

Francesco Berti

## Garanzie processuali e diritti dell'uomo nella dottrina della pena di Gaetano Filangieri<sup>1</sup>

SOMMARIO: 1. Il «grido del sangue innocente» – 2. La riforma accusatoria del processo – 3. Il diritto di punire ed i suoi limiti

### 1. Il «grido del sangue innocente»

Gaetano Filangieri (1735-1788), esponente di punta dell'illuminismo italiano ed europeo, affrontò il problema della riforma del diritto penale nel terzo e forse più riuscito libro della sua monumentale e incompiuta opera, la *Scienza della legislazione* (1780-1791)<sup>2</sup>. Composto tra il 1780 e il 1782, *Delle leggi criminali* – questo il titolo del libro – fu pubblicato, in due volumi corrispondenti alle due parti in cui è suddiviso (*Della procedura; Dei delitti e delle pene*) nell'estate del 1783. Per il suo carattere organico e sistematico, è stato definito da Venturi «la vera enciclopedia settecentesca sui crimini e la loro espiazione»<sup>3</sup>. Una “enciclopedia”, quella di Filangieri, che tradisce palesemente l'ambizione del suo autore: redigere il Codice dei Lumi sul diritto criminale. Le molte e importanti opere sull'argomento prodotte dall'illuminismo europeo – si pensi, ad esempio, al *Dei delitti e delle pene* di Beccaria o al *Trattato sulla tolleranza* di Voltaire – hanno il carattere rapsodico tipico degli scritti d'occasione ed evidenziano, in primo luogo, la passione civile con cui furono scritte. Non che questo aspetto, come vedremo, sia estraneo all'opera del napoletano: è che esso viene affiancato e quasi sovrastato dal desiderio – avvertito come una vera esigenza, da parte di Filangieri – di dare alla materia una forma e un contenuto più scientifico, in linea con l'impostazione delle altre parti della sua opera.

È giudizio condiviso tra gli studiosi che il dibattito sul diritto penale abbia assunto un ruolo decisivo nella cultura giuridica moderna grazie al pensiero illuminista<sup>4</sup>. Certo è che gli illuministi attribuirono alla revisione delle leggi penali un significato fondamentale nel

<sup>1</sup> Questo intervento è una versione rielaborata di un saggio originariamente apparso nell'«Archivio storico del Sannio», IX, n. 2 (2006), pp. 147-201.

<sup>2</sup> G. Filangieri, *La Scienza della legislazione*, edizione critica, 7 voll., Venezia 2003-2004: vol. 1: libro I, *Delle regole generali della scienza legislativa*, a cura di A. Trampus; vol. 2: libro II, *Delle leggi politiche ed economiche*, a cura di M. T. Silvestrini; vol. 3: libro III, *Delle leggi criminali*, Parte prima, *Della procedura*, a cura di F. Toschi Vespasiani; vol. 4: libro III, *Delle leggi criminali*, Parte seconda, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. Tocchini e A. Trampus; vol. 5: libro IV, *Delle leggi che riguardano l'educazione, i costumi e l'istruzione pubblica*, a cura di P. Bianchini; vol. 6, libro V, *Delle leggi che riguardano la religione*, a cura di G. Tocchini; vol. 7, *La genesi e le edizioni della “Scienza della legislazione” e Indici*. D'ora innanzi tutte le citazioni dell'opera di Filangieri saranno così indicate: dopo la sigla *SL* (*Scienza della legislazione*), tra parentesi quadra, numero romano e numero arabo a rimandare al libro della *Scienza* e al capitolo corrispondente; fuor di parentesi, numero di volume dell'edizione critica e pagina/e corrispondente/i.

<sup>3</sup> F. Venturi, *Gaetano Filangieri. Nota introduttiva*, in *Illuministi italiani*, tomo V, *Riformatori napoletani*, Milano-Napoli 1962-63, p. 633.

<sup>4</sup> Cfr. ad esempio M. Cattaneo, *La filosofia della pena nei secoli XVII e XVIII. Corso di filosofia del diritto*, Ferrara 1974, pp. I-IX; G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, pp. 383-92; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma 2002, p. XVIII.

quadro della più generale riforma della società che andavano elaborando. La critica serrata del principio di autorità, l'attacco frontale alle ingiustizie d'antico regime, la polemica spesso violentissima contro le ingerenze del clero nella vita civile, unite alla volontà di dar vita ad una società radicalmente laica, fondata sul principio liberale dell'eguaglianza giuridica – caratteristiche modernizzatrici che accomunano la pur poliedrica, e non tutta moderna, cultura dell'illuminismo – non potevano non indirizzarsi al modo confuso, oscuro e spesso volte crudele con il quale veniva applicata la legislazione in materia penale.

Per rispondere al grido del «sangue innocente»<sup>5</sup>, per dar voce alle migliaia di persone sottoposte a una giustizia sempre più percepita come inumana e barbara, si levarono alte le proteste degli uomini dei Lumi. Il movimento illuminista ebbe, tra gli altri, il merito di rompere quel consenso diffuso su cui, nei secoli precedenti, riposava la repressione laica e religiosa dei comportamenti non conformisti e delle azioni criminose, o giudicate e sancite come tali. Gli illuministi denunciarono la spesso enorme sproporzione esistente tra i delitti e le pene e condannarono l'esuberanza afflittiva a cui erano sottoposti non solo i giuridicamente colpevoli, ma anche i politicamente sospetti, i moralmente devianti e i marginali sociali<sup>6</sup>. Quasi improvvisamente, lo spettacolo del supplizio divenne, nella seconda metà del Settecento, intollerabile: si rese «necessario punire diversamente; abolire lo scontro fisico del sovrano col condannato; sciogliere il corpo a corpo che si svolge[va] tra la vendetta del principe e la collera contenuta del popolo, intermediari il suppliziato e il boia»<sup>7</sup>. In breve, l'illuminismo affermò, senza mezzi termini, che era giunto il tempo di circoscrivere il diritto di punire e di dargli una forma più consona ai valori della “società aperta” che faticosamente si stava facendo strada.

Molti illuministi affrontarono di petto il problema penale: da Montesquieu a Kant, da Beccaria a Pagano, gli esponenti della stagione europea dei Lumi sentirono l'esigenza di intervenire pubblicamente nel dibattito sul fondamento del diritto di punire, sulla misura dei delitti, sulla definizione delle pene, sulla riforma della procedura penale<sup>8</sup>. La tambureggiante campagna di stampa a cui essi diedero vita, sollecitando una opinione pubblica sempre più consapevole del valore della battaglia in difesa dei diritti dell'uomo, non tardò, in questo come in altri settori, a dare i suoi frutti: numerosi furono gli Stati che addolcirono le leggi penali, dando vita a nuovi codici, rendendo più obiettivi ed equi i processi e meno inumane e umilianti le pene<sup>9</sup>.

Il libro di Filangieri sulle leggi criminali, pertanto, deve essere inquadrato in questo contesto storico e politico generale: esso si inserì nel dibattito acceso in tutta Europa da alcuni decenni intorno alla riforma dei codici criminali.

Per comprendere il valore della riflessione filangieriana in materia penale si deve tenere

---

<sup>5</sup> È l'eloquente titolo del celebre *pamphlet* scritto da Voltaire sul processo e il supplizio di La Barre: *Le cri du sang innocent* (1775). L'espressione fu poi ripresa da Brissot de Warville: *Le sang innocent vengé ou Discours sur les réparations dues aux accusés innocens* (1781).

<sup>6</sup> Cfr. M. Maestro, *Cesare Beccaria e le origini della riforma penale*, Milano 1977, p. 19.

<sup>7</sup> M. Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino 1976, p. 79.

<sup>8</sup> Impossibile, ovviamente, riassumere in questa sede i molti studi generali e specifici sul diritto penale nella cultura illuminista europea. Mi limito a segnalare, per uno sguardo complessivo, tra le pubblicazioni più recenti: M.A. Cattaneo, *La filosofia della pena*, cit.; G. Tarello, *Storia della cultura*, vol. I, cit., pp. 383-483; L. Berlinguer, F. Colao (curr.), *Illuminismo e dottrine penali*, Milano 1990.

<sup>9</sup> Per una visione d'insieme si veda almeno L. Berlinguer, F. Colao (curr.), *Le politiche criminali nel XVIII secolo*, Milano 1990.

in debito conto anche dello specifico ambiente meridionale. La ristrutturazione del sistema giuridico, in ambito civile come penale, era stata al centro dei dibattiti più importanti sulla modernizzazione dello Stato nel corso di tutto il secolo ed aveva avuto come obiettivo principale l'eliminazione o la riduzione di quei privilegi, anzitutto giuridici, detenuti dai "corpi intermedi" – il clero, il ceto togato e i baroni<sup>10</sup> –, contro i quali Filangieri lanciò, dalle pagine della *Scienza*, i suoi più radicali ed appassionati affondi. L'élite intellettuale aveva a lungo discusso e meditato sulla filosofia penale di Montesquieu, Beccaria e di altri autori dell'illuminismo giuridico<sup>11</sup>. Occorre, tuttavia, sottolineare che le elaborazioni giuridiche di Filangieri, Pagano, Galanti e di altri esponenti del movimento illuminista meridionale non nacquero solo come riflesso della diffusione delle idee radicali di segno illuminista; neppure furono l'esclusivo frutto di quella cultura giusnaturalista che anche a Napoli, come nel resto d'Europa, aveva trovato, tra il XVII e il XVIII secolo, raffinati interpreti; esse si innestavano anche – come ha evidenziato Ferrone – su una tradizione autoctona di pensiero che aveva fondato la rivendicazione dei diritti dell'uomo e il progetto di costituzionalizzare il potere sulla centralità del diritto romano, e i cui maggiori esponenti erano stati Gianvincenzo Gravina, Giambattista Vico e Antonio Genovesi<sup>12</sup>.

Nel terzo libro emerge un'istanza decisamente liberale, che solo a tratti si ritrova negli altri libri della *Scienza*<sup>13</sup>, volta a tutelare i diritti individuali di fronte agli abusi e ai soprusi del potere: non è certo un caso se Benjamin Constant, severo e puntiglioso nell'evidenziare gli aspetti aporetici presenti negli altri libri della *Scienza*, nel commentare la parte dell'opera di Filangieri dedicata alle leggi penali, abbia invece manifestato, ripetutamente, una convinta approvazione<sup>14</sup>.

Scopo delle leggi, scrive Filangieri nel primo libro, sulla suggestione del *Secondo trattato* sul governo di Locke e riprendendo, in particolare, l'idea che il fine dello Stato consista nella salvaguardia della vita, della libertà e della proprietà, è di garantire a tutti gli individui una serie di diritti fondamentali, che il filosofo napoletano riassume nei termini *conservazione e tranquillità*: «La conservazione riguarda l'esistenza e la tranquillità riguarda la sicurezza. Per esistere ci è bisogno dei mezzi e per esser sicuro bisogna confidare»<sup>15</sup>. Per

---

<sup>10</sup> Negli anni in cui visse ed operò Filangieri, si calcola che la giurisdizione feudale amministrata in tutte le province del Regno, ad eccezione della capitale, riguardasse circa i due terzi della popolazione (cfr. A.M. Rao, *Il regno di Napoli nel Settecento*, Napoli 1983, p. 120).

<sup>11</sup> La ricezione del pensiero di Montesquieu nel Regno di Napoli è stata indagata da P. Berselli Ambri, *L'opera di Montesquieu nel Settecento italiano*, Firenze 1960, pp. 145-69 ed E. De Mas, *Montesquieu, Genovesi e le edizioni italiane dello "Spirito delle leggi"*, Firenze 1971. Per quanto riguarda il dibattito sulle tesi di Beccaria cfr.: A.M. Rao, «Delle virtù e dei premi»: la fortuna di Beccaria nel Regno di Napoli, in Aa.Vv., *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa. Convegno di Studi per il 250° anniversario della nascita*, Milano-Roma-Napoli 1990, pp. 534-569; G. Imbruglia, *Riformismo e illuminismo. Il "Dei delitti e delle pene" tra Napoli e l'Europa*, in V. Ferrone – G. Francioni (curr.), *Cesare Beccaria. La pratica del lumi*, Atti del Convegno 4 marzo 1997, Firenze 2000, pp. 99-126.

<sup>12</sup> Cfr. V. Ferrone, *La società giusta ed equa. Repubblicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, Bari-Roma 2003, pp. 116-23.

<sup>13</sup> Sul carattere ondivago e in alcuni casi ideologicamente contraddittorio della proposta politica di Filangieri mi permetto di rinviare al mio *La ragione prudente. Gaetano Filangieri e la religione delle riforme*, Firenze 2003 e a G. Pecora, *Il pensiero politico di Gaetano Filangieri*, Soveria Mannelli 2007.

<sup>14</sup> Cfr. B. Constant, *Commentaire sur l'ouvrage de Filangieri, deuxième partie*, Paris 1824, pp. 168, 196, 207.

<sup>15</sup> *SL* [I, 2] 1, p. 52. Il «diritto alla conservazione», inteso in senso estensivo come un diritto a soddisfare i «bisogni primari» e non come semplice diritto alla sopravvivenza fisica, fu rivendicato da diversi autori meridionali del tempo. Cfr., per esempio, M. Pagano, *Saggi politici. De' principii, progressi e decadenza delle*

diritto alla *tranquillità* Filangieri intende sia il diritto a non essere ingiustamente importunato dal governo e dai magistrati, sia il diritto a non essere turbato dagli altri cittadini, sia infine il diritto a godere di una «proprietà pervenutagli per giusto titolo». La tranquillità, come già aveva scritto nel *Piano ragionato dell'opera*, questa volta riprendendo implicitamente la concezione di libertà politica espressa da Montesquieu nello *Spirito delle leggi*, ma arricchendola di contenuti egualitari<sup>16</sup>, deve essere garantita principalmente dalle leggi criminali:

Sviluppando ciò che debba intendersi per tranquillità, noi troveremo che questa è inseparabile dalla sicurezza e che questa sicurezza non può essere altro che la coscienza, o sia l'opinione che un cittadino deve avere di non poter essere turbato, operando secondo il dettame delle leggi. Or questa specie di libertà politica, che rassicura tutte le classi, tutte le condizioni, tutti gli ordini della società civile, che mette un freno al magistrato, che dà al più debole cittadino l'aggregato di tutte le forze della nazione; questa voce, che dice al potente «tu sei schiavo della legge» e che ricorda al ricco che il povero gli è uguale; questa forza, che equilibra sempre nelle azioni dell'uomo l'interesse che egli potrebbe avere nel violare la legge coll'interesse che ha nell'osservarla, non può essere che il risultato delle leggi criminali (*SL* [I, *Piano ragionato dell'opera*] 1, p. 31).

Che Filangieri manifesti, nella *Scienza*, uno spiccato interesse verso il «contenimento della prassi punitiva»<sup>17</sup>, è dimostrato non solo dall'impianto garantista che sorregge tutta la sua riflessione in materia penale, ma anche dal fatto che egli attribuisce un notevole risalto alla prevenzione dei delitti, alla quale debbono concorrere, a suo avviso, tutte le leggi dello Stato, non esclusivamente quelle penali. Solo creando le condizioni politiche, economiche e culturali adatte a che gli uomini possano vivere, il più possibile, pacificamente tra di loro, vale a dire solamente dando vita ad una società nella quale la libertà individuale sia accompagnata dalla partecipazione politica, l'equa ripartizione della proprietà dall'istruzione pubblica, la libertà di pensiero dalla tolleranza religiosa, si potranno prevenire, con significativa efficacia, i crimini<sup>18</sup>.

---

*società*, edizione seconda, corretta ed accresciuta (1791-1792), a cura di L. Firpo e L. Salvetti Firpo, Napoli, 1993, V, 19, p. 346; V. RUSSO, *Pensieri politici e altri scritti*, a cura di G. de Martino, Napoli 1999, § 15, pp. 84-88.

<sup>16</sup> Cfr. Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, a cura di S. Cotta, Torino 1952, vol. I, XII, 1-2, pp. 320-21. Scrive Montesquieu che la libertà politica «nel suo rapporto col cittadino» consiste «nella sicurezza, o nell'opinione che si ha della propria sicurezza [...]». Questa sicurezza non è mai posta in pericolo maggiore che nelle accuse pubbliche o private. È dunque dalla bontà delle leggi penali che dipende principalmente la libertà del cittadino».

<sup>17</sup> K. Seelmann, *Gaetano Filangieri e la proporzionalità fra reato e pena. Imputazione e prevenzione nella filosofia penale dell'illuminismo*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXXI, n.1 (2001), p. 21.

<sup>18</sup> È Filangieri stesso a suggerire una lettura di questo tipo della sua opera: «Qual'altro è il mezzo di prevenire i delitti, se non quello di perfezionare la legislazione?» (*SL* [III, 58] 4, p. 338). Occorre dunque riformare le leggi politiche ed economiche, «richiamare le ricchezze nello Stato e ben ripartirle», in modo tale da diminuire «tutti que' delitti che procedono dal celibato violento, dalla difficoltà de' coniugi, dal ristagno della proprietà, dalla preferenza che si dà all'ozio quando la fatica non ci somministra quel che fa d'uopo per vivere in un certo comodo, dalla necessità di violare le leggi, quando queste non preveggono alla nostra conservazione ed a' nostri bisogni, dalla discordia, dalle violenze, da' risentimenti e da' vizi che produce e promuove l'eccesso dell'opulenza da una parte e l'eccesso di miseria dall'altra» (*ibid.*). È necessario modificare le leggi che riguardano l'educazione, i costumi, l'istruzione pubblica, le sole in grado «di formare il cuore e lo spirito degl'individui della società; di condurli alla virtù per la strada istessa delle passioni; di aggiungere al timore delle pene pe' delitti la speranza de' premi per la virtù; di sostituire a' pregiudizi ed agli errori i lumi e le verità; di distruggere quell'ignoranza che, nascondendo all'uomo i suoi

## 2. La riforma accusatoria del processo

Il terzo libro della *Scienza* si apre con una violenta requisitoria contro la giustizia d'antico regime, che serve per introdurre e giustificare la proposta di riforma della legislazione in ambito criminale. Subito viene messo in luce il fondamento della filosofia penale: poiché «l'interesse personale di ogni uomo è di conseguire qualche beneficio, o di evitare qualche male», ne consegue, logicamente, che «la speranza o il timore sono dunque i due sostegni delle leggi. La legislazione criminale non dee maneggiare che l'ultima di queste due passioni»<sup>19</sup>. Se la funzione deterrente delle pene e la necessità sociale delle medesime è posta immediatamente in rilievo<sup>20</sup>, altrettanto lo è, però, l'istanza garantista che deve essere accompagnata alla repressione del delitto, pure necessaria per assicurare la tranquillità pubblica:

Non sono le sole pene minacciate a' delitti quelle che rendono la legislazione criminale atta ad ispirare questa preziosa tranquillità, questa civica libertà. Se essa non garantisce l'innocente dalle calunnie; se nel tempo istesso che toglie ogni speranza all'impunità a colui ch'è veramente reo, non assicura l'innocenza dalle accuse mendaci di un impostore avveduto, essa diverrà una spada egualmente spaventevole al cittadino che desidera di violare la legge ed all'onesto uomo che religiosamente l'osserva. Le pene che si faranno allora soffrire al delinquente lasceranno sempre un dubbio sulla loro giustizia. In mezzo al vano spettacolo de' supplizi la diffidenza e la pietà domanderanno sempre se colui che s'immola è innocente o colpevole [...]. Lo spavento dunque del malvagio deve esser combinato colla sicurezza dell'innocente nella criminale legislazione (*SL* [III, 1] 3, pp. 3-4).

---

veri interessi, lo conduce a' vizi, che sono gli esordi de' delitti; lo induce a quelle azioni dalle quali questa cognizione sola de' suoi veri interessi basterebbe a distoglierlo; lo priva di quell'elevazione di animo che si richiede per conoscere ed apprezzare i piaceri della virtù e della stima di sé medesimo; gli fa cercare ed ottenere i suffragi dell'opinione pubblica in quelle azioni che dovrebbero privarcelo; gli fa confondere le idee del bene e del male e lo priva fin anche de' rimorsi» (*ibid.*). È indispensabile riscrivere anche le leggi religiose, per far sì che il disciplinamento esteriore del comportamento giuridico sia accompagnato da un disciplinamento interiore del comportamento morale: «L'ordine pubblico, la tranquillità privata, la sicurezza del cittadino, richiedendo che la legge non cerchi di voler tutto sapere, di voler tutto vedere; esigendo che l'*autorità* si fermi innanzi alla porta della sua abitazione che rispetti quest'asilo della sua pace e della sua libertà, che non cerchi d'indagare i suoi pensieri, le sue intenzioni, che lasci libero il corso de' suoi desideri, che lo consideri come innocente, ancorché reo, purché il suo reato non si manifesti, segregando in una parola dall'ispezione della legge tutto quello che è occulto a' suoi occhi, esige nel tempo istesso che un altro freno supplisca a questo suo necessario difetto, esige che un altro tribunale, un altro giudice, un altro codice regolino le azioni occulte del cittadino» (*SL* [I, *Piano ragionato dell'opera*] 1, p. 38). È necessario rivedere le leggi riguardanti il diritto civile, la «proprietà e gli acquisti», allo scopo di difendere «le private facoltà contro le trame dell'avidità e della frode», in tal modo prevenendo «i delitti de' giudici, le prevaricazioni degli avvocati e le usurpazioni de' potenti» (*SL* [III, 58] 4, pp. 340-41). Infine, occorre rivedere le leggi concernenti la «patria potestà», il cui scopo deve essere quello «d'innalzare un tribunale tra le mura domestiche; di dare alla famiglia un magistrato ed un codice; di non lasciare impuniti que' delitti che l'amore e l'onore obbligano ad occultare ma che la paterna mano punirebbe nel silenzio, quando avesse il diritto di farlo; di abituare gl'individui della società fin dal loro nascere ad una dipendenza dolce, perché combinata colla vigilanza, utile, perché correggerebbe il vizio allorché non ha ancora avuto il tempo da fortificarsi» (*ibid.*).

<sup>19</sup> *SL* [III, 1] 3, p. 3. È evidente l'impianto utilitarista di questa argomentazione. L'utilitarismo non è, tuttavia, l'unica ideologia penalistica di riferimento di Filangieri. Cfr., su questo punto, V. Ferrone, *La società giusta*, cit., pp. 103-04.

<sup>20</sup> «Le pene ch'essa [la legislazione criminale] minaccia spaventano l'uomo che vorrebbe disubbidire alle leggi e difendono con questo mezzo la tranquillità degli altri cittadini» (*SL* [III, 1] 3, p. 3).

I vizi che Filangieri individua nei sistemi penali della sua epoca sono gli stessi riscontrati da altri autori illuministi. Tali difetti, nel loro complesso, rendono impotenti le leggi nella loro opera di dissuasione dal reato e di tutela della libertà e della sicurezza; finiscono anzi, molto spesso, per alimentare il delitto, da un lato calpestando i diritti dei cittadini innocenti, dall'altro generando – a causa della inefficienza della macchina giudiziaria e della venalità della giustizia – una diffusa impunità, della quale possono beneficiare soprattutto gli appartenenti ai ceti benestanti. La miscela di diritto romano, feudale e canonico; le leggi «contrarie alla libertà dell'uomo e distruttive de' dritti più preziosi del cittadino», residuo di un'epoca in cui «l'ignoranza de' tempi poteva, se non legittimarle, almeno scusarle»; le «logiche distinzioni» e le «metafisiche sottigliezze» attraverso le quali i *sacerdotes juris* rendono arcane, ai più, le leggi, al fine di perpetuare il potere loro e quello delle classi dominanti: sono questi i tre grandi difetti delle legislazioni criminali vigenti.

Occorre, anzitutto, portare la luce lì dove le «tenebre» avvolgono «quella parte della legislazione che dovrebbe esser la più semplice e la più chiara, cioè quella ch'è destinata a regolar la procedura criminale». La novità di questa parte dell'opera, che Filangieri stesso pone in risalto, consiste nel tentativo di individuare una nuova procedura che dovrebbe sostituire quella vigente<sup>21</sup>. Delle sei parti di cui si compone la procedura penale, così come descritta da Filangieri («accusa»; «intimazione all'accusato»; «prove e indizi del delitto»; «ripartizione delle funzioni giudiziarie»; «difesa del reo»; «sentenza»), quella più interessante riguarda proprio il sistema di accusa giudiziaria proposto da Filangieri. Tutta l'impostazione garantista del napoletano riposa infatti sul ripudio della procedura inquisitoria – «al sorgere del secolo XVIII [...] applicata nell'Europa [continentale] intera, pur con sensibili variazioni, da oltre quattro secoli»<sup>22</sup> – in favore di quella accusatoria, usata dagli antichi ed anche dai popoli barbari nel Medio Evo<sup>23</sup> e operante in Inghilterra, unico dei paesi moderni ad utilizzare una procedura penale simile a quella romana<sup>24</sup>.

Nel panorama illuminista la posizione di Filangieri si caratterizza per una scelta netta e circostanziata a favore del processo accusatorio fondato sull'accusa privata. Gran parte del movimento illuminista, del resto, ostile al rito inquisitorio e alla magistratura professionale, espresse, con varianti più o meno significative, una netta propensione verso una riforma accusatoria del procedimento penale, sul modello del *trial by jury* inglese fondato sulla *common law*<sup>25</sup>, anche se è da notare che questa scelta di campo fu

<sup>21</sup> Sulla prima parte del terzo libro della *Scienza*, dedicato alla procedura penale, cfr. A. De Martino, *Tra legislatori e interpreti. Saggio di storia delle idee giuridiche in Italia meridionale*, Napoli 1975, pp. 57-63; S. Di Noto Marrella, *La procedura criminale nel pensiero di Gaetano Filangieri*, in G. Filangieri, *La scienza della legislazione. Dal libro III «Delle leggi criminali. Parte I Della procedura». Lettura per il Corso di Eseggesi delle fonti del diritto italiano*, Parma 2003, pp. 7-27 (d'ora in avanti: Filangieri, *Eseggesi*). Una sintetica introduzione al terzo libro della *Scienza* si trova anche in M. Maestro, *Gaetano Filangieri and his "Science of legislation"*, in «Transactions of the American Philosophical Society», 66 (1976), pp. 25-35.

<sup>22</sup> M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano 1974, p. 102.

<sup>23</sup> In particolare, Filangieri ricostruisce, nel cap. II, alcuni caratteri salienti del processo accusatorio vigente presso Ebrei, Egizi, Greci, popoli barbari e soprattutto nella Roma repubblicana, alla cui legislazione il napoletano fa costante e privilegiato riferimento (cfr. *SL* [III, 2] 3, pp. 7-24).

<sup>24</sup> Sui principi giuridici ed epistemologici regolativi rispettivamente del metodo accusatorio e di quello inquisitorio (convenzionalismo penale-stretta legalità e cognitivismo processuale-stretta giurisdizionalità *versus* sostanzialismo penale-cognitivismo etico e decisionismo processuale-soggettivismo inquisitorio) cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., pp. 5-18.

<sup>25</sup> Il modello processuale inglese fu oggetto di costante ammirazione da parte degli illuministi, che ne misero in rilievo la dimensione garantista – utilizzo repubblicano della giuria, distinzione tra accusa e

caratterizzata, in qualche caso, da ambiguità, incertezze, preoccupazioni dettate da realismo politico, che portarono alcuni esponenti dei Lumi a proporre sistemi “misti” di procedura penale. Sotto questo profilo, il dibattito illuminista intorno alla riforma della procedura penale fu condizionato, almeno per un certo periodo, dalle concezioni “relativiste” di Montesquieu. Il francese aveva infatti scritto che il processo accusatorio fondato sull'accusa privata e sul giudizio popolare, tipico delle repubbliche antiche e ripreso dalla monarchia costituzionale inglese (giuria di pari del reo), era conveniente solo agli Stati che hanno come fine la libertà politica dei cittadini, in quanto in queste forme di governo il potere esecutivo è separato dal legislativo: in tal modo il giudiziario è, o meglio può permettersi il lusso di essere, «in qualche senso nullo»<sup>26</sup>. Diversamente, nelle altre monarchie, sia pure moderate, come quella francese, la concentrazione del potere esecutivo e legislativo nelle mani del re e il fatto che l'accusa fosse sostenuta da magistrati pubblici alle dipendenze del monarca imponevano, pena la degenerazione dispotica del governo, che il giudizio fosse affidato, in funzione di contropotere, ad un corpo di giuristi di professione, la nobiltà di toga, come del resto accadeva proprio in Francia<sup>27</sup>.

Questo tipo di prospettiva influenzò non poco il dibattito degli illuministi italiani in ambito penalistico. La tesi secondo la quale alle monarchie si addice un procedimento penale “misto” (inquisitorio corretto, più o meno radicalmente, in senso accusatorio), mentre quello fondato sulla libera accusa è conforme alla repubblica, fu fatta propria, tra gli altri, da Cesare Beccaria, Filippo Maria Renazzi e Mario Pagano, mentre più vicino alla visione di Filangieri fu Alberto De Simoni, che nell'opera *Del furto e sua pena* (Lugano, 1776), si schierò a favore della procedura fondata sull'accusa privata<sup>28</sup>.

Perché – viene da chiedersi – Filangieri elaborò un modello integralmente accusatorio, fondato sull'accusa privata? Non era forse consapevole della sua difficile realizzazione negli ordinamenti giuridici continentali del suo tempo? Una risposta plausibile consiste nel ritenere che la netta propensione a favore del processo accusatorio “puro” sia stata dettata

---

giudizio, oralità e pubblicità della procedura – in funzione polemica contro i vizi del processo inquisitorio (cfr. A. Padoa Schioppa, *I “philosophes” e la giuria penale*, in «Nuova rivista storica», LXX (1986), pp. 107-46).

<sup>26</sup> Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, cit., I, XI, 6, p. 278.

<sup>27</sup> Cfr. *ivi*, I, VI, pp. 155-86. Di fatto Montesquieu proponeva, per le monarchie moderate che non hanno per fine la libertà politica dei cittadini, un modello processuale nel quale comunque accusa e giudizio fossero separati (cfr. *ivi*, I, VI, 5, p. 163): tale principio è uno dei discrimini tra modello accusatorio e inquisitorio. Sul punto si veda, tra gli altri, G. Tarello, *Montesquieu criminalista*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», V, 1975, p. 225; D. Felice, *Autonomia della giustizia e filosofia della pena nell'“Esprit des lois”*, in D. Felice (cur.), *Libertà, necessità e storia. Percorsi dell'“Esprit des lois” di Montesquieu*, Napoli 2003, pp. 97-105. Mentre il principio della separazione tra accusa e giudizio e della conseguente terzietà del giudice fu un dato caratterizzante l'elaborazione di quasi tutto l'illuminismo giuridico, l'idea di affidare l'accusa ad un pubblico accusatore o al contrario di ripristinare l'accusa privata fu oggetto di dibattito, come vedremo nella polemica di Filangieri contro Montesquieu.

<sup>28</sup> Cfr. E. Dezza, *Note su accusa e inquisizione nella dottrina settecentesca*, in L. Berlinguer, Colao (curr.), *Illuminismo e dottrine penali*, cit., pp. 185-239. In particolare, Mario Pagano propose un processo inquisitorio corretto in senso accusatorio, mosso dalla realistica consapevolezza della difficoltà di instaurare, nelle monarchie assolute come il Regno di Napoli, quel sistema accusatorio “puro”, tipico dei regimi repubblicani, a cui andava, comunque, la sua preferenza, e che doveva, in ogni caso, fungere da idea regolativa per la riforma del processo inquisitorio (cfr. F.M. Pagano, *Considerazioni sul processo criminale*, a cura di F. Paladini, Venezia 2008, 26, pp. 102-03; su questo punto si vedano G. Solari, *Studi su Francesco Mario Pagano*, a cura di L. Firpo, Torino 1963, pp. 68-71; E. Palombi, *Mario Pagano e la scienza penalistica del XIX secolo*, Napoli 1989, p. 41; E. Dezza, *Note su accusa*, cit., pp. 223-36).

dal carattere di forte esemplarità garantista<sup>29</sup> e insieme repubblicana che tale modello rivestiva<sup>30</sup>. Nella *Scienza*, infatti, convergono, fondendosi, istanze prettamente liberali, volte a tutelare la libertà individuale dal potere, con istanze di tipo democratico-repubblicano, intese a promuovere la partecipazione attiva dei cittadini ai processi decisionali<sup>31</sup>. Ciò significa che, nella dottrina del filosofo partenopeo, si ritrovano sia istanze di *libertà negativa* che di *libertà positiva*, per usare la nota distinzione canonizzata da Berlin<sup>32</sup>.

Per Filangieri il contratto sociale determina il trasferimento del diritto di punire dagli uomini al potere sovrano. Ora, la scelta del modello accusatorio di tipo repubblicano pare una chiara indicazione verso l'idea che la sovranità risieda in quel corpo politico a cui il contratto sociale medesimo dà origine, il popolo, e ciò principalmente per tre motivi. Il primo risiede nel fatto che è proprio nel terzo libro della *Scienza* che Filangieri, per negare il valore giuridico all'alienazione, da parte del monarca, di una quota del potere sovrano ai baroni – precisamente, la parte relativa all'esercizio della giurisdizione criminale –, afferma esplicitamente che il monarca è solo «un amministratore fiduciario della sovranità», la quale risiede, in forma inalienabile, nel popolo<sup>33</sup>.

In secondo luogo, pare lecito osservare che la netta simpatia manifestata dal riformatore napoletano per il modello accusatorio della Roma repubblicana e la condanna del diritto penale e, più in generale, delle istituzioni politiche romane dell'età imperiale, era un modo per denunciare i rischi di una degenerazione dispotica delle monarchie d'antico regime e per ipotizzare, più o meno esplicitamente, l'esaurimento del ruolo storico e politico delle monarchie assolute nel processo di modernizzazione della società<sup>34</sup>.

In terzo luogo, proporre il modello accusatorio, sapientemente rielaborato alla luce della dottrina giusnaturalista dei diritti dell'uomo, serviva per additare non solo l'idealità regolativa, ma anche la concreta possibilità storica di un modello politico e giuridico repubblicano moderno, fondato sui diritti dell'uomo e sul costituzionalismo, quale quello

---

<sup>29</sup> Nel sistema accusatorio, infatti, «l'accertamento della verità appare soltanto uno degli obiettivi del processo penale, che deve anche offrire agli imputati le migliori opportunità di far valere le proprie ragioni» (G. Illuminati, *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enciclopedia giuridica*, I, Roma 1988, p. 4).

<sup>30</sup> «È tutta la trattazione a favore del processo accusatorio e di una giustizia ispirata al modello repubblicano», ha osservato Ferrone in riferimento alla prima parte del terzo libro della *Scienza*, «ad essere condotta in forma originale, assai differente rispetto, ad esempio, alle classiche argomentazioni umanitarie dei *philosophes* francesi o di Beccaria. In tutti gli aspetti specifici affrontati, emergeva sempre in primo piano il rispetto dei diritti dell'uomo come fondamento teorico ultimo da cui muovere» (V. Ferrone, *La società giusta*, cit., p. 110).

<sup>31</sup> Non a caso, un secolo dopo, il liberale e garantista Francesco Carrara riproporrà in termini analoghi il nesso tra libertà politica, partecipazione democratica e sistema accusatorio. Cfr. F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, II, Firenze 1902, pp. 206-07.

<sup>32</sup> Si rinvia a I. Berlin, *Due concetti di libertà*, Milano 1989.

<sup>33</sup> *SL* [III, 1] 3, pp. 180-81. Sull'idea filangieriana della sovranità popolare cfr., tra gli altri, G. Giarrizzo, *La souveraineté de la nation chez Filangieri*, in G.M. Cazzaniga, Y.C. Zarka (curr.), *Penser la souveraineté à l'époque moderne et contemporaine*, Pisa 2001, pp. 251-59; V. Ferrone, *La società giusta*, cit., p. 57 ss.; F. Berti, *La ragione prudente*, cit., pp. 298-99 e 331-38.

<sup>34</sup> Il significato politico del recupero del diritto processuale romano nella *Scienza* è spesso sfuggito agli studiosi dell'illuminismo giuridico italiano. Cfr., tra tutti, il lapidario e superficiale giudizio di Cantù: «Prodigo di storica erudizione sulle leggi criminali quanto n'era stato avaro il Beccaria, [Filangieri] affoga il ragionamento nella filologia» (C. Cantù, *Beccaria e il diritto penale*, Firenze 1862, p. 193). Chi invece sembra aver posto in giusto rilievo l'importanza del diritto romano nel terzo libro della *Scienza* è stato U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai nostri giorni*, Firenze 1974, pp. 63-64.



che andavano realizzando in America del Nord le colonie inglesi insorte contro la madrepatria.

Non è tuttavia solo il processo della repubblica romana a fare qui da modello per Filangieri: l'Inghilterra, di cui il filosofo napoletano aveva ferocemente criticato l'assetto costituzionale poco moderno, viene ora portata ad esempio per il modo in cui essa ha saputo conservare e promuovere la «libertà civile»<sup>35</sup>. I *Commentaires on the Laws of England* di William Blackstone e la *Constitution de l'Angleterre* di Jean-Louis Delolme, testi che contribuirono in misura determinante ad accreditare il modello inglese del *trial by jury* nella cultura illuminista<sup>36</sup>, sono la preziosa fonte cui Filangieri attinge per porre in rilievo le qualità e, in alcuni casi, i vizi, della procedura penale britannica.

Il rigetto del sistema inquisitorio, da parte del napoletano, è assoluto. Le sue origini vengono fatte risalire all'età imperiale romana. Successivamente, con la caduta dell'impero, il metodo accusatorio fu reintrodotta dai «codici delle nazioni barbare», venendo poi nuovamente e definitivamente soppiantato dalla procedura inquisitoria per opera della Chiesa e dello Stato. È chiaro il riferimento polemico al diritto canonico: accusa che Filangieri non si sente di approfondire, dato che «lunga e pericolosa sarebbe l'istoria di questa vicenda»<sup>37</sup>. Confusione e connubio tra magistratura giudicante e magistratura inquirente; segretezza del procedimento penale; assenza di diritti di difesa da parte dell'accusato; discrezionalità, da parte della pubblica accusa, nel tenere in carcere l'indiziato senza informarlo sul capo d'imputazione; possibilità di arrestare un cittadino in base a indizi labili o inconsistenti; impossibilità, da parte dell'accusato, risultato poi

<sup>35</sup> Ha rilevato Maestro: «L'Inghilterra era il solo paese europeo che avesse rifiutato di adottare il sistema inquisitorio e avesse mantenuto una procedura aperta, in cui l'accusa era esercitata liberamente da qualsiasi cittadino, i processi erano pubblici e l'accusato aveva il diritto di essere messo a confronto con i suoi accusatori. L'Inghilterra aveva pure sviluppato l'istituzione della giuria, altro passo importante verso una migliore giustizia» (M. Maestro, *Beccaria e le origini*, cit., p. 21). Occorre però far presente che il sistema penale inglese si presentava agli osservatori di fine Settecento come un sistema ambivalente: «Mentre il sistema processuale penale inglese, e la legislazione sulle prove, era assai migliore e più avanzata in Inghilterra che in altri paesi europei, ivi il diritto sostanziale era ancora più severo e maggiormente bisognoso di riforma che nei paesi dell'Europa continentale» (M.A. Cattaneo, *Cesare Beccaria e l'illuminismo giuridico europeo*, in Aa.Vv., *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa. Convegno di Studi per il 250° anniversario della nascita*, Milano-Roma-Napoli 1990, p. 211). Di questa contraddizione tuttavia il filosofo napoletano era ben consapevole: «Profittiamo de' lumi che ci offre il codice criminale di una nazione dell'Europa, il quale se nella parte penale è vizioso quanto gli altri, è nel tempo istesso ammirabile in quella che ha per oggetto la procedura» (*SL* [III, 1] 3, p. 6).

<sup>36</sup> Cfr. A. Padoa Schioppa, *I "philosophes" e la giuria penale*, cit., pp. 122-26.

<sup>37</sup> Più avanti, tuttavia, l'accusa diventa esplicita. Ai papi Alessandro III, Innocenzo III e Onorio III Filangieri addossa la responsabilità di aver introdotto la tortura nei tribunali ecclesiastici: *SL* [III, 10] 3, p. 88 n. Senza appello, poi, è la denuncia dell'Inquisizione cattolica in diversi punti della *Scienza*, come risulta dal seguente celebre passo, posto nel capitolo dedicato ai delitti contro la divinità: «Terribile e funesta Inquisizione, tu sei presente alla mia immaginazione in questo momento. La religione divina in mezzo alla quale sei nata avrebbe forse avuto tanti detrattori e tanti inimici se i tuoi roghi avessero bruciati i tuoi ministri, invece di bruciare le tue vittime? Questa religione, che colla sua morale e co' suoi dogmi perfeziona l'uomo, forma il cittadino ed atterrisce il tiranno, non vedrebbe forse sotto i suoi vessilli combattuto l'errore da que' filosofi istessi che tu hai armato contro di lei? [...]. Mostro, una volta terribile ma oggi fuggitivo ed impotente, io inveirei maggiormente contro di te, se il mio re non avesse in questi ultimi tempi incenerito il tuo simulacro istesso ne' suoi domini, e se i lumi del secolo, proscrivendoti da tutto il resto dell'Europa, non ti riducessero a tenere un solo e vacillante piede nella parte più estrema di essa, nella quale ogni piccolo urto basterà, io spero, o per gittarti negli abissi del mare o per respingerti ne' deserti dell'Africa, dove il dispotismo, la ferocia e l'ignoranza ti daranno forse un più degno ma meno scandaloso asilo» (*SL* [III, 44] 4, p. 163).

innocente alla fine del procedimento penale, di ottenere una qualche forma di risarcimento da parte del suo accusatore; massima libertà e sostegno pubblico alle accuse segrete da parte di privati cittadini contro altri cittadini: tutte queste violazioni dei più elementari diritti dell'individuo vengono da Filangieri addebitate alla procedura inquisitoria.

Particolarmente efficace risulta la denuncia filangieriana dell'istituto della carcerazione preventiva, che nella procedura inquisitoria d'antico regime – purtroppo, non solo di quello – veniva usata come primo passo del procedimento penale. Essa muoveva o da un rapporto degli incaricati del governo, o dalle accuse della parte lesa, oppure, molto spesso, da denunce segrete, «*pubblica voce e fama*». Subito scattava l'arresto del sospettato, che veniva rinchiuso in carcere in attesa di essere interrogato, e ciò poteva avvenire dopo settimane o addirittura mesi, senza che gli si palesassero l'accusa e gli accusatori. In una pagina suggestiva, il filosofo napoletano veste i panni del carcerato, entra nel suo animo tormentato, ne descrive angustie e paure:

La stato dell'accusato, durante questo tempo, è uno stato di violenza e di tormento. Se la sua coscienza non lo rimprovera di alcun delitto, la sua immaginazione non lascia per questo di funestarlo e di riempirlo di spaventi. L'oscurità del suo carcere, le catene che lo circondano, le privazioni de' suoi amici e de' suoi parenti, la solitudine così funesta ne' pericoli, tutto gli annunzia la morte. Egli si ricorda di aver degl'inimici; egli sa quanto sogliono essere ben tramate le insidie dell'impostura; la sua memoria gli presenta la serie e il numero infinito degl'infelici che ne sono state le vittime. I suoi soli soliloqui interrotti dal pianto non fanno che ricordargli la disgrazia degli uomini regolati da leggi così funeste (*SL* [III, 3] 3, pp. 27-28).

La procedura inquisitoria rende di fatto inoperosa la separazione del potere legislativo-esecutivo dal potere giudiziario: Filangieri utilizza i principi di Montesquieu, universalizzandoli, per rivalersi contro la difesa “relativista” fornita dallo stesso Montesquieu, accusato di aver confuso monarchia e dispotismo, della procedura penale fondata sulla pubblica accusa<sup>38</sup>.

Come è possibile, si chiede Filangieri, che la libertà di accusare possa essere giusta in una repubblica e ingiusta in una monarchia, come aveva sostenuto il giurista francese? Se, come ha asserito Montesquieu, la delazione è naturalmente associata alla libertà di accusare, «né in una repubblica, né in una monarchia le legge potrebbe dare al cittadino questo barbaro diritto». Non era infatti questo che avveniva presso gli antichi Romani: a Roma la libertà di accusare era combinata con la difficoltà di calunniare; pene severe erano previste per i cittadini che si macchiavano di questo crimine. Inoltre, scrive Filangieri, se la libertà di accusare è realmente, in una monarchia, uno strumento di oppressione, giacché incoraggia chiunque voglia ingraziarsi il sovrano ad accusare i suoi nemici, che dire del «vendicatore pubblico», del pubblico ministero? «Questo è un magistrato creato dal principe, pagato dal principe, che deve al principe ciò che ha, e che può esserne dal principe privato»:

Or, se l'interesse è il gran motore degli uomini, io vorrei sapere dall'autore dello *Spirito delle leggi*,

---

<sup>38</sup> Filangieri riconosce a Montesquieu di aver condannato uno dei principali elementi caratterizzanti l'accusa giudiziaria nel sistema inquisitorio, la segretezza del procedimento, ma rimprovera al giurista francese di averne difeso un altro di non minor rilievo, il monopolio statale dell'accusa. In sostanza, Filangieri, considerando l'accusa privata un requisito indispensabile del sistema accusatorio, afferma che Montesquieu, che invece l'aveva ritenuta inopportuna in una monarchia, abbia con ciò inteso difendere la procedura inquisitoria.

se un cittadino, che non ha tutti questi rapporti col capo della nazione, potrebbe, abusando della libertà di accusare, avere una disposizione maggiore a favorire le di lui mire, di quella che può avervi questo *vendicatore pubblico*, che per proprio interesse dovrebbe piuttosto considerarsi come il vendicatore del principe? (*SL* [III, 3] 3, pp. 34-35).

Questo sistema appare tanto più ingiusto, osserva Filangieri riprendendo un argomento caro alla critica illuminista, qualora si consideri il fatto che, «nel tempo istesso che si è abolita la libertà di accusare, si è permessa la libertà di denunciare»: «L'accusa è un duello che si fa a petto scoperto e con armi eguali e la denuncia è un colpo tirato a man salva da una mano nascosta dietro una parete che lascia all'infelice che l'ha ricevuto la curiosità di sapere chi glielo ha scagliato». Non solo: è il metodo inquisitorio, in realtà, a favorire la calunnia, dato che le leggi «mostrano un'indulgenza pernicioso e non opportuna riguardo a' calunniatori», con la scusa che, perseguendo questi, nessuno più ardirebbe di denunciare i crimini.

Alla descrizione dei vizi, segue l'elenco dei rimedi: così, nel nuovo sistema di procedura penale, dovrà essere ripristinata l'accusa privata, unita alle leggi che impediscono e condannano la calunnia; dovrà essere sancita la distinzione tra delitti pubblici e privati, i primi potendo essere denunciati da ogni cittadino, i secondi solo da chi ha subito l'offesa; l'accusatore dovrà promettere di portare innanzi l'accusa sino al termine del processo; le accuse dovranno essere chiare e circostanziate, in modo tale da salvaguardare i diritti dei cittadini; il reato cadrà in prescrizione dopo tre anni; tutto il procedimento penale dovrà essere pubblico<sup>39</sup>. Se la procedura ordinaria deve essere fondata sull'accusa privata, Filangieri ritiene, tuttavia, che vi siano alcuni specifici casi in cui l'accusa debba essere sostenuta dalla parte pubblica: «quando il delitto è dunque sicuro e l'autore del delitto ignoto; quando esiste un delitto, ma manca l'accusatore; quando la parte offesa si querela, ma non accusa». Anche limitato a questi soli casi, il processo dovrebbe seguire il metodo accusatorio. Pertanto, il giudizio e l'accusa devono essere nettamente separati; le denunce anonime devono essere proibite; i magistrati accusatori macchiatisi di calunnia devono essere perseguibili penalmente; la nuova magistratura dovrà essere decentrata in tutto lo Stato<sup>40</sup>.

Per quanto riguarda il secondo momento della procedura criminale, «l'intimazione all'accusato» (citazione), Filangieri mette in luce ancora una volta la barbarie dei sistemi vigenti: ritornando al problema della carcerazione preventiva, invita i monarchi d'Europa ad ascoltare «i sospiri degl'infelici, che gemono sotto il flagello delle vostre barbare leggi» e ad abbandonare, per un attimo, «la simulata allegria de' cortigiani e le armoniche cantilene de' musici» nelle quali essi ordinariamente si trastullano, per recarsi nelle

carceri, ove più migliaia de' vostri sudditi languiscono pe' vizi delle vostre leggi e per l'oscitanza de' vostri ministri. Gittate gli occhi sopra questi tristi monumenti delle miserie degli uomini e della crudeltà di coloro che li governano. Approssimatevi a queste mura spaventevoli, dove la libertà umana è circondata da' ferri, e dove l'innocenza si trova confusa col delitto. Spogliatevi degli ornamenti della sovranità, vestite le spoglia d'un privato cittadino, e quindi fatevi condurre

<sup>39</sup> La segretezza della procedura penale d'antico regime era uno degli elementi più lesivi dei diritti dei cittadini e pertanto uno dei più invidiati alla cultura illuminista. Voltaire aveva osservato con amara ironia: «La justice est peinte un bandeau sur les yeux, mais doit-elle être muette?» (Voltaire, *Lettre de Donat Calas fils à la dame veuve Calas, sa mère*, in Id., *Melanges*, a cura di J. Van den Heuvel, Paris 1961, p. 533).

<sup>40</sup> Contro la giustizia in appalto d'antico regime Filangieri propone la creazione di una magistratura di «pubblici accusatori», funzionari statali scelti tra le «persone più distinte e più probe della società», alle quali dovrebbe essere garantito «uno stipendio non piccolo», per evitare venalità e corruzione.

per quel laberinto oscuro che mena in que' sotterranei, ove il lume del giorno non penetra giammai e dove è sepolto, non l'inimico della patria, non il proditore o il sicario, non il violatore delle leggi, ma il cittadino innocente, che un inimico occulto ha calunniato (*SL* [III, 6] 3, pp. 58-59).

Filangieri conduce per mano il lettore in una prigione, fin dentro la «tomba» dove è sepolto un qualunque carcerato; con la luce di una fiaccola lo invita a guardare «il pallore di morte che si manifesta sul suo volto, le piaghe che cuoprono il suo corpo, gl'insetti schifosi che lo rodono, quei cenci che lo cuoprono per metà». Lascia poi la parola al carcerato, che narra la sua vicenda: le violenze, le umiliazioni e le minacce subite, l'ingiustizia della procedura a cui è stato sottoposto. L'artificio retorico, usato per la seconda volta nel giro di poche pagine, permette a Filangieri di far risaltare con maggiore efficacia l'ingiustizia della carcerazione preventiva e il trattamento disumano al quale sono sottoposti i carcerati.

Ai vizi dei sistemi vigenti egli contrappone le virtù di quello romano che, opportunamente rivisitato e corretto, darebbe luogo ad un metodo molto più giusto e rispettoso dei diritti dei cittadini:

Citare un uomo che è accusato di un delitto; condurlo innanzi al magistrato competente; mostrargli il suo accusatore; palesargli l'accusa; interrogarlo senza mistero sulle verità di ciò che si è asserito contro di lui; non mostrare alcuna prevenzione in favor d'alcuna delle parti; concedere un ugual numero di gironi al reo per giustificarsi ed all'accusatore per sostenere la verità della sua accusa; abolire tutti quegli atti *estragiudiziali* [...] che rendono così abbominevole, così indegno, così ingiusto il presente sistema [...]; abolire que' giuramenti inutili che si esigono dall'accusato [...]; non ricorrere nella *citazione* alla cattura, che in que' soli casi, nei quali o si può sospettare della fuga dell'accusato, o si ha ragione di punire il suo disprezzo per la legittima autorità; lasciar libera la sua persona sulla parola di un fideiussore, sempre che la natura del delitto e la gravità della pena [...] non ricerchi una sicurezza maggiore; procurare che anche in questi casi la custodia dell'accusato non sia indegna di un innocente; impiegare una porzione delle pubbliche rendite alla costruzione delle carceri, dove i depositi della giustizia pubblica dovrebbero risvegliare l'idea piacevole della moderazione e del rispetto [...]; trattare, in una parola, l'accusato da cittadino finché il suo delitto non venga interamente provato (*SL* [III, 7] 3, pp. 64-65)<sup>41</sup>.

Il criterio garantista che dovrebbe informare le prime parti della nuova procedura, fondato sul principio di legalità, sulla pubblicità del procedimento penale, sul contraddittorio, sulla drastica limitazione dell'istituto della carcerazione preventiva, sulla presunzione d'innocenza, dovrebbe vigere anche nelle altre. Così, per ciò che concerne le prove, Filangieri ritiene che la procedura penale non possa, in questo caso, ispirarsi alla giurisprudenza romana, perché in essa si trova «una ondolazione continua tra la misericordia e la ferocia, tra una eccessiva delicatezza nel valutare il valor delle prove ed un tirannico ed ingiusto metodo nel ricercarle».

Nemico delle posizioni estreme, in questo caso costituite dall'eccessivo garantismo

---

<sup>41</sup> Filangieri propone al legislatore, similmente a Beccaria, di istituire un carcere apposito per gli accusati in attesa di processo, distinto da quello che deve accogliere i condannati (*SL* [III, 7] 3, pp. 65-66). Cfr. C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, ora in *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, diretta da L. Firpo, I, Milano 1984, XXIX, p. 96. Il filosofo partenopeo si dichiara poi contrario alle condanne in contumacia, dal momento che «la libertà civile» ed i «diritti imprescrittibili della ragione» esigono che non venga istruito un processo in assenza dell'accusato. I contumaci, scrive Filangieri, devono essere puniti per il reato di contumacia: come nell'antica Roma, si dovrà procedere alla confisca dei loro beni.

adottato dai romani nella valutazione delle prove, e il barbaro sistema con cui venivano ricercate, Filangieri reputa che debbano essere entrambi respinti.

L'obiettivo polemico principale di questa parte della procedura che riguarda la ricerca delle prove e la loro valutazione è l'uso della tortura: Filangieri riprende ed approfondisce, in due capitoli tra i più efficaci di tutta l'opera, riflessioni già svolte da molti illuministi, per dimostrare l'ingiustizia, sotto il profilo morale, e l'illiceità, sotto quello giuridico, del metodo della tortura come strumento per la ricerca della verità. La critica di Filangieri si presenta particolarmente radicale in quanto, in ciò differenziandosi da altri esponenti dell'illuminismo giuridico, l'illuminista napoletano nega qualunque valore giuridico alla confessione, qualora essa non sia supportata da altre prove: poiché la confessione degli accusati è quasi sempre dovuta o alla paura della tortura, o all'angoscia di una lunga detenzione carceraria, o all'inganno dei confessori, o, infine, ad una mente malata, «le leggi o non dovrebbero cercarla, o non dovrebbero dare verun grado di valore a questa specie di prova». Fu Cesare con la legge Giulia, scrive Filangieri, ad estendere nell'antica Roma l'uso della tortura, metodo crudele riservato precedentemente solo agli schiavi, con lo scopo di punire i delitti di lesa maestà, vale a dire con l'intento di perseguire gli avversari politici: la repubblica stava degenerando in un principato dispotico, fondato sulla cultura del sospetto, e presto la tortura fu resa lecita anche per altre classi di delitti. Secoli dopo, la Chiesa ne ripristinò l'antico vigore, utilizzandola, questa volta, come strumento di persecuzione religiosa. Nei primi secoli dopo la caduta dell'impero romano d'Occidente, infatti, la tortura era stata sostituita dai *giudizi di Dio*; furono i papi a restituire il suo antico prestigio:

Quando dal Vaticano si riformava la giurisprudenza dell'Europa; quando in mezzo a' fulmini delle censure il capo della Repubblica europea annunziava a' fedeli insieme co' dogmi della religione le nuove leggi che si dovevano alle antiche sostituire; quando l'*inquisizione* canonizzò l'uso della tortura, adattandolo insieme colle altre sue tiranniche istituzioni, allora tutte le nazioni si crederono nell'obbligo di riconoscerne i vantaggi (*SL* [III, 10] 3, p. 88).

Nel capitolo successivo il riformatore napoletano, dimostrando di saper operare una distinzione tra giudizi di fatto e giudizi di valore, traccia un paragone storico per dimostrare come i giudizi di Dio fossero un istituto storicamente adatto, per quanto eticamente aberrante, allo stato delle nazioni nell'età della barbarie in cui ebbero vigore, mentre la tortura non può vantare neppure questa giustificazione storica:

Quale difesa può addursi in favore di questa abominevole pratica de' nostri fori? Se ne consideriamo il motivo, se ne esaminiamo gli effetti, se l'osserviamo per quel che è in se stessa, o per quello che può essere in rapporto agl'interessi della società, noi la troveremo sempre ingiusta, sempre perniziosa, sempre contraria agl'interessi di qualunque società, in qualunque luogo e in qualunque tempo (*SL* [III, 11] 3, p. 106).

Indurre alla confessione attraverso la tortura significa spingere l'indiziato a violare la prima legge della natura, che prescrive ad ogni uomo di preservare la propria vita, in quanto si presuppone che il torturato sia obbligato a confessare un delitto che potrebbe anche causargli la pena capitale<sup>42</sup>. Cercare, con la tortura, di scoprire gli eventuali complici del delitto è assurdo: se il reo è disposto a confessare i nomi dei suoi compagni, lo farà

<sup>42</sup> Questo argomento, fatto valere anche da Pagano nei *Principii del codice penale*, cit., p. 372, si ritrova già in C. Thomasius, *De tortura ex foris christianorum proscribenda*, II, 5, cit. in M.A. Cattaneo, *La filosofia della pena*, cit., pp. 64-65.

anche senza essere torturato; nel caso contrario, o sarà capace di resistere ai tormenti, oppure probabilmente finirà per accusare un innocente. «Se si considera la tortura come criterio di verità, si troverà così fallace, così assurda, come lo erano i giudizi di Dio»: ciò che determina la verità nella tortura, come già accadeva nei giudizi di Dio, vale a dire la capacità o meno di resistere ai tormenti, non ha infatti alcun rapporto con la verità in se stessa.

L'uso della tortura fa sì che un uomo innocente, ma fisicamente debole, finisca per confessare un delitto mai commesso e venga perciò condannato, e un uomo colpevole, ma robusto, possa resistere ai tormenti, ed essere così assolto. Infine: mentre i giudizi di Dio, sebbene originati dalla perdita della «real sicurezza» che caratterizzava il periodo della dominazione barbarica, alimentavano almeno l'opinione di essa – elemento fondante la libertà civile garantita dal diritto penale –, poiché chi sopravviveva alla prova non solo veniva assolto non dalla legge, ma veniva altresì considerato innocente dalla pubblica opinione; la tortura, invece, macchia di uno stigma indelebile chiunque sia ad essa sottoposto: anche se il torturato riesce a sopravvivere ai tormenti, per l'opinione pubblica rimane colpevole e viene bandito dalla società civile. Sotto ogni profilo, dunque, i giudizi di Dio si dimostrano migliori della tortura: chi sopravviveva ai primi, conservava integro il fisico, mentre la tortura quasi sempre produce menomazioni permanenti; mentre il giudizio di Dio era un esperimento per vedere se l'accusato era colpevole, la tortura è già una pena che si infligge, prima della sentenza, ad un individuo di cui si ignora la colpevolezza. È chiara la volontà filangieriana di argomentare in senso razionale la sua condanna morale delle barbare pratiche dei sistemi penali del suo tempo: i vizi della procedura inquisitoria vengono denunciati facendo ricorso sia a motivi umanitari, sia ad argomenti filosofici, storici e giuridici.

Filangieri passa poi ad individuare, nelle pagine successive, i due principi sui quali deve essere fondato il giudizio, che egli individua da un lato nella «certezza morale», definita come «*lo stato dell'animo sicuro della verità di una proposizione, che riguarda l'esistenza di un fatto che non è passato sotto i nostri occhi*», e dall'altro nel «criterio legale», di cui specifica puntualmente i «canoni di giudicatura» atti a determinarlo<sup>43</sup>.

Il quarto momento della procedura penale è costituito dalla «ripartizione delle giudiziarie funzioni»: qui il napoletano si ispira nuovamente al processo in vigore a Roma nel periodo repubblicano<sup>44</sup> e, soprattutto, al sistema processuale inglese. L'Inghilterra,

---

<sup>43</sup> Per Filangieri, i «canoni di giudicatura» dovrebbero dipendere dal seguente principio: «*L'interesse che ha la società nel garantire l'innocenza, combinato coll'interesse che ha di non lasciare impuniti i delitti*» (SL [III, 15] 3, p. 126). Ciò significa che l'impunità può essere evitata solo lasciando al giudizio sulle prove un margine, sia pur piccolo, di incertezza, dal momento che, applicando il criterio della certezza assoluta, non sarebbe possibile emettere alcuna sentenza di condanna. La verità processuale è una verità probabilistica: compito della legge penale è infatti di lasciare «all'innocente la maggior possibile fiducia di non essere condannato ed al delinquente la minore possibile speranza di rimanere impunito», non già quella di mirare ad una «perfezione assoluta» che «non è compatibile colle umane istituzioni» (SL [III, 15] 3, pp. 128-29). Le prove legali, che devono essere allegare dall'accusa e dalla difesa e non più raccolte, come accadeva nella procedura penale inquisitoria d'antico regime, dal giudice-accusatore, sono suddivise da Filangieri in «testimoniali», «scrittuarie» e «indiziarie» (cfr. *ivi*, pp. 129 ss.). Senza pretendere di esaminarne tutti i risvolti, ci si limita qui ad osservare che anche nel determinare questi canoni il riformatore napoletano elabora una revisione del metodo delle prove legali vigenti nel rito inquisitorio tenendo presenti, sempre e anzitutto, le garanzie della difesa.

<sup>44</sup> L'illuminista napoletano, ricostruendo la nascita e lo sviluppo del processo accusatorio penale vigente nella Roma repubblicana, mette in risalto come, all'apice di questo movimento, dopo l'istituzione dei tribunali permanenti (*quaestiones perpetuae*), il giudizio sul fatto fosse affidato democraticamente ad una

infatti, è

la sola nazione che ha profittato, su quest'oggetto, de' lumi della romana politica, è la sola nazione dell'Europa nella quale l'innocente non trema allorché è chiamato in giudizio [...]. In Inghilterra i depositari della legge non sono, come nel resto dell'Europa, i giudici del fatto; non è un corpo permanente di ministri della corona; non sono i magistrati quelli che esaminano la verità o la falsità dell'accusa. Uomini dell'istessa condizione del reo, favoriti dalla pubblica opinione, riconosciuti dall'accusato come imparziali ed investiti di un momentaneo ministero, che non dura più del giudizio istesso, sono i soli giudici a' quali la legge affida l'esame del fatto e la sorte del reo nelle criminali accuse (*SL* [III, 16] 3, p. 150).

È questo il punto in cui Filangieri, attingendo agli scritti di Blackstone e Delolme, traccia un elogio del sistema processuale inglese<sup>45</sup>, nel quale sull'«esempio di Roma libera e di Roma schiava», si è «conosciuto il vantaggio che vi era nel suddividere, e combinare le diverse parti delle giudiziarie funzioni, in maniera che l'una fosse di freno all'altra»<sup>46</sup>. In Inghilterra i magistrati pubblici si limitano ad istruire il processo, a nominare la giuria e a presiedere il procedimento penale. I diritti dell'accusato sono tutelati dalla legge: anzitutto, senza il preventivo voto uniforme del «*grand jury*», una giuria composta di un numero variabile di giurati nominati dal giudice della contea («*Sheriff*»), sulla fondatezza probatoria dell'accusa, il procedimento non potrebbe neppure essere istruito; inoltre, l'imputato ha varie possibilità di ricusare i giurati che compongono il «*petit jury*», la seconda giuria, composta dai «*pari del reo*», che, una volta terminato il dibattimento, nel quale l'accusa e la difesa possono fronteggiarsi ad armi pari, deve giudicare sulla verità o sulla falsità dell'accusa. Le garanzie di cui il cittadino inglese gode nel procedimento penale istruito a suo carico strappano l'ammirazione del napoletano, il quale si dichiara particolarmente impressionato dal trattamento riservato in Inghilterra agli accusati di delitti politici: essi gli sembrano godere di garanzie persino maggiori rispetto agli accusati di altri crimini, mentre nell'Europa continentale «la ferocia del dispotismo e la violenza della tirannia» li priva di ogni più elementare tutela<sup>47</sup>.

Decantate le virtù del processo inglese, Filangieri si preoccupa, per rendere più stridente il contrasto, di descrivere i vizi dell'amministrazione giudiziaria nel suo paese. Sono queste tra le pagine più note della *Scienza*, nelle quali il filosofo napoletano si scaglia contro la «satrapia *abbominevole*» del feudalesimo e le sue prerogative giuridiche<sup>48</sup>:

---

giuria di giudici popolari estratti a sorte e largamente ricusabili: «Que' fieri repubblicani, estremamente gelosi della civile libertà, non ebbero confidenza in altra mano per depositarvi il sacro ministero della giustizia, se non in quella che l'arbitrio de' litiganti aveva giudicata immune da qualunque parzialità». Nell'antica Roma il giudizio sul fatto, osserva Filangieri, era nettamente separato da quello sul diritto, affidato invece ad un pretore, così come il giudizio, di fatto e di diritto, era a sua volta distinto dall'accusa, affidata ordinariamente ai privati (cfr. *SL* [III, 16] 3, pp. 140-48. Si confronti con B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano 1998, pp. 103-88).

<sup>45</sup> Alessi ha precisato che i testi di Blackstone contribuirono a costruire, nell'opinione pubblica dell'Europa continentale, un'immagine idealizzata del processo penale inglese, il cui effettivo funzionamento non corrispondeva completamente, in termini di garantismo, alla descrizione del giurista inglese (G. Alessi, *Il processo penale*, cit., pp. 123 ss.).

<sup>46</sup> Anche in questo punto Filangieri pare dimostrare tutta la sua sensibilità costituzionale, dal momento che applica al processo il principio liberal-costituzionale dei *checks and balances*. Similmente Carrara scriverà che «il giure penale» altro non è che «uno svolgimento della teorica dei *contrapesi*» (F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, II, cit., p. 228).

<sup>47</sup> *SL* [III, 16] 3, p. 155.

<sup>48</sup> Su queste pagine e sull'infuocato dibattito che suscitarono cfr. F. Venturi, *Gaetano Filangieri*, cit., pp. 627-

L'amministrazione della giustizia è fra noi divisa tra i feudatari e i magistrati. Un avanzo dell'antico governo feudale lascia ancora a' baroni la criminale giurisdizione. Questa prerogativa, della quale essi sono estremamente gelosi, forma il primo anello di quella lunga catena di disordini che interamente distruggono la nostra civile libertà (*SL* [III, 17] 3, p. 161).

Si può parlare di giustizia? I feudatari hanno la facoltà di scegliere ogni anno il giudice che preferiscono per amministrare la giustizia nel distretto del feudo. Questi è giudice unico: «*Inquisitore*, fiscale e giudice». Egli è nulla più che «un miserabile e vile mercenario del barone». La sua dipendenza, anche economica, dal feudatario è assoluta: il suo stipendio proviene «dalle rapine e dalle vessazioni, senza le quali egli perirebbe dalla fame». Dunque, si tratta in realtà di un burattino nelle mani del feudatario, tanto è vero che l'accusato può patteggiare con il proprietario del fondo una pena pecuniaria, sottraendosi così al processo. Ma il feudatario, osserva il napoletano, dispone di un ulteriore potere: la grazia. In tal modo, «il favorito del feudatario, il complice de' suoi delitti, l'istrumento de' suoi attentati, è sicuro di rimanere impunito».

Il carattere venale e classista di questo modo di amministrare la giustizia è denunciato, senza mezzi termini, da Filangieri, che si scaglia coraggiosamente contro la «feudale tirannide». Tanto più che anche negli altri due o tre gradi di giudizio previsti dalle leggi la procedura è truccata, in quanto il giudice è sempre nominato dal barone. L'ingiustizia si perpetua, infine, anche nell'ultimo grado di giudizio: benché infatti «quando il corso de' baronali giudizi è già terminato», il reo possa «cercare nella pubblica autorità un asilo contro l'ingiustizia de' ministri del barone», egli si trova di fronte ad un tribunale provinciale retto da «tre giudici scelti dal re, ma molto mal pagati dal governo». Questi, se accertano la presenza di vizi di legittimità nel procedimento baronale, affidano la nuova inchiesta «all'uomo più vile e più ladro della provincia, ad un *subalterno*, che non solo non è pagato dal governo, ma che paga per poterlo servire»: allora «la penna dell'inquisitore è sicuramente quella del barone». I nefasti servigi che questo funzionario rende allo Stato non si fermano qui: egli non solo può essere incaricato di cercare nuove prove per un delitto già giudicato da una corte baronale, ma può anche ricevere l'incombenza di indagare su un delitto commesso in una provincia la cui giurisdizione ricade direttamente sul re, oppure in una giurisdizione baronale nella quale il barone abbia rinunciato ad esercitare le sue prerogative. In questo caso, sovente l'inquisitore inizia la sua istruttoria incarcerando una gran massa di persone (testimoni, accusati, parenti, complici, etc.), per cercare poi con essi una transazione economica. Insomma, contro questo sistema di cose Filangieri non vede che un solo rimedio: spogliare i feudatari della «criminale giurisdizione».

Il nuovo sistema delle «giudiziarie funzioni», dovrà essere «il risultato della combinazione del sistema giudiziario degl'inglesi, con quello de' romani liberi, unito ad alcune modificazioni che una profonda meditazione mi ha fatto credere necessarie». Anzitutto, il riformatore napoletano ritiene che, sotto il profilo della giustizia, lo Stato debba essere diviso in varie province, in modo da decentrarne l'amministrazione, snellendo così i procedimenti. Ogni provincia dovrà essere amministrata da un «preside»,

---

28, 634-36; P. Villani, *Un oppositore di Gaetano Filangieri, Giuseppe Grippa professore della scuola di Salerno*, in «Rassegna storica salernitana», XXVII, n. 1-4 (1966), pp. 33-38; Id., *Il dibattito sulla feudalità nel Regno di Napoli dal Genovesi al Canosa*, in Aa.Vv., *Saggi e ricerche sul Settecento*, Napoli 1968, pp. 263-91; A. De Martino, *Tra legislatori ed interpreti*, cit., pp. 79-87; G. Ruggiero, *Gaetano Filangieri. Un uomo, una famiglia, un amore nella Napoli del Settecento*, Napoli 1999, pp. 215-20, 231-35, 297-310.



magistrato di nomina governativa, che, nell'anno in cui rimarrà in carica, dovrà ricevere un alto stipendio, in modo tale da non essere indotto alla corruzione<sup>49</sup>. I suoi compiti saranno quelli di: ricevere le denunce; nominare, col consenso della difesa, i 12 componenti della giuria, traendoli da un albo di 48 da lui stesso formato annualmente e composto da uomini probi della comunità<sup>50</sup>; istruire il processo; far eseguire le sentenze. Alla difesa è data ampia facoltà di ricusazione sia dei giudici di diritto che dei giurati. Il processo si svolgerà secondo il costume inglese: i giudici saranno composti da una giuria popolare e da tre «giudici del diritto»: giuristi di professione, *bouches de la loi*, nominati dal principe, incaricati di istruire la giuria sui particolari tecnico-giuridici necessari alla decisione sul fatto, di riepilogare i termini del dibattimento alla presenza delle parti, ed infine di applicare la legge alla sentenza dei giudici del fatto. Le sessioni processuali dovranno essere periodiche e frequenti, in modo da garantire la velocità del procedimento, favorevole agli innocenti.

Anche l'idea di istituire in ogni comunità un giudice di pace è chiaramente ispirata all'esperienza giuridica inglese, oltre a quella dell'antica Roma: per Filangieri, il giudice di pace, eletto annualmente dai cittadini della comunità, col consenso del preside, dovrebbe occuparsi dei «leggieri delitti», cercando di «accordare le parti tra di loro, di rappacificarle, sempre che si potrebbe, e di non venire al giudizio se non quando tutt'i mezzi di riconciliazione si sarebbero adoperti».

Stabiliti poi i criteri deontologici che dovrebbero guidare il lavoro degli avvocati della difesa, criteri incentrati sulla moderazione e sulla pacatezza<sup>51</sup>, Filangieri arriva infine a definire la sesta e ultima parte della «criminale procedura»: la sentenza. Come logica conseguenza dei principi stabiliti, egli ritiene che la sentenza debba essere preceduta da quattro diversi giudizi, i primi tre emessi dai giudici del fatto, l'ultimo dai giudici del diritto. La giuria deve determinare, attraverso voto unanime: 1) l'esistenza o meno della prova legale; 2) la verità, incertezza o falsità dell'accusa; 3) il grado del delitto (nel caso l'accusa sia ritenuta vera). In particolare, il secondo giudizio dovrà essere la risultanza della combinazione del giudizio sulla prova legale con quello riguardante l'intima convinzione dei giurati, cosicché si potranno determinare tre diversi esiti finali, ripresi dal diritto processuale romano (*absolvo; condemno; non liquet*). L'accusa sarà: vera, quando l'esistenza della prova legale sarà suffragata dalla certezza morale; falsa, quando mancheranno

---

<sup>49</sup> Per Filangieri, ha scritto Di Noto, «è essenziale la breve durata in carica del presidente e della giuria: il principio di rotazione veloce è collegato più al regime repubblicano degli Stati, i quali prevedono lunga durata della legge, che ai regimi monarchici, i quali, inversamente, possiedono leggi di breve durata nel tempo, ma magistrati stabili» (A. Di Noto Marrella, *La procedura criminale*, cit., p. 22).

<sup>50</sup> Tra i vari requisiti necessari per poter far parte della giuria popolare Filangieri indica anche il censo, senza tuttavia specificarne con esattezza i parametri. È esplicito, in ogni caso, il rifiuto del principio classista, vigente nel modello processuale inglese, secondo il quale i nobili debbono essere giudicati da nobili. «Quando la feudalità fosse abolita», infatti, «la distinzione di nobiltà e popolo sarebbe una distinzione d'onore, ma non d'impero», cosicché «inutile sarebbe lo stabilire che i giudici del fatto fossero dell'istessa condizione del reo» (*SL* [III, 19] 3, p. 195 n.).

<sup>51</sup> Di Noto ha puntualizzato che Filangieri elabora «proposte restrittive sulle attività processuali a difesa dell'accusato» (A. Di Noto Marrella, *La procedura criminale*, cit., p. 24). A tal proposito, è chiara la facoltà filangieriana di ridurre le facoltà e imbrigliare l'azione dei giudici di diritto e degli avvocati della difesa: nell'un caso per evitare l'arbitrio, nell'altro per impedire influenze emotive sulla giuria. Rilevante è il fatto che Filangieri proponga l'istituzione di uno o più «magistrati difensori» in ogni provincia, allo scopo da un lato di offrire agli accusati privi di un avvocato di fiducia la possibilità di difendersi, dall'altro di assistere gli accusati di delitti per i quali è prevista la pena capitale, anche senza il loro consenso (cfr. *SL* [III, 20] 3, pp. 216-17).

entrambi i requisiti; incerta, quando si determinerà l'assenza di uno dei due. I giudici del diritto devono limitarsi ad applicare la legge alla fattispecie del reato, fissando, nel caso di condanna, i termini della pena.

Per quanto riguarda i tipi di sentenza, la condanna deve dunque essere comminata solo nel caso in cui la prova legale sia suffragata dalla certezza morale di colpevolezza. Nel caso invece in cui uno di questi due requisiti venisse a mancare, l'accusato riacquisterebbe la libertà, ma dovrebbe comunque rimanere *sub iudice*, e i suoi diritti di cittadinanza dovrebbero essere sospesi fino alla sentenza definitiva, che potrebbe essere richiesta e dall'accusatore e dall'accusato quando l'uno o l'altro venissero in possesso di nuove prove. Nel caso in cui la giuria accertasse la mancanza di entrambi i requisiti, la sentenza dovrebbe assolvere pienamente l'imputato, il quale non potrebbe più essere processato per lo stesso crimine e potrebbe chiedere la riparazione del danno o intentare una causa per calunnia contro suo accusatore, qualora se ne presentassero gli estremi legali<sup>52</sup>.

Riprendendo un principio vigente nel diritto processuale inglese, Filangieri manifesta poi la sua contrarietà verso l'idea di un processo di appello promosso dall'accusato. Un secondo grado di giudizio, scrive, potrà darsi solo nel caso in cui il preside, accertato un evidente errore della giuria sulla prova legale – l'intima convinzione è invece, per sua natura, insindacabile –, richieda al re l'istruzione di un nuovo processo.

Con la descrizione del sistema che dovrebbe essere adottato per emettere una giusta sentenza, si conclude la prima parte del terzo libro: così riformata, la procedura criminale combinerebbe insieme «questi tre gran vantaggi: *la maggior sicurezza per gl'innocenti, il maggiore spavento pe' malvagi e il minore arbitrio pe' giudici*». Qualora la sentenza portasse alla condanna dell'accusato, la pena dovrebbe essere pronta, in modo tale da dissuadere i consociati dall'imitare il delinquente, pubblica, per far sì che «ogni mistero inquisitorio sparisca dalla criminale procedura», e dovrebbe, in ogni caso, essere ispirata ad un principio utilitaristico

---

<sup>52</sup> Sotto questo profilo, pare opportuno mettere in luce l'equilibrio cercato da Filangieri tra il principio del libero convincimento vigente nel sistema anglosassone e quello fondato sul mero calcolo probatorio-legale. Da un lato, infatti, il filosofo napoletano, concordando con le preoccupazioni espresse dall'illuminismo giuridico, è ben consapevole che il giudizio fondato esclusivamente sulle prove legali, lungi dal produrre effetti garantisti, rafforza, al contrario, l'arbitrio giudiziario, in quanto «l'impossibilità di dimostrare il fatto colle prove legali ha dato origine all'abuso di condannare alla pena arbitraria il reo che non ha potuto esser legalmente convinto» (*SL* [III, 15] 3, p. 130 n.); senza considerare, poi, che gli istituti di prova legale (confessione, giuramento, predeterminazioni del carattere e del valore di prove e indizi e loro classificazione gerarchica, prequalificazioni dei testimoni) erano i pilastri su cui si basava il processo inquisitorio d'antico regime condannato dagli illuministi in generale e da Filangieri nella fattispecie. Dall'altro, tuttavia, il riformatore partenopeo manifesta anche una diffidenza «per ogni interpretazione intimistica e incontrollata del principio del libero convincimento», alla quale poteva dar luogo la critica illuminista della prova legale: al fine di evitare questa nuova forma di arbitrio giudiziario, fondato sull'assenza di regole di acquisizione e valutazione delle prove, si sforza di stabilire «criteri sicuri per la pronuncia del giudice e di costruire formule certe per la sentenza» (G. Alessi, *Il processo penale*, cit., p. 131). In sostanza, il napoletano respinge un sistema di giudizio completamente abbandonato a «stati mentali a base emotiva, variabili secondo le teste ed esposti a mille influssi» (F. Cordero, *Procedura penale*, Milano 1993, p. 556). La posizione di Filangieri è un tentativo di superamento della aporia alla quale poteva dar luogo il pensiero dei Lumi in materia penale: «Ad un giudice arbitro pressoché assoluto nell'applicazione delle pene, ma esautorato per quanto riguarda la critica probatoria, subentrava un giudice vincolato alla lettera della legge per quanto concerne la tipologia dei reati e delle pene (magistrato); sostanzialmente libero, invece, nel convincimento sul fatto (giurato)» (M. Nobili, *Il principio del libero convincimento*, cit., pp. 130-31). In ogni caso, ha osservato Ferrajoli, gran parte dell'illuminismo si indirizzò «solo contro il sistema delle prove legali positive o sufficienti, mentre difese fermamente le prove legali negative o necessarie» (L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 169).

di prevenzione generale proporzionato con uno umanitario: «La più efficace per gli altri, e la meno dura che sia possibile pel delinquente»<sup>53</sup>.

### 3. Il diritto di punire ed i suoi limiti

Nella seconda parte del libro, dedicata al diritto sostanziale, Filangieri riprende l'impostazione giusnaturalistica-contrattualistica che aveva posto a fondamento della nascita del potere politico sin dall'inizio del primo libro, combinandola, ecletticamente e contraddittoriamente, in questo come in quello, con il modello organicistico-aristotelico.

Il diritto di punire è ritenuto da Filangieri un diritto naturale, in quanto esso si ritrova già nello stato di natura: si tratta di un diritto individuale, universale, di relazione, di ciascuno sopra tutti<sup>54</sup>. La derivazione lockiana di questa interpretazione giusnaturalistica dello stato di natura e del diritto di punire è palese: Filangieri stesso, del resto, si richiama esplicitamente più volte a Locke in questa parte dell'opera. In particolare nel cap. XXIX, dove, in polemica con Beccaria, sostiene la legittimità della pena capitale, riprende letteralmente un passo del *Secondo trattato* in cui il filosofo inglese aveva asserito che la legge di natura sarebbe inutile se nello stato di natura non ci fosse qualcuno che potesse farla eseguire e che, poiché nello stato di natura tutti gli uomini sono liberi ed eguali, tutti hanno l'eguale il diritto di punire<sup>55</sup>. Sempre seguendo Locke, il napoletano completa il ragionamento affermando che l'imperfezione dello stato di natura non è dovuta alla mancanza del diritto di punire, ma alla difficoltà di renderlo "giustiziabile"<sup>56</sup>.

L'imperfezione dello stato naturale non derivava dunque dalla deficienza del diritto di punire, ma dalla deficienza de' mezzi, o sia della forza necessaria per far valere, per esercitare in tutt'i casi questo dritto [...]. Or questa imperfezione dello stato naturale è stata corretta nello stato civile. In questo stato non si è creato un nuovo dritto, ma si è reso sicuro l'esercizio dell'antico. In questo stato non è più un privato che si arma contro un altro privato per punirlo di un delitto che ha commesso, ma è la società intera; il depositario della forza pubblica è quello ch'esercita questo dritto del quale gl'individui si spogliarono per investirne tutto il corpo, o sia il

<sup>53</sup> In questo capitolo (XXIV), come del resto in altri, la dipendenza di alcuni brani del testo filangieriano dal *pamphlet* di Beccaria è palese: cfr. C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., XIX, pp. 70-72.

<sup>54</sup> Cfr. A.M. Cattaneo, *Alcuni aspetti nella dottrina penalistica di Gaetano Filangieri*, in L. D'Alessandro (cur.), *Gaetano Filangieri e l'illuminismo europeo*, Atti del Convegno tenutosi a Vico Equense dal 14 al 16 ottobre 1982, Napoli 1991, pp. 262-71. Riprende questa interpretazione P. Lapi, *La legislazione criminale sostanziale nel pensiero di Gaetano Filangieri*, in Filangieri, *Esegesi*, pp. 50-52.

<sup>55</sup> Cfr. *SL* [III, 29] 4, pp. 23-249 e J. Locke, *Due trattati sul governo*, a cura di L. Payreson, Torino 1960, II, 6-7, pp. 242-43. Per respingere preventivamente eventuali critiche a questa interpretazione del diritto di punire – come può l'eguaglianza dello stato di natura ammettere un diritto che prevede un superiore e un inferiore? –, Filangieri osserva che la violazione della legge naturale mette di fatto il reo in una posizione di disuguaglianza nei confronti degli altri uomini, dal momento che tale violazione comporta la perdita del diritto, corrispondente a quello violato, di cui egli godeva prima di commettere il reato: «Che cosa s'intende per uguaglianza naturale, io domando? Questa non può esser altro che l'uguaglianza de' dritti. Gli uomini sono dunque uguali tra loro nello stato naturale, perché hanno uguali dritti. Se dunque uno perde un dritto nel mentre che altri lo conservano, colui che lo perde non è più naturalmente uguale a coloro che lo conservano, ma questi sono a lui superiori. Or, nello stato naturale, colui che attenta un dritto di un altro, perde [...] nel tempo stesso il dritto corrispondente ch'egli aveva: in questo caso, dunque, egli non è più eguale al resto degli uomini, e per conseguenza tutti gli altri che non han perduto alcun dritto sono superiori a lui, e come superiori possono punirlo. Il delitto dunque, nel tempo stesso che distrugge l'uguaglianza, trasmette il dritto di punire». (*SL* [III, 29] 1, p. 28).

<sup>56</sup> Si tratta, come noto, di uno dei quattro difetti dello stato di natura secondo Locke. Cfr. J. Locke, *Due trattati*, cit., II, 126, p. 341.

sovrano, che lo rappresenta (*SL* [III, 29] 4, pp. 26-27).

Filangieri scrive dunque che lo stato civile o politico non crea un nuovo diritto, ma rende sicuro l'esercizio dell'antico: si tratta della medesima impostazione garantista di Locke, che ritiene che lo stato politico sia sorto per meglio tutelare i diritti che gli uomini già possiedono nello stato di natura<sup>57</sup>. Ha rilevato Cattaneo che «nell'ambito dell'Illuminismo giuridico italiano, Filangieri ha dunque una posizione autonoma e originale. Egli stabilisce una perfetta continuità fra stato di natura e stato di società»<sup>58</sup>. Si noti, ancora una volta, l'affinità tra la concezione giusnaturalistica di Filangieri e quella di Locke: anche per Locke, infatti, «la società civile (o politica) non è una soppressione-superamento ma una conservazione-perfezionamento della società naturale»<sup>59</sup>. Filangieri arriva a stabilire questa continuità per la stessa strada indicata dal filosofo inglese, poiché egli concepisce lo stato di natura come quello stato in cui l'uomo, in virtù della sua razionalità e socievolezza, vive, almeno inizialmente, in una condizione pacifica con gli altri uomini<sup>60</sup>.

Ne discende che la concezione giusnaturalistica di Filangieri, in perfetta sintonia con quella lockiana, si pone in netta antitesi con quella dei giusnaturalisti assolutisti come Hobbes. Il ricorso al modello giusnaturalistico permette pertanto al napoletano di recuperare la concezione garantista dei diritti di Locke: tali diritti devono essere recepiti dall'ordinamento giuridico e nella fattispecie dall'ordinamento penale.

Con il contratto sociale gli uomini trasferiscono interamente il diritto di punire alla società, allo scopo di renderlo effettivamente "giustiziabile" e in specie allo scopo di tutelare, attraverso questo, i diritti naturali trattenuti – vita, libertà e proprietà –, la cui effettiva fruibilità è resa insicura, nello stato di natura, dal difettoso esercizio del diritto di punire, e i diritti di cittadinanza acquistati col patto fondatore dello Stato. La società politica acquisisce dunque il medesimo diritto che nello stato di natura l'individuo aveva sopra tutti gli altri. L'impostazione garantistico-liberale dello schema contrattualista si lega in Filangieri, ancora una volta, con la prospettiva democratico-repubblicana, e questa è intesa come il completamento di quella. Lo Stato che ha il diritto di punire è, almeno sotto questo riguardo, lo Stato dei cittadini liberi ed eguali nei diritti, che esercitano

---

<sup>57</sup> Lo Stato teorizzato da Locke, ha osservato Todescan, è uno Stato «fondamentalmente sorretto da una logica garantista. Non nasce per realizzare eticamente l'individuo, come sarà nelle concezioni dello Stato etico; nasce per garantire all'individuo la sfera dei propri diritti» (F. Todescan, *Metodo diritto politica. Lezioni di storia del pensiero giuridico*, Padova 2002, p. 131).

<sup>58</sup> M.A. Cattaneo, *Alcuni aspetti*, cit., p. 269. L'Autore ha messo in luce come l'interpretazione filangieriana del diritto di punire sia profondamente divergente da quella di Beccaria. Entrambi i filosofi ritengono che il fondamento del diritto di punire da parte dello Stato risieda nel contratto sociale, ma il milanese sostiene che questo diritto nasce col contratto stesso, è un derivato della sovranità: è «l'aggregato delle minime porzioni possibili» di libertà che gli uomini cedono al sovrano con il patto sociale. Pertanto la pena, in Beccaria, «è un istituto giuridico positivo, proprio dello Stato, volto appunto a impedire un ritorno nello stato di natura» (*ivi*, pp. 267-68). Cfr. C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., I, pp. 29-32.

<sup>59</sup> N. Bobbio, *Locke e il diritto naturale*, Torino 1963, p. 258.

<sup>60</sup> Cfr. *SL* [I, 1] 1, pp. 47-51. In queste pagine l'affinità tra il modello giusnaturalista di Filangieri e quello di Locke è resa ancora più palese dal fatto che nello stato di natura filangieriano, come in quello lockiano, è possibile ravvisare, per usare la terminologia di Bobbio, due momenti: il primo, pacifico, corrispondente alla natura ideale; il secondo, tendenzialmente bellicoso, corrispondente alla natura reale. È la bellicosità di quest'ultimo a rendere indispensabile l'istituzione, attraverso un patto sociale, di uno stato politico, la cui funzione è quella di recuperare e rafforzare la libertà e l'eguaglianza naturali-ideali. Cfr. N. Bobbio, *Locke e il diritto naturale*, cit., pp. 197-98.

attivamente il diritto di punire attraverso le giurie: come il diritto di accusare è una prerogativa della cittadinanza, così lo è il diritto di punire.

Il diritto di punire comporta, necessariamente, il diritto di infliggere le pene. Esse sono necessarie, perché nello stato civile l'uomo malvagio che sente il richiamo della natia passione dell'indipendenza, tuttavia comprende che la privazione di parte della naturale libertà è necessaria al godimento della felicità: cosicché egli coltiva nel suo animo «il segreto disegno di lasciare le leggi agli altri per la sua sicurezza e di liberare sé solo da questo freno pel suo vantaggio».

La sanzione penale è perciò «quella parte della legge colla quale si offre al cittadino la scelta o dell'adempimento di un sociale dovere, o della perdita di un sociale dritto». Senza questa sanzione, da un lato il delinquente non avrebbe nessun freno nel reiterare il reato, dall'altro, il cattivo esempio fornito dalle sue azioni potrebbe indurre altri ad imitarlo. Di qui l'idea che la pena non abbia una funzione retributiva di vendetta e di espiazione, bensì una finalità essenzialmente intimidatoria, di prevenzione speciale e ancor più di prevenzione generale<sup>61</sup>. Da tale concezione della pena Filangieri fa discendere il rapporto di proporzionalità che deve instaurarsi tra delitto e pena, da cui ricava il principio della mitezza del diritto: la minima sofferenza per il colpevole deve essere proporzionata alla massima efficacia intimidatoria<sup>62</sup>. Scrive infatti:

Né la vendetta dell'offesa recata alla società, né l'espiazione del reato sono gli oggetti delle pene. La vendetta è una passione e le leggi ne sono esenti [...]. Le leggi, allorché puniscono, hanno innanzi agli occhi la società e non il delinquente, esse son mosse dall'interesse pubblico e non dall'odio privato; esse cercano un esempio per l'avvenire, e non una vendetta pel passato. La vendetta, qualunque ella fosse, sarebbe assurda ed inutile; assurda, perché le leggi, moderatrici delle particolari passioni, giustificherebbero in questo caso, col loro esempio, quello che condannano co' loro precetti; inutile, perché non potrebbe impedire che il torto recato alla società dal delitto del reo non esistesse realmente. Le grida di un infelice richiamano forse dal tempo che non ritorna le azioni già consumate? L'oggetto dunque delle leggi nel punire i delitti non può essere se non quello d'impedire che il delinquente rechi altri danni alla società e di distogliere gli altri dall'imitare il suo esempio coll'impressione che la pena da lui sofferta dee fare su' loro spiriti. Se questo fine si può dunque conseguire colle pene più dolci, le leggi non debbono impiegare le più severe. Quelle pene sono dunque preferibili che, serbata la proporzione che conviene col minor tormento del reo, producono il maggiore orrore pe' delitti e il maggiore spavento per coloro che sarebbero tentati a commetterli (*SL* [III, 27] 4, pp. 15-16).

Questo brano, è stato notato, è in gran parte una parafrasi del cap. XII del *Dei delitti* di Beccaria<sup>63</sup>. Se però prestiamo attenzione a quanto Filangieri scrive subito dopo, possiamo capire la natura composita della dottrina penale di Filangieri: egli supera infatti la

<sup>61</sup> Si veda, a tal proposito, A. Aliani, *La prevenzione dei delitti*, in Filangieri, *Esegesi*, pp. 88-89.

<sup>62</sup> M.A. Cattaneo, *Alcuni aspetti*, cit., p. 271-79. Si osservi: sebbene Filangieri sembri, allo stesso modo di Beccaria, oscillare «tra una prospettiva di prevenzione generale compiuta mediante l'inflizione della pena e una compiuta mediante la minaccia di essa nella legge», tuttavia è possibile ipotizzare che Filangieri propenda per la prima ipotesi, dal momento che il filosofo napoletano ritiene che lo scopo principale della pena sia quello di «distogliere gli altri dall'imitare il suo esempio coll'impressione che la pena da lui sofferta dee fare su' loro spiriti» (*ivi*, pp. 275 e 278). Concorda con questa ipotesi Aliani, che sottolinea il carattere di esemplarità che il filosofo napoletano pare attribuire all'esecuzione della pena (cfr. A. Aliani, *La prevenzione dei delitti*, cit., p. 88; sul punto anche L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 265). Per una visione problematica delle teorie illuministiche della pena si veda M.A. Cattaneo, *Pena diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino 1990, pp. 105-62.

<sup>63</sup> M.A. Cattaneo, *Alcuni aspetti*, cit., pp. 272-74. Cfr. C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., XII, pp. 54-55.

concezione strettamente utilitarista del diritto per affermare, ancora una volta, in un'ottica garantista volta a circoscrivere il diritto di punire, il primato dei diritti dell'uomo sulla dimensione intimidativa della pena<sup>64</sup>:

Il legislatore, nel determinare dunque le pene alle diverse specie de' delitti, non dee permettersi che quel grado di severità necessaria per reprimere l'affezion viziosa che la produce. Se egli oltrepassa questo confine, egli cade nella tirannia, poiché, se la società dev'esser protetta, i dritti degli uomini debbono essere rispettati, e non è permesso sacrificarne se non quella porzione ch'è necessaria per conservare e difendere la pubblica sicurezza (*SL* [III, 27] 4, p. 16).

A questo punto Filangieri passa ad elencare cinque diverse fattispecie di pena, che corrispondono ai cinque tipi di diritti assicurati agli uomini dal patto sociale. Egli arriva a definire il concetto di pena muovendo da una interpretazione del tutto originale del contratto sociale, come ha messo in evidenza Cattaneo<sup>65</sup>. Il contratto sociale è pensato infatti dal filosofo napoletano come un patto originario che dà vita ad serie di singoli patti, di cui sono espressioni le leggi: queste ultime costituiscono i doveri a cui il cittadino deve adempiere in cambio dei benefici che acquista nella società civile.

Ogni reato, dunque, si configura, contemporaneamente, come la violazione sia di una legge positiva sia del patto sociale di cui essa è espressione: «Se le leggi sono le formole ch'esprimono i patti sociali, ogni trasgressione della legge è dunque la violazione di un patto. Se i patti sociali non sono altro che i doveri che ogni cittadino contrae colla società in compenso de' dritti che acquista, ogni violazione di un patto dee dunque esser seguita dalla perdita di un dritto». «Le diverse specie di dritti c'indicheranno dunque le diverse specie di pene»<sup>66</sup>.

Per Filangieri le pene possono essere suddivise in cinque diverse specie, desumibili dai cinque diversi tipi di diritti di cui ciascun cittadino gode nella società civile: pene capitali (diritto alla vita); pene infamanti (diritto all'onore); pene pecuniarie (diritto alla proprietà reale); pene privative o sospensive della libertà personale – carcere, lavori pubblici, esilio, deportazione – (diritto alla proprietà personale); pene privative o sospensive delle civiche prerogative (diritti di cittadinanza).

Non intendo soffermarmi qui sui motivi, già analizzati in altra sede<sup>67</sup>, per cui

<sup>64</sup> Nell'opera di Filangieri non solo dunque è possibile riscontrare, come abbiamo avuto modo di evidenziare, la compresenza di tutte e tre le grandi ideologie penalistiche dell'illuminismo: l'utilitarismo, l'umanitarismo e il proporzionalismo (cfr. A. Aliani, *La prevenzione dei delitti*, cit., p. 86); ma anche è possibile stabilire, rispetto a queste, il primato della cultura giusnaturalistica.

<sup>65</sup> M.A. Cattaneo, *Alcuni aspetti*, cit., pp. 279-80.

<sup>66</sup> Specifica Filangieri: «Se un cittadino può con un solo delitto violare tutt'i patti sociali, egli può dunque per un solo delitto esser privato di tutt'i sociali dritti. Se tutti questi dritti non sono ugualmente preziosi, e se non tutt'i delitti sono ugualmente funesti alla società, è giusto che colui che si astiene dal delitto più grave e che commette il meno grave, conservi il dritto più prezioso e perda il meno prezioso» (*SL* [III, 25] 4, p. 8). E più avanti aggiunge: «Il dritto, che avevi acquistato col sociale patto, sarà per te estinto subito che avrai violato il patto che te l'aveva procurato» (*ivi* [III, 26] 4, pp. 12-13). Si può qui notare, insieme all'assunto per cui la pena ha una funzione di prevenzione generale, la persistenza di un principio proporzionalistico-retributivo, per quanto riguarda la distribuzione della pena, comune alla cultura illuminista a partire da Montesquieu, secondo il quale la pena deve essere tratta dalla natura del crimine, e dunque la qualità della pena deve corrispondere alla qualità del reato. Va tuttavia rimarcato che Filangieri abbandona quasi completamente l'istanza affittiva che era generalmente connessa alla concezione retributivista per abbracciare l'idea moderna della pena come privazione di uno o più diritti. Su questo punto cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., pp. 384-86.

<sup>67</sup> Cfr. F. Berti, *La ragione prudente*, Firenze 2003, pp. 330-32 e 497-500.

Filangieri, entrando in diretta polemica con Beccaria, ritiene legittima la morte di Stato. Numerosi studiosi hanno scritto pagine importanti su questo tema, soprattutto in relazione al dibattito che si sviluppò intorno alle argomentazioni portate da Filangieri a favore della pena di morte<sup>68</sup>. Piuttosto, preme sottolineare, in uno studio dedicato al garantismo penale, il fatto che per l'illuminista napoletano lo Stato deve fare un uso parco di questa estrema punizione: Filangieri infatti prevede la pena di morte solo per due tipologie di reato: omicidio e lesa maestà<sup>69</sup>. «Per poco che se ne abusi», osserva riferendosi alla pena capitale, «degenera in un veleno micidiale che può insensibilmente condurre il corpo politico alla dissoluzione e alla morte».

Il napoletano sottolinea il fatto che il ricorso spropositato alla pena di morte ha moltiplicato il numero di altri delitti particolarmente efferati, prodotto l'impunità di alcuni delitti meno gravi e causato la perdita di valore dello stesso istituto della pena capitale. Relativamente al primo punto, Filangieri osserva per esempio – ripetendo una critica già avanzata da Tommaso Moro e diversi altri autori – che punire con la morte di Stato il furto significa istigare i ladri all'assassinio: «Il ladro dunque diviene quasi sempre assassino, poiché il secondo delitto, senza esporlo ad una pena maggiore, lo libera da un testimonia importante». Per quanto riguarda l'impunità, il riformatore partenopeo rileva che in alcuni delitti, come il furto domestico, «per non veder un patibolo innalzato innanzi alla porta della sua casa, per non esporsi alle pubbliche maledizioni il padrone nasconde alla giustizia il ladro». La perdita di vigore della morte di Stato deriva invece dal fatto che «le pene hanno un valore assoluto ed un valore di opinione. Il primo è nella intensità della pena, il secondo è nell'immaginazione degli uomini. Il primo si misura dal bene che si perde, il secondo dall'impressione che fa nell'animo degli uomini questa perdita». Ora, se «non si può dubitare che le impressioni più forti perdano il massimo loro vigore allorché sono frequenti» è naturale che «l'orrendo spettacolo [...] di un delinquente condotto al patibolo dalla mano della giustizia non farà più quell'impressione che far dovrebbe quando si offre frequentemente agli occhi del popolo».

Per quanto concerne le altre specie di pene, le uniche che Filangieri considera universali – cioè applicabili a tutti i cittadini in qualunque tipo di società – sono le pene privative o sospensive della libertà personale: di queste, quelle carcerarie dovrebbero essere irrogate con procedimento sommario dal giudice di pace, sul modello inglese, solo per reati lievi, per una durata massima della pena di soli tre mesi<sup>70</sup>. Al carcere il

<sup>68</sup> Cfr., ad esempio: F. Cordero, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Bari-Roma 1985, pp. 532-35; N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino 1997, pp. 183-200, ove l'Autore inserisce la critica filangieriana a Beccaria in un'ampia discussione sulle argomentazioni storiche e filosofiche pro e contro la pena di morte; I. Mereu, *La morte come pena. Saggio sulla violenza legale*, Roma 2000, pp. 121-25, dove sono riassunte le critiche di Giuseppe Compagnoni a Filangieri; V. Ferrone, *La società giusta*, cit., pp. 104-05; M.R. Di Simone, *Gaetano Filangieri e i criminalisti italiani della prima metà dell'Ottocento*, in A. Trampus (cur.), *Diritti e costituzione. Gaetano Filangieri e la sua fortuna europea*, Bologna 2006, pp. 199-202, saggio nel quale l'Autrice ricostruisce la posizione di alcuni giuristi del primo Ottocento, e in particolare di Carmignani, in merito alle tesi di Filangieri in difesa della morte di Stato.

<sup>69</sup> «Che si tolga la vita a quell'uomo che a *sangue freddo* ha, o *direttamente o indirettamente*, attentato ferocemente alla vita di un altro uomo; che si tolga la vita a colui che ha tradito la patria; che ha cercato di sovvertire la sua costituzione, che, in poche parole, si è reso reo di maestà» (*JL* [III, 30] 4, p. 32).

<sup>70</sup> Nel caso delle pene carcerarie, la pena assume, per Filangieri, lo scopo dell'emenda del reo: «La pena, dunque, del carcere, non dovrebbe dalle leggi adoperarsi che come una pena, per dir così, di correzione [...]. Alcune morali istituzioni, atte a risvegliare l'orrore pe' delitti ed a mostrarne le funeste appendici, occupar dovrebbero una parte del giorno in queste carceri, e l'altro dovrebbe esser impiegata nella lettura del codice penale. Uomini conosciuti per la probità del loro carattere e per la dolcezza delle loro maniera

napoletano preferirebbe, per i reati più gravi, le pene ai lavori pubblici<sup>71</sup> o alla deportazione, mentre l'esilio in patria risulta particolarmente adatto per punire i delitti "locali", quali sono ad esempio quelli suscitati dalle passioni amorose.

Si osservi poi che, in relazione alle rimanenti specie di pene – d'infamia, sospensive o privative delle civiche prerogative, pecuniarie –, vi è un parziale recupero da un lato del relativismo montesquieiano (le pene devono adattarsi ai fattori di relatività storica, culturale e politica), dall'altro di un'istanza retributiva – respinta, come abbiamo visto, per quanto riguarda lo scopo della pena – in relazione alla distribuzione delle pene (patto violato-diritto perduto). Così, le pene d'infamia sono ritenute utili solo se comminate per reati ritenuti infamanti dall'opinione pubblica. Le pene pecuniarie, invece, vanno irrogate, quasi seguendo la legge del contrappasso, per i delitti connessi all'avidità di denaro, ma l'istanza retributiva che è alla base di questo assunto viene superata da Filangieri con l'affermazione del principio secondo cui tali pene devono essere proporzionate al reddito. Le pene privative o sospensive delle civiche prerogative – di nuovo un'istanza retributiva – sono opportune soprattutto nei riguardi dei detentori di cariche pubbliche che abbiano abusato della loro autorità<sup>72</sup>. Poiché il valore sociale delle pene muta a seconda del contesto, ne consegue che una pena come l'esilio dalla patria (pena sospensiva delle civiche prerogative), ad esempio, è efficace in un regime aristocratico se colpisce la classe dei nobili, unici beneficiari dei diritti di cittadinanza. In una democrazia, invece, tale pena può essere usata per tutte le classi, in quanto tutti i cittadini partecipano della sovranità, mentre in una monarchia non dovrebbe avere vigore, dal momento che «l'esercizio della sovranità è tra le mani di uno solo».

Definite le pene, Filangieri, in alcuni capitoli densi di suggestioni vichiane, analizza, con spiccato senso storico, l'evoluzione del diritto penale nei vari stadi di civiltà, abbandonando il modello giusnaturalista e passando ecletticamente a quello organicista per quanto riguarda la spiegazione della nascita e dello sviluppo del potere politico. Così, se nelle società selvagge il diritto di punire è nelle mani di ciascuno, che lo esercita come forma di «violenza privata», nel successivo stadio di barbarie, in una società ormai stratificata, esso comincia ad essere gradualmente monopolizzato dalle forme embrionali di potere politico. «Co' soccorsi imprestati dalla teocrazia», il potere politico comincia ad

---

dovrebbero esser destinati a questo utile ministero» (*SL* [III, 33] 4, pp. 57-58). Ha osservato Lapi che, «assegnando alla detenzione un fine rieducativo, il Filangieri si pone come precursore di una posizione di pensiero che ancora oggi è fondamentale in un paese democratico» (P. Lapi, *La legislazione criminale*, cit., p. 59).

<sup>71</sup> In questo caso, invece, la pena ha uno scopo di prevenzione generale e di riparazione: «All'esempio che dà, de' mali che porta seco il delitto essa unisce i servigi che 'l delinquente presta alla società che ha offesa» (*SL* [III, 33] 4, pp. 58-59).

<sup>72</sup> Il punto nel quale il principio retributivo viene fatto valere da Filangieri con maggior forza riguarda la pena del taglione, che per l'illuminista napoletano dovrebbe essere comminata agli accusatori in mala fede e ai magistrati corrotti (*SL* [III, 3] 3, p. 31 e [III, 47] 4, p. 315). A proposito della correlazione tra specie di patti violati e specie di pene, ha osservato Boscarelli che «un effettivo rapporto tra tipo di reato e tipo di pena viene ad essere prospettato solo quanto alla privazione o sospensione dei pubblici poteri o dignità quale pena per la violazione di obblighi propri di chi sia investito di pubbliche funzioni. E invero, quando il Filangieri considera appropriate le pene d'infamia per i reati che sono di loro natura infamanti, le pene pecuniarie per i reati che dipendono dall'avidità del denaro, l'esilio dal luogo per i reati "locali" [...] prospetta sì un qualche rapporto fra specie della pena e qualità del reato, ma senza riferimento a quella correlazione tra specie della pena e specie del diritto violato, che avrebbe dovuto essere decisiva in ogni caso» (M. Boscarelli, *Riflessioni sul pensiero penalistico di Gaetano Filangieri*, in L. D'Alessandro (cur.), *Gaetano Filangieri*, cit., p. 249).



espropriare gli uomini del diritto di punire, che viene gradualmente circoscritto: inizia il diritto scritto, alla vendetta privata subentra la vendetta di Stato, si comincia a stabilire una certa proporzione tra il delitto e la pena. Il passaggio successivo allo stadio civile, dato dalla nascita delle tre classiche forme di governo (monarchia, aristocrazia, democrazia), segna l'inizio dell'«epoca della maturità politica di un popolo», stadio della civiltà in cui la pena perde il suo valore retributivo e ne acquista uno preventivo. Questa digressione storica viene da Filangieri utilizzata per approfondire, sul piano della sociologia della pena, il parziale recupero del relativismo montesquieuiano. I fattori di relatività (sistema politico, religione, cultura, economia, clima etc.) impongono al legislatore di adattare il codice penale allo «stato della nazione»: ciascuna classe di pene può essere più o meno opportuna in un determinato paese.

In ogni caso, se il relativismo attenua, in misura comunque minore che nel pensiero di Montesquieu, l'affermazione universale di alcune istanze garantiste, contribuisce però, da un altro verso, allo sviluppo di un concetto eminentemente garantista come quello della mitezza del diritto nello stadio civile:

Se, a misura che il governo e la società si perfeziona, il valore *assoluto* di tutt'i sociali diritti cresce in proporzione de' progressi che fa la pubblica prosperità; se, a misura che questa si aumenta, si diminuisce l'incentivo a' delitti e si accresce il dolore che porta seco la perdita de' sociali vantaggi, è chiaro, dunque, che si potranno senza rischio raddolcire le pene a misura che si perfeziona la società (SL [III, 25] 4, p. 9).

Osservando i codici criminali di gran parte delle nazioni europee, scrive Filangieri, si dovrà convenire sul fatto che essi non solo sono ingiusti, ma anche storicamente superati dall'evoluzione della società. La civilizzazione ha reso l'uomo «umano e sensibile», tanto che egli «abborrisce le atrocità»: «Il codice penale deve anche addolcirsi, deve anche ingentilirsi. Quando le leggi sono in contraddizione coi costumi, o si corrompono i costumi o si elude il rigore delle leggi».

Classificate le pene e stabilito il rapporto che deve sussistere tra il diritto penale e lo sviluppo di una nazione, Filangieri passa all'analisi dei delitti. Riprendendo un principio affermato all'inizio di questa parte del libro, il riformatore napoletano, per definire il rapporto di proporzionalità che deve instaurarsi tra la pena e il delitto, asserisce che i delitti devono essere distinti secondo la qualità e il grado. «La *qualità* del delitto è il patto che si viola; il *grado* è il grado di colpa o di dolo col quale si commette l'azione. Bisogna dunque proporzionare la pena alla *qualità* ed al *grado*».

La qualità (gravità) del reato è perciò desumibile dal grado di interesse sociale tutelato dal patto violato. Per una via in parte diversa da quella seguita da Beccaria, Filangieri tuttavia arriva alla medesima conclusione, che gli dà modo di fissare un ulteriore principio garantista: se il danno alla società è la prima e più importante misura del delitto, allora l'intenzione di commettere un reato, in quanto non comporta alcun danno alla società, non può essere punita<sup>73</sup>.

<sup>73</sup> Similmente C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., VII, pp. 44-45. Sotto questo particolare profilo, è da registrare tuttavia una differenza tra Beccaria e Filangieri: mentre per il filosofo milanese il reato iniziato ma non portato a termine deve meritare una pena minore di quello compiuto (*ivi*, XXXVII, p. 89), per Filangieri invece esso deve essere punito con la medesima pena: «Qual è l'oggetto, io domando, che la legge si propone nel punire? È forse questa la vendetta del male recato alla società dal delinquente, o pure la sicurezza e l'istruzione? Noi l'abbiam detto e dimostrato [...]. Il delinquente ha mostrata la sua perfidia; la società ne ha ricevuto il funesto esempio. O che l'evento abbia o no corrisposto all'attentato, questi due motivi di punire esistono ugualmente» (SL [III, 37] 4, p. 132).

Ciò che distingue la concezione filangeriana da quella beccariana su questo punto è che mentre per il riformatore lombardo il danno alla società deve essere l'unica misura dei delitti, Filangieri, accanto a questo criterio di valutazione, introduce una seconda misura, il grado, che ha come oggetto la determinazione della componente psichica del reato, che giustifica la diversa punibilità del reo all'interno della stessa fattispecie di reato<sup>74</sup>. Infatti Filangieri non solo elabora una teoria del reato costruita su un criterio meramente giuridico-formale del delitto, che prescinde da valutazioni etiche e politiche, ma anche afferma, sia pure in termini embrionali, «l'attuale "principio di soggettività", secondo cui un comportamento costituisce reato quando non solo si sostanzia in un fatto tipico, materiale e offensivo, ma è anche riferibile alla volontà dell'agente, cioè oltre ad un nesso causale è necessario un nesso psichico tra agente e fatto criminoso»<sup>75</sup>. Filangieri specifica infatti che il delitto «consiste nella violazione della legge, accompagnata dalla volontà di violarla»<sup>76</sup>.

La determinazione della volontà è un problema particolarmente delicato: da essa dipende non solo il grado del reato, ma pure la possibilità o meno di punirlo. Per il filosofo napoletano «l'azione involontaria», in quanto «procede dalla violenza o dall'ignoranza» non è punibile dalla legge: «Colui, dunque, che una forza esterna obbliga ad agire, o colui che, mosso dalle spinte dell'appetito, non conosce, né può conoscere il fine e le circostanze dell'azione, costui, io dico, non sarà delinquente quantunque abbia violata la legge».

Il concetto di volontarietà ha come immediata conseguenza l'affermazione di un ulteriore motivo garantista: per Filangieri, infatti, i fanciulli, «gli stupidi», i «dunatici» e i «frenetici» devono essere ritenuti incapaci di delinquere in quanto incapaci di intendere e di volere, cioè di «appetire e conoscere»: le loro azioni non sono perciò imputabili, e dunque punibili. Tale concetto, inoltre, impone all'autore della *Scienza* la necessità di distinguere tra il caso e la colpa: neppure il caso, infatti, può essere imputabile, perché «suppone in colui che agisce l'ignoranza assoluta della possibilità dell'effetto che l'azione ha prodotto».

La colpa, al contrario, è imputabile, perché se «nel *caso* non esiste né la volontà di violare la legge né la volontà di esporsi al rischio di violarla; nella *colpa* non vi è la volontà di violare la legge, ma vi è quella di esporsi al rischio di violarla».

Sempre derivati dal concetto di volontarietà sono i tre diversi gradi di colpa e di dolo individuati dal filosofo napoletano<sup>77</sup>: i primi (infima, media, massima), vengono prodotti

---

<sup>74</sup> «Se la violazione di un patto può essere accompagnata da alcune circostanze che mostrano la maggiore o minore disposizione che ha il delinquente di violare qualunque altro patto o di ricadere di bel nuovo nell'istesso reato, le circostanze che accompagnano il delitto possono dunque renderlo più o meno grave, più o meno punibile. Se l'istesso delitto può per la diversità delle circostanze esser diversamente punito, è chiaro che le leggi debbono in ciaschedun delitto distinguere la *qualità* ed il *grado*. La *qualità* è il patto che si viola, il *grado* è la maggiore o minore malvagità che si mostra nel violarlo» (SL [III, 25] 4, p. 10).

<sup>75</sup> P. Lapi, *La legislazione criminale*, cit., p. 63.

<sup>76</sup> «La volontà è quella facoltà dell'animo che ci determina dopo le spinte dell'appetito e dopo i calcoli della ragione. L'appetito ci sprona, l'intelletto esamina, la volontà ci determina. Per volere bisogna dunque appetire e conoscere» (SL [III, 37] 4, p. 120). Filangieri dimostra qui di accogliere, come farà del resto l'amico e sodale Mario Pagano, nelle sue opere giuridiche, per gli stessi motivi (cfr. E. Palombi, *Mario Pagano e la scienza penalistica del XIX secolo*, Napoli 1989, pp. 47-53), il principio del libero arbitrio, considerandolo il presupposto filosofico necessario per poter stabilire la volontarietà, e quindi l'imputabilità giuridica, di un'azione.

<sup>77</sup> Argomentazioni in parti simili saranno sviluppate da Mario Pagano nei *Principii del Codice Penale*, in F.M. Pagano, *Considerazioni sul processo criminale; Principii del codice penale; Teoria delle prove (Logica de' probabili)*,

dalla maggiore o minore predisposizione del reo di esporsi al rischio di violare la legge<sup>78</sup>; i secondi sono determinati dallo stato d'animo con cui il reo ha compiuto il reato: il dolo sarà infimo se il delinquente ha agito sotto l'impeto della passione o per una forte causa impellente, medio, se il reato è commesso a sangue freddo oppure senza una forte causa, massimo se invece è perpetrato con perfidia o senza alcun motivo<sup>79</sup>.

La complessità di questa classificazione è ben presente allo stesso Filangieri. Infatti, la distinzione tra caso, dolo e colpa ruota attorno al concetto di volontarietà: nel caso, la volontà di violare la legge è inesistente e dunque l'azione non è imputabile; nella colpa è pure assente, però vi è la volontà di esporsi al *rischio* di violarla, cosicché tale azione è imputabile; nel dolo, invece, la volontà di violare la legge è palese, cosicché i delitti dolosi devono essere puniti con maggiore severità rispetto a quelli colposi.

L'istanza garantistica che ispira una tale classificazione è data dal fatto che per Filangieri un'azione è imputabile solo se: vi è un delitto, vale a dire la violazione di un patto (*imputatio iuris*); tale delitto è stato commesso colpevolmente o dolosamente, vale a dire volontariamente (*imputatio facti*). Ciò significa che un'azione è imputabile solo se essa è contemporaneamente imputabile di diritto e di fatto<sup>80</sup>.

La commisurazione delle pene dipende dunque dal criterio di proporzionalità che deve intercorrere tra la pena e il delitto. Tale criterio, che è relativo<sup>81</sup>, viene determinato, come si è evidenziato, dalla qualità del delitto (gravità del reato, dipendente dall'interesse sociale violato, secondo la classificazione riportata più oltre in nota) e dal suo grado (imputabilità, determinabile attraverso la determinazione del dolo o della colpa). Accanto a questi elementi "intrinseci", Filangieri introduce anche alcuni fattori "estrinseci" che debbono essere presi in esame dal giudice per determinare una giusta pena: il più importante di questi è l'idea per cui tanto più il delitto è occultabile, tanto più deve essere punito<sup>82</sup>.

Per quanto riguarda la classificazione dei delitti, Filangieri anzitutto distingue tra delitti pubblici e delitti privati: della prima classe, fanno parte «tutti quei delitti che secondo la pratica quasi comune d'Europa, la parte pubblica, o sia il magistrato che rappresenta il fisco, può a sua istanza perseguire in giudizio»; nella seconda classe egli invece

---

Milano 1998, pp. 244-68. Sulla classificazione di Pagano si veda E. Palombi, *Mario Pagano*, cit., pp. 58-61.

<sup>78</sup> Cfr. *SL* [III, 37] 4, p. 123.

<sup>79</sup> Cfr. *SL* [III, 38] 4, p. 136. La classificazione degli elementi intrinseci che impongono, all'interno di una stessa tipologia di reato, la diversa punibilità del reo (colposità e dolosità), e la specificazione dei diversi gradi con cui essi possono manifestarsi, hanno come loro presupposto filosofico non solo l'idea di libero arbitrio ma, ovviamente, anche quella, ad essa correlata, di bene e male morale. Filangieri, che pure accoglie, sul piano filosofico, molti motivi del sensismo e del materialismo francese, non è assolutamente disposto ad attribuire, in modo determinista e meccanicista, l'intera responsabilità dell'azione criminosa ai fattori ambientali, dal momento che il cittadino può a suo avviso, sia pure entro margini predeterminati, in misura minore o maggiore, operare consapevolmente, in ogni luogo e in ogni tempo, delle scelte morali che comportano azioni penalmente rilevanti o, al contrario, penalmente irrilevanti.

<sup>80</sup> Su questo punto si veda K. Seelmann, *Gaetano Filangieri e la proporzionalità*, cit., pp. 18-19. L'Autore ha sottolineato il fatto che «Filangieri si colloca così essenzialmente nella tradizione della teoria giusnaturalistica dell'imputazione risalente a Pufendorf e rinnovata da Wolff», sviluppandola «addirittura sino all'estrema conseguenza, non facendo nessun tipo di concessioni né ad un'interpretazione psicologica della volontà, né a correnti orientate in senso deterministico» (*ivi*, pp. 15-16).

<sup>81</sup> Abbiamo visto che per Filangieri i fattori di relatività impongono al legislatore di adattare il codice penale allo stato della nazione. Tra questi fattori, il più importante è lo sviluppo storico, «in quanto il perfezionamento storico della società comprende anche le condizioni politiche e la moralità» (*ivi*, p. 22).

<sup>82</sup> Cfr. *SL* [III, 41] 4, pp. 154-55. Sul punto si veda M. Boscarelli, *Il pensiero penalistico*, cit., pp. 248-49.

comprende «que' delitti che senza la *querela* della parte offesa la parte pubblica non può perseguire». È naturalmente implicita, in questa distinzione, una rilevanza gerarchica diversa attribuita ai delitti, a seconda che essi offendano la società intera o solo una parte, più o meno piccola, di essa. Nei delitti privati, insomma, «la società può tollerare l'impunità», mentre in quelli pubblici, «essa dee punire ancorché l'offeso perdoni. La guerra pubblica dee subentrare a quella privata». Nei delitti pubblici, pertanto, ogni cittadino dovrebbe avere la libertà di accusare, e, nel caso non vi fosse accusa da parte di privati, essa verrebbe rilevata dal «magistrato accusatore»; nei delitti privati, invece, la libertà di accusare dovrebbe essere ristretta «alla parte offesa o a' suoi stretti parenti».

A questa prima classificazione, utile a «regolare l'ordine della procedura», l'illuminista napoletano ne fa seguire un'altra, che invece serve a «regolare la distribuzione delle pene»: questa nuova classificazione, perciò, è basata sugli oggetti dei delitti<sup>83</sup>.

Non seguiremo passo passo la lunga e minuziosa descrizione filangieriana delle varie classi di delitti. Analizziamo brevemente, a titolo esemplificativo, la classe dei delitti contro il sovrano, la più significativa da un punto di vista politico, ricordando che le legislazioni penali d'antico regime facevano un uso abnorme del *crimen lesae maiestatis*<sup>84</sup>. Lo scopo di Filangieri è quello di difendere i diritti individuali di fronte al potere dello Stato esercitato dispoticamente, seguendo del resto una ormai consolidata critica illuminista all'utilizzo arbitrario di questa fattispecie di reato in antico regime, che si ritrova a partire dall'*Esprit* di Montesquieu<sup>85</sup>. Il napoletano osserva, riprendendo alcune riflessioni storiche sviluppate nella prima parte del libro, che nella Roma repubblicana le fattispecie di reato ricomprese nella classe dei delitti di lesa maestà erano molto limitate. Una serie di leggi speciali permisero ai despoti romani, a partire da Silla, di estendere arbitrariamente questa classe di reati, allo scopo di accrescere il loro potere e distruggere la libertà repubblicana. «Ma, chi lo crederebbe? Queste acque, che una sorgente così immonda ci ha tramandate, invece di purificarsi nel loro corso si sono maggiormente imbrattate a misura che si sono sparse pe' vasti spazi che contengono le moderne monarchie dell'Europa». Tutte le nazioni si servono del delitto di lesa maestà non solo per perseguire reati di diversa gravità, ma anche azioni che non sono configurabili come reati. Occorre, anche in questo caso, disciplinare la materia, ricondurre i reati in precise fattispecie, vale a dire limitare il diritto di punire.

Un discorso analogo si potrebbe fare anche per le altre classi di delitti<sup>86</sup>. Il lettore della

<sup>83</sup> Analizzata sotto questo profilo, la molteplicità dei delitti viene da Filangieri ricondotta a dieci classi: *contro la divinità, contro il sovrano, contro l'ordine pubblico, contro la fede pubblica, contro il diritto delle genti, contro l'ordine delle famiglie, contro la vita e la persona de' privati, contro la dignità del cittadino o sia degli insulti e degli oltraggi, contro l'onore del cittadino, contro la proprietà del cittadino* (cfr. *SL* [III, 44-54] 4, pp. 161-315). Si noti, tuttavia, che questa classificazione, non è concepita dal napoletano secondo un ordine di decrescente gravità in relazione alla decrescente rilevanza sociale degli interessi offesi: la pena di morte, ad esempio, è prevista per il delitto più grave della II classe (contro il sovrano), ma non per quello più grave della prima. Questo in virtù del fatto che il «patto più prezioso, quello che ha la maggiore influenza, o per meglio dire, che non si può volere senza distruggere la società è appunto quello che l'obbliga a non attentare contro la sovranità» (*SL* [III, 46] 4, p. 195).

<sup>84</sup> Cfr. G. Alessi, *Il processo penale*, cit., p. 121. Su questo punto si può utilmente consultare, tra gli altri, M. Sbriccoli, *Crimen lesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano 1974.

<sup>85</sup> Cfr. Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, cit., I, XII, 7-10, pp. 331-36. «È sufficiente che il delitto di lesa maestà sia fissato in termini vaghi perché il governo degeneri in dispotismo».

<sup>86</sup> Filangieri individua poi, a chiusura del libro, anche in questo caso ispirandosi parzialmente a quanto già scritto da altri illuministi, una serie di delitti «che non si devono punire», e che, invece, nelle società

*Scienza* non potrà che apprezzare lo sforzo condotto dal filosofo napoletano di definire con meticolosità, quasi sempre in un'ottica garantista volta a difendere i diritti dell'uomo e del cittadino, le varie fattispecie di reato.

Egli comincerà finalmente a vedere che un codice penale dove l'arbitrario nome di *pena straordinaria* sia interamente proscritto, e nel quale la legge non permetta mai a' giudici di far da legislatori, non è, come si è finora creduto, un impossibile politico (SL [III, 38] 4, p. 137).

I limiti del modello garantista elaborato da Filangieri e, più in generale, dagli esponenti dell'illuminismo giuridico, sono stati persuasivamente messi in luce<sup>87</sup>. Ciò non toglie che tale modello possa e debba, ancor oggi, richiamare l'attenzione di coloro che pongono la tutela della libertà individuale e l'uguaglianza giuridica nel novero dei valori fondamentali di una società civile. Un diritto mite, un processo giusto, una pena dignitosa e proporzionata al reato: soprattutto da questo si vede, come ebbero a ripetere gli illuministi, la civiltà di una nazione. Sotto questo profilo, la patria di Beccaria, Filangieri e Pagano, con i suoi annosi problemi legati al cattivo funzionamento della giustizia e allo stato avvilito in cui versano le carceri, evidenzia purtroppo, una volta di più, quanta strada ci sia ancora da percorrere per considerare la critica illuminista come qualcosa che appartiene a un barbaro e lontano passato.

---

d'antico regime, erano severamente perseguiti. In questo elenco figurano il suicidio, l'usura, i giochi proibiti e «i delitti *d'incantesimo, magia sortilegio, stregoneria, divinazione, augurio, interpretazione dei sogni, incubismo succubismo* ecc, nomi per sempre memorandi nell'istoria delle sciagure, degli errori delle superstizioni de' popoli; nomi che dopo aver bagnata di sangue l'Europa avrebbero dovuto sparire da' suoi codici ma che, ignominiosamente pe' nostri legislatori, vi conservano ancora il loro posto e non lasciano di fare, dove più e dove meno, qualche strage» (SL [III, LV] 4, pp. 315-27). Sul punto cfr. P. Lapi, *La legislazione criminale sostanziale*, cit., pp. 73-74.

<sup>87</sup> Cfr., tra gli altri, L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. XVII.