fausto GIUNTA, *Addio Beccaria?*, in « La Giustizia penale », 2014 (parte prima; I presupposti), col. 248 e ss., col. 250.

⁽⁶⁰⁾ In questo senso Marilisa D'AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in « Rivista di diritto costituzionale », 1996, p. 3 e ss., p. 15.

⁽⁶¹⁾ BECCARIA, *Delitti*, cit., p. 35.

Beccaria pone la condizione di possibilità di (meta-)rimedi giuridici per verificare ‘empiricamente’ la conformità o meno a giustizia delle leggi poste dal sovrano.

3.3. *Il criterio del « danno della società ».*

Parametri centrali per la concezione del diritto penale di « Dei delitti e delle pene » vengono forniti nei §§ VI (« Proporzione fra i delitti e le pene ») e VII (« Errori nella misura delle pene »). Qui Beccaria formula un principio di proporzionalità che collega delitti e pene tramite la quantità del danno causato e la spinta che porta i soggetti a delinquere:

Non solamente è interesse comune che non si commettano delitti, ma che siano più rari a proporzione del male che arrecano alla società. Dunque più forti debbono essere gli ostacoli che rispingono gli uomini dai delitti a misura che sono contrari al ben pubblico, ed a misura delle spinte che gli portano ai delitti. Dunque vi deve essere una proporzione fra i delitti e le pene ⁽⁶²⁾.

Quanto più forte l’offesa del bene pubblico e quanto più probabile la commissione del delitto, tanto più forti debbono essere le corrispondenti pene e ostacoli, per portare al minimo la frequenza del crimine. Abbiamo a che fare con la problematizzazione del rapporto strategico che sussiste tra delitti e pene, con una ‘fisica delle pene’ il cui perno decisivo è dato dal danno inflitto alla nazione ovvero alla società ⁽⁶³⁾. Beccaria propone una classificazione a seconda della gravità ovvero del rilievo del delitto commesso. In un *primo passaggio* egli tematizza la categoria dei delitti di lesa maestà, che « distruggono immediatamente la società, o chi la rappresenta » ⁽⁶⁴⁾. In un *secondo passaggio* egli individua la classe dei delitti che « offendono la privata sicurezza di un cittadino nella vita, nei beni, o nell’onore » ⁽⁶⁵⁾. In questo contesto Beccaria sottolinea che la sicurezza dei cittadini (« di ciascun particolare ») è « il fine

⁽⁶²⁾ BECCARIA, *Delitti*, cit., p. 40.

⁽⁶³⁾ Ivi, p. 44: « [L]’unica e vera misura dei delitti è il danno fatto alla nazione »; p. 46: « Abbiamo veduto qual sia la vera misura dei delitti, cioè *il danno della società* ». Corsivo nel testo originale.

⁽⁶⁴⁾ Ivi, p. 47.

⁽⁶⁵⁾ *Ibidem*.

primario di ogni legittima associazione » (66). Da ciò segue per Beccaria, ancora in una prospettiva à la Hobbes, che « non può non assegnarsi alla violazione del dritto di sicurezza acquistato da ogni cittadino alcuna delle pene più considerabili stabilita dalle leggi » (67). Ora Beccaria può formulare il centrale principio di legalità e certezza del diritto:

L'opinione che ciaschedun cittadino deve avere di poter fare tutto ciò che non è contrario alle leggi senza temerne altro inconveniente che quello che può nascere dall'azione medesima, questo è il dogma politico che dovrebbe essere dai popoli creduto e dai supremi magistrati colla incorrotta custodia delle leggi predicato; sacro dogma, senza di cui non vi può essere legittima società [...] (68).

La libertà 'naturale' che è stata sacrificata per ottenere la sicurezza ritorna nell'ambito del diritto penale come libertà 'giuridica', che viene contrapposta alla sicurezza. Il suo ruolo strategico viene sottolineato da Beccaria alla luce dei suoi effetti sociali sul piano della costituzione di soggetti virtuosi:

Questo forma le libere anime e vigorose e le menti rischiaratrici, rende gli uomini virtuosi, ma di quella virtù che sa resistere al timore, e non di quella pieghevole prudenza, degna solo di chi può soffrire un'esistenza precaria ed incerta (69).

Con una conclusione lapidaria Beccaria fa emergere discorsivamente la libertà accanto alla già ricordata sicurezza: « Gli attentati dunque contro la sicurezza e libertà dei cittadini sono uno de' maggiori delitti » (70).

All'interno dello spazio del diritto penale non tirannico costruito tramite il contratto sociale e tramite la legge viene contrapposta da un punto di vista discorsivo la 'libertà giuridica', cioè la libertà garantita dal diritto alla 'sicurezza giuridica', alla sicurezza garantita dal diritto. Essa viene costruita come mezzo insostituibile per l'educazione dell'uomo ovvero del cittadino alla virtù, per la costituzione degli uomini ovvero dei cittadini come soggetti morali.

(66) Ivi, p. 48.

(67) *Ibidem.*

(68) *Ibidem.*

(69) Ivi, p. 49.

(70) *Ibidem.*

La virtù promossa nella società per mezzo della libertà crea le condizioni di possibilità per agire contro il timore. Essa viene definita tramite *negazione* e cioè tramite il suo *non essere* « pieghevole prudenza ». L'aggettivo « pieghevole » richiama l'atteggiamento di colui che non sa stare in piedi, con la schiena dritta, e quindi « si piega ». Questo atteggiamento è quello di colui che « può soffrire un'esistenza precaria ed incerta », che cioè è in grado di sopportare un'esistenza 'insicura' perché rimessa all'arbitrio di leggi che non sono certe e calcolabili, e quindi in definitiva ridotte a espressione degli interessi dei gruppi dominanti.

Se mettiamo a confronto questo passo con i passi sopra analizzati sulle coppie concettuali contrarie *spirito di famiglia/spirito repubblicano* e *leggi/legge*, si può sostenere quanto segue: *da un lato* la « pieghevole prudenza » connotata in termini negativi rimanda al comportamento dei giovani membri della famiglia dominata dallo « spirito di famiglia ». Questi già alla loro età vengono abituati « a piegare ed a temere [...] » (71). Anche qui viene utilizzata la metafora del piegarsi. Essi si piegano e hanno paura. E tramite i rapporti famigliari sono costretti ad attendere la morte dei vecchi. La loro situazione non è quella dei cittadini, ma degli schiavi, che non possono condurre una « esistenza dipendente dalle sole leggi ». In tal modo da un punto di vista discorsivo la loro situazione non è lontana da quella di coloro che si riducono a dover sopportare « un'esistenza precaria ed incerta ». *Dall'altro lato* la « pieghevole prudenza » si riallaccia alla « giornaliera prudenza » ovvero alla « discrezione » di coloro che a sfavore della generalità impongono e assicurano i loro interessi particolari. In tal modo essa si posiziona nell'arena discorsiva dalla parte degli uomini che lasciano le materie importanti della vita alla piccola minoranza dei 'giornalmente prudenti'.

Ma torniamo a quanto dice Beccaria sulla (sicurezza e sulla) libertà. Secondo Beccaria la messa in pericolo della sicurezza e della libertà costituisce « uno de' maggior delitti » (72). Quanto viene aggiunto subito a seguire è degno di attenta considerazione:

(71) Ivi, p. 81.

(72) Ivi, 49.

[E] sotto questa classe cadono non solo gli assassini e i furti degli uomini plebei, ma quelli ancora dei grandi e dei magistrati, l'influenza dei quali agisce ad una maggior distanza e con maggior vigore, distruggendo nei sudditi le idee di giustizia e di dovere, e sostituendo quella del diritto del più forte, pericoloso dei pari in chi lo esercita e in chi lo soffre ⁽⁷³⁾.

In tal modo all'interno della classe dei delitti « contro la sicurezza e libertà dei cittadini » vengono tematizzati i delitti che hanno maggiori effetti. In particolare viene problematizzato il danno maggiore arrecato dai delitti (assassini e furti) compiuti dai « grandi » e dai « magistrati », in breve: dai potenti in confronto con quelli commessi dagli « uomini plebei », dalla 'gente comune'. I delitti commessi dai soggetti delle classi dominanti sarebbero più gravi per due ragioni. *In primo luogo* essi distruggerebbero « le idee di giustizia e di dovere », oggi potremmo dire con gli strumenti della teoria della prevenzione generale positiva: distruggerebbero le aspettative dei consociati nell'osservanza del diritto e di conseguenza la loro fiducia nel sistema giuridico ⁽⁷⁴⁾. *In secondo luogo* essi porterebbero alla distruzione del diritto stesso, introducendo la logica del « diritto del più forte ». In tal modo viene posta da Beccaria la questione del rilievo dei rapporti di forza e di potere nel diritto penale. Come si può considerare da un punto di vista del diritto penale la circostanza che i rei dispongano di posizioni e rendite di potere di diverso calibro?

3.4. « *Noblesse oblige* »: dal potere dei delitti ai delitti del potere.

Il problema della considerazione dei rapporti di forza e di potere all'interno del diritto penale viene trattato da Beccaria in un altro luogo di « Dei Delitti e delle pene ». Dopo aver elencato i principi che dovrebbero animare il diritto penale non tirannico, Beccaria si dedica esemplarmente alla concretizzazione di questi principi con riferimento ad alcuni tipi di delitti. Qui vengono nuovamente applicati principi che stabiliscono i contenuti del diritto

⁽⁷³⁾ *Ibidem*.

⁽⁷⁴⁾ Paradigmaticamente HASSEMER, *Plädoyer*, cit., trad. it. cit., p. 96 e ss.

penale alla luce della considerazione delle differenze sociali e in termini di potere. Nel § XX (« violenze ») Beccaria scrive:

Altri delitti sono attentati contro la persona, altri contro le sostanze. I primi debbono infallibilmente esser puniti con pene corporali: né il grande né il ricco debbono poter mettere a prezzo gli attentati contro il debole ed il povero; altrimenti le ricchezze, che sotto la tutela delle leggi sono il premio dell'industria, diventano l'alimento della tirannia ⁽⁷⁵⁾.

I crimini contro la persona ovvero le violenze debbono venir puniti con pene corporali, non con sanzioni pecuniarie. Questo viene giustificato con un argomento basato sull'autonomia del diritto penale rispetto all'economia. Viene così problematizzato il potere del denaro all'interno del sistema del diritto penale. Non si tratta qui dell'influsso diretto del sistema economico sul sistema giuridico e in particolare sul sistema di diritto penale tramite il denaro, in breve: della 'corruzione'. Si tratta piuttosto di una conformazione del sistema giuridico che permetta di sovvertire il codice *Recht/Unrecht*, ragione/torto con un programma a sua volta conforme a diritto, e che tuttavia consenta la colonizzazione del sistema giuridico da parte di quello economico ⁽⁷⁶⁾. Il mezzo che permette di sovvertire il diritto penale tramite il denaro è dato dalle leggi stesse. Esse possono premiare la diligenza e l'impegno, lo spirito di intrapresa così come pure rappresentare un punto di appoggio per l'emergere e l'imporsi della tirannia, appunto a seconda del programma normativo di volta in volta applicato. Si può ricostruire che cosa si debba intendere per tirannia in base a quanto detto a seguire da Beccaria:

Non vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi di esser *persona* e diventi *cosa*: vedrete allora l'industria del potente tutta rivolta a far sortire dalla folla delle combinazioni civili quelle che la legge gli dà in suo favore. Questa scoperta è il magico segreto che cangia i cittadini in animali di servizio, che in mano del forte è la catena con cui lega le azioni degl'incauti e dei deboli. Questa è la ragione per cui in alcuni governi, che hanno tutta l'apparenza di libertà, la tirannia sta nascosta o s'introduce non prevista in qualche angolo negletto dal legislatore, in cui

⁽⁷⁵⁾ BECCARIA, *Delitti*, cit., p. 72.

⁽⁷⁶⁾ Paradigmaticamente si veda: Niklas LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1993 e Id., *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, vol. 2, Frankfurt am Main, 1997.

insensibilmente prende forza e s'ingrandisce. Gli uomini mettono per lo più gli argini più sodi all'aperta tirannia, ma non veggono l'insetto impercettibile che gli rode ed apre una tanto più sicura quanto più occulta strada al fiume inondatore (77).

Due sono i sistemi che Beccaria ricostruisce e implicitamente contrappone. Il primo è un sistema in cui domina la libertà e l'uomo è *persona* (78). Nel diritto penale questo viene operazionalizzato nel senso che i delitti contro la persona, e cioè le « violenze », non

(77) BECCARIA, *Delitti*, cit., p. 72 e s. Corsivi nel testo originale. Francioni indica in una nota come possibile fonte ispiratrice di questo passo di Beccaria un passaggio di Vattel: « [...] c'est contre les attaques sourdes et lentes que la nation devoit être particulièrement en garde. Les révolutions subites frappent l'imagination des hommes: on en développe les ressorts; on néglige les changements qui arrivent insensiblement, par une longue suite de degrés peu marqués ». VATTEL, *Le droit des gens*, I, III, 30, cit. da Francioni, in Beccaria, *Delitti*, cit., p. 73, nota 2. Tra le possibili latenze sia permesso indicare anche un passo di Erasmo in un *Adagium* contro la guerra, *Dulce bellum inexpertis*. Qui Erasmo si chiede per quale motivo nonostante la guerra sia considerata evidentemente un male si sia nondimeno arrivati a uccidere i propri simili: « [...] [Q]uis deus, qui morbus aut qui casus primum in humanum pectus immiserit, ut letale ferrum in hominis stringeret viscera. Multis gradibus ad tam insignem vesaniam ventum sit oportet. Nemo siquidem repente fuit turpissimus, ut inquit poeta satyricus. Semperque malorum maxima sub umbra ac specie boni subreperunt in vitam hominum ». ERASMO DA ROTTERDAM, *Dulce Bellum inexpertis*, in *Adagia. Sei saggi politici in forma di proverbi*, a cura di Silvana Seidel Menchi, Torino, 1980, p. 196 e ss., 212, par. 270 e ss. Corsivo nel testo originale.

(78) Sottolinea con forza l'irriducibilità del momento giusnaturalistico nei confronti di quello utilitaristico in « Dei Delitti e delle pene » proprio alla luce del principio di dignità umana formulato da Beccaria nel § XX Piero Calamandrei nella sua Prefazione del 1943/1944 all'edizione da lui curata di « Dei Delitti e delle pene »: « Ecco l'argomento etico, di origine giusnaturalistica, che, precorrendo l'imperativo kantiano, impone in ogni caso il rispetto della persona umana nella sua insopprimibile dignità morale ». Piero CALAMANDREI, *Prefazione*, in Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di Piero Calamandrei, seconda edizione, Firenze, 1965, p. 17 e ss., p. 121. Vedi anche con riferimento alla pena di morte e all'indisponibilità del diritto alla vita p. 126 e ss.: « Tutti gli argomenti utilitari che il Beccaria porta contro la pena di morte non hanno, messi insieme, il peso di un'osservazione che sembra sfuggita alla sua prudenza e che apre uno spiraglio sul suo pensiero più profondo: '... gli uomini, nel più segreto dei loro animi... hanno sempre creduto non essere la vita propria in potestà di alcuno, fuor che della necessità, che col suo scettro di ferro regge l'universo'. Questa era, anche nel sentimento più intimo del Beccaria, la vera ragione per cui la pena di morte non può mai esser giusta, neanche se lo stato la proclami necessaria per i suoi fini. [...] Qui sta, a ben guardare, la vera novità del Beccaria: in questa rivendicazione, di fronte agli spietati rigori della

debbono essere puniti con pene pecuniarie, ma con pene che si rivolgono al corpo. Il secondo sistema, che rappresenta la negazione del primo, è un sistema in cui l'uomo non è più persona e viene ridotto a una cosa ovvero a un animale. Beccaria distingue implicitamente tra due forme di tirannia. La prima forma, la meno pericolosa, è la «aperta tirannia». Contro di essa gli uomini costruiscono «gli argini più sodi». La sua caratteristica principale sta nel fatto che il suo emergere può essere osservato e quindi combattuto. La caratteristica principale della seconda sta invece nel fatto, che la rende più pericolosa della prima, che essa può a mala pena essere percepita. In tal modo Beccaria formula il problema dell'osservabilità dei rapporti di forza nella società. La questione del potere diviene un problema di 'sensi' ovvero della capacità di vedere. Con riferimento a Foucault si potrebbe andare più in là: si tratta di *savoir* sul *pouvoir* e di *pouvoir* del *savoir*. Ma c'è di più. Beccaria evidenzia due possibili posizionamenti della « [non] aperta tirannia ». Essa può da un lato « introdu[rsi] non prevista » in un luogo non osservato, « negletto dal legislatore ». Essa proviene da un « fuori », da una non meglio definita regione della « non-libertà » e pertanto implicitamente del *Nicht-Recht*, del *non-diritto*. In questo caso il governo ha solo l'apparenza dell'essere ispirato a libertà. Dall'altra parte la tirannia può essere già presente, solo « nascosta » in un qualche luogo. In questo caso essa si muove all'interno della società ovvero dello stato stesso. In tal modo viene toccato il problema della sicurezza dell'ordinamento giuridico libertario nei confronti di interventi effettuati contro il diritto non da un 'nemico' visibile ma da un 'nemico' interno non visto, e cioè dal diritto stesso. Da che cosa dipende che vi sia una tirannia « non aperta » ovvero « nascosta », una tirannia a malapena percettibile? La risposta data dal testo di Beccaria è semplice: gli « uomini », che dovrebbero notare l'ingresso dell'insetto, si trovano evidentemente nel luogo sbagliato. Essi sono dietro agli argini che hanno fabbricato per la « aperta tirannia ». Protetto da tali argini si trova il territorio del 'diritto'. Da qui essi non sono in grado ovvero possono a mala pena vedere dove si trovi l'insetto (la tirannia

giustizia punitiva, della inviolabilità morale dell'uomo, il quale, anche sul patibolo, rimane persona non cosa ».

nascosta) che « apre una tanto più sicura quanto occulta strada al fiume inondatore », cioè alla « aperta tirannia ». Se si segue ancora la metafora impiegata da Beccaria, allora si può porre la domanda sulla posizione dell'insetto della 'tirannia nascosta'. Si può escludere *in primo luogo* che esso si trovi fuori, lontano dagli argini, in breve: che si trovi nell'*Umwelt*, nell'ambiente esterno del diritto. Se così fosse, potrebbe essere osservato e cioè tramite il programma giuridico, che impiega il codice *Recht/Unrecht*, ragione/torto ⁽⁷⁹⁾, essere giudicato come estraneo a questo, e cioè né *Recht* né *Unrecht*, né ragione né torto, ma come *Nicht-Recht*, non diritto. Il diritto potrebbe insomma riconoscerlo come non facente parte del proprio territorio, al di fuori dei propri confini ⁽⁸⁰⁾. *In secondo luogo*, al contrario, esso non si trova all'interno del diritto, come chiara violazione del diritto, come *Unrecht*, *torto* riconoscibile come tale alla luce del Code *Recht/Unrecht*, in forza dell'applicazione dei relativi programmi giuridici, e nemmeno a più forte ragione come *Recht*, come *ragione*, perché in tali casi esso potrebbe essere osservato, e ciò sembra essere per definizione escluso nel passo in questione. L'insetto allora si trova esattamente al confine tra diritto e non-diritto, proprio là dove sono stati eretti gli argini, sotto di essi, come pericolo strutturale per il funzionamento del sistema giuridico stesso. In altri termini, l'insetto è un programma che sovverte il funzionamento del programma, oggi diremmo: è un virus che minaccia il funzionamento del software e dell'hardware allo stesso tempo. Come lo si può vedere? Come si può garantire il corretto funzionamento della differenza *Recht/Unrecht*, ragione/torto, nonostante la contingenza dei programmi che la implementano ⁽⁸¹⁾?

⁽⁷⁹⁾ Così la traduzione italiana del 'classico' lessico di teoria dei sistemi Claudio BARALDI, Giancarlo CORSI, Elena ESPOSITO, *Luhmann in glossario. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali*, prefazione di Niklas Luhmann, Milano, 1996, voce *Diritto (Recht)*, p. 96. Cfr. ID., *GLU, Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie Sozialer Systeme*, Frankfurt am Main, 1998, Stichwort *Recht*, p. 147.

⁽⁸⁰⁾ Vedi LUHMANN, *Das Recht*, cit., p. 15: « Das Recht selbst bestimmt, was die Grenzen des Rechts sind; bestimmt also, was zum Recht gehört und was nicht ».

⁽⁸¹⁾ La teoria dei sistemi 'classica' di Niklas Luhmann tematizza, in senso tecnico: *osserva* il problema nel momento in cui descrive la pressione alla quale il sistema giuridico viene sottoposto dal sistema politico. Vedi LUHMANN, *Das Recht*, cit., p. 550 e

Se si collega questo passo di « Dei Delitti e delle pene » con il passo sovracitato sul diritto di punire e sulla sua relazione con la forza, allora scopriamo un possibile criterio per la differenza. La forza, il potere può essere diritto oppure tirannia. Il criterio della differenza è dato dall'impiego della forza a favore del maggior numero possibile: la forza, il potere diviene diritto solo nel momento in cui viene 'trasformata' in modo tale da essere « la modificazione più utile al maggior numero » (82). La libertà così viene garantita nel sistema giuridico tramite il principio utilitaristico-democratico.

Ma nel testo di Beccaria può essere trovata anche un'altra risposta. Una volta concluso il § XX con la metafora dell'insetto a malapena percettibile, Beccaria inizia senza soluzione di continuità il § XXI come segue: « Quali saranno *dunque* le pene dovute ai delitti dei nobili, i privilegi dei quali formano gran parte delle leggi delle nazioni? » (83).

In tal modo Beccaria tematizza la diseguaglianza strutturale nella società a favore della classe privilegiata dei nobili. Per poter osservare ciò che non può essere osservato Beccaria ricorre qui al criterio del « pubblico danno »:

A chi dicesse che la medesima pena data al nobile ed al plebeo non è realmente la stessa per la diversità dell'educazione, per l'infamia che spande su di un'illustre famiglia, risponderai che la sensibilità del reo non è la misura delle pene, ma il pubblico danno, tanto maggiore quanto è fatto da chi è più favorito [...] (84).

Il « pubblico danno » dipende dalla misura del privilegio garantito al reo nella società. Non la colpevolezza, ma la posizione

ss. che ipotizza anche con riguardo al diritto della *Weltgesellschaft*, della società mondiale, segmentato nei vari sistemi politici nazionali, l'indebolirsi della differenza fondamentale *Recht/Unrecht* alla luce del *Metacode* rappresentato dalla (meta)differenza *Inklusion/Exklusion*: « Es kann [...] durchaus sein, dass die gegenwärtige Prominenz des Rechtssystems und die Angewiesenheit der Gesellschaft selbst und der meisten ihrer Funktionssysteme auf ein Funktionieren des Rechtscodes nichts weiter ist als eine europäische Anomalie, die sich in der Evolution einer Weltgesellschaft abschwächen wird ». Ivi, p. 585 e s.

(82) BECCARIA, *Delitti*, cit., p. 31 e s.

(83) BECCARIA, *Delitti*, cit., p. 73. Corsivo mio.

(84) Ivi, p. 74 e s.

sociale del reo deve rilevare. Beccaria formula così l'idea che il principio del danno arrecato alla società dovrebbe portare non soltanto ad affermare, ma anche a correggere il principio di eguaglianza. Se il danno per la collettività deve essere proporzionato con il privilegio ovvero con la posizione di potere del reo nella società, allora il diritto penale deve agire con maggior durezza nei confronti delle classi superiori. In altre parole: Beccaria introduce dei 'controprogrammi', degli 'antivirus' per controbattere l'effetto negativo sul sistema dato dai privilegi dei nobili ovvero dei « ricchi e potenti », che permettano di rendere il sistema giuridico immune nei confronti dell'attacco ovvero dell'eccessiva influenza del sistema politico e di quello economico (85).

Perlomeno già Alberto Burgio nel suo commento a « Dei delitti e delle pene » ha messo in relazione questo passaggio sul trattamento sanzionatorio dei nobili con i passi sopra ricordati del § VIII (« Divisione dei delitti ») e del § XX (« Violenze »), tematizzando il nesso tra questo passo e quello sopraricordato del § VIII, che distingue con forza i diversi e più gravi effetti dei delitti compiuti dai potenti rispetto a quelli compiuti dai deboli:

La ripresa del concetto di eguaglianza giuridica (eguale dipendenza dalle leggi) enunciato dal § XVI non è dunque soltanto l'occasione per esplicitare

(85) Un altro 'controprogramma' teso a rendere il diritto maggiormente democratico è abbozzato da Beccaria nel § XIV (« Indizi e forme di giudizi ») con la proposta della giuria e con la critica della scienza (giuridica) come sapere riproduttivo di diseguaglianze: « Perciò io credo ottima legge quella che stabilisce assessori al giudice principale presi dalla sorte, e non dalla scelta, perché in questo caso è più sicura l'ignoranza che giudica per sentimento che la scienza che giudica per opinione. [...] Felice quella nazione dove le leggi non fossero una scienza! Ella è utilissima legge quella che ogni uomo sia giudicato dai suoi pari, perché, dove si tratta della libertà e della fortuna di un cittadino, debbono tacere quei sentimenti che inspira la disuguaglianza; e quella superiorità con cui l'uomo fortunato guarda l'infelice, e quello sdegno con cui l'inferiore guarda il superiore, non possono agire in questo giudizio. Ma quando il delitto sia un'offesa di un terzo, allora i giudici dovrebbero essere metà pari del reo, metà pari dell'offeso; così, essendo bilanciato ogni interesse privato che modifica anche involontariamente le apparenze degli oggetti, non parlano che le leggi e la verità ». Ivi, p. 58 e s. Chiaramente si pone ora il problema di come distinguere il 'programma' dal 'controprogramma'. A tal fine è necessario il 'metaprogramma' dato dal diritto giusto.

l'importante principio dell'eguaglianza delle pene 'pel primo e per l'ultimo cittadino': serve anche a fissare — confermando le indicazioni emerse nel § XX — un limite invalicabile al 'buon uso' delle ricchezze. 'Premio dell'industria', [...] esse sono pronte a divenire 'alimento della tirannia' quando si consenta che l'uomo diventi 'cosa', quando — ribadirà il § XXVIII — le ricchezze comprino 'autorità' e non solo 'piaceri'. Essere 'più felice o più onorato' non dispensa dall'obbedienza della legge: genera, semmai, obblighi più gravi, se è vero che la ricchezza è misura di potere, e questo fonte di responsabilità. È in tale contesto — quanto rilevante non è necessario dire — che si pongono le premesse per un rovesciamento in senso *ineguagliario* (a favore dei più deboli) del principio di eguaglianza giuridica, in virtù del quale si traggono le conseguenze dell'affermazione conclusiva del § VIII, ove Beccaria sottolineava la maggiore influenza negativa degli 'attentati contro la sicurezza e la libertà dei cittadini' ad opera 'dei grandi e dei magistrati'. Pene eguali 'pel primo e per l'ultimo cittadino' significa, certo, pene eguali per reati eguali: ma non cambia il reato a seconda di chi lo commette, a misura del potere di cui il 'reo' dispone in società? ⁽⁸⁶⁾.

Con riferimento a Franco Cordero, Burgio osserva che « tali ardite posizioni » furono abbandonate da Beccaria nelle successive riflessioni su di un codice penale generale per la Lombardia ⁽⁸⁷⁾. Mentre Beccaria nell'ambito di quelli che egli chiama « delitti criminali », dei delitti che tendono « alla distruzione della società », avrebbe tematizzato la maggior gravità dei crimini commessi dai componenti delle classi più alte della società, per i « delitti politici », che consistono in « semplici colpe e trasgressioni » egli avrebbe distinto nuovamente a seconda dello status, ma questa volta a favore delle classi più alte, facendo valere questa volta il criterio della « diversità dell'educazione » ⁽⁸⁸⁾. In tal modo Burgio sembra

⁽⁸⁶⁾ BURGIO, in Cesare Beccaria, *Dei Delitti*, cit., p. 165, nota 83. Corsivo nel testo originale.

⁽⁸⁷⁾ Secondo Cordero il Beccaria che affronta nel 1790/1791 la questione criminale di nuovo nell'ambito della discussione del Progetto di un codice penale per la Lombardia sarebbe « guarito dal radicalismo che i Verri gli avevano inoculato temporibus illis ». Cfr. Franco CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, 1986, p. 548, ripreso da BURGIO, in Cesare Beccaria, *Dei Delitti*, cit., p. 165, nota 83.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. BURGIO, in Cesare Beccaria, *Dei Delitti*, cit., p. 165 e s., nota 83, con riferimento alle *Brevi riflessioni intorno al codice generale sopra i delitti e le pene, per ciò che riguarda i delitti politici*, in Cesare Beccaria, *Opere*, a cura di Sergio Romagnoli, vol. II, Firenze, 1958, p. 705 e ss., p. 707 e ss.

neutralizzare implicitamente la forza del criterio del « pubblico danno » formulato in « Dei delitti e delle pene ».

Burgio si spinge più in là in un testo successivo del 2000. In esso egli sottolinea come con l'affermazione del principio di eguaglianza nei passi del § XX sulle violenze e del § XXI in tema di « pene dei nobili » Beccaria si contrapponga con forza al Montesquieu dell'*Esprit des lois* ⁽⁸⁹⁾:

Altro che tribunali e codici particolari! [...] La parola d'ordine è generalità, cioè, appunto, eguaglianza, almeno in linea di principio. E, per ciò stesso, riforma, mutamento nel senso di una maggiore razionalità (validità generale) delle norme. La battaglia per l'eguaglianza giuridica e per la codificazione [...] ha questo obiettivo al di sopra di ogni altro. Di qui la polemica contro la 'venerata ruggine' dei secoli, cara ai celebratori del tempo passato, ai fautori di consuetudini e tradizioni, ai difensori del diritto romano ⁽⁹⁰⁾.

Burgio chiude poi il suo contributo esaltando di nuovo l'elemento radicalmente critico, eminentemente 'politico' di « Dei delitti e delle pene » da lui evidenziato, marcando come 'delitti per eccellenza' i 'delitti dei politici', nel momento in cui questi mettono in questione le basi stesse della convivenza, il patto sociale. Il delitto più grave è la violazione giuridica del diritto naturale, potremmo dire, con semantica ispirata a Radbruch, il *gesetzliches Unrecht*, il diritto legale ingiusto prodotto dal legislatore come 'criminale supremo':

Se costretti entro argini troppo angusti, i sentimenti 'indelebili' degli uomini (il bisogno di libertà e giustizia) non tardano a riaffermare i propri diritti. In un certo senso anche così potrebbe leggersi il titolo del capolavoro beccariano: fra tutti i 'delitti', il più grave è proprio l'offesa alla 'natura', l'amministrazione iniqua della società. Inevitabilmente ne discende la pena più severa, benché non contemplata in nessun codice: la rottura del patto e il ritorno in stato di natura, premessa della ricerca di un nuovo ordine sociale, più rispettoso delle necessità e legittime aspirazioni di ciascuno ⁽⁹¹⁾.

⁽⁸⁹⁾ A. BURGIO, *L'idea di eguaglianza tra diritto e politica nel Dei delitti e delle pene*, in Cesare Beccaria. *La pratica dei lumi*, Atti del convegno 4 marzo 1997, a cura di Vincenzo Ferrone e Gianni Francioni, Firenze, 2000, p. 79 e ss., 90 e ss., 95 e 96.

⁽⁹⁰⁾ Ivi, p. 79 e ss., 95 e s.

⁽⁹¹⁾ Ivi, p. 79 e ss., 98.

4. *Conclusioni.*

Indipendentemente da come vadano comprese le affermazioni di Beccaria nella sua *Consulta* ⁽⁹²⁾ e soprattutto rapportate da un punto di vista interpretativo con i passi corrispondenti di « Dei delitti e delle pene », un elemento resta senz'altro fermo: « Dei delitti e delle pene » è molto di più di un manifesto del garantismo penale ⁽⁹³⁾. Esso offre possibilità e vie di fuga in abbondanza per una filosofia e una corrispondente scienza del diritto veramente critica che tratti nel diritto e, perché no, con estrema cura e attenzione

(92) La cesura rispetto a « Dei Delitti e delle pene » sembrerebbe ancora più accentuata, se si considera che nel caso dei « delitti criminali » il criterio della maggiore 'maliziosa intenzione' del delitto commesso dai *nobili* rispetto allo stesso delitto commesso dai *plebei* viene controbilanciato dalla maggiore sensibilità dei primi, arrivando così a mantenere l'eguaglianza del trattamento penale. Beccaria scrive nella sua *Consulta*: « Io non trovo un grande inconveniente, che nei delitti criminali, i quali per lo più suppongono grande malizia e scelleratezza, e per conseguenza partoriscono grandi infamie, i nobili egualmente siano soggetti ad un'egual pena de' plebei. Le persone di più elevata condizione si degradano da se stessi commettendo simili delitti, e per conseguenza può stare la pena infamante, quantunque sia vero che le pene afflittive e durevoli sostituite alla pena di morte hanno più lunga e più sensibile influenza sull'innocente famiglia del delinquente, alla quale ne deriva necessariamente infamia. Di più le persone, a misura che sono più elevate in condizione, partecipano dei maggiori vantaggi della società, e commettendo un istesso delitto criminale di un plebeo, lo commettono maggiore: perciò dandosi l'istessa pena, si viene realmente a darla maggiore, com'è giusto, perché nel nobile si suppone maggiore malizia, e così la pena si proporziona di sua natura al delitto. Ma nei delitti politici, che non suppongono malizia, ma danno volontario recato, e che non tendono direttamente a distruggere la società, né offendono il diritto naturale, che sono mere colpe e non doli; che, per parlare secondo i termini del Gius Romano, non sono *Maleficia* ma *quasi Maleficia*, si deve avere moltissimo riguardo alla condizione delle persone, perché il bastone, che può correggere un facchino, avvilisce ed annienta un nobile, un onesto negoziante, e qualunque civile persona, e involge tutta la loro famiglia nella più luttuosa ignominia. La pena non è più proporzionata al delitto, ma di gran lunga maggiore, posto che il danno della pena è incomparabile col danno della colpa ». Cesare BECCARIA, *Brevi riflessioni intorno al codice generale sopra i delitti e le pene, per ciò che riguarda i delitti politici*, in Id., *Opere*, cit., p. 705 e ss., 710 e s.

(93) Si veda in questo senso BURGIO, *L'idea di eguaglianza*, cit., p. 79 e ss., 79, che sottolinea come « non manc[hi] un che di ironico nella vicenda interpretativa del capolavoro beccariano, anche in Italia — almeno sino alla svolta impressa agli studi dall'edizione Venturi del 1958 — letto in primo luogo, se non soltanto, come un 'classico' del 'garantismo' penale ».

anche nel *pericolosissimo diritto penale* ciò che è eguale in modo eguale e ciò che non è eguale in modo diverso, tramite il riferimento alle differenze strutturali tra *ricchi e potenti* da una parte e *poveri e deboli* dall'altra. Questo significa *da un lato* confrontarsi sia al livello della società globale che a quello degli stati nazionali con il fatto che molti uomini e donne vengono ridotti per mancanza di accesso alla proprietà e più in generale ai diritti fondamentali ovvero al sistema giuridico *tout court* a quella che già Beccaria con la sua critica del diritto di proprietà chiama « nuda esistenza ». *Dall'altro lato* significa ampliare lo sguardo dalle relazioni di potere propriamente 'politiche' a quelle di altri sistemi o *Teilrationalitäten/razionalità* parziali altrettanto attraversati da rapporti di forza e potere, come i sistemi ovvero le razionalità parziali dell'economia, della scienza o della tecnologia ⁽⁹⁴⁾. È compito di una filosofia e di una scienza del diritto all'altezza del loro tempo ⁽⁹⁵⁾ affrontare tale sfida nel modo più adeguato possibile.

⁽⁹⁴⁾ In questo senso Gunther TEUBNER, *Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch "private" transnationale Akteure*, in « Der Staat: Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht », 44 (2006), p. 161 e ss. e soprattutto ID., *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Berlin, 2012, p. 215 e ss., 216 con tematizzazione della « Gefährdung durch anonyme kommunikative Matrices (Institutionen, Diskursen, Systemen) für die Integrität von Institutionen, Personen und Individuen ». Ne segue che i diritti fondamentali si contraddistinguerebbero come « sociale und rechtliche Gegeninstitutionen zu Expansionstendenzen von Sozialsystemen ».

⁽⁹⁵⁾ Tuttora esemplare e, *mutatis mutandis*, ancora attuale Rudolf Wiethölter nel suo leggendario Funk-Kolleg a proposito del progetto di riforma del codice penale tedesco degli anni 1960/1962/1965: « Ein Jahrhundertgesetz muß auf der Höhe seiner Zeit stehen, nicht in der Tiefe seiner Vorzeit ». Rudolf WIETHÖLTER, *Rechtswissenschaft*, Frankfurt am Main, 1968, p. 77. E a proposito della filosofia, citando Hugo von Hofmannsthal, sempre nello stesso luogo, Wiethölter ammonisce: « Die Philosophie ist die Richterin eines Zeitalters; es steht schlimm, wenn sie stattdessen sein Ausdruck ist ».