

PROGRAMMA

DEL

CORSO DI DIRITTO CRIMINALE

DETTATO

NELLA R. UNIVERSITÀ DI PISA

dal Professore

FRANCESCO CARRARA

MEMBRO ONORARIO DELL'ACCADEMIA DI LEGISLAZIONE DI TOLOSA
E DELLA SOCIETÀ DEGLI AMICI DELLA EDUCAZIONE DEL POPOLO DI BELLINZONA
MEMBRO TITOLARE DELLA SOCIETÀ DI LEGISLAZIONE COMPARATA DI PARIGI,
SOCIO CORRISPONDENTE DELL'ACCADEMIA REALE DEL BELGIO,
DEL REALE ISTITUTO LOMBARDO DI SCIENZE E LETTERE
DELL'ISTITUTO VENETO E DELL'ISTITUTO DEGLI AVVOCATI DEL BRASILE
SOCIO DELL'ATENEO DI BRESCIA
E DELLE REALI ACCADEMIE DI LUCCA, DI MODENA, DI MACERATA, DI URBINO,
DI PALERMO E DE' LINGEI DI ROMA
SOCIO ONORARIO DELLA SOCIETÀ DEI GIURECONSULTI DI MOSCA E DI ATENE
MEMBRO D'ONORE DELLA SOCIETÀ GIURIDICA DI BERLINO
CITTADINO SVIZZERO
MEMBRO DELLA COMMISSIONE INCARICATA DEL PROGETTO DI CODICE PENALE ITALIANO
MEMBRO DEL CONSIGLIO SUPERIORE DI PUBBLICA ISTRUZIONE
E SENATORE DEL REGNO.

PARTE GENERALE

VOL. I.

OTTAVA EDIZIONE

FIRENZE

CASA EDITRICE LIBRARIA "FRATELLI CARMELLI"

(RAFFAELLO CONTI, Proprietario)

Piazza della Signoria, 5.

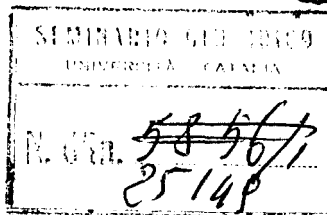
1897

AI MIEI SCOLARI

Nel formare questo libro (disposto secondo l'ordinamento eminentemente logico che segnò Carmignani, nostro grande maestro) io non cercai la gloria mia, ma l'utile vostro; intesi a raccogliere, non a creare; non a dir cose nuove, ma vere: non fui vago dei modi brillanti, ma della chiarezza. Se il mio lavoro può facilitarvi lo studio delle criminali discipline, io ho ottenuto il mio scopo. Dio vi dia salute, e amore alla scienza.

Pisa, 10 dicembre 1859.

PROF. F. CARRARA



PREFAZIONE **ALIA** QUINTA EDIZIONE

PERCHÈ PROGRAMMA

Quando io nel 1859 portato all' insegnamento nel pisano Ateneo mi determinai finalmente a consegnare ai pericoli della pubblica stampa il corso di diritto criminale da me per 12 anni ~~dettato~~ da più umile cattedra, piacquemi ~~dare~~ a quel mio-lavoro il titolo di *Programma*. Questa intitolazione parve una novità: taluno lo giudicò troppo inodesto; altri troppo meschino, e sproporzionato al lavoro che veniva alla luce. ~~ma~~ io ~~invece~~, aveva esitato ad assumere quel titolo, perchè temeva potesse sembrare troppo orgoglioso e troppo vasto.

Il *Programma* di una scienza non indica, nel mio concetto, il libro dove la scienza stessa si espone; ma bensì il principio fon-

damentale e le formula nella quale l'autore ha sintetizzato la forza motrice di tutti i precetti che la scienza stessa (giusta il suo pensiero) è chiamata a svolgere e a dimostrare.

Il Programma del diritto criminale doveva, nel mio concetto, riassumere nella più semplice formula la verità regolatrice di tutta la scienza: e contenere in sè il germe della soluzione di tutti i problemi che il criminalista è chiamato a studiare; e tutti i precetti che governano la vita pratica della scienza stessa nei tre grandi fatti costituenti l'obiettivo di lei, in quanto essa ha per sua missione di frenare le aberrazioni dell'autorità sociale nel *divieto*, nella *repressione* e nel *giudizio*, onde questa si mantenga nelle vie di giustizia e non degeneri in tirannia. La scienza criminale ha per sua missione di moderare gli abusi dell'autorità nell'esercizio di quei tre grandi fatti: nella quale opera, costituente l'attività sostanziale e la ragione di essere dell'organamento sociale, si trova il complemento dell'ordine quando essi sono regolati a dovere, e un fonte perenne di di-

sordinie e di iniquità quando rimangono consegnati al capriccio ed alle passioni del legislatore. I precetti destinati a moderare in questa guisa il potere legislativo debbono risalire ad un principio comune e fondamentale; e la formula che esprime tale principio è il *Programma* della scienza criminale.

Tutta la immensa tela di regole che col definire la suprema ragione di *evitare*, di *reprimere*, e di *giudicare* le azioni dei cittadini circoscrive entro i dovuti confini la potestà legislativa e giudiziaria deve (nel mio modo d'intendere) risalire, come alla radice maestra dell'albero, ad una verità fondamentale.

Trattavasi di trovare la formula esponente, questo principio; ed a quella connettere, e da quella caldurre i singoli precetti che dovevano servire di costante guida in questa importante materia. Una formula doveva in sè contenere il germe di tutte le verità nelle quali la scienza del diritto criminale sarebbe venuta a compendiarsi nei suoi singoli svolgimenti ed applicazioni. Io credetti di aver trovato questa formula sacramentale: e parvemi da quella tutte, ad una ad una, ema-



nassero le grandi verità che il diritto penale dei popoli culti ha ormai riconosciuto e proclamato nelle cattedre, nelle accademie, e nel fòro. Siffatta formula parvemi dovesse stare nella esatta nozione costituente il delitto. La medesima espressi dicendo — il delitto *non è un ente di fatto, ma un ente giuridico* — Con siffatta proporzione mi parve si schiudessero, le porte alla spontanea evoluzione di tutto il diritto criminale per virtù di un ordine logico e impreteribile. E questo fu il mio *Programma*. Il *Programma* per me non era nè il libro nè il trattato, ma l'idea che tutto doveva vivificarlo per condurlo ai suoi fini per sentieri molteplici e svariati, ma sempre coerenti, convergenti, e concatenati fra loro ; e sempre conformi alla verità.

1.^o Il delitto è un *ente giuridico*, perchè la sua essenzialità deve consistere impreteribilmente nella violazione di un *diritto*. Ma il diritto è congenito all'uomo perchè dato da Dio all'umanità fin dal primo momento della sua creazione onde essa possa compiere i suoi doveri nella vita terrena; dunque il

diritto deve avere una vita e dei criterii preesistenti ai placiti degli umani legislatori; criteri impreteribili, costanti, ed indipendenti dai capricci di costoro e dalle utilità da loro avidamente agognate. Così, per primo postulato, la scienza del giure criminale viene a riconoscersi come un ordine di ragione che emana dalla legge morale giuridica, ed è preesistente a tutte le leggi umane, e che impera agli stessi legislatori.

Il diritto è la libertà. La scienza criminale bene intesa è dunque il supremo codice della libertà, che ha per oggetto di sottrarre l'uomo dalla tirannia degli altri, di aiutarlo a sottrarsi dalla tirannia di sè stesso e delle proprie passioni.

Definito il delitto come un ente giuridico era stabilito una volta per sempre il perpetuo limite del *divieto* ; non potendo ravvisarvi delitto tranne in quelle azioni che offendono o minacciano i diritti dei consociati. E poichè il diritto non può essere aggredito, tranne per gli atti esteriori procedenti da una volontà libera e intelligente, questo primo concetto veniva a stabilire la necessità co-

stante in ogni delitto delle sue due forze essenziali: volontà intelligente e libera; fatto esteriore lesivo del diritto, o pericoloso al medesimo. Lo che conduce a definire con sicuri criterii la soggettività e la oggettività di ogni delitto.

Col definire il delitto *un ente giuridico* si porta la scienza penale sotto il dominio di un imperativo assoluto; e si sbarazza una volta per sempre dal rischio di divenire strumento o dello ascetismo o di velleità politiche; e si è acquistato un criterio perenne per distinguere i codici penali della tirannide dai codici penali della giustizia.

Riconosciuto nel diritto aggredito la obiettività indispensabile a costituire il delitto, la varietà naturale dei diversi diritti aggrediti offriva la facile guida a distinguere e classificare i malefizi secondo la loro diversa qualità e quantità, subordinatamente alla diversa specie e alla diversa importanza del diritto aggredito. E la necessità, indispensabile a costituire l'ente giuridico delle due forze concorrenti, fisica e morale, portava, per le possibili modificazioni di quelle forze,

a dare una guida razionale e sicura del *grado* nel delitto stesso.

Così tutta la teorica relativa al *divieto* trovava il suo cardine nella formula che definiva la *essenzialità* del reato.

2.^o Da questa stessa formula scaturiscono: la legittimità della repressione ed i limiti che devono imporsi alla medesima.

Se il delitto ha la sua essenza nella violazione del diritto ne consegue la legittimità della repressione per il concorso di due verità superiori convergenti a questo fine. La prima mi accerta in punto di *ragione* che ogni diritto deve avere per suo necessario contenuto la facoltà, della propria difesa: altrimenti non sarebbe un diritto, ma una *derisione*. Laonde il *divieto* sarebbe vanamente proferito se non gli tenesse dietro una forza capace di produrre la osservanza. La seconda verità in punto di *fatto* consiste nella impotenza di esercitare costantemente una *difesa coattiva diretta* bastevole ad impedire la violazione del diritto. Queste due verità, non oppugnabili, insieme combinate portano alla necessità di una coazione morale che

mediante la minaccia di un male da infliggersi ai violatori del diritto valga a distoglierli dall'aggressione, e sia la protezione di quello. Ed ecco che, respinte le idee utopistiche o vessatorie del *correzionalismo* o dello *ascetismo*, e la formula arbitraria e preposterata della *difesa sociale*, si trova anche nell'argomento della repressione, come in quello del divieto, il cardine fondamentale del diritto criminale nella *tutela giuridica*.

E poichè la pena così giustificata non è che una, emanazione del diritto, ne consegue da ciò che la pena stessa non può avere i suoi criterii misuratori nell'arbitrio del legislatore, ma deve sottostare ai criterii giuridici impreteribili che ne regolano la qualità, e la quantità, *proporzionatamente* al danno patito dal diritto o al pericolo corso dal medesimo.

E poichè la repressione tutelatrice del diritto vuole che si eserciti l'azione della pena su tutti i consociati, perchè il diritto sia difeso da tutti e contro tutti, nasce da ciò la contemplazione nella pena di due forze (*fisica e morale*) correlative alle analoghe forze ri-

scontrate nel delitto : le quali studiate in punto astratto ci dettano la teorica della *qualità e quantità* nelle pene ; e studiate concretamente nel rapporto dell'individuo al quale devono essere applicate, governano la dottrina del *grado*.

Così il giure penale, venendo a violare i diritti del colpevole in pena del suo malefiziosità, non fa cosa *violatrice* ma *protettrice* del diritto, purchè nel male che *infligge* al colpevole non trascenda oltre ai bisogni della *tutela*. Ogni di più non è protezione, ma *violazione* del diritto ; ogni di più è *prepotenza*, è *tirannide* : ogni di meno è *tradimento* della missione imposta all'autorità.

Ed ecco come dopo aver, dalla natura di ente giuridico costitutiva del delitto, trovato i limiti che stringono il legislatore quando detta il *divieto*, si trovano per logica indeclinabile connessione i limiti che stringono il legislatore quando detta la *repressione*. Limiti che vogliono essere stabiliti dal rapporto non solo della *qualità e quantità* del male, ma anche dalle condizioni di luogo, di tempo, e di persona.

3.^o Finalmente anche il terzo fatto del legislatore penale (voglio dire il *giudizio* criminale), mediante il quale i due primi fatti vengono a porsi in pratico e sensibile contatto fra loro, e la difesa del diritto succede alla sua violazione, convertendo la sua *pre*visione in una realtà come in una *realtà* si è convertita la provisione di quello, riceve i suoi criterii e le sue norme da quel *primo* postulato. Perchè anche il *giudizio* penale deve essere ossequente al *diritto*, alla tutela del quale è necessario strumento.

Deve essere ossequente al diritto degli onesti che vogliono la repressione ; e al diritto degli stessi giudicabili, i quali vogliono non esser condannati tranne dove sia chiarita la loro colpa : e vogliono non esser colpiti da un male maggiore di quello che esige il bisogno della *tutela* giuridica calcolato sulla esatta verificazione del fatto criminoso. Ed hanno anche costoro evidente ragione di voler ciò, perchè il magistero penale deve essere protettore e non violatore del diritto: e ne diverrebbe violatore tanto se facesse cadere la pena sopra persona che non è chiarita colpevole con i

modi legittimi di rito, quanto se sopra colui che fu chiarito colpevole facesse cadere una pena superiore a quella che è proporzionata ai demeriti di lui. Di tal guisa il rito *procedurale* non solo serve agli onesti in quanto aiuta loro alla scoperta dei delinquenti, ma li aiuta in quanto li preserva dal *cader* vittima di errori giudiziarii; e di più aiuta doverosamente anco gli stessi colpevoli, in quanto impedisce che si irroghi loro un gastigo, il quale, soverchiando la *debita* misura, sarebbe un fatto antiggiuridico.

Di qui la conseguenza che tutti i precetti relativi al procedimento penale, alle competenze, alle forme, alla potestà della difesa, alla libertà e completezza della discussione, Od in una parola alla *regolarità* delle prove e delle pronunzie, appartengono all'ordine pubblico, perchè interessano a tutti i cittadini e sono strumenti della protezione del diritto. Nella quale protezione si riassume come fine, non già primario ma *unico*, la ragione d'essere dell'autorità sociale e la legittimità del governo che i pochi esercitano sopra i molti.

Di tal guisa la **scienza** che insegna il diritto criminale riassume in un concetto unico e **supremo** la sua missione e la via che deve costantemente **percorrere**. Sottraendo con indefettibile cura i precetti suoi così dai pericoli delle **velleità** utilitarie come dal fascino della morale pura (politica ed ascetismo) essa deve indefessamente vegliare **affinchè** si consolidi negli ordini civili a sovranità del diritto. Il giure criminale è il complemento della legge morale giuridica. Col **divieto** esso la conferma : con la **pena** le dà quella sanzione efficace che altrimenti non avrebbe quaggiù : col **giudizio** procaccia per quanto è possibile la sua pratica, osservanza. Ecco il pensiero che parve a me costituire il **Programma** del giuro penale : e questo tentai chiarire e **dimostrare** col mio insegnamento e col libro che venni a pubblicare sotto quel titolo.

P R O L E G O M E N I

Prevalse un tempo il pensiero che gli uomini avessero, pel corso di un periodo indeterminato, condotto vita **disgregata** e selvaggia. Da questo stato extrasociale fu creduto avessero **ad** una data epoca fatto passaggio a quella vita di mutua **consociazione**, nella quale oggidì tutta la razza umana prospera e cresce. Siffatto tramutamento intesero alcuni spiegare con la favola di una divinità scesa sulla terra ad ordinare gli uomini a vita di unione: altri con la supposizione di **una** violenza sui deboli: **quasichè** uomini più forti degli **altri** avessero sottomesso i propri simili alla foggia stessa **con** che si mansuefanno le fiere: altri con la ideale **ipotesi** di una convenzione per volontà comune stipulata fra gli uomini.

Tutti cotesti diversi sistemi ebbero un punto di partenza comune : la supposizione che la razza **adamitica** avesse menato sulla terra due stati diversi di vita. L' uno (che si disse primitivo di natura, e di **libertà**) nell' isolamento e senza costanza di rapporti fra gli individui; stato di **disgregazione** e ferino : l'altro in associazione reciproca, che **mercé**

una forma qualsiasi sottoponeva gli uomini ad una autorità e ad una legge umana; stato di società civile. Da tale concetto nacque la formula che l'uomo aveva rinunciato ad una parte dei diritti di cui lo forniva la sua naturale libertà, che supponevasi illimitata, per 'meglio conservare e tutelare gli altri diritti.

Tutto ciò è un errore. È falso che gli uomini della razza adamitica siano vissuti per un periodo di tempo sciolti da ogni vincolo di associazione. È falsa la transizione da uno stato primitivo di assoluto isolamento ad uno stato modificato e fattizio. Deve bene ammettersi un periodo primitivo di associazione patriarcale, o come dicesi *naturale*, a cui venne mano a mano ad aggiungersi la costituzione di leggi permanenti, e di una autorità che ne vegliasse la osservanza; e così l'ordine di quella società che si disse civile. Ma un periodo qualunque di disgraziata e di vita ferrea è inammissibile come pazzia visione. Lo stato di associazione è l'unico stato primitivo dell'uomo: nel quale la legge della propria natura lo collocò dal primo istante della sua creazione.

Ove le tradizioni di tutti i popoli non contraddicessero a quella supposizione, le speciali condizioni della razza umana basterebbero a mostrarla assolutamente impossibile.

Tale la mostrano le condizioni *fisiche* della umanità: le quali non le avrebbero consentito di mantenersi, senza che la mutua assistenza dell'uomo

verso l'altro uomo fosse continua e pronta ai bisogni dell'individuo. E la natura riveli, per chiari segni tale destinazione dell'uomo ad una foggia di associazione costante, non precaria e fugace come quella dei bruti: la rivelò si con le necessità, cui nell'età prima e nelle infermità lo volle soggetto; si col negargli quei mezzi di salvezza o di difesa avverso le belve, che agli animali bruti aveva fornito, e che l'uomo doveva trovare nella reciproca unione; si col rendere nella donna continua l'attitudine all'accoppiamento corporeo, che le femmine di tutti gli animali ebbero soltanto ad intervalli, e passeggiava; si finalmente col bisogno della inumazione dei cadaveri, senza la quale gli uomini si spegnerebbero per contagio.

La mostrano tale le condizioni *intellettuali* degli uomini; per le quali fu loro aperta una via di indefinita progressiva nelle cognizioni utili; via che non avrebbero potuto percorrere senza porre a profitto la loquela; e senza l'aiuto delle tradizioni dei loro maggiori.

Tale la mostra la condizione di essere *morale*, tutta esclusiva dell'uomo: lo mostra il *fine* per cui Dio lo ha creato. Iddio non può aver creato una opera incompleta; ed esser tornato poscia quasi edotto dalla esperienza, a perfezionarla.

La legge eterna dell'ordine spinge l'uomo alla società. E il creatore che a questa legge lo conformo, ve lo guida, come guida ai suoi *fini* tutto il creato, mercè le tendenze. Attrazione: forza unica,

immensa, con cui si esercita la potenza divina su tutto il creato. La tendenza fisica operò la prima congiunzione dei corpi: la tendenza morde protrasse e perpetuò la unione reciproca tra i genitori: tra questi ed i figli; e in tutte le generazioni che ne seguirono, come in quanto mai ne verranno. Così la società era nei destini dell'uomo non solo come mezzo indispensabile alla sua fisica conservazione ed al suo intellettuale progresso, ma era di più un complemento della legge morale a cui l'uomo stesso si voleva soggetto.

Iddio compose tutto il creato ad una perpetua armonia. E quando alla sesta epoca ebbe fatto l'uomo a similitudine sua (cioè dotato di un'anima spirituale, ricca d'intelligenza e di libera volontà) questa più bell'opera della divina sapienza, gettò sulla terra il seme di una serie di esseri dirigibili e responsabili delle proprie azioni. Questi esseri non potevano, come i meri corpi, soggiacere alle sole leggi fisiche; una legge morale nacque con loro: legge di natura. La quale chi nega, rinnega Dio.

Così al mondo fisico, di cui pure fa parte l'uomo, si aggiunse col primo comparire di questo un mondo morde: tutto proprio di lui; e composto dei suoi rapporti morali con sè stesso, col creatore e con le creature consimili.

Le leggi fisiche avevano in loro stesse una forza di coazione, ed una sanzione, che ne rendeva **indefettibile** la osservanza. All'armonia del mondo fisico queste forze bastavano.

Le leggi *morali* al contrario non avevano in loro stesse forza di coazione, tranne nel senso *morale*: non avevano *sanzione* sulla terra, che nella *sincleresi*.

Ma gli effetti, d'altronde indispensabili all'uomo come elemento di azione, pervertono spesso il senso morale, e soffocano la voce della sincleresi.

La legge di natura sarebbe stata dunque impotente a mantenere l'ordine del mondo morale, perchè più debole della legge eterna che regola il mondo fisico. Questa obbedita sempre; quella troppo spesso conculcata e negletta.

Siffatto abbandono della legge morale all'umano arbitrio sotto l'unica sanzione di un bene e di un male soprasensibile, se poteva non recar disturbo all'armonia universale finchè la legge morale colpiva l'uomo nei suoi rapporti con Dio e con se medesimo, non era tollerabile in quanto appellava ai rapporti dell'uomo con le altre umane creature. Malgrado la legge morale gli uomini sarebbero stati alla balia di quello tra loro che al bene soprasensibile preferendo il bene sensibile avesse saputo, per via di forza od astuzia, violarne i diritti. Sotto questo rapporto il disordine nel mondo morale avrebbe portato disordine anche nel mondo fisico.

A completare l'attuazione della legge dell'ordine nella vita terrena, occorreva dunque un fatto ulteriore, per cui la legge morale si afforzasse quaggiù di una coazione e di una sanzione **sensibile**; onde il

precetto morale, che imponeva all'uomo di rispettare i diritti della creatura, non fosse parola inetta, e il mondo morale in preda a continuo disordine non facesse brutto contrasto con l'ordine che domina il mondo fisico.

Questa forza coattiva e repressiva che la legge morale in sè non aveva, non poteva trovarsi altrove che nel braccio stesso dell'uomo. Iddio avrebbe potuto creare l'uomo impeccabile togliendogli la potenza di trasgredire ai precetti suoi, come tolse ai corpi la potenza di resistere alla forza di gravità: non vi sarebbero stati allora nè *doveri*, nè *diritti*. Tutto era *necessità*. Ma ciò era distruttivo del libero arbitrio; e rendeva l'uomo incapace di meritare o demeritare. Posto dunque il libero arbitrio o bisognava inviare sulla terra una schiera permanente di spiriti superiori come guardiani e vendicatori della legge morale: o si veniva a questo inevitabile dilemma — lasciare il precetto morale senza osservanza, o commetterne la tutela al braccio dell'uomo.

Così per la legge eterna dell'ordine, l'uomo fu destinato ad essere nel tempo stesso suddito del precetto morale, e suo conservatore.

Ma siffatta missione non poteva eseguirsi dall'uomo disgregato; e neppure dagli uomini congiunti in una mera associazione fraterna costretta sul principio dell'assoluta eguaglianza. Anche in questa la disparità dei voleri e la parità del potere, rendeva impossibile il divieto, la sanzione, e

il giudizio dei fatti umani: e il divieto, la sanzione, e il giudizio erano d'altronde il complemento indispensabile alla legge morale in quella sua parte che regola i doveri dell'uomo verso la umanità. Cotesto complemento non poteva formarlo che la società civile.

La consociazione del genere umano è una necessità, della sua natura; indispensabile alla sua conservazione ed alla perfettibilità indefinita a cui è destinato. Ma se i bisogni *fisici* per cui richiedesi il reciproco aiuto, e i bisogni *intellettuali* per cui richiedesi la reciproca istruzione della umanità si appagavano bastantemente di una semplice associazione fraterna; cotesti bisogni non valgono dunque a render ragione della *società civile*, ed erra chi confonde la genesi di questa con la genesi di una naturale consociazione. Fu illusione gravissima di Rousseau, e dei suoi seguaci, quella di supporre nel primo periodo della umanità una vita ferina; ma fu del pari illusione dei suoi confutatori quella di supporre la *società civile* nata con l'uomo. Ove le verità rivelate non confutassero anche questo secondo concetto, la sola ragione mostra la impossibilità di principii e di magistrati nella culla di una umanità composta di poche famiglie. Lo stato di associazione fu coevo al nascere dell'uman genere: lo stato di società civile fu un primo progresso della umanità crescente; al quale essa era condotta per una legge di ordine primitivo, in forza di altri bisogni di-

stinti da quelli che l'avevano spinta all' immediato consorzio.

Eravi infatti altro bisogno non meno importante ai destini della umanità: quello cioè della osservanza e rispetto di quei diritti che la legge di natura avea dati all' uomo innanzi ad ogni legge politica, perchè gli fusero mezzo a compiere i propri doveri ed a raggiungere la sua destinazione quaggiù. Per l' impulso delle passioni individuali costesti diritti sarebbero stati inevitabilmente e senza riparo cancellati e distrutti, così nello stato d'isolamento come nello stato di società naturale. Ed ecco in sola, in vera ragione di essere della società civile. Ragione eterna e assoluta: perchè assoluta e primitiva la legge che volle in osservanza effettiva degli umani diritti. Se la *società civile* era la sola forma che potesse attuare la osservanza dell'ordine giuridico, e se la legge di natura volle dell'ordine giuridico la osservanza, la legge stessa deve aver voluto ed imposto che la umanità componesse a quella forma di associazione che sola poteva rispondere a desti fini. La ragione di essere, nella società civile è dunque primitiva e assoluta; ma risiede soltanto nella necessità della *tutela giuridica*.

Ora se lo stato di società civile era necessario alla razza umana pel fine della osservanza del precetto morale, la società che dovea esprimere la forma speciale dell'ordine segnato all' uomo dalla mente suprema fino dal primo istante della sua

creazione, non poteva essere che una società la cui direzione si unificasse in un centro comune di *autorità*. E questa autorità non potè non essere fornita del potere di *proibire* certe azioni, e di *reprimere* chi osasse, malgrado il divieto, commetterle. La società civile, l'autorità che a questa presiede, il diritto di proibire e di reprimere a lei compartito, non sono che una catena di strumenti della legge dell'ordine. Dunque il giure penale ha la sua genesi e il suo fondamento di ragione nella legge eterna della universale armonia.

Il precetto, il divieto, e la retribuzione del bene e del male, finchè stanno in mano di Dio, hanno per unico fondamento e per unica misura la giustizia. Assoluta nell'assoluto, infallibile nell'infallibile, essa in questo stato colpisce l'uomo tanto nei suoi rapporti con Dio e con se stesso, quanto nei suoi rapporti con le altre creature. Qui la giustizia procede sempre come principio *unico*. Dio non punisce il ladro e l'omicida per difendere l'uomo, ma perchè l'omicidio ed il furto sono un male: e vuole giustizia che chi fa male soffra un male.

Ma il precetto, il divieto, e la retribuzione, in quanto appellano ai rapporti dell'uomo con la umanità, si staccano da Dio; e una parte del loro esercizio se ne devolve 'sulla terra all'autorità sociale, perchè la violazione di tali rapporti recando un nocumento presentaneo all' innocente, è necessiti che l' innocente sia protetto contro queste violazioni meriti: una forza presente e sensibile.

Così la difesa della umanità non è la primitiva ragione di proibire e di punire: è la ragione per cui il gius di proibire e punire sulla terra si esercita dall'uomo sopra l'uomo suo simile. E questa non è una *necessità politica*; ma *necessità della legge di natura*.

Finchè pertanto il gius di punire si considera in astratto, il suo fondamento è la sola *giustizia*.

Ma quando si considera come atto dell'uomo, il suo fondamento è la *difesa* della umanità.

Erra chi trova la origine del gius di punire nel solo bisogno della *difesa*, disconoscendone la prima genesi nella *giustizia*.

Erra chi trova il fondamento del gius di punire nel solo principio della *giustizia*, senza ristingerlo nei limiti del bisogno della *difesa*.

Il gius di punire nella mano di Dio non ha altra norma che la *giustizia*. Il gius di punire nelle mani dell'uomo non ha altra legittimità che il bisogno della *difesa*; perchè all'uomo è devoluto soltanto in quanto occorre alla *conservazione* dei diritti dell'umanità.

Ma quantunque la difesa sia la unica ragione della delega, il diritto delegato sempre soggiace alle norme della *giustizia*; perchè non può perdere in indole primitiva della sua essenza col passare che egli fa nella mano dell'uomo.

Dando alla punizione umana il solo fondamento della *giustizia*, si autorizzerebbe un sindacato morale anche là dove non è nocumento sensibile; e

l'autorità sociale usurperebbe il magistero della divinità, rendendosi tiranna dei pensieri col *pretesto* di perseguire il vizio ed il peccato.

Dando alla punizione umana il solo fondamento della *difesa*, si autorizzerebbe la restrizione di atti non malvagi, sotto il colore di pubblica utilità; e si accorderebbe all'autorità sociale la tirannia dell'arbitrario.

Se l'autorità sociale, per un ossequio alla giustizia, punisce quando il bisogno della *difesa* lo richiede, pecca contro la giustizia *nella forma*; perchè, quantunque la punizione sia meritata, ingiustamente e abusivamente s' infligge da lei. Il diritto a punire primitivo esiste, ma non è a lei delegato.

Se l'autorità sociale, per un pensiero di pubblico vantaggio, punisce quando il castigo non è meritato, pecca contro la giustizia nella *sostanza*; perchè dove non è malefatto, il diritto primitivo a punire non esistendo, ci non può essere in lei derivato.

Questi due principii risalgono alla *legge* eterna dell'ordine, dalla quale deriva la società, l'autorità, e il diritto in questa di *proibire* e di *punire*. La legge dell'ordine esterno, cioè il bisogno della difesa, investe l'autorità umana di un potere sull'uomo; ma la legge dell'ordine interno, cioè la giustizia, ne domina indefettibile l'esercizio come misura moderatrice. L' *interno*, confine del giure penale riducesi alla più semplice ed alla più esatta

espressione con questa formula. Il giure penale *deve* accorrere ovunque è necessario per tutelare il diritto: il giure penale *non può* accorrere dove il diritto non è violato o posto ad imminente pericolo. Esso è *difettoso* se manca al primo canone; è *esorbitante* ed ingiusto se eccede il secondo, sebbene contro atto immorale o intrinsecamente malvagio.

Dunque non è vero che il giure penale sia restrittivo della umana libertà. Non è limitazione di libertà lo impedimento che si frappone tra l'assassino e la vittima; perchè la libertà umana altro non è che la *facoltà* di esercitare l'attività propria senza lesione dei diritti altrui. La libertà dell'uno deve coesistere con la libertà uguale di tutti. La restrizione nasce dalla legge di *natura*, che diede alla umanità dei diritti, e impose agli uomini di rispettarli. La legge umana non minora la libertà col contenerla entro i limiti di sua natura (1).

Il giure penale è invece protettore della libertà umana così esterna, come interna. Della interna perchè dà all'uomo una forza di più per vincere il suo peggiore tiranno, le proprie passioni: e l'uomo, come bene diceva *Daguerseau*, non è mai tanto libero quanto allorchè subordina le passioni alla ragione, e la ragione alla giustizia. Della esterna, perchè protegge il debole contro il forte

(1) *Legum (disse Cicerone) servi sumus ut liberi esse possimus.*

nel godimento dei propri diritti entro i limiti del giusto: nel che consiste la vera libertà.

Questa verità procede tanto in ordine alla proibizione e repressione dei fatti che ledono l'individuo, quanto in ordine ai fatti che offendono il corpo sociale e l'autorità. Tostochè si riconosce che la *società* e l'*autorità* non sono creazione della politica umana, ma hanno la loro genesi nella legge di *natura*; da questa stessa legge è necessario desumere il diritto nell'autorità alla propria conservazione; cioè il diritto in lei ad essere rispettata, e il dovere nei cittadini a rispettarla finchè muove nel cerchio della propria legittimità.

A pensare altrimenti furono condotti i pubblicisti, o perchè sbagliarono nel concepire la origine della società; o perchè confusero il *magistero penale* col *magistero di buon governo*. Ma fra l'uno e l'altro intercede un abisso.

Il magistero di polizia non procede che da un principio di *utilità*: la sua legittimità è tutta in questo; non attende un fatto malvagio per agire; non sempre coordina i suoi atti alla rigorosa giustizia: e così avviene che ad esso consentendosi di agire per via di modica coercizione, egli realmente possa divenire modificato della umana libertà: lo che si tollera per la veduta di maggior bene.

Ma il magistero di polizia non ha nulla di comune col magistero penale, quantunque entrambi si esercitino dall'autorità preposta al reggimento dei popoli. Questo incomincia il suo officio quando

quello ha inutilmente esaurito il suo: no è diverso l'oggetto; diverse le norme e i confini. Clio se ambedue sembrano unificarsi perchè unica è l'autorità sociale che esercita l'uno e l'altro, non si unificano però in loro stessi, nè in faccia alla scienza. Nella guisa stessa che due arti non possono considerarsi come formanti un solo corpo di regole perchè si esercitino per avventura da un solo uomo, così non può dirsi che se il governo stesso o previene o punisce, la prevenzione e la punizione si unifichino nella causa, nei limiti, nei modi, negli effetti e nel fine.

Fu un orrore il credere che il magistero di polizia attenesse alla scienza nostra. Esso non è una parte del giure penale, ma spetta piuttosto al diritto economico, quando questo si ravvisi non come un moro fattore di ricchezza, ma come un fattore di civiltà.

Compenetrando il magistero di polizia nel giure penale si generò confusione nelle idee, e si aprì la strada all'arbitrio per cagione del mutuo imprestato delle rispettive norme, che non erano dall'uno all'altro comunicabili. Ora ne avvenne che il magistero di polizia, per l'influenza dei principii del giure penale, si stringesse fra tali lacci che lo rendevano iueto. Ora ne avvenne che sul giure penale si attribuisse una smodata influenza alla idea della prevenzione, allargando l'arbitrio a discapito della giustizia. Sono due forze che si porgono a vicenda la mano per l'ultimo fine dell'ordine, che

esse hanno a Comune come fine supremo di tutte le leggi imposte dal creatore al creato. Sono due forze che non devono l'una all'altra avversare. Sono due forze riunite nella stessa mano dell'autorità sociale. Ma sono due forze essenzialmente distinte. Se l'una si misura con le norme dell'altra si affievolisce fino alla impotenza: se l'altra si misura con le norme dell'una si esagera fino alla ferocia (1).

Fu una vicenda costante negli ordinamenti delle nazioni che sotto i governi dispotici l'ufficio di polizia si amalgamasse col giure punitivo; e gelosamente si tenessero separati sotto i liberi reggimenti. Almeno razionalmente doveva essere così. Se poi non è così sotto governi che si vantano di libero reggimento, ciò vuol dire che quel vanto è una ipocrisia. E ciascuno, che voglia intendere questa verità, deve bene confessarla. Così in Roma libera fu estraneo alla giustizia penale l'ufficio e la giurisdizione *censoria*. L'impuro cambiò in delitti propri moltissimi fatti dei quali sotto la repubblica si occuparono soltanto i censori (2). A coprire questa confusione si è preso, secondo i vari tempi, pretesto da tre diversi pensieri. Ora dalle idee smodate circa l'autorità del Principe, o circa i diritti dello Stato; ora dalla prevalenza del fana-

(1) Vedasi Prins et Pergameni, *Riforme de l'instruction préparatoire*, pag. 144 et 145.

(2) Koenigswarter, *Diss. nullum delictum sine lege*, pag. 12, Amstelodami 1535.

tismo religioso: ora da un eccessivo zelo per la morale. Ciascuna di queste idee ha alla sua volta fuorviato il giure punitivo, e facendo velo al suo genuino concetto lo ha reso indefinito ed ingiusto. Ma l' autorità sociale che voglia legittimamente esercitare i diversi poteri che le sono conformati, deve esercitare ciascuno di loro secondo le regole di assoluta ragione che ne sono rispettivamente dominatrici.

Nell' autorità che sovrasta al corpo sociale esiste una quantità di poteri, tutti quali, più che veri diritti, si configurano altrettanti doveri, che legano la stessa verso i cittadini, e le ne rendono entro certi limiti obbligatorio l'esercizio.

Essa deve proteggere le private transazioni, affinché tutti i rapporti patrimoniali non dominino la frode o la forza, ma la giustizia. A ciò supplisce con le leggi civili, e con l' istituzione di magistrati che dirimano secondo quella le pecuniarie controversie tra i cittadini. Ciò attiene al *diritto privato*. Ma il diritto privato, in quanto regola facoltà acquisite e alienabili, non è in sé assoluto: perchè l' individuo può col suo costume rendere giusto ciò che per la legge sarebbe ingiusto, l' autorità può per ragioni di pubblico bene rendere inefficace il consenso e il diritto dei privati.

Essa deve mantenere nei giusti confini i rapporti che intercedono fra governanti e governati, onde quelli noti trasmodino il cerchio delle loro attribuzioni; questi non eludano la dovuta obbe-

dienza. Suppliscono a ciò gli ordinamenti *organici* dello Stato, i quali attengono al *diritto pubblico* particolare, o *diritto costituzionale*. Alla questo non è in sé stesso assoluto, perchè le diverse condizioni dei popoli modificano il diritto pubblico, il quale è sempre legittimo quando è conforme ai voleri della maggioranza intelligente, e indirizzato al fine ultimo del bene generale.

Essa provvede a mantenere buone relazioni tra lo Stato e le altre nazioni, perchè i cittadini siano protetti anche in estero territorio; e perchè dalle nazioni limitrofe, anzichè sorgere una cagione di pericolo, emergano elementi reciproci di sicurezza esterna e d' interna ricchezza. A ciò provvede coi congressi, coi trattati, cui consoli, con le ambascerie, ed al bisogno con la guerra. Ciò attiene al *gius delle genti, o internazionale*. Ma anche questo è variabile secondo le condizioni dei vari popoli.

Deve l' autorità provvedere al bisogno delle pubbliche spese; promuovere il miglioramento morale del popolo, ossia la vera civiltà (la quale non consiste nella garbatezza dei modi, ma nella onestà dei costumi); e procacciare che i consociati, non solo del necessario non manchino, ma abbiano ancora quanto meglio serve a prosperare la vita. A tal fine s' indirizzano le leggi sul culto, sul buon costume, sul commercio, sulla finanza, sull' annona, sulla regalia, sulle opere pubbliche. Ciò attiene al *diritto amministrativo*, ed alla *economia politica*. Ma anche questa non può formare un corpo di

giure assoluto e costante, perchè la sua legge è la utilità, subordinatamente però sempre al rispetto per la libertà delle scienze e delle industrie.

Ora in tutte queste provvisioni, che nel loro complesso pertengono alla scienza del *buon governo*, avviene spesso che l'autorità per rafforzare un suo ordinamento debba, a servizio del bene comune, infliggere qualche male a quel cittadino che a tali provvisioni si opponga col suo operato.

Ma sarebbe un errore il credere che ogni qual volta l'autorità infligge un male ad un cittadino per cagione di un suo fatto, essa eserciti sempre il *giure penale*. Le leggi finanziarie, in regalia, il commercio hanno frequenti penalità; gli stessi ordini di procedura civile minacciano delle ammende; la polizia ammonisce, corregge, ed anche imprigiona; e spesso senza che si sia niente turbato l'ordine esterno, ma solo perchè o il turbamento ragionevolmente si teme, o si è diminuita la prosperità del paese.

Tutte queste severità, le quali non possono essere che leggiere, non attengono al magistero penale. I fatti che provocano tali misure possono dirsi *trasgressioni*, ma non sono *delitti*.

Errava anche in questa parte Rousseau, quando con una delle brillanti sue frasi diceva, che il giure penale non era una legge di per sé, stante, ma la sanzione di tutte le altre. Con cotesta formula riducesi l'ufficio del diritto criminale alla mera punizione, senza tener conto della proibizione, che ne

è pure parte integrante; si getta il giure penale in balia dell'indefinito, e si rende impossibile costruirlo a forma di vera scienza, e unificarne il principio moderatore.

Il criterio che separa il magistero penale dal magistero di buon governo, e che distingue così i *delitti dalle trasgressioni*, non può essere che questo: che il magistero penale deve colpire soltanto i fatti ai quali possa adattarsi il carattere di moralmente riprovevoli, perchè la misura del suo diritto nella giustizia assoluta; mentre il magistero di buon governo può colpire anche fatti moralmente innocenti, perchè il fondamento del suo diritto è la pubblica utilità.

Che se in qualche Codice si videro manomesse coteste regole nella formazione delle classi; ed ora nella legge penale s'intrusero *trasgressioni*, ora alla legge di polizia si consegnarono veri *delitti*; ciò non contradice la verità dei principii, ma prova soltanto l'errore e l'inesattezza dei legislatori.

La scienza del *giure penale* non può occuparsi che dei primi fatti. Sui secondi non getta che uno sguardo fugace, per avvertire i legislatori ad essere miti ed umani. Ma non può rendere comuni alle *trasgressioni* le sue teorie, senza generare inestricabile confusione (1).

(1) Feuerbach definì In scienza criminale — scienza dei diritti che lo Stato può avere sopra i cittadini in ragione delle violazioni di logge che questi commettono —. Cotesta

Il magistero penale è destinato a proteggere la libertà individuale. Gli ordinamenti la restringono. Il magistero penale presuppone sempre un fatto violatore della legge morale, ed una intenzione riprovevole. Gli altri ordinamenti ora non curano della intenzione e della moralità, ma soltanto del fatto materiale; ora non attendono neppure il fatto, ma colpiscono in sola malvagità dell'uomo. Al magistero di buon governo sta bene se si assegni come fondamento del suo diritto la *pubblica necessità*, od anche la *utilità*: al magistero penale non può attribuirsi come genesi un atto di volontà umana; ma il precetto di Dio, promulgato all'uomo, mercede la legge di natura. Gli ordinamenti di quello sono relativi e variabili; il magistero penale è assoluto in tutti i suoi principii fondamentali.

E di vero se il giure di punire nella mano dell'uomo procede dalla legge eterna dell'ordine, la scienza del giure pende deve essere indipendente da qualunque provvisione di legge umana, e diretta soltanto da regole di assoluta ragione.

definizione, quantunque in parte esprima il concetto filosofico della nostra scienza, è troppo vasta; perchè estendendosi a qualunque sanzione ed a qualsiasi violazione di legge, comprende più del definito. La omessa registrazione di un atto civile, e la sua formazione in carta senza bollo, atterrebbero al giure penale! La scienza criminale è in ricerca dei limiti interni ed esterni entro i quali soltanto lo Stato può tutelare i diritti umani con lo spogliare di un suo diritto l'uomo che li abbia attaccati; e dei modi più convenienti di esercitare con siffatto mezzo questa tutela.

Se il giure penale avesse la sua radice e la sua norma nella volontà dei legislatori, lo studio di questa scienza sarebbe ristretto all'arido commento del Codice della città: ed i suoi dettati varierebbero col variare di tempi, di luoghi, di bisogni, e di opinioni.

Ma la elasticità perpetua del giure penale fu un sogno del F i l a n g e r i, che accettò gli errori dei legislatori pagani come tipo di verità razionale. Cotesta idea è ormai reietta dalla scienza, la quale si suiciderebbe accettandola. Il giure penale ha la sua genesi e la sua norma in una legge che è assoluta, perchè costitutiva dell'unico ordine possibile alla umanità secondo le previsioni ed i voleri del creatore (1). La scienza penale non cerca che

(1) Anche la dottrina penale ha i suoi *atei*: e tali sono coloro che sulle orme di Montesquieu e di Bentham, tengono come unica genesi del diritto la *legge dello Stato*. Ed *atei* li chinino tanto in senso figurato e relativo, quanto in senso rigoroso e assoluto. *Atei* in senso relativo, perchè il diritto è lo Dio di ogni scienza giuridica, e chi nega al diritto una esistenza assoluta precedente alla legge umana nega all'ordine giuridico la divinità che lo crea. *Atei* in senso assoluto, perchè implicitamente nega un Dio ed una provvidenza, chiunque non riconosce che il mondo morale è sottoposto dal primo nascere della, umanità ad una legge suprema non vrinibile dai placiti umani. Laonde il giure penale è una vera scienza, in quale mantiene inconcusse le verità da lei professate a traverso le onde degli umani capricci: *nec enim* (ripeterò con Guthero, nel suo *Thiresias, seu de coecitatis et sapientiae cognitione*, pag. 36) *est scientia earum rerum de quibus*

l'applicazione alla tutela giuridica di questi principii razionali imposti a noi dalla mente suprema.

Lo sue dimostrazioni non si desumono dalla parola dell'uomo; ma devono essere deduzioni logiche della eterna ragione; della quale Dio rivelò agli uomini per mirabile ispirazione quanto occorreva a regolare quaggiù la loro condotta verso i propri simili. Subordinate così ad una norma assoluta, le leggi penali sono nei principii cardinali *assolute*: nè possono divenire *relative* che nella forma della loro applicazione.

Ecco la scienza penale che noi dobbiamo studiare, astraendo sempre da ciò che può essere piaciuto dettare nei varii codici umani, e rintracciando la verità nel Codice immutabile della ragione. La comparazione dei diritti costituiti non è che un complemento della nostra scienza. In coteste secondarie ricerche noi dobbiamo giudicare tra i vari Codici qual più si adatta all'archetipo del vero assoluto: non già, con viaggio preposterò, desumere le verità dei principii dal diritto costituito. I dettati umani furono troppo spesso iniqui ed irragionevoli, perchè eccitati dalle passioni, o dalle allucinazioni dello intelletto. Se il tipo della legge naturale si volesse desumere da cotesto cri-

dubitari potest; aut circa ea versatur quae aliter se habere possunt: sed notitiam. Solum scientia est de rebus certis et necessariis quae in consultationem non cadunt, aut ullo modo mutari possunt.

terio, o si cadrebbe in uno scetticismo pauroso, o si legittimerebbe qualunque ingiustizia.

Alla nostra scienza tre fatti porgono argomento — l'uomo che viola la legge — la legge che vuol punito quell'uomo — il magistrato che verifica la violazione, ed irroga la punizione. Delitto- pena — giudizio. L'ordine delle materie nel giure penale discende dalla natura delle cose. È inalterabile.

Questa è la parte *generale* della scienza nostra. La parte *speciale* scende all'esame dei *singoli fatti* coi quali si viola la legge; ed anche questi esamina secondo i principii di ragione con un criterio tutto ontologico, per definirne i rispettivi caratteri, distinguerne le fisionomie, e misurarne i gradi.

Fin qui tutto è *teoria*; parte *speculativa*. Esaminare intorno ai giudizi, quali sono le procedure con cui si ordinano nel nostro paese; ed intorno ai delitti in specie, quali sono le nozioni e i rispettivi rapporti, secondo i quali vengono definiti e misurati dalla legge che ci governa; ella è parte puramente *pratica* e positiva.

Nella parte teorica s'interptra una legge eterna ed indefettibile come archetipo a cui debbono uniformarsi le opinioni di tutti i sapienti; ed a cui deve obbedire lo stesso legislatore. Nella parte pratica s'interptra una legge umana e variabile come autorità alla quale, noi tutti, e sudditi e magistrati, dobbiamo, fintantochè vige, uniformarci, sieno quali si vogliono le nostre opinioni.

La ragione della obbedienza alla prima è la

verità: la ragione della obbedienza alla seconda è l'*impero*.

La parte *pratica* del giure penale pertiene alle cattedre di perfezionamento: queste, come guida dei giureperiti alla attuazione del diritto nel *fòro*, hanno per testo la legge scritta, per duce la ermeneutica ed i monumenti giurisprudenziali: c con l'aiuto della critica debbono coordinare questi ad un sistem: con l'aiuto della ragione teorica rilevare in quella i difetti, e proporne le utili migliorie. Ma la cattedra non guarda il giure penale che sotto il punto di vista filosofico; perchè insegna non la scienza dell' Italia, ma i principii comuni a tutta la umanità.

Tale è la via che noi dobbiamo percorrere. E la percorreremo seguitando con amore' e con fede i principii che distinsero su tutte le altre In scuola italiana.

La scuola italinnn, che bevendo ai sommi principii della latina filosofia nell' argomento penale, seppa col presidiò del cristianesimo appurarli dalla nebbia pagana., e rivendicarli dal guasto delle ferocie orientali e dei nordici prcgiutlizi, che li avevano con successiva guerra manomessi e corrotti.

La scuola italiana, che tanto operò nella lunga lotta fra il diritto e In forza: che prima di ogni altra proclami> col labbro di V ic O esservi nella distribuzione delle penalità una legge che sovrasta al legislatore: ed clnborandosi nella doppia fucina dell'accademia e del *fòro*, serbossi ugualmente in-

contaminata dal fascino delle visioni trascendentali, e dal brutale materialismo del secolo decimottavo.

La scuola italiana ebbe già su questa cattedra il suo più splendido altare; il suo apostolo nel Carmignani; i suoi sacerdoti nella toscana magistratura: e quantunque sembrasse tripartirsi nel secolo presente, pure rimase unificata sempre nello spirito e nelle tendenze.

Sc udimmo ai nostri giorni quel bello ingegno di F 1 0 t t a r d (1) avvertire la Francia che gli italiani nella via delle riforme penali avevano di lunga mano precorso tutte le nazioni di Europa; sia nostra gloria seguitare il cammino coraggiosamente segnato dai nostri maggiori, anziché per vaghezza di sterili novità muovere contro di loro una guerra impotente.

(1) *De l'état actuel du droit pénal en Italie; nella Revue critique de jurisprudence, année 1852, pag. 373.*