

**SAGGI  
ITINERARI**  
*per la storia del pensiero giuridico moderno*  
**ARCHIVIO APERTO**

Pietro Costa

**Saggi di storia  
della cultura  
giuridico-politica**

VIII. La pena di morte



---

Quaderni fiorentini *ArchivO*\_APERTO\_saggi-itinerari  
*Centro di studi Paolo Grossi per la storia del pensiero giuridico moderno*

Open Access Publication <https://www.quadernifiorentini.eu/archivio/>  
*Creative Commons Attribution ShareAlike 4.0 International Licence (CC-BY-NC-4.0)*

*ArchivO*\_APERTO 2024/09\_Costa  
DOI: 10.69134/QFArchivO\_24\_09

---

Recommended citation:

Pietro Costa, *Saggi di storia della cultura giuridico-politica. VIII. La pena di morte*, 2024,  
[https://doi.org/10.69134/QFArchivO\\_24\\_09](https://doi.org/10.69134/QFArchivO_24_09)

PIETRO COSTA

SAGGI DI STORIA DELLA CULTURA

GIURIDICO-POLITICA



## Prefazione

È tradizione diffusa che uno studioso raccolga i suoi saggi, scritti in un lungo arco di tempo e dispersi nelle più varie riviste e opere collettanee. È una tradizione che intendo seguire. Non posso escludere che ad aderire a essa mi solleci un inconfessato narcisismo, ma confido che la motivazione prevalente sia un'aspettativa più disinteressata: l'aspettativa che rendere agevolmente disponibili scritti difficilmente accessibili contribuisca (sia pure in modo infinitesimale) allo scambio delle idee e allo sviluppo della ricerca.

In questa prospettiva, appare molto promettente una delle risorse messe a disposizione dalla 'rete': la possibilità di pubblicare i risultati delle proprie ricerche in 'open access', affidandoli a testi cui il lettore accede senza vincoli e restrizioni. Mi sembra quindi quanto mai opportuno che il Centro di studi dell'università di Firenze (dedicato alla storia del pensiero giuridico moderno) abbia deciso di creare al suo interno una Sezione che reca il significativo nome di Archivio aperto. Questa Sezione, infatti, è programmaticamente interessata a ospitare documenti diversi per struttura (volumi compiuti ma al contempo liberamente rivedibili e trasformabili, non meno di progetti di ricerca, di interventi puntuali, di scritti in itinere) e tuttavia accomunati dall'obiettivo di facilitare e incrementare il dialogo endo- ed interdisciplinare.

Ospitata nella nuova sezione del Centro fiorentino, la raccolta dei miei saggi vede la luce come un insieme di testi liberamente fruibili dai visitatori del sito e organizzati nella forma dell' 'auto-archiviazione'. La raccolta degli scritti, infatti, è, sì, organizzata in undici 'volumi', ma ciascuno di essi è, più che un vero e proprio 'libro', piuttosto un 'archivio': un assemblaggio di testi, che può essere, nel corso del tempo, modificato, incrementato, alleggerito, con una libertà e facilità di intervento improponibili per un 'libro' (anche in versione digitale).

I saggi sono 'archiviati' senza alcuna modifica (né nel testo né nelle note) rispetto alla loro versione originaria. Di ciascun saggio vengono indicati gli estremi bibliografici della prima pubblicazione. Ciascuno dei volumi (più esattamente, dei 'volumi-archivio') è corredato da un contrassegno DOI, che lo rende perfettamente individuato e inconfondibile.

Proprio perché i 'volumi-archivio' sono strutturalmente aperti e modificabili, sono gradite le proposte e i suggerimenti che i volenterosi 'utenti' vogliono proporre

per favorire la fruibilità della raccolta. Per quanto riguarda i suoi contenuti, invece, ho rinunciato a qualsiasi velleità di revisione e miglioramento: posso soltanto ripetere (con il famigerato procuratore romano) “quod scripsi, scripsi” e affidarmi all’indulgenza dei lettori.

# INDICE GENERALE

## *Vol. I*

**Scritti metastoriografici**

## *Vol. II*

**Storie di concetti: cittadinanza**

## *Vol. III*

**Storie di concetti: diritti**

## *Vol. IV*

**Storie di concetti: ordine, conflitti**

## *Vol. V*

**Storie di concetti: sovranità**

## *Vol. VI*

**Storie di concetti: Stato di diritto, Stato totalitario**

## *Vol. VII*

**Storie di concetti: popolo, nazione, rappresentanza**

## *Vol. VIII*

**La pena di morte**

## *Vol. IX*

**Diritto e interpretazione**

## *Vol. X*

**Secolarizzazione, storia della storiografia, diritto e arti**

## *Vol. XI*

**Ritratti**

## Volume VIII

La pena di morte



## Indice del volume

INTRODUZIONE A <i>IL DIRITTO DI UCCIDERE</i> .....	1
L'ILLUMINISMO GIURIDICO: STRATEGIA DI DOMINIO O PROGETTO DI EMANCIPAZIONE? ....	20
BECCARIA E LA FILOSOFIA DELLA PENA .....	34
LO <i>IUS VITAE AC NECIS</i> ALLA PROVA: CESARE BECCARIA E LA TRADIZIONE CONTRATTUALISTICA .....	48
1. <i>Un argomento di Beccaria contro la pena di morte: il fondamento contrattualistico     dell'ordine politico.</i> .....	48
2. <i>Ugo Grozio: «puniendi potestas ... antiquius penes privatos fuisse quam penes     republicam».</i> .....	52
3. <i>Thomas Hobbes: «no man can be bound to will being kill'd».</i> .....	67
4. <i>John Locke: «...those dangerous and noxious creatures».</i> .....	82
5. <i>Jean-Jacques Rousseau: «...par ses forfaits rebelle et traître à la patrie».</i> .....	96
6. <i>Cesare Beccaria: «non è dunque la pena di morte un diritto».</i> .....	106
« VOILÀ LE SOPHISME QUI A SÉDUIT TANT DE PUBLICISTES ». LECTURES CONTRACTUALISTES DES <i>DÉLITS ET DES PEINES</i> DANS L'ITALIE DU SECOND XVIII <sup>E</sup> SIÈCLE .....	114
1. <i>La thèse de Beccaria : « La peine de mort n'est [...] pas un droit »</i> .....	114
2. <i>L'objection des « pufendorfiens » : la distance « qualitative » entre le souverain et ses     sujets</i> .....	117
3. <i>L'anti-abolitionnisme de Gaetano Filangieri</i> .....	122
4. <i>Un argument à « laisser de côté » : l'illégitimité de la peine de mort</i> .....	131
5. <i>Témoignages de contractualistes abolitionnistes</i> .....	134
« UN SENTIMENT D'HUMANITÉ AFFECTÉ » : KANT CRITIQUE DE BECCARIA.....	141
1. <i>Rétribution et/ou prévention?</i> .....	142
2. <i>'Tout cela n'est que sophisme et fausse interprétation du droit': le problème de la peine     de mort</i> .....	154

«NON È DUNQUE LA PENA DI MORTE UN DIRITTO»: ALLE ORIGINI DI UN DIBATTITO ANCORA  
APERTO ..... 164

## INTRODUZIONE A IL DIRITTO DI UCCIDERE

1. Ancora un libro sulla pena di morte! È facile prevedere un gesto di noia e una reazione di sazietà di fronte a una raccolta di saggi che, da angoli visuali diversi, trovano nella morte come pena il loro tema unificante. In effetti, è ormai sovrabbondante la letteratura dedicata alla pena di morte, in Italia come nel resto del mondo. Certo, il materiale a disposizione è, sì, enorme, ma anche eterogeneo e spesso dominato dall'esigenza di prendere partito, di schierarsi, di presentare argomenti che persuadano il lettore dell'ingiustizia, dell'illegittimità e/o dell'inutilità della pena di morte e lo sollecitino a contrastarne la permanenza oppure al contrario lo inducano a patrocinare la causa della sua conservazione o addirittura a formulare l'auspicio di una sua reintroduzione. Non mancano comunque contributi importanti, capaci di mettere a fuoco i molteplici problemi (giuridici, etici, politici) sollevati dalla pena di morte e di ricostruirne la genesi e lo sviluppo storico.

Perché allora l'ennesimo libro sulla pena di morte? La prima e più ovvia risposta è dettata dalle 'cose stesse': dall'andamento del dibattito politico-giuridico contemporaneo che ha dato un crescente rilievo al problema della pena di morte. È un dibattito che ha investito singole realtà nazionali, ma si è soprattutto sviluppato nelle sedi internazionali, dove si sono moltiplicate le iniziative volte a contenere e, in prospettiva, a eliminare (ovunque nel mondo) il 'diritto di uccidere': quel 'terribile diritto' (vorrei dire parodiando Beccaria), quel potere di infliggere legittimamente la morte, che (nel passato e ancora nel presente) è stato attribuito al detentore della sovranità.

È la legittimità del potere sovrano di dare la morte ad apparire sottoposta ad attacchi crescenti: da parte di Stati di risalente o recente fede abolizionista, da parte di organizzazioni internazionali, soprattutto da parte di movimenti e gruppi di opinione (da *Amnesty International* a 'Nessuno tocchi Caino', alla Comunità di S. Egidio) che hanno dato e continuano a dare un contributo di grande rilievo alla messa in mora dell'estremo supplizio. Chiunque scorra oggi l'agenda delle questioni agitate nell'arena internazionale si imbatte con il problema della pena di morte: è comprensibile allora che *Jura gentium* – che si propone come un luogo e uno

---

P. Costa, *Introduzione a Il diritto di uccidere*, in Id., *Saggi di storia della cultura giuridico-politica*. VIII. *La pena di morte*, 2024, [https://doi.org/10.69134/QFArchiviO\\_24\\_09](https://doi.org/10.69134/QFArchiviO_24_09), pp. 1-19.

Orig. in *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*, a cura di Pietro Costa, Feltrinelli, Milano 2010, pp. 9-29.

strumento di analisi e di discussione dei profili teorico-politici e teorico-giuridici dell'ordine internazionale – abbia sentito il bisogno di stimolare una riflessione a più voci sulla pena di morte, ospitandone i risultati nel secondo Quaderno della propria collana.

La scelta di 'Jura gentium' non è stata però sollecitata soltanto dallo *Zeitgeist*, dall'esigenza di essere 'contemporanei a noi stessi', di essere presenti e attivi nello spazio pubblico cui apparteniamo. È una scelta suggerita soprattutto dalle caratteristiche intrinseche del problema affrontato: un problema tanto noto e discusso quanto ancora, per molti versi, sfuggente ed enigmatico. È un'esigenza conoscitiva cui il nostro Quaderno vorrebbe dare risposta; ed è questa esigenza che circola in tutti i saggi che lo compongono, diversi l'uno dall'altro per il taglio e lo stile del discorso, e tuttavia unificati non soltanto, come è ovvio, dal tema proposto, ma anche dalla convinzione, implicita o esplicita, di trovarsi di fronte a un nodo problematico solo apparentemente semplice e noto.

Lungi dall'apparire un luogo retorico mille volte percorso e descritto, la questione della pena di morte appare una 'presenza' ancora conturbante ed enigmatica. Guardando al sessantennio che ci separa dalla fine della seconda guerra mondiale, da un lato, assistiamo a un impressionante (si direbbe irresistibile) trionfo planetario della retorica dei diritti umani, fra i quali campeggia comprensibilmente il diritto alla vita; dall'altro lato, però, ci rendiamo conto che, nonostante un siffatto clima (che si direbbe ostile nei confronti di qualsiasi attentato alla vita di un essere umano), la pena di morte resiste alle energiche bordate abolizioniste: che guadagnano terreno, si aggiudicano le sorti di molte battaglie, ma non hanno ancora vinto la guerra. La pena di morte resiste: arretra, ma resiste; e proprio per questo sfida non soltanto la 'volontà buona' degli abolizionisti, ma anche l'intelligenza critica degli osservatori.

È con la natura enigmatica della pena di morte che tutti i saggi (ciascuno a suo modo) si misurano; una pena antichissima e ancora attuale; una pena che affonda le radici nei momenti più arcaici della nostra storia e tuttavia continua ad essere proposta come un indispensabile strumento di salvaguardia dell'ordine; una pena che ha attraversato l'intera storia dell'Occidente, ma è stata, ed è, altrettanto nota e applicata entro culture e società lontanissime dalle nostre.

È con la lunga durata della pena di morte, non meno che con la sua capillare disseminazione nello spazio, che i saggi si confrontano. Nessuno degli autori dissimula od occulta la propria propensione abolizionistica, ma nessuno di loro la assume come l'obiettivo prioritario e l'elemento catalizzatore della propria analisi.

Domina piuttosto l'esigenza di contribuire a dipanare qualche filo di una complicata matassa, del cui groviglio non potrebbe in nessun modo venire a capo un approccio prevalentemente esortativo o (peggio) predicatorio.

L'obiettivo del Quaderno non è offrire un'informazione dettagliata sul presente e sul passato della pena di morte, in Occidente e nei più diversi paesi del mondo: un siffatto obiettivo sarebbe impossibile o quanto meno richiederebbe una quantità impressionante di contributi e di pagine. I saggi raccolti nel volume hanno un'ispirazione 'critica', piuttosto che 'informativa': tentano di interrogarsi sulle radici del fenomeno e di coglierne le variazioni e le continuità nel tempo e nello spazio e soprattutto ambiscono a stimolare domande scomode e a mettere in questione presunte certezze.

I contributi che compongono il volume sono 'saggi', nel senso etimologico del termine: esperimenti ed 'assaggi', che, consapevoli del carattere accidentato e vischioso del terreno che vanno a sondare, vogliono renderci edotti della complessità del problema impedendoci facili scappatoie e conclusioni consolatorie. Non è quindi in omaggio a un'impossibile 'completezza' dell'informazione che il Quaderno spazia dal mondo antico al presente, dall'Europa agli Stati Uniti, alla Cina, ai paesi islamici. Al contrario, la lunga (lunghissima) durata della pena di morte, non meno della sua presenza in società e culture profondamente diverse, sono aspetti propri del fenomeno e contribuiscono a renderlo tanto complesso quanto inquietante.

Caratterizzata da una continuità nel tempo e da una diffusione nello spazio indubbiamente impressionanti, la pena di morte è un fenomeno che deve essere indagato mettendo a frutto voci e competenze diverse: serve l'apporto del filosofo, del giurista, dell'antropologo, dello storico; sono preziose le testimonianze relative a molteplici tradizioni culturali. La varietà delle discipline e delle culture compresenti nel Quaderno è appunto l'espressione della consapevolezza del carattere sfaccettato e sfuggente del problema affrontato.

2. La morte come pena sembra rivelare una connessione originaria con la vendetta: è il gruppo familiare che, valutando come ingiusta l'uccisione di uno dei suoi membri, colpisce il responsabile con una reazione che vuol essere equivalente all'azione subita. È la biblica legge del taglione, che, come ricorda nel suo saggio Giannino Piana, appare largamente condivisa da tutte le popolazioni che si affacciano sul bacino del mediterraneo e trova nel *Genesi* una precisa enunciazione. È un legittimo potere e un dovere morale del clan familiare vendicare il sangue del

parente ingiustamente ucciso. Agli albori della nostra civiltà, nelle culture del vicino Oriente come in Grecia, infliggere la morte è una giusta riparazione del male.

Vendetta, riparazione e morte sono legate fra loro da un vincolo antico. Interviene certo, precocemente, una svolta che costringe questa connessione antica in un alveo nuovo: le leggi draconiane nell'Atene del VII secolo a.C. (come ci dice Eva Cantarella nel suo contributo) provvedono a contenere l'auto-nomia dei gruppi famigliari attribuendo alla città, al potere politico, la prerogativa di decidere della colpa e dell'innocenza, di provvedere all'assoluzione o al castigo. Nasce la pena di morte. L'innovazione è in qualche modo epocale: è in gioco la nascita della politica (la nascita della polis), l'affermazione di un potere che ambisce a 'tenere insieme' (a disciplinare, a normare) una molteplicità di individui avocando a se stesso una competenza decisionale fino a quel momento affidata alle relazioni 'orizzontali' fra gruppi.

Il potere politico prende ad esistere nel momento in cui dà forma all'interazione dei soggetti, nel momento in cui pone comandi, divieti, sanzioni: assume su di sé l'onere dell'ordine (il contenimento del conflitto) e si presenta come l'amministratore della forza e il dispensatore dei premi e dei castighi. Potere politico, ordine, giudizio e sanzione si stringono in un unico plesso ed è in questo vortice che viene attratta la morte come pena.

Con la 'nascita' del potere politico non si interrompe il nesso fra morte, vendetta e riparazione: cambiano gli attori e lo scenario, ma resta fermo l'antico orizzonte di senso; e semmai ciò che è possibile intravedere in filigrana è il progressivo svilupparsi di forme di regolamentazione e di razionalizzazione dell'intervento punitivo(-vendicativo) quando di esso si fa carico un potere 'terzo', (assunto come) superiore ed imparziale. Qualcosa di simile avviene, come ci dice Giannino Piana, con la legislazione mosaica, che sottrae al clan famigliare le decisioni sulla vita e sulla morte per affidarle all'autorità.

Questo complesso, e decisivo, spostamento di equilibri dal piano 'orizzontale' dei rapporti intersoggettivi al piano 'verticale' della relazione di dominio politico non è peraltro un fenomeno consegnato esclusivamente al momento 'originario' e inaugurale delle nostre civiltà. Compiendo un acrobatico salto in avanti nel tempo, potremmo ritrovare qualcosa di analogo in società relativamente più vicine alle nostre (pur con tutte le cautele che si rendono necessarie quando si voglia impiegare nell'analisi storiografica lo strumento dell'analogia): in società caratterizzate da un potere politico debole e da forti strutture comunitarie e famigliari, quali le città

dell'Europa medievale, e in particolare dell'Italia, agli esordi della loro parabola ascendente. Anche in questo caso (come la storiografia più recente ed avvertita ha mostrato<sup>1</sup>) la vendetta esercitata dai famigliari della vittima risulta essere “un modo riconosciuto per ristabilire equilibri violati, per conseguire un risarcimento e ottenere soddisfazione”<sup>2</sup>. E soltanto agli inizi del XIV secolo un più saldo potere cittadino darà inizio al faticoso processo della ‘pubblicizzazione’ del penale e si vorrà protagonista della persecuzione del crimine e della comminazione delle pene (e resteranno comunque a lungo tracce, anche nel nuovo assetto, dell’antica giustizia negoziata).

La morte come pena appare (fino dalle origini e durevolmente) uno dei contrassegni del potere: parte integrante, o forse meglio emblema e coronamento, del processo di riconduzione della società a un centro dominante.

Nei confronti della ricorrente aspirazione del potere politico a presentarsi come il detentore monopolista del potere legittimo di dare la morte le grandi religioni monoteistiche non sembrano avere opposto ostacoli rilevanti. Certo, siamo di fronte a fenomeni di enorme complessità, che impongono cautela a chiunque voglia evitare sintesi frettolose e affermazioni infondate. È questo il modo di procedere dei tre contributi che, nel nostro Quaderno, affrontano il problema della pena di morte nell’orizzonte di alcune grandi tradizioni religiose: il saggio di Giannino Piana, che si riferisce al cristianesimo nella millenaria interpretazione offertane dalla Chiesa di Roma, il contributo di Abdullahi Ahmed An-Na`im, dedicato al mondo mussulmano in generale, e infine l’intervento di Pejman Abdolmohammadi, che illustra la posizione dell’islamismo sciita.

Le cautele (sostantive e metodologiche) necessarie sono chiaramente esplicitate nel saggio di An-Na`im. In primo luogo, conviene diffidare di affermazioni di carattere troppo generale: parlare di islamismo (e, aggiungerei, di cristianesimo), *tout court*, è far uso di un termine singolare a fronte di un’impressionante pluralità di interpretazioni e di esperienze, la cui unità è più un’ipotetica conclusione dell’analisi che un incontrovertibile dato di partenza. In secondo luogo, e di

<sup>1</sup> Cfr. M. Sbriccoli, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in M. Bellabarba, G. Schwerhoff, A. Zorzi (a cura di), *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna*, il Mulino-Duncker & Humblot, Bologna-Berlin 2001.

<sup>2</sup> M. Sbriccoli, *Giustizia criminale*, in M. Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno. Istituzioni e diritti*, Laterza, Roma-Bari 2002, p. 164. Cfr. il recente bel saggio di A. Zorzi, “*Fracta est civitas magna in tres partes*”. *Conflitto e costituzione nell’Italia comunale*, “Scienza & Politica”, 39 (2008), pp. 61-87.

conseguenza, diverse società e culture, pur identificabili genericamente come ‘mussulmane’ (o ‘cristiane’), esprimono convinzioni e si organizzano secondo forme di vita sensibilmente diverse fra loro, legate alla loro specifica storia e alla loro intrinseca dinamica socio-culturale e non già meccanicamente imputabili all’una o all’altra religione di riferimento.

È quindi opportuna l’insistenza di An-Na`im sulla varietà interna al mondo mussulmano (un mondo sfaccettato, che troppo spesso la disinformazione dei mass media occidentali appiattisce in uno stereotipo di comodo); ed è una varietà non solo legata alle molteplici e differenti società che lo compongono, ma anche connessa alle diverse letture che delle medesime fonti, del medesimo ‘canone’, sono state storicamente proposte. Dato un testo, occorre leggerlo, intenderlo, insomma, interpretarlo: inizia un inevitabile processo di attribuzione di senso, sorretto dal contributo attivo e creativo dei lettori, plasmato dalle mille determinazioni soggettive, generazionali, socio-culturali, insomma, storiche, dei soggetti interpretanti. È quanto è avvenuto e avviene (e non potrebbe non avvenire) anche nel mondo islamico, pur ancora refrattario a tematizzare e ad accettare al suo interno il momento dell’interpretazione. An-Na`im, al contrario, è profondamente convinto della sua importanza ed è quindi in grado di mostrare l’esistenza di posizioni differenziate anche di fronte al problema della pena di morte e la possibilità di argomentare a favore di strategie volte a contenere il ricorso ad essa. Resta però ferma, e impressionante, una delle affermazioni conclusive del saggio: secondo la quale una posizione abolizionista all’interno del mondo mussulmano costituisce ancora, almeno sul terreno dei principî, una difficile sfida. Né peraltro sembra essere diverso, da questo punto di vista, lo scenario quando si guardi all’Islam sciita, presentato dal saggio di Pejman Abdolmohammadi, dove, per un verso, la mancata distinzione fra ‘peccato’ e ‘reato’ (caratteristica anche delle società occidentali fino alla svolta illuministica) contribuisce a rendere rigido e intransigente il tradizionale sistema dei delitti e delle pene, mentre, per un altro verso, il ricorso all’*ijtihad* (la valorizzazione dell’interpretazione nel processo di comprensione e applicazione delle norme) sembra aprire qualche spiraglio e rendere possibile un confronto fra ‘conservatori’ e ‘progressisti’.

Rilevante è anche la persistenza con la quale la Chiesa cattolica, nel suo millenario cammino, attribuisce una patente di legittimità al sovrano potere di infliggere la morte. Certo, a segnare una netta distanza dalla tradizione vetero-testamentaria era intervenuto (come Giannino Piana non manca di sottolineare) il



radicalismo del Vangelo, la paradossale, eversiva rinuncia alla violenza e alla legge del taglione. Non è esplicita la condanna della pena di morte, ma il messaggio non-violento che scaturisce dall'insieme della Scrittura neo-testamentaria lascia un segno profondo nel primo cristianesimo e sollecita la patristica a esprimere un netto rifiuto della pena di morte. Questo orientamento però si interrompe bruscamente con la svolta costantiniana, nel IV secolo, e con la nuova alleanza fra Chiesa e Impero. Data da questo momento l'avvio di un diverso atteggiamento di fronte al potere politico e alla sua forza coattiva. Resterà ferma, e determinante per l'intera storia della Chiesa in occidente<sup>3</sup>, la distinzione (enunciata da papa Gelasio I nel 494) fra i due poteri: il potere temporale, che brandisce e usa la spada, e il potere spirituale, che si preoccupa della salvezza eterna. La distinzione dei poteri implica però al contempo la loro collaborazione (oltre che il primato, in ultima istanza, dello spirituale sul temporale). Ed è in questo quadro che l'uso temporale della spada, come strumento di salvaguardia di un ordine 'giusto', e quindi il potere di infliggere la morte a chi ne violi le regole fondamentali, trova la sua duratura consacrazione.

I poteri, spirituale e temporale, restano distinti, ma iniziano anche (e proseguono fin dentro la modernità) le loro scambievoli *imitationes*<sup>4</sup>. Da un lato, la Chiesa trae dal modello imperiale lo stimolo per rappresentarsi e costruirsi come un formidabile assetto potestativo, mentre, dall'altro lato, il potere secolare si ammanta di un'aura religiosa, sacrale (ora mutuandola dalla legittimazione ad esso fornita dalla Chiesa, ora rivendicandola, in competizione con il monopolio ecclesiastico del 'numinoso', come una caratteristica intrinseca del suo potere). È appunto la sacertà del potere a fare del sovrano il padrone della vita e della morte dei sudditi (e, viceversa, è proprio dalla sua capacità di infliggere la morte che esso vede rafforzata la sua possibilità di proporsi come 'imago dei'). Non è peraltro la vita (la 'nuda' vita, la vita biologica, corporea) il valore supremo per la Chiesa: non la tutela della vita biologica, ma la salvezza eterna degli esseri umani è la destinazione di senso della sua *peregrinatio* nel mondo. La vita del corpo può quindi essere sacrificata quando entrano in gioco

<sup>3</sup> Cfr. P. Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, il Mulino, Bologna 2000.

<sup>4</sup> Il riferimento obbligato è a P.E. Schramm, *Sacerdotium und Regnum im Austausch ihrer Vorrechte: 'imitatio imperii' und 'imitatio sacerdotii'. Eine geschichtliche Skizze zur Beleuchtung des 'Dictatus papae' Gregors VII.* (1947), ora in Id., *Beiträge zur allgemeinen Geschichte*, Vierter Teil, I. Hälfte, Anton Hiersemann, Stuttgart 1970. Mi permetto di rinviare in proposito a P. Costa, *'Imitatio imperii' e 'imitatio sacerdotii': morte e trasfigurazione di una celebre formula*, in A. Ceretti, L. Garlati (a cura di), *Laicità e Stato di diritto*, Giuffrè, Milano 2007, pp. 179-208.

valori superiori (la salvezza dell'anima e, sia pure come mezzo per un fine superiore, anche la conservazione dell'ordine 'giusto').

Prende campo dunque nella *societas christiana* una strategia penale che per un lunghissimo periodo, senza soluzione di continuità, include il ricorso massiccio alla pena di morte. Non manca qualche isolatissima voce di dissenso (opportunamente ricordata da Eva Cantarella nel suo intervento), ma è assolutamente dominante la convinzione, condivisa dai teologi come dai giuristi, della piena legittimità e utilità della pena di morte.

Nel lungo 'medioevo cristiano' l'esercizio del potere e la comminazione della morte come pena si intrecciano strettamente. Impressionati dalla costanza con la quale la Chiesa cattolica ha continuato a sostenere la legittimità della pena di morte, potremmo allora ipotizzare l'emergere di una frattura nel momento in cui comincia a indebolirsi l'egemonia socio-culturale del discorso teologico; nel momento in cui si avvia quel processo di 'secolarizzazione' (quel processo di 'de-sacralizzazione' di ambiti di realtà precedentemente inglobati nella sfera del 'religioso') che tendiamo a ritenere costitutivo della 'modernità'.

In realtà, questa ipotesi non sembra convincente. La modernità non coincide affatto con un rapido e facile esaurimento della legittimazione e dell'applicazione della pena di morte, che al contrario si presenta come un fenomeno la cui lunga durata mette in scacco le 'grandi periodizzazioni' (le fratture più celebri e acquisite), presentandosi come un singolare *trait d'union* fra contesti culturali che restano effettivamente, da molti altri punti di vista, nettamente diversi fra loro.

Tenterò di esplicitare questo assunto richiamando l'attenzione su una metafora singolarmente longeva, che l'avvento della modernità non basta a consegnare al passato remoto: la metafora dell'organo malato e della sua amputazione chirurgica.

L'arto malato deve essere reciso, pena la morte dell'intero organismo. Il grande criminale, il responsabile di gravi e imperdonabili trasgressioni, è il membro infetto del corpo sociale, una vivente minaccia per la sua integrità, e deve quindi essere eliminato. La pena di morte non è l'unico mezzo idoneo a questo scopo, ma è certo il mezzo più efficace. Esprime questa tesi con la consueta precisione Tommaso d'Aquino. Ogni individuo è parte di un tutto e quindi se un individuo è, nei confronti della comunità, "periculosus" e "corruptivus", se mette a rischio la salute del corpo sociale, "laudabiliter et salubriter occiditur, ut bonum commune conservetur"<sup>5</sup>: è un

<sup>5</sup> Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, Editiones Paulinae, Roma 1962, II, II q. 64, a. 2; II, II, q. 11, a. 3.

merito e una misura sanitaria ucciderlo, per preservare il bene comune. È vero, aggiunge Tommaso, che è male uccidere. Il criminale però “decidit a dignitate humana”, perde la sua ‘dignitas’, il suo valore di uomo, e ucciderlo è “sicut occidere bestiam”.

Il criminale come un arto malato da recidere; il criminale come un animale feroce da eliminare. Queste immagini, e le strategie argomentative da esse alimentate, non sono un patrimonio esclusivo del lontano medioevo. Lasciamo l’Italia medioevale e guardiamo alla culla della modernità, all’Inghilterra di Locke e del primo Settecento. Quasi tutto è cambiato e pure un’immagine, ormai consolidata, del criminale e la legittimità della sua eliminazione resistono ai mutamenti e vengono riformulate all’interno del nuovo universo culturale. Ogni essere umano, per Locke, è il titolare, per natura, di diritti fondamentali. Il criminale, però, con il suo comportamento, “dichiara lui stesso di abbandonare i principî della natura umana [...]”. “Decidit a dignitate humana”, aveva scritto Tommaso, e Locke sembra tradurre puntualmente il testo dell’Aquinata. Il criminale cessa di essere uomo, “ha dichiarato guerra all’intero genere umano; e perciò può essere distrutto come un leone o una tigre, cioè come una di quelle bestie feroci con cui gli uomini non possono avere società o garanzia”<sup>6</sup>.

Il criminale, con il suo atto, si pone per sua scelta fuori dal consorzio umano. È questa l’immagine che continua a circolare nel discorso pubblico, nella pubblicistica di basso cabotaggio così come in molti ‘grandi testi’ dell’Europa moderna; ed è un’immagine che si impone tanto più facilmente quanto più forte è il senso dell’unità del corpo sociale. Agli inizi dell’Ottocento Fichte esprime con particolare chiarezza questo assunto. L’atto criminale è la rottura di quel contratto sociale che fa dei soggetti un corpo politico unitario. Trasgredendo ai principî fondamentali della convivenza, il reo perde “tutti i propri diritti come cittadino e come uomo”. Il criminale “diventa *bandito*”<sup>7</sup>, nell’antico, medievale senso del termine: un soggetto privato dei suoi più elementari diritti, tanto da essere dichiarato, dopo la condanna, “cosa, capo di bestiame”.

Il criminale degradato a un essere non umano; il criminale come un elemento nocivo da eliminare. Questa metafora torna ostinatamente a presentarsi nei più diversi contesti. Guardiamo all’Italia di fine Ottocento e a una famosa scuola di

<sup>6</sup> J. Locke, *Secondo Trattato sul governo*, in *Due Trattati sul governo*, a cura di L. Pareyson, UTET, Torino 1960, pp. 245-46.

<sup>7</sup> J.G. Fichte, *Fondamento del diritto naturale secondo i principî della dottrina della scienza (Seconda parte, ovvero Diritto naturale applicato)* (1797), a cura di L. Fonnesu, Laterza, Bari 1994, p. 227.

diritto penale: la Scuola positiva, che con Lombroso e Sergi cerca le radici antropologiche, biologiche, della criminalità e fa del criminale l'espressione di una degenerazione atavica. Le premesse teoriche non potrebbero essere più lontane dal contrattualismo lockiano. E tuttavia le conseguenze che ne trae un esponente di quella scuola, Garofalo, ci suonano ormai familiari: se il criminale è un 'delinquente nato', la pena serve non tanto alla prevenzione di futuri reati, quanto alla neutralizzazione del criminale e, in ultima istanza, alla sua "eliminazione"<sup>8</sup>. Il 'grande malfattore' che lede gli interessi fondamentali "dell'aggregato" deve essere escluso dalla società perché il suo "adattamento alle condizioni dell'ambiente si è rivelato incompleto ed impossibile" e la pena più consona è dunque la pena di morte.

L'antica metafora continua a mostrarsi viva e vitale e a trasmettere, nei più diversi contesti, il medesimo messaggio, riassumibile in tre punti principali: il primato del tutto sulla parte, del corpo sociale sui suoi membri; la degradazione del criminale da essere umano a essere dis-umano o sub-umano; l'esigenza della sua eliminazione, presentata come essenziale per la conservazione della società.

È proprio la lunga durata di questo messaggio a impedirci di cadere in un errore di prospettiva e di vedere nella pena di morte soltanto l'espressione di un'umanità arcaica, primitiva, insomma, 'pre-moderna'. In effetti, è vero che le società pre-moderne prediligono la pena di morte, ma non è vero il reciproco: non è vero cioè che il processo di modernizzazione emargini la morte dall'orizzonte del penale.

Le mie erratiche citazioni hanno avuto appunto lo scopo di richiamare l'attenzione sul carattere non già arcaico, ma anche moderno della pena di morte. È allora meno sorprendente di quanto può apparire di primo acchito il continuo ripresentarsi della medesima tesi nel magistero della Chiesa cattolica. Come dimostra il saggio di Giannino Piana, la strategia nei confronti della pena di morte resta, dai grandi papi medievali fino a Pio XII, sostanzialmente la medesima. La vita umana è intangibile – è questa la tesi ancora ribadita da Pio XII nel secondo dopoguerra – ma è il criminale stesso che si priva, in conseguenza del suo crimine, del diritto alla vita, tanto che il pubblico potere si limita, per così dire, a trarre le conseguenze di questa scelta comminando la pena di morte. Regge ancora la tesi tomistica del criminale che "decidit a dignitate humana". È semmai il Concilio Vaticano II che, anche in questo settore, introduce una netta discontinuità, con una forte tematizzazione dei diritti umani. Sono poste le premesse per una condanna della

<sup>8</sup> R. Garofalo, *Criminologia. Studio sul delitto e sulla teoria della repressione*, Bocca, Torino 1891, p. 214.

pena di morte, anche se non si arriva esplicitamente ad essa. Ancora nel *Catechismo della Chiesa cattolica*, pubblicato nel 1992, si raccomandano sanzioni alternative, senza però arrivare a “escludere, in casi di estrema gravità, la pena di morte”<sup>9</sup>. E solo a partire dall’enciclica *Evangelium Vitae*, del 1995, e dalla successiva edizione del *Catechismo*, del 1997, diviene netto il rifiuto della pena di morte.

La morte come pena è insomma profondamente, durevolmente connessa con l’intera storia dell’Occidente. Certo, di questa complicata storia è parte anche una tradizione diversa, che tenta di mettere in questione il potere di morte del sovrano sui propri sudditi: la tradizione ‘abolizionistica’. È vero allora che la modernità non coincide in nessun modo con la condanna della pena di morte; ma è altrettanto vero che all’interno della modernità ha preso forma un orientamento che ha posto in stato di accusa la legittimità e l’applicazione della pena di morte.

Un testo inaugurale di questo orientamento è ovviamente il piccolo grande libro di Cesare Beccaria, comparso nell’estate del 1764 e impostosi immediatamente all’attenzione dell’intera Europa. Leggiamo il paragrafo XXVIII. Per Beccaria, la pena di morte deve essere bandita per due motivi: in primo luogo, perché la sua efficacia deterrente è inferiore a quella del carcere a vita; e in secondo luogo, perché gli uomini sanno in cuor loro che la loro vita non deve essere “in potestà di alcuno” e non può essere consegnata, per decisione contrattuale, nelle mani del sovrano<sup>10</sup>.

È la rigorosa fondazione ‘contrattualistica’ dell’impossibilità ‘logica’, prima ancora che dell’inaccettabilità deontologica, della pena di morte, efficacemente illustrata nel saggio di Luigi Ferrajoli, che riconduce a Hobbes l’originaria affermazione di un diritto di ciascuno alla vita (alla propria autoconservazione); un diritto che non basta a impedire al sovrano di infliggere la morte, ma quanto meno legittima il suddito a compiere qualsiasi azione che gli permetta di sottrarsi alla condanna.

L’impressione provocata dall’opera di Beccaria è enorme. E non è soltanto la nascente ‘opinione pubblica’ a mostrarsi colpita dalle argomentazioni del *Dei delitti e delle pene*. Di lì a pochi anni, infatti, il benefico monarca riformatore, auspicato da Beccaria, si materializza nella persona di Pietro Leopoldo, granduca di Toscana, che provvede a una coraggiosa riforma del diritto penale e del processo penale: una riforma di cui il granduca traccia le linee principali, vincendo le perplessità dei suoi

<sup>9</sup> *Catechismo della Chiesa cattolica*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 1992, pp. 558-59.

<sup>10</sup> C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di Franco Venturi, Einaudi, Torino 1970, pp. 62-70.

stessi consiglieri; una riforma che include, oltre al divieto della tortura nel processo, anche l'abolizione della pena di morte. È appunto la *Leopoldina*, pubblicata il 30 novembre del 1786.

La tesi abolizionistica è ormai formulata e addirittura applicata. Siamo di fronte a un evento di grande valore simbolico, destinato a costituire ormai un preciso elemento di discriminazione fra 'partiti' contrapposti. Non si pensi però di assistere a una battaglia dove ciascuno dei due eserciti in campo si presenta compatto e unitario al suo interno: da un lato, il trono e l'altare, alleati nel difendere l'arcaico e feroce patibolo, dall'altro lato, una ragione laica che come un sol uomo reclama la 'dolcezza delle pene', l'umanizzazione del sistema penale. È vero che il trono e l'altare stentavano a separare l'obbedienza dei sudditi dal potere di vita e di morte attribuito al sovrano; ma è altrettanto vero che le posizioni 'abolizioniste' non trovavano affatto concordi i difensori delle libertà e dei diritti fondamentali dei soggetti.

Si pensi a un grande riformatore come Gaetano Filangieri, per tanti aspetti vicino alle proposte di Beccaria e tuttavia contrario all'abolizione della pena di morte. Si pensi a Rousseau, che appena due anni prima della formulazione dell'eversiva tesi beccariana si era pronunciato a favore della pena di morte; e ancora in questo senso, con diverse argomentazioni, si esprimerà, a fine Settecento, Kant; quello stesso Kant che al contempo (come ricorda Luigi Ferrajoli) teorizza con forza ineguagliabile il valore assoluto della persona, mettendo a disposizione delle future battaglie abolizioniste un argomento di grande portata.

Certo, la *Leopoldina* aveva tentato di dimostrare sperimentalmente che era possibile governare senza ricorrere alla morte come pena. Occorre però non dimenticare il carattere effimero della riforma granducale. Sarà lo stesso Pietro Leopoldo a far presto marcia indietro. Vi erano stati disordini in varie zone della Toscana e il granduca, poco tempo dopo aver lasciato la Toscana per Vienna, nel 1790, appena quattro anni dopo il varo della sua riforma, si dichiara costretto a reintrodurre la pena di morte contro coloro "i quali ardiranno di sollevare il popolo, o mettersi alla testa del medesimo per commettere eccessi e disordini"<sup>11</sup>. Ed è solo l'inizio di una 'controriforma' che reintrodurrà la pena di morte per la sedizione politica e per alcuni reati comuni: è quanto avviene con la riforma del 1795, promulgata dal successore di Pietro Leopoldo, Ferdinando III, e poi ancora con la legge del 1816 (la Legge contro i delitti di furti violenti).

<sup>11</sup> M. Da Passano, *Il diritto penale toscano dai Lorena ai Borbone*, Giuffrè, Milano 1988, p. 111.

È stata dunque inutile, improduttiva di conseguenze, la sfida di Beccaria e di alcuni riformatori settecenteschi? Certamente no: è a partire da quel momento storico, da quel testo, da quei testi, che la pena di morte, per la prima volta, cessa di essere una rassicurante *certezza* per divenire un *problema*. La pena capitale non può essere più presentata come una garanzia (indiscutibile perché di per sé evidente) dell'ordine sociale, come un appannaggio costitutivo della sovranità, ma deve essere sempre di nuovo giustificata, deve guadagnarsi sul campo quella legittimità di cui per lungo tempo godeva automaticamente. Il mantenimento o l'abolizione della pena di morte diviene una delle poste in gioco (sul piano simbolico forse la principale) di quel complicato processo di 'incivilimento' del penale che, lungi dall'essere ormai compiuto, coinvolge anche il nostro presente e il nostro futuro.

Di questo processo, l'abolizione della pena di morte è stata una tappa particolarmente faticosa. Lo è stata anche in Italia, come dimostra una pur sommaria rassegna degli episodi principali. La pena di morte resta in vigore nella legislazione degli Stati pre-unitari (e anche nello Stato pontificio, dove è ampiamente utilizzata), salvo essere abolita in Toscana dal governo provvisorio nel 1859. Divampa subito il dibattito, nella nuova Italia unita, sull'opportunità di abolire o conservare la pena di morte: si mobilitano, a favore della tesi abolizionista, personaggi di grande spessore intellettuale e morale, come Francesco Carrara e Pietro Ellero, e nascono iniziative di respiro europeo, come il "Giornale per l'abolizione della pena di morte". Solo nel 1890, tuttavia, quando entra in vigore il codice Zanardelli, la pena di morte viene bandita dal sistema penale italiano. Non siamo però di fronte a un bando definitivo. Con l'avvento del regime fascista e con le leggi del '26 'per la difesa dello Stato' (e poi con il codice Rocco) la pena di morte viene reintrodotta ed effettivamente applicata (il Tribunale speciale per la difesa dello Stato pronuncia, fra il '26 e il '43, 42 condanne a morte). Solo con la costituzione del '48 si arriva a una solenne sconfessione della pena capitale.

Siamo nel secondo dopoguerra e dalla pubblicazione del *Dei delitti e delle pene* sono trascorsi quasi due secoli. Eppure l'Italia, almeno su questo fronte, non appare più distratta o ritardataria di altre nazioni europee. La Francia (come ricorda nel suo contributo Danilo Zolo) abolisce la pena capitale sia in tempo di pace che in tempo di guerra nel 1981 (mentre l'Italia cancellerà la pena di morte dal codice penale militare di guerra nel 1994). La Spagna esclude la pena capitale nel 1995, il Belgio nel 1996, la Gran Bretagna nel 1998. È solo alle soglie del nostro immediato presente che nei diversi paesi europei è prevalsa la scelta di mettere al bando la pena capitale.

È storia recentissima l'avanzata dell'abolizionismo in Europa ed è storia altrettanto recente, e contrastata, la maturazione di orientamenti abolizionistici nell'ambito dell'ordine internazionale, esaurientemente ricostruita dal saggio di Antonio Marchesi. Non basta la celebre Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, del 1948, ad aprire la strada alla condanna internazionale della pena di morte. Fra gli Stati redattori della Dichiarazione è maggioritario (come ci dice Marchesi) il partito dei difensori della pena di morte: il silenzio della Carta sulla pena capitale ha quindi il senso di un diplomatico *glissons-nous* funzionale al conseguimento di un consenso, altrimenti impossibile, sulla redigenda lista dei diritti (una strategia della reticenza non troppo dissimile da quella adottata nei confronti della colonizzazione). Non reticente invece, ma esplicita nell'accettare l'istituto della pena di morte è la Convenzione europea dei diritti umani, del 1950. Contrariamente a quanto potremmo ingenuamente attenderci, la connessione fra l'enunciazione del 'diritto alla vita' e l'eliminazione della pena capitale non è automatica e scontata: non è difficile infatti presentare la pena capitale come la restrizione 'eccezionale' di un principio – il diritto alla vita – che resta intatto nella sua enunciazione generale (come resta fermo il 'diritto alla libertà' nonostante le restrizioni a esso imposte dalle pene carcerarie).

Nonostante questi difficili inizi, anche nell'ordinamento internazionale tuttavia l'abolizionismo ottiene, nel corso del tempo, rilevanti successi: da un lato, vengono redatti nuovi documenti (a partire dal Patto internazionale sui diritti civili e politici, del 1966), apertamente orientati verso la limitazione o l'abolizione della pena di morte; dall'altro lato, viene adottata una strategia di 'aggiramento' che, vista la difficoltà di pervenire a una rapida e universalmente condivisa abolizione della pena capitale, mira a contenerne l'applicazione, escludendo classi di soggetti, restringendo il numero dei reati punibili con la morte, facendo leva sul divieto di infliggere sofferenze crudeli e degradanti.

Si è dunque gradualmente sviluppato, ed è ancora in pieno svolgimento, un processo che non solo in Europa, ma anche nell'ordinamento internazionale tende a eliminare, dove possibile, o quanto meno a contenere l'impiego della pena capitale. I successi del partito abolizionista sono innegabili; e tuttavia, pure nel nostro presente, il problema è ancora aperto in interi continenti, come il continente africano, e in singoli paesi di notevole importanza, quali la Cina e gli Stati Uniti.

In nessun caso, però, siamo di fronte a uno scenario immobile. Il saggio di William Schabas ci offre un nitido quadro degli enormi problemi che i paesi africani



devono fronteggiare, ma al contempo ci mostra i segni di una nuova attenzione alla tematica dei diritti fondamentali e di un'impressionante accelerazione del processo 'abolizionistico': se ancora nel 1987 la pena di morte era prevista pressoché ovunque in Africa, nell'ultimo ventennio essa è stata cancellata dagli ordinamenti di ben quindici Stati africani.

La Cina fa un ricorso massiccio alla pena di morte: come ricorda Danilo Zolo, ogni anno vengono condannati a morte più di 5000 individui (corrispondenti a circa il 90% dei condannati in tutto il mondo). È fortemente radicato, nel passato remoto e prossimo come nel presente della Cina il ricorso alla pena di morte<sup>12</sup>. Il saggio di Lu Jianping ne offre un'esplicita conferma, dando per improbabile una prossima conversione della Cina alla causa abolizionista; e tuttavia l'autore non manca di sottolineare i crescenti legami fra la Cina e il resto del mondo, la sensibilità del paese alla pressione degli organismi internazionali e prospetta la possibilità che l'introduzione di vincoli, sostantivi e procedurali, all'applicazione della pena capitale possano nel corso del tempo contenere il ricorso ad essa.

Per quanto riguarda gli Stati Uniti, lo scenario è ancora più complesso e diversificato, tanto da richiamare l'attenzione – da diversi, ma complementari punti di vista – di Eva Cantarella e di Danilo Zolo ed essere infine analiticamente descritto dal contributo di Jonathan Simon. È uno scenario entro il quale da tempo sono in corso un ampio dibattito e uno scontro vivace fra i 'partiti' opposti degli abolizionisti e dei sostenitori della pena di morte. Gli strumenti argomentativi impiegati sono ormai in qualche modo 'codificati' e collaudati e tuttavia sono ricorrenti le oscillazioni fra momenti di diffuso consenso all'applicazione della pena capitale e rilevanti prese di distanza nei confronti di essa (tanto che alcuni Stati, come ricorda Simon, si sono indirizzati alla sua abolizione).

È dunque un panorama internazionale complesso e diversificato quello che i saggi del Quaderno sono in grado di mostrarci. Ne emerge comunque un dato che possiamo dare per acquisito: la difficoltà con la quale la tesi abolizionista si è fatta strada nella modernità europea e occidentale e le resistenze che essa ancora viene trovando in diverse parti del mondo. La più semplice conseguenza da trarre da questa constatazione è l'impossibilità di pensare come spontanea e indolore la rimozione della pena capitale dalle pratiche penali delle società 'civili'. La scomparsa della pena di morte non è l'inevitabile effetto di una storia ascendente, che dall'arcaica

<sup>12</sup> Cfr. Hong Lu, T.D. Miethe, *China's Death Penalty. History, Law, and Contemporary Practices*, Routledge, New York-London 2007, pp. 27 sgg.

barbarie conduce al trionfo della civiltà, come pretendeva una filosofia o mitologia del progresso cara a tanta letteratura ottocentesca. La modernità è forse una condizione necessaria, ma certo non è una condizione sufficiente della messa al bando della pena capitale. Alla modernità appartengono peraltro anche i totalitarismi del Novecento, che hanno fatto della morte una componente importante delle loro strategie di dominio. Se però il disprezzo per la vita è perfettamente coerente con la strategia di annullamento della soggettività perseguita dai regimi totalitari, appare certo più sorprendente la tenace permanenza della pena di morte in ordinamenti che pongono al centro l'individuo e i suoi diritti fondamentali. Conviene quindi riflettere attentamente sulle riserve manifestate da Danilo Zolo nei confronti dell'efficacia 'protettiva' dei diritti umani, tenendo conto dell'incertezza dei loro fondamenti e dei loro contenuti (a partire dal concetto stesso di 'vita') e del loro impiego spesso interessato e strumentale.

Resta aperta comunque una domanda di fondo, sottesa, esplicitamente o implicitamente, a tutti i saggi del nostro Quaderno: quali siano il senso e la radice della lunghissima (e ancora non interrotta) permanenza della morte come pena, quale sia il fascino indiscreto che essa ha esercitato per lungo tempo e in certe società esercita tuttora. Non è possibile attendersi una risposta esaustiva; e tuttavia il Quaderno offre preziose indicazioni, convergenti nell'evocare i legami che la pratica (e la simbolica) della pena capitale intrattengono con gli strati più profondi e delicati della dinamica socio-politica.

Sono importanti in questa direzione le suggestioni provenienti dal saggio di Eligio Resta, che ci invita (attraverso Benjamin) a considerare l'emergenza non come l'anomalia, ma come la regola e a non relegare la violenza nei primordi della storia. È ancora operante il nesso arcaico fra il corpo del suddito (il corpo governato, protetto e minacciato al contempo) e il 'sacro' potere del sovrano; un potere di cui Canetti ha lucidamente mostrato l'aspirazione a rendersi immortale facendosi esso stesso veicolo di morte. L'antica esposizione del corpo all'intervento punitivo del sovrano continua, secondo Eligio Resta, a porsi al centro della penalità. Non è esaurita (con il foucaultiano passaggio dall'esibizione pubblica alla consumazione segreta del supplizio) la valenza 'rappresentativa' della pena. Ed è difficile prescindere dalla fulminante considerazione di Nietzsche, per il quale "la pena

null'altro è [...] se non la riproduzione, il *mimus* del comportamento normale contro l'odiato, reso inerme, soggiogato nemico [...]"<sup>13</sup>.

In questo orizzonte trova il suo senso quella metafora 'chirurgica' che prima ricordavo; una vera e propria metafora 'ossessiva', che torna sempre di nuovo ad associare lo stereotipo del criminale all'arto infetto e ad invocare l'urgenza salvifica della sua amputazione. Il messaggio trasmesso dalla metafora è l'insuperabile necessità dell'espulsione. Espellere, cancellare, eliminare qualcosa che ci minaccia è una strategia tanto antica quanto perennemente rassicurante. Il criminale diviene, in questa prospettiva, il concentrato di una negatività che la pena, qualsiasi pena, vuole esorcizzare. Sono percepibili in filigrana, nei dispositivi penali, quelle pulsioni vendicative, espiatorie e infine espulsive tematizzate efficacemente da René Girard: pulsioni arcaiche, ma non per questo cancellate dal processo di modernizzazione; pulsioni che trovano nella pena di morte la loro più sicura soddisfazione.

La morte come pena appare allora l'esito di una politica criminale dominata da una precisa strategia: la strategia della dis-umanizzazione del reo, della sua riduzione a cosa o ad animale, a un essere non-umano. È questo il gesto decisivo e al contempo più subdolo e meno facile da avvertire: il gesto che getta fuori il criminale dalla *civitas*, lo bandisce, lo relega in un luogo esterno, lo crea come una figura 'aliena'. Certo, la pena di morte è l'espressione più estrema di questo gesto, ma è già implicita in esso e non ne esaurisce le molteplici manifestazioni.

In questa prospettiva, la lunga presenza della pena di morte in tutto l'arco della modernità non appare allora come un'inspiegabile anomalia, ma si rivela come la punta di un *iceberg*, come l'espressione più visibile e sfacciata non tanto, o non soltanto, di una strategia raccomandata da un ristretto gruppo di 'specialisti della repressione', quanto di un immaginario collettivo profondamente radicato e ampiamente diffuso. La vendetta non scompare dalla civiltà con le leggi draconiane o con la legislazione mosaica: essa si intreccia con le più diverse strategie repressive ed è sempre pronta a garantirsi un 'ritorno'<sup>14</sup>, un'uscita allo scoperto, o almeno una qualche possibilità di essere ospitata (e dissimulata) fra le righe di un sistema penale formalmente 'razionale'.

Certo, nell'arco di tempo compreso fra il secondo dopoguerra e gli anni ottanta del Novecento l'immagine di una società inclusiva, la promessa rooseveltiana della

<sup>13</sup> F. Nietzsche, *Genealogia della morale*, trad. it. a cura di F. Masini, Adelphi, Milano 1984, Dissertazione II, paragrafo 9, p. 270.

<sup>14</sup> L'efficace titolo di un recente libro di Eva Cantarella è appunto *Il ritorno della vendetta. Pena di morte: giustizia o assassinio?*, Rizzoli, Milano 2007.

libertà dalla paura e dal bisogno, la diffusione del welfarismo, la costruzione degli ordinamenti costituzionali post-(e anti-)totalitari sembravano dar forza e credibilità all'immagine di una pena, essenzialmente carceraria, votata alla (futura) integrazione del 'deviante', confinando in un passato ormai sepolto qualsiasi (diretto o indiretto) impiego della metafora 'chirurgica' (qualsiasi più o meno originale rivisitazione della strategia del 'bando'). Con gli anni ottanta però, con la lunga crisi della democrazia welfarista e il progressivo inaridimento degli ideali 'egualitari' enunciati dalle costituzioni del secondo dopoguerra, la teoria della funzione integratrice della legge penale è stata scalzata (nella pratica, prima ancora che nella teoria) da modelli di intervento dominati dalla logica della 'incapacitazione selettiva' degli individui pericolosi<sup>15</sup>. La riabilitazione della biblica legge del taglione come plausibile fondazione del 'diritto di punire'<sup>16</sup>, da un lato, e la fortunata teoria del 'diritto penale del nemico'<sup>17</sup>, dall'altro lato, sono sintomi diversi dell'esigenza di controllare il pericolo, di rinsaldare i vincoli sociali, rafforzando, legittimando, portando allo scoperto i processi e i provvedimenti 'espulsivi'.

In questo contesto (dove l'ossessione del nemico ha indotto a riproporre la tortura<sup>18</sup> come un legittimo strumento di salvaguardia dell'ordine minacciato) la decisione di mantenere la pena di morte perde molto del suo carattere 'arcaico' e della sua pretesa 'inattualità'. Cesserebbe addirittura di essere sorprendente persino la proposta di reintrodurla, là dove già eliminata da un improvvido e precipitoso

<sup>15</sup> Cfr. L. Wacquant, *Parola d'ordine: tolleranza zero*, Feltrinelli, Milano 2000; A. De Giorgi, *Zero Tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, DeriveApprodi, Roma 2000; A. De Giorgi, *Il governo dell'eccedenza. Postfordismo e controllo della moltitudine*, Ombre Corte, Verona 2002 (ivi, D. Melossi, *Discussione a mo' di prefazione: carcere, postfordismo e ciclo di produzione della 'canaglia'*, pp. 7-24); J. Young, *Demonization and the Creation of Monstrosity: Late Modernity and the Dynamics of Social Exclusion*, in A. De Giorgi (a cura di), *Il diritto e la differenza. Scritti in onore di Alessandro Baratta*, Pensa Multimedia, Lecce 2002, pp. 593-611; E. Santoro, *Le politiche penali dell'era della globalizzazione*, "Rassegna penitenziaria e criminologica", 3 (2002), pp. 75-97; G. Portilla Contreras, *La configuración del 'homo sacer' como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial*, in Seta. *In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca 2004, pp. 1401-23; D. Garland, *La Cultura del controllo: crimine ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Il Saggiatore, Milano 2004. Cfr. le acute considerazioni di M. Pavarini, *Il 'grottesco' della penologia contemporanea*, in U. Curi, G. Palombarini (a cura di), *Diritto penale minimo*, Donzelli, Roma 2002, pp. 255-303; M. Pavarini, *Silete poenologi in munere alieno!*, Parte prima, in *Silete poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, Monduzzi, Bologna 2006, pp. 11-25.

<sup>16</sup> Cfr. ad esempio S. Eisenstat, *Revenge, Justice and Law: Recognizing the Victim's Desire for Vengeance as a justification for Punishment*, "The Wayne Law Revue", 50 (2004), 4, pp. 1115-170.

<sup>17</sup> G. Jacobs, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in G. Jacobs, M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Civitas Ediciones, Madrid 2003, pp. 19-56.

<sup>18</sup> Cfr. M. La Torre, 'Giuristi, cattivi cristiani'. *Tortura e principio di legalità*, "Quaderni Fiorentini", 36 (2007) (*Principio di legalità e diritto penale*), pp. 1331-1367.

ottimismo. Anomali, e comunque in ‘contro-tendenza’, potrebbero semmai apparire gli ostinati tentativi di contrastarla e i successi anche di recente conseguiti, sul piano internazionale, dagli orientamenti abolizionisti.

In realtà, siamo di fronte a scelte che tornano a presentarsi sempre di nuovo in forme diverse e riguardano l’impiego della violenza ‘legittima’ (continuamente esposto al rischio di trasformare il ‘farmaco’ in ‘veleno’, per ricorrere alla felice distinzione impiegata da Eligio Resta) così come la scelta fra un modello sociale inclusivo e integrativo oppure ‘incapacitante’ ed esclusivo e l’opzione fra una politica internazionale aggressiva e ‘imperiale’ oppure dialogica e tollerante. La persistenza o l’abolizione della pena di morte è un momento di questo gioco di alternative. Proprio per questo il dibattito che la riguarda è tanto attuale quanto impegnativo. È attuale non solo perché la pena capitale è ancora effettivamente comminata in molti paesi, ma anche perché essa, lungi dall’essere solo un residuo del passato, è una possibilità sempre aperta, una tentazione immanente anche nelle nostre società. È impegnativo perché non può limitarsi a discutere degli effetti senza risalire alla causa e deve quindi mettere in questione le sempre diverse ma ricorrenti strategie di dis-umanizzazione dell’altro, la tendenza, di cui il nostro presente offre inquietanti testimonianze, a inventarsi nuove figure di estraneità e di minaccia e a trasformarle nelle nostre prossime vittime sacrificali.

L'ILLUMINISMO GIURIDICO:  
STRATEGIA DI DOMINIO O PROGETTO DI EMANCIPAZIONE?

Interrogarsi sull'illuminismo sembra voler riproporre la domanda che Kant poneva nel suo famoso saggio: «*Was ist Aufklärung?*»<sup>1</sup>; e formulare oggi la medesima domanda, peraltro insistentemente avanzata nel corso degli ultimi due secoli, può apparire temerario o bizzarro. Dobbiamo però tener conto di un dato: che cioè nell'ultimo quarantennio l'illuminismo è stato oggetto di ricostruzioni e di giudizi contrapposti<sup>2</sup>. Mentre è stata prevalente per molto tempo l'immagine dell'illuminismo come di un movimento capace di trasmettere un forte e credibile progetto di emancipazione umana, a partire (approssimativamente) dagli anni Ottanta del Novecento ha cominciato a diffondersi un giudizio opposto, che imputa all'illuminismo una lunga serie di promesse tradite.

Abbiamo dunque a che fare oggi con valutazioni opposte dell'illuminismo, che però condividono due tesi di fondo: in primo luogo, la tesi che la parola 'illuminismo' indica una dottrina coerente e unitaria, che ha dominato l'intellettualità europea nel corso del XVIII secolo; in secondo luogo, la tesi che l'illuminismo non appartiene al passato, ma esprime l'essenza di una più ampia epoca storica: la modernità.

L'illuminismo come una dottrina coerente e unitaria; e l'illuminismo come momento inaugurale della modernità: possiamo sottoscrivere queste affermazioni? E poi: quale dei due contrapposti giudizi di valore può apparire storicamente fondato? Dobbiamo vedere nell'illuminismo un progetto di emancipazione o piuttosto una dissimulata e più efficace strategia di dominio?

<sup>1</sup> I. Kant, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*, in «Berlinische Monatsschrift», 4, 1784, pp. 481-94.

<sup>2</sup> Cfr. J. Schmidt, *Introduction. What Is Enlightenment? A Question, Its Context, and Some Consequences*, in J. Schmidt (ed.), *What Is Enlightenment? Eighteenth-Century Answers and Twentieth-Century Questions*, Berkeley-Los Angeles-London, University of California Press, 1996, pp. 1-44; Id., *What Enlightenment Project*, in «Political Theory», 28, 6, 2000, pp. 734-757; K. M. Baker, P.H. Reill (eds.), *What's Left of Enlightenment? A Postmodern Question*, Stanford, Stanford University Press, 2001; J. Schmidt, *Misunderstanding the Question: 'What is Enlightenment?': Venturi, Habermas, and Foucault*, in «History of European Ideas», 37, 2011, pp. 43-52; Id., *Enlightenment as Concept and Context*, in «Journal of the History of Ideas», 75, 4, 2014, pp. 677-85.

---

P. Costa, *L'illuminismo giuridico: strategia di dominio o progetto di emancipazione?*, in Id., *Saggi di storia della cultura giuridico-politica*. VIII. *La pena di morte*, 2024, [https://doi.org/10.69134/QFArchiviO\\_24\\_09](https://doi.org/10.69134/QFArchiviO_24_09), pp. 20-33.

Orig. in Cristina Nogueira da Silva, Margarida Seixas (Coordenadoras), *Estudos Luso-Hispanos de História do Direito*, Dykinson, Madrid 2021, pp. 17-30.

Sono queste le domande sulle quali vorrei soffermarmi. Tenterò prima di illustrare, in termini generali, le caratteristiche di queste due contrapposte visioni. E poi ricorrerò a un *'case study'* per trarre da esso qualche suggerimento: userò come *'case study'* il problema penale e in particolare la questione della pena di morte, oggetto di vivaci discussione da parte dei filosofi *'illuminati'*.

Riflettiamo sul primo assunto: l'illuminismo come un coerente e complessivo progetto politico-sociale che inaugura la modernità. Questa tesi è stata largamente condivisa nel corso del Novecento. L'illuminismo come una filosofia unitaria e coerente è un'idea compiutamente delineata nel classico libro di Ernst Cassirer, del 1932<sup>3</sup>, e nel 1966 esce il primo volume dell'interpretazione che Peter Gay<sup>4</sup> offre dell'illuminismo: un'interpretazione che presenta l'illuminismo come il movimento di fondazione della modernità. Negli anni Ottanta del Novecento Habermas parlava di un *'progetto illuminismo'*<sup>5</sup>. L'idea è che sia rintracciabile negli scritti dei filosofi *'illuminati'*, in particolare nelle opere dei *philosophes* francesi e di Kant, una visione coerente dell'uomo, della società, della politica, dell'etica, dell'economia, che non si esaurisce nel Settecento, ma esprime compiutamente i principî e i valori che avrebbero caratterizzato l'Occidente nei secoli successivi e indica la vera e propria direzione di senso della modernità occidentale.

In questa prospettiva, la filosofia dei Lumi separa nettamente due mondi: da un lato, la tradizione, dal lato opposto, la ragione; da un lato, i dogmi della fede, la legittimazione sacrale del potere civile ed ecclesiastico; dal lato opposto, una ragione insofferente di vincoli e di dogmi, una ragione che rifiuta la metafisica, valorizza l'esperienza ed esalta l'individuo, le sue capacità, i suoi diritti. E ancora: censura oppure libertà di pensiero, *cuius regio eius religio* oppure pluralismo e tolleranza, vincoli doganali oppure libero commercio, rendita parassitaria oppure proprietà produttiva, pene feroci oppure umanitarismo e mitezza, gerarchie cetuali oppure eguaglianza giuridica, privilegi feudali oppure diritti dell'Uomo.

A partire da queste contrapposizioni, una lunga tradizione storiografica, che gli anglosassoni chiamerebbero *'whig'*, ha veduto nell'illuminismo l'inizio di un percorso di emancipazione che, come suggeriscono le famose pagine kantiane,

<sup>3</sup> E. Cassirer, *Die Philosophie der Aufklärung*, Tübingen, Mohr, 1932.

<sup>4</sup> P. Gay, *The Enlightenment: An Interpretation*, New York, Knopf, 1966 (il secondo volume esce nel 1969).

<sup>5</sup> J. Habermas, *Modernity: an unfinished project*, in M. Passerin d'Entreves, S. Benhabib (eds.), *Habermas and the Unfinished Project of Modernity: Critical Essays on The Philosophical Discourse of Modernity*, Cambridge (Mass.), The MIT Press, 1997, pp. 38-55. Cfr. anche J. Habermas, *The philosophical Discourse of Modernity: Twelve Lectures*, Cambridge, Polity Press, 1987.

permetterà agli esseri umani di uscire da uno stato di minorità e divenire arbitri del proprio destino. Fino a che punto però una siffatta analisi è condivisibile? Nell'ultimo quarantennio, la sua capacità persuasiva è andata decrescendo. Il classico ottimismo *whig* è stato travolto da una cultura, spesso chiamata 'post-moderna', che ne contesta gli assunti fondamentali e all'interno di questa cultura un duro attacco all'illuminismo è provenuto da un peculiare settore di studi: i *Postcolonial Studies*.

I *Postcolonial Studies*<sup>6</sup> si diffondono negli anni Ottanta del Novecento, soprattutto nell'ambito degli studi letterari, sull'onda dell'opera di Edward Saïd<sup>7</sup>, ma acquistano presto una portata più generale. La loro rilevanza per la storiografia non deve essere sottovalutata, almeno per un aspetto decisivo: l'aver indicato nel processo di colonizzazione l'orizzonte entro il quale la modernità occidentale prende forma. La colonizzazione cessa di essere un evento fra i tanti della storia europea e diviene la condizione a partire dalla quale ripensarne i passaggi principali, non solo sul terreno dell'economia e della politica, ma anche sul terreno dei discorsi, delle dottrine, dei simboli, insomma di ciò che un tempo sarebbe stata chiamata l'autocoscienza dell'Occidente. La dimensione coloniale viene concepita in questa prospettiva come il lato oscuro della modernità<sup>8</sup>: una sua ombra incancellabile, una sua dimensione nascosta ma essenziale.

Per i *Postcolonial Studies* la modernità, guardata nell'orizzonte della colonizzazione, rivela il suo vero volto: non il volto luminoso della libertà, ma la fisionomia feroce del dominio, presentato come il tratto caratterizzante della civiltà occidentale. Anche per i *Postcolonial Studies* la ragione è il tratto distintivo del progetto illuministico; la ragione illuministica però non ha niente di universale e presuppone una filosofia della storia che identifica il progresso con l'Occidente, presenta i popoli extra-europei come incapaci di storia e offre in questo modo un potente supporto ideologico alla colonizzazione. La ragione, da un lato, viene celebrata per nascondere l'occupazione coloniale del mondo dietro il manto del

<sup>6</sup> Cfr., introduttivamente, P. Williams, L. Chrisman (eds.), *Colonial Discourse and Postcolonial Theory*, New York, Columbia University Press, 1994; B. Ashcroft, G. Griffiths, H. Tiffin, *Post-colonial Studies. The Key Concepts*, London, Routledge, 2000; R. J. C. Young, *Postcolonialism. An Historical Introduction*, Oxford, Blackwell, 2001; N. Lazarus (ed.), *The Cambridge Companion to Postcolonial Literary Studies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; G. Huggan (ed.), *The Oxford Book of Postcolonial Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

<sup>7</sup> Cfr. E. Saïd, *Orientalism*, New York, Pantheon Books, 1978; Id., *Culture and Imperialism*, New York, Knopf, 1993.

<sup>8</sup> W. D. Mignolo, *The Darker Side of Western Modernity. Global Futures, Decolonial Options*, Durham-London, Duke University Press, 2011.



progresso e, dall'altro lato, viene utilizzata per potenziare il dominio e renderlo più efficiente.

Questa tesi, ampiamente accolta nei *Postcolonial Studies*, deve molto ad Adorno e a Horkheimer e alla loro famosa *Dialettica dell'illuminismo*, pubblicata nel 1947<sup>9</sup>. Nell'opera dei due filosofi tedeschi l'illuminismo è una categoria concettuale di carattere generale, più che un'espressione riferita a un preciso periodo storico: basti pensare che nella loro *Dialettica dell'illuminismo* il primo eroe 'illuminista', il primo eroe 'borghese', è Odisseo. Come Odisseo, l'individuo dell'illuminismo agisce dominato dal fine della sicurezza: vuole raggiungere la sicurezza controllando le passioni e mettendole al servizio della propria conservazione per impadronirsi infine del mondo esterno. La ragione illuministica, che pure sembra condurre, come vuole Kant, all'emancipazione del soggetto, perde di vista il fine e si riduce a mero strumento: diviene – come scrive Horkheimer – una ragione strumentale, funzionale al dominio<sup>10</sup>; al dominio sulla natura attraverso la tecnica e al dominio sulla società attraverso il potenziamento e l'estensione del controllo. La conoscenza e la ragione si trasformano in dominio sull'uomo e sulla natura.

I *Postcolonial Studies* esprimono dunque una valutazione dell'illuminismo<sup>11</sup> opposta alla valutazione propria del progressismo liberale, ma mantengono, anzi rafforzano, la tesi che l'illuminismo possieda una precisa e coerente 'dottrina' e che questa dottrina esprima l'essenza della 'modernità'. Ora, è proprio nei confronti di questa tesi che la storiografia ha espresso critiche significative. La visione *postcolonial* del progetto illuministico presuppone una sorta di entificazione o ipostatizzazione della parola 'illuminismo': si pretende che alla parola 'illuminismo' corrisponda una 'cosa' definibile una volta per tutte, compatta, univoca. È però proprio questa pretesa che la storiografia ha messo in questione (e non si dimentichi peraltro che il sostantivo 'illuminismo' è stato usato in origine dagli avversari dei *philosophes*). John Pocock in particolare ha recisamente negato l'esistenza di un fenomeno unitariamente identificabile come «*the Enlightenment*» e ha sottolineato la necessità di cogliere le profonde diversità legate ai molteplici contesti storici: Parigi, Londra, Madrid, Napoli, Halle, Utrecht, Lisbona sono luoghi raggiunti dalla

<sup>9</sup> M. Horkheimer, Th. W. Adorno, *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente*, Amsterdam, Querido, 1947.

<sup>10</sup> M. Horkheimer, *Eclipse of Reason*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1947.

<sup>11</sup> Sull'illuminismo e i *Postcolonial studies* cfr. in particolare S. Muthu, *Enlightenment against Empire*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2003; D. Scott, *Conscripts of Modernity. The Tragedy of Colonial Enlightenment*, Durham-London, Duke University Press, 2004; D. Carey, L. Festa (eds.), *The Postcolonial Enlightenment. Eighteenth-Century Colonialism and Postcolonial Theory*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2009.

filosofia dei Lumi e tuttavia in ciascuno di essi il dibattito intellettuale assume peculiarità tali da rendere difficile una trattazione unitaria<sup>12</sup>.

L'osservazione di Pocock è condivisibile, a mio avviso. La diversità dei contesti nel variegato spazio europeo è indubbia. Certo, non dobbiamo sottovalutare un dato importante: che cioè in tutto lo spazio europeo (e anche nello spazio extra-europeo) viene formandosi un tessuto discorsivo comune, imperniato sul continuo ricorrere di vere e proprie parole-chiave (quali, ad esempio, libertà, tolleranza, diritti ecc.). Leggendo i testi di tanta letteratura 'riformatrice' settecentesca è insomma difficile non percepire in essa una sorta di 'aria di famiglia'.

Da dove nasce l'impressione di questa 'aria di famiglia'? Non dal fatto che esiste una ed una sola 'dottrina' illuministica che tutti sottoscrivono e difendono. Manca la possibilità di un'analisi più accurata, ma conviene almeno ricordare una contrapposizione importante (su cui Jonathan Israel ha fatto leva nella sua ricostruzione della filosofia dei Lumi): la contrapposizione fra gli illuministi moderati (e gli adepti del cosiddetto dispotismo illuminato) e gli illuministi che Israel chiama 'radicali' (gli autori che Voltaire polemicamente chiamava 'materialisti' o 'spinozisti')<sup>13</sup>. Se prendiamo in considerazione anche solo questa macroscopica differenza sembra difficile affermare l'esistenza di un'unitaria 'dottrina' illuministica: l'illuminismo non è un universo omogeneo, ma è un 'multiverso' profondamente differenziato. L'aria di famiglia non dipende da una dottrina unitaria, ma da un incessante dibattito pubblico che si sviluppa intorno a un'agenda tematica condivisa. È unitario lo spazio del dibattito, ma entro di esso si confrontano dottrine nettamente diverse e spesso addirittura incompatibili.

Dobbiamo allora respingere tutto ciò che i *Postcolonial studies* hanno detto sull'illuminismo? Credo di no. Credo al contrario che la riflessione *postcolonial*, proprio perché sollecitata dal tema, decisivo, della colonizzazione e della sua incidenza sulle società e sulle culture dell'Occidente, abbia il merito di richiamare l'attenzione su un tema di fondo – il ricorrente intreccio fra emancipazione e dominio – aiutandoci a stare lontani dalla retorica del 'progressismo'.

<sup>12</sup> J. G. A. Pocock, *Historiography and Enlightenment: A View of their History*, in «Modern Intellectual History», 5, 1, 2008, pp. 83-96. Cfr. anche Id., *Barbarism and Religion, vol. 2, Narratives of Civil Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

<sup>13</sup> Cfr. J. Israel, *Radical Enlightenment. Philosophy and the Making of Modernity 1650-1750*, Oxford, Oxford University Press, 2001; Id., *Enlightenment Contested: Philosophy, Modernity, and the Emancipation of Man 1670-1752*, Oxford, Oxford University Press, 2006; Id., *A Revolution of the Mind: Radical Enlightenment and the Intellectual Origins of Modern Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2009; Id., *Democratic Enlightenment: Philosophy, Revolution, and Human Rights, 1750-1790*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

Il terreno del diritto può offrire interessanti conferme di questa prospettiva: nelle tante proposte riformatrici che riguardano il diritto nel secondo Settecento si riflettono infatti tutte le ambiguità, le tensioni, le aspirazioni caratteristiche del secolo dei lumi. Non potrò esplorare questo terreno nel breve spazio di una relazione 'introduttiva'. Prenderò in considerazione soltanto una delle tante proposte riformatrici e la userò come un *case study* per dare concretezza alle considerazioni generali precedentemente svolte. Assumerò come *case study* il problema della pena capitale e la famosa proposta 'abolizionista' avanzata da Beccaria<sup>14</sup>.

La pena di morte ha un'impressionante durata nelle società occidentali (e non soltanto in esse). Lo *ius gladii* viene considerato una prerogativa essenziale della sovranità e trova una legittimazione pressoché ininterrotta nella cultura medievale e proto-moderna. È comprensibile quindi che il piccolo grande libro di Beccaria abbia prodotto una profonda impressione sui contemporanei. Ricordo schematicamente i principali passaggi della sua argomentazione 'abolizionista'.

Occorre tener presente l'influenza dell'utilitarismo sul *Dei delitti e delle pene*. Beccaria trae principalmente da Claude-Adrien Helvétius la convinzione che gli esseri umani agiscono guidati da una motivazione predominante: ottenere la soddisfazione dei bisogni, conseguire il piacere ed evitare il dolore. Per governare i soggetti è quindi indispensabile una precisa conoscenza delle passioni e degli interessi che guidano il comportamento umano. Il governo deve affrontare una difficile sfida: fare in modo che gli individui, che agiscono sulla base dei loro piaceri e interessi, riescano a coesistere senza cadere nel *bellum omnium* di cui aveva parlato Hobbes.

<sup>14</sup> Sulla filosofia beccariana è imprescindibile il riferimento a Ph. Audegean, *Cesare Beccaria, filosofo europeo*, Roma, Carocci, 2014. Sul problema della pena di morte in Beccaria cfr. D. Ippolito, *Beccaria, la pena di morte e la tentazione dell'abolizionismo*, in «L'Acropoli», VIII, 6, 2007, pp. 701-714; E. Dezza, *Il problema della pena di morte*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012, pp. 223-231; R. Pasta, *Cesare Beccaria*, in *Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012, pp. 249-52; K. Ladd, *Penser la peine dans la souveraineté et dans l'époque. Situation de l'argumentation abolitionniste dans Des délits et des peines de Cesare Beccaria*, in «Lumières», 20, 2, 2012 (*Penser la peine à l'âge des Lumières*, sous la direction de L. Delia et G. Radica), pp. 101-120; M. Porret, *Beccaria*, Bologna, il Mulino, 2014; B. E. Harcourt, *Beccaria's On Crimes and Punishments: A Mirror on the History of the Foundations of Modern Criminal Law*, in M. Dubber (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 39-60; Ph. Audegean, *Introduzione. Una battaglia segreta di Pelli: "abolire la morte per pena a' delitti"*, in G. Pelli, *Contro la pena di morte*, a cura di Ph. Audegean, Padova, Cleup, 2014, pp. 15-60; G. Rossi, F. Zanuso (a cura di), *Attualità e storicità del Dei delitti e delle pene a 250 anni dalla pubblicazione*, Napoli, E.S.I., 2015; P. Costa, *Lo ius vitae ac necis alla prova: Beccaria e la tradizione contrattualistica*, in «Quaderni Fiorentini», 43, 2015, pp. 817-896.

La pena è uno degli strumenti di cui il sovrano dispone per conseguire questo obiettivo e deve quindi avere caratteristiche coerenti con il suo fine. Derivano da queste premesse le famose considerazioni di Beccaria sulla legge penale: la legge penale deve infliggere sanzioni proporzionali alla gravità del reato, deve essere certa, chiaramente formulata e inflessibilmente applicata; e infine, e soprattutto, deve svolgere nel modo più efficace la funzione preventiva. La pena infatti – secondo quanto già sostenuto da tanta riflessione giusnaturalistica – è rivolta al futuro e serve a dissuadere i potenziali trasgressori dal compiere l'atto criminale.

La pena di morte però – ecco il primo argomento abolizionista introdotto da Beccaria – non eccelle per la sua efficacia dissuasiva. L'esecuzione capitale è infatti uno spettacolo terribile, ma breve. L'impressione che essa provoca è intensa, ma non è durevole. Più efficace, più fortemente dissuasiva, è una pena alternativa alla pena di morte: la pena carceraria, la pena ai lavori forzati a vita, che provoca nei cittadini un'impressione più durevole e quindi più efficace. La pena di morte è un atto inutilmente feroce. Possiamo abolirla e in questo modo, come scrive Beccaria, vincere la causa dell'umanità.

Abolizione della pena di morte, dunque. Stiamo assistendo al passaggio dalle tenebre alla luce, dalla barbarie alla civiltà, come sosteneva la retorica del 'progressismo'? Le cose sono più complicate. E che lo siano lo ha mostrato un famoso libro di Michel Foucault, *Surveiller et punir* del 1975<sup>15</sup>. Davvero l'illuminismo coincide con un progetto di crescente liberazione dell'essere umano dalle costrizioni del potere? È questo l'obiettivo del riformismo penale settecentesco? Per Foucault, i riformatori usano la retorica della mitezza, dell'umanitarismo e della libertà, ma perseguono l'obiettivo di un più efficace e capillare controllo dei soggetti. Lo splendore dei supplizi – come egli scrive a proposito della barocca messa in scena delle esecuzioni capitali nelle società di antico regime – era l'altra faccia di un potere debole e incerto, costretto a confrontarsi con una società ancora in gran parte anarchica, sottratta al controllo del sovrano. Razionalizzare il sistema penale, renderlo efficiente, assumere la pena carceraria come la pena per eccellenza significa adottare una strategia che fa leva sul corpo dei soggetti per neutralizzarli, plasmarli, disciplinarli. Non fiorisce la libertà: piuttosto, si diffondono la disciplina e il controllo dei soggetti; un controllo che sarà tanto più indispensabile quanto più aumenteranno, con la rivoluzione industriale, le minacce delle *classes dangereuses* ai regimi fondati sulla proprietà.

<sup>15</sup> M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.

È difficile non concordare con la diagnosi foucaultiana, se la si legge come la messa a fuoco di una caratteristica essenziale dell'Europa otto-novecentesca. Non è possibile fare la storia dei liberalismi senza considerare il loro 'lato oscuro', la loro dimensione 'governamentale' (uso ancora una categoria foucaultiana), la loro componente 'disciplinare'. Segnalo però due problemi: occorre chiedersi, in primo luogo, se la diagnosi foucaultiana descriva fedelmente il dibattito settecentesco oppure lo semplifichi leggendolo retrospettivamente alla luce di una storia che è essenzialmente otto-novecentesca; in secondo luogo, e in ogni caso, occorre chiedersi se questa diagnosi, pur cogliendo un aspetto importante del fenomeno analizzato, dica 'tutta' la verità o lasci in ombra aspetti che non possono essere trascurati.

Il problema della pena di morte è un punto nodale e, per così dire, 'strategico' per rispondere a queste domande. La mia impressione è che il dibattito settecentesco sia molto più contraddittorio e complesso di quanto Foucault non voglia farci intendere; e proprio il 'caso Beccaria' ce ne offre una limpida conferma. È vero che Beccaria espone lucidamente i principî capaci di razionalizzare il sistema penale e renderlo efficace. È però abbastanza marginale la sua attenzione al sistema carcerario e mancano appigli per attribuire a Beccaria qualcosa di simile al progetto 'disciplinare' illustrato da Foucault. Il carcere è una presenza secondaria nel *Dei delitti e delle pene* e il riferimento alla pena detentiva serve a Beccaria soprattutto per contestare l'insostituibilità della pena di morte, affermando che la prima ha un effetto dissuasivo molto più forte della seconda.

Occorre poi prendere in considerazione un'altra componente dell'argomentazione di Beccaria. Essa si appoggia, sì, al principio di utilità che conduce a reclamare l'efficienza del sistema penale e quindi a condannare come improduttiva la pena capitale, ma al contempo impiega un'argomentazione di altro tipo: un'argomentazione connessa con la sua visione del contratto sociale, assunto, come vuole la tradizione giusnaturalistica, come l'atto di fondazione dell'ordine politico. Per Beccaria, a differenza di Hobbes, con il contratto i soggetti rinunciano non già a tutto, ma al meno possibile; e certo non alla vita. L'obiettivo ultimo di Beccaria è quindi non una società disciplinare, ma (per usare un'espressione del nostro tempo) un 'diritto penale minimo'<sup>16</sup>, che estenda la libertà fino al limite estremo cui si possa pervenire senza mettere a rischio l'ordine complessivo; e in ogni

<sup>16</sup> Cfr. A. Baratta (a cura di), *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1986.

caso impedendo (come scrive Beccaria) che «l'uomo cessi di esser *persona* e diventi *cosa*»<sup>17</sup>.

Se ciò è vero, il tema della razionalizzazione del sistema penale in funzione di un più efficace controllo dei soggetti è solo uno dei temi del riformismo penale di Beccaria. Accanto a esso emerge un tema qualitativamente diverso: il tema dell'irriducibilità dell'individuo al potere; e si delinea la convinzione che l'individuo (con i suoi bisogni vitali e, fra questi, la libertà) non sia un essere 'sacrificabile', non possa essere offerto in sacrificio a quel potere – il potere sovrano – che egli stesso ha creato. La pena di morte non soltanto è inutile, perché il controllo sociale è conseguibile con la semplice razionalizzazione del sistema penale, ma è anche illegittima. «Non è dunque – conclude Beccaria – la pena di morte un diritto [...], ma è una guerra della nazione con un cittadino [...]»<sup>18</sup>.

È noto lo straordinario successo del libro di Beccaria, che viene tradotto rapidamente in numerose lingue europee e viene letto e commentato dai principali *maitres à penser* del momento. Intorno alle tesi di Beccaria però non si forma affatto un consenso unanime: il dibattito suscitato dal suo libro non ci mette in contatto con una falange di 'riformatori' uniti dalla medesima 'dottrina'. Certo, il libro è duramente attaccato dai 'conservatori' e caldamente apprezzato dai 'riformatori' che lo sostengono appassionatamente. Si creano quindi effettivamente due fronti contrapposti. Non dobbiamo però immaginare che i suoi difensori 'illuminati' parlino con una voce sola. Al contrario, gli accenti sono diversi e sono numerose le differenze anche su questioni di primaria importanza.

Affermando che l'individuo non è sacrificabile al sovrano, sostenendo che le ragioni dell'individuo – le sue passioni vitali, il suo bisogno di libertà – devono prevalere sulla logica del dominio, Beccaria tocca infatti un punto sensibile del dibattito pubblico. Proprio la sua tesi più famosa – la proposta di abolire la pena capitale – suscita rifiuti molto più numerosi delle adesioni. Su un problema di decisiva importanza quale la legittimità della pena di morte e la sua compatibilità con un sistema penale riformato alla luce della ragione non esiste una compatta, unitaria, monocorde 'dottrina illuministica'. Basti ricordare tre nomi, scelti, fra i tanti, per la loro indubbia rilevanza: Gaetano Filangieri – forse il più sistematico e profondo dei riformatori italiani – che presenta la tesi di Beccaria come «il sofisma

<sup>17</sup> C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. Francioni, Milano, Mediobanca, 1984 [«Edizione Nazionale delle opere di Cesare Beccaria» I], § XX, pp. 72-73.

<sup>18</sup> C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, § XXVIII, cit., p. 87.

che ha sedotto tanti giuspubblicisti»<sup>19</sup>; oppure Lardizábal – il Beccaria spagnolo, come è stato chiamato – anch'egli fortemente contrario alla pena capitale; e infine Kant (assunto dai *Postcolonial Studies* come l'emblema dell'illuminismo), che non solo attacca l'abolizionismo di Beccaria, ma anche elabora una rigorosa e coerente teoria retributiva della pena, mentre Beccaria, e altri suoi sostenitori, anche in Germania, ne avevano sottolineato la funzione preventiva<sup>20</sup>. E in ogni caso né Kant né Beccaria né Filangieri (e l'elenco potrebbe allungarsi) sembrano fare della pena carceraria il centro della loro attenzione. Non sembra dunque possibile attribuire a un presunto 'Enlightenment project' la bandiera dell'abolizionismo.

Tentiamo allora di trarre qualche conseguenza di carattere generale dal nostro 'case study'. Alla luce di esso sembra confermata la difficoltà di vedere nell'illuminismo un *corpus* di dottrine compatto e unitario di cui indicare, una volta per tutte, la direzione di senso e di cui soppesare le luci e le ombre. Conviene quindi tentare di capire l'illuminismo, in primo luogo, evitando l'ipostatizzazione del termine, evitando di interrogarsi sulla sua 'essenza' disvelata da una sua presunta 'dottrina', e, in secondo luogo, passando dal 'singolare' al 'plurale' (dall'illuminismo agli illuminismi). Certo, non dobbiamo perdere di vista gli scambi, le interazioni e i contatti che avevano luogo nella settecentesca 'repubblica delle lettere'. Nasce da questa interazione l' 'aria di famiglia' che riconosciamo negli scritti dei 'riformatori' settecenteschi; ma l' 'aria di famiglia' non ha niente a che fare con una galleria di cloni: come se Beccaria, Filangieri e Kant gridassero le medesime parole d'ordine con qualche marginale variante.

Conviene allora vedere nell'illuminismo non una 'dottrina', ma «una serie di problemi e dibattiti interrelati, e spesso in reciproco contrasto, che influirono sul modo in cui l'illuminismo operò non solo in Europa ma anche nel resto del mondo»<sup>21</sup>. Conviene vedere nell'illuminismo uno spazio di comunicazione e di interazione o forse, più esattamente, conviene intendere l'illuminismo come un processo che vorrei chiamare, servendomi di un'espressione impiegata da Charles Peirce e da John Dewey, un processo di 'problem finding': un processo che, prima

<sup>19</sup> G. Filangieri, *La Scienza della Legislazione, Libro Terzo, Delle leggi criminali, Parte Seconda, Dei delitti e delle pene*, Edizione critica a cura di G. Tocchini e A. Trampus, vol. IV, Venezia, Centro di Studi sull'Illuminismo europeo 'G. Stiffoni', 2004, Capo XXIX, p. 20.

<sup>20</sup> Mi permetto di rinviare a P. Costa, *Un sentiment d'humanité affecté: Kant critique de Beccaria*, in Ph. Audegean, L. Delia (eds.), *Le Moment Beccaria. Naissance du droit pénal moderne (1764-1810)*, Liverpool, Liverpool University Press (Oxford University Studies in the Enlightenment 2018:09), 2018, pp. 65-89.

<sup>21</sup> D. Outram, *L'illuminismo*, Bologna, il Mulino, 2006, p. 9.

ancora di offrire soluzioni nuove a problemi antichi, trasforma credenze indiscusse in domande mai poste. Il motore di questo processo è un pensiero essenzialmente critico: un pensiero che apre uno spazio di comunicazione dove i dubbi sono più rilevanti delle certezze e le domande più importanti delle risposte.

L'abolizionismo di Beccaria è la perfetta espressione di un siffatto spazio di comunicazione, dove la tesi – l'abolizione della pena di morte – è importante, ma ancora più importante e scandalosa è la domanda, resa possibile da un pensiero critico che iscrive un problema inaudito nell'agenda del discorso pubblico in Europa (e fuori d'Europa). È la formulazione del problema, prima ancora della soluzione, la pietra dello scandalo perché mette in questione un momento decisivo della sovranità: il potere (anzi il diritto-dovere) del sovrano di dare la morte. È un'indiscussa tradizione che assegna al sovrano il potere di uccidere il nemico: il nemico esterno e il nemico interno. Anche soltanto ipotizzare che la pena di morte non sia un diritto, ma un atto di guerra del sovrano nei confronti dei soggetti, è colpire al cuore la sovranità. È quanto scrive con esemplare chiarezza Lardizábal per rifiutare l'abolizionismo di Beccaria: «Negar a las Potestades supremas la facultad de imponer la pena de muerte, sería arrancar temerariamente a la justicia y a la soberanía uno de sus más principales atributos»<sup>22</sup>.

L'illuminismo, dunque, come uno spazio di comunicazione entro il quale un pensiero critico pone domande nuove e accoglie risposte spesso diverse e contraddittorie. Ammettiamo allora che l'illuminismo possa essere compreso a partire da questo schema e chiediamoci ora come impostare, a partire da questa immagine dell'illuminismo, il rapporto fra illuminismo e modernità. Anche su questo punto, possiamo trarre qualche suggerimento dal nostro 'case study'.

Se rimanessimo fedeli all'idea di una 'dottrina' illuministica e di un '*Enlightenment project*' e vedessimo in esso l'essenza di una modernità che si dispiega e si realizza nei due secoli successivi, avremmo difficoltà a collocare in questo quadro la storia della pena morte e della sua abolizione. Non esiste infatti una dottrina penale illuministica che aderisca unitariamente alla tesi abolizionistica e tanto meno esiste un'equazione fra 'modernità' e abolizionismo penale. Non è abolizionista il secolo dei lumi e non sono abolizionisti i due secoli successivi. Quale è allora l'eredità che l'illuminismo affida ai due secoli successivi? Non una 'dottrina', ma l'apertura di una domanda: se davvero la pena di morte sia un diritto

<sup>22</sup> M. de Lardizábal y Uribe, *Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Madrid, Don Joachin Ibarra, 1782, p. 165.



del sovrano. È intorno a questa domanda che si svolge la lunga e tormentata storia dei movimenti abolizionistici che continuano fino ai nostri giorni la loro battaglia. E come nel Settecento, così nei secoli successivi gli argomenti impiegati pro o contro la pena di morte non sembrano avere ancora raggiunto un esito condiviso e incontrovertibile<sup>23</sup>.

Il lascito decisivo del secolo dei lumi sembra, di nuovo, risiedere in quell'apertura critica che ha reso possibile la formulazione della domanda. Con questa domanda la modernità post-illuministica non può più evitare di confrontarsi; e non può nemmeno sottovalutare la difficoltà implicita in essa: la difficoltà di sfidare la sovranità in quel suo antico e sempre rinnovato nucleo che coincide con il potere insindacabile di dare la morte.

Certo, dobbiamo tener conto dei mutamenti intervenuti nella strategia di governo dei soggetti: quei mutamenti che Foucault ha sintetizzato in una celebre formula, secondo la quale la sovranità si manifesta ormai non tanto comminando sentenze di morte, quanto esercitando una capillare biopolitica che coincideva con il potere «de “faire” vivre et de “laisser” mourir»<sup>24</sup>. È una tesi che coglie sicuramente un aspetto dell'attuale declinazione della sovranità, ma forse lascia in ombra un fenomeno che sembra indicare una direzione perfettamente contraria: la singolare durata nel tempo della pena capitale e la persistente difficoltà ad affidarla all'esclusiva cura degli storici. La crescente importanza della dimensione biopolitica della sovranità ha oscurato, ma non ha cancellato, la sua dimensione 'tanatopolitica', non ha reso immediatamente irrilevante il potere sovrano di dare la morte. Governare disciplinando e governare 'facendo vivere' i soggetti sono poteri sovrani che non vanno disgiunti, nemmeno nella tarda modernità, dal potere di far morire.

Senza tener conto della dimensione non soltanto biopolitica, ma anche tanatopolitica della sovranità resterebbe inspiegabile la lunga permanenza della pena di morte: fino a ieri, in Europa (in Francia, ad esempio, la sua abolizione è del 1981), e ancora oggi in altre parti del mondo. Credo dunque che debba essere accolta, ma corretta, la tesi di Foucault: da un lato, il rafforzamento e il raffinamento del controllo attraverso la gestione disciplinare del condannato alla pena detentiva sono

<sup>23</sup> Mi permetto di rinviare a P. Costa, «Non è dunque la pena di morte un diritto»: alle origini di un dibattito ancora aperto, in V. Ferrone e G. Ricuperati (a cura di), *Il caso Beccaria. A 250 anni dalla pubblicazione del «Dei delitti e delle pene»*, Bologna, il Mulino, 2016, pp. 167-190.

<sup>24</sup> M. Foucault, «Il faut défendre la société». *Cours au Collège de France (1975-1976)* (Édition établie sous la direction de F. Ewald et A. Fontana, par M. Bertani et A. Fontana), Paris, Gallimard-Seuil, 1997, p. 162.

caratteristiche peculiari della modernità post-illuministica; dall'alto lato, però, ciò non ha comportato affatto, come Foucault supponeva, la sopravvenuta irrilevanza del potere sovrano di dare la morte. Governare disciplinando e governare 'facendo vivere' i soggetti sono poteri sovrani che non vanno disgiunti, nemmeno nella tarda modernità, dal potere di far morire.

Foucault aveva sottovalutato questo aspetto (e aveva di conseguenza praticamente ignorato l'appello abolizionista di Beccaria). Non mancano tuttavia spunti, nella sua riflessione più tarda, di un ripensamento. Proprio nel 1981, in occasione dell'abolizione della pena capitale in Francia sotto la presidenza Mitterrand, Foucault, in un breve intervento sul giornale «Libération», affermava che «il faut qu'il reprenne à sa racine le problème du droit de tuer, tel que l'État l'exerce sous des formes diverses»<sup>25</sup>.

Non è l'unico ripensamento che Foucault si concede nei confronti dell'illuminismo. Se, per il Foucault di *Surveiller et punir*, unire le forme di tutela progettate dai riformatori settecenteschi si traducevano in più efficaci strumenti di assoggettamento, per l'ultimo Foucault, che rilegge il famoso saggio kantiano (*Was ist Aufklärung?*), prende forma una diversa immagine dell'illuminismo: l'illuminismo non come dottrina, ma come atteggiamento, l'illuminismo come 'critica' e la critica come l'espressione di una resistenza nei confronti del potere dominante e delle verità consolidate; la critica come «l'art de n'être pas gouverné ou encore l'art de ne pas être gouverné comme ça et à ce prix. Et je proposerais donc, comme toute première définition de la critique, cette caractérisation générale : l'art de n'être pas tellement gouverné»<sup>26</sup>.

Non possiamo restare prigionieri di una contrapposizione troppo rigida: la ragione illuministica come veicolo di emancipazione oppure, al contrario, come maschera del dominio. Il nostro 'case study' contribuisce a mostrare, a mio avviso, l'insufficienza di questa alternativa e suggerisce una diversa ipotesi di lettura: rinunciare all'ipostasi del termine 'illuminismo', scegliere il plurale al posto del singolare e pensare l'illuminismo non come una 'cosa', una dottrina o un progetto, ma come un processo di 'problem finding', che trasforma certezze in domande e proprio per questo permette la formazione di uno spazio di dibattito.

È in questa prospettiva che si muove l'ultimo Foucault. Ed è in questa prospettiva che potrebbe essere impostato anche il rapporto fra illuminismo e modernità. Se

<sup>25</sup> M. Foucault, *Contre la peine de mort*, in «Libération», 18 septembre 1981.

<sup>26</sup> M. Foucault, *Qu'est-ce que la critique? Critique et Aufklärung*, in «Bulletin de la société française de philosophie», 84, 2, 1990, p. 40.

esistono non l'illuminismo ma gli illuminismi, sarà ragionevole parlare non tanto della modernità, quanto di modernità plurali e multiple. E se la parola 'illuminismo' indica non tanto una dottrina quanto un processo di *'problem finding'*, la questione che ancora ci coinvolge è se le domande sollevate nel secolo dei lumi restino in vigore nella modernità post-illuministica, siano ancora le 'nostre' domande, oppure siano domande ormai esaurite o risolte.

## BECCARIA E LA FILOSOFIA DELLA PENA

Il titolo promette più di quanto il testo possa mantenere. Non mi sarà possibile sviluppare debitamente i vari aspetti della filosofia penale di Beccaria. Mi limiterò a toccare alcuni punti più problematici e anche per questo destinati a riproporsi oltre il contesto cui Beccaria appartiene.

Il quadro teorico entro il quale si iscrive la filosofia penale di Beccaria è organizzato intorno a due grandi schemi concettuali: il contrattualismo e l'utilitarismo. Una storiografia ormai risalente nel tempo insisteva sulla reciproca incompatibilità di questi paradigmi, ma prima Gianni Francioni<sup>1</sup> e di recente Philippe Audegean<sup>2</sup> hanno mostrato con buoni argomenti la necessità di superare questo luogo comune. È vero infatti che i primi campioni dell'utilitarismo, come Hume e Bentham, sono fieri critici del contrattualismo. E lo sono perché attaccano, più in generale, il paradigma giusnaturalistico, di cui il contratto sociale, e, prima, lo stato di natura, erano le componenti essenziali. Non è però vero il reciproco: che cioè il giusnaturalismo sei-settecentesco (e il conseguente contrattualismo) non avessero niente a che fare con il futuro utilitarismo. Proprio Hobbes, che offre una nitida e precoce sistemazione del paradigma giusnaturalistico, fa leva su una ragione impegnata essenzialmente in calcoli utilitari. Ed è Bentham stesso che, nel momento in cui demolisce le giusnaturalistiche 'sciocchezze sui trampoli', riconosce anche che in molte teorie giusnaturalistiche (e innanzitutto in Hobbes) era dato riscontrare l'esistenza di un nucleo razionale e apprezzabile: per l'appunto la teoria dell'utilità<sup>3</sup>.

Il lascito del giusnaturalismo seicentesco a numerosi orientamenti successivi è insomma legato a una nuova antropologia filosofica, a un'immagine profondamente diversa della natura umana, un'immagine che avrebbe influito, spesso sotterraneamente, sulle successive generazioni; e questa nuova antropologia ha un inequivocabile punto di origine: Hobbes. La sua rottura con il passato è netta.

<sup>1</sup> Gianni Francioni, *Beccaria filosofo utilitarista*, in *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, Cariplo-Laterza, Bari 1990, pp. 69-87.

<sup>2</sup> Philippe Audegean, *La philosophie de Beccaria. Savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Vrin, Paris 2010.

<sup>3</sup> Cfr. Jeremy Waldron (ed.), *Nonsense upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, Methuen, London 1987.

---

P. Costa, *Beccaria e la filosofia della pena*, in Id., *Saggi di storia della cultura giuridico-politica*. VIII. *La pena di morte*, 2024, [https://doi.org/10.69134/QFArchiviO\\_24\\_09](https://doi.org/10.69134/QFArchiviO_24_09), pp. 34-47.

Orig. in Richard Davies, Persio Tincani (a cura di), *Un fortunato libriccino. L'attualità di Cesare Beccaria*, Edizioni L'Ornitorinco, s.l. 2014, pp. 33-49.

Cadono convinzioni da tempo condivise: l'immagine di un uomo naturalmente sociale; l'idea di un bene comune su cui tutti convergono; la possibilità di un ordine spontaneo; la ragione come arbitro e giudice delle passioni. Hobbes applica all'antropologia il principio galileiano del moto e vede nell'autoconservazione la fonte dell'azione umana. L'essere umano è dominato dai bisogni e la ragione, lungi dal disciplinarli, è al servizio della loro soddisfazione. Da ciò la ricerca di un potere sempre crescente, lo *ius ad omnia*, l'impossibilità di un ordine naturale, la centralità del conflitto. L'inarrestabile corsa di ciascuno alla propria autoconservazione si converte però nella continua esposizione di ciascuno all'aggressione e alla distruzione. Gli effetti etero-distruttivi e auto-distruttivi dell'autoconservazione non sono evitabili nello stato di natura: occorre uscirne con il contratto e inventare il sovrano, che imponendo l'ordine, bloccando il conflitto, procurerà ai soggetti una sicurezza altrimenti impossibile.

Si può dire: l'Inghilterra *felix* del XVIII secolo, che celebra la divisione dei poteri, i diritti e la tolleranza, non ha più bisogno di Hobbes. E, più in generale, lo stesso contrattualismo comincia a perdere il suo smalto: Rousseau e Beccaria continuano ad adottarlo, ma Hume lo demolisce con argomenti affilati. Hobbes può apparire quindi ormai lontano e *démodé*. Ciò che però non sembra esaurita, nemmeno nel secondo Settecento, è l'onda d'urto della sua dirompente antropologia filosofica, costruita intorno alla centralità dell'autoconservazione, dei bisogni, degli interessi.

Certo, per parlare dell'uomo come di un soggetto-di-bisogni non è necessario, e soprattutto non è conveniente, dichiararsi hobbesiani. Hobbes (quasi come Spinoza) è una sorta di 'uomo nero' per la cultura del tempo: lo è tanto per i difensori della tradizione aristotelico-scolastica come per i teorici (a partire da Locke) di un ordine nuovo. Occorre prudenza con Hobbes. Ciò vale anche per Beccaria, che conosce e utilizza il *Leviatano*, ma lo ricorda piuttosto raramente. Più prodigo di riferimenti e di adesioni Beccaria è nei confronti di Helvétius: teorico dell'utilitarismo e non del contrattualismo. E tuttavia, senza tener conto della radicale rottura hobbesiana, è difficile immaginare l'utilitarismo di Helvétius: che spiega l'essere umano a partire dal moto, dalla dinamica delle passioni, delle sensazioni, degli interessi.

L'antropologia di Beccaria si iscrive in una linea che da Hobbes conduce a Helvétius; e la sua visione dell'uomo non è un filosofico prologo in cielo, ma è la premessa da cui discendono con coerenza i principali assunti della sua filosofia

penale, svolta nell'opera – il *Dei delitti e delle pene* – che Manzoni, secondo Cesare Cantù, chiamava un «fortunato libriccino»<sup>4</sup>.

Sono i bisogni, le passioni, che, per Beccaria come per Hobbes, sollecitano l'essere umano ad agire. Non entra in gioco la considerazione di un bene comune, di un bene che vada al di là della soddisfazione dei bisogni individuali. La ragione non può intervenire per frenare le passioni e indirizzare i soggetti verso il bene. È la vitale esigenza di evitare un conflitto distruttivo che induce gli uomini a stipulare un contratto: dato che la libertà totale di cui i soggetti godono nella loro condizione pre-politica è pagata al prezzo troppo alto della totale insicurezza, essi sono costretti a inventare l'ordine politico. L'ordine dunque riposa sul contratto, per Hobbes come per Beccaria. Il contenuto del contratto, e quindi i profili dell'ordine, sono però profondamente diversi.

Per Hobbes, il potere del sovrano è necessariamente illimitato, pena il ritorno del conflitto e la dissoluzione dell'ordine. Il soggetto non trattiene nulla per sé se non l'aspettativa che il sovrano lo difenda dall'aggressione altrui. Nel ragionamento hobbesiano Beccaria coglie lucidamente una latente contraddizione: se invento la sovranità per conservare la mia vita, non posso ammettere che il sovrano possa togliermela. In effetti, Hobbes stesso aveva percepito una qualche latente tensione fra il fine perseguito dai soggetti nel creare il sovrano – la propria autoconservazione – e il potere sovrano di dare la morte: tanto che egli aveva, sì, attribuito al sovrano ogni potere, anche lo *ius vitae ac necis*, allo scopo di rendere possibile l'ordine, ma aveva aggiunto che il condannato a morte non aveva alcun obbligo di obbedienza e poteva legittimamente far di tutto per sfuggire alla condanna<sup>5</sup>.

Beccaria fa leva su questa tensione e la risolve dando al contratto sociale un diverso contenuto: con esso gli uomini non rinunciano a tutto, come voleva Hobbes, ma, al contrario, rinunciano al meno possibile. Rinunciano soltanto a ciò che è indispensabile per la costruzione di un ordine capace di garantire la sicurezza. Tutto ciò che va oltre questo stretto nesso funzionale resta saldamente nelle mani degli individui. Beccaria, se pure muove da un'antropologia hobbesiana, attribuisce al contratto sociale un contenuto diametralmente opposto alle convinzioni hobbesiane. Non Hobbes, ma un altro autore, altrettanto e più pericoloso, potremmo evocare:

<sup>4</sup> Cesare Cantù, *Alessandro Manzoni. Reminiscenze*, Milano, Fratelli Treves, 1885, vol. I, p. 11.

<sup>5</sup> Cfr. Yves Charles Zarka, *Hobbes and the Right to Punish*, in Hans Blom (ed.), *Hobbes: The Amsterdam debate*, Olms, Hildesheim 2001, pp. 71-87.

Spinoza. Fra i libri proibiti della biblioteca beccariana risultano opere spinoziane<sup>6</sup>, anche se non mi sembra che nel *Dei delitti* compaiano richiami all'autore dell'*Ethica*. Certo è però inequivocabilmente spinoziana l'idea di un soggetto che, attraverso il contratto, non può spogliarsi di quel diritto-potere che è parte integrante della sua natura, tanto che con il diritto-potere dei soggetti dovrà misurarsi il sovrano, pur nell'assolutezza del suo potere (e proprio facendo leva sulla dinamica delle passioni Spinoza arriverà all'audace rinuncia all'ipotesi del contratto, che pure aveva originariamente adottato).

Sia o meno esposto Beccaria a suggestioni spinoziane, certo è che per l'autore del *Dei delitti* sicurezza e libertà sono esigenze primarie che devono essere costantemente bilanciate: la libertà può essere compressa solo se e nella misura in cui la sua limitazione si dimostri indispensabile per la sicurezza.

Si dirà: nell'affermare che la vita e la libertà sono beni indisponibili per il sovrano Beccaria ha dalla sua un autore di sicura autorità e di grande richiamo: Locke. Indubbiamente Locke è una delle *auctoritates* di Beccaria (come lo è per tanta letteratura settecentesca, in Europa come nel Nord America). A ben guardare, però, in Beccaria mancano le scelte teoriche più qualificanti del *Trattato* lockiano. Mancano il concetto della legge naturale vincolante perché voluta da Dio e l'idea di una condizione prepolitica potenzialmente ordinata e manca una teoria della proprietà come diritto e come regola disciplinante. Non è la teoria lockiana dell'ordine naturale che permette a Beccaria di prendere congedo dal *Leviatano*. Il tasto su cui egli fa leva è piuttosto la convinzione che l'essere umano non può spogliarsi delle passioni e degli interessi che sono il motore della sua azione.

Nel complessivo discorso beccariano forse l'argomentazione più congruente con il quadro teorico lockiano è il riferimento alla condanna morale del suicidio, che Beccaria introduce per rafforzare la condanna della pena di morte<sup>7</sup>. La condanna del suicidio non è ovviamente una tesi specificamente lockiana. Rousseau stesso la ricorda nel passaggio in cui si occupa del rapporto fra sovranità e pena di morte. Il divieto del suicidio trova però un adeguato fondamento proprio nella visione lockiana (in sostanza coerente con la tradizione tomistica) dell'uomo come

<sup>6</sup> Cfr. Renato Pasta, *Cesare Beccaria*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*,

Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 2012, p. 251.

<sup>7</sup> Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, § 28 (a cura di Gianni Francioni, Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria diretta da Luigi Firpo, vol. I), Mediobanca, Milano 1984, p. 86.

*workmanship*, come un prodotto della volontà divina, tenuto ad agire nel solco tracciato dal suo creatore<sup>8</sup>.

È però sufficiente il riferimento al divieto del suicidio per fare di Beccaria un fedele seguace del giusnaturalismo lockiano? Certo, non mancano accenni, nei testi beccariani, al diritto naturale. La mia impressione è però che il riferimento alla condizione creaturale dell'essere umano e alla sua dipendenza da leggi naturali obbliganti in quanto volute da Dio resti sostanzialmente estraneo alla visione antropologica ed etica di Beccaria. È invece profondamente coerente con questa visione l'argomento principale impiegato da Beccaria contro la pena di morte: il soggetto non può aderire a un contratto che metta a rischio la sua vita non perché della sua vita non è padrone, ma perché pone la vita al vertice delle sue scelte utilitarie. Se ciò è vero, potremmo arrivare a vedere nel richiamo al divieto del suicidio un corpo estraneo nell'impianto discorsivo del *Dei delitti*, introdotto per motivi squisitamente retorici, avendo riguardo a quella parte del suo uditorio refrattario alla logica utilitaristica, ma sensibile alle sirene giusnaturalistiche.

Certo, anche il *Contratto sociale* rousseauviano, appena due anni prima del *Dei delitti*, attribuiva al contratto il fine della «conservazione dei contraenti», ma non ne deduceva affatto l'illegittimità della pena di morte. Per Rousseau, l'individuo, nel momento in cui decide di affidarsi allo Stato per conservare la propria vita, accetta il rischio che lo Stato gli chieda di sacrificargliela, tanto da indurre Rousseau ad affermare che la vita dell'individuo, una volta creata la società civile, diviene, da bene naturale, «un don conditionnel de l'État»<sup>9</sup>.

Movendo dalla medesima premessa contrattualistica, Beccaria e Rousseau pervengono a immagini molto diverse della comunità politica. Per Rousseau lo Stato è il popolo, è l'io comune. Sono i soggetti che si instaurano come sovrani. L'io comune però non coincide affatto con la somma dei soggetti, proprio come la volontà di tutti può non coincidere affatto con la volontà generale. La società civile viene a costituire per Rousseau un'unità, una sintesi eccedente le volontà e gli interessi individuali, e sono ancora visibili le impronte di un'antica tradizione che vedeva nella società un corpo coeso ed unitario. Per Beccaria, la società è lo spazio d'azione di soggetti che continuano ad agire in rapporto alle loro passioni e ai loro interessi.

<sup>8</sup> Per Locke, l'essere umano, essendo «fattura (*workmanship*) di un solo creatore onnipotente» (John Locke, *Secondo Trattato sul governo*, in *Due Trattati sul governo*, a cura di Luigi Pareyson, UTET, Torino 1960, § 6, p. 242) è tenuto a «conservare se stesso e non abbandonare volontariamente il suo posto» (ivi, § 7, p. 242).

<sup>9</sup> Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat social*, L. II, ch. 5, Union Générale d'Éditions, Paris 1963, p. 33.



È da questa diversa visione della sovranità e della società che nascono le opposte valutazioni sulla pena di morte. È il forte afflato corporatista e repubblicano che induce Rousseau a presentare il criminale come un traditore: «tout malfaiteur, attaquant le droit social, devient par ses forfaits rebelle et traître à la patrie»: «il a rompu le traité social, et par conséquent [...] il n'est plus membre de l'État»<sup>10</sup>. Per Beccaria, conta non tanto espellere il traditore dal corpo sano del popolo, quanto «difendere il deposito della salute pubblica»<sup>11</sup> dalla cattiva conduzione delle passioni e degli interessi individuali.

Sono appunto le passioni e gli interessi che il sovrano deve prendere sul serio se vuole governare efficacemente la società. È questo il difficile compito cui il sovrano è chiamato. Proprio per questo il potere politico, per Beccaria come per Helvétius e poi per Bentham, deve essere molto più attivo e intraprendente di quanto supposeva Locke, che vedeva nel sovrano il semplice custode di quelle regole – la libertà-proprietà – necessarie e sufficienti per una felice e ordinata convivenza. Per Beccaria, invece, la sicurezza non è a portata di mano e non è spontanea ed automatica l'armonizzazione fra autoconservazione e sicurezza, da un lato, e libertà, dall'altro. Da ciò la necessità di riflettere sulla legge come strumento di costruzione dell'ordine e di soffermarsi soprattutto sulla legislazione penale, la cui minacciosità nei confronti della vita e della libertà dei soggetti era già stata denunciata con forza da Montesquieu<sup>12</sup>.

Come deve dunque procedere il legislatore? Tenendo conto dei meccanismi che regolano l'azione umana: le passioni, gli interessi, le emozioni, la sensibilità. Influiscono su Beccaria ancora Locke (il Locke del *Saggio sull'intelletto umano*) e soprattutto Condillac ed Helvétius nel mostrare come gli esseri umani agiscano per ottenere il piacere ed evitare il dolore, stimolati o frenati da sensazioni (desideri, paure, rappresentazioni) assai più che da principî generali e astratti<sup>13</sup>. È questa la natura dei soggetti che il sovrano è chiamato a controllare impiegando la forza coattiva di cui i soggetti stessi lo hanno investito. Il fondamento del suo potere punitivo coincide con la funzione cui è chiamato: far sì che esseri egoistici, passionali e sensibili coesistano senza distruggersi a vicenda.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., § II, p. 29

<sup>12</sup> Nel libro XII del *L'esprit de lois*.

<sup>13</sup> Cfr. Sara Garofalo, *La sensibilità, la pena, l'educazione: osservazioni sui rapporti tra Cesare Beccaria, Pietro Verri e i materialisti francesi*, in «Studi (e testi) italiani: semestrale del Dipartimento di Italianistica e Spettacolo», 21, 2008, 1, pp. 156-76.

Se questo è il fondamento del diritto di punire, ne derivano facilmente i principali e famosi assunti beccariani sul terreno della politica criminale. Li ricordo sinteticamente<sup>14</sup>.

È fondamentale la valorizzazione della funzione preventiva della pena: la pena guarda al futuro, non al passato. Certo, la dimensione preventiva della pena è nota anche al mondo antico: dobbiamo a Seneca la sua definizione forse più celebre<sup>15</sup>. Beccaria però, in forza della sua visione antropologica, fa della prevenzione la logica ispiratrice dell'intera politica criminale. La pena minaccia una sofferenza futura e si rivolge ad uomini dominati dalla sensibilità. Le pene allora devono generare sensazioni capaci di controbilanciare le spinte criminose. A colpire gli esseri sensibili sono, più che le impressioni forti ma brevi, le impressioni ripetute nel corso del tempo. Agisce l'estensione – la ripetizione, la durata – più che l'intensità delle emozioni.

Come raggiungere questo obiettivo? In primo luogo, rendendo il più possibile certa, idealmente 'automatica', l'applicazione della legge penale. Il sistema penale distoglie dal crimine non se minaccia pene terribili ma largamente inapplicate, bensì se colpisce i trasgressori con matematica precisione. Se ogni trasgressione fosse punita, ridurremmo a zero il tasso di criminalità. Inesorabile nella sua applicazione, la pena – e questo è il secondo punto – deve essere proporzionale al reato: solo in questo modo l'afflizione che essa minaccia può valere come un'efficace contropinta per il potenziale trasgressore.

Funzione preventiva della pena, proporzione fra pena e reato: sono i capisaldi di quella razionalizzazione del sistema penale che corrisponde a un'esigenza profonda del riformismo settecentesco. È la riconduzione del sistema penale nei limiti della ragione, allo scopo di renderlo efficiente, efficacemente dissuasivo, capillarmente

<sup>14</sup> Valga un rinvio ai lavori di tre importanti convegni (*Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, Cariplo-Laterza, Milano-Roma 1990, *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, éd. Michel Porret, Droz, Genève 1997 e *Cesare Beccaria: la pratica dei lumi*, a cura di Vincenzo Ferrone e Gianni Francioni, Olschki, Firenze 2000) e, fra gli scritti più recenti, al già citato libro di Philippe Audegean, *La philosophie de Beccaria* e al contributo di Bernard E. Harcourt, *Beccaria's On Crimes and Punishments: A Mirror on the History of the Foundations of Modern Criminal Law*, in Markus D. Dubber (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford 2014, pp. 39-60. Interessanti considerazioni sull'illuminismo giuridico e utili informazioni bibliografiche sono offerte dai saggi (di Bernardo Sordi, Maria Gigliola di Renzo Villata, Giorgia Alessi, Ettore Dezza, Aurelio Cernigliaro, Elio Tavilla, Marcello Verga, Renato Pasta e Dario Ippolito) pubblicati in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, cit., pp. 199-264.

<sup>15</sup> «Nam, ut Plato ait, nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur; revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur» (L. Annaeus Seneca, *De Ira*, I, 19 (in Id., *Moral Essays*, vol. I, ed. John. W. Bassore, Heinemann, London-New York, 1928). Il riferimento è ad un'analogia svolta da Platone nel *Protagora* (*Prot.*, 324b).

disciplinante. Un sistema penale razionalizzato è un sistema finalmente capace – come ha sottolineato Foucault – di ottenere da tutti i soggetti comportamenti regolari e prevedibili<sup>16</sup>.

La razionalità disciplinante è però solo una faccia della politica criminale delineata da Beccaria. L'altra faccia, tanto inseparabile dalla precedente quanto opposta ad essa, è la libertà. La pena minaccia afflizione per distogliere dal crimine e garantire la mia sicurezza. Per ottenerla ho rinunciato, con il contratto, non alla libertà come tale ma solo a quella quota di libertà indispensabile per la sicurezza. Perché una pena sia legittima non basta dunque che essa sia utile, cioè efficacemente dissuasiva. Occorre anche che la sua inevitabile afflittività sia la più bassa possibile. L'obiettivo della sicurezza deve essere raggiunto con il minor sacrificio possibile della libertà. Libertà e sicurezza sono criteri che solo in quanto combinati insieme decidono della legittimità di una pena.

Il cuore della filosofia penale di Beccaria è appunto la consapevolezza del rapporto di complementarità e insieme di tensione fra sicurezza e libertà. È certo importante anche l'afflato 'umanitario' nell'organizzazione retorica del «libriccino» del 1764. L'importanza seminale della riflessione beccariana risiede però soprattutto nella sua capacità di individuare temi con i quali continuerà a confrontarsi la filosofia penale della matura modernità: fra questi, il rapporto fra libertà e sicurezza.

Mi sia consentito un brevissimo cenno a una lunga e tormentata storia. Il valore della sicurezza – indubbiamente un principio cardine dello Stato moderno – è stato a più riprese presentato, nel corso dell'Ottocento e del Novecento, come un principio 'assoluto' e autosufficiente, chiamato a imporsi per virtù propria sulla libertà e sull'eguaglianza, anziché dar luogo a un complesso ma necessario 'bilanciamento'. Anche nei nostri giorni, a riprova del continuo ritorno dell'ossessione securitaria, non sono mancate teorie penali che hanno invitato a calibrare diversamente l'intervento repressivo a seconda che i suoi destinatari fossero i membri rispettabili della comunità oppure l'estraneo inaffidabile, 'nemico' potenziale o attuale<sup>17</sup>.

Certo, la sicurezza è essenziale, come ci ripetono Beccaria (e prima Hobbes). Beccaria però ci ricorda anche che l'azione punitiva può essere una minaccia mortale per i soggetti e proprio per questo deve essere controllata, limitata, contenuta quanto più è possibile non soltanto perché i trasgressori devono essere difesi dalla durezza

<sup>16</sup> Cfr. Michel Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, Paris, 1975.

<sup>17</sup> Günther Jakobs, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Civitas Ediciones, Madrid 2003, pp. 19-56.

delle pene, ma soprattutto perché tutti i cittadini devono essere difesi dalla tentazione di rinunciare alla libertà. È in una prospettiva che possiamo dire ancora beccariana, che oggi, contro l'ossessione securitaria e la corsa a un uso simbolico del penale e a una sua scenografica massimizzazione, viene da alcuni sostenuta la necessità di un 'diritto penale minimo'<sup>18</sup>.

Per Beccaria occorre difendere i soggetti dall'aggressione dei concittadini non meno che dalla minaccia del sovrano. La più famosa, e per molti famigerata, tesi del «fortunato libriccino» – la condanna della pena di morte – è sostenuta da questa doppia esigenza: conseguire la massima sicurezza con il minimo sacrificio dei soggetti. Da ciò gli argomenti contro la pena di morte. Essa è illegittima, perché va oltre i poteri di cui il sovrano dispone. È infatti impensabile che i soggetti, per evitare di essere uccisi da un consociato, abbiano accettato di venire uccisi dal sovrano. Questo argomento è già di per sé conclusivo. Ammettiamo però, per assurdo, di metterlo in parentesi per interrogarci sull'efficacia dissuasiva della pena di morte: anche da questo punto di vista la pena di morte è insoddisfacente, se paragonata a una pena alternativa, la pena ai lavori forzati a vita. A impressionare infatti gli esseri umani, come sappiamo, è, più che l'intensità della sensazione, la sua ripetizione nel tempo; e allora lo spettacolo del condannato ridotto a una «bestia di servizio» sarà più efficacemente dissuasiva del «terribile ma passeggero spettacolo della morte»<sup>19</sup>.

Con questo doppio argomento – l'illegittimità della pena di morte e la sua inutilità – Beccaria non soltanto mette in questione una pena antichissima e onnipresente, ma anche tocca un nervo sensibile della sovranità, antropologicamente e storicamente legata (come ha mostrato Canetti in pagine memorabili) al potere di infliggere la morte; tanto che ancora oggi la pena di morte non è affatto soltanto materia di ricostruzione storiografica. Non posso però approfondire questo tema e posso solo dare per evidente lo straordinario effetto deflagrante del *Dei delitti e delle pene*. Mi limiterò quindi a toccare due temi, collegati con la beccariana condanna della pena di morte e ancora importanti per la nostra coscienza critica.

Il primo tema ha a che fare con l'alternativa, raccomandata da Beccaria, alla pena di morte: la pena dei lavori forzati a vita, meno crudele della pena di morte e più efficacemente dissuasiva. Sappiamo perché più dissuasiva. Perché però meno crudele? Meno crudele, certo, perché la vita è il bene assoluto. È difficile però sottrarsi all'impressione che Beccaria non estenda alla pena detentiva il pathos

<sup>18</sup> Cfr. Umberto Curi, Giovanni Palombarini (a cura di), *Diritto penale minimo*, Donzelli, Roma 2002.

<sup>19</sup> Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XXVIII, p. 89.

umanitario che pure pervade la sua opera e non colga di quella pena l'intrinseca problematicità. È singolare, da questo punto di vista, il rovesciamento di posizione manifestato, agli inizi dell'Ottocento, da Benjamin Constant: che ammette, per casi rarissimi, la pena di morte, ma invita a riflettere sulla solo apparente 'dolcezza' della pena detentiva. La pena carceraria – osserva Constant nel suo *Cours de politique constitutionnelle* (1817-20) – sembra la pena più semplice e ragionevole. Essa opera creando uno spazio 'altro' rispetto alla società civile: i detenuti, separati dal resto dei cittadini, «sont entourés d'une espèce de nuage qui les dérobe aux regards et bientôt à la pitié»<sup>20</sup>. Quando apprendiamo di una sentenza che ha condannato il reo a una pena di cinque anni di detenzione, stentiamo a cogliere la portata dell'evento. Non pensiamo che il detenuto verrà sottoposto «a un regime essenzialmente autoritario», sarà esposto a mille quotidiane privazioni e sofferenze, in balia di persone che possono esercitare su di lui «une dictature ténébreuse, dont nul ne sera témoin». Constant ci invita a diffidare dell'apparente dolcezza della pena detentiva e a cogliere «la somme de douleur» che si cela dietro una condanna, apparentemente mite, a cinque anni di prigionia<sup>21</sup>.

La prospettiva di Beccaria è diversa. Prevale in lui la tendenza a vedere, della pena carceraria, non tanto i rischi della sua latente disumanità, quanto i vantaggi da essa arrecati all'auspicata razionalizzazione del sistema penale, in una prospettiva che sarà condivisa dalla cultura penale ottocentesca. La pena detentiva infatti, in primo luogo, permette una precisa graduazione del contenuto afflittivo. In secondo luogo, se unita al lavoro coatto, può rivelarsi socialmente vantaggiosa: Voltaire, ad esempio, vedrà nel lavoro del detenuto una sorta di compensazione economica del danno provocato dal trasgressore alla società. «Condamnez le criminel – scriveva Voltaire – à vivre pour être utile; qu'il travaille continuellement pour son pays, parce qu'il a nuì à son pays. Il faut réparer le dommage, la mort ne répare rien»<sup>22</sup>. Anche d'Holbach insiste sulla necessità di impiegare i detenuti in lavori pubblici, in modo da rendere, al contempo, educativa ed economicamente utile la loro punizione. Bentham, come è noto, offrirà la più completa teorizzazione e traduzione organizzativa di questa prospettiva attraverso il famoso progetto del *Panopticon*. In terzo luogo, la pena detentiva può incidere sul carattere del detenuto e contribuire alla sua 'emenda'. Alla correzione del reo Beccaria accenna nel 1792, motivando il

<sup>20</sup> Benjamin Constant, *Cours de politique constitutionnelle*, Société Belge de Librairie, Bruxelles 1837<sup>3</sup>, ch. 14, p. 96.

<sup>21</sup> Ivi, p. 97.

<sup>22</sup> Voltaire, *Prix de la justice et de l'humanité* (Article III, Du meurtre), Londres, 1777, p. 17.

voto nella Giunta incaricata di pronunciarsi sulla riforma del sistema criminale e sulla pena di morte nella Lombardia austriaca<sup>23</sup>. È dunque presente, anche se appena tratteggiato, il tema dell'emenda del detenuto, che sarà la grande 'scommessa' della penalistica ottocentesca, tanto da lasciar traccia anche nella nostra costituzione<sup>24</sup>.

Non solo dunque Beccaria mina alla radice la legittimità di una pena da quasi tutti accettata, ma al contempo contribuisce alla fortuna di una pena alternativa – la pena detentiva – che occuperà un posto centrale nell'universo punitivo fino ai nostri giorni. Il singolare paradosso è che il tema della libertà, che pure tanta parte aveva nella filosofia penale di Beccaria, ha permesso a Constant, ma non a Beccaria, di sottolineare i risvolti ferocemente illiberali della pena detentiva; quei risvolti che le effettive condizioni carcerarie, soprattutto in Italia, rendono ancora drammaticamente attuali.

Un secondo tema emerge nel momento in cui Beccaria sembra introdurre qualche eccezione o temperamento all'esclusione della pena di morte, quando, in un famoso capoverso del § XXVIII, indica «due motivi» che possano far credere necessaria «la morte di un cittadino». In realtà, Beccaria, in primo luogo, ricorda che la convivenza umana può svolgersi in modo ordinato e regolato oppure degenerare in conflitto ed anarchia e, in secondo luogo, avverte che le sue considerazioni di politica criminale valgono per la prima ipotesi: per una *societas civilis* fondata sul contratto e regolata da leggi. È «durante il tranquillo regno delle leggi» che la pena di morte non può trovar posto. Certo, può avvenire che la società sia investita da un conflitto radicale, prossimo alla guerra civile, all'originario *bellum omnium*. Se ciò accade, entriamo in un diverso ordine di realtà e non è possibile escludere che appaia necessario infliggere la morte per rendere possibile il ritorno all'ordine e alla legalità<sup>25</sup>.

Non è mancato chi ha fatto leva su questo passaggio per esclamare che 'il re è nudo', per affermare cioè che, a differenza di quanto ingenuamente ritenuto, Beccaria ha fatto uscire la pena capitale dalla porta per farla rientrare dalla finestra<sup>26</sup>. Questa osservazione, a mio avviso, non coglie il punto. Beccaria non anticipa Tolstoj e non combatte insieme ai quaccheri e ai battisti contro la violenza come tale. Egli condanna la pena di morte nel quadro della sua proposta di riforma della legislazione

<sup>23</sup> *Voto degli infrascritti individui della giunta delegata per la riforma del sistema criminale nella Lombardia austriaca riguardante la pena di morte* (24 gennaio 1792), in Cesare Beccaria, *Atti di Governo* (serie XI: gennaio-dicembre 1794), a cura di Rosalba Canetta (Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria, diretta da Luigi Firpo e Gianni Francioni, vol. XVI, Mediobanca, Milano 2009, p. 972.

<sup>24</sup> Art. 27: «Le pene [...] devono tendere alla rieducazione del condannato».

<sup>25</sup> Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XXVIII, p. 88.

<sup>26</sup> In questo senso Italo Mereu, *La morte come pena*, L'Espresso, Roma 1982.

criminale. Tutto il suo ragionamento si basa sul presupposto che esistano l'ordine, le leggi, il sovrano. È all'interno di un ordine politico-giuridico capace di assicurare, al contempo, sicurezza e libertà, che la pena di morte non può trovare spazio.

Non vedo dunque incrinature nella beccariana condanna della pena di morte. Conviene tuttavia riflettere conclusivamente sulla distinzione cui egli accenna: la distinzione fra «il tranquillo regno delle leggi» e il «tempo dell'anarchia, quando i disordini stessi tengono luogo di leggi»<sup>27</sup>. È una distinzione che ha una lunga storia, prima di Beccaria, e continua a riproporsi ben oltre il suo tempo: la distinzione – potremmo dire – fra un ordine 'normale' e uno 'stato di eccezione', fra una condizione giuridicamente regolata – l'impero delle leggi – e una *salus populi* che nell'urgenza di una situazione imprevista viene invocata per legittimare la sospensione delle regole.

Beccaria, e in genere i riformatori settecenteschi, hanno presente questa distinzione, ma non la drammatizzano. È largamente condiviso un atteggiamento ottimistico verso la sovranità, a patto che essa sia illuminata dalla ragione e legittimata dal consenso dei soggetti, ed è diffusa la convinzione che l'impero delle leggi, una volta stabilito, basti ad assicurare la sicurezza e la libertà dei cittadini. In realtà, di lì a poco sarebbe emersa in tutta la sua drammaticità quella tensione fra 'principio di legalità' e logica dell'eccezione destinata a incidere a fondo sulla cultura e sulla prassi politico-giuridica dell'Ottocento e del Novecento<sup>28</sup>.

Può essere interessante ricordare che uno dei tanti lettori attenti ed entusiasti del piccolo grande libro di Beccaria è un avvocato di Arras, Maximilien de Robespierre. Robespierre partecipa attivamente ai lavori che l'assemblea costituente dedica alla riforma della legislazione penale e in particolare al dibattito sulla pena di morte, che si svolge fra il 30 aprile e il primo maggio del 1791. Abolizionisti e anti-abolizionisti si fronteggiano e Robespierre difende appassionatamente la tesi abolizionistica, insieme a Pétion, a Le Pelletier, a Du Port. Beccaria è ovviamente il loro nume tutelare e Du Port ricorre all'argomento del divieto del suicidio. Anche Robespierre impiega argomenti beccariani: il carattere barbaro e vendicativo della pena di morte, la necessità di pene alternative, l'irreparabilità della pena di morte (un argomento avanzato anche da Beccaria nel '92, nel Voto per la riforma del sistema criminale

<sup>27</sup> Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., XXVIII, p. 88. Cfr. le considerazioni di Jacques Derrida, *Séminaire La peine de mort, vol. I (1999-2000)*, Éditions Galilée, Paris 2012, pp. 135 ss.

<sup>28</sup> Mi permetto di rinviare a Pietro Costa, *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, in «Quaderni fiorentini», XXXVI, 2007 (*Principio di legalità e diritto penale: per Mario Sbriccoli*), pp. 1-39

nella Lombardia austriaca<sup>29</sup>). A uscire sconfitta è però la tesi abolizionista, nonostante gli sforzi di molti esponenti della Montagna e di Robespierre<sup>30</sup>.

Passa poco più di un anno, la situazione precipita, nel settembre del 1792 viene proclamata la repubblica e nel dicembre divampa il dibattito su che cosa fare del re. Ed è di fronte a questa emergenza che Robespierre sostiene la necessità di condannare a morte il re. Che ne è del suo credo abolizionista? In realtà, Robespierre non si è nel frattempo dimenticato di Beccaria. Di Beccaria Robespierre potrebbe anche ricordare l'affermazione che ipotizza la necessità di mettere a morte un cittadino, quando «anche privo di libertà egli abbia ancora tali relazioni e tal potenza che interessi la sicurezza della nazione»<sup>31</sup>. Sembra una singolare prefigurazione della situazione in cui si trova la giovane repubblica francese. Robespierre però preferisce andare direttamente al fondamento dell'eccezione e sostenere che il re non sta per essere coinvolto in un vero e proprio processo penale. «Vous n'avez point une sentence à rendre pour ou contre un homme: mais une mesure de salut public à prendre, un acte de providence nationale à exercer»<sup>32</sup>. Non sono in gioco le norme giuridiche e la costituzione, ma deve essere invocato un unico e determinante principio: «le salut du peuple»<sup>33</sup>. Non può esserci un processo perché c'è una guerra. Non c'è un processo perché è la nazione repubblicana che espelle da sé un corpo estraneo. Il re non è un imputato: il re, per la nazione repubblicana, è una figura estranea e incompatibile; è semplicemente *hors de loi*, perché «traître à la nation française, criminel envers l'humanité»<sup>34</sup>. Di fronte al nemico, nello stato di eccezione, la legge tace e i diritti sono sospesi.

<sup>29</sup> Voto degli infrascritti individui della giunta delegata per la riforma del sistema criminale nella Lombardia austriaca riguardante la pena di morte, cit., pp. 970-71.

<sup>30</sup> Cfr. Mario A. Cattaneo, *Beccaria e Robespierre*, in *Atti del convegno internazionale su Cesare Beccaria (Torino 4-6 ottobre 1964) promosso dall'Accademia delle Scienze di Torino nel secondo centenario dell'opera Dei delitti e delle pene*, Accademia delle scienze, Torino 1964, p. 317-328; Jacques Goulet, *Robespierre, la peine de mort et la Terreur (II)*, in «Annales Historiques de la Révolution Française», 55, 1983, 1, pp. 38-64; Robert Badinter, *Beccaria, l'abolition de la peine de mort et la révolution française*, in «Revue de science criminelle et de droit pénal comparé», 1989, pp. 235-251; Roberto Martucci, *Logiche della transizione penale. Indirizzi di politica criminale e codificazione in Francia dalla Rivoluzione all'Impero (1789-1810)*, in «Quaderni fiorentini», XXXVI, 2007 (*Principio di legalità e diritto penale: per Mario Sbriccoli*), pp. 131-27; Xavier Tabet, *Beccaria, la peine de mort et la Révolution française*, in «Laboratoire italien», 9, 2009 (*Les écrivains italiens des Lumières et la Révolution française*), pp. 50-79.

<sup>31</sup> Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., XXVIII, p. 88.

<sup>32</sup> Maximilien Robespierre, *Œuvres*, Tome IX, Discours (4e Partie), *Septembre 1792-27 Juillet 1793*, a cura di Marc Bouloiseau, Georges Lefebvre, Jean Dautry, Albert Soboul, Paris, Presses Universitaires de France, 1958, p. 121.

<sup>33</sup> Ivi, p. 123.

<sup>34</sup> Ivi, p. 130.



Robespierre non si dimentica di Beccaria, ma utilizza in un contesto profondamente diverso quella distinzione fra l'impero delle leggi e il regime dell'eccezione che Beccaria aveva presente, ma di cui non poteva cogliere le inquietanti potenzialità. Nel momento in cui Robespierre recepisce la distinzione beccariana e la mette in circolo nel contesto della rivoluzione, quella distinzione assume una nuova valenza e inizia un percorso di cui non è ancora possibile indicare la fine. Valga, a riprova della durata 'interminabile' di questo itinerario, un piccolo indizio. Qualcuno forse ricorderà che, appena pochi anni orsono, alcuni influenti giuristi degli Stati Uniti d'America hanno sostenuto che occorreva ripensare, di fronte all'emergenza del terrorismo, il divieto della tortura e che lo stato di eccezione poteva legittimarne (con le debite cautele) l'impiego<sup>35</sup>.

Se era il pessimismo di Hobbes ad apparire superato ai riformatori settecenteschi, è l'ottimismo di Beccaria che potrebbe sembrarci oggi ingenuo o consolatorio, dato il nostro motivato disincanto nei confronti del «tranquillo regno delle leggi». In realtà, l'opera di Beccaria è un 'classico' proprio perché suscettibile di sempre nuove e vitali attribuzioni di senso. Dalla sua rilettura possiamo trarre l'invito a fare della libertà un principio capace di tenere a bada le nostre ansie securitarie e denunciare le maschere sempre nuove e sempre riconoscibili dell'eccezione.

<sup>35</sup> Cfr. Massimo La Torre, Marina Lalatta Costerbosa, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, il Mulino, Bologna 2013.

1. *Un argomento di Beccaria contro la pena di morte: il fondamento contrattualistico dell'ordine politico.*

Nel primo capitolo del *Dei delitti e delle pene* Beccaria affronta il problema del fondamento della potestà punitiva del sovrano. È un problema imposto, più che dal peso della tradizione, dalla consapevolezza che le aspirazioni riformatrici dell'opera, proprio perché radicali, richiedevano (se mi si passa il bisticcio) di andare alle radici del fenomeno e potevano essere soddisfatte solo a patto che venisse contestualmente sollevato il problema della legittimità del potere politico (e, viceversa, era il senso della sempre più problematica legittimità del potere 'tradizionale' a stimolare lo slancio riformatore che pervade il *Dei delitti*).

Gli arnesi concettuali di cui Beccaria dispone per interrogarsi sulla genesi e sui limiti del potere sovrano non sono inediti e provengono da una letteratura politico-giuridica sei-settecentesca, per alcuni aspetti, profondamente omogenea, e, per altri aspetti, fortemente diversificata al suo interno. In essa infatti è condivisa la convinzione di dover far leva su due concetti-chiave – diritti naturali e contratto sociale – per offrire una rappresentazione, nuova e razionalmente fondata, dell'ordine politico-giuridico; ma, al contempo, è rilevante il contrasto sui significati ad essi attribuiti, tanto che dalla loro combinazione escono immagini diverse (o addirittura opposte) della condizione umana e della società politica.

Della tradizione giusnaturalistica e contrattualistica del Sei-Settecento Beccaria ripercorre i principali *topoi*: il «continuo stato di guerra» in un'ipotetica condizione originaria degli esseri umani, la conseguente precarietà della loro vita, il sacrificio di «porzioni di libertà» a vantaggio di un sovrano 'inventato' per ottenere la «sicurezza e tranquillità» altrimenti impossibili. Il sovrano è creato dagli individui a vantaggio degli individui. È in questa cornice che occorre collocare le leggi penali: indispensabili per impedire «le private usurpazioni di ciascun uomo in particolare» (lo sfrenarsi di una libertà individuale insofferente di limiti e vincoli, con il

---

P. Costa, *Lo ius vitae ac necis alla prova: Cesare Beccaria e la tradizione contrattualistica*, in Id., *Saggi di storia della cultura giuridico-politica*. VIII. *La pena di morte*, 2024, [https://doi.org/10.69134/QFArchiviO\\_24\\_09](https://doi.org/10.69134/QFArchiviO_24_09), pp. 48-113.

conseguente «risommere nell'antico caos»<sup>1</sup>), ma in nessun modo sottratte alla logica 'funzionalistica' imposta dal contratto alla sovranità; una sovranità legittima nella misura in cui riesca a garantire, al contempo, la tenuta dell'ordine e la libertà dei soggetti.

È alla luce di questa doppia esigenza che Beccaria critica l'ordinamento esistente e immagina un'alternativa. L'insistenza sulla funzione preventiva della pena (la tesi che la pena sia legittima solo in quanto 'utile', in quanto efficacemente deterrente) e la convinzione della necessità di ridurre al minimo indispensabile l'afflittività della sanzione affondano le radici nell'antropologia filosofica di Beccaria, ma devono anche essere messe in rapporto con la doppia scommessa che il sovrano è tenuto a vincere: garantire l'ordine riducendo al minimo le pur inevitabili sofferenze provocate dalla pena.

Una siffatta scommessa, comunque ardua, trova nella decisione sovrana di dare la morte il suo momento di maggiore difficoltà. È quindi comprensibile che il capitolo XXVIII del *Dei delitti*, teso a dimostrare «non essere la morte né utile né necessaria» (un capitolo che forse non a caso è il più lungo dell'opera), sia stato la vera pietra dello scandalo, di contro a una diffusa e spesso entusiastica adesione al riformismo penale beccariano da parte della cultura dei lumi.

Beccaria è consapevole della posta in gioco e utilizza tutte le carte di cui dispone: non solo l'argomento dell'utilità<sup>2</sup> (la tesi che la pena di morte sia meno utile perché meno efficacemente deterrente della pena detentiva), ma anche l'argomento della legittimità (come viene correttamente messo in luce dalla storiografia<sup>3</sup>). La decisione

<sup>1</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. Francioni, Milano, Mediobanca, 1984, [«Edizione Nazionale delle opere di Cesare Beccaria» I], § 1, pp. 25-27.

<sup>2</sup> Sull'«utilitarismo» di Beccaria cfr. G. FRANCONI, *Beccaria filosofo utilitarista*, in AA. VV., *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, Milano-Roma, Cariplo-Laterza, 1990, pp. 69-87 e Ph. AUDEGEAN, *La philosophie de Beccaria. Savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Paris, Vrin, 2010 (tr.it., *Cesare Beccaria, filosofo europeo*, Roma, Carocci, 2014).

<sup>3</sup> Cfr. E. DEZZA, *Il problema della pena di morte*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012, pp. 223-231. Per la comprensione di Beccaria restano importanti punti di riferimento gli atti di alcuni congressi (AA.VV., *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, cit.; M. PORRET (a cura di), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Genève, Droz, 1997; V. FERRONE, G. FRANCONI (a cura di), *Cesare Beccaria: la pratica dei lumi*, Firenze, Olschki, 2000). In anni recenti, contributi di notevole rilievo provengono dai lavori di Ph. AUDEGEAN, *La philosophie de Beccaria*, cit., R. PASTA, *Cesare Beccaria*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero*, cit., pp. 249-52, K. LADD, *Penser la peine dans la souveraineté et dans l'époque. Situation de l'argumentation abolitionniste dans Des délits et des peines de Cesare Beccaria*, in «Lumières», 20 2, 2012 (*Penser la peine à l'âge des Lumières*, sous la direction de L. Delia et G. Radica), pp. 101-120, M. PORRET, *Beccaria*, Bologna, il Mulino, 2014, B. E. HARCOURT, *Beccaria's On Crimes and Punishments: A Mirror on the History of the Foundations of Modern Criminal Law*, in M. D. DUBBER (ed.), *Foundational Texts in*

sovrana di dare la morte appare a Beccaria essenzialmente illegittima. Il sovrano è creato dai soggetti proprio per garantirsi la *conditio sine qua* non di ogni altro bene: la vita. I soggetti vogliono che il sovrano sia lo scudo che li protegge dalle aggressioni altrui e non possono ammettere che esso si trasformi nella loro più inquietante minaccia. «Chi è mai colui che abbia voluto lasciare ad altri uomini l'arbitrio di ucciderlo? Come mai nel minimo sacrificio della libertà di ciascuno vi può essere quello del massimo tra tutti i beni, la vita?»<sup>4</sup>.

Infliggendo la pena di morte il sovrano diviene, per Beccaria, doppiamente inadempiente. Egli non solo antepone una sanzione meno utile (meno efficacemente deterrente) a una sanzione più utile, ma soprattutto colpisce l'individuo nel suo bene più prezioso: non fa ciò che dovrebbe (scegliere la sanzione più utile) e fa invece ciò che non dovrebbe (attentare alla vita dei soggetti). Nel primo caso, balza agli occhi la lesione del principio di utilità, mentre nel secondo caso è evidente il difetto di legittimazione. Certo, anche l'inefficienza del comando, una cattiva strategia di governo, incide, in ultima istanza, sulla legittimità del sovrano, dal momento che rende più incerto il conseguimento di quella sicurezza che il sovrano è chiamato a garantire. Dove però emerge con maggiore evidenza il profilo dell'illegittimità è nell'attribuzione al sovrano del potere di disporre della vita dei soggetti. La pena capitale appare a Beccaria concettualmente incompatibile con la direzione di senso dell'ipotesi contrattualistica. Essa è l'espressione di una violenza infondata e non di un potere legittimo: «non è dunque la pena di morte un diritto», ma «è una guerra della nazione con un cittadino [...]»<sup>5</sup>.

Beccaria presenta la messa al bando della pena di morte come una conseguenza obbligata delle premesse contrattualistiche. In realtà, sostenere che il contrattualismo non possa che avere esiti 'abolizionistici' è formulare una tesi che trova, nella copiosa letteratura contrattualistica preesistente, più smentite che conferme. Che i contrattualisti sei-settecenteschi non avessero già proposto l'abolizione della pena di

*Modern Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 39-60; Ph. AUDEGEAN, "Dei delitti e delle pene": significato e genesi di un pamphlet giuspolitico, in D. IPPOLITO (a cura di), *La libertà attraverso il diritto. Illuminismo giuridico e questione penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, pp. 71-92. Sul problema della pena di morte in Beccaria si vedano le importanti considerazioni di D. IPPOLITO, *Beccaria, la pena di morte e la tentazione dell'abolizionismo*, in «L'Acropoli», VIII, 6, 2007, pp. 701-714 e, più in generale, l'interessante e documentata introduzione di Philippe Audegean a uno scritto inedito di Giuseppe Pelli (Ph. AUDEGEAN, *Introduzione. Una battaglia segreta di Pelli: "abolire la morte per pena a' delitti"*, in G. PELLI, *Contro la pena di morte*, a cura di Ph. Audegean, Padova, Cleup, 2014, pp. 15-60).

<sup>4</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XXVIII, p. 86.

<sup>5</sup> Ivi, p. 87.

morte non è peraltro sorprendente. Il tema della pena di morte non si esaurisce infatti nel chiuso orto delle teorie e delle pratiche penali, ma coinvolge la rappresentazione della sovranità nella sua più caratterizzante e ‘ultimativa’ espressione: il suo *ius gladii*, l’estrinsecazione di una forza estrema proprio perché indirizzata a colpire il bene supremo della vita. La morte come pena evoca, con maggiore evidenza di qualsiasi altro intervento punitivo, il punto di congiunzione e di attrito fra chi comanda e chi obbedisce, tanto da far apparire storicamente problematica la possibilità di pensare il sovrano senza metterlo in rapporto con la vita e con la morte dei soggetti. Non è allora soltanto come pena che la morte fa il suo ingresso nel rapporto fra i soggetti e il sovrano: entra in gioco, in tutte le sue determinazioni, lo *ius vitae ac necis* del sovrano, quel diritto sulla vita e sulla morte dei soggetti che si esplica in ambiti e forme diverse, ma trova nel processo penale e nella guerra due terreni di elezione.

È con questa polivalente espressione della sovranità – la pena, la guerra – che i contrattualisti sei-settecenteschi sono costretti a fare i conti<sup>6</sup> ed è da loro che Beccaria apprende l’esistenza di un intricato nodo problematico – il rapporto fra individuo e sovrano nel punto estremo della loro tensione – e al contempo riceve gli strumenti di cui si servirà per sciogliere (o tagliare) il nodo stesso.

Quali siano i ‘contrattualisti’ con i quali Beccaria intrattiene un dialogo privilegiato nel *Dei delitti* ci è detto o fatto intendere dal testo stesso<sup>7</sup>: Hobbes, Locke e Rousseau, e, sullo sfondo, Grozio, richiamato da Pietro Verri come un possibile ispiratore dell’‘abolizionismo’ beccariano<sup>8</sup>. Ripercorrere le strategie adottate da alcuni dei giusnaturalisti sei-settecenteschi di fronte al tema dello *ius vitae ac necis* può essere dunque di una qualche utilità per intendere gli estremi del problema che Beccaria si trova di fronte quando si appresta a formulare la sua più celebre proposta riformatrice.

<sup>6</sup> Gabriella Silvestrini ha svolto penetranti e interessanti considerazioni su questo nesso. Cfr. G. SILVESTRINI, *Diritti naturali e diritto di uccidere. Teorie moderne della guerra fra modelli teorici e tradizioni di pensiero*, in «Filosofia politica», XXI, 3, 2007, pp. 425-452; G. SILVESTRINI, *Fra diritto di guerra e potere di punire: il diritto di vita e di morte nel Contratto Sociale*, in «Rivista di storia della filosofia», LXX, 1, 2015, pp. 125-141 (devo alla cortesia dell’autrice la consultazione del saggio ancora in bozze).

<sup>7</sup> Soprattutto quando lo si legga aiutati dalle sapienti note apposte da Gianni Francioni all’edizione del *Dei delitti* da lui curata.

<sup>8</sup> Cfr. la nota 1 di G. FRANCONI in C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XXVIII, pp. 87-88.

2. Ugo Grozio: «*puniendi potestas ... antiquius penes privatos fuisse quam penes rempublicam*».

Non ha torto Verri nel segnalare, come una possibile ‘fonte’ o ‘anticipazione’ della tesi beccariana, un passaggio del *De iure belli ac pacis*<sup>9</sup> che invita i governanti a tener conto di alcuni antichi esempi di clemenza, che si erano tradotti nella sostituzione della pena capitale con pene più miti. Occorre comunque collocare il brano nel più ampio contesto argomentativo cui appartiene, dedicato al tema dello *ius gladii* e della sua legittimazione. L’obiettivo di Grozio è contrastare la tesi di chi, in nome della mitezza evangelica, metta in questione il potere punitivo del principe, quell’«*usum gladii*» che l’apostolo (il riferimento è all’epistola paolina<sup>10</sup>) presenta come parte integrante dell’*officium* del re. È l’esercizio del potere punitivo che fa del sovrano il difensore degli innocenti e gli permette di tenere a freno, con la minaccia del supplizio, la protervia dei malvagi<sup>11</sup>.

Gli argomenti impiegabili per legittimare l’uso della forza contro i delinquenti fanno parte, per Grozio, di un problema più ampio compendiato nel titolo apposto al capitolo II del I Libro del *De iure belli ac pacis*: «*An bellare unquam justum sit*»<sup>12</sup>. È in gioco, nell’esercizio del potere punitivo come nella conduzione della guerra, la vita umana e non è evidente il carattere benefico, eticamente giustificato, della sofferenza inflitta. La risposta, formulata già nel *De jure praedae*<sup>13</sup> e confermata nel *De jure belli ac pacis*<sup>14</sup>, è che comunque il male sofferto deve essere funzionale a un bene più grande: né il desiderio di vendetta per il danno sofferto può legittimare l’irrogazione della pena né il desiderio di espansione del proprio dominio può giustificare la conduzione di una guerra. Fare guerra al nemico e condannare il

<sup>9</sup> H. GROTIJ, *De iure belli ac pacis Libri Tres*, Amsterdami, Apud Guilielmum Blaeuw, 1631, II, xx, 12, p. 302: «*Neque tamen abs re erit Christianis rectoribus, saltem ex parte aliqua, imitandum proponere exemplum Sabaconis Aegyptii regis pietatis nomine laudatissimi, a quo capitales poenas in damnationem ad opus mutatas felicissimo successu narrat Diodorus: etiam ad Caucasum gentes quasdam ait Strabo [...]. Notat Balsamo leges Romanas quae mortis poenam irrogabant a posterioribus Imperatoribus Christianis mutatas plerasque in alia supplicia, quo et acrius damnatis inureretur poenitentia et magis ad exemplum proficeret poena diuturnior*». (Questo passaggio manca ancora nella prima edizione del *De Iure*, del 1625).

<sup>10</sup> Rom. xiii. 4.

<sup>11</sup> H. GROTIJ, *De iure belli ac pacis Libri Tres*, Parisiis, Apud Nicolaum Buon, 1625 (indicato da ora in poi con la sigla DJB), II, xx, 12, pp. 415-16.

<sup>12</sup> DJB, I, ii, p. 16.

<sup>13</sup> H. GROTIJ, *De iure praedae commentarius*, Hagae, Nijhoff, 1868 (indicato da ora in poi con la sigla DJP), VII, pp. 66 ss.

<sup>14</sup> DJB, II, xx, 4, p. 400: «*At homo cum hominem sibi natura parem punit, aliquid sibi debet habere propositum. Et hoc est quod ajunt scholastici, non debere in malum cujusquam acquiescere ulciscantis animum*».

criminale rispondono alla medesima esigenza di reagire a un torto e punire l'offensore<sup>15</sup> e sollevano il problema della legittimità di una violenza che può tradursi nell'eliminazione fisica del suo destinatario.

In termini generali, Grozio si avvia a discutere del problema della legittimità della violenza nel quadro della sua visione delle leggi naturali e dei diritti del soggetto, imperniati sull'idea di un *proprium*, di una sfera inviolabile del soggetto, protetta dalle ingerenze di chiunque altro, essendo tutti tenuti al dovere della *alieni abstinentia*. È sulla base di questi assunti (nella loro essenziale configurazione già messi a punto ne *De jure praedae*<sup>16</sup>) che Grozio affronta il tema della violenza, in un continuo confronto con gli autori antichi, con i giuristi di *ius commune* e con i filosofi della scolastica (medievale e 'seconda'), accumulando *exempla* e testimonianze 'autorevoli' e al contempo mirando a un ripensamento originale dei fondamenti dell'ordine<sup>17</sup> (dell'ordine 'come tale', assai più che di un ordine – nel nostro senso – 'internazionale').

La legittimazione della violenza è un problema centrale e spinoso per Grozio, che accumula argomenti per dimostrarne la compatibilità con un assetto razionale della società. Dalla storia sacra<sup>18</sup> al *consensus omnium*, allo *ius gentium*, tutto concorre nel dimostrare che non ogni forma di violenza è ingiusta e irrazionale: «De jure naturali ergo, quod et gentium dici potest, satis constat eo bella non omnia improbari»<sup>19</sup>. Maggiori difficoltà provengono semmai da alcuni passaggi della Scrittura: non solo dal divieto divino di uccidere, ma soprattutto da alcuni celebri passi del Nuovo Testamento (valga il riferimento al Discorso della Montagna), che sembrano chiudere ogni spiraglio a un uso 'buono' della forza ed esigere un ripudio totale della violenza<sup>20</sup>. È appunto su questi passi che ha fatto leva un'interpretazione rigorista dei Vangeli, di cui i primi cristiani si sono fatti sostenitori. Il loro errore però, reso comprensibile dal loro ardente anelito di perfezione, nasceva dalla mancata distinzione fra 'consigli' e 'precetti'<sup>21</sup> e deve essere corretto da

<sup>15</sup> DJB, II, xx, 38, p. 433.

<sup>16</sup> DJP, II, pp. 13-14: [...] leges duae procedunt: [...] Una. Ne quis alterum laedat; altera: Ne quis occupet altera occupata. Haec lex abstinentiae, illa innocentiae est ...».

<sup>17</sup> In questa prospettiva potrebbe forse essere attenuata la netta distinzione fra 'humanism' e 'scholasticism' avanzata da R. TUCK, *The Rights of War and Peace. Political Thought and the International Order from Grotius to Kant*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

<sup>18</sup> DJB, I, ii, 2, pp. 19-20.

<sup>19</sup> DJB, I, ii, 4, p. 21.

<sup>20</sup> DJB, I, ii, 8, pp. 36 ss.

<sup>21</sup> DJB, I, ii, 8, pp. 47-48.

un'interpretazione complessiva della Scrittura, che mostra l'immagine di un Dio non solo dispensatore di grazie, ma anche giudice severo dei misfatti<sup>22</sup>.

È dunque possibile sostenere che la pena capitale e la pratica della guerra non sono incompatibili né con il cristianesimo né con il diritto naturale né con il diritto delle genti, a patto di ricondurre entrambe a una regola di giustizia di cui siano la dovuta applicazione. È in questo contesto che si collocano le due grandi questioni su cui si sofferma Grozio, prima nel *De jure praedae* e poi nel *De jure belli ac pacis*: quali siano le cause che rendono giusta una guerra e quali i soggetti chiamati ad esercitare una violenza legittima.

Per Grozio le guerre possono essere private o pubbliche (o anche una combinazione di entrambi i tipi)<sup>23</sup>. La guerra pubblica – che sembrerebbe incarnare la categoria principale – è tale in ragione della *iurisdictio*, del potere di governo, di cui è investito il soggetto che la promuove e la conduce. Dove esiste un potere pubblico, esistono la legge e il giudizio: la legge è l'espressione della volontà del corpo politico e il giudizio è la sua applicazione ai singoli casi. Nessun cittadino, quindi, può pretendere di farsi giustizia da solo: «ne civis adversum civem jus suum nisi iudicio exsequatur»<sup>24</sup>. È la *respublica*, e non i singoli cittadini, cui spetta il compito di realizzare la giustizia. Ed è in funzione della giustizia che essa è legittimata a fare uso della forza.

Una siffatta legittimazione è prospettata limpidamente da Grozio nel *De jure praedae*: «cum igitur bellum justum juris sit executio, id de quo justo bello certatur, jus sit necesse est»<sup>25</sup>. È la lesione di un diritto la causa della guerra, che si presenta quindi come una sua realizzazione coattiva. Le armi sono gli strumenti di cui possiamo avvalerci per sopperire alla naturale debolezza dei corpi e una *armata executio* è la guerra: «armata in armatum executio bellum dicitur, justum quidem juris, injustum autem injuriae»<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Grozio non si discosta in sostanza dall'impostazione e dalla soluzione del problema già messe a punto da Vitoria nella sua *Relectio de iure belli*, che con argomenti analoghi prende le distanze dal pacifismo proto-cristiano (ed erasmiano). Cfr. S. LANGELLA, *Le fonti teologiche della dottrina de bello in Francisco de Vitoria tra medioevo et età moderna*, in A. A. CASSI (a cura di), *Guerra e diritto. Il problema della guerra nell'esperienza giuridica occidentale fra medioevo ed età contemporanea*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2009, pp. 25-37.

<sup>23</sup> «Belli prima maximeque necessaria partitio haec est, quod bellum aljud est privatum, aliud publicum, aliud mixtum. Publicum bellum est quod auctore eo geritur qui jurisdictionem habet; privatum, quod aliter; mixtum, quod una ex parte est publicum, ex altera privatum». (DJB, I, iii, p. 54).

<sup>24</sup> DJP, II, p. 24.

<sup>25</sup> DJP, VII, p. 66.

<sup>26</sup> DJP, II, p. 30.



Sono i diritti attribuiti ai soggetti dalla legge naturale a valere come cause di giustificazione della guerra, che di quei diritti è la «armata exsecutio». Figura al primo posto la difesa della vita e dell'incolumità fisica; segue la tutela delle *res* che appartengono al soggetto e costituiscono una parte importante del *proprium* del soggetto; viene menzionata poi, come terza causa di guerra, la volontà di esigere un «debitum ex contractu» (una causa che Grozio ritiene indebitamente trascurata perché ricondotta alla precedente)<sup>27</sup> e viene infine indicata, come quarta causa, la reazione a qualsiasi torto od offesa ingiustamente sofferta<sup>28</sup>.

Grozio, dunque, ha indicato le cause che rendono giusta (in quanto 'esecuzione di un diritto') la guerra. Atti violenti possono però essere esercitati dal potere pubblico come dai singoli individui (le guerre possono essere, come sappiamo, 'pubbliche' o 'private'). In che modo la condizione dei soggetti belligeranti entra in rapporto con le cause giustificative della guerra? La tesi che Grozio sostiene è che sulla legittimità della guerra non è influente lo *status* dei soggetti, ma è determinante il profilo oggettivo delle 'cause': là dove sussista la violazione di uno *ius*, là dove sia stata perpetrata una *iniuria*, la reazione armata della parte lesa sarà comunque legittima. E vale, coerentemente, anche il reciproco: non è sufficiente che il belligerante sia una *respublica*, un corpo politico sovrano, perché la guerra sia giustificata, pur in assenza di un torto subito. Certo, le guerre pubbliche differiscono dalle guerre private per rilevanti aspetti formali, ma non per la sostanza: «ad defensionem tutelamque corporis sui privata vis justa est omnium animantium exemplo»<sup>29</sup>.

L'attenzione rivolta da Grozio alle guerre 'private' nel *De jure praedae* è comprensibilmente sollecitata dall'occasione che ha dato luogo a questo scritto e dall'obiettivo perseguito dall'autore: che era stato incaricato dalla Compagnia olandese delle Indie orientali di giustificare la cattura di un vascello portoghese nel quadro del conflitto in corso nell'Asia sud-orientale<sup>30</sup>. Sarebbe però fuorviante sopravvalutare le preoccupazioni 'pragmatiche' del testo a danno del suo spessore teorico, dal momento che i principî basilari del *De jure praedae* saranno in sostanza

<sup>27</sup> DJP, VII, pp. 67-68.

<sup>28</sup> «Quarta est ob maleficcium injuriamque omnem, quae iniquo animo tam facto quam verbis infertur» (DJP, VII, pp. 68).

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> Cfr. B. STRAUMANN, *The Right to Punish as a Just Cause of War in Hugo Grotius' Natural Law*, in «Studies in the History of Ethics», 2, 2006, p. 4. È d'obbligo il riferimento a P. HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris, PUF, 1983.

confermati dalla (matura e ‘disinteressata’) riflessione sviluppata, a distanza di quasi un ventennio, nel *De iure belli ac pacis*<sup>31</sup>.

In ogni caso, Grozio intende sostenere la tesi della legittimità della guerra, quando motivata da una causa adeguata, quale che sia la condizione (privata o pubblica) dei belligeranti, ma non si nasconde una difficoltà che emerge da un principio che egli stesso ha sottoscritto: che cioè spettano al sovrano la valutazione della legittimità e la gestione della guerra<sup>32</sup>. Per risolvere questa difficoltà Grozio ipotizza situazioni nelle quali una guerra privata è, per così dire, imposta dalle cose stesse: può essere una momentanea e fattuale impossibilità di ricorrere al giudice a costringere a una difesa armata dei propri diritti<sup>33</sup>, ma la possibilità di rimettersi al giudizio del sovrano può anche far difetto, non occasionalmente ma permanentemente, come accade nelle terre disabitate, nell’oceano o dovunque non esistano una *respublica* e una *iurisdictio*<sup>34</sup>.

Esistono luoghi non ‘raggiunti’ dalla politica, ma non per questo sottratti alle regole del diritto e della giustizia. Sono luoghi nei quali si rinnova un’esperienza largamente diffusa nel remoto passato, «antequam respublica et judicia instituerentur»<sup>35</sup>. Guardando dunque a spazi remoti e a tempi ‘originari’ entriamo in contatto con una realtà extra-politica nella quale ciascuno diviene «exsecutor» del suo diritto: manca il sovrano, ma non per questo vengono meno i principî che presiedono alla difesa dei propri diritti.

Più delicata, per ammissione dello stesso Grozio, è la situazione che si viene a creare in rapporto al quarto tipo di guerra giusta, dove è in gioco non la semplice difesa del *proprium*, ma un vero e proprio intervento punitivo: «de eo difficilior est statuere, an ullo casu privatus poenam delicti expetere possit»<sup>36</sup>. La difficoltà, ancora una volta, è legata a quel monopolio della giustizia punitiva che siamo abituati ad attribuire al sovrano (tanto che i giudizi vengono detti per definizione pubblici) e la soluzione suggerita da Grozio è la relativizzazione dell’ordine politico-giuridico: che

<sup>31</sup> Il *De jure praedae* è scritto fra il 1604 e il 1606, mentre il *De iure belli ac pacis* viene pubblicato nel 1625.

<sup>32</sup> DJP, VIII, p. 85.

<sup>33</sup> Ivi, pp. 86-87.

<sup>34</sup> «Si nemo in illo loco jurisdictionem habeat, quod in terris desertis et insulis et oceano et sicubi terrarum sine republica vivitur» (ivi, p. 88).

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> Ivi, pp. 88-89. Cfr. B. STRAUMANN, *The Right to Punish* cit., pp. pp. 1-20. Cfr. anche G. van NIFTERIK, *Grotius and the Origin of the Ruler’s Right to Punish*, in H. W. BLOM (ed.), *Property, Piracy and Punishment: Hugo Grotius on War and Booty in De Iure Praedae*, Leiden, Brill, 2009, pp. 396-415.

non coincide senza residui con la società umana, ma è una sua forma, importante ma ‘localizzata’ (nello spazio e nel tempo).

Grozio moltiplica le testimonianze a riprova. Tanto la Scrittura quanto gli scrittori antichi e recenti<sup>37</sup> ci dicono che in origine esistevano non ancora *respublicae* ma soltanto singoli esseri umani, famiglie e capifamiglia, ma non per questo veniva meno l’esigenza di punire i trasgressori delle leggi naturali: «ex his apparet puniendi causas esse naturales». Né i diritti né il potere punitivo presuppongono l’esistenza dell’ordine politico. È vero che il sovrano ha il monopolio della giustizia. Il punto è però che l’ordine politico non è la forma necessaria e ‘già data’ della convivenza e il sovrano, che dell’ordine politico è il vertice, trasmette, sì, i suoi poteri ai magistrati, ma a sua volta esercita un potere che non è originario, ma è derivato dai soggetti: come il potere dei magistrati discende dalla *respublica*, così quest’ultima riposa sul consenso dei singoli<sup>38</sup>. Il potere punitivo appartiene ai soggetti: sono i soggetti che lo esercitano prima della formazione dell’ordine politico e sono i soggetti che fondano consensualmente (potremmo dire, contrattualmente) la *respublica* e affidano ad essa l’esercizio dei loro poteri originari.

Grozio attinge al *thesaurus* della cultura antica e della tradizione scolastica per ripensare il rapporto fra i soggetti e l’ordine politico in modo da dare ai primi un ruolo incisivo e ‘originario’ proprio a partire da quel potere punitivo tradizionalmente associato alla *iurisdictio* del sovrano. I passaggi della sua argomentazione sono nitidi: in primo luogo, gli esseri umani, nella loro condizione originaria, non conoscevano ancora forme di organizzazione politica; in secondo luogo, il potere sovrano dipende dal consenso dei soggetti; in terzo luogo, sono i soggetti come tali che (prima della formazione delle *respublicae*) detengono il potere punitivo. Se infatti ai soggetti deve essere ricondotto il potere del sovrano, dovrà valere la regola ulpiana secondo la quale «nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet»<sup>39</sup> e sarà possibile concludere che il potere punitivo «antiquius penes privatos fuisse quam penes rempublicam»<sup>40</sup>. Il potere punitivo, che ora è nelle

<sup>37</sup> Particolarmente interessante è il riferimento ai *Commentaria* di François Connan, che si diffonde nella descrizione degli *iura naturalia* e comprende fra essi, oltre a un’azione difensiva, volta a «venientem iniuriam propulsare», anche un’azione ‘punitiva’, che si proponga «[iniuriam] etiam acceptam vel longo post intervallo vindicare. Est enim vindicatio poenae loco, ut ne impunitas invitet alios ad delinquendum» (F. CONNANI...*Commentariorum iuris civilis Tomus Prior*, Parisiis, apud Iacobum Keruer, 1553, I, 6, pp. 20-21).

<sup>38</sup> «Imo vero ut a republica ad magistratum, ita ad rempublicam jus omne a singulis devenit, collatoque consensu [...], potestas publica constituta est» (DJP, VIII, p. 91).

<sup>39</sup> (D. 50.17.54).

<sup>40</sup> DJP, VIII, p. 91.

mani dei sovrani, apparteneva ai singoli soggetti guidati dalla ragione naturale e continua a spettare ad essi «judiciis quovis modo sublatis, ratione loci aut temporis»<sup>41</sup>.

Assumere il potere punitivo come una prerogativa del soggetto, sancita dal diritto naturale, è una tesi che incide anche sulla rappresentazione della portata e dei limiti del potere sovrano, come emerge già nel *De jure praedae* ed è confermato e sviluppato in alcuni celebri passaggi del *De jure belli ac pacis*. Il potere punitivo del sovrano, se, per un verso, viene a perdere il suo carattere 'originario', per un altro verso acquisisce un rilevante raggio di azione, in quanto legittimato a colpire non soltanto i reati dei sudditi, ma anche le violazioni del diritto naturale imputabili a qualsivoglia soggetto<sup>42</sup>.

Questa tesi non è scontata e costringe Grozio a un serrato confronto con la tradizione. Egli sembra scoprire subito le sue carte indicando alleati ed avversari: dichiarando di seguire l'opinione di Innocenzo IV nel ritenere legittima la guerra contro chiunque violi le leggi naturali senza richiedere, come pretende Vitoria, che a condurre la guerra sia un sovrano di cui siano stati lesi i diritti<sup>43</sup>.

L'alleato principale sembra dunque essere Innocenzo IV, mentre la pattuglia delle opinioni dissenzienti appare guidata da Vitoria. In realtà, Grozio raccoglie stimoli (e al contempo si differenzia) tanto dagli 'alleati' quanto dagli 'avversari'. Per quanto riguarda i primi, Grozio utilizza un commento del papa giurista al c. *Quod super his* del III Libro delle Decretali, nel titolo *De voto et voti redemptione*. Il discorso di Innocenzo IV ruota intorno al fondamento di legittimità della *iurisdictio*: esercitata da Dio in origine e poi dagli esseri umani tutti, anche dagli infedeli, perché il potere politico, come la proprietà, «licite possunt esse apud infideles», dal momento che «pro omnia rationabili creatura facta sunt». Non è dunque lecito ai cristiani e nemmeno al papa sottrarre agli infedeli i loro domini. Intervengono però al contempo due considerazioni ulteriori (che proprio nell'arco di tempo compreso fra l'età gregoriana e Bonifacio VIII avrebbero ottenuto la massima rilevanza possibile): l'idea del papa come *vicarius Christi* e il concetto della *iurisdictio* universale del

<sup>41</sup> Ivi, p. 94.

<sup>42</sup> «Sciendum quoque est reges [...] ius habere poenas poscendi non tantum ob iniurias in se aut subditos suos commissas, sed et ob eas quae ipsos peculiariter non tangunt, sed in quibusvis personis ius naturae aut gentium immaniter violant» (DJB, II, xx, 40, p. 434).

<sup>43</sup> «Et eatenus sententiam sequimur Innocentii et aliorum qui bello aiunt peti posse eos qui in naturam delinquent: contra quam sentiunt Victoria, Vasquius, Azorius, Molina, alii, qui ad iustitiam belli requirere videntur, ut qui suscipit aut laesus sit in se aut republica sua, aut ut in eum qui bello impetitur iurisdictionem habeat. Ponunt enim illi puniendi potestatem esse effectum proprium iurisdictionis civilis, cum nos eam sentiamus venire etiam ex iure naturali [...]» (DJB, II, xx, 40, pp. 435-36).

pontefice. Proprio perché Cristo esercita il suo potere sul mondo intero, il papa «potestatem habet non tantum super Christianos, sed etiam super omnes infideles». Certo la sua *iurisdictio* è «de iure, licet non de facto». È però in ragione di questo suo potere validamente, legittimamente universale che il papa può essere investito del compito non soltanto di reggere i fedeli, ma anche di punire l'infedele «si contra legem naturae facit». Allo stesso modo gli infedeli, pur restando fermo che non devono essere costretti alla vera fede, sono comunque tenuti ad accogliere i predicatori cristiani e devono essere puniti se li respingono con la forza<sup>44</sup>. Grozio accoglie dalla tradizione il riferimento a una punizione universalmente valida *de iure naturali*, ma mette in parentesi il fatto che quella punizione presupponeva il riferimento alla *iurisdictio*: presupponeva il riferimento a un ordinamento gerarchico culminante nel *vicarius Christi*.

Nei confronti di Vitoria, il dissenso di Grozio è esplicito e netto<sup>45</sup>. In realtà, Vitoria, ragionando su possibili cause giustificative dell'occupazione spagnola, aveva parlato di una «naturalis ratio» che rende possibile quella «communicatio» fra popoli dalla quale discendono precisi diritti e doveri: lo «ius peregrinandi in illas provincias et illic degenti»<sup>46</sup>, la libertà di scambio e commercio<sup>47</sup>, l'appropriazione delle *res nullius*, la possibilità di trasferirsi e divenire cittadini nelle nuove province<sup>48</sup>. Una violazione di questi diritti legittimava una reazione violenta. E peraltro, nella sua *Relectio de temperantia*<sup>49</sup>, Vitoria aveva ammesso come giusta causa di guerra una grave violazione dei diritti naturali (quale il cannibalismo e i sacrifici umani) e anche Suárez è incline ad ammettere che un sovrano qualsiasi possa accollarsi la *defensio* delle vittime di crimini contro natura<sup>50</sup>. È vero che Grozio conosceva il pensiero di Vitoria attraverso la *Relectio de Indis*. Anche in essa

<sup>44</sup> INNOCENTII QUARTI *Commentaria super libros quinque Decretalium*, Francofurti, 1570 (*De voto et voti redemptione*, c. *Quod super his*), pp. 429-431. È analogo il ragionamento svolto dall'Ostiense: Henrici de Segusio, Cardinalis HOSTIENSIS *In Tertium Decretalium librum Commentaria*, Venetiis, apud Iuntas, 1581, *De voto et voti redemptione*, c. *Quod super his*, fol. 128-129; Henrici de Segusio, Cardinalis HOSTIENSIS *Summa aurea*, Venetiis, apud Iacobum Vitalem, 1574, L. V, *De Sarracenis*, c. *Qui sunt*, col. 1523.

<sup>45</sup> Cfr. le acute osservazioni di P. HAGGENMACHER, *Sur un passage obscur de Grotius. Essai de réponse à Cornelis van Vollenhoven*, in «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis», LI, 1983, pp. 295-315.

<sup>46</sup> F. de VITORIA, *Relectio de indis*, testo critico di L. Pereña, ed. italiana a cura di A. Lamacchia, Bari, Levante Ed., 1996, I, 3, 1, p. 78.

<sup>47</sup> Ivi, I, 3, 2, p. 80.

<sup>48</sup> Ivi, I, 3, 4, pp. 82-83.

<sup>49</sup> F. de VITORIA, *Relectio de temperantia*, in ID., *Obras. Relecciones teologicas*, a cura di T. Urdanoz, Madrid, La Editorial Católica, 1960, pp. 1004-1069.

<sup>50</sup> Cfr. A. A. CASSI, *Note a margine per un'edizione del De bello di Francisco Suárez*, in ID. (a cura di), *Guerra e diritto*, cit., pp. 39-57.

comunque, nell'ultima parte dell'opera, l'autore menziona alcune violazioni del diritto naturale (quali il cannibalismo e i sacrifici umani) accennando all'ipotesi che esse possano essere considerate un motivo sufficiente per un intervento da parte degli Stati<sup>51</sup>.

Grozio avrebbe quindi potuto trovare anche qualche momento di convergenza con i suoi interlocutori nell'indicare la violazione delle leggi di natura come una possibile causa di legittimazione della guerra; e tanto meno il dissenso poteva riguardare il carattere punitivo, 'penale', attribuibile alla guerra. La guerra – scrive il Cajetanus – è «actus vindicativae iustitiae, quae proprie est virtus principis seu iudicis». Grozio non avrebbe fin qui niente da obiettare. Il punto è però che, per il Cajetanus (come per Vitoria o per Molina), il «vindicare» non può essere «privatae personae opus»<sup>52</sup>. Grozio, al contrario, non intende rinunciare a fare del potere punitivo una delle prerogative del soggetto 'come tale' e a questo scopo 'relativizza' la *iurisdictio*, assume l'ordine politico non come una struttura originaria, ma come momento o fase di una vicenda più complessa (e, viceversa, proprio perché si avvia verso una rifondazione del diritto naturale è in grado di superare la corrispondenza biunivoca fra il potere punitivo e la sovranità). In sostanza, il principale punto di distacco di Grozio dalla tradizione medievale e scolastica verte proprio sul modo di concepire l'ordine politico, la sua genesi e le sue condizioni di legittimità e sulla pretesa di chiudere il potere punitivo nel cerchio di un ordinamento gerarchico culminante nel sovrano<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Cfr. M. GEUNA, *Francisco de Vitoria e la questione della guerra giusta*, in G. DAVERIO ROCCHI (ed.), *Dalla concordia dei greci al bellum iustum dei moderni*, Milano, FrancoAngeli, 2013, pp. 166-67.

<sup>52</sup> Thomae DE VIO (CAIETANI), *Summula*, Lugduni, Apud Haeredes Iacobi Iunctae, 1567, v. *Bellum*, p. 32. Cfr., sul nesso fra tradizione e innovazione nella Seconda Scolastica, le puntuali osservazioni di M. MECCARELLI, *La nuova dimensioni geopolitica e gli strumenti giuridici della tradizione: approccio al tema del ius belli e del ius communicationis nella Seconda Scolastica*, in L. Lacchè (a cura di), *Ius gentium, ius communicationis, ius belli. Alberico Gentili e gli orizzonti della modernità*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 51-72; M. MECCARELLI, *Ein Rechtsformat für die Moderne: Ansätze in der spanischen Spätscholastik zu den Begriffen Lex und Iurisdictio*, in C. STROHM, H. DE WALL (eds.), *Konfessionalität und Jurisprudenz in der frühen Neuzeit*, Berlin, Duncker & Humblot, 2009, pp. 285-311. Il nesso obbligato fra potere politico ed esercizio del potere punitivo è ribadito anche dalla trattatistica giuridica, sulla base del rapporto che intercorre fra lo *ius gentium*, lo *ius naturale* e la *iurisdictio* del principe: «L'obedientia alla pena è un dovere *iure gentium* perché le leggi che la impongono esprimono la volontà di Dio tradotta dal Principe, ma anche perché sono emanazione della *iurisdictio* che proprio da quel diritto è scaturita per regolare la *societas humana*» (M. PIFFERI, *Generalia delictorum. Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale*, Milano, Giuffrè, p. 282).

<sup>53</sup> Cfr. G. SILVESTRINI, *Diritti naturali e diritto di uccidere*, cit., p. 437. Cfr. anche A. BRETT, *Natural Right and Civil Community: the Civil Philosophy of Hugo Grotius*, in «The Historical Journal», 45, 1, 2002, pp. 31-51.

Nell'assumere la violazione della legge naturale come legittima causa di guerra Grozio poteva comunque trovare un alleato più affidabile di Innocenzo IV in Alberico Gentili. Nel *De iure belli* Gentili non solo conferma la consolidata convinzione che «il diritto della guerra» e «le dispute del foro»<sup>54</sup> sono esperienze analoghe perché connesse all'esercizio del potere punitivo<sup>55</sup>, ma sostiene con vigore anche una tesi che Grozio non poteva non apprezzare; la tesi che il potere punitivo è legittimato a intervenire non appena si manifestino patenti violazioni delle leggi naturali: «se qualcuno pecca spudoratamente contro le leggi della natura e degli uomini, io ritengo che chiunque abbia il diritto di reprimerlo con la guerra»<sup>56</sup>. Non manca nemmeno l'affermazione che anche singoli individui, prima che esista il potere pubblico (o laddove esso venga meno), possono legittimamente «punire nocentes, ius suum ulcisci»<sup>57</sup>, anche se questo riferimento a una condizione umana 'prepolitica' non gode nell'opera gentiliana della portata 'strategica' e della forte tematizzazione che assumerà negli scritti groziani.

Resta comunque ferma per entrambi la convinzione che la violazione dei diritti naturali reclama e legittimi un intervento punitivo. Crimini contro natura come l'empietà, il cannibalismo e l'esercizio della pirateria sono perseguibili con una guerra che è giusta in ragione del delitto che intende colpire<sup>58</sup>: Grozio, come Gentili, vede nella violazione delle leggi naturali la ragione necessaria e sufficiente dell'intervento punitivo e entrambi individuano nella figura del pirata l'emblema del nemico non già dell'uno o dell'altro sovrano, ma del genere umano. «Piratae omnium mortalium hostes sunt communes» e proprio perché essi «omnia iura violant»<sup>59</sup> non possono essere riconosciuti come soggetti di diritti. Gentili estende ai

<sup>54</sup> Cfr. ad es. A. GENTILIS *De iure belli libri tres*, ed. Th. E. Holland, Oxford, Clarendon Press, 1877, cap. V, p. 26, cap. VI, p. 31 (tr.it., A. GENTILI, *Il diritto di guerra*, a cura di D. Quaglioni, Milano, Giuffrè, 2008, p. 41, p. 47).

<sup>55</sup> Cfr. B. KINGSBURY, A. BLANE, *La guerra come punizione nel pensiero di Vitoria, Gentili e Grozio*, in *Alberico Gentili (San Ginesio 1552 - Londra 1608). Atti dei convegni nel quarto centenario della morte*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 589- 624; D. PANIZZA, *Alberico Gentili e la Scuola di Salamanca. Un contrasto di paradigmi*, in M. FERRONATO, L. BIANCHIN (a cura di), *Silete theologi in munere alieno. Alberico Gentili e la Seconda Scolastica*, Padova, Cedam, 2011, pp. 163-84.

<sup>56</sup> A. GENTILI, *Il diritto di guerra*, cit., cap. XXV, p. 175. «[...] si qui peccant evidenter contra leges naturae et hominum, hos coerceri bello posse a quolibet, ego puto» (A. GENTILIS *De iure belli libri tres*, cit., cap. XXV, p. 116). «Et itaque illorum sententiam probo magis, qui iustam dicunt causam Hispanorum: dum faciunt Indis bellum, qui concubitus nefandos et cum bestiis exercebant: et qui carnes humanas, hominibus in id mactatis, comedebant. Sunt enim haec peccata contra naturam humani generis» (*Ibidem*).

<sup>57</sup> Ivi, cap. XVIII, p. 81 (tr.it., cit., p. 122).

<sup>58</sup> «Sic non dubitamus quin iusta sint bella in eos qui in parentes impii sunt, hospites occidunt, qui humanam carnem epulantur, qui piraticam exercent» (DJB, II, xx, 40, p. 435).

<sup>59</sup> A. GENTILIS *De iure belli libri tres*, cit., cap. IV, p. 22 (tr.it., cit., p. 35).

‘senza Dio’ il trattamento riservato ai pirati: «costoro, infatti, quasi come dei pirati, nemici comuni di tutti, riterrei che debbano essere perseguitati con la Guerra e costretti ai costumi degli uomini. Mi sembra infatti che siano di offesa a tutti gli uomini costoro che, sotto aspetto di uomini, conducono una vita degna dei più bruti fra i bruti»<sup>60</sup>.

La «defensio», l'intervento punitivo nei confronti di esseri solo apparentemente umani, ma in realtà nemici del genere umano, merita l'appellativo di «honestas» perché priva di motivazioni 'utilitarie' e condotta soltanto «in gratiam aliorum», sulla base dei vincoli di parentela e di benevolenza che la natura stessa ha stabilito fra gli esseri umani tutti<sup>61</sup> (o almeno fra quelli fra loro che hanno preservato anche una 'sostanza' e non solo un 'sembiante' umani). Grozio sottoscrive questa tesi citando Seneca<sup>62</sup> e già Gentili aveva ricordato che gli Stoici «voluere, civitatem totius mundi unam esse»<sup>63</sup>. È il riferimento ai diritti naturali e alle loro violazioni che permette a entrambi di fissare un criterio, al contempo, di differenziazione fra i soggetti e di fondamento della potestà punitiva.

La ragione naturale esige che il trasgressore sia punito, ma non indica perentoriamente da chi né richiede in termini assoluti che questi sia un 'superior': non è la condizione di 'suddito' che rende un soggetto passibile di punizione. La *superioritas* di chi punisce nei confronti del punito ha semmai un'altra natura: è la *superioritas* che possiede l'innocente nei riguardi del colpevole, dal momento che questi, con la sua cattiva azione, si è reso inferiore a ogni altro scendendo al livello degli animali: «eo ipso se quovis alio inferiorem censeatur fecisse et quasi ex hominum censum detrusisse in censum bestiarum quae homini subjacent [...]»<sup>64</sup>.

Prima nel *De Iure praedae* e poi nel *De iure belli ac pacis* Grozio utilizza un *topos* antico, di decisiva importanza per la rappresentazione del potere punitivo e per la legittimazione della violenza; un *topos* che egli illustra impiegando

<sup>60</sup> A. GENTILI, *Il diritto di guerra*, cit., cap. IX, p. 59. «Hos enim quasi piratas, communes hostes omnium, bello persequendos, et cogendos in mores hominum arbitrarer. Hi enim vere videntur iniurii omnibus hominibus, qui in specie hominum agunt vitam brutorum brutissimorum» (A. GENTILIS *De iure belli libri tres*, cit., cap. IX, p. 39). Cfr. F. RUSCHI, *Ius praedae. Oscar Cruz Barney e la 'guerra di corsa' come paradigma della modernità*, in «Quaderni Fiorentini», XXXII, 2003, pp. 584-599; D. HELLER-ROAZEN, *The enemy of all: piracy and the law of nations*, New York, Zone Books, 2009.

<sup>61</sup> A. GENTILIS *De iure belli libri tres*, cit., cap. XV, p. 63 (tr.it. cit., p. 97).

<sup>62</sup> DJB, II, xxv, 6, p. 496.

<sup>63</sup> A. GENTILIS *De iure belli libri tres*, cit., cap. XV, p. 63 (tr.it., cit., p. 97). Sul motivo stoico dell'unità del genere umano cfr. L. SCUCCIMARRA, *Societas hominum. Cosmopolitismo stoico e diritto delle genti*, in L. LACCHE' (a cura di), *Ius gentium, ius communicationis, ius belli*, cit., pp. 29-49.

<sup>64</sup> DJB, II, xx, 3, p. 398.



simultaneamente tradizioni testuali diverse, ma convergenti nel mettere a fuoco la disumanità del reo: da un lato Democrito (di cui viene citato un passo riprodotto nel *Florilegium* di Stobaeus) e Seneca (nel *De Ira*<sup>65</sup>), che introducono l'analogia fra il criminale e un animale nocivo, e, dall'altro lato, la scolastica medievale e Tommaso d'Aquino.

In una celebre *quaestio*<sup>66</sup> Tommaso si chiede, prima, se sia lecito sopprimere un qualsiasi essere vivente (e risolve il dubbio affermando che «in rerum autem ordine imperfectiora sunt propter perfectiora», che esiste una gerarchia degli esseri al culmine della quale si pone l'uomo, che quindi può fare uso degli esseri viventi a lui inferiori<sup>67</sup>) e, poi, se sia lecito uccidere «homines peccatores». La risposta affermativa a questa domanda si impernia su due argomenti. In primo luogo, data la distribuzione gerarchica degli esseri e la supremazia del tutto sulla parte, sussiste il dovere di sacrificare la parte (il criminale), se esercita un'azione disgregante e corruttiva nei confronti della totalità<sup>68</sup>. In secondo luogo, il divieto, apparentemente assoluto, di uccidere un essere umano deve essere 'relativizzato' alla luce della considerazione che il peccatore viola i dettami della ragione e perde la sua dignità di essere umano: «homo peccando ab ordine rationis recedit, et ideo decedit a dignitate humana [...] et incidit quodammodo in servitutem bestiarum»<sup>69</sup>.

Grozio offre una limpida parafrasi del secondo argomento (mentre in questa sede non utilizza la metafora organicistica, che pure costituiva il passaggio forse principale dell'argomentazione di Tommaso): i criminali «deploratae malitiae» cessano di essere propriamente uomini, vengono ricacciati «ad inferiorem ordinem» e divengono «quodammodo ex personis res», come avviene nel caso della riduzione in schiavitù<sup>70</sup>. L'essere umano non è al riparo dalla violenza legittima, perché è

<sup>65</sup> «Et cum cervicem noxio imperabo praecidi et cum parricidas insuam culleo et cum mittam in supplicium militare et cum Tarpeio proditorem hostemve publicum imponam, sine ira eo vultu animoque ero, quo serpentes et animalia venenata percutio» (SENECA, *De ira*, I, 16, in L. Annaeus SENECA, *Moral Essays*, ed. J. W. Basore. London and New York, Heinemann 1928). L'analogia fra criminale e animale nocivo è in questo caso giocata a riprova della necessità di conservare in entrambi i casi un controllo razionale sulle emozioni che impedisca qualsiasi associazione della pena con la vendetta.

<sup>66</sup> TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae*, Roma, Editiones Paulinae, 1962, II, II q. 64.

<sup>67</sup> Ivi, art. 1.

<sup>68</sup> «Si saluti totius corporis humani expediat praecisio alicuius membri, puta cum est putridum et corruptivum aliorum, laudabiliter et salubriter abscinditur. Quaelibet autem persona singularis comparatur ad totam communitatem sicut pars ad totum. Et ideo si aliquis homo sit periculosus communitati et corruptivus ipsius propter aliquod peccatum, laudabiliter et salubriter occiditur, ut bonum commune conservetur, modicum enim fermentum totam massam corrumpit, ut dicitur I ad Cor. V» (ivi, art. 2).

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> DJP, VIII, p. 90.

esposto al rischio di una ‘caduta’, di cui egli stesso è responsabile, che lo espelle dal cerchio della piena ‘umanità’ e lo degrada al rango di ‘cosa’ potenzialmente eliminabile.

Grozio distacca il potere punitivo dalla *iurisdictio* e ne sostiene la piena vigenza anche quando non esiste ancora (o quando viene a mancare) l’ordine politico. La priorità ‘cronologica’ del potere punitivo attribuito ai soggetti dalle leggi naturali assume però anche il carattere di una priorità ‘logica’ e svolge già quella funzione ‘fondatrice’ di cui godrà lo ‘stato di natura’ in tutte le più mature e conclamate dottrine del diritto naturale (a partire da Hobbes).

Certo, nel momento in cui la *respublica* esiste, è il sovrano a detenere il monopolio dell’azione punitiva. Non per questo tuttavia perde di importanza il nesso originario fra il diritto naturale e il potere di punire. È dal diritto di natura che per Grozio il sovrano trae il potere di punire gli stranieri, per i quali non potrebbe aver forza la legge positiva, dal momento che solo i cittadini hanno prestato ad essa il loro consenso<sup>71</sup>. E, ancora, è il diritto di natura che fa della guerra ai nemici del genere umano (i pirati, i cannibali e simili barbari) un dovere di tutti gli Stati<sup>72</sup>. Il sovrano continua ad agire nella scia di un potere punitivo che lo precede e incide sulle sue scelte.

Il sovrano punisce dunque esercitando un potere che era già dei soggetti e che da loro gli è stato trasmesso. Non alla *iurisdictio*, non al potere radicato in una *communitas perfecta* rinvia il potere punitivo, ma ai soggetti come tali. È comprensibile allora che, dei due argomenti utilizzati da Tommaso, Grozio glissi sulla metafora organicistica. È istruttivo a questo proposito un confronto con la posizione di Jacques Almain, messa a fuoco da un acuto saggio di James Henderson Burns<sup>73</sup>. Nel *Libellus de auctoritate ecclesie*, del 1512, Jacques Almain intende attribuire al solo governante come ‘persona pubblica’ il potere punitivo, ma rivolge a se stesso un’obiezione: dal momento che il sovrano trae la sua *auctoritas* «a personis privatis», allora anche il suo potere punitivo apparteneva in origine ai singoli. La risposta è netta: il potere di vita e di morte deriva al sovrano non dai singoli soggetti, ma dalla comunità come tale<sup>74</sup>. Ed è proprio alla *Quaestio* 64 di Tommaso, alla sua metafora organicistica, al principio della superiorità del tutto sulle parti, che nella *Questio in vesperiis* Almain fa riferimento per vedere nel potere

<sup>71</sup> DJP, VIII, pp. 91-92.

<sup>72</sup> DJB, II, xx, 40, p. 435.

<sup>73</sup> J.H. BURNS, *Jus Gladii and Jurisdiction: Jacques Almain and John Locke*, in «The Historical Journal», 26, 2, 1983, pp. 369-374.

<sup>74</sup> Ivi, p. 373.

punitivo l'espressione di una *potestas naturalis* radicata in una comunità strutturata<sup>75</sup>.

Per Grozio invece né è il sovrano l'esclusivo titolare del potere punitivo né è una comunità strutturata la fonte del suo potere: sono i soggetti i titolari, in origine e in ultima istanza, del potere di esercitare una violenza legittima nei confronti di individui 'degradati' dal cattivo uso delle loro facoltà razionali.

Diminuito nelle sue capacità di individuo 'razionale', il delinquente può essere punito solo da chi è capace di controllare le sue passioni ed è quindi in grado di tener nettamente distinta la 'vendetta' dalla 'punizione'. Che infliggere la pena sia giustificato dalla consolazione provata dall'offeso, come pure affermano antichi autori, è vero soltanto se si guarda alla natura «quam homo cum bestiis habet communem», se si privilegia la componente passionale anziché la ragione «cuius est imperare affectibus». Il bene ricavato dalla sofferenza del nemico è «falsum et imaginarium»<sup>76</sup>: non è Aristotele, ma è Seneca che Grozio segue nel presentare la vendetta come incompatibile con quella *ratio* che deve presiedere all'erogazione della punizione (sia essa impartita dal sovrano o dal singolo)<sup>77</sup>.

La pena non è, di per sé, un bene, ma è un male: è «malum passionis quod infligitur ob malum actionis» e presuppone un crimine cui essa si riferisce<sup>78</sup>. La provocazione di una sofferenza al colpevole non è lo scopo e la legittimazione della pena: al contrario, data la naturale comunanza esistente fra gli esseri umani, l'inflizione della sofferenza è giustificata soltanto se è funzionale a un bene più grande<sup>79</sup>. Il fine della pena si traduce quindi in Grozio in tre obiettivi complementari: l'utilità del reo, della vittima e di tutti i soggetti<sup>80</sup>. Il bene del reo coincide con il suo pentimento e la correzione della sua inclinazione al male<sup>81</sup>; il bene della vittima (così come i vantaggi per l'intera collettività) derivano dalla neutralizzazione dell'aggressore, realizzabile eliminandolo fisicamente, oppure mettendolo nella condizione di non nuocere, oppure inducendolo, con la *emendatio*, a mutare i suoi costumi<sup>82</sup>.

<sup>75</sup> Ivi, pp. 373-73.

<sup>76</sup> DJB, II, xx, 5, p. 401.

<sup>77</sup> Cfr. G. COURTOIS, *Hugo Grotius. La bonne et la mauvaise vengeance*, in ID. (éd.), *La vengeance. Études d'ethnologie, d'histoire et de philosophie*, vol. 4, *La vengeance dans la pensée occidentale*, Paris, Éditions Cujas, 1984, pp. 137-51.

<sup>78</sup> DJB, II, xx, 1, pp. 395-96.

<sup>79</sup> DJB, II, xx, 4, pp. 399-400.

<sup>80</sup> «Dicemus ergo in poenis respici aut utilitarem eius qui peccavit, aut eius cuius intererat non peccatum esse, aut indistincte quorumlibet» (DJB, II, xx, 6, p. 402).

<sup>81</sup> DJB, II, xx, 6, p. 403.

<sup>82</sup> DJB, II, xx, 8, p. 404; 9, p. 407.

Grozio utilizza (*more solito*) le testimonianze provenienti da molteplici tradizioni e utilizza schemi di legittimazione della pena ('forward-looking' e 'backward-looking', 'quia peccatum' e 'ne peccetur') che una nostra lettura 'attualizzante' sarebbe incline a concepire come incompatibili. Nell'ottica groziana, determinante semmai è la preoccupazione che l'intervento punitivo (nei confronti del reo come del nemico), da un lato, sia finalizzato al conseguimento di una «utilitas» superiore al «malum» inflitto e, dall'altro lato, si muova nel perimetro compreso fra la perpetrazione di una «iniuria» e la restaurazione della giustizia<sup>83</sup>.

In questo quadro, anche la pena capitale può agevolmente trovare una sua collocazione. Come per la morte del nemico in guerra, così per l'esecuzione del criminale non valgono, per i motivi che già conosciamo, gli argomenti che ne contestano la legittimità sulla base di una lettura rigoristica ('proto-cristiana') della Scrittura: non può quindi essere esclusa la pena di morte, quando la tutela degli innocenti non possa essere assicurata «nisi quorundam morte reprimatur aliorum audacia»<sup>84</sup>. Ciò non impedisce però a Grozio di raccomandare ai 'governanti cristiani' i meriti della mitezza, ricordare che la morte non è mai un bene, se non quando il criminale appaia refrattario a qualsiasi pentimento e mutamento di vita<sup>85</sup> e affermare che, quando gravi motivi non lo impediscano, «ad minuendam potius poenam promptos nos esse debere»<sup>86</sup>. E proprio per questo non è «abs re», non è fuor di luogo, per Grozio, il *repêchage*, nell'immenso repertorio offerto dalla cultura antica e medievale, di Sabacon, re dell'Egitto, che, nel racconto di Diodoro Siculo<sup>87</sup>, «pietatis nomine» aveva commutato «capitales poenas in damnationem ad opus»<sup>88</sup>; che è appunto il brano che Verri ricordava come una possibile 'anticipazione' o 'suggerione' della famigerata proposta beccariana.

Non è comunque l'invito alla mitezza delle pene il principale lascito di Grozio ai suoi futuri lettori 'contrattualisti'. Il suo messaggio principale, e il suo decisivo punto

<sup>83</sup> Cfr. G. COURTOIS, *Hugo Grotius*, cit.

<sup>84</sup> DJB, II, xx, 12, p. 416.

<sup>85</sup> DJB, II, xx, 7, pp. 403-404.

<sup>86</sup> DJB, II, xx, 36, p. 431.

<sup>87</sup> «A proof of his goodness may be found in his abolition of the severest one of the customary penalties (I refer to the taking of life); for instead of executing the condemned he put them in chains at forced labour for the cities, and by their services constructed many dykes and dug out not a few well-placed canals; for he held that in this way he had reduced for those who were being chastised the severity of their punishment, while for the cities he had procured, in exchange for useless penalties, something of great utility» (DIODORUS SICULUS, *The Library of History*, ed. Charles Henry Oldfather, London-Cambridge (Mass.), Heimemann-Harvard University Press, I, c. 65, 5-6, pp. 225-26).

<sup>88</sup> GROTIUS, *De iure belli ac pacis Libri Tres*, Amsterdam, Apud Guilielmum Blaeuw, 1631, II, xx, 12, p. 302. Il brano manca nella prima edizione dell'opera, del 1625.

di distacco dalla tradizione, consiste nell'attribuzione del diritto di punire ai soggetti 'come tali'. Una volta formatosi l'ordine politico, il diritto di punire (e il potere di decidere e di condurre la guerra) appartengono al sovrano, ma il rapporto fra *ius vitae ac necis* e sovranità non è originario, bensì è derivato. A consegnare il potere nelle mani del sovrano non è una comunità organica e strutturata (la comunità di Tommaso d'Aquino e ancora di Jacques Almain), ma sono i soggetti come tali, che esercitano il potere punitivo già nella loro condizione originaria, prepolitica.

Che i soggetti possano esercitare un potere punitivo in assenza di un *superior* dipende strettamente dalla diseguaglianza che il comportamento criminale provoca fra gli esseri umani: una diseguaglianza, per così dire ontologica, che Grozio delinea utilizzando un'antica tradizione, esemplarmente concentrata nelle pagine di Tommaso; una diseguaglianza provocata dal comportamento dei trasgressori che, violando, al contempo, la legge naturale e i dettami della ragione, compromettono la loro 'umanità', il loro valore o 'dignità' di esseri umani.

In quanto responsabili di aver violato i diritti e la legge di natura, i 'criminali' non sono essenzialmente diversi dai 'nemici' e non può essere esclusa né per gli uni né per gli altri, quando indispensabile, l'eliminazione fisica. È però la ragione, non la furia sregolata di un 'potente', ad essere ancora una volta chiamata in causa. Come sono la 'degradazione' del criminale e l' 'irrazionalità' del suo comportamento a rendere legittima la pena, così sono la superiorità etica degli innocenti e la loro fedeltà alla ragione a conferire loro il potere di punire. Proprio per questo il giudizio, chiunque sia il giudice (il soggetto in stato di natura o il principe), deve essere freddo ed imparziale, alieno da qualsiasi passione vendicativa, e l'inflizione della sofferenza, ancorché necessaria, deve essere commisurata al conseguimento di un bene superiore.

### 3. Thomas Hobbes: «no man can be bound to will being kill'd».

Grozio accumula una massa imponente di testimonianze e argomentazioni destinate a una durevole fortuna. Certo, fra Grozio e Beccaria si frappongono decisive differenze culturali, che possono indurci a mettere in secondo piano la loro appartenenza a una tradizione in qualche misura omogenea (il 'contrattualismo' settecentesco) e a sottolineare piuttosto che, di quella parabola, il *De iure belli ac pacis* e il *Dei delitti* si pongono, rispettivamente, agli esordi e alla conclusione. Se è vero dunque che Grozio offre ai suoi lettori di fine Settecento un'affascinante mappa

di luoghi ancora degni di essere visitati, sono probabilmente altri gli autori da cui Beccaria può trarre maggiori suggestioni per le sue proposte riformatrici.

Fra questi, Hobbes occupa un posto di tutto rispetto. Da Hobbes, nonostante la sua pessima fama di autore ‘vitando’, Beccaria trae (pur con tutte le cautele e le reticenze inevitabili) non pochi stimoli: innanzitutto (ma non soltanto) sul terreno dell’antropologia filosofica. Sia pure attraverso la mediazione di Helvétius, Beccaria, come Hobbes, vede gli esseri umani come individui dominati dal bisogno e inclini al conflitto<sup>89</sup>.

Certo, anche Grozio aveva accolto da un’antica e sempre confermata tradizione la tesi che l’essere umano agisce per conservare se stesso. La riflessione hobbesiana introduce però aspetti di rilevante discontinuità nei confronti non soltanto della tradizione scolastica, ma anche della dottrina groziana: da un lato, mettendo a punto la doppia sequenza ‘stato di natura-contratto sociale’, appena adombrata da Grozio e destinata a imprimersi sulla filosofia politico-giuridica fra Sei e Settecento; dall’altro lato, ripensando originalmente le caratteristiche del soggetto e il suo rapporto con l’ordine.

Basti solo menzionare (pur senza poterli analizzare) alcuni passaggi nodali: il bisogno come principio esplicativo dell’azione umana; il diritto naturale del soggetto come ‘potere’; la funzione meramente strumentale della ragione, che opera a sostegno della soddisfazione del bisogno e non già lo controlla in nome di fini superiori (il ‘bene comune’, la ‘virtù’); l’inesistenza di elementi ‘oggettivi’ capaci di trattenere e vincolare la spinta satisfattiva del soggetto e il carattere ‘illimitato’, ‘insaziabile’ che assume il diritto naturale nel momento in cui viene presentato come *ius in omnia*; la conseguente conflittualità intersoggettiva e il carattere ‘strutturale’, non occasionale che essa assume; l’impossibilità di un ordine spontaneo (ne sono capaci solo gli ‘animali sociali’ – le api, le formiche – ma non l’essere umano) e quindi il fondamento contrattuale dell’ordine, il carattere ‘inventato’ e ‘artificiale’ della sovranità; infine, l’assolutezza del potere sovrano e, al contempo, il suo carattere ‘funzionale’, la sua destinazione a vantaggio dei soggetti.

È in questa cornice che occorre collocare la rappresentazione hobbesiana del potere punitivo: la sua distanza dall’impostazione groziana è nettissima e conseguente alla diversa visione del soggetto e dei suoi diritti. Grozio si era allontanato dalla scolastica (prima e seconda), per un verso, richiamando l’attenzione sulla condizione umana in una fase antecedente alla formazione della *respublica* e,

<sup>89</sup> Cfr. Ph. AUDEGEAN, *La philosophie de Beccaria*, cit., pp. 45 ss.

per un altro verso, svincolando il potere punitivo dalla *iusdictio* per attribuirlo ai soggetti umani come tali (ai soggetti nello «state of nature»<sup>90</sup>, nella «naturall condition of Mankind»<sup>91</sup>). Hobbes, se riprende ed esplicita la distinzione, già groziana, fra il ‘prima’ di una prepolitica condizione umana e il ‘dopo’ della *societas civilis*, si contrappone a Grozio nella descrizione dell’essere umano e dei suoi diritti originari.

Se il diritto è un diritto-potere, un illimitato *ius in omnia*, se la condizione umana è una guerra «of every man against every man»<sup>92</sup>, saltano le nozioni di ‘giusto’ e ‘ingiusto’, di atto dovuto e di atto indebito, di ‘mio’ e di ‘tuo’: «la nozione del dritto e del torto, della giustizia e dell’ingiustizia non v’ha luogo. Dove non esiste legge non esiste ingiustizia»<sup>93</sup>. Vengono quindi meno le condizioni che permettevano a Grozio la fondazione di un ‘naturale’, pre-politico diritto di punire. Il suo presupposto era un’antropologia (antica e insistentemente riproposta) caratterizzata dal primato della ragione, capace di controllare le passioni indirizzando l’individuo alla virtù. Diveniva in questo modo possibile distinguere fra chi segue e chi disattende i dettami della ragione, fra il ‘superiore’ e l’‘inferiore’ (che «decidit a dignitate humana [...] et incidit quodammodo in servitatem bestiarum»<sup>94</sup>, come scriveva Tommaso) e attribuire all’‘innocente’ il diritto di punire il ‘criminale’. Se invece i soggetti sono liberi di impiegare tutti i mezzi funzionali alla loro conservazione<sup>95</sup>, cade la possibilità del giudizio e della condanna.

A dominare la scena è la spinta alla conservazione di sé, che appare il tratto decisivo della condizione ‘naturale’ dell’essere umano e si conferma come un’irrinunciabile prerogativa del soggetto anche all’interno dell’ordine politico. L’impulso auto-conservativo non pone alcun vincolo all’azione dell’individuo, se non quello di agire nel modo più funzionale al conseguimento della soddisfazione. Un individuo può quindi rinunciare a un suo diritto-potere, trasferendolo ad altri, in

<sup>90</sup> Th. HOBBS, *De Cive. The English Version entitled in the first edition Philosophicall Rudiments Concerning Government and Society*, ed. H. Warrender, Oxford, Clarendon Press, I, 4, p. 46 (da ora in poi indicato come *De Cive*).

<sup>91</sup> Th. HOBBS, *Leviathan*, ed. N. Malcolm, vol. 2, *The English and Latin Texts (i)*, Oxford, Clarendon Press, 2012, 13, p. 188 (da ora in poi indicato come *Lev*).

<sup>92</sup> *Lev*, 13, p. 192.

<sup>93</sup> Th. HOBBS, *Leviatano*, tr.it. di M. Vinciguerra, Roma-Bari, Laterza, 1974, 13, p. 111 (da ora in poi indicato come *Lev*, tr.it.). «The notions of Right and Wrong, Justice and Injustice have there no place. Where there is no common Power, there is no Law: where no Law, no Injustice» (*Lev*, 13, p. 196).

<sup>94</sup> TOMMASO D’AQUINO, *Summa Theologiae*, cit., II-IIae, qu. 64, art. 2.

<sup>95</sup> «The right of nature, which Writers commonly call *Jus Naturale*, is the Liberty each man hath, to use his own power, as he will himselfe, for the preservation of his own Nature; that is to say, of his own Life; and consequently, of doing any thing, which in his own Judgement, and Reason, hee shall conceive to be the aptest means thereunto» (*Lev*, 14, p. 198).

vista di un qualche vantaggio (solo a questa condizione è concepibile, per Hobbes, l'atto di rinuncia), ma non è ipotizzabile che lasci cadere il diritto-potere di difendere se stesso: «[...] un uomo non può rinunciare al diritto di resistere a quelli, che l'assaltano con la forza, per togliergli la vita, perché non può intendersi che egli miri con esso a qualche bene»<sup>96</sup>, tanto che parole o segni che sembrino indicare l'intenzione di una tale rinuncia dovranno essere imputati a un fraintendimento o a un errore da parte del contraente<sup>97</sup>.

La conservazione di sé è l'alfa e l'omega della costruzione filosofico-politica hobbesiana. È all'originaria esigenza auto-conservativa che rispondono l'invenzione del sovrano e la strutturazione dell'ordine politico. Solo l'ordine può salvare il singolo; l'ordine però è possibile a patto che la pericolosità degli altri sia neutralizzata dalla forza terrificata del sovrano: di quel «great LEVIATHAN, or rather (to speake more reverently) of that *Mortall God*»<sup>98</sup>, il cui compito nei confronti dei soggetti è «to keep them in awe»<sup>99</sup>, di tenerli in quello stato di timorosa soggezione che è, per Hobbes, la radice delle credenze religiose come dell'obbedienza politica<sup>100</sup>.

Di una sovranità forte e terrificata il potere di punire è uno strumento importantissimo, indispensabile per ottenere dai sudditi l'obbedienza e, con essa, la fine del conflitto e il raggiungimento della sicurezza<sup>101</sup>. La pena è una sofferenza, un male imposto in vista di un bene superiore (l'obbedienza e la sicurezza) dall'unico soggetto autorizzato a infliggerla: il sovrano. Il diritto di punire (che, come espressione di una sovranità per definizione sottratta a qualsiasi limite precostituito, può tradursi anche nell'inflizione di pene capitali) è uno strumento essenziale per garantire l'ordine funzionale all'auto-conservazione<sup>102</sup> e quest'ultima, a sua volta, resta l'esigenza primaria del soggetto, tanto che un atto di rinuncia di questi a resistere all'aggressione di chicchessia appare contraddittorio e invalido.

<sup>96</sup> *Lev*, tr.it., 14, p. 116. «[...] a man cannot lay down the right of resisting them, that assault him by force, to take away his life; because he cannot be understood to ayme thereby, at any Good to himselfe» (*Lev*, 14, p. 202).

<sup>97</sup> *Lev*, 14, p. 202.

<sup>98</sup> *Lev*, 17, p. 260.

<sup>99</sup> *Ibidem*.

<sup>100</sup> Cfr. C. GINZBURG, *Paura, reverenza, terrore: rileggere Hobbes oggi*, Parma, Monte Università Parma, 2008.

<sup>101</sup> «A PUNISHMENT is an Evill inflicted by publique Authority, on him that hath done, or omitted that which is Judged by the same Authority to be a Transgression of the Law; to the end that the will of men may thereby the better be disposed to obedience» (*Lev*, 28, p. 482).

<sup>102</sup> «[...] to the Sovereign is committed the Power of Rewarding with riches, or honour; and of Punishing with corporall, or pecuniary punishment, or with ignominy every Subject [...]» (*Lev*, 18, p. 276).



È su questo sfondo che si delineano, nel discorso hobbesiano, tensioni (o addirittura aporie) la cui decifrazione ha impegnato a fondo quegli interpreti (relativamente pochi, nel *mare magnum* della storiografia hobbesiana) che si sono cimentati con il problema del diritto di punire<sup>103</sup>. Le difficoltà emergono su due piani, distinti ma connessi: sul piano della fondazione del potere punitivo e sul piano della sua estensione e dei suoi limiti.

Per quanto riguarda il primo punto, potremmo attenderci da Hobbes una semplice inclusione del potere punitivo nella rosa dei poteri trasmessi dai soggetti al sovrano nel momento della sua istituzione. I soggetti creano il sovrano, sono gli «autori» che affidano il compito di reggere la scena al sovrano «attore»<sup>104</sup> che agisce ‘rappresentandoli’: fra i contenuti della ‘autorizzazione’ potremmo immaginarci di ritrovare il potere punitivo, ma non è così. Hobbes lo esclude tassativamente rispondendo a una precisa domanda: quale sia la porta d’ingresso del «Right, or Authority of Punishing». La risposta di Hobbes è che «il dritto, che ha lo stato – cioè colui, che lo rappresenta – di punire non è fondato su di una concessione o su di un dono dei sudditi». Nel momento della conclusione del contratto i soggetti «non han dato al sovrano quel dritto, ma solo, nell’abbandonare i proprii, gli han dato il potere di usare il suo nel modo, che egli credesse opportuno per la preservazione di tutti; sicché quel dritto non fu dato, ma lasciato a lui, ed a lui solo, e [...] in modo così completo, come nel puro stato di natura e di guerra di ognuno contro il proprio vicino»<sup>105</sup>.

<sup>103</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes* (1954), in ID., *Thomas Hobbes*, Torino, Einaudi, 1989, pp. 111-145; M. A. CATTANEO, *Hobbes’s Theory of punishment*, in K. C. Brown (ed.), *Hobbes Studies*, Oxford, Blackwell, 1965, pp. 275-297; D. GAUTHIER, *The Logic of Leviathan: The Moral and Political Philosophy of Thomas Hobbes*, Oxford, Clarendon Press, 1969; A. NORRIE, *Thomas Hobbes and the Philosophy of Punishment*, in «Law and Philosophy», 3, 2, 1984, pp. 299-320; D. HEYD, *Hobbes on Capital Punishment*, in «History of Philosophy Quarterly», 8, 2, 1991, pp. 119-134; Th. S. SCHROCK, *The Right to Punish and the Right to Resist Punishment in Hobbes’s Leviathan*, in «Political Research Quarterly», 44, 1991, pp. 853-90; A. KREMKUS, *Die Strafe und Strafrechtsbegründung von Thomas Hobbes*, Frankfurt, Lang, 1999; Y.-Ch. ZARKA, *Hobbes and the right to punish*, in H. BLOM (ed.), *Hobbes. The Amsterdam Debate*, Olms Verlag, Hildesheim-Zürich-New York 2001, pp. 71-87; D. HÜNING, *Hobbes on the Right to punish*, in P. SPRINGBORG (ed.), *The Cambridge Companion to Hobbes’s Leviathan*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 217-40; A. YATES, *The Right to Punish in Thomas Hobbes’s Leviathan*, in «Journal of the History of Philosophy», 52, 2, 2014, pp. 233-254.

<sup>104</sup> *Lev*, 16, pp. 244 ss.

<sup>105</sup> *Lev*, tr.it., 28, p. 277. «It is manifest therefore that the Right which the Common-wealth (that is, he, or they that represent it) hath to Punish, is not grounded on any concession, or gift of the Subjects [...] For the Subjects did not give the Sovereign that right; but onely in laying down theirs, strengthened him to use his own, as he should think fit, for the preservation of them all: so that it was not given, but left to him, and to him onely; and (excepting the

Hobbes non prevede che i soggetti conferiscano uno specifico diritto di punire al sovrano. Il potere del sovrano deriva dalla rinuncia, da parte dei soggetti, del loro originario diritto-potere: mentre tutti i soggetti, rinunciando allo *ius in omnia*, escono dallo stato di natura per divenire un corpo politico in quanto rappresentati dal sovrano, quest'ultimo – la persona artificiale – continua a godere di quel potere incondizionato di cui ciascun individuo, nella sua condizione 'naturale', era titolare.

La strategia argomentativa prescelta da Hobbes (l'esclusione che il potere punitivo possa essere uno specifico 'dono' dei soggetti al sovrano), apparentemente bizzarra, è in realtà perfettamente coerente con la sua antropologia politica. Sono i soggetti groziani che possono conferire alla *respublica* il loro originario potere punitivo, ma non certo i soggetti hobbesiani, dal momento che, come sappiamo, nello *status naturae* non esistono innocenti e colpevoli, superiori e inferiori, giudici e criminali. I soggetti hobbesiani non possono conferire al sovrano un potere (il potere punitivo) che non hanno: possono semplicemente rinunciare, globalmente, al loro *ius in omnia*, acciocché la persona artificiale che li rappresenta (e solo essa) venga a godere di un potere intero e illimitato.

Fin qui, il ragionamento di Hobbes non lascia adito a dubbi. Le difficoltà nascono non dalle premesse della tesi e dal suo svolgimento, ma dalle sue conseguenze. Se il diritto di punire scompare nella sua specificità per essere assorbito nell'illimitato potere sovrano (di quel sovrano che è l'unico a trovarsi ancora nello 'stato di natura'), vacilla una distinzione fondamentale: la distinzione fra il 'criminale' e il 'nemico'. Se il diritto di punire non è trasferito dai soggetti al sovrano, sembra difficile sfuggire a questa conseguenza: che la pena perda la sua specificità e la sua dimensione giuridica e si confonda con il potere 'naturale' di esercitare violenza nei confronti dell'aggressore. Nello stato di natura, come sappiamo, non ci sono giudici e criminali: se il potere di punire scompare inghiottito nello *ius in omnia* del sovrano, il criminale è soltanto una minaccia fra le tante che il sovrano deve neutralizzare.

Una siffatta impostazione sarebbe astrattamente prospettabile. Non è però questa la scelta di Hobbes, che delinea una concezione della pena e del processo penale audacemente, pionieristicamente 'legalitaria' (se mi si passa l'anacronismo) e distingue nettamente fra 'nemico' e 'criminale', tanto da fare di questa distinzione un *Leitmotiv* della sua visione 'filosofico-penale'.

limits set him by naturall Law) as entire, as in the condition of meer Nature, and of warre of every one against his neighbour» (*Lev*, 28, p. 482).

Hobbes insiste a più riprese, nel *De cive* come nel *Leviathan*, sulla necessità che il diritto di punire venga esercitato nel binario precostituito dalla legge, lasciando il minor spazio possibile a interventi estemporanei e imprevedibili. Le pene non devono essere «indefinite or arbitrary», le leggi devono enunciare con precisione le conseguenze che scaturiscono dalla loro violazione, devono essere rigorosamente applicate, in modo che sia possibile soppesare, come su una bilancia, «i danni e i vantaggi dell'azione che ci accingiamo a compiere»<sup>106</sup>, devono guardare al futuro e non al passato, mirando alla correzione del reo e alla deterrenza di altri potenziali trasgressori<sup>107</sup>, devono essere commisurate alla diversa gravità dei reati<sup>108</sup>. Lo stesso rapporto fra il suddito e il sovrano deve svolgersi, per Hobbes, nel binario precostituito dalla legge, tanto che sia assicurata a ciascuno, nei confronti del sovrano, «la stessa libertà di reclamare il suo dritto, come se fosse contro un altro suddito [...]»<sup>109</sup>.

È dalla stessa definizione di pena (in quanto male inflitto da una pubblica autorità) che Hobbes ritiene di poter dedurre una serie di regole che devono essere rispettate perché si rimanga entro il perimetro del 'diritto di punire': quando esse siano disattese, l'intervento del sovrano non può più considerarsi propriamente una 'pena', ma diviene qualcosa di qualitativamente diverso che Hobbes chiama un «hostile act»; come accade se viene comminata una sanzione senza una previa sentenza di condanna; se viene inflitto un danno svincolato dal fine della deterrenza; se la pena inflitta non è stata prevista da una legge previa o è superiore a quella prescritta dalla legge<sup>110</sup>.

In tutti questi casi, si ha non una pena, ma un atto «ostile»: si colpisce non un 'criminale', ma un 'nemico' e il processo penale cede il posto alla guerra. Queste categorie devono restare per Hobbes nettamente distinte: il criminale viola l'una o l'altra legge del sovrano, ma continua ad operare all'interno del corpo politico

<sup>106</sup> Th. HOBBS, *Elementi filosofici sul cittadino*, in Id., *Opere politiche*, a cura di N. Bobbio, Torino, Utet, 1959, XIII, 16, p. 262 (da ora in poi indicato come *De Cive*, tr.it.). «And deliberation is nothing else but a weighing, as it were in scales, the conveniencies, and inconveniences of the fact we are attempting» (*De Cive*, XIII, 16, p. 166).

<sup>107</sup> «It is not lawfull to inflict punishment for any other end, but that the offender may be corrected, or that others warned by his punishment may become better» (*De Cive*, III, 11, p. 67). In senso analogo *Lev*, 15, p. 232.

<sup>108</sup> *Lev*, 30, pp. 542-43.

<sup>109</sup> *Lev*, tr.it., 21, p. 195. «If a Subject have a controversie with his Sovereigne, of debt, or of right of possession of lands or goods, or concerning any service required at his hands, or concerning any penalty, corporall, or pecuniary, grounded on a precedent Law; he hath the same Liberty to sue for his right, as if it were against a Subject [...]» (*Lev*, 21, p. 342).

<sup>110</sup> *Lev*, 28, p. 484. Sulle prime avvisaglie del principio di legalità cfr. G. Alessi, Tra rito e norma. La legalità prima della legge, in «Quaderni Fiorentini», 36 (2007), pp. 43-79.

‘rappresentato’ dal sovrano; il nemico agisce ‘dall’esterno’ mettendo in questione l’esistenza stessa del dio mortale. «Da questo consegue che i ribelli, i traditori e tutti i rei di lesa maestà non devono essere puniti secondo il diritto civile, ma secondo quello naturale, cioè non come cattivi cittadini ma come nemici dello Stato, e non in forza del diritto di sovranità ma del diritto di guerra»<sup>111</sup>. Da un lato, i ribelli, i traditori, i nemici, dall’altro lato, i «civill Subjects»: il diritto di punire viene esercitato solo nei confronti di questi ultimi, mentre nei confronti dei primi scatta il diritto di guerra; nei confronti dei nemici entra in gioco il diritto naturale (lo *ius in omnia* rimasto nelle mani del sovrano), mentre per i criminali vale il diritto politico (il diritto della *polis*).

Nella distinzione fra ‘criminale’ e ‘nemico’ fa sentire il suo peso l’antica figura del *crimen laesae maiestatis*<sup>112</sup>. Quando un cittadino non trasgredisce una singola legge, ma denuncia il patto originario e si rifiuta di obbedire alle leggi nel loro complesso, siamo di fronte a un «delitto di lesa maestà; esso consiste in atti o parole con cui il cittadino, o suddito, dichiara di non voler più obbedire a quella persona o a quell’assemblea a cui è stato affidato nello Stato»<sup>113</sup>. Scatta a questo punto il passaggio alla categoria, concettualmente diversa, del nemico. Non è rilevante che egli appartenga al *Common-wealth* o sia ad esso estraneo: è nemico ogni soggetto che sfida frontalmente la sussistenza del corpo politico, sottraendosi al patto di soggezione nei confronti del sovrano che lo ‘rappresenta’, oppure aggredendolo ‘dall’esterno’. Qualsiasi sofferenza inflitta dal sovrano a un nemico (‘traditore’ o ‘straniero’) non appartiene alla categoria della pena, ma deve essere classificata come un atto di ostilità, con una conseguenza decisiva: che «[...] quando si è in dichiarata ostilità, ogni danno che s’infligge è legale»<sup>114</sup>. Cadono i vincoli prefissati dalle leggi: la sovranità non si esplica nei binari da esse predisposti, ma mostra tutta la sua originaria illimitatezza e arbitrarietà.

<sup>111</sup> *De Cive*, tr.it., XIV, 22, p. 283. «Hence it followes, that *Rebels, Traytors*, and all others convicted of *Treason*, are punisht not by *civill*, but *naturall* Right; that is to say, not as *civill Subjects*, but as *Enemies to the Government*, not by the *Right of Sovereignty*, and *Dominion*, but by the *Right of Warre*» (*De Cive*, XIV, 22, p. 181).

<sup>112</sup> È ancora insostituibile il contributo di M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffrè, 1974. Fra le varie figure costruite dal sapere giuridico penalistico è delineata efficacemente (in particolare pp. 149 ss.) l’immagine del ‘ribelle’ come ‘traditore’.

<sup>113</sup> *De Cive*, tr.it., XIV, 20, p. 282. «And this is that sin which is called *TREASON*; and it is a word or deed whereby the Citizen, or Subject, declares that he will no longer obey that man or Court to whom the supreme power of the City is entrusted» (*De cive*, XIV, 20, p. 180).

<sup>114</sup> *Lev*, tr.it., 28, p. 279. «But in declared Hostility, all infliction of evill is lawfull» (*Lev*, 28, p. 486).

Valga a riprova la trattazione hobbesiana di un *hard case*: la punizione dell'innocente. Se Hobbes è severo nello stigmatizzare la comminazione di una pena a un cittadino innocente perché lesiva tanto della finalità propria della pena quanto del patto originario, non ha difficoltà a giustificare l'inflizione di una qualsiasi sofferenza, purché utile per il *Commonwealth*, a un estraneo (anche se innocente) e a un nemico, dal momento che dove c'è guerra tace il giudizio «né il vincitore fa distinzione fra nocente e innocente»<sup>115</sup>.

Emerge nitidamente, nella dinamica del potere sovrano, una dialettica destinata a riproporsi sempre di nuovo nell'intero arco della modernità: una sovranità disposta a fare i conti con la forma della legge e una sovranità insofferente di vincoli, memore della sua originaria, incomprimibile assolutezza<sup>116</sup>. È una distinzione che Hobbes formula giocando proprio sulla contrapposizione fra processo e guerra, fra 'pena' e 'atto di ostilità'. Certo, la sovranità che si esplica nel solco della legge non è una sovranità 'limitata' (nel senso della tradizione 'costituzionalistica'): non ci sono diritti indisponibili di cui il sovrano debba tener conto, nel momento in cui dà forma di legge alla sua volontà. Il sovrano non ha vincoli: è però ragionevole (e quindi auspicabile e presumibile) che egli governi (e punisca) i cittadini nelle forme e nei limiti chiaramente prefissati dalla legge di cui è autore. A distanza di più di due secoli dal *Leviathan*, nel secondo Ottocento, la giuspubblicistica tedesca e Jellinek parleranno, a questo proposito, dell' 'auto-limitazione' dello Stato, confermando il teorema hobbesiano della necessaria assolutezza della sovranità e al contempo valorizzando la funzione razionalizzatrice e 'garantistica' della legge.

Da un lato, dunque, la guerra e la distruzione, con qualsiasi mezzo, del nemico, e, dal lato opposto, il processo e l'inflizione ('regolata', misurata) di una pena al criminale: la distinzione è tanto rilevante quanto nitida, ma non appare facilmente componibile con la fondazione hobbesiana del diritto di punire. Non c'è nessun diritto di punire donato dai soggetti al sovrano: c'è soltanto l'assoluto *ius in omnia* della persona artificiale 'rappresentativa'. I soggetti, nel momento in cui creano la persona artificiale 'autorizzandola' come loro 'rappresentante', producono simultaneamente due effetti: escono dallo stato di natura divenendo 'corpo politico'

<sup>115</sup> *Lev*, tr.it., 28, p. 283. «But against Enemies [...] it is lawfull by the originall Right of Nature to make warre; wherein the Sword Judgeth not, nor doth the Victor make distinction of Nocent, and Innocent» (*Lev*, 28, p. 494).

<sup>116</sup> Esprime efficacemente questa tensione in Hobbes S. MEZZADRA, *Nel Leviatano. Immagini del nemico all'origine della filosofia politica moderna*, in A. DAL LAGO (ed.), *Lo straniero e il nemico. Materiali per l'etnografia contemporanea*, Genova, Costa & Nolan, 1998, pp. 27-44.

e al contempo (con la rinuncia al loro originario diritto-potere) fanno del sovrano l'unico soggetto ancora capace di muoversi nella logica dell'originario 'stato di natura'. Nasce da questa argomentazione hobbesiana il senso di una contraddizione latente nella sua visione filosofico-penale: se il sovrano infligge sofferenze ai soggetti esercitando il suo *ius in omnia*, a che titolo la pena differisce da un atto di ostilità? E viceversa, se il sovrano punisce i criminali e combatte i nemici, da dove proviene il suo peculiare diritto di punire, visto che i soggetti non potevano conferirglielo?

La mia impressione è che non vi sia contraddizione nell'argomentazione hobbesiana e che essa al più ometta qualche passaggio, che però può essere agevolmente (o, se si preferisce, caritatevolmente) ricavato dall'insieme del discorso.

Implicita in esso è la distinzione fra il fondamento della sovranità, da un lato, e, dall'altro lato, la sua strutturazione e il suo esercizio. Guardando al momento dell'instaurazione e della fondazione della sovranità, emerge il carattere assoluto e illimitato del potere di cui gode la 'persona artificiale'. È da questo unitario punto di origine che scaturiscono tutti i poteri del sovrano: questi presuppongono, sì, il suo *ius in omnia* come loro fonte nativa, ma non si identificano con esso, essendone piuttosto un'espressione e un'articolazione. Il «dio mortale» è anche un *Deus absconditus*: la sovranità gode di un'«eccedenza» non riducibile alle sue canoniche e più evidenti determinazioni (che la concretizzano, dunque, ma non la esauriscono). I soggetti non conferiscono al sovrano, partitamente, singoli poteri (il potere legislativo o il potere giudiziario e tanto meno il potere di punire): è il sovrano che, in vista dell'ordine che è chiamato a garantire, 'mette in forma' la sua energia decisionale, pone regole, attribuisce diritti, fissa obblighi e divieti, punisce i trasgressori. La medesima sovranità, che si dispiega in tutta la sua s-regolata potenza nei confronti del nemico e del 'traditore' (del reo del *crimen laesae maiestatis*), si riversa in canali giuridicamente strutturati quando entrano in gioco il governo, e la punizione, dei sudditi.

Può essere interessante (e per certi aspetti illuminante) l'interpretazione che di Hobbes propone uno dei suoi primi e più agguerriti lettori: Samuel Pufendorf, che nel *De iure naturae et gentium*, del 1672, si impegna in un serrato confronto con gli scritti hobbesiani.

Interrogandosi sul fondamento del diritto di punire, Pufendorf non esita a seguire Hobbes contro Grozio: infliggere punizioni è parte integrante dell'*imperium* e

presuppone la distinzione fra un *superior* e un subordinato. «Neque opus est arguta illa interpretatione vocabuli superioris» avanzata da Grozio: che cioè, prima della creazione dell'ordine politico, divenga 'inferiore', e per questo punibile, chiunque violi le leggi naturali. Il criminale resta per Pufendorf integralmente 'umano': in stato di natura posso chiedere che il danno subito venga riparato «per modum belli», ma non posso propriamente 'punire' chicchessia. La punizione richiede l'intervento dell'autorità, come appunto indicato dalla definizione hobbesiana, citata e condivisa da Pufendorf<sup>117</sup>.

Resta però aperto il problema del fondamento del diritto di punire: se il potere punitivo non appartiene ai soggetti, in che modo esso può essere attribuito a un sovrano che dai soggetti trae la sua esistenza e la sua autorità? La risposta di Hobbes – i soggetti non conferiscono il potere punitivo al sovrano ma, rinunciando a tutti i loro poteri, fanno sì che il sovrano sia l'unico ad essere titolare di uno *ius in omnia* – non soddisfa Pufendorf: a suo avviso, il potere punitivo, proprio perché richiede un'asimmetria potestativa, un rapporto di comando ed obbedienza, non può essere compreso in uno *ius in omnia* essenzialmente legato all'egualitario, pre-politico *status naturae*. L'ingegnosa soluzione proposta da Pufendorf è connessa con la sua teoria dei corpi morali<sup>118</sup>. Come, nei fenomeni naturali, nel passaggio dagli enti semplici agli enti composti questi ultimi vengono a possedere qualità ignote ai primi, così «et corpora moralia, ex pluribus hominibus constantia, aliquod jus habere possunt, ex ipsa illa conjunctione resultans, quod formaliter penes neminem singulorum fuit»<sup>119</sup>. È quanto avviene nel caso dell'ente sovrano, che non è una sommatoria di parti preesistenti, ma è una sintesi originale, con prerogative e funzioni nuove. Non sono alcuni specifici poteri (il diritto di punire o di *legem condere*) che i soggetti trasferiscono al sovrano; essi piuttosto creano un ente nuovo, un ente morale, dal quale questi poteri spontaneamente scaturiscono<sup>120</sup>.

<sup>117</sup> S. PUFENDORFII *De iure naturae et gentium libri octo*, Londini Scanorum, Adami Junghaus - Vitus Haberegger, 1672, L. VIII, c. iii, § 3, pp. 1055-56. Cfr. M. A. CATTANEO, *Samuel Pufendorf e Paul Johann Anselm Feuerbach: contratto sociale, secolarizzazione penale e prevenzione generale*, in V. FIORILLO (a cura di), *Samuel Pufendorf filosofo del diritto e della politica*, Napoli, La Città del sole, 1996, pp. 3-38; V. FIORILLO, 'Salus populi suprema lex esto': il potere punitivo come 'officium regis' nel giusnaturalismo di Samuel Pufendorf, in EAD. (a cura di), *Samuel Pufendorf*, cit., pp. 139-69; G. SILVESTRINI, *Fra diritto di guerra e potere di punire*, cit., p. 131.

<sup>118</sup> Cfr. F. PALLADINI, *Samuel Pufendorf discepolo di Hobbes: per una reinterpretazione del giusnaturalismo moderno*, Bologna, il Mulino, 1990.

<sup>119</sup> S. PUFENDORFII *De iure naturae et gentium libri octo*, cit., L. VIII, c. iii, § 1, p. 1044.

<sup>120</sup> «Sic nemo dixerit homines singulos habere facultatem sibi ipsis leges ferendi; et tamen, dum omnes voluntatem suam unius voluntati subjiciunt, oritur potestas omnibus leges praescribendi. Eodem modo in capite corporis morales potest existere facultas poenis singulos coercendi, qualis facultas tamen antea id singulis non erat» (*Ibidem*).

Con questa soluzione Pufendorf, per un verso, esprime (nel suo peculiare linguaggio) un passaggio mancante (ancorché implicito) della teoria hobbesiana, e, per un altro verso, offre un'immagine della sovranità parzialmente diversa da quella di Hobbes. Pufendorf dice a chiare lettere ciò che Hobbes aveva detto fra le righe: che la sovranità è una sintesi complessa che si articola in molteplici funzioni e poteri e che è la sovranità nella sua più lata estensione il prodotto della decisione contrattuale. Al contempo però la presa di distanza di Pufendorf dall'idea hobbesiana dello *ius in omnia* del sovrano produce effetti importanti: riduce l'insondabile 'eccedenza' del potere sovrano, ne attenua la 'numinosità', lo indirizza verso una possibile 'giuridificazione'<sup>121</sup> e proprio per questo respinge la netta dicotomia fra 'criminali' e 'traditori', sostenendo (contro Hobbes) che nemmeno questi ultimi, in quanto sudditi, possono essere puniti «poena arbitraria tanquam hostes»<sup>122</sup>.

Le differenze da Hobbes non sono marginali; e tuttavia Pufendorf non soltanto segue Hobbes nel rifiutare la tesi (scolastica e groziana) della 'degradazione' del criminale e del 'naturale' potere punitivo dei soggetti, ma anche indica la possibilità di superare, a partire dalle premesse hobbesiane, una difficoltà che il discorso di Hobbes presentava nel momento in cui sembrava dissolvere il potere punitivo nel magma indistinto dello *ius in omnia*. In realtà, per Hobbes come per Pufendorf il potere punitivo è una delle espressioni 'formalizzate' di una sovranità che deve essere colta nella sua sintetica unità prima di essere analizzata nelle sue molteplici determinazioni.

Non sembra dunque che, nella fondazione e nella caratterizzazione del diritto di punire, Hobbes incorra in contraddizioni insuperabili. Resta però da considerare la filosofia penale hobbesiana da un diverso angolo visuale, che ha particolarmente affaticato gli interpreti: guardando cioè all'estensione e agli eventuali limiti del potere punitivo. È su questo terreno che sembra profilarsi la tensione più temibile: da un lato, infatti, non sembrano prospettabili vincoli contenutistici al potere punitivo; lo *ius vitae ac necis*, insomma, sembra un diritto saldamente impugnato dal sovrano quando egli colpisce il nemico così come quando punisce il suddito; dall'altro lato, però, l'auto-conservazione è la condizione di senso dell'intera costruzione hobbesiana, che sta e cade con la preoccupazione di salvare l'individuo, di garantirgli la sopravvivenza. Se vale per la sovranità il famoso 'teorema' secondo il quale il sovrano non può che essere assoluto, perché ogni istanza che lo limitasse

<sup>121</sup> Cfr. M. STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania, I, Pubblicità dell'Impero e scienza di polizia 1600-1800*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 358-61.

<sup>122</sup> S. PUFENDORFII *De iure naturae et gentium libri octo*, cit., L. VIII, iii, § 7, p. 1057.



sarebbe a sua volta ‘sovrana’ innescando un processo *ad infinitum*; se insomma è necessario concepire la sovranità come ‘assoluta’, altrettanto ‘assoluta’ appare in Hobbes l’esigenza di ‘salvare’ l’individuo a dispetto di tutto. E se due ‘assoluti’ entrano in conflitto, sembra difficile che il discorso possa sottrarsi a un esito aporetico.

In realtà, anche in questo caso Hobbes sembra accennare a una possibile soluzione, pur senza esplicitarla e tematizzarla adeguatamente. Conviene tener presente, da questo punto di vista, un brano del *De cive*, che pone l’uno di fronte all’altro il potere assoluto del sovrano e il dovere di obbedienza dei soggetti. L’obbedienza è necessaria e senza di essa «lo Stato non sarebbe pienamente costituito». Ora, quale è il contenuto dell’obbedienza? Esso deve essere determinato tenendo presente la distinzione seguente: «[...] una cosa è il dire: “ti dò il diritto di comandare quello che vuoi”; un’altra, il dire: “farò quello che comanderai”»<sup>123</sup>. Perché quest’ultima promessa non sia plausibile è spiegato da Hobbes stesso, tanto nel *De Cive* quanto nel *Leviathan*: perché è invalida la promessa di rinunciare a resistere a chi minaccia la mia sopravvivenza; ed è appunto questo argomento che viene di nuovo tirato in ballo nel passo che stiamo leggendo: «se mi comandassero di uccidermi, non vi sarei tenuto»<sup>124</sup>. Nessuno può impegnarsi a non resistere al suo assassino, tanto che il condannato è condotto al supplizio incatenato e sorvegliato da sentinelle<sup>125</sup>. L’impegno assunto nel contratto originario – come ribadisce Hobbes anche nel *Leviathan* – è la rinuncia al diritto di difendere un altro, non al diritto di difendere se stesso<sup>126</sup>.

È però esattamente questa asserzione che sembra far sorgere un’insuperabile difficoltà: se la mia autoconservazione è irrinunciabile, salta lo *ius in omnia* del sovrano; e viceversa, se il sovrano è titolare di un potere assoluto, non possono esserci zone franche e spazi immuni. Il *De cive* però sembra offrire un’indicazione: ciò che rende assurda la promessa «farò qualsiasi cosa tu comandi» non dipende soltanto dall’invalidità di un patto che preveda la rinuncia alla propria conservazione, ma anche dal fatto che il mio rifiuto, ad esempio, ad obbedire al sovrano che mi comandi di uccidermi, non mina alla radice il potere del Leviatano: «[...] si potranno trovare, infatti, altri che dinnanzi ad un ordine siffatto non si rifiuterebbero di

<sup>123</sup> *De Cive*, tr.it., VI, 13, p. 165. «For it is one thing if I say, I give you Right to Command what you will; another, if I say, I will doe whatsoever you Command» (*De Cive*, VI, 13, p. 98).

<sup>124</sup> *De Cive*, tr.it., VI, 13, p. 166.

<sup>125</sup> *De Cive*, II, 18, p. 59.

<sup>126</sup> *Lev*, 28, p. 482.

eseguirlo [...]»<sup>127</sup>. In generale, dunque, l'obbedienza può essere rifiutata da alcuni, perché comunque altri interverranno per eseguire gli ordini del sovrano e proprio per questo la 'resistenza' dell'individuo non si tradurrà in una rottura del «diritto assoluto concesso al sovrano»<sup>128</sup>.

Nel patto originario dunque non rinuncio a difendere la mia vita non soltanto perché una siffatta rinuncia è incompatibile con la mia 'assoluta' esigenza di conservare me stesso, ma anche perché quella rinuncia non è affatto indispensabile per la creazione dell'ordine politico: «[...] lo Stato stesso non ha bisogno, per punire qualcuno, di esigere da costui l'impegno di sopportare la pena, ma soltanto di richiedere a tutti gli altri la promessa di non impedire il corso della giustizia»<sup>129</sup>. Posso difendermi da chiunque, anche dal sovrano, che attenti alla mia vita, ma posso farlo solo come singolo, in una partita che si consuma esclusivamente fra me e il sovrano, senza che altri possano intervenire in mia difesa. Solo se il suddito cessa di agire come singolo e si collega con altri per organizzare la resistenza viene lesa il patto originario e i sudditi si convertono, da 'criminali', in 'nemici'. L'obbedienza cui i contraenti si impegnano è niente di più e niente di meno dell'obbedienza indispensabile al governo della Città.

Non sembra dunque esistere un'insuperabile contraddizione fra i due, entrambi essenziali, assunti del discorso hobbesiano: l'assoluto potere del sovrano e l'irrinunciabile esigenza del soggetto di conservare se stesso<sup>130</sup>. Il diritto-potere dell'auto-conservazione resta in vigore anche dopo la formazione del *Commonwealth*, ma si esaurisce nello spazio individuale, privato, im-politico dell'individuo: posso dire di no, posso dire, come lo scrivano Bartleby, «I would prefer not to», e sono legittimato anche ad agire di conseguenza, a fare tutto ciò che posso per sfuggire alla condanna<sup>131</sup>. L'individuo non rinuncia al diritto-potere di conservare se stesso né il potere del sovrano risulta compromesso dalla sua isolata azione di 'resistenza' (o meglio di sottrazione al comando).

<sup>127</sup> *De Cive*, tr.it., VI, 13, p. 166. «[...] for thought I deny to doe it, yet the Right of dominion is not frustrated, since others may be found, who being commanded, will not refuse to doe it [...]» (*De Cive*, VI, 13, p. 98).

<sup>128</sup> *Ibidem*.

<sup>129</sup> *De Cive*, tr.it., II, 18, p. 107. «Neither need the Supreme himself contract with any man patiently to yield to his punishment, but onely this, that no man offer to defend others from him» (*De Cive*, II, 18, p. 59).

<sup>130</sup> Buoni argomenti in questa direzione sono forniti dall'originale contributo di A. YATES, *The Right to Punish in Thomas Hobbes' s Leviathan*, cit.

<sup>131</sup> Il problema teorico del 'disconoscimento' del comando sovrano viene studiato da F. TEDESCO, *Eccedenza sovrana*, Milano-Udine, Mimesis, 2012, a partire dalla singolare 'strategia' di Barnardine (un personaggio dell'opera shakespeariana *Misura per misura*), che 'dice di no' alla condanna inflittagli.

La contraddizione è forse evitata. È però anche vero che la salvaguardia dell'individuo – il *porro unum* dell'intera costruzione hobbesiana – esce indebolita proprio dall'impossibilità di precludere al sovrano (quando egli lo ritenga necessario) il ricorso alla pena capitale. Nel contratto originario, infatti, accetto, in primo luogo, che possa essere proprio il sovrano a minacciare la mia sopravvivenza e, in secondo luogo, che la mia auto-difesa non possa ricorrere a nessun strumento diverso dalla fuga e dalla sottrazione all'esecuzione capitale.

È l'impiego della pena di morte da parte del sovrano l'elemento che provoca la maggiore tensione nella filosofia penale hobbesiana, pur senza costringerla ad esiti francamente aporetici. La pena capitale non è ancora divenuta un problema, ma sono state poste alcune premesse sulle quali sarà possibile far leva per ripensare a fondo il senso e i limiti dell'intervento punitivo.

Anche sul terreno della filosofia penale, Hobbes ha introdotto elementi di netta discontinuità nei confronti della tradizione scolastica così come della dottrina groziana.

Al centro si colloca, ancora una volta, il tema dell'auto-conservazione. Non è (come sappiamo) il tema come tale a fare la differenza, ma sono la radicalità della sua definizione e la pervasività del suo impiego a distaccare Hobbes dai suoi predecessori. Nella condizione 'naturale' dell'umanità la molla dell'azione è la soddisfazione del bisogno, mentre la ragione si pone al suo servizio. Cade di conseguenza un profilo decisivo sul piano dell'antropologia penale: la differenziazione qualitativa, *in statu naturae*, fra innocenti e colpevoli, fra superiori e inferiori, fra giudici e criminali. Nessuno è diverso da nessuno, perché tutti egualmente mossi dalla logica del bisogno e dell'auto-conservazione. La differenziazione dei soggetti non è 'naturale', ma è 'artificiale': non ha a che fare con la perdita della 'dignità', con la degradazione che consegue al prevalere delle passioni sulla ragione, ma dipende soltanto dal rapporto fra i soggetti e il sovrano, fra i soggetti e le leggi.

Lungi dall'appartenere ai soggetti in stato di natura, come voleva Grozio, il diritto di punire è inscindibile dall'organizzazione del *Common-wealth*, è una delle estrinsecazioni della volontà sovrana. Viene di conseguenza interrotta la continuità che Grozio instaurava fra il processo e la guerra, fra il criminale e il nemico, accostabili fra loro in quanto entrambi responsabili di violare preesistenti diritti. In Hobbes, il nemico e il criminale, lungi dal disporsi su una medesima linea,

appartengono a classi opposte perché opposto è il loro rapporto con la *respublica*, che si presenta come il determinante, anzi esclusivo, punto di riferimento.

Il criminale e il nemico rinviano a due distinte, ancorché complementari, espressioni della sovranità; una sovranità che rende giuridicamente prevedibili e ‘misurate’ le sanzioni applicabili al soggetto-criminale e una sovranità che, nella sua battaglia campale contro i nemici (estranei e ‘traditori’), si dispiega sottraendosi alle regole e ai limiti che essa liberamente si impone nel rapporto con i sudditi.

Fra i limiti che il sovrano hobbesiano impone a se stesso non sembra compresa l’esclusione della pena di morte. Anche se il criminale è un suddito e non un nemico, anche se la pena è applicata nel rispetto delle regole sancite dalla legge del sovrano, la minaccia del patibolo sembra ancora uno strumento indispensabile per tenere a freno i soggetti. Certo, resta intatto, per ciascun individuo, il diritto-potere all’autoconservazione: resta intatto, ma anche disarmato, perché, alla decisione sovrana di dare la morte il soggetto può tentare di sottrarsi, ma non ha né argomenti né strumenti per contestarla.

#### 4. *John Locke: «...those dangerous and noxious creatures».*

Non è ipotizzabile per Hobbes che una qualche barriera protettiva metta al riparo la vita del suddito dall’intervento punitivo del sovrano, ma nemmeno è immaginabile che un soggetto rinunci al suo impulso vitale. Siamo di fronte a una tensione che sfida la coerenza dell’argomentazione hobbesiana: che però, a mio avviso, si mostra in grado di superare questa difficile prova giocando, da un lato, sulla contrapposizione fra criminale e nemico, fra processo e guerra, fra sovranità ‘ordinaria’ e sovranità *extra ordinem*, e, dall’altro lato, sulla distinzione fra un atto di auto-difesa individuale (irrinunciabile, per il soggetto, e innocuo per la tenuta dell’ordine) e una resistenza attiva e collettiva che, indebolendo il sovrano, coincide con un atto di guerra nei suoi confronti.

L’argomentazione tiene, ma il testo hobbesiano è destinato a colpire i suoi lettori non tanto per aver offerto una soluzione inoppugnabile, quanto per avere evidenziato e drammatizzato gli estremi del problema: da un lato, riformulando e rafforzando l’antico *ius vitae ac necis* del sovrano, e, dall’altro lato, attribuendo a ogni individuo un originario diritto-potere – il diritto-potere di conservare se stesso con ogni mezzo – tanto assoluto e incondizionato da non essere scalfito né dalla sua condotta né dai comandi dell’autorità.

È ragionevole ipotizzare che Beccaria possa essere rimasto colpito dall'immagine di un individuo che continua ad avanzare il suo diritto-potere di vivere, quali che siano le inadempienze e i crimini che possano essergli imputati. Certo, quando entra in gioco l'esigenza di difendere l'individuo dalle minacce del sovrano, non è a Hobbes cui Beccaria può rivolgersi, ma è a un altro 'contrattualista' (meno pericoloso e sospetto di Hobbes): John Locke; e quando Beccaria accenna al principio secondo il quale l'uomo non è padrone della sua vita, non può non avere presente una tesi varie volte enunciata nel *Second Treatise of Government*: che cioè «nessun uomo [...] può con un accordo trasferire a un altro quello che lui stesso non ha: il potere sulla propria vita»<sup>132</sup>. È però esatta l'osservazione di Gianni Francioni: che cioè «la concezione lockiana è più complessa e presenta altre argomentazioni di cui Beccaria non tiene conto»<sup>133</sup>.

Sarebbe imprudente fare di Beccaria un fedele discepolo di Locke. Da Locke però (più ancora che dai 'contrattualisti' che lo avevano preceduto) Beccaria può essere stato indotto a cogliere la dimensione 'politica' del diritto di punire, il suo nesso costitutivo e originario con la sovranità<sup>134</sup>. Pensare l'ordine non è possibile se non mettendo a fuoco l'intervento punitivo e, viceversa, non sono afferrabili le caratteristiche di quest'ultimo senza assumerlo come un'articolazione della sovranità; una sovranità che governa una comunità politica e al contempo la difende dalle aggressioni 'esterne'. Locke accoglie questa impostazione e la riformula entro le coordinate della sua peculiare interpretazione dello stato di natura e del contratto sociale.

Il diritto di punire compare, quasi all'apertura del *Secondo Trattato*, come un elemento qualificante nella definizione del potere politico: «Intendo [...] per potere politico un diritto di fare leggi che contemplano la pena di morte, e di conseguenza tutte le pene minori per la regolazione e la preservazione della proprietà, di impiegare la forza della comunità nell'esecuzione di tali leggi, e nella difesa dello stato dagli

<sup>132</sup> J. LOCKE, *Il Trattato*, in ID., *Due trattati sul governo*, a cura di B. Casalini, Pisa, Plus, 2007, p. 202 (indicherò da ora in poi come *Treat*, tr.it. questa ottima traduzione italiana dei *Trattati* lockiani). «For [...] no Man can, by agreement, pass over to another that which he hath not in himself, a Power over his own Life» (J. LOCKE, *The Second Treatise of Government. An Essay Concerning the True Original, Extent, and End of Civil Government*, in ID., *Two Treatises of Government*, ed. P. Laslett, Cambridge, University Press, Cambridge, 1964 (indicato da ora in poi come *Treat*), IV, 24, p. 303).

<sup>133</sup> G. FRANCONI, nota 1 in C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XXVIII, pp. 87-88.

<sup>134</sup> In una prospettiva storiografica è questa la preoccupazione che ispira una recente raccolta di saggi dedicati alla storia della penalità: cfr. L. DELIA, G. RADICA, *Introduction. Le droit de punir entre philosophie politique et histoire de la justice*, in «Lumières», 20 2, 2012 (*Penser la peine à l'âge des Lumières*, sous la direction de L. Delia et G. Radica), pp. 7-17.

attacchi di altri stati»<sup>135</sup>. Il potere politico ha il compito di preservare la «property» e il mezzo è la comminazione di pene legislativamente prefissate (e fra queste, esplicitamente richiamata, la pena di morte): l'impiego della forza nella difesa dei soggetti coincide con l'esercizio del potere punitivo.

Non si pensi però che il diritto di punire nasca e finisca entro i confini della *societas civilis*. Al contrario, per Locke la sua esistenza e la sua importanza si manifestano con altrettanta evidenza nella condizione 'naturale', prepolitica, dei soggetti. Questo assunto è peraltro coerente con l'importanza attribuita da Locke allo stato di natura nel quadro della sua complessiva filosofia socio-politica: è nella descrizione dello stato di natura che Locke mette a punto (in tacita, ma nettissima contrapposizione a Hobbes) la sua visione dell'essere umano, dei rapporti intersoggettivi, dell'ordine complessivo.

Anche Locke fa dell'auto-conservazione un diritto naturale, ma al contempo la presenta come l'altra faccia di un dovere; il dovere imposto da una legge naturale che trova in Dio il fondamento ultimo della sua forza vincolante. Creato da Dio e tenuto a conservare se stesso, ogni individuo deve fare di tutto per preservare anche il resto dell'umanità, sempre che ciò sia compatibile con la sua sopravvivenza. L'individuo non agisce quindi obbedendo esclusivamente alla pressione del bisogno, ma è tenuto a indirizzare la sua azione auto-conservativa nei binari predisposti dalle leggi naturali. È in questo quadro che Locke elabora la sua celebre teoria della proprietà: fondata sul «labour» dell'individuo, sulla sua energia e sulla sua capacità di appropriarsi dei beni, la proprietà è una diretta espressione della sua personalità e un suo diritto inviolabile. La proprietà è quindi, al contempo, diritto individuale e regola che presiede all'azione e all'interazione dei soggetti, tenuti a soddisfare i bisogni nel rispetto dei vincoli dettati dalle leggi naturali.

Siamo agli antipodi dello hobbesiano *ius in omnia*. Nello stato di natura, l'individuo non gode di un diritto-potere che si arresta soltanto di fronte al diritto-potere degli altri, come sosteneva Hobbes, ma realizza il suo diritto solo nella misura in cui agisce nel rispetto dei diritti altrui. Al centro del sistema è la proprietà nella sua nuova accezione dinamica e trasformatrice: «property» è «labour» e appropriazione dei beni e come tale è inscindibilmente connessa con «liberty» e

<sup>135</sup> *Treat*, tr.it., I, 3, p. 189. «Political Power [...] I take to be a *Right* of making Laws with Penalties of Death, and consequently all less Penalties, for the Regulating and Preserving of Property, and of employing the force of the Community, in the Execution of such Laws, and in the defence of the Common-wealth from Foreign Injury [...]» (*Treat*, I, 3, p. 286).

«life» ed evoca la sfera intangibile dell'individuo (in un'accezione non lontana dal *proprium* groziano).

Perché sia possibile delineare l'immagine di un individuo rispettoso dei diritti e delle regole occorre rifiutare alla radice l'antropologia hobbesiana sul punto in cui essa più divergeva dalla tradizione scolastica e groziana: la visione della ragione come strumento funzionale non già al controllo delle passioni, ma alla massimizzazione della soddisfazione e all'incremento del potere. Per Hobbes, la ragione non opera indirizzando l'individuo al bene comune e non è in grado di garantire la collaborazione intersoggettiva. Per Locke, invece, la ragione riacquista le sue tradizionali capacità disciplinanti, è in grado di distogliere l'individuo dal perseguimento di un bene immediato, ma effimero, per indurlo a conquistare un bene maggiore e durevole. È la ragione la risorsa indispensabile perché i soggetti conservino (e migliorino) la loro vita agendo nel solco tracciato dalla regola di proprietà.

Lo stato di natura non è dunque una condizione caratterizzata da un conflitto 'strutturale' e insuperabile. L'ordine non nasce con la *societas civilis*: la precede ed è reso possibile dai diritti e dalle regole che gli esseri umani, in quanto esseri razionali, conoscono e rispettano. Anche per Grozio le leggi naturali conferivano agli individui diritti inviolabili. Locke si muove nella stessa direzione e vede nell'ordine naturale non soltanto o non tanto qualcosa che 'precede' l'ordine politico, ma soprattutto qualcosa che lo 'fonda': un insieme coerente di principî, regole e diritti che l'ordine politico dovrà semplicemente confermare e tutelare più efficacemente. Non è il sovrano che crea un ordine altrimenti impossibile. L'ordine fondato sulla libertà e sulla proprietà viene 'prima' (in un senso non solo cronologico, ma anche logico) e la *societas civilis* lo presuppone. Certo, resta comunque necessaria la creazione di un corpo politico. Il sovrano è indispensabile, però, non perché non esista un ordine 'naturale', spontaneo, ma perché esso è relativamente incerto e precario: l'ordine prepolitico esiste, ma il conflitto, se pure non 'strutturale', può occasionalmente manifestarsi e non trovare, mancando un giudice, una soluzione definitiva. Il corpo politico fornisce una sorta di valvola di chiusura per un circuito preesistente: disponendo di tutta la forza necessaria, il sovrano è in grado di interrompere il conflitto rendendo certa e definitiva la salvaguardia delle regole e dei diritti naturali.

Una riprova della completezza e della tendenziale autosufficienza dell'ordine naturale è offerta proprio dal diritto di punire<sup>136</sup>: che prima di divenire una componente essenziale del potere politico – si direbbe la sua funzione prevalente, dato che il sovrano dà il meglio di sé proprio come arbitro del conflitto – è già all'opera nello stato di natura. Tanto nello stato di natura quanto nella comunità politica si manifesta la medesima esigenza; l'esigenza di punire i colpevoli per rendere effettivo il rispetto delle regole: «la legge di natura, come tutte le altre leggi che riguardano l'uomo in questo mondo, esisterebbe inutilmente, se non ci fosse nessuno che nello stato di natura avesse il potere di eseguire quella legge, e quindi di preservare l'innocente e reprimere i criminali»<sup>137</sup>. Le norme che regolano le azioni degli individui nello stato di natura, e i diritti e i doveri che ne conseguono, resterebbero lettera morta se non fossero suscettibili di *execution*, se non fossero rafforzati dalla minaccia della sanzione e della sua effettiva applicazione.

Come in Grozio, dunque, anche in Locke il diritto di punire non è un esclusivo appannaggio della sovranità, ma è un diritto che inerisce alla condizione umana come tale. Certo, sarà necessario mettere a fuoco i mutamenti e gli adattamenti imposti dalla formazione della comunità politica. Non in questa comunque risiede il fondamento dei diritti: tanto la proprietà quanto il diritto di punire esistono 'prima' di essa e indipendentemente da essa.

Tanto per Locke quanto per Hobbes la fondazione del diritto di punire discende direttamente dalla loro visione dell'essere umano. Se il diritto del soggetto (come sostiene Hobbes) è un potere radicato in un impulso auto-conservativo che non trova limiti interni alla sua esplicazione, non è possibile parlare, nello stato di natura, di

<sup>136</sup> Cfr. D. M. FARRELL, *Punishment without the State*, in «Noûs», 22, 3, 1988, pp. 437-453; A. J. SIMMONS, *The Lockean Theory of Rights*, Princeton University Press, Princeton 1992, pp. 123 ss.; B. CALVERT, *Locke on Punishment and the Death Penalty*, in «Philosophy», 68, 264, 1993, pp. 211-229; T. TURKKA, *On the Formation of a Strange Doctrine: A Study of Locke's Second Treatise*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy», 88, 2, 2002, pp. 193-206; G. SILVESTRINI, *Diritti naturali e diritto di uccidere*, cit., pp. 445 ss.; A. TUCKNESS, *Retribution and Restitution in Locke's Theory of Punishment*, in «The Journal of Politics», 72, 3, 2010, pp. 720-732; O. PAGE, *Locke, las bestias salvajes y el derecho a destruirlas*, in «Revista de Filosofía», 67, 2011, pp. 233-250; I. BELLONI, *Una dottrina "assai strana". Locke e la fondazione teologico-deontologica dei diritti*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 23 ss.; A. DILTS, *To Kill a Thief: Punishment, Proportionality, and Criminal Subjectivity in Locke's Second Treatise*, in «Political Theory», 40, 2012, pp. 58-83; V. T. SARVER, JR., *A Lockean Argument against the Death Penalty*, in «British Journal of American Legal Studies», 1, 2012, pp. 173-87; A. DONOSO, *Hacia una teoría liberal del castigo: Locke, propiedad e individualismo*, in «Revista de ciencia política», 32, 2, 2012, pp. 433-448.

<sup>137</sup> *Treat*, tr.it., II, 7, p. 192. «For the *Law of Nature* would, as all other Laws that concern Men in this World 'be in vain, if there were no body that in the State of Nature had a *Power to Execute* that Law, and thereby preserve the innocent and restrain offenders [...]» (*Treat*, II, 7, p. 289).



indebite aggressioni alla sfera altrui e occorre collocare crimini e pene nell'obbligata cornice dell'ordine politico. Se invece (come per Locke) l'autoconservazione è un diritto-dovere tenuto a svolgersi nei binari della proprietà, se prima dell'ordine artificiale esiste un ordine 'naturale' (un ordine immanente alle azioni umane, che precede – e fonda – l'ordine politico), già in esso potranno trovar posto tanto le trasgressioni quanto le punizioni.

Come Grozio, anche Locke introduce una netta differenza all'interno dei soggetti 'come tali' – la differenza fra chi rispetta e chi viola la *liberty and property* degli altri, fra gli innocenti e i colpevoli – e la assume come il fondamento dell'unica possibile eccezione al divieto di uccidere o di danneggiare un'altra persona, nella sua integrità fisica o nei suoi beni<sup>138</sup>: il criminale si è fatto sopraffare dalle passioni, ha rinunciato all'uso della ragione ed ha quindi perduto (per usare l'espressione di Tommaso d'Aquino) la *dignitas* propria di un essere umano. Se 'disumanizzato', egli cessa di essere un compiuto 'soggetto di diritti' e può essere legittimamente colpito nel suo corpo e nei suoi beni, può essere 'punito'.

Avendo posposto la ragione alle passioni, il criminale ha rinunciato alla sua dimensione propriamente umana e ha dichiarato guerra all'umanità. L'immagine che Gentili e Grozio riferivano ai pirati – i nemici del genere umano – per sottolineare la drastica perdita dei loro diritti, Locke la riferisce a chiunque abbia compiuto un atto di violenza e di sopraffazione<sup>139</sup>. Tanto più è netta l'immagine della disumanità del criminale e della conseguente perdita della sua intangibilità, quanto più è forte in Locke la celebrazione del valore assoluto della vita e della libertà. È in nome di questo principio che viene esclusa l'ipotesi che qualcuno possa rendersi schiavo o sottomettersi al potere arbitrario di un altro: appunto perché la vita e la libertà sono beni indisponibili, diritti-doveri cui nessuno può sottrarsi. Il varco nell'apparentemente inespugnabile fortezza della dignità e dei diritti dell'uomo è aperto dal crimine: in questo caso cadono le barriere e il criminale «by his fault forfeited his own Life»<sup>140</sup>.

Ricorre in molti passaggi del *Treatise* l'espressione *forfeiture*, che veicola congiuntamente il senso di una 'trasgressione' e di una conseguente 'perdita' e

<sup>138</sup> «Every one, as he is *bound to preserve himself*, and not to quit his Station wilfully; so by the like reason, when his own Preservation comes not in competition, ought he, as much as he can, *to preserve the rest of mankind*, and may not, unless it be to do Justice on an Offender, take away, or impair the life, or what tends to the Preservation of the Life, the Liberty, Health, Limb, or Goods of another» (*Treat*, II, 5, p. 289).

<sup>139</sup> *Treat*, II, 11, pp. 291-92.

<sup>140</sup> *Treat*, IV, 23, p. 302.

‘sanzione’. Rinunciando all’uso della ragione, il criminale mette in gioco la sua vita: «Abbandonando la ragione, che è la legge che deve governare tra uomo e uomo, e usando la forza al modo delle bestie, egli diviene suscettibile di essere distrutto da colui contro cui usa la forza, come ogni bestia affamata, che è pericolosa per la sua esistenza»<sup>141</sup>. E ancora: avendo violato l’integrità personale altrui, il criminale «può essere distrutto come un leone o una tigre, una di quelle bestie selvagge con le quali gli uomini non possono avere né società né sicurezza»<sup>142</sup>. Ricorrono le coordinate che definiscono la figura del criminale: la sua rinuncia all’uso della ragione, la «forfeiture», la perdita dei diritti, la sua degradazione a fiera selvaggia, la legittimità della sua soppressione.

L’immagine del criminale come di un animale dannoso ed eliminabile è, come sappiamo, antica: Grozio la aveva avvalorata con autorevoli testimonianze, antiche e medievali (Democrito, Seneca, la Scolastica). In realtà, Tommaso, per legittimare l’eliminazione del criminale responsabile di gravi reati, non aveva impiegato soltanto l’argomento della perdita della ‘dignità’ umana, ma aveva anche fatto leva sulla (antica e sempre ricorrente) metafora organicistica: sulla rappresentazione della comunità politica come corpo vivente. Attratta nel campo gravitazionale di questa metafora, l’eliminazione del criminale assumeva l’aspetto di un intervento sanitario: era l’amputazione di un arto malato, cui il medico provvedeva per evitare che l’infezione compromettesse la vita dell’intero organismo.

In Grozio, la metafora organicistica perde terreno (data la crescente importanza attribuita ai soggetti ‘come tali’) e il cattivo uso della ragione da parte del criminale (con la ‘degradazione’ che ne consegue) sembrava la causa necessaria e sufficiente della punizione. Locke è in sintonia con questa prospettiva. E tuttavia qualche traccia dell’antica metafora organicistica è reperibile nel *Trattato*: una volta formatosi il corpo politico (quando – scrive Locke – gli individui «are united into one body»<sup>143</sup>), il sovrano agirà per preservare la vita e la proprietà dei soggetti e a questo scopo

<sup>141</sup> *Treat*, tr.it., XVI, 181, p. 299. «’Tis the *unjust use of force* then, that puts a *Man into the state of War* with another, and thereby he, that is guilty of it, makes a forfeiture of his Life. For quitting reason, which is the rule given between Man and Man, and using force the way of Beasts, he becomes liable to be destroyed by him he uses force against, as any savage ravenous Beast, that is dangerous to his being» (*Treat*, XVI, 181, p. 407). Analogamente in *Treat*, III, 16, p. 297: «And one may destroy a Man who makes War upon him, or has discovered an Enmity to his being, for the same Reason, that he may kill a *Wolf* or a *Lion*; because such men are not under the ties of the Common Law of Reason, have no other Rule, but that of Force and Violence, and so may be treated as Beasts of Prey, those dangerous and noxious Creatures, that will be sure to destroy him whenever he falls into their Power».

<sup>142</sup> *Treat*, tr.it., II, 11, p. 194.

<sup>143</sup> *Treat*, IV, 87, p. 342.

disporrà del «potere di fare le leggi, e di comminare pene che mirino alla conservazione del tutto, amputando quelle parti, e solo quelle parti, che sono così corrotte da minacciare le parti valide e sane, senza di che nessuna severità è legittima»<sup>144</sup>. È comprensibile, peraltro, che il frasario organicistico si affacci nel momento in cui entrano in scena il sovrano e l'esplicazione del suo potere punitivo: quando cioè i giochi più importanti sono già stati fatti e la pena ha trovato la sua premessa (necessaria e sufficiente) nella 'naturale' differenziazione dei soggetti.

È nell'ambito dell'ordine naturale, preesistente all'ordine politico, che si radica il diritto di punire, proprio perché il diritto di punire non è che l'altra faccia dei diritti naturali (vita, libertà e proprietà) su cui l'ordine si regge. Le leggi e i diritti naturali non possono essere solamente enunciati: devono essere protetti dalla concreta possibilità di una sanzione. Non basta quindi legittimare la reazione auto-difensiva della vittima nei confronti del suo aggressore. Occorre immaginare un vero e proprio potere punitivo che, per essere efficacemente *executed*, deve poter essere amministrato da chiunque, mancando ancora un organo a ciò deputato: «nel trasgredire la legge di natura, l'offensore [...] diviene così pericoloso per l'umanità [...]. Essendo una trasgressione contro l'intera specie, contro la pace e la sicurezza di essa, prescritta dalla legge di natura, ogni uomo sulla base di questa ragione, in base al diritto che egli ha di preservare l'umanità in generale, può reprimere, o laddove necessario, distruggere quanto è nocivo ad essa [...]»<sup>145</sup>. Ognuno può intervenire perché ognuno è obbligato, dalla legge naturale, a impegnarsi nella salvaguardia dell'umanità tutta. Non è necessario ricorrere al frasario dell'antico stoicismo (il genere umano come '*civitas*' unitaria) utilizzato da Gentili e da Grozio: è l'ordine prepolitico a reclamare, come suo indispensabile complemento, il diritto di punire.

Che il diritto di punire nello stato di natura riposi sulla logica 'oggettiva' dell'ordine prepolitico e non sulla soggettiva esigenza di difendersi dall'aggressione trova un'ulteriore conferma in una limpida distinzione che Locke non manca di formulare: il crimine, da un lato, consiste in una violazione della legge<sup>146</sup> ed è quindi

<sup>144</sup> *Treat*, tr.it., XV, 171, p. 293. «[...] a *Power to make Laws*, and annex such *Penalties* to them, as may tend to the preservation of the whole, by cutting off those Parts, and those only, which are so corrupt, that they threaten the sound and healthy [...].» (*Treat*, XV, 171, p. 400).

<sup>145</sup> *Treat*, tr.it., II, 8, p. 192. «In transgressing the Law of Nature, the Offender [...] becomes dangerous to Mankind [...]. Which being a trespass against the whole Species, and the Peace and Safety of it, provided for by the Law of Nature, every man upon this score, by the Right he hath to preserve Mankind in general, may restrain, or where it is necessary, destroy things noxious to them [...]» (*Treat*, II, 8, p. 290).

<sup>146</sup> *Treat*, II, 10, p. 291.

una trasgressione che in quanto tale merita di essere punita, ma, dall'altro lato, danneggia (o può danneggiare) una specifica persona. Il medesimo atto criminale produce quindi due conseguenze diverse: conferisce alla vittima (e soltanto ad essa) il diritto a ottenere la «reparation» del danno, mentre attribuisce a tutti i soggetti (e fra questi anche alla vittima) il vero e proprio potere di punire.

Che a tutti i soggetti spetti, nello stato di natura, il potere di punire è una tesi che Locke presenta come una «strange doctrine»<sup>147</sup>: «this will seem a very strange doctrine to some men»<sup>148</sup>. In realtà, la dottrina non era così strana come Locke temeva. Certo, tale sarebbe sembrata alla tradizione scolastica. Da essa però già Grozio aveva preso le distanze e Hobbes aveva introdotto una rottura assai più radicale. Dalla visione del potere punitivo dominante nella tradizione scolastica tanto Grozio quanto Hobbes si erano allontanati. Hobbes però moveva da premesse che obbligavano a escludere il potere punitivo dallo stato di natura e a connetterlo con l'esercizio della sovranità (una conclusione cui anche Pufendorf, come sappiamo, aveva aderito), mentre Locke, sulla scia di Grozio, sosteneva la tesi opposta, introducendo una differenza 'qualitativa' fra gli individui (compiutamente 'umani' e 'criminali') e attribuendo il potere punitivo ai soggetti come tali<sup>149</sup>.

È interessante l'argomento offerto da Locke a riprova della sua tesi. Un sovrano – scrive Locke – può condannare e mettere a morte uno straniero per un crimine da lui commesso. Sullo straniero però il sovrano non ha alcuna giurisdizione: da dove allora trae legittimazione la condanna? Necessariamente dalla legge di natura, dal momento che il sovrano, nei riguardi dello straniero, non gode di alcun potere specifico<sup>150</sup>. Il potere punitivo radicato nell'ordine naturale, dunque, lungi dall'essere la timida premonizione di una funzione che si dispiega pienamente nell'ordine politico, è, di questa funzione, il vero e proprio fondamento.

L'argomento impiegato da Locke a conferma della sua tesi non è nuovo: compare (come sappiamo), in una forma molto simile, nel *De iure praedae* di Grozio<sup>151</sup>. Non

<sup>147</sup> *Treat*, II, 13, p. 293.

<sup>148</sup> *Treat*, II, 9, p. 290.

<sup>149</sup> La linea divisoria che si profila fra Grozio e Locke, da un lato, e Hobbes e Pufendorf, dall'altro lato è di indubbia importanza. A ragione quindi Jean Barbeyrac, in una nota al *De iure naturae et gentium* pufendorfiano, da lui tradotto, dedica una lunga e impegnativa riflessione al confronto fra la teoria pufendorfiana e la dottrina lockiana, prendendo decisamente partito per quest'ultima. Cfr. J. BARBEYRAC, in S. PUFENDORF, *Le droit de la nature et de gens*, Amsterdam, chez Henri Schelte, 1706, T. II, L. VIII, 3, pp. 342-43. Sul giusnaturalismo di Barbeyrac cfr. G. M. LABRIOLA, *Barbeyrac interprete di Pufendorf e Grozio*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003.

<sup>150</sup> *Treat*, II, 9, p. 291.

<sup>151</sup> DJP, VIII, pp. 91-92.

può trattarsi però di un calco operato da Locke sull'opera groziana: per il buon motivo che il *De iure praedae* (a parte il capitolo XIII, pubblicato nel 1609 con il titolo di *Mare liberum*) sarebbe rimasto inedito per quasi tre secoli (né peraltro l'argomento in questione viene impiegato nel *De iure belli ac pacis*)<sup>152</sup>. Dobbiamo quindi parlare, per usare l'espressione di Richard Tuck, di una «intellectual convergence», promossa dalla condivisione delle medesime premesse.

La formazione della *societas civilis* non incide dunque, per Locke, sul fondamento del potere punitivo e anzi conferma la dipendenza dell'ordine politico dall'ordine naturale. Resta identica, nelle due pur diverse realtà, anche la logica che deve presiedere all'inflizione della pena. È la ragione a dover offrire la misura della punizione sempre e comunque. Si forma, già nello stato di natura, una differenza fra un 'superiore' e un 'inferiore', un'asimmetria prodotta dal crimine, per cui «one man comes by a power over another». Il potere acquisito dall'innocente non è però «absolute or arbitrary», non deve essere intaccato dalla passione, non ha niente a che fare con la vendetta, ma deve essere guidato dalla «calm reason and conscience» e deve essere «proportionate to his transgression»<sup>153</sup>.

La formazione della comunità politica non modifica l'estensione e le modalità di esercizio del potere punitivo. Anche nello stato di natura il potere punitivo colpisce non soltanto i crimini più gravi, ma anche le infrazioni minori e in ogni caso, quale che sia il reato in questione, deve sottostare ai dettami della ragione, erogando sanzioni equilibrate, calibrate, proporzionali alla gravità della trasgressione. Nulla cambia nel potere punitivo – nel suo fondamento e nelle modalità del suo esercizio – con il passaggio dall'ordine naturale all'ordine politico: «ogni offesa che può essere commessa nello stato di natura, nello stato di natura può essere punita allo stesso modo e nella stessa misura che all'interno della società civile»<sup>154</sup>.

Ciò non significa però che il passaggio alla *societas civilis* sia immotivato o irrilevante. L'obiettivo principale del contratto sociale è il superamento dell'incertezza ancora presente nell'ordine prepolitico: porre fine alle possibili controversie facendo ricorso a un giudice. La 'terzietà' del giudice, la sua estraneità alle parti in conflitto, permette di superare il principale inconveniente di cui soffre l'esercizio del potere punitivo nello stato di natura: quello di essere il frutto di un

<sup>152</sup> Cfr. R. TUCK, *The Rights of War and Peace*, cit., p. 81-82.

<sup>153</sup> *Treat*, II, 8, p. 290.

<sup>154</sup> *Treat*, tr.it., II, 12, p. 194. «Every offence, that can be committed in the state of nature, may in the state of nature be also punished equally, and as far forth as it may, in a commonwealth» (*Treat*, II, 12, p. 293).

giudizio in causa propria e di essere quindi esposto alla pressione del «self-love», che rende gli esseri umani «partial to themselves and their friends»<sup>155</sup>.

Là dove è disponibile un giudice, finisce lo stato di guerra e si restringe lo spazio entro il quale l'autodifesa del soggetto è lecita. Se sussiste ancora lo stato di natura o se comunque non ho la possibilità di ricorrere alla forza pubblica, sono legittimato ad uccidere il ladro, non potendo escludere che chi viola la mia libertà e la mia proprietà arrivi a togliermi anche la vita<sup>156</sup>. Non sono legittimato invece a uccidere o a ferire chi non mi restituisce una somma lasciata in deposito, perché in questo caso posso ricorrere al giudice senza che la mia vita corra alcun rischio<sup>157</sup>.

Nella filosofia penale lockiana è il crimine che fonda (precede logicamente e legittima) la punizione: l'irrazionale comportamento di un individuo giustifica l'intervento punitivo di chiunque altro; l'uso irrazionale (e quindi illegittimo) della forza rende legittimo il ricorso alla violenza punitiva, ma questa a sua volta deve svolgersi nell'alveo di una razionalità che ne detta i limiti e le modalità di esercizio. In questa partita di legittimazioni (e delegittimazioni) incrociate il sovrano non è l'arbitro, ma è un giocatore, anch'egli tenuto al rispetto delle regole del gioco.

Il passaggio dallo stato di natura alla società civile è in sostanza il passaggio da un potere punitivo esistente 'allo stato diffuso' a un potere punitivo concentrato nelle mani del sovrano. In questo passaggio nulla cambia per quanto riguarda il fondamento di legittimità del potere punitivo. Non è il sovrano che decide del potere punitivo, ma è semmai vero il reciproco: se la violenza è legittima nella misura in cui è una 'risposta' (razionalmente controllata) alla violazione dei diritti naturali, l'eventuale attacco del sovrano alla *property* dei soggetti toglie ogni legittimità alla violenza sovrana e, per così dire, sposta di nuovo il potere punitivo dal sovrano ai soggetti. Il 'despota' assume il volto del 'criminale': entrambi attaccano il *proprium* dei soggetti violando le leggi di natura, entrambi meritano di essere colpiti dalla reazione punitiva dei soggetti<sup>158</sup>.

Qualsiasi atto violento che non sia stato legittimato da una previa violazione dei diritti fondamentali non è qualitativamente distinto da un atto criminale: l'assassino, il despota e il conquistatore sono figure, in ultima istanza, intercambiabili perché

<sup>155</sup> *Treat*, II, 13, p. 293.

<sup>156</sup> *Treat*, III, 18, p. 298.

<sup>157</sup> *Treat*, XVIII, 207, pp. 421-22.

<sup>158</sup> Cfr. J. DUNN, *The Political Thought of John Locke*, Cambridge, Cambridge University Press, 1969, pp. 165-86; R. ASHCRAFT, *Revolutionary Politics and Locke's Two Treatises of Government*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1986, pp. 329-336; R. ASHCRAFT, *Locke's Two Treatises of Government*, London, Allen & Unwin, 1987, pp. 196-230; A. DILTS, *To Kill a Thief*, cit., pp. 58-83.

coinvolti in uno stato di guerra che li espone a una reazione, da parte degli aggrediti, comunque definibile come ‘punizione’.

Lo stato di guerra emerge là dove è in atto un comportamento illecito, la violazione di un diritto. Il comportamento criminale di un individuo è perfettamente omologo alla guerra ‘ingiusta’ condotta da un sovrano. A sostegno dell’omologia interviene peraltro in questo caso una tesi più generale, già formulata da Grozio e condivisa da Hobbes non meno che da Locke: che cioè le *respublicae* sovrane si trovano, nei loro rapporti reciproci, in una condizione analoga a quella in cui versavano i soggetti nell’originario stato di natura. La logica che governava questi ultimi prima della creazione dell’ordine politico può essere quindi riferita anche agli Stati e ai loro conflitti: se, per Hobbes, nello stato di natura, non sono concepibili crimini e pene e tutto ruota intorno all’impulso auto-conservativo dei soggetti, anche lo scontro fra i Leviatani non può evocare immagini di diritti violati e di azioni punitive; di contro, per Locke, vale per gli Stati come per gli individui il medesimo principio: l’illegittimità di un atto di forza non giustificato dalla previa lesione di un diritto.

L’azione criminale, quali ne siano i protagonisti (l’individuo ‘privato’, il conquistatore o il despota), deve essere inquadrata, secondo Locke, per mezzo delle medesime coordinate: la ‘disumanità’ del reo, la sua ‘degradazione’, la *forfeiture* dei suoi diritti, la legittimità della sua eliminazione. Il crimine è tale in quanto viola i diritti naturali dei soggetti e questa violazione, a sua volta, nasce dall’inosservanza dei dettami della ragione. Anche la pena è l’esercizio di una forza che, come il crimine, lede la libertà, la proprietà, la vita dei soggetti. A rendere legittima la violenza punitiva interviene però la previa, ingiusta, irrazionale lesione della vittima.

La pena deve fare i conti con la ragione, per così dire, due volte: prima, in quanto presuppone il carattere irrazionale e degradante dell’azione criminale; poi, in quanto, nella fase della sua esecuzione, deve operare al riparo dalla passione e alla luce della ragione.

Nell’esigere che la pena proceda non secondo ‘passione’, ma secondo ‘ragione’, Grozio, Hobbes, Pufendorf, Locke non differiscono sostanzialmente. Grozio muove da una definizione della pena come «*malum passionis quod infligitur ob malum actionis*» e questa definizione viene in sostanza confermata dai suoi successori (anche da Hobbes, a patto di intendere il *malum actionis* come trasgressione di una legge del sovrano). Se ci fermassimo a queste definizioni potremmo arrivare ad attribuire ai contrattualisti sei-settecenteschi una visione ‘backward-looking’,

anziché ‘forward-looking’, della pena, ma commetteremmo un grossolano errore. Ce lo fa capire, con esemplare chiarezza, Pufendorf che presenta le due prospettive non come alternative, ma come strettamente complementari: non si ha propriamente pena se non si guarda al passato, se non si prende in considerazione il male compiuto dal trasgressore, ma al contempo non si deve punire se non in vista di un bene futuro<sup>159</sup>. A Grozio, come a Hobbes, a Pufendorf, a Locke, la considerazione ‘retrospettiva’ del *malum actionis* appare inseparabile da una strategia punitiva rivolta al futuro e fondata sulla distinzione fra ‘vendetta’ e ‘pena’. E punire guardando al futuro, a sua volta, comprende una pluralità di fini, che vanno dalla neutralizzazione della pericolosità del reo al conseguimento di un suo ‘pentimento’, alla deterrenza di tutti i potenziali trasgressori. Occorre – scrive Locke – fare in modo che la pena renda l’infrazione «un cattivo affare per l’offensore», possa «dargli motivo di pentimento» e «dissuadere gli altri dal fare altrettanto»<sup>160</sup>; la sofferenza inflitta con la punizione al responsabile di un delitto deve «indurlo a pentirsi di averlo fatto, e quindi dissuadere lui, e, con il suo esempio, altri, dal compiere un simile misfatto»<sup>161</sup>.

Presa d’atto del reato e della sua gravità; neutralizzazione (e pentimento) del reo; deterrenza nei confronti di tutti i soggetti; razionalità dell’intervento punitivo (calibrato, proporzionale alla gravità del reato): sono questi i principali profili di una strategia punitiva condivisa da Grozio come da Pufendorf, da Hobbes come da Locke<sup>162</sup>. Se volessimo descriverla utilizzando le categorie della penalistica ottonecentesca dovremmo parlare di una sorta di allegra coesistenza fra diverse od opposte teorie della pena (teorie ‘assolute’ o ‘relative’, ‘retribuzionistiche’ o ‘utilitaristiche’). E potremmo addirittura ravvisare nel tranquillo eclettismo degli ‘antichi’ l’anticipazione di quella *mixed theory* – di quella combinazione fra ‘retribuzionismo’ e ‘utilitarismo’ – che viene spesso presentata come la via più frequentata a partire dalla seconda metà del Novecento<sup>163</sup>.

Mi si permetta però di sollevare, *en passant*, un dubbio: il dubbio che l’applicazione di categorie e dicotomie della penalistica otto-novecentesca alla

<sup>159</sup> «Equidem in poenis omnino quoque esse respiciendum ad malum praeteritum, scu antegreflum, delidum, cum citra hoc poena plane non existat; est tamen praeterea etiam prospiciendum ad finem, he frustra male sit homini [...]» (S. PUFENDORFII *De iure naturae et gentium libri octo*, cit., L. VIII, c. iii, § 8, p. 1057).

<sup>160</sup> *Treat*, tr.it., II, 12, p. 194. «[...] Each Transgression may be *punished* to that *degree*, and with so much *Severity* as will suffice to make it an ill bargain to the Offender, give him cause to repent, and terrifie others from doing the like» (*Treat*, II, 12, p. 293).

<sup>161</sup> *Treat*, tr.it., II, 8, p. 192.

<sup>162</sup> Cfr. A. TUCKNESS, *Retribution and Restitution*, cit., p. 723.

<sup>163</sup> Cfr. L. ZAIBERT, *Punishment and Retribution*, Aldershote, Ashgate, 2008; J. BRONSTEEN, *Retribution’s Role*, in «Indiana Law Journal», 84, 4, 2009, pp. 1129-1156.



cultura antica, medievale e proto-moderna sia esposta a un forte rischio di anacronismo. Certo, possiamo utilizzare il concetto ‘metalinguistico’ che preferiamo, a patto di darle una qualche definizione previa. Possiamo, ad esempio, parlare di ‘totalitarismo’, per Platone (o per Rousseau), o di ‘liberalismo’ per Aristotele (o per Locke). Tutte le categorie sono utilizzabili; non tutte però sono convenienti: adeguate cioè alla comprensione storico-ermeneutica del ‘testo-oggetto’. La mia impressione è che le categorie, rigide e fortemente caratterizzate, del ‘retribuzionismo’ e dell’‘utilitarismo’ rischino di offrire un’immagine deformata della filosofia penale proto-moderna; né la situazione migliora attribuendo ad essa una qualche forma di *mixed theory*: non esisteva né poteva esistere una *mixture*, perché non era mai esistita una previa *separation*; non era mai esistita quella contrapposizione fra ‘dottrine’ incompatibili che, destinata a svilupparsi in una più avanzata modernità, era ancora, nel primo Settecento<sup>164</sup>, un mero futuribile.

È ampiamente condivisa, nella tradizione giusnaturalistica e contrattualistica, l’opinione che la pena (come affermava Pufendorf) debba guardare contemporaneamente al passato e al futuro. Un netto discrimine riguarda invece il fondamento del diritto di punire: da questo punto di vista, Locke accoglie e approfondisce (all’interno della sua visione dello stato di natura e del suo rapporto con l’ordine politico) la prospettiva groziana e fa del diritto di punire una componente indispensabile dell’ordine prepolitico. È la violazione dei diritti naturali a reclamare l’esercizio di un potere punitivo indispensabile già nell’ordine naturale al fine di promuovere il rispetto delle sue regole costitutive. Emerge comunque, anche in Locke, il problema della legittimità della violenza punitiva: a che titolo è giusto un atto che colpisce un individuo nella sua sfera vitale, che nega proprio quei diritti presentati come una prerogativa intangibile di ogni essere umano? La risposta, in Grozio come in Locke, è analoga e riposa sull’idea di una differenza ‘forte’, sostanziale, fra ‘innocenti’ e ‘colpevoli’ e sull’immagine del criminale come individuo ‘degradato’ e ‘disumanizzato’.

Punibile è dunque, per Locke, chiunque violi i diritti fondamentali: il singolo individuo in stato di natura e, una volta formatosi l’ordine politico, il cittadino come il nemico ‘ingiusto’, il nemico ‘esterno’ come il ‘despota’ che attenta alla libertà e alla proprietà dei soggetti. Tre diverse figure – il criminale, il nemico, il despota – appaiono fra loro omologhe in quanto a diverso titolo responsabili della violazione

<sup>164</sup> Cfr. le convincenti considerazioni di D. IPPOLITO, *La philosophie pénale des lumières entre utilitarisme et rétributivisme*, in «Lumières», 20 2, 2012 (*Penser la peine à l’âge des Lumières*, sous la direction de L. Delia et G. Radica), pp. 21-34.

dei diritti naturali dei soggetti ed esposte quindi a una violenza legittima che può spingersi fino alla soppressione del colpevole. Resa possibile dalla 'disumanità' del criminale, la pena di morte non si differenzia, dal punto di vista della sua legittimazione, da pene diverse (ma comunque invasive del *proprium* del condannato). E vale comunque la raccomandazione, quale che sia l'intervento punitivo prescelto, di concepire e applicare la pena alla luce di una ragione che tiene a bada la passione 'vendicativa', giudica la sofferenza inflitta come un 'male' (ancorché necessario) e lo finalizza al conseguimento di un 'bene' superiore.

5. *Jean-Jacques Rousseau: «...par ses forfaits rebelle et traître à la patrie».*

Realizzare un ordine saldo e stabile (senza il quale la sicurezza dell'individuo è compromessa), ma al contempo trovare un punto di equilibrio fra il comando sovrano e la tutela del soggetto: è con questa vera e propria quadratura del cerchio che la pena deve misurarsi. Essa, da un lato, deve rendere effettiva la tenuta dell'ordine colpendo i trasgressori, ma, dall'altro lato, deve essere uno strumento 'razionale' di governo dei soggetti, deve contenere la sofferenza (che è sempre un 'male') nei limiti strettamente funzionali allo scopo della deterrenza.

Il problema di fondo è dunque come rappresentare il punto di collisione fra individuo e sovrano quando la posta in gioco è la vita: la pretesa di conservarla, da parte del soggetto, la pretesa di disporne, da parte del sovrano. Centrale per tutti, questo problema assume una particolare (e, direi, drammatica) evidenza in Hobbes e torna a presentarsi in tutta la sua perentorietà in Rousseau: che conviene leggere, come scrive Gabriella Silvestrini, sullo sfondo del dibattito «sul diritto di vita e di morte, che rimanda tanto al diritto di guerra quanto al diritto di punire: due diritti segnati da un intreccio costitutivo e fondativo nel pensiero politico moderno»<sup>165</sup>.

Rousseau va dritto al punto: il punto è la vita del soggetto di fronte alle pretese del sovrano. Anche la pena di morte viene presa in considerazione, ma essa non è il problema, bensì è una sua determinazione o caso di specie: il problema, che dà il titolo al capitolo V del Libro II del *Contract social*, è il problema «*Du droit de vie et de mort*». Rousseau lo formula riproducendo quasi letteralmente una frase del *Second Treatise* lockiano: «si domanda come i singoli, non avendo il diritto di disporre della propria vita, possano trasmettere al corpo sovrano questo diritto che

<sup>165</sup> G. SILVESTRINI, *Fra diritto di guerra e potere di punire*, cit., p. 126.

essi non hanno»<sup>166</sup>. In realtà, Rousseau sta spostando il passo lockiano<sup>167</sup> dal suo asse per utilizzarlo nel proprio, e diverso, piano argomentativo. Nel brano del *Treatise* Locke non si interroga sul fondamento del diritto di punire o, più in generale, dello *ius vitae ac necis* del sovrano, ma ribadisce il principio dell'indisponibilità dei diritti naturali (antecedenti al contratto e cogenti anche per il sovrano) allo scopo di confermare l'illegittimità di un dominio 'dispotico'. Non è in questione il problema della vita e della morte del soggetto, per il semplice motivo che il diritto di punire (il criminale e il nemico 'ingiusto') dipende non dal contratto ma dalla 'degradazione' del soggetto provocata dal suo comportamento. Potremmo dire che Rousseau utilizza un ingrediente lockiano, ma ne altera il sapore aggiungendoci una salsa hobbesiana: è infatti per Hobbes, assai più che per Locke, che sono problematiche tanto la fondazione quanto l'esplicazione del diritto di punire.

Al di là dello specifico diritto di punire, preme a Rousseau capire le varie facce dell'appartenenza dell'individuo alla *respublica* (ed è in questa luce che il tema dello *ius vitae ac necis* rivela tutta la sua pregnanza). La domanda 'pseudo-lockiana' che apre il capitolo V presuppone e prosegue quindi – come osserva puntualmente Bruno Bernardi<sup>168</sup> – il discorso sviluppato nel capitolo precedente, imperniato sul potere sovrano e sui suoi limiti; che a sua volta rinvia al quesito sollevato all'inizio dell'opera e presentato come il «problema fondamentale» di cui il contratto sociale vuole essere la soluzione: «trovare una forma di associazione che con tutta la forza comune difenda e protegga le persone e i beni di ogni associato, e mediante la quale ciascuno, unendosi a tutti, obbedisca tuttavia soltanto a se stesso, e resti non meno libero di prima»<sup>169</sup>.

È il problema del rapporto fra l'individuo e il sovrano. Per Rousseau però il sovrano, contrattualmente creato dai soggetti, non è un ente (individuo o assemblea) diverso dai soggetti; non è il sovrano hobbesiano cui i contraenti affidano i loro

<sup>166</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, a cura di A. Burgio, Milano, Feltrinelli, 2003 (da ora in poi indicato come *Contr.*, tr.it.) II, v, p. 104. «On demande comment les particuliers n'ayant point droit de disposer de leur propre vie peuvent transmettre au Souverain ce même droit qu'il n'ont pas?» (J.-J. ROUSSEAU, *Du Contract social; ou, Principes du droit politique*, in ID., *Œuvres complètes*, III, Gallimard, Paris 1964 (da ora in poi in indicato come *Contr.*) II, v, p. 376). Si veda, in generale, la bella Introduzione di A. BURGIO, in J.-J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, cit., pp. 7-46.

<sup>167</sup> *Treat.*, IV, 23, p. 302.

<sup>168</sup> B. BERNARDI, *Le droit de vie et de mort selon Rousseau: une question mal posée ?* in «Revue de métaphysique et de morale», 37, 1, 2003, p. 97.

<sup>169</sup> *Contr.*, tr.it., I, vi, p. 79. «Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun, s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même, et reste aussi libre qu'auparavant» (*Contr.*, I, vi, p. 360).

originari diritti-poteri autorizzandolo ad agire come loro ‘rappresentante’. I soggetti non escono di scena né il popolo esiste solo in quanto rappresentato-creato dal sovrano. Essi conferiscono (come in Hobbes) i loro diritti naturali al sovrano, ma questi non è un terzo, bensì coincide con la totalità dei soggetti. L’atto di associazione, nel momento in cui ciascuno dei contraenti «mette in comune la propria persona e ogni proprio potere», crea «un corpo morale e collettivo, composto di tanti membri quanti sono i voti dell’assemblea» e «da questo stesso atto tale corpo riceve la sua unità, il suo io comune, la sua vita, la sua volontà»<sup>170</sup>. Il sovrano coincide con la totalità dei soggetti e ciascuno di essi è accolto, al momento della conclusione del contratto, come «parte indivisibile del tutto». Il sovrano non è una potenza esterna, diversa e contrapposta ai soggetti: sono i soggetti che contrattualmente si costituiscono come sovrano. Nasce una nuova «persona pubblica» che «assumeva in altri tempi il nome di *Cité*, e prende ora quello di *repubblica* o di *corpo politico*»<sup>171</sup>.

La soluzione offerta da Rousseau al dilemma da lui formulato deve essere decifrata prendendo sul serio la coincidenza fra il sovrano e la totalità dei soggetti. È sullo sfondo della solidarietà che intercorre fra il corpo politico e i suoi membri che occorre situare l’interazione fra il tutto e le parti e tentare di comprendere la direzione di senso di un campo argomentativo affollato di enunciati difficilmente componibili, quali l’assolutezza della sovranità e la centralità dei diritti, l’irrelevanza delle garanzie e il protagonismo dei soggetti. Il discorso rousseauviano, pur con le ambiguità che hanno reso possibile l’impressionante diaspora delle interpretazioni, è sostenuto dalla convinzione dell’intima e benefica correlazione fra il tutto e le parti: «appena questa molteplicità di persone è così riunita in un corpo, non si può offendere uno dei suoi membri senza attaccare l’intero corpo; e tanto meno si può offendere il corpo senza che i suoi membri se ne risentano»<sup>172</sup>. È appunto il rapporto di identità fra il sovrano e i soggetti che rende inutili le garanzie (e favorisce la formulazione della famosa o famigerata tesi della ‘costrizione alla libertà’<sup>173</sup>).

Lungi dall’essere una clausola di stile o una metafora lessicalizzata, l’immagine del ‘corpo’ politico è un indizio del pathos ‘corporatista’ e repubblicano che permea

<sup>170</sup> «[...] cet acte d’association produit un corps moral et collectif, composé d’autant de membres que l’assemblée a de voix, lequel reçoit de ce même acte son unité, son moi commun, sa vie et sa volonté» (*Contr*, I, vi, p. 361).

<sup>171</sup> *Contr*, tr.it., I, vi, pp. 80-81.

<sup>172</sup> *Contr*, tr.it., I, vii, p. 83. «Sitot que cette multitude est ainsi réunie en un corps, on ne peut offenser un des membres sans attaquer le corps; encore moins offenser le corps sans que les membres s’en ressentent» (*Contr*, I, vii, p. 363).

<sup>173</sup> *Contr*, I, vii, p. 364.

la riflessione rousseauviana. Più diffusamente che nel *Contract social*, nel *Discours sur l'économie politique* l'intrinseca solidarietà del corpo politico è ampiamente valorizzata. Il corpo politico è un corpo organizzato e vivente, fonte delle leggi, criterio del giusto e dell'ingiusto, teso «à la conservation et au bien-être du tout et de chaque partie»<sup>174</sup>. Il «corps de la nation» si protende a sostegno dell'ultimo dei suoi membri, si preoccupa del bene del singolo come del bene del tutto e non può ammettere «de sacrifier un innocent au salut de la multitude»<sup>175</sup>.

Certo, l'«État» o «Cité» (in quanto 'corpo', o '*universitas*', o – pufendorfiana – «persona morale») ha bisogno di «une force universelle et compulsive» che muove le singole parti nel modo più conveniente per il tutto: come è assoluto il potere naturale dell'uomo sulle sue membra, così nel corpo politico è assoluto il potere che, diretto dalla «volonté générale», prende il nome di sovranità<sup>176</sup>. Il potere sovrano però, ancorché assoluto, ha perduto, per così dire, la 'verticalità' che lo caratterizzava tradizionalmente: un atto del sovrano non è «una convenzione fra il superiore e l'inferiore, ma una convenzione tra il corpo e ciascuno dei suoi membri»<sup>177</sup> e l'obbedienza dei soggetti deve essere intesa come espressione non già di eteronomia ma di autonomia. Con il contratto sociale i singoli hanno fatto non tanto rinunce, quanto scambi vantaggiosi: si sono lasciati alle spalle il conflitto e l'insicurezza per ottenere una sicurezza e una libertà rinnovate e compiute.

È nel quadro della descrizione dei vantaggi prodotti dalla benefica trasformazione dell'uomo 'naturale' in 'cittadino' che Rousseau tocca il tema della morte: la morte che il sovrano può esigere dal soggetto. Questo tema è inserito, senza soluzione di continuità, entro il medesimo percorso argomentativo e viene presentato come l'altra faccia della sicurezza e della protezione derivanti dall'appartenenza dei cittadini al corpo politico. «La loro stessa vita, che essi hanno consacrato allo Stato, ne è continuamente protetta; e quando essi la espongono in sua difesa, che altro fanno se non rendergli ciò che hanno ricevuto da esso?»<sup>178</sup>. L'estremo sacrificio cui il cittadino si rende disponibile per difendere lo Stato è l'altra faccia della protezione che lo Stato gli offre.

<sup>174</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'économie politique*, in ID., *Œuvres complètes*, III, cit., p. 244.

<sup>175</sup> Ivi, p. 256.

<sup>176</sup> *Contr*, II, iv, p. 372.

<sup>177</sup> *Contr*, tr.it, II, iv, p. 102. (*Contr*, II, iv, p. 374).

<sup>178</sup> *Contr*, II, iv, p. 103. «Leur vie même, qu'ils ont dévouée à l'État, en est continuellement protégée; et lorsqu'ils l'exposent pour sa défense, que font-ils alors que lui rendre ce qu'ils ont reçu de lui ?» (*Contr*, II, iv, p. 375).

È la sicurezza che l'individuo persegue con il patto sociale. Nello stato di natura il conflitto è inevitabile e generalizzato e l'insicurezza è massima. La decisione di appartenere a una comunità politica è quindi una scelta razionale, guidata dal bisogno dell'auto-conservazione. Fin qui, Hobbes avrebbe potuto sottoscrivere. Rousseau però non si limita a ricordare l'istinto auto-conservativo dei soggetti e a vedere nella morte in battaglia l'altra faccia della protezione garantita dal corpo politico, ma accenna a un legame, non più semplicemente 'utilitario', ma etico ed affettivo con la totalità politico-sociale. I soggetti hanno consacrato la loro vita allo Stato e rispettano il principio secondo il quale «tutti devono in caso di bisogno combattere per la patria»<sup>179</sup>. La morte in battaglia non è accettabile soltanto in virtù di un calcolo 'egoistico', ma trae un senso ulteriore dal pathos corporatista e repubblicano caratteristico della riflessione rousseauviana<sup>180</sup>.

Nelle parole conclusive del capitolo IV, dunque, Rousseau ha già indicato le motivazioni che rendono accettabile la morte in difesa del corpo politico di cui si è membri. La domanda che apre il capitolo immediatamente successivo – in che modo i soggetti possano conferire al sovrano il diritto di disporre della loro vita – è quindi, per un verso, la diretta continuazione del ragionamento precedente e, per un altro verso, risponde all'esigenza di affrontare il problema dello *ius vitae ac necis* in tutta la sua generalità (tanto che proprio nel prosieguo del discorso verrà toccato anche il problema della pena di morte).

Il problema è la difficile conciliazione di due estremi: la sicurezza, che, con il patto sociale, l'individuo si aspetta di ricevere dal sovrano, e la morte, che proprio il sovrano può infliggergli. Non è allora la morte di un cittadino, direttamente o indirettamente voluta dal sovrano, l'elemento che apre un'incolmabile falla nella legittimità dell'ordine politico?

La risposta di Rousseau fa leva sul concetto di rischio. Bruno Bernardi richiama l'attenzione su due manoscritti (pubblicati da Charly Guyot)<sup>181</sup>, dove Rousseau

<sup>179</sup> *Ibidem*.

<sup>180</sup> Lo stesso Pufendorf peraltro aveva dedicato un suo scritto al tema dell'amor patrio, sottolineando i vari profili che lo separavano da Hobbes: S. PUFENDORF, *De obligatione adversus Patriam*, in ID., *Analecta Politica quibus multae, rariae gravissimaeque hujus Disciplinae quaestiones variis dissertationibus explicantur et enodantur*, Amstelaedami, Apud Janssonio-Waesbergios, 1698, pp. 1-109 (in particolare, pp. 43 ss.). Nei *Fragments Politiques* Rousseau scrive che è dalla patria che i cittadini traggono una «véritable vie», che la loro vera felicità è impiegarla al suo servizio e che «ils compteront au nombre de ses bienfaits l'honneur de verser au besoin tout leur sang pour sa deffense» (J.-J. ROUSSEAU, *Fragments Politiques*, XI [*De la patrie*], in ID., *Œuvres complètes*, III, cit., p. 536). L'amor patrio è ovviamente un topos centrale dell'intera tradizione 'repubblicana'.

<sup>181</sup> B. BERNARDI, *Le droit de vie et de mort*, cit., p. 90.

distingue accuratamente fra «danger», «péril» e «risque» e definisce quest'ultimo come «un danger auquel on s'expose volontairement et avec quelque espoir d'en échapper, en vue d'obtenir quelque chose qui nous tente plus que le danger ne nous effraye»<sup>182</sup>. È di «risque» che si parla nel *Contract social* proprio per sottolineare la razionalità della scelta del contraente, che accetta non già la certezza della morte, ma solo la sua possibilità in vista di un vantaggio superiore: «Ogni uomo ha il diritto di rischiare la vita per conservarla». Chi si propone come fine la conservazione della propria vita deve volere anche i mezzi funzionali a questo scopo «e questi mezzi sono inseparabili da alcuni rischi [...]»<sup>183</sup>. Tutto si tiene, dunque, nell'argomentazione di Rousseau. In primo luogo, l'individuo non rinuncia al suo fine primario (la conservazione della vita, la sicurezza), non trasferisce un diritto che non ha, ma introduce, nella logica della pattuizione che dà origine al corpo politico, un elemento tradizionalmente trascurato: l'elemento della possibilità e della temporalità. Il contraente non accetta la morte come tale, ma la colloca nell'orizzonte del futuro e ne ammette la possibilità, calcola il rischio e decide di stare al gioco. In secondo luogo, accettando il rischio di perdere la vita per il sovrano, il soggetto non entra in rapporto con un 'superiore', che dal di fuori e dall'alto può decidere di sopprimerlo, ma aderisce a «una convenzione tra il corpo e ciascuno dei suoi membri»<sup>184</sup>: il rischio che egli decide di correre non è un rischio 'solitario', ma è un rischio 'partecipato', con-diviso con tutti i membri del corpo politico. È comprensibile dunque che la domanda 'lockiana' – in che modo i singoli possano trasmettere ad altri il loro indisponibile diritto alla vita – appaia a Rousseau semplicemente male impostata: ripensando il contratto sociale in un'ottica, per così dire, probabilistica, è possibile mostrare come nell'ordine politico possano coesistere, senza contraddizione, la sicura conservazione dei soggetti e la loro esposizione alla morte, dal momento che la prima appartiene all'ordine del reale e la seconda all'ambito del possibile; e in ogni caso tanto il reale quanto il possibile, tanto la sicurezza quanto il rischio della morte sono immersi nella luce della comune appartenenza alla patria repubblicana.

A turbare l'«orizzontalità» del processo politico interviene però nel testo rousseauviano un'ulteriore argomentazione. Una volta accettato il rischio della morte, non appena il 'possibile' diviene 'reale', nella concreta gestione dell'emergenza il cittadino non ha voce in capitolo e tutto dipende dalla decisione

<sup>182</sup> Ivi, p. 92.

<sup>183</sup> *Contr*, tr.it., II, v, p. 104.

<sup>184</sup> *Contr*, tr.it., II, iv, p. 102.

del «Prince» (cioè dal magistrato che presiede all'esecuzione delle leggi<sup>185</sup>): «quando il principe dice: “Allo Stato occorre che tu muoia”, egli deve morire [...]»<sup>186</sup>. Certo, sappiamo perché il cittadino deve morire: perché la sicurezza di cui egli ha goduto fino a quel momento era sospesa alla sua preventiva accettazione del rischio. Al contempo, tuttavia, accanto alla menzione del calcolo ‘razionale’ ed ‘utilitario’ che ha reso possibile al soggetto la sottoscrizione del patto sociale, Rousseau introduce anche un enunciato in qualche modo ‘eccedente’ il calcolo probabilistico dei vantaggi e degli svantaggi; un enunciato che sposta l'asse del discorso dalla parte al tutto, dall'individuo al corpo politico: l'individuo deve accettare di morire perché è cambiata la sua identità profonda e la sua vita, da ‘naturale’, è divenuta un «dono condizionato dello Stato» («un don conditionnel de l'Etat»)<sup>187</sup>.

Con il contratto, l'individuo diviene, da ‘uomo’, ‘cittadino’. In termini generali, ciò è vero per ogni contrattualista. Sono diverse però le rappresentazioni dei rapporti che intercorrono fra i soggetti e il sovrano. In conseguenza del contratto, l'individuo hobbesiano, per un verso, è tenuto a obbedire a un Leviatano che, dall'alto della sua onnipotenza, lo protegge (e lo minaccia), ma, per un altro verso, resta gelosamente fedele alla sua identità ‘naturale’ ed è pronto a contrastare (come può) il sovrano in nome del suo diritto-potere di conservare se stesso. Per Rousseau, il contratto sociale produce nel soggetto un mutamento ‘qualitativo’ e fa della sua condizione di ‘cittadino’ uno *status* eticamente impegnativo: «[...] la sua vita non è più solo un favore della natura, ma un dono condizionato dello Stato»; e dell'uso di questo dono decide insindacabilmente il magistrato, mentre il cittadino «non è più giudice del pericolo [...]»<sup>188</sup>.

Il calcolo ‘utilitario’ del rischio, da un lato, e, dall'altro lato, le perentorie esigenze della totalità sociale: sono questi gli estremi che racchiudono le considerazioni dedicate da Rousseau alla pena di morte. Perdere la vita a seguito di una condanna o perdere la vita nella difesa della patria sono eventi evidentemente diversi, ma sollevano il medesimo problema: in che modo la morte cui un individuo va incontro come cittadino sia conciliabile con la sicurezza che egli perseguiva con il contratto sociale. Se il problema è il medesimo, identica sarà la soluzione, fondata sul calcolo delle probabilità e sull'assunzione del rischio. Per non essere vittima di

<sup>185</sup> Cfr. R. DERATHÉ, *Notes et variantes*, in J.-J. ROUSSEAU, *Œuvres complètes*, III, cit., p. 1460.

<sup>186</sup> *Contr.*, tr.it., II, p. 104. «[...] quand le Prince lui ha dit, il est expédient à l'État que tu meures, il doit mourir [...]» (*Contr.*, II, v, p. 376).

<sup>187</sup> *Ibidem.*

<sup>188</sup> *Ibidem.*



un assassino (per godere della sicurezza offertami dall'ordine politico) accetto il rischio di essere messo a morte nel caso che l'omicidio sia io a commetterlo. In ogni caso, «lungi dal disporre della propria vita, si pensa soltanto a garantirla [...]»<sup>189</sup>.

Fino a questo punto, le argomentazioni procedono in parallelo: la morte del soldato, come la morte del criminale, sono un rischio calcolato da parte dei contraenti del patto sociale in vista della migliore sicurezza possibile. La contraddizione fra 'morte' e 'sicurezza' è apparente e il potere sovrano di dare la morte ha trovato dunque una sua compiuta legittimazione, di carattere 'funzionalistico': il sovrano infligge la morte per proteggere i soggetti dalle aggressioni dei criminali. La morte di qualcuno per la sicurezza di tutti.

In realtà, l'argomentazione di Rousseau non si arresta a una siffatta fondazione 'utilitaristica' della legittimità della pena capitale, ma prosegue in una direzione ulteriore, che prende in considerazione non l'effetto dell'atto criminale (l'insicurezza da esso prodotta), ma il soggetto che delinque. Per Rousseau, a definire il comportamento criminale non entrano in gioco i diritti naturali infranti (come nella linea Grozio-Locke). Come per Hobbes, il crimine si svolge nello spazio della *Cité* e viola le leggi da essa emanate. Le leggi però non sono l'espressione della volontà di un sovrano che 'dall'esterno' governa i soggetti. Le leggi che il malfattore attacca sono il «droit social», il diritto voluto da un sovrano che coincide con i soggetti, che si identifica con il corpo sociale. Sono i «forfaits» del criminale (lessicalmente evocativi della lockiana «forfeiture») a cancellare i suoi diritti (a partire dal diritto alla vita), ma la pena cui il criminale si espone ha come presupposto non la (tomistica, lockiana) perdita della sua 'dignità' umana, bensì la sua trasformazione, da cittadino, a «ribelle e traditore verso la patria» («rebelle et traître à la patrie»).

L'atto criminale è la rottura del vincolo 'corporatista' che lega l'individuo alla totalità sociale e la conservazione del reo diviene incompatibile con la salvezza dello Stato: «quando si fa morire il colpevole, lo si uccide non tanto come cittadino quanto come nemico»<sup>190</sup>. È il pericolo che il criminale rappresenta per la comunità il motivo che impone l'intervento punitivo, ma la legittimità di quest'ultimo rinvia al fatto che il criminale ha rotto il «traité social» e ha quindi cessato di essere «membre de l'Etat». Se il contratto sociale trasformava l'«uomo» (naturale) in 'cittadino', il crimine converte il 'cittadino' in nemico: il criminale «fait la guerre» allo Stato ed è

<sup>189</sup> *Ibidem*.

<sup>190</sup> *Ibidem* («quand on fait mourir le coupable, c'est moins comme Citoyen que comme ennemi»).

come nemico che viene messo a morte. Ciò che conta è la sua espulsione dal corpo sociale: con l'esilio oppure con la morte che lo colpisce come un «ennemi public»<sup>191</sup>.

Fra le contrapposte rappresentazioni dell'atto criminale proposte da Grozio e Locke, da un lato, e, dall'altro lato, da Hobbes (e da Pufendorf), Rousseau sta scegliendo una sorta di 'terza via'. Egli segue Hobbes nel fare dell'ordine politico lo scenario obbligato del crimine e nel vedere nel sovrano l'esclusivo titolare dell'azione punitiva. Cambiano però il portatore della sovranità e la visione dell'ordine politico e di conseguenza anche il crimine perde la 'verticalità' che derivava ad esso dalla 'verticalità' del processo politico: il criminale non se la vede con il 'terzo' onnipotente, ma entra in rotta di collisione con il corpo sociale.

Nasce da questa diversa caratterizzazione dell'atto criminale una conseguenza che allontana nettamente Rousseau da Hobbes: la 'drammatizzazione' della trasgressione e la degradazione etica del criminale. È nella partecipazione alla *respublica*, è nella fattiva, reciproca solidarietà dei cittadini che l'essere umano trova il suo compimento: la rottura del patto che rende possibile la promozione dell'«uomo» a «cittadino» innesca un processo inverso e impone un'esclusione che non ha più a che fare con la sicurezza dei consociati, ma discende direttamente dalla 'degradazione' di cui il reo si è reso responsabile.

*Ex parte subjecti*, è il calcolo del rischio che rende compatibile il perseguimento della sicurezza con la possibilità della condanna a morte. Dal punto di vista della totalità politico-sociale (il punto di vista, si direbbe, decisivo e conclusivo) e del suo rapporto con il singolo, ha un peso decisivo la medesima esigenza che impone il sacrificio del singolo in guerra: garantire la conservazione del corpo politico di fronte a una minaccia. Nel valorizzare la sicurezza Rousseau non è lontano da Hobbes. Ne diverge però nella rappresentazione del criminale. Con la trasgressione del «droit social» il cittadino muta drasticamente il suo *status*. Non è la violazione delle leggi naturali che 'degrada' il soggetto, come in Locke, ma è la rottura del vincolo 'corporatista': come in Locke, comunque, e a differenza di Hobbes, il criminale è non soltanto 'nocivo', ma è anche 'indegno'. Si interrompe qui il parallelismo fra la morte in difesa della patria e la morte a seguito di una condanna: in entrambi i casi, i soggetti accettano preventivamente il rischio della morte; in entrambi i casi,

<sup>191</sup> *Contr*, II, v, p. 377. Cfr. S. LABRUSSE, *Le droit de vie et de mort selon J.-J. Rousseau ou la politique de l'homme infaillible*, in «Annales de la société Jean-Jacques Rousseau», XLIII, 2001, pp. 107-128.

l'esigenza primaria è la difesa del corpo politico da un pericolo; è però come un nemico, non come un cittadino, che il criminale va incontro alla morte<sup>192</sup>.

Se il criminale è un nemico, emerge una differenza decisiva rispetto a Hobbes. Come sappiamo, Hobbes ha separato la figura del 'criminale' da quella del 'nemico'. La distinzione non ha riguardo alla gravità del reato e alla pericolosità del reo: un feroce assassino resta soltanto un 'criminale'. È un 'criminale' chi viola l'una o l'altra legge del sovrano; ed è un 'nemico' chi attacca la radice stessa del comando sovrano. La distinzione è tutt'altro che irrilevante: contro il nemico si dispiega una violenza priva di remore e freni, mentre nei confronti del criminale si procede secondo le regole previste dalle leggi, tanto che Hobbes indica puntigliosamente i casi in cui la non ottemperanza di esse trasforma indebitamente l'azione punitiva in un 'atto di ostilità'. Il criminale insomma resta, per Hobbes, cittadino, mentre in Rousseau la distinzione fra criminale e nemico sembra saltare.

L'omissione di una siffatta distinzione è singolare. Certo, ha ragione Bernardi nel notare che Rousseau guarda al problema della pena da uno specifico angolo visuale, senza pretendere di analizzarne tutti gli aspetti<sup>193</sup>. E potremmo tentare di avanzare una sorta di interpretazione 'caritatevole' delle pagine del *Contract social* facendo leva su un'espressione impiegata da Rousseau: il criminale come «rebelle et traître». Le immagini della 'ribellione' e del 'tradimento' sono ricorrenti nella letteratura politico-giuridica dedicata al *crimen laesae maiestatis* (e lo stesso Hobbes, come sappiamo, parla di «Rebels» e «Traytors» per indicare i 'nemici' del sovrano, non i criminali). Potremmo allora ipotizzare che anche Rousseau si riferisse soltanto ai 'reati politici', ai reati che mettono in questione la sopravvivenza del corpo politico e non semplicemente creano 'allarme sociale' o insicurezza. Una siffatta ipotesi sarebbe però un'interpretazione *a silentio*, dal momento che non sono ravvisabili nel testo cenni che inducano a pensare che i delitti compiuti dal 'criminale-nemico' siano soltanto i reati politici, pur restando fermo che si tratta comunque di reati gravi.

Certo, Rousseau non manca di affermare (in una prospettiva già ampiamente illustrata dalla tradizione contrattualistica) che la pena di morte deve restare l'*ultima ratio*: «non si ha il diritto di far morire, neanche per dare l'esempio, se non chi non si possa serbare in vita senza pericolo»<sup>194</sup>. Il corpo sociale deve pur sempre essere protettivo nei confronti dei suoi membri, finché ciò sia compatibile con la sicurezza.

<sup>192</sup> Cfr. G. COQUI, *Le 'droit de vie et de mort' est-il un droit de punir? (Sur Rousseau, Du Contrat Social, II, V)*, in «Corpus. Revue de philosophie», 62, 2012 (*La peine de mort*), p. 176.

<sup>193</sup> B. BERNARDI, *Le droit de vie et de mort selon Rousseau*, cit., p. 102.

<sup>194</sup> *Contr.*, tr.it., II, v, p. 105 (*Contr.*, II, v, p. 377).

Il riferimento alla ‘pericolosità’ del crimine e alla ‘sicurezza’ dei cittadini coesiste tuttavia con l’immagine dell’‘indegnità’ del criminale, con la sua degradazione da ‘cittadino’ a ‘nemico’.

Se davvero in Rousseau ‘criminale’ e ‘nemico’ si identificassero, assisteremmo a un singolare rovesciamento di prospettiva rispetto al tradizionale rapporto fra ‘processo penale’ e ‘guerra’: non è più la guerra a poter essere assimilata a un processo che ha come scopo la punizione del *criminale*-(nemico), bensì è il processo ad essere presentato come una guerra indirizzata contro il *nemico*-(criminale). Ovviamente, le cose sono più complicate di quanto possa essere riassunto con una formula sbrigativa. Ed occorre comunque ricordare che un *tertium genus* rispetto a questa alternativa è stato offerto da Hobbes: che separa nettamente il processo penale dalla guerra e vede in quest’ultima (e non nel primo) l’ambito nel quale si dispiega il persistente *ius in omnia* del sovrano.

Nella prospettiva rousseauviana guerra e processo penale vengono a incontrarsi, per così dire, due volte: perché il processo è una guerra al nemico interno; ma anche perché tanto nella guerra al nemico esterno quanto nella guerra al nemico interno irrompe un evento che turba il felice connubio fra l’unità del corpo sociale e i diritti individuali, fra l’amor patrio e la sicurezza: la morte di un cittadino. A renderla, in entrambi i casi, ‘giusta’ intervengono, da un lato, l’accettazione preventiva, da parte dell’individuo, della sua possibilità e, dall’altro lato, il senso dell’appartenenza a un solidale ed unitario corpo sovrano; un’appartenenza che induce, attraverso la riproposizione e il rinnovamento di antiche formule, da un lato, a drammatizzare la trasgressione assimilandola al tradimento e, dall’altro lato, a sottolineare la doverosità del *pro patria mori*.

#### 6. Cesare Beccaria: «non è dunque la pena di morte un diritto».

Il *Contract social* esce nel 1762, appena due anni prima della pubblicazione del *Dei delitti e delle pene*, ma in tempo per divenire uno dei punti di riferimento di Beccaria. Con Rousseau Beccaria fa i conti, ma si tiene a distanza dal *Contract social* più di quanto sostenessero alcuni dei primi commentatori del *Dei delitti* (quali Facchini e Verri). Certo, proprio nel capitolo XXVIII il nesso instaurato fra ‘contratto’, ‘leggi’ e ‘volontà generale’ evoca indubbiamente il testo rousseauviano, ma conviene tener presente l’esatta osservazione di Francioni, che ci ricorda che «la *volontà generale*, in Beccaria, non corrisponde in senso proprio alla russoiana

*volonté générale*, quanto piuttosto alla *volonté de tous*»<sup>195</sup>, in una prospettiva assai più vicina a Helvétius che non a Rousseau.

Non è solo a Rousseau, ma è a tutta la letteratura contrattualistica settecentesca che guarda Beccaria, muovendosi con giovanile audacia all'interno di quella tradizione: di essa raccoglie, da un lato, le principali domande (come fondare il potere punitivo, come legittimare il potere sovrano di infliggere la morte ai soggetti, dato che proprio questi lo hanno creato a loro esclusivo vantaggio) e, dall'altro lato, gli strumenti concettuali utilizzabili per arrivare a formulare la sua originale risposta<sup>196</sup>.

Se la vita è un bene indisponibile, se l'uomo «non è padrone di uccidersi», come «ha potuto dare altrui questo diritto o alla società intera?»<sup>197</sup>. La domanda ricalca fedelmente l'incipit del rousseauviano capitolo V del *Contract social*<sup>198</sup> che, a sua volta, echeggia, come sappiamo, una frase di Locke. Beccaria riproduce la domanda, ma la decifra alla luce di una soggiacente scelta filosofico-antropologica che lo avvicina assai più a Hobbes che a Locke. L'essere umano per Beccaria è un essere passionale e 'interessato': i tratti della sua fisionomia sono compatibili (attraverso la mediazione di Helvétius) con l'individuo hobbesiano, dominato da un'intransigente impulso auto-conservativo e pronto a usare la ragione per massimizzare la soddisfazione, piuttosto che per disciplinarla e contenerla.

L'essere umano vuole conservare se stesso ed è dominato da questo impulso originario. Beccaria, come Hobbes, non prevede eccezioni al diritto-potere di conservare se stesso. Anche Locke valorizzava l'auto-conservazione, ma, collegandola al dovere e sostenendo che essa debba svolgersi nei binari predisposti dalla ragione, introduce un discrimine decisivo: fra gli innocenti e i criminali, fra chi rispetta e chi viola il diritto naturale, fra l'uomo compiuto (e compiutamente 'razionale') e l'uomo 'degradato' e 'disumanizzato' (perché 'irrazionale'). La distinzione fra innocente e criminale è per Locke iscritta nella natura delle cose: il contratto sociale, e la comunità politica che ne deriva, non possono incidere su di essa, ma la presuppongono. La morte come pena del colpevole è una possibilità che riposa sulla naturale differenza fra 'superiori' e 'inferiori', fra innocenti e criminali.

<sup>195</sup> Cfr. la nota 3 di G. FRANCONI in C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XXVIII, p. 86.

<sup>196</sup> Cfr. V. FERRONE, *Storia dei diritti dell'uomo*, Roma-Bari, Laterza, 2014.

<sup>197</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XXVIII, p. 86.

<sup>198</sup> «On demande comment les particuliers n'ayant point droit de disposer de leur propre vie peuvent transmettre au Souverain ce même droit qu'il n'ont pas?» (*Tract*, I, v, p. 376).

Per Beccaria, il comportamento criminale non modifica il quadro dell'originario diritto alla conservazione di sé e quindi tutto si gioca nel momento del contratto. Il contratto però, per Beccaria, genera sempre e comunque 'cittadini' per i quali non sembra prevista alcuna possibilità di 'degradazione' o mutamento di *status*: anche il criminale è un cittadino e non un 'traditore' del vincolo che lo stringe alla totalità politico-sociale. Difficilmente Beccaria avrebbe potuto sottoscrivere l'immagine rousseauviana della vita del cittadino come «don conditionnel de l'Etat», proprio perché prevale in lui l'idea di una 'natura' umana, originaria e immutabile, che fa valere le sue pretese tanto nel momento della genesi contrattuale dell'ordine politico quanto nel suo normale funzionamento.

Potremmo allora arrivare a sostenere che l'interlocutore forse principale (ancorché prudentemente 'dissimulato') di Beccaria è Hobbes: è nei suoi scritti che Beccaria trova la più perentoria e incondizionata valorizzazione del 'nudo' impulso auto-conservativo; e, come sappiamo, è proprio questo il motivo per cui in Hobbes la tensione fra la sovranità e il soggetto raggiunge un diapason altissimo, tanto da indurre la maggioranza della storiografia a parlare, più che di tensione, di aporia. In realtà, nel discorso hobbesiano la coerenza argomentativa è, in definitiva, salva, ma ha un costo elevato: viene ammesso che il soggetto non rinunci a difendersi, anche quando è il sovrano a minacciarlo, ma non sono previsti strumenti cui egli possa ricorrere in questa impresa, che si presenta come una sfida impari fra diritti-poteri contrapposti.

In Rousseau, la tensione hobbesiana si stempera, da un lato, perché interviene il concetto di 'rischio' e, dall'altro lato, perché la perentorietà dell'autoconservazione si attenua e si complica con la creazione del corpo politico e la 'drammatizzazione' ed 'eticizzazione' del rapporto di cittadinanza. Rousseau converge comunque con Hobbes nella tesi centrale: occorre garantire la sicurezza dei soggetti e la pena di morte sembra (almeno per i crimini più gravi) indispensabile. E peraltro anche sul fronte opposto (per intendersi, groziano-lockiano) la conclusione non è dissimile: la sicurezza richiede l'eliminazione del criminale più pericoloso.

È però obbligata una siffatta conclusione? Oppure è possibile muovere, come Hobbes, da un'idea intransigente e incondizionata di autoconservazione e tuttavia sostenere che l'obiettivo da tutti perseguito – la tenuta dell'ordine e la sicurezza dei soggetti – è raggiungibile pur rinunciando all'impiego della pena capitale<sup>199</sup>? È in

<sup>199</sup> Come scriveva Leo Strauss, «Hobbes in fact admitted that there exists an insoluble conflict between the rights of the government and the natural right of the individual to self-

questo preciso passaggio della sua argomentazione che Beccaria può far tesoro delle sue letture lockiane. Un profondo fossato separa Beccaria da Locke quando è in gioco la rappresentazione del crimine (che per Locke, ma non per Beccaria, degrada e ‘disumanizza’ il criminale). Al contempo però Locke è, per Beccaria (come per la maggioranza dei filosofi illuminati), il vincitore indiscusso di una sfida epocale: è Locke che, contro la tradizione ‘assolutistica’ (contro Filmer, ma anche contro Hobbes), ha dimostrato la piena compatibilità fra la limitazione della sovranità e la salvaguardia dell’ordine, fra la sovranità e le libertà.

È questo il messaggio lockiano che occorre valorizzare: è possibile porre vincoli al sovrano senza per questo cadere nello hobbesiano *bellum omnium*. Se questa convinzione poteva darsi ormai per acquisita, in termini generali, nell’ambiente dei filosofi ‘illuminati’, restava però da dimostrare, nello specifico, una tesi che Locke non aveva affatto formulato: che cioè un vincolo da porre al sovrano fosse il divieto di infliggere la pena capitale e che tale divieto non compromettesse la sicurezza dei soggetti.

L’asse dell’argomentazione beccariana si sposta quindi, di necessità, dal fondamento del diritto di punire al concetto della pena e della sua funzione. Su questo terreno, il messaggio proveniente dalla tradizione contrattualistica era, come sappiamo, variegato ma non troppo dissonante: gli accenti mutano, ma la tesi di Pufendorf, secondo cui la pena deve prendere in considerazione, al contempo, il male compiuto dal trasgressore – il groziano «malum actionis» – e un bene futuro di cui essa si faccia strumento, riassume efficacemente un atteggiamento diffuso.

A questa tradizione Beccaria si rapporta, non per compierne una ricognizione ‘disinteressata’, ma per interrogarla a partire dal suo *thema demonstrandum*: la possibilità di garantire la sicurezza dei soggetti sottraendo al sovrano un’arma che faceva parte del suo secolare corredo; non un’arma qualsiasi, ma l’emblema del suo potere: il *gladium* che egli brandiva, con eguale energia, contro i nemici ‘ingiusti’ e contro i sudditi rei. Se questa è la scommessa, per vincerla occorre spostare l’asse dell’argomentazione dal piano della legittimità della pena al profilo della sua funzione e al contempo esigere che la pena si concentri non sul passato ma sul futuro. Beccaria ritiene di aver già dimostrato che la morte non è un diritto, che gli individui hanno e mantengono un diritto alla vita che né la violazione dei diritti naturali né la

preservation. This conflict was solved in the spirit, if against the letter, of Hobbes by Beccaria, who inferred from the absolute primacy of self-preservation the necessity of abolishing capital punishment» (L.STRAUSS, *Natural Right and History*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 1950, p. 197).

rottura della solidarietà corporatista deve poter annullare. Per vincere allora la «causa dell'umanità» occorre focalizzare l'attenzione sul secondo passaggio – sul nesso fra pena e sicurezza – e dimostrare che la pena di morte non solo non è legittima, ma non è «né utile né necessaria»<sup>200</sup>.

La partita deve essere giocata sul tavolo dell'efficacia deterrente della pena e sull'«effetto sicurezza» da essa prodotto; ed è su questo tavolo che Beccaria può gettare il suo asso di briscola: la minore efficacia deterrente della pena di morte rispetto a una pena alternativa (la pena detentiva, i lavori forzati a vita). La prima infatti produce un'impressione intensa, ma breve, mentre i secondi, con lo spettacolo del condannato ridotto a una «bestia di servizio», producono un'impressione, sì, più debole, ma prolungata nel tempo e quindi più profonda<sup>201</sup>.

Non è possibile, in questa sede, seguire Beccaria nello sviluppo della sua argomentazione. È comunque una pena declinata al futuro – una pena interamente giocata sul terreno della prevenzione e della deterrenza – la prospettiva dominante nel *Dei delitti*. Assistiamo alla forte evidenziazione di un profilo che nella tradizione contrattualistica era, sì, presente e rilevante, ma non esclusivo. Forse non sarebbe irragionevole ipotizzare che la semplificazione indotta dal *Dei delitti* risponda alla necessità di concentrarsi su un nesso (il nesso fra pena e sicurezza) decisivo nell'economia dell'opera; un'opera che colloca al centro di un complessivo progetto di riforma e di 'razionalizzazione' del sistema penale l'eversiva abolizione della pena capitale.

Certo, non è a un'abolizione 'totale' della pena di morte che conduce la proposta di Beccaria. Sempre nel capitolo XXVIII vengono indicati casi e situazioni in cui la morte può apparire necessaria: quando un cittadino, anche se privato della sua libertà, mostra di essere pericoloso per la nazione o per la «forma di governo stabilita», ossia «nel tempo dell'anarchia», «quando i disordini stessi tengono luogo di leggi», mentre è da respingersi senza eccezione la soppressione di un cittadino «durante il tranquillo regno delle leggi»<sup>202</sup>.

Il *caveat* di Beccaria non è sorprendente se lo leggiamo alla luce di quella dialettica fra 'criminale' e 'nemico' di cui abbiamo trovato consistenti tracce nella tradizione contrattualistica. Queste figure, se tendono a confondersi nella prospettiva groziana e lockiana (in quanto entrambe responsabili di violazioni del diritto naturale e per questo punibili), in Hobbes sono nettamente contrapposte. Il nemico mette in

<sup>200</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XXVIII, p. 87.

<sup>201</sup> Ivi, p. 89.

<sup>202</sup> Ivi, p. 88.



questione la sopravvivenza dell'ordine politico (minacciandolo dall'esterno oppure rompendo, dall'interno, il patto originario) e confligge con il sovrano in uno spazio privo di vincoli e regole giuridiche. Il criminale resta invece all'interno del *Commonwealth* e la sua punizione segue i binari dettati dalle leggi, che comunque possono comminare la condanna capitale per crimini particolarmente gravi. Hobbes sta, per un verso, accogliendo, e, per un altro verso riformulando entro le proprie coordinate teoriche la tradizione del *crimen laesae maiestatis*; come Rousseau, peraltro, che però evoca le immagini del ribelle e del traditore facendo intendere che quelle categorie (tradizionalmente riservate al criminale 'politico') sono riferibili anche al criminale 'comune' (quanto meno al 'grande' criminale), con la conseguente assimilazione del 'criminale' al 'nemico' (della patria, del corpo politico).

Anche in questo caso, Beccaria sembra tener presente la distinzione hobbesiana. Potremmo essere allora indotti a ritenere che anche nel *Dei delitti* viene suggerito un doppio binario: infliggere la morte al 'nemico', ma non al 'criminale' (che resta, per Beccaria come per Hobbes, 'cittadino'). In realtà, la distinzione di Beccaria, pur memore di Hobbes, non sembra un suo calco fedele. Potremmo tener presente una tesi di Pufendorf e immaginare una sua eco in Beccaria (o almeno registrare un'oggettiva convergenza fra i due autori). Pur vicino a Hobbes nella rappresentazione del potere punitivo, Pufendorf, come sappiamo, rifiuta la contrapposizione fra il 'nemico' ('interno') e il criminale sostenendo che anche il responsabile di reati politici resta pur sempre un cittadino e non può essere colpito con pene arbitrarie. Beccaria a sua volta non sembra riprodurre la distinzione hobbesiana fra delinquenti 'politici' e delinquenti 'comuni' (esonero solo questi ultimi dalla pena di morte), ma sembra suggerire una diversa dicotomia: fra una condizione di grave instabilità politica, «quando i disordini stessi tengono luogo di leggi» e un regime stabile e saldo, ispirato al rispetto della legalità<sup>203</sup>. In quest'ultimo caso, non sembra trovar posto la distinzione hobbesiana fra 'criminali' e 'nemici', perché la solidità dell'ordine è sufficiente per tenere a bada qualsiasi tipo di trasgressione. La distinzione hobbesiana viene quindi semmai ripensata e riformulata in una direzione diversa: da una distinzione fra soggetti ('criminali' e 'nemici') si

<sup>203</sup> Come osserva puntualmente Philippe Audegean in una nota all'edizione francese del *Dei delitti*, da lui curato, «Beccaria n'admet pas [...] la peine de mort pour un certain genre de crimes (délits politiques, crimes contre la sûreté de l'État), mais dans un certain genre de situation politique (caractérisée par l'«anarchie»). Il a en effet montré précédemment que la peine capitale relève de la force et non du droit. Toute la question est donc de savoir quels sont les critères qui permettent de décréter la guerre civile et, par conséquent, de suspendre les règles de l'État de droit en rétablissant la peine de mort» (C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, préface, traduction et notes de Ph. Audegean, Paris, Payot, 2014, pp. 130-31).

passa a una distinzione fra condizioni oggettive, fra l'immediato pericolo di sovvertimento delle istituzioni e la guerra civile, da un lato, e, dall'altro lato, il tranquillo funzionamento di un regime stabile.

La distinzione cui Beccaria accenna è in sostanza la distinzione fra un ordine 'normale' e uno 'stato di eccezione': fra una condizione giuridicamente regolata – l'impero delle leggi – e una *salus populi* che nell'urgenza di una situazione imprevista impone la sospensione delle regole. Il ritorno della morte come pena è un'ipotesi legata a uno stato di eccezione sottratto, per definizione, ai principî che presiedono alla vita 'normale' dell'ordinamento ed esposto a quello sfrenamento della sovranità caratteristico dell'originaria condizione prepolitica.

Anche l'idea dello 'stato di necessità', che in nome della *salus populi* fa saltare le regole consolidate, è antica, ma avrebbe trovato, a pochi anni di distanza dalla pubblicazione del *Dei delitti*, una straordinaria e innovativa riproposizione in Francia, negli anni della rivoluzione. In quel contesto, per giustificare l'eliminazione del 'nemico' non sarà necessario smentire Beccaria: lo stesso Robespierre, che propone, con argomenti beccariani, l'abolizione della pena di morte nel dibattito assembleare del 1791, dedicato alla riforma della legislazione penale, sosterrà di lì a poco, a fine '92, la necessità di condannare a morte il re<sup>204</sup>. Per affermare questa tesi Robespierre non è costretto a nessuna palinodia: gli basta invocare lo stato di necessità e l'esistenza di una guerra fra la nazione francese e il suo nemico<sup>205</sup>.

Ripercorrendo creativamente la tradizione contrattualistica, Beccaria era riuscito a dimostrare che il diritto di ognuno di conservare se stesso poteva essere preso sul serio fino in fondo (come voleva Hobbes), che la pena di morte poteva essere abolita senza che la sicurezza collettiva risultasse minacciata, che il potere sovrano poteva essere limitato senza che ne fosse compromessa la sua funzione ordinante (come aveva insegnato Locke), che non era ammissibile la distinzione fra 'nemici' e

<sup>204</sup> Cfr. M. A. CATTANEO, *Beccaria e Robespierre*, in *Atti del convegno internazionale su Cesare Beccaria (Torino 4-6 ottobre 1964) promosso dall'Accademia delle Scienze di Torino nel secondo centenario dell'opera Dei delitti e delle pene*, Torino, Accademia delle scienze, 1964, p. 317-328; J. GOULET, *Robespierre, la peine de mort et la Terreur (II)*, in «Annales Historiques de la Révolution Française», 55, 1983, 1, pp. 38-64; R. BADINTER, *Beccaria, l'abolition de la peine de mort et la révolution française*, in «Revue de science criminelle et de droit pénal comparé», 1989, pp. 235-251; R. MARTUCCI, *Logiche della transizione penale. Indirizzi di politica criminale e codificazione in Francia dalla Rivoluzione all'Impero (1789-1810)*, in «Quaderni fiorentini», XXXVI, 2007 (*Principio di legalità e diritto penale: per Mario Sbriccoli*), pp. 131-27; X. TABET, *Beccaria, la peine de mort et la Révolution française*, in «Laboratoire italien», 9, 2009 (*Les écrivains italiens des Lumières et la Révolution française*), pp. 50-79.

<sup>205</sup> M. ROBESPIERRE, *Œuvres*, Tome IX, *Discours (4e Partie), Septembre 1792-27 Juillet 1793*, a cura di M. Bouloiseau, G. Lefebvre, J. Dautry, A. Soboul, Paris, Presses Universitaires de France, 1958, pp. 121 ss.

‘criminali’ all’interno della medesima comunità politica (come aveva sostenuto Pufendorf). Beccaria era riuscito ad espellere la morte dal «tranquillo regno delle leggi» e poteva attendersi che essa restasse confinata nello spazio dell’eccezione: in uno spazio che, immaginato dalla ragione ‘illuminata’ come circoscritto e remoto, avrebbe invece rivelato (di lì a non molto e fino ai nostri giorni) un’inesauribile, quanto preoccupante, capacità di dilatazione e di espansione<sup>206</sup>.

<sup>206</sup> In Italia è stata varata nel 2007 una legge di riforma costituzionale che si preoccupa di chiudere le porte a ogni possibile reintroduzione ‘eccezionale’ della pena di morte modificando «in senso integralmente abolizionista il comma 4 dell’art. 27 Cost.» (A. PUGIOTTO, *L’abolizione costituzionale della pena di morte e le sue conseguenze ordinamentali*, in «Quaderni Costituzionali», XXXI, 3, 2011, p. 572).

« VOILÀ LE SOPHISME QUI A SÉDUIT TANT DE PUBLICISTES ».

LECTURES CONTRACTUALISTES DES *DÉLITS ET DES PEINES*

DANS L'ITALIE DU SECOND XVIII<sup>E</sup> SIÈCLE

1. *La thèse de Beccaria* : « *La peine de mort n'est [...] pas un droit* »

L'abolition de la peine de mort – sans doute la thèse la plus audacieuse et la plus scandaleuse du réformisme beccarien – est défendue dans *Des délits et des peines* au moyen de deux lignes argumentatives<sup>1</sup>. L'une d'entre elles, la plus développée et la plus célèbre, démontre que la peine de mort est moins dissuasive que d'autres peines (tels que les travaux forcés à perpétuité) ; l'autre soutient l'illégitimité du *jus vitae ac necis*. Si, dans le premier cas, le but consiste à rendre plus rationnelle et plus efficace (ainsi que plus « humaine ») la politique pénale du souverain, dans le second cas l'objectif est plus audacieux, puisqu'il touche aux fondements et aux limites du pouvoir politique et s'attaque à la légitimité même du *jus gladii*.

Pour atteindre cet objectif, Beccaria recourt au langage théorique du contractualisme qu'il hérite des principaux théoriciens du XVII<sup>e</sup> et du XVIII<sup>e</sup> siècle (Grotius, Hobbes, Locke, Pufendorf, Rousseau). C'est en s'interrogeant sur le moment fondateur de l'ordre politique qu'il découvre ainsi la racine de l'illégitimité de la peine de mort : « Quel est celui qui a jamais voulu laisser à d'autres l'arbitre de le tuer ? Comment peut-il y avoir, dans le plus petit sacrifice de la liberté de chacun, celui du plus grand parmi tous les biens, la vie ? »<sup>2</sup>. L'argumentation de Beccaria paraît ici se borner à tirer une conséquence indiscutable des axiomes contractualistes. Elle est cependant illusoirement claire et distincte, car si elle recourt aux principaux instruments conceptuels de la tradition jusnaturaliste et contractualiste, elle les emploie en réalité pour formuler une thèse abolitionniste qu'aucun des contractualistes précédents n'avait défendue.

<sup>1</sup> Voir E. Dezza, « Il problema della pena di morte », dans *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Rome, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012, p. 223-231.

<sup>2</sup> C. Beccaria, *Des délits et des peines*, trad. X. Tabet, Paris, Gallimard, 2015, p. 148.

---

P. Costa, « *Voilà le sophisme qui a séduit tant de publicistes* ». *Lectures contractualistes des Délits et des peines dans l'Italie du second XVIII<sup>e</sup> siècle*, in Id., *Saggi di storia della cultura giuridico-politica*. VIII. *La pena di morte*, 2024, [https://doi.org/10.69134/QFArchiviO\\_24\\_09](https://doi.org/10.69134/QFArchiviO_24_09), pp. 114-140.

Orig. in Philippe Audegean, Christian Del Vento, Pierre Musitelli, Xavier Tabet (dir.), *Le Bonheur du plus grand nombre. Beccaria et les Lumières*, Ens Édition, Lyon 2017, pp. 197-224. Traduzione di Philippe Audegean.

En matière de philosophie pénale, quoique réunis par d'importantes convergences, les contractualistes fréquentés par Beccaria étaient également divisés par une nette fracture. La pomme de discorde était formée par la nature et le statut du droit de punir : celui-ci était-il un droit originaire, consubstantiel à la condition humaine, détenu par tous les sujets avant d'être transmis par contrat au souverain, comme le voulaient Grotius et Locke, ou bien était-il une expression nécessaire de la souveraineté qui, en tant que telle, était inconcevable avant sa création, comme le soutenaient Hobbes et Pufendorf ? Pour inconciliable qu'elle soit, cette dissension n'empêchait pas la formation d'un sentiment unanime sur des aspects non moins importants de la politique pénale : d'un côté, sur la fonction de la peine, qui est fermement distinguée de la vengeance et conçue comme un instrument de contrôle efficace et rationnel auquel sont assignés différents buts (de la correction à la mise hors d'état de nuire du criminel) parmi lesquels figurent au premier plan la prévention et la sécurité ; et, de l'autre côté, sur la nécessité d'admettre parmi les instruments punitifs du souverain la peine de mort qui, si elle ne doit certes être prononcée qu'en dernier recours et toujours dans le cadre d'une institution pénale obéissant à un principe de proportionnalité rationnelle entre la gravité du crime et la sévérité de la peine, ne saurait néanmoins être abolie : c'est la reine des sanctions et la sanction du roi, l'emblème intangible de la souveraineté.

Beccaria recueille l'héritage de cette tradition, tout en s'en distinguant par un décalage essentiel : il adhère fermement à ses prémisses théoriques, mais il en tire la conséquence de l'abolition de la peine capitale. Pour ce faire, Beccaria navigue avec une audacieuse liberté dans les différents courants (parfois incompatibles) du contractualisme. Ainsi se fraie-t-il une route personnelle, principalement caractérisée par ces affirmations : a) le droit de punir et l'existence des peines relèvent non de l'état de nature, mais de la société civile ; nul individu ne se dégrade donc « naturellement » par les crimes qu'il commet ; b) l'individu est mû par une volonté acharnée de se conserver (comme chez Hobbes), qui reste inchangée dans la société civile et exige d'être respectée par le souverain ; c) le souverain n'est pas (comme le soutient Pufendorf) une entité dotée de pouvoirs supérieurs et irréductibles à ceux des sujets qui l'ont créé, mais dépend de leurs motivations et de leurs volontés originaires ; d) le souverain (comme l'a soutenu Locke) peut être soumis à des contraintes (et donc notamment à l'interdiction de condamner à mort) sans que

l'ordre établi n'en soit compromis<sup>3</sup>. Une fois démontrée, sur le fondement de ces affirmations, l'illégitimité de la peine de mort, Beccaria peut enfin déplacer l'axe de l'argumentation sur le thème de la sécurité et prouver la faible efficacité préventive de la peine capitale. Dès lors, pas même un dernier argument (abstraitement envisageable) – celui de la *necessitas*, susceptible de forcer l'ordre juridique « normal » – ne peut être invoqué en faveur du droit de vie et de mort.

Beccaria imprime donc à la tradition contractualiste une brusque déviation en un lieu particulièrement délicat – le droit de punir – qui conditionne la définition générale de la souveraineté<sup>4</sup>. Il peut alors être intéressant de se demander comment ses lecteurs contractualistes ont réagi à ce tournant. Dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle, le contractualisme est certes un paradigme désormais loin d'être prépondérant. Parmi les textes rédigés dans toute l'Europe par les défenseurs et les adversaires des *Délits et des peines*, ceux qui sont fondés sur la séquence « état de nature-contrat social » n'occupent pas une position dominante. C'est pourtant sur le terrain de la fondation contractualiste de l'ordre politique que repose l'argument beccarien de l'illégitimité de la peine de mort. Il peut donc être intéressant d'observer comment les lecteurs contractualistes des *Délits* ont réagi à l'abolitionnisme de Beccaria. C'est à cette question que je tenterai de donner quelques réponses, provisoires et partiales, puisque je limiterai mon propos à des œuvres rédigées en Italie dans les dernières décennies du XVIII<sup>e</sup> siècle, sans nulle prétention à l'exhaustivité<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Voir D. Ippolito, « Beccaria, la pena di morte e la tentazione dell'abolizionismo », *L'Acropoli*, VIII, 6, 2007, p. 701-714 ; P. Audegean, *La Philosophie de Beccaria. Savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Paris, Vrin, 2010 ; K. Ladd, « Penser la peine dans la souveraineté et dans l'époque. Situation de l'argumentation abolitionniste dans *Des délits et des peines* de Cesare Beccaria », *Lumières*, 20, 2, 2012 (*Penser la peine à l'âge des Lumières*, L. Delia et G. Radica éd.), p. 101-120 ; E. Dezza, « Il problema della pena di morte », *op. cit.* ; R. Pasta, « Cesare Beccaria », dans *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto, op. cit.*, p. 249-252 ; M. Porret, *Beccaria. Le droit de punir*, Paris, Michalon, 2003 ; B. E. Harcourt, « Beccaria's *On Crimes and Punishments* : A Mirror on the History of the Foundations of Modern Criminal Law », dans *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, M. Dubber éd., Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 39-60 ; P. Audegean, « *Dei delitti e delle pene* : significato e genesi di un pamphlet giuspolitico », dans *La libertà attraverso il diritto. Illuminismo giuridico e questione penale*, D. Ippolito éd., Naples, Editoriale scientifica, 2014, p. 71-92.

<sup>4</sup> Pour une étude du rapport entre Beccaria et le contractualisme des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, je me permets de renvoyer à P. Costa, « *Lo Ius vitae ac necis* alla prova : Cesare Beccaria e la tradizione contrattualistica », *Quaderni Fiorentini*, 44, 2015, p. 817-895.

<sup>5</sup> Sur les lecteurs italiens de Beccaria, de précieuses contributions sont offertes par A. M. Rao, « *Delle virtù e de' premi* : la fortuna di Beccaria nel Regno di Napoli », dans *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, Milan-Rome, Cariplo-Laterza, 1990, p. 534-569 ; R. Pasta, « *Dei delitti e delle pene* et sa fortune italienne : milieux juridiques et lecture "philosophique" », dans *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, M. Porret (éd.),

2. *L'objection des « pufendorfiens » : la distance « qualitative » entre le souverain et ses sujets*

Au moment de la rédaction des *Délits et des peines*, le contractualisme, bien que de provenance étrangère, circulait largement en Italie : ses textes de référence étaient des œuvres transalpines dont un grand nombre étaient connues de Beccaria. On lisait encore Grotius, on citait souvent les jusnaturalistes de l'espace allemand (Pufendorf – commenté par Barbeyrac –, Heinecke, Thomasius, Wolff) et Locke était un auteur unanimement reconnu.

Au sein du milieu contractualiste italien, il existait donc déjà, avant la publication des *Délits et des peines*, une certaine prédisposition à un réformisme pénal inspiré par l'exigence d'une rationalisation du système normatif, au nom du cercle vertueux qui, associant efficacité préventive, proportionnalité entre les délits et les peines et refus de toute cruauté non nécessaire, a trouvé en Beccaria son expression la plus incisive et la plus influente<sup>6</sup>. Si donc, de ce point de vue, la culture des contractualistes italiens était prête à accueillir les germes contenus dans *Des délits et des peines*, elle était aussi, d'un autre point de vue (plus étroitement théorique), déjà habituée à des règles du jeu que Beccaria proposait de bouleverser ou au moins de reformuler : ces règles présidaient justement à la fondation du droit de punir et à la représentation de la souveraineté. On retrouve également en Italie (pour s'exprimer de manière synthétique) la *summa divisio* entre la ligne venue de Grotius et Locke et la ligne venue de Hobbes et Pufendorf (bien que le nom de Hobbes soit prudemment évité), entre le droit de punir comme prérogative de tout individu dans l'état de nature et le droit de punir comme apanage exclusif de la souveraineté.

Genève, Droz, 1997, p. 119-149 ; G. Imbruglia, « Riformismo e illuminismo. Il *Dei delitti e delle pene* tra Napoli e l'Europa », dans *Cesare Beccaria. La pratica dei lumi*, V. Ferrone et G. Francioni (éd.), Florence, Olschki, 2000, p. 99-126.

<sup>6</sup> On peut considérer Alberto De Simoni comme un contractualiste *sui generis*. Il reprend en effet l'idée du contrat social, tout en y « inoculant » la thèse selon laquelle le *jus vitae ac necis* du souverain ne dérive d'« aucune cession faite par les hommes », mais provient d'un « plus haut principe », c'est-à-dire de Dieu (A. De Simoni, *Del furto e sua pena* [1776], t. I, Milano, G. Pirotta, 1823, p. 56). Il rejette ainsi l'abolitionnisme de Beccaria (dont il partage cependant l'élan réformateur) en développant à la fois des images anciennes – le souverain, tel un « médecin habile et expérimenté, tranche précisément tel membre corrompu et empêche que le venin se répande de manière plus nuisible et plus dangereuse » (*ibid.*, p. 129) – et des arguments contractualistes : en vertu du pacte social, les contractants mettent le « dépôt » « de leur propre vie pour assurer la vie d'autrui » (*ibid.*, p. 56). Un argument intéressant est l'évocation du lien (lui aussi présent dans la tradition) entre procès pénal et guerre : si le souverain ne peut légitimement prononcer une condamnation à mort, il ne pourra pas non plus « exposer la vie de ses sujets à la guerre » (*ibid.*, p. 130). Sur les thèses de De Simoni en matière de procédure pénale, voir E. Dezza, *Accusa e inquisizione. Dal diritto comune ai codici moderni*, Milan, Giuffrè, 1989, p. 159 et suiv.

Le modèle pufendorfien trouve de nombreux adeptes parmi les contractualistes italiens : l'un d'entre eux est Giovanni Maria Lampredi, figure importante de l'université de Pise<sup>7</sup>. Dans le *De maiestate*, publié en 1761, puis dans son ouvrage principal, les *Theoremata*, publiés entre 1776 et 1778, Lampredi adhère au contractualisme pufendorfien : même distinction entre *pactum unionis* et *pactum subjectionis*, même représentation de la souveraineté, même solution au problème du droit de punir. Contre la thèse de Grotius, Locke, Wolff et Barbeyrac, nommément cités, Lampredi soutient que le seul point de jonction entre l'état de nature et la société civile est le droit de se défendre : dans l'état de nature, la victime d'une agression, en tant que titulaire du droit-devoir d'assurer sa conservation et de se procurer le bonheur, est autorisée à se défendre<sup>8</sup> (et elle l'est également dans la société civile, lorsqu'elle n'est pas en mesure de faire promptement intervenir la force publique). La question est de savoir si l'action de l'agressé contre l'agresseur peut être considérée comme une peine proprement dite. Le seul élément qui les rapproche pourrait être trouvé dans les exigences que Lampredi impose à l'action défensive : celle-ci ne doit pas franchir les limites de la stricte nécessité et doit demeurer fondamentalement étrangère à toute forme de vengeance. Mais ce qui sépare la défense de la peine est surtout le fait que la première, à la différence de la seconde, s'épuise tout entière dans le rapport entre l'agressé et l'agresseur. Seule la victime est appelée en conscience à juger de l'injustice de l'action d'autrui et à y porter remède : les autres ne sont pas autorisés à intervenir tant que l'agresseur ne représente pas également un danger pour eux. Or c'est justement à propos de ce passage décisif (de l'individu à « tous ») que Lampredi souligne la distance entre sa conception et celle des principaux représentants de la ligne héritée de Grotius. Rien n'interdit d'appeler « peine » le droit de se défendre, à condition toutefois d'être bien conscient que, en procédant ainsi, on appellerait alors « droit de punir le droit de tuer les bêtes fauves qui, mues par la férocité naturelle ou par la faim, attaquent les hommes et les autres animaux »<sup>9</sup>. C'est donc dans la société civile qu'il faut situer le droit de punir : ce droit suppose l'inégalité et requiert la création contractuelle d'un souverain désigné comme titulaire exclusif de l'exercice de la violence

<sup>7</sup> Voir P. Comanducci, *Settecento conservatore. Lampredi e il diritto naturale*, Milan, Giuffrè, 1981 ; « La scuola criminalistica pisana tra Sette e Ottocento », dans *Illuminismo e dottrine penali*, L. Berlinguer et F. Colao (éd.), Milan, Giuffrè, 1990, p. 241-304.

<sup>8</sup> Voir G. M. Lampredi, *Juris Publici Universalis sive Juris Naturae et Gentium Theoremata*, I<sup>e</sup> partie, Florence, typis Regiae Celsitudinis, Cajet. Camb., 1792, VII, § 7, p. 174 et suiv.

<sup>9</sup> G. M. Lampredi, *Diritto pubblico universale o sia diritto di natura e delle genti*, t. I, I, VII, § 14, Milan, G. Silvestri, deuxième éd., 1828, p. 188 (voir *Juris Publici Universalis sive Juris Naturae et Gentium Theoremata*, I<sup>e</sup> partie, *op. cit.*, § 13, p. 190).



légitime<sup>10</sup> (cette violence étant parfaitement compatible, comme l'a montré Grotius qui est explicitement invoqué, avec la morale chrétienne).

Une chose est donc le droit à l'autodéfense, qui n'est pas de nature pénale, autre chose est la peine au sens propre, qui présuppose la société civile et la *superioritas* du souverain. Typiquement pufendorfiennne, adoptée dans les *Theoremata* sans y être approfondie, cette distinction est reprise et développée par un élève de Lampredi, Francesco Foggi, dans un *Saggio sopra l'impunità* qui, publié en 1774, est présenté par un censeur de l'époque comme ayant été écrit par l'auteur « sous la dictée » de son maître<sup>11</sup>.

Selon Foggi, dans la condition prépolitique de l'humanité, l'individu peut réagir à une injuste agression en se défendant par la force ou en réclamant la réparation du dommage. Si cette dernière peut être considérée comme une peine indirecte ou « naturelle », il n'en demeure pas moins que la peine proprement dite, que Foggi appelle directe ou arbitraire, prononcée par la décision souveraine d'un *superior*, inflige au coupable un mal supérieur à celui qu'exige la réparation du dommage. La peine au sens propre est donc étrangère à l'état de nature : si elle ne l'était pas, il s'ensuivrait notamment que le principe d'égalité serait transgressé, puisque différents individus pourraient donner des peines différentes pour un même délit<sup>12</sup>.

De même qu'il ne peut y avoir de peine proprement dite en l'absence d'un souverain, de même le crime se définit non comme la violation de droits ou comme la cause d'un dommage social, mais comme la transgression d'une loi promulguée par un *superior*. Prendre pour critère de l'action criminelle le dommage social qu'elle provoque, comme le voudraient, selon Foggi, de nombreux philosophes illustres de son temps, serait recevable si les lois étaient toujours conformes à l'utilité publique. Or, une telle exigence est irréaliste : l'erreur des philosophes est de confondre l'idéal et le réel, en négligeant le fait que les gouvernants sont des êtres humains et donc faillibles. On ne peut exclure qu'il existe des lois dont la transgression ne provoque

<sup>10</sup> Ce problème avait déjà été abordé dans G. M. Lampredi, *De licentia in hostem liber singularis in quo Samuelis Cocceii sententia de infinita licentia in hostem exponitur et confutatur*, Florentiae, Imperiales Typographi, 1761. Contre Samuel Cocceji, dont la thèse fondamentale était ainsi présentée : « Contre un ennemi qui, armes au poing, attaque nos droits, nous pouvons donc sévir sans limites, puisqu'il s'est rendu coupable d'un préjudice incommensurable » (chap. 5, p. 21), Lampredi avait nié que, dans l'état de nature, en l'absence d'un *superior*, il puisse exister quelque chose comme une peine (voir chap. 8, p. 38-43) ; il en avait conclu que, les souverains étant entre eux dans une condition analogue à celle de l'état de nature, « il n'y a aucune place pour la punition dans les rapports entre nations » (chap. 9, p. 45).

<sup>11</sup> Voir P. Comanducci, *Settecento conservatore*, op. cit., p. 157. Voir aussi A. Rotondò, « Su Giovanni Maria Lampredi », *Ricerche storiche*, IX, 1, 1979, p. 3-28.

<sup>12</sup> Voir [F. Foggi], *Saggio sopra l'impunità legittima o l'asilo*, Livourne, G. V. Falorni, 1774, p. 34-39.

aucun dommage social : or on ne saurait pour autant admettre la désobéissance à ces lois. Seule la loi du souverain est donc le fondement de l'ordre social et le critère de définition du crime. Il n'en reste pas moins vrai que la loi doit poursuivre l'intérêt général. Mais le prince et son sujet ne partagent pas la même condition : le premier doit créer la loi en fonction de l'intérêt général, tandis que le second doit la respecter, quel que soit le degré d'adéquation entre cette loi et son objectif.

Foggi défend une perspective qu'on pourrait qualifier (au prix de quelque anachronisme) de positiviste et de relativiste : est un crime ce que le souverain définit comme tel. Même le vol, fait observer Foggi, peut être autorisé par une loi positive, comme c'était le cas, sous certaines conditions, à Sparte. Mais en soutenant cette thèse, Foggi se rapproche dangereusement de Hobbes et se sent obligé de s'en démarquer en ajoutant que, s'il est vrai qu'on doit obéir à la loi même si elle est « erronée », même si elle est socialement nuisible ou inutile, on ne doit pourtant le faire que si le prince agit de bonne foi et si son erreur est innocente<sup>13</sup>. Cette ligne de défense n'est guère solide, mais elle répond bien à l'orientation modérément « absolutiste » exigée à la fois par le modèle pufendorffien et par le climat politique du temps.

C'est donc le contrat social qui, en instaurant l'ordre politique, rend possible la peine au sens propre et en confie la détermination et l'application à la libre décision du souverain. La porte n'en est pas pour autant ouverte au pur et simple arbitraire du prince. D'un côté, en effet, la peine répond à une exigence : la peine proprement dite – comme souffrance infligée au coupable et supérieure à la simple réparation du dommage – est indispensable dans une société civilisée et sophistiquée (nous dirions aujourd'hui dans une société complexe), car la prévention y est indispensable ; d'un autre côté, et par conséquent, la peine est un instrument qui, choisi par le souverain en vue de l'utilité générale, est justifié par sa fonction dissuasive. De ce point de vue, Beccaria n'a pas prêché dans le désert : il suscite des approbations et renforce des positions déjà existantes. Plus délicate est la question suivante : qui est le juge de l'utilité de la peine (c'est-à-dire du rapport d'adéquation entre la peine et sa fonction dissuasive) ? La réponse de Foggi est nette : c'est le souverain, dont le jugement discrétionnaire ne souffre aucune contestation possible. Le caractère « scandaleux » de l'abolitionnisme de Beccaria vient justement de sa prétention à soumettre l'exercice souverain de la violence légitime à des contraintes inconditionnelles : cette prétention profane le *sancta sanctorum* de la souveraineté.

<sup>13</sup> Voir *ibid.*, note 1, p. 80-81.

Pour Beccaria, le souverain ne saurait disposer de pouvoirs que ses sujets ne peuvent lui avoir confiés, parce qu'ils sont directement incompatibles avec leur irréductible volonté de se maintenir en vie. Tel est l'argument « contractualiste » auquel Foggi doit répondre. Il le fait en se servant des analyses de Pufendorf sur le fondement du droit de punir.

Pufendorf aborde certes le problème de la peine capitale, mais son souci principal est le fondement du droit de punir. Il partage avec Hobbes la thèse selon laquelle, dans l'état de nature, on ne trouve pas trace de ce droit et tente de résoudre, mieux que Hobbes, le problème que Hobbes avait formulé : comment le souverain peut-il infliger des punitions alors même que les individus ne peuvent lui avoir transféré le droit de punir, puisqu'ils en sont eux-mêmes dépourvus dans l'état de nature ? La réponse brillante de Pufendorf, fondée sur sa théorie des corps moraux, consiste à soutenir que la création contractuelle de l'ordre politique fait naître une entité dont les pouvoirs ne sont pas la simple résultante mécanique ou la somme des pouvoirs des individus qui l'ont créée. Cette entité jouit pour ainsi dire d'un supplément ontologique qui lui permet de disposer de pouvoirs nouveaux et spécifiques : or, parmi eux figure le droit de punir<sup>14</sup>.

Plutôt que de se concentrer sur la *question* de Pufendorf (et de Hobbes) – comment le pouvoir punitif vient-il au souverain ? –, Foggi s'intéresse à sa *réponse* – l'idée du souverain comme corps complexe, irréductible à la somme de ses sujets – et l'utilise comme rempart contre l'abolitionnisme de Beccaria : le souverain est une réalité supérieure et autonome par rapport aux individus qui l'ont créé. Beccaria n'avait pas clairement exprimé son refus d'une telle vision de la *respublica*, mais toute son argumentation reposait sur une idée opposée de la souveraineté comme essentiellement réductible aux volontés et aux motivations originaires des individus. Il n'est donc pas étonnant que Pufendorf soit invoqué par certains contractualistes italiens pour affirmer la distance infranchissable et qualitative entre le souverain et ses sujets et pour rejeter par là même la thèse beccarienne de l'illégitimité de la peine capitale.

Entre Beccaria et les contractualistes italiens d'obédience pufendorfienne tels que Lampredi, Foggi, Renazzi ou Cremani, les convergences ne manquent certes pas. Tous partagent la conviction que le droit de punir ne naît qu'après la fondation

<sup>14</sup> Voir S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, Londini Scanorum, Adami Junghaus-Vitus Haberegger, 1672, VIII, III, § 1, p. 1044.

contractuelle de la société civile<sup>15</sup>. Pour eux, le but des peines n'est pas l'application de la loi du talion<sup>16</sup>, mais l'utilité sociale et la sécurité, qui peuvent être renforcées par la rationalisation du système punitif qu'ils appellent de leurs vœux<sup>17</sup>. Toutefois, la thèse abolitionniste et surtout celle de l'illégitimité (« contractualiste ») de la peine de mort ne leur en apparaissent pas moins à tous comme inacceptable. Si Francesco Maria Renazzi évite de se prononcer et se réfugie dans un singulier appel – vraisemblablement nicodémique, si l'on tient compte de son appartenance aux États du pape – à l'intime conviction du lecteur<sup>18</sup>, Luigi Cremani reprend l'argument pufendorffien employé par Foggi et le renforce au nom du *jus necessitatis*, que seul le prince peut interpréter et appliquer<sup>19</sup>.

Si les pufendorffiens italiens font donc bon accueil à l'insistance sur le lien entre peine et sécurité et à l'exigence d'une rationalisation du système pénal, ils voient néanmoins dans l'abolition de la peine de mort un dangereux affront aux prérogatives souveraines et une brèche où peuvent s'engouffrer les passions « désordonnantes » des sujets.

### 3. *L'anti-abolitionnisme de Gaetano Filangieri*

Les théoriciens du droit de punir inspirés par Pufendorf sont nombreux, mais ils n'occupent pas toute la scène. La ligne adverse, qui s'inspire de Grotius et de Locke, compte parmi ses défenseurs l'un des plus grands représentants de la philosophie des Lumières : Gaetano Filangieri. Ce n'est en effet pas un hasard si l'attention de

<sup>15</sup> Voir F. M. Renazzi, *Elementa juris criminalis*, Romae, J. Generosus Salomoni, 1775, II, II, § 7, p. 19-21 ; L. Cremani, *De Iure criminali*, Ticini, Haeredes P. Galeatii, 1791, I, II, II, § 5, p. 116.

<sup>16</sup> Voir F. M. Renazzi, *Elementa juris criminalis*, *op. cit.*, II, IV, § 16, p. 58-70.

<sup>17</sup> Voir *ibid.*, II, III, § 8, p. 38-39 ; II, IV, p. 44-72.

<sup>18</sup> Voir *ibid.*, II, IX, p. 127. Sur Renazzi, voir M. R. Di Simone, *La Sapienza romana nel Settecento. Organizzazione universitaria e insegnamento del diritto*, Rome, Edizioni dell'Ateneo, 1980, p. 208 et suiv. ; B. Maschietto, *L'« Anti-Rousseau » di Filippo Maria Renazzi*, Trente, Università degli Studi di Trento, 1999, p. 1-47.

<sup>19</sup> Voir L. Cremani, *De Iure criminali*, *op. cit.*, I, II, v, § 6, p. 149 ; I, II, v, § 7, p. 150. Sur Cremani, voir G. P. Massetto, « Osservazioni sulla Leopoldina in Lombardia », dans *La « Leopoldina » nel diritto e nella giustizia in Toscana*, L. Berlinguer et F. Colao (éd.), Milan, Giuffrè, 1989, p. 355-437 ; E. Dezza, « La Scuola penalistica pavese fra Sette e Ottocento », repris dans *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Milan, LED, 1992, p. 319-365 ; G. Di Renzo Villata, « Beccaria e gli altri tra ieri e oggi. Alcune riflessioni a margine della relazione Zagrebelsky », dans *Cesare Beccaria. La pratica dei lumi*, *op. cit.*, p. 23-47.

l'historiographie, qui a consacré des études importantes au réformateur napolitain, s'est particulièrement concentrée sur sa philosophie du droit pénal<sup>20</sup>.

Dans le troisième volume de *La Science de la législation* – que Venturi présente comme le traité « encyclopédique » de droit pénal le plus complet du XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>21</sup> –, Filangieri traite avec acuité et profondeur (quoiqu'au moyen d'une argumentation qui n'est pas toujours linéaire, en raison notamment de l'éclectisme qui le caractérise) des principales questions de la doctrine pénale, dans le cadre d'une conception jusnaturaliste fondée sur la dualité entre état de nature et société civile et sur le contrat social comme point de passage entre les deux stades. Comment situer le droit de punir dans ce cadre théorique ?

Nul ne met en doute le fait que tout individu dispose d'un droit originaire de se défendre, corollaire du besoin (et du droit) de se conserver. Deux questions se posent toutefois : l'action exercée par la victime contre son injuste agresseur peut-elle être considérée comme l'infliction d'une peine ? et si oui, la victime seule est-elle autorisée à agir, ou n'importe quel sujet en a-t-il également le droit ?

Filangieri adopte sans hésitation la seconde voie<sup>22</sup> au nom d'un argument très convaincant fondé sur une interprétation rigoureuse du terme de *droit*. À mon « droit

<sup>20</sup> Voir M. A. Cattaneo, « Alcuni problemi nella dottrina della pena di Gaetano Filangieri », dans *Gaetano Filangieri e l'illuminismo europeo*, L. d'Alessandro (éd.), Naples, Guida, 1991, p. 262-288 ; K. Seelmann, « Gaetano Filangieri e la proporzionalità fra reato e pena. Imputazione e prevenzione nella filosofia penale dell'illuminismo », *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXI, 1, 2001, p. 3-25 ; V. Ferrone, *La società giusta ed equa. Republicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, Rome-Bari, Laterza, 2003, p. 102 et suiv. ; F. Berti, *La ragione prudente. Gaetano Filangieri e la religione delle riforme*, Florence, Centro Editoriale Toscano, 2003, p. 477 et suiv. ; G. Pecora, *Il pensiero politico di Gaetano Filangieri. Una analisi critica*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2007, p. 196 et suiv. ; F. Berti, « Garanzie processuali e diritti dell'uomo nella dottrina della pena di Gaetano Filangieri », *Historia et ius*, 2, 2012, p. 1-18, et « Droit de punir et construction d'une citoyenneté vertueuse dans la philosophie de la peine de Filangieri », *Lumières*, 20, 2, 2012 (*Penser la peine à l'âge des Lumières, op. cit.*), p. 73-86 ; A. Tuccillo, « Droit de punir et légitimation de la peine de mort dans la *Science de la Législation* de Gaetano Filangieri », *Corpus*, 62, 2012 (*La peine de mort*, L. Delia et F. Hoarau éd.), p. 231-243. Sur l'influence de Filangieri sur la réflexion pénale du premier XIX<sup>e</sup> siècle, voir M. R. Di Simone, « Gaetano Filangieri e i criminalisti italiani della prima metà dell'Ottocento », dans *Diritti e costituzione. L'opera di Gaetano Filangieri e la sua fortuna europea*, A. Trampus (éd.), Bologne, Il Mulino, 2005, p. 165-230.

<sup>21</sup> F. Venturi, « Gaetano Filangieri. Nota introduttiva », dans *Illuministi italiani, V, Riformatori napoletani*, Milan-Naples, Ricciardi, 1962-1963, p. 633.

<sup>22</sup> L'*auctoritas* invoquée par Filangieri est Christian Wolff : voir G. Filangieri, *La Scienza della Legislazione*, G. Tocchini et A. Trampus éd., Venise, Centro di Studi sull'Illuminismo europeo « G. Stiffoni », vol. 4, 2004, III, « Delle leggi criminali », II, « Dei delitti e delle pene », chap. 29, p. 26. Dans le passage évoqué par Filangieri, Wolff soutient en effet que « tu disposes sans nul doute du droit parfait de ne tolérer aucune offense de quiconque » (C. Wolff, *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*, Francfort-sur-le-Main / Leipzig, 1, 1740, § 1058, p. 704) ; il ajoute que c'est dans le droit naturel de se défendre que réside la source du droit de punir, fondé sur la nature humaine elle-même (*ibid.*, p. 705) et non, comme d'autres l'ont soutenu, sur la *jurisdictio* et sur l'inégalité de pouvoir entre les sujets. Wolff reconnaît à juste titre que Grotius a lui aussi défendu l'existence d'un droit naturel de punir et de faire du mal à l'agresseur injuste, mais il ajoute qu'il

de défense » ne peut correspondre un inébranlable « droit à la vie » de l'agresseur parce qu'« il serait *contradictoire* que deux droits opposés existent simultanément »<sup>23</sup>. Il en découle une importante conséquence : l'indisponibilité des droits naturels (y compris du plus important d'entre eux, le droit à sa propre conservation) n'est pas absolue et la perte d'un droit n'est pas la conséquence d'un « renoncement », d'un contrat, mais d'un processus « objectif » (ou mieux, intersubjectif). Un certain type de comportement (une agression) donne à la victime un nouveau droit – le droit de se défendre – et annule un droit préexistant de l'agresseur – son droit à la vie. Or ce droit à la vie, une fois perdu en conséquence d'un acte injuste, ne peut être restitué immédiatement après : « Devrons-nous croire que la même cause (le crime) puisse produire un moment avant et un moment après deux effets diamétralement opposés ? »<sup>24</sup>. Le droit de tuer le coupable est donc accordé à quiconque.

Cet argument, fondé sur le rapport entre droits incompatibles, n'est cependant que la première salve du feu roulant déclenché par Filangieri. Son deuxième argument n'est que la simple confirmation de la thèse de Locke (défini comme « le plus grand penseur d'Europe »<sup>25</sup>) : le droit de punir doit déjà exister dans l'état de nature pour que soit garantie l'efficacité contraignante des lois de nature avant la fondation de la souveraineté.

Au-delà du fait qu'il manifeste une adhésion explicite à la ligne lockienne, le troisième argument employé par Filangieri pour renforcer la thèse de son mentor est intéressant. La nature, observe Filangieri, ne fait rien d'inutile et ne suscite chez les êtres humains que des sentiments qui correspondent à ses lois. Or, un sentiment universellement partagé est le fait de se réjouir lorsque le coupable subit une « peine méritée » : nous souhaitons tous venger un tort grave même lorsque celui qui l'a subi est un parfait inconnu<sup>26</sup>. Cet argument, que nous appellerions aujourd'hui

n'a pas su en découvrir le véritable fondement. On ne saurait cependant imputer à Grotius (contrairement à ce que disent les éditeurs de Gaetano Filangieri dans *La Scienza della Legislazione*, ouvr. cité, p. 26, note 67) la thèse de la vengeance comme fondement de la peine, que Grotius rejette au contraire explicitement (voir H. Grotius, *De jure belli ac pacis*, Parisiis, N. Buon, 1625, II, XX, 5, p. 401 et G. Courtois, « Hugo Grotius. La bonne et la mauvaise vengeance », dans *La Vengeance. Études d'ethnologie, d'histoire et de philosophie*, G. Courtois (éd.), vol. IV, *La vengeance dans la pensée occidentale*, Paris, Cujas, 1984, p. 137-151).

<sup>23</sup> G. Filangieri, *La Scienza della Legislazione*, *op. cit.*, chap. XXIX, p. 23.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> Voir *ibid.*, p. 25 : « Qui d'entre nous, au récit de quelque crime atroce, ne voudrait pas avoir entre les mains l'impie qui l'a commis pour venger le tort infligé à un malheureux que nous ne connaissons même pas ? [...] Si donc la nature n'avait donné qu'au seul offensé le droit de tuer l'agresseur, à quoi aurait-il servi d'inspirer dans l'esprit des autres une haine aussi résolue contre lui ? ».

« rétributionniste », fondé sur le désir naturel et universel que le coupable soit puni, paraît parfaitement plausible à Filangieri qui n'y voit aucune contradiction avec l'idée d'une peine « qui regarde vers le futur »<sup>27</sup>.

Digne d'intérêt est enfin le quatrième argument, qui repose sur un *locus classicus* de la tradition jusnaturaliste : l'analogie entre les individus dans l'état de nature et les nations souveraines. Si cette analogie (ou mieux cette homologie) est fondée, s'il est vrai (et il l'est) que, pour punir l'offenseur, toute nation peut intervenir et non seulement la nation offensée, alors vaut le principe, pour l'individu dans l'état de nature comme pour les nations dans le droit des gens, que chacun est « gardien et garant » des lois naturelles<sup>28</sup>.

Proche de Locke dans sa conception du droit de punir, Filangieri le suit également dans sa définition de l'état de nature comme condition déjà potentiellement « ordonnée » : s'il est nécessaire d'en sortir (en créant le souverain par un contrat), ce n'est ni parce qu'un ordre prépolitique est, comme le voulait Hobbes, impossible, ni parce que les règles font défaut et qu'il n'existe pas d'instruments (les peines) pour en garantir le respect, mais parce qu'un emploi « diffus » de la force laisse trop libre cours à l'insécurité, à laquelle on ne remédie qu'en concentrant le pouvoir entre les mains du souverain.

« Or, cette imperfection de l'état de nature a été corrigée dans l'état civil. Dans cet état, on n'a pas créé un nouveau droit, mais on a assuré l'exercice de l'ancien. »<sup>29</sup> Filangieri s'inspire aussi bien de Locke que de Wolff en soutenant que le droit de punir du souverain est étroitement dépendant des lois naturelles qui étaient déjà à l'œuvre avant la formation du corps politique<sup>30</sup>. On trouve pourtant aussi, dans la *Science de la législation*, des expressions qui, quoiqu'elles ne contredisent pas formellement la thèse de la continuité du droit de punir avant et après le pacte social, soulignent toutefois vigoureusement le rôle des lois positives. Les lois sont présentées comme l'expression directe non du pacte social (au singulier) qui institue

<sup>27</sup> Sur le risque de l'anachronisme qui guette toute application trop rigide et « actualisante » des dichotomies de la pensée pénale des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles (théorie de la rétribution/théorie de la prévention) à la culture du XVII<sup>e</sup> et du XVIII<sup>e</sup> siècle, je me permets de renvoyer à P. Costa, « *Lo Ius vitae ac necis alla prova* », *op. cit.*, p. 873-875. Voir les considérations pertinentes et précises de D. Ippolito, « La philosophie pénale des Lumières entre utilitarisme et rétributivisme », *Lumières*, 20 2, 2012 (*Penser la peine à l'âge des Lumières*, L. Delia et G. Radica éd.), p. 21-34.

<sup>28</sup> Voir G. Filangieri, *La Scienza della Legislazione*, *op. cit.*, chap. XXIX, note e, p. 24.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>30</sup> Pour Wolff, la *civitas* ne pourrait devenir titulaire d'un *jus puniendi* « si, dans l'état de nature, la nature même n'avait attribué à chacun le droit de punir quiconque est égal à lui » (C. Wolff, *Jus naturae*, *op. cit.*, § 1061, p. 708).

la souveraineté, mais des pactes (au pluriel) que les sujets nouent avec la société : « Si les lois sont les formules qui expriment les pactes sociaux, toute transgression de la loi est donc la violation d'un pacte. »<sup>31</sup> La violation de la loi naturelle semble reculer au second plan, tandis que le centre de la scène est occupé par le rapport entre le citoyen et la société : le devoir repose désormais sur le pacte que chacun noue avec la société pour garantir son droit correspondant. « Si les pactes sociaux ne sont autre que les devoirs que tout citoyen contracte envers la société en compensation des droits qu'il acquiert, toute violation d'un pacte doit donc être suivie de la perte d'un droit. »<sup>32</sup> Ce qui surgit au premier plan est donc le lien qui noue les individus à la société, au point de susciter un portrait du transgresseur qui n'est pas sans rappeler le pathos holistique de Rousseau :

Cette même société qui défendait ta tranquillité s'armera contre toi, et elle ne déposera pas les armes tant que tu n'auras pas subi la peine encourue par ton crime [...]. Tu perdras ta vie, ton honneur, tes biens et toutes les prérogatives de la citoyenneté, parce que tu as violé les pactes qui assurent la jouissance de tous ces droits. De citoyen que tu étais, tu deviendras l'ennemi de la patrie, et nous qui exprimons la volonté générale, nous ordonnons au corps qui a entre ses mains la faculté exécutive de la libérer de cet ennemi [...].<sup>33</sup>

La définition du criminel comme un ennemi dont le corps social doit se libérer n'empêche cependant pas Filangieri de souscrire aux principales thèses du réformisme pénal des Lumières, qui avait trouvé en Beccaria sa plus brillante expression : insistance sur le lien entre peine et sécurité, importance de la prévention, proportion entre la peine et le délit. Filangieri dresse un plan systématique des réformes indispensables en vue d'une restructuration rationnelle du procès pénal et du droit criminel, et il le fait en harmonie avec les thèses exposées dans *Des délits et des peines* (qu'il utilise largement plus qu'il ne le mentionne explicitement). C'est surtout dans le chapitre XIX, consacré au problème de la peine de mort, que Beccaria gagne les feux de la rampe : or, c'est pour être durement attaqué comme l'auteur d'un « sophisme » ou d'un « paralogisme ». Pour le réfuter, Filangieri se voit contraint de s'engager dans une « discussion » sur la légitimité de la peine de mort qu'il n'hésite pas à définir comme « métaphysique ».

Ses adversaires sont désignés comme ces « écrivains modernes » qui ont poussé « la plupart de leurs lecteurs à croire que la peine de mort, dont toutes les nations ont

<sup>31</sup> G. Filangieri, *La Scienza della Legislazione*, op. cit., chap. XXV, p. 7.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>33</sup> *Ibid.*, chap. XXVI, p. 12-13.



fait usage, ne peut dériver d'aucun droit »<sup>34</sup>. Filangieri exagère cependant le nombre et la force de ses adversaires : la « plupart » des lecteurs des *Délits* n'étaient nullement devenus « abolitionnistes » et les « écrivains modernes » sont un pluriel qui renvoie en réalité à un singulier, c'est-à-dire à l'auteur de ce « sophisme » que Filangieri s'apprête à démontrer<sup>35</sup>.

Les arguments de Beccaria sont d'abord paraphrasés (voire presque littéralement reproduits), puis condensés en un syllogisme destiné à mettre en évidence leur structure logique et à rendre immédiatement visibles leurs points faibles : « Nul ne peut donner ce qu'il n'a pas ; or, l'homme n'a pas le droit de se tuer ; le souverain, qui n'est autre que le dépositaire des droits transférés par les individus au corps entier de la société, ne peut donc lui non plus avoir le droit de punir quiconque de mort. » Tel est « le sophisme qui a séduit tant de publicistes »<sup>36</sup>.

Pour le démolir, Filangieri ne semble pas pouvoir se contenter de deux célèbres argumentations, respectivement élaborées par Pufendorf et par Rousseau. Filangieri fait d'abord référence à ce même passage du *Droit de la nature et des gens* que Lampredi et Foggi avaient déjà utilisé contre Beccaria : peu importe que l'individu ait ou non donné au souverain le pouvoir de le tuer – observaient les pufendorfiens de l'université de Pise – puisque le corps politique, en tant que corps complexe, bien qu'engendré contractuellement par les individus, dispose de nouveaux pouvoirs irréductibles aux capacités et aux volontés originaires des contractants. En réalité, le *thema demonstrandum* du jusnaturaliste saxon ne concernait pas tant la légitimation de la peine de mort que la fondation du droit de punir. Filangieri semble en être conscient lorsqu'il attribue à Pufendorf la capacité de prévoir et l'intention d'empêcher, grâce à sa théorie des corps moraux, « les funestes conséquences susceptibles d'être déduites » du principe selon lequel « nul n'ayant le droit de se priver » du bien de la vie, « nul ne peut céder au souverain un droit qu'il n'a pas »<sup>37</sup>.

Lampredi et Foggi ne sont jamais cités, mais il ne semble pas invraisemblable de supposer que Filangieri s'inspire de leur recours à ce passage de Pufendorf pour contester l'abolitionnisme. Les thèses de ces auteurs bénéficiaient en effet d'une vaste circulation : pour ne donner qu'un exemple, un périodique qui ne pouvait qu'être familier à Filangieri (notamment parce qu'il avait publié des comptes rendus

<sup>34</sup> *Ibid.*, chap. XXIX, p. 18.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> *Ibid.*, p.20.

<sup>37</sup> *Ibid.*

de sa *Scienza della legislazione*), le *Giornale de' letterati*<sup>38</sup>, avait donné un large écho<sup>39</sup> aux *Theoremata* de Lampredi et avait publié une longue présentation<sup>40</sup> du *Saggio* de Foggi.

Quoi qu'il en soit, l'argument anti-abolitionniste des pufendorfiens italiens semble insuffisant aux yeux de Filangieri : il en diminue l'importance en le réduisant à une simple comparaison (l'harmonie complexe résultant du son simultané de plusieurs cordes est irréductible à la somme des sons de chacune d'entre elles), dépourvue en tant que telle de force démonstrative<sup>41</sup>, et il laisse de côté la thèse centrale dont s'étaient servis Lampredi et Foggi (les droits du corps politique sont irréductibles à ceux des sujets qui l'ont créé). En même temps, il ne manque pas de se faire l'avocat du diable abolitionniste en développant un brillant argument : si le droit à la vie est un droit absolu et inaliénable, il ne peut être mis en cause par aucune volonté contraire, qu'elle soit individuelle ou collective, de la même façon que « cent millions de cercles ne feront jamais un carré »<sup>42</sup>. Mais ni l'argument ni le contre-argument ne sont convaincants pour Filangieri, parce qu'ils ne sont fondés que sur des « comparaisons », « qui ne doivent jamais être les armes d'un philosophe qui raisonne »<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> Voir G. Ricuperati, « Giornali e società nell'Italia dell'«ancien régime» (1668-1789) », dans *Storia della stampa italiana*, V. Castronovo et N. Tranfaglia (éd.), vol. I, *La stampa italiana dal Cinquecento all'Ottocento*, Bari, Laterza, 1976, p. 287-290.

<sup>39</sup> Voir P. Comanducci, *Settecento conservatore*, op. cit., p. 150-151.

<sup>40</sup> Voir *Giornale de' letterati*, t. XVII, 1775, Art. III, p. 145-174.

<sup>41</sup> Voir G. Filangieri, *La Scienza della Legislazione*, op. cit., chap. XXIX, p. 21: « Il se contenta d'un argument de comparaison, dont on connaît son peu de valeur en bonne logique. »

<sup>42</sup> *Ibid.* Voir *ibid.* : « La volonté de cent millions d'hommes ne peut rendre juste ce qui est injuste par nature [...]. » Le caractère absolu et indisponible du droit à la vie semble en effet un argument décisif qui pouvait servir de fondement à la thèse beccarienne de l'illégitimité de la peine de mort. Il est intéressant de rappeler que tel avait été l'un des arguments de Giuseppe Pelli dans sa dissertation sur la peine de mort rédigée avant les *Délits*, demeurée inédite et récemment publiée par Philippe Audegean. Pour Pelli, l'élément déterminant est le devoir de se conserver, d'où proviennent le droit à la vie – dans une perspective qui avait d'ailleurs déjà été illustrée par Locke – et donc aussi le droit de se défendre face à l'agresseur que tous accordent à l'individu dans l'état de nature : « [...] comment les hommes ont-ils pu fonder une société dans le but de se procurer une plus grande sûreté que celle dont ils jouissaient dans l'état de nature, et renoncer dans le même temps au droit qu'ils avaient à leur propre défense en livrant à l'arbitraire d'autrui leur propre vie dont eux-mêmes n'avaient en aucune façon la faculté de disposer ? » (G. Pelli, « Sbozzo di una dissertazione sopra la pena di morte », dans *Contro la pena di morte*, P. Audegean (éd.), Padoue, Cleup, 2014, p. 104). Voir l'analyse raffinée et convaincante de l'éditeur (en particulier p. 52 et suiv.).

<sup>43</sup> G. Filangieri, *La Scienza della Legislazione*, op. cit., chap. XXIX, p. 21. Le recenseur anonyme du vol. IV de la *Science de la législation* (voir *Giornale de' letterati*, t. LV, 1784, Art. VII, p. 185-223) relève lui aussi l'opposition établie par Filangieri entre les deux « comparaisons », manifeste sa préférence pour la seconde (la comparaison « abolitionniste » : voir p. 188-189), mais renonce à discuter de manière approfondie le thème de l'illégitimité de la peine de mort et insiste plutôt sur la plus grande utilité de peines alternatives (voir p. 193-196).

Si Pufendorf ne peut être invoqué avec succès contre la thèse beccarienne de l'illégitimité de la peine de mort, c'est pour des motifs similaires, c'est-à-dire en raison de son insuffisance théorique, que Rousseau ne peut pas davantage être mobilisé à cette fin. Celui-ci se borne en effet à l'argument suivant : « Qui veut la fin [la conservation de sa vie] veut aussi les moyens, et ces moyens sont inséparables de quelques risques [...]. »<sup>44</sup> Le philosophe de Genève ne prend donc pas à bras-le-corps le thème central, c'est-à-dire le caractère prétendument absolu du droit à la vie. La conséquence est qu'« il y aura toujours de quoi défendre le sophisme en question, tant qu'on n'aura pas recouru aux vrais principes d'où le droit de punir doit être déduit »<sup>45</sup>.

Pour poser le problème à la racine, Filangieri détourne le regard de la société civile et le ramène sur la condition prépolitique de l'humanité : son objectif est de tirer du fondement du droit de punir la conséquence de la légitimité de la peine de mort. Il recourt à cette fin à trois arguments :

a) Le premier consiste à renouveler l'affirmation qui est à la base de la théorie inaugurée par Grotius : quiconque, dans l'état de nature, peut infliger une peine, même en l'absence d'un supérieur, parce que son crime rend le coupable inférieur à tout autre et donc punissable<sup>46</sup>. Ce qui distingue la formulation de Filangieri de la vulgate héritée de Grotius et de Locke est néanmoins la référence au « droit ». Le coupable est « inférieur » non en vertu d'une *dégradation* morale, mais en vertu d'une *diminution* juridique : son droit à la vie est annulé par le droit opposé qu'a la victime de se défendre. Il n'y a donc plus d'égalité naturelle (qui « ne peut être que l'égalité des droits »), le coupable perd son droit à la vie et il est alors permis de le

<sup>44</sup> J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, dans *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard (Pléiade), vol. III, 1964, II, 5, p. 376.

<sup>45</sup> G. Filangieri, *La Scienza della Legislazione*, *op. cit.*, chap. XXIX, p. 22.

<sup>46</sup> Même s'il n'est pas nommément invoqué, Antonio Genovesi est un « précédent » que Filangieri ne pouvait pas ignorer. Voir A. Genovesi, *Della diceosina o sia della filosofia del giusto e dell'onesto*, N. Guasti éd., Venise, Centro di Studi sull'Illuminismo europeo « G. Stiffoni », 2008, I, XIX, § VI, p. 271 : « J'ai démontré qu'en vertu de l'ordre du monde, il y a certains droits qui nous appartiennent, de même que nous appartient l'*ousia*, l'essence humaine [...] ; que quiconque viole l'un d'entre eux est soumis au *talion*, ce qui signifie qu'il perd un droit correspondant et égal à celui qu'il viole [...]. La peine ne consiste donc qu'à reprendre le droit que tu as perdu en offensant celui d'un autre, dont la force ou la puissance de la peine n'est que l'exécutrice. » Voir E. Pii, *Antonio Genovesi : dalla politica economica alla politica civile*, Florence, Olschki, 1984, p. 257 et suiv. ; D. Ippolito, « Antonio Genovesi lettore di Beccaria », *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXVII, 1, 2007, p. 3-20 ; V. Ferrone, « Introduzione », dans A. Genovesi, *Della diceosina*, *op. cit.*, p. v-LXVIII.

condamner à mort<sup>47</sup> : « Dans l'état de nature, l'homme a droit à la vie : il ne peut renoncer à ce droit, mais il peut le perdre par ses crimes. »<sup>48</sup>

b) Le deuxième argument est plus intéressant, parce qu'il suggère une réponse originale au problème de la fondation du droit de punir. Il est vrai que, par le contrat social, tout individu transfère au souverain son droit de se défendre. Mais ce droit ne saurait être conçu comme le droit que chacun possède sur sa propre personne : il désigne plutôt le droit que chacun possède sur la vie de quiconque se rend coupable d'une injuste agression<sup>49</sup>. Ce que l'individu cède au souverain n'est donc pas un droit sur sa propre vie : l'argument de Beccaria semble ici brillamment contourné.

c) Enfin, le troisième argument a beau jeu de transformer en un problème ce droit à la vie que Beccaria présentait comme un axiome évident et irréfutable. Pourquoi, se demande Filangieri, la vie serait-elle un droit inaliénable et non d'autres droits pourtant aussi fondamentaux que le droit à la liberté ou à l'honneur ? De deux choses l'une : ou bien les droits naturels sont tous inaliénables et incompressibles, et alors la peine capitale n'est pas la seule à devoir être considérée comme illégitime, puisque la peine de détention, par exemple, réduit un bien aussi essentiel que la liberté ; ou bien on peut suspendre les droits des responsables d'un crime grave, et alors non seulement le droit à la liberté, mais aussi le droit à la vie, pourront être mis entre parenthèses<sup>50</sup>.

Quoique dans les limites imposées par l'exigence d'une *reductio ad absurdum* de l'argument de Beccaria, Filangieri soulève un problème de première importance, celui de la tension, tendanciellement aporétique, entre les aspirations pressantes à

<sup>47</sup> G. Filangieri, *La Scienza della Legislazione*, ouvr. cité, chap. 29, p. 28, note 1.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 27-28.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 20. Une argumentation analogue est développée par Nicola Spedalieri. Fidèle à l'hypothèse contractualiste, cet auteur définit le « droit de se défendre » originaire comme un « droit de punir » (N. Spedalieri, *De' diritti dell'uomo*, Assise, 1791, I, XIII, § 30), déduit de ce droit le pouvoir punitif de la société civile et s'oppose enfin à la thèse de l'indisponibilité du droit à la vie, d'abord au nom de la *reductio ad absurdum* opérée par Filangieri du « sophisme » de Beccaria, puis au nom de l'argument de Rousseau (voir *ibid.*, I, XIII, p. 64-65 : « C'est justement parce qu'il ne m'est pas permis de renoncer à la vie que je suis tenu de l'assurer de la meilleure façon possible »). Sur Spedalieri, voir A. Pisanò, *Una teoria comunitaria dei diritti umani. I « Diritti dell'Uomo » di Nicola Spedalieri*, Milan, Giuffrè, 2004. L'objection de Filangieri est reprise par un nombre important d'auteurs, comme le rappelle Dario Ippolito, dans « Beccaria, la pena di morte e la tentazione dell'abolizionismo », ouvr. cité. Quoiqu'il ironise sur la « fable du contrat social », Romagnosi recourt lui aussi à l'argument de Filangieri contre le 'sophisme' de Beccaria : « Vous invoquez la fable du contrat social et des plus petites facultés afin de n'être tués pour aucun crime. Vous rendez-vous compte qu'à ce titre vous proclamez une impunité générale ? De même qu'il ne vous plaît pas d'être tués, de même il ne vous plaira pas davantage d'être bastonnés, d'être enchaînés et privés pour toujours de liberté. [...] En consultant votre principe, vous ne pourriez donc jamais être soumis à aucune peine » (G. D. Romagnosi, « Memoria sulle pene capitali », dans *Opere*, A. De Giorgi (éd.), Milan, vol. 4, 1841, p. 424-425).

une « absolutisation » des droits fondamentaux et les appels tout aussi insistants à la nécessité d'une politique de discipline et de contrôle (notamment « punitif ») des sujets. Lorsque l'auteur de la *Science de la législation* fait remarquer que, si la peine qui porte atteinte au droit naturel à la vie était illégitime, celle qui viole le droit non moins essentiel à la liberté devrait l'être tout autant, il souligne la tension qui existe entre le « langage des droits » et le pouvoir punitif du souverain : il pressent en effet que l'abolitionnisme est gros d'une tendance expansive qui peut aller jusqu'à mettre en question non seulement la peine de mort, mais la logique même du mécanisme punitif<sup>51</sup>.

#### 4. Un argument à « laisser de côté » : l'illégitimité de la peine de mort

Filangieri prétend que le « sophisme » abolitionniste a séduit nombre de philosophes et de pénalistes. Par son caractère provocant, par l'effet de secousse qu'elle a produit sur des habitudes mentales invétérées, l'audacieuse offensive lancée dans les *Délits* contre la légitimité, l'efficacité dissuasive et l'inhumanité de la peine capitale n'a certes pas peu contribué au succès extraordinaire du livre. Pourtant, le nombre des lecteurs qui se sont déclarés convaincus par l'opportunité de remplacer la peine de mort par la peine « alternative » de la prison à vie est en fin de compte très réduit. Ce sont plutôt d'autres aspects de la philosophie pénale de Beccaria – sa conception utilitariste de la peine, sa sensibilité « humanitaire », ses projets de rationalisation du système normatif – qui ont rencontré la faveur de ses lecteurs « éclairés ». Souvent, comme dans le cas de Lampredi ou de Filangieri, ceux-ci

<sup>51</sup> Sur la tendance implicitement « expansive » de l'abolitionnisme de Beccaria, voir les considérations de Dario Ippolito dans « Beccaria, la pena di morte e la tentazione dell'abolizionismo », ouvr. cité. Celui qui se laisserait convaincre par la thèse de Raffaele Sbardella (sur l'attribution à Beccaria de certaines annotations manuscrites en marge d'un exemplaire des *Délits et des peines* où on peut lire notamment qu'« aucune peine n'est donc un Droit » (R. Sbardella, *Beccaria/Dei/delitti e delle pene/con/note*, Naples, La Città del Sole, 2005) pourrait alors également invoquer à titre de preuve un indice « textuel ». L'image de Beccaria offerte par Franco Venturi demeure malgré tout convaincante : celle d'un penseur qui, quoique attiré par l'appel de l'utopie, ne franchit pas les bornes d'une réorganisation « raisonnable » du mécanisme punitif (F. Venturi, *Utopia e riforma nell'illuminismo*, Turin, Einaudi, 1970, p. 126). L'objection de Filangieri a trouvé une brillante réplique chez l'anti-contractualiste Giovanni Carmignani qui, reniant sa défense juvénile de la peine de mort, embrasse la cause abolitionniste : selon lui, il faut distinguer les droits que l'être humain, « sans l'aide et sans le fait de la société, ou bien ne pourrait exercer tout en les ayant, ou bien ne pourrait pas du tout avoir ». Les droits de liberté relèvent de cette catégorie, tandis que « le bien de la vie » est « un droit hors de portée des forces sociales parce qu'il existe sans leur présence et sans leur secours » (G. Carmignani, *Una lezione accademica sulla pena di morte detta nella Università di Pisa il 18 marzo 1836*, Pise, Nistri, 1836, p. 50-51). Sur Carmignani, voir *Giovanni Carmignani (1768-1847)*, M. Montorzi (éd.), Pise, ETS, 2003.

refusaient l'abolitionnisme de Beccaria tout en adoptant et en utilisant largement ses propositions réformatrices.

Il n'en reste pas moins que c'est bien en Italie qu'a lieu un événement crucial qui prend le contre-pied des théories anti-abolitionnistes des héritiers de Pufendorf et de Grotius : cet événement est l'abolition de la peine de mort dans la Toscane de Pierre-Léopold. L'article LI de la nouvelle loi pénale ne laisse subsister aucun doute : « Par la présente loi, nous avons aboli pour toujours la peine de mort à l'encontre de quiconque se rendra coupable [...] de l'un des crimes jugés capitaux par les lois promulguées jusqu'alors [...]. » La force persuasive du « sophisme » beccarien, tant redoutée par Filangieri, semble ainsi confirmée : ce sont bien les arguments des *Délits* qui ont gagné le grand-duc à la cause abolitionniste et l'ont conduit à mettre fin à une tradition multiséculaire. Les discussions et les avis demandés par le grand-duc à ses « conseillers » en portent la trace, comme le montrent clairement les témoignages rendus accessibles par le précieux travail de Dario Zuliani<sup>52</sup>.

Dans la onzième remarque du projet initial, l'argument invoqué contre la peine capitale est ainsi justement le « sophisme » tant décrié : « La peine de mort devra rester à jamais abolie par la loi et l'édit devra en exposer la raison, à savoir que nul membre de la société n'a pu transférer à cette société un droit que lui-même n'a point sur sa propre personne » (*ibid.*, p. 207). Ayant requis l'avis de ses conseillers sur cette thèse, Pierre-Léopold obtient des réponses qui se distinguent entre elles aussi bien par la position du problème que par sa solution.

La cause abolitionniste est ainsi défendue par Giuliano Tosi, qui ne recourt cependant pas à l'argument employé dans la onzième remarque, mais juge préférable de se fonder sur l'Écriture sainte plutôt que sur le droit naturel : si en effet le créateur de la nature est Dieu, il convient d'invoquer directement le droit divin positif pour en tirer la preuve que Dieu ne veut pas la mort du coupable (voir p. 215-219).

Antonio Caciotti Bianchi s'oppose à Tosi, mais n'en élude pas moins à son tour l'argument contractualiste, puisqu'il fonde le « Jus gladii » non sur les « membres de la société », mais sur « Dieu immédiatement » (p. 221). Giuseppe Giusti adhère au contraire à la proposition abolitionniste, mais ne soulève pas le problème de la légitimité de la peine de mort : il se contente de faire observer que cette peine n'est plus appliquée en Toscane depuis un certain temps déjà, et que les crimes y sont pourtant en plus forte diminution que dans les « États limitrophes » (p. 226). En

<sup>52</sup> Voir D. Zuliani, *La riforma penale di Pietro Leopoldo*, Milan, Giuffrè, 1995. Dans la suite du texte, les numéros de page entre parenthèses renvoient à cet ouvrage.

revanche, Antonio Maria Cercignani aborde de front le problème de la légitimité de la peine capitale. Si Beccaria, fait-il observer, avait raison de soutenir que « les souverains revendiquent le droit de vie et de mort » en vertu d'une décision contractuelle des sujets, la peine de mort pourrait effectivement être contestée. Mais tout autre est le fondement du droit de punir : invoquant l'autorité de Grotius, Locke, Cumberland, Vattel et Burlamaqui, Cercignani l'associe au droit de se défendre que chacun possède dans l'état de nature. Tel est le droit qui, sans aucune décision contractuelle des sujets, est administré par le souverain. Par conséquent, ce qui est contestable n'est pas la légitimité de la peine de mort, mais le pouvoir discrétionnaire que s'arrogerait le souverain s'il décidait de l'abolir : ce faisant, il transgresserait en effet la loi de nature qui, à l'encontre des crimes très graves, exige la punition extrême (voir p. 207-215).

Nous ne sommes donc pas en présence d'un chœur unanime d'abolitionnistes enthousiastes ; et ceux qui, parmi eux, se déclarent en faveur de l'abolition ne font pas appel à l'argument de Beccaria (et de Pierre-Léopold), mais à des considérations de nature différente. Telle est la raison pour laquelle Tosi lui-même, dans l'une de ses interventions suivantes, conseille de « laisser de côté » la « cause » trop controversée de l'abolition – c'est-à-dire l'argument contractualiste qui permettait à Beccaria de conclure à l'illégitimité de la peine de mort – et de se borner à énoncer la disposition normative.

Ainsi se présente le débat qui précède la rédaction de l'article LI qui, dans sa forme définitive, abolit la peine de mort. Cette disposition est justifiée par plusieurs motifs : puisque les peines doivent servir à la réparation du dommage causé par le criminel, à la correction du coupable et à la sécurité des citoyens, puisqu'elles doivent conjuguer la plus grande efficacité préventive et le moindre mal infligé au coupable, c'est la condamnation aux travaux forcés – « qui servent à fournir un exemple continuel, et non une terreur momentanée » –, non la peine de mort, qui doit être employée – compte tenu également de la croissante « docilité des mœurs du siècle présent et tout particulièrement du peuple toscan » (p. 206-207).

Le texte législatif multiplie ainsi les motivations, toutes fidèlement inspirées de Beccaria. Un seul de ses arguments manque à l'appel : l'argument contractualiste, qui fait de l'abolition de la peine de mort non un choix raisonnable du souverain, mais une obligation impérieuse qui lui incombe<sup>53</sup>. La peine de mort est refusée parce

<sup>53</sup> C'est dans cette perspective que se situe le compte rendu anonyme (mais attribuable à Piero Ranucci, selon P. Comanducci, « La scuola criminalistica pisana », *op. cit.*, p. 290) qui, tout

qu'elle est *inutile* pour gouverner la société (ou parce qu'elle est moins utile que d'autres peines), non parce qu'elle est *injuste*. Pierre-Leopold s'était pourtant engagé sur la voie de l'abolition en partant justement de cet argument contractualiste, mais il l'a abandonné en chemin, convaincu (semble-t-il) par les considérations de Tosi sur le caractère problématique de cet argument et sur la faible estime dont il bénéficie.

La *Leopoldina* est indéniablement le premier succès, et un succès considérable (quoique éphémère), de la proposition abolitionniste de Beccaria. Elle tire cependant sa force non de la démarche contractualiste des *Délits et des peines*, mais de sa politique pénale, fondée sur la conviction que la peine de réclusion conjuguée à une application certaine et inexorable des sanctions est un meilleur instrument que la peine de mort pour garantir la sécurité (ainsi que pour rendre la répression plus « humaine »).

##### 5. Témoignages de contractualistes abolitionnistes

Le tout premier succès de l'abolitionnisme de Beccaria ne passe donc pas par la voie étroite de la dénonciation contractualiste de l'illégitimité de la peine capitale. Il n'en reste pas moins que, si les abolitionnistes ne sont pas tous contractualistes, de même les contractualistes ne sont pas tous anti-abolitionnistes. C'est ainsi justement dans la Toscane de Pierre-Léopold que, deux ans après la promulgation de la *Leopoldina*, paraît un ouvrage de Cammillo Ciaramelli qui déduit de prémisses contractualistes une défense « intégrale » de la thèse abolitionniste.

Sensible à l'enseignement de Lampredi, Ciaramelli voit dans le contrat social l'acte fondateur de l'ordre politique et se range (quoique sans le thématiser

en applaudissant à la décision abolitionniste de Pierre-Léopold, la fait dépendre d'un jugement éclairé sur la « sécurité » de la situation contingente de la société toscane, favorable à un relâchement de la rigueur punitive. Pour Ranucci, il demeure certain que la « règle » est « l'inexorable nécessité et la raison de l'exemple, qui donnent parfois à la société ou au souverain le droit de tuer le coupable », tandis que l'« exception » a lieu lorsque ces exigences sont suspendues, comme c'est le cas en Toscane ([P. Ranucci], « Art. VII (Nuovo Codice Criminale della Toscana pubblicato il dì 30. Novembre 1786) », *Giornale de' letterati*, LXV, 1787, p. 199). Quoique provenant d'un autre contexte culturel, un jugement analogue est formulé par le Sicilien Tommaso Natale, sensible à une approche « utilitariste » du problème pénal, mais hostile à la thèse de l'illégitimité de la peine capitale, qu'il juge nécessaire dans des cas extraordinaires et qui est fondée sur le fait que les droits individuels de se défendre « chez les représentants de la société, réunis par convention », « forment le droit souverain de vie et de mort » (« Lettera allo stesso amico in cui si ragiona del sistema del signor Beccaria intorno alla pena capitale e degli opposti sentimenti del signor di Linguet giureconsulto francese », dans *Riflessioni politiche intorno all'efficacia e necessità delle pene*, Palerme, G. M. Bentivenga, 1772, p. IX).



explicitement) à la ligne « pufendorfienne » qui situe la peine (au sens propre) dans la sphère de la société civile (et non dans l'état de nature). C'est dans la société que les besoins se multiplient, qu'augmentent les tentations de violer les droits d'autrui et que devient nécessaire l'intervention répressive du souverain<sup>54</sup>, mandaté par les individus pour garantir la sécurité : c'est « au seul centre de la sécurité des hommes » (p. 34) que le souverain doit rapporter son action de gouvernement, en ayant toujours en vue la *salus populi* comme critère inspirateur de toute loi et donc notamment de la loi pénale.

C'est dans ce cadre que Ciaramelli affronte le problème de la peine de mort, non sans rendre hommage aux « très sages lois de Toscane, devenues un objet d'émerveillement pour les nations les plus savantes » (p. 49). Après avoir récusé les prétentions à déduire de l'Écriture sainte une justification de la peine de mort (alors que c'est plutôt la conséquence contraire qui devrait être suggérée par la douceur évangélique<sup>55</sup>), Ciaramelli affirme que la liberté et l'égalité reposent sur la loi de nature et doivent donc le plus possible être conservées dans l'ordre civil. La peine y devient certes nécessaire et est donc, en tant que telle, conforme à la loi de nature. Toutefois, « cette approbation de la loi de nature ne pourra s'étendre au-dehors jusqu'à la destruction de l'homme » (p. 69), de même qu'on ne saurait concevoir que l'individu ait transmis au corps politique, « contre lui-même et contre les autres, un droit qu'il n'avait pas » (p. 62).

En dépit de l'empreinte laissée dans son ouvrage par Lampredi, Ciaramelli adopte l'argument que ce dernier avait réfuté sous l'autorité de Pufendorf et que Filangieri avait dénoncé comme un sophisme. On a donc ici affaire à un contractualiste qui n'hésite pas à faire sienne la thèse beccarienne de l'illégitimité de la peine de mort. Il est vrai, toutefois, que cette thèse n'est pas l'élément central de l'argumentation de Ciaramelli qui, par la suite, adopte une démarche singulière.

Une peine n'est une peine que si elle est afflictive et celle qui inflige la mort apparaît à l'opinion courante comme la plus sévère des punitions imaginables ; or c'est une erreur, selon Ciaramelli. En effet, la crainte de la mort « naît chez l'homme

<sup>54</sup> Voir C. Ciaramelli, *Della pena di morte. Trattato Filosofico-Politico*, s. n., s. l. [Florence], s. d. [1788], p. 9-10. Dans la suite du texte, les numéros de page entre parenthèses renvoient à cet ouvrage. Sur cet auteur, voir aussi dans le présent volume l'article de Luigi Delia.

<sup>55</sup> Une thèse abolitionniste fondée sur la Bible avait été soutenue quelques années auparavant avec conviction par Cesare Malanima dans un ouvrage publié l'année même de la promulgation de la *Leopoldina* : voir C. Malanima, *Commentario filologico-critico sopra i delitti e le pene secondo il gius divino*, Livourne, T. Masi, 1786. Voir P. Comanducci, « La scuola criminalistica pisana tra Sette e Ottocento », *op. cit.*, p. 294-297. Rappelons qu'une argumentation semblable avait été développée par Tosi dans son rôle de conseiller de Pierre-Léopold.

d'un ensemble informe de préjugés » qui vont des terreurs enfantines aux « sanglots » et à la souffrance du moribond, de la « confusion qui succède à sa mort » à la « pompe funèbre avec laquelle son corps est honoré » (p. 71-73). En invitant à dédramatiser la mort, Ciaramelli semble se souvenir de Montaigne<sup>56</sup>, mais ne paraît pas s'apercevoir de l'incompatibilité entre cette thèse et l'argument de Beccaria qu'il avait pourtant fait sien : si en effet la mort n'est pas le pire des maux, il devient difficile de comprendre pourquoi les sujets ne peuvent pas attribuer au souverain le droit de l'infliger.

Il est pourtant possible d'interpréter charitablement les idées de Ciaramelli en faisant apparaître leur cohérence sous-jacente. Il demeure en effet incontestable que la vie est un bien indisponible, quelle que soit l'importance qu'il convient d'attribuer à ce bien. Affirmer que la mort n'est pas si terrible qu'elle le semble ne remet pas en cause ce principe, mais sert seulement à démontrer que la peine capitale « n'est pas une peine proprement dite, parce qu'elle n'est un mal ni physique, ni moral » (p. 92), et que par conséquent, en dépit des apparences, son efficacité dissuasive est faible. Le souverain doit donc recourir à des peines alternatives plus redoutables que la mort et par là plus efficacement préventives. La réclusion à perpétuité offre une solution adéquate : ce n'est pas la mort mais « l'esclavage perpétuel des coupables » qui apparaît comme la « peine par excellence » (p. 97), parce que le condamné, « forcé à un système de vie où tout inquiète l'esprit et où tout tourmente le corps », y est « contraint à une vie à laquelle seule la mort serait un doux remède » (p. 100).

On peut donc sans doute admettre la cohérence de fond du raisonnement de Ciaramelli. Il n'en reste pas moins que l'illégitimité de la peine de mort reste marginale dans son argumentation. Son thème central n'est ni le fondement du droit de punir, ni la tension, présente chez Hobbes puis chez Beccaria, entre la tendance incoercible de l'individu à la conservation de soi et le pouvoir souverain, mais la mise en place d'une politique pénale adéquate, centrée sur la fonction dissuasive, « sécuritaire », de la peine, dont la prison à vie apparaît comme l'expression la plus redoutable (et donc la plus efficace).

Pour trouver une plus franche adhésion au « sophisme » de Beccaria, si menaçant pour les *arcana imperii*, il faut attendre l'onde de choc de la Révolution française (et ses contrecoups en Italie). C'est à elle, à cette « grande révolution » qui « s'est produite depuis quelques mois chez nous » que, en 1797, Giuseppe Compagnoni adresse son salut en inaugurant à Ferrare la chaire de « Droit constitutionnel

<sup>56</sup> Voir Montaigne, *Essais*, I, 20 (« Que philosopher c'est apprendre à mourir »).

démocratique et de droit public universel »<sup>57</sup>. Ses *Elementi di diritto pubblico universale* visent à offrir un fondement solide aux droits et à la liberté proclamés par la Révolution en se servant des arguments traditionnels du paradigme jusnaturaliste et contractualiste.

C'est en considérant l'homme dans sa condition pré-politique qu'on distingue ses traits essentiels : le besoin, qui le pousse (comme chez Hobbes) à l'action destinée à le satisfaire, les droits, étroitement reliés aux exigences inscrites dans la nature humaine (la vie, l'indépendance, la liberté, la propriété, la perfectibilité : voir p. 1-15), et enfin le droit de se défendre, sans lequel « tous les autres droits exposés jusqu'ici [...] ne seraient pas parfaits » (p. 19). Le pacte social sert à protéger ces droits, qui ne doivent donc subir aucune forme de limitation ou de contraction en passant de l'état de nature à l'état civil. Il est inexact de dire, comme le fait Beccaria, qu'on n'en cède par le pacte qu'une part minimale : les droits sont en effet inaliénables et indisponibles et supposer qu'on puisse les limiter serait contradictoire avec la logique même du pacte social, puisque chaque individu « serait dépossédé de ce que par ce moyen même il veut assurer » (p. 37).

C'est sur la base de ces prémisses théoriques que Compagnoni consacre un long chapitre (le sixième) à l'« Examen d'un doute important sur le droit de vie et de mort », c'est-à-dire à un problème qui, selon lui, soulève une « très grave difficulté ». La difficulté, à ses yeux, vient des opinions opposées défendues par deux de ses auteurs de référence : Beccaria et Rousseau. D'un côté, Compagnoni hérite de Beccaria la thèse de l'indisponibilité du droit à la vie (qu'il renforce d'ailleurs en soutenant non seulement que le droit à la vie est indisponible et incompressible, mais que tous les autres droits naturels le sont aussi : voir p. 101-102) ; de l'autre côté, il s'inspire de Rousseau dans sa représentation du corps politique et de sa souveraineté. Contraint de choisir entre ces deux *auctoritates*, Compagnoni n'hésite pas, face à l'enjeu de la conservation de la vie, à choisir la première contre la seconde : que chaque individu « ait la vie sauve » n'est pas « un don conditionnel du corps politique », mais provient « d'un droit naturel et civil [...] fondé sur sa constitution originaire » (p. 106-107) ; et le magistrat ne peut pas davantage sacrifier un citoyen

<sup>57</sup> G. Compagnoni, « Discorso pronunciato il dì 2 maggio nella Università di Ferrara », dans *Elementi di diritto pubblico universale ossia Principj di Giuspubblico universale*, Venise, G. Pasquali, 1797, p. VII. Dans la suite du texte, les numéros de page entre parenthèses renvoient à cet ouvrage.

plutôt qu'un autre en procédant à des choix arbitraires qui ne tiendraient pas compte du principe d'égalité<sup>58</sup>.

Le droit à la vie repose donc, pour Compagnoni comme pour Beccaria, sur une exigence primordiale que la formation de la société civile n'autorise pas à remettre en cause. Le débat suscité par les considérations anti-abolitionnistes de Filangieri reste toutefois encore ouvert. Le droit naturel de se défendre, qui sert pour Filangieri (comme pour tous les jusnaturalistes) de point de départ du raisonnement, est également admis par Compagnoni, qui attire cependant l'attention sur deux aspects. En premier lieu, ce droit est inséparable de l'individu injustement agressé ; en second lieu, il est fondé (et délimité) par l'état de nécessité : la victime de l'agression ne peut tuer que « parce qu'elle est en danger de mort immédiate et indubitable » (p. 110). Le *punctum pruriens*, que Compagnoni relève avec acuité, est le passage – considéré comme intuitif par Filangieri – de l'individu à « tous », présentés comme les héritiers naturels du droit de se défendre dont l'individu s'était autorisé pour répliquer à l'agresseur. Comment peut-on toutefois soutenir que, en frappant ce même agresseur, les autres individus continuent à exercer leur « droit de se défendre » ? On ne saurait invoquer le devoir de solidarité et de secours, puisque « le mort a tout perdu » et que, avec sa mort, prend fin l'état de nécessité qui autorisait la violence de la riposte. Il ne reste alors qu'un argument possible : présenter les individus dans l'état de nature comme « juges et gardiens des lois naturelles », comme le fait Filangieri « en copiant Locke ». Mais cela revient à attribuer à l'état de nature une caractéristique exclusive de la société civile, puisque « les droits de sécurité et de secours ne prennent forme organisée que par le contrat social » (p. 111). Les héritiers et continuateurs du droit individuel de se défendre ne sont donc pas tous les individus dans l'état de nature, mais le corps politique créé par le pacte social : c'est lui qui tire de la somme des droits individuels le pouvoir légitime de se conserver (voir p. 112-113).

Après avoir affirmé son adhésion à la tradition (pufendorfienne, mais aussi rousseauiste) qui circonscrit le droit de punir dans le périmètre de la société civile, Compagnoni s'interroge ensuite sur les caractéristiques qu'y acquiert alors le crime. Le crime est un mauvais usage de la liberté par le transgresseur, convaincu à tort « de pouvoir se suffire à lui-même », de pouvoir se séparer du corps social en

<sup>58</sup> Compagnoni semble se référer à l'affirmation rousseauiste selon laquelle le citoyen est tenu d'obéir lorsque le « prince » (c'est-à-dire le pouvoir exécutif) décide, de manière discrétionnaire et sans appel, qu'« il doit mourir » (J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, op. cit., II, 5, p. 376).

recherchant son profit sans égard à la « volonté générale » : « [...] telle est l'expression de son détachement, la violation du pacte social, qui est ce qui forme le crime » (p. 115).

C'est à cette auto-exclusion du transgresseur que le corps politique doit réagir. Or, il ne saurait sanctionner l'excentricité du criminel en l'éliminant : celui-ci conserve en effet son droit de vivre originaire « puisque, pour avoir injustement attenté à la vie d'autrui, il ne s'est pas vu privé par la nature du sentiment du premier besoin essentiel à sa constitution ». Il reste alors deux possibilités : si le transgresseur manifeste des signes de résipiscence, il peut encore être admis comme membre du corps politique, mais il doit subir des sanctions proportionnelles à la gravité de son acte ; si au contraire « les faits commis sont si atroces qu'ils détruisent toute assurance dans les esprits » ou si le coupable « persiste dans son erreur de se séparer » du corps social, alors « l'exil est la mesure qui pourvoit au besoin public ». La mort n'ajouterait rien (sur le plan de l'efficacité dissuasive) à l'exil, qui répond à l'exigence (indûment poursuivie par la peine capitale) d'exclure de la communauté le transgresseur du lien social (voir p. 117-120).

En proposant l'exil et en excluant la peine capitale, Compagnoni réussit le tour de force de concilier Beccaria et Rousseau. Il y réussit parce que, d'un côté, il confirme le primat du désir de conservation de soi (qui n'est pas atteint par la métamorphose de l'« homme » en « citoyen » et rend impraticable, parce qu'illégitime – quelle que soit son utilité dissuasive – la peine de mort) ; tandis que, de l'autre côté, il souligne l'importance du lien social et voit dans le criminel un « traître » dont la communauté politique doit se débarrasser, non cependant en le tuant, mais en l'exilant (solution prise en considération par Rousseau, qui ne la jugeait toutefois pas préférable à la peine capitale).

Compagnoni est ainsi un contractualiste qui, au nom de l'argument de Beccaria sur le caractère inaliénable du droit à la vie, condamne la peine de mort comme injuste sans même ressentir le besoin d'insister sur sa moindre efficacité dissuasive. Sa stratégie apparaît cependant isolée chez les théoriciens italiens de droit public de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. En adoptant le paradigme contractualiste, l'ex-abbé romagnol est certes en bonne compagnie, mais ne trouve pas un grand secours chez ses prédécesseurs contractualistes dans sa dénonciation de l'illégitimité de la peine capitale. Les partisans de Pufendorf comme ceux de Grotius avaient développé des arguments raffinés pour rejeter le « sophisme » de Beccaria et cette voie les avait conduits à des alternatives radicales – entre le primat du « tout » et l'autonomie des

« parties » comme dans le cas de Lampredi et Foggi – et à des tensions récurrentes – entre le « discours des droits » et le pouvoir punitif du souverain, comme dans le cas de Filangieri.

Certes, la proposition abolitionniste de Beccaria acquiert force de loi dans la Toscane de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. Dans le texte législatif, le schéma contractualiste pourtant évoqué par Pierre-Léopold est toutefois prudemment laissé de côté : la peine de mort n'est pas rejetée au nom de son injustice, mais au nom de la « sécurité ». Les avantages sont évidents : privilégier la « sécurité » permet de rendre réversible le choix abolitionniste (si la réalité politique et sociale change, la peine de mort peut redevenir « utile ») ; contester la légitimité de la peine de mort paraît au contraire exiger la nécessité d'un pacte différent entre les individus et le souverain. Ce n'est donc pas un hasard si, dans le sillage d'une révolution qui avait mis en question les racines même de l'ordre politique et social, Compagnoni décide de tout miser sur l'argument de la légitimité et d'insister sur le caractère « despotique » et « tyrannique » de la peine capitale (voir p. 119-121). Le thème crucial – pleinement mis en lumière par le « sophisme » de Beccaria – était désormais le rapport d'implication réciproque entre les politiques pénales et la structuration de la souveraineté, rapport avec lequel le débat sur la peine de mort des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles allait continuer à se mesurer.

« UN SENTIMENT D'HUMANITÉ AFFECTÉ » :

KANT CRITIQUE DE BECCARIA

La condamnation de la peine de mort a peut-être été la thèse la plus célèbre et en même temps la plus contestée des *Délits et des peines*. Pour Beccaria, non seulement la peine de mort n'est pas utile, mais de toute façon elle n'est pas légitime: 'La peine de mort n'est donc pas un *droit*, [...] mais une guerre de la nation contre un citoyen [...].'<sup>1</sup> À ses yeux, la théorie du contrat social conduit nécessairement à l'abolition de la peine de mort. Or, non seulement la tradition contractualiste des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles que connaissait Beccaria n'était nullement parvenue à cette conclusion,<sup>2</sup> mais les contractualistes ultérieurs qui lisent et commentent les *Délits* prennent souvent leurs distances à l'égard de l'abolitionnisme de Beccaria.<sup>3</sup>

L'exemple le plus célèbre est peut-être celui de Kant. Le philosophe allemand reprend le modèle contractualiste (tout en le réinterprétant de manière originale), mais il n'en tire nullement les mêmes conséquences que Beccaria et attaque rudement, dans un chapitre de sa 'Doctrine du droit' consacré au 'droit de punition et de grâce'<sup>4</sup>, l'abolitionnisme du 'marquis' italien. À première vue, Beccaria ne semble attirer l'attention de Kant qu'en tant que fauteur de l'illégitimité de la peine de mort. En réalité, l'enjeu de la discussion entre les deux auteurs est beaucoup plus

<sup>1</sup> Cesare Beccaria, *Des délits et des peines*, éd. Philippe Audegean (Lyon, 2009), §XXVIII, p.229. Sur la philosophie de Beccaria, voir surtout Philippe Audegean, *La Philosophie de Beccaria. Savoir punir, savoir écrire, savoir produire* (Paris, 2010). Voir aussi Michel Porret, *Beccaria. Le Droit de punir* (Paris, 2003); Ettore Dezza, 'Il problema della pena di morte', dans *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, éd. Paolo Cappellini, Pietro Costa et al. (Rome, 2012), p.223-31; Bernard E. Harcourt, 'Beccaria's *On Crimes and Punishments*: A Mirror on the History of the Foundations of Modern Criminal Law', dans *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, éd. Markus Dubber (Oxford, 2014), p.39-60; *Attualità e storicità del Dei delitti e delle pene a 250 anni dalla pubblicazione*, éd. Giovanni Rossi et Francesca Zanuso (Naples, 2015).

<sup>2</sup> Je me permets de renvoyer le lecteur à Pietro Costa, 'Lo *ius vitae ac necis* alla prova: Cesare Beccaria e la tradizione contrattualistica', *Quaderni Fiorentini*, 44 (2015), p.817-95.

<sup>3</sup> Je me permets de renvoyer le lecteur à Pietro Costa, "'Voilà le sophisme qui a séduit tant de publicistes". Lectures contractualistes des *Délits et des peines* dans l'Italie du second XVIII<sup>e</sup> siècle', dans *Le Bonheur du plus grand nombre. Beccaria et les Lumières*, éd. Philippe Audegean et al. (Lyon, 2017), à paraître.

<sup>4</sup> Voir Immanuel Kant, *Métaphysique des mœurs*, éd. Alain Renaut, vol. II, I<sup>e</sup> partie, 'Principes métaphysiques de la doctrine du droit' (Paris, 1994), p.151-60. Cette édition de la 'Doctrine du droit' kantienne sera désormais désignée sous l'abréviation *DD*.

---

P. Costa, « *Un sentiment d'humanité affecté* » : *Kant critique de Beccaria*, in Id., *Saggi di storia della cultura giuridico-politica*. VIII. *La pena di morte*, 2024, [https://doi.org/10.69134/QFArchiviO\\_24\\_09](https://doi.org/10.69134/QFArchiviO_24_09), pp. 141-163.

Orig. in Philippe Audegean, Luigi Delia (eds.), *Le Moment Beccaria. Naissance du droit pénal moderne (1764-1810)*, Liverpool University Press (Oxford University Studies in the Enlightenment 2018:09), Liverpool 2018, pp. 65-89. Traduzione di Philippe Audegean.

vaste: c'est à l'ensemble de la vision de la peine développée dans les *Délits* que Kant, au moment de mettre au point sa 'philosophie pénale', ne peut éviter de se confronter.

Il conviendra donc, dans un premier temps, de s'arrêter sur la vision kantienne de la peine dans son ensemble (sans avoir la prétention d'en recomposer jusqu'au moindre détail la délicate architecture), avant de relire les pages explicitement consacrées à la réfutation de l'abolitionnisme de Beccaria.

### 1. Rétribution et/ou prévention?

Dans toute l'Europe, le petit livre de Beccaria a eu de profondes répercussions sur la philosophie pénale de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. Les pays de langue allemande ne font pas exception:<sup>5</sup> aux traductions et aux commentaires des *Délits* s'ajoutent les prises de positions des juristes et des théoriciens du droit. Sans aller jusqu'à dire, comme Victor Barkhausen, que le seul ouvrage important après Montesquieu en matière de droit pénal est celui de Beccaria,<sup>6</sup> tous prennent au sérieux les thèmes traités dans les *Délits* (que souvent ils reprennent et développent), à commencer par l'idée de la fonction préventive de la peine.

Que la peine ait pour fonction de détourner du crime est une idée ancienne, reprise par Grotius et amplement partagée par ses lecteurs et successeurs: la peine regarde vers le futur, plus que vers le passé, et n'inflige une souffrance qu'en vue d'un avantage plus grand. La considération du *malum actionis* n'est cependant pas pour autant exclue: le *quia peccatum* coexiste pacifiquement avec le *ne peccetur*. La conception la plus répandue est exprimée en toute clarté par Pufendorf, qui soutient que la peine implique une référence au passé (au mal accompli), mais n'est en même temps infligée que pour obtenir un bénéfice futur.<sup>7</sup> C'est seulement aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles que les visions *backward-looking* et *forward-looking* de la peine sont présentées comme exclusives l'une de l'autre, alors qu'elles apparaissaient comme

<sup>5</sup> Voir Bernd Kreuziger, 'Bibliographie zur Rezeptions- und Wirkungsgeschichte der Abhandlung *Dei delitti e delle pene* Cesare Beccarias und zur Strafrechtsreformbewegung im deutschsprachigen Raum des 18. Jahrhunderts', *Das Achtzehnte Jahrhundert*, 12-1 (1988), p.89-116.

<sup>6</sup> Voir Victor Barkhausen, 'Über die Abschaffung der Todesstrafen', dans Johann Friedrich Plitt, *Repertorium für das peinliche Recht* (Francfort-sur-le-Main, Gebrüder van Düren, 1786), p.302.

<sup>7</sup> Voir Samuel Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, éd. Frank Böhling, dans *Gesammelte Werke*, vol. IV-2 (Berlin, 1998), VIII, III, §8, p.769.



fondamentalement complémentaires pour la *communis opinio* des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles.<sup>8</sup>

En adoptant l'idée d'une fonction préventive de la peine, Beccaria recueille ainsi l'héritage d'une longue tradition. Toutefois, il reformule également cette idée dans le cadre de sa philosophie utilitariste, puisqu'il en fait le fondement et la direction de sens de l'intervention punitive du souverain, rejetant ainsi dans l'ombre le moment du *quia peccatum*. C'est à cette vision de la peine que Kant semble s'opposer de manière frontale.

Pour Kant, punir un coupable pour dissuader ses concitoyens, ce serait comme accepter de gracier un criminel qui s'offrirait pour servir de cobaye dans des expériences utiles à l'humanité: dans un cas comme dans l'autre, un être humain serait traité 'simplement comme un moyen utilisable en vue des buts d'autrui' et serait donc réduit au rang de chose. Or, la peine est nécessaire pour cette seule raison que quelqu'un '*a commis un crime*' et ne peut jamais être utilisée 'à titre de moyen de favoriser un autre bien, soit pour le criminel lui-même, soit pour la société civile' (DD, p.152).

Les termes de l'alternative semblent désormais clairs et nets: la peine comme *prévention* (de crimes futurs) s'oppose à la peine comme *rétribution* (c'est-à-dire comme punition adéquate d'un crime déjà commis). Les théoriciens de la prévention (Karl Heinrich Heydenreich, Karl Ferdinand Hommel, Karl Grolman, Paul Johann Anselm Feuerbach...), nombreux en Allemagne (avant comme après la publication de la *Rechtslehre* kantienne) et forts de leurs convictions, reformulent et développent les thèses des Lumières et en particulier celles de Beccaria. Il ne manque pourtant pas de théoriciens du caractère rétributif de la peine<sup>9</sup>. Ludwig Heinrich Jakob accuse ainsi la théorie de la prévention de corrompre la pureté formelle du principe juridique<sup>10</sup> par des considérations qui lui sont étrangères: cette théorie s'empêtre alors dans des contradictions qu'on ne peut en réalité éviter qu'en fondant la peine non sur ses conséquences ou les finalités qu'on en espère, mais sur le fait qu'une norme a été transgressée<sup>11</sup>. Certes, comme le reconnaît Jakob lui-même,<sup>12</sup> l'opinion

<sup>8</sup> Voir Dario Ippolito, 'La philosophie pénale des Lumières entre utilitarisme et rétributivisme', dans *Penser la peine à l'âge des Lumières*, p.21-34.

<sup>9</sup> Voir Mario Alessandro Cattaneo, *Illuminismo e legislazione penale. Saggi sulla filosofia del diritto penale nella Germania del Settecento* (Milan, 1993).

<sup>10</sup> Voir Ludwig Heinrich Jakob, *Philosophische Rechtslehre, oder Naturrecht* (Haller, In der Rengerschen Buchhandlung, 1795), §423, p.250; voir aussi §81, p.47.

<sup>11</sup> Voir L. H. Jakob, *Philosophische Rechtslehre*, Remarque 2, p.25; M. A. Cattaneo, *Illuminismo e legislazione penale*, p.289-343.

<sup>12</sup> Voir L. H. Jakob, *Philosophische Rechtslehre*, p.252.

qui voit dans la prévention le fondement et le sens de la peine est encore dominante. Mais ce qui émerge néanmoins dans la réflexion d'un juriste kantien comme Jakob, c'est une théorie de la peine qui, deux plus tard, devait trouver sa plus célèbre expression dans la *Rechtslehre* kantienne, au point de faire de Kant le porte-drapeau d'un rétributionnisme intransigeant qui allait profondément marquer la réflexion pénale des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles.<sup>13</sup>

La *received view* d'un rétributionnisme kantien rigoureux a pourtant fait l'objet d'un procès en révision<sup>14</sup> qui a donné lieu à une intense discussion.<sup>15</sup> Or, l'importance de cette discussion pour une juste contextualisation historique de la philosophie pénale de Kant ne saurait être sous-estimée. Si en effet nous attribuons à cette philosophie une tendance strictement rétributionniste, nous soulignons la rupture qu'elle instaure par rapport à la tradition des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles et nous l'opposons de manière catégorique à la théorie de la prévention formulée par Beccaria (puis largement adoptée et développée par ses lecteurs allemands). Il convient donc de considérer le 'rétributionnisme' kantien non comme un fait, mais comme un problème.

<sup>13</sup> Voir par exemple Ulrich Klug, 'Abschied von Kant und Hegel', dans *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, éd. Jürgen Baumann (Francfort-sur-le-Main, 1968), p.36-41 (cet article a fait l'objet d'une vive critique de la part de Joachim Hruschka, 'Die "Verabschiedung" Kants durch Ulrich Klug im Jahre 1968: Einige Korrekturen', *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 122-3 (2010), p.493-503; 'Die Interpretation von Kants Strafrechtsphilosophie – eine Wissenschaft oder eine Ideologie?', *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 124-1 (2012), p.232-5); Jeffrie G. Murphy, *Kant: The Philosophy of Right* (New York, 1970) (cet auteur a revu ses positions dans 'Does Kant Have a Theory of Punishment?', *Columbia Law Review*, 87-3 (1987), p.509-32); Samuel Fleischacker, 'Kant's Theory of Punishment', *Kant-Studien*, 79 (1988), p.431-49.

<sup>14</sup> Voir Don E. Scheid, 'Kant's Retributivism', *Ethics*, 93-2 (1983), p.262-82; B. Sharon Byrd, 'Kant's Theory of Punishment: Deterrence in Its Threat, Retribution in Its Execution', *Law and Philosophy*, 8-2 (1989), p.151-200.

<sup>15</sup> Voir par exemple J. Angelo Corlett, 'Foundations of a Kantian Theory of Punishment', *The Southern Journal of Philosophy*, XXXI-3 (1991), p.263-83; Stephen Kershnar, 'Kant on Freedom and the Appropriate Punishment', *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 3 (1995), p.309-21; Mark Tunick, 'Is Kant a Retributivist?', *History of Political Thought*, 17 (1996), p.60-78; Thomas E. Hill, Jr., 'Kant on Wrongdoing, Desert, and Punishment', *Law and Philosophy*, 18 (1999), p. 407-41; Daniela Tafani, 'Kant e il diritto di punire', *Quaderni Fiorentini*, 29 (2000), p.55-84; Thom Brooks, 'Corlett on Kant, Hegel, and Retribution', *Philosophy*, 76 (2001), p.561-80; 'Kant's Theory of Punishment', *Utilitas*, 15-2 (2003), p.206-24; Michael Clark, 'A Non-Retributivist Kantian Approach to Punishment', *Ratio*, 17-1 (2004), p.12-27; Thom Brooks, 'Kantian Punishment and Retributivism: A Reply to Clark', *Ratio*, 18-2 (2005), p.237-45; Jane Johnson, 'Revisiting Kantian Retributivism to Construct a Justification of Punishment', *Criminal Law and Philosophy*, 2 (2008), p.291-307; Dimitri Landa, 'On the Possibility of Kantian Retributivism', *Utilitas*, 21-3 (2009), p.276-96; Arthur Ripstein, *Force and Freedom. Kant's Legal and Political Philosophy* (Cambridge (Mass.)-Londres, 2009), p.300 et suivantes; Eoin O'Connell, 'Kantian Moral Retributivism: Punishment, Suffering, and the Highest Good', *The Southern Journal of Philosophy*, 52-4 (2014), p.477-495.

En première approximation, l'offensive lancée dans la *Rechtslehre* contre une vision utilitariste et préventive de la peine (qui réduit l'être humain à un moyen) va de pair avec l'affirmation que la condition nécessaire et suffisante de la peine est la transgression d'une norme: lorsqu'un individu a commis un crime, il devient par là même susceptible d'être puni (*strafbar*) et la peine doit lui être infligée en dehors de toute considération sur ses effets éventuellement bénéfiques, pour la société ou pour le coupable (*DD*, p.152-3).

Ayant dissocié la définition de la peine (et de sa légitimité) de la réflexion sur ses effets, Kant recherche le critère qui doit présider à sa détermination. Ce critère est fourni par le principe d'égalité ('la position qu'occupe l'aiguille de la balance de la justice'), c'est-à-dire la 'loi du talion', la proportion rigoureuse entre le crime et la peine (*DD*, p.153). Le *jus talionis* trouve son application la plus simple et la plus convaincante dans le cas du meurtre: à la mort de la victime doit nécessairement correspondre la mort du coupable. La peine capitale est alors un dû: 'Il n'y a ici aucun substitut possible qui puisse satisfaire la justice', parce qu'il n'existe 'aucune commune mesure' entre la vie, 'si pénible qu'elle soit' (il est difficile ici de ne pas penser à l'image beccarienne du condamné 'transformé en bête de somme'),<sup>16</sup> et la mort (*DD*, p.154).

Pour établir la validité du *jus talionis*, Kant semble se fonder sur l'intuition plus que sur une démonstration en bonne et due forme, comme l'avait déjà fait observer Karl Grolman, selon lequel la théorie kantienne de la peine est non seulement fautive,<sup>17</sup> mais également postulée plutôt que démontrée.<sup>18</sup> Le souci de Kant est surtout de montrer que le principe d'égalité peut s'appliquer dans tous les cas, quelle que soit la variété des conditions subjectives et des genres de crimes.<sup>19</sup>

En ce qui concerne les différences subjectives, Kant reconnaît qu'une peine formellement identique (par exemple une amende) frappe différemment le condamné selon qu'il s'agit d'une 'personne d'un rang élevé' ou d'un 'citoyen de rang inférieur': dans ce cas, l'application du 'principe du talion d'égal à égal' n'est pas 'possible à la lettre' (*DD*, p.153-4). Il faut donc, en préservant sinon la lettre, du

<sup>16</sup> C. Beccaria, *Des délits et des peines*, §XXVIII, p.231.

<sup>17</sup> Voir Karl Grolman, *Ueber die Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung nebst einer Entwicklung der Lehre von dem Maasstabe der Strafen und der juridischen Imputation* (Giessen, Friedrich Hayer, 1799), p.218: présenter la peine comme une fin et non comme un moyen est 'une erreur du grand, mais non infaillible vieillard'.

<sup>18</sup> Voir K. Grolman, *Ueber die Begründung des Strafrechts*, p.219-20; Mario A. Cattaneo, *L'umanesimo giuridico penale di Karl Grolman* (Pise, 1996), p.131 et suivantes.

<sup>19</sup> Cette objection avait été également avancée par les premiers lecteurs de Kant: voir par exemple V. Barkhausen, 'Über die Abschaffung der Todesstrafen', p.320-2.

moins l'esprit du principe d'égalité, trouver une peine qui inflige au coupable la souffrance la plus proche possible de celle qu'il a causée à la victime.

Dans un appendice inspiré par les observations d'un recenseur de la *Rechtslehre* (Friedrich Bouterwek), Kant revient sur la difficulté de parvenir à une correspondance exacte entre la peine et le délit. Que faire, se demande-t-il, face à des crimes tels que le 'viol', la 'pédérastie' ou la 'bestialité'? Sous prétexte qu'il soit alors impossible ou immoral d'infliger des peines parfaitement 'égales', ces peines ne devront pas pour autant être 'arbitraires', parce que ce serait 'littéralement contraire au concept d'une justice pénale' (DD, p.194). Kant est si soucieux d'éviter toute détermination arbitraire des peines qu'il en vient à proposer des peines brutales (comme la castration pour la pédérastie et pour le viol) pour se rapprocher le plus possible d'une correspondance objective entre la peine et le crime.<sup>20</sup>

Dans deux cas seulement, Kant se voit contraint de reconnaître la difficulté à laquelle se heurte le principe de stricte égalité dans la détermination de la peine. Le premier cas est celui du meurtre en duel et de l'infanticide commis par une mère célibataire. Ces deux crimes ont en commun d'être inspirés par le 'sentiment de l'honneur'. Ils font naître un conflit entre les 'mobiles de l'honneur', très forts dans le 'peuple', et les principes du droit: les premiers suggèrent l'indulgence, alors que les seconds ne sauraient souffrir la moindre exception. 'On peut dénouer ce nœud', selon Kant, sans transgresser le principe d'égalité, en admettant une sorte de 'suspension' de son application tant que la législation 'est encore barbare et non civilisée' (DD, p.158-60). Le second cas se présente lorsque le nombre de criminels dignes de subir la peine capitale est tellement grand qu'il risque de compromettre la prospérité de l'État en appauvrissant la population. Pour éviter cette conséquence, le souverain peut alors décider de commuer la peine de mort en une autre peine (DD, p.156-7).

Cette infraction à la loi du talion n'est pas négligeable, mais Kant colmate la brèche en invoquant un antique argument: l'état de nécessité, le *jus necessitatis*. Aux yeux de Kant, la nécessité ne fait pas droit, elle ne rend pas 'légal ce qui est injuste', mais se borne à garantir une impunité subjective dans des cas déterminés (DD, p.24). C'est le pouvoir 'excédentaire' du souverain (dont une autre manifestation est le 'droit de grâce') qui, en cas de nécessité et uniquement 'dans des cas particuliers' (DD, p.157), opère non tant contre les lois ordinaires qu'à côté d'elles. Face à

<sup>20</sup> Daniela Tafani constate à ce propos la présence d'un 'élément archaïque dans la pensée de Kant' (D. Tafani, 'Kant e il diritto di punire', p.71).

l'exception, le principe d'égalité ou *jus talionis* n'est pas violé, mais il est seulement 'suspendu', sans cesser de former le cœur et le pivot du système pénal.

Bien que contraint d'admettre des dérogations au principe d'égalité,<sup>21</sup> Kant en fait ainsi l'unique critère objectif et non arbitraire de la détermination des peines: ce principe est l'expression même d'une justice qui ne demande qu'à être rigoureusement observée. Même si 'la société civile se dissolvait [...], le dernier meurtrier se trouvant en prison devrait auparavant être exécuté' (*DD*, p.155): la peine n'étant pas un moyen en vue d'un but extrinsèque, elle ne saurait perdre sa nécessité en même temps que son utilité. Elle est au contraire un 'impératif catégorique, et malheur à celui qui s'insinue dans les sinuosités de la doctrine du bonheur pour y découvrir quelque chose qui, par l'avantage qu'il promet, le délierait de la peine' (*DD*, p.152-3).

Comme on le voit, bien des passages de la *Métaphysique des mœurs* paraissent ainsi confirmer l'image traditionnelle d'un Kant théoricien du rétributionnisme le plus rigoureux. Il convient cependant de se souvenir que le choix rétributionniste n'émerge qu'au moment où Kant aborde le problème des critères à employer pour choisir et déterminer les peines, mais ne s'appuie sur aucun élément de sa vision générale du droit et de la coercition.

Dans les pages initiales de sa *Rechtslehre*, Kant énonce en effet les thèses suivantes: 1) le droit est un ensemble de règles grâce auxquelles 'le libre usage de ton arbitre p[eut] coexister avec la liberté de tout homme selon une loi universelle' (*DD*, p.18);<sup>22</sup> 2) le droit est rigoureusement distinct de la morale, dans la mesure où il 'ne concerne que le rapport extérieur [...] d'une personne à une autre' (*DD*, p.16); 3) l'obéissance à une norme juridique (à la différence du respect d'une obligation morale) s'appuie 'sur le principe de la possibilité d'une contrainte extérieure' (*DD*, p.19). La contrainte est partie intégrante du droit: on ne saurait concevoir l'un sans l'autre. Elle relève de la 'construction du 'concept de droit' et la peine peut donc être comprise, par analogie avec la loi physique de 'l'égalité de l'action et de la réaction',

<sup>21</sup> Heinrich Stephani avait souligné ce point délicat de la doctrine kantienne, tout en ajoutant que, contrairement à la loi du talion, le principe selon lequel la peine ne doit être ni plus sévère ni plus douce que ce que requiert l'exigence de la sécurité est un critère qui peut être appliqué sans aucune exception: voir Heinrich Stephani, *Anmerkungen in Kants metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre* (Erlangen, Johann Jakob Palm, 1797), p.124.

<sup>22</sup> Voir aussi Immanuel Kant, 'Sur l'expression courante: il se peut que ce soit juste en théorie, mais en pratique cela ne vaut rien', dans *Théorie et pratique. Droit de mentir*, éd. Louis Guillermit (Paris, 1967), p.30.

comme la réponse parfaitement égale et contraire à la transgression.<sup>23</sup> On ne saurait concevoir ‘l’Idée d’une constitution politique’ qui n’impliquerait pas ‘déjà le concept d’une justice pénale’ (*DD*, p.193).

Kant reformule ici dans son lexique théorique des éléments déjà présents dans la culture politique et juridique des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles: non seulement la nette distinction entre le droit et la morale (déjà établie par Thomasius et adoptée, bien que non théorisée, par Beccaria), mais plus généralement le lien nécessaire qui associe la défense du droit (et des droits) à l’intervention coercitive du souverain. Ces éléments avaient servi de cadre théorique à la tradition jusnaturaliste et contractualiste (Grotius, Hobbes, Locke, Pufendorf) qui, tout en soulignant la fonction préventive et intimidatrice de la peine (*ne peccetur*), n’avait pas pour autant renoncé au *quia peccatum*.

Il faudrait alors conclure que la vision kantienne du droit demeure essentiellement conforme aux opinions dominantes du siècle pour ce qui concerne le rapport entre droit et coercition, mais rompt brusquement et drastiquement avec une attitude largement répandue qui tendait à voir dans le couple de la ‘prévention’ et de la ‘rétribution’ (nous employons par commodité, non sans anachronisme, la terminologie qui nous est devenue familière) non tant une alternative qu’une complémentarité.

Il n’en reste pas moins que certains moments de cette même réflexion kantienne, sur lesquels les ‘révisionnistes’ ont attiré l’attention, semblent difficilement compatibles avec une philosophie pénale purement et simplement ‘rétributionniste’.

Dans la *Rechtslehre* elle-même, on trouve ainsi certains passages qui semblent impliquer l’attribution d’une finalité préventive à la peine. L’exemple le plus connu, exposé par Kant au moment d’aborder le problème du *jus necessitatis*, est le cas d’un naufragé qui, réfugié sur une planche ne pouvant supporter le poids de deux personnes, provoque la mort d’un second naufragé en le rejetant à la mer. Aucune loi, observe Kant, ne saurait condamner à mort ce survivant d’un naufrage: la peine infligée par une telle loi ne l’aurait en effet menacé que d’un mal futur et incertain, qui serait resté inefficace face à la ‘peur éprouvée devant le mal qui est certain (en l’occurrence, la noyade)’ (*DD*, p.23). Quoique indirectement, un lien apparaît donc

<sup>23</sup> Voir Jane Johnson, ‘Revisiting Kantian Retributivism’, p.302: ‘The construction of justice allows us to see, and via analogy with the physical world understand, the implications of disruptions within an ordered system – in the case of the physical world there is resistance or opposed action, and in the legal, punishment.’

ici entre la peine et sa fonction préventive; or, ce lien n'est pas secondaire puisque c'est justement l'inefficacité intimidatrice de la peine qui dissuade d'y avoir recours.

L'attention aux effets préventifs de la peine ne surgit pas seulement incidemment dans la *Rechtslehre*, puisqu'on la rencontre également à propos d'un thème de grande importance, celui de la distinction entre la morale et le droit. Alors que l'obéissance à la norme morale repose sur 'l'Idée même du devoir', l'obligation juridique dépend de mobiles externes qui 'diffèrent de l'Idée du devoir': elle dépend en particulier de la crainte de subir les conséquences infligées au transgresseur par une législation nécessairement 'coercitive'.<sup>24</sup> Cette dimension coercitive est l'un des caractères distinctifs du droit et il agit sur les sujets lorsque, en menaçant de faire souffrir tout éventuel transgresseur, il les incite à l'obéissance.

L'extériorité et la coercivité du droit se conjuguent facilement avec l'insistance sur le caractère intimidateur et préventif des sanctions. On en trouve des témoignages dans les cours de Kant<sup>25</sup> (quoique le problème reste ouvert – et peut-être à jamais – de savoir si ces cours reflètent fidèlement la pensée de l'enseignant). Dans ces textes revient souvent la distinction entre les peines qui sont infligées parce qu'une norme a été transgressée, et celles qui visent à éviter de futures transgressions. À la peine 'vindicativa' ou 'moralis' s'oppose la peine 'correctiva' ou 'pragmatica': 'Dans la Politique, les peines n'ont d'autre nécessité que de servir à décourager les actes méchants.'<sup>26</sup> Kant semble ainsi adhérer à la vision traditionnelle qui tend à faire coexister les deux conceptions de la peine, 'backward-looking' et 'forward-looking': tout au plus précise-t-il que la seconde relève de la 'prudential punitiva', c'est-à-dire des instruments auxquels recourent nécessairement les gouvernants pour garantir l'ordre, tandis que la première concerne la justice au sens strict et rigoureux.<sup>27</sup>

Jusqu'où peut-on alors maintenir l'image traditionnelle d'un Kant théoricien du rétributionnisme? Don E. Scheid, qui a précocement attiré l'attention sur cette question, propose de voir en Kant le défenseur d'un rétributionnisme pour ainsi dire

<sup>24</sup> Passage absent de l'édition citée de la 'Doctrin du droit': nous citons d'après Immanuel Kant, *Métaphysique des mœurs*, éd. Joëlle Masson et Olivier Masson, dans *Œuvres philosophiques*, vol. III (Paris, 1986), I<sup>e</sup> partie, 'Premiers principes métaphysiques de la doctrine du droit', p.464.

<sup>25</sup> Voir *Kant's Lectures on Ethics. A Critical Guide*, éd. Lara Denis et Oliver Sensen (Cambridge, 2015).

<sup>26</sup> Immanuel Kant, *Practische Philosophie Powalski*, dans *Kant's gesammelte Schriften*, t.XXVII, *Kant's Vorlesungen, Vorlesungen über Moralphilosophie*, t.IV-1 (Berlin, 1974), p.150. Voir aussi Immanuel Kant, *Leçons d'éthique*, éd. Luc Langlois (Paris, 1997), p.145-6.

<sup>27</sup> Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten Vigilantius*, dans *Kant's gesammelte Schriften*, t.XXVII, *Kant's Vorlesungen, Vorlesungen über Moralphilosophie*, t.IV-2-1 (Berlin, 1975), p.551.

modéré, qui ‘embraces the Retributivist Principle but adopts as its general justifying aim the control or reduction of crime (through deterrence, incapacitation, etc.)’,<sup>28</sup> et recommande de se souvenir de la distinction de Hart entre le but des peines et les différents aspects de son application.<sup>29</sup> Dans cette optique, B. Sharon Byrd a forgé (dès le titre de son article) une formule efficace : la peine est pour Kant ‘deterrence in its threat’ et ‘retribution in its execution’.<sup>30</sup>

C’est ainsi la distinction, de nos jours désormais acquise,<sup>31</sup> entre le but poursuivi par la loi pénale (dans sa formulation générale et abstraite) et son application concrète qui sert à Scheid et Byrd de schème herméneutique pour relire Kant. En réalité, cette distinction avait fait son apparition bien avant que Hart ne l’impose à l’attention de la philosophie pénale. Elle circulait déjà dans l’Allemagne de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, par exemple chez Joseph von Sonnenfels,<sup>32</sup> avant de trouver une formulation précise en 1799 dans le premier volume d’un ouvrage d’une importance capitale pour la culture pénale, la *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts* de Feuerbach. Dans cet ouvrage, Feuerbach insiste sur le but de la prévention (en se référant évidemment à Beccaria), tout en adhérant pourtant non seulement à la vision générale du droit et de l’État qu’on trouve chez Kant, mais aussi à sa conviction qu’il doit y avoir une correspondance nécessaire entre la peine et une action antijuridique antérieure. Ce qui rend possible la coexistence du *ne peccetur* et du *quia peccatum* est la distinction entre la loi pénale (qui fait encourir une sanction pour un genre abstrait de délit ou de crime) et son application judiciaire: à la première revient la tâche de l’‘Abschreckung’, de l’intimidation, de la prévention générale, tandis que la seconde met en œuvre la justice en infligeant au coupable la peine édictée par la loi.<sup>33</sup> Or, c’est au moment de l’application de la loi pénale que le *jus talionis* exerce sa fonction. Le cœur du discours semble être l’exigence de garantir la suprématie de la loi et de limiter le

<sup>28</sup> D. E. Scheid, ‘Kant’s Retributivism’, p.264.

<sup>29</sup> Voir Herbert Lionel Adolphus Hart, ‘Prolegomenon to the Principles of Punishment’, dans *Punishment and Responsibility* (Oxford, 1968), p.1-27.

<sup>30</sup> B. S. Byrd, ‘Kant’s Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution’.

<sup>31</sup> Voir Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (Rome et Bari, 1989), p.242 et suivantes.

<sup>32</sup> Voir D. Tafani, ‘Kant e il diritto di punire’, p.56.

<sup>33</sup> Voir Paul Johann Anselm Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen rechts*, I<sup>e</sup> partie (Erfurt, In der Henningschen Buchhandlung, 1799), p.60; Mario Alessandro Cattaneo, *Anselm Feuerbach. Filosofo e giurista liberale* (Milan, 1970), p.296 et suivantes; Oliver Rosbach, ‘Strafrecht und Gesellschaft bei Anselm von Feuerbach’, *Forum historiae iuris* (2000), <http://www.forhisiur.de/2000-12-rosbach/>; Martin Reulecke, *Gleichheit und Strafrecht im deutschen Naturrecht des 18. und 19. Jahrhunderts* (Tübingen, 2007), p. 233 et suivantes.



pouvoir discrétionnaire du juge, conformément à la vision de l'État de droit qui est celle de Feuerbach (et de Kant).

C'est au juge que s'adresse la loi pénale et c'est le juge qui est tenu de l'appliquer rigoureusement: '[...] le *jus talionis* ne souffre aucune exception, au point qu'il n'est jamais permis au juge de substituer une peine à une autre.'<sup>34</sup> Cette clé de lecture, qui consiste à attribuer à Kant la paternité d'une perspective qui n'a été développée et systématisée que par Feuerbach, fournit une explication limpide de la connotation singulière (et controversée) de la loi pénale kantienne comme 'impératif catégorique'. Définir ainsi une norme juridique est apparu à de nombreux interprètes (à commencer par Georg Jellinek)<sup>35</sup> comme un choix inapproprié de Kant, parce qu'incompatible avec l'une de ses thèses centrales, selon laquelle l'impératif juridique a un caractère 'hypothétique', par opposition à la 'pureté' qui distingue l'obéissance à la loi morale. Cette définition de la loi pénale devient toutefois compréhensible si l'on tient compte de la distinction (mise au point par Feuerbach) entre la formulation de la loi et son application: c'est aux juges que la loi s'impose comme un impératif catégorique, ce sont donc les juges qui sont tenus de l'appliquer de manière inconditionnée et absolue ('catégorique', justement), sans aucune atténuation ni oscillation.<sup>36</sup>

D'un côté la loi pénale, de l'autre son application; d'un côté, la prévention comme finalité générale de la coercition pénale, de l'autre la logique rétributive qui s'exprime dans la punition du coupable: le 'rétributivisme' ne monopoliserait donc pas toute la vision kantienne de la peine, mais n'en occuperait qu'une portion nettement délimitée.

Mais jusqu'à quel point l'interprétation révisionniste est-elle convaincante? Suffit-il de relier la dissuasion à la 'peine encourue' et la rétribution à la 'peine infligée' pour clore le débat? Je ne le crois pas. Les considérations de Feuerbach (sur le plan théorique) et de Sheid et Byrd (sur le plan historiographique) servent à poser le problème plutôt qu'à le résoudre. La distinction entre la formulation de la loi pénale et son application est conceptuellement indiscutable, mais laisse encore indéterminé le régime de leur rapport. À l'intérieur même du cadre tracé par cette distinction, on peut en effet suivre des voies profondément différentes, puisqu'on peut ou bien attribuer au souverain le pouvoir de déterminer les peines comme il

<sup>34</sup> I. Kant, *Metaphysik der Sitten Vigilantius*, p.555.

<sup>35</sup> Sur cette observation critique de Georg Jellinek, voir Mario Alesandro Cattaneo, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant* (Milan, 1981), p.291.

<sup>36</sup> Voir Th. E. Hill, Jr., 'Kant on Wrongdoing', p.431-2.

l'entend, ou bien invoquer des principes imprescriptibles qui président à la fixation des peines et qui s'imposent au législateur comme au juge.

Il ne suffit pas de constater la coexistence, chez Kant, des deux moments du *quia peccatum* et du *ne peccetur*. Pour parvenir au cœur de sa philosophie pénale, il faut également s'interroger sur leur rôle spécifique. Or, on trouve des indices intéressants dans les cours antérieurs à la rédaction de la *Métaphysique des mœurs*, qui non seulement distinguent la '*prudentia*' et la '*justitia*', mais soulèvent également le problème de leur rapport: '[...] toute peine doit être fondée sur la justice' et doit être 'façonnée de manière à promouvoir la Moralité, ou du moins à ne pas lui faire obstacle';<sup>37</sup> '[...] toute *poena exemplaris* est injuste, si elle n'est pas juste en tant que *poena vindicativa*.'<sup>38</sup> Kant se demande également de quelle manière le '*summus imperans*' doit légiférer: il est certes arbitre de ses choix, mais 'en ce qui concerne le caractère de la peine', il est 'lié par la nature de la chose'. Il doit punir pour renforcer la sécurité en regardant vers le futur, mais en même temps il doit le faire 'conformément au *jus talionis*'.<sup>39</sup> La '*prudentia*' du législateur est prise en compte, mais elle est subordonnée à la '*justitia*' et à la 'nature de la chose'. C'est la justice et non la prudence qui est donc à la base du système, au point que le rédacteur du texte, pour ménager la chèvre et le chou, doit attribuer au *jus talionis* une sorte d'effet sécuritaire automatique, sans parvenir toutefois à en donner la moindre démonstration.<sup>40</sup>

On ignore si cette défaillance argumentative doit être imputée au rédacteur, ou si les notes qu'il a transcrites reflètent une difficulté restée irrésolue dans le cours. Il demeure en tout cas hors de doute que le principe d'égalité y est désigné comme le critère général et imprescriptible qui préside à la détermination de la peine. Il est donc vrai que Kant accorde une place (plus grande que ne le pensait la tradition historiographique) à la finalité préventive (que prend en charge la 'prudence' du législateur). Décisif est néanmoins le fait qu'il considère que la *prudentia*, quoique

<sup>37</sup> I. Kant, *Metaphysik der Sitten Vigilantius*, p.551.

<sup>38</sup> I. Kant, *Practische Philosophie Powalski*, p.150.

<sup>39</sup> *Kants Naturrecht (Gottlieb Feyerabend)*, dans *Kant's gesammelte Schriften*, t.XXVII, *Kant's Vorlesungen, Vorlesungen über Moralphilosophie*, t.IV-2-2 (Berlin, 1979), p.1390. Voir Gianluca Sadun Bordoni, 'Introduzione', dans Immanuel Kant, *Lezioni sul diritto naturale (Naturrecht Feyerabend)*, éd. Norbert Hiske et Gianluca Sadun Bordoni (Milan, 2016), p.7-50.

<sup>40</sup> Fichte a plus tard explicitement abordé ce problème en donnant la priorité au but de la prévention et en lui subordonnant la loi du talion: voir Johann Gottlieb Fichte, *Fondements du droit naturel selon les principes de la Doctrine de la science*, éd. Alain Renaut (Paris, 1998), 2<sup>e</sup> partie: Droit naturel appliqué, §20, p.271-2; Daniela Tafani, 'Recht, Zwang und Strafe bei Fichte', dans *Beiträge der Rechtsphilosophie des deutschen Idealismus* (Berlin, 2011), p.71-109.

ayant son rôle à jouer, ne doit pas franchir les bornes préalablement posées par la *justitia*. La preuve en est fournie par les seuls cas où un meurtre n'est pas nécessairement puni de mort: les crimes d'honneur (le duel et l'infanticide) et l'assassinat du naufragé par son compagnon d'infortune. Ces crimes ont en commun d'être *exceptionnels*, par opposition au caractère *ordinairement* intangible du principe d'égalité au sein de l'ordre juridique.

Si donc le principe rétributif, même sous réserve des compléments et des corrections suggérés à juste titre par les 'révisionnistes', est bien la base de la philosophie pénale de Kant,<sup>41</sup> on doit en conclure que la discussion du philosophe allemand avec Beccaria ne peut s'être limitée au problème de la peine de mort, mais a accompagné en sous-main toute sa vision de la peine. Le rapport entre Beccaria et Kant a pour ainsi dire un contenu manifeste et un contenu latent. Le premier concerne la peine de mort; le second est dominé par l'exigence de réagir au tournant utilitariste que Beccaria a imprimé à la philosophie pénale. Beccaria a donné une priorité et une importance inédites au moment de la prévention: dans une culture pénale qui, notamment dans les pays de langue allemande, faisait de la prévention le volet principal de la politique criminelle, il était donc une référence obligée.

Telle est la raison pour laquelle on pourrait faire l'hypothèse, sans trop forcer les choses, que Beccaria (ainsi évidemment que de nombreux lecteurs et partisans allemands des *Délits et des peines*) est l'interlocuteur tacite de la philosophie pénale de Kant. De manière symétrique (égale et contraire), Beccaria et Kant pratiquent deux interventions sur le corps de la culture philosophico-pénale des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles. Dans cette culture, le moment de la prévention, quoique nettement valorisé, coexistait avec la considération du *quia peccatum* et avec des arguments de nature 'rétributionniste'. C'est à cette promiscuité de perspectives, trop facilement acceptée et insuffisamment thématisée, que réagissent à la fois Beccaria et Kant, l'un faisant de la dimension préventive et l'autre de la dimension rétributive le centre de gravité du système punitif. La première voie avait été tracée par Beccaria. Pour frayer la sienne, Kant ne pouvait éviter de prendre Beccaria pour cible: non seulement (explicitement) sur la question névralgique de la peine de mort, mais aussi (implicitement) à propos de la définition même de la peine.

<sup>41</sup> Voir Otfried Höffe, 'Vom Straf- und Begnadigungsrecht', dans *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, éd. Otfried Höffe (Berlin, 1999), p.213-33.

2. *‘Tout cela n’est que sophisme et fausse interprétation du droit’: le problème de la peine de mort*

S’il est vrai que le refus de l’abolitionnisme n’est que la partie émergée, mais peut-être pas la principale, de la critique menée par Kant contre les *Délits*,<sup>42</sup> on comprend mieux la dureté singulière des expressions qu’emploie le philosophe allemand contre Beccaria, accusé d’être animé par cette ‘sensibilité sympathisante qui caractérise une humanité affectée’ (*DD*, p.157). La décision d’exclure la peine capitale pour tous les genres de crimes, y compris pour le meurtre, contredit en effet la loi du talion et le principe de la correspondance nécessaire entre la norme et le crime. Or, elle les contredit dans leur application la plus claire et la plus pure, étant donné la symétrie parfaite entre le crime (la mort de la victime) et la peine (la mort de l’assassin). Elle remet par là en cause les principes imprescriptibles de l’ordre juridique. On comprend donc pourquoi Kant ne fait aucune référence à l’argument abolitionniste le plus célèbre de Beccaria, celui de la moindre efficacité préventive et dissuasive de la peine capitale par rapport aux travaux forcés à perpétuité, et se concentre sur le problème de la légitimité de la peine capitale, précisément parce qu’il est relié par de multiples fils aux aspects les plus délicats de sa réflexion philosophique, anthropologique, politique et juridique.

Kant a en commun avec Beccaria de recourir au modèle théorique du contrat social. Or, même circonscrites dans ce cadre, les distances entre les deux auteurs sont radicales et se répercutent nécessairement sur leurs solutions opposées au problème de la peine de mort. L’argument beccarien contesté par Kant prend appui sur l’interdiction faite aux contractants de disposer de leur propre vie: si ‘l’homme n’est

<sup>42</sup> Il est tout à fait remarquable que de nombreuses études portant sur la philosophie pénale de Kant, surtout dans le monde anglo-saxon, ne mentionnent qu’en passant – lorsqu’elles le mentionnent – Beccaria et les nombreux juristes et théoriciens du droit qui, dans le sillage du succès fracassant des *Délits et des peines* et notamment dans l’Allemagne de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, avaient tout misé sur la ‘prévention’. L’une des raisons de cette singulière omission se trouve peut-être dans la question qui oriente par avance ces études: cette question est de caractère théorique, plus qu’historiographique, et anime le projet d’interroger Kant pour évaluer, d’un côté, la cohérence interne de sa philosophie, et de l’autre pour mettre à l’épreuve (pour confirmer ou invalider) une théorie pénale déterminée. Le résultat est que ces études, d’un côté, offrent une reconstitution analytique du discours kantien dont l’utilité (notamment historiographique) est indéniable, mais que, de l’autre, elles présentent une image en quelque façon décontextualisée ou déshistoricisée de l’auteur étudié. Un auteur qui s’exprime en ce sens est Moritz Heepe, ‘Strafgerechtigkeit bei frühen Kantianern’, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 100-4 (2014), p.483-500, qui présente une intéressante reconstitution du contexte où s’est développée la philosophie pénale de Kant. On trouve notamment une semblable attention au contexte dans M. A. Cattaneo, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, D. Tafani, ‘Kant e il diritto di punire’, et M. Reulecke, *Gleichheit und Strafrecht*.

pas maître de se tuer' – avait écrit Beccaria –, 'comment peut-il avoir déferé 'à l'arbitraire d'autres hommes le droit de le tuer?'<sup>43</sup> 'Tout cela n'est que sophisme et fausse interprétation du droit', répond Kant (*DD*, p.157). Il faut en effet comprendre qui est le sujet et ce qu'il fait lorsqu'il s'accorde avec les autres pour créer un ordre capable de garantir la liberté. Le sujet engagé dans cette entreprise n'est identique qu'en apparence au sujet qui, plus tard, commet un crime et s'expose aux sanctions prévues par la loi. Lorsque, en tant que fondateur de l'ordre juridique, 'je rédige une loi pénale contre moi-même comme criminel', j'agis en effet comme porte-parole de la 'pure raison juridiquement législatrice (*homo noumenon*)', alors que l'individu que je soumetts à la loi et à la sanction pénale est moi-même 'en tant que je suis quelqu'un qui est capable d'être un criminel, par conséquent en tant qu'une autre personne (*homo phaenomenon*)' (*DD*, p.157-8). C'est pour n'avoir pas tenu compte de ces deux dimensions différentes de la subjectivité que Beccaria a versé dans le 'sophisme'.

Cette distinction entre l'*homo noumenon* et l'*homo phaenomenon* joue un rôle important dans l'anthropologie et dans l'éthique kantienne. L'homme doit être considéré – lit-on dans l'un des cours de Kant – comme un 'doppertes Wesen': on doit le regarder d'un côté en tant 'qu'idéal, en tant que ce qu'il doit et peut être' – on peut parler dans ce cas 'd'*homo noumenon*' –, mais on doit aussi le regarder dans sa condition d'être sensible, 'd'*homo phaenomenon*'.<sup>44</sup> Alors que ce dernier est l'individu en tant qu'il est affecté par les sentiments de plaisir et de douleur,<sup>45</sup> le premier est un sujet qui se conçoit lui-même en accord avec l'impératif catégorique,<sup>46</sup> qui ne s'écarte pas de la voie tracée par la pure raison et n'obéit pas à ses mobiles, mais suit une règle universelle<sup>47</sup>.

Cette distinction est confirmée et développée dans la *Métaphysique des mœurs*, où elle préside à la solution d'une antinomie qui semble remettre en cause la catégorie des 'devoirs envers soi-même'. Cette catégorie implique en effet la coexistence, au sein du même sujet, de deux positions – le moi qui oblige et le moi obligé – qui paraissent ne pouvoir s'appliquer qu'à des individus distincts. L'antinomie n'est toutefois qu'apparente, parce que l'être humain se considère, d'un

<sup>43</sup> C. Beccaria, *Des délits et des peines*, §XXVIII, p.229.

<sup>44</sup> I. Kant, *Metaphysik der Sitten Vigilantius*, p.593.

<sup>45</sup> Voir I. Kant, *Metaphysik der Sitten Vigilantius*, p.593.

<sup>46</sup> Voir Oliver Sensen, 'The Moral Importance of Autonomy', dans *Kant on Moral Autonomy*, éd. Oliver Sensen (Cambridge-New York, 2013), p.262-81.

<sup>47</sup> Immanuel Kant, *Moral Mrongovius II (Die Moral des HE Prof. Kant gelesen nach Baumgartens Practischer Philosophie)*, dans *Kant's gesammelte Schriften*, t.XXIX, *Kant's Vorlesungen, Kleinere Vorlesungen und Ergänzungen I*, t.VI-1-1 (Berlin, 1980), p.627.

côté, comme ‘*être sensible*’, ‘appartenant à une espèce animale’, et de l’autre comme ‘être raisonnable’, expression d’une raison universelle. L’individu qui s’oblige lui-même est ‘l’*homo noumenon*’, ‘un être doué de *liberté* intérieure’, capable de respecter l’humanité dans sa propre personne.<sup>48</sup>

Ce dédoublement du sujet se manifeste aussi dans la valeur différente qu’il faut attribuer à l’homme phénoménal et à l’homme nouménal. Le premier a une importance limitée: sa valeur, comme celle de tous les autres êtres vivants, est vulgaire et se confond avec son utilité. Seul le second, sujet d’une ‘*moralisch-praktische Vernunft*’, n’est pas un moyen mais une fin en soi et, à ce titre, possède une dignité et une valeur absolues: ‘L’humanité présente en sa personne est l’objet du respect qu’il peut exiger de tout autre homme [...]’.<sup>49</sup>

Ce dédoublement du sujet permet de comprendre pourquoi la ‘conscience’ se présente comme un ‘tribunal intérieur’: tout homme se sent continuellement surveillé par un juge auquel il ne peut se soustraire et qui le suit comme son ombre. Là encore, Kant se heurte au paradoxe d’un ‘double moi’, dont le caractère problématique lui échappe tellement peu qu’il s’arrête à nouveau en note sur cette apparente contradiction: à nouveau, l’accusateur et l’accusé sont une seule et même personne. Comme précédemment, Kant fait alors intervenir le sujet nouménal et le sujet phénoménal, qu’il rapporte respectivement aux facultés supérieures et inférieures de l’être humain, tout en reconnaissant qu’on ne dispose d’aucune théorie ‘sur la relation causale de l’intelligible au sensible’.<sup>50</sup>

Tels sont les éléments éthiques et anthropologiques invoqués par Kant pour décrire l’activité du sujet engagé dans la conclusion du contrat social: en tant que cofondateur de l’ordre politico-juridique, il obéit aux préceptes de la raison, non aux mobiles des passions (les facultés inférieures, comme les appelle Kant conformément à une tradition millénaire), et il peut donc sans contradiction s’exposer lui-même (sa partie ‘phénoménale’) à la peine capitale réclamée par l’homme nouménal.

Un large fossé sépare ainsi l’individu kantien de l’individu beccarien, tous deux pourtant activement engagés dans le contrat social. Pour Beccaria, l’invention de la souveraineté (qui va de pair avec celle des appareils normatifs et coercitifs qui en découlent) n’est pas le fruit d’une opération de la raison. Son anthropologie recueille

<sup>48</sup> Immanuel Kant, ‘Premiers principes métaphysiques de la doctrine de la vertu’, dans *Métaphysique des mœurs*, vol. II, p.268-9.

<sup>49</sup> I. Kant, ‘Premiers principes métaphysiques de la doctrine de la vertu’, p.291.

<sup>50</sup> I. Kant, ‘Premiers principes métaphysiques de la doctrine de la vertu’, p.296, note.

l'héritage d'Helvétius et, au-delà, de Hobbes: l'individu qu'il nous présente est dominé par les passions. La raison (pour Hobbes comme pour Beccaria) peut satisfaire leurs tendances, mais elle ne peut s'en rendre maître et les assujettir en vue d'un bien 'supérieur'. La hiérarchisation du sujet (selon une conception platonicienne qui a continuellement et diversement été reprise dans l'Europe chrétienne) et la conviction que ses qualités plus 'élevées' (rationnelles) doivent et peuvent réfréner les penchants les plus 'bas' cèdent la place à l'idée d'un 'sujet-de-besoins' qui se sert de la raison pour minimiser les risques et maximiser la satisfaction de ses désirs. Les lois ne reflètent donc pas la pure raison, mais reposent sur l'habileté du souverain à 'gouverner' les passions et les intérêts des sujets en réduisant leur sacrifice au minimum.

Pour Beccaria, 'l'intérêt privé' exerce sur les hommes un empire trop puissant pour qu'ils aient pu s'ouvrir à la contemplation de l'intérêt public et pour que le contrat puisse avoir été le fruit d'une 'décision rationnelle'. La raison n'est pas une force autosuffisante: '[...] la société est la source de la raison et non la raison la source de la société.'<sup>51</sup> De son côté, Kant n'est pas étranger à un pessimisme anthropologique qui, d'une certaine façon, se souvient de la leçon de Hobbes. Mais il réagit en traçant un chemin opposé à celui qui est suivi par Beccaria: il mise sur le 'dédoublement' du sujet et sur le primat d'une raison capable de modeler à la fois l'action individuelle et l'ordre politico-juridique.

On comprend donc pourquoi Kant fait une lecture 'sélective' des arguments de Beccaria. S'arrêtant exclusivement sur l'interdiction de disposer de sa propre vie,<sup>52</sup> il passe sous silence la question oratoire qui précède: 'Comment, dans le plus petit sacrifice de la liberté de chacun, peut-il jamais y avoir celui du plus grand de tous les biens, la vie?'<sup>53</sup> Or, c'est justement cette dernière proposition qui, selon Beccaria, permet de soutenir la thèse du caractère intolérable (et irrationnel) d'un ordre juridique qui ferait encourir la peine de mort: non seulement parce que l'homme ne *doit* pas se laisser tuer, mais aussi (et surtout) parce qu'il ne *peut* le vouloir, dans la mesure où un tel consentement serait incompatible avec ses penchants les plus profonds.

Ayant circonscrit les passions dans la sphère 'inférieure' de l'homme phénoménal, Kant peut rejeter comme un 'sophisme' l'argument abolitionniste de

<sup>51</sup> Ph. Audegean, *La Philosophie de Beccaria*, p.50. Voir l'ensemble des pénétrantes considérations développées par l'auteur sur ce thème, p.39 et suivantes.

<sup>52</sup> Voir C. Beccaria, *Des délits et des peines*, §XXVIII, p.229: si l'homme 'n'est pas maître de se tuer', comment a-t-il 'pu donner ce droit à autrui ou à la société tout entière?'

<sup>53</sup> C. Beccaria, *Des délits et des peines*, §XXVIII, p.229.

Beccaria et présenter la peine de mort comme une disposition nécessaire dans un ordre juridique intrinsèquement rationnel et juste. On peut cependant se demander si ne surgissent pas certaines tensions entre une telle justification de la peine de mort et la philosophie morale et juridique kantienne dans son ensemble.

Une première difficulté pourrait naître de la fonction même qui est assignée à l'ordre politico-juridique. Si son objectif est de garantir les droits de tous les citoyens, comment admettre l'élimination physique de certains d'entre eux, et donc l'anéantissement de tous leurs droits (qui présupposent évidemment la préservation de leur vie)? Kant soulève ce problème dans l'un de ses cours. La *quaestio disputata* est à nouveau l'abolitionnisme de Beccaria. Pour le rejeter, Kant n'évoque cependant pas ici la distinction entre le nouménal et le phénoménal, mais adopte une autre stratégie, qui consiste en une sorte de *reductio ad absurdum* de la thèse adverse. Si Beccaria avait raison, s'il n'était pas permis de supprimer la vie au motif que la vie est un bien inaliénable, alors c'est tout le système pénal qui s'écroulerait: aucune peine ne serait légitime, pas même la peine de privation de liberté, parce que si nul ne peut disposer de sa vie, nul ne peut non plus 'disposer de sa liberté'.<sup>54</sup>

Gaetano Filangieri recourt à la même ligne argumentative contre cette thèse des *Délits*.<sup>55</sup> Au-delà des arguments employés, il semble que persiste encore (chez Filangieri comme chez Kant) une vision largement répandue dans toute la culture philosophico-pénale des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles (elle-même débitrice de traditions antérieures), selon laquelle le crime transforme radicalement, qualitativement, le statut du criminel, au point de provoquer (pour reprendre l'expression de Locke) la 'forfeiture' de ses droits. Kant recueille l'héritage de cette tradition lorsqu'il soutient d'un côté que nul citoyen ne peut perdre ses droits (égaux pour tous en dépit de la différence des conditions sociales et économiques), que nul ne peut y renoncer à supposer même qu'il le veuille, mais que, d'un autre côté, il admet néanmoins une exception, celle d'un citoyen qui s'est rendu coupable d'un crime.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> I. Kant, *Kants Naturrecht (Gottlieb Feyerabend)*, p.1391.

<sup>55</sup> Voir Gaetano Filangieri, *La scienza della legislazione*, vol. IV (livre III, 'Delle leggi criminali', II<sup>e</sup> partie, 'De' delitti e delle pene'), éd. Gerardo Tocchini et Antonio Trampus (Venise, 2004), chap. XXIX, p.20. Filangieri était connu de nombreux lecteurs allemands de Beccaria: voir par exemple Johann Adam Bergk, *Des Marchese Beccaria's Abhandlung über Verbrechen und Strafen*, 2<sup>e</sup> partie (Leipzig, Johann Gottlob Beygang, 1798), p.109 et suivantes. L'argument abolitionniste de Filangieri a été repris par Paul Johann Anselm Feuerbach, *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayerischen Staaten* (Giesen, 1804), 2<sup>e</sup> partie, 3<sup>e</sup> section, p.166.

<sup>56</sup> Voir I. Kant, 'Sur l'expression courante', p.32-33; Jean-Christophe Merle, *German Idealism and the Concept of Punishment* (Cambridge, 2009), p.58-61.



Il ne semble donc pas y avoir de tension entre la fonction de sauvegarde des sujets attribuée par Kant à l'ordre politico-juridique et la légitimité de la peine de mort. Une difficulté pourrait cependant surgir sur un autre front, lorsqu'on se demande comment peuvent coexister chez Kant une mise en valeur forte et originale de la 'dignité' de l'homme et la thèse admettant l'élimination légale de son existence.

Les pages que Kant consacre au suicide (dans ses cours et dans la *Métaphysique des mœurs*) contiennent en effet des éléments apparemment incompatibles avec le pouvoir étatique de mettre à mort.<sup>57</sup> Si, aux yeux de Kant, le suicide est un crime, c'est parce qu'il consiste à anéantir 'en sa propre personne le sujet de la moralité': celui qui se suicide dispose librement de son propre corps en vue de ses fins et finit par 'abaisser l'humanité en sa propre personne (*homo noumenon*), à laquelle pourtant l'être humain (*homo phanomenon*) était confié pour sa conservation'.<sup>58</sup> Supprimer notre corps, c'est supprimer 'la condition même de l'accomplissement de tous nos autres devoirs' et outrepasser 'toutes les limites de l'usage légitime de notre liberté, puisque celui-ci n'est possible que s'il existe un sujet'.<sup>59</sup> La portée apparemment générale de ce principe semble permettre de l'appliquer au cas du condamné à mort: pour lui aussi, la suppression de sa réalité 'phénoménale' implique nécessairement la destruction de sa composante 'nouménale'.

Telle n'est pourtant pas la conséquence tirée par Kant de l'interdiction du suicide. Ce qui l'empêche d'effectuer cette déduction est l'attribution à la vie d'une valeur non absolue, mais relative: 'La vie, en elle-même et pour elle-même, n'est pas le plus grand bien [...]. Il y a des devoirs qui sont plus élevés que la vie, et dont l'exercice exige même souvent que l'on sacrifie celle-ci.'<sup>60</sup> La moralité est de loin plus importante que la vie: 'Il est préférable de sacrifier sa vie que de perdre sa moralité. [...] Celui qui ne peut vivre honorablement n'est plus du tout digne de vivre.'<sup>61</sup> La dignité de l'homme n'est nullement coextensive à son existence biologique. Il faut se rendre 'digne' de ce bien qu'est la vie:<sup>62</sup> à nouveau, ce qui se

<sup>57</sup> Voir D. Tafani, 'Kant e il diritto di punire'; Attila Ataner, 'Kant on Capital Punishment', *Kant-Studien*, 97 (2006), p.452-88; Benjamin S. Yost, 'Kant's Justification of the Death Penalty Reconsidered', *Kantian Review*, 15-2 (2010), p.1-27.

<sup>58</sup> I. Kant, 'Premiers principes métaphysiques de la doctrine de la vertu', p.275.

<sup>59</sup> I. Kant, *Leçons d'éthique*, p.270.

<sup>60</sup> I. Kant, *Leçons d'éthique*, p.277-8.

<sup>61</sup> I. Kant, *Leçons d'éthique*, p.274.

<sup>62</sup> Voir Immanuel Kant, *Réflexions sur la philosophie morale*, éd. Luc Langlois (Paris, 2014), p.352: 'La vie n'est pas en soi un bien, mais seulement dans la mesure où l'on est digne de celle-ci.'

profile en filigrane est l'image ancienne de 'l'autodégradation' du criminel et de sa perte de toute prérogative.<sup>63</sup>

Si la vie n'est pas une valeur absolue, mieux vaut 'qu'un homme meure' (comme dit la 'sentence pharisienne') plutôt que disparaisse la 'justice' – sans laquelle 'il n'y a plus aucune valeur dans le fait que des hommes vivent sur la Terre' (DD, p.153). Or, pour que l'ordre politico-juridique soit placé sous le signe de la justice, il faut imaginer un contrat stipulé non par des hommes animés par leurs passions insociables, mais par des sujets capables de parler au nom d'une raison universelle qui fait leur véritable dignité.

Ce qui sépare ainsi Kant de Beccaria n'est pas seulement leur vision philosophique et anthropologique, mais aussi leur interprétation du contrat social.<sup>64</sup> Si la première erreur imputée par Kant à Beccaria est le défaut de prise en considération du dédoublement constitutif du sujet, la seconde est la mauvaise interprétation du rôle joué par la raison et par la volonté dans le contrat social, qui conduit l'auteur italien à présenter la disposition législative autorisant la peine de mort comme 'une décision de [l]a *volonté*' du contractant et non comme l'expression de 'sa *raison*' (DD, p.158). Les sujets du pacte social ne 'veulent' pas, mais obéissent simplement à un devoir (plus encore qu'à un droit) dicté par la raison même: le devoir-droit de se placer '*sous des lois publiques de contrainte*' qui garantissent la sécurité de la propriété et empêchent 'tout empiètement d'autrui'.<sup>65</sup>

Pour Beccaria, la sortie de l'état de nature ne relève pas du devoir, mais de la nécessité: les hommes sont 'las' du conflit et de l'incertitude<sup>66</sup> et se voient donc contraints de livrer leur sort à un souverain. Leur objectif est de se procurer le plus grand bonheur possible,<sup>67</sup> tout en sachant que la justice n'est 'rien d'autre que le lien

<sup>63</sup> Voir Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, éd. Albert Raulin et Aimon-Marie Roguet, t.3 (Paris, 1985), II-II, Q.64, art.2, p.426: 'Par le péché l'homme s'écarte de l'ordre prescrit par la raison; c'est pourquoi il déchoit [*decidit*] de la dignité humaine [...]; il tombe [*incidit*] ainsi dans la servitude qui est celle des bêtes [...].'

<sup>64</sup> Voir Jeffrie G. Murphy, 'Hume and Kant on the Social Contract', *Philosophical Studies*, 33 (1978), p.65-79; Howard Williams, 'Kant on the Social Contract', dans *The Social Contract from Hobbes to Rawls*, éd. David Boucher et Paul Kelly (Londres et New York, 1994), p.135-48; Kevin E. Dodson, 'Autonomy and Authority in Kant's *Rechtslehre*', *Political Theory*, 25-1 (1997), p.93-111; *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, éd. Giuseppe Duso (Milan, 1998); David Lay Williams, 'Ideas and Actuality in the Social Contract: Kant and Rousseau', *History of Political Thought*, XXVIII-3 (2007), p.469-95; Kyla Ebels-Duggan, 'Kant's Political Philosophy', *Philosophy Compass*, 7-12 (2012), p.896-909.

<sup>65</sup> I. Kant, 'Sur l'expression courante', p.29.

<sup>66</sup> C. Beccaria, *Des délits et des peines*, §1, p.147.

<sup>67</sup> Voir C. Beccaria, *Des délits et des peines*, Introduction, p.143.

nécessaire à l'union des intérêts particuliers'.<sup>68</sup> Quoique sensible à la leçon de Hume,<sup>69</sup> Beccaria ne relève pas son défi anticontractualiste. Il ne tente pas de situer précisément le contrat dans le temps et dans l'espace. Le modèle du pacte lui sert plutôt à faire signe vers la formation réelle et factuelle du pouvoir politique, vers la genèse effective de l'ordre à partir du chaos des passions. Son souci premier n'est guère différent de celui de Hume, à ceci près que, à la différence du philosophe écossais, il juge encore intacte la force explicative de la métaphore du contrat.

Kant propose au contraire une interprétation radicalement différente du modèle contractualiste. Il tient compte de la critique de Hume, dont il se met à l'abri en dissipant toute ambiguïté sur le statut du contrat, qui n'est pas un '*fait*', mais une hypothèse purement théorique, 'une *simple Idée* de la raison'.<sup>70</sup> Si le contrat est une idée, on ne doit donc pas y chercher un acte de volonté, un accord entre sujets qui se serait traduit en un acte de fondation du pouvoir. Le contrat est plutôt le moment d'expression et d'explicitation d'une idée de constitution fondée sur la raison universelle: c'est l'*homo noumenon*, véritable acteur (ignoré par Beccaria) du contrat social, qui donne voix à cette idée.

La fondation 'réelle' de la souveraineté disparaît alors complètement de la scène: 'Rechercher des documents sur l'histoire de ce mécanisme [contractuel] est *vain* [...]' (DD, p.163); 'L'origine du pouvoir suprême est, pour le peuple qui s'y trouve soumis, *inexplorable* [...]' (DD, p.134). La légitimité du pouvoir ne repose pas sur la genèse de son existence actuelle, car le contrat ne désigne pas un processus historique, mais une idée: une idée de constitution à laquelle le pouvoir doit se conformer. Le fait que le contrat n'ait rien à voir avec les processus effectifs de formation de l'ordre politique n'atténue cependant pas, aux yeux de Kant, sa 'réalité (pratique)',<sup>71</sup> qui consiste à obliger le souverain à faire des lois conformes aux préceptes de la raison. Le sens de l'hypothèse contractualiste ('l'*esprit* de ce contrat originaire') se confond donc avec l'obligation qui incombe au législateur de mettre en adéquation 'le *mode de gouvernement*' (et plus généralement la structure institutionnelle dans son ensemble) avec une 'constitution conforme au droit' (DD, p.164-5).

<sup>68</sup> C. Beccaria, *Des délits et des peines*, §II, p.149.

<sup>69</sup> Voir Girolamo Imbruglia, 'Riformismo e illuminismo. Il *Dei delitti e delle pene* fra Napoli e l'Europa', dans *Cesare Beccaria. La pratica dei lumi*, éd. Vincenzo Ferrone et Gianni Franconi (Florence, 2000), p.99-126.

<sup>70</sup> I. Kant, 'Sur l'expression courante', p.39.

<sup>71</sup> I. Kant, 'Sur l'expression courante', p.39.

Beccaria attribue lui aussi au ‘publiciste’ l’honneur et le devoir d’établir ‘les rapports du juste et de l’injuste politique’.<sup>72</sup> Si toutefois, pour Beccaria, la ‘justice’ maintient un rapport constant avec les passions (qu’elle est appelée à ‘gouverner’ de la manière la plus ‘utile’), celle-ci présuppose au contraire, pour Kant, l’arrachement aux passions et l’attachement à la raison universelle. Les deux auteurs sont ainsi drastiquement séparés par deux anthropologies opposées: au monisme beccarien, qui définit l’individu tout entier par le jeu de ses besoins et de ses passions, s’oppose le dualisme kantien, qui définit l’être humain comme un *doppertes Wesen* dont la dignité se confond avec le déploiement d’une raison capable de s’arracher au monde inférieur de la sensibilité.

Si donc, pour Beccaria, c’est la nécessité vitale et brutale qui contraint les hommes à s’unir en société, et si le contrat n’est pour lui qu’une sorte de représentation schématique d’un processus ‘réel’, pour Kant, au contraire, la sortie de l’état de nature est un devoir rationnellement fondé et le contrat est seulement une fiction servant à déterminer les composantes essentielles et indispensables d’un ordre politique juste. Un point de convergence entre les deux auteurs est certes formé par la conviction que le droit, quoique dans sa dimension coercitive et répressive, a pour but la liberté et la sécurité des sujets, dont il est un instrument indispensable. Le fait que Beccaria aussi bien que Kant jugent les sanctions indispensables ne suffit cependant pas à tisser des liens décisifs entre leurs philosophies pénales. Il est vrai que le philosophe allemand semble conserver l’idée traditionnelle du rôle (notamment) préventif de la sanction pénale, livrée à l’évaluation utilitaire du législateur, à sa ‘*prudentia*’. Mais la prudence présuppose chez lui la ‘*justitia*’: l’art de gouverner présuppose l’*homo noumenon*, le contrat comme ‘simple idée de la raison’ et le caractère contraignant, pour le souverain, des principes constitutifs de l’ordre politico-juridique. Or, parmi ces principes, il semble difficile de ne pas inclure le ‘principe d’égalité’, c’est-à-dire le *jus talionis*, l’exacte proportion du crime et de la peine, dont la transgression entraîne selon Kant la corruption de ‘tout un peuple’ et la disparition de la ‘justice’ (*DD*, p.153).

Si la peine de mort était illégitime, l’équivalence parfaite entre le crime et la peine s’écroulerait au lieu même où elle apparaît intuitivement évidente (‘si tu tues, tu dois être tué’); la possibilité de trouver des correspondances objectives et incontestables entre le crime et la sanction disparaîtrait; le gouvernement ‘utile’ des sujets, l’exercice discrétionnaire de la ‘*prudentia*’, finirait alors par l’emporter dans le

<sup>72</sup> C. Beccaria, *Des délits et des peines*, Au lecteur, p.141.

mouvement inexorable et automatique de 'la position qu'occupe l'aiguille de la balance de la justice' (*DD*, p.153). Le sentimentalisme que Kant reproche à Beccaria n'est donc pas ce qui irrite vraiment l'auteur de la *Métaphysique des mœurs*. Ce qu'il redoute est un déplacement du dispositif pénal: au lieu du temple solennel de la justice distributive, la grisaille administrative du gouvernement des sujets.

«NON È DUNQUE LA PENA DI MORTE UN DIRITTO»:  
ALLE ORIGINI DI UN DIBATTITO ANCORA APERTO

La pena di morte non è un diritto. La pena di morte non è «né utile né necessaria». Se proverò queste tesi – conclude Beccaria con una frase che esalta il valore della posta in gioco – «avrò vinto la causa dell’umanità»<sup>1</sup>. Da questa dichiarazione ci separano duecentocinquanta anni. Possiamo dichiarare, dopo questo lungo lasso di tempo, che l’aspettativa di Beccaria è stata confermata? E se giungessimo alla conclusione che l’abolizionismo ha vinto, in che modo il «fortunato libriccino»<sup>2</sup> di Beccaria ha contribuito alla «causa dell’umanità»? Per rispondere a queste domande occorrerebbe scrivere una storia comparata delle dottrine abolizionistiche in Europa e nelle Americhe: un compito ovviamente improponibile in questa sede. Mi limiterò quindi a ricordare solo alcuni profili generali e a tentare di ritrovare in essi qualche traccia, diretta o indiretta, dell’opera di Beccaria.

Beccaria ricorre, per dimostrare la sua tesi, a tre classi di argomenti: il contratto sociale, l’utilità, l’indisponibilità della vita umana. Il contratto è, per Beccaria come per la tradizione giusnaturalistica, lo strumento di fondazione della sovranità: sono i soggetti che creano il sovrano trasmettendogli i loro poteri originari. Con il contratto però essi rinunciano non già a tutto, come voleva Hobbes, ma al meno possibile. Rinunciano soltanto a ciò che è indispensabile per la costruzione di un ordine capace di garantire la sicurezza. Tutto ciò che va oltre questo stretto nesso funzionale resta saldamente nelle mani degli individui, a partire dal bene supremo della vita: «Come mai nel minimo sacrificio della libertà di ciascuno vi può essere quello del massimo tra tutti i beni, la vita?»<sup>3</sup>.

Di questo bene peraltro gli esseri umani non dispongono legittimamente, se è vero – scrive Beccaria – che «l’uomo non è padrone di uccidersi»<sup>4</sup>. Compare dunque,

<sup>1</sup> Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di Gianni Francioni, Milano, Mediobanca, 1984, [«Edizione Nazionale delle opere di Cesare Beccaria» I], § XXVIII, p. 87.

<sup>2</sup> Cesare Cantù, *Alessandro Manzoni. Reminiscenze*, Milano, Fratelli Treves, 1885, vol. I, p. 11. Manzoni parla di «quel libriccino Dei delitti e delle pene» in *Storia della colonna infame*, in Alessandro Manzoni, *I promessi sposi - Storia della colonna infame*, Milano, Tip. Guglielmini e Redaelli, 1840, p. 782

<sup>3</sup> Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XXVIII, p. 86.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

---

P. Costa, «Non è dunque la pena di morte un diritto»: alle origini di un dibattito ancora aperto, in Id., *Saggi di storia della cultura giuridico-politica*. VIII. *La pena di morte*, 2024, [https://doi.org/10.69134/QFArchiviO\\_24\\_09](https://doi.org/10.69134/QFArchiviO_24_09), pp. 164-181.

Orig. in Vincenzo Ferrone e Giuseppe Ricuperati (a cura di), *Il caso Beccaria. A 250 anni dalla pubblicazione del «Dei delitti e delle pene»*, il Mulino, Bologna 2016, pp. 167-190.

accanto all'argomento contrattualistico, un secondo argomento che fa leva sull'idea della vita come bene 'assoluto' e indisponibile; un'idea che Beccaria può trovare formulata da svariati autori (da Tommaso d'Aquino a Locke, a Rousseau).

Dati questi argomenti, «non è dunque la pena di morte un diritto». Beccaria non vuole però affermare soltanto che la pena di morte è illegittima. Vuole anche dimostrare che essa è un pessimo strumento di governo e a questo scopo fa ricorso al suo principale quadro di riferimento teorico: l'utilitarismo. È l'utilitarismo che offre al riformismo penale beccariano il suo indispensabile retroterra, senza peraltro entrare in contraddizione con il contrattualismo, come hanno sostenuto a ragione Gianni Francioni<sup>5</sup> e Philippe Audegean<sup>6</sup>. Per Beccaria, come per Helvétius, gli esseri umani agiscono per ottenere il piacere ed evitare il dolore, stimolati o frenati da sensazioni (desideri, paure, rappresentazioni) assai più che da principî generali e astratti. E sono appunto le passioni e gli interessi che il sovrano deve prendere sul serio se vuole governare efficacemente la società. Il fondamento del suo potere punitivo coincide con la funzione cui è chiamato: far sì che esseri egoistici, passionali e sensibili coesistano senza distruggersi a vicenda.

Se questo è il fondamento del diritto di punire, le caratteristiche della pena devono essere coerenti con esso. In primo luogo, la pena deve essere razionale, misurabile, proporzionale alla gravità del reato. In secondo luogo, deve essere certa, formulata con precisione e suscettibile di una quasi 'automatica', inesorabile applicazione. Infine, la pena ha una funzione essenzialmente preventiva: guarda al futuro e non al passato, minaccia una sofferenza ai potenziali trasgressori scoraggiandoli dal

<sup>5</sup> Gianni Francioni, *Beccaria filosofo utilitarista*, in *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, Bari, Cariplo-Laterza, 1990, pp. 69-87

<sup>6</sup> Philippe Audegean, *La philosophie de Beccaria. Savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Paris, Vrin, 2010. Fra gli scritti più recenti su Beccaria cfr. Dario Ippolito, *Beccaria, la pena di morte e la tentazione dell'abolizionismo*, in «L'Acropoli», VIII, 6, 2007, pp. 701-714; Bernard E. Harcourt, *Beccaria's On Crimes and Punishments: A Mirror on the History of the Foundations of Modern Criminal Law*, in Markus D. Dubber (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 39-60; Philippe Audegean, "Dei delitti e delle pene": significato e genesi di un pamphlet giuspolitico, in Dario Ippolito (a cura di), *La libertà attraverso il diritto. Illuminismo giuridico e questione penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, pp. 71-92; Michel Porret, *Beccaria*, Bologna, il Mulino, 2014. Interessanti considerazioni sull'illuminismo giuridico e utili informazioni bibliografiche sono offerte dai saggi (di Bernardo Sordi, Maria Gigliola di Renzo Villata, Giorgia Alessi, Ettore Dezza, Aurelio Cernigliaro, Elio Tavilla, Marcello Verga, Renato Pasta e Dario Ippolito) pubblicati in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012, pp. 199-264. Un importante contributo sul problema dei diritti nell'illuminismo (e in Beccaria) è offerto da Vincenzo Ferrone, *Storia dei diritti dell'uomo. L'illuminismo e la costruzione del linguaggio politico dei moderni*, Roma-Bari, Laterza, 2014.

compiere l'atto criminale. Essa deve quindi agire sulla sensibilità dei soggetti in modo da svolgere efficacemente la sua funzione dissuasiva.

Possiamo affermare che la pena di morte eccelle per la sua efficacia deterrente? La pena, in generale, è più o meno efficace in ragione dell'impressione che essa provoca sulla sensibilità umana. A colpire gli esseri sensibili sono, più che le impressioni forti ma brevi, le impressioni ripetute nel corso del tempo. L'efficacia dissuasiva della pena di morte è invece legata al momento, al breve spettacolo dell'esecuzione capitale. L'impressione che essa provoca è intensa, ma non estesa nel tempo. Più efficace, più fortemente dissuasiva, sarà dunque una pena alternativa alla pena di morte: la pena carceraria, la pena ai lavori forzati a vita, lo spettacolo del condannato ridotto a una «bestia di servizio»<sup>7</sup>.

La pena di morte è dunque non solo illegittima, ma è anche inefficace (o meno efficace di altre pene) ed è, infine, disumana. Abolirla è non solo rendere più razionale il sistema penale e più efficace il governo della società, ma è anche contenere l'onnipotenza del sovrano e contrastare le inutili crudeltà: è, appunto, vincere «la causa dell'umanità».

Illegittimità, inefficacia preventiva, disumanità della pena di morte: è questo il messaggio che Beccaria consegna ai suoi lettori; che sono numerosi, autorevoli, spesso pronti a sottoscrivere le principali tesi del suo riformismo penale. È però proprio l'abolizione della pena di morte a proporsi subito come elemento di scontro: alla coraggiosa decisione abolizionista di Pietro Leopoldo fanno riscontro le riserve di non pochi filosofi illuminati. Il tema della pena di morte non unisce, ma divide<sup>8</sup>. In ogni caso, il *Dei delitti* produce un effetto straordinario e persistente: costringe tutti a misurarsi con la decisione sovrana di dare la morte, trasforma una pratica penale data per acquisita in un problema aperto, alimenta i tentativi di immaginare altri modi di governare e di punire.

Da questo punto di vista, la vittoria di Beccaria è rapidissima. Al contempo, però, tanto è stata fulminante la messa in stato di accusa della pena capitale quanto è stata lenta e contrastata la sua abolizione. Si prenda la Francia come un caso emblematico. A meno di un trentennio dalla pubblicazione del *Dei delitti*, la Francia rivoluzionaria affronta *ex professo*, nel '91, il problema dell'abolizione della pena capitale. I fautori dell'abolizione – e fra questi Robespierre – sostengono la loro tesi con argomenti beccariani, cui nemmeno i loro oppositori si mostrano insensibili. E tuttavia gli

<sup>7</sup> Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 89.

<sup>8</sup> Cfr. la ricostruzione del dibattito sei-settecentesco offerta di recente da «Corpus. Revue de philosophie», n. 62 (*La peine de mort*, ed. Luigi Delia, Fabrice Hoarau), 2012.



abolizionisti perdono la battaglia. Perdere una battaglia non è perdere la guerra. La guerra però risulta interminabile. Le battaglie abolizionistiche continuano per tutto l'Ottocento e per il Novecento, in più occasioni la vittoria sembra imminente, ma non è così. La pena di morte resiste, per essere abolita soltanto in tempi recentissimi: nel 1981<sup>9</sup>.

La vicenda francese non è un'eccezione: pur con le diversità legate alle varie storie nazionali, in generale il percorso che conduce all'abolizione della pena capitale è lungo e accidentato<sup>10</sup>. Certo, nel corso del tempo molte cose cambiano: diminuiscono i reati capitali, viene ridotto il numero delle esecuzioni, vengono criticate e poi abolite le esecuzioni pubbliche, viene perseguito l'improbabile obiettivo di una morte indolore. Resiste però la convinzione che la pena di morte sia, almeno per alcuni delitti, ineliminabile. Per lungo tempo gli abolizionisti combattono le loro battaglie, ma non vincono la guerra (da questo punto di vista, gli Stati Uniti d'America non sono, come spesso si dice, un'anomalia: lo divengono solo in anni recentissimi).

Fra abolizionisti e anti-abolizionisti inizia una lunga e complessa partita. È una partita giocata su molti tavoli, comunicanti ma diversi: l'alta cultura, filosofica e giuridica; la pubblicistica politica e gli organi dell'opinione pubblica; infine, i dibattiti parlamentari e la produzione legislativa. Gli argomenti giocati in questi diversi tavoli sono spesso simili, ma non identici e acquisiscono comunque valenze diverse con il mutare dei contesti storico-culturali.

Che cosa resta di Beccaria in questa lunga vicenda di retoriche contrapposte? A me sembra che gli argomenti di Beccaria continuino a essere presenti nel dibattito, pur se sviluppati in direzioni ulteriori. Al contempo, però, nessuno degli strumenti argomentativi impiegati nel *Dei delitti* sembra mostrare quell'efficacia dimostrativa che il beccariano ottimismo dell'intelligenza attribuiva ad essi.

<sup>9</sup> Per la vicenda francese cfr. Julie Le Quang Sang, *La loi et le bourreau: la peine de mort en débats, 1870-1985*, Paris, Éditions L'Harmattan, 2001; Raphael Micheli, *L'émotion argumentée: l'abolition de la peine de mort dans le débat parlementaire français*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2010; Jean-Yves Le Naour, *Histoire de l'abolition de la peine de mort: 200 ans de combats*, Paris Perrin, 2011; Frédéric Armand, *Les bourreaux en France: du Moyen Age à l'abolition de la peine de mort*, Paris Perrin, 2012.

<sup>10</sup> Per la Germania cfr. Richard J. Evans, *Rituals of Retribution, Capital Punishment in Germany 1600-1987*, London Penguin, 1997; per l'Inghilterra James B. Christoph, *Capital Punishment and British Politics: the British Movement to abolish the Death penalty, 1945-1957*, London, Allen & Unwin, 1962; V. A. C. Gatrell, *The Hanging Tree: Execution and the English People, 1770-1868*, Oxford, Oxford University Press, 1994; per gli Stati Uniti d'America Stuart Banner, *The death penalty: an American History*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2002; David Garland, *Peculiar institution: America's death penalty in an age of abolition*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2010.

Devo limitarmi a rapidi richiami e a rapsodici esempi. Partiamo dall'argomento che trova in Beccaria il più diffuso svolgimento: l'argomento dell'«utilità» della pena, che coincide con la sua efficacia dissuasiva.

Fra i primi a raccogliere (come filosofo morale e come filosofo del diritto e del diritto penale) il messaggio di Beccaria è stato Bentham, nel suo *Rationale of Punishment*, del 1775. Di Beccaria il filosofo e giurista inglese apprezza la filosofia utilitaristica (che costituirà il rigido schema teorico sotteso a tutte le sue riflessioni e proposte politico-giuridiche) e la conseguente convinzione che la pena debba raggiungere il massimo effetto deterrente infliggendo la minima sofferenza possibile e, in questa prospettiva, dedica il capitolo XII del II libro a una puntigliosa analisi dei pro e dei contro della pena capitale<sup>11</sup>. Da questo serrato confronto la pena di morte esce perdente, di contro all'alternativa della detenzione a vita; e tuttavia Bentham non si sente ancora di escludere tassativamente la pena capitale e continua, sia pure a malincuore, ad ammetterla quando appaia indispensabile «in terrorum» (*sic*), di fronte a «offences which, in the highest degree, shock the public feeling»<sup>12</sup>. Certo, col tempo le propensioni abolizionistiche di Bentham si rafforzeranno. In un suo secondo intervento sul tema (non pubblicato dall'autore e occasionato dall'elogio che Paley aveva svolto, al contempo, del diritto giurisprudenziale inglese e della pena capitale<sup>13</sup>) Bentham sosterrà, con argomenti beccariani, il ruolo decisivo della certezza (più che dell'afflittività) della pena nel raggiungimento dell'obiettivo della deterrenza<sup>14</sup> e infine (in un breve scritto redatto pochi mesi prima della morte) approderà a un abolizionismo ormai privo di remore ed eccezioni<sup>15</sup>.

Nemmeno per un coraggioso riformatore come Bentham la messa al bando della pena capitale è stata un approdo facile e scontato. Il grande argomento (beccariano e benthamiano) dell'utilità non sembra da solo sufficiente a promuovere l'abolizione della pena capitale. Il più originale e autorevole utilitarista del maturo Ottocento, John Stuart Mill, condivide le preoccupazioni di fondo di Beccaria e di Bentham, ha

<sup>11</sup> Jeremy Bentham, *The Rationale of Punishment*, in *The Works of Jeremy Bentham*, ed. John Bowring, New York Russell & Russell, 1962, vol. I, pp. 444 ss.

<sup>12</sup> Ivi, p. 196. Cfr. Hugo Adam Bedau, *Bentham's Utilitarian Critique of the Death Penalty*, in «The Journal of Criminal Law & Criminology», 74, 3, 1983, pp. 1033-1065.

<sup>13</sup> William Paley, *The Principles of Moral and Political Philosophy* [1785], Indianapolis Liberty Fund, 2002, Book VI, Ch. 9.

<sup>14</sup> Cfr. T. P. Schofield, *A Comparison of the Moral Theories of William Paley and Jeremy Bentham*, in «The Bentham Newsletter», 1987, 11, pp. 4-22; J. E. Crimmins, *Strictures on Paley's Net: Capital Punishment and the Power to Pardon*, in «The Bentham Newsletter», 1987, 11, pp. 23-34.

<sup>15</sup> Jeremy Bentham, *On Death Punishment. Jeremy Bentham to His Fellow-Citizens of France*, in *The Works of Jeremy Bentham*, ed. John Bowring, cit., vol. I, pp. 525-532.

il massimo rispetto per i «filantropi» che invocano il principio di umanità e tuttavia, in un intervento parlamentare del 1868<sup>16</sup>, difende il mantenimento della pena di morte. E svolge la sua difesa non già smentendo, ma confermando la sua opzione utilitaristica: la necessità di contenere il più possibile la sofferenza inflitta dalla pena rendendola strettamente funzionale all'obiettivo della deterrenza. Se però la deterrenza efficace resta l'obiettivo irrinunciabile, l'identificazione emotiva con il condannato non potrà spingere l'addolcimento del sistema penale al punto da renderlo incapace di fronteggiare i crimini più atroci<sup>17</sup>.

Le cautele del giovane Bentham e la presa di posizione di Mill non sono casuali: sono un indizio delle ambiguità immanenti al paradigma utilitaristico. Se la sua parola d'ordine – la felicità del maggior numero – è trasparente, restano oscuri i criteri sulla base dei quali rendere concreta e precisa la determinazione della felicità dei soggetti. Questa difficoltà si presenta anche sul terreno della filosofia penale. Restando fermo che la funzione della pena è la deterrenza, non ne è facile la 'misurazione'; non è facile dimostrare sperimentalmente che la pena di morte ha un'efficacia deterrente inferiore rispetto ad altre pene. Su questo punto, il dibattito è ancora aperto: in particolare negli Stati Uniti, negli ultimi decenni autorevoli studi di sociologia empirica continuano ad affermare, dati alla mano, tesi contrapposte<sup>18</sup>.

Entro il paradigma utilitaristico, dunque, si dà un campo di indeterminazione dal quale è difficile uscire: non è intuitivo che la pena capitale non sia il deterrente più efficace; e se si dimostrasse che l'efficacia deterrente della pena di morte è la massima immaginabile, non sarebbe facile individuare argomenti rigorosamente utilitaristici capaci di scoraggiarne l'impiego.

L'utilitarismo e la teoria preventiva della pena, peraltro, sono teorie che mantengono una durevole importanza nella cultura giuridico-penalistica ottocentesca, ma non godono, in essa, di una posizione egemonica. È ampiamente condivisa un'opposta visione della pena, una visione antica, ma disponibile a continue rivisitazioni: la teoria della pena come retribuzione; la convinzione che si

<sup>16</sup> John Stuart Mill, *Speech in favour of Death Penalty* [1868], in *The Collected Works of John Stuart Mill, Volume XXVIII - Public and Parliamentary Speeches* (Part I November 1850 - November 1868), eds. B. L. Kinzer, J.M. Robson, Toronto-London, University of Toronto Press - Routledge and Kegan Paul, 1988, vol. XXVIII, pp. 266-272.

<sup>17</sup> B. Basse, *John Stuart Mill et la question de la cruauté de la peine de mort*, in «Revue d'études benthamiennes», 12, 2013, p. 27. Cfr. anche Michael Clark, *Mill on Capital Punishment – Retributive Overtones?*, in «Journal of the History of Philosophy», 42, 3, 2004, pp. 327-332.

<sup>18</sup> Cfr. Michael Dow Burkhead, *A Life for a Life. The American Debate Over the Death Penalty*, Jefferson (NC), McFarland, 2009, pp. 71 ss.

debba punire *quia peccatum* e non già *ne peccetur*; l'idea di un rapporto necessario fra il delitto e la sanzione<sup>19</sup>.

Già in anni vicini alla pubblicazione del *Dei delitti*, Kant contesta, di Beccaria, la visione utilitaristica della pena, tanto da essere stato presentato come il «padre fondatore» del retribuzionismo<sup>20</sup>. La pena non è un mezzo per un fine ulteriore: essa è giustificata in se stessa. Il criminale non deve essere punito per alcun altro motivo se non perché egli «ha commesso un delitto»<sup>21</sup>. La legge penale non ha a che fare con l'utilità o con la felicità del singolo o del «maggior numero»: legittimare la pena sulla base della sua utilità, calcolare i danni e i vantaggi ad essa collegati, è trattare l'essere umano «come un puro mezzo in servizio dei fini di un altro»<sup>22</sup>. La pena non è uno strumento, ma è un «imperativo categorico»<sup>23</sup>, un intervento indispensabile per ristabilire l'eguaglianza violata dal delitto. Il richiamo di Kant alla legge del taglione nasce dall'esigenza di stabilire una precisa corrispondenza fra la violazione e la punizione. Se il criminale «ha ucciso, egli deve morire. Qui non vi è nessun surrogato, nessuna commutazione di pena, che possa soddisfare la giustizia»<sup>24</sup>.

Occorre tener ferma la necessità di un rapporto di equivalenza fra il delitto e la pena in modo da ristabilire l'ordine turbato dall'atto criminale: come Kant, anche Hegel (pur in un quadro teorico molto diverso da quello kantiano) ritiene che sia stata proprio la concezione «strumentale» della sanzione a fare della «teoria della pena» una delle dottrine giuridiche «più malconce» dei «tempi moderni». Ciò che viene a perdersi «nella teoria della prevenzione, dell'intimidazione, della minaccia, dell'emenda ecc.» è «la considerazione oggettiva della giustizia». La punizione è giustificata non dall'esigenza di evitare in futuro i danni sociali provocati dalla reiterazione dell'atto criminale, ma dalla natura stessa del crimine, dal fatto che esso

<sup>19</sup> È indispensabile il rinvio al contributo di Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989. Un esauriente quadro delle diverse teorie della pena è delineato da Mario A. Cattaneo, *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1990.

<sup>20</sup> Jean-Christophe Merle, *German Idealism and the Concept of Punishment*, Cambridge, Cambridge University Press 2009, p. 22. Cfr. anche Mario A. Cattaneo, *Sulla filosofia penale di Kant e di Hegel*, in Luciano Eusebi (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 117-36. Sui limiti e il senso del «retribuzionismo» kantiano non mancano comunque le divergenze. Cfr. ad esempio Michael Clark, *A Non-Retributive Kantian Approach to Punishment*, in «Ratio», 17, 2004, pp. 12-27; Thom Brooks, *Kantian Punishment and Retributivism: A Reply to Clark*, in «Ratio», XVIII, 2, 2005, pp. 237-45; Attila Ataner, *Kant on Capital Punishment*, in «Kant-Studien», 97, 2006, pp. 452-482.

<sup>21</sup> Immanuel Kant, *La dottrina del diritto. Parte seconda. Il diritto pubblico*, in Id., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino, UTET, 1956, p. 520.

<sup>22</sup> Ivi, pp. 520-2

<sup>23</sup> Ivi, p. 521

<sup>24</sup> Ivi, p. 522.

è «la lesione del diritto come diritto». Il senso dell'intervento punitivo coincide quindi con l'esigenza di «togliere il delitto [...]» e con il conseguente «ristabilimento del diritto»<sup>25</sup>.

Se dunque, da un lato, la pena è la restaurazione dell'ordine violato (in quanto negazione del crimine che era stato la negazione del diritto), dall'altro lato essa è anche riconoscimento dell'umanità del reo, presa d'atto che il criminale è «un essere razionale»: la pena per Hegel non è un atto coattivo che 'dall'esterno' si esercita sul trasgressore, ma è l'espressione di una giustizia che corrisponde alla libertà e alla volontà «in sé» del criminale, un vero e proprio «diritto posto nel delinquente stesso»<sup>26</sup>.

È l'equilibrio infranto dal crimine che la pena deve ristabilire: è in questa rigorosa prospettiva retribuzionistica che Kant evocava la legge del taglione, attaccava con durezza il «marchese Beccaria» per il suo «affettato sentimentalismo umanitario»<sup>27</sup> e difendeva, come unica sanzione 'giusta' per i reati di omicidio, la pena di morte. La filosofia penale di Kant e di Hegel non è peraltro una *vox clamans in deserto*, ma un obbligato punto di riferimento per tutto il retribuzionismo successivo. Potremmo allora essere indotti a vedere nella visione della pena come 'retribuzione' (un'idea variamente riproposta nel corso dell'Ottocento e del Novecento) il principale ostacolo al successo dell'abolizionismo. In realtà, una siffatta conclusione sarebbe semplicistica. Il retribuzionismo è infatti, sì, in grado di reclamare un rapporto di proporzionalità fra reato e pena, ma non dispone di criteri cogenti per dare una sostanza precisa a questa proporzione, per indicare quale specifica pena sia necessariamente congruente con uno specifico reato. In effetti, già Hegel aveva colto lucidamente questa difficoltà precisando che la pena, in quanto retribuzione, in quanto negazione della negazione, doveva sforzarsi di corrispondere il più possibile alla trasgressione, non già però «nelle caratteristiche specifiche», bensì «nelle caratteristiche essenti in sé della lesione». Determinare i tratti peculiari dell'una o dell'altra pena ricade quindi «nella sfera dell'esteriorità» dove «non è possibile alcuna determinazione assoluta» ed è ipotizzabile soltanto «un'approssimazione che

<sup>25</sup> Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto Naturale e Scienza dello stato in compendio*, a cura di Giuliano Marini, Roma-Bari, Laterza, 1987, § 99, pp. 88-89. Cfr. il recente contributo di Thom Brooks, *Hegel's Political Philosophy: A Systematic Reading of the Philosophy of Right*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2013<sup>2</sup>, pp. 39 ss. Cfr. anche Dudley Knowles (ed.), *Routledge Philosophy Guidebook to Hegel and the Philosophy of Right*, London-New York, Routledge, 2002, pp. 139 ss.

<sup>26</sup> Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., § 100, p. 89.

<sup>27</sup> Immanuel Kant, *La dottrina del diritto*, cit., p. 525.

è perenne»<sup>28</sup>. Come scrive Eusebi, «reato e pena sono realtà eterogenee; ogni teoria che intenda collegare proporzionalmente tali entità deve inevitabilmente ricorrere ad un elemento esterno – e perciò [...] arbitrario – su cui fondare il rapporto»<sup>29</sup>.

Come è possibile essere utilitaristi e anti-abolizionisti, così è possibile essere abolizionisti pur sostenendo la teoria della retribuzione. Esiste infatti un campo di indeterminazione, nelle teorie della prevenzione come nelle teorie della retribuzione, che impedisce di dare al problema della pena capitale una soluzione incontrovertibile. Teorie della prevenzione e teorie della retribuzione, dunque, non riescono a chiudere definitivamente il problema. L'argomento della sicurezza e della deterrenza, cui Beccaria attribuiva una rilevante importanza a sostegno della sua tesi, non solo sarà costretto a fare i conti, nel corso dell'Ottocento e del Novecento, con teorie penali che lo contesteranno alla radice, ma non apparirà conclusivo nemmeno all'interno di quella prospettiva utilitaristica che aveva trovato in Beccaria un importante testimone.

Occorre però aggiungere che l'argomento dell'utilità (che si traduce nella tesi della superiore deterrenza della pena carceraria rispetto alla pena capitale) non è l'unica freccia nell'arco abolizionista di Beccaria. Ricorrono nel *Dei delitti* argomenti che si muovono su un piano diverso in quanto mirano a dimostrare che la pena di morte non è semplicemente inutile (o meno utile, meno efficacemente deterrente di altre) ma è, alla radice, illegittima.

Nel § XX Beccaria afferma che «non vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi di esser *persona* e diventi *cosa*»<sup>30</sup>, mentre, nel capitolo dedicato alla contestazione della pena capitale, Beccaria accenna al divieto del suicidio, motivato dal principio secondo il quale «l'uomo non è padrone di uccidersi» (e quindi – si chiede retoricamente Beccaria – come avrebbe «potuto dare altrui questo diritto o alla società intera?»<sup>31</sup>).

Il principio sotteso all'argomento impiegato da Beccaria è il principio secondo il quale la vita umana è un bene indisponibile e ha un valore 'assoluto' ed è quindi indebita ogni azione che attenti alla sua integrità. Un siffatto argomento affonda le radici in una lunghissima tradizione; una tradizione che trova nel comando divino «Tu non ucciderai»<sup>32</sup> un solenne momento inaugurale. La difficoltà nasce però dal

<sup>28</sup> Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., § 101, pp. 90-91.

<sup>29</sup> Luciano Eusebi, *La nuova retribuzione*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», XXVI, 1983, p. 926.

<sup>30</sup> Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XX, pp. 72-73.

<sup>31</sup> Ivi, § XXVII p. 86.

<sup>32</sup> *Esodo*, XX, 13.

fatto che proprio nell'Esodo (a tacere di altri passi biblici) viene prescritta, nel caso di numerose trasgressioni, la morte del colpevole. La Scrittura in effetti, come osserva Jacques Derrida, non sancisce un diritto assoluto alla vita, ma si limita a introdurre una distinzione fra due modi di dare la morte, uno solo dei quali è lecito<sup>33</sup>. È quindi comprensibile che nella lunga storia della *respublica christiana* la pena di morte, lungi dal creare imbarazzo o tensione, abbia trovato nella fondazione sacrale del potere un supplemento di legittimazione e sia stata accompagnata da una fitta trama di simboli religiosi e di pratiche di pietà<sup>34</sup>.

Certo, l'idea del valore assoluto della vita e della dignità dell'uomo alimenta, nel corso dell'Ottocento e del Novecento, importanti battaglie abolizionistiche: valga a riprova un riferimento a Victor Hugo, che dal suo giovanile romanzo (del 1829)<sup>35</sup> fino ai suoi ultimi scritti, continua a opporsi alla pena di morte in nome dell'invulnerabilità della vita umana: in nome di quella dignità dell'uomo di cui la cristianità, a suo avviso, sembra essersi dimenticata cedendo alla logica violenta del potere<sup>36</sup>.

In realtà, non era affatto mancata nella cultura occidentale la celebrazione del valore della persona e della dignità umana, variamente tematizzato in molteplici tradizioni intellettuali (dalla scolastica medievale al giusnaturalismo, all'idealismo). Non basta però esaltare la dignità dell'uomo per abbracciare la causa abolizionistica. Se infatti nella cultura occidentale è radicata la valorizzazione della persona, altrettanto sperimentata è la tendenza a prevedere rilevanti eccezioni; e un'eccezione è per l'appunto costituita dal comportamento criminale. Il gesto criminale strappa il reo alla dimensione dell'umano. Il criminale «decidit a dignitate humana» e ucciderlo è «sicut occidere bestiam», scrive Tommaso d'Aquino<sup>37</sup>; e di Tommaso sembra ricordarsi Locke quando osserva che un criminale, «avendo rinunciato all'uso della ragione, la regola e la misura comune che Dio ha dato all'umanità, con

<sup>33</sup> Jacques Derrida, *Séminaire La peine de mort*, Paris, Éditions Galilée, 2012, pp. 35 ss.

<sup>34</sup> Lo dimostra eloquentemente il bel libro di Adriano Prosperi, *Delitto e perdono. La pena di morte nell'orizzonte mentale dell'Europa cristiana, XIV-XVIII secolo*, Einaudi, Torino 2013.

<sup>35</sup> *Le dernier jour d'un condamné*. Cfr. Allan Stoekl, Hugo's *Le dernier jour d'un condamné: The End as Contamination*, in «Diacritics», 30, 3, 2000 (*Post-Mortem: The State of Death as a Modern Construct*), pp. 40-52. Tre anni dopo, Hugo scrive un'impegnativa prefazione al suo romanzo, concentrando in essa il suo credo abolizionista.

<sup>36</sup> Cfr. Jacques Derrida, *Séminaire La peine de mort*, cit., pp. 160-61.

<sup>37</sup> Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, Editiones Paulinae, Roma 1962, II, II q. 64, a.2; II, II, q.11, a.3. Cfr. Brian Calvert, *Aquinas on Punishment and the Death Penalty*, in «American Journal of Jurisprudence», 37, 1, 1992, pp. 259-281. Offre un quadro più problematico Lorenzo Milazzo, *Legge, ragione, volontà. Sul fondamento teologico del diritto in Tommaso d'Aquino*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 162 ss.

la violenza ingiusta e l'omicidio commesso ai danni di uno, ha dichiarato guerra contro tutta l'umanità, e quindi può essere distrutto come un leone o una tigre, una di quelle bestie selvagge con le quali gli uomini non possono avere né società né sicurezza»<sup>38</sup>. Il carattere indisponibile della vita e la dignità dell'uomo sono buoni argomenti nelle mani degli abolizionisti, ma, lungi dall'essere conclusivi, devono fare i conti con contro-argomenti altrettanto collaudati.

Non appaiono dunque irrefutabili, come pensava Beccaria, né la tesi dell'inutilità della pena di morte né la tesi della sua illegittimità. Per quanto riguarda quest'ultimo profilo, tuttavia, occorre osservare che l'argomento centrale su cui Beccaria fa leva è legato all'impiego di quello schema contrattualistico che, per Beccaria come per tanti filosofi sei-settecenteschi, serve a illustrare la genesi e la legittimità del potere politico. Se è dal contratto che dipendono l'esistenza e i poteri del sovrano, per Beccaria è una contraddizione in termini ipotizzare che i contraenti accettino di essere privati della vita da quel sovrano che essi creano proprio per rendere possibile la loro autoconservazione: «chi è mai colui – si chiede retoricamente Beccaria – che abbia voluto lasciare ad altri uomini l'arbitrio di ucciderlo?»<sup>39</sup>.

In realtà, l'argomento contrattualistico non ha potuto dare alla causa abolizionista un supporto decisivo, come Beccaria immaginava. Determinante in questo senso è stato il drastico mutamento del clima culturale intervenuto nel corso dell'Ottocento: il contrattualismo entra nel cono d'ombra proiettato su di esso dai nuovi paradigmi storicistici e sociologistici, per essere semmai ricordato solo come l'espressione emblematica (insieme allo 'stato di natura') di quella 'metafisica' del soggetto 'astratto' insistentemente imputata alla filosofia dei lumi<sup>40</sup>. Soltanto in anni recenti il contrattualismo ha acquisito un'inedita visibilità e un nuovo smalto nel dibattito filosofico-politico e filosofico-giuridico, soprattutto grazie alla riflessione di Rawls<sup>41</sup>; e non mancano tentativi di trarre dal neo-contrattualismo rawlsiano suggestioni e argomenti impiegabili nelle battaglie abolizionistiche<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> John Locke, *Secondo trattato sul governo*, in Id., *Due trattati sul governo*, a cura di Brunella Casalini, Pisa, Plus, 2007, cap. II, § 11, p. 194.

<sup>39</sup> Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XXVIII, p. 86.

<sup>40</sup> Per qualche 'sopravvivenza' contrattualistica nell'Ottocento cfr. John W. Gough, *Il contratto sociale. Storia critica di una teoria*, Bologna, il Mulino 1986, pp. 281 ss.

<sup>41</sup> John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Harvard (Mass.) 1971. Cfr. Giuseppe Duso, *Patto sociale e forma politica*, in Id. (a cura di), *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, Milano, FrancoAngeli, 1993, pp. 7-49; David Boucher, Paul Kelly (eds.), *The Social Contract from Hobbes to Rawls*, London-New York, Routledge, 1994; Samuel Freeman (ed.), *Justice and the Social Contract. Essays on Rawlsian Political Philosophy*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2007.

<sup>42</sup> Claire Finkelstein, *A Contractarian Argument against the Death Penalty*, New York University Law Review, 81, 2006, pp. 1283-1330.



Fatta salva questa recente e limitata eccezione, non è il contratto sociale cui potevano far ricorso i paladini dell'abolizionismo nel corso dell'Ottocento e della prima metà del Novecento. È invece comprensibile che Beccaria attribuisse al contratto sociale una rilevante importanza, dal momento che nell'Europa dei lumi il contrattualismo godeva ancora di ottima salute (pur non mancando prese di distanza e critiche corrosive – si pensi a Hume – di cui Bentham avrebbe fatto tesoro). Conviene tuttavia al contempo osservare che Beccaria, se poteva condividere con numerosi e celebri filosofi l'impiego dell'idioma contrattualistico, era isolatissimo nel ritenere che proprio dal contratto potesse discendere la messa al bando della pena di morte.

Nessuno dei grandi 'contrattualisti' (Hobbes, Locke e Rousseau) richiamati (in modo esplicito o implicito) da Beccaria mette al bando la pena di morte. Fra essi, è forse Hobbes l'autore da cui Beccaria può trarre maggiori sollecitazioni per procedere nella direzione che gli sta a cuore: non solo perché l'antropologia filosofica sottesa al *Dei delitti* è memore della visione hobbesiana di un soggetto che trova nel bisogno la molla dell'azione e nella ragione uno strumento funzionale alla soddisfazione (e non al controllo) delle passioni, ma soprattutto perché la salvezza dell'individuo è il *porro unum* del modello hobbesiano, l'alfa e l'omega del suo contrattualismo. Se, per un verso, Hobbes sviluppa una 'visionaria' teoria dell'onnipotenza sovrana (il sovrano, creato dai soggetti – i suoi 'autori' – è l'unico 'attore' sulla scena politico-giuridica e i sudditi non hanno argomenti per contestare la legittimità delle sue decisioni), per un altro verso egli tiene ferma l'istanza originaria e decisiva – l'autoconservazione del soggetto – anche in presenza dell'ordine 'artificiale' creato dal sovrano: il sovrano, infatti, può, sì, infliggere la pena di morte al suddito, ma questi è a sua volta legittimato a far di tutto per sottrarsi alla condanna<sup>43</sup>. È quindi rintracciabile in Hobbes (almeno secondo la maggioranza degli interpreti) una tensione difficilmente componibile, quasi un'aporia, fra il carattere 'assoluto' del bisogno auto-conservativo e l'altrettanto assoluta dimensione della sovranità, indispensabile per la tenuta dell'ordine (e quindi, di nuovo, per la 'salvezza' dell'individuo)<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Thomas Hobbes, *Leviatano*, Roma-Bari, Laterza, 1974, Parte I, cap. XIV, pp. 122-23.

<sup>44</sup> Norberto Bobbio, *Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes* (1954), in Id., *Thomas Hobbes*, Torino, Einaudi, 1989, pp. 111-145; Mario A. Cattaneo, *Hobbes's Theory of punishment*, in K. C. Brown (ed.), *Hobbes Studies*, Oxford, Blackwell, 1965, pp. 275-297; Alan Norrie, *Thomas Hobbes and the Philosophy of Punishment*, in «Law and Philosophy», 3, 2, 1984, pp. 299-320; David Heyd, *Hobbes on Capital Punishment*, in «History of Philosophy Quarterly», 8, 2, 1991, pp. 119-134; Yves-Charles Zarka, *Hobbes*

È invece nettamente diverso il caso di Locke. La sua visione della condizione umana ‘originaria’ così come della legge e dei diritti naturali è in sostanza antitetica a quella di Hobbes. La ragione può e deve controllare le passioni e promuovere il rispetto della *liberty and property* dei soggetti. Se per Hobbes lo *ius ad omnia* di cui ciascuno godeva in stato di natura precludeva la possibilità di immaginare un comportamento ‘criminale’ prima della creazione del *commonwealth*, per Locke «nessuno dovrebbe recar danno alla vita, alla salute, alla libertà e ai possessi di un altro»<sup>45</sup>: emerge già nello stato di natura la possibilità del crimine e sorgono quindi la necessità e la legittimità di una risposta punitiva. «Abbandonando la ragione, che è la legge che deve governare tra uomo e uomo, e usando la forza al modo delle bestie, egli diviene suscettibile di essere distrutto da colui contro cui usa la forza, come ogni bestia affamata, che è pericolosa per la sua esistenza»<sup>46</sup>. Nello stato di natura, dunque, ognuno è legittimato a punire «le violazioni di quella legge compiute da altri, nella misura in cui ritiene meriti la violazione della legge, persino con la morte, nei casi in cui la nefandezza del fatto, a suo giudizio, lo richiede»<sup>47</sup>. Il passaggio alla *societas civilis* affida al magistrato l’onere dell’intervento punitivo, ma non ne muta la sostanza e la legittimazione: è la violazione dei diritti (e delle regole) fondamentali che rende necessaria e legittima (prima, in stato di natura e, poi, nell’ordine politico) la pena, anche una pena che nei casi più gravi cancelli la vita del criminale<sup>48</sup>. Violando i diritti e le regole fondamentali, il criminale «makes a forfeiture of his life»<sup>49</sup>, «mette in gioco la propria vita»<sup>50</sup>. Alla trasgressione corrisponde un «forfeit» (un’espressione ricorrente nel *II Trattato*): i diritti (anche il diritto alla vita) non sono per sempre e per tutti al riparo, ma sono esposti alla

*and the Right to Punish*, in Hans Blom (ed.), *Hobbes. The Amsterdam Debate*, Hildesheim-Zürich-New York, Olms Verlag, 2001, pp. 71-87.

<sup>45</sup> John Locke, *Secondo trattato sul governo*, cit., Cap. II, § 6, p. 190.

<sup>46</sup> Ivi, Cap. XVI, § 181, p. 299.

<sup>47</sup> Ivi, Cap. VII, § 87, p. 238.

<sup>48</sup> Sul problema della pena (e della pena capitale) in Locke cfr. James Henderson Burns, *Jus Gladii and Jurisdiction: Jacques Almain and John Locke*, in «The Historical Journal», 26, 2, 1983, pp. 369-374; Daniel M. Farrell, *Punishment without the State*, in «Noûs», 22, 3, 1988, pp. 437-453; A. John Simmons, *The Lockean Theory of Rights*, Princeton, Princeton University Press, 1992, pp. 121 ss.; Brian Calvert, *Locke on Punishment and the Death Penalty*, in «Philosophy», 68, 264, 1993, pp. 211-229; Alex Tuckness, *Retribution and Restitution in Locke’s Theory of Punishment*, in «The Journal of Politics», 72, 3, 2010, pp. 720-732; Olof Page, *Locke, las bestias salvajes y el derecho a destruirlas*, in «Revista de Filosofía», 67, 2011, pp. 233-250; Andrew Dilts, *To Kill a Thief: Punishment, Proportionality, and Criminal Subjectivity in Locke’s Second Treatise*, in «Political Theory», 40, 2012, pp. 58-83; Vernon Thomas Sarver, Jr., *A Lockean Argument against the Death Penalty*, in «British Journal of American Legal Studies», 1, 2012, pp. 173-87.

<sup>49</sup> John Locke, *Second Treatise*, ed. Peter Laslett, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, Ch. XVI, § 18, p. 389.

<sup>50</sup> John Locke, *Secondo trattato sul governo*, cit., Cap. XVI, § 181, p. 299.

possibilità di una compressione e di una perdita. Sono la legge di natura e i conseguenti diritti fondamentali che reggono la partita: il contratto sociale viene (cronologicamente e ontologicamente) dopo; non incide sulla modalità e sulla legittimazione del potere punitivo, ma le presuppone<sup>51</sup>.

Non è quindi basandosi sul contrattualismo lockiano che Beccaria può tentare di vincere la «causa dell'umanità». Certo, nelle pagine lockiane Beccaria può trovare importanti suggestioni per il suo progetto riformatore, dal momento che Locke non manca di esigere una 'razionalizzazione' dell'intervento punitivo e la salvaguardia di un rapporto di proporzione fra crimine e pena (spingendosi forse a vedere nella pena capitale solo l'*ultima ratio*). Non è da Locke però che Beccaria può dedurre la messa al bando della pena di morte. Con apparente paradosso, è semmai l'aporetico contrasto hobbesiano fra l'irriducibile spinta auto-conservativa dell'individuo e le insindacabili decisioni sovrane a porre con la più drammatica evidenza possibile gli estremi dell'alternativa. Come scriveva Leo Strauss, «Hobbes in fact admitted that there exists an insoluble conflict between the rights of the government and the natural right of the individual to self-preservation. This conflict was solved in the spirit, if against the letter, of Hobbes by Beccaria, who inferred from the absolute primacy of self-preservation the necessity of abolishing capital punishment»<sup>52</sup>.

Soggetto di bisogni e di passioni, l'individuo, per Beccaria (come per Hobbes) è l'epicentro delle sue proposte riformatrici: è la valorizzazione e la difesa dell'individuo che Beccaria assume come il *telos* immanente all'intero processo di fondazione dell'ordine. Coglie perfettamente il punto Kant quando, per respingere il «sentimentalismo» penale di Beccaria, gli imputa un grave fraintendimento dello schema contrattualistico: non c'è nessuna contraddizione – come pretende Beccaria – nel fatto che un contraente accetti di essere messo a morte come ipotetico, futuro criminale; nel contratto infatti è «la ragione pura giuridicamente legislatrice» a porre le regole; nel contratto io agisco come «*homo noumenon*» e sottometto alla legge penale un «me come essere capace di delitto»: un 'me stesso' che è «come un'altra persona» in quanto «*homo phaenomenon*»<sup>53</sup>. L'essere umano torna a sdoppiarsi: il 'noumeno' detta le regole cui il 'fenomeno' deve sottostare. Ed è appunto proprio la

<sup>51</sup> Sul diritto di punire (e sul suo nesso con il tema della guerra) nel contrattualismo settecentesco cfr. il penetrante e documentato contributo di Gabriella Silvestrini, *Diritti naturali e diritto di uccidere. Teorie moderne della guerra fra modelli teorici e tradizioni di pensiero*, in «Filosofia politica», XXI, 3, 2007, pp. 425-452.

<sup>52</sup> Leo Strauss, *Natural Right and History*, The University of Chicago Press, Chicago-London 1950, p. 197.

<sup>53</sup> Immanuel Kant, *La dottrina del diritto. Parte seconda. Il diritto pubblico*, cit., p. 525.

duplicità del soggetto e il carattere secondario delle ‘passioni’ che Beccaria respingeva nel momento in cui affidava ‘contrattualmente’ al legislatore il compito di governare soggetti ‘passionali’ che, lungi dal potersi spogliare della logica dei bisogni e degli interessi, trovavano in essi il motore delle loro azioni.

L’impiego che Beccaria fa dello schema contrattualistico rende possibile la messa al bando della pena capitale perché assume l’individuo come un momento irriducibile alle ‘superiori’ esigenze dell’ordine. Una conferma indiretta può essere tratta dalle riflessioni dedicate al problema della pena di morte in una celeberrima opera, pubblicata appena due anni prima del *Dei delitti: il Contrat social* di Rousseau.

Rousseau impiega tre argomenti a sostegno della legittimità della pena di morte. In primo luogo, se pure non posso disporre liberamente della mia vita, posso però correre rischi per garantirla meglio: posso quindi accettare il rischio di essere messo a morte dal sovrano per evitare il rischio peggiore di divenire vittima di un assassino. In secondo luogo, il criminale è un «traditore» che rompe il patto sociale e diviene quindi, da cittadino, nemico. In terzo luogo – ed è l’argomento decisivo – la creazione dello Stato trasforma qualitativamente la condizione del soggetto: divenuto, da uomo, cittadino, il singolo deve considerare la sua vita non più come un dato meramente ‘naturale’, ma come «un don conditionnel de l’État»<sup>54</sup>. Pur iscritti nel medesimo paradigma contrattualistico, Beccaria e Rousseau si pongono agli antipodi su un punto centrale: per il primo, il contratto genera un *moi commun*, un io comune, un soggetto collettivo, un corpo sociale che rivendica un decisivo primato sui singoli membri che lo compongono, mentre in Beccaria sono gli individui, con le loro passioni, impulsi e bisogni, ad avere la prima e l’ultima parola.

Siamo di fronte a due antitetiche interpretazioni del contrattualismo, dal cui confronto emerge la vera, e non sempre evidente, posta in gioco del lungo conflitto fra abolizionisti e anti-abolizionisti: le prerogative della sovranità e il valore dell’individuo. Aveva colto il punto Hegel nella sua critica a Beccaria: lo Stato – scrive Hegel nella sua *Filosofia del diritto* – non è per essenza chiamato a una

<sup>54</sup> Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat social; ou, Principes du droit politique*, in Id., *Œuvres complètes, III*, Paris, Gallimard, 1964, L. II, ch. 5, p. 376. In realtà, il testo rousseauviano è particolarmente complesso e solleva numerosi problemi interpretativi, sui quali non posso soffermarmi in questa sede. Cfr. Bruno Bernardi, *Le droit de vie et de mort selon Rousseau: une question mal posée?* in «Revue de métaphysique et de morale», 37, 1, 2003, pp. 89-106; Guillaume Coqui, *Le ‘droit de vie et de mort’ est-il un droit de punir? (Sur Rousseau, Du Contrat Social, II, V)*, in «Corpus. Revue de philosophie», 62, 2012 (*La peine de mort*), pp. 157-76; Gabriella Silvestrini, *Fra diritto di guerra e potere di punire: il diritto di vita e di morte nel contratto sociale*, in «Rivista di storia della filosofia», 1, 2015, pp. 125-141 (devo alla cortesia dell’autrice la consultazione del saggio ancora in bozze).

incondizionata protezione e assicurazione della vita degli individui, ma deve essere concepito come «l'entità superiore, la quale [...] avanza pretesa su questa vita [...] ed esige il sacrificio della medesima»<sup>55</sup>. È l'assolutezza della sovranità, la sua vocazione a un'eccedenza refrattaria a limiti perentori e insuperabili, ad apparire incompatibile con una difesa, altrettanto assoluta, del singolo.

Entrano in gioco i termini costitutivi del rapporto politico, che metafore ostinatamente ricorrenti in tutto l'arco della cultura occidentale (le potremmo dire, con Blumenberg, assolute) rappresentano come un rapporto fra il tutto e le parti – il sovrano e i sudditi, il corpo sociale e i suoi membri, l'organismo e le sue cellule – in modo da fondare e legittimare il primato, in ultima istanza, della totalità. È questo nervo vitale e sensibile della riflessione e della prassi politica che il *Dei Delitti* viene a toccare nel momento in cui non soltanto combatte la pena di morte come inefficace strumento di governo, ma soprattutto la dichiara illegittima in ragione del primato delle passioni e delle esigenze degli individui.

Non è soltanto la sovranità di antico regime, ma è anche la sovranità nella sua lunga e frastagliata traiettoria otto-novecentesca a essere chiamata in causa dalle campagne abolizionistiche. Questo aspetto, forse meno evidente nei dibattiti interni alla cultura giuridico-penalistica, emerge in piena luce quando la partita si svolge su un diverso tavolo da gioco: nel discorso pubblico e nei dibattiti parlamentari, quando la condanna e la difesa della pena di morte sprigionano tutta la loro valenza simbolica (di grande impatto emotivo e comunicativo) e vengono impiegate anche come contrassegni di visioni politiche, rispettivamente, statual-autoritarie o liberal-democratiche. Una siffatta proiezione politica e simbolica della pena di morte accompagna il dibattito sulla sua abolizione in tutto il discorso pubblico otto-novecentesco e trova la sua manifestazione estrema e drammatica nei totalitarismi del Novecento; che fanno della pena capitale un indispensabile strumento di governo e la valorizzano come un segno inequivocabile della loro radicale contrapposizione alla democrazia.

Non è allora casuale che proprio nel secondo dopoguerra, nell'Europa uscita dall'incubo dei fascismi, prenda gradualmente forza il messaggio abolizionistico. A favorirlo non è, genericamente, l'avvento della democrazia: a rigore, un *demos* onnipotente può legittimamente optare per la pena capitale. Il terreno di coltura dell'abolizionismo è piuttosto l'esigenza di uscire, al contempo, dal macabro trionfo della morte e dal parossismo del potere che avevano dominato fino ad allora la scena.

<sup>55</sup> Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., § 100, p. 90.

È contro l'onnipotenza di uno Stato mostratosi capace di annientare gli individui che vengono emanate le nuove costituzioni nazionali e la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, convergenti nel fare dei diritti fondamentali dell'individuo il perno dell'ordine nazionale e internazionale.

L'individuo al centro e il sovrano al suo servizio: è questa la parola d'ordine che ispira quella cultura dei diritti umani destinata a crescenti successi. E tuttavia nemmeno in questo nuovo, e indubbiamente favorevole, clima la messa al bando della pena capitale è facile e rapida: la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, del '48, sceglie la prudente politica del silenzio, mentre la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, del '50, continua esplicitamente ad ammetterla<sup>56</sup>. È soltanto nel corso dei decenni successivi che l'Europa diviene gradualmente un'area 'death penalty free'. A far pendere la bilancia dalla parte dell'abolizionismo non è bastata l'enunciazione dei diritti dell'uomo. Essa ha però interagito con una rilevante trasformazione della sovranità, con la diffusione, in Europa, del *welfare state* e degli ideali redistributivi e solidaristici che lo accompagnavano<sup>57</sup>. Diminuisce il senso di insicurezza, si rafforzano le tendenze inclusive, si diffonde la convinzione che la devianza possa essere controllata con strumenti meno arcaici e feroci della pena di morte.

Vince l'abolizionismo, almeno in Europa. Intorno alla pena di morte tuttavia continuano, fuori d'Europa, i conflitti: continuano all'interno di singoli Stati (si pensi agli Stati Uniti d'America, dove, come scrive Garland, la pena di morte è una «commodity», un simbolo politico impiegato come merce di scambio nella competizione elettorale<sup>58</sup>); e continuano nell'arena internazionale, dove le campagne abolizionistiche vengono spesso delegittimate dagli Stati anti-abolizionisti come un'indebita aggressione alla loro sovranità.

<sup>56</sup> Cfr. William Shabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

<sup>57</sup> Occorre peraltro tener presente che la celebrazione dei diritti dell'uomo può celare qualche ambiguità nel momento in cui presiede alla messa a punto delle strategie penali: cfr., da questo punto di vista, Yves Cartuyvels et al. (eds.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2007 (in particolare i saggi di François Ost, *Quand l'enfer se pave de bonnes intentions... A propos de la relation ambivalente du droit pénal et des droits de l'homme*, pp. 7-21, Yves Cartuyvels, *Droits de l'homme et droit pénal, un retournement?*, pp. 23-44, Paul De Hert, Serge Gutwirth, Sonja Snacken, Els Dumortier, *Les montées de l'état pénal: que peuvent les droits de l'homme?*, pp. 235-290 e Alvaro P. Pires, Margarida Garcia, *Les relations entre les systèmes d'idées: droits de la personne et théories de la peine face à la peine de mort*, pp. 292-336).

<sup>58</sup> Cfr. David Garland, *Peculiar institution: America's death penalty in an age of abolition*, cit., pp. 286 ss.

I conflitti continuano, ma i successi conseguiti dall'abolizionismo sono indubbi. Sarebbe però imprudente interpretarli come tappe di un progresso unilineare che dalla barbarie conduce a sempre più alti traguardi di civiltà. Non mancano segni inquietanti di possibili inversioni di tendenza. L'argomento della sicurezza, che per Beccaria serviva a dimostrare l'inutile crudeltà della pena di morte, si sta trasformando oggi in un'ossessione securitaria che sollecita il passaggio dallo 'Stato sociale' allo 'Stato penale', reclama politiche di esclusione e auspica la massimizzazione delle sanzioni<sup>59</sup>. L'uso simbolico del penale è divenuto parte di una strategia per descrivere la quale è stato di recente coniato il termine di 'populismo penale'<sup>60</sup>. È in questo clima che il *Front national* guidato da Marine Le Pen ha sollecitato in passato (e ha riproposto agli inizi del 2015) un referendum per la reintroduzione della pena di morte.

È difficile credere che Beccaria, con il suo 'fortunato libriccino', abbia vinto una volta per tutte «la causa dell'umanità». Certo è però che senza di esso saremmo rimasti privi di parole indispensabili per chiunque voglia anteporre le ragioni dell'individuo alle pretese di un'immaginaria, ma non per questo meno temibile, totalità politico-sociale.

<sup>59</sup> Cfr. Loïc J. D Wacquant, *Parola d'ordine: tolleranza zero*, Milano, Feltrinelli, 2000; Alessandro De Giorgi, *Il governo dell'eccedenza. Postfordismo e controllo della moltitudine*, Verona, Ombre Corte, 2002, Loïc J. D Wacquant, *Punire i poveri: il nuovo governo dell'insicurezza sociale*, Roma, DeriveApprodi 2006; Denis Salas, *La Justice dévoyée. Critique des utopies sécuritaires*, Paris, Éditions des Arènes, 2012.

<sup>60</sup> Cfr. Denis Salas, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette, 2008.

SAGGI  
ITINERARI  
per la storia del  
ARCHIVIO APERTO



*ArchiviO*  
**APERTO**  
*saggi-itinerari*

*Rhiannon Naddaf des.*