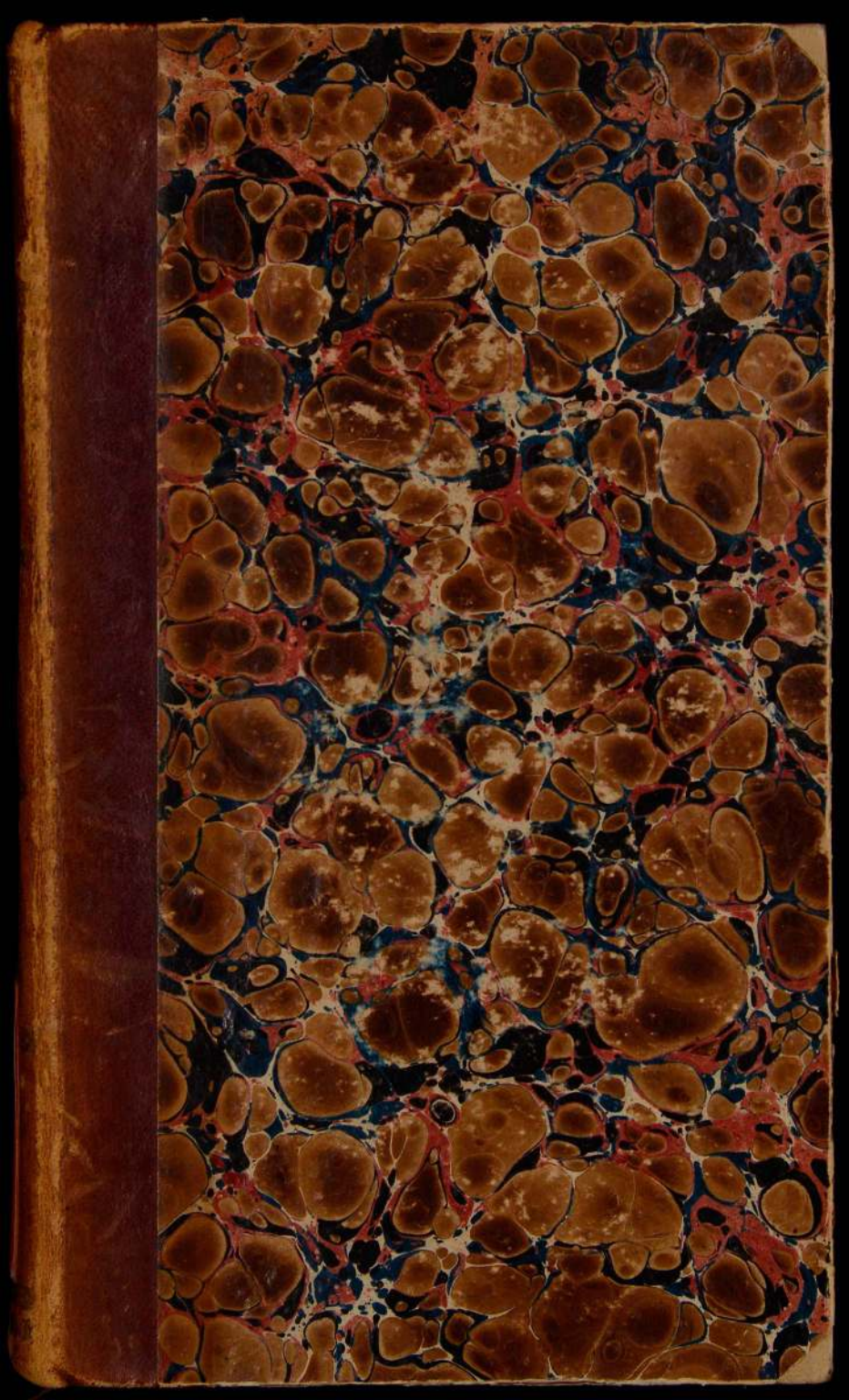

UNIVER. DI PADOVA
Ist. di Diritto Romano
Storia del Diritto
e Diritto Ecclesiastico
113
A1
5

BIBLIOTECA

DI

Scelte Opere

ITALIANE E STRANIERE.

CARMIGNANI.

Inv. 12980
rec 16184
113 B C

TEORIA
DELLE LEGGI

DELLA

SICUREZZA SOCIALE

DI

GIOVANNI CARMIGNANI

CAVALIER DEL R. ORDINE DEL MERITO SOTTO IL TITOLO DI S. GIUSEPPE, PROFESSORE NELLA IMPERIALE E REALE UNIVERSITA' DI PISA, E SOCIO DI VARIE ACCADEMIE D'ITALIA.

TOMO PRIMO.

NAPOLI
TIPOGRAFIA DELL'ARIOSTO

1843.

INTRODUZIONE.

Dicesi, che tutti i libri Cinesi incomincino con un elogio all' inventor della stampa ; nè questo rito iniziale di tutti i libri può recar nausea a chi legge : perocchè alla Cina , come in tutto l' Oriente , fu massima dell' antica dottrina , doversi il sapere tener ristretto in pochi, quasi, divulgato in troppi , o si stemprasse soverchiamente , o , mischiando colle volgari opinioni , degenerasse.

La libertà di divulgar colla stampa le proprie opinioni scientifiche , alla quale si fa ingiustamente rimprovero di averne facilitata la corruzione , potrebbe avere un doveroso temperamento nell' obbligo di coscienza, che , per lo scrivere come per ogni altro modo di agir nella vita, fosse sentito , di render ragione del grado di utilità , che scrivendo , si pensa di arrecare alla scienza ; al che non potrebbe adempirsi se prima di scrivere non si esponesse in quale stato la scienza si trova , e per quali riguardi ella ha bisogno o di meglio chiarirne, o di correggerne, o di ampliarne i principj (1).

---

(1) Questo scrupolo di coscienza esisteva tra gli scrittori fin dal secolo di Agusto.

« ..... *Non levitas mihi*
« *Sed certa ratio causam scribendi dedit.*

Phaedr. *Fab. lib. 3. in prol.*

Una legge di Solone ammetteva chiunque a parlare nella concione pubblica sugli oggetti, che vi dovevano esser discussi (1): ma l'affare alla concione proposto forniva agli oratori il titolo di esercitare una prerogativa della città, e di ambirne gli onori col far pompa della loro parola, e de'loro talenti. In materia d'opere a stampa lo spirito umano ha un campo più largo, e senza generica non che special commissione, senza un uffizio che sia, senza una circostanza, che ne fornisca se non la necessità la occasione almeno, uno scrittore medita sulle pubbliche regole della condotta degli uomini come Demostene avrebbe meditata la giustizia della corona, o Cicerone la legge agraria, e pubblica la opera sua (2).

È facile assai nello scrivere trarsi innanzi con cose dette da altri lusingandosi di aver fatta un'opera compilando le altrui, ed è se non facile non impossibile almeno dare alle cose da altri scritte, anzichè colla forza della ragione, con quella della fantasia un tal giro di novità, che abbagli a prima vista, ed illuda. Ma fra questi due estremi, l'uno tenuto alla mediocrità, l'altro occupato dal genio, consapevole delle proprie forze, può pur esservi una strada di mezzo: perocchè niuno vorrà sostenere, che in qualunque ramo di utili cognizioni, o pratiche, o speculative quali che elle siano, lo spirito umano sia giunto a un grado insuperabile di perfezione.

Nelle scienze naturali, e di osservazione uno scrittore, che, producendosi, urti o nell'uno, o nell'altro di que'due estremi, è facilmente scoperto: perocchè i fatti sensibili, per la catena de'quali quelle scienze sono dal loro istituto,

---

(1) Schoell *Storia della letter. Grec. prof. traduzione dell'eruditissimo* Professore Emilio Tipaldo *vol. 2. part. 3. cap. 19.* Andava però congiunta con questa legge una disciplina severa, onde assicurarsi della probità degli Oratori. *Voyage du Jeune Anacharsis etc. Introd. pag.* 106.

(2) Vedasi quel che fin dal passato socolo scriveva a questo proposito Christiano Thomasio *dissert. 73. §. 8.*

e dal loro scopo costrette a progredire, sono per se stessi di tal natura che se alcun propone come nuovi quelli, che altri scoperse, cuopresi di ridicolo; e se alcuno intende di aumentare il numero de' fatti non con nuove osservazioni, ma con nuove combinazioni d' idee o di frasi, non si rende meno ridicolo. Resta invero libero, ed ampio il campo delle ipotesi alla fantasia, ma ancor queste nelle scienze naturali hanno perduto molto del loro credito.

Nelle scienze morali l'indole degli oggetti, che esse contemplano, fa sì, che essi si prestino a qualunque atteggiamento, che uno spirito di tempra superiore si proponga dar loro, e, astrazioni, come pur sono, della mente umana, vanno soggetti o ad essere con nuove astrazioni distrutti, o per via di decomposizioni d' idee in gran parte cambiati, o con nuove combinazioni atteggiati in foggia diversa.

Tra gli oggetti morali quelli di pratico uso hanno a loro favore la forza delle cose, e la non meno poderosa forza delle abitudini; ma queste due forze, presentandosi come ragioni, mentre restano invero per la lor mole salde, ed imperturbabili in mezzo alle tempeste delle dispute umane, se sono obbligate a render ragione di se medesime, non sanno che dire, onde divengono una meschina autorità al tribunal della scienza.

Se si volga l' occhio alle opere pubblicate fin quì, e che vanno tutto dì pubblicandosi nella materia de' delitti, e delle pene, la lor moltitudine a prima vista spaventa, ed esaminandole poi una ad una partitamente, riesce difficile intendere qual criterio in tali materie debba seguirsi, o qual massima si debba in preferenza adottare.

Che farà un' opera, la quale in tanta farragine, in tanta diversità di opinioni, e principj voglia comparire alla luce? se ella intende di aumentare il numero delle opere, che già comparvero, il suo assunto non può avere altra causa, che la piccola vanità di chi vi ha posta la mano. Se ella intende di supplantarle tutte, ed ergersi

in arbitra del criterio scientifico nelle materie, alle quali esse appartengono, ella, oltre al peccare non che di vanità di superbia, non ha vanto di originalità: perchè molte tra le opere venute alla luce fin quì divisarono appunto di poter divenire di tutte le altre conquistatrici.

Altro dunque non resta ad un' opera, la quale voglia, come nuova, comparire alla luce con qualche titolo di buona coscienza, se non proporsi o di difendere un pregio nazionale, che ella abbia creduto dalle altre o minacciato, o dimenticato; o di sostenere un criterio, che ella creda più vero al confronto di un nuovo, il quale intenda accreditarsi come migliore, o di farsi conciliatrice in una gran disputa, la quale divida tra loro gli autori delle opere già pubblicate.

Se la opera mia, la quale cuopre un trattato di dritto criminale sotto altro titolo (1), avesse uno de' tre indicati oggetti, o tutti quanti sono gli avesse, ella dovrebbe fissar lo stato, nel quale al momento della sua comparsa si trovano le opinioni scientifiche nelle opere pubblicate fin quì, e stabilire in qual riguardo ella intende prendere luogo tra loro.

Parlando delle opere nella materia de' delitti, e delle pene, non sono da contar quelle de' pratici, rivolte tutte a meglio chiarire le leggi già fatte, e non a proporre modelli migliori per quelle da farsi; nè le opere elementari, le quali, proponendosi l'insegnamento, non ebbero nè motivo, nè titolo di dar consiglio alla legge: ma meritano di esser prese in esame quelle opere, le quali, più alla scienza della legislazione, che alla giurisprudenza appartenendo, aprirono il campo alle teorie, ed ai sistemi.

Le numerose opere di questa tempra pubblicate dopo il libro del Beccaria ebbero la ragione della lor mossa in quel

(1) Il Bexon nel suo progetto di un Codice penale pel regno di Baviera (*Paris* 1807) abbandonò la denominazione di legge criminale, e sustituì quella di *Codice della sicurezza pubblica e particolare.*

libro, il quale e per le edizioni moltissime, che se ne fecero, e per le traduzioni, che esso ebbe in pressochè tutte le lingue europee, se si eccettui quella dell' Alcorano, rimase *siccome il Sol tra le minori stelle*.

Se dal libro del Beccaria partì, checchè ad altri ne sia sembrato (1), il primo crollo de' più rozzi e barbari usi, i quali deturpavano l' amministrazione della giustizia penale, il concetto però di quel libro formavasi nel silenzio dello spirito riformator delle leggi, nè le leggi colle più o meno rapide vicende de' lor cambiamenti gli furono di occasione, o gli servirono d' incentivo. Quel libro non affrontava retoricamente gli abusi: non era un' opera, se così dir si può, parenetica, perciocchè essa, con ragionamenti non felici a comprendersi da tutti gl' ingegni, minava piuttosto, ed aspettava dal tempo la ruina dei gotici, e rugginoi edifizj, che quei principj intendevano supplantare. Con questo carattere di originalità il libro del Beccaria, solo, può dirsi, e alla testa de' suoi molti o confutatori, o comentatori, o ampliatori, portava al suo colmo la gloria scientifica del secolo decimottavo nelle criminali materie, e quella gloria spettava tutta alla Italia. E il libro del Beccaria, e quelli, che dietro gli vennero, debbono a ragione reputarsi aver chiuso il secolo decimottavo: perciocchè il bollore, nel quale entraron gli spiriti per gli avvenimenti politici, che contrassegnarono gli estremi periodi di quella età, non permette di ravvisare come opere scientifiche i numerosi scritti, che nelle criminali materie o furon letti nelle popolari adunanze, o furono pubblicati a stampa nel conflitto delle opinioni politiche, le quali coll' arme della parola si contenderono l' una contro l' altra il terreno.

Una più inquieta, e rumorosa origine ebber le opere,

---

(1) Birnbaum *De peculiari aet. nostr. jus criminale reformandi studio. Lovanii* 1828. *pag.* 31.

le quali dovevano dar lustro al secolo decimonono. Il rapido, e quasi miracoloso sfacelo di una gran forza, la quale opprimeva le leggi, e la loro scienza, dette alle une, ed alle altre un impulso al moto, ed alla controversia, di cui esempio non somministra la storia. Se mai vi furono opere di circostanza, e suggerite tutte da vedute di tempo, di avvenimenti, e di luogo, tali furono senza contrasto quelle, che nelle criminali materie doveano fregiar di gloria il secolo, nel quale viviamo: perocchè tutte a così dire aggrupparonsi attorno allo *spirito di riforma* della criminale legislazione, che tra per il bisogno di costruire nuovi edifizj politici, schiacciati già dalla gran forza, di cui era il regno finito, tra per i nuovi bisogni de' popoli, le politiche condizioni de' quali erano affatto cambiate, da una estremità all' altra del mondo incivilito non che di Europa servì loro quasi di centro comune (1).

Queste opere, di scopo, ed oggetto identico, sono però varie tra lor di carattere, e si distinguono per la tempra, e per l' abito.

Alcune assumono una maniera asseveratrice, dommatica, la quale coraggiosamente prescinde da quanto è stato scritto fin quì, fino al punto, che in faccia a queste opere l'immortale libro del Beccaria è quasi divenuto opera da fanciulli. Cercano più specialmente queste opere co'voli imaginosi, che le distinguono, coll' enfatico stile, che le nobilita, la elevatezza, e sembrano suggerite dal bisogno, che qualunque corpo vivente nell'affollamento soverchio d'altri corpi, che lo circondano, sente di inalzarsi sopra di loro, e trovare in questa aerea situazione miglior mezzo di respirare. Queste opere, contente di se medesime, nude

(1) Birnbaum *De pecul. act. nostr. jus. crimin. ref. studio* ove dei progetti di leggi di Otàheitee, di Haiti, di Columbia, di Demerary ec. pag. 10. Di tempra meno impetuosa fu lo spirito di riforma della legislazione criminale nella fine del secolo passato. Baumgarten. *dissert. de studiis legislat. et erud. Saec. XVIII. in ref. jur. crim. Gotting.* 1798.

di citazioni (1), sembrano compiacersi della solitudine, nella quale si collocano, come la più acconcia ad ingrandire, ed elevare le facoltà dello spirito (2).

Alcune altre non prendono una direzione elevata: non assumono modi declamatorj, e quali più alla fantasia, che alle filosofiche meditazioni convengonsi, ma s' incarcerano a così dire ne' più profondi recessi della ideologia, e con un linguaggio quasi misterioso ed arcano, gittando lungi da sè come ingannatrice fantasima la testimonianza de' sensi, e delle impressioni, che in noi producono gli oggetti, che ci circondano, cercano nelle sole contemplative forze dell' animo umano, e d' una infallibil ragione, che gli suppongono, la origine, e la competenza delle leggi, che più all' uomo convengono.

Se le opere della prima classe aborriscono le citazioni, e le autorità come incompatibili colle ardite nuove combinazioni d' idee, alle quali aspira la imaginazione, quelle della seconda hanno per ragioni diverse lo stesso carattere, in quanto cioè le scoperte della pura ragione tali non petrebbero essere se ella si appoggiasse a quanto altri, e diversi sistemi hanno potuto o inventare, o proporre.

---

(1) Gli scrittori antichi non citano perchè erano i primi a scrivere, e perchè prima della invenzione della stampa era impossibile citar le opere sebbene si citasser gli autori. Gli scrittori del secolo decimosesto, tutti erudizione e dottrina, citarono troppo, se eccesso può essere nel soddisfare a un dovere. Come uno scrittore del secolo decimonono in cose morali, o legislative può esimersi dal citare? Il Robertson rendendo giustizia al grande sapere storico del Voltaire, osserva, non averlo potuto citare perchè non cita. *History of the Reign of Charl. V. in introd.* Qual ragione potrebbe avere il disprezzo delle citazioni a' dì nostri? Una di queste tre, o il bisogno, che lo stile declamatorio ha di libertà, o la coscienza d' una originalità illimitata, o la necessità di dissimulare la poca notizia d' opere di autori e di libri. Voltaire disse del Cartesio, sebbene con molta ingiustizia:

Des Cartes n'ha rien lu pas meme l'Evangile.

(2) » *Grande aliquid quod pulmo animae praelargus anhelet.*

Pers. Sat. I

Framezzo a queste due classi d' opere, una terza ne sorge, la quale, nè imaginosa, nè contemplativa, procede colla modesta curiosità, colla quale le scienze osservatrici procedono, tutto intendendo desumere dai confronti degli scritti esistenti: delle civili, e politiche istituzioni delle nazioni antiche, e moderne: e delle leggi, che vanno tutto dì pubblicandosi. Queste opere, come ognuno può ben presagire, si distingono per la dottrina, per le loro modeste, e circospette maniere, e per il lungo treno di autorità, che loro servono di corredo.

Tra queste opere d' eguale scopo, e di diseguale carattere si frammischia una forza, divenuta formidabile ai giorni nostri, quella cioè de' giornali, e degli scritti periodici, i quali danno un nuovo, e più veemente moto di rotazione, e di slancio alle idee e ai principj. Questa forza, che, come regolatrice della opinione, tutti gli scrittori studiansi di accarezzare, e di conciliarsi, converte per così dire in lingue di fuoco la luce, che le opere scientifiche cercano d'ammassare, onde sollecitar la riforma delle penali legislazioni: sicchè questo nuovo urto, altronde utile all' arte della bigoncia, non riesce sempre tale ai freddi, e meditati calcoli della scienza.

In questo vorticoso, e violento moto di cose un' opera nuova dee scegliere il suo punto d' appoggio, nè altrimenti sceglier lo può se non dichiarando, che con uno scopo essenzialmente scientifico ella non può prender parte nè alle dispute dei giornalisti, nè alle particolari controversie degli scrittori, non volendo ella, nè esser potendo, polemica.

Le tre classi di opere rammentate quì sopra hanno nuovi caratteri che le distinguono.

Alcune, all' oggetto di dare un titolo più apparente, e sensibile alla loro missione, alzano un grido di orrore contro le leggi penali, esistenti, e dicono, che esse sono a mille secoli di distanza dal tempo, nel quale viviamo (1):

(1) Berenger *De la justice crimin. en France.*

altre più moderate muovon lamento sulla sproporzione, che esiste tra i delitti, e le pene (1), mentre dovrebbero dir forse, che non ovunque è stata bene apprezzata la graduabilità del delitto: altre: più accorte, vanno in traccia de' più sanguinarj e barbari usi, i quali tuttora deturpano alcune penali legislazioni (2), e ne tolgon motivo di scrivere quasi nell' intento di farli cessare, non ostante che non sia riuscito alle tante, e luminose opere uscite alla luce fin quì di ottenerlo.

Nelle opere di questo scopo (cosa degna di osservazione!) non vi ha parola delle leggi penali della Toscana, sebben essa siavi talvolta, ma per mera incidenza, rammentata con tale iperbolico grado di onore da farle fin perdere la propria personalità (3).

Uno scrittore Toscano in tanto ammasso di cose ha il dovere di chiamar l' attenzione de' dotti sulla legislazione criminale del proprio paese, e mostrare in che ella ha potuto contribuire nel dare al secolo, che la vide nascere, il titolo di filosofico.

Altre fra quelle opere, se non ravvisano nelle leggi penali esistenti la perfezione, pensano però, che lo spirito di riforma non debba repentinamente cambiarle, credendo, che la criminale legislazione, qualunque siasi ancorchè in parte infetta di soverchia severità, abbia di sua natura un carattere di tempo, e di luogo, che non se le possa impunemente togliere a un tratto, onde, all' oggetto di mitigarla, tutto abbiasi a far lentamente e per gradi (4).

Questa sentenza, la quale ha la sua radice in un pre-

---

(1) Destrivaux *Essay sur le code penal etc. pag. 5.*

(2) *Traitè de droit penàl.* Par P. Rossi Professeur à Geneve *in introd.*

(3) *Traitè de droit penal etc. vol. I. pag. 55.* Dicendo « La France est la Toscane de l'Europe » ed essendo la Toscana in Europa è lo stesso che dire, che la Francia è la Toscana della Toscana.

(4) Birnbaum *De pecul. act. nostr. jus crim. ref. studio pag. 51.*

giudizio non popolare ma filosofico, se non attenta al criterio della scienza lo indebolisce però, e lo degrada, subordinandolo troppo al comando delle abitudini, onde per una nuova opera potrebbe essere un titolo di giusta comparsa alla luce il mostrare come quella sentenza è erronea e la teoria de' delitti, e delle pene ha dati certi, generali, immutabili, la cognizione de' quali, come il lor pratico uso, è in qualsivoglia periodo della civiltà umana, e in qual si sia tempra di popolari abitudini non solo senza pericolo ma fonte ubertosissimo di pubblica prosperità.

Questa opinione si compiace particolarmente de' confronti, e dell' esame delle nuove leggi, che vanno tutto di succedendosi, e in coerenza di questa opinione si sono intrapresi dotti viaggi onde vedere con filosofico occhio le diverse istituzioni civili, e politiche delle nazioni, e paragonarle tra loro (1).

Tal maniera di esaminare le cose ha di che illudere a prima vista: perciocchè assume l' istituto, e il procedimento delle scienze esperimentali, e di osservazione, ma, se bene si apprezza, ella apparirà, non che inutile, anco contraria a ogni progresso scientifico come quella, la quale distrae lo spirito di osservazione dal suo vero scopo.

Quanto è da reputarsi util soggetto di esame, e di studio ciò che lo spirito umano ha saputo rintracciare di equo, di giusto, e di critico onde aumentare la serie dei fatti, che soli danno l' abitudine, e la prudenza di bene applicare la legge penale, nel che i Romani Giureconsulti spiegano una saviezza, a cui più che altri i Magistrati Toscani si avvicinarono, altrettanto è da reputarsi inutile il conoscere quel che i legislatori o perfezionando, o peggiorando le loro leggi intraprendono. La Toscana ha mostrato, che una savia, e perfetta legislazione criminale

(1) Alludesi alle missioni scientifiche de' signori Feuerbach, Cottu ec.

può nascere senza esempio, e senza modello, e in seguela di osservazioni sulla natura dell' uomo, e su quella della società per le forze, che ella, come naturale stato degli uomini, spiega sempre, e dovunque. Perchè la cognizione, e il confronto delle leggi, che ogni dì si promulgano, potessero apparire utili, se non necessarj, converrebbe, che esse potessero presentare il carattere di fatti, o di fenomeni, i quali, come i fatti, e i fenomeni, di che vanno in traccia le scienze fisiche, e le naturali, potessero supporsi derivare originalmente dalla natura (1). Ma nella formazione delle leggi influiscono cagioni, e principj, che ai dati generali, e costanti della natura non appartengono, potendo elle esser l'effetto, come più spesso lo sono, o di pregiudizj volgari o di pregiudizj scientifici di chi le propone, o della vittoria, che una opinione dopo vivo contrasto riporta sull'altra, o d'una inesperienza totale del segreto della lor pratica applicabilità o di motivi precarj, ed efimeri di circostanze, o di vedute personali o de' bisogni particolari del potere politico, che le sanziona, e pur anco della vanità scientifica d'un uomo, il quale giunto a caso nell'eminente posto, che occupa, vuol dimostrare, che non a caso vi stà.

Sebbene io non sia della opinione di chi pensa, non poter concepirsi una scienza di far la legge, e tutto in questa materia dover lo spirito umano sperare dalla più ubertosa, e completa raccolta di fatti, che la storia del-

(1) Osserva il Boscovich in una nota al poema di Stay *De systemate mundi* « Observationes fiunt spectando id quod natura per se ipsam « sponte exibet. Hujusmodi sunt observationes pertinentes ad astro- « nomiam, et historiam naturalem ». La osservazione d'un autor commendabile per la sua vasta erudizione, e pel suo ingegno, che le leggi non si danno ai popoli a mero arbitrio di chi comanda, sebben vera in qualche riguardo, non toglie le difficoltà: e lo scrittore, che la propone, insiste più sullo studio degli scritti, e delle opere, che su quel delle leggi. L. A VVarnkoenig *De jurisprud. gentium Europ. una eague assiduo doctor. commerc. colenda. Lovanii 1828. pag. 11.*

l'uomo; e della sua specie può fornire alla osservazione (1), io diviso, che la osservazione debba rivolgersi non alla maniera, colla quale conduconsi uomini, e popoli, che per lo stato loro alla civiltà nostra non appartengono (2), nè alle leggi, che col capriccio, e la volubilità delle mode possono ogni dì tra loro succedersi, ma bensì ai bisogni dell'uomo, e della sua sociabilità, la qual cosa ha i suoi dati, i suoi calcoli, e i suoi risultati suscettibili di quel grado di certezza, a cui nelle cose morali può lo spirito umano aspirare.

Tenendosi a questa via, può, per quanto io ne penso sperarsi di dare alle teorie scientifiche del dritto criminale un carattere generale, permanente, assoluto, che niuno ha sperato in esse fin quì, essendo stata opinione di tutti che esse debbono avere una tempra, la quale si adatti ai tempi, ai luoghi ed ai bisogni delle nazioni (3).

È un fatto innegabile, che queste teorie, se non sieno fantastici sogni, de' quali niuno saprebbe che farsi, debbono necessariamente piegare in ultimo alla forma, che il legislatore ha prescritta ai criminali giudizj: perciocchè esse altro esser non possono se non principj determinatori dell'uomo, che vi presiede.

Or quì appunto le opinioni scientifiche si dividono, ed entrano in aperto conflitto tra loro: alcune dichiarandosi per una forma prettamente *coscenziosa*, e popolare di giudizj, altri per una forma giurisprudenziale, e *scientifica*.

---

(1) Il signore Augusto Conte propone una nuova *filosofia*, che egli chiama *positiva* (il polo opposto del dommatismo, o spiritualismo) mercè la quale pretende legare insieme i fenomeni astronomici, fisici, chimici, fisiologici, ed i sociali, e così unire insieme la scienza della legislazione alle scienze naturali. Nel suo sistema vi sarà una *fisica sociale*, la quale avrà la sua *dinamica*. Per ora questo tentativo è solamente annunziato come possibile. *Revue Encycl et. v.* 44. p. 374.

(2) Questa maniera è seguita dal signor Charles Conte *Traitè de lèglislation etc. vol. 1. chap 1.*

(3) Birnbaum *De pecul act. nostr. jus crim. ref. studio.*

Dacchè il capo della scuola analitica, dopo aver in un' opera ben ravvisata la critica indole dell' indizio (1), si dichiarò in un' altra contrario al giudice popolare, al quale innanzi avea tenacemente aderito (2), questa legislativa apostasia di un uomo, il cui nome riempie l'Europa, aggiunse un nuovo stimolo allo spirito di controversia, e sorse più d' un campione a combatterlo (3).

Sebbene i due metodi giudiciarj possano avere una comune origine, e come due fonti, i quali, partendo dalla sorgente medesima, corrono in direzioni opposte per non mai più riunirsi tra loro, formare un' alternativa, nella quale per la diversa distribuzione del potere politico nello stato la legge può scegliere, pure lo spirito guerresco, avido sempre di rappresaglia ancorchè o all' offesa, o alla difesa non necessaria, ha posto bizzarramente la *coscienza* in opposizione alla *scienza* quasi ella non ne abbia, e, tutto alla rinfusa prendendo, non solo non ha saputo apprezzare, come il Beccaria nella questione del metodo giudiciario ha tentata la riunione del metodo *scientifico* con quello abusivamente chiamato della *coscienza* del giudice popolare, ma lo ha denunziato come inventore del principio politico, quando politica dal Machiavello in poi fu sempre la scuola Italiana, e prima del Machiavello nacque in Italia una politica teoria, non nota agli antichi, per la quale le umane società poterono meglio provvedere alla esterna lor sicurezza reciproca (4).

---

(1) Bentham *Traitè des preuves judiciaires vol 1. p. 216.*

(2) Bentham *De l'organisation judiciaire pag.* 369.

(3) Stefano Dumont compendiatore del Benthan, nella quì sopra citata opera alzò il grido di scandalo, e citò a proprio sostegno l'Autore dell'opera *traitè de droit penal*, la quale non era ancora nè scritta, nè pubblicata. Questa opera sembra oppostatamente scritta per dare una base solida a quanto il Dumont osservava sulla responsabilità *morale* del Giudice da preferirsi alla sua *legale* responsabilità, nuove e belle voci per certo, sul significato delle quali però sarebbe difficile fissar bene le idee,

(4) Hume 's *Essays*, *treatises vol. 1. Ess. 12.*

In questo nuovo conflitto le armi onde combattere si son tolte da tutti i lati. I dissidj delle antiche scuole di filosofia, perpetuatisi fino a noi, son divenuti dissidj delle scuole di dritto penale, e l'antica guerra tra il *dommatismo*, e l'*empirismo* co' nuovi nomi, che lo spirito denigrativo di parte le ha dati di *spiritualismo*, e di *materialismo*, ha forniti nuovi ordigni di dispute alle opinioni tra loro in legislazione contrarie (1).

Comecchè parlare in nome della *coscienza* nel contrapposto alla *scienza* potrebbe sembrar follia, le opinioni, che prendono quella divisa, con una transizione o accortissima o involontaria, si arrogano un seggio nella scuola *dommatica*, sebbene ella collochi altrove, che nella coscienza il proprio criterio, e convertendo con una nuova transizione il principio della coscienza in un principio scientifico, che esse, abusando delle anologie di nome, chiamano *principio morale*, lo proclamano come il solo, e vero criterio nelle penali materie, e fulminano l'anatema al *principio politico*.

Ora per due maniere chi professa la scienza ha l'obbligo non che il dritto di farsi avanti, e distruggere questo aereo edifizio come quello, che può facilmente illudere gli spiriti amici della giustizia, e della virtù: perciocchè deesi nel principio politico revendicare alle scienze criminali il loro vero criterio, e si dee in quel principio difendere un titolo di scientifica gloria alla Italia.

La legislazione, e la giurisprudenza della Toscana sono più che ogni altro italiano stabilimento interessato a combattere quell'abusivo, ed erroneo principio, scopo del quale è quello di fare de' supposti lumi della umana coscien-

---

(1) Questa guerra in Francia ha invase tutte le provincie dell'umano sapere. Come due metodi scientifici abbian sortita la denominazione di due opinioni sulla natura del principio pensante rilevasi dalla recente opera del sig. Broussais *De l'irritation, et de la folie etc. Bruxelles* 1828.

za in materie, che con la coscienza non hanno niente che fare, un criterio ponderatore di tutto, estimatore di tutto, decidere, dando esilio così ad ogni principio scientifico, mentre la legislazione, e la giurisprudenza nostra tutta risiede sopra la scienza.

Avendo esposti così i motivi della opera mia, ed i titoli, che ella può avere all'indulgenza del pubblico come nuova, ragion vuole ch'io n'esponga il piano, ed il generale carattere non che l'uso, ch'io ho inteso di fare delle opere secondo la classazione, che poc'anzi ne esposi.

Primo bisogno del mio assunto fu quello di variare la nomenclatura, di cui è stato fatto uso fin quì, almeno nelle principali partizioni dell'opera: sostituendo ai nomi *delitti*, e *pene*, quelli di *offesa*, e *difesa* della società, ed alla *moralità dell'azione* la *forza morale del delitto* distinta dalla sua *forza fisica*; e ciò feci all'oggetto di meglio stabilire la prerogativa del principio politico, e far meglio sentire il carattere, che lo distingue dal principio morale.

Le dogmatiche origini, che questo principio si sforza di attingere nelle scuole della razionale filosofia, mi obbligarono a reassumer la scienza da' suoi più alti, e razionali principî, lochè feci in una parte preliminare dell'opera. Da queste remote origini razionali ho dovuto dedurre per una catena di principî, ai quali spero non possa farsi rimprovero di mancanza di metodo, le conclusioni pratiche del criminale diritto nelle sue più particolari applicazioni ai bisogni della sicurezza sociale, e della giustizia.

Il punto il più pericoloso, e più critico della discesa delle teorie criminali dalle loro origine razionali alla lor pratica giacitura, è certamente il metodo giudiciario: perocchè, come poc'anzi osservai, in questo punto quasi in un prisma debbono riunirsi e in certo modo refrangersi con modificazioni diverse tutti i loro pratici, e speculativi principî; e dalla lor razionale origine appunto io

ho dedotta la teorica indole di quel metodo, dimostrando l'alternativa, nella quale indeclinabilmente dee trovarsi la legge o di tutto abbandonare alla coscienza, e al naturale criterio del giudice popolare, o di tutto far dipendere da un metodo scientifico nel quale ella incarcera per così dire il privato arbitrio dell'uomo nel Magistrato giureconsulto.

Tra le opere di eguale scopo, e di diseguale carattere indicate sommariamente poc'anzi, rispettandole tutte, non ho potuto far' entrare nel mio piano quelle della prima classe, perchè, se il convertire la scienza della legislazione in opera di fantasìa può esser bella impresa per chi la tenta in un luogo, può non esser tale per chi volesse tentarla in un altro. Quanto alle opere della classe seconda, comecchè esse siano tra loro unite da un principio unico, che tutte professano, io mostrerò loro il mio grado di assenso, discutendo la competenza di questo principio nelle criminali materie. Le opere della terza classe, encomiabili tutte per la erudizione, e per la dottrina, che le distingue si cattivano in preferenza delle altre la venerazione di chi scrive pel dritto criminale scientifico, perocchè uno, come dissi, ve ne ha, che della scienza abborrisce il nome, e l'istinto.

Queste opere, uscite tutte dalle scuole di dritto della Germania, della Olanda, e de' Paesi-Bassi, mostransi ricche dell'antica, e della moderna dottrina, sicchè con felice accordo conciliano l'uso critico del dritto Romano, e il filosofico esame delle produzioni legislative della età nostra.

Queste opere poco note alla Italia, e meno alla Toscana nostra, meritano per questo appunto una particolare attenzione: se non che nel solo riguardo della lor deferenza alle nuove leggi, e ai nuovi progetti di leggi, che tutto dì si succedono, per le ragioni addotte quì sopra, ho pensato non dover seguire le loro tracce.

Proponendomi di percorrere criticamente la intera provincia del criminale diritto, avverrà forse, che alcune cose

già da me dette nel mio corso elementare latino siano di nuovo toccate. Niun creda però, che quest' opera sia per essere o una traduzione, o una ripetizione delle cose da me esposte in quel corso. A mal punto avrei io impreso a conciliarmi l' attenzione de' leggitori capaci di giudicare le alte questioni della legge della sicurezza sociale, se fossi stato a me consapevole di riproporre con sola diversità di linguaggio per le cose altra volta elementarmente esposte da me per la istruzione della gioventù alle mie cure affidata.

Il titolo, del quale secondochè io mi lusingo, potrà con ragione fregiarsi quest' opera, sarà quello d' essere eminemente Toscana, e in special modo destinata a conservar tra noi quei semi del dritto criminale scientifico, per il quale dalla metà del decorso secolo in poi l' avventurato nostro paese divenne l'ammirazione della Europa in cose, delle quali esser non possono le più importanti per gli uomini.

Bisogna confessare però, essere ai nostri giorni tante, e sì varie, e sì disparate tra loro, e spessissimo da'retti principî sì divergenti, le opinioni nel criminale diritto, che qualunque opera, ancorchè tenga in pregio di non volere esser polemica, non può esimersi dal prendere atteggiamento, e carattere di critica onde passare a traverso della folla al suo scopo.

LIBRO I.

DELL' ORIGINE, E DEL SISTEMA DELLE COGNIZIONI UMANE RELATIVE ALLE LEGGI DELLA SICUREZZA SOCIALE.

Vincit ipsa rerum publicarum natura
Saepe rationem.

CICER. *De Rep. ed. Ang. Majo lib. II. §. 33.*

CAPITOLO PRIMO.

Piano, ed oggetto di questo Libro.

La sicurezza d' un corpo, qualunque sia la sua indole, o la combinazione delle parti, che lo compongono, non può non dipendere dal modo, con cui lo costituì la natura, e dalla sufficienza delle sue forze o a preservarsi dall' azione di quelle, le quali potrebbero rivolgersi contro di lui, o a loro resistere, se di fatto contr' esso rivolgansi.

Se queste idee si applichino alla società umana, considerata come corpo, il quale risulta dall' aggregazione di fatto di più individui tra loro, è certo, che la sua vita, e la sua conservazione dee nascere da forze, che la sua natura medesima le fornisce a quest' uopo, e dalla loro idoneità a comprimer quelle, le quali, ancorchè nate nel di lei seno, possono congiurare a indebolirla, e distruggerla.

Dalla indole di queste forze o distruttrici, o conservatrici, e dallo stato di urto, e di collisione, nel quale si trovano, nascon le leggi della sicurezza sociale, le quali, in questa loro naturale scaturigine, e nel loro progressivo svilupparsi, possono essere dallo spirito umano considerate.

Le forze del corpo politico sono state spesse paragonate a quelle del corpo umano (1), ma piuttosto a modo di esempio, e metaforicamente che col proposito d' istruirne un' analisi esatta, e risolverle ne' varî elementi, che le compongono: onde questo esame potesse apprezzare, e distinguere tra le leggi relative alla vita, e alla conservazione del corpo politico le vere dalle apparenti, le reali dalle fittizie, e dalle transitorie e di circostanza le generali, costanti, invariabili.

Le leggi, attive ma oscure nel seno della natura, possono ben' essere principî determinatori delle azioni degli uomini, o nell' atto di congregarsi tra loro, o quando sono già tra lor riuniti, e possono farli agire senza che essi sentano d' esserne governati. Ma finchè questi determinatori principî dal loro stato di azione non passano a quello di contemplazione nello spirito umano, non possono assumere carattere di leggi, vale a dire di generali regole destinate a dirigere le libere azioni degli uomini, e in questo solo riguardo le leggi costituiscono un oggetto scientifico.

Le leggi nel seno della natura, comechè più discernibili pei loro effetti, che per le loro cagioni, tutte si risolvono in fatti segregati, e distinti tra loro. La sola scienza, risalendo per una lunga serie di osservazioni, e di analogie alla cognizione delle cause, che questi fatti producono, può ridurre le leggi in principî (2).

Fu detto, esser voto, ed istinto della scienza di rendere più generali che possibil le fosse le proprie vedute, onde aver formule più acconce a spiegar il maggior numero possibil di fatti, e ridurre tutto a regole universali (3). D' onde nasce in ogni sistema di cognizioni il bisogno di delineare le proprie *generalità*, di risalire cioè alle sue più remote origini razionali, onde tentare di fissare, se è possibile, il punto di connessione, nel quale, come ramo, si trova col tronco nell' albero dell' umano sapere.

La scienza della sicurezza sociale obbedisce anch' essa a questo impulso di nobile curiosità, che le spinge ad indagare le sue più alte, e più remote origini o nelle forze della natura, o in quelle dello spirito umano (4).

---

(1) Renazzi *Elem. jur. crim. vol. 1 praef. pag. IX.*

(2) Questo processo analitico, il quale risale dai fatti alle cause, e si converte in sintetico per esprimerla in scientifiche formule, è bene indicato da Dugalh Stewart *Elements of the philosophy of te uman mind v. 2 ch. 4 p. 344.*

(3) Gillies *Aristoteles Ethics and politics* 1. *1 pag. 94.* Vico *Principj di scienza nuova vol. 2 pag. 15.*

(4) *Homo naturae minister, et interpres tantum facit, et intelligit quantum de naturae ordine* RE, *vel* MENTE *observaverit.* Bacone *Nov. org. scient. sect. 1.* Tutti sanno, che la divisa di questo insigne restauratore della buona filosofia era « *Cogitata, et visa* ».

Questa scienza però, comecchè nata dai fenomeni, che le amiche, e nemiche dell'ordine soglion produrre nel corpo politico, e perciò d'indole essenzialmente pratica, ed usuale, è nella necessità di calcolar sempre la relazione, nella quale le generalità, che ella tenta, debbon trovarsi co' pratici oggetti, al miglior sistema de' quali intende di provvedere. Un'ascensione troppo elevata potrebbe dilungarla dai suoi pratici oggetti per modo da distruggerne interamente la sembianza, e il carattere; e un troppo aggirarsi d'appresso a questi oggetti, quali l'uso pratico gli appresenta, senza mai inalzar gli occhi alla sua general teoria, potrebbe farle perdere il carattere e la sembianza di scienza, riducendola a spiegare i fatti con i principî.

Le generalità di una scienza di pratico uso possono rassomigliarsi a un gran cerchio, che lo spirito umano può in certa maniera descrivere attorno alla massa degli oggetti, ai quali intende di provvedere. Secondo il numero, e l'indole degli oggetti, che si prendono a contemplare, il cerchio delle generalità può essere più o meno esteso.

In questo senso ogni più minuto oggetto può avere la sua particolare generalità, la quale se tale non è al confronto di più generali vedute, alle quali la scienza può elevarsi, ed estendersi, ella lo è, avuto riguardo alla specialità dell'oggetto, al quale si riferisce. Se l'oggetto preso ad esaminare è l'intero sistema scientifico, considerato nella sua differenza con altri sistemi di cognizioni, e nell'attitudine, che esso presenta a una nuova, e più perfetta configurazione, le sue generalità saranno eccentrice al sommo grado, e le loro più estese linee si troveranno a contatto delle generalità di scienze, colle quali niuno avrebbe pensato avere il sistema preso ad esaminare o vicinanza, o analogia.

Queste idee non sono vane astrazioni d'uno spirito contemplativo, ma son fatti, sulla razionale esistenza de' quali non può nascer dubbio.

L'Imperator Giustiniano (1), ne' due primi titoli del libro primo delle sue istituzioni stabilisce le generalità del diritto privato, desumendole dal fonte, dal quale nel sistema dei Romani giureconsulti ogni legge emanava, ed indicandone le varie specie, che insieme col privato in quel sommo genere racchiudevansi (2). Ma il concetto imperiale di queste generalità del diritto privato si riduce a una nomenclatura tecnica, coerente invero al sintetico, ed assertivo metodo adottato da un precettore, facile a confondere col comando l'insegnamento, e neces-

(1) Giustiniano esprime enfaticamente questo concetto: *ab imperiali splendore appetere . . . legum eruditio a voce principali procedat.* Just. *in Prolem.* §. 3. I seicentismi eran detti dai retori antichi *Meteore.*

(2) *Inst. lib. 1 tit. 1* 2.

sario forse non tanto alla indole della materia trattata da lui quanto alle sue prettamente autorevoli origini (1).

Antonio Matheo, prendendo ad illustrare le leggi Romane relative alla sicurezza sociale, che egli designa col consueto lor nome di leggi relative ai *delitti*, e alle *pene*, ha considerato come generalità di questa ricerca il trattar delle diverse nozioni, che i Romani formaronsi del delitto: degli elementi morali, che lo compongono: e de' fisici, ne' quali risolvesi: delle cause, che ne diminuiscono la imputazione e la pena, e della varia nomenclatura, che il diverso punto di vista, nel quale il delitto vien praticamente considerato, fa nascere. In questa mainera quell' egregio scrittore fissò il crechio delle generalità nella più estesa nozione, che i Romani ebbero del delitto, fissando il punto centrale nelle leggi, che si proponeva illustrare (2).

Prima del Renazzi niuno avea tentata la descrizione del più largo cerchio possibile delle generalità della scienza della sicurezza sociale, considerandola come sistema ordinato, e completo di cognizioni, avente la sua particolare indole, e i suoi separati, e distinti principj. Questo scrittore ha il pregio di aver sentita la necessità di questa razionale impresa, ma entrando il primo in questo arringo difficile, nè ha saputo ben fissare il punto centrale delle generalità, nè ha potuto tracciarne la vera periferia.

Il Renazzi, cedendo ai pregiudizj della età sua, si lasciò troppo dominare dalla idea della pena, onde il punto centrale delle sue generalità è nel delitto considerato come *punibile*, e non considerato come non contingibile perchè *prevenibile*: nè sarà difficil comprendere come le sue generalità, ristrette alla pena, debbano essere riuscite meno estese di quel che sarebbe avvenuto se egli avesse considerato il delitto in un più razionale riguardo.

Il difetto essenziale delle generalità del Renazzi, da lui intitolate col nome scolastico di *prolegomeni*, consiste nella loro soverchia eccentricità, mentre dal suo punto di partenza sembrava doversi presagire, che esse riuscir dovessero piuttosto soverchiamente concentriche: perciocchè questo cerchio, estendendosi da un lato fino a comprendere l' agricoltura, l' architettura, e le arti meccaniche, tocca dall' altro una specie di punto mistico, che esso chiama la *ontologia* del criminale diritto (3).

Ne' tempi a noi più vicini, avendo i pratici oggetti della scienza della sicurezza sociale perduto molto del loro credito; tra perchè in alcuni riguardi detestabile opera o dell' orgoglio, o della paura, o della crudeltà de' dominatori della specie umana

---

(1) Ciò meglio sarà spiegato quando verrà fatto di parlare del metodo.

(2) Ant. Math. *Comment. ad lib. XLVII, et XLVIII. dig. de criminib. prolegom. cap. 1 4.*

(3) Renazzi *Elementa juris criminalis v. 1 proleg. §. V.*

in tempi d'ignoranza, e barbarie (1): tra perchè una generale inclinazione degli animi a rifondere in combinazioni nuove le forze sociali, troppo oltre spingendosi, non ha voluto distinguere l'opera della natura da quella degli uomini: il desiderio di rintracciare l'origine, e i principj di tutto ha illaqueata la scienza nelle antiche dispute, che già divisero le prime filosofiche scuole sul criterio di verità delle cognizioni dell'uomo: ed ha ne' suoi dominj riaccese con nuovo strepito le guerre della *Jonica*, e della *Italica:* tra la *esperienza*, ed il *ragionamento:* tra il *senso*, e la *riflessione*: tra i *fatti*, e i *principj*: tra l'*istinto* e la *speculazione*: tra le *idee dell'uomo*, e le *testimonianze della natura* (2).

Alcuni de' moderni scrittori, indicando bensì queste guerre scientifiche, ma omettendo di determinare il punto critico di contatto, al quale la scienza de' delitti, e delle pene fa capo là dove

« *Alto incendio di guerra arde il paese*,

si collocano gratuitamente sotto di una bandiera senza aver prima discusso da qual parte possa essere la ragione.

Può bene avvenire, che questo contegno sia opportuno a un bisogno di circostanza, e che come al pio Trojano, onde soccorrere la patria minacciata da incendio, sia lecito ad un'opinione prender le armi infuriata (3): ma il regno delle opinioni è passeggiero, ed efimero: la propensione dello spirito umano a cangiar di opinioni è assai nota (4), ed i grandi interessi sociali, che si calcolano col pensiero delle generazioni, e de' secoli, non ammettono nè precipitazione, nè salti.

In queste grandi, e clamorose contese il criterio della scienza della sicurezza sociale resta smarrito, ed incerto. Infatti, se

---

(1) Vedasi il proemio della Riforma criminale Leopoldina del 30 novembre 1786.

(2) De Gerando *De la generation des connoissances humaines vol. 1 chap. 1 p.* 24. Queste guerre presso gli antichi s'introdussero anco nelle mediche scuole, ma con diversa denominazione. Il luogo sublime occupato oggi dai *dommatici* o *razionali* fu occupato dai *metodici*, capo de' quali fu Asclepiade: l'infimo fu dato allora come oggi si dà agli *empirici*, i quali però aggiunsero a questo nome quello di *scettici*, ed ebbero in antesignano Acrone di Agrigento. Il posto di mezzo come a *miscellioni* fu dato ai *dommatici*, o *razionali*, capo de' quali fu Ippocrate. Corring *Introd. in univ. artem med. cap.* 2 *thes.* 8 9. Così la natura degli oggetti, ai quali si applicava la scienza, costringevala a cambiare, senza che ella se ne accorgesse, e pretensioni, e linguaggio.

(3) *Arma amens capio.* Virg. *Aen. lib. 4.*

(4) Crist. Thomas. *Dissert.* 18 § 27, ove sono notabili le parole, « *essentia intellectus humani in propensione ad cognoscendas novas veritates consistit. Sed haec propensio nihil aliud est quam desiderium continuatum mutandi opiniones, quia numquam desideramus ea, quae jam possidemus* »

non è alla Italia più lecito di citar Beccaria nella scienza dei delitti, e delle pene, come Galileo nelle scienze fisiche, e matematiche: se il criterio di Bentham non è più guida sicura nelle grandi questioni sulla origine, e sull'indole del delitto: sulla origine, e l'indole del gius di punire: sulla pena di morte: sul metodo giudiciario, qual sarà il criterio, che potrà in mezzo a tante incertezze guidare i passi di quella scienza?

Quindi, sebbene i generali suoi dati siano suscettibili di risolversi in pratiche verità di dominio dell'intimo sentimento di chicchessiasi, i suoi nuovi razionali bisogni la costringono ad estendere le sue generalità, e a desumere dalla loro più alta, e remota origine i principj, i quali per una lunga catena di deduzioni debbono scendere a dare a'suoi pratici oggetti l'atteggiamento, che loro meglio conviene (1).

Così le generalità, che fin quì poteva aver possedute, come patrimonio suo proprio, la scienza della sicurezza sociale, a'suoi nuovi bisogni non bastano. Ella è nella necessità di estenderle fin dove sembrerebbe, che esse non dovessero giungere, vale a dire al principio critico della certezza delle cognizioni dell'uomo, e in questo riguardo accade, per così dire, alla scienza ciò che accade all'albero, a cui un nuovo albero viene innestato,

« *miraturque novas frondes, et non sua poma,*

fino al segno, che a questa specie di nuova razionale ascensione della scienza manca quasi la nomenclatura, a meno che non si vogliano ammettere *le generalità delle generalità.*

Concepite così le generalità della scienza della sicurezza sociale, è mestieri dividere il lor nuovo piano in due grandi sezioni.

La prima sezione, dipartendosi da quanto è stato in questa materia praticato fin quì, dee considerare.

I. Le leggi esistenti nella natura.

II. Le leggi esistenti nello spirito umano.

III. Le leggi, che ricevono la loro esistenza dal raziocinio speculativo.

IV. Le leggi, che la ricevono dal pratico raziocinio.

V. Le relazioni delle leggi morali, e delle leggi politiche, ed il diverso criterio delle scienze, che le contemplano.

La parte seconda, come quadro di applicazione degli esposti principj, e ravvicinando, a così dire, la scienza all'antica sua carreggiata, dee ponderare.

---

(1) *Neque enim in plano via sita est sed ascendendo, et descendendo: ascendendo primo ad axiomata, descendendo ad opera.* Bacone *Nov. Org. scient. lib. 1 aph. 105.*

I. Le leggi della sicurezza sociale, contemplate nel loro scopo, e nella diversità de' mezzi, che adopran per giungervi.

II. Le diverse parti dello scibile, del quale quelle leggi forman l'oggetto.

III. Le scienze, le quali, non appartenendo alla teoria della sicurezza sociale, più, o meno direttamente le prestan soccorso.

Calcolando il cerchio, ed il centro di queste generalità, si scorge, che il primo si estende alla nozione di un principio, che tutte le leggi possono aver comune tra loro, come generale, e più semplice, e che il secondo intende fissarsi sul vero criterio della scienza della sicurezza sociale, come principio regolatore di tutte le razionali, o pratiche sue conclusioni.

In questo sistema tutti gli oggetti particolari della scienza della sicurezza sociale sono esclusi dal cerchio delle sue generalità, ed aspettano quasi d'esser configurati dal suo criterio.

CAPITOLO II.

Delle leggi della natura.

Non è ricerca inutile l'indagare se le leggi abbiano la loro origine unicamente dai concetti dello spirito umano, o se l'abbiano dalla sensitiva natura degli esseri, che son destinati a dirigere, comecchè le lor sensibili qualità siano il più antico, il più certo, e il più discernibil fenomeno della loro esistenza. Nella prima ipotesi esse sarebbero meri razionali principj, ai quali i bisogni della natura senziente dovrebbero uniformarsi: nella seconda bisogni della natura sarebbero, dal calcolo de' quali la umana ragione non potrebbe prescindere. In questa seconda ipotesi la più generica definizione delle leggi sarebbe stata posta dal Montesquieu (1), il quale le definì le relazioni necessarie delle

(1) *Esprit des loix liv. 1 chap. 1.* Bentham *Traitès de legisl. civ. et penal. vol. 1 pag. 57* rigetta come soverchiamente dommatica questa definizione delle leggi. Destut de Tracy *Comm. sur l'esprit des loix par Montesquieu liv. 1 in princ.* censura la definizione, impugnando, che nella natura esista una necessità, che dia vita alla legge, sebben da niuna umana autorità proclamata, nè altra legge conosce se non quella, che la giurisdizione civile abbia tra gli uomini in società stabilita: riproponendo quello che Puffendorf contro Grozio sostiene quanto alla sanzione penale, di cui possono essere molte ma non tutte le leggi fornite. *Le droit de la nature, et des gents liv. 8 chap. 3 §. 4.* Quindi l'errore del Tracy consiste nel confonder la legge colla sua sanzione. Il Lampredi *Jur. pub. univ. theor. part. 1 cap. 1 §* 2 aderì alla definizione del Montesquieu.

cose tra loro: definizione non dissimile a quella, che alla ragion della legge assegnarono i Romani giureconsulti (1).

Queste relazioni, le quali, create dal supremo Autore della natura, avvolgono, e legano le cose tra loro, discernibili facilmente quanto più semplici sono i corpi, ai moti dei quali esse servon di norma, più divengono difficili a percepirsi, quanto più complicati nel loro composto sono que' corpi, ed i moti, co' quali gli uni agiscon sugli altri.

Se moto al mondo non fosse o bisogno di leggi non vi sarebbe, o una sola, e semplicissima legge governerebbe il creato, riducendolo a una compatta massa, ed inerte.

Ma il creato è composto di esseri sciolti, e divisi tra loro, i quali gli uni separatamente dagli altri si muovono. Alcuni di questi moti son *necessarj*, alcuni son *volontarj* soltanto, ed altri son *liberi*. Da questi moti può nascer l'ordine come il disordine; e siccome l'ordine o è il bisogno di tutti gli esseri, o è lo stato almeno, al quale le lor relazioni reciproche più generalmente, e costantemente gli volgono, questa osservazione applicata agli uomini, e ai lor reciproci movimenti, può far credere, che essendo ciò l'effetto di relazioni indipendenti dal lor raziocinio speculativo, in quantochè esse al raziocinio speculativo preesisterono, relazioni simili possano nei soli bisogni della più urgente conservazione della specie produrre l'ordine per le sole forze di loro natura (2).

Siede invero quasi sovrana, e regina della sensitiva natura dell'uomo la sua ragione, ma ella non è il solo principio determinator de'suoi moti. Se ella lo fosse, tutte le leggi esisterebbero in essa, perciocchè, dati gli esseri, relativamente ai quali l'uomo dee regolare i suoi moti, dovrebbero per necessità di loro natura esister le razionali lor regole, come, dati i corpi, considerati per le sole lor quantità, il calcolo delle quali è di puro, e mero dominio della ragione, le leggi che ne derivano, sono, per così dire, all'animo umano inerenti.

Ma nell'ordine storico della creazione i moti della sensitiva natura dell'uomo precederono quelli della razionale, nè questa, sebbene il titolo della sua poziorità sopra quella innegabile sia, ha avuto il titolo della priorità nella influenza, che o l'una, o l'altra ha potuto esercitare sulla condotta degli uomini.

Tutto tende in natura a prosperare, ed a conservarsi: quindi tutti i moti degli esseri o sono di prosperità, o sono di sicurezza. I moti di prosperità, avvicinano, e uniscono gli esseri tra

---

(1) *Ut naturaliter evenire solet, necessitas ipsa deduxit, rebus ipsis dictantibus* Dig. *lib. 1 tit. 2 l. 2 § 9.*

(2) *Sensu antea quam mente utimur.* Plotin. *Eunead. 5 l. 9* Jacobi Stellini *De ortu, et progressu morum Op. v. 1 p. 76.* Di questo già Professore della Università di Padova poco noti sono in Italia gli scritti, ma degni di esser letti con attenzione.

di loro: quelli di sicurezza o producono la fuga dell' uno dall' altro, o producono la repulsione tra loro. Questi moti sotto il nome di attrazione, e di repulsione, di affinità, e di repugnanza si scorgono nella inorganica, e bruta materia, e da essa con ordine costante e invariabile si propagano alla natura vegetabile, e da questa alla sensitiva, che l' uomo ha comune co' bruti (1).

In niun codice antico, o moderno vi ha legge, la quale obblighi l' uomo a vivere in società co' suoi simili, o gli prescriva il modo, con cui egli abbia a valersi delle naturali sue facoltà, onde in unione cogli esseri della sua specie perfezionare la natura bruta, che lo circonda, e convertirla in mezzo della propria prosperità, appropriandosi ognuno gli oggetti, che la compongono, in proporzione della propria industria, e del proprio lavoro. Senza codice civile il selvaggio ha la proprietà del suo *hamac*, del suo arco, de' suoi strali, e della sua preda: il barbaro ha la proprietà del suo gregge: l' agricoltore quella del campo, che ha coltivato (2). Senza codici, e senza leggi in qualunque siasi aggregazione politica si scorgon gli uomini, relativamente ai mezzi di sodisfare ai bisogni di loro natura, da una condizione umile ascendere ad una elevata. I moti, che producono questi fenomeni, son cagionati da relazioni, e quindi da leggi stabilite tra gli uomini dalla natura (3). I prodigiosi effetti attribuiti dalla mitologia, supplemento della storia in un tempo, nel quale ella non poteva lasciare scritte memorie, alla cetra d' Anfione, e di Orfeo, sono emblemi d' un potere senziente, che spinge gli uomini, indipendentemente da qualunque calcolo della loro ragione, a vivere insiem congregati, e in uno stato di vicendevoli uffiej, i quali ridondano in vantaggio di chi gli presta, e di chi gli riceve (4).

Se vero fosse quel che una trista, e melanconica filosofia, nata in mezzo ai torbidi delle civili discordie di una grande nazione (5), ha inventato, asserendo, che la forza, e il terrore

---

(1) Osserva il Berkley *De motu sive de motus principio, et natura, et de causa comunicationis motuum*, che l' attrazione, e la repulsione non si considerano come *causa efficiente*, ma come *generalità di un fatto*.

(2) Ferguson's *An Essay on the history of civil society part. 2. sect. 5.*

(3) Millar's *Of te origin of the distintion of ranks.*

(4) Dione Grisostomo nella sua orazione a que' di Alessandria, Cesarotti *letterat. greca vol 2. pag.* 339. considera la favola d'Orfeo come narrazione storica del passaggio degli uomini dalla vita selvaggia alla pastorizia.

(5) Tutti conoscono le vicende politiche, in mezzo alle quali Hobbes scrisse. Budeo assicura, che egli immaginò il suo sistema per piacere a Carlo II, alla corte del quale ricomparve, non ostantechè si fosse dopo la sua fuga col Principe di Galles, riconciliato con Gromwel. È stato osservato, che il primo fautore del dispotismo tolse alla morale ogni suo pregio. De Gerando *De la generation des connoissances humaines v. 1 p. 419.*

formano tra gli uomini il sociale coagulo, la sua tempra sarebbe sommamente precaria; perciocchè nè questa forza potrebbe esser sempre presente alle volontà, che ella dovrebbe comprimere, nè sarebbe più forza se le individuali, che ella, con combinazioni di sua creazione, ha rivolte le une contro le altre onde meglio col timore signoreggiarle, insieme contro essa si unissero per darsi una combinazione nuova ai lor giusti bisogni più confacente (1).

Una savia, ed ammirabile economìa della natura spinge l'uomo alla società co' suoi simili per mezzo di sentimenti di un effetto più generale, e costante di quello, che il timor può produrre, vale a dire co' simpatici sentimenti di reciproca prosperità, pe' quali la umana esistenza sembra quasi estendersi a un cerchio maggiore di quello, che le leggi puramente animali le hanno assegnato: mentre i sentimenti, che incute per mezzo del terrore la forza, comecchè di loro natura minaccino di distruggere la esistenza dell'uomo, non possono essere nè durevoli nè generali. La forza, prescindendo dall'uso, e dall'abuso, che le private ambizioni possono farne, considerata come sociale coagulo, può bensì riparare al disordine ma non può essere creatrice dell'ordine, sicchè l'intervento suo, ne' moti produttivi la regolarità della vita civile tra gli uomini, debb'essere transitorio e di circostanza: una di quelle anomalie, per le quali talvolta, e parzialmente la natura sembra sospendere le sue leggi, e porsi in contradizione con se medesima.

La legge della sociabilità è per l'uomo una legge *sentita* piucchè *conosciuta*, come lo è pe' termiti, pe' castori, e per le api, che ne hanno fino a un certo grado l'istinto (2), e la origine di questa legge, come sensitivo bisogno, si perde nella economìa impenetrabile di quella necessità, a cui il Creatore sottopose le cose create onde i lor moti alla loro perfezione maggiore corrispondessero. Questa legge della sociabilità è legge di moto, la quale non può per un momento sospendere la propria azione, nè può considerarsi disgiuntamente dagli effetti, che ella è destinata a produrre, vale a dire dalla società di fatto tra gli uomini, come la legge, che loro comanda di vivere, e

---

(1) Cicer *De Repub. ed. Ang. Majo lib.* 2 ammette il cambiamento dell'*incommutabile* stato sociale per le forze di tutti, che si rivolgono contro un'autorità spiegatrice della giustizia. Vedi Jo. F. Wagemann *De quibusdam caussis, ex quibus cum in veteribus tum in recentioribus civitatibus turbae ortae sunt, aut status reipublicae immutatus est. Heidelberg.* 1810.

(2) Questi involontarj effetti simpatici son ben definiti non suscettibili di definizione in quei noti versi

« *Amo: quare id faciam fortasse requiris?*
« *Nescio sed fieri sentio.*

Catull. *Carm.* 85.

prosperare, non può considerarsi disgiunta dal proprio scopo nella vita attuale, e nell' attuale prosperità. Questa legge, come legame dalla natura tessuto, avvolgendo gli uomini fin dal loro nascere, e incatenando la loro volontà, prima che ella aver possa la coscienza di se medesima, alla civil società, obbliga a considerar questo stato come lor naturale in tutti gli stadj, ed in tutte le fasi, che la storia, e la osservazione può presentarne. L'azione di questa legge di prosperità si manifesta nel moto, che essa dall'individuo estende alle masse, convertendole, per così dire, in un nuovo individuo, il quale per via di forze, che niun gli comunica, e che niuna forza contraria saprebbe, o potrebbe incatenare, si spinge a perfezionarne l'ordine, senza di cui questa nuova esistenza non potrebbe sussistere (1).

Ma se l'effetto il più generale, e costante delle relazioni di prosperità, e de' moti, che esse producono, è nelle umane società l'ordine, non è da dire però, che il disordine sia impossibile, e che non nasca, e non abbia la sua radice in quei bisogni medesimi, che rendono all'uomo la società necessaria per sodisfarvi.

La semplicità dell'istinto ne' bruti animali suscettibili di società: la uniformità costante dei loro bisogni: la esuberanza dei mezzi atti a sodisfarvi: la facilità somma, colla quale a quest'oggetto dal lor naturale stato essi vengono in potere o dell'animale, o dell'aggregazione, alla quale l'animale appartiene, fanno si, che in aggregazioni simili le relazioni di prosperità, e i moti, che ne derivano, son sempre, e costantemente produttivi dell'ordine (2).

---

(1) Questa forza di affinità, la quale converte gl'individui in parte d'un tutto nella politica aggregazione, fu quasi il criterio politico degli antichi. La espresse Menenio Agrippa nell'apologo, con cui potè riconciliare la plebe con i Patrizj a Roma. Liv. *Hist. lib.* 2 *c.* 32, e la esornò Seneca *De ira lib.* 2 *c.* 31.

(2) L'Ariosto anteriore d'un secolo all'Hobbes ne professa spesso i principj.

« *Ma il popolo facea quel che i più fanno*
« *Che obbediscon più a quei, che più in odio hanno.*

Fur. *c.* 57 *st.* 104.

È noto quel suo bellissimo paragone poetico

« *Chè gli storni, e i colombi vanno a schiera,*
« *I daini, i cervi, e ogni animal che teme,*
« *Ma l'audace falcon, l'aquila altera,*
« *Che nell'ajuto altrui non metton speme,*
« *Orsi, tigri, leon soli sen vanno,*
« *Chè di più forza alcun timor non hanno.*

C. 20 *st.* 105.

Il paragone si addice agli animali senza industria, che altra cura non hanno se non quella del loro alimento, e della loro riproduzione, ed

All'incontro tra gli uomini la complicanza, la volubilità, e la inesauribilità del loro istinto socievole, tendente sempre a svolgersi, e progredire senza trovar limite, che ne fermi l'impluso: il numero immenso di oggetti, che a quest'istinto abbisognano, la insufficienza della bruta natura a fornir mezzi atti a sodisfare alla squisitezza, che lo distingue: l'opera, che è necessaria per acquistarli, e renderli tali: la disuguaglianza di attività, e d'industria, che la natura ha posta tra gl'individui, introducendone una nell'acquisto, e nel possesso de' simili mezzi: tutte queste circostanze conducono a far nascere un disequilibrio tra i desiderj, uguali in tutti, e i mezzi di sodisfarvi, disuguali tra i più; dimodochè i desiderj di alcuno, disposti a far cessare questo disquilibrio, il quale come effetto del voto della natura è il più forte, e forse il solo incentivo del moto, col quale la umana industria si spiega, e perfeziona la civil società (1), non potendo, o non volendo ottener lo scopo per le vie della industria, che la natura ha segnate, cercan di giungervi con mezzi d'invenzione facile, e di effetto più pronto quali sono o l'astuzia, o la forza. È a questo punto, che la natura sembra in contradizione con se medesima, facendo spuntare il disordine da que' principj sensitivi medesimi, all'azione de' quali ella affidò la costruzione dell'ordine (2).

Se l'economìa della natura avesse affidato a questi sensitivi principj il ristabilimento dell'ordine da essi alterato, ella sarebbe caduta in una petizione di principio: lo stato di urto, o di collisione, nel quale questi sensitivi principj si sarebbero dovuti necessariamente trovare, avrebbe aumentato il disordine anzichè farlo cessare (3), e si sarebbe ben presto nella umana società verificata la favola della sementa di Cadmo.

---

ai quali l'istinto dice esser destinati gli uni all'alimento degli altri. Gli animali capaci d'industria si congregano insieme non per timor di una forza che gli minacci, ma per sodisfare a un istinto, che esige la cooperazione della specie, e al quale il solo individuo non basta.

(1) Sull'abuso di questa idea poggia tutto il libro del Mandeville *The fable of the bees etc.* Ma l'abuso n'è vecchio quanto la moral corrutteia dell'uomo. Se ne incontran le tracce negli antichi:

« *Boni viri me pauperant: improbi alunt:*
« *Augent rem meam mali: populi strenui*
« *Damno mihi: improbi usui sunt.*

Plaut. *in Pseud. act. 4. sc. 5.*

(2) Questo fenomeno è pur notato dall'insigne Stellini. *Ethicae lib. 2 in praef. op. v. 2 p. 29.*

(3) La cosa è poeticamente espressa dal Tasso,

« *L'onta irrita lo sdegno alla vendetta*
« *E la vendetta poi l'onta rinnuova.*

Gerus. *c.* 12.

Dovevano certo questi sensitivi principj essere i soli mezzi, coi quali poteasi ristabilir l'ordine: perchè alla forza convien riparar colla forza; ma la scelta, e la direzione di questi mezzi, destinati o a mantener l'ordine, o a far cessare il disordine, non poteva nascere dalle fortuite combinazioni fornite dai moti della natura sensitiva dell'uomo, ed era a ciò mestieri d'un principio combinatore per se stesso, il quale trovasse le regole dell'ordine nella sua natura medesima, nè questo principio fuor della umana ragione poteva incontrarsi.

CAPITOLO III.

Delle Leggi nello spirito umano.

I fenomeni, che il progressivo svolgersi della sociabilità produce tra gli uomini, sono un fatto generale e costante, il quale può divenir soggetto di esame della storia naturale o dell'individuo (1), o di quella della sua specie (2), o di quella della civil società, considerata come una persona morale, la quale ha, come l'individuo, la sua infanzia, la sua adolescenza, e la sua virilità (3). Queste diverse storie esaminano nell'uomo, e nel suo istinto socievole le forze, ed il voto della natura, e, se considerano la società come un legame di *fatto* tra gli uomini, non la elevano al grado di legame di *diritto* tra loro.

Lo spirito umano, fondando i proprj calcoli sopra relazioni d'ordine superiore, e d'indole diversa da quella delle relazioni della natura sensitiva dell'uomo, trovò nel *dritto*, o in una facoltà morale, che la ragione discerne comune ed eguale tra gli uomini indipendentemente dalla incalcolabile diversità, che introduce tra loro il vario tenore delle loro intellettuali, e fisiche facoltà, il principio regolatore delle forze destinate a respingere, o comprimere le perturbatrici dell'ordine, ed a mantenerlo: perciocchè il *diritto* come forza, alla quale tutte le menti son costrette ad obbedire, poteva solo divenir punto, attorno al quale il maggior numero, interessato al mantenimento dell'ordine, dovea riunirsi.

Il diritto non è, nè potrà mai essere cosa di fatto sebben dall'esame de' fatti, e dal loro confronto la sua idea possa nascere nello spirito umano. Esso è un ente di ragione, il quale, con un grado maggiore d'intellettualità di quel che abbian le idee astratte, non ha principio, o base di realtà nella natura sensibile delle cose: per il che è certo, che una legge sociale, indipendente dalle relazioni della natura sensitiva dell'uomo, e

(1) Buffon *Histoire nat. natur. de l'homme.*
(2) Virey *Histoire natur. du genre humain.*
(3) Ferguson's *An Essay on the history of civil society.*

atta a dar norma ai moti, che ne risultano, ha tutta la propria esistenza nel di lui spirito (1).

O lo spirito umano trova dunque nella economia delle sole sue forze il modo di creare la legge, nel qual caso, ella o può essere una relazione necessaria delle idee tra loro, ma non mai una relazione necessaria delle cose, che fuor dello spirito umano hanno la loro esistenza, o dee essere una relazione necessaria tra le cose, e lo spirito, che le contempla, e tra esse questa necessaria relazione discerne. In questo secondo punto di vista converrebbe dire con una mente elevata de' nostri tempi, esservi una catena, la quale unisce tra loro le cose, che esistono: risultare da questo legame nell'universo tutto ciò che accade: nelle idee tutto ciò che si giudica, scorgersi a prima vista de' fatti tra loro isolati, e sconnessi: questi fatti non esser le leggi: ben tosto la mente in questa grande varietà di fatti discernere qualche cosa di comune, e di fisso: questo legame unire il passato, il presente, il futuro, e divenir calcolo dell'avvenire, ed essere questo legame la legge, la quale, unisce il mondo fisico, il morale, e l'ordine delle nostre idee (2).

Questa catena di fisica tempra da un lato, e di tempra intellettuale dell'altro, simile all'aurea, la quale, scendendo dalla bocca del celeste Ercole adorato dai Galli, avvolgeva la terra (3), altro non è se non il tentativo, col quale una imaginazione felice, prendendo l'atteggiamento di opinione filosofica, ha tentato o di conciliare, o di eludere la contrarietà delle pretensioni dello spirito, e di quelle de' sensi nello stabilire la più vera origine, e la più vera indole delle leggi (4).

---

(1) Egregiamente il Gravina chiamò la legge regolatrice dell'uomo *legem solius mentis. De origine jur. lib.* 2. §. 2. E il Montesquieu definì questa legge « la ragione umana, che governa tutti i popoli della terra » *Esprit. des loix liv. 3 chap. 11.*

(2) De-Gerando *Cours de droit public, et administratif. Themis ou Biblioteque du jurisconsulte vol.* 2. *pag.* 176. Una catena simile è concepita da Smith *History of Astronomy.* Dugald Stewart *Elements of the philosophy of the human mind. v.* 2 *p.* 354.

(3) Pollet. *De Foro Romano pag.* 115. In un senso in parte diverso Omero *Iliad. lib.* 8. parla d'una catena simile, che Giove farà da sè scendere sulla terra sfidando gli Dei onde trar lui dal suo seggio mentre egli trarrà a sè la terra, ed i mari. Chi credè aver voluto il poeta significare in quella catena l'anima dell'universo, chi il fato, chi la eccellenza del governo monarchico, chi la virtù vivificante del sole, chi la forza di attrazione, che esso esercita sulla terra. Cesarotti. *Traduz. lett. della Iliad. lib. 8. n. c.* Giove parla alle passioni degli Dei divisi tra loro da spirito di parte nella guerra tra i Trojani ed i Greci, e la catena significa che il linguaggio della ragione deve essere accompagnato sempre dalla forza quando vuol farsi sentire tra le umane passioni.

(4) L'insigne De-Gerando nella sua opera *Histoire comparèe des sistèmes etc.* considerando la scuola di Bacone come il tronco, da cui si sono quasi diramate le moderne scuole di filosofia, ne forma tre sezioni: la

Questa fantasia conciliatrice, riposando sul principio filosofico della unità, e della generalità della ragione determinatrice di tutti i moti fisici, e morali dell'uomo, come oggetto di scientifica contemplazione, ha configurato sublimi modelli della gran legge della umanità, e della gran legge sociale.

Gli antichi immaginarono due repubbliche: l'una di fatto circoscritta, e ristretta in territoriali confini: l'altra di diritto, grande, e, come essi dissero, veramente pubblica, nella quale gli Dei, e gli uomini si contenevano, e i confini della quale eran misurati col sole (1).

Una nuova filosofia generale si colloca ardita tra il cielo, e la terra, e calcola le relazioni, nelle quali la *umanità* si trova coll'universo visibile, e coll'invisibile: coll'increato, e il creato (2). Una nuova filosofia della storia, sprezzando le distanze di tempo, e di spazio, aggruppa insieme i secoli, e le nazioni, e ne esamina le vicende, onde stabilire il generale carattere della lor vita civile, e politica (3). Una nuova razionale filosofia, nella sua applicazione alla cognizione delle forze, e della economia, o conservatrice, o prosperatrice de' corpi politici, prescinde dalle lor differenze parziali, e di circostanza, e trova l'archetipo di un corpo politico, nel quale ravvisa un'anima d'immutabile tempra come la umana (4).

Questi diversi sistemi spiegano i fatti, ma non l'impugnano, e non ne prescindono. Essi appariscono rivolti a imprimer loro un carattere di generalità, di consuonanza reciproca, e d'ordine, il quale sembra, per così dire, congiungere la materialità loro colla immaterialità dello spirito, che gli contempla.

Una più ardita filosofia sdegna di assidersi in mezzo de'fatti: gli ha, come false, e corruttrici sembianze, in orrore, e, divenuta la sola confidente di sè medesima, colloca il suo trono

---

prima più coerente d'ogni altra al tronco, da cui si parte, la quale colloca l'uomo in relazione cogli oggetti a sè esterni, ed è la scuola di Gassendi, di Locke, Homasius di Tchirnhausen, di Condillac, di Alembert, di Bonnet, e degli Scozzesi; la seconda, la quale altre relazioni non vede che di sè con sè stessa, ed è la scuola di Kant introdottasi in Francia con facile innesto alla platonica dopo la bella traduzione, che il signor Cousin pubblicò delle opere di Platone: la terza, la quale non vede altra relazione, che quella de' sensi cogli oggetti esterni, ed è la scuola di Cabanis, di Destut de Tracy ec.

(1) Senec. *De otio sap. cap. 31.* Cicer. *De legib. lib. 1. c. 7*, attribuisce a Platone questo concetto. Aristotile lo rigettò, pensando non potersi ben giudicar dell'uomo, e delle leggi che gli convengono se si tolga dalla città alla quale di fatto appartiene. Tolomeo *Harmonic. lib. 3 c. 3.* pretese conciliare la ragione, e i sensi colle proporzioni musicali, e mise fuori il *diapason*, il *diapente*, il *diateparon* ec.

(2) Herder *Idées sur la philosophie de l'histoire de l'humanité.*

(3) Vico *Principj di scienza nuova.*

(4) Romagnosi *Introduzione allo studio del dritto pubblico universale.*

nella pura ragione dell'uomo, e là vuol regnare solitaria, romita, e di sè sola contenta (1).

Ma qualunque esser possano le pretensioni dello spirito umano rispetto alle prerogative delle nude sue forze, non è difficile il dimostrare, che le leggi della società umana, sebben suscettibili di divenire un idealismo completo, hanno avuta la loro origine da un dato essenzialmente sperimentale, e di fatto.

Se le sole relazioni di prosperità, e i moti, che esse producono, avesser potuto mantener l'ordine fra gli uomini, lo spirito umano non avrebbe avuto nè competenza, nè titolo a cercar nelle proprie contemplazioni un principio conservatore dell'ordine. Questa verità fu dall'antica mitologia effigiata nel secolo d'oro, nel quale, in mezzo all'ideale affluenza di mezzi di pubblica, e privata prosperità, niuna collesione degli umani interessi rendeva necessaria la legge (2).

Allora soltanto, che i moti di prosperità esagerandosi, e oltrepassando il limite, che al conseguimento del loro scopo con saggio temperamento loro assegna natura tra gli uomini nei prodotti d'una vicendevole industria, posero in pericolo la vicendevole sicurezza, furon necessarie formule razionali dirette a contenere que' moti in certi, e determinati confini: perocchè essendo un confine, ed un limite ed un'idea astratta di confronto, e di proporzione la sola ragione potea concepirlo ed esprimerlo. Laonde il bisogno di provvedere alla sicurezza, cosa o di opinione o di fatto, e in verun modo razionale, o scientifica, fu il vero, e primo creatore delle leggi sociali.

---

(1) Di questa filosofia occorrerà ragionare nel Cap. IX. di questo libro.

(2) Voltaire ha detto « *le siecle d'or qui dura quelque jour* » verso simetrico all'altro « *ce monde ici n'est qu'un oeuvre comique* ». Alcuni pensarono che la innocenza, e il niun bisogno di leggi di quella età sì ben dipinta da Ovidio *Metamorph. lib. 1.* debbano attribuirsi allo stato di prostrazione di forze e d'inerzia, in cui le grandi catastrofe fisiche della terra gittarono la specie umana. Paw *Recherches sur les Americains ou memoires pour servir à l'histoire de l'espèce humaine vol. 1. p. 18.* Il secol d'oro nel senso del testo è come legale ipotesi indicato da Hume *Essays and Treatises Essay on civil liberty*, e da Stellini *De ortu, et progressu morum op. vol. 1, p. 77.* Lo indica come storico fatto Tacit. *Annal. lib. 3. c. 11.* Rousseau non ha potuto sostener come *fatto* il suo bello ideale d'uno stato di pura natura tra gli uomini se non supponendo una naturale fertilità della terra. Nella contraria ipotesi della mancanza di mezzi necessarj a sussistere altri ha delineato degli uomini primitivi un quadro totalmente diverso.

« *Cum prorepserunt primis animalia terris*
« *Mutum, et turpe pecus etc.*

Orazio *lib. 1 sat. 3. v. 99.*

Questi due tra loro opposti sistemi partendosi da due diverse ipotesi di *fatto*, e riunendosi nella opinione esclusiva di ogni *diritto*, o legge, che hanno l'uno, e l'altro comune, mostrano, che da soli, e nudi fatti e dalle sole relazioni della natura sensitiva dell'uomo non può nella di lui mente nascer la idea d'un ordine legale.

La ragione umana dovette allora elevare al grado di dritto quel che le sole forze della sensitiva natura, o colla creazione nelle persone, o colla industria sulle cose, divenute mezzi di privata prosperità, aveano già prodotto, e guidar le forze sociali alla protezione di questo diritto contro l'astuzia, o la forza di chi, volendo rompere questo nuovo equilibrio si dichiarava nemico dell'altrui sicurezza. Nè ciò l'umana ragione poteva ottenere se non proclamando come leggi le relazioni di sua creazione, sulle quali questo nuovo equilibrio fondavasi (1).

Or queste relazioni, o come oggetti di contemplazione, o come scoperta dello spirito umano, poterono essere da lui in varia maniera considerate; o indipendentemente dai bisogni, e dai fatti, dai quali nella loro origine prima nella mente umana eran nate, come le relazioni di *quantità* possono essere affatto astratte dai corpi, ai quali sono inerenti, divenendo idee capaci di star per se sole, e di dar nelle lor diverse combinazioni un ordine, su cui la mente si appaga; o come dipendenti sempre dai bisogni, e dai fatti che ne avean prodotta la necessità: di guisachè, rispettato sempre in questi fatti ed in questi bisogni il voto della natura, nel progressivo sviluppamento della umana sociabilità, le combinazioni di sicurezza, divenute dettami della ragione, non perdessero mai cosa alcuna del lor pratico oggetto, e anzichè idee di quantità facili troppo a isolarsi dai corpi, ai quali si riferiscono, fossero piuttosto, idee di *qualità*, che dall'indole de' corpi, ai quali appartengono, non possono dividersi mai, onde il loro ordine, se da quello della natura sensibile si allontani troppo, urta troppo la realtà delle cose, la cui cognizione più dal retto uso dei sensi, da quel della ragione dipende (2).

Le prime leggi emanano dallo *speculativo* raziocinio dell'uomo: le seconde dal *pratico*.

Avvi questa differenza tra il pratico, e lo speculativo raggionamento, che questo convertendo le relazioni delle cose in idee, le quali di per sè stanno indipendentemente dalle cose medesime, dà a queste idee un impero assoluto su i fatti di guisa, che essi di qualunque indole siansi, qualunque esser possa la ingenita, e naturale lor forza, debbano sempre al sistema delle idee obbedire; mentre quelle, non abbandonando mai l'istinto, ed i bisogni dell'uomo, considerato non in un individuo ma nel complesso della sua specie, calcola come meglio vi possa dalle leggi essere soddisfatto. Il primo è come un conqistatore, invadendo un paese, non concede il titolo di legittimità se non alle leggi, ed agli usi, che egli vi porta quando pur si trattasse di farli regnare nella solitudine, in cui questa pretensione fosse per convertirlo. L'altro è piuttosto

(1) Vedansi le congetture di Cicerone sulla origine della legge protettrice della giustizia *De offic. lib. II. cap. 12.*

(2) Vedansi la nota 1 del seguente capitolo.

un coltivatore, il quale perfeziona il suolo alle sue cure commesso: seconda, e dirige l'istinto delle piante utili, che vi trova, e dà bando alle parasite, non sdegnando a quest'oggetto nè pazienza, nè cura, nè sudor se bisogna. Il primo tende a creare, il secondo a perfezionare la creazione. L'uno ammette come tese i proprî principî, e come ipotesi la società come unico, e solo oggetto del proprio studio, e dal confronto de' fenomeni, che essa presenta nelle sue fasi diverse, desume il criterio de' principî, che debbon renderla più sicura, e più prospera. Il raziocinio speculativo vuol dare alle leggi la tempra, che crede più coerente a un ordine intellettuale, che esso ha già preformato: il pratico rintraccia le leggi nella complicata indole degl' interessi sociali, e non sdegna il dirigere, e frenar le passioni colle passioni; tanto è lontano dal dare un carattere dommatico, e dottrinale alla legge. L'uno sperimenta le forze della pura ragione nella costruzione d'un ordine, che da lei sola deriva: l'altro indaga la ragione delle forze protettrici dell'ordine sociale. Amendue queste specie di ordine hanno di che appagare la mente umana, o l'una può essere indipendente dall'altra, o amendue possono avere un punto di relazione, e di connessione reciproca, il quale, indagato, può divenire un titolo di conciliazione reciproca.

CAPITOLO IV.

Delle Leggi, che emanano dal raziocinio speculativo.

Il raziocinio speculativo, spegiando le combinazioni, le quali hanno per dato, ed oggetto la forza, e l'indole delle cose create, si arroga il vanto d'essere una forza direttrice alla creazione anteriore, o almeno contemporanea. Mirando a un ordine assoluto invariabile delle cose, non dubita di credersi un pensiero della mente divina, e come la idea della curva, e della parabola, e delle lor proprietà non può esser diversa nella mente di Dio da quel che ella è nella mente degli uomini, nè altrimenti del vero, e del giusto negli oggetti morali può essere, il raziocinio speculativo tende a rintracciare, a stabilir questa idea, ed a convertirla in perpetua, ed inflessibile regola della legittimità di tutti i movimenti morali degli uomini.

A questo punto di verità, e di giustizia assoluta non può giungere lo spirito umano, che lavorando col paragone delle proprie idee, le quali, fissate nella loro astrazione dagli oggetti una volta, sempre si mantengon le stesse.

L'artifizio ideologico del raziocinio speculativo per giungere a quello scopo consiste in questo, che esso considera gli uomini non come unità del computo sociale, ma come unità separate, e distinte tra loro aventi ciascuno la importanza, e il valore medesimo. Ridotte così le facoltà dell'uomo a carattere d'una quantità aritmetica, o algebrica, per la intellettuale

sua indole inalterabile, il raziocinio speculativo deriva da questo *dato*, e da morali calcoli, che far se ne possono, la indole delle leggi di sua creazione, le quali per questa maniera elevano lo spirito umano alla contemplazione d'una giustizia assoluta, onde nè azione d'individuo, nè azione di corpo morale, nè azione di corpo politico giusta può essere, se a quell'assoluta regola conforme non sia.

Il raziocinio speculativo chiama i valori identici, che esso ha assegnati alle unità de' suoi calcoli o *diritti*, o *doveri* degli uomini, i quali poi converte, da *quantità* come esso gli aveva considerati, in *facoltà* attive, ed in facoltà passive, correlative tra loro, le quali obbligando per loro indole al concetto di un'assoluta eguaglianza reciproca formano di questa eguaglianza la base fondamentale delle leggi (1). In questo senso la legge non và dalle cose allo spirito, ma dallo spirito discende alle cose.

Le leggi di Dio, conosciute per via delle speculative forze della umana ragione, corrispondono perfettamente a questo sistema, ma la eguaglianza, che queste negli uomini presuppongono, è ne' doveri; di diritti non è luogo a discorrere.

Le leggi della morale conosciute anch'esse non per la via sperimentale del proprio ben'inteso interesse, ma per le forze speculative della umana ragione, corrispondono anch'esse al divisato sistema, ma anco relativamente a queste leggi la eguaglianza tra gli uomini è ne' doveri, e quanto ai diritti che esse producono, comecchè si tratti di diritti imperfetti, l'adempimento dei quali l'uomo non può sostener colla forza, essi appena ne meritano il nome, onde i dettami della morale, se non s'innestino colle leggi divine, assumono più l'aspetto di consigli, che di leggi propriamente dette.

Per formarsi la idea astratta d'un *dritto* competente all'uomo, al rispetto del quale debba unicamente mirar la legge, sicchè altro principio regolatore, ed altra base, che questo diritto non abbia, convien supporre nell'uomo una facoltà, senza l'esescizio della quale il suo carattere di agente morale verrebbe ad essere o indebolito, o distrutto: quindi una facoltà indipendente dal fatto dell'uomo e derivante dal voto della natura, e del suo eterno fattore: una facoltà da uomo ad uomo sostentabile colla forza mentre altrimenti ne sarebbe elusoria, ed inutile: una facoltà finalmente, che, considerata eguale in tutti, dasse resultati eguali bensì, ma d'indole in-

(1) Puffendorf *Le droit de la nat. et des gents lib. 1 chap.* 2. §. 10 mostra il lubrico, e pericoloso passaggio degli oggetti morali dallo stato di *quantità* a quello di *qualità*. Questo scrittore per via di transazioni parte dalle quantità *matematiche*, passa alle *fisiche*, e finisce nelle *qualità morali*, che esso osserva non potersi concepire col rigor delle prime, nè colla esatta misura delle seconde, e doversi sempre considerare, dic'egli, *un pò all'ingrosso*.

tellettuale sì generale, e sì forte, che niuna mente, ancorchè rozza, potesse contrastarne la verità: perocchè questa legge fatta per gli uomini individualmente considerati, dovrebbe esser guida della loro condotta in qualunque situazione o istruiti, o non istruiti si ritrovassero; onde le astratte verità legali, considerate come regola di condotta dell'individuo, dovrebbero agguagliare per la evidenza le estratte verità delle scienze esatte, e dovrebbero vincere per la prontezza, e per la facilità dello svolgersi nell'animo umano: mentre se queste, inerente ai moti de' corpi, gli regolano senza bisogno, che la mente umana con facilità ne conosca le leggi, quelle comecchè necessarie a regolare i moti dell'animo, non potrebbero aspettare ad essere conosciute dopochè l'animo avesse prese le sue determinazioni ad agire.

Se la legge di Dio, se i cosigli, o precetti della morale avessero potuto sempre, e costantemente ottenere l'effetto loro sulla umana volontà, come sufficienti sanzioni dallo scrupoloso adempimento de'doveri, che esse prescrivono all'uomo nel modo di condursi co'proprî simili, la speculativa teoria de' diritti, come legittimo titolo dell'uso della forza, sarebbe stata inutile, ed accademica.

La ragione umana ha potuto invero spingersi a contemplare un nuovo ordine di cose intellettuali, trovando in esso la origine, e la indole d'un *dritto*, o d'una attiva moral qualità nell'uomo, che ad esso sia titolo, e mezzo onde far passar l'ordine, della contemplazione del quale deriva, nelle azioni sue, e in quelle de'proprî simili, scuoprendo nella eterna legge della giustizia quella della natura. Ma questa legge, sebbene nella sua astrazione, come generale principio, abbraccia, e vinca la mente di tutti, nelle pratiche applicazioni sue presenta spesso inestricabili difficoltà.

La legge delle nazioni o gius delle genti è anch'essa di origine speculativa perchè, per una funzione facile a concepirsi, elle assumon l'aspetto d'individui indipendenti tra loro, e nello stato di questa funzione divengono, nel modo di condursi le une rispetto alle altre, soggetto della legge della natura.

Le leggi, che emanano dal raziocinio speculativo debbono dirsi assolutamente morali perchè, prendendo la origine loro, e tutta la loro forza nelle privata ragione dell'individuo, divengono, o possono divenire principî determinatori della sua volontà, agli atti della quale esse imprimono tutta la moralità, di cui essi son suscettibili, indipendentemente dalle leggi, che emanano dal fatto dell'uomo (1).

(1) Questa nozione di leggi assolutamente morali, comecchè di creazione della pura ragione, nel suo contrapposto con quella di leggi di diverso carattere, non s'incontra in veruna teoria di dritto. Io la proposi per modo di semplice cenno nella mia opera *Juris criminalis elem. edit. III. Pisis 1822 proleg.* §. 7, e più diffusamente la svolsi nel prospetto dello stato, in cui in Toscana trovavansi le scienze, le lettere, e le arti al principio di questo secolo. *Nuovo Giorn. de' Letter. Pisa 1822, vol. I. Introduz.*

CAPITOLO V.

Delle Leggi, che emanano dal pratico raziocinio.

La necessità, che obbligò la umana ragione a rintracciare nella natura dell'uomo l'indole astratta d'un dritto, che in esso divenisse titolo legittimo dell'uso della forza verso il suo simile onde provvedere alla propria sicurezza, mostra i facili traviamenti, a che la umana natura è soggetta: tanto più, che a impedirli nè la legge di Dio, nè i precetti della morale bastarono.

Quì vien fatto di domandare, se, non essendo stata sufficiente la forza autorizzata dallo speculativo raziocinio dell'uomo al sostegno d'un suo diritto col calcolo di ciò che deve essere un raziocinio, il quale prendesse i suoi dati da quel che è, onde meglio proteggere quel che deve essere, fosse competente a stabilire un nuovo titolo di legittimità per una nuova combinazione di forze.

Se alla domanda si può risponder che nò, tutte le leggi di creazione umana, le quali non siano autorizzate dal raziocinio speculativo, come fondate sulle individuali unità de' diritti di ciascun uomo, sono arbitrj, imposture, e lavori di empirici. Ma se alla domanda non si può, contro i dettami dell'intimo sentimento di tutti, negativamente rispondere: converrà ammettere un ordine di leggi, delle quali il pratico raziocinio, determinato dalla forza delle cose, e dei fatti, ha riconosciuta la necessità, e le quali nascono non dal computo delle individuali unità de' diritti degli uomini, ma dal conto sociale, in cui queste unità si fondono, asssumendo un valore quale questo computo nuovo può loro assegnare. Allora converrà ammettere la vecchia massima del Puffendorf, il quale osservava, che gli uomini, riuniti in stato di politica associazione tra loro, assumono un valore, o a meglio dire una qualità diversa da quella, nella quale possono essere nella loro individualità moralmente considerati, come un pezzo, il quale forma parte d'un istrumento, e che unito cogli altri dà suono, tolto dal proprio posto, e messo a parte non lo dà (1). Allora ad onta delle brillanti declamazioni, che commuovon la scienza, ma non la fanno progredire, e spesso le imprimono un moto retrogrado (2), sarà forza ammettere, esistere un ordine di leggi, le quali, senza alterare, o combattere le regole del giusto assoluto, e della universale morale, desumon la loro economìa da principj affatto diversi.

---

(1) Puffendorf *Le Droit de la nat. et des gents liv. VIII. chap. 5. §. 1.* coll'appoggio del dritto romano *Dig. lib. 41 tit. 1. l. 60* debolmente confutato dal suo comentatore Barbeirac *not. 2.*

(2) Bacone *In praefat. ad nov. org. scient.*

O il raziocinio sia pratico, o sia speculativo, esso è raziocinio pur sempre, e perchè non sia ammesso convien provare, che tende a sovvertir la morale, e la legge della natura, non bastando a tale effetto, che i principj, de' quali forma le proprie combinazioni, nè alla morale, nè alla legge della natura appartengano, potendo ben essere, che simili combinazioni con esse coincidano in un punto medesimo.

La società di fatto tra gli uomini, come necessaria a sodisfare i bisogni della lor sensitiva natura, divien sorgente d'ineguaglianza di ranghi, e di condizioni tra loro (1), ne' soli risultati però de' moti di prosperità, che la fecero nascere, vale a dir ne' prodotti della industria di ciascun associato, lo che può giungere fino al segno che l'uno abbia di tutto il superfluo, e l'altro manchi di tutto. Ma questo fatto non distrugge l'altro d'una comune origine, d'una comune natura, e d'una comune ragione come base della eguaglianza de' naturali diritti, e della regola di universale giustizia tra gli uomini. Ancorchè l'uomo restasse unicamente con quel che costituisce la sua personale individualità, egli sarebbe soggetto sempre del gius di natura, nè perderebbe tra i suoi simili l'attributo d'eguale. Considerato in questo quasi indivisibile punto, in questo stato di mero ente di ragione, come il dritto di natura può contemplarlo, egli sarebbe una quantità valutabile per i calcoli della giustizia onde fosse provvisto alla sua sicurezza, quando pure nol fosse per quelli della teoria della prosperità, qualora i suoi simili, divenuti, più grandi e più forti di lui co' loro mezzi d'industria, intendessero di abusarne a suo danno, sdegnando di riconoscerlo come loro eguale in faccia alla legge immutabile della natura, e della giustizia, dai quali calcoli neppur egli potrebbe sottrarsi tentando di acquistare un valore maggiore di quel, che il diritto di natura, o della pura ragione gli assegna, coll'invadere o colla forza o coll'astuzia i mezzi dell'altrui prosperità, legittimamente, e senza offesa dell'altrui sicurezza acquistati. Ma se o l'uno, o l'altro sconcerto avvenisse, il dritto di natura non avrebbe nel suo *razionalismo* mezzi per ripararvi: conciossiachè a reprimere una forza, o un fatto qualunque, che lo ha violato, il rimedio non può nascer da una giustizia, che non è più, e che, se stata fosse sufficiente a riparare alle proprie sconfitte, avrebbe avuto mezzo di tenerle lontane, impedendo, che avvenissero, ma è necessaria una forza di previsione, la quale si spieghi per modo che la giustizia, contenta di sè medesima ma impotente a proteggersi, non sia sovvertita. Questa forza di previsione non può desumere la sua indole, e le proprie combinazioni dagli speculativi principj del gius di natura, i quali si contentano d'esser le basi della giustizia, ma dee desumere l'una e le altre dalla prudenza, che la pratica indole delle umane passioni, e de' bisogni dell'ordine sociale consiglia.

(1) Millar's *Of the origin of the distinction of ranks.*

L'ordine sociale tre gli uomini è bensì il voto generale, e costante di lor natura, ma a questo suo voto la natura umana non sodisfa di fatto col far nascer tra loro una sola, e medesima società sulla terra. La semplicità dell'istinto degli animali può far vivere istantaneamente una società di fatto tra loro ad ogni lor nuovo, ed anco fortuito, e momentaneo incontrarsi: mentre tra gl'individui della specie umana la grande massa degli oggetti fisici o mobili o immobili, che la respettiva industria produsse, fa sì che una società di fatto tra loro collo scopo di viemaggiormente, e sempre promuoverla non può estendersi a grandi territoriali distanze, e produce l'effetto, che più società di fatto, sebbene collo scopo medesimo, sebbene tutte con una felice astrazione si possano concepire unite dal voto della natura, e da un comune bisogno, si stabiliscano sulla terra.

Laonde una società umana oltre all'indicato pericolo della sua sicurezza interna, ne ha un altro per l'esterna sua sicurezza in quanto le altre società, che si sono formate nel modo medesimo, con cui essa si formò, posson concepire il progetto o di appropriarsi i suoi mezzi di prosperità, o di farla loro schiava o coll'astuzia, o colla violenza.

Se per ovviare al primo pericolo di speculativi principj del gius di natura non sono alla umana ragione di alcun soccorso, molto meno lo sono per ovviare al secondo essendosi già formate tra gli uomini più società pel solo impulso della lor sensitiva, non della lor razionale natura. I nuovi oggetti, che i nuovi bisogni degli uomini nell'uno, e nell'altro caso hanno fatto nascer tra loro, ignoti al gius di natura, che la sola razionale eguaglianza conosce, vogliono essere regolati da calcoli pratici desunti dalla loro natura medesima; e da questi calcoli ha vita una ragione pubblica, che, per regolare gl'interessi degli associati, e le relazioni di ciascuno con tutti, prende il luogo della privata, che tanto non può (1), e nasce una forza pubblica, alla quale, onde quegl'interessi siano viemeglio protetti, cedono il luogo, e si sottomettono le private, che sole, e divese tanto far non potrebbero (2). Il pratico raziocinio eleva allora allo stato di dritto l'inevitabile fatto della natura nella ineguaglianza delle condizioni, considerate però sempre come resultati variabili del moto o ascendentale, o descendentale della

(1) Cicer. *Tuscul. lib. 4. cap.* 25 disse in questo senso *numquam privatum esse sapientem.*

(2) In un modo meno Hobbesiano, e più razionale di quello d'Orazio, l'Alighieri accennò questo nuovo ordine di cose

« Onde convenne legge per fren porre;
« Convenne rege aver, che discernesse
« Della vera cittade almen la torre.

Purg. c. 16.

industria dell'uomo; e stabilisce la forza delle cose dettandolo, la gerarchia de' poteri politici nelle leggi costituenti il *pubblico dritto* della città, onde pella direzione, che la ragione di stato debbe dare alle forze private nel fascio, che conviene formarne, l'autorità dei superiori relativamente agl'inferiori non sia maggiore di quanto a questo scopo politico è rigorosamente necessario: nè nel suo esercizio perda mai il carattere di ragion pubblica, considerata come legittimo titolo dell'uso, che si fa della forza (1).

Costituita nel pubblico dritto una forza capace di resistere o alle forze private interne, o a una forza pubblica esterna, comecchè l'oggetto di questo nuovo sistema è quello sempre di protegger l'impero della giustizia, nascono le leggi protettrici de' dritti privati, e le leggi esplicatrici de' diritti medesimi: le prime di *pubblico dritto* se se ne riguarda lo scopo generale nella difesa dell'ordine privato, e del pubblico: le seconde di *dritto privato* come quelle, che nel solo privato interesse, e considerando gli uomini come individuali unità, quali li considera la legge della natura, altro non fanno, che meglio spiegarne le regole, o supplirle nella loro applicazione ai nuovi interessi, che lo svilupparsi della civiltà fa nascere (2).

La interna economia di queste leggi diverse ha i suoi principj, i quali, rivolti ad oggetti ignoti al raziocinio speculativo, muovono di là dove esso si sofferma, impotente a progredire più oltre, e a questo punto di partenza come a un punto di ritorno rivolgonsi onde cingere di difesa le leggi, che esso ha contemplate, e scoperte, e proclamando la eguaglianza di protezione a tutti indistintamente: il regno della giustizia, e il sublime suo ordine, divenuto centro di riunione di tutti i poteri sociali.

Le leggi, che emanano dal pratico raziocinio, fatto nascere e nelle sue operazioni guidato dalla forza de' bisogni, e degl'interessi degli uomini in stato di politica associazione tra loro, debbono dirsi assolutamente *politiche* perchè, presupponendo esaurito l'ufficio delle leggi propriamente dette morali, prendono il loro nella natura della politica società, e divengono principj

---

(1) Aristotile *Politic. lib. 3 cap. 17*, riconoscendo in chi vince tutti gli altri in savicza il dritto di comandare nella città, esprime un principio morale non una politica teoria.

(2) Le pratiche verità si trovano spesso più facilmente nel senso, che nell'intelletto. *Il ch. Cav.* Nicolini *Della proced. penal. nel Regno delle due Sicilie ec. vol. 1. pag. 152*, riporta un antico frammento poetico, nel quale è definito esattamente il progresso della protezione che il dritto di natura riceve dal dritto politico.

« *Esto innocuus atque fidelis*
« *Socialis nec non legum cultor:*
« *Sit tibi suitas, proprietas*
« *Dominii, praesertim securitas.*

determinatori della volontà umana unicamente per l'ostacolo, che esse oppongono alle direzioni, che ella presumesse di prendere col dichiarar guerra o alle leggi divine, o alle leggi morali, o alle leggi della natura, o all'ordine da esse medesime stabilito.

CAPITOLO VI.

Delle relazioni reciproche delle leggi morali, e delle leggi politiche, e del diverso criterio delle scienze, che le contemplano.

Le leggi, considerate non come regole di condotta per gli uomini, ma come oggetto di scienza, assumono il nome di *dritto*. In questa categoria non si comprendono nè le leggi divine, nè le leggi della morale come quelle, che stabiliscono più doveri, che dritti: onde la categoria incomincia dal dritto della natura: comprende il gius delle genti come applicazione de'dritti dell'uomo ai popoli, e si chiude col dritto politico, e le sue numerose ramificazioni.

La mente umana può contemplar queste leggi o nel loro complesso, il quale assume il nome di dritto *universale*, o può fissare a tutte un tronco comune, e dal quale tutte diramansi, lo che costituisce la *encicopledia del dritto* (1).

Se le leggi vengono contemplate come regole di condotta, siccome tutte parlano un precettivo, o proibitivo linguaggio, e si costituiscono principj determinatori della umana volontà, che ad esse soggiace, non è dato di stabilire la relazione, nella quale sono tra loro. A quest'uopo è necessario, che esse divengano oggetto di scienza, onde le due intitolazioni della presente ricerca si confondano, e si promiscuino in una.

Nell'albero enciclopedico delle leggi il *dritto della natura*, o la teoria della *giustizia assoluta* è certamente il tronco, da cui tutte le altre si partono. Se ciò non fosse alcune leggi dovrebbero essere o abusi, o errori, o dispotiche istituzioni (2).

(1) Le opere recentemente pubblicate in Germania sulla enciclopedia del dritto hanno un carattere più storico che razionale. Il Cancellier Bacone fu il primo a dare un cenno delle relazioni reciproche delle leggi. Certamente un ramo d'insegnamento, il quale si proponesse questo arduo scopo, e vi sodisfacesse colla esattezza, e coll'ordine, che esso desidera, sarebbe eminentemente utile al criterio dello studio del dritto; ma non sembrami aver trovato questo carattere nelle opere, sebben dottissime, di Falck, di Schmalz ec. La metodologia, che alcuni, come Weissenek, e Welker aggiungono alla enciclopedia del dritto, mostra le lor buone intenzioni, ma incontra serie difficoltà nella sua applicazione agli studj del dritto, come verrà dimostrato nel capitolo penultimo di questo libro.

(2) *Repetam stirpem juris a natura, qua duce nobis omnis est disputatio explicanda.* Cicer. *De legib. lib. I c. 6.* V. Joan. Georg. Claus. *Dissert. de forma ejus, quod justum est, tamquam principio omnium jurium eruendo. Jenae 1795.*

Ma la reale, o ideologica connessione delle immense, e complicate ramificazioni del *dritto politico* col *dritto della natura* è avvolta in gravi difficoltà, alle quali non tanto la diversità dei sistemi quanto l'abuso, che l'uomo è sempre inclinato a fare delle parole, o l'arditezza, colla quale è sempre pronto a inventarne, ha dato spesso cagione.

Alcuni, proponendo un dritto *naturale-civile*, e un dritto *naturale-politico* e sembrando assumere la veste di conciliatori in questa contesa, hanno piuttosto schivata la difficoltà di quel che l'abbiano risoluta: almeno che, declinando da ogni idea di cosa di dritto, e intendendo di discorrere di cosa meramente *fenomenale*, e di fatto, non abbiano inteso asserire, che altro stato naturale degli uomini esser non possa se non il civile, e il politico (1).

Altri, aderendo alla scuola di Kant, ha immaginato un *dritto naturale privato*, non escludendo con questo modo di esprimersi il pubblico (2), ed ha mostrato così di non ammettere in società altro diritto, che quel della natura non fosse.

Altri, nè osando mentovare un diritto di natura per tradurlo al grado di politica teoria, nè usurpare il frasario, che gli conviene, col solo proposito di combattere il principio della utilità nelle materie di legislazione, insiste su quello di una giustizia morale (3).

E già un errore il confondere la morale, e la giustizia tra loro. La morale ingiunge maggiori, e più estesi doveri della giustizia, e non si sà comprendere come, chiamando il legislativo criterio al principio della morale, non si faccia un passo più oltre, e non si richiami alla religione, facendo retrocedere le società politiche alla teocrazia, che le guidò nella loro infanzia: perciocchè è più breve il tragitto dalla morale alla religione di quel che dalla morale alla giustizia non sia. Oltre a questo è un'abusiva maniera di ragionare in legislazione il trarre alla teoria del titolo legittimo dell'uso della forza, al che unicamente conviene il nome di *dritto*, i principj di un sistema di regole, le quali non possono aver mai la sanzione della forza dell'uomo.

Qualunque siano i limiti, che la umana ragione può trarre tra l'ufficio della morale, e quelle del dritto della natura (4), il criterio di questi limiti sarà sempre il titolo legittimo dell'uso della forza a sostegno d'un dritto: almeno che non si voglia fare

---

(1) Romagnosi *Introduzione al dritto pub. univ. cap. 1. §. 6.*

(2) *Il dritto naturale di Francesco Nobile de Zeiller.* Bene osserva l'egregio Jourdan troppo presto tolto dalla morte alle scuole del dritto. *Themis ou bibliotèque du jurisconsult. etc. vol. 6 p. 345.* « Ainsi après » avoir regnè sur les philosophes Kant a donnè des loix aux juriscon- » sultes ».

(3) *Traitè de droit penal liv. 1 cap. 12.*

(4) Vedasi il Cap. VII di questo libro.

una confusione di tutto, e punir colla pena della galera la ingratitudine (1).

Se ciò è vero, tra le *leggi morali* il solo dritto della natura, come teoria scientifica del titolo legittimo della forza privata, può venire a contesa col dritto politico, come teoria del legittimo titolo della pubblica forza.

Le idee d'uno stato di primitiva indipendenza dell'uomo nel suo confronto co' legami, che da ogni lato sembrano avvolgerlo in società, hanno gettata su d'essa nella mente di alcuni un melanconico, e tristo colore.

Questo preteso stato, considerato come cosa di fatto, ed istorica, è una chimera, la quale non ha più bisogno d'esser confutata ai dì nostri (2). Ma questo stato, considerato come cosa di *dritto*, o come *scientifica ipotesi*, creduta necessaria a fornire il giusto, ed esatto criterio, onde stabilire il grado di legittimità de' civili, e politici sentimenti tra gli uomini in quanto esser possano o l'effetto dell'errore, o quello dell'arbitrio, trovasi circondato da controversie, e da dispute non si facili ad esser composte.

La ipotesi poggia sul presupposto di un'eguaglianza assoluta, e perfetta di diritti tra gli uomini: sublime ipotesi, la quale opererebbe il prodigioso, e consolante spettacolo di un numero immenso di eguali tra loro, i quali obbedirebbero a leggi, che essi medesimi avrebbero o conosciute, o consentite liberamente! Ancorchè questa ipotesi fosse un sogno, ella lo sarebbe d'un retto cuore, e di una grande anima.

Per bene apprezzar questa ipotesi, la quale esercita una poderosa influenza su pressochè tutta la scienza della sicurezza sociale, conviene stabilire gli effetti giuridici, per i quali si vorrebbe introdurla in legislazione.

Se sulla ipotesi si volesse costruire una *teoria politica* propriamente detta, vale a dire il modo, con cui le forze o protettrici della sicurezza, o direttrici della prosperità debbono essere nella loro struttura in forma di governo ordinate, la ipotesi sarebbe una falsa base, ed erronea, avendo contro di sè le scientifiche contradizioni, nelle quali s'illaquea (3), gli abusi funesti, ai

---

(1) Le leggi dominate dal principio morale punirono realmente la ingratitudine. Seneca *De beneficiis lib. 3 cap. 7.* Feltman. *Jus georgicum cap. 1* Alex. ab Alex. *Dies gen. vol. 2 p. 70.*

(2) Ciò non ostante è stata reputata necessaria una più diffusa confutazione di questa chimera; sono più specialmente notabili le conversioni di La-Perouse, e Dentrecastreaux, i quali partiti pe' lor viaggi marittimi coll'animo pieno delle idee del Rousseau sulla innocenza della vita selvaggia, e su i vizj, che produce lo stato sociale, ebbero a rinunziarvi. *Traitè de legislation etc. par* Charl. Comte *liv. 3 p. 397 not. 1.*

(3) Grozio, e Puffendorf, partendo dal dato medesimo, trovansi spesso in contradizione manifesta tra loro. Le contradizioni non sono cessate ne' più moderni scrittori. Comte *Traitè de legisl. etc. liv. 1 chap. 5 p. 130.*

quali può trarre (1), il voto dell'antica saviezza (2), e l'autorità della storia, e della esperienza (3).

Se la ipotesi dovesse servir di testo, e di regola alla condotta degli uomini in un loro stato estrasociale possibile, oltrechè ella converrebbe da sè medesima di non avere applicabilità al loro stato sociale, abbandonando l'atteggiamento d'ipotesi, e convertendosi in tesi legislativa, presupporrebbe tra gli uomini uno stato di fatto contrario alla loro natura, e nel quale niente che snaturato non sia può supporsi (4).

Se la ipotesi volesse applicarsi alla cognizione del titolo della forza pubblica destinata a protegger tra gli uomini in società l'ordine, e la giustizia, e il grado d'intensità, fino al quale può dispiegarsi, ella supplanterebbe codesta forza senza aver mezzo onde supplire al guasto, che avrebbe prodotto; perchè, fondata sulla eguaglianza dei dritti, ella rigetterebbe, almenochè non volesse contradir sè medesima, ogni relazione di superiore, e d'inforiore da uomo ad uomo, quindi la competenza d'ogni giudizio dell'ingiustizia di un'azione contraria all'ordine; ed ogni mezzo di sicurezza sarebbe da lei ridotto all'inevitabile sì, ma spesso infruttuoso rimprovero della coscienza.

Che resta dunque alla ipotesi se non, il certamente sublime, e quasi celeste ufficio della contemplazione del retto, e del giusto da privato a privato? In questo campo la ipotesi non è altrimenti più tale: ella è nell'animo umano un pensiero della divinità: un oracolo, al quale la politica debbe inchinarsi, dal quale dee dipendere: al rispetto del quale tutti i suoi ordigni debbono essere perpetuamente rivolti (5).

---

(1) Hobbes trae dalla eguaglianza de' dritti tra gli uomini nello stato di natura le ragioni onde dare un titolo di legittimità al dispotismo.

(2) Plat. *In Minoe pag. 313*, Horat. *Sat. lib. 1 sat. 3 v. 113.* È notabile il giudizio di Cicerone « *Jus enim, de quo quaerimus civile est « aliquod, naturale nullum; nam si esset, ut calida, et frigida, et « amara, et dulcia, sic essent justa, et injusta eadem omnibus* » *De repub. ed. Ang. Majo lib. 3. pag. 231* 232. Christiano Thomasio discute questa opinione, che egli attribuisce a un moderno nella sua *Dissert. XXXIX* § 32. Ma la opinione, la quale rigetta ogni principio di giusto assoluto, e di dritto della natura non che nel pubblico dritto anco privato fu predicata già da Carneade. Lactant. *Instit. div. lib. 5 c. 16 n. 3*, e dopo i Sermoni di Carneade Orazio disse ne' suoi:

« *Nec natura potest justo secernere iniquum.*

Sat. 3. v. 113.

(3) Tra gli antichi Platone smentisce la ipotesi come stato possibile degli uomini. *De Repub. lib.* 2 3 4. Cicerone la deride nella orazione *pro Sext.* Humes *Essays and treatis. vol. 3. p. 230. not. 3. ed. Bas.* Tra i moderni, è già gran tempo che i sogni del Rousseau sono stati colla storia de' viaggi alla mano smentiti da Paw. *Recherch. sur les Americains, ou Mem. pour servir a l'hsitoire de l'espèce humaine v. 1. p. 18*, da Raynald *Hist. philos. et polit. etc. liv.* 17 §. 13, da Anson's *Vuyages p. 17*, da Robertson *History of America* 94.

(4) Ferguson's *History of civil society part. 1. sect. 1.*

(5) « *Sed hoc verissimum esse sine summa justitia rem publicam*

Ma quest' oracolo, dagli antichi non molto dissimile, breve parte, e più spesso col linguaggio della morale anzichè del dritto si esprime, tanto è difficile non confonder l' una coll' altra. Infatti quell' oracolo, interrogato dai Romani Giureconsulti, nient' altro risponde se non se: *vivi onestamente*: *non offendere alcuno*: *rendi a ciascuno il suo dritto* (1). Or le tre parti di questa risposta poco per sè stesse rilevano a un sistema legale degl' interessi degli uomini. Tutte esprimono più la idea del dovere che quella del dritto: la prima è più morale, che giuridica: la seconda stabilisce tra gli uomini la eguaglianza della difesa: la terza presuppone a ciascun uomo stabilito il suo *diritto*. Ma qual è la origine, la indole, e la estensione di questo diritto? Le oscurità incominciano là donde dovrebbe spuntar la luce.

Quì più riflessioni alla mente si affacciano. Un dritto naturale nell' uomo altro non può essere se non una facoltà, che esso riconosce dalla sola natura, vale a dire la proprietà della vita, la proprietà delle membra, quella del frutto della propria industria, la quale altro non è se non una specie di trasfusione delle facoltà personali dell' uomo sugli oggetti, che lo circondano (2). Quindi tutta la sfera del dritto della natura non eccede la origine, l' indole, o la estensione del dritto di proprietà sulla propria persona, e sulle cose, divenute mezzi legittimi del proprio ben essere. Ma se si tratta del modo di difendere questo dritto, nato che sia, comecchè la forza privata a ciò necessaria non abbia titolo di legittimità nel dritto della natura, incompetente per sè medesimo ad attribuire ad un uomo la facoltà di giudicare delle azioni di un altro, resta esso, non che inefficace, muto affatto, ed inerte.

Ma al solo effetto di stabilire non nella specie umana, ma in un individuo di questa specie il modo di legittimità, con cui egli, oltre alla proprietà della vita, e delle membra, abbia ancor quella di oggetti fuori di lui, quali perplessità non circondano

---

geri nullo modo posse ». Cicer. *De Rep. ed. Ang, Majo lib.* 2. §. 44. Le abusive, ed erronee nomenclature possono alterare un sistema scientifico da capo a fondo. Il Lampredi tratta la scienza del *gius di natura* come parte del *dritto pubblico universale*, e così fa perchè stabilisce di quel gius una falsa definizione quasi confondendolo colla *scienza della legislazione*. *Jur. pub. univ. theor. proem.* §. 22. Cristiano Thomasio. *Dissert. de statuum Imperii potestate legislatoria contra jus comune* §. 27. usa una nomenclatura più esatta, chiamando *comune* il gius di natura, dopo di che colla sagacità, che gli è propria, considera in esso il *giusto assoluto*, dalle leggi del quale niuno qualsiasi assoluto governo è disciolto §. 31.

(1) Dig. *lib. 1. tit. 1. l. 10* §. *1. lib. 4 tit. 4 l. 24* § *pen. lib. 16. tit. 3. l.* 30,

(2) Analoghe a queste riflessioni son quelle dell' egregio sig. Lucas *Du système penal etc. p.* 113, ma non è discreto il passare dal razionale al retorico, e saltando dalla giustizia alla virtù paragonarla al cavallo alato della fama.

la privata ragione? Qual fatto dee far nascere questa legittimità? Come il dritto di proprietà, una volta nato in un individuo, sussisterà senza che il fatto, che gli dette origine, si perpetui? Come, venendo a cessar l'individuo, ed a chi il dritto si devolverà? Come, nascendo fra due individui su tutti questi oggetti di dritto contesa, essa sarà giustamente composta tra loro? Tutti questi problemi saranno certo di competenza del gius di natura; ma se la ragione privata, la cui sola competenza il dritto della natura è inclinato ad ammettere, è inabile a scieglierli: se il giudizio da privato a privato repugna alla eguaglianza, sulla quale il dritto della natura si fonda, qual può essere il mezzo di dare ai dritti della natura un testo più fisso, e più chiaro di quel che la privata ragione possa fornire, e alle contese su questi dritti una decisione, alla quale niuna privata autorità è competente?

Il dritto della natura, della esistenza del quale, come principio di universale giustizia, niuno può dubitare, considerato come regola degli umani interessi, alla cui cognizione può la privata ragione elevarsi si trova mancante:

I. D'un sistema di forze, che lo difendano.

II. D'un comento abbastanza diffuso, perchè la regola si trovi idonea a comprendere tutti i casi, che ne hanno bisogno.

III. D'un autorità competente ad applicarla.

Le leggi politiche riempiono tutte queste lagune. Esse danno alla difesa, ed alla protezione del dritto la forza, che loro manca per la imperfezione della legge della natura a far piegar le passioni al salutare impero della ragione. Esse ampliano, svolgono, interpetrano il dritto della natura, applicandolo a tutte le nuove combinazioni, che gl'interessi degli uomini ricevono nella politica società. Esse stabiliscono i metodi, co'quali una classe di persone, facendo parlar la legge ne' casi di controversia su i dritti, li componga tra gli aventi interesse come la legge della natura gli avrebbe composti se ella avesse avuto e mezzo, e potere di parlare in tutti i casi, ne' quali è duopo applicarla.

La relazione, che esiste tra il dritto della natura, e le leggi politiche, e quella d'uno stato, il quale, non potendo far valere la giustizia, che è pure negli ardenti suoi voti, nè come consiglio, nè come precetto, chiama in soccorso le forze d'uno stato limitrofo, al doppio oggetto: 1. di consultare insieme onde dare alle materie della privata giustizia un sistema compatibile co' numerosi, e complicati interessi, che la società politica fa nascer tra gli uomini: 2. di ottenere da lui un sistema di forze di propria combinazione, onde difender l'ordine, e il regno della giustizia.

Le inveterate antipatie tra il dritto della natura, e il dritto politico hanno fatto sì, che il primo colla coscienza della sua dignità ha reputato il secondo non un ausiliario suo, e della giustizia, ma o un furbo, massima perpetua del quale sia quella

di sacrificare all'utile il giusto (1), o un meschino addetto a basso mestiere, cui le abitudini lo hanno inchiodato (2).

Il dritto politico, elevato al grado di scienza, scevro da un lato dalle troppo aeree visioni degli ideologi puri, e liberato dall'altro della servile opera de' manuali di gabinetto, è la teoria d'una ragione pubblica, supplemento inevitabile delle private, non tanto come legittimo titolo della direzione, e dell'uso della pubblica forza onde comprimere le nemiche dell'ordine, quanto come esplicatrice, ed applicatrice delle regole della naturale giustizia ai bisogni sociali degli uomini.

Le declamazioni contro al principio della utilità, che il dritto politico talvolta professa, nell'odioso contrapposto, che esse ne fanno col giusto assoluto, son presto atterrate dall'arme, con cui gli antichi filosofi sventarono i prestigj retorici degli antichi oratori (3).

Convien distinguere nelle operazioni della ragione pubblica gli oggetti di sicurezza, dagli oggetti di prosperità. Ne' primi il criterio, e il titolo delle creazioni del dritto politico, è la necessità di difendere l'opera della natura nei diritti, che da lei sola derivano, e di difendere l'aggregazione sociale in quanto ella è pure un'opera della natura (4). La legge della necessità è nella collisione degli offici reciproci riconosciuta dal dritto istesso della natura. Nelle mani del dritto politico quella legge altro non fa, che variar soggetto, e modo di applicazione (5).

Negli oggetti di pubblica prosperità il dritto politico o supplisce con vedute di utilità la imperfezione del dritto della natura, lo che si verifica in una gran quantità di oggetti del diritto privato (6), o dà mano a creazioni di propria fattura, le quali, aumentando la mano delle pubbliche comodità, seconda-

---

(1) Il Lampredi *Jur. pub. univ. theoremata in prooem.* §. 8. non avendo concepita una separazione tra il dritto della natura, e il dritto politico, confonde questo coll'arte politica, e rinfaccia all'Arniseo, al Besoldo, all'Houbuyn, e al Bodino di averla confusa col pubblico dritto, osservando, che il solo Grozio erasi tenuto lontano da questo errore. Su questa oscura compenetrazione reciproca di gius di natura, del gius pubblico, della politica occorrerà di nuovo discorrere.

(2) *Traitè de droit penal. Introd.*

(3) Plat. *In Gorgia.* Laeret. *Contra Reth.*

(4) Non appartengono a questo luogo le dispute, che si sono suscitate modernamente sulla entità del delitto politico, e del delitto di stampa. Queste controversie saranno esposte, e conciliate nel libro secondo.

(5) Dig. *lib. 1. tit. 1. l. 3. tit.* 2. §. 2. *lib. Inst. Usu exigente, et humanis necessitatibus.* Il principio può essere espresso o co' termini di *necessità*, o con quelli di *utilità*, perocchè se vi è un utile, il quale può non essere necessario, ciò che è necessario è sempre utile; così Tacito *Hist. lib. 14 cap. 43.* « *Omne magnum exemplum habet aliquid* « *ex iniquo, quod contra singulos utilitate publica rependitur* ».

(6) Dig. *lib 1. tit. 1. l, 1.* §. 2. *Sunt quaedam publice utilia quaedam privatim l. 1. dig. eod. Adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia propter utilitatem publicam.*

no il voto della natura anzichè contrariarlo, lo che avviene in tutti i rami amministrativi, ed economici d'uno stato (1).

Negli oggetti della sicurezza la teoria del naturale diritto influisce bensì su quella del dritto politico, ma in una maniera affatto negativa, e in un modo positivo non mai. La necessità della restrizione della libertà naturale degli uomini, onde non sia lecito alla ragione privata di ravvisar come retto, e giusto ciò che tale non è, nasce tutta dal dritto politico in quanto il dritto della natura non conosce da uomo a uomo la restrizione di libertà di giudizio se non che quella, che i dettami della retta ragione comandano, principio scoperto già insufficientemente ed anco pericoloso a mantener tra gli uomini l'ordine, e la concordia del viver civile; ma questa necessità, la quale crea una forza ignota al dritto della natura, non può eccedere lo scopo, che il dritto stesso della natura le segna, vale a dire il bisogno di proteggere dalle invasioni illecite quel che esso nelle proprietà dell'uomo ha creato.

Se si tratta di assicurare, e proteggere in tutto, o in parte l'esistenza, e le proprietà del corpo politico, la stessa legge governa, e dirige la forza, che le sociali necessità fecero nascere, vietandole di oltrepassare nel suo spiegarsi i limiti, oltre i quali ella diverrebbe un rigore gratuito (2). Così il dritto della natura diviene un criterio inerente al dritto politico, in quantochè esso solo può stabilire la massima regolatrice della giustizia politica, che la libertà umana non può essere dalla forza o limitata, o soppressa, se non in quanto la legge della necessità obbliga a farlo. Il dritto della necessità tal non sarebbe se nella sfera del suo esercizio esso non facesse tacere un dritto, che in circostanze diverse dovrebbe essere rispettato. Or qual è questo dritto se non la indefinita indipendenza, che ai termini del gius di natura ha l'uomo onde comportarsi a suo grado, e restar libero nella scelta di ciò che meglio convenga al proprio ben essere? Se si sopprima la idea di questa ipotetica indipendenza dell'uomo, qualunque capriccioso ordine diverrà legittimo per la parte di chi può sostenerlo colla sua forza; qualunque rigore benchè eccessivo, o gratuito dovrà essere rispettato, purchè la forza lo assista; e il mondo morale diverrà così un grande ammasso, una mole composta, e farraginosa di fatti dalla sola forza prodotti.

La necessità, ne' limiti della quale può il dritto politico sopprimere i dritti della naturale indipendenza dell'uomo, è stata

(4) Ulpiano all'editto *De his qui effuderint vel dejecerint fr. 1.* osserva « *publice enim utile est sine metu, et periculo per itinera commeari* ». I Romani andarono poco più oltre nelle idee su i regolamenti di polizia, ignoti certo al dritto di natura. Tutta questa materia verrà chiarita nel libro terzo di quest'opera, ove sarà parlato della vera indole del delitto di polizia, che alcuni a torto suppongono mal nota anco al legislatore Toscano. Hommel. *Diss. quid de poen. Rom. crim. phil. stat. Lipsiae 1787. cap. 1. §. 1.*

(1) Vedi la *not. 4. pag. 53.*

da alcuni ravvisata, anzichè come un titolo, come un pretesto piuttosto, col quale la forza ha inteso legalmente oltraggiar la natura (1). Questa obbiezione non regge se si stabiliscano con precisione i termini della necessità.

La scienza non contempla, nè può contemplare quella necessità transitoria, e di circostanza, col di cui titolo il potere politico sospende talvolta la protezione delle leggi, e fa valere ordini più, o meno arbitrarî. Il Senatus consulto della necessità a Roma non formò la legislazione del paese, sebbene ne'grandi, e pericolosi frangenti della repubblica autorizzasse o un dittatore, o i consoli a provvedere con espedienti straordinarj alla conservazione (2). Le leggi Valerie, e Porcie non formavano giurisprudenza per il generale Romano in mezzo de' suoi soldati, e nel suo campo in tempo di guerra (3): eppur quelle leggi segnarono la più bella epoca del sistema di sicurezza sociale della repubblica, e ressero finchè il dispotismo non le abrogò.

La necessità politica, ne' limiti della quale i naturali diritti dell'uomo, fino i primevi ed inalienabili, possono esser soppressi, si calcola, e può calcolarsi con evidenza su i generali, e costanti bisogni dell'aggregazione politica bene apprezzati nello studio della natura dell'uomo, della società, e della sua storia. Il Toscano legislatore colle criminali riforme, colle quali segnalò l'intervallo di tempo trascorso dal 1765 al 1786, non ebbe da rispettare un patto sociale: non dovette uniformare la sua legislazione alle prerogative d'un gius di città, che trovasse stabilito nel paese al suo felice governo commes-

---

(1) Mirabeau. *Lettres de Cachet liv. 1. chap. 10.* Questa politica necessità degli umani affari è ben determinata da Dionisio Alicarnasseo *lib.* 5. §. 64. Egregiamente la concepì il Gotofredo *Coment. ad Cod. Theod. ad L. quisquis Cod. ad. L. Cornel. de Sicar. vol. 3. pag. 113. col. 1.* « *Ut non temere inter juris constituendi vias necessitas ponatur* ». Ella è graficamente effigiata da Pindaro *Olimp.* 2

Inimica judicium dicens necessitate.

(2) Mirabeau crede, che a Roma fosse un *Senatus consultum necessitatis* per la elezione del dittatore. I Consoli, e non il Senato nominavano questa carica. Liv. *lib.* 22 *cap.* 8. §. 31. E neppure il decreto del Senato, il quale dava autorità ai Consoli di provvedere al pericolo della repubblica avea il titolo di *Senatus consultum necessitatis*, sebbene circostanze estreme lo suggerissero. Sallust. *De bell. Catil. c. 30.* Caeser. *De bell. civ. lib. 1. c. 5,* Plutarch. *In Grace.*

(3) L'illimitato potere del generale in tempo di guerra su' suoi soldati è attestato non solo da Quintiliano, *Declamat. 348.* « *Imperator in « bello summam habeat potestatem* » ma da Sallustio *Cat.* §. 29, da Livio *lib.* 3 §. 4, e da Cesare *De bell. Gall. lib. 1. cap. 4*, i quali parlano de' tempi della repubblica. Anzi il delitto militare era caso di eccezione non contemplato dall'ordinario diritto. Il Senato condannò alla frusta, e alla morte, non ostante il reclamo de' Tribuni della Plebe, i soldati, che aveano occupato Reggio, e aveano eletto generale M. Cesio. Val. Max. *lib.* 2. *cap. 3. et 7, lib. 6. cap. 3.*

so · non dovette cedere ai reclami d' un voto , che la ripristinazione de' naturali lor dritti facessero valere i suoi sudditi appiè del suo trono. Egli studiò la storia, l' uomo, e la società, e ristrinse il rigore della pubblica forza ne' limiti d' una vera indissimulabile necessità.

Ora l' esame di questa necessità : la misura de' limiti suoi : la scelta de' mezzi destinati a farla valere come necessità sulle umane passioni, sempre tendenti a ricuperare una indipendenza che con l' ordine politico incompatibile, non sono operazioni nè della morale , nè del dritto della natura , sebbene dirette siano a proteggere la natura , e la morale , ma sono d' un sistema di cognizioni , il quale si forma collo studio de'bisogni dell' uomo, della indole delle sue passioni , e degl' interessi , che legano la sua specie all' aggregazione politica.

Negli oggetti di pubblica prosperità il dritto politico , se obbedisce al principio della utilità, esso vi deferisce senza violare il dritto della natura. Ne' soli tempi d' ignoranza, e barberie si potè pensare a sagrificare la vita di molti per render più dilettevole , e agiata quella di pochi. Se nella età di mezzo , e in tempi a noi più vicini il cacciar nel terreno , che il signore aveva riservato al proprio divertimento : l' uccidere un uccello, o un quadrupede , che egli aveva dichiarato privilegiato: il salar la vivanda piuttosto con un sale , che con un altro era capitale delitto , non è lecito citare antichi , e detestabili abusi per combattere un principio , il quale risulta dai fatti , e che la mente umana non trova contrario alle proprie prerogative.

In questi oggetti di prosperità il dritto politico non considera quella d' uno, o di pochi, ma valuta quella del maggior numero. Se esso , per proteggere questi oggetti , limita in certi per altro ben modici , e ristretti confini la libertà umana, esso lo fa per impedire un disordine , non per togliere gratuitamente all' uomo una parte della sua indipendenza , e per sostenere questo sistema , dal quale la polizia della città non potrebbe prescindere , esso non sacrifica i dritti inalienabili della umanità , ma colpisce sopra cose , delle quali l' uomo può liberamente disporre se vuole , vale a dire , protegge la prosperità pubblica a condizioni , le quali altro resultato non possono avere se non il sacrifizio della privata prosperità.

Chi voglia ponderare imparzialmente questi principj, l' applicazione de' quali apparirà progressivamente nel piano di queste ricerche, dovrà persuadersi , che le declamazioni contro al principio politico , presupponendolo fondato sulla utilità nel suo contrapposto colla giustizia , sono aeree , e senza base di fatto : nate in luoghi , ne' quali l' infelice stato della legislazione della sicurezza sociale non le permetteva di fornire le ispirazioni , che ella fornisce in Toscana : suggerite da una totale mancanza di pratica in queste materie.

Certochè, se si dovesse abbandonare il principio politico perchè fondato sopra una base disapprovata dalla morale, ad essa per averne un nuovo, e più giusto converrebbe ricorrere. Ma che far

potrebbe coll' ajuto de' principj della sola morale lo spirito umano in legislazione? La nozione del delitto qual è necessaria per stabilire la legittimità del rigore, col quale conviene reprimerlo, non può uscire dalle scuole della morale. La nozione delle pene, e delle esecuzioni di giustizia molto meno può uscire da quelle scuole. Il metodo giudiciario per ben conoscere un delinquente, che ha violata la morale colla propria condotta, e più la viola negando audacemente il delitto, che egli ha commesso forse meditando di darsi a nuovi disordini, e per determinare il grado di rigore, col quale debb' essere proceduto contro di lui, non può desumersi dai principj della morale. Molto meno da questi principj può desumersi la cognizione de' mezzi, co' quali senza rigori possono essere prevenuti i delitti (1).

La morale cristiana, dono sublime, e prezioso della divina bontà agli uomini compartito, può colle sue massime coincidere con quella di una giusta, e giudiziosa politica, aborrendo l' acerbità degli umani supplizj; ma i due sistemi giungono per diverse vie, per diversi principj, e per ragionamenti diversi a un medesimo punto, nè questo punto di coincidenza comune potrebbe autorizzare a credere, che la morale cristiana, e il dritto politico, sebbene aver possano lo stesso fine, abbiano il criterio medesimo.

Ma ciò, che distingue il criterio delle scienze assolutamente morali da quello delle scienze politiche, e la diversità del titolo, e de' mezzi, co' quali le une, e le altre guidano le azioni degli uomini al bene generale della specie. Le prime per quest' oggetto richiedono una eguale capacità in tutti gli uomini a conoscere le linee dei diritti, o de' doveri reciproci, sulle quali essi debbono conformare il respettivo loro modo di agire onde giungervi: richiedono, che la cognizione di queste linee o come contemplate dalla umana ragione a guisa d'ordine, che stringe, ed abbraccia l' umano intelletto, o come tracciate da Dio, o come fatte sentire da un interno principio, che, violato, turba ed affligge la interna quiete dell' animo, divenga sufficiente ragione di agire, sicchè le passioni, che altrimenti consigliano, non abbian poter di resisterle, lo che, se in qualche raro, e privilegiato individuo può verificarsi, nella gran massa degli uomini è ad ottenersi impossibile. Le seconde sostituiscono alle private ragioni la pubblica, all' effetto di calcolare ciò che alla sicurezza, ed alla prosperità dell' uomo convenga, e, conoscendo l' indole delle passioni refrattarie all'ordine, cercano le loro sanzioni in mezzi capaci di agire, ed ottenere l' intento loro, indipendentemente dall' umano ragionamento. Le prime, riposando sull' interno giudizio, che l' animo umano pronunzia sulla qualità morale delle azioni, alle quali si determi-

(1) Vedasi il Capitolo XXII di questo libro.

na, ogni giudizio esterno da uomo ad uomo. Le seconde, diffidando della rettitudine di quell'interno giudizio, e della sua efficacia a divenire principio determinatore delle azioni umane, stabiliscono un giudizio esteriore, dal quale l'aggregazione politica debbe assolutamente dipendere, onde le leggi della giustizia abbiano in quella creazione una guarentigia sufficiente ad assicurare il loro regno su i destini degli uomini.

Non convien credere, che quando si è confutato un libro si possa dire d'aver combattuto un principio. La scienza non assume responsabilità per tutto quello, che si scrive nelle sue scuole. Certamente il principio politico fondato sulla base della utilità ha avuto esagerati campioni, i quali nell'intento di meglio stabilirlo, lo hanno avvilito, del che sarà luogo a parlare fra poco; ma gli errori d'uno scienziato non sono gli errori di tutta una scienza, e si può ben dir qui col precettore del criterio, e del gusto:

« *Est inter Tanaim quiddam, socerumque Viselli.*

Anco nell'ordine privato non che nel pubblico l'utile può essere dall'uomo ottenuto senza ledere il giusto, nè il precetto de' moralisti, inculcato dal libro degli offici di Cicerone fino ai di nostri, col vietare di preferire l'utile al giusto, esclude dalle vedute degli uomini come peste immortale la lecita utilità. Che se dall'ordine privato si passi al pubblico, la parola utilità non ha più nè lo stesso valore, nè il medesimo significato. Allora la parola significa legislativa prudenza, la quale fra due espedienti l'uno spiacevole a pochi, l'altro desiderato da più, ella sceglie piuttosto questo, che quello, al quale oggetto due cose meritano di essere considerate: che il voto de' più non potrebbe mai essere nè alla morale, nè alla giustizia contrario, almeno che non si voglia immaginare una società di scellerati, o che qualunque sia l'oggetto del voto de' più, purchè non alla giustizia contrario, la prudenza legislativa non può non dargli la preferenza se non vuol andar contro ai bisogni de' molti, e suscitar disordini, a comporre i quali i pochi non avrebbero forza abbastanza (1).

Le speculative teorie del dritto della natura segnano dunque bensì a modo di dire il *non più oltre* all'attività del dritto politico, ma ciò, che fuor di quel limite quell'attività può, e dee operare, non appartiene nè ai principj, nè alla indole di quelle teorie (2). Nello spazio, che quel limite chiude, e che

(1) L'esagerato principio del Bentham ha già avuto un confutatore in un insigne Italiano. Romagnosi *Genesi del dritto penale, ediz. III. Milano 1824. vol. 3. pag. 40.*

(2) Cade qui in acconcio la luminosa osservazione di Bacone « *Naturalis philosophia infecta, et corrupta fuit per mathematicam, QUAE PHILOSOPHIAM NATURALEM TERMINARE NON GENERARE AC PROCREARE DE-*

l'istinto della sociabilità a suo grado percorre, stà il destino della civiltà umana; e chi pretendesse, che tutto quello spazio dee essere occupato dalle speculative teorie del dritto della natura, stabilirebbe per certo tra gli uomini il regno della giustizia, ma dovrebbe sopprimere tutti i bisogni della sua sensitiva natura; perocchè se lasciasse come fatti, dai quali non è dato prescindere, i moti delle umane passioni, esso non saprebbe più nè come contenerle ne' limiti della giustizia, nè come comporle alla disciplina sociale.

Pretendere, che le forze sociali possano, per così dire, spiritualizzarsi, e divenire nel loro governo tanti enti di ragione onde farne soggetto d'una scienza speculativa, ed aerea, sarebbe bensì allargare la sfera delle cognizioni umane ma formando una vastità con il vuoto (1). Misurar tutto colle regole della eguaglianza de' dritti, o dei doveri fra gli uomini sotto pretesto del giusto assoluto invariabile, eterno, contemplato, e conosciuto da tanti secoli, onde dare alla scienza intellettuale, e contemplativa, sarebbe lo stesso, che fermare la società umana nella carriera del prefezionamento, a cui la mano del Creatore spinge, e in questo senso ben disse Bacone, essere le scienze prettamente intellettuali a guisa di statue celebrate, adorate bensì, ma immobili di loro natura (2).

Epilogando in più brevi termini la teoria conciliatrice del criterio del gius di natura, e del criterio del dritto politico, dei sistemi di leggi scoperti dal raziocinio speculativo, e de' sistemi stabiliti dal pratico raziocinio, si può concludere, che il gius di natura, ispirazione sublime, ed inoppugnabile della umana ragione, dee essere la guida direttrice della ragione pubblica, e della pubblica forza: che la eguaglianza assoluta degli uomini, distrutta dalla mano stessa della natura, che fece della ineguaglianza delle condizioni una forma inevitabile delle aggregazioni politiche, deve esser dal dritto politico mantenuta nella *relativa* in faccia alla legge proclamatrice, e protettrice della giustizia; perciocchè il diritto politico ha la missione di correggere la natura, e di perfezionarla, non di cambiarla, o distruggerla; che la naturale indipendenza dell'uomo è un titolo sacro, che il dritto politico riconosce, e rispetta, nè altro titolo ha per limitarla, se non la necessità della politica aggregazione: che nelle sole incertezze del dritto della natura nella sua applicazione ai complicati interessi degli uomini in società, e ne' soli casi della insufficienza de' proprj mezzi a protegger se stesso, il dritto politico esercita una indipendente prerogativa o dichiarandolo ossivvero supplendolo: che l'unico, e vero officio del dritto politico, è

BET ». *Nov. org. scient. lib. 1. aph.* 96. Questo baconiano aforismo basta a rispondere a chi men cautamente in tuono magistrale asserisce, esser il *dritto politico* una modificazione della *morale*.

(1) Bacone *In praef. ad nov. org. scient.*

(2) Ibid.

quello di sostituire alla natural libertà dell'individuo, di cui esso chiede un sacrifizio, la libertà civile, di cui esso solo può essere il creatore, introducendo la servitù della legge onde meglio assicurare la libertà di chi vi obbedisce (1). Sodisfatti questi doveri, che il dritto politico ha verso il gius di natura, come teoria speculativa de' dritti degli uomini, considerati come unità separate, e distinte tra loro, il dritto politico altri non ne conosce, e nell'erigere in dritto della città la fusione di queste unità segregate nell'aggregazione sociale: nel provvedere alla maggiore regolarità, e alla maggiore prosperità possibile dell'aggregazione, esso consulta regole e principj, che alla speculativa teoria del gius di natura non appartengono: consulta i naturali bisogni dell'uomo, e della società, non le astrazioni, alle quali una scienza speculativa può l'uno, e l'altra ridurre: segue attento i moti della natura senziente, onde meglio guidarli, e non le pretensioni de' sistemi, che le teste pensanti di alcuni uomini hanno potuto produrre (2).

CAPITOLO VII.

Della morale, e del dritto.

Non è raro l'udire, che la morale sia un complesso di regole *pratiche*, e il dritto della natura un complesso di regole *speculative* (3). La mente umana va da lungo tempo indagando qual sia il distintivo carattere delle une, e delle altre regole e quali sieno i confini, che ne separano le vere attribuzioni, e l'ufficio (4).

Fu bensì vagamente sentita la differenza tra il male *morale*, e il male *politico* (5), nè mancò chi tentasse di segnare i limiti, i quali dividono la morale dalla legislazione (6); ma nè

(1) *Legum idcirco servi sumus ut liberi esse possimus.* Grot. *De jur. bell. et pac. lib. 1. c. 1. §. 5. c. 2. §. 1.*

(2) Ignoro qual sia la teoria conciliatrice del dritto della natura, e del dritto politico proposta dal celebratissimo sig. Hegel *Esquisse de la philosophie du droit (ou droit naturel et politique) Berlin* 1821, non avendo potuto conoscer questa opera che dal Tennemann *Manuel de l' histoire de la philosophie trad. par L. Cousin, Paris 1829.*

(3) Lampredi *Jur. pub. univ. Theorem. Proem. §. 4.*

(4) Leop. Ang. Varnkoenig *Doctrina juris philosophica aphorismis distincta in usum scholarum. Aquisgrani 1830 Introd. cap. 1. §. 7.* Ancillon *Essays philosophiques etc. Paris 1817,* ha nel trattato *des developpements du moi meme*, un capitolo che s'intitola *Morale, droit;* ma leggendolo non vi s'incontra che la morale.

(5) Cremani *De jur. crim. lib. 1. p. 2. cap. 3. §. 7.*

(6) Bentham *Traites de legislation civile, et penale vol. 1. chap. 12. p. 98.* Altri più imaginosi scrittori, come Joui, e Drotz, volarono colla fantasia all'opposto estremo, scrissero dell'applicazione della *morale*

quel sentimento, nè quel tentativo, contrapponendo l'uno la morale alla politica, e l'altro la morale alla legislazione, risalì tanto alto alla soluzione del problema da dividere in conveniente maniera la *morale* dal *dritto*, quale la umana ragione li può concepire indipendentemente dal fatto dell'uomo, e dalle leggi di sua creazione.

Il problema sembra pendere indeciso tuttora (1), di guisa che le fatiche, intraprese onde togliere la difficoltà, possono reputarsi esser rimaste lungi sempre dallo scopo, al quale mirarono. D'altro lato i conflitti tra i due opposti sistemi del *dommatismo*, e dell'*empirismo*, e la differenza delle leggi derivanti dal raziocinio speculativo, e delle leggi derivanti dal pratico, obbligano a desumere ogni possibile diversità tra la morale, ed il dritto: tra l'ufficio dell'una, e l'ufficio dell'altro da quelle medesime alte, e remote origini, alle quali i presenti bisogni della mente dell'uomo vogliono, che, come a criterio di verità, sian riportate le cognizioni relative ad ogni specie di legge.

Dire, come alcuni si espressero, che la morale stabilisce i doveri, e la legge della natura stabilisce i diritti (2), non toglie la difficoltà, ma l'aumenta: perocchè, ammettendo questa opinione, che non possa concepirsi un dritto, a cui un dovere non corrisponda, non si saprebbe comprendere per qual guisa distinguere quali siano i doveri, che emanano dalla morale, e quelli che discendono dal dritto della natura. Soggiungere, che i primi non sono esigibili mentre gli altri lo sono, sarebbe tentar di spiegare una cosa per se medesima oscura con parole di dubbio, e controverso significato, presupponendole gratuitamente di chiaro, ed incontrovertibile concetto, mentre, oltre al non potersi comprendere come un dovere, interno legame dell'animo di quegli, nel quale risieda, può essere *esatto* da persona fuori di lui, dovendosi dir piuttosto *prestabile*, *sodisfattibile* (3), comecchè il dovere esigibile tale non potrebbe

---

alla *politica*. Altri pretese ridurre alla morale la *legislazione*, e la *giurisprudenza*. In questo frastuono di discordanti opinioni sarà facilmente sentita la necessità di stabilire la differenza della *morale*, e del *dritto*.

(1) Nel 1819 la Università di Groninga propose il problema « se il dritto naturale, e la morale son due cose distinte, e nel caso di affermativa quali ne sono le differenze ». Il premio fu conferito al sig. Hermann de Ranitz di Groninga, il quale, nella sua dissertazione, dopo aver paragonate le opinioni del Puffendorf, del Barbeirac, del Leibnitz, del Wolf, del Montaigne, del Locke, e del Kant, dette la preferenza a quella di quest'ultimo. Kant *Doctrina morum*, *Amstelod.* 1799. referisce la morale alle azioni *interne*, e il dritto alle *esterne*, dottrina evasiva: perciocchè tanti umani trascorsi, che la legge non può esprimere, son ben altro che azioni interne.

(2) Thomasius *Diss. de praes. bonit.* §. 11.

(3) La incompatibilità della nozione dell'*esigere* con la nozione del

essere se non fosse correlativo a un *dritto perfetto*, la nomenclatura de' *diritti perfetti*, e de' *diritti imperfetti*, senza la quale quella de' doveri esigibili, e non esigibili star non potrebbe, farebbe cadere il preteso definitivo criterio delle due regole di condotta in una miserabile petizione di principio.

Sarebbe perciò mestieri, che le due idee di *doveri*, e di *dritti* potessero separarsi razionalmente tra loro: che gli uni fossero un modo morale d'essere dell'uomo, e gli altri un modo morale d'essere separato, e distinto, onde gli uni potessero concepirsi come non aventi nulla o di comune, o di connesso cogli altri.

La parola *morale*, e la parola *diritto* non suonano la cosa medesima, se si prendano come designative della ragion sufficiente de' liberi moti dell'uomo. La prima indica un abito, e la seconda una facoltà (1): l'una designa non so che di passivo, a cui le azioni umane soggiacciono: l'altra indica un rigoroso principio di attività, e di energia, di cui ha la ragione in se medesima la coscienza.

La parola *dovere* indica una forza morale, che agisce sulla mente dell'uomo con un modo diverso da quello indicato dalla parola *diritto*, perocchè la prima spiega un impulso ad agire a prò d'altri senza bisogno che altri come tale lo apprenda; e la seconda enuncia nel suo più semplice significato una linea, la quale ond'esser norma d'un moto ha bisogno d'esser ben conosciuta non tanto da chi ha interesse a farla seguire quanto da chi ha il contrario interesse a non la seguire. Il dovere onde essere forza morale, e muovere alcuno verso il suo sodisfacimento non ha bisogno di esser titolo di una forza fisica, la quale ne assicuri il libero, e pronto esercizio, perchè operando gli effetti, che è destinato a operare, la persona, a favor della quale è sentito, ne riceve vantaggio, anzichè disvantaggio. Il diritto come facoltà morale, che la pura ragione ha creata, sarebbe inutile se non fosse titolo legittimo d'una forza fisica necessaria a sgombrare ogni ostacolo al suo esercizio, perchè può incontrare ovunque interessi o a non riconoscerlo, o a disprezzarlo, o a resistergli.

La *coscienza* è, per così dire, l'istintivo organo del dovere: la *nozione* è quello del diritto. La coscienza come interno giudizio dell'animo sulla rettitudine delle azioni, alle quali preor-

---

dovere quando non trattisi di *superiore*, e d'*inferiore* dee essere più diffusamente dimostrata quando si tratti di definire il delitto.

(1) La morale ha fatto nascere molte indicazioni, che ne prendono il nome. *Scienze morali: azioni morali: moralità dell'azione* ec. Ciò deriva dall'essere la morale la scienza madre di tutte le altre direttive dell'uomo: per lo che a essa in preferenza spetta lo stabilire il requisito, che l'azione umana dee avere ond'essere dirigibile. Dal dritto della natura questo requisito è supposto perchè fondandosi tutto sulla ragione, non può ammettere la massima irrazionale, che azioni non libere possono esser soggetto di legge.

dinasi, corrisponde alla interna forza, che distingue il dovere; e come interno giudizio o è foro competente a sè stesso, o non dipende se non dal supremo scrutatore degli animi (1). La nozione è una creazione della ragione umana, la quale, presupponendosi dal gius di natura eguale in tutti, ha in ogni individuo un valore medesimo, ed un medesimo inalterabil giudizio.

Poichè è diversa l'azione del *dovere*, e del *dritto* considerati come forze morali, il primo bagliore, che alla mente si affaccia onde distinguere la morale dal gius, quandochè fossero l'effetto di due leggi diverse della natura, nasce dalla razional differenza degli uni, e degli altri. Ma, all'oggetto di stabilirla sopra basi più solide, converebbe mostrare, che la teoria de' *doveri* non ha razionalmente nulla di comune colla teria de' *diritti*, rinunziando a quando di pregiudicato o antiche abitudini, o il giornaliero linguaggio avesse a tal proposito infuso nell'animo umano. Dal dritto stabilito dalla legge della città nasce in certe materie ma non in tutte un corrispondente dovere (2), ma il dritto della pura ragione come facoltà di agire, come titolo legittimo d'una forza necessaria a proteggere il suo esercizio, non ha bisogno per sussistere d'un dovere, che vi corrisponda, come una forza qualunque, ond'esser tale, e produrre gli effetti, ai quali la natura la destinò, non ha bisogno, che tale la rendano le cose, che son fuori di lei. La esistenza de' diritti derivanti dalla pura ragione debbe esser tale nella ragione di tutti, e, se ciò difatto potesse ottenersi, i movimenti morali degli uomini sarebbero tutti nel senso de' dritto: tutti seguirebbero le linee, che i diritti prescrivono, nè per la regolarità di questi movimenti sarebbe necessaria la teoria, e neppur la idea de' doveri: essendo certo, che i dettami della pura ragione, dai quali i dritti desumono la loro esistenza, hanno una prerogativa ingenita, tutta lor propria, eguale in tutti, e perciò senza bisogno di correlativi, i quali meglio ne assicurino l'autorità (3). Le linee, che i corpi celesti senza urtarsi reciprocamente percorrono, sono un'emblema di quelle, che i diritti della pura ragione segnerebbero al loro esercizio, e i moti morali degli uomini, percorrendo quelle linee, non avrebbero nè complicanza, nè collusione tra loro. Potrebbe invero una forza irrazionale turbar quest'ordine, e opporsi al moto, cui il dritto segna una linea, ma questa forza perturbatrice non

---

(1) Cicerone *Or. pro Cluent.* c. 20 pone alla pari la coscienza, e il pensiero *malae cogitationes, conscientiaque animi.*

(2) Barbeirac *ad Puffend. le droit de la nat. et des gents liv. 5. chap. 5. §. 2. vol. 1. 2.*

(3) De Zeiller *il dritto privato naturale Introd. sez. 1. §. 9. pag. 46 not.* 1 ammettendo, come seguace del Kant, nel gius della pura ragione il *dovere*, ha bisogno per sostenerlo di ricorrere all'esempio della legge della città, che abjura un poco le sue premesse.

sarebbe un dritto, il quale colla forza, di cui è leggittimo titolo, potesse lontano da sè respingerla, è, se la forza a questo scopo mancasse, e il dritto venisse nel suo esercizio distrutto, l'impero della pura ragione verrebbe in questo stato di cose a cessare, e quello d'altri, e diversi principj sarebbero necessarî al ristabilimento dell'ordine. Potrebbero pur anco i dritti per la necessità, in cui sono di esercitarsi su tutto ciò, che è fuori dell'uomo, venire in collisione tra loro, nel quale stato la pura ragione, da cui tutti emanarono, non avrebbe mezzo di decidere piuttosto a favore dell'uno, che a favore dell'altro, ed ancor quì altri principj sarebbero pur necessarj onde far cessare le perplessità di questo nuovo possibile caso.

Il dritto della *pura ragione*, o *razionale*, o come altri meglio lo disse, *ideale* (1), non ha bisogno per esser tale, che doveri vi corrispondano. Nel sistema di questo dritto gli uomini considerati come puri enti razionali, astrazione fatta da tutti i bisogni della lor sensitiva natura, esercitano le loro morali facoltà come agenti, il potere de' quali è misurato dalla eguaglianza di tutti, e sarebbe ridicolo dire, che tra due quantità eguali tra loro l'una lo è rispetto all'altra, perchè l'una ha verso dell'altra il dovere di esser quel che ella è. Che se per dovere s'intenda il non poter un uomo opporsi all'esercizio del dritto di un altro, il concetto è male spiegato e convien dire piuttosto, che niun'uomo relativamente al suo simile può avere un dritto maggiore di quel ch'egli ha. Le idee di dovere, e di obbligazione, spesso male a proposito confuse tra loro, sono creazioni non del dritto della pura ragione, ma o della morale se si tratta di doveri, o del dritto della città se si tratta di obbligazioni: della prima in quantochè ella guida gli uomini con più forti, ed efficaci mezzi che non il dritto: della seconda in quantochè, divenendo in società il principio della eguaglianza in faccia alla ragione principio di eguaglianza in faccia alla legge civile, e perdendo esso così la propria razionale semplicità nella sua applicazione agl' intricati interessi sociali degli uomini, la legge è costretta ad abbandonare nella esposizione de' dritti il dimostrativo linguaggio della ragione da privato a privato, e a dispiegare quel del comando col creare nella obbligazione un legame, che stringa la volontà e la forzi ad agire a prò de' dritti, che ella ha o dichiarati come provenienti dalla natura, o proclamati supplendola (2).

Un sistema di regole, il quale insegnasse all'uomo a conformare la sua volontà relativamente a tutti gli enti, che lo circondano, in modo, che ella, anzichè far piegare gli altri al

(1) Ancillon *Essays philosophiques etc. vol. 2. pag.* 262.

(2) Un cardinale difetto dell'altronde aureo lavoro del nostro Lampredi *Jur. pub. univ. Theorem part. 1 cap. 5* § 2 consiste nel premettere le *obbligazioni* ai *diritti*. Ma egli avea già confuso il dritto della natura colla scienza della legislazione.

proprio ben essere, acquistasse l'abitudine di piegar se medesimi al ben essere altrui anco a scapito de' suoi naturali appetiti, non avrebbe analogia, o somiglianza di sorta veruna col sistema delle regole tracciate dal dritto. Quel sistema sarebbe tutto di doveri, e di dritti, non ammetterebbe nè la teoria, nè la idea; perocchè esso renderebbe inutile il dritto prevenendone in chi lo ha l'esercizio, come renderebbe inutile la forza destinata a proteggerlo. Or questo sistema di regole è appunto quello, cui vien dato il nome di *etica*, o di *morale*. Gli effetti salutari di questo sistema potrebbero bensì o coincidere con quelli del dritto, o perfezionarlo, ma non avrebbero cosa alcuna di comune con esso.

La coincidenza degli effetti de' due sistemi si incontrerebbe là dove il dritto autorizzasse alcuno ad agire, potendo il sistema de' doveri prescrivere, che, ove il dritto sia riconosciuto, prima che esso reclami l'adempimento proprio vi si dee sodisfare. La perfezione maggiore, che il dritto da questo sistema riceverebbe, è innegabile se si rifletta, che esso potrebbe distogliere da movimenti al dritto contrarj, e coll'annegazione di se medesimo, che esso all'uomo prescrive, far cessare, o render più rari i casi di collisione de' dritti (1).

Non avrebbero però i due sistemi cosa alcuna di comune tra loro nè per l'origine, nè per i mezzi, nè per lo scopo, nè per la sfera della loro attività rispettiva. Non l'avrebbero per l'origine perchè il dritto dalla pura ragione può averla fino al punto di poter prescindere dalla idea del vero fonte di ogni umana autorità, dalla esistenza di Dio, confondendosi i suoi teoremi come quelli delle scienze esatte, per il loro carattere di assoluta immutabile verità, cogli attributi della mente divina (2), mentre la morale, destinata a imprimere un abito alla volontà umana, debba avere la sua origine in un principio di tempra non speculativa ma operativa, e di per sè capace di governare, e comprimere le umane passioni: quindi o nella autorità di un ente supremo, o nella indole d'un sentimento momorale, che Dio abbia infuso nella natura dell'uomo, essendo un miserabile assurdo il pensare, che i soli dettami della ragione, se possono riconoscere la prerogativa della morale, la possan formare e renderla un principio abitual di condotta nell'uomo (3). Non avrebbero i due sistemi niente di comune pei

(1) Dissero i moralisti antichi « *suum cuique incommodum ferendum est, potius quam de alterius commodis detrahendum* » Cic. *De off.* Più sublime la morale Evangelica comandò « *si quis te percusserit in dexteram maxillam tuam praebe illi et alteram* » Math. c. 5. §. 29.

(2) Leibnitz, di cui niun può sospettare la religione sincera, *Op. vol. 4 part. 3 p.* 273. disse, che come un ateo può esser geometra può anco essere giureconsulto. La stessa professione professa Grozio.

(3) Gli Storici, e nel secolo decimottavo Wolf ravvisarono nel *perfezionamento* il principio della morale. Il perfezionamento è lo scopo della morale non ne è la sanzione; ed è stato bene osservato, che

mezzi, che adoprano: conciossiachè il dritto per sostenersi deve annunziarsi come titolo legittimo della forza esterna da uomo ad uomo, e la morale si fa valere per una forza interna, che la volontà umana dee conquistar se medesima, e tutta la sua azione si esercita sull'individuo all'effetto di risparmiar l'uso della forza, di cui è il dritto investito. Non hanno i due sistemi nulla di comune tra loro quando allo scopo, perchè il dritto altro non ne ha che quello di mantere la sicurezza, e la indipendenza tra gli uomini; e la morale ha quello d'introdurre tra loro la perfezione di tutte le qualità, che più nobilitano, e illustrano la umana natura, abituando gli animali all'orrore pel vizio, ed infiammandoli all'amore delle virtù: cose tutte, alle quali il dritto non può provvedere. Finalmente i due sistemi niente hanno di comune quanto alla sfera, nella quale l'uno, e l'altro dee esercitare la attività. Il dritto ha un'attività circoscritta a certe, e determinate situazioni, nelle quali un uomo trovasi relatimente al suo simile onde i morali moti dell'uno non avvengano a danno de'morali moti dell'altro, se lo stato de'loro interessi reciprochi in quella situazione rendan necessaria a quei moti una regola. La morale ha un'attività che si estende a tutte le relazioni o fisiche, o morali, che l'uomo ha col creato che lo circonda. Se un solo uomo sulla terra esistesse non avrebbe bisogno della cognizione d'un dritto, ma la morale sarebbe a lui necessaria se non altro per riconoscere la sua dipendenza da un'ente da cui tutto il creato dipende, e per attingere dalla contemplazione della perfezione di quell'essere supremo una norma alla sua nel retto, e moderato uso delle cose appetibili, che lo circondano, e nel dovere d'imprimere quando è possibile in esso questo carattere di perfezione.

Il criterio della morale, considerata come testo di doveri, i quali stanno senza diritti, e quello del dritto della natura, considerato come testo di dritti, i quali stanno senza corrispondenti doveri, se si ravvisino nell'una come nell'altro due speculativi sistemi di regole di condotta per gli uomini, sono pure due cose essenzialmente diverse tra loro. Il punto trascendentale della morale speculativa è una perfezione dell'animo, a cui la ragione dell'uomo scorge poter giungere le forze affettive di sua natura o nell'individuo, o nella specie: sicchè le sensitive sue facoltà o coll'irrigidirsi al vizio, o coll'infiammarsi alla virtù faccian nascere un ordine più sublime, e più stabile di quello della giustizia. Ma in questo assunto della morale speculativa la immaginazione, senza di cui le grandi, e nobili qualità della natura umana non si sviluppano, vi ha una gran parte. Oltracciò quel

---

la idea della perfezione è sì complessa e sì vaga che non si saprebbe come formarne la base del dovere. Ancillon *Essays philosophiques v.* 2. *p.* 256. Kant *Morum doctrina, Amstelodami* 1799. dà alla *morale*, ed al *dritto* la umana ragione per base, ma non avverte nè all'indole del *dovere* nè al modo con cui la *coscienza* agisce.

sistema di regole non può speculativamente sussistere se non o come emanazione della mente divina, o come bello ideale, e così o nell'uno, o nell'altro concetto come principio, che agisce sulle facoltà sensitive dell'uomo sebben per mezzo della ragione: onde il sistema, e le regole, che lo compongono, non possono prescindere da uno scopo pratico, penetrando, per così dire, in tutti i ragguagli della vita attiva dell'uomo, e all'ordine conformandola. Per questa guisa la morale ha un diverso criterio da quello del dritto, il quale come linea, su cui si debbono svolgere i moti morali dell'uomo, ha un'esistenza propria, e da que'moti in tutto indipendente, lo che lo costituisce un sistema eminentemente speculativo. La morale rettifica, e perfeziona le qualità della umana natura, onde comprimere le turpi, e le triste, e dare slancio alle splendide, ed alle buone (1): il dritto si forma col calcolo delle *quantità*, alle quali la umana ragione riduce il bisogno d'ogni individuo di muoversi verso la propria prosperità senza ledere i moti medesimi in altri, astraendole da tutti i dati di fatto della ineguaglianza, che nelle facoltà dello spirito, e in quelle del corpo la natura ha introdotta tra gli uomini. La morale ha sempre l'occhio rivolto alle umane passioni onde dar loro una direzione a suo grado o perchè, seguendo le proprie, non degradino la umana natura, o perchè si rivolgano a uno scopo, al qual giunte, segnino il più elevato punto della sua dignità: il dritto non pone mente nè al basso, nè all'alto, a cui la natura morale dell'uomo o possa deprimersi, o possa elevarsi per l'azione delle passioni o vituperevoli, o encomiabili, che lo distinguono, ma diviene nella mente umana la idea d'un giusto assoluto, che segna il titolo, e il limite delle forze d'ogni individuo: di guisa che la morale colloca il suo criterio nella superiorità, a cui l'individuo può giungere relativamente a'suoi simili cattivandosi i suffragj di tutti: il dritto colloca il suo nella eguaglianza di tutti onde sia la formula della sicurezza di ciascheduno. Che se la morale contempla il dritto come limite, che gli umani interessi debbono rispettare, e s'incarica di applicarlo alla loro miglior direzione: del pari che se il dritto rivolgesi alla morale onde avere in essa una più stabile, e larga base, l'uno, e l'altro non si comporta più come sistema di razionali regole della condotta degli uomini, ma assume pratico atteggiamento, nè considera l'uomo quale per l'uno, e per l'altro sistema debb'essere, ma lo con-

(1) La teoria della colpa, e del dolo è di competenza esclusiva della morale non del dritto della natura come mancanza di rettitudine delle azioni umane, e il Lampredi *Jur pub. univ. Theor. par. 1 c. 4* entrò in una messe in cui entrar non devea trattandone. Il dolo, e la colpa o sono il risultato di men retta coscienza, o son fatti distruttivi del gius di natura. Nel primo riguardo son di competenza della morale, e nel secondo di competenza della politica. De Zeiller *Il diritto privato naturale part. 2. c. 2. app.* si è assai ben guardato da questo scoglio.

sidera quale egli è di fatto; ed amendue si uniscono prestandosi vicendevolmente quel che all'uno, ed all'altro appartiene, onde fornir l'uno all'altro soccorso scambievole.

Ricondotti alla loro razionale origine come sistemi di principj, e di regole la morale, ed il dritto, essi non hanno mestieri di aver circoscritti, e segnati i lor rispettivi confini perchè sono tra loro due cose essenzialmente diverse. Considerati questi sistemi medesimi nello stato di promiscuità, in cui l'uso pratico onde meglio provvedere all'ordine, ed alla sicurezza sociale gl'impiega, fanno nascere i problemi d'una retta, ed adeguata definizione de' respettivi lor limiti. Nè è da meravigliare, che i primi scrittori di naturale diritto, trovando questi sistemi in uno stato di reciproca promiscuità nel loro pratico uso, o confondessero affatto l'uno coll'altro, o spiegassero spesso i principj, e il criterio dell'uno co' principj, e col criterio dell'altro (1).

CAPITOLO VIII.

Del dritto, e della giustizia.

Il regno della giustizia è l'essenziale, e primario bisogno d'ogni politica aggregazione (2), e la retta amministrazione sua è la guarentigia, che la ragione pubblica, creazione del dritto politico, assicura ai diritti dell'uomo. Al dritto ed alla giustizia debbono dunque far capo tutte le cose discorse fin quì sul diverso criterio come sull'officio diverso dello speculativo, e del pratico ragionamento in legislazione: del dritto della natura, e

(1) La morale pratica, dovendo istruir le coscienze, ha bisogno di conoscere non che il dritto di natura anco la giurisprudenza; e la legge positiva non può aver forza bastante se non cerca un appoggio nella morale. Di questo appoggio parla anco Zeiller *Dritto natur. priv. Introd. sez. 1. §. 9. pag. 16. n. 1.* citato quì sopra. I principj esposti in questo capitolo volevano essere sviluppati con diffusione maggiore, lo che mi serbo a fare in un corso di *diritto della natura*. Credo però aver detto abbastanza onde sia apprezzato il merito di quelle opinioni, le quali, senza curarsi di più astruse ricerche, collocano nella *morale* il vero criterio della *legislazione*.

(2) Cicerone nel suo libro della repubblica non si stanca d'insinuare sulle traccie di Platone questo principio, osservando, consistere in esso il vero, e solo bisogno degli uomini, ed essere qualunque siasi forma di governo indifferente, purchè ne sia la giustizia costantemente, e lealmente protetta. « *Tum Laelius quaeso interest inter unum, et plures si iniusta est in pluribus?* » *De Rep. ed Ang. Majo lib. 1. §, 38* Gellio *Noct. aet. lib. 24 cap. 4*, mentovando il libro che Crisippo avea scritto sulla giustizia ne riporta la grafica imagine delineata in parole da questo scrittore, che l'insigne Abate Mai crede utilissima a tutti gli artefici, i quali vogliano dipinger Temi.

del dritto politico, come sistemi scientifici, onde riunirsi in un'alleanza inseparabile tra di loro, e rinunziare nel loro uso pratico, a cui gli chiama l'amministrazione della giustizia, a tutte le antipatie, a tutte le gelosie reciproche, che potean dividerli finchè furono meri razionali concetti dello spirito umano.

Ciò non pertanto, se si prescinda dall'amministrazione di fatto della giustizia, che ogni uomo come ogni paese pratica a modo suo, le difficoltà tra i due principj a questo punto decisivo della loro influenza su i destini degli uomini non cessano anzi sembrano aumentare.

Non vi ha parola di sì dubbio, e sì moltiplice significato quanto quella di dritto (1), nè vi ha nozione, su cui siansi accese tante controversie quante su quella della gistizia: sia sulla sua origine (2): sia sulla sua vera indole (3): sia sulla sua difinizione (4): sia sulle specie diverse, che il suo sommo genere può contenere (5): sia sulla referibilità de' suoi atti a tale, o tale altra di tali specie (6): sia finalmente sulla differenza, che distingue il rigore della sua pratica applicazione dalla equità (7).

Nè quì le controversie finiscono, ma nuove ne sorgono onde determinare se la giustizia nasca dal dritto, o questo da quella (8): se, essendo il dritto un concetto della mente umana, un egual concetto sia la giustizia, o piuttosto un abito, una tendenza, di cui la volontà dell'uomo sia suscettibile; e se la umana coscienza, come interno giudizio della rettitudine dell'azione propria, guidi, e fino a qual punto, l'esterno delle azioni altrui, al quale la umana giustizia presiede.

---

(1) Dig. *lib.* 1, *l.* 11. Gluck *ne' suoi comentarj vol. 1. pag. 3. 11. Erlangen* 1797 assegna alla parola fino a quattordici significati.

(2) Jacobi Stellini *Ethices lib. 3 cap. 1 op. v. 3. p.* 234.

(3) Ejusdem *loc. dit. cap.* 2. Humes *Essais and treatires vol. 3. pag.* 243.

(4) La definizione fu controversa tra gli antichi filosofi, e Platone *De Rep. dial. 1 in princ.* riporta le opinioni di Cefalo, di Simonide, di Biante, di Pittaco, di Trasimaco, e propone la sua.

(5) Grotius *De jure bell. et pac. lib. 1 cap 1 § 3.*

(6) Idem *De jure bell. et pac. lib.* 2 *cap.* 20 § 2, Puffendorf *De jur. nat. et gent. lib. 8 cap.* 4 § 3, Renazzi *Jur crimin. element. lib.* 2 *cap. 3* § 9.

(7) Grozio è il solo scrittore, il quale abbia riconosciuto non appartener la equità alle speculative teorie del gius di natura. *Ad Campanellae politica pag.* 120 121. Infatti la sua indole è tutta pratica, conforme sarà dimostrato parlando del metodo giudiciario. La difficoltà della ricerca ha un saggio in Leibnitz *op. v. 4 p.* 337 e una storia in Thomasio *Dissert. LXXIII* §§ 1 2 3.

(8) Da un frammento del filosofo Archita riferito da Stob. *serm.* 43. raccogliesi, che egli intitolasse un suo trattato *De legge, et justitia.* Altrimenti fecero i Romani giureconsulti, i quali intitolarono i loro *De justitia, et jure,* Inst. *lib. 1 tit. 1 dig. lib. 1 tit. 1.* Cicer. *Philip. 9 c.* 5, parlando del giureconsulto Servio Sulpicio pone prima il dritto poi la giustizia. Leibnitz così praticò. Più modernamente il dritto alla

Se mai i calcoli dell' intelletto venissero qui a congiungersi con i requisiti di volontà, un ordine di cose aprirebbesi, nel quale sarebbe difficile concepire come i due opposti sistemi, i quali dividono le scuole della filosofia razionale, potessero farvi valere le contrarie loro prerogative: perciochè l'abito di volontà come cosa di mero fatto, e il calcolo dell' intelletto, comecchè obbligato a concepir la legge nel modo il più acconcio alla qualificazione del fatto, onde i contrarj interessi de' litigatori sian rettamente composti, diverrebber due dati, nella formazione de' quali il *dommatismo*, e l'*empirismo* non avrebbero veruna influenza. Oltre a ciò tale, o tale altro criterio sul grado, e sulla indole della certezza delle cognizioni dell' uomo in quanto risale alla origine delle nostre idee, potrà forse mai esser chiamato a dire i risultati pratici ai quali sono per la usuale loro indole il dritto, e la giustia obbligati? Se i capi della scuola Italica, e della scuola Jonica divenissero giudici insieme in una causa o civile o criminale qualunque, e nella discussione dei motivi di sentenziare l'uno, e l'altro intendesse di risalire alla origine prima, al criterio caratteristico delle cognizioni umane, diverrebber ridicoli assai più di quel Postumo deriso da Marziale, che in una causa di furto di tre capre risaliva eloquentemente a Canne, a Mitridate, alla guerra Punica, a Silla, ed a Mario (1).

Le abitudini, che l'uomo acquista nell' amministrazione della giustizia, posson fornire a' suoi giudizj una rettitudine, che gli renda inutile di argomentare da quali razionali principj discenda il criterio, che loro serve di guida. Il filosofo contemplativo, per cui il dritto, e la giustizia non hanno cosa veruna d'usuale, e di pratico, può spesso confondere il loro criterio colle combinazioni delle loro idee. Nel grande intervallo, che separa il criterio dell'uno, e il criterio dell'altro, ogni opinione può collocarsi, a condizione però o di mostrare da qual lato è l'errore, o di conciliare se è possibile i due estremi; per il che la cognizione dell' indole dell'uno e dell'altro è necessaria, nè è lecito, onde schivare la difficoltà, nauseare la pratica sotto pretesto di non volere scrivere per i suoi bassi bisogni, o appellare al *senso comune*: voce d' incerto valore tranne il caso, in cui sia mezzo onde conoscere i delirj d'una mente alienata.

Comunque vario possa essere il significato della parola *diritto* è certo, che essa deve esprimer la idea o d'una legge o d'un principio, a cui la legge ha dovuto obbedire nel costituirsi, o

---

giustizia antepose Portiez *Cours de lègisl. administr. vol. 1. chap. 6.* Ritennero la disposizione delle parole usata da' Romani giureconsulti Abo, Gebauer, e Bricherii Colombi ne' loro trattati *De justitia, et jure*, i quali due ultimi son citati da Haubold *Inst. jur. roman. privati dist. dogm. lib. 1 cap. 1.*

(1) *Epigr. lib. 6 Epigr. 19.*

d' una facoltà, che all' uomo o dalla legge, o dal principio regolator della legge deriva (1).

Qualunque esser possa la idea, che si dee, o si può avere del dritto ne' tre significati pur ora indicati, egli è egualmente certo, che quella della giustizia dovette affacciarsi alla mente umana come idea d' un atto, col quale il dritto, tolto dal suo stato di principio astratto, e poco percepibile dalla comune degli uomini, fu fissato o nel morale carattere di un' azione umana (2) o nel giudizio, che un' autorità competente ne pronunziò (3); lo che essendo, è necessario concludere, che la nozione della giustizia si compone di due idee, l' una d'una operazione della mente sul confronto dell' azione, o del di lei giudizio colla norma tracciata dal dritto, l' altra d'un moto della volontà, la quale, libera di volgersi a proprio talento, ha presa quella norma a sua guida.

Da questa indeclinabile nozione della giustizia deriva la necessità, nella quale tutti i sistemi, che allo spirito umano piaccia d' immaginare, o di concepire sul dritto, si trovano discendere dalla loro altezza speculativa, e risolversi in pratici raziocinj.

La necessità di questa discesa ha prodotti due singolari, e segnalabili effetti ne' sistemi del dritto: perocchè o ha obbligato i più trascendentali ad ammettere nella definizione della giustizia un principio pratico insieme collo speculativo (4), o ha obbligato questo a cedere a quello tutto il campo della definizione (5).

---

(1) Puffendorf *Le droit de la nat. et des gents liv. 1 chap. 1* § 20. omette il significato secondo, ed usando la parola nel terzo la fa sinonima di *potere*. Il ch. Romagnosi, valendosene in questo significato medesimo, parla di una *facoltà*. *Introd. al dritt. pub. univ. vol. 1 p.* 268 § 278. Il signor Toullier *Le droit civil français suivant l' ordre du code etc. vol. 1 p. 83, vol 6 p. 3, vol. 11 p. 4 6*, indagando la origine della obbligazione se di sua natura preesistente, o posteriore alla legge, ondeggia tra Kant e Destut Tracy.

(2) La più vera etimologia della parola *justitia* è *jus sistere*. Il diverso significato del verbo *sistere*, ora indicativo dell' atto di fissare, stabilire, ora indicativo dell' atto di sospendere, fermare, fece nascere presso ai latini la parola *justitia* nel senso primo, e la parola *institium* nel senso secondo. Gell. *Noct. act. lib.* 20 *cap. 1.*

(3) Nella infanzia delle società tutta l'amministrazione dello stato riducesi all' autorità, che esercita i giudizj, designata perciò colla parola *Magistratus*. Hermann *Quaest. de jure, et auctor magistr. etc. p.* 54 55.

(4) Il principio speculativo è nella giustizia, che dicon di *azione*, e che definiscono *actionis convenientia cum justa lege*. Il principio pratico è nella giustizia di *persona*: della qual divisione della giustizia vedasi Leop. Andr. Guadagni *Inst. jur. civ. lib. 1, tit. 1.* § 2. *not. 3* da preferirsi a quanto su questo soggetto sulle tracce del Puffendorf ha scritto Christ. Thomas. *Dissert.* 48 §. 12.

(5) Puffendorf *Le droit de la nat. et des gents liv. 1. chap. 7.* § 6 osserva, che i Romani giureconsulti adottarono la definizione della giustizia di persona. Bene avverte il dotto Guadagni, averla essi adottata dagli Stoici *eo quod a rebus gerendis non abhorrebant*. Inst. *jur. civil. lib. 1 tit. 1* § 2 *not.* 1. Illustra la definizione stoica colla saga-

La stretta connessione dello speculativo concetto del dritto colle pratiche operazioni della giustizia fece sì, che gli antichi, sentendo forse o la insufficienza, o il pericolo della umana ragione nel guidare colle sue sole forze le azioni degli uomini, all' oggetto di designare ciò che noi indichiamo con quella parola, usarono voce significative di ciò che è puittostochè di ciò che deve essere, e per meglio fissarla ebbero a Dio ricorso (1). Gli Stoici derivarono la giustizia da questo fonte (2), e i Romani giureconsulti, presupponendo, sia per religiosi motivi, sia in forza dell'antica politica de'patrizj, sia per il senso d'una prerogativa di ordine, in se medesimi una specie di sacerdozio perpetuo dell' onesto, e del giusto, concepirono negli uffizj di questo sacerdozio tutte le formule della giustizia, e considerarono il dritto unicamente nella legge, che dal loro oracolo, o nelle materie d' ordine privato, o in quelle dell'ordine pubblico usciva (3).

I moderni, indicando il dritto con parole significative d'una linea retta, mostrarono di concepirvi qualche cosa di razionale, e di speculativo, ed ammissero così la competenza della umana ragione come autorità legittima a dichiarare, e proclamare una legge, il cui tipo già fosse in lei preformato (4). In questo sistema la giustizia dovrebbe derivare dal dritto, ed altro non potrebbe essere se non il giudizio pratico della conformità delle azioni degli uomini con quell' astratto principio.

Se questi due sistemi si avvicinan tra loro onde istituire il confronto, e se si distingua la legge da farsi, e la legge da applicarsi, sembra certo, che nel primo riguardo il sistema degli antichi non ammettesse testo di regola generale, ma tutto si facesse dipendere dalla prudenza del Magistrato, divenuto una specie di legge vivente, e che nel sistema de' moderni dovrebbe essere un sistema di legge scritta declarativa dell' eterno prin-

---

cità, che gli è propria, Christ. Thom. *Dissert.* 18 § 7. Cicerone, sebben platonico quanto dissertava, parlando della giustizia, la quale ha bisogni più pratici, che speculativi, disse essere *prudentiae, rerumque experientiae opificium. De Legib. lib.* 2. *c.* 4.

(1) La greca parola deriva dal nome di una Dea preside della giustizia. Xenoph. *Paed. lib.* 3. *pag.* 65. Arist. *De Mud.* Il Vico deriva la parola jus da *jous* antica voce latina significativa di Giove. *De uno univ. jur. princ. etc. lib.* 1. *cap.* 19. ed illustra l' antico detto *jura a Diis posita*, referendolo al *dritto naturale delle genti. Principj di scienza nuova v.* 2. *p.* 205.

(2) Tutti i moralisti, o politici Greci dettero alla giustizia origine, e sede in cielo. Plainer *Notiones juris, et justitiae ex Homeri, et Hesiodi carminibus. Marb. 1819 p* 66. Hermann *Quaestionum de jure, et auctor. magistr. apud Athen. Heidelbergae 1829 pag.* 57.

(3) *Lex est... virorum prudentium consultum.* Dig. *Lib.* 1 *tit.* 3 *l.* 1.

(4) Le lingue moderne, colle voci *dritto*, *droit*, *right*, *recht*, indicano qualche cosa di razionale, che la mente umana ha potuto da se medesima contemplare, come la qualità della linea retta. Comte. *Traitè de législation etc. liv. cap.* 3. *p.* 150.

cipio, a cui ella nel costituirsi dee necessariamente obbedire: sicchè nell'amministrazione della giustizia fosse quanto è possibile da bandirsi la privata opinione dell'uomo, onde la pura regola degli umani interessi come ne fu, per la sola forza di sua natura, giudice nel formarsi per tutta la specie, così giudice per la sola sua forza medesima ne fosse nell'applicarsi per l'individuo: non altrimenti come la pura geometrica quantità, applicata alla misura de' corpi la fissa senzachè l'intelletto di chi la maneggia possa introdurvi cosa, che della indole della misura non sia (1).

Riportando questi due diversi sistemi alle guerre del *dommatismo*, e dell'*empirismo*: dello *spiritualismo*, e del *materialismo*, si vedrebbe nascere un assai bizzarro fenomeno: perciocchè i fautori del principio morale in opposizione al principio politico, pretendendo, che tutto si abbia a decidere con un esame attuale di fatto, e colla sola scorta della retta coscienza, diserterebbero dalle scuole spirituali, e dommatiche, e diverrebbero empirici, e materialisti, mentre nel giudizio sulla rettitudine delle azioni umane negherebbero ogni influenza ad un razionale principio: ammettendone un plastico, fattizio, e sensuale come lo qualifica il *senso comune*, al quale spesso ricorrono, o implicandosi almeno in un intelligibile *misticismo* (1)

Queste riflessioni conducono a una conseguenza di grande rilievo nello scienze del dritto.

L'amore del retto, e del giusto, anzichè essere un concetto dell'intendimento dell'uomo, è una felice disposizione della sua volontà, la quale è di esclusivo dominio della morale (2). Onde

---

(1) Platone, concependo non la origine, o la indole astratta della giustizia, ma i bisogni della sua pratica applicazione, scendeva quasi dall'altezza de' suoi divini concetti, e, divenuto animale affatto terrestre, preferiva l'arbitrio del magistrato alla disposizione della legge. *De legib. dial. 9.* È questa la proporzione armonica della giustizia, che tanto piaceva a Bodino. *De repub. lib. 5.* Quest'armonia turca, che oggi alcuni ripropongono come impero della *coscienza del genere umano*, fu il modo di amministrar la giustizia nella infanzia della società. Dionisio Alicarnasseo *lib. 1. p.* 223, parlando dei giudizj esercitati dai primi Re di Roma, osserva « *Controversias litium non ex jure diri-* » *mebant sed ex suis moribus* ». Lo stesso osserva il Giureconsulto Pomponio *l.* 2. §. 1. *dig. de orig. jur.*, Dionisio *lib. 1. p. 645.* fa la stessa osservazione su i giudizj esercitati dai Consoli. Modernamente i nativi dell'Affrica verso il Serra-Leone giudicano anco essi *suis moribus* colla *coscienza*, e non con scientifici metodi, e i giudizj presso quei popoli spesso finiscono colla vendita, che i giudici fanno dell'accusatore, del reo, e fino de' testimonj agli Europei, che gli comprano. Th. Winterbottom *An account of the native Africans etc.*

(2) Da queste remote origini scendono tutte le controversie nate in legislazione, ed in giurisprudenza sull'*arbitrio*, e sull'*uffizio* del giudice, le quali meglio verranno apprezzate parlando del metodo giudiciario.

(3) Così rettamente della giustizia di persona stabilisce Leopoldo And. Guadagni *Inst. jur. civ. lib. 1. tit. 1.* §. 2. *not. 5.*

se ella in un uomo di fatto esista, rende ad esso, ed a chi ha che fare con lui inutile la legge (1).

Ma se questa felice disposizione della volontà venga a mancare, e nasca il dubbio se un'azione umana sia in tale, o tale altra contingenza alla legge, ed al dritto conforme, un'operazione dell'umano intelletto è allor necessaria, e questa operazione, diretta bensì a far regnar la giustizia, ma dee chiamarsi perizia del dritto piuttosto, come mezzo e ordigno, senza del quale la giustizia non potrebbe esercitare sugli uomini la sua santa e nobile prerogativa (2).

Questa operazione dell'intelletto, la quale, onde la giustizia sia resa, dee contemplare la legge, l'azione umana, di cui è da proferirsi il giudizio, e le più minute circostanze, entro le quali l'azione o dee avvenire, o è avvenuta di già, domina, e signoreggia non tanto l'azione quanto la legge: perocchè da retta qualificazione dell'azione, e il retto giudicar della legge. La morale di chi assume la operazione, e la coscienza, che ne è, per così dire, l'organo sensitivo, assicureranno bensì la giustizia *della persona*, ma non possono essere guarentigia sufficiente per la giustizia *dell'azione*, vale a dire per il retto giudizio, che è da pronunziarne, confrontandola colla legge; e se la morale, e la conoscienza possono impedire la volontaria ingiustizia, non possono essere d'alcun soccorso onde impedire la involontaria conseguenza dell'errore, o della ignoranza negl'intrigati problemi di fatto, e di dritto, che gli umani interessi tanto più difficili fanno nascere nella società quanto più ella si è nella carriera del viver civile inoltrata (3).

Ricorrere onde comporre queste gravi perplessità alla *coscienza* o dell'individuo, o del genere umano (4), è uno schivarle, e

---

(1) È noto il verso di Menandro

Si justus es, pro lege tibi mores sunt.

Op. Grot. in Carm. Stob.

(2) Quindi il logico ordine delle idee è quale i Romani giureconsulti lo concepirono: il *dritto*, la *giurisprudenza*, la *giustizia*. Haubold. *Inst. jur. roman. priv. historico-dogmat. lineamenta etc. Lipsiae* 1826, *lib. 1. cap. 1.*

(3) È notabile il detto di Cicerone *De Repub. lib. 5. §. 5.* « *Summi juris peritissimus, sine quo justus esse nemo potest* ».

(4) Non si sa quì se la voce *coscienza* sia presa in un senso ideologico, o in un senso morale. Certamente la voce non può essere in materia legislativa usurpata se non in questo secondo senso. Ma se la coscienza in morale altro non è se non la opinione, che ha l'animo della bontà, o reità dell'azione alla quale o intende determinarsi, lo che alla coscienza *antecedente* si riferisce, o si è già determinato, lo che spetta alla *conseguente*, ov'è per sostenere questo concetto la sede dell'animo del genere umano? Nel 1819 avanti la Corte di giustizia del Maire della Nuova York si agitò una causa, la quale non potevasi rettamente decidere senza stabilire se la *balena è un pesce*: bel problema per la *coscienza*! *Rapport exact du procès de* James Maurice *contre* Samuel Judd *etc. publié par* William Samson *avocat. Nevv-York* 1819.

non toglierle: mentre è già dimostrato, che la coscienza, dovere di ogni uomo, non esercita alcuna influenza rettitudine degli umani giudizj: è un far retrocedere l'arte difficile di dar sistema agli umani interessi in collisione tra loro alla infanzia del viver civile (1); ed è ripetere una sentenza spesso pronunziata da chi, spaventato dalla quasi morale impossibilità di avere una retta amministrazione della giustizia, ne volle bandite tutte le regole nella legge scritta, e tutte le forme solenni nel metodo giudiciario, invocando la equità naturale dell'uomo, e tutto in essa fidando (2).

Esser giusto, e bene amministrar la giustizia non sono una sola, o medesima cosa. La coscienza, giudizio più passivo, che attivo, interno, e non esterno nell'uomo, relativo tutto alle sue azioni non alle altrui, farà l'uomo giusto, impeccabile in qualunque contingenza della sua vita. Ma se quest'uomo divien giudice del suo simile onde decidere se egli abbia violata la giustizia, è, violata avendola, stabilire qual espediente a forma della legge debba prendersi contro di lui, questa operazione è tutta un calcolo, nel quale la interna voce della coscienza può bene ispirare il desiderio di farlo esattissimo, ma non può contribuir per niente alla sua esattezza. L'interno giudizio della coscienza conosce tutti i dati morali, e tutti i dati di fatto dell'azione propria, che esso dee o impedire, o guidare. Il giudizio necessario ad amministrare la giustizia dee pronunziarsi su i dati di un'azione altrui, che chi giudica non può conoscere se non per il numero or maggiore, or minore, e per l'indole divinabile sempre delle apparenze esterne, che aver se ne possono. Quale ajuto darà la coscienza per determinare il critico valore di queste apparenze? Forse potrà la sua voce divenir nociva alla rettitudine del giudizio se ella, convertendo la critica in zelo, farà prendere le più lontane apparenze della giustizia, o della ingiustizia dell'azione per realtà, e vorrà convertirsi in una specie di tatto morale, il quale, contento di se medesimo, presuma d'indovinarla anzichè di giudicarla. Se un Giudice così costituito esistesse, non sò come ne' suoi giudizj l'arbitrario potesse distinguersi dal senso morale (3).

Se la perizia del dritto è l'anello di mezzo tra la legge considerata come regola generale della condotta degli uomini, e i suoi pratici risultati nel fissare il carattere delle loro azioni al-

---

(1) Vedasi la *not.* 1. a pag. 72.

(2) Fu questo il parere di Giovanni Barclay nella sua Argenide dedicata da lui nel 1621 al Re di Francia Luigi XIII. Il Thomasio nella sua Dissertazione *De emendatione administrationis justitiae Dissert. vol. 4. diss. 113. p. 183.* riporta le più celebri opinioni in questa intricata, e difficil materia: vero scoglio della coscienza.

(3) È degno a questo proposito d'esser letto Leibnitz *Specimen difficultatis in jure seu de caussis perplexis Francof.* 1672. *op. vol. 4. p. 3. p. 45.* specialmente ai §§. X. XI. ove contro la comodità, la utilità dice dover sempre prevalere la regola del dritto.

lorchè si tratta di giudicarne in qualche caso speciale, le difficoltà crescono quando, considerando gli uomini sciolti, e liberi da ogni freno di legge positiva, è necessario contemplare i morali, e politici bisogni della loro specie, e concepire una legge la più acconcia o a servir di scorta alla loro ragione, o a tenere in doverosi confini le loro passioni. In questo nuovo assunto la morale, e la coscienza perderebbero maggiormente il loro credito se si volessero considerare come scorte sicure onde meglio adempirlo: perciocchè qual è l'uomo (tranne i consigli perfidi dell'ambizione), il quale aver potesse interesse a tradire, o traviar la sua specie? Ma, ammessa pure la salutare influenza della morale, e della coscienza in questo nuovo, e più difficile assunto, la giustizia di *persona*, che ne risulterebbe, potrebbe suggerire bensì, che la legge da farsi non dovrebbe violare nè il costume, nè la universale giustizia quale un ben nato desiderio dell'ordine può concepirla: egregio requisito, di cui i giureconsulti Romani gloriaronsi (1), onde avere una legge, che la giusitizia non offendesse, ma requisito per se medesimo più passivo che attivo, ed inutile onde avere una legge, che meglio sodisfaccia ai bisogni della umana civiltà.

La giustizia è una, ma le leggi son più, e d'indole diversa tra loro. La legge divina, increata origine d'ogni giustizia, ha della giustizia umana bisogno per essere all'uomo spiegata: lo ha la legge morale: lo ha il dritto della natura, come lo ha la legge civile, o politica. Di quì scorgesi la inutilità di tutte le questioni, che lungamente divisero i pubblicisti da Aristotile fino a Puffendorf nel determinare le varie specie di giustizia, ed a quali di queste specie appartenesse il giustamente stabilire, e decidere di tale, o tale altro umano interesse; e di quì si scorge, che la costituzione di una legge non appartiene nè ad una, nè ad altra giustizia, presupponendole tutte una, e sola qual'ella pur è non offesa, ma che tanto la costituzione d'una legge, quanto la sua retta applicazione ai casi, de' quali ella è regola generale, dipende dalla *scienza*, e non dalla *coscienza* di chi assume queste due operazioni difficili, nelle quali il dommatismo, e l'empirismo, considerati come metodi, i quali dividono le scuole della razionale filosofia, sono indifferenti come esser potrebbero il caldo, ed il freddo per giudicare delle forze e della rettitudine dell'umano criterio (2).

---

(1) Dig. *lib.* 28. *tit.* 7. *l.* 15. Henrici Constantini Cras. *Diss. de JC. Roman, principio: Quod contra bonos mores fiat, id jure ratum esse non oportere. Amat.* 1796.

(2) Le scienze tra le mani degli uomini hanno, come le passioni, il lor cieco orgoglio, e le loro soperchierie. L'origine, e il titolo delle leggi sociali, considerate in massa, posson trovarsi tra i due opposti sistemi del *dommatismo*, e dell'*empirismo*, ma considerate come mezzi necessarî a guidare, e comporre gl'interessi degli uomini in società escono affatto dalla influenza di que' due opposti sistemi. Kant, e Bentham, discordi tra loro sul titolo originario delle leggi, e sul criterio,

La coscienza, e la giustizia, come abito della volontà di chi giudica, sono due qualità nascose, che non danno alcuna guarentigia in chi è incaricato di far discendere il dritto dal suo stato di regola generale a quello di decisione particolare d'un caso, chè gli umani interessi fanno nascere. Ciò che vi ha di visibile negli effetti di questa operazione è la rettitudine dello intelletto in chi giudica: sicchè tutte le menti, contemplando la legge, e confrontandovi il caso deciso, scorgano nella decisione i caratteri d'una ragionata pronunzia. Che se a chi amministra la giustizia fosse lecito, per tutta guarentigia di chi dee essere giudicato da lui, il dire, che egli è un uomo di coscienza, e che secondo i dettami della sua coscienza ha deciso, le sue pronunzie non avendo alcun carattere estrinseco di rettitudine, e di giustizia, e tutto avendolo da un interno invisibil principio, il quale altro appoggio non ha, che la sua asserzione, se egli l'appoggia sulla sua parola d'onore, questa guarentigia tanto varrà quanto egli si dichiarerà pronto a sostenerla co' metodi dal punto d'onore inventati, vale a dir col duello (1): e se egli l'appoggia col giuramento, questa guarentigia tanto varrà quanto lo spirito umano si trova più disposto a deferire ai giudizj di Dio anzichè ai calcoli della ragione (2).

Che se, deferendo alla guarentigia della coscienza, è facilmente sentito il pericolo di far dipendere le decisioni della giustizia da un giudice solo, e si è sentita la necessità d'una decisione collegiale, e d'un sistema nel computo de' suffragi di più uomini, che la emettono, queste due combinazioni, tutte politiche, riducono al suo vero valore la guarentigia, e il criterio della coscienza, mostrando, che l'una, e l'altro son dalla legge presupposti bensì in chi giudica, ma non sono i mezzi, dall'uso de' quali ella aspetta la maggior possibile rettitudine del giudicato.

Queste riflessioni posson bastare a convincere, che per assicurare il regno del dritto, e della giustizia, il quale senza gli

---

dal quale le prime ispirazioni loro debbon partire, dovrebbero divenire concordi se si accingessero a far leggi destinate a provvedere ai bisogni sociali. Montesquieu, *dommatico* nella definizione delle leggi, ha avuta la taccia di *empirico* in ideologia, volendo tutto spiegare colle modificazioni del senso, è *dommatico* in politica, aderendo alla ipotesi del contratto sociale. Sarebbe ormai tempo di rinunziare in legislazione, ed in giurisprudenza al prestigio de' nomi, e scrivere con schiettezza, e lealtà per il bisogno dell'ordine, e della giustizia.

(1) È nota la formula dell'appello nel medio evo. Il condannato taciava il Giudice di *falso*, *sleale*, *mentitore*. Il Giudice offriva di provare la sua sentenza giusta per *mezzo di battaglia*. Henrion de Pansey *Du pouvoir judiciarie dans les gouvernement monarchiques chap. 15. p.* 215.

(2) Chi non aveva il gius di combattere non aveva il gius di appellare, onde la massima « *tra il signore, e il villano non avvi giudice fuor di Dio* ». Henrion de Pansey *loc. cit. pag.* 206.

umani giudizj è un astrazione dello spirito, o un vago desiderio del cuore, la rettitudine delle intenzioni di chi giudica non è il vero mezzo per giungervi, e che niuna età, per barbara che ella sia stata, vi ebbe fiducia, essendosi cercate sempre combinazioni meramente politiche onde possibile fosse al coperto dell'errore si facile a trarre in inganno i più purgati intelletti (1).

CAPITOLO IX.

Del raziocinio speculativo e del pratico nelle moderne scuole di dritto.

Gli avvenimenti politici della fine del secolo decimottavo, e del principio del decimonono dettero un nuovo, e più violento urto all'incessante attività dello spirito umano allorchè dopo la caduta delle già esistenti civili, e politiche istituzioni, prodotta da una conquista, di cui la storia non presenta la compagna in carattere, si trattò di ricomporre sopra nuove, e più ragionate basi l'edifizio sociale.

Comparvero allora, l'una rivale, e nemica dell'altra, tre opinioni talmente tra loro diverse, che niun tentativo conciliatorio peteva essere abile a riunirle. L'una abbracciò come proprio criterio il raziocinio speculativo esagerandolo, e gittando qualunque esame di fatti: l'altra abbracciò quello del raziocinio pratico, esagerandolo in egual modo, coll'ammettere bensì il solo esame de'fatti, ma desumendoli dai soli bisogni della fisica sensibilità dell'uomo: la terza in apparenza alleata della seconda, onde combatter la prima, non fu meno all'una, ed all'altra contraria, dichiarandosi nemica d'ogni speculativo sistema: rigettando la osservazione de'fatti, quali o la natura dell'uomo, o quella della società come dati di nuove, e più

(1) Dig. *Lib.* 22. *tit.* 6. §. 2. I filosofi, sforniti d'idee pratiche sopra cosa tutta pratica qual'è il render giustizia, e confondendo l'astratto principio, in cui la giustizia speculativamente consiste, col modo con cui ella può essere praticamente amministrata, si son divisi in due bande: gli uni collocandola tutta nel giusto assoluto in quanto la coscienza umana ne sente il bisogno: gli altri derivandola dalla utilità. Hume, confondendo il principio colla sua pratica applicazione, e scegliendo in questo secondo punto di vista alcuni casi, ne'quali la *necessità* ha obbligato a far tacer la *giustizia*, dà a questa un carattere di circostanza, che egli chiama utilità. *An inquiry concerning principles of morals sect. 3. part. 1.* Se lo *scetticismo*, e il *dommatismo* son due *veleni* nelle materie legislative come gli qualifica il Dumont *Disc. prelimin. aux traitès de lègislat. de Bentham pag. 30.* l'antidoto per liberarsene consiste nell'uscire dalle quattro mura del suo gabinetto, e contemplare i metodi amministrativi della giustizia, i quali non temono altro veleno, che la ignoranza.

perfette leggi poteva somministrare, e proclamando la sua adesione a un sistema di dritto a noi dall'antichità tramandato.

La prima opinione, tutto riportanto a un principio speculativo ed astratto anteriore a qualunque umano stabilimento, e di per sè, e per le sole forze della umana ragione esistente, per il metodo *a priori*, con cui intendeva far piegar le cose, ed i fatti ai principj, meritò il titolo di *dommatica*. La seconda, per la sua direzione a decomporre in tante semplici idee le astratte, onde le leggi si formano, fino a rintracciarne la origine, ed a trovarne le determinatrici ragioni nell'amore per il piacere, e nell'avversione per il dolore, primi, e più semplici moventi della volontà umana, meritò il titolo di *analitica*. La terza, per la dottrina, e per la ricchezza de' suoi lavori storici diretti a dare ai frammenti del Romano diritto, che per opera di compilatori o ignoranti, o infedeli pervennero fino a noi una forma più ordinata, più completa, e perfetta, onde viemaggiormente assumesse il carattere di codice, da anteporsi ad ogni altro fra i tanti lavori efimeri, che con questo nome la civiltà moderna era intenta a proporre, meritò il nome di *storica*.

Queste tre opinioni, divenute criterio caratteristico di tre scuole diverse di dritto, sebbene avessero opinioni intermedie, che più, o meno o all'una, o all'altra si avvicinavano, formarono però i più luminosi punti delle differenze tra loro, specialmente oltre mare, e oltre monte, essendo rimasta alla Italia nostra la poco splendida gloria d'un miserabil commercio d'economìa delle cognizioni straniere (1).

La scuola dommatica, e l'analitica assumevano per dritto di nascita a riguardo della storica il titolo di filosofiche. Aveva invero anco la storica la sua filosofia, e il suo *razionalismo*, impropriamente così detto però, essendo difficile *spiritualizzare* la storia, e i fatti che la compongono; ma, considerandola per quella razional connessione, o individualità, che ella concepisce tra la specie umana del tempo del governo di Roma antica, e la specie umana dei tempi nostri, ella in qualche riguardo si avvicinò alla scuola del Vico.

In un piano di ricerche dirette a conciliare i due contrarj sistemi del *dommatismo*, e dell'*empirismo* in legislazione, la scuola dommatica, e l'analitica meritano una speciale attenzione per la loro storica origine, e per le aberrazioni, alle quali può spingerle lo spirito d'intolleranza, che l'una contro l'altra professa. La scuola storica col suo carattere d'immobilità, che ella quasi è costretta a vedersi comunicata dai monumenti storici

---

(1) Così si dice in un giornale, di cui fu compianta in Europa la interruzione. *Annal. de lègislat. et de jurisprud. vol. 1. pag. 63.* Eppure il nostro Romagnosi erasi fatto autore d'una scuola, che egli medesimo intitolava di *civile filosofia*, o propriamente *filosofica*. *Genesi del dritto penale, edizione, 3. vol. 3. pag. 38. in not.*

presi a suo studio, non appartiene nè all'una, nè all'altra ricerca; e d'altro lato l'esaminare di quali principj le due scuole di massima tra loro contraria attinsero le fondamentali lor basi, e nella loro antipatia reciproca urtarono in due estremi egualmente alle scienze politiche pericolosi, può non riuscire inutil ricerca alla scienza della sicurezza sociale in un tempo, in cui le pretensioni dello spirito umano richiamano ogni sistema di cognizioni a render contro di se medesimo al tribunale della ragione.

Il dritto della natura, come regola di condotta per gli uomini, ingenita alla loro ragione, e indipendente da ogni civile, e politico stabilimento, non capì nello spirito degli antichi, i quali non seppero mai astrarre dall'uomo le qualità morali, che in lui aveano impresse le leggi positive esistenti (1). I giureconsulti Romani, depositarj dell'antica legislativa saviezza, considerono nel gius di natura piuttosto una cosa di fatto, che una cosa di dritto in certi istinti, che l'uomo ha comuni co' bruti (2). Il loro gius delle genti loro non fu se non la legge civile nelle primarie, e fondamentali sue basi della privata giustizia.

La vera origine di questo concetto sublime dell'animo umano è tutta celeste: tutta evangelica. La divisione tra i cristiani, e i gentili: tra gli uomini illuminati dalla vera religione, e gli uomini, che avean chiusi gli occhi alla divina sua luce, fece sentire la necessità di rintracciare come questa classe di uomini seguisse la regola dell'onesto, e del giusto, e dovette osservarsi come la retta ragione potea fino a un certo punto supplire in essi la rivelazione, indicando nel dritto della natura una legge direttamente emanata da Dio (3). Così considerata la legge naturale, sebben coll'ajuto de' soli lumi della ragione, non ebbe pericoli, e divenne un codice salutare, il quale per tutto ove fu conosciuto servì di freno alla forza in un tempo, nel quale facile, e frequente ne era l'abuso (4).

---

(1) Aristotile *Politic. lib. 1. c. 11.* Platone *In Criton. c.* 12. concepiscono la città anteriore all'uomo morale, e pronunziano inconcepibile l'uomo senza la città, per guisa che fuori di essa sia piuttosto una belva, nè goda d'alcuno umano diritto, che essi in tutto, e per tutto fanno consistere nel civile.

(2) Dig. *Lib. 1. tit. 1. l. 1.* Inst. *Lib. 1. tit.* 2. §. 11., sembrando essere tra il frammento, e il testo imperiale manifesta contradizione, Inst. *Lib.* 2. *tit. 1.* §. *11.* Dig. *Lib. 1. tit. 1. l.* 2. 4. Il Thomasio *Theses ex jure vario diss. 56.* §. 26. dipinge Triboniano, come messosi in un laberinto, dal quale non sà distrigarsi. La divisione Giustinianea da alcuni è lodata, e da altri ripresa. Schulting. *Not. ad Pandect. loc. supr. cit.* Smallemburg *ad l. 1.* §. *5. dig. de just., et jur. op. vol. 1. p. 15. et segg.*

(3) Paul. *ad Rom.* 2. *D. Thomas. 1.* 2. *quaest. 91. art.* 2. Jo. Adam. Ossiand *Typ. legis. nat. tyes. 41. et seqq.* I Romani non conobbero distinzione di gius divino, ed umano. Westemberg *Princ. jur. rom. sec. ord. dig. lib. 1.* §, 26.

(4) In una provvisione della Repubblica di Bologna del 22 Maggio

Lo slancio, che nel secolo decimosesto prese lo spirito umano, specialmente in Germania, a saggiare coraggiosamente le forze della propria ragione, tolse il dritto della natura dalle scuole teologiche, e lo portò nelle filosofiche. I semi di una più ordinata filosofia morale, gettati da Bacone nelle sue opere, furono premurosamente raccolti in Inghilterra, ma più specialmente in Germania. Là il dritto della natura servì di base alle teorie politiche in mezzo delle civili discordie di quel paese (1). Quà, raccolto con più imparziali disposizioni, divenne la base di un grande edifizio scientifico, il quale, dopo i lavori dell' Hemming, del Winkler, e in Italia di Alberigo Gentile, fu ridotto a più nobile, e ricca foggia da Grozio, e quindi da Puffendorf, i quali colle loro opere, e colla immensa dottrina, che le distingue, richiamarono la opinione della loro età a riconoscere una legge, che pochi per lo addietro aveano pensato esistere (2).

Il dritto della natura ha preso più modernamente, in specie in Germania, il fastoso titolo di *filosofia del dritto*, e la Germania può dirsi veramente la terra classica degli studj, che vi si riferiscono.

Cristiano Thomasio, la cui forza d' ingegno è conosciuta da tutti, pensò sciogliere l' arduo problema sulla linea, che dee separare il dritto della natura dalla morale (3), ma, quasi la

---

1304 riferita nella *Memoria su i Livelli Toscani* dell' egregio signor Dottor Cosimo Vanni *pag.* 17 si legge « *Cum jure naturali omnes homines liberi ab initio nascantur, sed hominum crescente malitia de jure gentium servitus fuerit adjuncta etc.* ». Nella carta costituzionale intervenuta nel 20 febbrajo 1451 tra il magnifico Principe Emanuelle I degli Appiani, e gli uomini del Comune di Piombino si fissano le condizioni del potere regolatore, trasferito nel Principe, sotto gli auspicj del *dritto di natura*, e de' Santi protettori della città. Se Bentham avesse conosciuti quegli atti, confrontandoli colla condizione della specie umana nei secoli decimoquarto e decimoquinto, non avrebbe forse rigettato affatto il principio come sofisma anarchico. Bentham *Sophism. anarchiq. art. 1.*

(1) Vedasi l' insigne Heeren *Sur l' origine, le developpement, et l'influence pratique des theories politiques dans l' Europe moderne trad. par* Charl. Trembley. *Annal. de legisl. vol. 1 p.* 245. Il dottissimo storico ha forse creduto non dover far menzione di uno scrittore anteriore all' Hobbes, il quale sulla base della eguaglianza de' dritti degli uomini in uno stato di natura proclamò prima del Sidney, e del Locke le teorie politiche esagerate in seguito dal Rousseau. V. Bayle *Dict. hist. et critique* mot Althusius.

(2) Lampredi *Jur. pub. univ. Theoremata in proemio* § 3. Il quadro storico del Lampredi finisce in Cristiano Wolf. Questo scrittore ebbe la sagacità di non confondere il *dritto di natura* colle *teorie politiche*, alle quali aveva servito di base dall' Hobbes in poi. La confusione di questi due oggetti tra loro essenzialmente diversi deturpa l' opera dell' Haller. *Restauration de la science politique etc.* di cui veramente può dirsi *un' arme e non una dottrina.*

(3) Il suo concetto fu poi continuato, e meglio sviluppato da Nic. Hier. Gundlingio *Jus nat. et gent. Halæ* 1714, e Ephr. Gerhard. *Delineatio juris nat. etc Jenæ* 1712.

scienza neppure tra le sue mani potesse obliare la sua teologica origine, egli altro non fece, che ripetere una distinzione, dalla quale prendono cominciamento i libri del dritto ecclesiastico (1).

Il gius naturale ebbe a fluttuar lungamente prima di trovare il suo vero criterio. Gli antichi o lo cercarono nel dritto della città, o lo fissarono tutto nella morale. Platone sembrò collocarlo nella utilità pubblica: Aristotile nella convenienza natural delle cose: Epicuro nella voluttà dell'animo, e nella tranquillità della mente, specie di quietismo, che espose il suo sistema a calunniose, ed erronee interpetrazioni (2): Cicerone nella effusione di sè negli altri (3).

Tra i moderni non fu minore il dissidio. Grozio cercò il criterio, e la base del dritto della natura nella umana sociabilità: Hobbes nella eguaglianza rinunziata tra gli uomini pel mutuo timore: Sforza Pallavicino in ciò che piace alla umana natura, sistema medio tra l'epicureismo, e il senso morale. Giovanni a Felde e Sharrok si volsero verso gli antichi, l'uno pensando come Aristotile, l'altro come Epicuro (4): Leibnitz ondeggiò tra lo stretto gius, la equità, e la pietà, mostrando così non ammettere altro gius di natura che il giusto assoluto (5): Puffendorf, collocandosi tra Hobbes, e Grozio incominciò a ristringere la sfera di questo dritto, togliendo ad esso una gran parte d'influenza sulla condotta degli uomini, e in gran parte concedendola a un superiore civile (6): Thomasio ripetè prima tutto dalla umana sociabilità, e quindi dalla felicità (7), nozione troppo vaga, ed indeterminata, alla quale però il Lampredi aderì. Tutti questi sistemi ne aspettavano uno d'indole più indipendente dai fatti, e dalle cose, che ci circondano, e quindi più speculativo e più semplice nella sua origine come più soddisfacente alla umana ragione ne' suoi risultati (8).

Oltracciò ai dissidj sul criterio si aggiungevano quelli relativi all'autorità, sulla quale i sistemi doveano avere l'appoggio loro.

Grozio, e Puffendorf con poca differenza tra loro aveano collocata la base del dritto della natura nell'autorità degli scritto-

---

(1) Decret. *Dist. 1 in princ.* Il Thomasio aveva riconosciuto, non esistere differenza tra il *gius divino morale* e il *dritto della natura. De jur. princ. Evang. aggr. in caus. homicidii Diss.* 75 §. 17.

(2) Vedasi la nota 1 a pag. 85.

(3) Leibnitz *Nov. meth. jurispr. p.* 2 § 72.

(4) Idem *loc. cit.* § 73.

(5) Idem *loc. cit.* § 74.

(6) Zeiller *Il dritto nat. priv. Introd. sez.* 3 § 32.

(7) Idem *loc. cit.* § 73.

(8) Zeiller § 36, come addetto alla scuola di Kant, indica il difetto di que' sistemi perchè fondati sopra principj *subiettivi*, ed *obiettivi* quanto alla divina volontà solamente. Egli ha un lungo novero di scrittori *ib. n.* 3, i quali volevano essere partitamente classati per le loro scuole diverse, e per i diversi punti di compenetrazione tra loro.

ri, e de' libri. Wolf ne avea cercata una nuova nel consenso universale de' popoli, e nelle opinioni de' filosofi. Lo spirito umano, nauseando questi estrinseci appoggi, volle non doverli che a se medesimo, e si accinse a trarre dal proprio fondo un sistema di più generali astrazioni sul dritto della natura, che il filosofo di Koenisberga chiamò con molta giustizia *dritto della ragione*. Questo dritto, considerato come sistema di razionale filosofia applicata alle regole delle interne ed esterne azioni degli uomini, prescinde da qualunque veduta del lor personale ben essere, e cerca nel loro spirito un tipo, una specie d'idea innata, la quale constituisce l'*autonomia* della umana ragione, inalterabile stampa della legge o morale, o civile, o politica, che dee regolare i movimenti della volontà dell'uomo (1).

Questa trascendentale indole della legge, costituendo ogni uomo stato, e magistrato a se stesso, ed esimendolo dall'essere nella sua individualità mezzo, e quasi anello nella catena sociale, tendeva visibilmente a supplantare l'autorità di qualunque legge positiva esistente, ed anco la più venerata nel romano diritto: onde non è da meravigliare se uno de' più celebri antesignani della scuola storica pose, per così dire, nuovo Atlante, sulle sue spalle quel dritto, per difenderlo dalla sua imminente rovina, ed eccidj ad eccidj opponendo, minacciò l'ultimo al naturale diritto, denunziandolo come chimera (2).

Così il dritto della natura, nella sua origine inspirazione divina: divenuto in progresso inspirazione della pura ragione: contemplato prima come legale legame degli uomini, e delle nazioni, sebben divise di religioni, e d'interessi tra loro, eretti poi in giudice della leggittimità di tutte le loro civili, e politiche istituzioni, si trovò nell'alternativa, in cui i grandi ambiziosi si trovano sempre, o di tutto soggiogare, o di perder tutto fin la propria esistenza (3).

---

(1) Appartengono a questa scuola le più moderne opere. *Essay sur la natur. et l' origine des droits, ou deduction des principes de la science philosoph. du droit par J. A. Brückner. Leipsik 1818. Elementa doctrinae juris philosophicae, sive juris naturalis auct. Jacobo Josepho Haus etc. Guadavi* 1824.

(2) Il celebre giureconsulto Hugo chiama il dritto della natura separato dalla morale, una morale per gente pronta a vicendevolmente scannarsi. Tennemann *Manuel de l' hist. de la philosophie vol.* 2 *pag.* 170 *not.* 1. Questa opinione del signor Hugo, di cui fornisce notizia anche il chiarissimo Warnkoenig specialmente nella sua recente opera *Doctrina juris philosophica etc.* § *XXI*, sembra essere stata disapprovata, o meglio spiegata da' suoi colleghi. Vedi Savigny *De la vocation de notre siècle pour les travaux de lègislation, et de jurisprud. ed.* 2. Il signor Haus però insiste sempre sopra il rimprovero. Nel secolo passato il primo a impugnare con eguale coraggio la esistenza di un gius di natura fu l'autore della *Thèorie des loix civil*, *Londre 1767. vol.* 2. *liv.* 2. *chap.* 24.

(3) Si unisce colla scuola storica l'analitica a impugnar la esistenza del gius di natura. Bentham *Traitès de lègisl. civil. et pen. vol.* 1 *pag.* 132. Comte *Traitès de lègislation etc. vol.* 1 *pag.* 150.

È facile comprendere come questo sistema di dritto non può per modo veruno piegarsi ai bisogni sociali degli uomini, ed alla pratica: perocchè esso, nulla alla natura senziente volendo concedere, e tutto attribuendo alle contemplative forze dello spirito umano, lascia un gran vuoto tra le forze dell'una, e le forze dell'altro (1). E come spiegare colle sole forze della ragione tanti stabilimenti, e tanti provvedimenti sociali, non certo alla giustizia contrarj, i quali, introdotti in vista degli interessi, che essi compongono, e della pubblica utilità, che procurarono, non hanno altra ragione di se medesimi se non nell'uso generale, e costante, che le nazioni incivilite ne fanno (2)? Questo sistema sembra dissimulare, che la natura vuol esser piuttosto pazientemente interrogata di quel che soffra d'esser prepotentemente dominata dalla scienza, che intende o perfezionarla, o correggerla.

Tra i fatti, dalla osservazione de' quali il raziocinio pratico può partire, onde stabilire le sue massime in morale, e in politica, le modificazioni piacevoli, e dolorose della umana sensibilità, son certamente i più semplici, nè al di là di que' fatti può l'analisi sperare di potere inoltrarsi. Non ha mai per certo il metodo analitico meritato tanto il nome di *regressivo* quanto se lo concilia tra le mani della scuola di questo nome: perciocchè, per far retrocedere lo spirito umano dalle opinioni, che da tanti secoli lo governano, e condurlo a contemplare le prime origini dei suoi concetti in legislazione, non si potrebbe farlo di più retrocedere se non si velesse distrugge il creato, e decomporlo negli atomi di Epicuro.

Così la scuola dommatica, o la scuola analitica, sebbene per diverse vie, si trovan coincidere nel punto medesimo, là dove l'una, e l'altra perde di vista la natura delle cose esistenti, e crea allo spirito umano un gran vuoto, nel quale corre rischio di perdersi.

---

(1) L'immenso ingegno del Kant, che un uomo storico de' dì nostri il quale avea collocato il criterio delle cose umane nel cannone, e nella bajonetta, nauseava come inintelligibile *Mémoires de Constant sur la vie privée de Napoléon etc. vol. 2 p. 53* abbracciò coi suoi esami tutta la natura creata, e increata dalla geografia fino alla teodicea. Il punto di partenza della filosofia di Kant sì in *ideologia* come in *dritto* è eminentemente, e incriticabilmente scientifico. L'egregio sig. Cousin giudica con fino discernimento quella filosofia. « *Il faudroit aller du point de depar à la fin: de la critique de la raison aux objets de la raison, aux etres* ». *Preface Manuel de l'histoire de la philophie de Tennemann pag. XXII.* Io ho dato un saggio del modo, con cui il dritto della natura, o *razionale*, o *ideale*, si pone a contatto colle cose, e co' fatti, e diviene un criterio inerente al dritto della città. *Cap. VI.* Il giornale intitolato annali di legislazione e di giurisprudenza ec. confutando acremente lo Zeiller, senza discutere il punto di partenza della filosofia del Kant, la rigetta perchè non la vede giungere alla società: *vol. 1 p. 396 e segg.*

(2) *Dig. Lib. 1 tit. 3 l. 20.* « *Multa a majoribus nostris constituta sunt, quorum ratio reddi non potest* ». È la epigrafe ciceroniana in testa di questo libro.

Se gli antichi non conobbero gli eccessi di un sistema di cognizioni, il quale prescinde onninamente dalle politiche qualità dell'uomo, come fatto inoppugnabile della natura, essi non conobbero neppure l'eccesso contrario, un sistema di cognizioni cioè, che, assumente l'analisi di quelle politiche qualità, in esse non ravvivasse se non i fenomeni della natura animale.

Niuna antica dottrina, e neppur quella di Epicuro, la quale a prima vista sembrerebbe coincidere col sistema della scuola analitica (1), ha insegnato, che ogni legge, comunque o coerente alla naturale giustizia, o protettrice, o esplicatrice della naturale giustizia, è un male perchè limita le passioni dell'uomo nella loro sfrenatezza a tutto desiderare, e volere (2). Questo criterio nell'indagar la origine delle leggi è il capo d'opera o della umana perversità, o dell'umano delirio: mentre assomiglia gli oracoli della ragione pubblica a quanto di più scelerato, ed iniquo posson produrre le brutali passioni dell'uomo.

A questi eccessi ha certamente dovuto condurre il bando totale, che si è preteso di dare ad ogni contemplativo principio di un dritto di natura, d'una legge di ordine giuridico increata, eterna, immutabile, inerente alla indole dell'animo umano, cosicchè, dato l'uomo, e le sue intellettuali facoltà, non sia possibile prescindere da questa legge.

Ma il criterio politico non si costruisce producendo tante, e sì strepitose ruine. Questo criterio, contemplando le grandi masse degli uomini, le preconcepisce conformate all'ordine, che la religione, la morale, e la naturale giustizia si propongono di stabilire, e di mantenere.

Esso nelle prime sue operazioni non solo si uniforma a quest'ordine, ma intende perfezionarlo, e meglio proteggerlo, ed arriva certo ad un punto, nel quale, prevedendo la possibile offesa dell'ordine, e calcolandone la difesa, attinge dalla umana sensibilità, e dagli appetiti, che la governano, un mezzo più efficace, onde proteggere la religione, la morale, la giustizia, e se stesso, ma in questa sua creazione esso considera sempre il male morale tale quale è, nè lo considera un bene, a cui le passioni umane abbiano diritto a aspirare. La differenza con-

---

(1) La dottrina di Epicuro sembra essere stata corrotta da' suoi seguaci. Essi insegnavano ai tempi di Lattanzio *Inst. lib. 3. c. 17.* « *Sapientis est male facere si et utile sit et tutum* ». Platone *De repub. lib. 1* osserva, avere insegnato Trasimaco *justum esse quod potentiori utile.* Quanto alla vera, e non condannabil dottrina di Epicuro sono da vedersi, dopo gli scritti del Gassendi, del Bondel, e dell'Hill. *Epicuro difeso. Venezia 1756.* Leibnitz *Nov. meth. disc. et docen. Juspr. part. 2 § 72 op. v. p. 3 pag. 213.* Thomas. *De Fundament. defin. causs. matrim. insufficient. diss.* 39 § 61. Joh. Gottfr. Bremer *Essay d'une apologie d'Epicure par un adversaire de Batteux. Berlin. 1776.* Heinr. Ehrenfreid Warnekros *Apologie, et vie d'Epicure. Greiss. 1795.*

(2) Bentham *Traitès de lègisl. civil. et pen. vol. 1. Princip. de lègisl. chap. 10.*

siste nel diverso riguardo, nel quale il principio morale, e il principio politico considerano la infrazione dell'ordine (1).

Il principio della utilità, professato compatibilmente colla morale, e colla giustizia dai filosofi antichi (2), dai Romani giureconsulti (3), dalle divine leggi dell'antica (4), e della nuova alleanza (5), non obbliga il dritto politico ad atterrare, e sconvolgere ogni principio di morale, e di naturale giustizia tra gli uomini.

Se la scuola analitica, riducendo tutto in legislazione alle modificazioni della umana sensibilità, dà al suo sistema un'apparente regolarità allorchè indaga la prima origine de' delitti, e delle punizioni, oltrechè al suo grande, ed encomiabile scopo di separare in una maniera decisiva, e solenne il male morale dal male politico (6), la morale dalla legislazione (7) si può giungere per altre vie, le quali rispettino le prerogative della morale giustizia, non può evitare la taccia di esagerazione, e di errore, allorchè si tratta di tante altre parti della legislazione di un popolo, le quali o restringono la libertà naturale dell'uomo nei confini, che la ragione non disapprova, o altro non fanno che meglio guidarla, e proteggerla. Il difetto di questo sistema

---

(1) Infatti la teoria del Bentham apparisce luminosa, e quasi inoppugnabile là dove egli tratta della maniera di erigere certe umane azioni in delitto, e punirle; ma quella teoria generalmente enunciata non è da lui poi applicata agli altri oggetti della legislazione.

(2) Platone frequentemente stabilisce essere il fondamento del dritto la unità pubblica. Leibnitz. *Meth. nov. discendae, docendaeque jurisprud. part.* 2 § *72 op. v. 4 p. 3 pag.* 212. Cicer. *De Offic. lib. 3 cep. 18* ammette il principio della utilità, in quanto è compatibile colla onestà.

(3) Dig. *lib. 1 tit. 1 l. 11 lib. 9 tit.* 2 *l. 81* § 2 *lib. 11 tit. 7 l. 45.* Cod. *lib. 12 tit. 63 l. 3. Nov. 39 cap. 1.* È notabile la rubrica del *tit.* 22 *del lib. 1 del Cod.* « *si contra jus, vel utilitatem publicam etc.* ».

(4) *Lib. Esther. cap. 16* § *9 Lib Machab.* 2 *cap. 4* § *5 cap. 11* § *15 cap. 14* § *3.*

(5) Paul. *Epist ad Rom.* 2 § 18. Lactant. *Epitom. cap. 58.* « *Leges sibi homines condiderunt pro utilitate communi* ».

(6) Enrico, e Samuele Coccej *ad Grot. lib.* 2 *cap.* 28, desumendo la competenza del gius di punire dalla naturale moral pravità del delitto, confondono il male *morale* col male *politico*, nel che sono giustamente ripresi dal Cremani *De jur. crim. lib.* 2 *part.* 2 *cap. 3* § *7, et cap.* 4 § 20. Questi assurdi concetti si riproducono oggi come originalità all'effetto di sostenere il Jury, il quale non ha certo bisogno di ajuti simili potendo ripetere

« *Non his auxiliis nec defensoribus istis*
« *Tempus eget.*

(7) I ragionamenti del Bentham per segnare i limiti, i quali dividono la morale dalla legislazione *Traités de législation civil. et pènal. vol. 1 pag. 98* non sono nuovi, e gli avea già proposti Seneca *De benef. lib. 3 c. 7.* « *Huic uni legi omnia fora vix sufficerent: quis erit qui non agat? Quis cum quo non agatur?* »

apparisce ancor più evidente se si rifletta, che non dando esso all'uso della forza altro legittimo titolo, che lo scopo di produrre un piacere, quanto questa teoria potrebbe forse, con un più diffuso commentario però, applicarsi al regime interno d'un corpo politico, altrettanto male si applicherebbe alla condotta delle nazioni tra loro, considerandole come individui esistenti nello stato della indipendenza lor naturale, mentre, abolita ogni legge indipendente dal fatto dell'uomo, quale potrebbe servir di norma alla condotta delle une rispetto alle altre, se non la misura del personale loro interesse in quanto la forza può sostenerlo, lo che ha giustamente eccitate tante censure, e tanti rimproveri contro l'arte politica?

L'ufficio, e il criterio della legislazione, e della politica se è diverso da quello delle regole assolutamente morali della condotta degli uomini, non è però in opposizione con esso, nè ha bisogno di conculcarlo, e distruggerlo, tutto riducendo ai calcoli di un piacere, o di un dolor fisico, certamente più discernibile del bene, o del male morale. Il male naturale, a cui la legge costringe l'uomo nel suo costruirsi, non consiste nel togliergli la libertà di fare il male, cosicchè dir si possa, che egli divenga schiavo ove è obbligato a esser giusto: ma consiste nel togliergli la libertà di giudicar da se medesimo della giustizia, e della rettitudine delle proprie azioni, e di costringerlo a sottoporle al giudizio di una ragione pubblica, lo che è certamente un male naturale dell'uomo, senza il quale però il vantaggio politico dell'ordine, e della regolarità del viver civile non potrebbe ottenersi.

Non vi è ottima qualità al mondo, di cui l'uomo non possa abusare; ma non ogni abuso è titolo di rimprovero. Il Bentham è *empirico* e *sensualista* nello spiegare la economia della legge della città, ma ne separa la morale, alla quale perciò rende omaggio, nè si occupa della economia dell'umano pensiero, onde non è giusto gettarlo nella bolgia de' materialisti (1). Questo scrittore, dotato di uno spirito di analisi, che in lui si può dir formidabile, o lo spinge troppo oltre, o lo applica ove esso non è applicabile, o lo volge a direzioni talvolta false, e spessissimo inutili, del che nella serie di queste ricerche occorrerà non infrequente la prova (2).

La maniera, con cui il Bentham vede in legislazione, coin-

---

(1) Sarà, a modo di esempio, difficile trovar nel Bentham i principj esposti dal Volney nella sua opera in forma di catechismo. *La Loi naturelle ou principes phisiques de la morale deduits de l'organisation de l'homme, et de l'univers. Paris* 1820.

(2) Nel nuovo giornale d'Heidelberg compilato dal sig. Mittermaier, e Zacharia 1829 *lib. 1 part. 1. p. 83* io son giudicato seguace del Bentham. Un personaggio distinto, e di timorata coscienza, vedendo nel mio corso elementare di dritto criminale spesso citato il Bentham mi negò l'onore di leggerlo. Il lettore vedrà, che io come scrittore

cide con quella, che adottarono i fautori del principio politico, onde spesso avviene, che i due sistemi s'incontrino sulla strada medesima, e con egual passo camminino, e con animo eguale, con questa differenza però, che la scuola analitica lascia talvolta la politica addietro, e si apre sola un nuovo cammino, al quale questa non giunge.

Il Beccaria, a cui il Bentham fa rimprovero di *dommatismo* (1), nelle grandi quistioni relative alle leggi della sicurezza sociale, rispetta il diritto della natura: ne abusa invero quando cogli scrittori del proprio tempo lo converte in politica teoria, aderendo alla ipotesi d'un patto sociale, ma, discutendo più da vicino gli oggetti della social sicurezza, stabilisce la prerogativa del principio politico sopra il morale, nè il Bentham fu mai tanto grande, e ingegnoso se non quando prese a illustrare, e a rendere coll'analisi più discernibili i principj, che lo scrittore italiano avea più indovinati, che dimostrati.

Il distintivo carattere delle torie politiche de' giorni nostri nella loro applicazione all'interna sicurezza delle società umane è quello di aver tratta una linea incancellabile di separazione tra il principio morale, e il principio riformatore della legge della città. Questo sistema fu affatto ignoto agli antichi, i quali, avendo da dirigere nazioni nascenti, e riunendo in un solo, e medesimo uffizio la religione, la morale, e la politica, non poteron distinguere come queste tre specie di regole direttive delle libere azioni degli uomini possono, rispettandosi vicendevolmente, formare tre separati, e distinti sistemi di cognizioni, onde il pretendere di riportare la scienza della legislazione al criterio del principio morale sarebbe lo stesso che pretendere di far retrocedere la società umana alla infanzia.

CAPITOLO X.

Delle leggi della sicurezza sociale.

Se i moti della sensitiva natura dell'uomo producono la sociale prosperità, e i soli calcoli dell'umano intelletto producono la social sicurezza, dando carattere di dritto a que' modi finchè certi confini non oltrepassino, niuno potrà negare, essere la

---

Toscano, e benchè povero pur non affatto pezzente, posso dire all'egregio Inglese giureconsulto come Rinaldo alla bella maga.

« *Sarò tuo cavalier quanto il concede*
« *La guerra d'Asia, e con l'onor la fede.*

(1) *Traitès de législ. civil. et pen. vol. 1 pag. 3,* e un moderno scrittore gli fa rimprovero d'empirismo. *Traitè de droit penal. vol. 1.* Beccaria inclina per il jury, ed è diffamato da chi scrive per sostenere questa istituzione. È ben questo il luogo per dire:

« *Quo teneam vultus mutantem Protea nodo?*

legge sociale la più nobile, ed utile creazione dello spirito umano.

La ragione può contemplarla nell' ordine morale, che il voto stesso della natura comanda tra gli uomini (1), ma la definizione, che i Romani giureconsulti ne trassero dalle scuole della stoica filosofia, indica il titolo della sua necessità, proclamandola delle divine, ed umane cose regina, ed arbitra dei destini degli uomini (2).

La legge, da qualunque lato si voglia considerare la sua nozione, è stabilimento di sicurezza. Ella lo è o la consideri la privata ragione nell' ordine morale, o la consideri la ragione pubblica nell' ordine civile, e politico. Se la legge, anzichè essere un limite, fosse il legittimo titolo di tutti i moti della volontà umana, e di tutte le azioni dell' uomo rispetto a' suoi simili, converrebbe, che ella fosse preesistita a quelle azioni, a que' moti, e che il numero delle disposizioni sue stasse in proporzione di quello delle une, e degli altri. Questa complicanza di cose dovrebbe aumentare co' progressi della civiltà umana come quella che aumenta, e moltiplica le relazioni tra gli uomini. Le leggi all' opposto, divenendo più generali, e più semplici quanto più la umana civiltà progredisce, presentano la idea di tanti confini, che la ragione pubblica segna alla libertà umana nella carriera del viver civile (3).

Se la legge nel suo più generico significato non è guida ma limite delle azione dell' uomo in quanto dipende da un calcolo combinatore dei bisogni di prosperità con quelli di sicurezza, non potendo l' uomo, in qualunque si sia contingenza della sua vita, qualunque siano le relazioni sue co' proprj simili, prescindere da questi due grandi bisogni della sua natura, la legge, o scenda dai dettami della ragione privata, o scenda da quelli della ragione pubblica, sarà sempre per esso una formula di sicurezza limitativa de' suoi moti di prosperità (4).

Queste riflessioni mostrano l' ardire soverchio di que' grandi, e smisurati concetti dello spirito umano, co' quali, venendo confusi i sociali fenomeni, che in sempre nuove, ed incalcolabili guise producono tra gli uomini le relazioni di prosperità, opera originale della natura, co' calcolabili, e certi limiti, che loro segnano le relazioni di sicurezza, opera original della legge, s' immagina un sistema di pubblico dritto, sul cui a-

---

(1) Cicer. *De legib.* 2. « *Lex est ratio summa insita in natura, quae jubet quae facienda sunt, prohibetque contraria* ».

(2) Dig. *Lib 1 tit 3 l.* 2. Il GC. Marciano prende uno slancio retorico, e va troppo oltre, e troppo genericamente si esprime: *ducem . . . praeceptricem* è troppo per la legge della città.

(3) Così presso a poco concepisce la legge o divina, o umana, che ella pur sia, l' insigne Stellini *Ethic. lib. 3. cap. 1. §. 8. op. vol. 3. p.* 236.

(4) Questi limiti, sebben con diverso linguaggio quanto ai moti di prosperità, son concepiti dallo Stellini *loc. sup. cit.* § 4.

stratto modello a grado a grado svolgendosi la civiltà umana, giunge al suo più alto grado di felicità, cosicchè l'uomo vada perfezionando col perfezionar delle leggi la sua libertà, anzichè sacrificarne una parte per più sicuramente godere di quella, che a lui rimane (1). Non è chi non veda come il magistero di questo preteso modello di perfezione sociale tra gli uomini altro non sarebbe se non la pretensione di un solo a stabilir la guida de' moti di tutti, non potendo un principio scientifico lusingarsi di prendere il luogo della natura col pretesto di meglio additarle la strada, che ha da seguire onde giungere alla sua perfezione.

Se la sicurezza è il bisogno dell'uomo in qualunque relazione egli si trovi rispetto a' suoi simili, egli è certo, che questa sicurezza sua deve cambiar di nome, e di mezzi col variare delle sue relazioni, e in questo sistema la sicurezza sociale dee avere un concetto proprio, e caratteristico da non confondersi con quello di altre, e diverse specie di sicurezza dell'uomo.

La legge può nel prescrivere all'uomo i limiti, ne' quali i suoi moti di prosperità debbono agire liberamente, segnarli più angusti di quel che il bisogno della sicurezza consigli. Il criterio di ogni legge in altro non stà se non nel calcolo della necessità, e della rettitudine di questi limiti: la libertà umana fa il resto.

Le sole leggi della religione, e della morale oltre ad esser limiti della libertà dell'uomo, restringendola in ambito più angusto di quel che le regole del dritto prescrivono, agiscono ancora come guide, e determinatori principj. Anzi la loro influenza sulla umana volontà è più direttiva che proibitiva: perciocchè esse, conformando i moti di prosperità a un'ordine morale, di cui la mente non potrebbe il più perfetto desiderare, tendono a rendere inutili tutti i calcoli di sicurezza, oggetto perpetuo del dritto (2).

L'uomo può essere invero considerato se non fuori di società, e in una situazione assolutamente isolata rispetto a' suoi simili, almeno per le sole relazioni, che una regola di dritti reciproci, indipendentemente da ogni umano fatto la ragione può concepire. Questa è pur regola di sicurezza, ma *naturale*

---

(1) Romagnosi *Introduzione al dritto pub. univ. par.* 2 *cap.* 1. L'ufficio più *negativo*, che *positivo* della legislazione è bene avvertito da Ancillon *Essays philosophiques vol.* 2 *ch.* 12 *pag.* e da Benjamin Constant *Commentaire à la science de la législation par C. Filangieri chap.* 6.

(2) Ancor qui convien caminare tra le opinioni estreme. La contemplazione dell'ordine religioso e morale, è considerata come causa, la quale rende all'uomo connaturale il bisogno della virtù da *Shaftesbury: Caracteristicks of men, manuers, opinions, times etc.* mentre altri pretende, che la virtù altro non sia se non una renunzia, che l'uomo fa quasi a sè stesso: Mandeville *The fable of the Bees etc. vol.* 2 *pag.* 168.

da uomo ad uomo, da privato a privato, e limite, di cui la ragione umana trae la nozione da se medesima, onde i moti della volontà percorrendo la linea del dritto, che compete come ad essere razionale ad ogni uomo, non ledano il principio della eguaglianza, sul quale ella fonda tutti i suoi calcoli. Questa regola, se potesse essere ben conosciuta, e apprezzata da tutti gli uomini, e in qualunque stadio della lor civiltà, sarebbe non limite, ma fondamento della lor libertà: non legge di sicurezza, ma coscienza della rettitudine delle azioni: mentre, nascendo dalla ragione, e la ragione essendo il più nobile determinatore principio dell'uomo, questa promiscuità di uffizio della ragione, e della libertà sull'animo umano non permetterebbe di poter discernere una distinzione tra la legge che vieta, e la ragione che la crea. Forse non bene apprezzando l'indole della libertà di dritto, quale la legge della natura la concepisce, e la libertà di tatto, alla quale gli uomini aspirano, alcuni pensarono, che le leggi creino anzichè restringano la libertà (1).

La necessità di contemplar l'uomo per le sue sociali qualità tanto in potenza, quanto nell'atto, obbliga a considerarlo nelle relazioni, che queste qualità fanno nascere tra lui, e gli esseri della sua specie. Queste relazioni, fondendo, per così dire la individualità dell'uomo colle sue sole forze, e razionalmente, quale la mente può concepirla, nell' aggregazione politica, e facendo succedere la pubblica alla privata ragione, come direttrice della pubblica forza alla privata sostituita, mettono in evidenza maggior il carattere della legge fondamentale dello stato come limite della natural libertà, e come formula di sicurezza dell'ordine, di cui ella intese fondar le basi. Queste relazioni divengono allora ragione della social gerarchìa de' superiori, e degl' inferiori: degli amministratori e degli amministrati: del Sovrano, e del cittadino, o del suddito. Nè questa gerarchìa si è potuta costituire senzachè la privata ragione, e la forza privata, rinunziando quasi a se stesse, all' oggetto di stabilire un poter politico nella città, abbian permesso, che questo potere acquisti l'autorità, di cui gli era bisogno per costituir se medesimo, e dare all'una, ed all' al-

(1) Romagnosi *Introduzione al dritto pubblico univ. loc. supr. cit.* Giacomo Stellini, parlando di questa razionale indole della legge, non perde di vista il suo attributo di forza diretta a incuter timore « *e persuasione rationis ortam verendam auctoritatem* » *Ethic. lib. 5 cap. 1* § 6, lo che corrisponde al detto di Cicer. *De legib. lib.* 2 « *mensque sapientis ad jubendum, et deterrendum idonea* ». I legislatori antichi, più moralisti che politici, concepirono nella legge non la forza di costringere, ma quella di persuadere. Platone, secondochè osserva Ciceron. *De legib. lib.* 2, seguì in questa opinione Zaleuco, e Charonda, insegnando « *legis esse persuadere aliquid, non omnia vi ac minis cogere* ». Questa razionale sanzione della legge ebbe però bisogno della religiosa: « *sit persuasum civibus* DOMINOS ESSE OMNIUM RERUM AC MODERATORES DEOS ».

tra la direzione, che l' ordine della città richiedeva. La sicurezza sociale può essere offesa se la forma, che il poter politico assume, si risolva in una forza, la quale restringa le ragioni, e le forze private più di quel che allo stabilimento di una ragione, e di una forza pubblica sia necessario, ma questa specie di sicurezza, d'indole interamente *politica*, e dipendende dalle leggi fondamentali della città, si appoggia a regole, ed a principj, i quali appartengono a quella parte di pubblico dritto, che si raggira sulla diversa forma, che il Governo può assumere, onde divenir mezzo perfezionatore dello stato sociale tra gli uomini (1). Alla politica sicurezza egualmente, vale a dire al mantenimento della indipendenza reciproca, che deve esistere tra le nazioni, provvede il gius delle genti, la qual sicurezza però obbedisce alle regole della *naturale*, di cui fu poc'anzi parlato (2).

La opinione della propria sicurezza in faccia al potere politico della città nella proporzione della parte, che ognuno può avervi, è, generalmente parlando, il bisogno di pochi. La massa degli uomini, distratta o dalle occupazioni, o dalle fatiche necessarie a sodisfare o ai veri, o ai fattizj bisogni della vita sociale, si abitua a considerare il potere politico, e il suo esercizio come un fatto, che è fuori della portata del suo esame, e non ne giudica se non per il grado maggiore, o minore di bontà, che hanno le leggi protettrici dell'ordine civile (3).

Allorchè il potere politico ha prese nella società le forme, che gli convengono, egli ha esaurito quanto alla sua *personalità* abbisognava. Esso ha certamente a quest'oggetto assorbita una maggiore, o minor parte della sicurezza individuale, se per sicurezza si voglia intendere la opinione, che ogni uomo ha della natura di potersi comportare colla guida della propria ragione, e col mezzo delle private sue forze, ma i limiti di questa in-

---

(1) Gli antichi non concepirono, che tutta questa materia potesse essere teoricamente trattata. Essi la discussero colla storia alla mano, e come un soggetto assolutamente storico. Possono essere consultati Platon. *De repub. lib. 8.* Polyb. *lib. 5 c. 3 § 7,* e più specialmente Cicer. *De repub. lib. 1 ed. Ang. Majo.*

(2) È inutile qui osservare, che il *gius delle genti* non ebbe presso ai Romani il significato, che i moderni gli assegnano. Warnkoenig *Com. jur. roman. priv. lib. 1 cap. 1 pag. 143.* I. L. Kluber *Droit des gens moderne de l'Europe. Stutgard* sostituisce con molto senno il titolo *dritto internazionale.*

(3) Pope, riferito da Hume *Essays and treatises* aderì tanto a questa osservazione, che volle convertirla in principio. Cicerone prima assai di Pope senza erigere il fatto in dritto avea ripetuta la quiete d'ogni forma di governo dall'imparziale amministrazione della giustizia, ed ogni cambiamento politico da una condotta contraria. *De repub. lib. 1 § 41, ediz. edit. Aug. Majo.* È notabile la sua professione di fede in quell'opera *lib. 3 ex Aug. De civit. Dei lib. 2 c. 21.* « *Ex illis suis definitionibus colligit tunc, esse rempublicam idest rem populi cum bene ac juste geritur sive ab uno rege, sive a paucis optimatibus, sive ab universo populo* ».

vasione son già segnati, e al di là di questi limiti resta all' uomo una porzione d' indipendenza, che il potere politico non può avere non che dritto, neppure interesse ad invadere: che anzi esso è nel dovere di assicurare, e proteggere.

Il vero coaculo sociale tra gli uomini dipende principalmente da due condizioni: che i moti di prosperità siano talmente protetti, che dal loro solo ordine dipenda la sicurezza di tutti, e che qualora il disordine accada, e la violenza alla volontà umana sia necessaria per farlo cessare, gli espedienti, che a quest' oggetto adotta la legge, siano d' indole tale da ottenere lo scopo loro col minore dispendio possibile della umana sensibilità. Sono questi i due pensieri, che il dritto politico confida alle leggi propriamente dette della sicurezza sociale.

Questi due oggetti delle leggi protettrici dell' interno ordine della città si confondono in uno, ma i mezzi per giungervi sono d' indole interamente diversa. Quindi la diversità de' mezzi imprime una nomenclatura diversa alle leggi.

Le leggi favorevoli ai moti di prosperità, assai più antichi de' sovversivi di sicurezza, e primi creatori dell' aggregazione politica, assumendo il nome di *leggi di polizia*, nome divenuto in qualche luogo odioso per l' abuso che se ne è fatto (1), riconducono, o dovrebber pure far rinascer tra gli uomini un' epoca, che l' antica mitologia dipinse come bello ideale della società umana.

Le leggi fabbricatrici delle formule di sicurezza, assumendo il nome di *leggi penali* mostrano la loro origine infausta: il facile abuso delle umane passioni, e la necessità, in cui si trovò la umana ragione di ristabilire i suoi dritti non co' proprj dettami già conculcati dal perturbatore dell' ordine, ma alle passioni le passioni opponendo: mezzo terribile, che la storia della specie umana o nell' uso, o nell' abuso che ne fu fatto, incontra su tutta la superficie della terra abitata, e in tutte le epoche, che ella registra.

Ma le *leggi penali*, riunendosi nell' *oggetto* colle *leggi di polizia*, e differendo ne' *mezzi*, presentano nella economia de' mezzi medesimi, che loro son proprj, una nuova dissomiglianza. La offesa, che le passioni umane o arrecano, o minacciano

(1) L' abuso ebbe modernamente un dipintor valoroso nel signor Berenger *De la justice crimin. en France*. La parola *polizia*, è qui usata nel senso di arte di ben governar la città come la usarono gli antichi. La usò Platone in più largo senso inscrivendo con questo nome i suoi dialoghi sulla repubblica; Cicer. *De Divinat. lib. 1 c. 30*. In Toscana ella è pure indicata col nome di *buon governo*, formula d' invenzione del Gran-Duca Leopoldo forse sulle tracce del Sonnenfels consigliere della Imp. Maria Teresa a Vienna, il quale scrisse *Della scienza del buon governo*. Come la parola *polizia* non comprenda il dritto penale, se non in quanto tende a mitigarlo, e renderlo efficace nella dolcezza di cui è suscettibile, e quali sieno le relazioni della *polizia* coll' *amministrazione* dello stato propriamente detta è cosa da dimostrarsi a suo luogo.

alla sicurezza sociale, deve esser tenuta lontana. Nella scelta de' mezzi a ciò necessarj la legge non dee per quanto è possibile larciare scampo alla offesa.

Ma, calcolando la offesa, e nelle punizioni la efficacia dei mezzi diretti ad allontanarla, la legge dee diffidare del suo zelo medesimo, e della santità dello scopo, a cui mira. Potrebbe o per eccesso di zelo, o per zelo mal collocato ravvisarsi l'offesa o dove realmente non è, o reputarsi più grave di quel che ella è. Potrebbe per l'eccesso medesimo il mezzo di repressione essere esuberante allo scopo. Nell' uno, e nell'altro caso la legge introdurebbe nella società una restrizione alla libertà dell'uomo e del cittadino, che non avrebbe titolo di necessità.

Determinando i metodi di applicazione delle generali regole indicative delle offese, e dei mezzi destinati a reprimerle, la legge onde metterli in moto, non può valersi di altra forza, che di quella dell' uomo. In questa inevitabile necessità ella corre il pericolo di dare al suo interpetre, e applicatore tal dose di arbitrio, che le sue decisioni invece di essere quelle, che ella avrebbe desiderate se le fosse concesso di applicar se medesima ai casi, de' quali è regola generale, siano piuttosto o vaneggiamenti del di lui meno istruito intelletto, o iniqui sfochi della perversa sua volontà.

L' offesa è certamente la causa di tutti questi mali possibili: mentre se ella non prorompesse a turbar l'ordine della città, nè la legge si esporrebbe a peccare di soverchio rigore nel reprimerla, nè il magistrato avrebbe titolo di assassinare o per malizia, o per error l' innocente. Ma come è un principio del dritto della natura, che il rigore che un' uomo contro il suo simile si può permettere, non ecceda i limiti d' una necessaria difesa, così la legge, imitando la natura, e quanto pur le è possibile perfezionandola, non può adottare un principio diverso: e poichè lo scopo non può dirsi ottenuto se ella, oltre all' assicurare all' uomo il possesso pacifico dei suoi naturali diritti, non aumenta la massa delle pubbliche prosperità, male adempirebbe alla propria missione, se, aumentando con rigori non necessarj i mali, che la offesa produce, perdesse di vista il principio politico, che l'obbliga a far preponderare nelle sue creazioni alla somma de' mali quella de' beni nell'aggregazione sociale.

Adempiendo a questo dovere, la legge, qualunque sia la forma del potere politico nella città, imprime alle masse sociali un' abituale, e costante opinione di sicurezza, la quale, per chi volesse contemplarla non come cosa di fatto ma come cosa di dritto, prenderebbe il suo titolo nella giustizia, parto il più prezioso, e più nobile della umana ragione, ed irrecusabil legame degli uomini qualunque sia la condizione, alla quale appartengono (1).

(1) Beniamino Constant *Lettres sur les cent jours p. 61.* riconosce,

Questa opinione, che le leggi hanno il potere d' infondere in chi non partecipa al potere politico nelle città, e che non lascia temere violenze nè dalle passioni private perturbatrici dell' ordine, nè dalle leggi destinate a proteggerlo, nè dai magistrati destinati a vegliare alla esecuzione loro, è la vera *civil libertà*, si spesso, e sì male a proposito confusa colla *politica* (1).

La libertà politica altro esser non può se non la opinione, di cui il cittadino gode di non obbedire ad altra legge, che egli non abbia o da se medesimo o per mezzo di mandatarj suoi consentita liberamente. Confrontando queste due diverse specie di libertà fra loro non è difficile scorgere, esser l'una, e l'altra di tempra diversa: poggiare amendue sopra basi diverse: poter l'una senza l'altra sussistere. Così la storia ci addita delittuosi disordini, leggi sanguinarie e crudeli, magistrati concussionarj in governi fondati sulle basi della politica libertà, e tutto il contrario in governi tra le mani d'un solo, e di pochi ma guidati dalla giustizia (2). Se pacatamente, e con imparzialità, certamente difficile in tempi di effervescenze politiche, si ponderasse

---

che la libertà individuale non ha bisogno di tale, o tale altra forma di governo.

(1) Bentham, censurando la definizione razionale posta dall'assemblea costituente di Francia della libertà, e proponendo la sua, ha mostrato quanto indeterminate siano le idee, che si annettono a questa parola. La idea di libertà non esisterebbe nella mente dell' uomo se non vi fosse quella di un' indoverosa restrizione possibile delle facoltà, che egli sente essergli state dalla natura concesse, onde provvedere al proprio ben' essere. Se così fosse, la idea della libertà non potrebbe essere assoluta mai, ma dovrebbe esser relativa sempre; e invece di essere un astratto principio dovrebbe essere piuttosto un'opinione. Sostituendo alla parola libertà quella di sicurezza le idee diverreber più certe, e più fisse, se si rifletta che quella di libertà contemplativamente e difficile a ben percepirsi, e praticamente non può acquistare un valor discernibile se non esista un' autorità contro il cui abuso o reale, o possibile sia necessario di stabilirla. La libertà naturale, considerata come indipendenza del giudizio della rettitudine delle proprie azioni da quello degli altri, non ha altro valore che nel confronto di un ipotetico stato dell' uomo sciolto, e libero da ogni legge positiva col suo stato sociale in quanto senza leggi positive non può sussistere: onde il Rousseau esagera al segno le cose, che, figurando le azioni umane libere indefinitamente nello stato di natura, pensa che in società soltanto acquistino *moralità*, col che confonde la *libertà* colla *licenza*. Comte *Traitè de lègisl. v. 1 p. 173.* Libertà politica, e la civile sono la libertà naturale considerata nelle sue relazioni con due diversi sistemi di leggi. Queste due specie di libertà sono assai ben definite, e distinte tra loro da Priestley *Discours sur l' histoire, et la politique disc. 39. vol. 2. pag. 60.* Le definizioni della libertà civile di Mario Pagano *Considerazioni sul processo criminale cap. 1 pag. 8*, e del Renazzi *Elementa jur crimin. proleg. §. 1* sono difettose, ed erronee: l'una come troppo vaga, l'altra come troppo circoscritta.

(2) Lo avverte Priestley *Discours sur l' histoire, et la politique disc. 39 in princ.* Questo stesso argomento è trattato da Hume *Essays and treatises vol. 1 Ess. XII.*

il titolo di queste due specie di libertà, non sarebbe difficile persuadersi, che maggior certezza, e maggiore attitudine ad esser contemplata dalla umana ragione, come cosa di dritto, ha la libertà civile, che non la politica. La prima per una serie di deduzioni, che niun contrario ragionamento può abbattere, risale al pensiero di Dio nell'eterno, ed immacolato principio della giustizia. La seconda fondandosi sul principio, che la legge anzichè espressione di un bisogno sociale, e del modo di sodisfarvi, sia quella della volontà generale degli associati (1), oltre al dichiararsi nemica d'ogni principio scientifico indagator della legge ne' bisogni dell'uomo, e della politica aggregazione, essendo per esse anco il capriccioso volere una legge, si trova nell'alternativa o di non averne affatto nel caso di parità di suffragj fra quelli che debbon votarla, o di distruggere se medesima rendendo la minorità schiava della maggiorità, unico espediente, a cui per aver leggi è costretta a ricorrere (2). Nè questa opinione può avere alcuna base razionale, o scientifica: perocchè, se ella vuole appoggiarsi ad una combinazione di forze nello stabilimento del potere politico, ella diviene un calcolo di fatto, e di circostanze, che colle sole forze può sostenersi, e se risale al principio scientifico della eguaglianza de' dritti tra gli uomini come politica teoria, fu già osservato, che questa ipotesi, per una di quelle contradizioni che si facili sono allo spirito umano, ha aperte due vie ad essa perfettamente corrispondenti bensì ma d'esito assolutamente contrario: l'una conducente alla libertà, e l'altra alla schiavitù (3).

CAPITOLO XI.

Della scienza delle leggi della sicurezza sociale, e delle diverse parti che la compongono.

Un pregiudizio funesto, alla natura umana inerente, e forse immedicabile, ha fatto, e tuttora fa credere, che il più forte, e più sicuro sociale *coagulo* sia la pena, e il terrore, che ella si pensa inspirare. Questo pregiudizio domina più specialmente

(1) Bentham, *Traitès de lègisl. civ. et crimin. vol. 1 chap. 13* distrugge questa teoria del Rousseau, ma non ne sostituisce una più sodisfacente.

(2) Novantasei erano le centurie nei centuriati comizj di Roma. Convenne creare una nuova centuria onde togliere i casi della parità dei suffragj. Dionys. Halicarn. *Ant. Rom. lib. 4 c. 16 18.*

(3) Heeren *Sur l'origine, le developpement, et l'influence pratique des thèories politiques dans l'Europe moderne, traduit par M. Charl. Trembley.* Bentham *Traitès de legisl. civ. et crim. vol. 1 chap. 13.*

nelle leggi degli antichi (1), presso ai quali, se la pena apparve talvolta ristretta ne' loro codici in angusti confini, ciò avvenne per una specie di privilegio concesso ad un ceto dominatore, scorgendosi con rammarico come ella cercò nella infelice massa del genere umano atroci ed inumani compensi della dolcezza che spiegava verso pochi individui (2). Questa panacea della pena fu dagli antichi resa soggetto di un calcolo giuridico, che ne distribuiva quasi per modo di recette politiche le dosi in proporzione più forte a certe classi, nelle quali per la loro umiltà, dichiarata tale dalla superbia delle più forti, la legge infieriva, o perchè le reputasse poco sopra de' bruti, o perchè calcolasse la umana sensibilità al calibro de' titoli, reputandola squisitissima in chi n'era fregiato, ed ottusissima in chi niun altro ne avea che quello di creatura di Dio (3).

Ma chi crederebbe, che quel pregiudizio funesto dell'antica civiltà si fosse propagato ad una moderna filosofia, sebben per diverse ragioni? Siccome il punire è l'atto il più strepitoso del potere politico, e l'arme, di cui può più facilmente abusare, le opinioni, le quali mirano a stabilirne nuove combinazioni, invadendo la scienza della sicurezza sociale, d'altro non parlano che di pena, e della sola pena intitolano le lor discussioni.

Ma chi intendesse restringere la teoria della sicurezza sociale alla pena, o prima di parlar dell'offesa, che la minaccia, pretendesse parlare del modo di reprimerla colla pena (4), potreb-

---

(1) Platone *De legib. lib.* 9 chiama le pene le ancore della repubblica. I giureconsulti Romani le ammessero co' premj ad informare le azioni umane al mantenimento dell'ordine. Dig. *lib. 1 tit. 1 l. 1.*

(2) Tito Livio *Hist. lib. 1 cap. 18* cita il supplizio di Lezio Suffezio sbranato nel foro di Roma a coda di cavalli come ultimo esempio della romana ferocia nel punire, osservando che i Romani da quel supplizio in poi si distinsero per la dolcezza de' loro penali sistemi fra tutti i popoli della terra. Ma l'effetto delle leggi Valerie, e Porcie fu ristretto ai soli cittadini, e gli schiavi, i figli di famiglia, le donne non godevano del benefizio di quelle leggi. È celebre la causa di Sp. Cassio, accusato di trame ambiziose, dirette ad invadere il supremo poter dello stato. Il favore del popolo, di cui godeva, non bastò a salvarlo dalla morte irrogatagli dal padre colle stesse sue mani. Questo fatto variamente narrato da Dionis. *Hist. lib. 8 cap. 79*, e da Livio *lib. 2 c. 41*, è attestato da Cicer. *De repub. lib.* 3 § 35, da Valerio Massimo *lib. 5 cap.* 8 § 2, e da Floro *lib. 1 c.* 26. Il fuoco, la croce, la forca, la flagellazione furono in tempo della repubblica pene applicate ai servi. Rudolph. Hommel *Diss. Quid de poenis Rom. criminalib. jure Just. obviis philosophice statuendum sit, Lipsiae 1787* § *11.* Gli imperatori dichiararon bensì loro schiavo il genere umano, ma non ebbero vanto di originalità nella invenzione delle pene, con le quali lo avvilirono.

(3) Grozio *De jure belli, et pacis lib. 2 cap.* 20 § 22 *n.* 3, e Puffendorf *De jure natur. et gent. lib. 8 c. 3* § 25 fanno ai Romani giusto rimprovero di questa parzialità nella proporzione delle pene. Ciò non ostante nel secolo decimonono un Conte ha scritto, esser dovere della ragione di stato di proporzionar le pene alla diversa condizione de' rei. Barbacovi *Discorsi sulla legislazione civile e penale vol. 1.*

(4) *Traitè de droit pènal vol. 1.*

be lusingarsi bensì d'aver servito a una circostanza, la quale di questo modo di ragionare avesse avuto bisogno, ma non potrebbe pretendere di avere utilmente servito alla scienza.

La scienza, comecchè, tutto dalla offesa si parta, dee prima di ogni altra cosa considerar l'offesa nella originaria sua indole; e siccome il ragionamento, e la esperienza dimostrano, esser l'offesa per via di sole combinazioni di prosperità *prevenibile*, conviene, che ella sia in questo punto di vista considerata prima che venga ponderata come *punibile*.

In questo sistema dee nascere dalla economia della umana ragione, applicata alla cognizione delle forze sociali, un complesso di principj, i quali mirino a stabilire come per mezzo de' soli moti di prosperità, dalla ragion di stato favoriti, e protetti, può esser tenuta lontana l'offesa, e come questo complesso di principj non possa nè debba andar mai disgiunto dall'altro, il quale mira a stabilire come l'offesa, avvenuta che sia, divenga titolo di una pena come mezzo di difesa da offese future, senza che la legge pecchi di rigore soverchio, o i magistrati di arbitrio eccessivo.

La contemplazione di questi due in apparenza diversi ordini di principj, ma strettamente congiunti tra loro forma, per così dire, il più elevato punto della scienza della social sicurezza, la quale praticamente assume il nome di *scienza della legislazione criminale*, in quanto il centro delle considerazioni sue è collocato nel delitto contemplato prima come fatto prevenibile, e quindi come fatto punibile.

Sebbene questi due ordini di principio non possano mai andar disgiunti tra loro, pure la diversità de' mezzi, che gli uni e gli altri rispettivamente contemplano, ne cagiona una nella lor teorico-pratica cognizione.

I mezzi di prosperità non fanno alcuna violenza alla volontà umana allettandola all'ordine. La teoria scientifica di questi mezzi costituisce la *scienza del buon governo*.

Il Bentham dà il nome di trascendentale alla teoria de' mezzi da esso chiamati *indiretti* onde prevenire il delitto (1). Infatti può questa scienza considerarsi come un gran tentativo, che lo spirito umano intraprende all'effetto di collocare tutte le forze sociali produttive di prosperità sotto un solo e generale punto di vista, quello cioè di rendere inopinabile la offesa dell'ordine. Lo stesso scrittore soggiunge, che la fantasia di chi scrive si esalta, e s'infiamma, e ad idee platoniche si abbandona nel concepir l'indole, e il salutare effetto di questi mezzi. Quest'asserzione è giustificata dallo stato indeterminato, nel quale le idee relative a questo mezzo di sicurezza sociale si son sempre trovate, non vi essendo nè nazione, la quale abbia un codice di polizia fondato sulle sue vere basi, nè trattato scientifico, che metodicamente le fissi.

(1) *Traités de législ. civ. et pen. vol. 3. pag. 1.*

Alcuni intendendo la preponderanza de' mezzi *preventivi* su i *reprensivi*, o piuttosto secondando la corteccia delle parole, che per il loro suono fanno gli uni precedere gli altri, hanno incominciati i loro trattati dai preventivi (1); lo che scientificamente non può avvenire, mentre prima di tutto convien fissare la nozione precisa dell' offesa sociale, lo che conduce a conoscere il mezzo di sicurezza, il quale è più immediatamente unito con essa, e tale è la pena, e quindi per un' altra necessità, che la connessione delle idee fa nascere, come l' offesa debba essere verificata se avvenga, e come debb' esser punita, lo che lascia inevitabilmente l'ultimo luogo alla nozione scientifica de' mezzi preventivi: tanto più che essi vengono poi ad agir sulla pena medesima onde nel modo di eseguirla, poichè ella fu decretata, non divenga ella stessa cagione di que'disordini, alla repressione de' quali fu destinata

I mezzi repressivi, o penali non possono ottenere lo scopo loro se non facendo violenza alla volontà umana col timore dei mali, con cui intendon frenarla. La teoria di questi mezzi è ben tosto facilmente concepita da tutti gl' ingegni qualunque pur sia la lor tempra. Punire è esercitare un atto di superiorità sopra l' individuo punibile: è far prova delle proprie forze: è sfogare il risentimento, che la offesa ha prodotto nell' animo dell' offeso: è secondare i bisogni di un temperamento iracondo, acre di bile, impastato di severità: è un immaginarsi di secondare la prerogativa di Dio e della natura nel ristabilimento dell' ordine morale: è un pensare di retribuire al mal dell' offesa quel che la sua pravità naturale si merita. Eppure niuno di questi o sensitivi, o religiosi, o razionali principj può essere ammesso nella costituzione dei mezzi repressivi, i quali, usciti dai consigli d'un principio eminentemente politico, assumono un carattere, ed uno scopo interamente ad essi particolare (2). La teoria scientifica di questi mezzi costituisce la scienza del *dritto penale* in quanto tutte le sue considerazioni coincidono nel dare alla pena lo scopo, e il carattere, che ad essa come a ordigno di sicurezza sociale si addice.

Non è dunque da dire, che trascendentale sia la sola teoria de' mezzi preventivi: mentre non lo è meno quella de' mezzi

---

(1) Così praticò Brissot De Warville nella sua *Théorie des loix criminelles.*

(2) I noti versi di Giovenale sì spesso citati nelle materie penali sono:

» *Qui fruitur poena ferus est, legumque videtur*
» *Vindictam spectare sibi cum viscera felle*
» *Conduerint: dis proximus ille est,*
» *Quem ratio non ira movet: qui facta rependens*
» *Consilio punire potest.*

i quali se insegnano ad evitare gli eccessi non insegnano però la vera ragion di punire. Le stesse idee della giustizia assoluta possono condurre in errore in questa materia.

repressivi, se si voglia sgombrare d'attorno ad essi tutti gl'impacci, tutti gli errori, che le qualità buone o triste della umana natura vi hanno sventuratamente aggruppati.

La scienza della criminale legislazione, riunendo insieme le due teorie, e non permettendo che esse vadano disguinte giammai, pondera nella perfezione del suo sistema.

I. La efficacia relativa delle due indicate specie di mezzi.

II. La inseparabile connessione, che gli uni lega cogli altri.

Lo scrittore testè rammentato chiama i primi mezzi *indiretti*, e *diretti* i secondi (1), nel che mostra averli contemplati pel loro *oggetto* nel pensiero del legislatore, ma non per l'*effetto* loro nell'uso. Esaminati nel primo riguardo la loro nomenclatura è esattissima, perchè il legislatore nel costituire i primi non bada direttamente al delitto, e direttamente vi bada nel costituire i secondi. Ma se gli uni, e gli altri vengano pel loro effetto considerati, la nomenclatura non è più giusta, e debbe essere dagli uni agli altri cambiata. Ove i mezzi di buon governo vengano praticati, l'ascendente lor presentaneo fa sì che il progetto delittuoso non apparisce più concepibile, e da temersi. Per concepire, e temere il delitto convien supporre, che questi mezzi o non siano dal legislatore adoprati, o che male lo siano, o che la sfera della loro attività giunger non possa nè a tutte le classi, nè a tutti gl'individui dell'aggregazione sociale. Al contrario i mezzi repressivi, e coercitivi, come chiamar si vogliano, se vengano pe' loro effetti considerati, non appariscon mai tali che sia con essi incompatibile l'apprensione, ed il pericolo del delitto.

Il timor della punizione, e sia pur essa la più severa che immaginar si voglia, non tiene a guisa di laccio il corpo di chi si dispose alla offesa sicchè lo ponga nella fisica impossibilità di commetterla (2). L'effetto, che la legge si augura dal timor della pena è d'indole essenzialmente morale, e sebbene l'azione, che una forza morale, qual è il timore, esercita sulla umana volontà, possa talvolta esser grande quanto l'azione di una forza fisica, che la distrugge spingendo il corpo là donde rifugge la volontà, ciò accade quando il timore agisce presentaneamente, e in un ristretto cerchio di dati, da' quali chi trovasi da timore simile astretto non può sottrarsi; ma non può accadere quando si tratta di timor di male futuro, il quale ammetta o il calcolo, o una speranza qualunque che lo faccia apparire evitabile: perciocchè se il calcolo di chi progettò l'offesa nelle circostanze, nelle quali ha meditato commetterla, gli fa credere di poter rimaner nascosto ed evitar per tal modo la punizione, il

(1) *Traitès de lègisl. civ. et pen. vol. 3. pag.* 2.

(2) Non vi ha forza umana, a cui l'illimitato poter di punire possa fornir la opinione della sua sicurezza. Clearco per essere più sicuro dormiva in una cassa, che egli serrava di dentro. Aristodemo in una stanzuola sospesa nella sua reggia. Castiglione *Il Cortegiano vol. 2. p. 154.*

timor della pena non può aver altrimenti presa sull'animo suo. È cosa assai singolare, dai declamatori privi di pratica non osservata, che quanto più l'uomo è abituato al delitto, e quanto più perciò dovrebbe agire sul di lui animo il timor della pena, tanto più questo timore è reso elusorio dalla speranza d'impunità, o di quella irriflessione, che gli abituati ai pericoli serve d'incentivo a incontrarli. Imperocchè anco la sceleraggine ha la sua intrepidezza, e la bravura sua senza bisogno di ricordare i casi rari bensì ma pur contingibili, nei quali il desiderio, che spinge l'uomo al delitto agisce come presente dolore sicchè il timor di un futuro non può essere efficace ostacolo alla sua volontà onde stornarla dal concepito proposito: e senza pur contare quella incomprensibil mistura di alienazione di mente, senza della quale al dir di un antico i grandi delitti non si commettono mai (1).

Queste riflessioni unite all'altra, resa già ovvia, che all'oggetto, che il vantaggio politico del timor della pena possa ottenersi è necessario farla balenar come arme sugli occhi del popolo, e che in conseguenza è necessario, che accadan delitti per risvegarne nelle menti la idea, tendono a insinuar gravi dubbj sulla politica utilità de' mezzi repressivi, o coercitivi, ed obbligano a sperare una difesa più efficace, e più valida dai mezzi di pubblica prosperità come quelli, i quali promettono un effetto più sicuro e più certo.

La connessione degli uni mezzi, e degli altri non è oggetto di minore importanza per la scienza della sicurezza sociale.

La storia antica presenta popoli, ed epoche commendabili per la frequenza delle virtù, e per la rarità de' delitti. La storia moderna presenta popoli, ed epoche, nelle quali per la mancanza di ogni mezzo di buon governo furono frequenti, ed enormi i delitti sotto leggi penali, che si distinsero per esemplare severità, ed all'inconto infrequenti e non atroce i delitti ove furono mezzi di buon governo, e leggi penali di esemplare dolcezza (2).

Questi incontrastabili esempj dimostrano la connessione, che vi ha tra i mezzi preventivi, e i mezzi repressivi della sicurezza sociale, e che se i primi possono rendere inutili i secondi, questi non poterono giammai supplire l'effetto di quelli.

Questa verità ben sentita può avere una grande influenza sul criterio della legislazione penale di un popolo, dando il suo giusto valore alla pretesa efficacia politica della severità delle pene, ed al preteso vantaggio de' metodi più speditivi che critici per l'applicazione della legge penale ai casi dilettuosi. Il criterio

---

(1) Quintil. *Inst. Orat. lib. 5. cap. 11.* « *nam vulgo dicitur, scelera non habere consilium: neminem malum esse nisi stultum eumdem* ».

(2) Priestley *Discours sur l'histoire, et la politique disc. 39 vol. 2 pag. 61.* Roscoe *Osservazioni sulla giurisprudenza penale, e sulla emendazione de' rei: traduz. di Napoli* 1823 *p.* 13.

della legislazione penale può riposando su quella verità, giudicare più imparzialmente, con minor fasto, e con precipitazione minore discutere tutti gli ordigni dell'ordine della città: apprendere, che la libertà dell'uomo non dee essere sovechiamente ristretta nel designare collo scrupolo d'un moralista, che fa l'analisi della coscienza, come delitti azioni, le quali son per se medesime più vituperevoli, che pericolose: che la pena, contenta di allontanar per quanto è possibile i generici effetti de' calcoli, o delle speranze d'impunità dalla opinione degli uomini, non ha bisogno come la chirurgia di calcolare fino a qual punto la umana sensibilità può essere posta legalmente col mezzo del dolore alla prova (1): che ne'metodi diretti a stabilire la realtà, e la quantità dell'offesa, ed a punirla è più da preferirsi la buona, ed esatta critica, la quale sodisfa ai bisogni della umana ragione, al pomposo apparato di una forza, la quale si presenta più come sacrificatrice d'una vittima ad una offesa divinità, che come emblema di una giustizia liberatrice d'un problema giuridico: più uno scetticismo salutare, che una pretensione arrogante, la quale presume toccar il punto impercettibile sempre al debole umano intelletto ove il vero consiste: più le decisioni, le quali, segnalando la persona sospetta di avere offesa la società, suscitano, imitando il dritto della natura, le sue diffidenze contro di lui, e sono le più acconce a tenersi in guardia di nuove offese, che quelle, le quali, non troppo al dritto di natura coerenti, convertono l'uomo, ente debole e limitato, in infallibile giudice del proprio simile.

La scienza della sicurezza sociale, così ravvisando gli ordigni delle leggi, che ella contempla, ne forma una grande catena, un'estremità della quale si ricongiunge coll'altra: perciocchè, partendo dalla contemplazione de'mezzi atti a prevenire direttamente la offesa, dopo averne ben calcolata la indole, e stabilito il modo il men dispendioso alla umana sensibilità di reprimerla, ritorna con le forme del metodo giudiciario al principio dal quale partì: ad un mezzo cioè più acconcio a prevenirlo direttamente, che ad allontanarlo col terror della pena.

Questo è in poche linee il quadro esatto, e fedele de' progressi che la scienza della sicurezza sociale ha fatti in Toscana e dell'atteggiamento, che ella ha dato alla sua criminale legislazione.

---

(1) In tempo della tortura erano frequenti le discussioni dirette a conciliare la maggior somma possibile di dolore colla maggior certezza possibile della sopravvivenza del torturato. Servin *De la législat. crimin. pag.* 393. parla d'una macchina inventata all'occasione del processo fatto agli assassini di Enrico IV, la quale annunziavasi come adattatissima a sciogliere questo bizzarro problema, in cui la barbaria mostravasi gelosa di conservare il principio vitale per non perdere su che disfogarsi, come Tiberio, il quale alla vittima della sua crudeltà, che in mezzo ai tormenti domandava la morte, rispondeva freddamente « sono io forse teco riconciliato? »

Lo spirito umano, contemplando le relazioni, sulle quali deve essere costituita la legge della sicurezza sociale, sembra occupato di oggetti se non in tutto in molto dissimili da quelli, che l'occupano allorchè si propone d'indagare su quali basi, e su quali principj la legge di già costituita debba ai casi, ai quali ella è destinata, applicarsi. Questa seconda contemplazione non appartiene alla *scienza della legislazione*, ma costituisce la *giurisprudenza*.

Una legge nel suo formarsi, se ella è fatta per tutti, e se è formula generale come debb'essere, può esser difettosa senza essere ingiusta, ma la sua applicazione è nella inevitabile alternativa o della giustizia, o della ingiustizia. Nel primo riguardo la legge non è ingiusta quando non viola i principj della morale, e quelli del gius di natura: nel secondo riguardo il non applicarla ove esiste il bisogno a cui ha inteso di provvedere, o l'applicarla ove questo bisogno non sia, non scorgendo nell'un caso e nell'altro le relazioni di fatto, le quali mostrano come regola generale destinata a provvedere a tutti i casi possibili, ha incontrato il caso, di cui dee divenir regola particolare, è commettere una ingiustizia o a danno della legge o a danno dei privati, che ella intese proteggere. Le quali osservazioni dimostrano, esser due cose diverse la scienza di far la legge, e quella dell'applicarla (1).

Questa diversità della scienza della legislazione, e della giurisprudenza deriva da quella degli oggetti, che l'una, e l'altra prende di mira. La prima si occupa più di principj: la seconda di fatti. I fatti che la prima contempla, sono i generali della specie umana, e della società: i fatti che esamina la seconda, sono i particolari dell'individuo: dal che consegue, convenirsi alla prima come sistema di cognizioni il nome di *scienza*, e convenirsi alla seconda quel di *prudenza*.

Negli oggetti del dritto civile la differenza tra la scienza della legislazione, e la giurisprudenza è più difficile a percepirsi di quel che sia negli oggetti del criminale diritto.

---

(1) Bacone ravvisò questa differenza tra la scienza della legislazione, e l'arte di applicare la legge, riputando alla prima i legisti, e i filosofi poco idonei, gli uni per la ristrettezza soverchia delle loro vedute, gli altri per la contraria ragione, e pensò che per fare una buona legge si richiedesse il riunito sapere, e il combinato talento del legista, del filosofo, e dell'uomo di stato. Peter S. Duponceau *A Dissertation on the nature, and extent of the juridiction of te courts of the United States.* Questa riflessione è riproposta come nuova, ed originale in una moderna opera, in cui si attribuisce la imperfezione della legislazione del paese, a cui l'Autore appartiene, all'uso di affidare ai legisti la cura di preparare i progetti di leggi. *The France by* Lady Morgan *vol.* 2 *pag. 397.* Cosa sia da pensarsi per la scelta nell'alternativa tra il teorico, e il pratico l'osservai altra volta. *Dissertazione critica sullo studio delle criminali discipline.*

Nel dritto civile gli oggetti giuridici si sono, per così dire, formati da se medesimi, e quasi di loro natura per l'impulso degli umani interessi nati dai bisogni della domestica società, o da quelli del moto, che la società politica ha dovuto imprimere al dritto di proprietà nelle incalcolabili specie, che ne possono essere o soggetto o combinazioni, o segno rappresentativo. Tutti questi oggetti, nati come fatti, i quali avevano a prò loro il voto del dritto della natura, altro ufficio dalla legge non aspettavano se non il necessario a comporre le controversie umane, coll'applicazione del principio della eguaglianza, il quale nella sua semplicità costituisce appunto tutto il criterio del gius di natura. Ogni difficoltà nel comporre le controversie umane nate da quegli oggetti non poteva essere nella costituzione della legge, e nel calcolo della sua maggiore, o minore bontà: perocchè la legge preesisteva per se medesima, e santa era non che buona nel più certo principio, che il dritto di natura professi, ma doveano incontrarsi nella pratica cognizione dell'oggetto, a cui la legge nella sua semplicità doveva applicarsi, appunto perchè l'aspetto, nel quale l'oggetto si presentava, rendeva perplessa e difficile l'applicazione. Lo stato delle persone costituente la gerarchìa di famiglia, il dritto di proprietà, i modi di acquistarlo, le servitù, le ultime volontà, i contratti, i quasi contratti, e le azioni, che ne derivano, sono oggetti, relativamente ai quali la legge ha molto da dichiarare, e poco da attribuire, di guisachè se lo spirito umano intendesse relativamente a questi oggetti di gettarsi negli spazj illimitati d'una nuova, ed original creazione, correrebbe rischio o di snaturarli o di addensare intorno ad essi le tenebre credendo di circondarli di nuova luce.

Nel dritto criminale al contrario gli oggetti, comecchè infrazioni del gius di natura, che esso non ha potuto nè qualificare, nè reprimere, altra indole non hanno se non quella, che la legge sociale imprime loro sia nel qualificarsi, sia nello stabilire il loro diverso grado di gravità, sia negli espedienti necessarj a reprimerli. Di quì avviene, che la indole, e gli attributi di questi oggetti, facilissimi a percepirsi come fatti, partono interamente dalla disposizione della legge, la quale, esercitando, onde meglio configurarli, tutta ed intera la propria prerogativa, ha bisogno di bene e attentamente studiare i proprj diritti, i proprj bisogni, e la sua delicata missione a proteggere il gius di natura con un grado di forza, che non l'offenda.

La costanza, e la immobilità del dritto civile per tutto ove gli uomini godono de' dritti di famiglia, e di proprietà formano uno strano, e bizzarro contrasto colla incostanza, e la mobilità del dritto penale. La ragione di questo fenomeno è tutta nella diversità degli oggetti dell'uno, e dell'altro diritto: i primi dichiarabili: i secondi creabili dalla legge della città.

Se la scienza della legislazione si distingue dalla giurisprudenza

per le sue generali vedute, è facile comprendere, che la scienza del buon governo non può aver parte giurisprudenziale, e che la sola scienza della legislazione penale può averla. La prima non esercita la propria influenza sull' individuo, ma la esercita tutta sopra le masse: esamina più la condotta della legge, e di tutti i moti, che ella produce nella città onde non sia causa, e incentivo di disordine all' individuo, di quel che esamini l'azione dell' individuo in quanto può essere alla legge contraria. La seconda procede con ordine inverso, prendendo di mira l'individuo onde meglio protegger le masse, e limitando, o sopprimendo la sua personal libertà per assicurar quella, che la legge ha creata. Appunto perchè tutto l'effetto della legislazione penale va, per così dire, a caricarsi sopra dell' individuo, essa ha bisogno di un sistema di principj, il quale coll' applicarla provveda ai contrarj bisogni della società interessata all' applicazione, e dell' individuo interessato a rigettarla lungi da sè.

Se la scienza della legislazione penale, come parte di quella del dritto politico, non si costruisce con principj che al dritto della natura ed alla morale appartengono, ella però rispetta questa e deroga a quello ne' soli limiti della necessità, la quale è il criterio di tutti i suoi calcoli. Se le prerogative reciproche del dritto della natura, e della politica necessità sono i due pensieri fondamentali della scienza della legislazione penale, e tutti i suoi problemi si raggirano nel trovare la miglior conciliazione possibile di queste due prerogative in apparenza tra loro contrarie, questo conflitto non è, nè può essere nelle vedute, e ne' principj della giurisprudenza, la quale, ancorchè il principio politico siasi spinto troppo oltre nella costituzione della legge, è di sua natura disposta a emendarne il rigore soverchio.

Il dritto romano mostra, che una pessima legislazione penale può avere un eccellente giurisprudenza fino al segno di temperare gl' impeti del più feroce mostro, che a pericolo della innocenza abbia inventata la umana barbarie nella tortura. Il principio politico suggerì agli antichi quella invenzione diabolica e la giurisprudenza o la proclamò alla giustizia contraria, o la relegò ne' più angusti confini, che per lei si potesse nella sua pratica applicazione. I soli oratori, più occupati delle lor frasi, che del pensiero della giustizia, presero come luogo estrinseco della loro arte i tormenti (1).

La differenza de' nomi di *scienza*, e di *prudenza* del dritto mostra già il diverso ufficio, che lo spirito umano esercita nell' una, e nell' altra ricerca. Nella giurisprudenza il nome annunzia per se solo un requisito di abitudine, di cui la scienza non ha bisogno. Codesto nome sembra dire, che all' applicator

(1) Cicer. *De Orat. et pro Milon. cap. 21.* Quintil. *Inst. Orator. lib. 5 cap. 3.*

della legge non basta il conoscerla come regola generale, ma gli è necessario in un certo senso onde vedere la legge personalizzata nel caso da decidersi secondo il suo testo: senso indefinibile, che le sole abitudini posson fornire, e perfezionare, dal che si scorge quanto si opponessero al vero coloro, i quali nella definizione della giurisprudenza, declinando da ogni speculativo concetto, la dissero un abito pratico, il quale insegna a rettamente giudicare delle azioni umane a norma della legge penale esistente (1). Or se un fino accorgimento nel convertire i fatti in oggetti di dritto è l'ufficio della giurisprudenza, donde desumerà ella i suoi mezzi, ed il generale carattere? Da nient'altro per certo se non dalla naturale giustizia, dal criterio, e dalla equità, ordigni tutti indipendenti dal principio politico (2).

Se la legge penale nel costituirsi obbedisce al principio politico per meglio proteggere diritti stabiliti dalla natura, o per proteggere la società come tutrice de' dritti della natura, la giurisprudenza ha una missione, che ella dal solo dritto della natura può riconoscere: ella è la custode perpetua della naturale sicurezza dell'uomo: ella a tal' effetto lo circonda di quanto la umana ragione scoprì della dignità della sua natura, della inviolabilità de' suoi diritti, e della sua indipendenza: ella perciò anzichè partecipare al principio politico diviene un antemorale contro di esso, e non gli permette di afferrare, e colpir l'individuo preso di mira da lui, se non ha più armi da lui, se non quanto la interpetrazione della legge, o la critica dei fatti, o la equità non ha più armi da opporre contro al suo scopo (3).

E questa la sublime e sacrosanta missione della giurisprudenza penale sopra la terra, la quale, anzichè servire ai bisogni del principio politico dettato dalla necessità nella costituzione della legge, ma soggetto a divenire istrumento di orgoglio, di caparbietà, d'immodico zelo, e di private vendette nelle mani degli uomini, che col nome di accusatori lo muo-

---

(1) Boehmer. *Elem jurispr. crimin. sect. 1 cap. 1 § 1.*

(2) Haubold *Inst. jur. Roman. priv. historico dogmatic. lineamenta lib. 1 c. 2 § 66.*

(3) Non è già che il principio politico nel determinare il delitto, e costituire la pena abbia violata la naturale giustizia, mentre esso non fece che supplirne le imperfezioni. Ma si supponga pure, che il principio politico nel creare il delitto, e nello stabilire la pena sia stato animato dalla pazza ferocia di stabilire il regno del terrore a scapito della ragione e della giustizia. Quanto più esso volesse spingersi a questo pazzo suo scopo tanto più avrebbe la giurisprudenza contraria perocchè ella gli opporrebbe la perpetua sua massima tratta dalla l. 5 *dig. de poenis* « *Satius est impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari* » contra la quale il principio politico o non ben ponderato, o esagerato troppo ha protestato sempre. Tacit, *Annal. lib. 14. cap. 46.* Macchiavelli *Del Principe cap. 17*, e più specialmente Priestley *Discours sur l'histoire, et sur la politique vol. 2 dis. 47.*

vono, si costituisce momento di resistenza contro al precipitoso suo moto, e professa massime a quelle del principio politico diametralmente contrarie (1).

CAPITOLO XII.

Delle scienze, le quali, senza formar parte dello scibile della sicurezza sociale, hanno una maggiore, o minor connessione con esso.

Vi fù chi pensò, dover lo scibile della sicurezza sociale abbracciare pressocchè tutti gli oggetti o speculativi o pratici dell' umano sapere ascendendo fino ai misteri impenetrabili della psicologìa (2), e discendendo alle palpabili produzioni delle arti meccaniche: ma questo cerchio è dilatato soverchiamente. La ideologia, di cui tutti i rami dell' umano sapere sono oggi inclinati a fare uso, ed abuso, come storia naturale dell' umano pensiero, non ha cosa alcuna di comune colto scibile della sicurezza sociale. Come scienza de' principj, o come facilità, che lo spirito umano dee contrarre di render generali le proprie idee su qualunque siasi oggetto particolare, onde collocarlo per mezzo di analogìe in una classe piuttostocchè in un' altra, l' ideologia applicata è necessario ad ogni ramo d' umano sapere non che a quello della sicurezza sociale. I bruti veggon gli oggetti nella loro individualità, nè il loro istinto nel cercarli o fuggirli ha bisogno di ridurli a classi generiche. In questo senso è necessaria alla scienza della sicurezza sociale la ideologia come è necessario non esser bestie per possederla. Vi sono certo tra gli aridi, e manuali pratici alcuni pochi uomini, i quali a guisa de' bruti altro non scorgono che oggetti individui, ed altra regola non hanno per cercarli, o fuggirli che il loro istinto, come quel giudice, il quale discutendosi

(1) Nella causa celebre de' tre condannati alla ruota *Barreau Français Ancien vol. 3 pag.* 392 l'Avvocato generale Seguier, contradicendo al celebre Dupaty, si fece a combattere e ad interpetrare a suo grado la massima salutare scritta nella *leg. 5 de poen.* Si possono a un accusator perdonare queste intemperanze d' ingegno; ma chi leggerà senza orrore in uno scritto concepito nell' interesse della umanità l' anti-umana derisione di quella massima? *Annal. de lègisl. et d' èconom. politiq. Gènève* 1822 *vol. 1 pag.* 202. E perchè una tal derisione? Per sostenere la licenza della intima convinzione, e schernire la *tariffa* delle prove, senza esaminare se la prova indiziaria meriti questo nome non che al tribunale del dritto Romano a quello della naturale giustizia, e senza discutere se l' indizio abbandonato al popolare criterio sia, più che un elemento di probabilità, un vano, e capriccioso modo dell' animo, che la ragione non sa fissare:

« *Saepe scelestum hominem signat frons impia: saepe*
« *Frons pia larvati criminis umbra fuit.*

(2) Schaumann *Idee di una Psicologia criminale Hal.* 1762. Joan. Georg. Claus. *Dissert. de natura delictorum Jenae* 1794 § 25.

la causa di un prato, senza averne sentita parola, pronunziò, che fosse mandato alla forca, e conosciuto che trattavasi d'erba la condannò senz'altro pensare alla falce. Ma le scienze per gente simili non si affaticano.

Una buona, e metodica enciclopedia del criminale diritto potrebbe certamente perfezionarlo. A quest'oggetto conviene distinguerne accuratamente le parti, ed a ciascuna di esse riferire i sistemi di cognizioni, che loro respettivamente convengono.

CAPITOLO XIII.

Delle scienze ausiliarie a quella del buon governo.

Le cause, l'incremento, le fasi della civiltà moderna non hanno niente che fare con quanto fece nascere e rese celebre l'antica civiltà. Sarebbe un errore funesto in chi veglia alla direzione de' moti di prosperità del corpo politico il credere, che le istituzioni o morali, o politiche, le quali formano lo splendore di alcune antiche nazioni, potessero produrre un effetto medesimo tra le moderne, errore il quale può esser facilmente prodotto dai pregiudizj, che si contraggono col solitario studio della storia antica, colla lettura de' classici, e contemplando quando di grande produssero gli antichi nell'arte della guerra, e della pace. Le nazioni al dì d'oggi non si compongono, come una volta si componevano, di pochi capi di famiglia arbitri della vita, e della morte di un gran numero d'individui al loro comando soggetti, nè la moltitudine si può mantenere in ozio a pane, e spettacoli, che conquistate provincie forniscono a un popolo conquistatore. Sebbene le pubbliche, e private virtù onorino la umana natura, esse non sono più in grado come una volta di esercitare una grande influenza sul ben essere delle grandi associazioni politiche, e, qualora sempre lo fossero, le istituzioni, colle quali gli antichi ne seppero ispirare l'amore, non potrebbero più loro applicarsi. Le occupazioni utili son divenute le virtù pubbliche de' moderni corpi politici, e il loro regolare sistema può solo mantenere la pace pubblica succeduta alla turbolenta attività degli antichi (1). La *filosofia della storia*, la quale ne confronta l'epoche, indaga il grado di prosperità pubblica, di cui gli uomini vi goderono, e studia le cagioni segrete di questi fenomeni offrendo alla scienza del buon governo un grande soccorso (2).

(1) Gli antichi nelle loro opere di politica non fanno neppur menzione del commercio. Senofonte lo rammenta soltanto. Platone lo esclude dalla sua imaginaria repubblica. V. Hume *Essays and treatises vol. 1 Ess.* 12.

(2) *De la felicité publique etc. Bouillon 1776.* In quest'opera, attribuita al Marchese di Chatellux, più specialmente è un confronto tra la indole dell'antica civiltà, e quella della moderna.

Le occupazioni utili, le quali sole possono oggi formare la educazione del popolo, non sarebbero se le ricchezze non fossero in un movimento continuo, e non esercitassero colla loro circolazione nel corpo politico quelle funzioni medesime, che esercita il sangue nel corpo umano. Di quì si scorge come la scienza del buon governo non può esimersi dai soccorsi della *politica economìa.*

Senza la *statistica* i calcoli, che la politica economìa si propone insegnare, resterebbero senza pratica applicazione per l'aggregazione sociale, che può profittarne. Senza discuter quì se la economia politica possa meritare il nome di scienza (1), e in quali relazioni stia la statistica col sistema di cognizioni che la compongono, è certo, che l'una e l'altra è necessaria tanto a chi governa gli uomini, quanto a chi governa i danari della città.

Tra i nomi d'incerto, ed ancor non ben fisso significato quello di *amministrazione* non tien l'ultimo luogo.

Questa parola sembra indicare più una cosa di *fatto*, che una cosa di *dritto* (2): una cosa dipendente dalla probità, e dalla *prudenza* più che dalla *scienza*; e ciò non ostante i moderni hanno concepito un *dritto amministrativo*, una *legislazione amministrativa*, ed un' *amministrativa giurisprudenza.*

La parola amministrazione nel suo più generico significato sembra indicar l'esercizio di tutti i poteri sociali: il *legislativo*, l'*esecutivo* propriamente detto, il *giudiciario*, e l'*amministrativo* in specie (3).

---

(1) Carlo Bosellini in un lungo discorso sulle origini, e su i progressi della politica economìa *Giorn. Arc. di Roma marzo e aprile* 1825, cita la singolare opinione dell'Agazzini, il quale osserva come nel secolo XIX le scienze economiche desiderano ancor chi le crei. Il celebre Wagemann riduceva tutta la scienza economica a un tatto sperimentale di chi amministra lo stato. *Temis ou Bibliotèque du jureconsulte etc. vol. 7 p. 440-445.* È certo che questo ramo di cognizioni non ha assunta forma scientifica se non nell'opera di Adamo Smith: ma le contese ideologiche, che oggi dividono i dotti economisti sulla vera indole della ricchezza, possono far dubitare della pratica utilità di tanti altronde ammirabili scritti, che oggi in questa materia si pubblicano. Vi è chi pensa, che tutta la scienza della economia politica possa ridursi a quel che i negozianti Francesi risposero a Colbert « *lasciateci fare* ».

(2) Portiez *Cours de législat. admin. Introd. pag. XIX* «*Administrer c'est agir* ».

(3) L'egregio signor Romagnosi *Principj fondamentali del dritto amministrativo*, nelle idee che fornisce della *realtà* d'una scienza dell'amministrazione *pag.* 1 sembra estenderla alla giustizia da un lato, e dall'altro alle attribuzioni del potere esecutivo propriamente detto. Quest'opera ha il raro pregio d'essere una delle prime dirette a tentare di ridurre il dritto amministrativo a scientifica teoria. Ma se si considera il fatto fin quì e difficile concepir grandi speranze su quel che potrà farsi per l'avvenire. La scienza amministrativa incontra gravi difficoltà per trovare un posto, che le convenga nell'albero *enciclopedico* delle cognizioni umane. Non è meraviglia, che non se ne incontri il nome in

Si attribuisce al Domat il primo pensiero di un sistema regolare di cognizioni relativo alla retta amministrazione dello stato, e rammenta come l'insigne D'Aguesseau applaudisse a quel progetto, e ne desiderasse la perfezione (1); ma sebbene non poche opere siano state, specialmente ne' tempi a noi più vicini, tentate per ridurre a sistema scientifico il dritto amministrativo, convien render giustizia a un moderno lamento, il quale osserva come l'amministrazione è anche oggi appena ai primi rudimenti di un sistema, che meriti il titolo di scientifico (2).

Infatti la moltiplicità grande degli oggetti commessi alla cura dell' amministrazione pubblica, la lor disparata varietà, e la indefinibile indole di ciò che è pregio, o difetto nel modo di fare agire le diverse forze destinate a proteggere, o a promuovere l'azione delle leggi, sono, e saranno altrettanti forse insuperabili ostacoli alla scientifica costruzione di un amministrativo diritto.

La buona, e retta amministrazione di uno stato presuppone tre cose: una legislazione non solo buona ma completa eziandio: una disposizione di circostanze di luogo, e di modo sicchè la pronta, e fedele esecuzione delle leggi non incontri nè incagli, nè ostacoli: una disposizione di animi negli amministratori, e negli amministrati, la quale convertendosi in amore, ed in zelo per l'ordine, al quale le due prime condizioni hanno inteso di provvedere, assicuri a quell'ordine un regno di fatto come le leggi lo hanno contemplato di dritto (3).

Se la scienza amministrativa dovesse provvedere alle indicate tre condizioni, ella sarebbe quella del pubblico dritto anzichè costituirne una parte. La parola amministrazione sembra nel suo più rigoroso significato indicare la gestione del patrimonio

---

quello attribuito a Porfirio, e più probabilmente immaginato dal Ramusio, o Ramèe. Lo stesso vuoto incontrasi nel sistema figurato dal Cancellier Bacone, nel quale la *scienza civile* ha tre grandi diramazioni, l'ultima delle quali egli chiama *scienza dello stato*. Lo stesso scorgesi nel sistema del d'Alembert il quale considera l'arte di governar la città come un ramo della *morale*. Nel sistema detto *biforcuto* del Bentham, tentandosi di stabilire la distinzione scientifica tra la *legislazione*, e l'*amministrazione*, e proponendosi quella dell' amministrazione in *eristica* (contenziosa) e *aneristica* (non contenziosa) reca gran meraviglia che la eristica giurisprudenza, e che l' aneristica resti senza essere definita. *Essay sur la nomenclature et la classification des principales branches d' art et science pag. 166-69.*

(1) Portiez *Cours de lègisl. admin. Introd. p. XXI.*

(2) Ferry sull' opera del signor Macarel *des Tribunaux administratifs. Themis ou Bibliotèque du juriscons. etc. vol. 9 p. 408.*

(3) La pittura di un amministratore egregio è fornita da Giovenale *Satyr. 14.*

> « *Gratum est quod patriae civem, populoque dedisti,*
> « *Si facis ut patriae sit idoneus, utilis agris,*
> « *Utilis et bellorum, et pacis rebus agendis.*

pubblico nel senso civile di questo vocabolo (1), in questo senso usurpata ella designerebbe la gestione del denaro pubblico, e de' patrimonj, che dalla legge vengono al denaro pubblico assomiglianti. Ma in questo senso l'amministrazione da un'altezza sublime, in cui la scienza vorrebbe considerarla, precipiterebbe in un'abietta umiltà: nè altro tentativo le resterebbe onde elevare la sua condizione che quello di connettersi colla politica economia, di cui abbiamo già veduto essere assai controverso l'attributo scientifico.

Nel più ardito, e nel tempo stesso più nobile tentativo, che siasi modernamente fatto per dare al dritto amministrativo una forma scientifica (2), esso si connette col dritto pubblico, che forma la prima, e preliminare sua parte, e si chiude colla esposizione delle leggi relativamente agli assedj delle città. In questo sistema il dritto amministrativo assume più carattere di quadro espositivo di tutta la macchina di uno stato che di teoria diretta a farlo meglio agire; e sembra però storia piuttostochè scienza.

Altri all'oggetto di meglio fissar l'indole del dritto amministrativo hanno tentato di definire il potere da cui deriva (3), e o si son trovati involti in non minori difficoltà, o hanno fatta una storica esposizioni degli oggetti, ai quali o il Principe di per sè, o i suoi delegati praticamente provvedono.

Altri finalmente, distinguendo nella direzione sociale l'amministrazione, la giustizia, e la forza, concepisce nella prima tutti i provvedimenti di pubblica utilità, nella seconda quelli di utilità privata e contempla nella terza l'appoggio, e il sostegno, che ella presta all'amministrazione, ed alla giustizia (4). Questa partizione, la quale sembra piucchè ogni altra appagare lo spirito, non ottiene questo vantaggio se non dalla sua soverchia generalità.

Connettendo il dritto amministrativo col dritto pubblico si può ben dare a questo assunto sublime principio, il quale spieghi prerogativa scientifica. Ma qual sarà il termine razionale di connessione tra il pubblico, e l'aministrativo diritto: tra la teoria, e la pratica: tra il concepire, e l'agire: tra l'arte, e la scienza?

Un più recente scrittore, tutto insieme aggruppando, e tutto avvolgendo in un frasario ideologico facile a usarsi, ma non si

---

(1) Dig. *Lib.* 12. *tit.* 6 *lib.* 61 *lib.* 10 *tit.* 2 *l.* 38.

(2) De Gerando *Plan gènèral d' un cours de droit public, et administr. Themis vol.* 1 *p.* 150. La collezione del signor Fleurigeon col titolo di *Code administratif etc.* contiene per ordine alfabetico oggetti d'indole affatto disparata tra loro, e di tanta distanza quanta ne passa dalle *uniformi militari* alle regole dello *stato civile.*

(3) Henrion De Pansey *De l' autorità judiciaire dans les gouvernements monarchiques cap.* 17.

(4) Nicolini *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie cap.* 7 *sez.* 1 § 505.

facile a farsi intendere, dà al dritto amministrativo il doppio carattere di scienza, e di arte (1), non avendo ben ponderato la differenza di questi due concetti tra loro, e la difficoltà somma d'una razional transizione dall'uno all'altro. Tutte le arti possono invero avere la lor teoria, ed è nota la opinione di quel matematico, il quale pensava, che senza la scienza delle linee non potesse un calzolare nè ben fare, nè ben rassettare le scarpe; ma allorchè un sistema di cognizioni è costretto a complicarsi in queste astruse difficoltà, arduo e pericoloso è l'assunto di superarle.

Il dritto amministrativo è costretto a desumere il suo primo concetto dalla forma del governo, all'azione del quale si vuole applicare. Il Sovrano governa, ed i Ministri amministrano (2). Da questa idea madre sembra, come conseguenza spontanea, derivare che il dritto amministrativo non sia applicabile se non a quelle forme di governo le quali fissano la massima della inviolabilità del Principe, e della responsabilità de' Ministri, ed in questo senso esso costituisce certamente parte del dritto pubblico della città o almeno si connette con esso. Ma prescindendo da questo concetto, il quale renderebbe il dritto amministrativo non una scienza, perocchè teoria generale non potrebbe essere, ma una parte della costituzione di uno stato, qual passo più oltre lo spirito umano potrebbe fargli avanzare onde fossero fissati i dati di un'azione, o di un moto, di tutti i momenti del quale, relativamente alla lor rettitudine, con una regola certa, generale, invariabile si potesse stabilire un giudizio?

In mezzo a tante incertezze aspettando, che la scienza dell'amministrazione pubblica meriti questo nome, è da osservarsi che, avendo essa, anco considerandola come semplice fatto, il quale in mano de' depositarj del potere politico può riuscire o meglio, o peggio eseguito, una stretta connessione col buon regime della città, merita in ispecial modo l'attenzione, e lo studio di chi ha imparato a considerare i mezzi di pubblica prosperità, di cui forse la pubblica amministrazione è il segreto come i più efficaci espedienti onde allontanare dall'ordine sociale le offese, che possono minacciarlo.

Quella parte di amministrazione pubblica, a cui al di d'oggi si dà il nome di *polizia amministrativa*, è pure una parte della

---

(1) Bonnin *Abregè des principes d' administration. Paris* 1829.

(2) Toccando questa materia può dirsi a ragione

« .... *incedo per ignes*

« *Suppositos cineri doloso.*

Non tutti ammettono la partizione del testo: si disputa, si vocifera, e

« *Scinditur interea studia in contraria vulgus.*

Cose assai giudiziose in questa materia s' incontrano nel sig. Dupin *Observations sur plusieurs points importants de notre législation criminelle etc. Paris 1811 chap.* 2 e la recente opera *Lettre d' un jurisconsulte anglais sur la responsabilité ministerielle, avec des remarques de M.* HOLTIUS. *Themis etc. vol. 10 pag.* 427.

scienza del bnon governo. Come questi due rami di cognizioni o speculative, o pratiche che esse si siano occupino una sede di mezzo tra l'amministrazione pubblica propriamente detta, e il sistema dei mezzi preventivi della offesa sociale, e insieme tra lor si compenetrino è oggetto di ricerca da riserbarsi al luogo ove la indole, e il salutare effetto di que' mezzi debbonsi più specialmente illustrare.

CAPITOLO XIV.

Delle scienze ausiliarie a quella della legislazione penale.

I primi rettori della specie umana nella infanzia della società furon tutti teologi: ad essi nel primordio delle città successero i moralisti, ed a questi, senza però cessare d'essere moralisti, i politici allorchè l'antica civiltà giunse al suo più alto grado di perfezione, nè lo spirito umano nel dettare o proporre leggi sociali, prese altri titoli, o affettò altri diritti. Spenta la civiltà antica, le umane cose nel loro incaminarsi dalla barbarie a uno stato migliore percorsero presso a poco lo stadio medesimo, se non che si videro in epoca a noi più vicina (cosa inaudita presso gli antichi) erigersi in legislatori gl'ideologi.

Il già detto onde dimostrare, che la teoria del titolo legittimo della forza (e le pene sono l'atto il più rumoroso, e solenne della pubblica forza) non può farsi discendere dalle leggi della religione, e della morale, esime dal ripeter quì, che, se quelle leggi tali quali da'sublimi e pur lor fondi derivano debbono esser sotto la tutela della forza protettrice dell'ordine, la loro razionale economìa non può formar parte della scienza della sicurezza sociale: perchè i peccati, ed i vizj non possono essere offese; nè alle pene divine decretate al peccato, nè alle naturali decretate al vizio possono o aggiungersi, o assomigliarsi le pene civili.

La moderna ideologìa è inventrice d'un sistema di cognizioni, il quale s'intitola *dritto pubblico universale*, e in esso si è voluto stabilire la teoria legale di tutte le forze morali, e politiche della umana natura nelle combinazioni, che esse ricevono nello stato sociale, prendendo principio dalla morale, e finendo nel calcolo delle forme, che il poter politico prende nella città.

Questo grande complesso di cose, nel quale in una sola, e medesima linea vengono collocati la morale, il gius di natura, il gius delle genti, il dritto pubblico generale, il pubblico dritto speciale, il dritto civile, e il penale quanto alle fondamentali lor basi, escludendone la sola arte politica, considerata come furberia di gabinetto (1), ha l'inconveniente gravissimo di fornire

(1) Il Lampredi, il quale il primo ha concepito il più vasto piano di cui il dritto pubblico universale sia suscettibile, dopo averlo dichia-

una idea troppo generale delle leggi morali, quali son certe tutte quelle, che si propongono dirigere verso un fine le libere azioni dell'uomo, e di prescindere dalla distinzione loro in morali propriamente dette di mera origine razionale, e le politiche di mera pratica origine.

Questo sistema scientifico ha l'altro difetto d'insinuare, che tutto in esso sia razionalmente connesso, di guisachè il dritto della natura sia un'emanazione diretta della morale, il dritto politico una diretta emanazione del gius di natura.

Il terzo difetto di questo sistema, inevitabile conseguenza de' due precedenti, egli è quello di lasciare incerti se il dritto civile, e il dritto penale siano emanazioni del gius di natura, o del dritto politico, e in quanto, e come lo siano, volgendo le spalle alla teoria della umana sociabilità, che la ragione umana può pur concepire indipendentemente dalle teorie politiche, le quali propongonsi di sindacare colla norma di un razionale principio il titolo della legittimità del supremo poter nello stato.

Qualunque siasi il grado di assenso, che possa conciliarsi questo sistema, la scienza della legislazione penale nell'ammasso di tutte le forze morali dell'uomo, che in esso si fa, dee procurare di ben determinare il suo posto, e provvedere al proprio criterio cercando di stabilire la sua razionale, e pratica personalità.

Nè il gius delle genti, nè il dritto pubblico come teorie scientifiche le appartengono. Gli oggetti di questi due dritti son ravvisati non quali la umana ragione gli può stabilire, ma quali essa gli trova stabiliti dalle leggi della città onde applicare ad esse le regole di sicurezza di sua creazione. Sebbene la scienza della legislazione penale e nello stabilire la competenza del gius di punire, e nel fissare la teoria astratta del metodo giudiciario sembri essere nella necessità di tentar l'analisi degli elementi, e delle forze, delle quali si compone la sovranità, questa parte del pubblico dritto strettamente unito colla giustizia, la quale dee essere considerata come il bisogno di tutti i governi, qualunque sia la lor forma, è trattata da lei in una maniera, che a tutte le forme di governo egualmente si adatta: onde, sebbene altrimenti al dì d'oggi si pensi, non vi ha scienza la quale al pari della penale professi tolleranza politica, adottando la massima che in materia di religione adottarono già i Romani « *Dignus Roma locus quo deus omnis eat* ».

Le parti essenzialmente costitutive della scienza sono:

---

rato la teoria del giusto assoluto, e dopo aver premesso, che il dritto civile non può entrare nel suo sistema scientifico, si fa censore perpetuo de' giureconsulti Romani, pretendendo, che in molto delle loro risposte, certamente dirette a stabilir la giustizia, se ne siano allontanati spesso, col che ha mostrato, non aver ponderato a dovere la promiscuità, che sempre nel dritto civile s'incontra, del dritto della natura e del dritto politico.

I. Il gius di natura.

II. Il dritto politico considerato come teoria della umana sociabilità.

A queste si aggiungono l'una come scienza limitrofa, l'altra come ausiliaria.

I. Il dritto civile.

II. La storia della legislazione.

Delle prime due scienze, delle loro relazioni reciproche, e del loro diverso criterio abbastanza fu detto; resta a dire delle altre due.

§. I.

De' limiti, i quali dividono il dritto penale dal dritto civile.

Se i dettami della coscienza si nel costituir la legge come nell'applicarla potessero supplire i principj scientifici onde ben delineare gli oggetti sicchè ciascun d'un *senso comune* la sua propria, e vera fisonomia, e in un batter d'occhio discernibili i limiti, che lo separano da altri oggetti, co' quali si potrebbe facilmente confondere la scienza della legislazione, senza bisogno alcuno di discutere se ella prenda l'animatore suo spirito o da un principio politico, o da un principio morale, sarebbe o un impostura di pochi, o un delirio di molti (1).

Quando pure gli oggetti del dritto penale nel fatto delittuoso, nel grado del suo giusto rimprovero, e nel modulo della pena, che dee sostenerlo, e renderlo efficace come guarentigia dell'ordine, fossero al lor giusto valore apprezzabili col solo mezzo della *coscienza*, e del *senso comune*, questi due ordigni incontrerebbero insuperabili difficoltà se dovessero essere i mezzi critici onde fissare i limiti, che gli separano, e gli distinguono dagli oggetti del dritto civile (2).

---

(1) Fu altrove osservato, che senza *coscienza* non vi può esser nè *legge* nè *giustizia*, ma che colla coscienza non si fa la legge, nè la giustizia amministrasi. Dirò adesso la cosa medesima del *senso comune*, senza del quale è inutile qualunque *scienza*, ma solo non forma la scienza. In un recente lavoro sulla generazione delle cognizioni umane vien proposto un *planisferio* in luogo d'albero genealogico, nel quale in un cerchio concentrico ad altri che figurano altrettanti distinti sistemi di cognizioni è assegnato il luogo al *senso comune* quasi sia il requisito necessario a ogni umano sapere. *De Pamphilis Genografia dello scibile ec. Napoli* 1829.

(2) Fu già osservato altrove che gli oggetto del dritto civile sono di loro natura più del dominio della giurisprudenza che della scienza di far le leggi. Scorgesi però introdotta nella filosofia del dritto una *Teoria delle leggi civili*, ed io pure, giovine assai, scrissi un'opera con questo titolo *Firenze* 1794. Una teoria delle leggi civili potrebbe divenire un utile razionale lavoro riportando per via di un'analisi rigorosa, in quanto la materia lo ammette, i fondamentali loro principj a quelli del gius di natura, e mostrando come o vi corrispondono, o se ne allontanano, e per quali motivi politici. Questa impresa si promiscua con

Nè il fissar questi limiti è cosa prettamente speculativa, ed aerea, immaginata, e proposta dallo spirito umano o per mera vaghezza, o per viemeglio dare a se stesso un saggio delle sue forze.

È un fatto storico inoppugnabile, che gli oggetti del dritto civile, e quelli del dritto penale aggruppati e confusi insieme quasi in un solo, e medesimo fascio nella infanzia della civiltà umana (1) (appunto come gli oggetti esterni formano colle loro impressioni un tutto coesistente nell'animo dell'infante non ancora istruito dal tatto a distinguere sè da quelli, e quelli l'uno dall'altro) tardi, lentamente, e per gradi si separano, e si distinguon tra loro, e per analogie non sì facili a percepirsi divengon soggetti di due diversi sistemi di leggi, le quali spesso si trovano a contrasto per far valere la lor prerogativa reciproca. È del pari un'inoppugnabile fatto storico, che la legislazione di un popolo antico, divenuta per il carattere di saviezza, che la distingue, la legislazione delle moderne incivilite nazioni: oggetto dello studio di tutti gl'ingegni, che al dritto si volsero, sicchè, giusta la espressione d'un grande storico, esaurì più dotte vite, e vesti spaziosissime biblioteche (2), scorgesi incerta, fluttuante, contraddittoria, e spesso guida fallace nella divisione della materia penale dalla civile; la qual cosa dimostra come neppure la più squisita ed esercitata prudenza del dritto può fornire decisive ispirazioni alla scienza di far la legge (3). Ed

---

quella, che si proponesse di dare un corso metodico del gius di natura dirnodochè a mio credere le moderne discussioni sopra un miglior metodo d'insegnare il dritto civile, vale a dire, il dritto romano, delle quali ragionerò nel Cap. XVII, derivano tutte dal non aver sentito, che i concetti speculativi posson bensì avvicinare, e connettere alcuni oggetti del dritto civile al gius di natura, ma non possono col gius di natura spiegare, e generalizzare tutti gli oggetti particolari del dritto civile. Siccome giusta la osservazione già fatta di sopra niuna razional deduzione sulla origine, e sulla indole d'un oggetto del dritto può prescindere dal risalire a quel di natura, sarà facilmente compreso come la ricerca sulle relazioni del *penale*, e del *civile* non potrebbe utilmente tentarsi se i due sistemi di dritto non si prestassero alla scientifica teoria. Sebbene a parer mio la immobilità del dritto civile nel gius Romano renda quasi ridicolo il parlar del suo studio nelle sue relazioni colla civiltà umana *Annal. de législazion, et de jurisprud. Génève vol. 1 p. 1* (perocchè nel secolo del Cujacio meno incivilito del nostro eravi a mio credere più scienza di quel diritto che non nel nostro) pure anch'esso può avere il suo punto di vista trascendentale, tentabile allorchè si vuole indagare quali nelle sue primitive origini, e nel distintivo suo scopo siano state le sue relazioni col dritto penale.

(1) Capit. Barol. Magn. *lib. 5 cap. 87.*

(2) Gibbon's *History of the decline, and fall of the Roman Empire ch. 42.*

(3) La prerogativa della questione penale sulla civile fu variamente considerata dal gius antico, dall'Imperator Costantino nella *L. 2 Cod. Theod. ad l. Corn. de falsis*, e da Giustiniano, che al gius antico fece ritorno *L. 7. Cod. de ord. cognit.* Il grande Cujacio prima errò, poi si corresse nel confronto di quelle leggi, come osserva il Gotofredo al Co-

è finalmente un innegabile fatto, che anco a' dì nostri la imperfezione dei codici, ai quali lavorò la moderna saviezza coll'ajuto della filosofia del diritto, lascia pur sempre i limiti divisorj della penale, e civile materia esposti a gravi perplessità (1).

La soluzione di questo problema non sospettato neppure, e però lasciato verginale, ed intatto dalla *coscienza* del genere umano, o da quello della società, con poco successo tentata dalla *giurisprudenza*, non riuscì meno difficile alla scienza di far la legge (2).

Dire, che il legislatore non dee tutto punire perchè tutto risveglierebbe il rumore dell' azione criminale, e non dee lasciar tutto senza sanzione perchè non vi sarebbero più delinquenti: soggiungere, che la legge dee punire gli atti nocivi alla intesa comunità, e alle istituzioni credute necessarie alla sua conservazione, e lasciare al dritto civile i nocivi a uno o più individui privati, è porre innanzi asserzioni o equivoche, o false, ed incomplete per certo a dar sistema a tutti i punti di contatto, ne' quali il dritto penale può trovarsi con il civile (3).

Dire, che la legge penale legge non è, ma è piuttosto la sanzione di tutte, è schivare la difficoltà: è contemplar le cose per relazioni, che le rendono più distanti tra loro, omettendo di esaminare quelle, che avvicinandole debbono bene apprezzate impedire la loro compenetrazione possibile (4). Esprimersi che materia penale debb' essere ov' è offesa della sicurezza o del Principe, o della repubblica tutta, o dei singoli è maniera più imperfetta d' ogni altra, ed inutile perchè troppo generica (5).

---

dice Teodosiano *vol. 3 pag. 171 cap. 1.* Ma le leggi, che egli cita non esprimono con precisione il concetto, nè egli cita tutte quelle, che possono indurre oscurità, o contradizione in questa materia. Antonio Matheo non ha minori perplessità sulla questione civile incidente all'accusa *De Crimin. ad lib. 48.* Dig. *lib. 16 cap. 2 n. 1* col quale non va d'accordo il Nani *Animadv. ad Math. loc. cit. not. 1.* Il principio della *L. unica tit. 31 lib. 9 del codice « a plerisque prudentum »* indica lo stato di conflitto nelle opinioni, il quale incominciò in proposito del *concorso delle azioni*, soggetto illustrato con un libro appositamente scritto dal GC. Paolo di cui s'incontrano i frammenti nel Dig. *Lib. 44 tit. 7 lib. 54. lib. 47 tit. 2 l.* 88, e modernemente trattato dal celebre Savigny *Dissert. de concursu delict. formali Marburgi 1800.*

(1) Vedansi le decisioni sulle insorte pratiche difficoltà riportate in questa materia dal signore Milletot *Themis ou biblioteque du jurisconsulte etc. vol. 3 pag. 336.*

(2) Occuparonsi ultimamente di questo tentativo difficile l'insigne De-Gerando *Cours de droit public, et administratif,* e il sig. Cotelle *De l' établissement des loix civiles, et de leur objet. Themis ou bibliothèque du jurisconsulte etc. vol. 1.*

(3) Dentand *Essay de jurisprudence criminelle* § 8.

(4) Rousseau *Principes du droit politique pag. 119.*

(5) Car. Gottlieb Brotz *Animadvers, ex jur. univ. depromtarum spicilegium primum Vitebergae 1787 animadv. I* § 2 *in collect. Christoph. Martin vol. 1 pag. 274.*

Il capo della scuola analitica rimprocciando i giureconsulti allorchè interrogati su i limiti del penale, e del civile rispondono, contenere il codice civile la descrizione de' diritti, e delle obbligazioni (risposta troppo arida, che io non credo uscita dalla lor penna), e contenere il codice penale i delitti, e le pene, esprime per la soluzione del problema un concetto, che ha seco l' originale peccato della sua scuola, ma pure ha di che illuder le menti. Secondo i suoi principj non vi ha diritto, il quale possa essere concepito senza concepire il delitto, che dee tenerlo lontano; onde la base, la parte più luminosa d'ogni altra in una legislazione è la penale, restando alla civile il subalterno ufficio d' un suo comentario più vasto, d' una specie d' interpetre destinato a dire come il dritto si acquisti, come mantengansi, e possa d' uno in un altro trasfondersi (1).

Questo sistema, ancorchè vero pur fosse, sarebbe infecondo d' utili conseguenze allo spirito umano tanto nella costituzione della legge quanto ne' metodi della sua pratica applicazione; perocchè altro non proverebbe se non ciò, di cui tutti convengono, che ove la questione penale si svegli la civile deve dormire (2). Ma il sistema non dice, nè è abile a dire quali fatti debbano suscitar la prima piuttosto che la seconda: se questa possa mai formar pregiudizio all' esperimento di quella: se le due questioni possano unite concorrere: e come insieme connesse debbano quanto ai loro effetti diversi o al momento della decisione, o dopo così restare, o l' una dell' altra dividersi (3).

Alle imperfezioni pratiche di questo sistema si aggiungono le razionali, e gli assurdi, ai quali conduce.

Se fosse vero, che il dritto non può concepirsi senza pur concepire il delitto, che lo viola, e la pena, il cui timore gli debbe esser d' ostacolo, questa tesi come scientifica dovrebbe applicarsi a tutti i diritti sociali indistintamente non che ai civili. Il dritto della tutelare autorità dello stato non potrebbe esser concepito come diritto senza pensare al delitto, che può sovvertirla: ma i delitti nel generale sistema del capo della scuola analitica non hanno una loro entità naturale, e tutta la debbono all' autorità politica, la quale sola può erigere certe umane azioni in delitto. Il dritto dunque dell' autorità tutelare dello stato ha dovuto essere senza che si pensasse al delitto poichè ella è di per se esistita prima che il concetto legislativo del delitto esistesse, e perchè ella sola ha potuto crearlo. La qual riflessione convince, che, non potendosi la soluzione del problema a tutti i casi adattare, ella non ha carattere scienti-

---

(1) Bentham *Traitès de lègislation civile et penale vol. 1 p. 119.*

(2) Bexon *Théorie des loix crimin. vol. 1. pag.* 24.

(3) Cod. *Lib. 9 tit. 31* l. *unica.* Il Codice Teodosiano *lib. 9 tit.* 20 ha questa legge con altro titolo « *victum civiliter agere et criminaliter posse* ». Triboniano oltre all'aver cangiato il titolo ed essersi permesso varie interpolazioni, intruse originalmente nella legge « *et similiter et contrario* » col che aumentò i difetti del sistema da quella legge introdotta.

fico, ed è l'effetto di aver considerato un fatto unico, a cui eventualmente potrebbe quadrare, nè gli ha contemplati tutti, onde tutti spiegarli con una sola, e medesima causa.

Il sistema del capo della scuola analitica nella soluzione del problema, che nasce sulle relazioni tra il penale, e il civile, è conseguenza dell'altro, il quale nega al dritto ogni razionale origine, ogni entità sua propria come astratto concetto della mente umana, e la desume tutta dal fatto della forza destinata a proteggerlo. Gli oggetti delle scienze esatte non sono in natura, non sono ne' fatti, e negli oggetti materiali, che ci circondano, ma sono, sebbene astrazioni dello spirito umano, enti veri, e reali, cosicchè, dati corpi, e i lor moti, quegli oggetti, e i lor calcoli non solo hanno l'appoggio dell'apodittica verità, ma sono ai corpi, ed ai lor moti applicabili. Gli attributi degli oggetti delle matematiche non hanno bisogno nè del fatto, nè della forza dell'uomo per essere quel, che la umana ragione colle sole forze gli concepisce. Per persuadersi, che lo stesso debb'essere di certi umani diritti, quali la ragione umana gli dee concepire se non vuol rinunziare a se stessa, basta porre mente agli assurdi, a' quali trarrebbe il contrario sistema: perocchè il dritto, che ogni uomo ha a vivere, non sarebbe diritto se non concependolo distrutto dall'omicidio: il gius del dominio tal non sarebbe se non si concepisce il proprietario derubato dal ladro: e la verità delle cose create verità non sarebbe, se non quando ella venisse immutata dal delitto di falso.

Tutti questi assurdi dimostrano la falsità compléta del sistema del capo della scuola analitica nel concepire le relazioni del penale, e del civile, e de' limiti, che gli debbon dividere.

La falsità di questo sistema discende tutta dall'abuso, che quello scrittore ha fatto d'una riflessione ingegnosa dell'Hobbes sull'ufficio della legge penale. Hobbes distingue nella legge garente della sicurezza due parti: l'una, che proibisce di offendere il dritto altrui, la quale è *distributiva*, e parla a tutti: l'altra, che ingiunge a chi infrange la proibizione una pena, ed è *mandataria*, e parla ai magistrati (1). Bentham fa di queste due parti d'una sola, e medesima legge due leggi separate, e distinte: chiamando la distributiva civile, e la mandataria penale, dando abusivamente così al dritto civile quel che non gli spetta, e togliendolo al penale, che senza proibizioni sarebbe un effetto senza causa, ed un male senza ragione.

La pratica utilità delle deduzioni scientifiche dirette a stabilire la origine razionale delle cognizioni umane relative alle leggi sociali, sarà facilmente sentita se si rifletta, che senza risalire alla indole relativa *del dritto della natura*, e del *dritto politico*, le relazioni del dritto *civile*, e del dritto *penale* non possono essere ben percepite.

Gli umani diritti o dichiarati, o viemeglio assistiti dalla legge

(1) Hobbes *De cive cap. 14* § 7.

civile discendono tutti dal gius di natura, sicchè la legge della città altro non fa che riconoscerli, o meglio chiarirli, o più esattamente definirli, o stabilire il modo, con cui debbano essere senza equivoco esercitati. Questi diritti son tali per se medesimi, nè debbono la entità loro alla legge sociale, la quale, se alcuni nuovi ne crea dal dritto della natura o posti in dubbio, o non conosciuti, o altro non fa che imitarlo, e supplirlo. Il dritto dell'aggregazione politica come persona morale, la quale ha un' esistenza, ed un ordine di stabilimenti, che la costituiscono, sta pur di per se come fatto nascente dai bisogni della umana natura, che il gius della pura ragione in vero non crea, ma non disapprova però, anzi è inclinato ad erigere in dritto in quanto l'aggregazione politica è un mezzo perfezionatore della umana ragione.

Non è dunque da dire, che non vi siano sociali diritti, i quali concepir non si possono senza concepire il delitto, che gli sovverte, e che tutto in legislazione riceva la sua virtù dalla forza.

Il delitto o viola diritti sociali scaturiti da quel di natura, o viola diritti, che il gius di natura sebben non creati da lui non può negare di riconoscere, il delitto è un abuso della forza, cui è necessario colla forza reprimere. Così il dritto penale è un complesso di formule indicative o delle forze che assalgono nel delitto, o delle forze che difendono nelle pene, o del modo, con cui queste seconde forze si spiegano; le quali formule ignote al gius di natura, attesa la propria impotenza, ha invocato il soccorso (1).

Se il dritto civile fosse creazione del dritto penale, o esistesse una relazione di dipendenza dell'uno rispetto all'altro, la dipendenza medesima dal penale dovrebbe verificarsi per il dritto pubblico, e per un vasto complesso di diritti, che l'uomo sente dovere alla sua sola natura. Le relazioni dell'uno, e dell'altro diritto sono eventuali, e di fatto. Queste relazioni sono simili a quello che un uomo onde meglio difender sè e i proprj diritti ha o coll'arme, che porta indosso, o coll'armato, da cui si fa accompagnare. Se egli cammina solo, e senz'arme perchè si creda sicuro non è meno uomo, e non ha minori diritti per questo, sarebbe ridicolo il dire, che il dritto di proprietà sull'immobile nasce dal muro, che lo circonda per meglio difendere i frutti, e che il dritto medesimo sopra un oggetto prezioso deriva dalla cassa forte, nella quale per meglio custodirlo è racchiuso.

La legge civile raggirandosi tutta sul dritto di proprietà, non prende di mira, e non regola tutti i naturali, e sociali interessi degli uomini, e la legge penale mira a difenderli tutti, potendo il delitto muovere a tutti la guerra. Quando pure si volesse ammettere la divisione, che i giureconsulti Romani posero del

(1) L'insigne Bacone avea detto *« jus civile sub tutela juris publici latet »*

dritto civile in pubblico, ed in privato (1), il dritto dello stabilito governo a sussistere come esistenza di fatto necessaria a quella dell'aggregazione politica non vi sarebbe compreso. La legge civile non dà all'uomo il dritto di vivere: non gli dà quello di non ricevere offesa nella libertà, e nella integrità, nella sanità de' suoi organi corporei: e non stabilisce cosa alcuna relativamente al dritto alla buona estimazione del nome. Questi diritti, emanando direttamente dalla natura stessa dell'uomo, e della società, son difesi dalla legge penale, la quale in tutti questi diritti non avrebbe, secondo il concettoso sistema del capo della scuola analitica, un comentario nella legge civile.

La preesistenza di tutte le leggi sociali, o come emanazioni del dritto politico alla legge fu altrove provata. Queste leggi scaturiscono tutte dai più generali dati della umana natura, la quale troppo infelice sarebbe se per sentirsi, e per riconoscersi avesse bisogno di conoscer prima i delitti, e le pene. Ancorchè il problema dovesse restringersi alle sole leggi o declaratrici, o regolatrici del dritto di proprietà, il supporre questo dritto creato dalla legge penale, e pensare, che da questa origine de'due sistemi di legge derivano le loro relazioni, sarebbe lo stesso che dire che il dritto nasce dall'azione dilettuosa che lo sovverte: perciocchè senza quest'azione non è luogo alla pena. Or qual giuridica relazione può essere tra i diritti degli uomini in società, e i fatti, che gli distruggono? Se questa relazione esistesse, converrebbe che ve ne fosse pur una tra il dritto dell'uomo a vivere, e l'azione del fulmine, che lo uccide: tra il suo diritto sulle raccolte del proprio campo, e l'azione della grandine, che lo devasta.

Se il sistema del capo della scuola analitica concede alla legge penale una virtù, che non ha, il secondo sistema accennato quì sopra le toglie troppo, negandole l'attributo di legge, e considerandola come sanzione di tutte.

---

(1) I Romani dettero al dritto civile una estensione maggiore assai di quella che i moderni gli assegnano. Ho dovuto persuadermi leggendo Cicerone e Quintiliano, che allorquando gli oratori Romani parlavano della necessità, che aveva l'arte loro di conoscere il dritto civile intendevano del dritto pubblico della città. Cessato il lor regno, e prevalsa la prerogativa de' giureconsulti, il dritto civile ebbe una più precisa nozione. Quello, che i Romani chiamavano *jus personarum*, può considerarsi in parte privato, e in parte pubblico, sebbene nel loro sistema, e rettamente fosse considerato tutto privato. Ma la famiglia è quasi la unità d'ogni politico computo: è, per così dire, il primo anello del pubblico dritto della città; e d'altro lato il dritto di proprietà non è forse il centro di tutte le combinazioni del dritto politico: non è il palladio della società umana? Se si estendesse troppo il cerchio del dritto pubblico non resterebbe respiro di vita al privato. Era desiderabile, che un insigne scrittore, Haubold *Institutionum jur. Rom. priv. histor. dogmat. lineam. proleg. cap. 1 n. 4* avesse diffusamente illustrata questa materia.

Questo secondo sistema ha tutti i difetti del primo, ma non ne ha l'artifizio: è come il lampo in mezzo alle tenebre della notte, il quale abbaglia un momento, ed accresce la oscurità segno evidente, ch'esso uscì da una scuola più retorica che filosofica.

Non è da confondersi la legge, che dichiara o regola il dritto di proprietà, colla legge, la quale dichiara e proibisce le azioni, che lo sovvertono sulle cose, che ne sono soggetto, creando sanzioni dirette a rendere più efficace, e più valida la proibizione. La prima legge costituisce l'ordine, e la seconda ripara al disordine: la prima regola lo stato di pace tra gli uomini, e la seconda regola lo stato di guerra, che il delitto muove sempre alla società. È necessaria una legge alla pace, come n'è necessaria una alla guerra, ma questa non può dirsi una sanzione di quella, nè si saprebbe comprendere come il dritto della ragione riceva appoggio da quello della necessità, dritto transitorio sempre, e di circostanza.

La sanzione propriamente detta è necessaria alla legge che vieta, o comanda un'azione, che una forte passione umana tenderebbe a fare, o non fare. Il dritto civile non ha proibizioni ne comando di questo scopo, e di questo carattere. Anco negli oggetti, ne'quali questo diritto spiega prerogativa di dritto politico come nella potestà patria, nelle tutele, nelle forme de' testamenti, nelle azioni, e ne' giudizj, la infrazione delle regole, che esso stabilisce, non ha sanzione, se si prescinda dalla nullità degli atti, o dal ristabilimento della eguaglianza patrimoniale, a cui quel dritto provvede o coll'ingiungere una restituzione o col prescrivere la refezione di un danno.

Gli altri due sistemi pur or riferiti falsi non sono ma inesattamente, e incompletamente si esprimono. Essi annunziano in chi gli espose il tatto della pratica ma vago, confuso, e quasi corpo senz'anima.

Se la legge nel suo costituirsi non avesse dovuto provvedere ai bisogni della sua pratica applicazione, il problema non sarebbe stato nè sì complicato nè sì difficile a sciogliersi. La legge penale, e la legge civile sebbene di diversa origine, ed indole, e di scopo diverso nella più gran parte degli oggetti, ai quali provvedono, trovansi a contatto reciproco, e possono far nascere gravi perplessità là dove si tratta d'un danno che nasce dalla distribuzione d'un dritto. In questo punto d'incontro delle due leggi la prerogativa dell'uno può venire a contesa con quella dell'altra, e l'una o l'altra pretendere di esercitare un ufficio, che non le spetta: tanto è vero, che amendue son due diversi legislativi concetti, sicchè in certi provvedimenti necessarj all'ordine, ed alla quiete degli uomini o l'uno inclina a farsi signoreggiatore dell'altro, o è difficile stabilir tra loro una giusta divisione d'impero.

La invenzione della moneta ha fatto sì, che umano interesse non siavi, il quale non possa essere ridotto a contanti: dimodochè la legge civile destinata come la naturale a ristabilire la

eguaglianza patrimoniale tra gli uomini, se da un fatto dell'uomo sia stata alterata, potrebbe credere, che nel privato ordine della città qualunque danno prodotto dal delitto comecchè riparabile per via di denaro fosse, e quanto a conoscere, e quanto a stabilirne la vera misura, e quanto a decretarne la riparazione, di sua competenza, relegando l'ufficio dal dritto penale alla difesa delle sole materie di ordine pubblico della città, la infrazione del quale non ha carattere di danno apprezzabile, e riparabile col denaro.

Questa erronea maniera di considerare le cose tanto è più facile quanto meno per lo stato della civiltà d'un popolo sono apprezzate le più lontane conseguenze, che un danno, sebben nei suoi materiali effetti privato, può produrre nell'ordine pubblico; e fu cagione, che i Romani considerassero come materia del giudizio privato il furto, la rapina, il danno dato, e la ingiuria (1). Il sistema de' Romani relativamente a questi quattro titoli di delitti, valutando in essi la loro *morale* indole, e i loro effetti *civili*, la prima nella viziosità dell'atto, i secondi nel danno patrimoniale arrecato all'offeso (2), mostrarono l'abuso, che lo spirito umano in legislazione può fare della morale, e della giustizia allorchè questi due sistemi di principj preoccupano ogni considerazione, e non ne lasciano alcuna al principio politico. Quel sistema, convertendo la moralità del delitto in contanti a favor dell'offeso, ed introducendo le pene private (3), avvilì la morale riducendo a prezzo la facoltà d'offenderla: sconvolse l'ordine della natura dando alla vita, al

---

(1) Della *nozione* del furto modernamente scrissero l'Erhasd, l'Unterholzner, il Rosshirt, il Kleinschrod, il Van Imhoff: della sua *azione* l'Hasse, e della *condizione furtiva* son note le cose scritte dal Brissonio, dal Lyclemae a Nyeolt, e dal Noodt. Della rapina scrissero Gans, e Savigny: del danno dato secondo la legge Aquilia oltre gli antichi il Frang Schoeman, l'Hasse, l'Hagemeister, il Grolman, il Rosshirt, il Dupont ne' suoi comenti a Gajo, il Vollgraff: della ingiuria il Weber, l'Idgert Eekma, il Rosshirt, il Gans, il Burchard, il Walter, il Kleinschrod. Haubold *Inst. jur. Rom. etc. pag. 404 409.* Ma le origini storiche di questo sistema o in quanto corrispondono al grado di civiltà, in cui i Romani trovaronsi allorchè venne introdotto, o in quanto fosse necessario al restante del loro penale sistema, non sono state ancora sufficientemente illustrate.

(2) Grot. *De jure bell. et pac. lib.* 2 *c.* 17 § 22.

(3) Scrissero di queste pene Chr. Thomasio *Dissert. XX. vol. 1.* Jo. Henric. Bergerius *De usu action. poen. Viteb. 1705.* Jo. Gottlieb Gonne *Diss. de poen. lucro actoris cedentibus Erl. 1747.* Abr. Kaestner *De usu action. in duplum, et quadruplum: Lips. 1736.* Gust. Wilh. Dreyer *Thes. sel. dissert. de jur. Rom. et speciatim action. poen. in Germaniae foris auct. Gott. 1774* e modernamente ne enumerò con esattezza tutte le specie, e ne difese, salve alcune modificazioni, l'uso Carol. Gust. Adolph. Gruner *De poenis Rom. privat., earumque usu hodierno: Lipsiae 1805.* In Toscana è rimasto di queste pene un debole ma ragionato avanzo nel danno dato. *L. 25 agosto 1795.*

dolore, ed all'onore un valor pecuniario (1), e travio la giustizia gettandola in inestricabili tortuosità colle capricciose regole di valutazione stabilite dalla legge Aquilia (2).

Non è perciò una razionale, e necessaria compenetrazione reciproca del penale, e del civile la causa, la quale presso ai Romani tolse a quello, ed a questo concesse la emenda di certi danni, i quali aveano indissimulabile fisonomia di delitti da non confondersi con quelli, che può arrecare il contratto, o altra civile facenda, ma causa ne fu il non aver bene apprezzato quel danno nelle sue relazioni col pubblico ordine.

Quando il danno prodotto dal fatto dell'uomo cade sopra oggetti materiali del *dritto pubblico* della città, quando cadendo sopra materiali oggetti d'*interesse* è tale, che nei suoi effetti immediati non è reparabile col denaro, sebbene ne' suoi più lontani effetti lo sia (3), la materia è *penale*, e la *civile* è invero ad essa connessa, in modo però famulativo, e pedissequo, onde l'azione civile d'entità meramente accessoria all'azione non può prevalerle, e dee restare ad essa rigorosamente subordinata (4).

Questa prerogativa del penale sopra il civile non è tirannica, o irrazionale: ella è nella natura delle cose, e dedotta da questo fonte tra noi ove la legge senza curar la istanza, che l'offeso ne faccia, ingiunge ai magistrati il dovere di condannar l'offensore a indennizzarlo (5): senza obbligare o autorizzare così l'offeso a frastornar la ricerca penale colla sua voce, dando al vero il criterio del proprio dolore, o quello del suo borsale interesse (6). Le sole perplesse, ed intraleiate liquidazioni

---

(1) Il corpo dell'uomo libero era esente da questa tariffa. *Dig. lib. 9 tit. 2 l. 13.* Non mancò chi credesse potersi porre in bilancia e ridurre a peso eguale il dolore, e il denaro. Boecler *Ad Grot. de jure bell. et pac. lib. 11 cap. 1 § 16.*

(2) Nella stima del danno questa legge cedè nel foro il luogo a'più equi principj del dritto canonico, e a quelli del gius delle genti. Thomas. *Diss. larva legis Aquiliae detracta etc. LX. vol.* 2. Papon. *In Arrest lib.* 23. *Arrest. 5 in fin.* Covarruv. *Var. resol. lib. 3. cap. 3.* Stryk. *Usus mod. Pandect. lib. 9 tit.* 2 § 3. Math. *De criminib. ad lib. 47.* Dig. *tit. 3 cap. 3 n. 4* un solo verso del quale è sempre da preferirsi ai volumi degli altri scrittori.

(3) Come nell'omicidio, nella mutilazione, nella ferita ec.

(4) Non vi ha contesa di prerogativa tra le due leggi nel loro costituirsi nella mente legislativa, come non ve ne può essere tra due cose *necessarie* egualmente. Il sig. Meyer *Esprit, origine, et progrès des institutions judiciaires etc.* nella introduzione *pag.* 28 dichiara la legislazione *penale* d'importanza minore della *civile*, e a *pag.* 29 scrive, che la prima merita nel pensiero del legislatore un posto più distinto della civile, e della commerciale. *Modo vir modo foemina Scython.*

(5) Cod. Leop. *art.* 112 il quale ha composte tutte le dispute, che innanzi dividevano i pratici in questa materia. Roland. a Valle *Cons. 30 n. 15 17 lib.* 2. Surd. *Cons.* 266 *n. 18 lib.* 2. Farinacc. *Prax. crim. quaest. 1 n. 67.* Scannarol. *De visit. carc. lib.* 2 *c. 14 n 55.*

(6) Incontrasi in un'opera in molti riguardi encomiabile l'asserzione, che *in teoria per l'offeso non vi può essere differenza tra la legge ci-*

del danno, comecchè tratterebbero per la lor retta decisione soverchiamente il corso della giustizia penale, e la implicherebbero ne' metodi di verificazione della civile, debbono essere al privato giudizio rimesse (1).

Allorchè il danno proveniente dal fatto dell'uomo cade sopra oggetti del dritto privato, i quali o tolti, o distrutti, o depreziati ammettono riparazione civile, vale a dire, patrimoniale o in natura, o in denaro, come avviene su tutti quelli, che sono soggetto del dritto di proprietà, le prerogative del penale, e del civile posson trovarsi a nuovo contrasto tra loro.

Tranne il caso di distruzione dell'oggetto senza che esca dal possesso del proprietario, lo che avviene nell'incendio, nella cagionata ruina, nella incisione degli alberi fruttiferi, nel danno dato, allorchè il materiale del delitto consiste nel trasporto di cosa mobile da luogo a luogo senza violenza fisica o alla persona, o a' mezzi di custodia posti dal proprietario attorno alla cosa medesima, esso presenta un risultato analogo a quel del contratto, ancorchè sia stato l'effetto di frode singolare, e di raffinata malizia per la parte del sottrattore. Allora il delitto quando non si tratti o di furto o di falso *reale*, o *scritto* diverso assai dal *verbale*, può restare adombrato dal contratto, e può lasciare in gravi perplessità se il danno, che esso ha prodotto, debba avere emenda o con espedienti penali, o con espedienti, meramente civili (2).

Lo stesso può dirsi relativamente alle cose di altrui proprietà, che all'uomo avido riuscì di ottenere dal proprietario con violenza morale, vale a dire con incussione di timore. Le leggi calcolando le scosse, che esso produce nell'animo dall'imo al sommo o non reputano dall'atto interamente rimosso il con-

---

vile, o la penale. Meyer *Esprit, origine, et progrès des institutions judiciaires lib. 8 chap. 18.* Parlando del metodo giudiziario, e dell'ammissione d'una *parte civile* dimostrerò, che la teoria non è tanto inflessibile, e che le nostre leggi Toscane più d'ogni altra legge camminarono sulla sua scorta. Il Sig. Meyer avrebbe potuto citare in appoggio della sua asserzione la *L. ult. d. de injuriis;* ma questa legge ammette nell'offeso il dritto d'agire civilmente all'oggetto di non dichiararlo obbligato a sottomettersi alle conseguenze della subscrizione *in crimen.*

(1) Cod. Leop. *art.* 112. *L'art.* 113 ha sciolto con saviezza il quasi inestricabil problema, che spesso presenta la prova insufficiente alla condanna penale, e sufficiente alla civile: del che va persuaso il Nani *Osservazioni alla nuova legislaz. criminale Toscana pag. 145,* sebben possa eccitar la nausea di coloro, che reputano doversi attingere l'assoluto valor delle prove *dal pozzo della umana coscienza.* Il Marchese di Condorcet non fa alcuna osservazione di rilievo a quegli articoli.

(2) Meriterebbe una esposizione diffusa il sistema de' Romani giureconsulti sul dolo emendabile nel giudizio civile, e sull'emendabile nel criminale giudizio. Questo loro sistema, sebbene abbia le principali sue basi nel Dig. *Lib. 4 tit. 3 lib. 47 tit.* 20 e in molte leggi del *tit. 3. lib. 47,* pure si trova sparso in mole altre parti di quella collezione, che niun ha fin qui presa cura di raccogliere, e coordinare.

senso (1), o concendono un' azione proponibile nel giudizio civile per la emenda del danno (2), o fanno intervenire il giudizio penale (3).

Lo stato medesimo di contatto reciproco tra il penale, e il civile si scorge ne' danni prodotti da colpa, ne' quali la relativa lor gravità materiale come nell'omicidio o nella ferita determina anco per la levissima la competenza del giudizio penale (4), o il loro morale carattere obbliga ad abbandonare la leve al civile giudizio (5).

Se si volesse tentare di stabilire un criterio da servir di guida onde trarre con sicurezza la linea, che in ogni possibile caso di danno dee dividere l'ufficio della legge penale, e della legge civile, potrebbe dirsi, che il primo dee sempre prevalere al secondo quando il danno o è irreparabile, o, essendo reparabile, la umana prudenza non è per sè sola sufficiente a evitarlo, o impedirlo sicchè alla sicurezza sociale importi più tenerlo lontano che ripararlo avvenuto che sia, mentre il secondo è destinato a ristabilir la eguaglianza tra gli uomini provvedendo alla più giusta e rigorosa riparazione che possibile sia dei danni, avvenuti di già, i quali o per il loro materiale, o per il loro morale carattere la legge penale non ha dovuto ingerirsi di tener lontani o perchè prodotti da cause morali condonabili alla umana mediocrità, o perchè dalla privata prudenza evitabili.

Gli errori di sistema o impercettibili, o capaci d'illudere nelle generali formule d'una scienza sono a così dire sorprese *in flagranti* dalle sue pratiche conclusioni. Se il civile nient'altro fosse se non un comentario del penale, questo costituirebbe il dritto *ordinario* degli uomini, e la cosa è stata da lungo tempo diversamente decisa (6). Se il dritto civile e non il pe-

---

(1) Dig. *Lib. 4 tit. 2 l. 5 6 7.*

(2) Dig. *Lib. 4 tit. 2 l. 1.*

(3) Dig. *Lib. 47 tit. 13 l. 1* 2. A che attribuire la usura, che Cicerone da buon *moralista* parificava all'omicidio, *De officiis lib. 2 cap. 4*, alle cause sempre fatali al dritto di proprietà

« *Insidiaeque, et vis, et amor sceleratus habendi?*

Non sono da disprezzarsi le osservazioni, che a questo proposito ha scritte il Marchese di Condorcet all'art. 84 del Cod. Leop. il quale spiega un odio esemplare contro questo delitto. Il filosofo s'incontrò, forse senza saperlo, col giureconsulto Baldo, il quale assai prima del Filangieri nel suo comento alla *L. improbum Cod. ex quib. caus. infamia irrog.* sostenne dovere aver l'usura emenda nel giudizio civile. E da vedersi J. Mullier *Diss. ratio et historia odii, quo foenus habitum est. Gottingae* 1822.

(4) Poggi *Osservazioni MS. al Paoletti Inst. crim. theorico-pract. lib. 3 tit. 9 § 4. Elem. jurispr. crim. lib. 3 c. 3 § 7.*

(5) Math. *De criminib. ad lib. 47 48.* Dig. *lib. 48 tit. 5 cap. 6 n. 4* Cod. Leop. *art. 86.*

(6) Dig. *Lib. 47 tit. 1 l. 1.*

nale è il dritto ordinario, conviene, che le leggi estendano quando è possibile il cerchio, e la influenza del primo, e restringano in angusti limiti la prerogativa, che il secondo colla forza, che lo accompagna, è sempre disposto ad estendere.

L'orgoglio umano, il quale negli animi più retti, e più giusti perde facilmente la coscienza di se medesimo, è facilmente proclive a rinnuovar la favola di colui, che chiamava Ercole ad ammazzargli un insetto molesto colla sua clava. La legge considera nell'immobile il possesso come cosa dal dominio distinta: finzione ignota al dritto della natura, e di creazione interamente politica nell'ottimo intento o di diminuire i litigj, o di renderli più regolari, o di supplire col lasso del tempo a quel che manca alla certezza del dritto (1). Il dritto di proprietà è nel cuore umano forse il più puntiglioso d'ogni altro, ma quando nel tatto dell'immobile altrui non concorre nè violenza pubblica o armata, o disarmata, nè violenza privata contro le persone e le cose, considerate come mezzi di migliore custodia, l'uffizio del dritto penale si renderebbe ridicolo se volesse torre il *noli me tangere* al pennello, che sì ben lo dipinse (2). Gli antichi statuti d'Italia, i quali contro al *danno dato* nelle campagne introdussero un'azione *mista* di civile, e penale, sperimentabile nel civile giudizio, espressero un ingegnoso concetto e sciolsero il problema in una delle più perplesse sue parti (3).

---

(1) Tra le arditezze del Lampredi nel farsi censore perpetuo dei giureconsulti Romani non è la minore aver asserito, che essi non avessero chiare idee del possesso, e che non ne sapessero neppur porre una conveniente definizione irridendo la Glossa alla *L. 38 § 7 dig. de verb. oblig.* ove dice « *possessio, quam etiam peritissimi definire non sunt ausi* » *Jur. pub. univ. Theor. part. 1 cap. 9 § 5.* Tutti conoscono il dotto ed ingegnoso sistema del celebre sig. Savigny sul possesso secondo i giureconsulti Romani. Se il Lampredi avesse letto quell'egregio lavoro o doveva ricredersi, o dovea trovarci un sistema scientifico, che un ingegno moderno prestava agli antichi, spingendo lo scetticismo fino al segno di negare, che il possesso, più cosa di fatto che di diritto, possa ridursi a sistema. Certo è, che alcune opinioni del sig. Savigny si scorgono incompatibili colle dotte cose scritte in un'opera, che egli sembra non aver conosciuta. Francisci Mazzei *De legitimo actionis spolii usu Commentarius. Romae 1775.*

(2) I pratici Toscani giudiziosamente consigliano in materia di *turbato possesso*, o di *remozioni di termini* a tenersi piuttosto al civile giudizio, che al criminale, ed è invalsa la regola, che, istituito il primo, non sia lecito convolare al secondo. Paoletti *Instit. crimin. theorico-pract. lib. 6 tit. 5.* Poggi *Elem. jurispr. crim. lib. 4 cap. 11* § 122. Queste regole, e questi consigli diverrebbero inutili se la legge tagliasse il nodo Gordiano e deferisse tutta questa materia al civile giudizio. Ma la opinione di Sabino, il quale ammetteva, che il furto potesse cader sull'immobile col lato senso della parola *contrectatio*, può sotto forme diverse presentarsi facilmente alla mente degli uomini.

(3) Fu altrove osservato che la pena privata del duplo, e del quadruplo conviene al danno dato. In questo delitto ella è un metodo abbreviativo di liquidazione di danni, e interessi, e lo è nonostantochè il

Gli antichi sentirono la dignità dell'uomo nel cittadino (1), ma non conobbero il punto d'onore sì facile ad esagerarsi nel cuore umano. Se negli umani diritti il *privato* equivalesse sempre al *civile* non ve ne sarebbe un più privato di quello, che ha l'individuo a conservare non vilipeso il suo onore: al che deesi attribuire il savio temperamento del legislatore Toscano, il quale, se ingiunse al giudice della pena di condannare alla refazione del danno patrimoniale anco senza la domanda del leso, prescrisse la necessità di questa domanda quando si fosse trattato della riparazione del danno, arrecato all'onore, colla *palinodia* (2). Ai Decemviri rimproverati di crudeltà, e d'ingiustizia nelle leggi civili non che nelle penali (3), si dee la esorbitanza del capitale supplizio al compila-

---

duplo sia pel danno arrecato di giorno, e il quadruplo per quello arrecato di notte. Il sistema della nostra legge del 25 agosto 1793 non è abbastanza encomiabile. Il Cav. Filangieri scrisse forse di questo delitto in un momento di cattiva digestione, essendosene in mente formata una specie di spauracchio, il quale colpì anco la immaginazione del Nani nelle sue osservazioni al Codice Leopoldino, e nelle sue note ad Antonio Matheo. Filangieri *Scienza della legislazione part. 4. lib. 3. cap. 34.* La nostra legge ha preveduti i soli danni dati nella campagna, ed ha rilasciati tutti gli altri alla legge Aquilia, onde non è impossibile di veder invocata la legge penale per la emenda del danno nella uccisione d'un *cane* al suo signor prediletto, poichè l'azione della legge Aquilia è nell'alternativa o del giudizio civile, o del giudizio penale. Math. *ad lib. 47. Dig. tit. 3 cap. 1 n. 1.* La macchia su vestito di tela d'argento con inchiostro gittatovi con schizzetto, di che narra l'Ammirato *Soar. L. 26.* soggiacerebbe al medesimo dritto. Quanto sia difficile in questa materia tener bene in man la bilancia, è provato dal vedersi, che alcune leggi rimandano al giudizio civile il danno delle ferite comecchè pecuniariamente multate. Math. *loc. cit. cap. 4. n. 3.* Non parlo del colombicidio, il quale non troverebbe via se dovesse andare al giudizio civile, non volendo io nè potendo entrare nelle dotte dispute riferite su questo delitto dal *Giornale Agrario Toscano vol. 9. Trim. 1 pag.* 132.

« *Non nostrum inter vos tantas componere lites.*

Il Nani, e il Marchese di Condorcet lasciano senza osservazioni l'articolo 92 del Cod. Leop.

(1) Niuno la dipinse sì al vivo come Cicerone nella sua orazione *pro domo sua ad Pontifices.*

(2) Cod. Leop. *art. 75.* Il Nani niente dice su questo articolo, e il Marchese di Condorcet comentandolo, e riportandosi all'*art. 66* confonde colla calunnia il libello famoso, giudicando del valor giuridico delle parole in Toscana con quello, che esse aveano nel suo paese. Muyart de Vouglans *Les loix crimin. de France etc. liv. 3 tit. 3 § 4 art. 2.*

(3) Alle autorità sullo squarto del debitore insolvente allegate dal Gibbon *History of the decline, and fall of the Rom. Emp. chapt. 44 not. 178:* ai ragionamenti del Vico adottati dal Duni, e a quanto io dedussi dagli usi se non simili, analoghi almeno delle età barbare *Lettera sulla interpetrazione d'un verso di Dante pag. 32 ediz. II.* l'egregio mio amico, e dottissimo Professore Holtius ha aggiunta l'autorità di Dione Cassio tratta dall'*excepta* di antichi scrittori publb. dall'Ab. Maj. Adr. Cath. Holtius *Histor. juris Rom. lineamenta etc. pag. 67 not. 6 Leodii 1830.*

tore del libello famoso (1) e la inesplicabile contradizione d'avere stimata a contanti la ingiuria (2). Fra questi due estremi dee sciogliersi la legge, divenendo tutta penale nell'uno, e tutta civile nell'altro (3).

Gli oggetti, su i quali è caduto il delitto, possono avere, o non avere una qualità dal solo dritto civile determinabile, la quale influisca o nel dare all'azione, che danneggiò, carattere di delitto, o sivvero quello d'una sua circostanza aggravante, lo che può avvenire nel furto, il quale tra consanguinei in certo grado non ammette l'accusa: ne' parricidj, e ne' delitti contro l'ordine delle famiglie in quanto riposa sul rispetto alle leggi del matrimonio. In questi casi la cognizione civile della *qualità* anzichè spettare per ragione di connessione al penale dovrebbe formarle pregiudizio, ed essere esaurita nel giudizio civile (4); sebbene il contrario metodo non meriti la taccia nè d'irrazionale, nè d'impolitico.

La distinzione de' delitti in *privati*, ed in *pubblici*, creduta da alcuni inutile (5), trovasi come soggetto di disputa nell'al-

(1) Gibbon *History of the decline, and fall of the Rom. Emp. chapt. 44 not. 177.* Un curioso soggetto di storia del gius Romano sarebber le leggi sul libello famoso dai Decemviri fino agl'imperatori Valentiniano, e Valente, i quali con una imperdonabile improvisa transazione dal libello all'accusa, dal delitto a un atto legittimo nel solo scopo di dar coraggio ai delatori produssero una strana confusione d'idee. Con qual dritto Triboniano *Dig. lib. 47 tit. 10* in materie nella massima parte spettanti all'editto mischiò il libello famoso, il quale in quel titolo sembra altro non avere se non l'onore della menzione nella rubrica? Sotto gl'Imperatori questo delitto sembra essere stato non uno scritto qualunque diretto ad objettare ad alcuno un delitto ingerente infamia, ma un proprio e vero *libello d'accusa* senza la firma dell'accusatore o da lui o da altri propalato, lo che ha fatte nascere tra i pratici le questioni se il delitto richieda per suo sostanziale *l'anonimo*. Carpzov. *Prax. crim. quaest. 98 n. 24.* Boehmer. *obs. 3.* Paoletti *lib. 5 tit. 1.* Poggi *lib. 5 c. 7 § 51.* Onde l'emblema di Triboniano, il quale congiunse alla ingiuria il libello, fu causa di tutti gli errori.

(2) Gibbon *History of the decline, and fall of the Com Emp. chapt. 44 not. 170.*

(3) Il detto del GC. Paolo nella *L. 2 § 4 tit. 6 lib. 37.* Dig. che l'azione delle ingiurie « *Magis vindictae quam pecuniae habet persecutionem* » o è inammissibile in una buona legislazione penale se non si voglia concedere al Bentham una *riparazione vendicativa*, *Traités de legisl. civ. et crim. vol. 2 pag. 339*, o pecca di esattezza. Il Cujacio, che altrimenti pensò è debolmente confutato dal Gotofredo *Coment. ad Cod. Theod. lib. 9 tit. 20 l. unica.* L'azione *estimatoria* nelle ingiurie è stata dottamente illustrata da Ant. Math. *De criminib. ad lib. 47 Dig. tit. 4 cap. 3*, nè il giuramento nel civile giudizio sembra disdicevole a quest'azione. Molte altre obbligazioni nascenti da illeciti fatti, e reclamabili nel giudizio civile conosceva il dritto Romano, alcune delle quali sono indicate da Haubold *Inst. jur. Rom. priv. histor. dogm. lineam. lib. 3 sect. 3 § 805.*

(4) Delle questioni pregiudiziali dottamente parlò Giusto Henningio Boehmer. *Exercit. ad lib. 44. Pandet. tit. 1*, e ne dette un cenno l'autore dell'opera *Elements de la proced. crim. vol. 1 pag. 158 in not.*

(5) Car. Theoph. Graun *De supervacua delictorum divisione in pu-*

ternativa di appartenere o alle relazioni del *penale*, e del *civile*, o alle regole del metodo giudiziario. Non si tratta qui della distinzione agli effetti della *pena*, già riprovata nell'ordine privato, ma se ne tratta agli effetti dell'*azione* sebbene diretta a risvegliare la questione penale onde considerarla e quanto alla sua iniziativa, e al suo pieno successivo esercizio fino alla sentenza, e dopo governabile dal solo voler dell'offeso.

Sebbene possa a prima vista sembrare, che l'ammettere il delitto punibile per l'azione tutta a grado del privato individuo o avvilisca la maestà della legge penale, o presenti un poco conciliabil miscuglio di pubblico, e di privato diritto, pure se si rifletta che, la pena tra i suoi politici oggetti può aver quello d'esser remora al danno, che non eccede o la persona, o il patrimonio del danneggiato senza interessare altri al suo caso: se si osservi, che in questa ipotesi il voto implorativo del dritto della natura ad avere una più efficace, e più valida guaretigia contro le sue infrazioni possibili dal dritto politico nella pena ha un sufficiente interpetre, ed un giudice competente nell'offeso, il quale meglio di ogni altro può giudicare del vero demerito del suo offensore come del merito del danno ad esso arrecato: se si consideri, che la gistizia penale può facilmente avvilirsi nella opinione degli uomini per la frequenza soverchia de' proprj atti, non parrà nè alla politica, nè alla ragione contrario il sistema di quelle leggi, le quali, come la Toscana, ammettono in certi delitti la sola querela dell'offeso, considerando quasi porzione del privato suo patrimonio il dritto di scegliere tra l'accusa, ed il patto, che la perime (1). Nel solo caso, in cui la privata querela abbia fatto nascere la sentenza, sarebbe indecoroso alla maestà della legge che la sua penale pronunzia in quell'atto divenisse soggetto di mercato o di traffico tra l'offensore, e l'offeso, o che questi apparisse investito del dritto di esercitar col perdono una prerogativa, che al solo sovrano appartiene (2).

---

blica, et privata moribus nostris. Jenae 1756. L'autore di questa dotta dissertazione si è lasciato soverchiamente preoccupare dalle idee dell'inquisitorio processo.

(1) Cod. Leop. *art. 3.* Il Nani nelle sue osservazioni a quell'articolo, desiderando, che l'adulterio sia perseguitabile con pubblica azione quando ne esistono prove *chiare, ad incontestabili*, al che egli attribuisce, la sua qualità di *notorio*, mostra una gran povertà nella pratica. Anco in Toscana l'adulterio *notorio* è perseguitabile con pubblica azione, ma tutto stà nel formarsi la nozione che conviene dell'adulterio *notorio*. Paoletti *Inst. crim. theoric. pract. lib. 6 tit. 1.* Il Marchese di Condorcet, afferrando il vero spirito dell'articolo, va nell'eccesso contrario, e vorrebbe che anco il furto semplice avesse azione privata. Tribonjano tolse dalla *L. unica lib. 9. tit. 20. cod. Theodos.* le parole « *eu n una excepta sit causa de moribus* » relative all'adulterio, su di che è da vedersi Gothofr. *Ad Cod. Teoc. v. 3. p. 177.*

(2) La legge Toscana fissa questa regola quanto allo stupro non accompagnato da violenza. Cod. Leop. *art. 98 l. 30* Agosto *1795 art. 6.* ma la regola sembra doversi estendere ad ogni privato delitto.

§. II.

Storia della legislazione penale.

Una nuova partizione de' generi, ne' quali può la storia dividersi, nata dall' effrenatezza delle pretensioni ideologiche de' dì nostri, la distingue in *congetturale* qual è l' antica, in *critica* qual è quella del medio evo, e in *completa* qual è quella degli avvenimenti a noi contemporanei. Questa partizione ha il difetto d' esser desunta da dati, i quali non differiscon tra loro: non potendovi essere congetture, le quali criticamente suppliscano a quanto in una ricerca di fatto può esservi d'incompleto quanto alla prova diretta.

Sebbene riesca sommamente difficile alla ragione di confutar le creazioni della fantasìa, tra le quali conviene annoverare quella distinzione della storia, pure non è difficile a concepire, che il criterio non si oppone al congetturale, nè il completo al congetturale, ed al criterio. Quando si tratta di fatti o antichi, o moderni bensì ma non avvenuti sotto gli occhi di chi gli scrive, o gli legge, la lor fede storica senza distinzione di tempo può essere egualmente congetturale, critica, e completa. Che se si tratta delle cause de' fatti non vi è avvenimento, per quanto a noi vicino si possa supporre, il quale non abbia la sua storia o critica, o congetturale o completa, o incompleta.

Le congetture, e la critica son necessarie per rendere non che completa, degna d' esser letta qualunque sorta d' istoria, e tanto più le congetture, e la critica son necessarie quanto più l' oggetto, pel quale e scritta la storia, s' innalza sopra le ordinarie cause degli avvenimenti umani.

Così la storia della legislazione è la più difficile, la più bisognosa di critica, e la più congetturale d' ogni altra, nè può per questo perdere la speranza di divenire completa quanto altra mai.

La storia della legislazione penale può dividersi in due grandi rami.

O ella considera l' origine, il progresso, e il definitivo stabilimento dei sistemi della sicurezza sociale nelle grandi fasi della umana sociabilità, ed ella assume il nome d'istoria *politica* della criminale legislazione.

O ella considera la influenza, che sulla perfezione de' sistemi della sicurezza sociale possono avere esercitata i progressi dello spirito umano, e lo stato delle sue cognizioni nell' applicazione loro al miglioramento di que' sistemi, ed ella assume il nome di *filosofico-letteraria*.

La storia politica della legislazione criminale non è un arido, e disgustoso novero delle pene, le quali si distinsero per la loro maggiore, o minor crudeltà ne' codici delle nazioni antiche, e moderne (1). Questo modo di scriver la storia quanto sarebbe istruttivo per un carnefice, altrettanto sarebbe disdicevole a un uomo filosofo. La storia della legislazione criminale, così intitolata, per il punto il più discernibile dei sistemi della sicurezza sociale, dovrebbe essere scritta coll'oggetto di rintracciare nelle istituzioni politiche, amministrative, e civili de' popoli la connessione, che esiste tra esse, e il loro sistema penale, onde mostrarci se o la severità o la dolcezza delle punizioni sia il sintoma della loro bontà.

La storia presenta tre grandi, e segnalabili epoche, nelle quali le pene afflittive di corpo non ebbero parte alcuna ne' sistemi della sicurezza sociale.

Queste pene furono affatto sbandite dalla Romana repubblica per opera delle Valerie, e Porcie (2), ed è uno storico paradosso l'immaginare, che a quell'epoca una pena, di cui niente può la ferocia del dispotismo inventare di più contrario alla dignità dell'uomo, e del cittadino, fosse chiamata al rimedio dei mali, che la dolcezza eccessiva di quelle leggi poteva produrre per mezzo d'una finzione, la quale avrebbe posta in aperta contradizione le leggi tra loro (3).

---

(1) Il Cremani *De varia jurisprud. crimin. apud divers. gentes.* Renazzi *Diatriba de ord. et forma jur. crim.* considerarono la storia del dritto criminale, come la esposizione de' diversi usi de' popoli nel punire, e nel giudicare. La storia promessa dal Bexon *Cod. de la sureté pub. et privée Introd.* non è mai, ch'io sappia, comparsa alla luce.

(2) Delle leggi Porcie narrano Liv *lib. 10 c. 9,* Sallust. *De bello Cat. cap. 51.* Cicer. *in Verr. cap. 3 4.* Lo stesso Cicer. *De repub. lib.* 2 § 31 rammenta tre Porcii, circostanza ignota alla storia prima del ritrovamento di quel suo libro. Della legge Valeria parlano Dion. *lib. 5 c. 2.* Liv. *lib.* 2 *c. 1.*

(3) Per la legge Valeria il delitto non aveva altra pena, che il rimprovero d'averlo commesso *« nihil ultra quam improbe factum »*. La interdizione dell'acqua, e del fuoco, venuta a rinforzo della sanzione del pudore, toglieva in un modo indiretto la qualità di cittadino al colpevole, perchè l'obbligava a spogliarsene da se stesso. Cicer. *Pro Caec. c. 13.* Midleton *Life of Cicero vol.* 2 *p. 104.* E ciò non ostante, secondo la bizzarra opinione del Noodt *Probabil. jur. civ. lib. 3. c.* 12, la legge per emedare i tristi effetti della eccessiva dolcezza delle leggi Porcie, e Valerie avrebbe, mentre Cicerone parlava nel foro di Roma della inviolabile prerogativa del cittadino, inventata per certi delitti la servitù della pena, e il cittadino sarebbe stato consegnato *« in manum carnificis velut actoris poenae »* ond'essere legalmente scannato. Silla non ebbe bisogno di fingere per ispiegare, sebbene di delitti coperto, il suo odio contro i delitti, e la sua legge contro gli omicidj ritenne la interdizione dell'acqua, e del fuoco. H. M. Vockestaert *Dissert. hist. jurid. de L. Cornelio sul legislatore Lugd. Bat. 1816 p. 139.* Se le istituzioni della repubblica avessero avuta la finzione della servitù della pena per legalmente uccidere il delinquente, Augusto non avrebbe avuto bisogno di esasperare la interdizione dell'acqua, e del fuoco so-

In mezzo alle barbarie della età di mezzo le pene afflittive di corpo, severe, ed atroci nell' ordine politico, divennero nulle nell' ordine civile per il principio della redimibilità loro a denaro, onde in quell' epoca avrebbe lo storico della legislazione penale un interessante problema da sciogliere, indagando le cause dell' apparente contradizione, nella quale si posero i sistemi della sicurezza sociale, reputando la severità de' gastighi valido appoggio del potere politico, e non apprezzandola nell'ordine civile, senza del quale il potere politico, qualunque sia la sua personal presunzione, resta solo come Eolo nella sala dei venti (1).

Finalmente le pene afflittive di corpo furon balzate dal trono, sul quale l' avean collocate i politici pregiudizj d' una più dotta età, ed il nuovo credito, in cui era venuto il dritto imperiale de' Romani, per opera del Toscano Granduca Leopoldo I, che le proclamò inventate dal dispotismo, dalla ignoranza, e dalla barbarie, e alla umanità, e alla giustizia contrarie (2).

Il confronto storico di queste tre epoche segnalabili oltre a stabilire con esattezza il distintivo carattere dell'antica civiltà, e della moderna, potrebbe colla sola forza de' fatti, certamente più poderosa di quella de' principj, dare alla penale legislazione qualunque sia la forma del poter politico nella città, il suo vero criterio. Resterebbe forse da questa intrapresa ridotto al suo vero valore il filosofico pregiudizio, che la legislazione penale deve avere un carattere, il quale si adatti a quello del popolo, pel quale ella è fatta, e debb' essere come un abito tagliato al dorso di chi dee portarlo; pregiudizio, che il Cavalier Filangieri non ha poco contribuito a confermare, illudendo le menti con una gran suppellettile di storica erudizione, di cui poteva farsi più utile uso (3).

Più ardua della storia de' sistemi legislativi, che ai delitti, e alle pene si riferiscono, è quella del criminale processo, co-

---

stituendovi la deportazione. Dionis. *Histor. lib. 65 p. 587.* Gli esempj della pene di morte irrogata ai rei anco in tempo, in cui erano in vigore le leggi Porcie, e Valerie, su i quali si appoggia il Cremani *De jur. crim. lib. 1 part. 2 cap. 8 § 6* si rifescono a circostanze, nelle quali era stata temporariamente sospesa l' azione di quelle leggi, o a esecuzioni militari, secondochè ho già osservato altrove, ed anzi escludono la finzione, che Noodt immagina, se si osserva, che contro simili esecuzioni fu dai Tribuni della plebe protestato sempre. Non mi sembrano ammissibili le cose, che per illuminar questo punto di storia ha scritte modernamente sulle tracce del Schweppe, e del Trummer l' egregio Birnbaum *Oratio de pecul. aet. nostr. studio jus crim. ref. pag. 149.*

(1) Questa contradizione delle leggi della sicurezza sociale nel medio evo non è avvertita nè da Robertson *History of the Reign of Charl. V in introd.* nè dal dotto Hallam *The Europe in the midle age.* Le vicende dell'alta politica hanno sempre assorbite le menti al confronto di quelle della umana sociabilità.

(2) *Governo della Toscana sotto il regno del Re Leop. II. pag. 11.*

(3) *Scienza della legislazione lib. 3 part. 2 cap. 35,*

mecchè la sua forma abbia, come fu osservato qui sopra una relazione strettissima colle diverse combinazioni del potere politico nella città; e se i primi possono per i calcoli della ragione, combinati con quelli della osservazione, e della esperienza, assumere un carattere di uniformità, e di costanza da una estremità della terra all'altra il processo criminale dee necessariamente variare colla diversa costituzione degli stati.

Sebbene la teoria possa ridurre il metodo giudiziario alla indeclinabile alternativa o dell'*accusa*, o della *ricerca*, o della *sintesi*, o dell'*analisi*, e che tutte le questione relative alla separazione, o alla riunione delle due questioni del *fatto*, e del *dritto*: alla istruzione *orale*, o *scritta*, *pubblica*, o *non pubblica*, senza essere però *segreta*: alla discussione ed alla credibilità della *prova*, siccome al diverso *modo di sentenziare*, con quelle due indeclinabili forme si ricongiungano, questa alternativa, oltre al non essere stata mai stabilita con esattezza (1), non servì di guida nè in alcun luogo, nè in alcun tempo alla legge nello stabilire il modo di giudicar de' delitti, e dei delinquenti, ma tutta questa materia, forse più della penale, fu il natural risultato o delle gelosie reciproche tra più ordini della città, che l'un contro l'altro si disputarono la sovranità, o del timore, e della diffidenza, colla quale i governi assoluti non guidati dalla giustizia o nelle mani di molti, o in quelle di un solo, hanno sempre regolate le cose per guisa onde avere nel metodo giudiziario un ordigno facile, e pronto ad opprimere chi lor non gradiva (2).

Le ispezioni di dritto, di critica, di equità, di giustizia, di politica nella costituzione del metodo giudiciario penale nelle sue differenze, o nelle sue analogie nel metodo giudiciario civile son tali, e tante (comunque a chi colloca ogni criterio giuridico nella coscienza possa altrimenti sembrare) che una storia di questo metodo, quale lo spirito umano dovrebbe desiderarla, è forse impossibile a farsi.

La diversa indole della libertà politica, e della libertà civile domina essenzialmente le forme del criminale processo.

Se la prima, onde solidamente costituirsi, dipende dal con-

---

(1) Un modernissimo scrittore sul Jury presuppone, che la origine di questa istituzione sia meramente istorica, e che non appartenga alla teoria scientifica del poter giudiciario, la quale opinione lo ha fatto incorrere in non pochi errori allorchè si è accinto a discutere la indole, e il grado delle guarentigie, che le forme di questo metodo giudiciario posson fornire. Henrici Cock *Commentatio de judicio juratorum Lugd. Bat.* 1821. Uno de' principali oggetti di questo mio scritto è quello di provare che il Jury ha la sua deduzione razionale, e scientifica, come l'ha il processo criminale stabilito in Toscana dal Gran-Duca Leopoldo I.

(2) La imperatrice Teodora suggerì a Giustiniano eccellenti regole di giudiciario criterio per meglio, e più prestamente disfarsi de' *verdi*, contro ai quali ell'erasi dichiarata nelle celebri fazioni del Circo. Il solo colore in caso di accusa formava presunzioni di delitto. Gibbon *History of the Rom. Empire chapt. 44.*

fitto delle forze, che in una loro combinazione piuttostocchè in altra la somministrano, anzicchè da' calcoli dell' umano intelletto (1); e se la seconda può essere il risultato di scientifici calcoli in qualunque siasi forma di governo, sembra evidente che un metodo giudiziario debba esservi, le forme del quale siano destinate a dar guarentigie meramente *politiche*, e un metodo giudiciario diverso, il quale, fondato sulla logica, e dialettica indole di qualunque umana ricerca, fornisca le guarentigie *giuridiche*, che la scienza applicata agli oggetti della giustizia può dare.

La storia della legislazione criminale dovrebbe essere istituita in questo critico, e decisivo punto di vista, e passo a passo seguendo le vicende storiche della politica, e della civil libertà presso le antiche nazioni, nella età di mezzo, dal seno della quale presero origine tutte le istituzioni delle moderne, e quindi ne' tempi a noi più vicini indagare come il metodo giudiziario divenne il segnale o dell'una, o dell'altro, e fino a qual grado.

Lo scrittore toscano particolarmente in questo grande intervallo di tempi, o in questi non meno grandi cambiamenti di cose avrebbe nel processo stabilito dal Gran-Duca Pietro Leopoldo I. tra noi un modello, il quale fornisce tutte le guarentigie giuridiche, che la scienza applicata agli oggetti del dritto può dare (2), non menochè un monumento storico da confrontare con quelli, che in questa materia nacquero tra i conflitti per la politica libertà o in mezzo ai popoli antichi, o in mezzo ai moderni.

La storia antica ha in vero non molti materiali da fornire in questa ricerca. L'andar rintracciando nelle legislazioni degli antichi popoli dell'Oriente, creduti maestri dell'Occidente nelle arti della vita civile, i loro metodi o punitivi, o giudiciarj sarebbe lo stesso che attingere queste notizie medesime dal moder-

---

(1) Priestley, e il suo traduttore Cantwel osservano esser riuscite inutili tutte le costituzioni specolativamente fabbricate da uomini sebben dottissimi co' loro scritti, e non avere avuta vita se non quelle che nacquero da transazioni tra più poteri di fatto tra loro rivali. *Discours sur l'histoire, et la politique vol. 2 disc. 39.* Coincide con questa opinione quella dell' insigne Heeron, il quale nell' opera altrove citata apertamente nega qualunque influenza di fatto alle teorie politiche sulle vicende del poter pubblico negli stati. Sebbene questa materia sia tutta di dominio della *storia*, e non della *scienza*, il tentativo di ridurla *scientifica* è stato con formidabil dottrina recentemente rinnovato dal tedesco *D'Arretin*, il cui trattato per la sua morte rimasto incompleto fu condotto a termine dal S. *De Rotteck* Professore nella Università di *Fribourg*. Un ragionato estratto di quest'opera è fornito dai dotti compilatori della *Themis etc. vol. 10 pag.* 410 426.

(2) Scrissi di questo processo a richiesta del celebratissimo, ed ottimo amico mio signor Professore Mitter nel giornale di Heidelberg, alla di cui compilazione quell' illustre criminalista presiede. Il quarto libro di quest' opera ne svolgerà tutti gli ordigni scientifici.

no Costantinopoli (1). Poche cose sfuggite dalla penna degli oratori Greci forniscono pressocchè l'unico storico mezzo onde conoscere la vera indole dei giudiciarj metodi del lor paese, e della età loro (2). Gli storici, più occupati delle istituzioni, e delle vicende politiche de' popoli, che delle luro istituzioni civili, e più degli avvenimenti della guerra che della pace pubblica nella costituzione delle leggi acconce a proteggerla, forforniscono deboli, e scarsi lumi per questa ricerca, e bene spesso notizie si smembrate tra loro che riesce difficile a conciliarle, o costruirvi sopra un critico, ed ordinato sistema di congetture.

La storia de' Romani, sebbene a noi più vicina, e sebbene del loro diritto sia fino a noi pervenuto un assai ricco complesso di memorie, e di avanzi, fornisce per certo più ajuti della storia di Grecia, ma nelle criminali materie relative al metodo giudiciario non offre tanto quanto lo storico potrebbe desiderare, e la scuola, che dalla storia di questo dritto prende il suo nome, è stata obbligata a toccar leggermente questa interessante sua parte (3).

Gli oratori e gl'istitutori nella oratorie, e i loro scoliasti forniscono i più doviziosi materiali che si possedano relativamente al metodo giudiziario, che ebbe la sua sede nel Foro di Roma; ma quando si tratta di conoscere più da vicino i pregi, e i difetti di questo metodo, non vi è altro mezzo storico nè altro criterio, che quello dell'esito di alcune cause celebri, relativamente alle quali l'oratore, unicamente occupato dei prestigj dell'arte sua, ha giudicato o della lor forza nel salvare un delinquente notorio, o della loro impotenza a vincere la caparbietà d'un consesso di giudici determinati a sacrificar l'innocente (4).

---

(1) Un dotto Archeologo mi narrava come tra i papiri Egiziani erasi trovato il modello di un *Jury* ma per giudicar de' meriti, e de' demeriti de' defunti: uso, di cui tutti gli storici fanno menzione. Se Radamanto, la sua giurisprudenza penale, e il suo modo di giudicare sono emblemi dell'antica saviezza, può credersi, che l'Alighieri l'abbia compendiata in quel suo grafico quadro

> « *Stavvi Minosse orribilmente, e ringhia:*
> « *Esamina le colpe nell' entrata:*
> « *Giudica, e manda secondo che avvinghia.* *Inferno c. 5.*

È certo un comodo, e pronto criterio segnar la pena al delitto co'giri, che il giudice fa colla coda intorno al suo corpo.

(2) Da questi deboli soccorsi ha tratto un grande, ed utile partito il signor Pastoret *Histoire de la législation vol. 5 et suiv.*

(3) Il signor Hugo *Histoire du droit Romain*, e il signor Savigny *Storia del Dritto Romano nel medio evo* (egregi lavori, de' quali si desiderano ancora traduzioni esatte, e fedeli) hanno giustamente concessa un' assoluta preponderanza al dritto civile, nè si son potuti occupare di proposito delle vicende del metodo giudiciario penale de' Romani.

(4) Cicerone praticò, e insegnò, che l'oratore dovesse esser pieghe-

Il Foro di Roma ha avuto un dotto storico (1), ma la mancanza totale di filosofia della storia, e di scienza politica in quello per altro egregio scrittore obbliga a considerar la sua opera come un prezioso, e ricco deposito di storici materiali bensì, ma non concede di ammetterla come ordinata, e completa storia del suo soggetto.

I monumenti storici del Romano diritto in quello non breve intervallo di tempo, nel quale per la politica degl'Imperatori vennero grado a grado a prendersi fino le forme esteriori, e i nomi delle istituzioni della repubblica, sono pochi, deboli, spesso contraddittorj, ed incerti (2). Eppure questo intervallo presenta la più interessante epoca del processo criminale presso ai Romani: perocchè in essa comprendonsi quelle difficoltà, che la politica imperiale dovette incontrare onde vincere le abitudini di un popolo, il quale udiva i suoi oratori nel Foro con quell'istesso interesse, col quale udiva i suoi istrioni in teatro, e la lotta tra gli oratori, depositarj delle ultime moribonde scintille della libertà pubblica, e i giureconsulti, depositarj dell'arcana politica degli antichi patrizj nel regolare il dritto, di cui essi, divenuti ligj del nuovo potere, fecero tanto uso onde com-

---

vole al vero, ed al falso *De Oratore lib.* 2 *n. 178.* Tito Castritio maestro di Gellio professava poter l'oratore « *sententiis uti falsis* ». Gell. *Noct. Act. lib. 1 c. 6.* Quintiliano, impegnandosi a dimostrare la verità dell'antico detto, che l'oratore è *vir bonus dicendi peritus*, e non sapendolo conciliare colla massima professata dagli oratori di dover sostener tutto, vero, o falso che fosse, si trae d'impaccio col dire, che gli accademici erano uomini d'irreprensibile vita e che la *versatilità* era insegnata dagli antichi maestri nell'arte. *Inst. orat. lib.* 12 *cap. 1 pag. 1055.* Tutti sanno, che Carneade nella sua celebre missione più retorica, che diplomatica a Roma un giorno predicava a favore della giustizia, e un altro contro; e sempre con argomenti dedotti dalla *coscienza del genere umano.* Quintil. *Inst. orat. lib.* 12 *cap. 1.* La coscienza è docile a piegarsi alla versatilità dello spirito e alla *suscettibilità* del cuore umano: onde il Berni cantò

> « *O mente umana, come spesso avviene,*
> « *Che un loda, e danna una cosa, e la piglia*
> « *In prò, e in contro come ben gli viene.*

Quanto alle sentenze o contro manifesti innocenti, o a favore di manifesti rei vedasi Scott *Cic. a calumn. vind. p. 186.* Plut. *In vit. Cic. pag. 63 95.*

(1) Pollet. *Historia Fori Romani restituta illustrata et aucta per Philippum Broideaum Duaci* 1572. Gli autori, che scrissero avanti, e dopo il Polleto, morto nel 1553, dottissimi nell'illustrare le forme del metodo giudiciario, non curarono d'indagare la influenza, che esse nel vario succedersi poterono avere sulla retta amministrazione della giustizia. Questi autori sono con esattezza indicati dall'insigne Haubold *Institution. jur. Roman. historico-dogmatic. lineam. lib. 3. cap. 3. art.* 2. §. *141.*

(2) Questi materiali hanno ricevuto un prezioso aumento negli scritti dell'oratore Frontone scoperti dall'eruditissimo Abate Maj.

parisse almeno temperato dalla giustizia (1). Se gli oracoli del romano sapere nel dritto fossero nella loro totalità fino a noi pervenuti, forse questa epoca non mancherebbe di lumi storici, che la illustrassero; ma la compilazione fattane in tempi da quella di già lontani lasciò addietro quegli utili soccorsi, non si saprebbe decidere se per malizia (2), ossivvero per ignoranza (3).

Le predilezioni della età nostra per i monumenti del medio evo, come originali archivj dei titoli storici delle moderne istituzioni politiche, hanno fatto nascere opere d'un grande e generale interesse, nelle quali la storia del dritto ha occupata la parte, che la sua importanza esigeva. Ma anche in ciò che appartiene a quell'epoca il passaggio del metodo giudiciario penale dalle forme, che avea ad esso date la giurisprudenza canonica (4), è circondato di oscurità, nè l'uomo dottissimo, che si è medernamente occupato della storia del Romano diritto nel medio evo, avendo più specialmente preso di mira il diritto civile, ha rivolti i proprj studj, e la propria attenzione a chiarirle (5).

Le prerogative politiche del *Jury* hanno in questi ultimi tempi prodotto l'effetto, che la sua storia, come d'istituzione nata nella età di mezzo, è stata con special cura, ed anco con grande successo illustrata (6). Ma il metodo giudiciario, che forma

---

(1) La guerra ora nascosa ora aperta tra gli oratori, e i giureconsulti è un grande oggetto nella storia delle vicende nel metodo giudiciario presso ai Romani, il quale non è ben toccato da Bynkersoek *Observ. jur. Rom. lib. 7. c. 6.* Nella ricerca diretta a chiarire questo punto di storia entra il celebre problema se Cicerone possa annoverarsi tra i giureconsulti, di cui Guil. Grot. presso Heinecc. *Antiquit. Roman. jurispr. illustr. Syntagma etc. cum add. Crist. Gott.* Haubold *Francof. ad Moen. 1822. in prooem. §. XI. not. 9.* L'insigne Hugo *Histoire du droit Romain vol. 2. § 321.* non dubita di collocar Cicerone tra i giureconsulti. Di sopra ho io notato qual significato gli oratori dassero al *dritto civile.* Quanto alle cause da Cicerone difese è notabile, che fra 54 orazioni a noi pervenute come scritte da lui, 4 sole appartengono a materie civili. Dal computo delle orazioni non esclude le cinque, le quali dopo le dotte fatiche del Markland, del Gesner, del Wolf, del Shutz sono riputate apocrife. *M. Tullii Cic. Odera Aug. Taur. ex typis Josephi Pompa 1827. tom. 8. pag. 133.*

(2) Gibbon's *History of the decline, and fall of the Rom. Emp. chap. 44* opina per la malizia.

(3) Con notoria ignoranza l'Imperator giustiniano *Cod. lib. 3 tit. 1 l. 14* paragona gli antichi giudici *nazionali* ai giudici de' suoi tempi.

(4) Il sig. Meyer, di cui nella nota che segue, pretende, che il gius Romano non avesse veruna influenza su i metodi giudiciari del medio evo. *Introd. pag. 68.*

(5) F. G. Savigny *Storia del dritto Romano nel medio evo.* Di questo lavoro classico ho preso notizia negli estratti, che ne dette il signor Meinier *Annales de legislation, et de jurisp. Genève* 1820 22 *v. 1 p. 70 p. 181, vol. 2 pag. 99, vol. 3 pag. 56:* nel cenno che ne dette la *Themis ou Biblioteque du jurisconsulte etc. vol. 6 p. 261:* nel ragguaglio, che ne fornì l'eruditissimo giureconsulto sig. P. Capei *Antologia vol. 31 33 34.* e in Lerminier *Introd. etc. p. 365.*

(6) Tra gl'illustratori è da distinguersi Meyer *Esprit, origine, et*

il suo contrapposto, e costituisce un membro dell'alternativa, alla quale si dee determinare la legge nel costituirlo, non ebbe la fortuna medesima. Il nome d'*inquisitorio*, che toccò in parte a questo metodo, dovette eccitare le antipatie, e le diffidenze degli amici della politica libertà, e l'abuso, che il potere ne avea fatto in epoca d'ignoranza, e barbarie, non ostante le lodi ad esso compartite da alcuni storici insigni come ad uno degli ordigni politici, che più contribuirono al ristabilimento della pace pubblica in tempi d'anarchia, e di disordine, quando ogni seme di civiltà corre rischio d'essere schiacciato, ed estinto (1), fornì un titolo alle esecrazioni, alle invettive, e ai sarcasmi de'suoi detrattori (2).

Sia che questo metodo riconosca le sue più remote origini nei non sospetti tempi delle libertà pubbliche in Roma (3): sia che queste origini non siano più antiche della nuova forma, che gl'Imperatori dettero alla costituzione della città (4): sia finalmente, che queste origini debbano riferirsi al Pontificio pensiero, che meditò la monarchia universale per meglio ristabilire da'suoi fondamenti la civiltà umana allorchè tutto minacciava distruggerla (5), e perciò al dritto canonico (6), egli è certo, che le più importanti considerazioni storiche relativamente a questo metodo giudiciario dovrebbero quasi soffermarsi in Toscana, e prender di mira il modo, con cui il legislatore di questo paese, accogliendo nella sua mente il suo fondamentale concetto, lo circondò di tale guarentigie per la individual sicurezza degli accusati da non lasciare adito ad alcuno immaginabile tentativo o della prevaricazione in chi giudica, o della calunnia in chi accusa.

---

progrès des istitutions judiciaires des principaux pays d'Europe; Paris 1823 *vol.* 2 *liv.* 3 *chap.* 10 *et suiv.*

(1) È segnalabile tra gli altri Robertson *History of the Reign of Charl. V. Introd.* Montesquieu *Esprit des loix liv.* 6 *chap.* 8.

(2) Acremente lo combattevono Moser *Patriotiche fantasein etc.* Meyer *Esprit, origine, et progrès des inst. jud. vol.* 4 *p.* 214 276.

(3) Ern. Bog. Schemedicke *De historia process. crimin. Romanorum Uratislaviae* 1827 *pag.* 141. Nicolini *Storia de'processi penali pag.* 189.

(4) Questa opinione del Balduino è adottata da Antonio Matheo *ad lib.* 48 *dig. tit* 20. *cap.* 1 *n.* 2, e modernamente riproposta da Biener *Storia del proc. inquisit. Lipsia* 1827, opera da me conosciuta sulla citazione del Schemedicke, e sul cenno, che ne dà l'egregio Birnbaum *Bibliothèque du jurisconsulte, et du publiciste; Liege* 1826, *col.* 1 *p.* 548. Il Presidente di Montesquieu *Esprit des loix liv.* 6. *chap.* 8. facendo lode ai Romani del processo *di uffizio*, confonde l'*accusa necessaria* colla *inquisizione*, o ricerca del giudice spinto a intraprenderla dal proprio uffizio. Nello stesso errore è incorso il Cav. Filangieri *Scienza della legislazione lib.* 3 *part.* 1 *cap.* 1 e non ne andò esente il Poggi *Elem. jurispr. crim. lib.* 1 *cap.* 4 § 80 *in not.*

(5) Heeren *Essay sur l'influence des croisades trad. par Villers prem. part. sect.* 1.

(6) Inst. Henn. Boehmer. *Jus Eccles. Prot. lib.* 3. *tit.* 3. Nani *ad Math. loc. supr. cit. n.* 1.

Ma l'ufficio il più dignitoso, e il più nobile dello storico in questa ricerca sarebbe quello di stabilire la razionale, e politica connessione, che indubitatamente esiste tra il metodo giudiciario del Gran-Duca Leopoldo, e il prediletto suo domma della dolcezza delle pene congiunto colla loro inevitabile applicazione.

Così la storia della criminale legislazione mostrerebbe colla sola forza de' fatti come la scienza legislativa con calcoli indipendenti dalla forma politica del governo, dando alla libertà civile una base, che niuno abuso del potere potrebbe indebolire, e distruggere, tranne il metter pazzamente sossopra tutto l'ordine della città, può stabilire un metodo giudiciario il quale, mentre contribuisce ad escludere co' suoi procedimenti, e colle sue risoluzioni l'acerbità delle pene, riesce nel tempo medesimo ordigno preservatore dell'ordine, e della pubblica pace.

La storia filosofica, e letteraria de' tentativi dello spirito umano onde migliorare, e render più coerente ai bisogni della ragione, della umanità e della giustizia i sistemi della sicurezza sociale, nella lor riunione centrale alla pena, altro non è che il novero, ed il giudizio delle opere scritte con questo scopo.

Gli antichi attenti ed esatti osservatori della natura, e dei suoi fenomeni, furono da questo metodo, che meritò loro tanta gloria nella medicina del corpo umano ritenuti dall'estendere molto le loro vedute in quella dei corpi politici, che nelle sostanziali lor basi erano considerati da loro come fatti, dai quali i calcoli legislativi non potevan prescindere. Il pregiudizio alle lor menti inerente della domestica, e politica schiavitù doveva esercitare una trista influenza sulle idee che esse formaronsi delle pene, facendone sì strano abuso colla classe d'individui che essi reputavano per natura loro soggetti, le considerarono come una operazione chirurgica, di cui il corpo politico avesse bisogno onde risecare, e distruggere le infette sue parti (1), e questa idea, così contraria alla indole razionale, e politica della pena divenne una specie di luogo comune, che anco i poeti ammissero nei loro versi (2).

(1) Cicer. *Philipp. 6.* « *in corpore si quid ejusmodi est quod reliquo corpori noceat, uri, secarique patimur, ut membrum aliquod potius quam totum corpus intereat. Sic in reipublicae corpore ut totum salvum sit, quidquid pestiferum est amputatur* ».

(2) Canto Ovidio.

« . . . *Immedicabile vulnus*
« *Ense recidendum ne pars non sana trahatur.*

Properzio

« *Vivum secatur viscus, et recens cruor*
« *Scalpella tingit cum putredo abraditur.*

La luce Evangelica distruggendo la domestica, e politica schiavitù, e propagando il domma della dignità dell'uomo, mentre innanzi erasi conosciuta soltanto quella del cittadino, insegnò come gli uomini potevano essere istruiti, ed abituati a rispettare la lor vicendevole sicurezza coltivando le naturali lor simpatie, elevando il loro spirito alla contemplazione di un ordine derivato dalla mente di Dio, e infondendo nel loro cuore come sentimenti i principj della morale, e della giustizia. L'aborrimento per la espansione del sangue umano, e per ogni specie di crudeltà, professato dalla Chiesa di Gesù Cristo, fa una gran lezione per lo spirito umano, e un grande incentivo a dar basi migliori ai sistemi della sicurezza sociale (1).

La imitazione degli antichi tenne però lungamente, dopo il risorgimento delle lettere, lo spirito umano nelle sue primitive abitudini; e come tra gli antichi, preoccupati di politica libertà appannaggio di pochi, e niente di libertà civile, bisogno di tutti così tra i moderni i progetti di repubbliche, o di città chiamarono a sè l'attenzione, e gli studj degli scrittori.

Sebbene nella utopia di Tommaso Moro s'incontri qualche idea sul modo di prevenire i delitti di furto, egli è certo, che per trovare uno scrittore, il quale abbia concepita la pena nel suo vero razionale, e politico scopo, conviene scendere da Tommaso Moro al Presidente di Montesquieu, e lasciare inosservato un tratto di quasi due secoli (2). In questo lungo intervallo il dritto penale fu dagli scrittori trattato o come una vecchia abitudine relativamente al suo uso pratico onde niun pensiero del suo miglioramento possibile si affacciò alla lor mente, o come una questione accademica rispetto alle razionali, o politiche sue origini.

Due scrittori si sono uniti nel considerare la Italia come un paese coperto da tenebre (3), e nel quale un buono scrittore di criminale legislazione fosse il caso inopinabile, di cui l'Imperator Giustiniano narra come giuntogli dall'Armenia (4).

Claudiano

« *Ulcera possessis alte suffusa medullis*
« *Non leviore manu ferro sanatur, et igne*
« *Ne noceat frustra mox eruptura cicatrix.*

(1) Nettelbladt *Diss. de Ecclesia sanguinem non sitiente.*

(2) La pena di morte, che Tommaso Moro propone per gli adulteri recidivi, mostra come gli spiriti più elevati erano dominati sempre dal principio morale a' suoi tempi. Brissot-de-Warville ha ammesso alcuni frammenti della Utopia nella sua *Bibliotheque du Publiciste etc. vol. 9.*

(3) La Cretelle *Des ecrivains qui ont traitè de la legislation pènale pag. 530.* Brissot-de-Warville *Bibliothèque du Publiciste etc. vol. 10. pag. 549.* Brissot, colla imprudenza, che lo faceva precursore d'un modo di scrivere divenuto poi diffusissimo, mostra anco più apertamente il suo spregio per la Italia nella sua *Thèorie des loix crimin. vol. 1. chap. 1 pag. 64* usando grazia al solo Beccaria.

(4) *Quoddam inopinabile ex Armenia nobis exortum est. Nov. 75.*

Fortunatamente un più recente, e più giudiziosi scrittore si esprime, che dopo il Montesquieu, e dopo il Beccaria si può lasciare in pace una biblioteca di scritti più, o meno stimabili, i quali però non hanno alcun carattere di originalità (1). Laonde se la Francia ha la priorità nell'aver fatto accorto lo spirito umano onde si volgesse a rifondere in nuove, e più felici combinazione questa parte dei suoi concetti, la Italia ha il vanto di aver gettati in un piccolo libro tutti i semi delle grandi scoperte, e delle grandi verità in questa materia.

Il Presidente di Montesquieu, creatore di nuova luce sul giusto modulo della pena, non fece avanzar pur d'un passo la ragione indagatrice della vera indole del delitto col distinguerlo come offesa sociale da ogni altro umano trascorso, nel che la scienza della privata, e pubblica sicurezza dovea fissare il suo vero criterio, e trovare il correttivo di tanti errori, che, sebbene per la loro origine rispettabili, come un grande storico osserva, il principio *morale* avea introdotto nella legislazione (2). La classazione delle offese per la loro vera politica gravità relativa non ha alcun debito di gratitudine verso del francese scrittore, il quale lasciò questo tentativo, nauseato come inutile da chi tutto concede al criterio della umana coscienza, in quel medesimo stato d'imperfezione, e d'errore in cui trovavasi per opera del Puffendorf, che il primo ne avea concepito il pensiero; e al solo scrittore Italiano si debbono gli originali, e profondi concetti sulla vera misura de' delitti, e sulla loro classazione metodica, dal che le cognizioni umane relative a questi oggetti potevano unicamente ricevere aspetto, ed atteggiamento di scienza (3).

La riflessione storica, che lascia ai soli Montesquieu, e Beccaria un titolo, che gli distingua tra gli scrittori della scienza della legislazione criminale, non potrebbe servir di pretesto onde trascurare la menzione onorevole, che tanti altri scrittori o Inglesi, o Tedeschi, o Francesi, o Italiani (4) si meritano. Una più poderosa ragione obbliga a questo silenzio, ed è che nella introduzione a questa opera è già stato questo assunto esaurito indicando il generale carattere delle opere, le quali uscirono

---

(1) Bentham *Traitè des peines, et des rècompenses pref. p. XIII.*

(2) Gibbon *History of the decline, and fall of the Rom. Empire chapt. 44 not. 197.*

(3) La riforma criminale Leopoldina del 30 nomembre 1786 se deferì ai principj del Beccaria nella sua parte *penale*, non vi deferì pienamente quanto alla *imputazione del delitto*. La successiva riforma del *30 agosto 1795 art.* 20 proclamò il principio del Beccaria sulla misura dell'azione delittuosa.

(4) La quistione sulla pena di morte è il campo nel quale i più rinomati scrittori hanno dovuto far mostra della tempra, e dello splendore delle loro armi, e nell'accennare quella questione ne fa un lungo novero per i paesi, ai quali appartennero, e per la opinione che professarono, l'egregio signor Prof. Birnbaum *De peculiari aetatis nostrae jus crim. reformandi studio* etc. *not. S. in Append. not.* 2.

alla luce o prima del cadere del secolo decimottavo, o dal nascere del decimonono fino al giorno presente.

La giustizia, e la critica esigerebbero, che la gloria del Marchese di Beccaria fosse vendicata o da confronti poco convenevoli di questo scrittore con altri Italiani scrittori, o da estere opinioni recenti, le quali, senza intendere se medesime, pretendono di avere inteso il libro dei delitti e delle pene, e di spregiarlo come opera di circostanza. Uno scrittore senza competenza ha modernamente preteso di giudicare il Marchese di Beccaria, e il Cavalier Filangieri, esaltando questo su quello, nel quale giudizio come in altri relativi ad autori benemeriti della storia, e della politica la esattezza non è sempre eguale all'ardire (1). Non conviene a scrittore Italiano fomentare rivalità tra le reputazioni letterarie, e scientifiche della sua patria, e altronde questo punto della storia letteraria del criminale diritto è stato altre volte toccato (2). Quanto all'audace proposito di gettare il libro del Beccaria tra le efimere carte, che di giorno in giorno a comodo di circostanza si scrivono (3), sarebbe oltraggio a quel nome immortale il solo pensare, che una confutazione fosse necessaria a combatterlo (4).

---

(1) Villemain *Cours de littèrature francaise Paris* 1828. È notabile ciò che questo scrittore avanza nella sua *lezione del* 27 *maggio* 1828 *pag.* 22. « *Certainement Filangieri est nè de Montesquieu etc.* » Tutto all'opposto. Il carattere degli scritti del Filangieri è quello di mostrarsi scolare di Platone, e di tutti gli antichi, e contraddittore perpetuo del Montesquieu, e del Beccaria. Un autore più competente in cose legislative non è meno erroneo, ed ingiusto parlando de'due scrittori Italiani. Nel quadro storico, che egli ne fa, sembra essere il Filangieri precursore del Beccaria, quando quegli cita, e pretende confutar questi (*Scienza della legislaz. lib. 3 part. 2 c.* 29). Il Beccaria deve, a giudizio dello scrittore, la propria esistenza al Montesquieu, e all'Helvetius (al primo vedemmo come: al secondo per niente): il suo libro non è *un livre scientifique*, mais UN PAMPHET CHAULEUREUX *qui satisfit la juste effervescence de l' opinion.* Lerminier *Introduction gènèrale à l'histoire du droit. Paris* 1829 *chap. 15.* Dov'era nel 1764 la *effervescenza della opinione ?* A scenico personaggio è necessario un luogo di scena. Ed ecco come si giudica del *creator di una scienza*, il quale non è stato bene inteso che dai Toscani legislatori. Fra l'autore della *Introduzione alla storia del dritto*, e l'autore del *Traitè du droit penal* è incerto a chi spetti il *priorato* del giudizio sul Beccaria. In Francia molte traduzioni furono fatte del libro *de' delitti, e delle pene; Themis ou Biblioteque du jurisconsulte etc. v. 4 p.* 210: ma il libro ha più anima che corpo.

(2) *Dissertazione critica sullo studio delle criminali discipline*, tra *le memorie, e trattati di legislazione, e giurisprudenza criminale vol. 3 pag. 4.*

(3) Vuolsi alludere alle espressioni epigrammatiche, colle quali un rigeneratore della scienza del dritto penale designa il libro di Beccaria UN'ARME, NON UNA DOTTRINA, e un giornalista, che gli porge incensi, lo qualifica di PAMPHLET ELOQUENT.

(4) La confutazione, che più conviene è scritta nella *L. unica Cod.*

CAPITOLO XV.

Delle scienze ausiliarie alla giurisprudenza penale.

Lo spirito umano, volatile più che qualunque altra creata sostanza, preferisce i moti verticali, ed aerei, i quali lo portano spesso a speculare negli spazj immensi del vuoto ove è difficile trovar misura della rettitudine, e della utilità de' suoi voli, ai moti orizzontali, e terrestri, i quali in ogni sensibile oggetto possono incontrare una critica, o una seria difficoltà.

Questi moti verticali, ed aerei, facilissimi nella scienza della legislazione, son più difficilmente tentabili in giurisprudenza: onde veggiamo ai dì nostri prevalere i primi tentativi ai secondi, e non è raro d'incontrare nelle opere contemporanee un certo tuono di disdegno superbo verso la pratica senza distinguere quella dei banchi da quella, a cui qualunque razionale principio vuol essere richiamato, onde renda conto a se stesso del grado di utilità, di cui gli uomini gli debbono professar gratitudine. Alcuni, destreggiando colle parole, se non parlan di voli si tengono in alto però, e dandosi il titolo di giudici hanno a schivo la pedestre umiltà di seguaci (1).

Se tra la legislazione, e la giurisprudenza relazione non fosse: se la prima non fosse obbligata a maneggiare strumenti maneggiabili dalla seconda: se gli oracoli dell'una non dovessero divenire parola dell'altra, la scienza della legislazione potrebbe vagare in alto quanto più le gradisse: scegliere il criterio, che più le piacesse, e appendere come Virgilio la cetra, poco curandosi di trovare chi dopo di lui sappia esprimere un suono (2).

---

si quis Imp. maled. sì ben tradotta dal più gentile de' nostri poeti drammatici.

« . . . *Se il mosse*
« *Leggerezza, nol curo;*
« *Se follia, lo compiango; e se in lui sono*
« *Impeti di malizia, io gli perdono.*

(1) *Traité de droit penal vol. 1 pag.* 124.

(2) È noto il bel sonetto di Manfredi, il quale finisce col far dire alla cetra del Mantovano:

« *Nessuno di toccarmi abbia ardimento:*
« *Che se non spero aver man sì famosa*
« *Del gran Titiro mio sol mi contento.*

Il letterario ceremoniale, che corre ai dì nostri, dà a queste opere aeree e solitarie, per i loro strani concetti, il nome complimentoso di *sistemi*, quasi la *scienza della legislazione* fosse la cosa medesima della *filosofia razionale*. Ma le frasi sono un buon passaporto, e fanno sovvenire della risposta di Lopez de Vega a chi gli faceva rimprovero di corrompere il gusto in drammatica:

« *J'ecris en insensè mais j'ecris pour des fous.*

Non dee negarsi però, poter esistere una legislazione penale, la quale esclude ogni giurisprudenza, commettendo i problemi, che il delitto fa nascere ne' moltiplici elementi di fatto, e di dritto, ne' quali si dee sempre risolvere, e nella inestricabile complicazione, in cui spesso si presentano a chi debba attentamente osservarli, al giudizio di uomini affatto imperiti nel dritto: al lor buon senso: alla loro coscienza: ed alla riunione fortuita di un determinato numero dei loro suffragj. Ove esiste il *Jury* è inutile parlar di giurisprudenza. Ma questa istituzione, comunque grandemente encomiabile, non è il solo criterio di verità nella soluzione de' problemi giuridici del dritto penale come non lo è nella soluzione di quelli del dritto civile; e sebbene innegabili e di solida tempra sieno le guarentigie *politiche*, che il *Jury* fornisce alle prerogative del cittadino, grandi e serie quistioni tuttavia vegliano sulla indole delle guarentigie *critiche*, che esso fornisce alla verità, ed alle *giuridiche*, che l'uomo, a qualunque condizione appartenga, ha, colpito da un' accusa, il diritto di reclamare dagli atti della punitiva giustizia (1). Le apparenti analogie, che il metodo giudiziario *penale* nel Jury ha col metodo giudiciario *civile*, le forme del quale come, le più aperte, e le più favorevoli alla libertà dell' attore, e del reo, restando il giudice fra l'uno e l'altro imparzialmente librato (2), sembrano esser quelle, che meglio alla giustizia convengono: la franchezza, colla quale quel metodo tutto discute, e tutto decide al cospetto del popolo cui sembra concedere una influenza sulle sue decisioni: la semplicità, e la prontezza degli ordigni, che adopra: l'apparato drammatico che le due rivali forze dell' attore, e del reo vi dispiegano, e la persuasione, che lo anima di toccare colle sue decisioni il *vero assoluto* (3), cattivano il suffragio dei generosi, e caldi amici dei loro simili, e forniscono nel tempo stesso largo campo alla retorica onde sostituire alle ragioni gli elogi e dare alle ragioni la forza che loro assicura sempre l'esame di un oggetto da un dei suoi lati soltanto.

Non è da credere, che il vero, ed il giusto non siano lo scopo delle mire, e de' desideri di chi scrive per il bene, e per la sicurezza dei propri simili. Ma al vero, senza del quale non

(1) Concordano le imperfezioni insite a questa istituzione i più caldi suoi partigiani, fra i quali si distinguono *Meyer*, e *Aignan*. Dubitarono del suo perfezionamento possibile *Canard*, *Bonnet*, *Bourguignon*. La combatterono *Van Nes*, e i celebri criminalisti tedeschi *Mittermaier*, e *Feuerbach:* dei quali scrittori tutti, e delle loro opinioni renderò conto parlando del metodo giudiciario. Non sò come tra tanti discordanti pareri una opinione possa sorgere, e dire come il medico direbbe al malato nel porgergli una bevanda « credete a me: sorbite: e ve ne troverete bene ».

(2) *Medius inter utramque personam* è la frase della *L.* 2 *Cod. Theod. lib. 9 tit. 19.*

(3) *Veredictum* secondo l'antica formula. Meyer *Esprit, origin etc. des inst. judic. liv. 3 chap. 11.*

può essere al mondo giustizia, per una sola via non si giunge; e se mai le forze dell'ingegno umano fossero spesso alla scoperta del vero ineguali onde convenisse detrarre alquanto dalla fiducia in un metodo, che presume toccarlo, sicchè fosse mestiere sostituire alla *dommatica*, e fastosa opinione, che si crede il *vero*, la *scettica*, e più modesta, che si contenta di stabilire ciò che è più *verisimile*, niuno vorrà negare, che in cose di tanto rilievo quanto è l'onore, la libertà e la vita dell'uomo non convenga conoscere un metodo, il quale, professando questa più modesta, e più moderata opinione, soggetta tutti gli atomi della questione penale a regole *scritte* fondate su i dati scientifici, che la esperienza, e l'analogia hanno potuto somministrare (1). Questo metodo, così comportandosi, non abbandonerebbe mai la sorte dell'accusato alla privata opinione di chi dee giudicarlo, di qualunque più sacro nome ella intendesse ammantarsi o dell'*onore*, o della *coscienza* o del *senso comune*, preferendo all'effetto, sempre problematico, della pena il timor di colpire in modo irreparabile la innocenza (2).

Un metodo simile, fondandosi sulla teoria degli atti umani onde non lasciare senza valutazione qualunque pur siasi benchè tenuissimo decremento della moralità dell'offesa sociale: nelle regole d'una scrupolosa giustizia onde librare a prò dell'accusato ogni circostanza, che abbia resa meno dannosa la infrazione della legge: e in uno scrupoloso calcolo di qualunque sebben menomo atomo di probabilità onde misurare la distanza, che lo separa dalla certezza, che la legge ha voluto nel solo concorso di certe circostanze da lei litteralmente indicate a se me-

---

(1) Ant. Math. *De criminib. ad lib. 48 dig. tit. 16 cap.* 2 *n. 5* caldo della lettura di Asconio Pediano, e pieno la mente del processo accusatorio qualifica la scrupolosa esattezza dei pratici nell'enumerare i difetti dei testimoni nel *detto* col decisorio titolo *nonnullorum nugae*, e la stessa derisione professa verso l'esattezza nell'apprezzar la prova del *corpo del delitto* Meyer *Espsit, et origine des institutions judiciaires etc. vol 4 pag.* 288. Chi sa, che non sia quì opportuno ripetere:

« . . . *hae nugae seria ducent*
« *In mala.*

(2) In un giornale, che onora la Toscana nostra, e in un articolo anonimo diretto all'egregio signor *Lambruschini* si parla di una lezione sul *Jury* pronunziata da un Professore d'Italiana Università. Antologia *Fasc. del marzo 1831 pag. 105.* Dirò come Enea, che esce fuor della nuvola, *quem quaeritis adsum.* Ma non ebbi mai pensiero di sostenere la imperfezione del *Jury* perchè non punisce abbastanza. Dissi all'opposto, e provai, essere insita a questa istituzione una fatal propensione a condannare con troppa facilità, e però a confondere colla sorte del reo quella dell'innocente. Non vi è encomiabil principio, o qualità per ottima che ella sia, la quale non vada soggetta a pregiudizi ed errori. Discuterò nel quarto libro di questa mia opera i pregi, e i difetti del metodo giudiciario della *coscienza*, e di quel della *scienza.* Dirò agli amici, e fautori del primo col comico antico:

« *Adeste aequo animo, et rem cognoscite.*

desima riservare, è di sua natura tutto giurisprudenziale: tutto appoggiato alle analogie, che i casi una volta decisi somministrano come i più certi dati onde meglio decidere i nuovi che si presentano, e perciò obbligato a deferire all'autorità del passato come a guarentigia maggiore dell'avvenire (1). Le quali condizioni questo metodo adempir non potrebbe se il dritto penale a similitudine del civile non avesse scritti registri d'interpetrativa giurisprudenza: non vi essendo sistema di cognizioni, il quale, anzichè negli scritti, possa come sistema esistere nella testa degli uomini, i quali, morendo, e nascendo, gli uni prendono sulla terra il luogo degli altri.

Libera pure sia a chiunque la scelta tra questi due metodi; ma la scelta dell'uno a preferenza dell'altro non può nè dee esser cieca come l'amore dipinto appunto colla benda sugli occhi perchè, fatto nascere una volta nel cuore da un oggetto tutti gli altri perdono poi ogni naturale lor pregio. Amendue i metodi, se promettono d'essere razionali, e scientifici, debbono avere accesso nelle provincie del dritto, e chi ne professa sincero, ed imparziale lo studio non può per indole del proprio istituto prenderne di mira uno, e volgere all'altro le spalle, sia perchè è diametralmente contrario alla scienza lasciarsi come la follìa dominare da una sola, e fissa idea: sia perchè i confronti rettificano sempre, ed affinano gli umani giudizj: sia perchè finalmente non avvi ente morale al mondo, il quale al confronto d'un altro non abbia dritto ad essere conosciuto, onde essere imparzialmente poi giudicato.

Male si apprezzerebbero le scienze ausiliarie della giurisprudenza se non si facesse loro precedere un saggio dell'ufficio, che ella presta all'applicazione della legge, onde nel suo inevitabil passaggio dallo stato di regola generale per tutti a quello di regola particolare di un caso, che fugge, e non si rinnuova, resti quanto è possibile certo, esser sempre la legge, e niun altra forza quella, che decide del destino dell'uomo.

§. I.

Connessione della scienza della legislazione colla giurisprudenza nelle materie penali.

Le cose discorse sul dritto, e sulla giustizia, e le già notate

(1) Come negli oggetti del dritto i giudizi del *senso comune* differiscano dai *giurisprudenziali* apparisce dalla narrazione, che Gellio *Noct. Act. lib. 14 cap.* 2 fa del diverso modo, con cui Favorino come filosofo, ed egli come versato nelle cose forensi pronunziano sul caso medesimo. Nelle cause celebri del Presidente Pellisson, Boissonè, e Roget condannati dal Parlamento di Digione *ex moribus* e quindi assoluti da quel di Parigi, il Re si espresse con queste parole notabili « *I giudici di Digione sentenziarono secondo la loro* COSCIENZA, *e quelli di Parigi secondo la loro* SCIENZA, *e secondo la* GIUSTIZIA ». Pitaval *Caus. celebr. vol. 3 pag. 101.*

sulle differenze della scienza della legislazione, e della giurisprudenza (osservando come negli oggetti del dritto *civile* ristrettissimo è il campo della prima, ed estesissimo quello della seconda mentre negli oggetti del dritto *penale* le cose procedono con visibile diversità) suscitano il problema se la scienza della legislazione penale abbia pratica relazione, e fino a qual punto colla giurisprudenza destinata ad applicarne gli oracoli ai casi delittuosi onde con miglior senno deciderne.

Non vogliosi quì risvegliare gli antichi dissidi, e le inveterate antipatie tra la *teoria*, e la *pratica*, e le dispute se la giurisprudenza penale col significato o più ampio, o più angusto, che si voglia alla parola assegnare, sia una *scienza* ossivvero un' *arte* (1).

Per la mente suprema, che creò, e regolò l'universo, il concetto delle leggi che ne doveano produrre l'ordine, e l'armonia, e la loro applicazione a tutti gli atomi del creato, furono un solo pensiero. Nella limitata mente dell'uomo la cognizione del principio che costituisce la legge, si trova di grande intervallo distante dalla sua applicazione ai fatti particolari, di cui ella dee sola regolare il giudizio. Quanto più il principio della legge è per se medesimo semplice e più i fatti, che ne chiedono l'applicazione, sono di natura complicata e variabile, più l'ingegno umano ha da operare nella sua applicazione, e quanto più la legge è una combinazione cognita di più principi, e i fatti, che ne chiedono l'applicazione, hanno analogie più discernibili tra loro, più l'ingegno umano ha interesse a ben conoscer la legge pei combinati principi, che la compongono se vuole viemeglio applicarla. In una parola: quanto più il principio, che è nell' *oggetto* della legge è semplice, e più il *soggetto* della sua applicazione complicato, più vi ha bisogno di *giurisprudenza* che di *scienza della legislazione*; mentre al contrario quanto più è complesso il principio animator della legge, e più semplice il soggetto della sua applicazione, più è mestieri della *scienza della legislazione*, che della *giurisprudenza*.

Le quali osservazioni spiegano come il principio della eguaglianza, il qual forma la prima, e principal base del dritto privato, facilissimo a concepirsi nella sua astratta generalità, riesce di poco soccorso nel comporre le controversie umane, che i suoi oggetti risvegliano, tutta la difficoltà consistendo nel ben conoscere i dati di applicazione, i quali al rinnovarsi d'ogni oggetto rinnuovansi. Imperocchè la mistura, che il principio della eguaglianza riceve per opera della legge dal principio politico o volto a rendere più tranquilli, e più certi i possessi o intento a diminuire i litigi, non è nè tale nè tanta da complicare soverchiamente l'umano giudizio, e farlo divergere dal principale suo scopo.

È stato altrove osservato come i Romani giureconsulti senti-

(1) Questi due problemi sono assai leggermente trattati dal Renazzi *Elem. jur. crim. Proleg.* §§. 6 e 7.

rono negli oggetti del dritto civile il pericolo di far discendere la decisione delle controversie tra gli uomini da regole speculative ed astratte, e tutto commessero al pratico raziocinio per modo da non ammettere altro diritto se non quello, che i loro oracoli stabilivano ne' casi particolari alla lor decisione commessi. Quindi il giudizio di questi casi non era nel loro sistema l'applicazione della regola generale fissata dalla legge al caso particolare, che gl' interessi umani facevano nascere, ma era piuttosto l' effetto d'una prudenza, che nel lungo maneggio pratico degli oggetti del dritto aveva il giureconsulto acquistata, altra occupazione nella vita sua non avendo che quella d'essere consultato, e rispondere in tali materie (1). Da questo avvenne che essi costantemente sdegnarono di fissar regole generali di dritto, reputando esser elle insufficienti a comprendere sotto una sola formula tutti i contigibili casi, e andar soggette ad essere scoperte o incomplete, o inesatte dalla incalcolabile lor varietà (2). Questa opinione escludeva per se medesima la scienza di far le leggi, e tutto dava alla giurisprudenza.

I progressi della civiltà umana: la direzione che avean presa gli spiriti per le speculazioni nel dritto: il giusto principio, che gli uomini in società per quanto è possibile debbon conoscere le condizioni colle quali ci vivono: e la gloria, che alcuni supremi Rettori delle nazioni collocarono nel pubblicar nuovi codici fregiati del nome loro come compilatori: tutte queste circostanze dettero alla scienza della legislazione un gran credito, e contribuirono a deprimere quello della giurisprudenza.

Le ragioni, alle quali si appoggia la opinione contraria ai nuovi codici (3), sono visibilmente quelle medesime, che resero i giureconsulti Romani alieni sempre dall' ammettere un testo di legge meditata, e calcolata come regola generale per la decisione dei casi controversi prima che questi casi praticamente e nelle loro individuali, e specifiche forme di fatto si presentassero. Queste ragioni erano desunte tutte dalla indole all' infinito variabile dei casi pratici da decidersi: dalla insufficienza dello spirito umano a prevederli anticipatamente, e comprenderli tutti in una formula generale: e dall' aver creduto, che la raccolta dei casi altra volta decisi, come scorta analogica, e il tatto pratico, di cui l' abitudine degli affari forniva il giure-

(1) Cicer *De Orat. lib. 1 cap. 45 n. 199* fa una pomposa pittura del giureconsulto divenuto per l' affluenza di chi lo consulta una specie di oracolo nella sua casa, paragonandolo all'Apollo Pitio descritto da Ennio.

(2) Dig. *Lib. 50 tit. 17 l. 1 l.* 202. Grotius *Sparsio flor. ad jus just. ad rubr. de reg. jur.* Thomasius *dissert. 48 § 3.*

(3) Sulla guerra a favore e contro dei *codici* e sulla sua storia dette utilissimi cenni il dotto Prof. Warnkoenig *Themis ou Bibliothèque du jurisconsulte etc. vol. 1 pag.* 21, e ne parlò il non men dotto Professor Birnbaum *Coup. d' eoil sur le droit criminel de la Grande-Bretagne. Bibliothèque du jurisconsulte etc. Liege* 1826, *vol. 1 pag.* 228. Ma il più vago, ed original narratore di questa guerra parmi essere Lerminier *Introd. à l' histoire gènèr. du droit chap. 17.*

consulto, fossero un mezzo più utile alla retta amministrazione della giustizia (1). Tutte le altre ragioni o politiche, o storiche, colle quali quella opinione intende ammantarsi onde far più pomposa mostra di sè in un secolo tutto alla politica, ed alla storia rivolto, mi son sembrate dotte, ed ingegnose sì ma inutili decorazioni (2).

La opinione contraria alla scienza della legislazione, e tutta alla giurisprudenza divota sceglie in propria provincia il dritto civile, e protesta non intendere di dominare in quella del penale (3). Infatti non sarebbe nè sensata nè giusta cosa voler, che un informe e spesso sanguinario avanzo di leggi nel dritto romano potesse accogliersi come sistema di sicurezza sociale tra le moderne incivilite nazioni.

Ma non pordendo di mira la differenza, che vi ha tra la scienza della legislazione, e la giurisprudenza: tra l'arte di fare una buona legge, e l'arte di bene applicarla, e distinguendo nel dritto romano le produzioni dell'una, e le produzioni dell'altra, potrebbe nascer forse il problema se la parte giurisprudenziale di quel diritto meritasse un bando totale, o volesse essere conservata come dato sperimentale, che la ragione umana non può colle sole speculative sue forze creare.

Avviene qui, che gli oggetti da passarsi a rivista si accumulino anticipando gli uni sugli altri, e che il dritto romano come oggetto, il quale merita un giudizio a parte, debba qui momentaneamente occupar l'animo di chi legge.

Lo spirito della legge penale ondeggia tra la barbarie, e la civiltà: tra il dispotismo, e la giustizia: tra la ignoranza, e la scienza: tra i pregiudizi inerenti alla natura umana e gl'imparziali calcoli della ragione. Questa legge non si costruisce come la civile del semplice, ed inoppugnabil principio della

---

(1) Tutti sanno, che un legislatore contemporaneo, allorchè, pubblicato il *Codice civile*, ebbe veduta la *giurisprudenza*, che tutto dì vi si ammassava sopra, esclamò « *mon code est perdu* ». È stato detto, che il *genio* tende sempre alla *unità*, e alla *semplicità*, ma è da temere, che in *legislazione* il genio consulti più se medesimo, che i bisogni, ai quali dee provvedere. I grandi uomini come i piccoli sono stati sempre gli stessi. Federigo II volea un codice semplice, popolare, *talmente completo*, che il giudice potesse trovare in un testo preciso di legge la decisione di qualsiasi caso particolare. Egli scriveva in un ordine di gabinetto del 1780. « S'io giungo allo scopo che mi propongo, certamente « i *giureconsulti* perderanno molto della considerazione, che loro procura « *l'arte misteriosa*, che esercitano. Tutto il ceto degli *avvocati* ecco« telo inutile . . . Ma in contraccambio avremo abili negozianti, mani« fattori, artisti utili allo stato ». Il codice Federigo compilato dal suo ministro Cocceii pubblicavasi nel 1751, e dopo il 1780 il sig. Cramer Gra Cancelliere di Prussia fu incaricato della compilazione di un nuovo codice.

(2) Queste ragioni sono ingegnosamente esposte negli *Annales de législation de Genève vol. 1 p.* 23.

(3) È questa la opinione del celebre signor Savigny ornamento, e splendore della scuola storica. Warnkoenig *loc. supr. cit.*.

eguaglianza, ma si compone di principî speculativi, e sperimentali non sì facili ad essere ben percepiti dalla mente dell'uomo sebbene facilissimo sembri conoscere un'azione malvagia, e punirla. Il dritto Romano essendo sempre nelle materie civili oggetto dell'ammirazione degli uomini giunti al più alto grado di perfezione, di cui l'aggregazione politica sia suscettibile, non merita il giudizio medesimo nelle materie penali.

Dall'altro lato i fatti delittuosi presentano una semplicità maggiore degli oggetti di controversia del dritto civile: sono più ricorrenti, e meno variabili, e la indole delle analogie, che la esperienza può raccogliere onde i giudizi già proferiti possano servir di scorta, e di norma a quelli da proferirsi, e più facile ad essere percepita, e più pieghevole a prestarsi alle regole generali, alle quali sempre aspira la legge.

Queste differenze tra gli oggetti del dritto civile, e del dritto penale non possono esser sentite se non dove il dritto Romano è in vigore; ed è forse questo il motivo, per il quale nei paesi governati dal Romano diritto la istituzione del *Jury* è stata accolta nelle soli *penali* materie, e rigettata nelle *civili*, mentre ove quel dritto non ebbe mai forza di legge quella istituzione abbracciò le une, e le altre (1). La storia antica sembra confermare questa osservazione se si rifletta come appresso ai Romani nel tempo, in cui il dritto civile si trovò, a così dire, nella sua infanzia, i giudici delle quistioni penali non differirono da quelli destinati a decidere le civili, sicchè la retorica degli oratori, bandita poi dal *foro*, trovò ultimo refugio nelle *Basiliche* (2), dalle quali, giunto il dritto civile al suo più alto grado di perfezione, essendone cacciati dai giureconsulti, ebbero a cercare un ultimo, ed oscuro asilo nelle scuole di declamazione (3).

Senza toccare adesso le relazioni delicate tra la istituzione del *Jury*, e la *giurisprudenza* (analogia di nome, che vela una grande, ed inconciliabile antipatìa di cose), e parlando per il bisogno di quei paesi, ne' quali la giurisprudenza ha l'esclusivo maneggio delle civili, e delle penali materie, giova osservare, che se nelle prime ella ha nel dritto romano, dal quale non le è dato prescindere, la necessità di essere stazionaria, ella nelle seconde, e relativamente a quel dritto ha dovuto trovarsi nel-

---

(1) Non sò come siasi potuto giudicare cosa di *poca importanza* la esenzione del *Jury* dalle materie civili. Meyer *Esprit, origin. etc. des instit. judiciair. vol. 4 p. 449.*

(2) Si allude quì ai giudizi *centumvirali* esercitati dai giudici scelti fra il popolo. Nè Cicerone nè alcun grande oratore, se si eccettua Asinio Pollione, parlò avanti ai Centumviri; e al tempo di Tacito, o di chiunque siasi l'autore del dialogo della corrotta eloquenza, gli oratori vi affluivano. *De orat. cap. 38.* Plin. *Lib. 2 ep. 14.*

(3) Queste cose saranno da me più diffusamente narrate nello scritto, che mi auguro di pubblicare *Sulle vicende dell'eloquenza forense antica e moderna.*

l'alternativa o di adottare una forza di *resistenza*, o di ricevere un *moto*, che da quel dritto in gran parte l'allontanasse.

Se negli oggetti penali a differenza che nei civili la legge per se medesima più complessa assai di quel che non sia la indole degli oggetti, ai quali debba essere applicata, occupa l'animo di chi giudica, una legge penale esorbitante, sanguinaria e crudele ha bisogno d'una giurisprudenza, che le resista. Questo carattere si scorge appunto nelle massime de'Romani giureconsulti, e la equità canonica lo rese più pronunziato, e più forte nei successivi giureconsulti, i quali ebbero ad occuparsi di giudicar delitti o sulle leggi degl'Imperatori Romani, o sulle più assurde, e feroci, nacquero in età più ignoranti, e più barbare (1). La legislazione Toscana alla metà del decorso secolo, tentata, e ritentata praticamente la tempra dei principj proclamati dal libro *dei delitti*, e *delle pene*, essendosi animata dello spirito di quel libro, fece nascere una nuova giurisprudenza, la qual si distingue con due caratteri, che la scienza dee segnalare ai contemporanei ed alla posterità. Imperocchè ella, e si penetrò dello spirito di riforma, che avea cambiato affatto il carattere della legge penale trà noi, e apprezzò con questo medesimo spirito la resistenza, che i giureconsulti Romani e la equità canonica aveano opposta sempre all'esagrato principio politico, che animava il lor penale sistema, coll'opporre alla credibilità della prova il pericolo dell'errore, che una sana filosofia non potè non scorgere sempre attorno agli oggetti della certezza morale, ed istorica (2).

Prima dei salutari miglioramenti di fatto, che il Gran-Duca Leopoldo introdusse nel dritto criminale del paese da lui governato, la giurisprudenza penale, connettendosi col dritto Romano, il quale, come legge, regolava la più gran parte dei casi, fu la giurisprudenza dei Clari, dei Farinacci, dei Carpzovii, e alcune massime di moderazione maggiore introdotte nel foro dal dritto canonico erano il solo temperamento, che mitigasse in parte la barbarie, e il rigore eccessivo di quel che il Beccaria chiamava *assioma ferreo* (3), ed un altro insigne giu-

(1) Essendosi verso la metà del decorso secolo esasperate in Italia grandemente le leggi penali, Gallucci *Observ. ad De Amoeno obs.* 23. *n.* 5, anco in Toscana fu seguitato l'esempio di Roma e di Napoli, e fu pubblicata la legge del 15 gennajo 1744, la quale autorizzava i giudici a decretare la pena di *forca*, e *squarto* sopra indizi *indubitati*. Che fece la giurisprudenza per temperar il rigor soverchio di quella legge? Osservando, che ella parlava d'indizi indubitati in *numero plurale*, stabilì la necessità del concorso di *due*: sebbene un indizio, se è *indubitato*, sia tale per la sua sola forza, nè ragionevolmente parlando abbia bisogno di cercarla nel numero. Altimar. *Ad Rovit. Dec. Neap. dec. 61 n.* 12. L'Auditor nostro, d'illustre e venerata memoria, Vincenzo Fabbroni *Dec. del 1 giugno 1804.*

(2) Che tale sia lo spirito dell'art. 110 della riforma Leopoldina del 30 novembre 1786 sarà dimostrato nel libro quarto.

(3) *Delitti e pene* § *31.*

reconsulto *comune opinione*, ed *errore comune* (1), a niun altro scopo introdotto se non a quello di rendere più pronto, e più precipitoso il moto della scure, di cui si armava la legge.

L' abolizione della tortura: il discredito, in cui per il bando dato a tutti gli afflittivi supplizi cadde la opinione infelice della efficacia politica della pena: le garantie dell' accusatorio processo, che il Toscano legislatore innestò tutte nel suo metodo giudiciario senza accettarne le forme: la perfezione, che egli dette ai procedimenti analitici della investigazione nel raccogliere le prove di fatto relative al denunziato delitto: l' adozione del principio critico, ed equo di negar piena fede alla prova indiziaria, e di punire con un grado di pena soltanto proporzionale alla urgenza di quella prova col doppio scopo di servire al bisogno politico, non disapprovato dal gius di natura, di porsi in guardia contro l'individuo divenuto sospetto d'impresa delittuosa e al principio di giustizia, il quale reclama, che ogni error di giudizio in aggravio altrui debba essere, scoperto che sia, riparato: e l' accoglienza, che esso dette ad una illimitata libertà della difesa del reo senza che la prerogativa pomposta d'un pubblico accusatore ne creditasse al suo confronto la umile condizione, fornirono alla giurisprudenza penale Toscana il suo vero criterio, vale a dire, le infusero quello scetticismo salutare sì difficile a penetrare nell' animo del comune degli uomini, che ogni sensata, e giusta applicazione della legge nell' esame del fatto dee professare contro la pena, ed ogni più acerbo suo grado in paragon di un minore.

Sebbene i Magistrati Toscani anco prima della riforma del 1786 si distinguessero per la equità, per la giustizia, e per la dottrina dell' applicazione della legge, l' aureo secolo della Toscana giurisprudenza penale incominciò dopo quella riforma. Allora lo spirito filosofico, infuso nelle materie penali dagli scritti del Montesquieu, del Beccaria, e del Filangieri, fece quasi miracolosa alleanza colle massime di equità, e di giustizia dei Romani giureconsulti, e quest' alleanza fu quella, che Tacito ai tempi di Trajano credè possibile tra la libertà e l'impero (2).

Qual ricco e prezioso deposito di utili suggerimenti per la compilazione di un nuovo codice penale quanto più si può desiderare in tutte le sue parti perfetto, somministrano i voti, e le decisioni dei Biondi, dei Paoletti, dei Poggi! (3).

Porre a confronto i principi, ed il saper di quei voti colle fug-

---

(1) Emilio Ferretti *Coment. ad l. 3 § 4 dig. de testibus.*

(2) Tacit. *Annal. lib. 1 cap. 13.*

(3) Sono note le opere a stampa dei due ultimi. Del primo esiste, sebben raro e poco conosciuto, uno stampato col titolo *Opuscoli del P. J. B. Firenze 1801.* Manoscritte son sempre le note del Poggi all'opera del Paoletti, come manoscritto è sempre il suo utile trattato sulle trasgressioni. Una scelta raccolta a stampa dei *voti criminali* di tutti è sempre desiderata.

gitive improvvisate parole, che altri metodi adottano nel decidere, sarebbe lo stesso che paragonare la teoria dei gravi inventata da Galileo, e perfezionata da Newton, la quale ha tanto contribuito a meglio conoscere il cielo, e meglio assicurare la umana esistenza sopra la terra, alla politica del selvaggio, il quale, cedendo a un bisogno di circostanza, e nauseando il più lungo, e penoso circuito per cogliere dall'albero i frutti, dei quali intende cibarsi, invece di scuoterne i rami ne taglia coll'accetta il tronco, e impoverisce così la natura (1).

Questo sistema, se non ha dritto di essere il solo nel decidere i problemi della giustizia penale, ha quello almeno di mostrarsi scientifico, e coerente in tutte le sue parti al tribunale della ragione. Se il far la legge penale appartiene ad una scienza, non si sà scorgere come un legislativo sistema incominciando colla scienza debba finire colla ignoranza: come partendo da un calcolo razionale, e sperimentale in un tempo possa finire in un getto di sorti, o in un vaticinio. Questa incoerenza tra il cominciamento, ed il fine di un legislativo sistema, ove esso esista, debb'essere stata l'effetto non di un principio scientifico ma di circostanze locali, alle quali ha dovuto obbedire.

Ponendo mente al carattere della legge penale: ai complicati principi, che la compongono: alla indole degli oggetti, che ella prende di mira, i quali come fatti trovansi nell'alternativa o di essere giudicati dalle simpatie, e dalle antipatie umane poco atte a fornir retti giudizi, ancorchè fossero zelo per l'ordine, o di essere creazioni originali, ed intere di uno scientifico calcolo, non vi ha ragione per credere, che questi oggetti non debbano essere dalla legge determinati nella loro *speciale* configurazione come lo furono allorchè vennero nella loro *generalità* dalla legge medesima contemplati: che il principio *teorico*, il quale gli fissò come concetti dello spirito umano non debba guidare il giudizio *pratico*, che dee fissarli come ultimo punto di fatto, che quel principio si propose di regolare come oggetto di dritto.

Le scienze delle quantità nella loro applicazione alla più regolare, e più utile azione dei corpi non abbandonano a chi non ne ha la perizia l'oggetto loro a metà di cammino e regolano coi loro calcoli quell'azione finchè non giunga al punto, a cui hanno intesa condurla. Se questa osservazione bisogna dire, che gli oggetti del dritto penale non sono oggetti scientifici, e un indefinibil destino gli dee governare, o se si ammette, che oggetti scientifici siano, converrà confessare, che il principio scientifico, il quale presiedè alla formazione della legge, non può essere senza grave pericolo di disordine bandito dalla sua pratica applicazione (2).

---

(1) *Lettres edificantes Rec. 1 pag. 319* presso Montesquieu *Esprit des loix liv. 5 chap. 13*

(2) Dacchè mi fu affidato l'onorevole incarico del pubblico insegna-

§. II.

Dritto romano.

Una raccolta di antichi frammenti, reputati degni del nome di leggi (1) i quali offrono una grande quantità di casi controversi decisi colle pure, ed immaculate regole della giustizia, non può non essere una utile opera di giurisprudenza.

Tale è il dritto Romano, non ostantechè la opinione sul grado di reverenza e di stima, che esso si merita, abbia spesso variato col grado di civiltà, cogli studi, cogl'interessi, e colle politiche vicende degli uomini.

Alla fine del secolo passato più specialmente si son con veemenza manifestate opinioni al dritto romano contrarie, essendosi giunti a dire, esser esso un impuro fonte, al quale la ragione umana dee vergognarsi di attingere (2).

Quest'odio contro al dritto romano ha avuto nei tempi a noi più vicini quattro cause diverse:

1. L'avversione contro la monarchia assoluta, alla quale, dalle leggi Imperiali progressivamente fondata, i Romani giureconsulti furono devoti sempre, credendo, che un legale temperamento ne potesse essere la giustizia (3).

2. Lo slancio forse precipitoso troppo per le legislative riforme (4).

3. La predilezione per il *Jury*, il quale vuole brevi, e semplici leggi: bando di ogni giurisdizione delegata dal Principe:

---

mento pensai non potersi disgiungere la scienza della legislazione dalla buona giurisprudenza penale. Fui in principio tacciato di voler trarre troppo in alto le menti dei miei scolari, ma la istruzione, che ne raccolsero, mi ottenne grazia di questa taccia.

(1) D'onde avvenne, che molti scrittori in Germania nel citare i luoghi del corpo del dritto segnano *frammenti* invece di *leggi*. Warnkoenig *Commentarii jur Rom. privat. etc. Leodii* 1825. *vol. 1. pag. 51.* Tra le molte maniere di citazione del dritto romano io mi sono attenuto a quella, che già propose Ludevig *In vita Justin. p.* 268 accolta dal Gibbon *Hist. of. the decl. and fall of the Rom. Emp. ch. 44 not. 1.*

(2) Brissot-de-Warville *Thèorie des loix crimin. vol. 1 pag. 73.* Bentham *Traitès de lègisl. civ. et pen. vol. 1 pag. 169.*

(3) Ulp. *Dig. lib. 1 tit. 4 l. 1.* « *quod Principi placuit legis habet vigorem* ». Il giureconsulto si appoggia alla *legge Regia*, la quale nella guerra, che le mossero contro Grevio, Gronovio, Beaufort, Gibbon ed altri riputandola una soperchieria di Triboniano, ha trovato un difensore, ed uno scudo nelle istituzioni di Gajo recentemente scoperto. Hugo *Histoire du droit romain troisième periode chap. 1* § 277. Ma le parole di Gajo *L.* 1 § 5 sono troppo generiche. Su tutta questa materia, e sul frammento della L. Regia fatta per Vespasiano e scoperta nella fabbrica di Laterano sotto Clemente VI ved. Haudold *Epicrisis ad Heinecc. Antiquit. Rom lib.* 1 *tit.* 2 §§ 62 66 67.

(4) Birnbaum *Diss. de pecul. act. nostr. jus crim. ref. studio pag. 58 et seqq.*

libertà da ogni scritta regola di dritto nella valutazione della prova (1).

4. Il desiderio dei nuovi codici (2).

Una storia filosofica del dritto romano relativamente ai delitti, alle pene, ed al modo di giudicare i primi ed applicar le seconde, distinguendo l'epoche, e la legislazione della giurisprudenza: apprezzando la influenza, che sull'una ebbe l'incremento del dispotismo, e l'abuso che i più ignoranti, ed i più crudeli tra gl'Imperatori fecero della legge di Dio, e della morale cristiana: osservando come si mantenne sempre ferma, e costante nel proteggere la giustizia onde l'atroce principio politico, che animava una sanguinaria legislazione, potrebbe sola riconciliare col dritto romano gli spiriti, che gli si dichiararono avversi (3).

Ma la storia del dritto romano come opera dell'antichità si promiscua con quella della legislazione penale, o fa parte di quella della giurisprudenza meglio connettendosi in questo secondo riguardo con i sistemi giuridici dei tempi nostri, se si prescinda da quei paesi, nei quali la barbarie nello incivilirsi credette non dover sacrificare la indipendenza del proprio *buon senso* all'autorità della *scienza* (4).

---

(1) Aignac *Histoire du Jury chap. 4 p. 145.*

(2) Recherà meraviglia veder Leibnitz fra i fautori della *codificazione.* Lerminier *Introd. gen. à l'hist. du droit chap. 10 p. 141.* Altri giudicherà se la sua opera *Corpus juris reconcinnandi ratio* relativa al dritto romano appartenga alla *codificazione.*.

(3) Tentarono questo assunto Hommel *Diss. quid de poen. Rom. crimin. jure Justinianaeo obviis philophofice statuendum sit, Lipsiae 1787;* Resserer *Commentatio de indole juris crimin. roman. usque ad Imp. tempora. Heidelbergae* 1827; Abbeg *Comment. de antiquissimo romanorum jure criminali, Regimonti* 1823; Vogel *Observat de fine poenarum secundum principia juris rom. Gottingae* 1822; ma il più vasto, e ricco deposito di notizie per una storia filosofica del dritto penale romano è nel comento di Jacopo Godofredo al Codice Teodosiano. Leibnitz *Meth. nov. disc. docend. jurisprud. part.* 2 § 20 fu il primo a dividere la giurisprudenza romana in *didattica* (oggi dommatica), in *exegetica*, in *istorica*, e in *polemica* (forense), ed a divider la *storica* in *interna*, ed *esterna.* Sarebbe stato desiderabile, che nell'applicazione di questa seconda divisione vi fosse più coerenza tra gli scrittori. Leibnitz sembra concepirla in un modo: in un altro Hugo *Histoire du droit rom:* in diverso Christ. Frider. G. Maister *De studio juris rom. Chronol. etc. Syl. 1. Opusc. p. 364:* in diverso Haubold *Inst. jur. Rom. priv. hist. dogm. lin. pag. 7 16:* e in parte ancora diverso Warnkoenig *Coment. jur. Rom. priv. Introd.* § 1 *et seqq.*

(4) Il signor Meyer *Esprit, origin, etc. des institut. judiciaires etc. Introd pag. 68* attribuisce alla obliterazione totale del gius romano nella età di mezzo il predominio che il dritto canonico acquistò nel foro, e sostiene che questo dritto non è segnalabile per alcuna sua importante influenza sul metodo giudiciario. Ciò non sussiste, e non sarebbe oggetto indegno di uno storico della legislazione il mostrare come, per quali ragioni, e fino a quel punto il dritto canonico s'innestasse sul tronco del dritto romano specialmente quanto alle forme del giudizio penale. Parlando del metodo giudiciario verrà dimostrato, che il pro-

Senza distinguere la legislazione della giurisprudenza non è dato di apprezzare fino a qual punto il dritto romano possa sempre fornire utile appoggio ai sistemi della sicurezza sociale.

La romana legislazione, fulminata già d'anatema dal Toscano legislatore come parto del dispotismo imperiale (1), non può trovare nè elogio, nè scusa presso un amico della giustizia e della umanità. Gl' Imperatori romani, i quali all'oggetto di dare un apparente forma legale al loro dispotismo contorsero l'antico diritto della repubblica alle lor mire colla inumana finzione della servitù della pena, fecero legalmente piombare sul capo dei loro popoli gli antichi atroci supplizi riserbati dalle leggi agli schiavi, e ne aggiunser dei nuovi (2). La loro legislazione offese la politica, e la giustizia:

1. Col qualificare come delitti azioni, che non ne meritavano il nome (3).

2. Coll'adottar modi di punizione suggeriti da un profondo disprezzo per la dignità della umana natura, dall' avarizia, e da una gratuita ferocia (4).

---

cesso del Gran-Duca Leopoldo ha adottato con savio temperamento, ed a vantaggio della civil sicurezza, non pochi principî del dritto canonico. Sulla influenza di questo dritto sopra alcune leggi criminali moderne V. Tittman *Dissert. de causis auctoritatis juris canonici in jure criminali germanico, Lipsiae 1798*, nella qual dissertazione però il dritto canonico non fa la miglior figura.

(1) *L. 30. Nov. 1786 art.* 62 e nella *Introd.*

(2) Questa ipocrisia legislativa è da alcuni con tuono complimentoso chiamata modestia. *Diss. de singulari Imperatorum in legibus condendis modestia.*

(3) Fu dichiarato sacrilegio il dubitare della idoneità della persona scelta dall' Imperatore ad amministrare. *L.* 2. *cod. de crim. sacrilegii.* Caligola, dice Montesquieu *Grandeur, et decadence des Romains chap.* 15, era un vero sofista nella sua crudeltà. Celebrare o non celebrare la vittoria di *Actium:* piangere o non piangere la morte di Drusilla era sempre per diverse ragioni delitto.

(4) Fa raccapriccio il vedere, come la idea di alcuni modi di legal punizione nacque nella mente imperiale allato a quella d' un feroce divertimento. Tal fu la obiezione alle bestie. Siccome un vecchio privo di forze, e non bello, e agile di membra non poteva offrire nella obiezione alle bestie episodj, che ritardassero la catastrofe, la pena non s' irrogava se non ai giovani. Gotofr. *Coment ad Cod. Theod. lib.* 9. *tit.* 18. *l.* 1. Si usava anco di chiudere il condannato, dopo averlo frustato, in una specie di gabbia, che gettavasi contro al toro, il quale infierendovi colle corna la travolgeva, la gettava in alto donde cadeva. Se la vittima non moriva veniva scannata. Euseb. *Lib.* 5. *Hist. cap.* 1. *in fin.* Gli animi erano così induriti alla crudeltà che i poeti facevano allusione nei loro versi a queste nefande cose, scherzando. Ant. Math. *De jure gladii etc. Lugd. Bat. 1689. pag.* 8. Eppure non mancò chi giuridicamente ne scrisse. Faber *In semestr. lib.* 2. *c.* 7. Cleemanni *Diss. de condemnat. ad bestiar. Lipsioe 1771.* Queste iniquità passarono dall'*anfiteatro* al *palazzo*. L' Imperator Valentiniano teneva due orse alla porta della sua camere da letto, l' una chiama *INNOXIA*, l'altra *MICA AUREA;* e per dar loro un cibo più delizioso le pasceva della viva carne de' malfattori. Ammian. Marcell. *lib.* 29 *cap.* 3.

3. Con la proporzione delle pene desunta dalla diversa condizione delle persone, al che un abuso ridicolo del linguaggio delle scienze esatte ha dato il nome di geometrica proporzione (1).

4. Col dritto, che il Principe arrogò di giudicare da se medesimo, come il popolo giudicava da sè nei comizi (2).

5. Coll' avere per via dell'ipocrito mezzo termine delle antiche cognizioni straordinarie ridotti tutti i delitti giudicabili senza legge, che tali gli dichiarasse, che stabilisse la pena, e determinasse l'ordine del giudizio (3).

6. Coll' aver ridotto a sistema giuridico la tortura, estendendola dai servi, ai quali in tempo della repubblica si applicava, ai liberi di qualsia condizione (4).

I Romani giureconsulti ebbero il vanto se non di togliere dalla legislazione del loro paese codesti orrori, di diminuirne almeno, e temperarne gli effetti funesti; e più cause contribuirono ad ammettere la giurisprudenza in una materia, dalla quale i popolari giudizj nelle questioni perpetue l'aveano costantemente bandita.

La vasta famiglia de' delitti privati, alcuni de' quali potevano trovarsi a contatto de' pubblici, onde necessario fosse conoscere se all' una, o all' altra classe spettasse il delitto, e la differenza dei servi, e dei liberi come passivi subietti dell' azione delittuosa, sicchè il delitto, secondochè cadeva o su gli uni, o su gli altri potesse, o non potesse sussistere, dovettero rendere necessaria la opera dei giureconsulti per decidere simili controversie (5).

---

(1) Ant. Math. *De criminib. ad lib. 48 dig. tit. 18 cap. 4 n. 7* Renazzi *Element. jur. crim. lib. 2 cap. 4 §. 15.*

(2) Inveisce contro questo sistema il Montesquieu, e lo encomia con cieca venerazione Schultingio.

(3) Lo impugnano Thomasio *Dissert. ed abigeatu*, e Nani *Animad. ad Math. in proleg. cap. 4 vol. 4, Princpj di giurisprudenza criminale pag 215 not. 1.* I delitti straordinarj presso ai Romani, e quanto alla loro storica origine, e quanto alla loro indole sotto gl'Imperatori continuano tuttora ad esser soggetto di erudita controversia. Birnbaum *De pecul. act. nostra jus crim ref. studio pag 47, et not. 28.* Nella giuridica indole di questi straordinarj delitti dalla introduzione delle questioni perpetue fino ai tempi di Alessandro Severo stà forse la storia del dritto penale, e del criminale processo presso ai Romani. Della influenza, che le risposte dei giureconsulti aver potessero sulla configurazione di questi delitti ne sospettò Hommel *Diss. quind de poen. Roman. etc. cap. 1 §. not. 2.*

(4) Il Marchese di Beccaria è d' opinione, che i Romani torturassero i servi soltanto. Lo combatte il De Simoni *Del furto, e sua pena pag. 337.* Il Cremani con molta giustizia pensa, che la tortura dai servi passasse ai liberi sotto gl'Imperatori. *De jur. crimin. vol. 1 pag. 220. num. 1.*

(5) Tra per le differenze delle offese dell' ordine, e tra per il cambiamento avvenuto nelle diverse attribuzioni dei magistrati o maggiori, o minori le questioni di competenza dovettero dare un gran risalto al

Il cambiamento del dritto, in vigor del quale i delitti *legittimi* cederono il luogo agli *straordinarj*, dovette pur rendere necessaria la opera dei giureconsulti, onde stabilir con giustizia non tanto la entità del titolo quanto il grado d'imputazione dell'atto delittuoso (1).

Finalmente la teoria giuridica della tortura obbligò la critica, e la equità, di cui erano oracoli i giureconsulti, a tenerne almeno in certi confini la ingiustizia, e la crudeltà; dal che nacque la teoria dalla giuridica credibilità dell'indizio come titolo della pena straordinaria, la quale spuntata nel terreno della tortura, come in un suolo medesimo spunta allato alla pianta venefica la salutare, e fu da scrittori speculativi resa partecipe del giusto abominio che la tortura si meritava (2), e, divenuta poi sotto la influenza del dritto canonico temperamento di una irreparabil condanna, non fu altrimenti più ravvisata, conforme pur doveva essere, come un equivalente delle guarentigie politiche del *Jury* (3)

In queste operazioni delicate, e difficili, delle quali il nuovo sistema penale dei padroni del mondo incaricava i Romani giureconsulti, qualunque pur fosse l'autorità, di cui erano essi a

---

consiglio dei giureconsulti specialmente allorchè andò progressivamente abolendosi l'accusa pubblica *volontaria*. Forse le gravi quistioni sulla competenza dell'azione privata, o della pubblica a suscitare il giudizio straordinario, delle quali Heinecc. *Ant. Rom. lib. 4 tit. 18 §. 5* confutato dal Nani *Animad.*, ed *Ant. Math. proleg. cap. 4. not. 4*, e *Principj di Giurispr. crimin. pag 215. n. 1.* non possono sodisfacentemente dirimersi senza aver riguardo alla diversità dell'epoche. Quanto le questioni di competenza dasser da fare ai Romani giureconsulti raccogliesi dal *Titolo del dig. de extraordinariis cognitionibus etc.*, e dai loro libri, che in quel titolo vengon citati.

(1) Il Nani con poco uso del foro pretese, che anco sotto gl'Imperatori restassero il delitto, e la pena ordinarj, e solo divenisse straordinario il modo della cognizione. Se si rifletta che nel titolo *De exstraordinariis criminibus* non si parla di prova mai, e che l'antica massima dell'accusatorio processo *Actore non probante reus absolvitur* continuò ad esser ricevuta nel foro anco dopo l'abolizione delle questioni perpetue, apparirà verisimile, che più che sul modo di conoscere su quel di punire avvenisse il cambiamento del dritto. Il giureconsulto Callistrato *L. 5. dig. de extraord. cognit.* mentova la pena d'infamia al capitale delitto, e se quanto all'infamia la fa derivare *ex auctoritate legum*, quanto al delitto capitale niente suggiunge forse perchè la sua risposta non è tutta in quella legge trascritta.

(2) Filangieri *Scienza della legislazione lib. 3 part. 1 cap. 11.*

(3) Nel trattato del metodo giudiciario sarà determinata la vera giuridica indole della pena straordinaria nelle sue relazioni colla dialettica indole della prova semipiena, e col processo *analitico*, che può fissarla come oggetto scientifico. Per ora convien contentarsi di osservare, che le declamazioni d'un altronde egregio scrittore contro la pruova semipiena, e il suo giuridico effetto, derivano dal non aver egli avuta veruna cognizione del processo criminale, istituito dal Gran Duca Leopoldo di Toscana *Esprit, origine, etc. des inst. judiciaires vol. 2. pag. 564.*

quest'oggetto investiti (1), possedendo l'abitudine della giustizia nei civili negozj, ne estesero la salutare influenza ai penali.

Siccome le sorti della sicurezza civile tra la *coscienza*, che di se stessa si appaga, e la *scienza*, che di se stessa diffida, non possono ancor dirsi decise, lo studio del dritto romano per l'applicator della legge penale (nè a quest'oggetto la sua parte civile può essere esclusa) non merita l'ostracismo. Senza citare uno scrittore, il quale potrebbe divenir sospetto per la scuola, alla quale appartiene nelle sue lodi allo studio del romano diritto (2), giova citarne uno, il quale, spingendo la scienza della legislazione nei vasti campi della storia della specie umana, ed obbligandola a intraprendere col naturalista, e col botanico lunghi viaggi, non può esser creduto inceppato dai pregiudizj del foro. Questo scrittore, sebbene pei suoi principj poco disposto ad apprezzare l'ufficio, e l'indole della giurisprudenza, attribuisce l'essere il romano diritto sopravvissuto a tanti secoli, e a tante vicende degli uomini a uno studio meditato e profondo della natura umana: a un tatto squisito del vero: ad un metodo quasi ippocratico nella cognizione, e nella decisione dei casi o controversi o dubbj di applicazione della legge regolatrice degli umani interessi: doti tutte, per le quali nacque, e crebbe la fama dei romani giureconsulti (3).

§. III.

Storia della giurisprudenza penale.

La storia della penale giurisprudenza non ha nè può avere o l'interesse o l'utilità di quella della scienza della legislazione, e sarebbe un errore di critica confonder l'una coll'altra come alcuni hanno fatto (4). La giurisprudenza operando colla critica, e colla naturale equità nella interpetrazione, e nell'appli-

---

(1) Questo punto di storia del dritto è sempre in problema. *Thémis ou Bibliothèque du jurisconsulte etc. vol. 2. p. 17.* Posson vedersi le opere, che più lo illustrarono in Haubold *Inst. jur. Rom. priv. histor. dogmat. lineam. lib. 4 sect. 2 cap. 5. §. 235*, e in Warnkoenig *Commentarii jur. Rom. priv. Introd. §. XVI. not. 5.*

(2) Schlosser *Traité sur l'étude du droit Rom.* nel Magazzino del dritto civile del signor Hugo *vol. 1 p. 20—36. terza ediz.*

(3) Comte *Traité des législation etc. vol. 1 p. 267—291.* Leibnitz paragonava il dritto romano alla *geometria*, e alle *matematiche* per il rigore delle logiche deduzioni. *Op. vol. 4 part. 3 pag. 267—368.* Ma Brissot de-Warville lo avea condannato alle tenebre esteriori come testa pregiudicata, e fautore della *prova semipiena.*

(4) Renazzi *Elem. jur. crim. in proef.* Questa confusione della scienza della legislazione, e della giurisprudenza ha resa difettosa un'opera, che per il suo sapere merita certo un posto distinto tra le moderne. Lerminier *Introd. gen. à l'histoire du droit. Paris 1829.* Quest'opera comprende molti, e diversi giudizj sul *dritto filosofico*, sulla scienza *della legislazione*, e sulla *giurisprudenza romana*, ma il desiderio, che ebbe l'autore d'ingradire il suo quadro, e dargli un insieme, che

cazione della legge, onde il principio di giustizia, a cui qualunque legge deve obbbedire, divenga una norma di fatto, alla quale debbon cedere le umane passioni, non può non avere un carattere di costante uniformità. Se alcuno intendesse di tesserne la storia egli dovrebbe scriver quella del relativo merito dei giureconsulti, lo che può servire alla pratica, e non è di alcun giovamento alla teoria della scienza (1).

La storia della giurisprudenza si confonderebbe con quella della legislazione se si volesse mostrare in quali paesi ella abbia più, o meno fiorito, ed ove abbia avuta maggiore, o minore influenza nel guidare, e nel risolvere il criminale processo. Alla storia della legislazione spetterebbe il rintracciare le cause per le quali il dritto romano anco nella giurisprudenziale sua parte o non è stato ammesso in alcuni paesi, o vi ha esercitata poca influenza. Della tempra medesima sarebbe la non inutile, e non ingloriosa ricerca tendente a stabilire se la moderna introduzione del *Jury* in alcuni paesi di Europa se non ne abbia bandito affatto, vi abbia indebolito di molto lo studio del diritto necessario altronde ove quella istituzione sia ristretta alle sole materie penali, e non ammessa nelle civili.

Può senza timor d'errore, e senza taccia di esegrazione asserirsi, che presso agli antichi i soli romani ebbero una giurisprudenza, e dei giureconsulti (2). Lo stabilire la verità di questo fatto, e rintracciarne le cause è riserbato alle luminose fatiche di quella scuola di dritto, la quale, giustamente assumendo la divisa di storica, oltre all'aver salvato dal naufragio il dritto romano nelle tempeste politiche a noi contemporanee, ha aperta una via di ricerche, che lo studio di questo dritto nei suoi più bei tempi non seppe vedere. Spetta a questa scuola il purgare anco nelle materie, che ai delitti, alle pene e all'ordine dei criminali giudizi appartengono, il dritto romano dagli errori, che la compilazione di Triboniano, e i men culti interpetri vi hanno introdotti.

L'uomo è animale imitatore, onde gli esempi sono a lui di poderoso incentivo a bene, e nobilmente operare. L'accortezza di Ulisse, il quale riuscì a risvegliare nel cuor del figlio di Peleo il sopito valore illustrando le effigiate storie delle imprese d'un semideo, è un argomento classico dei vantaggi, che l'esempio può fornire alla educazione. Se è lecito paragonare le piccole cose alle grandi (nè è piccola cosa istruir gli uomini alla giustizia) una storia della giurisprudenza penale potrebbe

---

lo rendesse più generale, e sistematico lo ha obbligato a congiungere, e confrontare tra loro opere, ed autori, i quali nè per il tenore dei loro studj, nè pel loro carattere, nè pel loro scopo, nè per quel che scrivendo produssero hanno cosa alcuna di comune tra loro.

(1) E però giustamente il signor Hugo *Histoire du droit Romain Introd* § *XXII* dichiara inutile al giureconsulto quel ramo di studio.

(2) Leibnitz *Jurisprud. Epist. 15 op. volum. 4 part. 3 p.* 267.

divenire un lavoro utile in un paese ove le guarentigie del metodo giudiciario consistessero tutte nella giustizia.

Il titolo, e il metodo di questa storia sono stati già con molta lode d'ingegno indicati alla interpetrazione del dritto romano, denominandola *letteraria*, e dividendola in *biografica*, e *bibliografica* (1).

La biografia degli scrittori, i quali scrissero per l'applicazione della legge penale, ha un interesse maggiore di quella degli scrittori, i quali operarono nel dritto civile. Fu già osservato come gli oggetti del dritto civile non possono essere per sè soli fomiti di decisione passionata in chi praticamente ne giudica, mentre tali anco per motivi in se stessi encomiabili possono essere gli oggetti del dritto penale. La latitudine, che gli oggetti morali lasciano sempre all'ingegno umano onde nell'apprezzarli faccia prova della propria versatilità, è motivo di conoscere la tempra del carattere, le abituali disposizioni di animo, e fino il tenore delle opinioni del giureconsulto. Bene spesso la critica trova in questi dati, che colla dottrina del dritto sembrano non aver relazione di sorta alcuna, il più vero, e più facile mezzo di dar ragione di certe sentenze, per le quali il giureconsulto si è segnalato (2).

La bibliografia non vorrebbe essere uno sterile repertorio di libri (3). I grandi fonti della giurisprudenza penale nel dritto romano, nel dritto canonico, nelle leggi municipali: i cambiamenti, che nella legge della sicurezza sociale introducono sempre i progressi della civiltà umana, dovrebbero essere le scorte

---

(1) Chr. Gottlieb Hauboldi. *Inst. jur. Rom. litterariae; Lipsiae* 1819. Quest'opera, comecchè non separi il dritto romano *privato* dal *pubblico*, e prescinda dai *fonti* avrebbe dovuto comprendere anco i giureconsulti criminalisti. Rimase interrotta per la morte del suo illustre autore. Sebbene ella porti il titolo d'*istituzioni* è realmente una storia letteraria degli scrittori, che interpetrarono il gius romano. Il terzo ramo di *pragmatica*, che l'autore propone nella storia letteraria, riuscirebbe difficile ad essere in fatto distinto dagli altri. Citasi anco una *storia letteraria* del dritto da Giustiniano in poi del signor G. Hugo. Lerminier *Introd. gen. à l'histoire du droit pag.* 240 *not.* 2.

(2) Sono note le discordi opinioni de' due celebri giureconsulti del secolo XIII Azone, e Lotario sulla giurisdizione penale se dipendente o indipendente quanto al suo esercizio dal Principe. Il primo opinò secondo il giusto (aequum): il secondo opinò nello scopo di avere il superbo cavallo (equum) che l'Imperatore gli regalò. Gravina *De ortu et progressu jur. civ.* § 151. L'Haubold *op. cit. pag.* 13 e 15 fa un lungo novero di scrittori di vite di giureconsulti cominciando dal Pancirolo, e finendo in Henr. Giov. Otto Konig. Esatta è la citazione del *Dictionaire universel de justice etc. par* FORT. DE FELICE, Yverdon 1778 incontrandosi in quell'opera molti, e pregiabili articoli *biografici*.

(3) L'Haubold, prevenuto dalla morte, non dette la parte *bibliografica* della sua opera. Egli cita la biblioteca del Lipenio, preferibile certamente a quella del Fontana, e le continuazioni dello Schott, e del Senkenberg. Il signor Madhin è divenuto in seguito benemerito continuatore di quel grande ed utile lavoro.

del giudizio, che sarebbe da pronunziare sulle opere, che lo storico chiama a rassegna. Le salutari inspirazioni, che un confuso senso di umanità, di giustizia, e di moderazione ha suggerite all'ingegno dei giureconsulti fra le stragi, il sangue ed i tormenti, dei quali si armarono infelicemente le leggi penali in tempi di barbarie, allorchè la dignità dell'uomo non era valutata se non nei privilegj di pochi, meriterebbero d'essere accuratamente apprezzate. Si vedrebbe in questa parte di storia letteraria della giurisprudenza penale come quelle ispirazioni salutari vennero tutte dalla Italia, e più o meno si diffusero, e si propagarono al di là dei monti (1). Si vedrebbe del pari, che il disprezzo, col quale gli scrittori filosofi, non escluso il Beccaria, affettarono di parlare dei criminalisti forensi, altro titolo, ed altro motivo non ebbe che il non aver letto le opere loro, e averne giudicato dalle sanguinose tracce, che dietro a se lasciava una legge feroce, la quale ad essi doveva non la sua origine, ma la sua pratica salutare mitigazione (2).

Il diverso spirito, che l'*accusa*, e la *ricerca*: la *sintesi*, e l'*analisi* professano nel metodo giudiciario, custruendone due ordigni di forma tra loro interamente diversa, getta spesso dubbj, equivoci, gravi perplessità, e non raramente errori negli scritti dei criminalisti forensi. Spesso la mistura, che male a proposito hanno le leggi voluto adottare dell'uno e dell'altro metodo, essendo amendue *sui generis* (3), ha resa infelicemente più densa la caligine, che adombra tutta questa materia.

Forse una storia della giurisprudenza penale, animata, e diretta da filosofico spirito in chi ad esso accoppiasse una piena cognizione dei pratici, potrebbe essere il mezzo il più acconcio a stabilire una buona intelligenza reciproca tra il metodo giudiciario, il quale a proprio favore non può allegare se non le *giuridiche*, che esso intende fornire.

---

(1) Benedetto Carpzovio, professore a Lipsia nel secolo decimosettimo, concorse, dicesi, a più di ventimila sentenze di morte. Luden *Histoire des loix penal. Annales de législat. vol. 1 pag.* 328 *not.* 17. Si ponga con questa spaventevole proclività a confronto la encomiabile renitenza di Prospero Farinaccio, giureconsulto romano del secolo decimosesto, nella sua *Prax. crimin. quaest.* 52 *n.* 111. Non è piccola lode per questo giureconsulto, il cui nome per designare una barbara giurisprudenza penale è passato in proverbio, vedere come colle sue conclusioni coincidono quelle del Bentham, che non ebbe di lui sentore. *Teaitè des preuves judiciaires vol.* 1 *pag.* 316.

(2) Paolo di Castro fu il compilatore di molti statuti d'Italia in tempo prossimo al noto supplizio del Savonarola, il quale in una repubblica, che si diceva libera, fu vittima d'un processo falsificato, e d'una pena crudele. Quel celebre legista compilando la legge dovette servire alla barbarie dei tempi, e interpetrando la legge meritò, che di lui dicesse il Cujacio « *qui non habet* PAULUM DE CASTRO *tunicam vendat, et emat.* » De Felice *Dict. de justice etc. vol.* 2 *pag.* 444.

(3) Nuova obbligazione, che io contraggo col mio lettore, e che sodisfarò nel libro quarto di questa mia opera.

§. IV.

Filologia, e letteratura.

Parlare dell'arte di bene intendere gli antichi idiomi: ricorrere alle produzioni più leggiadre che utili dell'amena letteratura framezzo ai serj, e spesso funesti oggetti della legge penale, sembrerà forse o derisione, o delirio.

I glossatori prettamente *exegetici* (1) nel loro esporre il dritto romano non ebbero nè nella perizia del greco, nè in una perfetta cognizione del latino linguaggio il mezzo di stabilir sempre la vera lettura, e il più verisimile significato di quel diritto. La ignoranza del greco giunse in essi a lasciar non poche lagune nelle leggi (2). Una eguale ignoranza nel latino fu causa di errori fatali alla civil sicurezza (3), e produsse danni non compensati dai vantaggi, che, sebbene non smentendo mai se medesima, pur qualche volta produsse togliendo la falce di morte di mano alla legge (4).

S'ingannerebbe chi reputasse, che dopo Antonio Matheo tutto è fatto, e niente resta ormai più da fare nello stabilire il vero senso dei frammenti del dritto romano relativi ai delitti, ed alle

---

(1) Sarebbe desiderabile, che due ingegnosi scrittori, i quali illustrano la storia del dritto si ponessero d'accordo nella nomenclatura. L'uno indica come capo della scuola *dommatica* (nella interpetrazione del dritto romano) il Cujacio. *Annal. de legislat. etc. vol. 1. pag.* 19. L'altro lascia il Cujacio nella scuola *exegetica*, e dà al Donnello il vanto di corifeo della scuola *dommatica*. Lerminier *Introd. gènèral à l'histoire du droit pag.* 48. La esattezza è certamente dalla parte del primo.

(2) È noto il modo, con cui si esprimevano *« graecum est : non potest legi »*. Non son meno note le inezie d'Accursio nella sua interpetrazione della *L.* 62 *tit.* 2 *lib.* 47 *dig.* avendo creduto, che la parola *dactyliothecam* dovesse leggersi *an datus hypothecae sit.* Math. *ad lib.* 47. *dig. tit.* 1 *cap.* 1 *n.* 5. Il nostro insigne Leopoldo Andrea Guadagni ha reso un utile servizio ai forensi colla sua opera *Dissertationes ad Graeca Pandectarum, Pisis* 1786. Scipione Gentile preferiva i Glossatori agli Alciati, e ai Cujacii. *Dialog. de jur. interpret.* presso Chr. Got. Hoffmann *De claris legum interpret. Lipsiae* 1820.

(3) Baldo interpetrando *la L.* 7 *tit.* 2 *lib.* 9 *cod.* e non avendo inteso il latino significato della parola *notoriis* vi costruì sopra la regola di dritto, che il delitto *notorio* non ha bisogno di prova. Math. *ad lib.* 47 48 *dig. Proleg. cap.* 4 *n. ult.* Altri sbagliando il vero senso della frase *judicantis intrare secretum*, di cui la *L.* 14 *lib.* 4 *tit.* 20 *cod.* vi stabilì la regola, che i testimoni debbano esser sentiti segretamente. Math. *loc. cit. lib.* 48 *tit.* 15 *cap.* 4 *n.* 9 sù di che scrisse anco La Lande presso Meermann *Nov. Thes. jur. civ. et can. vol.* 4 *pag.* 453.

(4) Riminaldo il giovine, e Maranta, interpetrando la *L.* 9 *tit.* 11 *lib.* 47 *dig*, nella quale Ulpiano scrive, punirsi lo scopelismo *usque ad paenam capitis*, con un felice error di grammatica danno all'avverbio la forza di escludere Math. *loc. cit. lib.* 47 *tit.* 5 *cap.* 2 *n.* 3.

pene (1). Ovunque questo diritto sia il supplemento o il mezzo, di meglio interpetrare il dritto municipale il campo è sempre aperto a migliori, e più nobili interpetrazioni: non pochi, e rilevanti errori sul vero significato di alcuni frammenti introdottisi nella pratica restan sempre da corregersi: e lo stesso scrittore mentovato testè, aureo, classico, da commendarsi alla diurna, ed alla notturna lettura, non ha interamente purgate le stalle di Augia (2). Se lo studio del dritto romano, ove la legge non il naturale buon senso dell'uomo decide della sorte dell'accusato è necessario, di non minore necessità dee comparir quello che ne fornisce la più retta interpetrazione (3).

La eloquenza giudiziaria degli antichi nel tempo del suo declinare, colla coscienza di non esser più classica, si sforzò d'esserlo caricandosi di citazioni dei classici. Le orazioni di genere dimostrativo del sofista Libanio regurgitano di squarci di Omero. I giureconsulti romani nell'attiva lor vita, e non stimolati dal bisogno di far con frasi di sè pomposa mostra nel foro conservarono ciò non pertanto negli oratori la purità della lingua: il segno più certo della cultura, e del gusto (4). Dopo il risorgimento delle lettere nei paesi, nei quali il metodo giudiciario ebbe mistura di accusatorio, la mania delle citazioni dei classici deturpò la oratoria forense, e i tribunali ebbero il lor seicentismo come

---

(1) Il Nani, comentando quell'opera, rigetta le note di Michele Leggio: altri giudicherà se più utili delle sue. Ma se alle note del Nani si tolgano le citazioni dei Filangieri, che era a lui *magnus apollo*, e le sue frequenti espilazioni del Gotofredo nel comento al Codice Teodosiano, poco certamente gli resta. Un'utile aggiunta di note all'opera di Matheo può dirsi sempre opera desiderata.

(2) Grande, e formidabile è l'apparato di dottrina, con cui questo illustre scrittore intende concludere, che a prova *indiziaria* nel sistema de' giureconsulti Romani, ed in quello di Triboniano era titolo di condanna ordinaria. *Ad lib. 48. dig. tit. 15. cap. 6 per tot.* Dimostrerò a suo luogo, che le leggi sulle quali si appoggia non assistono l'assunto suo: che Triboniano, formando di due leggi la *L. ult. tit. 19. lib. 4. cod.*; tutto confuse, e niente concluse: che l'esempio d'indizio indubitato fornito da lui è per le osservazioni del Farinaccio, e del Bentham fallacissimo.

« . . . . . *Appulis*
« *Jungetur caprae lupis.*

Hor. *Od. l.* 1 33.

(3) Noldeke *De cognatione, quae inter juris Romani scientiam, et philologiam intercedat commentatio. Hanovrae* 1823. Leibnitz *Nova methodus disc. et doc. juris.* avea già proposto uno studio, che egli intitolava *Philologia juris.*

(4) Laur. Vallae *Lib. 3. Eleg. proem. et lib. 6. c. 34 — 36.* Car. Andr. Dukeri *Opuscula de latinitate jurisconsultorum veterum. Hagae* 1711. Ger. Gasp. Kirckmaeri *Op. VI. de latinitate digest. et inst. just. ed.* Ge. Sam. Madhin *Halae* 1772. Corn. Van Binkersoek *Lib. 1 obs. jur. Rom. cap. 25. lib. 8. c. 15* e soprattutto il giudizio del Gibbon *History of the decline and fall of the Com. Emp. chapt. 44. not. 79.*

il parnaso (1). Questa mania invase anco la giudicatura, la quale non dubitò d'incaricare Omero non che di decider le cause, ancora della *modica coercizione* necessaria a tenere in giusti confini i defensori, ed i litiganti (2). Ma gli abusi non furono mai una buona ragione per combattere un uso, di cui potesse provarsi il pregio, e la utilità.

Ove la istruzione *scritta* è nelle cause penali preferita all'*orale*, e dove i ragionati motivi del giudicato son destinati ad essere i monumenti durevoli della perizia, o imperizia: della giustizia, o ingiustizia di chi gli proferì: ove ogni passo, che il giudice inoltra verso la decisione è posto in fallo se non ha l'autorità della legge, che lo sostenga: sicchè altra forza per assolvere o condannar non vi sia se non quella, che l'autorità della legge converte in dritto (3), l'indole della scritta parola ingiunge obblighi più rigorosi, e difficili che non quella della pronunziata (4).

In questo metodo, il quale, come meglio verrà dimostrato a suo luogo, rende inutile la impulsiva forza dell'accusa, e tanto alla difesa concede quanto la scritta ragione le dà il valore, la legge tende a far dell'ordine un ordigno meramente *intellettuale* sicchè nè il suo modo di sentire, nè le sue private opinioni esercitino alcuna influenza nelle sue decisioni. Questo metodo non ha nemico più fatale della ignoranza, e dell'arrogante corteggio, che suol esserle sempre compagno: onde tutto ciò, che in esso mostra nel giudice le abitudini della scienza, è guarentigia del carattere delle pronunzie, che da lui aspetta la legge.

La scienza può in qualunque raro ingegno e in più rari casi essere il risultato d'una serie di studî, che colle lettere umane non abbian niente che fare: nei suoi dati generali però le buone lettere son la sua culla, e prescindendo dalla moderazione, dalla docilità, e dalla gentilezza che esse imprimono al modo abituale di sentire dell'uomo (5), esse, ove ne appariscon le tracce, ispirano la fiducia, che l'uomo, divenuto l'arbitro del suo simile, non si reputerà d'una natura diversa dalla sua (6), e con queste salutari disposizioni non farà piombar sul capo un atomo maggior di rigore di quel che la legge prescrisse. Chi seppe apprezzar Virgilio, ed Orazio seppe ancora impedire, che un giudizio fosse una gratuita carneficina (7), e se il filo-

---

(1) Balzac *Lettr. latin, 5. 6.* La Bruyere *Caractères chap. sur la Cheve.* La Harpe *Lycée etc. vol. 7. pag.* 2.

(2) Bayle *Dictionn. histor. et critique vol. 1. pag. 330.*

(3) *Cod. Lib. 1. tit. 14 l. 4.* « *Adeo de auctoritate juris nostra pendet auctoritas* ».

(4) *Segnius irritant animos demissa per aures etc.*

(5) « *Ingenuas didicisse fideliter artes*
« *Emollit mores nec sinit esse feros.*

(6) « *Homo sum: humani nihil a me abesse puto.*

(7) Sveton. *In Augusto chap. 39:*

sofo scampato da naufragio argui da alcune figure di geometria segnate sull' arena della spiaggia marittima, che egli era approdato fra gente non barbara (1), le analogie autorizzano a dire, che una sentenza, in cui lo stile annunzi un estensore versato nelle lettere umane, sarà guarentigia della giustizia di rigore, con cui punì, encomiabile e salutare sempre quando esso è la espressione della legge, odioso, e detestabile quando è il risutato delle private massime di chi giudica, e dell' impasto del suo carattere (2). La storia, designando due giudici col nome di *scoglio dei rei*, ha meno voluto dipingere la loro inflessibil giustizia, obbligo rigoroso, e perciò non incomiabile, di chi giudica, di quel che ella abbia voluto segnare a dito la espressione del loro acre personale carattere nei lor giudicati (3).

Disprezzar l'intervallo, che separa il gusto da un atto della penale giustizia, qualunque pur siano le ragioni, colle quali questo ardito passo sosteneasi, può sembrar paradosso, ma i fatti paradossi non sono. Una medesima penna dipinse il tempio di Gnido, e svolse le cause della grandezza, e della decadenza dei romani, e una invocazione alle muse, scritta dalla penna stessa, era destinata a servir di preambolo all' astrusa, e difficil ricerca sullo spirito delle leggi (4). Se si confrontino le opere di giurisprudenza penale destinate ad essere guide dottrinali di chi scrisse per giudicare, e di chi scrisse per difendere: se si esaminino i voti decisivi degli uni, e le allegazioni degli altri, si scorgerà che le conclusioni più giuste s'incontrano sempre ove la erudizione, e la cultura è maggiore (5).

Lo stretto contatto, che unisce lo studio del dritto romano colla giurisprudenza forense, obbliga a indicare l'ufficio *principale*, e l'ufficio meramente *accessorio* dell' amena letteratura in tutta questa materia.

---

(1) *Esprit des loix liv. 18. chap. 13.*

(2) *Est modus in rebus.* Le inclinazioni d'un Ovidio, e di un Metastasio non sarebbero buone per la giurisprudenza. Il primo confessava « *quidquid conabar scribere versus erat* ». Il secondo, avendo dopo la morte del Gravina esercitata per qualche tempo la professione di Avvocato a Napoli, perorò una causa in versi bellissimi improvvisati, e la vinse. *Bibliotheque britannique vol. 3. p. 315.*

(3) La denominazione fu data dagli antichi a L. Cassio, e dai moderni all' Airault, la cui tempra acre e biliosa lo spinse a muovere una causa di *plagio* contro ai Gesuiti. Aegid. Menag. *Vita Petri Aerodii. Parisiis 1675.*

(4) Lerminier *Histoire gen. du droit pag.* 202—203.

(5) Mi asterrò da provare questa mia asserzione con citazioni. È recente tra noi la memoria del Poggi, grecista, latinista, familiare coi classici d'ogni nazione: uno di quegli uomini, i quali sembrano dire

« *Pasco la mente di sì nobil cibo*
« *Che ambrosia e nettar non invidio a Giove:*

e criminalista insigne. Quante guarentigie per la retta amministrazione della giustizia penale!

Lo studio del dritto romano ha, per così dire, una parte *ascendentale*, ed una parte *descendentale*: dirigendosi la prima a conoscere le sue storiche origini, le sue vicende, e nelle une e nelle altre le ragioni, ed i mezzi onde inalzarlo a regolare, e completo corpo di leggi: la seconda contentandosi di quella serie d'illustrazioni, le quali ne formano la interpetrativa giurisprudenza resa necessaria ai bisogni del foro. Nella prima lo studio delle lettere ha una più grande, e poderosa influenza che nella seconda, nè vi ha classico monumento, il quale scoperto, o meglio apprezzato non possa aggiungerle un numero di perfezione (1): nella seconda lo studio delle lettere non eccede i bisogni qui sopra indicati, e che alcuni affettano spregiare come la volpe della favola, la quale abbandonava come immatura l'uva, che troppo alta non poteva arrivare (2).

CAPITOLO XVI.

Dei sistemi di cognizioni o teoriche, o pratiche, che non appartengono alla scienza della sicurezza sociale.

I moti di prosperità dell'uomo tendono continuamente o a soggiogar la bruta natura, o a combinarne le forze onde convertirle in mezzi del proprio ben essere, e della propria difesa; ma queste forze riprendono spesso la propria indipendenza, e insieme colle passioni umane nemiche dell'ordine si convertono in offese della sicurezza sociale.

In questo stato di cose la legge si trova obbligata o ad unire la propria vigilanza a quella dell'uomo, onde impedire per quanto è possibile i danni, che le forze della bruta natura possono arrecare alla vita, alla salute, e alla industria del cittadino, lo che spetta alla *polizia amministrativa*, o a giudicare in un danno avvenuto se esso è conseguenza delle forze della na-

(1) Sono note le recenti scoperte delle *Istituzioni di Gajo*, di molti frammenti del *Codice Teodosiano*, de' frammenti detti *del Vaticano*, della *Repubblica di Cicerone*, di alcune delle sue *orazioni*, degli scritti di *Frontone*, delle sue *lettere a Marco Aurelio*, ed a *Vero*, della *Retorica di Giulio Vittore*, de' frammenti di *Simmaco*, di *Dionisio Alicarnasseo*, di *Lido* su i magistrati della romana repubblica: avanzi preziosi, de' quali ha dato un esatto ragguaglio il Professore Schrader a Tubingen, e che la *scuola storica* ha premurosamente apprezzati.

(2) L'ingenuo Sabelli *Pratica univ. prefaz. n.* 235, espone la sua suppellettile letteraria in que' versi, destinati a penetrar chi giudica della necessità dello studio.

« *Vigilantibus, et non dormientibus scripta sunt jura:*
« *Et qui vult sanctorum servare singula festa*
« *Non bene poterit cum codice scire digesta.*

tura, o della violenza dell'uomo, e in questo secondo caso o il modo, col quale la violenza umana è riuscita a produrre l'offesa, o in quanto il patrimonio dell'offeso sia stato diminuito, lo che spetta alla *giurisprudenza penale.*

Nell'uno, e nell'altro caso la legge per regolare i proprî giudizj ha bisogno d'esser guidata da quello delle scienze, e delle arti conservatrici della vita, e della salute dell'uomo, o delle arti, le quali, imitando, o combinando le forze della natura, creano le pubbliche, e private comodità.

Il sentimento confuso di questa necessità, nella quale spesso si trova la legge, ha fatto pensare ad alcuni, che la cognizione della medicina, della chirurgia, delle arti liberali, e meccaniche influisca e non immediatamente almeno in una maniera mediata nella scienza della sicurezza sociale (1).

Che non importi al criminalista, o legislatore, o giureconsulto, ch'ei non sappia conoscere i metodi delle arti o liberali, o meccaniche sarà facilmente inteso da tutti, ma non riuscirà facile ottener l'assenso di tutti dicendo, che neppure quella parte di medicina a cui si dà il titolo o di *polizia medica*, o di *medicina legale* può formar parte della scienza del dritto.

Non si sa comprendere come, essendovi una medicina legale, non vi debba essere una fisica, una chimica, o una meccanica legale. L'architettura, e la fabbricatoria hanno occasione frequente di dirigere il giudizio della giurisprudenza civile, e l'agrimensura trovasi talvolta nel caso medesimo, e ciò non pertanto niuno ha pensato a congiungere all'originario lor nome quel della legge.

La vita o naturale, o civile dell'uomo ha per la importanza sua dato dritto alla medicina di farsi alla legge compagna. Non è certo da dire, che gli antichi fossero medici più ignoranti di noi; ma se si eccettui la partizione, che l'antica medicina stabilì della vita umana in periodi climaterici, onde fissare i proprî giudizî sullo stato dei principî vitali, come la morale vi costruì i suoi sulla dirigibilità delle azioni dell'uomo, non vediamo, che essi concepissero un sistema di cognizioni, nel quale la medicina si connettesse colla legge, o la legge colla medicina (2). Il primo crepuscolo della vita dell'individuo, e il suo tramontare per l'azione di causa violenta sono i principali fenomeni, che per il bisogno della legge, o della giurisprudenza contempla la medicina. La stoica filosofia considerando la vita dell'uomo cominciata non prima della sua uscita

(1) Renazzi *Element. jurispr. crimin. in proleg.* §. *XXII.*

(2) Ciò non pertanto i giureconsulti Romani non adottarono rigorosamente l'aforismo ippocratico desunto dal numero settenario di dusettimane di anni, e di settecento settimane di giorni, e indicato da Gibbon *History of the decline and fall of the Rom. Emp. ch. 44. not. 63.* conforme sarà provato nel libro secondo.

dall'alvo materno, e il rito romano annettendo poca importanza alla conservazione dell'infante prima che il padre lo avesse fatto asterger dal sangue, in mezzo al quale lo fa nascere la natura (1), resero inutile ogni giudizio medico in cose, che si prendono nel bujo, nel quale si asconde il mistero della generazione. Sebbene appresso gli antichi la violenta morte dell'individuo d'un rango elevato, e divenuto oggetto delle affezioni pubbliche eccitasse la generale curiosità di conoscerne le cagioni, e i medici, che lo curavano mentre viveva, le annunziassero al pubblico (2), nè la legge civile, nè la penale sentì il bisogno di chiamare la medicina a rintracciare la più vera causa della morte dell'uomo.

Il dritto canonico, proteggendo la vita umana fino nell'embrione, e modulando la pena al calcolo giuridico della prova, rese necessario l'intervento della medicina nel giudizio penale (3): perchè i fautori del *jury*, aperti nemici di quella maniera di calcolo, deridono tutte quelle sottili ricerche mediche, per le quali viene ad escludersi, che una causa violenta si ma pur nell'ordine della natura abbia prodotta la morte dell'individuo (4).

Ma sia di questa disputa, quale vuol esser la sorte, comecchè la medicina legale altro esser non possa se non medicina applicata, si avrà pena a comprendere come un legislatore, o

---

(1) La filosofia stoica bandì dal novero de'delitti il *procurato aborto*, checchè per sostenere il contrario disserti Ant. Math. *Ad lib. 47. dig. tit. 13. n.* 2. Altre cagioni bandirono l'*infanticidio* e la *esposizione dell'infante*. Gibbon *History of the decline and fall of the Rom. Empire chapt. 44. not.* 112. 113. 114. L'imperator Giustiniano decidendo colla *L. 3. tit.* 29. *lib. 6. cod.* l'antica questione tra i Proculejani, e i Sabiniani, Em. Merilli *Observ. p.* 366 — 469, rese inutile ogni medico giudizio sullo stato della salute dell'infante, e sulle cause della sua morte appena venuto alla luce. L'espressioni di questa legge « *si vivus perfecte natus est* », « *si vivus ad orbem totus processerit* » indicano il requisito della *vita*; la uscita completa dall'utero non la *vitalità* Em. Merill. *Exposit. in quinquaginta decis. Justiniani pag.* 366 *a* 69. *L'art.* 725. del *Cod. civ. de' Francesi* vuole *l'infante vivo, e vitale*. Il secondo requisito necessario per il *materiale dell'infanticidio* non sembra esserlo come dato di *capacità per succedere:* tanto è vero, che la *coscienza* non ha che far niente nella deisione de' problemi, che nascono da'diversi punti di vista, ne'quali un oggetto morale può esser considerato. L'egregio, e dottissimo già mio collega, ora in più sublime luogo elevato, Prof. Lorenzo Quartieri *Istituzioni di giurisprudenza romana e francese comparata lib.* 2. *tit.* 14. §. 279. sembra inclinato a credere, che il duplice requisito di *vivo*, e *vitale* fosse voluto dal gius romano. È concorde col Merillo Brunemann. *Coment. in cod. lib. 6. tit.* 29.

(2) Sulla ferita dichiarata mortale sul cadavere di Cesare dal medico Antistio, ved. Sveton. *In Julio Cas.* §. 82; su i segni del veneficio sul cadavere di Germanico, Tacito *Annal. lib.* 2. *cap.* 73. Il dritto romano si contentò del cadavere *L. 1. §. si quis ultra dig. de quaest.*

(3) Boehm. *Ad Carpzov. Prax. rer. crim. Sax. quaest.* 26. *obs.* 3.

(4) Meyer *Esprit, origine etc. des instit. judiciar. vol. 4. p.* 288.

un giurista possa, e debba divenir medico, o esser tenuto a frequentare le scuole di medicina, essendo certo, che o si tratti di giudizio medico delle malattie del corpo umano, o si tratti di medico giudizio, senza del quale nè la legge, nè la giurisprudenza può proferire il suo, si tratterà sempre di medicina, e i due giudizî saranno due cose differenti tra loro, nè potranno essere a una sola, e medesima persona affidati. Avrà dunque la medicina una parte destinata a chiarire oggetti, che, ben determinati da lei, debbon passare al giudizio del dritto, ma la scienza del dritto non potrà aver mai nel suo sistema una parte di medicina.

CAPITOLO XVII.

Del metodo.

La menzione di una scuola *analitica* nel discorrere della origine, e del sistema delle cognizioni umane relative alle leggi della sicurezza sociale, presupponendo un contrapposto colla *sintetica*, nomi, che i moderni frequentemente adoprano per indicare due diversi metodi, dei quali può lo spirito umano far uso per rintracciare la verità in qualsisia specie di ricerca scientifica, sembra prescrivere la necessità di discuter la preferenza, che o all' una, o altra maniera è da darsi (1).

Se la parola metodo indica la via, sulla quale lo spirito umano ha da tenersi per giungere alla scoperta del vero, sembrerebbe a prima vista, che una mente di ordinaria capacità indirizzandosi per questa via dovesse immancabilmente arrivarvi: siccome un grave, il quale costretto a percorrere sopra un piano inclinato una linea retta, ad esso tracciata dall' arte, segna cadendo con matematica precisione gli effetti della legge, alla quale obbedisce.

Ma serie, e gravi difficoltà sorgono contro questa idea, che da alcuno piacesse formarsi della indole, e dei sicuri effetti del mondo.

La distinzione del procedimento *analitico*, e del *sintetico*,

(1) Sembra, a dir vero, che il nome di un *metodo* non possa convenire a una *scuola*, perchè tutte per sostenersi, e per insegnare hanno bisogno di metodo. La divisione delle scuole dovrebbe esser desunta dalla differenza delle lor *conclusioni* non da quella della maniera di giungervi. Ai tempi, ne' quali scriveva il Tomasio, giudicato oggi *spirito mediocre*, e più *impetuoso che solido*, Lerminier *Introd. gener. à l' hist. du droit pag. 159.*, distinguendo le scuole di razionale filosofia (perocchè la mania delle catogorie non erasi ancora estesa alla scuola di dritto) dicevasi « *An philosophia communis tam Peripatetica quam Cartesiana* DOGMATICA est, an SCEPTICA » Thomas. *Dissert.* 21. *quaest. 11.*

dedotta dal linguaggio tecnico dei Greci geometri (1), sebbene possa essere nella sua astrazione dallo spirito umano ben percepita, resta adombrata da insuperabili oscurità nella sua pratica applicazione. Questa verità è posta in evidenza dal linguaggio immaginevole, e metaforico, del quale l'arte di pensare è stata costretta a far uso allorchè si è trattato non di distinguere astrattamente l'uno dall'altro metodo, ma d'indicare come l'uno, e l'altro segni un moto diverso dello spirito, che s'incammina alla cognizione, o alla dimostrazione d'un oggetto scentifico, essendosi paragonata l'*analisi* ad uno, che da una valle s'indrizza all'alta cima d'un monte, e la *sintesi* da uno che dal monte scende verso una valle (2). Se il procedimento dell'intelletto umano nell'esame d'un oggetto qualunque fosse affatto analitico, l'indole retrograda, e per se medesima solutiva (3) di questo metodo, quanto lo renderebbe atto a distruggere, altrettanto lo costituirebbe incapace a edificare: quanto potrebbe sembrare acconcio a separare l'errore dal vero, altrettanto sarebbe inabile a stabilire una verità: mentre se stabilir la volesse gli sarebbe d'uopo di rinunziare a se stesso, e d'analitico convertirsi in sintetico (4).

Le questioni insorte tra gl'ideologi sulle differenze della induzione Aristotelica, e della induzione Baconiana come metodo di scuoprire, e dimostrare la verità (5): su quelle del metodo d'induzione, e del metodo di analogia (6), mostrano quali incertezze circondino sempre questa materia.

Ma quando pure il metodo analitico, ed il metodo sintetico, oltre all'esprimere genericamente due differenti maniere di procedere dello spirito nella cognizione del vero, costituissero due separati, e distinti criterî di verità, qual sarebbe la ragione

---

(1) Alle citazioni di Stuwart su' più veri autori di questo linguaggio sono da preferirsi quelle di La Croix *Essay sur l'enseignement etc. pag.* 203.

(2) *La logique ou l'art de penser part.* 2 *chap.* 7.

(3) *Itaque naturae facienda est prorsus solutio, et separatio non per ignem certa sed per mentem tamquam ignem divinum.* Baco *Nov. org. scient.*

(4) Due insigni ideologi, ed un matematico insigne hanno mostrato, come Condillac ha preso per analitico un procedimento sintetico. Dugald Stewart *Elements of the philosophy of the hum. mind vol.* 1. *pag.* 393. De Gerando *Des signes, et de l'art de penser consideres dans leur rapport mutuel vol.* 4. *p.* 172. La Croix *Essay sur l'enseignement etc. p.* 214.

(5) Dugald Stewart *Element of the philosophy of the hum. mind vol.* 2. *p.* 358.

(6) Prevost *Essay de philosophie vol.* 2. *p.* 202. Sembrami, a modo di esempio, che l'illustre Cousin *Introdution à l'histoire de la philosophie pag.* 11., parlando eloquentemente, ed originalmente del metodo, confronda l'analitico coll'analogico, o non valuti almeno, che dopo la separazione analitica di più oggetti tra loro il riunirli per mezzo di analogie in classi è una operazione sintetica.

logica delle lor differenze ; donde dovrebbe partir la sintesi , e dove dovrebbe fermarsi l'analisi , la prima all'oggetto di non rischiare di presupporre l'errore , e il pregiudizio come verità dimostrabile , la seconda all'oggetto di non distruggere le cose create , e la realtà mentre pensa di distruggere l'errore , ed il pregiudizio , che nella mente umana si è stabilito in luogo della vera nozione , che gli era duopo formarsene.

Un ingegno di fortissima tempra, divenendo egli stesso il pratico esempio d'una verità spesso inculcata da lui, che gli uomini raramente agiscono in conformità dei loro principî (1), scrivendo sempre da scettico , ma pensando talvolta contro al pericolo di tutto collo *scetticismo* distruggere , paragona la ragione umana alle polveri corrosive, le quali, collocate sulle imputridite parti del corpo , vi si debbon tenere finchè abbiano tolta la parte putrida , ma si debbono però togliere a tempo onde non distruggano la parte sana del corpo da cui si applicano (2); or chi dirà dov'è il putrido per applicar quelle polveri , e quando applicate che elle pur siano debbano esser via tolte?

Le più gravi , e serie difficoltà sull'uso del metodo analitico e del sintetico metodo nascono allorchè si tratta della diversa indole degli oggetti , alla cognizione dei quali l'un metodo , e l'altro può essere praticato. Il metodo analitico trova nella chimica ove stabilire il suo assoluto dominio senza necessità di dividerlo con chicchessia : perciocchè la materia, qualunque pur siano le decomposizioni , alle quali si fa soggiacere , non si distrugge. Ma questo metodo, sebben possa credere di camminare assoluto signore negli oggetti delle scienze esatte , in realtà niente d'utile potrebbe in essi produrre se il sintetico non gli fosse compagno , e non gl'indicasse , a modo di dire, i punti di riposo , nei quali dee fermarsi , onde render conto a se stesso ed agli altri dei suoi risultati (3). Che se dagli oggetti intellettuali delle scienze esatte si passi a quelli della filosofia dell'umano pensiero : da questi a quelli delle scienze fisiche : indi agli oggetti morali , e da questi ai giuridici , lo spirito umano resterà certamente sorpreso della volubilità, del cambiamento , dell'intersecamento reciproco , e non infrequentemente della incompatibilità, in cui i due metodi trovansi (4).

In mezzo a tante incertezze è curioso l'udire come ai dì nostri sorgano voci dommatiche , le quali, confutando i sistemi di questo nome nel dritto proclamano l'analisi come l'unico metodo , che possa condurre con sicurezza lo spirito umano a

---

(1) Bayle *Pensèes sur la Comete de* 1680. §. 186.

(2) Idem *Diction. critique vol.* 2. *pag,* 315. *not. F.*

(3) La cosa è dimostrata da La Croix *Essay sur l'enseignement etc. pag.* 210 , e da Carnot *Geometrie de position* §. *13. pag. 10.*

(4) Il Cabanis ha sentita la inabilità degli oggetti della medicina, e della legge a prestarsi all'analisi , ma sembra sperare che questa inabilità sarà vinta una volta. *Revolut. et Ref. de la médecine chap.* 3. §. 2.

ben conoscerne la natura, e stabilirne le più vere nozioni (1).

Ma l'analisi, proclama come unico, e solo criterio di verità per l'umano intelletto, tostochè fu collocata nelle mani degli uomini subì anch'essa la sorte di tutte le cose soggette alla pericolosa influenza delle loro passioni, ed assunse un carattere di esagerazione, dal cui contagio, come criterio di verità, sembrava dover essere immune. Il capo della scuola, che s'intitola del suo nome, non contento di gloriarsi di aver praticato nell'esame degli oggetti giuridici il metodo che Cullen praticò nella medicina, e Lavoisier nella chimica, è andato più oltre e si è fatto inventore d'un metodo analitico *esaustico*, trovando da distinguere ove non è dato distinguere (2). Altri, per meglio separare dall'errore la verità, ha negato alla scienza della legislazione il suo attributo, ed ha preteso ridurla all'umile ufizio di spigolatrice di fatti individui, che ella dee raccogliere facendo il giro del mondo (3).

Or che pensare del metodo il più acconcio a stabilire le vere nozioni, che debbon dar vita alla legge come regole delle azioni degli uomini, e alla giurisprudenza destinata a applicarle?

Lo spirito umano è la più splendita, e sublime forza, che l'autore della natura abbia ammessa nel piano della creazione, ma questa forza nella imperscrutabile economia della mente, che la produsse, sembra andar soggetta alle leggi, le quali regolano tutte le altre forze create nella lor direzione al mantenimento del moto, che in esse al momento della creazione fu da mano invisibile impresso. Questo moto, in quanto può dagli effetti che esso produce discernersi, altro non è se non decomposizione e composizione perpetua di ciò che esiste. Lo spirito umano fa delle proprie idee quel che la natura fa dei corpi, che lo appartengono: decompone e compone perpetuamente, e queste due diverse operazioni dello spirito sono sì tra loro intimamente connesse: sì inseparabili tra di loro; sì inerenti alla ideologica economia della mente dell'uomo che è impossibile di separare, e distinguere in qualsisia sua creazione l'una dell'altra (4): talvolta l'analisi andando innanzi alla sintesi, e talvolta la sintesi andando innanzi all'analisi: onde è insostenibile, che l'una debba aver sull'altra la preeminenza (5).

---

(1) Comte *Traites de legislat. liv. 1. chap. 1.* Lerminier *Introdut. gener. à l'hist. du droit chap. 9.* Jourdan *Coup. d'oeil sur l'histoire de la science du droit etc. Themis ou biblioth. du juriscons. etc. vol. 2. pag. 79.* La *metodomania*, traendo profitto dal vago, e dall'indeterminato, che è attorno a tutto quel che concerne la vera nozione del metodo, si è gettata ne' dominj della storia, distinguendo il metodo analtico-sperimentale, e il sintetico-speculativo, al che la storia della filosofia può forse fino a certo punto prestarsi. Cousin *Cours de philosophie Introduction etc. 4 lecon pag. 10.*

(2) L'insigne, e dottissimo signor Sismondi nella necrologia di Stefano Dumont *Revue encyclop. vol. 44. p. 265.*

(3) Comte *Traitè de legislation etc.*

(4) Destut Tracy *Elements d'ideologie part. 2. Introd. in fin.*

(5) L'illustre Cousin *Introd. à l'histoire de la philosophie lect. 4.*

L'indole degli oggetti dei quali si vuole istruire l'esame e la diversità dello scopo, nel quale l'esame n'è istituito, debbono necessariamente decidere o della iniziativa o della maggiore, o minore promiscuità reciproca dell'uno, e dell'altro procedimento; e quanto più un oggetto riconoscerà la propria creazione dai bisogni, e dagl'interessi degli uomini, più l'analisi dovrà esser cauta, e guardigna nei regressivi, e nei solutivi suoi moti, e competenza maggiore avrà la sintesi coi suoi progressivi, e coagulativi procedimenti.

Gli abusi dell'uno, e dell'altro metodo sono stati già segnalati là dove fu discorso delle vicende del raziocinio speculativo, e del pratico nelle moderne scuole del dritto; ma ella è una felicità grande di tutta questa materia che ella altro far non possa se non che scuoprire gli abusi, e gli eccessi. Se si tratta di stabilire come in un oggetto qualunque di esame o l'analisi debba preceder la sintesi, o questa quella, e come l'una, e l'altra promiscuamente procedano, cade come a Dedalo il lavoro di mano (1); e se tutto dee concedersi a una fortuita abilità di chi istituisce l'esame, null'altro di più sodisfacente può dirsi, che quel che Fontenelle spiritosamente diceva « questi casi non son che per quelli che giocan bene » (2).

Può sospettarsi con tutta ragione, che ciò che si attribuisce di distintivo carattere alla sintesi, ed all'analisi, prescindendo dagli oggetti di dominio delle scienze esatte, i quali hanno un proprio, ed assoluto valore, altro non sia, che la forma, sotto la quale presentasi qualunque si sia fenomeno della natura: perciocchè il fonomeno dee necessariamente prodursi, o per composizione, o per decomposizione delle parti, che lo rendono visibile. Ma questa forma fenomenale, sotto cui l'umano ragionamento è obbligato a presentarsi sempre, può sotto di se nascondere qualche animatore, e vivificatore principio, la di cui indole non è ancor ben nota, anzi non è stata sospettata neppure. Se ciò fosse, il tatto del vero nei procedimenti dello spirito umano sarabbe ad ogni suo svolgersi una specie di creazione, e la sua indole nei misteri della creazione si perderebbe. Altronde se ciò non fosse, e se quel tatto potesse aver regole dall'arte determinabili, sarebbe in potere di chiunque le studiasse il divenire un grand'uomo; mentre l'esperienza dimostra, che i grandi uomini hanno bensì stabilite le regole, ma queste non hanno mai prodotto un grand'uomo.

---

pag. 21. fa preceder la sintesi, indi ammette l'analisi, e fa poi ricomparir la sintesi col metodo di analogia. Egregio concetto! La difficoltà stà nel primo passo: tutto è regolare nel resto. Tuttavia dee far meraviglia, che un recente scrittore abbia dichiarata l'*analisi*, e la *sintesi* tra di loro *antipatiche*. Lerminier *Introdut. gener. à l'hist. du droit pag.* 48.

(1) *Ter patriae cecidere manus.*

(2) Stewart *Elements of the philosophy tof he hum. mind. vol.* 2. *pag.* 386.

Non è questo il luogo di discutere il merito delle questioni sul metodo da adottarsi nell'insegnamento del dritto, le quali occupano un gran spazio di anni contando da Ramus fino a Blondeau (1). E tale la infelice sorte di questa parola metodo, al suono della quale tutte le immagini s'impennano, e tutte le lingue dissertano, che ella non abbia certo, e fisso significato, ond'esso varî col variar della indole degli oggetti, ai quali si vuole applicare, sicchè talvolta le convenga di sostituire a se stessa un vocabolo di significato più largo in quello di ordine, e di disposizione di oggetti.

Se l'indole dell'oggetto, che si prende in esame: lo scopo o il punto di vista, nel quale viene considerato: il dato dacui bisogna partire, e quello, che non è lecito oltrepassare nello stabilirne l'indole, e i limiti, che da altri oggetti lo separano, son cose tutte, le quali debbono dirigere una ricerca sia nella scelta del metodo, sia nella sua varia dose di applicazione, considerando tutti codesti dati negli oggetti del dritto, sarà sommamente difficile trovare una norma esatta del loro esame, e sarà gran ventura se riesca almeno cautelarsi dal pericolo degli eccessi.

Negli oggetti del dritto convien distingure gli speculativi dai pratici, gli enti di ragione dagli enti reali.

Le creazioni del ragionamento speculativo sono tutte enti di ragione: perchè niuno potrà trovare tra gli oggetti visibili il tipo della eguaglianza tra gli uomini, che serve di base a tutti i suoi procedimenti possibili. Tra questi enti di ragione convien distinguere quelli della morale, e quelli del dritto della natura. I primi, tendendo a reprimere i moti della volontà, o a dar loro una direzione contraria ai proprî naturali appetiti, possono essere usati senza pericolo fin dove si vogliano spingere, mentre nell'uso di questi enti di ragione ogni eccesso troverà un insuperabile ostacolo nella umana mediocrità (2). I secondi, autorizzando i moti di volontà da uomo, come legittimo titolo della forza, che l'uomo può usare contro al suo simile, consigliano di loro natura a un uso più moderato, e più

---

(1) *Les methodes de classification etc. Themis ou bibliot. du jurisc. vol. 3. p.* 248 — 577. In questo eccellente squarcio di metodologia applicata alla scienza del dritto si apprezza per il suo giusto valore l'opera del Leibnitz *Methodus nova discendae, docendaeque jurispr.*

(2) La speculativa idea di un dovere morale non può spinger l'uomo a distrugger se stesso se ella non si connetta con false nozioni de'divini voleri. Nel secolo decimosesto alcuni *Adamiti* di ricche famiglie in Olanda nudaronsi, corsero nel fondo de' boschi, si assisero sopra d'alberi aspettando il pane celeste, e morirono di freddo, e d'inedia. Lindani Dubitantii *Dial.* 2. *p.* 171. Questa frenesia è bene apprezzata fin da' suoi tempi da Rutilio Numaziano *Itiner. lib. 1. v. 445.*

« *Quaenam perversi rabies tam stulta cerebri*
« *Dum mala formides nec bona posse pati?*

sobio: perchè ogni trasformazione, che di questi oggetti da enti di ragione in enti reali si faccia, può riuscire sommamente pericolosa all'ordine, ed alla quiete degli uomini (1).

Le scienze esatte non vanno soggette nè ad abuso nè a pericolo quanto agli enti di ragione, che esse ammettono nei loro calcoli, mentre non gli barattano arbitrariamente in enti reali, ma per mezzo di trasformazioni metodiche non arbitrarie gli bandiscon dal calcolo dopo che l'anno ajutato (2).

Le menti abituate ai concetti, e ai procedimenti delle scienze esatte, sono le più soggette ad inganno in questa delicata materia. Esse credono in primo luogo di proceder col metodo analitico, mentre procedono col sintetico: perciocchè partendo dall'assioma semplicissimo della eguaglianza dei dritti s'inoltrano a stabilirne dei più composti, e complessi, lo che è la vera indole della sintesi. In secondo luogo, ponendo un rigoroso ordine nel loro linguaggio, il quale, come ognun sa, è soggetto spesso a contentarsi di se medesimo, facilmente s'illudono, vedendo chiarezza ove altri, col fare il processo ad ogni parola, e coll'obbligarla a convertirsi da segno d'ente di ragione, che ella è, in segno di ente reale, non sa comprenderci significato.

Nelle scienze direttive delle libere azioni degli uomini, l'uso degli enti di ragione di creazione del ragionamento speculativo non può essere promiscuo con quello degli enti reali, se non si voglia tutto alterare, e confondere. Conviene, come altrove fu detto, che il calcolo degli uni vada separatamente da quello degli altri, e che l'uno serva all'altro di limite (3).

---

(1) Vedasi quel che fu scritto altrove. La formazione delle *quantità* dalle *qualità*, e il ritorno delle *quantità* a regolare le *qualità* ingegnosamente concepito da Paffendorf è qualificato di *galimatias* da Lerminier *Introd. gen. à l'hist. du droit p.* 132, il quale modellando il giudizio del Puffendorf su quello del Leibnitz sbagliò strada. Bentham ha illustrato l'*abuso*, ma non ha concepito l'*uso* degli enti di ragione nel dritto.

(2) Carnot *Geometrie de position* §. 12. p. 9.

(3) Un giovine scrittore, il quale colla fervida, e brillante immaginazione, che distingue il suo stile, infonde quasi una nuova anima, e un nuovo principio vitale ne' vasti, e ricchi materiali di storia, e di dritto, che egli possiede, parlando della *filosofia* caratteristica del *codice civile* del suo paese (concetto ardito, e leggiadro ma insostenibile) oltre al trovare un nuovo contrapposto allo *spiritualismo* nello *storico* ravvisa *spiritualista* il libro preliminare, che Portalis, Tronchet, Bigot-Preameneu, e Malleville aveano immaginato a quel codice, e che fu tagliato fuori nella sua redazione definitiva. Lerminier *Introd. gener. à l'histoire du droit pag.* 289 — 297. Il giudizio, che si dee pronunziare di quel libro è considerarlo come testo di principj *speculativi* di dritto posto dal legislatore come *limite*, che egli dichiara non voler trasgredire nelle regole *pratiche* della sua legge. Qui non vi ha *insegnamento* come il citato scrittore suppone, ma vi è *guarentigia*.

Gli enti legali creati o dalla utilità, o dalla necessità non sono enti di ragione, perocchè si trovano stabiliti sebben con qualche grado di diversa configurazione da un' estremità della terra all' altra. Essi sono non come la pura ragione ha potuto crearli a guisa degli oggetti della ideologia, ma sono quali i bisogni, e gl' interessi degli uomini gli hanno creati (1). Essi possono essere invero o eccessivi, o abusivi, ma sarebbe un error gravissimo il credere, che per ridurli a forma migliore, e per bandirne gli abusivi fosse adottabile o il metodo sintetico, o l' analitico. Il primo non troverebbe la intuitiva verità, da cui deve partire, perchè l' oggetto non sarebbe il risultato d' una intuizione della mente umana, ma sarebbe un fatto stabilito dagli umani interessi. Il secondo, incerto d' onde partire, e dove fermarsi, correrebbe rischio di distruggere o snaturare l' oggetto, che esso volesse meglio comporre. Bentham ha voluto a forza di analisi convertire la servitù in una frazione del dritto di proprietà (2). Quali conseguenze mostruose nel foro?

L' errore è venuto dal credere, che lo spirito umano nelle sue ricerche trovisi nella indeclinabile alternativa o della sintesi, o dell' analisi: lo che, se pure è vero negli oggetti delle scienze esatte, non è vero per certo in quelli delle altre scienze, specialmente delle morali, ed a più forte ragione delle legali.

La esperienza ha mostrato, e continua a mostrare, che l' esercizio pratico della legge infonde nell' uomo un tatto, il quale manca interamente a chi ne fu sempre lontano. Si son veduti nascer uomini, i quali, matematici di professione, portando negli oggetti del dritto il metodo delle scienze lor prediletto, hanno prodotto opere di nuova forma bensì, ma di niuna utilità o all' insegnamento, o allo studio (3), ed uomini scevri affatto di regole sulla scienza dei metodi, praticarne uno rettissimo, e sagacissimo nelle scienze legali, lo che mostra, che il metodo può esser più facilmente fatto sentire, che insegnato.

Quando si tratta di soggetti non creati dalla mente dell' uomo, ma dai bisogni della sua specie, e della società, l'a-

---

(1) Quel che Kant nelle materie della morale, e del dritto chiama *ragione pratica*, ha questo nome non perchè i dettami di questa ragione si formino come fu dimostrato *Cap. V.* formarsi il *pratico ragiocinio*: ma lo ha per la influenza *pratica*, che una legge *obiettiva*, o interamente *speculativa* dee avere sulla condotta degli uomini. Il trattato della *ragione pratica* del Kant ebbe una sesta edizione a Lipsia nel 1827.

(2) *Traités de legisl. civ. et pen. ch. 14. 6. titre du code civil des droits p.* 247.

(3) Vedasi il giudizio del Lampredi su Wolf, *Jur. pub. univ. theor. in proem. pag. 33. not. 1.*

bitudine contratta nel loro esame, il senso delle convenienze, la scorta delle analogie, una certa rettitudine di giudizio, e soprattutto un grande amore per la giustizia, e una finezza di tatto per conoscerne in tutte le contingenze il punto, in cui più verisimilmente consiste, somministrano un metodo indefinibile ma sicuro perla sua applicazione.

Se si paragonino tra loro gli oggetti del dritto civile, e quel del criminale diritto si scorgerà che i primi, onde purgarli dagli errori e dagli abusi, hanno meno bisogno di metodo che non i secondi.

Ciò non ostante lo spirito umano ai dì nostri corre in traccia dei metodi per il migliore insegnamento del dritto civile, nauseando la partizione d'Heineccio fondata sulla più antica di Gajo (1), e dell'imperator Giustiniano (2). Questi tentativi riusciranno infruttuosi sempre se si rifletta, che gli oggetti del dritto civile non si presteranno mai al maneggio degli oggetti di dominio della ideologia, potendosi quel dritto nelle creazioni rassomigliare ai Dio Termine degli antichi, il quale non cedeva il posto occupato dalla sua statua a verun altro Dio, volendo stare ove il tempo, gli usi, e le abitudini lo aveano collocato (3). Così essendo, l'espediente migliore sembra esser quello di accumular collo studio il maggior numero possibile di casi decisi dai romani giureconsulti: stabilire le più vere ragioni della decisione di ciascun caso, onde aumentare il numero delle analogie come utili mezzi a bene apprezzare, e decidere i nuovi casi, che la incessante mobilità degli umani interessi fa nascere (4).

---

(1) Dig. *lib. 1. tit. 5. l. 1.* Altri l'attribuiscono a Servio Sulpicio.

(2) Questo metodo ha il preponderante suffragio dell'insigne Hugo e del Gibbon *History of the decline and fall of the Rom. Empir. chapt. 44.* Sarebbe desiderabile, che chi si accinge a trattare con nuovo metodo gli oggetti del dritto stabilisse prima come quelli, che la compilazione di Triboniano ha raccolto in circa cinquantanovemila libri, e in frammenti, presentino i caratteri di generi e di specie onde poterli classare come gli presentano gli oggetti della storia naturale, e della botanica.

(3) Osservai, che i Rom. giureconsulti così la pensarono *p.* 266 e 267. Poco monta, che Cicerone abbia pensato diversamente ed abbia creduto, che pochi sono i *generi* ne' quali può essere il dritto civile diviso, che le *specie (quaedam membra)* possono avere facili *definizioni*, e che per questa via si può giungere ad avere *perfectam ARTEM juris civilis magis magnam atque uberem quam difficilem, et obscuram.* Il romano oratore, così dicendo, cominciò dal fissare i caratteri d'una *scienza*, e finì col parlare di un' *arte.* Quanto a me pensai sempre che questo luogo dell'*oratore* di Cicerone (prescindendo da quanto l'opera ha di dommatico, e scritto nel carattere de' personaggi) basterebbe a provare, che egli *oratore* supremo, non fu *giureconsulto* mai.

(4) Per chi abbia uso pratico della legge sono istruttive assai le cose immaginate, e scritte sul *metodo* d'insegnarla da Joudan *Themis ou bibliotheque du juriscons. etc. vol. 2 p. 79. e seg.*, dal sig. Milletot

Gli oggetti del dritto criminale per le cose altrove avvertite sono viemaggiormente soggetti a pregiudizî, errori, ed abusi, e a prima vista sembrerebbe, che il metodo analitico fosse il migliore, e più acconcio onde rettamente conoscerli. Ma perchè questo supposto potesse esser vero converrebbe, che questi oggetti nella lor genuina entità si potessero risolvere o in discernibili fatti, o in innegabili modificazioni dell'intimo sentimento di chicchessia. Gli oggetti del dritto criminale, avendo a comune con quelli del dritto civile il non appartenere alle creazioni ideologiche dello spirito umano, perocchè dallo spesso incalcolabile abuso delle umane passioni desumono l'origine loro, ammetton bensì onde rintracciarne la più ragionevole origine, e stabiline la più giusta estensione, un più libero, e più sottile spirito di ricerca di questi. Nè l'abuso, che il maggiore analitico ha fatto del prediletto suo metodo (1); le aberrazioni, alle quali si è abbandonato, bene ed ingegnosamente discorrendo sempre, ma nulla, o poco producendo di utile per la pratica: i suoi errori sulla classazione dei delitti, dalla quale non ha stabilito il vero dato regolatore: i pregiudizj, dai quali non ha saputo sbrogliarsi sulla efficacia politica della pena, avendola convertita in dato di probabilità nel calcolo, che il malvagio fa sempre onde restare impunito (2): la questione pendente sempre indecisa sulla pena di morte: le intricate dispute sul metodo giudiciario, nelle quali quel sommo analitico variò spesso opinione: le non ancor composte rivalità tra il principio morale, e il principio politico sulla vera indole del delitto, e sull'originario titolo della pena: tutte queste cose, e altre moltissime, che pur potrebbero aggiungersi, provano chiaramente, che lo spirito umano, privo in queste materie di sicuro criterio, non può lusingarsi di aver trovato un sicuro metodo per ben trattarle.

La più grande, ed utile impresa, che prima di ogni altra abbia il dritto criminale ad assumere, è quella di dar bando definitivo ad ogni influenza del principio morale nelle provincie che gli appartengono: di far tacere la retorica, e far parlare la dialettica: di screditare i lavori di fantasia, e accreditar quelli di ragionamento.

A questo importante oggetto, senza bisogno di discuter di metodo, il più rilevante assunto è quello di prender di mira i veri termini di relazione tra le idee dello spirito umano, e gli oggetti che esiston fuori di lui, vale a dire, il linguaggio, e perfezionarlo quanto più sia possibile (3). Rettificando le no-

---

Ibid. vol. 5. pag. 75—92, dall'egregio signor Blondeau *Ibid. pag.* 246—277. e dal sig. Warnkoenig. *Coment. jur. Rom. priv. Introd. §. XXXVIII.*

(1) Bentham *Traites de legisl. civ. et pen. vol. 1. pag.* 172. *et seqq.*

(2) Idem *vol.* 2. *pag.* 386. 2. *regl.*

(3) Gillies *Aristoteles Etics and politics vol.* 1. *pag.* 55.

menclature si può giungere a convincer di errore qualunque più brillante sistema.

Se si considera il libro del Beccaria, il cui linguaggio è tosto sentito come eminentemente scientifico (1), non si sa stabilire se, come, è dove, e fino a qual punto egli abbia usato il metodo sintetico, o l'analitico.

La soluzione del problema sulla pena di morte in quel libro è istituita a *priori*, o *dommaticamente* per il titolo della sua assoluta legittimità, e a *posteriori* o *empiricamente* per il titolo dalla sua necessità relativa alla sufficienza che la pena dee avere per essere ostacolo alle passioni nemiche dell'ordine: quindi nel primo riguardo con metodo *sintetico*, e nel secondo con metodo *analitico*, se è dato determinare l'atteggiamento pratico, che que' due metodi assumono (2). Ma nella soluzione di quel problema l'interesse supremo della ricerca, la sua novità, perocchè il Beccaria era il primo ad accingersi a combattere dottrinalmente l'ultimo supplizio, l'obbligarono a spiegare un grande apparato, e tutta la questione in tutti i suoi aspetti possibili.

Nel combattere la tortura, siccome in tutto il resto della sua opera, il Beccaria o non dando traccia di *sintesi*, o non dando traccia di *analisi*, o promiscuando l'un metodo, e l'altro, è poderoso dialettico, e fornisce i pratici esempj de'molti, e diversi modi di argomentazione, che gli scrittori dell'arte di pensare teoricamente propongono. Le quali osservazioni concludono, che il carattere, e il successo di un'opera di ragionamento spettano esclusivamente alla tempra dell'ingegno di chi l'ha scritta, e non al metodo, ch'egli possa avere adottato, e al quale non pensò certo prima di concepirla.

Oltracciò leggendo attentamente l'opera *dei delitti, e delle pene*, si resta spesso indecisi nel giudicare se in quel libro meraviglioso più il forte sentire, o più il forte pensare abbia riportata vittoria sugli errori, e su i pregiudizj, che la cieca forza da un lato, e la ignoranza, e la scienza dall'altro, venute infelicemente in questa materia a far lega tra loro, vi aveano accumulati sopra. Talvolta in quel libro il sacro fuoco di un irresistibile ragionamento fonde, e discioglie gli assiomi

---

(1) Coloro, che qualificano il libro *de' delitti e delle pene pamphlet chaleureux*, *pamphlet eloquent* non hanno certo avvertito, che quel libro è scritto con uno stile di tutto il cielo distante dalla *retorica*, e che il *dialettico*, che lo distingue, tenta attingere nuova forza dalle formule delle scienze esatte.

(2) È notabile l'asseveranza, con cui Lerminier *Introd. gen. à l'hist. du droit pag.* 200 trova *l'analisi* nel Montesquieu, e la *sintesi* nel Vico: nel primo il metodo a *posteriori*: nel secondo il metodo a *priori*. Non è da confondersi il *sistema* col *metodo*. Il sistema a *posteriori* può benissimo svolgersi con un metodo *sintetico*, e quello a *priori* con *analitico*; o quanto ai sistemi il Montesquieu è talvolta in supremo grado *dommatico*, e il Vico talvolta in grado supremo *empirico*.

ferrei, de' quali la giurisprudenza penale si armava: talvolta uno squisito, ed irrecusabil senso di umanità, di moderazione, e di giustizia obbliga la legge a gettare a terra gl'istrumenti di terrore, e di strage, coi quali pensava poter meglio regnare. Certamente tutta questa scena rassomiglia ai frantumi, che sopra un campo di battaglia un'arme vittoriosa vi ha sparsi, ma sotto questi frantumi si nascondono le grandi verità, che lo scrittore Italiano avea finalmente sentite se non volle o non seppe tutte in una volta spiegare; e il miglior metodo per discutere le criminali materie sembra forse esser quello di farsi comentatori modesti di quel grande scrittore (1).

CAPITOLO XVIII.

Della indole delle cognizioni umane relative alle leggi della sicurezza sociale: degli ostacoli al loro perfezionamento: conclusione di questo libro.

La storia, e la osservazione dimostrano come dagli antichi tempi ai moderni, e da un'estremità della terra all'altra la opinione della legge quanto è uniforme, costante, e poco variabile sul dritto di proprietà, e sulle istituzioni destinate a mantener la eguaglianza tra gli uomini nelle controversie, che quel dritto può suscitare tra loro: altrettanto è difforme, incostante, e variabile sul dritto di sicurezza, e sulle istituzioni destinate a meglio, e più efficacemente proteggerla. Le opinioni scientifiche sembrano essere con questo stato di cose in corrispondenza perfetta: perciocchè esse non desumendo dai bisogni della sicurezza sociale il titolo, ed il tenor delle leggi destinate a proteggerla, ma attingendo dal proprio fondo le idee dell'ordine da mantenersi tra gli uomini, dichiarano la sua offesa, e la sua difesa varia secondo il variare della opinione delle leggi, e di chi le promulga (2). Se i fatti, che la storia, e la osservazione forniscono, e le opinioni degli scrittori dovessero esser la norma degli umani giudizj sulla vera indole delle leggi della sicurezza sociale, converrebbe credere, che un cieco indefinibil destino le domina, e che le cognizioni rivolte al loro perfezionamento possibile niente aver possono di certo, e di fisso, e da qualunque fonte possono attingersi eccettochè

(1) Come i due metodi *sintetico*, ed *analitico*, si presentino discernibili negli oggetti della *certezza morale* sarà dimostrato parlando del *processo criminale* a schiarimento di quanto fu accennato altrove.

(2) Renazzi *Elem. jurispr. crim. lib* 1. c. 2. §. 10 *not.* 2. La osservazione è ripetuta dal Professor Luden nel suo *dritto criminale*; *Annales de legislation, et de jurisprud. vol.* 1. *p.* 319.

« *Dal vero in che si quieta ogni intelletto* (1).

Ma se i bisogni della umana *prosperità* variano col variare dello stato, e delle vicende degli uomini, quelli della *sicurezza* sono invariabili come la loro *ragione*, e la lor *sensitiva natura*. In una aggregazione politica il variar de' metodi, e dei mezzi di sicurezza può verificarsi pel passaggio dalla barbarie alla civiltà (2), ma giunto il viver sociale, e la industria umana alla invenzione de' segni rappresentativi de' valori, la massa degli oggetti da proteggersi contro le passioni nemiche dell' ordine è già conosciuta, e la forza di queste passioni onde loro resistere non può essere altrimenti un problema. Questa forza se varia secondo gli oggetti, contro ai quali si volge, e che per le cose premesse sono ne' prodotti della umana industria già conosciuti, non può variare ne' generali dati della sua tempra, e la cognizione di questa forza d' offesa non può non somministrare con certezza quella d' una forza da contrapporle per la difesa. L' intimo sentimento degli uomini (e dal loro intimo sentimento convien desumere i mezzi onde reprimere gli eccessi possibili della lor sensitiva natura) non è più oggi da calcolarsi come i Romani lo calcolavano ottuso ne' servi, e squisito ne' liberi, nè vi è oggi ne' ben regolati paesi classe, o condizione, la quale pel suo modo abitual di sentire abbia bisogno del flagello ove per altre potesse bastar lo scudiscio (3). Se altrimenti le cose fossero sarebbe mestieri di proporzionar la forza della difesa non che al modo di sentire d' una nazione, a quello pur d' ogni classe, a quello d' ogni famiglia, e al tenore dei suoi sistemi di educazione, e ben' anco al modo di sentire di ciascuno individuo (4)

Se la cognizione della offesa, e del mezzo della difesa non può per il variare delle vicende sociali variare, molto meno può andar soggetto a variazione il metodo onde rintracciar l' offensore, e porlo nella situazione che il bisogno della difesa reclama. Questo metodo è destinato a sciogliere due problemi l' uno di *fatto*, l' altro di *dritto*: il primo sulla realtà dell' offesa, e sulle individualità dell' offensore: il secondo sui dati preconcepiti dalla legge onde all' offesa proporzionar la difesa. La critica scioglie l' uno, e le regole di giustizia sciolgono l' altro. Onde per sostenere, che le cognizioni umane non hanno forza sufficiente per stabilire razionalmente i mezzi più acconci alla retta soluzione dell' uno e dell' altro problema, converrebbe

---

(1) Dante, *Parad. c.* 28.

(2) Il Cav. Filangieri si è divertito a provare, che leggi barbare convenivano a barbari popoli. *Scienza della legislazione lib. 4. p. 2. cap. 33.* Teseo, Minos, Numa non avrebbero approvato questo erudito *ottimismo*.

(3) « *Nec scutica dignum horribili sectere flagello.*

(4) *Delitti e pene §. XI.*

credere, che la critica, e la giustizia variano col variar d'uomini, di paesi, e di climi, non dissimili da quella statua ammirata già dall'antico Egitto, la quale o era muta, o esprimeva un suono secondochè il sole era o non era sull'orizzonte (1).

Dal possibile variar delle forme, che il potere sovrano assume nella città, sogliono esser desunti gli esempi bensì, non le ragioni della volubilità, e del vario carattere dei sistemi di sicurezza sociale (2). Ma la Toscana legislazione, la quale ha a proprio favore la esperienza di pressochè un secolo, ha dimostrato che le offese contro lo stabilito governo hanno un carattere, il quale deriva dalla natura stessa dell'aggregazione politica, la quale nelle fondamentali sue basi come combinazione degli umani interessi non varia per variar del suo nome, delle sue forme, e delle sue località, essendo stati tutti i pretesi speciali, e privilegiati caratteri di questa offesa condannati al disprezzo, e alla dimenticanza, di cui una illuminata, ed imparziale giustizia sociale cuopre sempre l'opera di secoli meno illuminati, e men colti (3).

Queste riflessioni conducono ad apprezzare il giusto valore dei lamenti, che frequentemente in alcuni scrittori si leggono sullo stato d'imperfezione dei sistemi di sicurezza sociale più comunemente noti col nome di leggi criminali, e sul grado di utilità delle considerazioni, che alcuni soggiungono sugli ostacoli a un loro possibile perfezionamento.

La querela ond'esser legittima dovrebbe essere autorizzata dal dato, che non vi ha nazione al mondo, la quale non goda di un sistema di leggi della sicurezza sociale fondato sulla ragione, e sulla giustizia. Or siccome non può essere aggregazione d'uomini al mondo, la quale, sebben possa, si voglia appostatamente ingannare, sembrerebbe, che ogni ostacolo al perfezionamento delle leggi della sicurezza sociale dovesse desumersi dall'errore, e dalla ignoranza sempre di loro natura obbligati a cedere il luogo alla verità, ed alla scienza.

Ma il ragionamento necessario alla scoperta del vero, e alla scienza, è il naturale, ed irreconciliabil nemico dei lavori di fantasia, la quale, più vaga di spaziare che di fissarsi, ravvisa gli ostacoli al perfezionamento delle leggi della sicurezza sociale in cause di loro natura poco determinabili quali sarebbero una data maniera di civiltà, e una data forma del potere politico.

La sicurezza è un bisogno: la giustizia un principio: la ve-

---

(1) « *Dimidio magicae resonant ubi Memnone chordae.* Juven. *Sat. 15. v. 5.*

(2) Renazzi *loc. cit.*

(3) Enumera questi meriti peculiari del delitto di maestà rigettandoli Ant. Math. *De criminibus lib. 48. dig. tit. 2. c. 4. n. 11.*

rità nelle cose di fatto un voto costante dell'animo umano. S'affollano, è vero, attorno alla opinione della sicurezza sistemi d'idee, i quali meritano d'essere diligentemente separati e distinti tra loro: il principio religioso: il principio morale: il dritto della pura ragione: il dritto politico, e tutti colla pretensione di far prevalere la loro prerogativa. Framischiansi a questi sistemi, parto della ragione, i pregiudizi delle umane passioni, e questi nuovi interlocutori intralciano viemaggiormente i calcoli della legge. Ma, o bisogna negarle l'attributo di legge, o ammettendolo convien pure ammettere, che la sua ragione si librerà imparziale e tranquilla tra tanti voti contrarj, e avrà mezzi sufficienti a stabilire come più valevole il suo.

La civiltà umana, astrazione dello spirito più di qualunque altra effrenata, è un modo di essere dell'aggregazione politica considerata ne' suoi più generali caratteri. Lo spirito umano ha le sue forze ottuse, ed inceppate nella barbarie, la quale perciò gli è di ostacolo ad elevarsi alla cognizione di qualunque utile, e scientifica verità. La natura può operar prodigj per tutto, ma un ingegno privilegiato nato tra i barbari ha come l'antico Anacharsi bisogno di vivere tra popoli inciviliti. La civiltà è dunque una *condizione*, ma non un *mezzo* per cui l'ingegno umano possa giungere alla scoperta del vero, nè bisogna confondere la *civiltà* colla *scienza*, supponendo, che il perfezionamento delle leggi della sicurezza sociale vada compagno ai progressi della perfettibilità delle masse, onde se essa non sia pervenuta a un punto, di cui tutti parlano, e niun definisce, questa circostanza possa essere al perfezionamento di quelle leggi un ostacolo. Se così fosse converrebbe dire, che uno de' più inciviliti popoli Europei è sempre barbaro perchè ha nel suo codice penale sanzioni, le quali fanno innorridir la natura. Al contrario le leggi della sicurezza sociale perfezionate dall'umano ragionamento sono uno dei migliori, e più validi perfezionatori della umana sociabilità, onde sarebbe assurdo il pensare che là fosse l'ostacolo ov'è aspettativa, e attitudine a cedere, e a conformarsi. Roma antica, e la moderna Toscana sono esempj di quanto da buoni e moderati sistemi di sicurezza può la umana civiltà ripromettersi.

La forza necessaria a reprimer la offesa, e ad assicurar la difesa è il mezzo, col quale l'azione del governo più visibilmente si manifesta; e siccome la forza suole più frequentemente avere la sua origine, e la sua causa nella volontà di chi la dispiega, non dee recar meraviglia, che alcuni pensino potersi, e doversi colle cambiate combinazioni d'una volontà aspettarsi ancora cambiato il tenor della forza sebben non gratuita, ma assistita dal titolo della necessità di mantener l'ordine, e la pace tra gli uomini. Non vi ha nè vi può essere forza nemica del perfezionamento delle leggi della sicurezza sociale che quella del dispotismo considerato come *stato di fatto*

sovversivo, e nemico di ogni giustizia. Ove la ragione pubblica abbia la nozione di se medesima, e si costituisca titolo della forza necessaria a mantener la giustizia, le cognizioni relative alle leggi della sicurezza sociale, come parte della pubblica ragione, ed utili non che onorevoli ad essa, non possono incontrare ostacoli nel potere politico per il loro perfezionamento. Laonde convien dire non delle forme del governo ma del dispotismo, che tutte le esclude, quel che fu detto della barbarie, non potersi cioè ravvisar come ostacolo ai progressi dello spirito umano in qualunque siasi ramo di cognizioni se non come eccesso, col quale ogni barlume di umana ragione è incompatibile (1). Se le forme del governo influissero sul perfezionamento delle cognizioni umane relative alle leggi della sicurezza sociale, non si saprebbe come spiegare il fenomeno d'una nazione, la quale a leggi favorevoli alle libertà pubbliche accoppia leggi penali d'atroce, e sanguinario carattere.

Convien dunque cercar gli ostacoli al perfezionamento delle cognizioni umane relative alle leggi della sicurezza sociale nella loro indole, e non in cose, che sien fuori di loro. Gli ostacoli, che ad esse si parano d'avanti, non differiscono da quelli, che impediscono, o ritardano, o rendono inutili i progressi di ogni altro ramo di umane cognizioni: vale a dir, la mancanza di metodo e di osservazione: la fantasia sostituita ai calcoli del ragionamento: l'abuso de' sistemi: i volgari, e scientifici pregiudizj: la imperizia, l'audacia, o la leggerezza di chi imprende a trattarne. Se nelle cognizioni umane relative alle leggi della sicurezza sociale si dovessero segnalare ostacoli al lor perfezionamento in circostanze fuori di loro, converrebbe segnalarli tutti nella urgenza, producente la fretta, con cui la offesa ha sempre dovuto rendere necessaria la difesa: nel timore, spesso maggiore del giusto, che la offesa risveglia in chi dee ripararvi: nell'ascendente che sull'animo umano ha la opinione della forza sempre più poderoso di quel che la ragione possa augurarsene: nell'esser la legge obbligata a opporre passione a passione sicchè è facilissimo, che la difesa si appassioni come nacque dalla passione la offesa (2).

Questi ostacoli inerenti o alle cognizioni umane relative alle leggi della sicurezza sociale, o al soggetto della loro applicazione riconducono all'esame della loro origine, del loro sistema, ed a concludere su quanto dell'una, e dell'altro è stato discorso fin qui.

Se la giustizia *sociale* negli oggetti del dritto privato può

---

(1) Omero chiamò l'Egitto (amaro) per l'acerbità delle sue dispotiche leggi. Gillies *History of ancient Grece vol. 1. p.* 237.

(2) In ogni legislazione penale si dovrebbe scrivere come epigrafe quel celebre verso di Milton

« *Pondering danger with deeping thouges.*

aver sembianza d'esser guidata dalla *naturale giustizia*, ella la perde affatto allorchè si tratta di oggetti di quella parte di pubblico dritto, la quale o serve di guida alla umana socialità onde meglio progredire, e perfezionarsi, o protegge l'ordine dalle offese, colle quali le umane passioni son disposte talvolta a turbarlo.

Le leggi, che reggono una città, possono senza timore di sbaglio dividersi in *istruttive*, in *direttive*, ed in *coattive*. Le prime sono le leggi *civili*, le quali o stabiliscono i dritti di privato a privato, e da famiglia a famiglia, il modo di acquistarli, di conservarli, e legittimamente in altri trasmetterli, o stabiliscono l'ordine, col quale debbono esser composte le controversie, che su i loro respettivi diritti posson nascer fra gli uomini: le seconde sono le *amministrative*: le ultime quelle, le quali o spettano alla forma, che il poter politico assume nella città, o stabiliscono il grado di forza, con cui è necessario resistere alle passioni nemiche dell'ordine, e il modo di farla agire onde essa non divenga causa di nuovi, e più gravi disordini.

Da qualunque lato piaccia considerare queste tre azioni diverse della legge protettrice dell'interno ordine della città, e le linee, che separatamente queste tre azioni, considerate come forze aventi la medesima origine, e dirette a un solo, e medesimo scopo, debbon percorrere, onde non complicarsi tra loro, sarà impossibile non che difficile concepire come lo spirito umano possa dalla *coscienza* anzichè dalla *scienza* ricever soccorso onde stabilire, mantenere, e perfezionare questo complicato sistema.

La grande massa degl'interessi sociali o privati, o pubblici, che essi pur siano: il modo, e la tempra delle affezioni, che essi perpetuamente risvegliano nella sensitiva natura dell'uomo: il diverso grado della importanza degli uni, e della forza delle altre: la necessità di dover guidar gli uomini all'ordine più col mobile del loro interesse, che co' dettami della ragione: la difficoltà di segnare il punto, fino al quale le umane passioni, lasciate libere nel loro sviluppamento, producon l'ordine, ed aumentano la massa delle pubbliche comodità, e oltre al quale divengon cause di disordine: sono oggetti di natura loro difficilissimi a ben percepirsi, comecchè dai soli fatti, e dalla sola esperienza desumano la respettiva importanza loro, onde la teoria dell'ordine, che a questo grande ammasso di cose meglio conviene, forma un complesso di cognizioni, che niun sistema, per ardito che esser possa, varrà non che ad impugnare, a indebolire, o distruggere.

La politica, o la scienza di meglio reggere la città, ha come la religione il suo *epicureismo*, e il suo *deismo*: il primo, il quale professa la massima, che gl'interessi umani tutto fanno per una insita, e naturale lor forza, senza che la scienza delle leggi debba curarsi della lor guida: il secondo, il quale tutto aspetta da un segreto raggio di luce, che presuppone nella

umana coscienza, e che reputa sufficiente a sciogliere i più complicati problemi, che nascono dalla necessità di conciliare i bisogni della prosperità, e della sicurezza con quelli della giustizia.

Certamente se la umana coscienza fosse uno specchio, nel quale come vi si può in evidentissima immagine dipingere l'idea astratta dell'onesto, e del giusto delle proprie azioni (1), così vi potesse apparire il grado preciso di morale, e politica pravità dell'azione altrui ne' suoi complicati elementi di fatto, e di dritto, nei quali ond'esser bene apprezzata dee sempre risolversi: se come vi si può considerare un' adesione sincera, e costante dell'animo a non abbandonare nelle sue più segrete preordinazioni il giusto, e l'onesto, vi si potesse attingere il migliore, e più adattato rimedio a ristabilir l'ordine quando una diversa coscienza l'ha già violato, nella umana coscienza esser dovrebbe ogni legge; ed ogni positivo regolamento dell'autorità pubblica sarebbe inutile. La cosa è di per sè sì intuitiva, e sì semplice, che non ha bisogno nè di fina dialettica, nè di numerosa retorica ond'essere dimostrata.

L'amministrazione della giustizia in Turchia poggia tutta sulla coscienza di chi vi presiede, ma Montesquieu sagacemente osservava, non potersi comprendere come in cosa di tanta importanza sia stato d'ogni altro più chiaro-veggente il più ignorante popolo della terra (2).

La morale, il di cui uffizio è quello di meglio istruire, e rettificar le coscienze, non ha bisogno di essere depurata dopochè ella divenne cristiana; e se si vuol parlare de' suoi sublimi principj nella loro applicazione pratica alla direzione dell'animo di chi è docile ad ascoltarne i precetti, le biblioteche regurgitanti di opere di moralisti teologi, e di moralisti filosofi sono una chiara, e permanente dimostrazione, che essa forma un sistema scientifico, di cui non sono ancora segnati gli ultimi limiti. Non è dunque da dire, che il bisogno della società, onde veder rettamente decise le questione, che sorgono dalle infrazioni del suo ordine, è quello non di costruire scientificamente sistemi, che a quest'ordine conducono, ma quello piuttosto di torre d'attorno alla coscienza umana le nebbie, che ne offuscano il lume, quasi nella natura dell'uomo sia anzichè imbecillità (3) una forza migliore della erudizione, con cui la

---

(1) In questo senso deve intendersi quel che della rettitudine della umana coscienza disse Sant'Agostino *Psalm.* 90. *c.* 3: poter l'uomo distinguere la equità, e la iniquità come l'occhio discerne il bianco, ed il nero. Questa verità del foro penitenziale ove l'uomo è ai piedi di Dio, si vuol far oggi un criterio del foro criminale. Il salto non è piccolo, come ognun vede.

(2) *Esprit des loix livr.* 6. *chap.* 2.

(3) Dubitaron gli antichi se all'uomo fosse stata più che madre matrigna natura, e ravvisarono in lui l'essere il più imbecille che sia

scienza ha inteso supplirne i difetti (1). Questo andamento retrogrado delle cognizioni umane farebbe nascere un sistema, il quale all' oggetto di meglio stabilirne il criterio gli escluderebbe tutti, creando quasi una voragine, nella quale tutti ingojati sarebbero, e scrivendo su questa voragine, e sulla oscurità, che contiene, la parola *coscienza*. (2)

Il principio morale, sacrosanto nella sua origine, più sacrosanto nel suo scopo, deve esercitare la propria influenza sul privato nell' uomo pubblico destinato a fare agire qualunque siasi ordigno dell' amministrazione dello stato, e più che sopra d' ogni altro la debbe esercitare sopra di lui, non vi essendo ramo di amministrazione, nel quale una trista coscienza non trovi facil pretesto onde palliarsi col velame di politica, e di giustizia: ma non può venire nè a soccorrere, nè a supplantare la scienza di far la legge, e di bene applicarla, nè a contendar con essa di promiscuità di prerogativa.

La teoria degli atti umani, che la morale ha comune colle giustizia, e colla politica, forma sola un sistema di cognizioni, che aspetta sempre la sua maggior perfezione, e la giustizia, e la politica lasciano addietro d' assai lungo spazio la morale per giungervi.

Le offese sociali, se possono aver una qualche imagine nella infrazione dell' ordine morale, non ne possono desumere, nè per la qualità, che le distingue tra loro, nè per la misura del rispettivo lor grado, la lor vera natura. La difesa sociale o ne' coattivi, oltre al non aver modello nell' ordine meramente morale, come uso o di prudenza, o di forza, si costruisce di principj, e di mezzi, che alla morale non appartengono. Il modo di verificare la qualità dell' offesa, il suo grado, il suo più vero autore, siccome il grado di forza, con cui è necessario contro

---

sulla terra. Vedasi lo scolio riferito dall' insigne Abate May ai libri di *Cicer. De rep. pag.* 215.

(1) Cicer. *De rep. lib.* 2. §. 43. *erudire homines ad justitiam*, e i giureconsulti Romani senza parlar di coscienza dissero *civilis sapientia lib.* 1. §. 5. *D. de extr. cognit. etc.* Vi fu chi paragonò la *giurisprudenza* per la moltiplicità delle cognizioni, che seco trae, a un pelago immenso. Jo. Hieron. De Philippe *Dissert. Fiscal. Dissert. 40. n.* 1. ove cita a questo proposito una retorica figura del Camerario *Embl.* 2. *cent.* 2.

« *Quid virgo haec delphino equitans in fluctibus errat*
« *Numquid et in vasto justitia est pelago ?*

(2) Nel 1672 un tal Mattia Knuzen di Oldensworn fu capo d' una setta detta de' *coscienziarj* perchè sostenevano, non vi essere nè vi poter essere al mondo altra legittima autorità che quella della umana *coscienza*, rigettando ogni regola di dritto, di legge, e di magistrato. Groning. *Relat. liter.* Microelius *Syntagm. hist. eccles.* Ma questa parola *coscienza*, la quale è stato osservato, avere un sinonimo in tutte le lingue, è in sommo grado *simpatica*, ed ove le simpatie si risvegliano, gli uomini sono inclinati a risparmiarsi la fatica di ragionare.

l' offensore procedere, risulta da combinazioni, che alla morale non spettano.

Restano sole padrone del campo della scienza di far la legge, e applicarla, la politica, e la giustizia amendue di voto concorde nell' escludere come loro ausiliario il principio morale, l' una come unicamente occupata della difesa dell' aggregazione politica, l' altra della difesa dell' individuo, e le combinazioni conciliatrici di queste due forze d' indole diversa tra loro, spesso se non sempre tra loro in guerra, indifferenti a' sistemi sull' indole, e sul grado della certezza delle speculative cognizioni degli uomini, dipendono da principj scientifici, i quali dalla esperiena attingono la tempra, che meglio loro si addice. Gli oggetti del dritto civile, quelli della privita, e pubblica sicurezza non possono aver archetipo nella mente umana perocchè sono quel che gli umani interessi o le umane passioni gli fecero. Per bene apprezzarli, e stabilir le regole onde meglio nella lor ricorrenza comporli, o conviene ammettere uno spirito divinatorio, il quale agisca come il sesto senso del pipistrello, o conviene ammettere un complesso di regole dedotte dalla esperienza, e dalla perizia nel dritto, le quali guidano l' arbitrio sempre pericoloso dell' uomo, e, giunte al punto, in cui per la incalcolabile varietà dei casi più guidar non lo possono, confessino francamente la loro impotenza, ed adottino la massima prudenziale, la quale consiglia, che in cose gravi, e nella incertezza delle cognizioni umane migliore espediente è sospendere, che precipitare un gudizio col commetterlo alla ignoranza, ed alla inesperienza, le quali con tutta la guarentigia della coscienza non possono nell' uomo variar mai nè natura, nè nome.

FINE DEL PRIMO VOLUME.

INDICE.

INTRODUZIONE . . . . . pag. 5

LIBRO I. DELL'ORIGINE, E DEL SISTEMA DI COGNIZIONI DELLE UMANE RELATIVE ALLE LEGGI DELLA SICUREZZA SOCIALE . . . . » 23

CAP. I. Piano, ed oggetto di questo libro . . . . . » ivi

CAP. II. Delle leggi della natura . . . . . » 29

CAP. III. Delle leggi nello spirito umano . . . . . » 35

CAP. IV. Delle leggi, che emanano dal raziocinio speculativo. » 40

CAP. V. Delle leggi, che emanano dal pratico raziocinio. . » 43

CAP. VI. Delle relazioni reciproche delle leggi morali, e delle leggi politiche, e del diverso criterio delle scienze, che le contemplano . . . . . » 47

CAP. VII. Della morale, e del dritto . . . . . » 60

CAP. VIII. Del dritto, e della giustizia . . . . . » 68

CAP. IX. Del raziocinio speculativo e del pratico nelle moderne scuole di dritto . . . . . » 78

CAP. X. Delle leggi della sicurezza sociale . . . . . » 88

CAP. XI. Della scienza delle leggi della sicurezza sociale e delle diverse parti, che la compongono . . . . . » 96

CAP. XII. Delle scenze, le quali senza formar parte dello scibile della sicurezza sociale hanno una maggiore, o minor connessione con esso . . . . . » 107

CAP. XIII. Delle scienze ausiliarie a quella del buon governo. » 108

CAP. XIV. Delle scienze ausiliarie a quella della legislazione penale.» 113

§. I. De' limiti, i quali dividono il diritto penale del dritto civile . . . . . » 115

§. II. Storia della legislazione penale . . . . . » 131

Politica . . . . . » 132

Letteraria . . . . . » 140

CAP. XV. Delle scienze ausiliarie alla giurisprudenza penale. » 144

§. I. Connessione della scienza della legislazione colla giurisprudenza penale . . . . . » 147

§. II. Dritto romano. . . . . » 155

§. III. Storia della giurisprudenza penale . . . . . » 160

§. IV. Filologia, e letteratura . . . . . » 164
Cap. XVI. Dei sistemi di cognizioni o teoriche, o pratiche, che non appartengono alla scienza delle leggi della sicurezza sociale . . . . . » 168
Cap. XVII. Del metodo . . . . . » 171
Cap. XVIII. Della indole delle cognizioni umane relative alle leggi della sicurezza sociale: degli ostacoli al loro perfezionamento, e conchiusione di questo libro. » 182

BIBLIOTECA

DI

Scelte Opere,

ITALIANE E STRANIERE.

CARMIGNANI.

TEORIA
DELLE LEGGI
DELLA
SICUREZZA SOCIALE
DI

GIOVANNI CARMIGNANI

CAVALIER DEL R. ORDINE DEL MERITO SOTTO IL TITOLO DI S. GIUSEPPE, PROFESSORE NELLA IMPERIALE E REALE UNIVERSITA' DI PISA, E SOCIO DI VARIE ACCADEMIE D'ITALIA.

TOMO SECONDO

NAPOLI
TIPOGRAFIA DELL'ARIOSTO

1843.

LIBRO II.

DELL' OFFESA DELLA SICUREZZA SOCIALE.

. . . . . *Ingens iterabimus aequor.*
Hor. *lib. I. od. 6.*

CAPITOLO I.

Ragioni della nomenclatura (1).

La moltiplicità grande delle definizioni varie tra loro, e spesso contradittorie date al *delitto* (2): i nuovi tentativi, che pur

(1) Non si dee credere, che la scienza, variando nomenclatura, ciò faccia perchè la varj la legge. La prima ascende, e la seconda discende. Se la legge variasse i segni delle sue idee consecrati dall' uso ella introdurrebbe una gran confusione nel dritto, del che è un esempio recente l'opera sebben dottissima del sig. Raffaelli *Nomotesìa penale Napoli* 1820. Le leggi francesi designano con *tre* diverse parole la violazione dell'ordine della città: *due* ne hanno le inglesi: *due* pur le toscane. I latini ebbero una difficile *sinonimìa* in questa materia. Niun comentatore ha chiarito il passo di Tacito *De moribus Germ.* §. 2. « *tamquam* SCELERA *ostendi oporteat dum puniuntur:* FLAGITIA *ab-* » *scondi* ».

(2) Senza parlare delle definizioni del D' Alembert, del Brissot-De-

sempre vanno facendosi per trovarne una, che gli convenga (1), possono autorizzare il dubbio, che per fissare un oggetto di tanto rilievo, e a ben conoscere il quale non può supporsi, che la natura non abbia fornite all'ingegno umano forze sufficienti al bisogno, siansi battute più strade, e queste o troppo divergenti, o troppo tortuose tra loro. Se così fosse, i tentativi per una retta definizione avrebbono dovuto produrre risultati o interamente tra loro contrarj, o intralciati per modo da formare una specie di laberinto, dal quale, chi intraprese que' tentativi non avrebbe saputo trovar la uscita onde dare una guida sicura al bisogno pratico della legge.

Nel corso di più secoli il delitto è stato dalle leggi represso, e dai magistrati giudicato senza essere definito. I giureconsulti Romani, persuasi della difficoltà somma di qualunque siasi definizione nel dritto (2), sebbene presupponessero l'azione delittuosa, non la definirono mai, e le specie, che ne enumerarono, non ebbero altro carattere di differenza tra loro se non la varia indole, la varia denominazione, e il vario grado d'intensità del mezzo, che le leggi offrivano alla riparazione del danno, che l'offeso ne avesse sofferto (3).

La parola *delitto*, colla quale da tempo antichissimo è stata designata la offesa della sicurezza sociale, significando nella sua etimologica origine un *abbandono* (4), indica piuttosto una infedeltà, di cui i più scrupolosi posson dolersi, che una distruzione, di cui tutti debbon temere: più un mancamento che una violenza: più un volger di spalle a un'autorità dispregiata, che un volgere audace di faccia contro a una forza, la quale si piega per proteggere dalla ingiustizia.

Warville, o di altri, i quali nello scrivere di diritto criminale seguirono più l'impulso del loro genio, che il bisogno della scienza, basta leggere le definizioni dell'Hupka, del Bendoni, del Franchini Rusca, del Cremani, del Renazzi, ed altri moltissimi per persuadersi della lor dissonanza. In un diffusissimo progetto di codice penale, e in una più diffusa deduzione diretta a somministrar la idea del delitto di polizia semplice, di polizia correzionale, e di alto criminale il Bexon omette la definizione del delitto nel suo sommo genere. *Application de la theorie de la legislation penale etc. liv. 2. chap. 1. art. 1.*

(1) *Traite de droit penal par M. Rossi vol. 2. chap.*

(2) *Dig. lib. 50. tit. 17. l. 202.* La *definizione*, e la *regola generale* aborrita dai Romani GC. conforme fu notato nostro primo libro sarebbero ideologicamente la cosa medesima, e però è questione di nome quella, che il Vicat *Voc. jur. verb. definitio* muove contro al Gotofredo nel suo comentario a quella legge.

(3) Il *peccato* non dava azione: la dava *civile* sempre il *quasi delitto*: o civile, o *straordinaria* il *delitto*: *criminale* sempre il *crimen*. Questa spiegazione di *Ant. Math. de crimin. Proleg. cap. 1. n. 1.* è preferibile a quelle del Renazzi *Elem. jur. crim. lib. 1. cap. 1. §. 4.* e dei Nani *Ad Math. loc. cit. not. 1.*

(4) Enn. *Apud P. Merulam pag. 327.* « *at Romanus homo, tamen etsi res bene gesta est, corde suo trepidat,* DELICTO *Coelite* »: autorità più competente di quella, che adduce il Renazzi *Elem. jur. crimin. lib. 1. cap. 1. §. 1. not. 1.*

Questa idea di abbandono, e di atto di disertare, fornita dalla parola delitto, ha aperto intorno ad essa un gran vuoto, nel quale tutte le opinioni hanno trovato spazio per collocarvisi. Il contemplatore di Dio vi ha scorta la infrazione dell'ordine divino, che ridonda in danno del prossimo (1). Il contemplatore di un principio morale insito alla coscienza del genere umano vi ha veduta come fondamentale nozione la infrazione di un dovere esigibile (2). Il politico, il quale dopo Beccaria ha voluto segnare una più forte linea di separazione tra l'ufficio della morale, e l'ufficio della legislazione, vi ha calcolato un male superiore al bene, che chi offende la sicurezza sociale può conseguire (3). Il pratico vi ha ravvisata un'azione malvagia, che la legge punisce (4).

Le prime due definizioni, l'una vera in teologia, l'altra coll'apparenza di esser vera in morale (sebbene nè la morale, nè la legislazione possa accettarla) non spettano all'analisi delle forze nemiche dell'ordine della città. Il delitto, considerate le umane passioni intolleranti di ogni social disciplina, sitibonde di sangue, avide dell'altrui, brutali nel conculcare l'altrui onore, o l'altrui pudicizia, non può dipingersi con ambicui, e stemprati colori, chiamandolo o la infrazione dell'ordine divino, o la infrazione di un dovere esigibile, la qual definizione pone alla pari una mancanza alla disciplina militare, o monastica, e le ruberie, e le stragi d'un Caco, timore, ed infamia della selva Aventina (5).

La superaddizione di nuovi caratteri, che alla idea d'infrazione dell'ordine divino, o di dovere esigibile piacesse di aggiungere, onde con una serie d'idee intermedie unir quelle del male morale, che domina la definizione, con la idea del male politico della offesa sociale, sarebbe un artifizio retorico diretto ad adombrare un concetto, il quale ha bisogno d'essere esattamente derminato, onde sostituire al vero ciò che può averne una lontana sembianza (6), e introdurre nella scienza equivoci mezzi termini, i quali servano di pretesto, o di base ad uno scopo di circostanza (7). Cosa ha che fare colla infrazione dell'ordine divino, o del dovere esigibile lo spavento, che incute l'assassino, il quale vi assale armato sulla pubblica via, e vi pone nell'alternativa di dargli o la vita,

---

(1) Franklin citato da Brissot-De-Warville *Theorie des loix criminelles vol. 1. p. 101.*

(2) *Traite de droit penal par* M. Rossi *vol. 2. pag. 6.*

(3) Bentham *Traites de legisl. civ. et crim. vol. 1. chap. 11.*

(4) Paoletti *Inst. crim. theorico-pract. vol. 1. pag. 2.*

(5) « *Cacus aventinae timor, atque infamia silvae.*

Virg. *Aen. l. 8.*

(6) La inammissibilità di queste superaddizioni verrà provata in appresso. Vedansi i *cap. II. e III.* di questo libro.

(7) Vedete quello che abbiam detto nel nostro primo libro.

o il denaro? Allorchè Ravaillac immerse un ferro parricida nel petto del migliore de' Re, chi pensò alla infrazione dell' ordine divino, o del dovere esigibile?

La prima definizione, collocando la sua nozione fondamentale nel sovvertimento dell' ordine divino, e parlando in modo prettamente conseguenziale del danno del prossimo, eleva troppo la idea del delitto, e, collocandola nella economia della mente divina, sembra far dipendere la sua repressione non dalla legge della città destinata a proteggere interessi presenti, ma da una legge, che intende di provvedere ad interessi di una vita futura.

La seconda definizione, collocando la sua nozione fondamentale nella infrazione di un dovere esigibile, esce dalla sfera del dritto, e si crea quasi un trono solitario, su cui originalmente assidersi, ed al quale nè la nomeclatura del dritto sembrano potersi accostare, onde apprezzarne la stabilità, e il legittimo titolo.

Le leggi criminali non appartengono a quelle, che creano, diritti, e i doveri, ma ne sono le protettrici (1). La infrazione del dovere esigibile apparterà dunque alla morale, alla legge civile, o alla legge creatrice del pubblico ordine della città, ma non potrà appartenere alla legge politica costituitasi per proteggere la sicurezza sociale. Poco importa che la legge protetta stabilisca il dovere. Il delitto non potrà esser mai considerato nella infrazione di quella legge ma lo dovrà essere nella forza, con cui le umane passioni rovesciano o la legge, che difende il dritto, a cui il dover corisponde, o la legge, che si è costituita a rinforzo di un dovere morale. La morale e la civile giustizia potrà apprezzare l' una un dovere assoluto, l' altra un dovere correlativo ad un dritto, ma la sola politica potrà stabilire qual dovere morale debba essere rafforzato, o qual dritto meriti di esser difeso dall' azione della legge che proclama il delitto, e con qual grado di forza; nel qual sistema d' idee, e di procedimenti della legge l' indole dell' azione contraria all' ordine non consiste nell' infrazion del dovere, ma nella infrazione della legge che la dichiara delitto; essendo certo, che l' azione delittuosa non potrebbe aver vita se le regole della morale, e quelle del dritto non fossero state da chi lo commette collo spregio già infrante.

Il dovere, considerato nella propria maniera di esistere, è tutto nella coscienza di quegli, nel quale risiede, onde se è suscettibile d' essere o mal conosciuto, o spregiato, poichè ciò accaderebbe nell' interno dell' animo, non è perciò suscettibile d' infrazione; atto, che non può concepirsi se non come effetto dell' esterno, e visibile modo di agire. La infrazione può dunque ben concepirsi nel dritto sovvertito da chi avea il dovere di rispettarlo; e se le sole esterne azioni sono del dominio

(1) Ved. quello che abbiam detto nel primo libro.

della legge criminale, la infrazione d' un dritto è la idea prima, che esse aver possono dell' azione delittuosa. In fatti oltre al poter esistere de' dritti ai quali doveri non corrispondono (1), comecchè la parola dovere significhi una facoltà passiva, e non possa perciò esistere in uno senza che una facoltà attiva nel dritto esista in un altro, non si saprebbe comprendere come la definizione del delitto potesse desumere la sua nozione fondamentale dalla infrazione di un dovere, che può non esistere, e non dalla infrazione di un dritto che può esistere senza dovere corrispondente, e piuttosto dal dovere subordinato al dritto, che dal dritto, il quale comanda il dovere (2).

La prontezza con cui la legge criminale dee apprestare la propria difesa, fa sì che il primo oggetto, che nella mente del legislatore si presenta a implorarla, e quello che tosto fissa le sue idee, e quest' oggetto è il dritto per certo: o perchè esso nell' ordine delle idee precede il dovere, o perchè la idea del dritto è a quella del dovere predominante.

Il testo de' doveri appartiene alla morale, la quale non gli ha mai divisi, nè gli può dividere in esigibili, ed inesigibili. I soli diritti sono stati dalla scienza delle leggi divisi in perfetti, e in imperfetti secondo che se ne può esigere l' adempimento o colla forza, o colla preghiera (3).

Ma ancor chi definisse l' azione delittuosa la infrazione d' un dritto sebben fosse dal vero men lungi di chi la definisse la infrazione d' un dovere non vi sarebbe però. Infatti le leggi parlano della offesa del dritto temibile dall'azione delittuosa quando si tratta di un caso, al quale o pensano non poter soccorrere, o al soccorso del quale credono la forza della minacciata persona più della loro opportuna (4).

---

(1) Ved. il *vol.* 1. Puffendorf, Thomasio, e Gundling sostennero potere esister de' delitti, ai quali obbligazioni non corrispondano. Barbeirac ad Puffendorf *Le droit de la nat et des gents liv. 8 chap.* 3. §. 4. *n.* 8. In oggi dai civilisti si parla non più di relazione necessaria tra *dritti*, od *obbligazioni*, ma tra *dritti*, ed *offizj*. Thibaut *System des pandecten-rechts* §. 2. Toullier *Cours de droit civil v.* 1. *p.* 96—97.

(2) Ved. il *vol.* 1.

(3) Lampredi *Jur. pub. univ. theorem. pars.* 1. *cap.* 6. §. 9.

(4) La legge ha dovuto prevedere il caso, nel quale, non potendo difendere colla sua forza, ha dovuto permettere l' uso della privata. Ella non ha detto, nè ha potuto dire, che in questo caso l'uomo può esigere da altri un *dovere*, proposizione, a cui manca fino un legale significato, ma ha detto, ed ha dovuto dire, che gli è lecito vendicar colla forza il proprio *diritto*. *Cod. lib.* 3. *tit.* 27 *l.* 2. « *Facultatem* « JURE *permittimus* » JUS *sibi sciant pro quiete communi etc.* ». Nel sistema del ch. Romagnosi, il quale altronde non si propone di definire il delitto, ma vuol darne una generale idea, la nozione fondamentale è desunta dalla ingiustizia, e dal danno dell' azione delittuosa, e se questo egregio scrittore soggiunse, essere il delitto la *infrazione d' un*

Se il dritto è una facoltà, che all' uomo concede una legge, perchè, invece di pensare alla infrazione del dritto, non si pensa a quella della legge che lo difende? (1) O si parli di dovere, o si parli di dritto, il suo testo debb' essere nella legge: la legge debb' essere conosciuta: essa dee proclamare il fatto, che infrange o il dovere, o il dritto: dal che consegue, che la più sicura nozione del delitto è quella di un fatto umano alla legge contrario.

Se in questo fatto si dovesse cercare o la infrazione del dovere, o quella del dritto, chi lo commesse potrebbe costringere chi asserisce o l'una, o l'altra cosa a provarla, nel qual caso tutte le regole dei criminali giudizj resterebbero alterate, e sconvolte, nè un cadavere col seno squarciato da un ferro proverebbe più cosa alcuna contro colui che ve lo immerse. Ma se il delitto è un fatto umano che infrange la legge, chi lo commesse, avendo contro di sè il proprio fatto, e la legge che lo vietava, sarà, se vuole evitarne le conseguenze, costretto a provare non che egli non aveva il dovere di non commetterlo, ma che avea diritto a commetterlo.

Se il delitto potesse essere definito o la infrazione d'un dovere, o la infrazione d'un dritto, esso diverrebbe una cosa di mero dritto, come il mancare a un contratto, o a un'obbligazione civile qualunque, nè sarebbe cosa nella massima parte di fatto. Colpir sopra un dritto, toglierlo, infrangerlo è linguaggio, il quale conviene all' azione della legge penale sia che essa uccida nel qual caso toglie, o crede poter togliere all'uomo il dritto alla vita, o sia che ella tolga la libertà nel qual caso pure dichiara avere il colpevole perduto il dritto a goderne: ma un tal linguaggio non conviene all' azione del delitto, tutto, come fatto, assolutamente tale e nelle sue preordinazioni, e nel suo compimento.

Essendo la parola dovere più della parola diritto simpatica alla coscienza, è da credere, che la definizione del delitto, la quale desume la sua fondamentale nozione della infrazion del dovere, non da quella del dritto dalla legge protetto (lo che necessariamente conduce a cercare la nozione fondamentale del delitto nella infrazione di una legge), abbia inteso dare una larga base al progetto di sostenere l'esclusivo, ed assoluto dominio della umana coscienza nel decidere delle delittuose materie, e dar così bando perpetuo a una scienza, la quale si

---

dovere sociale ciò disse nel bisogno di comprendere nella nozione del delitto quella della *omissione*, la quale, avverandosi nel solo interno dell'uomo, può meritare il nome d'*infrazione d'un dovere*. *Genesi del dritto penale vol. 2. pag. 106. 3. ediz.*

(1) Il Filangieri trae la nozione fondamentale del delitto dalla infrazione della legge. *Scienza della legislaz. lib. 3. part. 2. cap. 27.*

credesse sola competente a bene, e rettamente apprezzarle (1). Ma questa base sarebbe più apparente che vera, e il metodo giudiciario, il quale per le sue decisioni contentasi dalla sola rettitudine della coscienza, e del criterio dell'uomo, potrebbe restare colle prerogative, che gli son proprie, senza che bisogno vi fosse di supplantare il criterio delle scienze politiche, qualora esso solo potesse costruire la definizione più convenevole del delitto.

La terza definizione, sebbene concepita nell'intento di dare una perentoria esclusiva al principio morale adottato dalle due prime, ed assicurare la prerogativa del principio politico, pecca nell'eccesso contrario. Se le due prime definizioni tendono a ridurre il delitto a un affar di coscienza, che la legislazione presuppone sempre, e però non calcola mai in materie, che non ne ammettono nè lo scrupolo, nè il probabilismo, la terza definizione tende a togliere fino il presupposto della coscienza alla legislazione, e per escludere il principio morale lo conculca, e l'offende (2).

La quarta definizione, non peccando di eccesso, pecca di difetto, e se le prime tre divergono troppo le loro vedute dal delitto, come oggetto contemplabile nel suo carattere di mero fatto sovversivo dell'ordine della città onde inalzarle ad origini più generali, e più vaste, ella quasi le inchioda, e le circoscrive a quanto il delitto ha di configurato dalla propria perversità, che il morale istinto di tutti può facilmente discernere, e da una legge esistente, il rigor della quale è presupposto al delitto condegno. Questa definizione, tutta pratica, e attiva, rende la idea della pena strettamente correlativa alla idea del delitto, mentre questa vuol esser fissata indipendentemente da quella. Oltracciò la definizione nel suo pratico scopo mostra stabilire la relazione tra il delitto, e la pena, nel modo medesimo, e colla stessa relazione di necessità, con cui teoricamente la dee stabilire il principio religioso, e il principio morale, senza ammettere nel delitto la distinzione di fatto *prevenibile*, e di fatto *punibile* (3). La definizione è perciò tutta giurisprudenziale, ed esclude dallo stabilire la vera nozione giuridica del delitto ogni intervento della scienza della legislazione (4): perocchè a norma di questa definizione è presupposta nel delitto una malvagità, o insita ad esso, qual la ravvisa la

(1) Questo sospetto può essere avvalorato dalla osservazione, che niuno avea mai fino al giorno presente attinte la nozione fondamentale del delitto dalla infrazione d'un dovere, e neppure il De Amicno, il quale scrisse il dritto criminale pe' Frati Francescani.

(2) Vedi il *vol.* 1.

(3) Ibidem

(4) Dottamente su queste pratiche definizioni ragiono il Romagnosi *Genesi del dritto di punire vol.* 2. *p.* 108.

teologia nel peccato, e la morale nel vizio, o segnalata dalla legge colla pena, con cui lo persegue. Questa definizione è giustificata dal fatto, non dai principj, ed è giusta perchè posta dal magistrato, e giureconsulto d'un paese, nel quale le leggi esistenti non dichiarano, e non puniscono come delitti se non le azioni, che la giustizia, e una sana, e moderata politica segnalano come tali.

Le quattro definizioni mostrano la influenza dei diversi principj, e delle diverse abitudini di chi le pose. Le due prime, dedotte dalle teorie del ragionamento speculativo, escludono ogni competenza del pratico. Le due ultime, sebbene stabilite dal pratico raziocinio, mostrano intelletti di abitudine, e di tempra diversa: perciocchè l'una mostra una mente osservatrice, ed attiva, la quale, istituendo l'analisi delle passioni nemiche dell'ordine, e delle ragioni politiche, che la società può avere a reprimerle, la volge ad oggetti reali sì, ma non degni di entrare in considerazione: mentre l'altra mostra una mente sottomessa all'autorità d'una legge esistente, e resa passiva dalle abitudini, e dall'uso del foro.

La parola *offesa* sostituita a quella di *delitto* significa meglio il carattere del perturbatore dell'ordine, il quale, ridendosi della morale, e della giustizia, e dei doveri, che esse comandano, altra coscienza non ha se non quella della propria forza onde meglio o più impunemente abusarne per appropriarsi un vantaggio, al quale la natura, e le leggi gli vietano di aspirare (1).

CAPITOLO II.

Origine, ed indole razionale, e politica della nozione della offesa.

Le difficoltà, che tentando di porre una retta, e precisa definizione del delitto incontraronsi in ogni tempo, e dovunque, debbono attribrirsi alla resistenza, che i fatti varj, e moltiplici, nei quali il delitto si risolve sempre, oppongono di loro

(1) « *Sentit enim vim quisque suam, qua possit abuti.* Lucr. *Lib. V v.* 1033.

Blanckstone dà il titolo generale d'*ingiustizia* ai delitti, a ciò costretto dalla sua divisione delle ingiustizie in *private*, e *pubbliche*, ma adotta la nomenclatura di *offese* nelle classi di queste. Claus *De natur. delict. Jenae* 1794. §. 9. dicendo, essere il delitto un'azione, che reclama la *difesa* della città contro il suo autore, si avvicina alla idea dell'*offesa sociale*.

natura ad ogni sforzo d'ingegno rivolto a convertirli in una formula razionale, che tutti con esattezza gli esprima.

Queste medesime difficoltà si presentano allorchè si voglia istituire un'esatta ricerca sulla più vera origine, e sulla più vera indole del delitto: due oggetti di esame, i quali debbono necessariamente influire nella sua più retta definizione.

Lo scrittore il più dotto, e il più diffuso in questa materia, mentre ostenta il vanto di originalità, erra fluttuante, ed incerto or sull'una, or sull'altra delle molte, e fra loro diverse vie, ch'egli ha tentato di aprire nel rintracciare la origine del delitto (1). La religione, la morale, il dritto della natura, la ideologia, la filosofia, la storia, la legislazione sono i fonti, dai quali questo scrittore intende desumere la razionale ed esperimentale origine del concetto, che del delitto ha dovuto formarsi il legislatore. Infelice, ed infruttuosa fatica nel piano di questo d'altra parte egregio, e dotto scrittore! perocchè ella lo ha condotto a ravvisare nel delitto un ente incostante, e variabile a seconda del variar delle leggi, e fin del capriccio, e del personale interesse di chi ha potere di farle (2).

La religione nella sua santità può elevare l'animo umano alla contemplazione d'un ordine, la idea del quale, divenendo norma, ed abito del pensiero, dà ad esso una salutar direzione sì opposta a quella, che alla ingiustizia conduce, da non poter temere, finchè in un animo quella direzione perseveri, o disordine, o sconcerto che sia. Ha dovuto invero il principio religioso trovarsi a fronte delle umane passioni, e vederne, e sgridarne gli eccessi, ma contemplandoli in tutto ciò, che declina dalla direzione sublime, che all'animo fornisce la idea di un ente, che tutte le perfezioni comprende; non può esser di guida alla legge degli uomini nell'indicare, e nel valutare le azioni sovversive dell'ordine. Un pensiero superbo degradò intelligenze celesti, e fornì l'esempio di passioni inerenti all'indole razionale non che alla sensitiva d'un essere; ma il cercar la origine del delitto in quel trascorso sarebbe erger troppo alto la vista, e voler misurar la terra guardando in cielo (3). Lo stesso religioso principio, considerando una terrena città, creata, e regolata da lui, cambia economia nel valutare il disordine, e restringe il cerchio degli umani trascorsi, cercando in essi un carattere, che più gli ponga a portata del dominio dei sensi (4).

---

(1) Renazzi *Element. Jurispr. crim. lib. 1. c.* 2.

(2) Renazzi *loc. cit.* §§. 8. e 9. Il presentimento piucchè la persuasione, che il Renazzi §. 12. ebbe d'un principio certo, e assoluto regolatore della nozione del delitto, non lo salva dalle incertezze, nelle quali il suo cattivo sistema lo ha illaqueato.

(3) Lo rimprovera il Renazzi al Beccano, il quale cerca la origine del delitto in quello di lesa maestà divina, che commesse Lucifero. *Tract. crimin. lib.* 2. *c.* 1.

(4) Distingue il dritto ecclesiastico dal *peccato* il *delitto* perchè que-

La morale può abituar l'animo umano all'amore della virtù, e all'aborrimento del vizio, e un cuore imbevuto di queste abitudini, agendo pel loro impulso, volge le spalle ad ogni idea di disordine, facendosi modello di un sistema di azioni, encomiabile come modello, inarrivabile come esempio della umana mediocrità, che è retaggio del maggior numero. Se questo animo si volge a contemplare il disordine non può non ravvisarlo in ogni aberrazione possibile dal virtuoso sentiero, nel quale s'incaminò. La rigida idea, che gli si formò dei propri doveri, collocandovi quella della virtù, gli fornisce un istinto, un istinto sì delicato, che a guisa di specchio ogni respiro può, per dir così, appannare, e se quest'animo afferra la bilancia, con cui si pesino le azioni umane, è costretto a ponderarne il merito come il demerito, alternativa, nella quale chi dee valutare il delitto non è: onde se vuole apprezzare il vizio non può farlo che confrontandolo colla virtù, mentre l'azione delittuosa ha un peso assoluto, a cui la bilancia della morte non regge. Niun dirà, che Epitetto avrebbe collocato sopra la propria bilacia l'animo, e le azioni d'un Mandrino, e d'un Cartouche.

Il diritto della natura, il quale altro non contempla che i dettami della pura ragione, se trae da questi dettami la idea dei primitivi, e più sacri diritti degli uomini come condizioni della lor sicurezza reciproca, o isolati, o congregati tra loro che siano, non concepisce, nè può concepire infrazione possibile dei diritti da lui creati, mentre in essi soli ha la propria esistenza, nè un sistema scientifico può come l'uomo esistere ammettendo la idea della cessazione della proria esistenza. Questo sistema di cognizioni preconcepisce le azioni umane eminentemente libere perchè giuste eminentemente, e i lor moti si effettuano per le linee tracciate dai diritti reciproci come quelli dei corpi celesti, i quali gli uni rispetto agli altri presentano il sublime, e sorprendente spettacolo della indipendenza prodotta dai vincoli di una legge, che confonde le proprie prerogative con quelle della umana ragione. Se un moto fuor della linea dalla legge tracciata esistesse, la legge avrebbe perduta colla propria prerogativa la propria esistenza. Se i moti comunque dalla legge preordinati venissero in qualche caso in collisione tra loro, la natura mostrerebbe o la propria insufficienza, o la propria contradizione, e in questo caso la forza di un moto sull'altro, escludendo ogni esame della lor reciproca rettitudine perchè in amendue presupposta, farebbe cessare la collisione, e la legge razionale riprenderebbe allora toltanto la propria influenza (1). In questa platonica eco-

sto, e non quello danneggia la società. S. Aug. *In can. 7. dist.* 81. Devoti *Inst. crim. lib. 4. tit. 2. §. 2.*

(1) Ved. il *lib. 1. cap. 3.*

nomia di principî non è dato alla umana ragione di ravvisare il disordine dal delitto prodotto, nè i mezzi onde tenerlo se non sempre almeno quanto più è possibile lontano.

La storia degli uomini, e lo studio delle loro leggi possono invero istruire ed evitare gli eccessi, ma non possono formar regole fondamentali sul vero criterio, che dee guidare il giudizio delle azioni umane per il miglior ben essere della società, perciocchè questi due sistemi di cognizioni possono bensì mostrare quel che si è fatto, ma non insegnano quel che sarebbe da fare. Non vi è umana follìa, che non abbia un'autorità nella storia sì nel bene come nel male. Ella allato a un legislatore, il quale si dichiara contro l'acerbità dei supplizj perchè ha sognato (1), ve ne dipinge un altro, il quale desidera, che il genere umano abbia una sola testa per uccedere gli uomini tutti in un colpo (2). Le leggi nella lor volubilità, e spesso nel loro capriccio vi mostrano gli scritti medesimi ora puniti nel loro autore come capitale delitto (3): ora encomiati come testo di cittadina virtù (4): dichiarato delitto l'esserne privo (5): in un luogo dichiarato delittuoso il commercio, e in un altro l'agricoltura (6): ed altrove dichiarato delitto la piantazione del guado sebbene utile pur nauseante all'odore, e il portare lunghe gale, e corta spada sebbene indifferente cosa, pur appresa come moda sgradevole (7).

Se le scienze assolutamente morali, sia che abbiano la lor base, ed il loro criterio nella eguaglianza dei *doveri*: sia che l'abbiano in quella dei *diritti*, non possono fornir mezzo onde razionalmente indagar la origine del delitto; e se gli ajuti sperimentali della storia, e dello studio delle leggi sarebbero in questo proposito guide malsicuse, e fallaci, la sola indole della politica società, considerata nelle costanti, e generali forze, che la producono, e nel grado di competenza, che il dritto della pura ragione ha a porne in confini l'attività, potrà, bene apprezzata che sia, fornire le vere idee sulla origine del delitto: perocchè una tal ricerca per tal modo istruita, comecchè segnata dalla natura, la qual non inganna mai, non potrà esser soggetta ad inganno, e sottoposta al criterio, che la natura medesima ha collocato nell'umano intelletto, sola potrà fissare la razionale, e sperimentale connessione, che il delitto come concetto dello spirito umano ha coi fatti, e con i principî, colla testimonianza dei sensi, e con quella della ragione.

---

(1) Herod. *Hist. lib.* 2. *c.* 5.
(2) Svet. *In Calig. cap.* 30.
(3) Svet. *In Tiber.*
(4) Cicer. *Philipp.* 11.
(5) Plin. *In Paneg.*
(6) Plut. *In quaest. Graec.*
(7) Humes *History of England vol.* 12. *pag.* 810.

Le relazioni di prosperità inerenti alla sensitiva natura dell'uomo (applicando quì ciò che in un più generico modo altrove fu detto) (1), rendono il viver sociale nella sua specie un bisogno, nella cui indole l'ufficio della ragione non ha niente che fare. Iddio lo infuse nella natura umana, contentandosi d'esserne conosciuto come autore. La morale lo considerò come mezzo, e occasione di meglio svolgere i sentimenti di reciproca benevolenza tra gli uomini. Il dritto della pura ragione considerò la umana società come un fatto, che, prodotto da forze non conosciute da lui, poteva però divenire un punto di appoggio per i diritti di sua creazione. I calcoli della società diretti a favorire i moti, che le relazioni di prosperità producevano tra gli uomini, divennero di sua competenza esclusiva, e le scienze puramente morali altro non fecero che segnare dei limiti, oltre ai quali quei moti, divenendo o irreligiosi, o immorali, o sovversivi della universale giustizia, non si rendessero di natura lor detestabili.

Le scienze assolutamente morali dovevano bensì indipendentemente dal giudizio della società aver presagito, e disapprovato ogni accesso degli umani appetiti, ma allorchè videro disprezzato l'ordine, che nell'uomo interiore esse si studiavano di mantenere, dovettero riconoscere la impotenza loro a reprimere l'esteriore disordine, e dovettero cedere il passo a una forza di diversa indole dalla loro. È stato detto, che la morale, e la legislazione hanno il medesimo centro, ma non la stessa circonferenza in quanto amendue si propongono di produrre la più gran somma possibile di umana felicità, valendosi l'una di mezzi più estesi, e l'altra di meno estesi (2). Questa sentenza può illudere a prima vista, ma non è vera. O la legislazione si consideri negli ordigni produttivi della prosperità, o in quelli produttivi della sicurezza, il suo scopo, i suoi mezzi dai mezzi, e dallo scopo della morale differiscono essenzialmente. Lo scopo della legislazione negli ordigni di prosperità è quello di operare in modo, che le passioni umane quasi stendendosi sopra il maggior possibile numero di oggetti, che senza offesa della morale, le possono adescare come passioni, perdano quanto più è possibile della lor naturale energia, e o divengano meglio moderabili, o si convertano in sociali abitudini, mentre lo scopo della morale è quello di soggiogar le passioni, di sgridarle, e reprimerle. Lo scopo della legislazione negli ordigni di sicurezza è quello di riparare all'esteriore disordine, se la morale non ha potuto comprimere l'inferiore, la prima nell'interesse della pubblica pace, la seconda nella veduta di una perfezione encomiabile in se mede-

(1) Ved. il *lib.* 1. *cap.* 3.
(2) Bentham *Traites de legislat. civil et crim. vol.* 1. *p.* 99.

sima, ma lontana dai calcoli della politica, perchè la virtù non può esser mezzo di sicurezza pubblica non potendo essere appannaggio del maggior numero, onde la morale, escludendo il vizio, non può presupporre il delitto, e la legislazione volendo escludere il delitto presuppone dalla morale il vizio sgridato: di guisa che l'una, e l'altra coi lor presupposti o vicendevolmente si escludono, o stabiliscono la differenza caratteristica dei loro officj reciproci. Se i mezzi prendono il loro carattere dal fine, al quale conducono, è inutile di ripeter quì le ragioni, le quali differenziano i mezzi della morale, e quelli della legislazione tra loro.

Le regole del principio religioso, e del principio morale, quanto all'azione, che ne diverge, presuppongono viva, ed energica nell'uomo la voce della *coscienza*, che i moralisti chiamano *antecedente*; ma se questa voce tace nel perturbatore dell'ordine dimodochè nasconda sotto manto socratico il pugnale, con cui medita trucidare il suo simile, e altro non cerchi se non impunità per quindi scannare una nuova vittima, quei due principî restano inoporosi al bisogno della sicurezza degli uomini, ed è necessario opporre astuzia all'astuzia, e forza alla forza, mezzi che quei due principî non spiegano.

Coloro, i quali si formano del delitto la idea della violazione di un dovere utile al mantenimento dell'ordine politico, il cui adempimento non può essere assicurato se non dalla sanzione penale (1); se in quest'ordine comprendono, come pur debbono, la sicurezza dell'individuo, e delle sue proprietà, son condotti da questa premessa a rinforzare con la sanzione penale, e perciò ad erigere in delitto la infrazione dei doveri dettati dalla religione, e dalla morale perchè il mantenimento di questi doveri è certamente utilissimo a quello dell'ordine politico: perocchè anco essi per essere osservati hanno bisogno d'una sanzione penale. Ma il titolo per erigere un'azione in delitto non è *utilità*, che da questa operazione della legge se ne può trarre, dovendo invece consistere sempre in una evidente *necessità*: dimodochè altrimenti facendo, la società o nelle sue parti, o nel suo insieme rimarrebbe distrutta (2). Un gnande ingegno ha scritto, non doversi punire ogni morale trascorso perchè il bene, che da questo espediente si potrebbe ritrarre, sarebbe superato dai mali, ai quali converrebbe di esporsi, sia per il male della pena, maggior di quel della scossa che questi trascorsi risvegliano negli animi, sia per la difficoltà di ben definirli, lo che sarebbe di grave impedimento all'umana giustizia (3). La vera ragione di non punire

(1) *Traite de droit penal par* M. Rossi *vol.* 2. *chap.* 1.

(2) Questa necessità fu bene appresa da Gio. Giorgio Claus. *Dissert. de natura delictorum, Jenae* 1794. §. 4.

(3) Bentham *Traites de legisl. civ. et crimin. vol. 1. p. 89.* Ved. il

i vizj, non ostante la detestabile natura loro, è che non minacciando assi la sicurezza di alcuno non vi è titolo di necessità per porli nella categoria dei delitti.

Il giudizio della maggiore, o minore unità d'un espediente qualunque, è tale da non riunir sempre i suffragi di tutti, ma il giudizio della necessità è più che un giudizio un sentimento di tutti, e a questo sentimento si dee attribuire la ragione della legge, la quale dovette dichiarare offese sociali certe azioni dell'uomo.

Se le relazioni di *prosperità* davan vita allo stato sociale tra gli uomini, la loro passionata origine le esponeva al carattere di esagerazione, che è sempre alle passioni inerente. Riesce facile all'uomo il farsi centro di tutte le combinazioni, che favoriscono i proprî comodi, e rigettate sugli altri le condizioni gravose, sotto le quali soltanto possono questi comodi conseguirsi. Un'azione, la quale si manifesti come esagerato moto di prosperità, che invade i mezzi, che alcuno senza altrui offesa acquistò, onde provvedere alla propria, è facilmente sentita da tutti come contraria alla sicurezza d'ognuno. Il carattere di quest'azione sia per la sua causa, sia pei suoi effetti non può lasciar dubbio sull'esser ella contraria alla umana sociabilità, sull'essere colla natura della società incompatibile, e quindi una propria, e vera offesa sociale: le quali cose dimostrano, essere quell'offesa una cosa sperimentale, e di meno fatto: nata colla società come le piante parasite nascono con le utili: prodotta dalle cause medesime, che la società produssero, e perciò dalla sola prudenza politica come tal proclamabile, e colle sole forze sociali estirpabile.

Ma se si tratta dall'uso della forza, qualunque esser possa il suo scopo, il dritto della pura ragione interviene a ponderarne il legittimo titolo (1). Questo dritto per la sua natura scientifica non può preconcepire la sua distruzione nell'offesa della sicurezza individuale, a cui veglia, e qualora pur la potesse preconcepire non avrebbe mezzo di proclamarla, o di reprimerla come tale: perocchè la uguaglianza dei dritti, che forma la sua ipotetica base, rigettando la idea di ogni relazione di superiore, e d'inferiore tra gli uomini, rigetta quella pur d'un giudizio da uomo ad uomo, e d'un giudizio è mestieri per proclamare un'azione come men retta, e reprimerla (2).

---

vol. 1. L'Imperator Giuliano in *Caesar. de Probo* discutendo questa quistione medesima la decise in vista di una qualche libertà, che bisogna pur rilasciare agli uomini per torne ad essi nel loro interesse una parte, come si usa co' buoi, e co' muli, che talvolta si sciolgono al pascolo, e come si usa co' malati, ai quali il medico concede alcune piccole cose per renderli docili alla cura nelle più rilevanti malattie.

(1) Ved. il *vol.* 1.

(2) Sul titolo della imputazione di un'azione da uomo ad uomo scrissero Puffendorf *De jur. nat. et gent. lib.* 2. *cap.* 5., et *De off.*

La voce della *coscienza*, grida per le azioni proprie non per le altrui. La *imputazione*, giudizio esterno da uomo a uomo, se può essere dal dritto della pura ragione astrattamente compresa, resta titubante, e perplessa, nè sa in quali mani tra eguali debba essere collocata (1).

La impotenza del principio religioso, e del principio morale a convertire in esterno rimprovero l'inferno della coscienza: le incertezze, e le titubanze del dritto della natura sulla competenza d'un uomo a giudicar come offesa l'azione del proprio eguale, debbono esser supplite dal dritto politico, il quale dichiara certe azioni umane giudicabili come offese, e stabilisce il modo onde pronunziarne il giudizio. Questa forza, con cui le leggi politiche suppliscono le morali e le naturali, oltre all'essere necessaria, perocchè senza di essa sicurezza sociale non vi sarebbe, è reclamata non che approvata da quelle leggi, le quali perciò, se non hanno mezzi sufficienti a reprimer l'offesa sociale, legittimano coll'assenso loro l'opera della politica.

L'*attributo*, che l'azione umana acquistò sotto l'impero, e sotto la influenza della legge politica, non consiste, come altri ha abusivamente insegnato, nella soppressione della libertà, che l'uomo aveva dalla natura di fare il male come il bene (2), concetto degradante la dignità dell'uomo: insosteni-

---

hom. et civ. lib. 1. *cap.* 1. §. 17., Barbeirac nelle note alla traduzione francese di dette opere, Burlamaqui *Le droit nat. part. 1. chap.* 3., *et part.* 2. *chap.* 9. 10., Heinecc. *Elem. jur. nat. et gent.* §. 96. *et seq.*, Cantius *Discipl. moral.* §. 39. *et seq.*, *et in append.* §. 182. Un oggetto giuridico di tal rilievo qual è il titolo, che autorizza un uomo a divenir giudice del proprio simile, non si può creder maneggiabile a fantasia, e merita di essere seriamente studiato negli scrittori, che più si resero benemeriti della sua illustrazione quando pur si credesse di poter con nuovi ragionamenti fornirlo d'un grado di luce di più.

(1) Sono da vedersi a questo proposito le contrarie opinioni de' teologi, de' moralisti, e degli scrittori del gius di natura, fra i quali primeggiano Grozio, e Puffendorf. Grot. *De jure belli et pacis lib.* 2. *cap.* 20. §. *40.*, Puff. *de jur. nat. et gent. lib. 8. c. 3.* §. *4.*, e più specialmente il nostro Lampredi *Jur. pub. univers. theorem. part.* 1. *cap. 7.* §. *13.*

(2) Bentham *Traites des legisl. civ. et crim. vol.* 2. *pag.* 2. Una idea simile della libertà proponeva Duronio dai rostri dicendo contro la legge censoria sopra i conviti « *Etenim quid opus libertate si volentibus luxu perire non licet ?* » Val. Max. *lib.* 2. *c. 9.* Clodio sulla demolita casa di Cicerone edificò un tempio alla *libertà*. Il proprietario disse esservi errore nel titolo, e che la inaugurazione era stata fatta alla *licenza*. Cic. *De legib. lib.* 11. *c.* 17. Il genio non si avvilisce a frequentar le scuole, nè si piega alle minute, e talvolta utili lor distinzioni. Bentham confonde la *libertà* col *libero arbitrio*, senza del quale moralità di azione non vi sarebbe. L'egregio signor Lucas *Du systeme penal etc. pag.* 162. adotta la definizione della libertà del Bentham. Avvi però differenza tra la libertà, ed il libero arbitrio, e Dante il più gran teologo, e moralista della età sua, adeprò questa

bile con tutte le obiezioni, che far si potessero alla libertà, quale il dritto naturale può concepirla (1): e polo opposto del concetto Pittagorico, il quale ravvisava nel delitto un suono discorde dai numeri della intellettuale, e celeste armonia (2). Quell'*attributo* più attentamente considerato consiste nella perdita, che l'agente ha fatto della libertà assicuratagli dal dritto della natura di giudicare da se medesimo della rettitudine del suo modo di agire, e di ricusare ogni altro umano giudizio fino, al punto, che la coscienza di un Focione, e di un Aristede non sarebbe titolo sufficiente a sostenere la *non giudicabilità* di un'azione in mezzo ad uomini, fra i quali una civile giurisdizione per sicurezza reciproca fosse già stabilita.

Non è dubbio, che ponendo sulla bilancia il bene, che l'offeso può all'offensore arrecare, e il male che essa arreca non tanto alla società quanto in ultimo a lui medesimo, questo supera quello; ma i resultati di questo calcolo altro non provano se non se l'utile generale che è sempre congiunto o col giusto, o con quel che senza opporsi alla giustizia è politicamente necessario. Ma perchè calcolare per il solo lato della utilità quel che torna il medesimo per i calcoli della necessità, e della giustizia, e dar così ai *razionalisti* o l'arme, o il pretesto per turbare le scuole del dritto colle loro retoriche declamazioni?

Il dritto della natura, costretto a cedere la sua prerogativa al dritto della politica, e ad abbandonare a lei il giudizio delle

---

seconda espressione volendo indicare la libertà relativamente alle regole della morale, e della giustizia

« . . . . . *se tutto*
« *Movesse seco di necessitate.*
« *Se così fosse, in voi fora distrutto*
« *Libero arbitrio, e non fora giustizia*
« *Per ben letizia, e per male aver lutto.*

Purg. c. 16.

Lo stesso Alighieri propone il medesimo problema

« *Intra duo cibi distanti, e moventi*
« *D'un modo prima si morria di fame ec.*

Parad. c. 4.

Gli Scolastici del decimosesto secolo ammessero la indecisione nelle bestie, ma la rigettarono in vista del libero arbitro nell'uomo, lo che fece nascere nelle scuole il proverbio dell'*Asino di Buridan* celebre *nominale* di quella età, e discepolo di Ocham. Bayle *Dict. hist. et crit. art. Buridan not. C.* e l'apologo dell'asino tra le due eguali misure di biada, lepidamente dipinto da Voltaire in un poema, che al dir di Gibbon non può decentemente citarsi. Sulle differenze del *libero arbitrio* e della *libertà* scrisse con assai esattezza De Felice *Dict. de justice etc. vol.* 1. *pag.* 451. *n.* 3.

(1) Su questa specie di libertà, sulle obiezioni, che le ha proposte contro Bentham *Des sophismes anarchiques art.* 1. Ved. il *vol. I. pag.* 163. *not.* 1.

(2) Sext. *Emp. adv. arithm. lib.* 4. §. 2., Arist. *Metaphys. lib.* 1. *c.* 5., Diog. Laert. *In Pyth. lib.* 8. §. 33.

azioni umane, che esso voleva intangibile in ciascun uomo, dee certamente considerare questo suo sacrifizio come un *male naturale*: ma la sua coscienza è tosto acquietata allorchè scorgo, che questo male produce un *bene politico* nella città, suggerendogli la esperienza, che l'indole delle umane passioni, le aberrazioni facili della ragione privata produrrebbero un generale scompiglio, e che esso con tutta la sua santità potrebbe esser ridotto alla impotenza, vedersi costrette a fuggir come Astrea dalla terra macchiata di umano sangue, e ricovrarsi colle sue sublimi prerogative nel cielo (1).

L'*attributo*, che l'azione umana, dichiarata offesa in società, acquista ond'essere al suo autore rimproverata, e di cui per il dritto della pura ragione mancava, è un *attributo* tutto, ed interamente *politico*, tale cioè, che il suo concetto è inseparabile da quello della legge della città, che sola ebbe potere d'imprimerglielo. Se il dritto politico lo creò in supplemento del dritto della natura: se questa creazione novella altro non fu se non il rendere un'azione umana *giudicabile* come *offesa*; se un'azione giudicabile è per questo solo *imputabile*, la conseguenza logica di tutte queste premesse ella è, che il *nuovo attributo* dell'azione umana non potè aver altro nome, che quello di *pubblica imputabilità*.

Questa nuova voce nel dritto, avente lo scopo di distinguere dottrinalmente il male morale dal male politico (2), ebbe di che sorprendere alcuni, i quali infatuati del principio morale male inteso, e peggio applicato, le negarono l'assenso loro, nient'altro nelle azioni umane veggendo se non la loro *morale imputabilità*, e supponendo, che una loro *imputabilità politica* altro non fosse che un tentativo per supplantar la morale. Ma questa voce trae come la idea, che è destinata ad esprimere la sua origine, e la sua indole dalla realtà delle cose, e indica un *giuridico* oggetto, che non è la morale imputabilità d'una azione: che la presuppone bensì, ma si distingue *razionalmente* e *praticamente* da lei (3).

La scienza della sicurezza sociale per applicare le sue regole alle azioni degli uomini le riceve dalle mani delle scienze assolutamente morali, vale a dire, col presupposto, che trattisi di azioni volontarie, intese, libere, e però *dirigibili*: onde tali azioni in questo passaggio altro non fanno cambiar di guida, e di giudice, ma natura non cambiano.

Le azioni dell'uomo, ond'esser soggetto delle regole desti-

---

(1) « . . . . . *Et virgo caede madentes*
« *Ultima coelestum terras Astraea reliquit.*
Ovid. *Metam.*

(2) Ved. il *vol. 1.*

(3) La formula *imputabilità politica* era ignota nel dritto, ed io fui il primo a proporla, ed usarla: *Jur. crim. elem. lib. 1. part. 1. sect. 1. tit.* 2. §. 3.

nate a dirigerle o assolutamente *morali*, o assolutamente *politiche* che esse pur siano, debbono esser libere, altrimenti dirigibili non sarebbero, e nella dirigibilità consiste appunto la loro morale *imputabilità*, voce tolta dal linguaggio dei conti (1). e designativa d'un *attributo*, che l'azione ha onde esser possibile di un giudizio, il quale dee porla o in credito, o in debito del suo autore; lo che con una sola parola si esprime *moralità dell'azione* (2). *Ma la morale imputabilità* d'un azione procede sotto due condizioni: primieramente, che l'azione sia dirigibile, e non necessaria: in secondo luogo, che vi sia una *regola*, colla quale confrontandola, si possa stabilire se ella debba esser posta in conto al suo autore o come buona, o come rea, o come indifferente (3). La moralità dell'azione, considerata nel primo riguardo, è all'azione medesima *intrinseca* perchè dipende dal concorso, che in un modo interiore all'agente, e invisibile, i grandi fonti della moralità, la volontà, la libertà, e l'intendimento hanno avuto all'azione: mentre la moralità nel secondo riguardo dee dirsi *estrinseca* perchè dipendente da una *legge*, la quale come ordine di autorità superiore non è fuor di lui. Laonde un'azione umana per la sua *intrinseca imputabilità* è valutata nel modo medesimo da qualunque legge, e da qualunque regola direttiva dell'uomo, ma per la sua *imputabilità estrinseca* il giudizio dell'azione varia a seconda del variar della regola della condotta degli uomini. Se la regola è *religiosa* si tratterà di religiosa imputabilità: se la regola è *morale* si tratterà di etica imputabilità: se la regola è *politica* si tratterà d'imputabilità di tal nome.

La imputabilità fa nascere la *imputazione*, o il giudizio *attuale*, e di fatto, quando l'azione, dichiarata offesa sociale, venga asserita da alcuno commessa.

Sebbene lo svolgere le operazioni dello spirito umano nella imputazione della offesa sociale spetti più specialmente alla teoria del metodo giudiciario, pur tali operazioni, connettendosi per la indole loro colla origine dell'offesa, e col concetto, che la legge dovette averne, non è fuor di luogo adesso l'enumerarle.

La *imputazione* della offesa, onde possa giustamente, e rettamente procedere, dee comporsi di tre separati, e distinti giudizi, i quali triplicano il di lei ufficio.

---

(1) Seneca *De ira lib. 3. cap.* 41., Dig. *lib.* 2. *tit. 11. l.* 2., *lib.* 27. *tit.* 3. *l.* 9. §. 4.

(2) Non essendo lecito esaminare se un'azione fu libera se non in quanto è lecito confrontarla con una legge, che intendeva di regolarla, non può nascer dubbio, che la *moralità*, e la *imputabilità* d'un'azione siano un solo, e medesimo attributo. Lo sentì, vagamente però, il De Simoni *Delitti di mero affetto part. 1. cap.* 3. §. 4.

(3) La cosa è più presentita, che bene espressa da Gugl. Car. Vosmaer. *Diss. de imputat. ad delict. univ. applic. Lugd. Bat.* 1773. §. 1.

Il primo giudizio, base, e condizione essenziale degli altri due, dee stabilire la fisica relazione del fatto denunziato come offesa con chi n'è indicato l'autore. Alcuni chiamano questa *imputazione fisica* (1), e non male a proposito: perciocchè il giudizio è, per così dire, costretto a considerare il corpo dell'*imputato* come forza, che ha agito fisicamente per produrre il guasto, che si verifica nel così detto *corpo* del commesso *delitto* (2).

Il secondo giudizio, se il primo ha stabilita la connessione tra l'offesa e il suo cognito autore, si rivolge a stabilire la *morale imputabilità* dell'azione, che produsse la offesa, determinando se interamente fu libera, oppure in qual grado. Questo secondo giudizio dovrebbe chiamarsi *imputazione morale* (3).

Il terzo giudizio, se il secondo stabilì la morale imputabilità dell'azione, tende a paragonarla colla legge, che ella infranse, ed a tassarla del rimprovero, che ad essa la legge determinò. Questo terzo giudizio da alcuni erroneamente confuso col secondo (4) può, se si tratta di offesa sociale, chiamarsi *imputazione civile*.

Recherà meraviglia, come la *politica imputabilità* possa esser madre d'un' *imputazione civile*, o non debba almeno alla figlia imprimere il proprio nome (5). La differenza degli oggetti ne

---

(1) Vosmaer *Dissert. de imput. etc. part.* 1. §. 4., il quale però confonde il giudizio sull'essere l'agente la fisica causa dell'azione, e sull'aver egli agito con libertà. Classico esempio di *formula* esprimente questa specie d'imputazione s'incontra in Plutarco: *De capienda ex inimic. utilit. pag.* 88. ove induce Adrasto a rimproverare ad Alcremone.

« *Matrem necasti tu manu tuam.*

(2) La pratica chiama questo giudizio lo *speciale* del delitto. Paoletti *Istruzione, e formulario etc.* §. 3.

(3) Vosmaer *Dissert. de imput. etc. part.* 1. §. 2. avendo confuso il giudizio della causa fisica, e della causa morale del delitto, manca di terminologia per indicare il secondo.

(4) Vosmaer *Dissert. de imput. etc. part.* 1. §. 3., chiama imputazione morale questo terzo giudizio, e mostra così con un'imperfetta nomenclatura la imperfezione de' suoi principj in questa delicata materia, la quale ha una sì poderosa influenza sulla più retta struttura del metodo giudiciario, conforme sarà esposto nel libro quarto. Anco i pratici confondono in una sola, e medesima nomenclatura i tre separati e distinti giudizj: 1.° sul vero autore del fatto delittuoso; 2.° sulla maggiore, o minor libertà con cui agì; 3.° sulla qualità dell'azione confrontata colla legge, lo che chiamano in massa il *formale* del delitto. Paoletti *Istituzioni, e formulario* §. 5. Questa maniera di vedere le cose deesi attribuire alla influenza, che sulle idee de'pratici ha esercitata il metodo giudiciario, al quale hanno dovuto servire. Il Jury connette la imputazione *morale* colla *fisica*, e maneggia l'una, e l'altra, lasciando la *legale* al magistrato; ma le difficoltà insorte, ed interminabili sulla quistione *intenzionale*, e sul modo di porla mostrano, che

« *Iliacos intra muros peccatur, et extra.*

(5) Il ch. Romagnosi infatti adotta la nomenclatura di *imputazione politica. Genesi del dritto penale v.* 3. *p.* 244.

esige una nella nomenclatura destinata a indicarli La politica imputabilità d' un' azione come offesa sociale è dell' ufficio della scienza della *legislazione* , e la sua imputazione attuale, se sia denunziata , è dell' ufficio della *giurisprudenza*. Il principio politico nei limiti , che ad esso il dritto della natura prescrive, regola l' una ; e un principio di pretta , e rigorosa naturale giustizia regola l' altra ; del che fu già dato un cenno allorchè convenne combattere la opinione di coloro , i quali , per supplantare il principio politico , e bandirlo dalla legislazione, hanno osservato , che se quel principio dovesse animarla dovrebb' essere il magistrato politico come il legislatore lo fu (1).

La legge , preconcependo la offesa sociale in un' azione dell' uomo , le ha assegnato il giuridico carattere, che il bisogno della difesa richiede in tutti i riguardi possibili , nei quali l' azione può esser considerata relativamente all' ordine della città. L' offesa in questo sistema ha il suo nome , la indicazione dei dati di fatto , che debbono soli costituirla , e il suo posto tra le altre offese considerate per la lor gravità relativa: e così è collocata tra limiti intrasgressibili , i quali riuniti il solo principio politico ha potuto , e dovuto segnare , col che esso ha completamente esaurito l' ufficio proprio.

Se una nuova operazione dello spirito umano è necessaria onde la offesa sociale , dichiarata tale di *dritto* , lo sia pure in tale , o tale altro caso di *fatto* , questa operazione , essendo restato già esaurito l' ufficio politico , non potrà dirsi politica, ma reclamerà ond' esser ben designata una denominazione diversa.

Il magistrato applicatore della legge civile *dichiara* , o non *imputa* , vale a dire , non obietta , o rimprovera. L' attore, ed il reo compariscono avanti di lui perchè sia chiarito o il dubbio , o l' equivoco , il quale fa nascere le contrarie pretensioni dell' uno , e dell' altro. Il magistrato applicator della legge criminale dichiara anch' esso , e non *imputa*. L' accusatore propone il rimprovero , e lo sostiene , ed è perciò che egli spiega nell' accusa tutta la forza , e tutta la energia del *principio politico* , volendo colpire colla *imputazione attuale* l' uomo, come la legge ha colla *politica imputabilità* colpita l' azione prima che alcuno la commettesse. Il magistrato criminale non ha bisogno di deferire al principio politico : anzi si dichiara in ogni caso di dubbio possibile contro di lui : lo guarda con disfavore: prende contro di lui tutte le interpetrazioni possibili , e protegge con inflessibil coraggio nell' accusato individuo la massima di morale , e di naturale giustizia , la quale assicura ad ogni uomo la presunzione d' innocenza finchè non sia provato il contrario. Se il magistrato asserisce l' offesa , e con lei l' offensore , ciò fa per modo di *dichiarazione* o interpetrando criticamente il fatto , o applicando al fatto interpetrato colle re-

(1) Ved il *vol. 1.*

gole del dritto la legge ; nè queste due operazioni dello spirito umano, uscendo dalle forze, che gli son proprie in ogni sano, ed esercitato intelletto , anzichè appartenere alla *ragione civile* appartengono al *dritto politico* , onde questa giurisprudenziale dichiarazione , quale le regole della giustizia potrebbero senza alcun riguardo alla forza pubblica pronunziare , è sembrata meritar giustamente il nome di *civile imputazione* : perciocchè un' imputazione , la quale animata dalla sola giustizia si libra imparziale sull' alternativa o di rimproverare , o di assolvere , appartiene alla ragione civile non alla politica della legge.

CAPITOLO III.

Nozione giuridica della offesa.

Il principio politico , sebbene solo giudice competente a proclamar come offesa sociale un' azione dell' uomo , non ha però uno sfrenato arbitrio per farlo. Il dritto della natura ad un lato fissa i limiti , oltre ai quali esso non può nè deve trascorrere , e la necessità , in cui esso è di passar nelle mani della giustizia le sue creazioni , ond' ella nei particolari casi , che esso volle tener lontani dall' ordine della città , non faccia valer che la legge , l' obbligano dall' altro lato a esprimersi , erigendo un' azione umana in *offesa* , con formule esatte , precise , non soggette ad equivoco. Il primo dovere fornisce al principio politico il criterio onde fissare il generale carattere della offesa , e il secondo fa nascere la necessità di ben definirla.

La religione , la morale , il dritto della natura, come eterna legge della giustizia , altro non sono se non concetti immacolati , e sublimi di un ordine di moral perfezione, il quale prescrivendo all' uomo l' annegazione di se medesimo , o una razionale maniera d' agire rispetto ai suoi simili sulla linea matematica dei proprj diritti , non che interdicendogli l' effesa altrui, renderebbe ad esso , rispettato che fosse , inutile ogni ulteriore provvedimento. Ciò non pertanto è quell' ordine dalla umana malvagità conculcato , nè può il principio politico tentar di rinforzare coi proprj rigori quelli , coi quali la religione , e la morale assicurano la osservanza dei loro precetti, nè può prendere dal dritto della natura i rigori, che questo dritto , più geloso della indipendenza , che della sicurezza dell' uomo , non ha , nè conosce.

In questo stato di cose il principio politico conta per il mantenimento dell' ordine su i soccorsi della religione , e della morale, e supplisce le imperfezioni del dritto della natura creando un rimprovero , che esso può ben desiderare ma non può stabilire. Ma il rimprovero , che il principio politico crea, applicato ai bisogni sociali , non può avere altro titolo, che quel

che avrebbe se il dritto della natura lo avesse potuto istituire, e comecchè questo dritto, come titolo legittimo della forza, altro non propongasi se non la sicurezza dell'individuo, così il principio politico non può esigere in offesa sociale se non l'azione dell'uomo, le quali distruggono la esistenza di dritti o inerenti alla umana natura, o inerenti alla società, considerata come forza nata a proteggere la natura. La sovversione della società ravvisata in questo riguardo, e quella dei dritti della natura umana, divenuta scopo di protezione per la società, e quindi il *danno sociale*, è dunque il primo, e più essenziale carattere, che agli occhi del principio politico dee presentare un'azione umana, onde meritare il nome di offesa (1).

La società, considerata come supplemento necessario dell'ordine preconcepito dalla religione, dalla morale, o dal dritto della natura, non può proporsi la direzione di altre azioni dell'uomo, che quella che la religione, la morale, e il dritto della natura si proponevan dirigere, e si son trovati impotenti a guidare. Questa osservazione rende inutile al principio politico di proclamare, che l'offesa sociale non può verificarsi se non in un'azione umana intrinsecamente morale, vale a dire, libera, e perciò dirigibile, essendo questa un presupposto, dal quale non può prescindere. E da notarsi piuttosto, che questo principio, tenace, come esser deve, da un tal presupposto, considera la intrinseca moralità dell'azione per i suoi soli politici effetti, vale a dire, per il carattere di danno sociale, che ella imprime alla offesa, conforme occorrerà dimostrare discutendo il criterio della sua più giusta misura.

Il solo principio politico può discernere, e valutare in una azione umana quando ella, non presentando nel suo primo aspetto un danno, vale a dire, una infrazione della sicurezza sociale, pur lo presenta in certe più lontane sue relazioni, lo che i forensi rettamente chiamano danno *la potenza* se non *nell'atto* (2). Il suo principio politico può rettamente apprez-

---

(1) Il tema retorico del furto permesso a Sparta, e in Egitto onde provare, che il criterio del danno non è l'unico regolatore della politica imputabilità, non è più da mentovarsi dopo gli schiarimenti, che di questa fenice storica hanno, sebbene in senso diverso, dati, Paw *Recherc. sur les Grecs part. 4. sect. 10. §. 5. sect. 11. §. 4.*, Stellini *Opera omnia vol. 1. p. 97.* Alcuni sull'autorità di Gellio, e di Diodoro pensano, che in que' paesi fossero autorizzate società di uomini, i quali rubavano agli spensierati, facendo loro pagare una tassa per il ricupero delle cose loro sottratte. Fellemberg. *Jurispr. antiqua.* 1760. *vol.* 2. *pag.* 185—187.

(2) La non avvertita distinzione di queste due possibili maniere d'essere del danno in un'azione ha cagionate complicanze grandissime nel giudizio degli scrittori sulla vera indole dell'offesa. V. Cremani *De jur. crimin. lib. 1. p. 1. §. 7. et seq.* Il giudizio del danno in potenza nelle azioni degli uomini abbraccia tutta la periferia della

zare quando il danno della società può dirivare da un' azione meramente *negativa* (1) , non che da una *positiva* dell' uomo , e se esso veglia ad allontanare dalla società questo danno , può bene o proibire l' azione positiva con danno in potenza , o prender di mira la negativa , perchè in se stessa in tale circostanza o tal' altra dannosa all' ordine della città, comandando all' uomo di agire.

L' azione del principio politico sulla libertà naturale dell' uomo nell' una operazione , e nell' altra si esercita , e così dire , in una sfera troppo eccentrica all' originario suo scopo. Il carattere della offesa nell' azione umana con danno sociale in potenza è interpetrativo , e non esplicito , e quanto all' azione negativa non vi si addice. Il principio politico nell' una , e nell' altra azione , dichiarandole offese sociali , mostra il proprio timore , e le proprie apprensioni , sentimenti di loro natura troppo soggetti alla esagerazione , e capaci di crear fantasmi nell' animo di chi si trova sotto la loro influenza. Infatti non vi è parte delle leggi criminali , in cui , come nelle azioni per il loro esteriore carattere indifferenti , ma con danno ravvisato in esse in potenza , o nelle negative , siano stati eceduti i limiti della mederazione , e della giustizia. Nelle une , e nelle altre il fare , o non fare presenta più il carattere della infrazione d' un dovere , che quello d' un dritto , il quale , per se stesso ben discernibile , altro bisogno non abbia avuto che quello dello scudo protettor della legge; e in questo senso , e specialmente nel dichiarare imputabili le azioni *negative*, il principio politico si avvicina all' ufficio , ed al rigore del principio morale (2). Da ciò dipende la difficoltà somma di bene, ed esattamente delineare i requisiti estrinseci dell' azione negativa , del che sarà luogo a discorrere più diffusamente in

---

scienza della sicurezza sociale : 1.° nello stabilire il vero titolo della offesa tra più , che direttamente , o indirettamente la minacciano , 2.° nel distinguere l' attentato dal consumato delitto , 3.° nel determinar la linea divisoria tra la offesa sociale, o proprio, e vero delitto , e la trasgressione. Il Marchese di Beccaria nega entità delittuosa alla delazione dell' armi senza licenza dell' autorità pubblica , *Delitti e pene* , §. 40. In quest' azione umana appunto la valutazione del danno in potenza si trova involta nelle difficoltà pur cra accennate.

(1) L' indole dell' azione negativa , in quanto dalla positiva distinguesi , è ben dipinta dall' Alighieri

> « *Non per far , ma per non fare ho perduto*
> « *Di veder l'alto Sol che tu desiri.*
>
> Purg. c. 7.

(2) Quanto alle azioni negative ne sarà più diffusamente parlato nel *cap. XXI.* di questo libro , e quanto alle azioni apparentemente indifferenti , o con danno in potenza nel *cap. VI.* del libro medesimo e nella *parte III. del libro III.* ove sarà discorso della *difesa preventiva.*

appresso ; e la renitenza , che la Toscana legislazione ebbe sempre a ravvirar tali azioni come offese sociali (1).

Il carattere nocivo delle azioni con danno *in potenza* , o delle *negative* è più discernibile nelle materie di pubblica *prosperità* di quel che lo sia in quelle di privata , e pubblica *sicurezza*, e la parola *trasgressione* , che indica il disprezzo della legge, o del regolamento di polizia , assai più che quella di offesa, fornisce esattamente la pittura della linea , che lo spirito è obbligato a formarsi di quelle azioni. Or siccome nel significato proprio della parola *delitto* tanto vi si comprende la idea di offesa , quanto quella di un' azione o negativa o con danno in potenza , è questa una nuova ragione atta a persuadere , che il perfezionamento della nomenclatura ha un gran potere su quello delle cognizioni degli uomini , di qualunque natura si siano (2).

Queste riflessioni conducono ad osservare , che se la legge è costretta a porre nella nozione giuridica della offesa o la idea dell' azione con danno in potenza , o quella dell' azione negativa , in quanto ella talvolta può produrre un danno attuale, queste due idee sebben necessarie a completare quella nozione, onde caso non siavi , che non resti in essa compreso , i casi, ai quali si riferiscono son pochi , e rari , ed obbligano la coscienza del giudice a ravvisarli nei rigorosi , e precisi confini delle circostanze di fatto , nelle quali il principio politico gli ha contemplati.

La teoria razionale dell' azione con danno in potenza si connette con quella della prodotta da un atto *indiretto* della volontà : perocchè nell' una , e nell' altra il danno è meramente possibile. Questa teoria della *intenzione indiretta* non può esser trattata se non là dove è istituito l' esame della *forza morale* dell' offesa. Apparirà allora come la umana giustizia non ha al pari della morale , la quale può leggere nella coscienza d' un peccator penitente , mezzo d' insinuarsi nei più segreti ripostigli dell' animo umano , onde discernere nelle sue vere preordinazioni quando in un atto di connessione meramente *possibile* coll' offesa o la malizia umana abbia calcolata questo possibile , o la umana mediocrità abbia trascurato di calcolarlo. In queste incertezze il principio politico non può asserir la forza dell' anima ove può esservi state la debolezza , e perciò l' offesa prodotta da intenzione indiretta deve cedere nelle degradazioni , delle quali è suscettibile la sua forza morale formando eccezione , e non regola per completare la sua no-

(1) Paoletti *Instit. crim. theoric. pract. lib. 4. tit. 1. pag.* 43 ove osserva, niuno esser tenuto in Toscana a scuoprire i delitti, o i delinquenti.

(2) L' ambiguità della parola delitto fu riconosciuta dal Cujacio *Quaest. Papin. lib.* 4. come atta a comprendere cose troppo disparate tra loro.

zione giuridica, come è obbligato a farlo per tutti i casi, nei quali l'offesa parta non da maturo, e deliberato consiglio, ma da perturbato animo, che i moralisti chiamano *men perfetta intenzione* (1).

Coi pensieri l'ordine sociale non si sovverte sebben si possa sovvertire il morale. Il principio politico, a differenza del principio morale, valuta l'intrinseco carattere d'un atto in quanto ve lo necessita il suo carattere estrinseco, e perturbatore dell'ordine. I giureconsulti Romani aveano bene intesa (2), e meglio espressa questa teoria, base fondamentale della individual sicurezza, insegnando, che non è da parlar di offesa, se tale il fatto, discernibile da ogni volgare intelletto, non la presenti (3). Coloro, che collocano la fondamentale nozione della offesa nella infrazione del dovere, sono obbligati in questo sistema a trascurare il più importante requisito dell'atto umano, che la costituisce, vale a dire, la sua indole di atto esterno, perchè il dovere è già infranto quando il pensiero si è contro di lui rivoltato.

Potrebbe pur essere un'azione umana o in atto, o in potenza dannosa, fornita di intrinseca moralità, e consistente in un discernibile fatto o positivo, o negativo, e ciò non pertanto non avrebbe carattere di offesa sociale, se una legge dedotta alla notizia di tutti non l'avesse come tal proclamata. Il principio morale distingue tra l'azione di natura sua turpe, e la non turpe, dicendo, che la prima ond'essere al suo autore imputata non ha bisogno di legge, ed ammettendo questo bisogno nella seconda (4). Se la coscienza del genere umano bastasse a fissare il carattere delittuoso in un'azione dell'uomo, le condizioni della vita civile dovrebbero cercarsi in quella voragine senza fondo. La distinzione della moralità estrinseca dell'azione umana in religiosa, morale, e legale (5), applicata alla storia, dimostra, che la coscienza del genere umano varia quanto alla prima: uniforme forse quanto alla seconda su certe generali massime di condotta, inconciliabile sulla terra, sarebbe un meschino, e fallace criterio per giudicar degli uomini in società. Non vi ha enorme delitto, considerabile come tale dell'intimo senso non che dalla coscienza di tutti, fosse per l'omicidio, ed il furto, il quale per gli aggiunti sempre variabili dell'azione dell'uomo o non divenga azione lecita, o

---

(1) Vi è dunque errore nelle cose premesse da me alla definizione del delitto. *Jur. crimin. elem. lib. 1. part. 1. sect. 1. tit. 2. §. V. num. 74.*

(2) *Dig. lib. 48. tit. 19. l. 18.*

(3) *Dig. lib. 44. tit. 7. l. 9.*

(4) Cic. *In Verrem or. 1. cap. 45.* Su questo principio si aggirano le antiche controversie sugli effetti della legge Atinia sul vizio della cosa furtiva, delle quali parla Gell. *Noct. Att. lib. 17 cap. 7.*

(5) Vedi quello che più sopra abbiam detto.

non ne possa prendere le sembianze. Se la legge tacesse, e volesse riposar tutta sulla umana coscienza, il primo galantuomo del mondo potrebbe incontrare il proprio carnefice uscendo di casa, e il più scelerato trovare la propria impunità a ogni porta. Anzi la sola legge della città può imprimere all'azione umana, dichiarandola difesa sociale, il carattere di estrinseca moralità, che la sottopone al rimprovero. Tutti gli altri caratteri, che l'azione può presentare, aspettano, per così dire, della legge il suggello, senza del quale son caratteri apocrifi, e senza autenticità (1), onde la nozione giuridica della offesa dee per necessità incominciare dalla infrazione della legge della città, nella quale unicamente può trovare il requisito estrinseco che le conviene. Nè la reale, o apparente pravità di un'azione umana qualunque può autorizzare o a farne rimprovero senza legge, o a darne effetto retroattivo a quella, la quale avesse pensato supplire a una precedente lacuna (2).

Le cose accennate fin qui forniscono i dati, dai quali il principio politico non può prescindere per dare a se stesso la idea esatta della offesa sociale. Per adempire al secondo dovere, che gl'incombe, di dare alla umana giustizia formule esatte, e precise, sulla scorta delle quali ella possa giudicar rettamente delle azioni degli uomini, il principio politico deve assegnare alla offesa la più apodittica definizione cui nei morali oggetti lo spirito umano possa mai giungere. In questo intento la formula la più acconcia a fornire la nozione giuridica

---

(1) « *Peccatum non cognovi nisi per legem* » *D. Paul. Ep. ad Rom. c.* 70. Nel 1812 la Corte Suprema in America lasciò impunito un veemente libello contro al Presidente degli Stati Uniti perchè questo delitto della legge comune della unione non era stato preveduto. Peter S. Duponceau *A dissertation on the nature and extent of the jurisdiction of the United Stades. Themis ou bibliotheque du jurisc. etc. vol. 7. pag.*

(2) Alcuni impugnano il principio appoggiandosi alla scure spesso d'innocente sangue contaminata *Salus populi suprema lex esto*, la qual non fu mai nelle mani di giusto legislatore. Cremani *De jure crim. lib.* 1. *p.* 1. *c.* 1. §. 11. Questa scure nelle mani del magistrato sovvertirebbe il salutare principio sì bene espresso dal Bendoni *Proleg. jur crim. p.* 21. « *Qui supplicio damnandi sunt non ab hmine sed a lege se damnari fateantur.* ». E neppure una legge nuova, la quale erigesse in offesa un'azione che per lo avanti tale non era, fornirebbe titolo per punirla. L'ammettere, o non ammettere l'effetto retroattivo delle leggi nelle materie del dritto privato può esser soggetto di lunghe, e sottilissime controversie dottamente agitate da Goenner, Pheifer, Veber, Herrestort, Wiesen, Baner, Bergman, Jourdan, Georgii in Germania, e da Blondeau, e Merlin in Francia. Nelle materie penali, nelle quali il dritto Romano sarebbe una scorta fallace *Cod. lib. 1. tit.* 2. *l.* 21. *in fin., tit.* 14., *l.* 7., *tit.* 53. *l. unic. in fin.* Blondeau, e Merlin coincidono con quanto insegnò il Bartolo nella sua original teoria alla *L. cunctos populos cod. de Summa Trinitate*, che niuno de' due però cita.

della offesa sociale, come corollario delle cose premesse fin quì, sembra doverla definire *la infrazione della legge della città, garante della sicurezza pubblica, e della privata, verificabile in un fatto dell' uomo, animato da perfetta e diretta intenzione* (1).

Questa definizione, colpendo l'azione umana contraria alla *sicurezza*, non comprende quella contraria alla *prosperità* la quale è di diverso carattere, nè può entrar nella serie di queste ricerche, restando perciò futuro soggetto di esame per quelle, che alla polizia più specialmente appartengono.

CAPITOLO IV.

Delle forze, delle quali si compone la offesa.

Dal nudo pensiero, col quale può essere o la religione, o la morale oltraggiata, se si consideri l'interno giudizio, che l'animo umano può nella voce della coscienza proferire delle sue preordinazioni men rette, all'atto ostile, con cui una mano spinta da feroce proposito si arma di ferro, e lo immerge nel petto d'un uomo, avvi un immenso intervallo, del quale sarebbe oltremodo difficile misurare i gradi intermedi, onde trovare in alcuno di essi analogia di quei due moti essenzialmente diversi tra loro.

L'offesa della sicurezza sociale, secondo la nozione, che ne fu posta poc'anzi, se si consideri nei materiali suoi risultati, spiega una forza fisica, la quale lascia profonde, e terribili tracce ovunque prorompa. Non solo gli effetti di questa fisica forza non possono lasciare in dubbio sù quella dell'animo, che gli produce, ma una tal forza apparirà spaventevole, e mostruosa se si porge mente ai molti, e grandi morali ostacoli, che ella dovette superare per produrre la offesa.

Le sociali abitudini, le quali infondono nel cuor dell'uomo quelle dell'ordine, e della giustizia in supplemento di quanto o per modo di precetto, o per modo di consiglio la religione, e la morale prescrivono: l'interesse di tutti a conservare le istituzioni, che più specialmente la sicurezza proteggono, lo

(1) È mera superfluità l'indicare nella definizione del delitto la qualità di già pubblicata nella legge, ed io peccai di questa superfluità *Jur. crim. elem. lib. 1. part. 1. sect. 1. tit. 2. §. VI. §. 78.* La pubblicazione della legge è così inerente alla sua nozione, che la idea di questa involve necessariamente la idea di quella. Lo sentì anco l'Imp. Caligola, il quale, volendo conciliare la necessità della pubblicazione della legge colla facoltà di punir senza leggi non pubblicate, fece scriver le sue in caratteri minutissimi esponendole al pubblico in sì alto luogo che niuno potesse leggerle. Svet. *In Calig. cap.* 41.

che fornisce alla legge il consenso, e l'appoggio delle forze private: la maestà, con cui per mezzo dei suoi magistrati la legge si spiega: il timor della pena con cui ella colpisce i propri infrattori: la forza, e la vigilanza di chi armato ha l'incarico di assicurarne la esecuzione: tutte queste morali forze son tali, e di sì poderoso effetto sull'animo umano che se vengono dall'offesa o sovvertite, o spregiate, sia ch'ella commettasi con violenza, o sia che commettasi con astuzia, scorgesi nell'offensore un animo, che rivaleggia in forza con quelle, contro le quali congiura.

Sarebbe dunque tempo perduto calcolare la forza dell'animo necessaria a produrre la offesa dalla resistenza, che esso, onde preordinarsi alla infrazione dell'ordine, non può non incontrare nella voce della propria coscienza (1). Se si parla di quella coscienza, che dicesi *antecedentemente*, come è dato supporre, che nell'offesa prodotta o da violenza, o da astuzia siavi stato bisogno nell'animo di chi vi si accinge d'un sillogismo onde conoscere, che turpe, ed illecita cose era il commetterla? Convien dir piuttosto, che la offesa o è stata commessa senza coscienza da uomo scelerato, che apprese a disprezzarne le veci, o è stato commessa con prevertita coscienza, la quale abbia fatto credere allo scelerato lecito un atto, che il solo intimo senso di tutti, senza bisogno di sillogismi, ravvisa come turpe ed illecito. Se si parla di quella coscienza, che dicesi *susseguente*, chi negherà, che la sua voce giusta, e severa in qualsisia più corrotto animo, non abbia sgridato la offesa tosto che essa sia stata commessa? (2) Ma che vale

---

(1) Il Renazzi, disponendosi a stabilire la sostanzial differenza tra il peccato, e il delitto *Elem. jur. crim. lib.* 1. *c.* 3. §. 10. è assai diffuso nel cercare le forze di questo nella coscienza retta, o nella erronea, esemplificando quella di Orazio vincitor dei Curiazi, e quella di Catilina *loc. cit.* §. 6.

(2) Non solo Giovenale *Sat. XIII.* citato dal Renazzi *lib.* 1. *c.* 3. §. 3. *n.* 1. ha poeticamente espressa questa verità in tutta la naturale sua forza: ma i poeti tutti, i retori, gli storici, confrontando la incertezza dei giudizi della umana giustizia con la certezza di quelli della coscienza, illustrarono il suo salutare, ed inevitabil rimprovero, il quale per la sicurezza sociale poco rileva presupponendo già inferita la offesa. Pindaro *Olymp. od.* 2. *v.* 73., Euripide *In Eumenid*, Virgilio *Aeneid. lib.* 7., Isocrate *In Domenic.*, Pitagora *Ap. Stab. Serm.* 24. *De conscientia* lumeggiano questa interna sanzione dell'ordine morale; ma quando si legge, che Nerone ne fu colpito Svet. *In Ner. cap.* 46. è forza persuadersi, che quella sanzione, eccellente in morale, non merita verun calcolo in legislazione. Essa all'opposto è divenuta talvolta fatale alla sicurezza pubblica, se è vero, che una mano di fanatici in Danimarca, e in una parte della Germania verso la metà del secolo passato credendo, che tanto più è meritorio il pentimento quanto è più grande, e tanto deve esser più grande quanto è più enorme il delitto, che lo risveglia, si dettero a commettere abominevoli eccessi scannando i figli lattanti sul seno delle lor madri. Bentham *Traités de législ. civ. et crim. vol.* 2. *pag.* 262.

questa inesorabile sì, ma tarda voce dell' animo, quando la sicorezza sociale è stata già sovvertita?

La cognizione, ed il calcolo delle forze, che compongono l' offesa sociale, non appartengono alle regole della coscienza, ma a quelle della esperienza, e del dritto, che ella fa nascer tra gli uomini.

Un minore di ventun' anno, un prodigo, una donna non può disporre con un contratto dei proprì beni validamente obbligandosi, e può disporre con un delitto della sua vita, e della sua libertà, cose d' assai maggiore rilievo del patrimonio (1). La forza dell' animo del minore, del prodigo, della donna nel contratto non è reputata dalla legge sufficiente a renderlo valido, ed è nel delitto reputata sufficiente a meritarne il rimprovero. La rettitudine interna dell' animo può marcar nel contratto come nel delitto, e ciò non pertanto la legge della città non si occupa di gettar lo scandaglio nelle coscienze, ma considera negli animi unicamente le forze, che essi spiegano nella proporzione degli oggetti, ai quali dirigonsi.

La stessa legge civile, allorchè trova nel contratto del minore le tracce del delitto, abbandona tosto il concetto della debolezza dell' animo nell' agente: gli toglie la sua protezione, e l' obbliga ad osservare un contratto, in cui la sua malizia tentò d' ingannare altrui con una menzogna, la cui illecita indole non ha bisogno di più, o meno scrupolosa coscienza ond' essere riconosciuta (2).

La legge, suggerita dall' interesse della sicurezza sociale, dee concepirne la offesa nel suo massimo grado di forza *morale*, e se questa forza nell' azione umana, che produce la offesa, è di sua natura suscettibile d' un decremento, questo caso possibile dee presentarsi alla considerazione della legge come *eccezione* non come *regola* nel concetto, che ella si dee formare della offesa. Chi può negare, che la forza *fisica* del delitto non sia suscettibile di gradi come la sua forza morale? Ma chi ha pensato a concepire la forza fisica dell' offese per il suo grado di decremento possibile anzichè per il suo pieno concorso, lo che nella massima parte dei casi suole accadere? Oltracciò la forza dell' animo necessaria all' offesa non può decrescere che per l' azione di forze contrarie che la deprimano, come quella del corpo non cede se non a resistenze fisiche, che non può vincere. Per lo che il decremento possibile d' una forza non spetta alla cognizione degli elementi, che la costituiscono: ma spetta piuttosto ad eventualità, che nascono fuori di essa.

---

(1) Bexon *Cod. de la sureté etc. pag.* 77. nota quest' apparente contradizione della legge, ma le ragioni, colle quali intende di conciliarla, comecchè meramente morali, sebben vere in parte, non sono adeguate al bisogno.

(2) Cod. *lib.* 2. *tit.* 43. *l.* 3.

L' azione umana producente la offesa dee aver carattere di moralità, e se ella apparisce nell' agente o non intesa, o non libera, ella non può altrimenti reputarsi un' offesa. Ma questa osservazione, suggerita dal principio di giustizia, quanto è opportuna a stabilire i casi di eccezione, obbligando il principio politico a derogare al suo rigore nella proporzione, che la libertà nell' azione umana diminuisce, non può entrare nel calcolo della legge allorchè ella dee formarsi il vero concetto della offesa sociale. Allora la legge non può porre sulla bilancia della teoria degli atti umani tutti gli atomi, nei quali la moralità dell' azione può essere minutamente divisa. La prontezza, colla quale è necessario valutar l' offesa: il minaccioso carattere, col quale ella per lo più si presenta: tutto convince, che il primo legislativo concetto non ha potuto ravvisare un caso di coscienza nel caso delittuoso, e che questo concetto ha dovuto fissarsi sulla forza dell' *animo* dell' offensore nel modo medesimo col quale ha dovuto fissarsi su quella del di lui *corpo*.

I criminalisti, ponendo il delitto sulla bilancia della moralità dell' azione, onde formarsene una retta idea, non hanno distinto il diverso ufficio del principio politico che anima la scienza della legislazione, e del principio di giustizia che anima la giurisprudenza in questa materia. Il primo non può valutare la moralità dell' azione in se stessa considerata, sebbene così la debba valutare il secondo (1). Il principio politico non può considerare il delitto che per la forza morale, che lo compongono.

Or sebbene la forza morale abbia implicita la moralità dell' azione ella è molto di più. La forza morale, che distingue il delitto, è la brutale energia della passione che lo produce: è una tensione di volontà, cui niun ostacolo, che contro forza di passione non sia, può far retrocedere, mentre la moralità dell' azione dipende tutta dalla capacità, di cui è fornito l' intendimento di apprezzare la connessione delle cause coi loro effetti, dei mezzi coi fini (1).

L' aver preteso d' introdurre nella nozione del delitto, o dell' offesa sociale, la segreta economia degli ordini, che nel loro diverso ufficio nell' animo umano producono la moralità dell' azione, l' ha collocata tra due nozioni, che possono compenetrarla; vale a dire, tra quella, che la *morale* si forma della men retta intenzione dell' uomo, e quella che se ne forma

---

(1) Ciò sarà dimostrato nel seguente capitolo.

(1) Ben concepiva, e meglio esprimeva l' apprensione suscitata dalla offesa il grande Alighieri

« *Che dove l' argomento della mente*
« *Si aggiunge al mal volere, ed alla possa*
« *Nessun riparo vi può far la gente.*

Inf. c. 31.

il *dritto civile*, ed ha aperto così il campo a grandi perplessità, e ad un grande intralcio nella nomenclatura.

La parola *malizia* di creazione *morale*, e la parola *dolo* di creazione *civile*, hanno lungamente distolto dal ravvisare il vero carattere *politico* della offesa.

La parola *malizia*, designativa d'una segreta preordinazione dell'animo, da occhio umano non ravvisabile, fece desiderarò ai moralisti antichi una finestra nel petto dell'uomo, onde apertamente distinguere il tristo dal buono (1), ed ha autorizzato alcuni moderni a impugnare alla umana giustizia qualunque titolo di propria, e vera *penalità*, essendole impossibile di conoscere il vero grado di prava coscienza, con cui da alcuno sia stato commesso il delitto (2).

La parola *dolo*, sebbene designativa di un effetto contrario all'ordine della città (3), comecchè capace di significare o una

---

(1) Elegantemente cantò il Tasso

« *Che in parte troppo cupa, e troppo interna*
« *Il pensier dei mortali occulto giace.*

Tasso *Gerus. c. 5. st. 41.*

Socrate desiderò nel petto d'ogni uomo una finestra onde scorgere le più segrete inclinazioni del suo animo, dalla quale idea l'Alfieri preso il soggetto della sua *Finestra. Op. post. v. 10. p. 123.* Euripide alluse al pensiero Socratico in que' versi della sua Medea

« *At quo malos oporteat dignoscere*
« *Nullus character corpori impressus cluet.*

(2) Lucas *Du système pènal etc. pag.* 109. Questo scrittore confonde l'ufficio delle scienze *morali*, e delle *politiche*, quanto alla ragione d'imputare il delitto, e punirlo. La religione, e la morale conoscono una propria, e vera *penalità*; non la conosce la politica come verrà dimostrato nel terzo libro, non potendo la umana giustizia al pari della religione, e della morale nel giudicare del delinquente

« . . . . . *in lui scuoprir gl'intimi sensi*
« *E i segreti pensier trargli dal petto.*

Tasso *Gerus. c. 18. st. 59.*

In queste considerazioni stà la ragione della differenza della *inquisizione*, e della *ricerca giuridica*: l'una diretta a verificare il *peccato*, l'altra il *delitto*, e da queste considerazioni nasce la ragione di rispondere a coloro, i quali, confondendo l'una coll'altra, pensano, che il metodo giudiciario *analitico* ad altro non aspiri se non a torturar moralmente l'imputato onde ottenere la sua *confessione*. Meyer *Esprit et origine des instit. judic. etc. vol. 3. pag.* 287 *e* 295. *vol. 4. pag.* 214: la qual cosa se è spesso di chi *processa* non è del *processo*. Paoletti *Istruzioni per compilare i processi crim.* §. 1.

(3) Questa parola nella sua etimologica origine ha un doppio significato. Altri la derivò da *esca*, inescare: altri da *nocere*, *laedere*, *damno afficere*. I poeti la spesero sempre nel primo significato come fecero Antifilo nell'Antologia, Plauto, Lucrezio, e Virgilio. Il secondo significato fu adottato dall'*Etimologico magno*, Averani *Dissertat. in*

accortezza lecita, o un'accortezza illecita, e qualsisia specie di danno emendabile o coll'ajuto del dritto civile, o con quello del criminale delitto (1), ha prima fatto nascere gravi dissidî tra i civilisti onde fissare il vero carattere dell'accortezza illecita (2), ed ha poi tratti in errori i criminalisti allorchè si è trattato di distinguere l'accortezza illecita nei *contratti*, e la malvagia preordinazione dell'animo nei *delitti* (3).

La parola *mala fede*, che alcuni hanno usata per indicare la forza morale del delitto è più abusiva di ogni altra (4). La mala fede altro non è se non la opinione della mancanza di dritto a fare, o ritener qualche cosa (5), ma questa opinione presuppone la scienza del dritto altrui acquistata per mezzi idonei ad escludere il possibile della buona fede o nel fare, o nel ritenere. Come può concepirsi, che tutto questo accada in chi si determina ad un delitto? Se si prescinda da casi rarissimi, e contingibili in certi delitti, che quanto al loro materiale si potrebber confondere col contratto, la delittuosa preversità è dalla mala fede ad un'enorme distanza.

I giureconsulti Romani, allorchè vollero indicare la forza morale dell'azione alla sicurezza contraria, la chiamarono *affetto*, *consiglio*, *proposito*, *intenzione* di delinquere (6), come atto di una volontà mossa da calcolatrice passione, l'indole della quale arguirono dalla *causa* di agire (7). Questa causa, che mosse l'intenzione, e il proposito, ascosa nell'animo,

---

Anthologiam diss. 76. *n.* 9. La parola *dolo* nel primo significato potevasi prendere in buona, e in cattiva parte. Cicerone dice essere il *dolo* compreso nella *frode*, non la frode nel dolo, reputando quella offensiva sempre non questo. *Or. pro dom. sua c.* 14. Le lingue greca, e latina non ebbero voci sufficienti per esprimere tutti i modi, co'quali la umana malvagità o come *astuzia*, o come *violenza* congiura al danno altrui, e questa imperfezione si è comunicata anco ai moderni linguaggi: tanto è vero, che la filosofia non ebbe alcuna parte nella lor formazione.

(1) Queste incertezze continuano tuttavia.

(2) La definizione di Aquilio Gallo seguita da Servio, da Pedio, e da Paolo, encomiata da Cicerone, e rigettata da Labeone, seguita poi da Ulpiano e da Giustiniano fece nascere que' dissidj. Petr. Vellejus Graverra *De defin. doli mali.* Bergalius *De dolo*, i quali due scrittori trattano diffusamente questa materia.

(3) Ursaja *Inst. crim. lib.* 1. *tit.* 3., Renazzi *Elem. jur. crim. lib.* 1. *cap.* 5. §. 4.

(4) Bentham *Traites de legisl. civ. et crim. vol.* 2. *pag.* 256.

(5) Dig. *lib.* 41. *tit.* 4. *l.* 2. §. 1., *lib.* 41. *tit.* 2. *l.* 19., *lib.* 10. *tit.* 1. *l.* 4. §. 2., *lib.* 39. *tit.* 4. *l.* 11. §. 1. Se la parola *mala fede* si prenda come sinonima di *dolo*, Cod. *lib.* 2. *tit.* 4. *l.* 12. §. 1. ogni questione diviene inutile. Ma la *sinonimìa* di queste due voci non può essere ammessa che agli effetti civili.

(6) Decian. *Tract. crim. lib.* 1. *c.* 4. *n.* 6., De Simoni *Delitti di mero affetto vol.* 1. *pag.* 22.

(7) *Nam maleficia propositum delinquendi distinguit* Dig. *lib.* 14. *tit.* 2. *l.* 53.

come l'una, e l'altro pur sono, non può desumersi, onde calcolarne la forza, se non dagli effetti, che essa ha prodotti; lo che riconduce all'esame del carattere *estrinseco* della offesa, ed obbliga il principio politico a volger le spalle al morale, di complessione delicata troppo nel giudicare delle sceleraggini umane. Per il moralista, comecchè esso debba apprezzare la intera, e segreta preordinazione dell'animo, tale quale ella è in ogni più minuto negozio, sono da porsi in bilancia tutti gli atomi della moralità. Per il criminalista, il quale ha sotto i suoi occhi un fatto, che una sola gran forza d'animo ha potuto produrre, non sono da calcolare gli atomi di questa forza, ma è unicamente da fissarne il carattere per quanto suol più comunemente accadere, e la esperienza risponde, che nella maggior parte dei casi questa forza è umana malvagità (1). L'assassino, il quale si accinge a spargere l'altrui sangue, è al pari d'un uomo, che si determina a soccorrere il proprio simile in un grande pericolo, libero nell'agire: scorge al pari di questo quel che ha da fare o non fare per giungere al proprio scopo: ma vi ha nella sua volontà un'affezione di spaventevol carattere, la quale è ben altro, e ben più della moralità dell'azione, essendo la forza d'animo, con che il facinoroso concepisce, ed eseguisce il suo micidiale progetto. I dati della moralità dell'azione son sempre i medesimi: quelli della prava indicata affezione variano, e più intensi divengono a seconda degli ostacoli, che ella ha da vincere (3). Oltracciò se si esamini il generale, e più costante carattere delle offese sociali si scorgerà, essere ristrettissimo il numero di quelle, che ammettono il possibile d'essere inferite o senza moralità, o

---

(1) Il criminalista ove scorge la uccisione d'un uomo per opera d'un altr'uomo stabilisce il concetto dell'omicidio doloso. *Dig. lib.* 48. *tit.* 8. *l.* 1. §. 3. Il moralista non bada al materiale del fatto ma si rivolge immantinente a scrutar la intenzione. Il conflitto di questi due metodi in opposizione fra loro ha fatto nascere grandi controversie nel foro, delle quali si trovano le tracce in Matthen et Sanz *De re crimin. controv.* 29. *n.* 69. *et seq.*

(2) Il soggetto è più *estetico* che *morale*. Puffendorf riferisce la idea della *intenzione* alla greca parola. *Le droit de la nat. et des gents liv.* 1. *chap.* 4. §. 1. Questa parola però indica piuttosto lo studio dell'intelletto, che una energia di volontà, la quale si dirige a fine lontano per quella d'una passione. Dante si espresse

« . . . . . *dicer convienti*
« *Chi drizzò l'arco tuo a tal bersaglio.*

Parad. c. 8.

La tensione d'un corpo è la vera imagine della intenzione delittuosa. I latini colla parola *intentio* indicarono la tensione. Cic. *Tusc.* c. 10. Columella *lib.* 6. *c.* 6. Celsus *l.* 5. *c.* 26. *n.* 34. La greca parola dipinge la idea. Gellio *Noct. Act. lib.* 7. *c.* 7. indica con quella parola una figura grammaticale « *quoties incrementum notat et augendi vim habet* ».

con un grado minore di moralità (1), lo che dee persuadere, che nella offesa sociale l'esame della forza d'animo necessaria a produrla è la *regola*, e quello della sua moralità è la *eccezione* e che determinare la regola è di esclusiva competenza del principio politico (2).

Due forze dunque compongono l'offesa: l'una di *corpo* o *fisica*, e l'altra di *animo* o *morale*, sempre alla prima proporzionata (3): nè è dato giudicar di questa indipendentemente da quella. Queste forze sono amendue suscettibili di decremento possibile, ma non di aumento, perchè lo spazio, che la indole limitata dei corpi segna alla prima, è il limite destinato a circoscrivere il giudizio della seconda. L'omicidio commesso con squisita, e raffinata malizia, facendo bevere alla vittima a sorsi la morte, non è più omicidio di quello commesso con un sol colpo. L'omicidio commesso con causa leggiera, e brutale non è più omicidio di quello commesso con causa più proporzionata a commetterlo. Queste riflessioni svelano l'errore di quegli scrittori, i quali o insistono per la esasperazione del rimprovero, e quindi per quella della punizione quando si tratti di delitti, che annunziano in chi gli commesse un' esemplare ferocia (4), o pretendono, che il più alto grado della forza morale dell'offesa si debba collocare nel delitto brutale (5). Vi può

(1) Fra i delitti o *direttamente*, o *indirettamente politici* non ve n'è alcuno, il quale ammetta questioni di moralità, se si prescinda dal raro caso dell'alienazione di mente, ma pur contingibile come lo prova la causa di Giacomo Hadfield difeso dal celebre Erskine *Bareau anglaie*, *Paris* 1824. *vol.* 2. *p.* 479. I delitti contro le proprietà, e contro l'ordine delle famiglie non le ammettono neppure. Le sole offese della persona, e dell'onore possono ammetterle, ma tra le prime ve ne ha una gran serie, che le rigetta.

(2) Il Renazzi *Elem. jur. crim. lib.* 1. *cap.* 5. §. 4. si contenta di dire, che il dolo è il *fonte* de' delitti, non si accorgendo, che è il fonte di molti danni altrui, che delitto non sono. La *l.* 1. *tit.* 16. *lib.* 9. *cod.* citata inopportunamente da lui niente dice, e la *l.* 7. da lui non citata ritiene la formula *dolo malo*, il cui uso deesi attribuire alle abitudini dai giureconsulti romani contratte nel rispondere nelle materie *civili*.

(3) Sallustio, politicamente esamidando le cose, si esprime « *Nostra omnis vis in animo, et corpore sita est: animi imperio: corporis servitio magis utimur* ». *De Bell. Cat. in princ.*

(4) Questa erronea massima è una specie di luogo comune de' criminalisti. Il modo, con cui l'omicidio può esser commesso non è valutabile se non all'oggetto di calcolarne il maggior pericolo come nelle *insidie*, e nella *proditione*. La squisita crudeltà, con cui l'omicidio è commesso, non può esser valutabile per un aumento d'imputazione, o di pena o si tratti di morte, o si tratti di perdita perpetua di libertà. La maggior sevizia usata dallo scelerato nell'uccidere sta nei dolori, ai quali egli ha assoggettata la vittima, i quali, considerati come altrettanti delitti, comecchè minori restano assorbiti tutti nel maggiore del toglier la vita. Il Nani, citando Platone, rigetta l'abusiva teoria della esasperazione della pena per altre ragioni, *Principj di giurispr. crim. dissert. proem. pag.* 50—51.

(5) Filangieri *Scienza della legislaz. lib.* 3. *part.* 2. *cap.* 38. pag.

esser dunque nella offesa una forza morale da calcolarsi, e può andar con essa compagna una malizia da non valutarsi nel suo rimprovero, il quale colpendo il fatto principale non può curar gli accessori che lo accompagnano: imperocchè la legge può bene stabilire una controforza alla prima, ma non riuscirà mai ad estripar la seconda nei varî casi, che ne offrono lo stomachevole esempio. Non vi ha sistema di cognizioni, a cui non si presentino *anomalie*, alle quali è impossibile di provvedere: nè calcolo astratto che non incontri *quantità* le quali svaniscano quando giunge alla sua applicazione concreta.

Quando si dice, che la forza morale dell'offesa dee misurarsi dalla sua forza fisica non si vuol dire, che questa forza, ond'essere ben conosciuta, debba ponderarsi in tutte le offese possibili quali più, quali meno gravi, ma si vuol considerare nella offesa, di cui più abbia a temere la società, come formula generale del suo pericoloso carattere. Se la forza morale dell'offesa dovesse considerarsi nel primo riguardo converrebbe parlarne dopo aver discorso di tutte le offese considerate nel diverso grado di gravità relativa, ed in quanto la loro diversa nomenclatura lo segna. Considerando questa forza nel secondo riguardo ella diviene un oggetto di esame, che nella sua generalità può servir di dato alla scienza.

Non è certamente un errore il credere, che l'effetto della forza morale dell'offesa possa essere praticamente considerato in *specie* diverse tra loro, come la forza fisica in diversi *titoli*, o specie delittuose: ma questa osservazione non è utile se non relativamente a quei delitti, i quali, come il falso, e lo stellionato, ricevono tutta la lor forza di nuocere altrui dall'astuzia di chi gli commette senza spiegare una forza fisica producente un *fatto materiale*, che al primo aspetto abbia carattere d'infrazione d'una legge protettrice della sicurezza. Si può realmente dire in questi delitti, che la forza morale considerata come astuzia ne costituisce il vero carattere e vi figura come *qualità principale*. Nei delitti, nei quali la forza morale si spiega come violenza, siccome gli effetti non ne possono esser resi sensibili se non dalla forza fisica, non son da riprendersi quei criminalisti, i quali dicono, che la forza morale, o il dolo figura in essi come *qualità* semplicemente *accessoria* (1).

Ma ancor questa nomenclatura è inesatta. Ella è visibilmente

---

188. *not.* 1. Ancor quì il principio morale ha nociuto al politico avendo richiamata l'attenzione a quel che il delitto ha di più moralmente pravo, e allontanandola da quel che ha di dannoso per la società. Il Lampredi *Jur. pub. univ. theor. part.* 1. *cap.* 3. §. 9. *can.* 2. è comemoralista più coerente con se medesimo del Filangieri, il quale scriveva della legislazione.

(1) Il Censiglier De Simoni *Delitti di mero affetto part.* 1. *cap.* 9. §. 7. tacciò di error madornale questa maniera di esprimersi de' criminalisti, i quali adottandola non ne seppero dare le buone ragioni.

desunta da quei casi delittuosi, nei quali la forza morale usa l'*astuzia* per meglio commettere la *violenza* come nei delitti politici, o nei delitti di sangue commessi o con *prodizione*, o con *insidia*. Ma l'una e l'altra qualifica bensì la offesa pel *mezzo*, col quale è stato inferita, ma non diversifica la forza morale per la sua maggiore o minore intensità; e se la teoria della *classazione* delle offese, e quella del loro *attentato* possono essere nella necessità di apprezzare queste diverse possibili fasi delittuose, quella della forza morale del delitto non vi ha niente che fare (1).

Allorchè in un'offesa, in quanto si distingua da un'altra, concorre la pienezza degli effetti della forza fisica, e della forza morale necessaria a commetterla, ella viene esaminata per la sua *qualità*, e, allorchè in essa si esamina ogni decremento possibile di quelle due forze, ella viene esaminata per il suo *grado*: nomenclatura felicemente inventata, se chi la propose il primo, valutando il grado nella forza morale, non avesse avuti gli occhi chiusi su quello, che pur può avvenire nella fisica forza, illuso per certo dal principio morale, che in questo secondo riguardo non dovette mai valutarlo (2).

La giustizia può considerare la moralità dell'azione indipendentemente dai materiali effetti, che ella ha prodotti. Non lo può la politica, la quale, come meglio verrà dimostrato nel seguente capitolo, altro nell'offesa non può considerare se non la forza morale, che la produce, e i suoi politici effetti sull'ordine della città: onde ogni suo più minuto carattere non può essere quel della forza fisica dell'offesa, aspettando l'uno, e l'altro di ricevere nella lor connessione reciproca il giudizio, che il criterio sulla più vera misura dell'offesa può stabilirne.

---

(1) Muyart De Vouglans, meschino imitatore dell'insigne Domat, immagina tante *specie* di dolo quante son le maniere, con le quali può esser commessa la offesa: d'*aggressione*, di *associazione*, di *tradimento*, affettando di sostenere questa puerile enumerazione con altrettante leggi romane, visibilmente storpiate da lui. *Loix criminelles dans leur ordre naturel liv.* 1. *tit.* 3. *c.* 1. §. 6. Il De Simoni *Delitti di mero affetto cap.* 11. §. 4., sebbene versato nella giudicatura, pecca dell'eccesso contrario, e riprende i pratici per aver distinto tra la *prodizione*, e le *insidie*, tutto riducendo alla prima. Egli non si è accorto che l'*astuzia* costituisce il *genere*, e la prodizione, e le insidie sono le *specie*. Il metodo giudiciario *analitico*, usato dai pratici senza esserne conosciuto, ha bisogno di queste *distinzioni*, che ad alcuno sembreranno puerilità. La convinzione intima tutta *sintetica*, supplantando le regole del processo, si trova però esposta a sostituir la *sintesi imaginativa* alla *razionale*, e più spesso

« *Delphinum sylvis adpingit : fluctibus aprum.*

(2) Filangieri *Scienza della legislazione lib.* 3. *part.* 2. *cap.* 38. Ma il Tasso *Gerus c.* 3. *st.* 36. citato (chi lo penserebbe ?) dal Bonfini *Ad Banniment. gen. dict. eccles. cap.* 26. *n.* 46. cantò

« *Vario è lo stesso error ne' gradi varj.*

È dunque abusivo il metodo dei criminalisti, i quali, ondeggiando tra le diverse teorie della morale, del dritto civile, e della criminale legislazione: confondendo la forza morale del delitto con la moralità dell' azione umana, o distinguono il dolo in due specie, delle quali desumono la differenza da due soli gradi di forza, uno maggiore, l' altro minore, di cui lo pensano suscettibile (1), o, togliendo in preteso il linguaggio dalle scienze delle quantità, lo dividono in massimo, medio, e minimo come altri, meglio far non potendo, divise la colpa (2), senza saper poi stabilire con esattezza in quali casi quei tre ipotetici gradi si debbano dire verificati (3).

La forza morale del delitto non può esser considerata che in una piena, e perfetta malvagità. Ma la forza dell' animo umano è come tutte le altre forze, che agiscono in natura, soggetta ad anomalie, ad aberrazioni, ed a vicende prodotte da altre forze, le quali quasi episodiche alla principale s' innestano, la modificano, e talvolta ne cambiano l' indole affatto. Prescindendo dalla volontà, forza dell' animo, che non cambia mai a costo d' esser distrutta, la libertà e l' intendimento, considerati come forze o moventi, o direttrici dell' animo umano, trovansi sotto la influenza immediata degli oggetti, che ci circondano, e dei lor moti. Questa influenza è la forza, che talvolta s' innesta alla morale dell' offesa, talvolta supplantandola affatto, talvolta compenetrandola in modo da lasciare in dubbio se ella abbia agito o sull' intendimento, o sulla libertà (4). Sebbene la scienza possa lusingarsi di chiarire se non in tutto, in gran parte almeno queste tenebre, il tentativo per ottenerlo, e mostrare come la forza morale della offesa quasi per una non interrotta catena della malvagità decresce prima per la libertà, quindi per l' intendimento fino al punto di non esser più discernibile, spetta al grado, di cui anco nella sua fisica forza è suscettibile sempre.

---

(1) Anco il Renazzi si è lasciato traviare dai pratici ravvisando il dolo di *nequizia*, e il dolo d' *impeto* come due specie diverse mentre ne son due gradi, e procedendo d' errore in errore ha creduto dell' indole della malvagia intenzione l' esame delle passioni capaci di scuotere nella volontà umana la libertà. *Elem. jur. crim. lib.* 1. c. 3. §§. 5. 6. 7.

(2) Il Boemero *Ad Carpzov. quaest.* 1. *obs.* 2. *quaest.* 142. *obs.* 1. è per quanto io ne sappia il primo ad avere immaginato la divisione del dolo in *massimo*, *medio*, e *minimo*, seguita poi dal Filangieri *Scienza della legislazione lib.* 3. *part.* 2. *cap.* 38.

(3) Questa materia comecchè appartenente al grado dell' offesa, verrà esaminata nel *cap. VII.* di questo libro.

(4) Anche il giudizio di questa mista azione umana possibile spetta al grado dell' offesa, e ne sarà discusso nel *cap. X.* di questo libro.

CAPITOLO V.

Del criterio onde aver la misura della offesa sociale.

Se da tanti secoli, dacchè l'azione delittuosa è dalle leggi prescritta, e punita, lo spirito umano ondeggia sempre titubante, ed incerto nel definirla, la titubanza, e la incertezza medesima si ravvisa nei suoi tentativi diretti a stabilire un criterio, col mezzo del quale la vera indole del delitto sia conosciuta, la ragione, cioè, per la quale tra più offese confrontate tra loro una debba dirsi più grave di un'altra (1), ricerca, nella quale hanno preso parte i teologi, i moralisti senza competenza a conoscerne, i legisti pratici, ed i teorici, e in ultimo luogo i filosofi, alcuni dei quali in odio verso la scuola politica della nostra penisola si son dati a far causa comune coi moralisti, ed hanno, per così dire, tentato di far retrocedere l'algebra alle cifre elementari dell'abbaco.

Questa disputa non sarebbe mai nata se la voce troppo larga, e troppo generica di delitto non avesse fornito il mezzo a tutte le scienze direttive dell'uomo, sebbene diverse di scopo, e di mezzi tra loro, di far valer ciascuna la propria prerogativa onde o supplantarsi a vicenda, o avere almeno un impero, se non solo, diviso. In questo conflitto ogni scienza alzò la sua voce: dal che nacque un frastuono, in cui gl'interessi, preoccupando i principî, framischiarono accenti d'ira, e di virulenta invettiva.

In tanta varietà di opinioni, rispettandole tutte, convien prender di mira l'estreme, essendo sperabile, che in mezzo ad esse possa scuoprirsi la verità, e che, rintracciandola in questo spazio, tutte le altre opinioni intermedie, più delle estreme atte ad illudere sè e gli altri, trovino il lor disinganno.

Gli stoici, moralisti rigidi, non conobbero nel delitto parvità di materia. Nel loro sistema tutti i delitti, come lesivi della giustizia, furono eguali, perchè fuor della giustizia non vi è salute (2). Questa maniera di pensare segna il più alto grado d'ascensione, a cui siasi potuto elevare il principio morale onde

(1) Il Renazzi è tra i criminalisti quello che meglio d'ogni altro abbia concepita la necessità d'una esatta teoria sulla *quantità* del delitto. Se, comunque posteriore al Beccaria, non seppe apprezzare il grande, ed originale concetto di questo scrittore, ed andò brancolando, comprese almeno la necessità, e pose esattissimamente i termini della controversia. *Elem. jur. crim. lib.* 1. *cap.* 13.

(2) Diogen. Laert. *lib.* 7. *segm.* 120.

dargli una esclusiva influenza sulle teorie della sicurezza sociale (1). Questo principio però aveva il vantaggio di segnare in una linea, tracciata dalla giustizia, e che lo spirito umano può concepire nel rispetto del dritto, e perciò della sicurezza altrui, il criterio necessario a giudicare delle azioni degli uomini. Un' opinione non meno severa, ma più pericolosa alla individual sicurezza proclamò la umana malizia, o la interna moral corruttela dell' uomo la vera misura dell' azione delittuosa, volendo aprir così la via ad una inquisizione degli animi e del pensiero quanto necessaria nel foro interno, altrettanto vessattaria, e impolitica nell' esterno (2).

Per tenersi lontano da questo estremo il Beccaria, riscaldato nella velenosa disputa, che gli avea mossa contro il suo acre confutatore (3), sostenne, o parve voler sostenere, non essere il delitto un' azione morale, ma il solo danno della socità doversi considerare delitto (4). Questa opinione segna il più alto punto d' ascensione del principio politico nel suo proposito di divenire il solo, e fermo criterio delle teorie della sicurezza sociale.

Il principio morale, e il principio politico, collocandosi come opinioni estreme l' una in esclusione dell' altra, divennero così nemici irreconciliabili tra di loro.

Tra questi due estremi conveniva decidere, se o l' uno, o l' altro potesse in tutta la estensione del voto, che lo caratterizza, divenire un criterio di verità, e servire di norma per

---

(1) Il buon senso di Orazio derise il porre alla pari un furto di cavoli, e un furto sacrilego. *Satyr. lib.* 1. *satyr.* 3. Cicerone, versatile di massima a seconda degl' interessi, pe' quali scriveva, encomiò il principio stoico ne' paradossi §. 4. e lo derise orando per Murena §. 30. Ma nella infanzia della società il principio stoico domina la legislazione, e quella di Dracone lo adottò in tutta la sua estensione e in tutta la sua inflessibilità. Petit. *Leg. Att.*

(2) *Osserv. sul libr. intit. de' delitti, e delle pene pag.* 37. *e* 38. Spesso lo spirito umano si trova per diverse vie all'estremo medesimo. Converrebbe conoscere la differenza, se vi è, tra la opinione del Fachinei, e quella, che proclama la supremazia del principio morale nelle cose penali.

(3) L' egregio Avv. Paolini *Esame critico del libro de' delitti, e delle pene etc. vol.* 4. *p.* 3. chiama capanna gotica contrapposta a edifizio sublime la critica del Fachinei al libro del Beccaria. Capanna non meno gotica è la confutazione, che di quel libro scrisse il Muyart de Vouglans in calce della sua opera *Les loix crim. dans leurs ordre naturel.*

(4) *Risposta alle note, ed osservazioni ec.* Inesplicabili condizioni dello spirito umano anco nelle menti più grandi! Il Beccaria sentì la verità del principio, che annunziò il primo, ma non seppe ridurla a dimostrazione. Per sostenersi contro al suo zelante ma poco istruito contraddittore si gettò a un' autorità del dritto romano *Dig. lib.* 47. *tit.* 21. *l.* 2. ove è punito colla frusta un delitto commesso o per ignoranza, o per caso.

ben misurere la relativa gravità dei delitti, ossivvero se essi potessero e dovessere esser ravvicinati tra loro, e dalla mistura dei due principi potesse sorgere quel misuratore criterio.

I pratici rimasero immobili nella massima suggerita loro dalle loro abitudini, misurando la relativa gravità del delitto da quella del rigore, con cui lo punisce la legge (1), redarguiti dai teorici a torto: perocchè, rispondendo del fatto, e non del da farsi, non potevano avere altra formula colla quale esprimersi ond'essere interi (2).

La più generale opinione degli scrittori teorici fu per un temperamento dei due principj, essendo proprio il più delle volte della mediocrità, e di certa tal quale timidezza dello spirito umano il determinarsi per le vie di mezzo, e diffidar dell'estreme (3), al che lo autorizzavano i più insigni scittori di naturale diritto, i quali in questa ricerca, e prima che la quistione nascesse, avevano ammesso il principio morale, e il principio politico a fornire la vera misura della relativa gravità dei delitti (4). Ma questa opinione *erciscunda* ammetteva nella misura il principio morale non come legislatore, conforme lo aveano ammesso gli stoici, ma piuttosto come giudice naturale, ed irrecusabile del valore morale dell'azione in questo animata da una più, o meno diretta intenzione di nuocere, escludendo così anco la opinione, la quale pretese, che il delitto dovesse misurarsi dal grado di corruttela dell'animo di chi lo commette. Così le opinioni si avvicinarono di molto al principio politico del Beccaria, e tanto se ne scostarono quanto fu creduto necessario a salvare la moralità della azione, che quel principio nella sua generale espressione sembrava distruggere (5).

Venne allora fuori un *avverbio*, del tutto nuovo, di cui

---

(1) Senkenberg *Corp. jur. germ. vol.* 1. *p.* 1. Farinac. *Quaest.* 10. *n.* 61.

(2) Ant. Math. *De criminib. proleg. cap* 4. *pag.* 49. copiato dal Renazzi senza citarlo *lib.* 1. *c.* 13. §. 8., lo che spessissimo fa, geloso come egli era del purgato stile latino. Preferibile però al Renazzi è in censura Jo. Aug. Apel. *Dissert. de discrimine inter delicta atrocia, et levia rite statuendo, Lipsiae* 1791. *sect.* 1.

(3) Il Renazzi, promettendo di distruggere i pregiudizj, che aveano da gran tempo ingombrata questa ricerca *Elem. jur. crim. lib.* 1. *c.* 13. §. 1. *not.* 1. divien *miscellione* in grado supremo, e determina la misura in ragion composta di quattro considerazioni, due delle quali si riferiscono alla maggiore, o minor libertà dell'azione, e al suo impulso a commetterla, col che addensa nuove tenebre appunto là dove era maggior bisogno di luce, illudendo però sè, e gli altri col linguaggio delle scienze delle quantità, del quale fu fatto sempre abuso nelle cose morali *loc. cit.* §. 10.

(4) Grot. *De jure bell. et pac. lib.* 2. *cap.* 20. §§. 30. 31. Puffendorf *De jur. nat. et gent. lib.* 8. *cap.* 3. §. 18. Genovesi *Diocesina p.* 96.

(5) Renazzi *Elem. jur. crimin. lib.* 1. *c.* 13. §. 7.

si pensò farne una formula conciliatrice, dicendo, che la vera misura del delitto è *principalmente* il danno, che esso arreca alla società (1).

Ma le difficoltà non cessavan per questo. Se la misura del delitto dovea' desumersi non interamente ma principalmente dal danno, che esso arreca alla società, eravi in esso qualche elemento, il quale, non essendo danno sociale, meritava pur di essere valutato nella misura. Siffatto elemento non poteva essere la maggiore, o minore malizia del delinquente, la quale per due ragioni non poteva essere ammessa nel computo: o perchè come interna corruttela dell'animo sfuggiva alla competenza degli umani giudizi, e reclamava quello del supremo scutatore dei cuori: o perchè, mirando il rimprovero *politico* dell'azione delittuosa non a divenire come il *morale* voce presecutrice nel delinquente di un male di già commesso, ma ostacolo ai mali, che altri potessero sul suo esempio commettere (2), la umana giustizia non avrebbe titolo, o dritto di aprirsi una via nel segreto delle coscienze. Così essendo, l'elemento da calcolarsi oltre al danno sociale nella misura del delitto altro non potè essere se non la intrinseca moralità dell'azione.

Ma questa intrinseca moralità o si consideri come segreta preordinazione dell'animo ad infranger la legge, vale a dire, come criminosa intenzione, o si consideri come risultato d'una piena, e perfetta libertà, che l'agente ebbe di agire o non agire, o non ha influenza alcuna sul problema da sciogliersi, o v'induce nuove perplessità.

La intezione preordinata ad infranger la legge intanto non sfugge ai calcoli della umana giustizia in quanto il carattere *estrinseco* degli atti posti in essere dall'agente come *mezzi* per giungere al *fine* la manifestono. Questo carattere *estrinseco* non è se non il danno, che l'atto ha arrecato alla società, per lo che fatto visibile delittuoso e intenzione invisibile di commetterlo sono la cosa medesima. Se la intenzione di delinquere nella sua sola e pretta moralità fosse elemento valutabile nella misura del delitto, sarebbe inutile proporre problemi su quella della imputazione dell'attentato, in cui la intezione è tutta, e nella intera sua forza. La intrinseca moralità dell'azione,

---

(1) Apel *Dissert. de discrim. inter delict. etc. sect.* §. 1. Così insegnava il fu Cavalier Ranucci in Toscana, le di cui istituzioni criminali io conservo manoscritte, nè furono stampate mai. La opinione del Ranucci venne adottata dalla riforma nostra criminale del 30 agosto 1795. §. 20.

(2) Questa verità, la qual costituisce pressocchè tutto il criterio del dritto penale sarà meglio, e più diffusamente sviluppata parlando della *difesa della sicurezza sociale*. L'errore è venuto dal credere che la *imputazione* abbia un diverso carattere da quello della *pena*, lo che è falsissimo.

considerata come risultato della piena sua libertà oltre all' essere una qualità insita all' animo dell' agente, e perciò invisibile, si compone di tanti, e sì complicati dati, che alla giustizia umana riuscirebbe impossibile stabilirne un computo esatto. Qualunque leggiera ottenebrazione dell' intelletto: qualunque goffa ma pur sincera credulità: qualunque errore di educazione: qualunque invecchiata abitudine: qualunque grado di esagerazione nella opinione del proprio dritto può supplantare la libertà; e se in molti casi si dovesse confrontare la giustizia d' una condanna colla opinione della ingiustizia, che il condannato ebbe dell' azione da lui commessa, non poche sentenze in questo delicato, e difficil confronto vacillerebbero (1).

La moralità dell' azione, inerente, per così dire, a quanto l' uomo ha dentro sè d' impenetrabile, e d' invisibile, presenta alla scienza della legislazione un intricato, e difficil problema da sciogliere, essendovi dritto di domandarle se, e per qual modo ella debba entrare nei calcoli della legge da farsi, e in quelli della legge da applicarsi (2).

Il principio del Beccaria, abbracciando tutto il delitto, e dichiarandolo valutabile in ogni sua parte pel danno, che esso arreca alla società, o dispregia la moralità dell' azione come i suoi critici gli hanno obiettato, o la ravvisa in un suo possibil carattere di danno sociale, come i suoi critici forse non hanno saputo discernere.

Fu già osservato, che la legge della città intende d' aggiungere alle azioni umane un carattere, che le leggi assolutamente morali non possono imprimerle, di guisachè non potendo prender di mira se non le azioni, che le leggi assolu-

---

(1) Ricomparisce quì sotto altro aspetto la questione di libertà, di cui i giureconsulti tedeschi, facili a inabissarsi nelle questioni ideologiche, scrutano ne' suoi più segreti ripostigli la *libertà* dichiarando quella della *mente* il *sovrano* principio della imputazione criminale: cosa vera in *morale* ma poco accettabile in *legislazione*, ed in *giurisprudenza*. Vedasi Haecker, Oersted, Henke, Schroeter, Heinhort, e Jacobi presso al ch. Mittermaier *Diss. disquisitio de alienationibus mentis quatenus ad jus criminale spectant. Heidelb.* 1825. *pag.* 17. *not.* 34.

(2) L' Accademia Reale di Berlino propose già il problema « *determinare se la moralità dell' azione entri nella costituzione, e nell' applicazione della legge, e se vi ha luogo in quanto, e come ciò avvenga* ». Ignoro se fosse risposto al problema, e come risposto vi fosse: ma convengo, che di questo problema può dirsi con Persio « *Piscis hic non est omnium* ». Grozio *De jur. bell. et pac. lib.* 2. *cap.* 20. §. 35. *in fin.* fornisce un barlume per la soluzione di questo problema osservando, che la legge nel definire i delitti e punirli ha più che altro in vista la *utilità*, e che nel giudicare in particolare come il delinquente deve esser punito si considera piuttosto quanto è grande la sua *mancanza*. Ma questo modo di esprimersi ha bisogno di un gran comentario.

tamente morali possono sole guidare, ella ritiene, come *presupposto*, la intrinseca moralità delle azioni, che vuol proclamar come offese sociali (1). Questa considerazione conduce a riflettere, che il Beccaria, avendo presupposta la moralità delle azioni umane delittuose, non l'ha conculcata. Ma il presupporla non è ammetterla in computo per determinare la relativa gravità dei delitti: è un concedere ad essi un attributo morale a tutti indistintamente, lo che non è ravvisarli per le lor possibili differenze. Essendo la prima operazione dello spirito umano, relativamente a formarsi la idea del delitto, quella che dee crear la legge destinata a farlo conoscere, è evidente, che questa operazione, presupponendo la moralità dell'azione, non la vuol fare entrar nei suoi calcoli.

Se è vera la teoria, che la legislazione a differenza della morale deve apprezzare il carattere estrinseco dell'uomo (2), questo principio, onde in tutta la sua estensione esser vero, dee scuoprire nella stessa moralità dell'azione un carattere, che, a guisa del fatto materiale delittuoso, la faccia considerare più per le tracce, che la rendono discernibile quasi fuori di se medesima, che per la interna, e segreta sua economia come moto dell'animo umano, egualmente che il delitto, considerato pel suo materiale, più che nell'individuo che lo ha commesso, è apprezzabile nelle tracce, che ha lasciate fuori di sè. Che se le tracce, che la moralità dell'azione delittuosa lascia fuori di sè, sono altrettante offese della sicurezza sociale, non può allora restare alcun dubbio, che ella sia valutabile come danno arrecato alla società.

È stato altrove avvertito, che la risoluzione d'un animo, il quale si rivolge ad offendere, è qualche cosa di più della moralità dell'azione, e merita piuttosto il nome di *forza morale* dell'offesa (3). Questa forza fu calcolata allora per quel che ella ha d'*interno* all'agente, e convien ponderarla adesso per quel che ella può avere all'*esterno*. Altronde come nuda forza morale ella non può essere per gli esterni suoi effetti considerata se non in quelli, che ella produce nell'animo altrui.

Considerando la forza morale dell'animo umano in un'azione, che nella sua materialità presenta una distruzione, un danno patrimoniale di alcuno, si scorge, che ella sola è capace di risvegliar l'interesse, e l'attenzione di chi non lo soffrerse; dal che apparisce, potervi nell'offesa essere un effetto, il quale non sia l'*immediato*, e il *materiale* dell'azione, nella quale consiste. L'accurato esame di questo effetto meramente morale della offesa, il quale solo può anzi renderla sociale perchè, colpendo il privato, tutti colpisce, e imprime così un

(1) Ved. il *cap. II.* di questo libro.
(2) Ved. il *cap. IV.* di questo libro.
(3) Ved. il *cap. IV.* di questo libro.

carattere politico a quanto ella ha o di intrinsecamente, o di estrinsecamente morale, merita d'essere con ogni possibile diligenza esaurito (1).

Il danno immediato e materiale, che un'azione umana produce, dovendo cadere su i mezzi dell'umano ben'essere, mentre altrimenti carattere di danno non vi sarebbe, dee verificarsi o sul patrimonio *naturale* dell'uomo, qual sarebbe la vita, la integrità, la libertà delle membra, o sul suo patrimonio *civile*, quali son le cose divenute soggetto del dritto di propretà, o sul suo patrimonio *politico*, qual è la sicurezza, che i primi due patrimoni abitualmente ricevono dalla politica aggregazione.

Presupponendo un'offesa prodotta da intenzione diretta allo scopo, il di cui material risultato fosse la distruzione dell'aggregazione politica, comecchè si verificherebbe in essa la distruzione d'ogni sicurezza sociale, sarebbe inutile cercarvi la distinzione d'un danno *immediato*, e di un danno *mediato*, nascente dalla forza morale di tale offesa, e capace di rendere il danno d'uno danno di tutti: perocchè l'immediato, e istantaneo danno di tutti assorbirebbe ogni considerazione, e renderebbe ridicolo non che inutile ogni argomento diretto a provare la esistenza del danno politico per altre vie. Allorchè Tarpeia, traditrice della patria, consegnava la difesa di Roma ai Sabini, chi potea calcolar se in quell'atto eravi compromessa la sicurezza di pochi, o di tutti quando la sicurezza di tutti era già sovvertita?

Ma nel corpo, che la offesa vibra sulla sicurezza dell'individuo all'oggetto di credere, che il danno d'un *solo* possa es-

---

(1) Leggendo alcune moderne opere s'incontra a ogni pagina *materiale*, e *morale* d'un'azione, antitesi facilissima, ed eccellente a far credere, che chi ne fa uso abbia considerata l'azione umana in tutti i suoi riguardi possibili. Ma bene apprezzando questo frasario nella sua applicazione si scorge, che il significato della parola *morale* non ha altro carattere, che di essere avversativo al *materiale*, e perciò quello di gettar lo spirito nell'*indefinito*, e nell'*indefinibile*, artificio, di cui la illusione spesso si vale per illudere altrui. Onde non incorrere in alcuna taccia, mi giova quì chiarir meglio il mio testo. Il delitto consiste in un fatto *materiale*: dipende da un fatto *morale* qual è la intenzione. Questo fatto fu esaminato nel *cap. IV.* di questo libro. Questo fatto come *morale* non può fuor di sè produrre effetti morali, vale a dire, muovere gli animi altrui, e suscitarne o le opinioni, o i giudizj. Queste opinioni, e questi giudizj se si riferiscono alla sicurezza sono un effetto prettamente *politico*, di cui è causa la scossa *morale* dal delitto prodotta. Ecco dunque *due* effetti in *uno* o un *effetto*, che diviene *causa* d'un altro; ed il primo quasi base al secondo. Questa sottile, e complicata ispezione non sfuggì alla perspicacia dell'egregio Paolini *Esame critico al libro de' delitti, e delle pene vol. 1. cap. 2. art.*, ma egli si soffermò sul danno morale, nè lo fece rientrar nel politico onde non approvò interamente la teoria del testo da lui preso ad illustrare.

sere considerato come danno di *più*, o di *tutti*, la cosa non è sì facile a percepirsi.

Si esemplifichi un danno il più grave, che ad un individuo possa avvenire nella distruzione della propria esistenza. O questo danno sia stato prodotto da una causa meramente *fisica* come dalla caduta d' un grave, o sia stato prodotto da una causa *morale*, dalla intenzione umana preordinata a commetterlo, e dall' effetto seguita nella sua *materialità* è il medesimo sempre, e il suo carattere di danno *immediato*, che cade sulla vita dell' uomo, si verifica tanto nell' uno quanto nell' altro caso. In questo danno immediato però il solo offeso vi è interessato, o i suoi parenti, e i suoi amici vi possono prendere interesse rammaricandone nell' uno caso, e nell' altro la perdita. Ma se altro danno nel caso secondo non fosse, la legge non avrebbe ragione di erigere l' omicidio premeditato in offesa, alla di cui repressione è interessata tutta la società, e per spiegare questo fenomeno convien conoscere i dati di fatto, su i quali si appoggia.

Sebbene il maggiore analitico tra i giuristi, afferrando la idea del Beccaria nel valutare la forza morale dell' offesa per i soli suoi politici effetti, l' abbia coll' acuto suo igengno sviluppata assai più di quel che ella nol fosse allorchè da quel grande fu più sentita che percipita (1), ella è però di tale rilievo pel retto criterio della teoria delle leggi della sicurezza sociale, che lo svolgerla sempre più non può sapere di eccesso. Altronde lo scrittore, che accolse, e illustrò la idea madre, e fondamentale del Beccaria, nè tutta intera la ravvisò, nè in conseguenza fu esatto nella nomenclatura nè molto avendo fatto per la legislazione, cosa alcuna in questa involuta ricerca fece per la giurisprudenza.

Le ragioni determinatrici degli animi delle masse, e dei loro giudizi non rassomigliano per modo veruno a quelle, che determinano gli animi, e i giudizi dell' individuo. Motivi di pretto sentimento determinano più il cuore che l' animo, più la opinione che il giudizio, e tra questi motivi le simpatie umane primeggiano.

Fate, che un uomo sia stato dal suo simile ucciso per caso, e che un altro sia proditoriamente scannato. Le antipatie, e le simpatie umane agiscono in modo diverso in questi due casi, ne' quali il danno *materiale* e *immediato* è il medesimo. Nel primo caso le simpatie, o la forza di trasportar se medesimo in altri e soffrire, e godere con lui (2), si rivolgono tutte verso l' uomo, che a caso uccise. Tutti si strasfondono in lui: considerato una sventura il suo caso, tutti lo compassionano;

(1) Bentham *Traites de legisl. civ. et crimin. vol.* 1., *Princip. de legisl. chap.* 10. *vol.* 2., *Princip. du cod. pen. chap.* 4. *et suiv.*
(2) Burke *Essay on the sublimity chapt.* 2.

anzichè aver ragione di aborrirlo, o temerlo, le antipatie si rivolgono contro quella immaginaria fatalità, per la quale la mano la più pura si contamina nel delitto (1). Nel secondo caso le simpatie tendono tutte verso l' ucciso. Fornite come esse sono d'un poter magico di animare anco le inanimate cose, e di rendere il finto interessante al pari del vero, e il fantastico come il reale, esse convertono chi sopravvive in chi morì vittima dell' altrui malvagità, e fanno sentire in tutti i cuori, come se fosse vibrato sempre, un colpo, che non è più, ed al quale la uccisa vittima sarebbe insensibile quando ripetuto pur fosse. Le antipatie si rivolgono tutte contro l' autor della strage, che esse dipingono come pronto sempre a commetterne, e posto in agguato in ogni nascondiglio onde meglio vibrare il suo colpo, e che, sebbene uno, se ignoto sia, tutte le immaginazioni moltiplicano, temendo ciascuno di vederlo armato piombare sopra di sè: sicchè non vi ha chi non perda la opinione della sua personale sicurezza.

Se l' autore del delitto è scoperto, e posto in stato da non poter nuocere altrui, tutti gli animi a un tratto si acquietano: i timori spariscono, e la opinione della propria sicurezza in tutti ritorna. La cognizione dell' autor del delitto toglie alle immaginazioni il motivo di vederne sempre uno in agguato, e la impossibilità di nuocere, nella quale il facinoroso si trova, facendo cessare i timori, fa pur cessare tutte le angosciose visioni, che essi sempre risvegliano.

La eguaglianza è un dato necessario alla simpatia, ed ella nasce tanto nel bene quanto nel male tra gli uomini o da quella della lor condizione o da quella del lor modo di agire. Se le simpatie nei buoni, in caso di omicidio premeditato, si volgono tutte verso la vittima del delitto, quelle dei malvagi si volgono verso il facinoroso. Se esso rimane ascoso, e se, scoperto, non diviene l' oggetto del rigor pubblico, il malvagio fa causa comune con lui, e il delitto commesso, e la sua impunità apron la strada ad altri delitti, la qual cosa nel casuale delitto non è da temersi (2).

Questi innegabili fatti dimostrano, che la forza morale, da cui è animata la offesa, è la sola, e vera cagione, la quale rende il danno materiale, e immediato, che ella ha prodotto, un danno sociale, o politico, vale a dire, un danno sebben di un solo individuo, di tutti, alla repressione del quale tutti hanno lo stesso interesse: mentre senza quella forza morale il danno materiale, e immediato, personale all' offeso, e pri-

---

(1) Bene lo espresse Edipo nella tragedia del Voltaire di questo nome:

« *Impitoyables Dieux mes crimes sont les votres.*

(2) Bentham ha ingegnosamente toccato lo stesso argomento. *Loc. cit. chap.* 6.

vato sarebbe emendabile colle sole regole del privato diritto. Non è perciò il danno nella offesa, prodotto dalla sua forza morale, un danno di *secondo ordine* come è stato qualificato (1): è piuttosto, non che di *primo ordine*, il solo, che dalla legge protettrice della città debba essere considerato, talchè, se non esistesse quella legge dovrebbe ad altri giudizi dal suo diversi abbandonare la offesa. Poco rileva, che nell' ordine cronologico dei mali, che la offesa produce, il danno materiale preceda quello, che si verifica nell' affezione dell' animo o dei buoni, o dei tristi, quando senza di questo quello non potrebbe entrare nei calcoli della politica.

La erroneità della nomeclatura, la quale sostituisce alle parole *forza morale* dell' offesa le altre *moralità dell' azione*, è dimostrata dall' osservarsi, che due offese, producenti il medesimo danno materiale, e immediato, ed aventi il grado medesimo d' intrinseca moralità, sono, e debbono essere giudicate diversamente dalla legge necessaria a reprimerle secondo il diverso grado delle simpatie, che esse risvegliano, e il diverso interesse, col quale possono essere ravvisate dai meno, o dai più (2), la quale osservazione conferma sempre più il principio, che la forza morale dell' offesa secondo il diverso modo, col quale agisce come scossa degli animi, imprimo sola a un danno *materiale* il carattere di danno *politico* (3).

Alcuni hanno preteso distinguere nel delitto una *quantità morale*, che hanno desunta dal danno *materiale* da esso prodotto, e una *qualità morale*, che hanno desunta dal maggiore, o minore concorso della intenzione all' atto nocivo (4). Ma come fare un computo senzachè le unità, dal coacervo delle quali esso dee risultare, siano del medesimo genere? Nè lo sono la *quantità* e la *qualità*.

Perchè un computo possa farsi, quando pure una *qualità*, e una *quantità* debbano essere considerate, convien ridurre la qualità a quantità, e subordinar quella se è possibile a questa. Ciò appunto avviene nella misura della quantità del

---

(1) Idem così lo qualifica *Princ. del legisl. vol.* 1. *chap.* 10.

(2) Tutta questa materia è ingegnosamente trattata dal Bentham *Traitès de lègisl. civ. et pèn. vol.* 2., *Princ. du cod. pèn. chap.* 8 *e* 31.

(3) Queste verità non sfuggirono alla gran mente del Cancellier Bacone, il quale nel suo trattato *Legum leges* altra ragione non assegna alla legge protettrice dei dritti. « *Qui injuriam facit re utilitatem aut voluptatem capit, exemplo periculum. Ceteri utilitatis aut voluptatis illus participes non sunt, sed exemplum ad se pertinere putant. Itaque facile coeunt in consensum, ut caveatur sibi per leges ne injuriae per vices ad singulos redeant* ».

(4) A. Soden. in una dissertazione stampata a Dessau nel 1782 e riferita da Kees *Diss. de discrimine inter delicta atrocia, et levia rite statuendo sect.* 3. §. 2. *Lipsiae.* 1791. Altri parlano d' una *gravità subiettiva del delitto doloso.* Claus. *Diss. de not. delict.* §. 25.

delitto. Il danno materiale, che esso produce, benissimo valutabile come *quantità*, nel suo confronto con quello che un diverso delitto potrebbe produrre, è il vero, e più esatto dato della misura, perchè il danno proveniente dalla forza morale, che lo produsse o la *qualità* è sempre nella proporzione di quello, che la sua fisica forza ha prodotto: massimo per esempio nell' omicidio: minore nella ferita: più piccolo nella percossa con bastone: minimo in quella colla nuda mano inferita.

Non è da dire, che questa teoria cada in contradizione con se medesima quasichè una volta esponga, essere la forza morale la sola, che dà importanza politica al prodotto della fisica forza, ed esponga poi, che questa è la vera misura di quella. Le due proposizioni stan bene insieme, nè vi ha contradizione tra loro. Il dire, che la forza morale dà valore politico al prodotto della fisica forza, è asserire, che ella imprime un carattere ai fatti, che ne son nati, ma non è asserire, che ella o ponga se medesima in luogo di questi fatti o colla sua influenza ne oltrepassi la sfera: mentre il dire, che il prodotto della forza fisica misura gli effetti politici della forza morale, non è asserire, che i fatti, che ne son nati, siano il fonte del male politico del delitto. Gli argini di un fiume segnano il volume delle acque, ma acque non sono.

O si consideri dunque l' effetto della forza fisica dell' offesa o si consideri quello della sua forza morale, è necessario concludere, che il criterio della sua giusta misura è il calcolo del danno, che essa arreca alla società (1). Che se l' effetto della forza fisica è solo riducibile a quantità, la qualità derivante dalla forza morale è sempre proporzionale alla quantità, le ricerche relative a bene, ed esattamente determinarla in tutte le offese nel confronto tra loro appartengono alla lor classazione (2).

---

(1) La difficoltà somma nello stabilire questa teoria è provata da quegli scrittori medesimi, che l'adottarono. Che il grande Beccaria o non la volesse, o non la sapesse bene esprimere, avendola però altamente, ed originalmente sentita fu accennato altrove — Uno scittore di poco a lui posteriore l'accettò pienamente. Ma che? applicandola ai delitti incominciò dal parlare di quelli, che si commettono *contro Dio*: erronea maniera di esprimersi giustamente al Filangieri rimproverata dal Bentham *Traitès de lègislation etc. vol.* 1. *pag.* 202. *in not.* ed evitata dal Toscano legislatore *Rif.* 30 *Nov.* 1786 *art.* 60. V. Franchini Rusca *Specimen jurispr. crim. etc.* §. 49.

(2) Vi fu chi pensò, non poter la teoria della *quantità* del delitto uscire da certe troppo larghe generalità, e fornir formule adattate ad esprimerla in ciascuna specie delittuosa. Boehmor *Ad Carpzov. pract. rer. crim. quaest.* 109. *obs.* 4. Un pretto giureconsulto, sebbene di sommo valore, dovea pensarla così, e una classazione regolata sul danno sociale rettamente apprezzato dovea dimostrare il contrario.

Se tale quale è stato ponderato fin quì è il destino della intriseca moralità dell' offesa tra le mani della scienza della legislazione, esso cambia tra le mani della giurisprudenza.

Gli oggetti della sicurezza sociale per i molti, e i diversi riguardi nei quali conviene spesso considerarli, sono tra i morali oggetti i più sottoposti a cambiar di faccia, e a riproporsi più volte in esame (1). Se altra volta difendendo la prerogativa del principio politico dalle obiezioni ingiuste del principio morale è stato necessario mostrare il diverso ufficio della legislazione, e della giurisprudenza (2), una seconda volta convien farlo quì in grazia della intrinseca moralità dell' offesa, la quale ha fatto nascere tanti errori, tanti dubbi, tanti equivoci, e tanti problemi.

L'applicator della legge ha sotto gli occhi una formula, la quale, designando nel titolo dell' offesa il danno immediato, che ella può arrecare alla società, e presupponendolo effetto di un intenzione decisamente preordinata a produrlo, stabilisce il rimprovero contro chi ne fu autore, e, prevedendo poi il decremento possibile della forza morale nella intenzione, mitiga il proprio rigore, e lo gradua fino a spogliarsene affatto se il danno immediato ha il caso o altro agente non dirigibile per sua causa morale. Il legislatore si è dovuto così contenere sia perchè il presupposto della moralità, col quale erige un' azione in offesa, ve l' obbligava, sia perchè il decremento della forza morale dell' offesa diminuisce i suoi politici effetti nella scossa degli animi.

Il prodotto della *forza fisica* nella offesa, valutato dal legislatore come danno arrecato alla società, e come termine di confronto colle altre offese, è dal magistrato considerato in se stesso come *materiale* di delitto, e come *fatto* nella sua specie distinto, il quale diviene titolo a porre in modo la giurisdizione, di cui è investito. Il prodotto della *forza morale*, valutato dal legislatore nella scossa degli animi, e fuori dell' offensore, non può esser così valutato dal magistrato, il quale non fa la legge, ma l' applica come ella è fatta: ond' egli è obbligato a valutarla nell' individuo, che la spiegò nell' infranger la legge, e la forza morale così valutata altro non è se non la intrinseca moralità dell' azione quale il concorso degli elementi, che la costituiscono, all' azione medesima all' osservator la presentano. Laonde l' applicator della legge esamina, sotto nome di moralità dell' azione, in sè ciò, che il legislatore ha dovuto, sotto nome di *forza morale*, esaminare per gli effetti politici, che fuori di sè ha prodotti (3).

---

(1) L' osservò anco il Renazzi *Elem. jur. crim. lib.* 1. *c.* 13. §. 1. *not.* 1.

(2) Ved. il *vol. I.*

(3) Sembra così più chiaramente spiegato il concetto di Grozio, di cui quì sopra abbiam fatto parola.

Ritorna qui la obiezione, la quale impugna alla umana giustizia il dritto di esercitare una propria, e vera penalità nell' intento d' allontanare l' offesa in quanto, dovendosi ella radicare su ciò che costituisce la intrinseca moralità dell'azione, tutto in essa avviene nei più segreti nascondigli dell' animo umano, nè tanto oltre la umana giustizia può giungere.

Poteva questa obiezione non esser curata se la sua confutazione non guidasse a discuter cose, le quali conducono a viemeglio conoscere l' ufficio del legislatore, e del magistrato nell' apprezzare la intrinseca moralità dell' offesa.

Generalmente gli scrittori men scrupolosi nel metodo parlano della *pena* prima di aver parlato dell' *imputazione*, non osservando, che quella viene in appoggio, ed a sostegno di questa, dimodochè, se la obiezione fosse vera contro la pena, essa pur lo sarebbe contro la imputazione, e la umana giustizia non avrebbe più dritto a giudicare delle offese sociali.

Non discutendo adesso le ragioni della connessione politica della *pena* colla *imputazione* come controforza da opporsi con titolo di difesa alle passioni nemiche dell' ordine, ma prendendo di mira la imputazione come giudizio di uomo ad uomo, necessario a muovere, ed atteggiar la difesa, giova riflettere, che la sociale giustizia non può giudicar delle azioni degli uomini come ne giudica la morale, al tribunal della quale o il salutar timore di un giudice inevitabile delle più segrete azioni degli uomini, o un salutar pentimento svela tutta, ed intera la coscienza del peccatore. La giustizia sociale non può giudicare se non da quanto le azioni umane hanno di estrinseco, e di sensibile. Se la intrinseca moralità dell' azione è valutata dal legislatore per i suoi estrinseci politici effetti, ella è calcolata dal magistrato dai segni esteriori, che ne presentano le sembianze. Poichè queste sembianze producono o la scossa degli animi nei buoni, o il pravo esempio nei tristi, la legge è nella necessità d' ingiungere al magistrato di valutarle non come vere, ed indubitate emanazioni della moralità dell' individuo, che esse accusano, ma per un valor critico, che esse hanno nella opinione dei più, onde se son cagione della scossa degli animi, divengan titolo degli espedienti necessari a farla cessare. Che se fu detto, dovere il magistrato considerare la intrinseca moralità dell' azione qual ella naturalmente è, ciò non significa, che egli debba lusingarsi di porre la lenterna sull' animo dell' accusato onde meglio vedervi. Questo sventurato proposito o ha creata la tortura, o ha col principio della informata coscienza distrutta la buona critica ovunque si tentò praticarlo, del che più diffusamente occorrerà discorrere svolgendo la teoria del metodo giudiciario. Il magistrato mira a sorprendere la intrinseca moralità dell' azione sul fatto, ma in quanto le analogie fondate sulla esperienza ve lo autorizzano, e perchè, maneggiando la imputazione, tutto deve esser valutato da lui come indizio dell' animo dell' imputato. Per lo che non è vero, come la obiezione testè mentovata

suppone, che la giustizia sociale intenda di penetrar negli animi per ravvisarvi la intrinseca moralità d'un atto qual ella per se stessa può essere. I limiti, nei quali è racchiusa la umana mediocrità, la obbligano a trarsi innanzi quasi tra la convinzione, e lo scetticismo, la prima suggeritale dal principio politico, la seconda da quello della critica, della equità, e della naturale giustizia, che confida come sacro inalterabil deposito nelle mani del magistrato.

Sulla esperienza appunto, e su i generali dati, che ella fornisce, ha la sua base la numerosa nomenclatura del dolo, che i pratici hanno introdotta nel foro (1).

Come può appagar per esempio la umana ragione, che il dolo sia nella *cosa* anzichè nell' *animo* dell' agente? Gli uomini sforniti di pratica hanno qualificato come controsenso il *dolo reale* (2), mentre i giureconsulti Romani lo ammessero (3). Un insigne criminalista qualifica come cosa di sua natura turpe, cioè dolosa, il *materiale* dell' omicidio commesso da chi si sia, mentre molte cause legittime di commetterlo pur vi sono (4), la qual cosa ha fatto nascere il *corpo di delitto presuntivo* (5). Come dunque con queste regole pregiudicare l' esame della intrinseca moralità dell' azione? Perchè la esperienza ha mostrato, che certi fatti sogliono per lo più essere da malvagia intenzione prodotti, e che è convenuto dare ad essi la forza critica, che la opinione della maggior parte ha loro pur dato, quella cioè non di provare il delitto, ma di rifondere in quelli, contro cui stava, il peso di escluderlo (6).

Ma quando pure la umana giustizia, incaricata dell' applicazione della legge protettrice della sicurezza sociale, dovesse valutare la moralità dell' azione per quel che ella intrinseca-

---

(1) Ne detti un novero nella mia opera *Juris crimin. elem. vol. 1. pag.* 56. *Romae* 1829. *edit. 4.* non è questo novero da confondersi col rigettato da me altrove.

(2) Lampredi *Jur. pub. univ. theor. part. 1. cap. 4. §. 8.* L' ingegnoso Thomasio *Diss. de oequitate cerebrina §. 4. not. 9.* censurando la spiegazione generalmente data alla *L. 36. Dig. de verb. obligat.* ove il GC. Ulpiano si esprime *Sed ipsa res dolum demonstrat* schiva, ma non toglie la difficoltà. Sensatamente il Bargaglio *De dolo lib. 2. pag.* 152. osservò, che la nozione critica del dolo *reale* varia secondo i diversi oggetti del dritto, dei quali convien giudicare.

(3). Dig. *Lib. 45. tit. 1. l. 36.* testè citata: il Nani in una lunga nota tratta questa materia illustrando gli *art. 145. 146.* del codice penale francese, ma procede con una manifesta petizione di principio, supponendo poter esservi atti, i quali senz' altro esame per la loro solo materialità costituiscono delitto. *Principj di giurisprudenza penale pag.* 101. *not. 1.*

(4) Ant. Math. *De criminib. ad lib. 48. dig. tit. 16. cap. 1. n. 20.*

(5) Cremani *De jur. crim. lib. 1. part. 1. c. 2. §. 33., et lib. 3. c. 11. §, 5.*

(6) Spetta questa materia al metodo giudiciario, e alla teoria delle prove, ed a quel luogo sarà diffusamente discussa.

mente è, ella ciò farebbe non per una missione, che ad essa fosse stata da quella legge affidata, ma lo farebbe per una missione diversa, che ad essa affidata avrebbero le leggi protettrici dell'ordine religioso, e morale, e il voto del gius di natura onde in niun caso il rigore del politico colpisca l'uomo ove manchi il presupposto della intrinseca moralità dell'azione, che a lui è con titolo dell'offesa imputata.

Stringendo in più breve compendio le cose discorse fin qui giova osservare.

I. Che le azioni umane, sottomesse all'impero della legge della sicurezza sociale, acquistano un valore, che il solo scopo della *sicurezza* può in esse imprimere: in quantochè considerando il danno, che la offesa inferisce o nei suoi materiali attributi, o nei politici consistenti nella scossa degli animi, e nel pravo esempio, esso si risolve sempre in una sovversione della sicurezza.

II. Che questo valore politico della offesa costituisce solo, il carattere di *estrinseca* moralità dell'azione dell'uomo per la legge della città.

III. Che un'azione umana, per quanto moralmente turpe, è dalla legge della città considerata, all'effetto della sua politica ed estrinseca imputabilità, non per la sua moral turpitudine ma per il grado d'influenza, che ella può avere sulla privata, e pubblica sicurezza (1).

IV. Che le stesse offese di Dio, sebbene in se medesime detestabili, non acquistano per opera della legge della città imputabilità politica se non in quanto hanno eccitata la commozione degli animi, e così violata la pubblica sicurezza (2).

V. Che le azioni umane contrarie all'ordine morale, o alla pubblica prosperità soggiacciono ad altri principj per il loro rimprovero: regole e principi spesso erroneamente confusi con quelli della sicurezza pubblica.

VI. Che avendo la legge fissato il carattere *estrinseco* della offesa, il Magistrato considera il suo carattere *intrinseco* unicamente come *mezzo* della sua applicazione.

---

(1) Un moderno Autore J. Disney Esq. *Outlines of a penal code etc. London* 1806. *cap.* 29. *art.* 1. non dubita di stabilire « *If any person or persons shall commit the abominable, and detestable vice of buggery vvith mankind, or beast,* HE, SHE, OR THEY SHALL SUFGER DEATH ». Diversamente pensò il Toscano legislatore *L.* 30. *Ag.* 1795 *art.* 21.

(2) Pocletti *Inst. crim. theoric. pract. vol.* 1. *pag,* 43 e 52.

CAPITOLO VI.

Della classazione, e della nomenclatura pratica delle offese.

Lo spirito umano può formarsi la idea astratta di un ordine qualunque o divino, o umano, o morale, o politico, e può concepir quella della violazione possibile di quest' ordine: ma se la idea, che ne concepì, è troppo astratta, e generica, e prescinde dalle parti, dall' accordo delle quali l' ordine si compone, quella della sua offesa possibile, come fatto ad esso contrario, sarà indeterminata e soverchiamente arbitraria.

Non vi ha scienza direttiva delle libere azioni dell' uomo, fosse pur la morale teologia, la quale non abbia bisogno per il suo esercizio pratico di distinguere premurosamente un' azione dall' altra, ponderandole tutte e insieme paragonandole per la loro gravità relativa come offesa dell' ordine. Se il principio morale nella sua massima elevatezza determinò gli stoici a paragonare un ladro di cavoli ad un sacrilego, questa stranezza, aggiungendo un fatto di più alla storia degli umani deliri, non ebbe credito che bastassse a farla accogliere come principio in alcuna sensata legislazione (1).

La teologia, e la morale, proponendosi la interna perfezione dell' uomo, hanno due grandi vantaggi nel determinare la relativa gravità delle infrazioni dell' ordine, che si propongono stabilire: consistendo l' uno nel poter ridurre a poche specie quelle infrazioni perchè, quanto un ordine è più sublime e perfetto, tanto è più facile presagire le azioni, che se ne allontanano: consistendo l' altro nella sicurezza, che hanno di ottenere dall' infrattore dell' ordine, il quale apre tutta intera la propria coscienza, la cognizione di tutte le più minute circostanze, entro le quali fu la infrazione commessa.

La legge della città ha una più difficile impresa da assumere allorchè vuole, come la politica, e la giustizia richiede, stabilire la gravità relativa delle infrazioni dell' ordine, su cui riposa, e trovare una nomenclatura che ne sia senza equivoco l' indice. Questa impresa perciò, a cui la morale non può essere di alcun soccorso, è tutta politica; e la relativa gravità delle offese non può non essere proporzionale al relativo valore dei molti, e complicati stabilimenti civili, i quali son destinati a proteggere la *sicurezza*, e la *prosperità* dell' aggregazione sociale, onde l' ordinato concetto loro nella mente legislativa non è sì semplice come essere lo potrebbe la moral perfezione dell' individuo. Altronde, non potendo la legge della

(1) Vedasi quello che quì addietro abbiam detto.

città chieder conto al suddito, ed al cittadino se non delle esterne, e visibili azioni sue, l'estrinseco carattere di queste azioni, come contrarie all'ordine, onde essere con giustizia apprezzato, esige, che i fatti, che lo costituiscono, sieno bene, ed esattamente designati onde il loro rimprovero non lasci aperto l'adito all'arbitrario. Un'esatta definizione giuridica, che la legge avesse data all'offesa sociale, per due ragioni non basterebbe al bisogno della individual sicurezza: primieramente perchè l'applicazione di questa generica definizione ai fatti speciali, valutabili come offese, lascerebbe un arbitrio troppo esteso all'applicator della legge: in secondo luogo perchè la definizione, sebbene designasse come generale carattere della offesa, il danno, che un fatto umano arreca alla società, non stabilirebbe la relativa gravità dei fatti dannosi, e questa laguna porrebbe nelle mani del magistrato, e del giudice il principio politico, che il solo legislatore può maneggiare. Le quali cose, sebbene non abbastanza o avvertite, o valutate fin quì, chiaramente dimostrano, che la *classazione metodica* delle *offese sociali* o *delitti* nelle loro specie distinti, e nella lor collocazione per la respettiva lor gravità non è cosa di mera formolaria nomenclatura, ma è la prima, e più solida base della sicurezza civile: perocchè essa sola indica le condizioni, sotto le quali l'uomo può vivere in società, sebbene ad esprimerle esattamente lo spirito umano, in tanta novità di ricerche, sia spesso obbligato, onde esporre le nuove combinazioni delle sue idee, ad introdurne una nel suo linguaggio (1). Or come i dettami della coscienza potrebbero colle sole lor forze chiarire nel giudicar d'un delitto senza norma d'una classazione dalla legge ben costruita le gravi difficoltà, che per ben costruirla incontra la coscienza (2)?

La scienza della sicurezza sociale dee confessar con dolore, che niuna antica o moderna nazione; niuno antico, o moderno

---

(1) Puffendorf *Le droit de la nature et des gent vol.* 1. *chap.* 1. §. 1. fa la stessa riflessione, e cita Cicer. *De Finib. lib* 1. *c.* 1. e Manilio *Astron. lib.* 3. *v.* 39. che merita d'esser quì riportato per quella classe di dotti, che pretende in tutte le opere una maniera di stile, e di lingua.

« *Et si qua externa referuntur nomina lingua*
« *Hoc operis; non vatis erit: NON OMNIA FLECTI*
« *Possut et propria melius sub voce notantur.*

(2) Il sig. Pastoret *Des loix penales vol.* 1. *pag.* 73. fu il primo a ben conoscere la necessità di una rigorosa classazione de' delitti. Il signor Destriveaux Professore di dritto alla Università di Liegi *Essay sur le code penal, Liege chez Collardin* 1820, ha molte giudiziose riflessioni sulla *classazione*. Recentemente questa classazione è stata considerata niente più che un semplice prontuario, di cui una mente elevata può far di meno.

scrittore ha tentato con successo questa ardua, e difficile impresa.

Le rivoluzioni frequenti, alle quali presso ai Romani andò soggetto il poter giudiciario, e la importanza, che nel di lui esercizio posero i diversi ordini della città, che a vicenda se le contesero (1), non premesse loro di considerare i delitti se non rispetto all'autorità, che doveva conoscerne, e del potere, che il privato, o il cittadino avea dalla legge di farsene accusatore in giudizio. Nell'intervallo di questi due dati del punto di partenza, e del punto di arrivo dell'azione a perseguitare il delitto, valutata come forza rappresentativa dei diritti della città, la considerazione della forza propria all'offesa restava o mal compresa, o negletta. Altronde molti erano i delitti, la punizione dei quali spettava al tribunale domestico, sul quale assiso il padre di famiglia puniva a suo grado i delitti degli schiavi, della moglie, e dei figli (2). Quanto ai delitti dei padri di famiglia è da credere, che il popolo sovrano lungamente esercitasse i penali giudizi come già i Re, e i consoli gli aveano esercitati, vale a dire, senza testo di legge scritta (3). Le questioni perpetue, avendo fatte nascere le *formule*, a norma delle quali i Pretori, che vi presiedevano, doveano decidere dei delitti, dei quali s'intitolavano, potevano nel loro progresso far sentire la necessità d'una classazione. Ma la gelosia del popolo, interessato a sostenere nelle *condizioni straordinarie* il suo poter giudiciario in principio, e l'abuso che gl'Imperatori fecero di poi di questo antico diritto del popolo, rendendo tutti i delitti *straordinarj*, onde completamente cancellar la idea de' giudici popolari (4), non

---

(1) Le rivoluzioni del potere giudiciario a Roma sono esattamente narrate da Midleton *Life of Cicero B. I. A. R.* 683. *cic.* 37. e da Beaufort *La Repub. Romain. vol. 4. pag.* 89 e 111.

(2) Ved. il *vol.* 1.

(3) Ibidem.

(4) L'accortezza degl'imperatori trovò modo di fare sboccare dalle quattro classi delle azioni delittuose, *delitti privati*, *azioni popolari*, *delitti pubblici o legittimi*, *delitti straordinarj* l'arbitrio, che era loro necessario a regnare non colle regole della giustizia ma a loro grado. Dalle *cognizioni straordinarie*, che il popolo erasi riservate, desunsero il primo titolo per giudicare arbitrariamente. Dal principio, che le cognizioni straordinarie erano destinate a supplire il silenzio della legge derivaron la massima, che il Principe per punire non avesse bisogno di testo di legge. Ammessero, che i delitti privati potessero essere straordinariamente, cioè arbitrariamente puniti. Ingrandirono la massima del dritto antico, che i delitti legittimi potessero essere arbitrariamente puniti quando fosse in essi concorsa una circostanza aggravante non preveduta dalla legge, di cui la questione perpetua intitolavasi. Le azioni popolari col decadere dell'autorità pretoria nelle materie miste di delitti subirono la sorte medesima, tranne poche eccezioni. Non si sa dunque comprendere come gli eruditi si siano dati la

permessero, che a una classazione si pensasse altrimenti. Ai tempi del giureconsulto Modestino era generalmente sentita la necessità di una classazione almeno per facilitar la norma di giudicare, ma in quel che egli accenna sul modo di classare i delitti o per il titolo, o per le circostanze, che fanno passare il titolo da una classe all' altra, si può arguire, che egli, piuttosto che tentare una teoria, indicasse quel che alla sua età praticavasi (1).

Il disordine crebbe allorchè gl'Imperatori Romani, non contenti di esser cristiani, divenner teologi a mano armata, e confusero nelle loro sanzioni la economia della giustizia divina con quella della umana giustizia. Questo sistema, il quale supplantava fino dalle sue più naturali radici il principio politico della misura del delitto determinata dal danno, che esso arreca alla società, gettava la criminale legislazione in una specie di abisso, per ritrarla dal quale lo spirito umano dovea intraprendere lunghe e penose fatiche (2).

Allato a quest'abusiva giurisprudenza se ne assise nel medio evo un'altra non men sovversiva della buona politica, e della giustizia. La classazione, o a dir meglio la enumerazione dei delitti, considerati per la lor gravità, altro criterio non ebbe se non il bisogno di aumentare i piaceri, e i divertimenti del dominatore politico, e quello d' impinguare il suo erario. La

---

pena di combatter tra loro per tirare una linea di separazione tra i delitti straordinarj, e i privati. Nani *Animadv. ad Math. proleg. cap. 4. n. 4. Principj di giurisprudenza criminale p.* 113. *n.* 1., e come altri si sia accinto, a negare, che tutti i delitti al tempo del giureconsulto Paolo fossero divenuti straordinari bensì, ma quanto al modo di procedere, non quanto alla pena, che rimase sempre a creder loro legittima, Nani *Ad Math. proleg. cap. 4. not.* 10., quando è certo, che questi straordinari delitti furono, per così dire, la voragine, nella quale rimaser sepolte le quistioni perpetue con tutto il loro corteggio di giudice, di prova, e di pena: essendo a quest' oggetto notabile un tratto di Ulpiano *In Collat. leg. mosaic. et Roman. tit.* 1. §. 3., al quale gli eruditi sembrano non aver fatta avvertenza. Ved. il *vol.* 1. Grazie alla nostra Toscana legge del 30 agosto 1795. fino il nome d'arbitrio è ai giudici interdetto; *art.* 28.

(1) Dig. *lib.* 48. *tit.* 19. *l.* 16. §. 8. Questa legge per le difficoltà, che presenta, fu denominata la croce degl' interpetri. Frid. Cropp. *Commentatio de proceptis juris romani circa puniendum conatum delinquendi. Heidelbergae* 1813. *pag.* 52. Le difficoltà però nacquero sulla parola *eventus spectatur ut a* (alcuni come le Pandette Pisane scrivono) *clementissimo* (altri come la Volgata, e l' Haloandro) *dementissimo.* Salmas. *Ad jus. Attic. et Rom.* c. 12. *p.* 343, Reinold. *Varia cap.* 9. *(in opusc. pag.* 93. *et seqq.)* Haas *Coment. ad. l.* 16. §. 8. *dig. de poen. Lipsiae* 1808.

(2) Vedasi Giobbe *History of the decline and fall of the Rom. Emp chap.* 42. Filangieri *Scienza della legislazione lib.* 3. *p.* 2. *cap.* 44. Fu dichiarata omicidio la circoncisione del non ebreo. Ant. Math. *Ad lib.* 48. *dig. tit.* 5. *c.* 5. *n.* 1.

uccisione d'un animale selvatico fu allora capitale delitto non altrimenti espiabile che col sangue, e colla frattura delle ossa del delinquente, e la uccisione d'un uomo una specie di regalia, che autorizzava il poter tutelare dello stato a riconoscere nell' assassino il dritto di trucidare il suo simile nella proporzione del denaro, che poteva sborsare.

Così le leggi, che una forza brutale faceva valere in un tempo d'ignoranza, e di barbarie, alterando tutte le proporzioni, che la sola morale può discernere ne' delitti, pervertendo ogni principio di naturale giustizia, toglievano alla sociale il mezzo di riconoscersi, e di sentire la propria prerogativa.

Dopo il risorgimento delle lettere gli scrittori di naturale diritto sentirono bensì la necessità d'una retta classazione dei delitti, ma, dominati dal principio morale, che era lo scopo principale delle loro ricerche, la costruirono più sulla norma di quel principio, che sù quella d'una valutazione politica degl' interessi sociali, che i delitti sovvertono (1). Il grande, ed originale ingegno del Montesquieu non andò esente da questo difetto (2). Il Beccaria, il quale da alcuni pochi bagliori, che s'incontrano nelle opere del Montesquieu seppe svolgere una gran massa di luce nelle materie de' delitti, e delle pene, fu il primo a gettare le basi di una vera politica classazione dei delitti, dividendoli: 1. in quelli, che sovvertono la sicurezza della società; 2. in quelli che sovvertono la sicurezza privata; 3. in quelli, che si commettono contro le leggi, le quali o comandano, o vietano certe azioni in vista di un maggior bene, che intendono di produrre (3).

Ma il libro del Beccaria, condannato fin dal suo nascere a non essere inteso, fu male interpretrato, e la sua terza classe fu considerata come inutile perchè nelle due precedenti compresa (4): mentre in essa quell' originale, e profondo ingegno avea data la prima definizione del *delitto di polizia*, distinguendolo dai proprj, e veri delitti, collocati da lui nelle altre due classi.

Il giureconsulto Blackstone, sebbene ammiratore del Beccaria, non ne seguì le tracce nella classazione de' delitti. La base fondamentale della sua classazione de' delitti desunta dalla divisione de' delitti in *privati*, ed in *pubblici*, mostra la sua ade-

---

(1) Puffendorf *De jur. nat. et gent. lib.* 8. c. 3. §. 18. Le sue due classi delle offese contro la *divinità*, e contra la *società in generale* giustificano quanto è detto nel testo.

(2) *Esprit. des loix liv.* 12. *chap.* 4. La sua classazione seguita dalla Imp. Caterina. *Instruct. chap.* 7. §. 61. è anco più morale di quella del Puffendorf.

(3) *Delitti e pene* §. 6.

(4) Brissot de Warville *Thèorie des loix crimin. vol.* 1 *p.* 115. Pastoret *Les loix pènal. vol.* 1 *p.* 72.

sione alla pratica forense, per la quale unicamente può una tal distinzione essere utile (1), e la sua classazione de' delitti pubblici è più un repertorio comodo per il forense, onde trovare più facilmente il delitto, che la pratica gli presenta, di quello che una originale, e metodica deduzione onde il posto, nel quale nella classazione il delitto si trova, sia per se solo un sufficiente criterio per giudicare della sua politica indole, e della sua gravità nel suo paragone cogli altri. Una classe di delitti contro l'abitazione degl'individui, come questo scrittore ha immaginato, non può apparir buona che per un pratico repertorio di dritto (2).

Il Cavalier Filangieri, sdegnando d'esser discepolo del Beccaria suo compatriotta, non ebbe difficoltà di divenirlo del Blackstone scrittor forestiero; ma, digiuno di pratica, quanto l'inglese era digiuno di teoria, prese l'una per l'altra, e credè di aver fatta una classazione scientifica seguendo quella della sua guida, ma cadendo in aberrazioni, in teoria ed in pratica imperdonabili fino al segno di collocar l'incendio tra i delitti contro la salute pubblica, e il parricidio tra quelli contro l'ordine delle famiglie (3).

L'originale, ed acuto ingegno del Bentham avrebbe potuto adeguatamente render compiuta l'opera sì bene instaurata dal Marchese di Beccaria, ma questo scrittore, giudice severo benchè giusto del Blackstone, ha comune con lui il difetto della divisione de' delitti in *privati*, *semipubblici*, e *pubblici*, lo che spetta alla competenza de' giudizj, e non alla classazione delle azioni delittuose, e sembra aver considerato questo lavoro in punti di vista, che sebbene veri nel suo sistema, non sono gli apprezzabili in legislazione (4). L'analisi de'*materiali* caratteri degli oggetti, onde stabilire i punti delle loro più discernibili analogie, la quale ottenne felicissimi, ed utili risultati nella classazione delle piante, non può lusingarsi di ottenere altrettanto in quella delle azioni diluttuose. I caratteri sessuali, di colore, e di forma degli oggetti materiali della botanica sono i dati infallibili delle loro analogie, ma i caratteri de'*materiali* effetti delle azioni delittuose non sono i dati delle loro analogie politiche, le quali non possono desumersi se non dall'indole degli stabilimenti sociali, che esse sovvertono: sicchè invece di esaminarli, e classarli, per la materialità dei loro effetti in uno, o più individui come il capo della scuola

---

(1) Blackstone *Comment. on the lavvs of England b. 4.*

(2) Blackstone *Comment. etc. b. 4. chapt. 16.*

(3) Filangieri *Scienza della lsgislazione lib. 3. part. 2. c. 47. tit. 3. c. 50. 6. classe.*

(4) Bentham *Traites de legisl. civ. et pen. vol. 2., Princ. du cod. pen. prem. part. chap. 1.*

analitica ha inteso di fare, convien farlo quasi personalizzando la società, e ponderando quali organi interessanti o la *vitalità*, o il *ben essere* di questa nuova legale persona, meritano per la loro relativa importanza d'essere più efficacemente protetti dalla distruttrice azione del delitto (1).

Questa differenza della sicurezza, e della prosperità del corpo politico, e degli organi, che lo compongono, mostra già, che le offese, che gli minacciano, debbon dividersi in due separati *ordini*, i quali non hanno altro tra loro comune carattere, che quello d'essere a chi le commette rimproverate: ma la ragione del rimprovero nè parte dal dato medesimo, nè ha il medesimo oggetto. Questi due ordini comprendono l'uno i *proprj*, e *veri delitti* sovversivi di *sicurezza*, e l'altro i *delitti di polizia* sovversivi di *prosperità*: distinzione conceputa dal Beccaria, e litteralmente osservata dal Toscano legislatore (2).

Lo stabilimento di un *terzo ordine* di delitti di *polizia correzionale* immaginato in Italia assai prima che in Francia (3), non può essere ammesso se si rifletta, che, avuto riguardo al *titolo* del delitto, questo scopo della correzione del delinquente non potrebbe verificarsi se non in poche, ed oscure infrazioni o della religione, o della morale, le quali non meriterebbero di costituire un ordine di delinquenze, e che, avuto riguardo alla degradazione, di cui la imputazione di alcuni titoli di proprj, e veri delitti è suscettibile specialmente nell'omicidio per il possibile decremento del dolo fino all'infimo suo discernibile grado, e dal dolo alla colpa, il *grado*,

---

(1) Idem *loc. cit.* Egli chiama delitto *personale*, o contro sè stesso la propria mutilazione per evitare il servizio nella milizia. Egli discerne il delitto nell'effetto suo materiale, che verificasi sulla persona stessa di chi lo commesse. Il delitto dunque sarebbe o il dolore, o la deturpazione, che ha cagionato e sarebbe delitto d'un pazzo, mentre all'opposto è il danno dello stato reso privo d'un servizio, che il delinquente era obbligato a prestare. Il medesimo scrittore chiama delitto *contro la proprietà semipubblica* quando ne priva più socj, che l'aveano in comune. Questo effetto materiale, a modo d'esempio, nel furto non è valutabile. O il delitto sia commesso a danno d'un proprietario, o di comproprietarj la quantità del tolto, o il modo, con cui vien tolto, è quel che importa apprezzare onde misurar l'interesse, che la opinione della propria sicurezza negli uomini prende, o non prende all'avvenimento. Bentham *Traites de legisl. civ. et pen. vol.* 1. *pag.* 188 *e* 193.

(2) *Cod. Leop. art.* 107. 114.

(3) Il signor Meyer *Esprit, origine et progres des institutions judiciares vol.* 4. *p.* 438. attribuisce a Grozio la prima idea d'una imputazione *correzionale*, alla quale corrisponda una pena del nome medesimo. Questa idea è antica quanto il filosofo Tauro comentator di Platone. La idea di distinguere una giurisdizione *penale* da una *correzionale* fu nella mente del Vico, seguito poi dal Genovesi. Nicolini *Della proced. pen. del Regno delle Due Sicilie vol.* 1. *pag.* 69.

come eccezione del *titolo*, non può essere da esso disgiunto: sia perchè le regole della connessione non lo permettono: sia perchè la imputazione, essendo certo il *titolo*, non può presagire in antecedente se nella innumerabile, e imprevedibile varietà delle circostanze, che il delitto accompagnano sempre, essa stabilirà piuttosto che il grado il *titolo*: sia perchè il *grado*, costituendo un'anomalia, la quale si verifica nella minor parte de' casi, non merita di far nascere un'ordine di delitti a parte, dovendo essi esser valutati per il lor titolo: sia perchè finalmente lo stabilimento di un ordine di delitti di polizia correzionale, desunto dal *grado*, di cui alcuni son suscettibili, produce intralcio, contradizioni, e difficoltà nella competenza de' Tribunali mentre intende viemeglio ordinarla, ed ha difetti più vistosi, e più grandi di quel che ne abbia la distinzione de' delitti in privati, ed in pubblici (1).

I delitti contro alla *sicurezza* vogliono esser distinti in due grandi *classi;* in quelli cioè che offendono la *pubblica*, e in quelli che sovvertono la *privata*. L'analogia de' caratteri di queste due classi si desume dal non potersi nè l'una, nè l'altra confondere con l'ordine de' delitti sovversivi di *prosperità*, ed il Beccaria, l'una distinguendo dall'altra, fu guidato da questo criterio.

Quì la scienza, perdendo in quel grande la propria guida, mentre egli, contento di aver gettate le fondamentali basi della classazione, lasciò ad altri il pensiero di svolgere più diffusamente, ed a seconda del pratico bisogno il suo luminoso concetto, è obbligata a determinare le differenze de' caratteri di quelle due classi.

Sebbene tutte le forze, tutti gli ordigni, tutta la economia del corpo politico abbiano un solo, e medesimo scopo nella difesa della vita dell'uomo, della sua libertà, del suo onore, e delle sue proprietà, questo scopo è ottenuto per mezzo di una lunga, e diffusa catena di stabilimenti politici, il di cui più lontano anello sembra a prima vista tanto dal suo primo distacco lontano da far nascere il dubbio se esso sia stato

---

(1) I Romani sembrano aver sentita la necessità di presupporre il delitto ove n'è il *materiale*, onde il materiale deve sempre, e costantemente fornire il titolo alla competenza di giudicarne in tutte le fasi, che relativamente ad esso possa la intenzione subire, Dig. *lib.* 48. *tit.* 19. *l.* 11. §. 2. Cod. *lib.* 2. *tit.* 35. *l.* 1. allegate anco dal Beccaria contro al Fachinei *Risposta ec. acc.* 11. *n.* 1. Quindi nelle controversie insorte sulla spiegazione della *l.* 16. §. 8. *dig. de poen.* io son d'avviso, che si debba leggere *dementissimo*, quasi il giureconsulto Saturnino abbia voluto esprimere che, *l'esito*, o il *fatto materiale* dal delitto prodotto, risveglia la giurisdizione a conoscerne, e giudicarne ancorchè provenisse da un alienato di mente, dovendosi giudicare se l'alienazione sussista, in qual forza, e se il delitto fu in stato di alienazione di mente commesso.

formato anzichè negl' interessi della sicurezza dell' individuo in quella piuttosto di che lo tiene come elemento di forza nelle sue mani. Dalla sicurezza del Principe nella sua Reggia a quella del pastore nella propria capanna avvi un grande intervallo, di cui il solo principio politico rettamente applicato può segnar le distanze, la connessione, ed i gradi.

Personalizzando il corpo politico, e, tenendo conto della fusione, che in esso son costrette a ricevere le unità individuali, il paragone, che gli antichi ne fecero col corpo umano, non è dispregiabile (1). Se non si può giudicar cogli esempj (2), la difficoltà somma di decomporre un oggetto negli elementi, che lo costituiscono, onde ben definirlo, obbliga spesso a farlo per via di esempj come i Romani giureconsulti ebbero costumanza di fare (3).

La gerarchia de' poteri, senza la quale niun corpo politico tal potrebbe essere, è il fonte delle analogie, che lo spirito umano è costretto a scorgere tra esso, e il corpo dell' uomo. Questa gerarchia produce dell' uno ciò che quella delle membra, destinate a esercitare le diverse funzioni vitali, produce dell' altro: sicchè la importanza lor relativa non dipende dal grado di forza fisica e visibile, che ciascun d' essi separatamente dispiega, ma dipende piuttosto dalla maggiore, o minor dipendenza di tutti da una forza fisiologica, ed invisibile, che alcun d' essi esercita sopra tutti. Come un colpo vibrato sul centro delle forze vitali le precide tutte nel corpo umano, così accade lo stesso di un colpo sul sommo apice della gerarchia de' poteri nel corpo politico (4).

È questo un fatto, che lo spirito umano può ben concepire, ma non è in suo potere o di cambiare, o distruggere. Le sue cagioni esistono ne' bisogni della natura umana, e nella indole della politica aggregazione, senza la quale nè civiltà, nè condizione civile esser potrebbe per l' uomo.

Formandosi la idea di un' azione umana, la quale colpisse il sommo apice della gerarchia de' poteri, e lo distruggesse, quest' azione presenterebbe il carattere d' un delitto, il quale, valutato, e denominato pel danno, che arreca alla società, do-

---

(1) Ved. il *vol.* 1.

(2) Cod. *lib.* 7. *tit.* 43. *l.* 13.

(3) Constat. *Var. ambig. lib.* 4. *cap.* I logici usano dire « *nil valet exemplum litem quia lite resolvit* » cioè che asserire un *fatto* non è provare un *principio*. Ma gli antichi filosofi, e i Romani giureconsulti, parlando del *fatto* di un' aggregazione politica, mostrarono come la mente umana ha mezzo di convertirlo in *dritto* senza ricorrere a una chimera di *patto sociale*, che è *puro dritto* non sostenuto da' fatti. Isocr. *Orat. de pace.* Julian. *In Epist. pro Argol.* Arist. *Politic. lib.* 4. 11. Seneca *De clement. lib.* 1. *c.* 4. Paul. *Dig. lib.* 41. *tit.* 3. *l.* 30. Alphen. *Dig. lib.* 3. *tit.* 1. *l.* 76.

(4) Aristotile chiama il governo *l' anima dello stato. Polib. lib.* 4. 11. *pag.* 373.

vrebbe essere considerato come il più grave di ogni altro, dovrebbe denominarsi delitto *politico* non perchè può partire da un' opinione politica, o può essere dalla politica dello stato in un senso a lei favorevole giudicato, ma perchè, avvenendo, toglierebbe all' uomo se non la sua qualità almeno il suo stato attuale di animale politico, e lo priverebbe de' vantaggi, che in questo stato eransi procurati, e che avea il dritto di vedersi conservati, e protetti.

Il delitto politico, a differenza degli altri delitti, i quali presentano un *materiale*, che ogni occhio ancorchè di corta vista può ben discernere, desumendo la sua indole da principj complicati, ed astrusi, è andato soggetto a varj, e tra loro contrarj giudizj, nè vi ha forse oggetto morale più esposto a scetticismo ed a dispute, di questo delitto, sicchè può dirsi di lui quel che i poeti cantarono del collo della colomba, sempre cangiante a seconda della sua diversa collocazione rispetto ai raggi solari (1).

Il delitto politico come oggetto di scienza dee avere una giuridica indole dal più ardito scetticismo non impugnabile: dee avere una definizione, che gli convenga, e de' limiti, che la ragione e la giustizia consentano.

Le cose altrove esposte sul modo, con cui si sviluppa, e vien sodisfatto tra gli uomini l' istinto della sociabilità (2), conducono a ravvisare, che il carattere del delitto politico, comunque altrimenti potesse far pensare il suo titolo, non consiste nel distruggere quell' indestruttibile istinto come non sarebbe possibile distruggerlo negli animali, che ne possiedono un grado, ma consiste piuttosto nel distruggere la parziale combinazione di viver sociale, in cui un numero d' uomini o di famiglie trovasi per la forza del tempo, e delle abitudini pacificamente riunito (3), ponendoli in pericolo o di perdere la propria nazionalità, che è la più sacra, e la più nobile tra le proprietà, o di perdere le guarentìe, che essi di fatto hanno de' lor personali, e de' loro reali diritti sul territorio, che abitano riuniti in nazione. Se una certa, e determinata

---

(1) Descrivono questo fenomeno Lucret. *De Rer. nat. lib.* 2. *v.* 800. e Torquato *Gerus lib. c.* 13. *st.* 5. Seneca lodando il verso del suo scolare

« *Colla Cyrenaicae splendent agitata columbae*

sacrificò all' adulazione la critica, e il gusto.

(2) Ved il *vol.* 1.

(3) Il sig. Lucas *Du système penal etc. chap.* 3. impugnando la entità giuridica del delitto politico col pretendere di aver sorpreso il titolo, che porta, in flagrante errore perchè nell' uomo l' indole di *animale politico* è indestruttibile, confonde la sociabilità, che è nell' uomo più bisogno che facoltà con quel che ella ha prodotto di fatto per sodisfarsi appunto come bisogno in una data società umana. La definizione esattissima che il Cav. Cremani *De jur. crim. lib.* 2. *c.* 3. §. 2. ha data del potere politico, è un eccellente correttivo di quell' errore.

forma di viver sociale, consolidata dal tempo, e dalle abitudini, potesse di un consenso, che gli uomini si son potuti vicendevolmente prestare colla prontezza medesima, con cui lo potesser ritrarre, ed in seguito prestarlo colla stessa prontezza di nuovo, potrebbe credersi, che l'atto ostile contro al supremo poter politico dello stato nella sua forma attuale, animato da intenzione o di distruggerlo completamente, o di variarne la forma, o non è delitto, se non in quanto il dirlo tale è nell'interesse di chi siede sulle sommità sociali, o se pure è delitto esso non è da porsi al confronto di quello, che distrugge la esistenza dell'individuo. Ma se i sociali interessi degli uomini sono di lor natura tali, chi pensa, ed agisce sotto la loro influenza, non può non ravvisare il poter politico, e la forma sua nello stato come l'unica, o più stabile guarentia in quanto, distrutte con esso tutte le condizioni attuali della vita sociale, per farle rivivere, e consolidarle di nuovo tutto potrebbe esser posto in problema sino al dritto di proprietà, l'atto ostile contro lo stabilito governo o con animo di distruggerlo, o con animo di variarne la forma non può non essere ravvisato come atto sovversivo di tutte le civili esistenze in una nazione, senza le quali le materiali cessano d'esser dritti, e divengon fatti precarj come quelle de' bruti animali (1).

In un tempo di fermenti politici non è da meravigliare, che le cause del delitto politico o siano in parte dissimulate, o abbiano apologie, che non meritano questo nome.

Niuno ha fin ora osservato, che le opinioni scientifiche, e le ordinarie umane passioni in questo delitto, lo che in altri non può accadere, si trovano sulla stessa strada, e corrono nella medesima direzione. L'odio, la vendetta, l'ambizione da individuo possono nel loro sfogo agire ostilmente contro lo stabilito governo perchè esso è nelle mani degli uomini, e perchè facilmente si presenta allo spirito come forza utile a chi n'è investito (2), e le politiche teorie, suscitando il politico fanatismo, possono contro lo stabilito governo agire con non

(1) Può questo modo di ragionamento confrontarsi con quello del sig. Lucas *Du système penal, et du systeme repressif etc. chap.* 3., ove questo scrittore impugna allo stabilito governo il potere di conservare la propria esistenza. La forma del governo può essere cosa accidentale quando si tratti di doverne aver uno ove non è, ma è sostanziale all'aggregazione politica quando è costituito di fatto. Aristotele osserva che come cambia l'armonia passando da un'aria *dorica* a una *frigia* così lo stato non è più lo stesso se ne è cambiato il governo. *Pol. lib.* 4. c. 11.

(2) Il Metastasio esprime con colori vivi, e patetici per la bocca d'un Sovrano, che fu l'amor de' suoi sudditi, questo umano delirio, e la cecità, che gli è sempre compagna. *Clem. di Tito atto III. scen. VI.*

meno terribile ostilità (1). Viene ordinariamente dissimulata la prima causa del delitto politico perchè non giustificabile, e si propongono diffuse apologie della seconda, quasi dall' opinione al modo di comportarsi, e dal pensiero all' azione differenza non fosse.

Le teorie scientifiche sulle diverse forme del governo nella città, escludendo il dispotismo, e l' anarchia, non forme di governo ma fatti contrarj alla eterna, ed immutabile legge della giustizia, non dettero fin quì risultati, i quali abbiano il poter di vincere l' umano intelletto al pari delle matematiche verità, e, considerate nella loro attiva influenza sulla condizione degli uomini, non ebbero mai, se si consulti la storia, veruna influenza nel renderla o migliore, o peggiore (2). Le teorie politiche, o le umane opinioni, che se ne ammantano, non hanno dunque nè titolo razionale, nè titolo sperimentale da far valere onde divenir dominatrici del delitto politico, ed impugnarne la legal sussistenza.

Che diverrebbe altronde la sorte degli uomini e della loro civil condizione, se la esistenza dell' autorità tutelare degli uni, e dell' altra potesse esser travolta nel vortice delle dispute umane? La stessa individuale esistenza sarebbe posta in pericolo, potendo un pazzo, e sfrenato scetticismo giungere a sostenere, che non vi ha ragion di pretendere, che la vita dell' uomo non ha d'uopo d' essere rispettata perchè alcuni contemplativi opinarono esser lo stesso il vivere che il morire (3): esser la vera morte dell' uomo l' ingresso dell' anima nel di lui corpo, e più vita che morte il perire dell' animale (4).

---

(1) Quanto ciò sia vero lo dimostra la storia de' *Circoncellioni* di Affrica: Tillemont *Mèmoir. Eccles. vol.* 6. *p.* 147., degli *Anabatisti* di Germania: Robertson' s *History of the reign of Charl V. B.* 4., dei *Livellanti* nel tempo delle guerre civili d' Inchilterra: Libleton' s *History of England vol.* 2., e de' *Fanatici* di Linguadoca: *Histoire des Camisards Villefr.* 1760.

(2) Priestley *Discours sur l' histoire, et la politique*, ed Heeren *sur l' origine, le developpement, et l' influence pratique des thèories politiques etc.*

(3) È questa opinione attribuita a Talete Milesio. Diog. Laert. *lib.* 1. *segm.* 35. *in vita Thalet.*

(4) Fu questa la opinione de' Pitagorici. Macrob. *In somn. Scipion. lib.* 1. *cap.* 2. Come dunque può dirsi, che vi ha *immoralità* assoluta nell' *omicidio*, e non ve ne ha nella *cospirazione*? Lucas *Du système pènal. etc. p.* 36. *not.* 1. Quì il principio morale ricaccia fuori il capo per sconvolgere tutte le idee. La esistenza che nell' individuo ogni mente ravvisa essere *naturale* esistenza, non è meno *naturale* nel corpo politico, e nella sua attuale struttura: perocchè anch' esso è opera delle forze della natura, ed è nella storia naturale dell' uomo un fatto come vi è la esistenza dell' individuo. Se la morale detesta la distruzione di questa esistenza ella non può detestar meno la distruzione di quella finchè essa non apparisca immorale, ed incompatibile colla sicurezza delle private.

Lo stabilito governo è un' *esistenza di fatto*, che come tale ha diritto di spiegare tutte le proprie forze per conservarsi. Come esistenza di *dritto* ella è la formula generale: e la garantia di tutte le altre nella città, e in questo senso ella ha il dovere non che il diritto di provvedere alla propria conservazione, e dichiarar delitto distruttivo di tutte le civili esistenze quello che minaccia la sua. La forma, che il governo assume: il sistema, col quale amministra: stanno alla sua esistenza di fatto, e di dritto come le idee di un uomo all' organo destinato in esso in un tempo e a pensare, e a diffondere il principio vitale nelle altre sue membra. Come non sarebbe lecito mozzare il capo ad un uomo perchè pensa diversamente da noi, così non è lecito a qualsivoglia opinione sovvertire un governo, perchè non glie n'è a grado la forma. Non sono i divisamenti politici, ai quali lo spirito umano può abbandonarsi, ma sono piuttosto i bisogni motivi della umanità compendiati tutti in quello della giustizia, che segnano il limite, oltre il quale uno stabilito governo spingendo la forza propria incontrerebbe un abisso, in cui, detestato da Dio, e dagli uomini, potrebbe perdere la propria esistenza (1).

La nozione generica del delitto politico è quella di un atto ostile contro lo stabilito governo. Ma di qual tempra, o forza debb'essere l'atto onde meriti questo nome?

L'atto dee avere il carattere di diretto per la *intenzione* o per la *esecuzione* al suo scopo. Nel primo riguardo non dee cader dubbio, che l'agente ebbe in animo di operare o un sovvertimento, o un cambiamento in quella parte del dritto pubblico della città, che determina il modo, con cui o il potere legislativo, o l'esecutivo propriamente detto o separati tra loro, o in solo individuo riuniti attualmente esercitano le proprie funzioni (2). Nel secondo rirguardo l'atto dee apparir tale, che, ridotto alla sua materialità completa, avrebbe prodotto l'effetto, al quale era stato rivolto.

Il delitto politico ha questo di particolare, che se la legge aspettasse la consumazione onde il danno da lui prodotto divenisse il titolo legittimo ad imputarlo, esso non avrebbe più carattere di delitto, e assumerebbe quello d'una forza coronata dalla vittoria: per lo che questo delitto rigetta ogni concet-

---

(1) Ved il *vol.* 1.

(2) Henrion de Pansey *Du pouvoir judiciaire dans les gouvernements monarchiques chap.* 1. Non si sa comprendere come il Cavalier Filangieri, dopo aver fatto pompa di erudizione di facile scavo su ciò, che le leggi antiche, e moderne stabilirono sul delitto politico, ne riconosca il carattere unicamente nell'atto ostile contro il legislativo potere. *Scienza della legislazione lib.* 3. *part.* 2. *cap.* 46. Lasciando dunque a un uomo la facoltà di pensare, e parlare, il tagliargli le mani, e le gambe, o sopprimere in esso la circolazione del sangue non sarebbe delitto.

to d'attentato, e la legge è costretta a fermarlo per via onde non giunga alla meta (1). Questo particolar carattere del delitto politico risveglia intorno ad esso nuove difficoltà: o sia perchè il suo ingresso nella strada, per la qual s'incammina, può essere facilmente antiveduto dall'occhio vigile del Governo onde sembri, che esso, non distornandone il primo progetto, lo abbia, per così dire, voluto a niun altro oggetto che quello di sfogare contro aborrita persona il proprio livore (2), o sia perchè, incontrandosi nella storia esempj di moti ostili contro lo stabilito Governo, i quali riusciti, sono stati giudicati poi come risultati di un'opinione pubblica o disprezzata mentre non dovea esserlo, o non intesa quando essere lo poteva, questi esempj provino, che il delitto politico non ha altra indole se non quella, che gli dà il personale interesse di chi comanda (3).

Sebbene tra tutti i delitti, che la umana perversità, e l'umano delirio può concepire, il politico sia il solo, al quale possano le due riflessioni applicarsi, esse non vagliono però nè a distruggerne nè indebolirne il legale carattere.

Se la forza delle umane passioni dee calcolarsi dalla grandezza dell'oggetto che le risveglia, niuno potrà negare, non potersene immaginare alcuna di più energico, e risoluto carattere di quella, che si rivolge a sovvertire lo stabilito governo. Il delitto politico, a differenza de' delitti nell'ordine civile, non può avere un progetto fortuito, o suggerito da circostanze, non esistendo le quali, il progetto non avrebbe esistito; nè può esser macchinato da un solo, tranne il caso di religioso, o politico fanatismo, che armi la mano d'un forsennato contro il supremo capo della nazione, nel qual caso ha più carattere di parricidio, che di delitto politico (4). Il progetto di questo delitto è già il delitto in persona quando è concertato tra più, perchè il solo concerto mostra la riunione di più volontà, le quali, ostilmente sottrattesi ad ogni politica subjezione, hanno con questo solo atto mostrato es-

---

(1) Non seppe persuadersi della verità di questo principio professato già da Catone allorchè aringò in Senato contro i compagni di Catilina: Sallust. *De bell. Catil. cap.* 23. Il sig. Destriveaux comentando gli art. 88. 89. 90. del codice penale francese *Essay sur le code pènal etc.* Ma sarà questo principio viemeglio illustrato quando prenderemo in esame l'attentato delittuoso.

(2) Guizot *De la peine de mort en matière politique chap.* 8.

(3) Lucas *Du système pènal etc. chap.* 8. specialmente a *pag.* 93.

(4) Quando i sentimenti di patria sono fortemente scolpiti nel cuor dell'uomo, e lo sono nelle nazioni nascenti, nelle quali il senso della *individualità* relativamente agli altri popoli è quasi un istinto, la uccisione del supremo capo della nazione è appresa come *parricidio*. Così avvenne presso ai Romani nella più remota epoca della loro storia. Cicer *Philipp.* 2.

sere in loro potere la certa esecuzione del loro ostile progetto, onde se il governo, conosciuto l'avvenuto concerto, non vi si oppone, o adopra mezzi simulati perchè esso faccia un passo di più quando è già tra i suoi lacci, ciò dee attribuirsi alla necessità di averne una prova migliore, onde dare un più legittimo, e più visibile titolo alla sua punizione, nel che tutti i dati sono anzichè al governo al reo favorevoli: mentre per il primo il delitto ha già la sua giuridica consistenza, e pe' secondi un salutar pentimento può forse se non espiare in tutto, diminuire in parte almeno la punizione.

Gli esempj storici di moti ostili contro lo stabilito governo, protetti dalla opinione pubblica, e perciò riusciti, non spettano alla teoria della sicurezza sociale, ma alla storia, depositaria delle vicende degli uomini per lunga serie di secoli. La lor rarità non permette di trarli dai casi, ai quali appartengono, a casi, che non ne hanno il carattere, e formarne per tal modo un generale sintema della vita sociale de' popoli; e sarebbe pazzo non che assurdo il pretendere, che pochi cospiratori abbiano il dritto di farsi interpetri d'una opinione pubblica, la quale, se esistesse, non avrebbe bisogno che essi se ne costituissero i missionarj, e di pretendere che non dovrebbero esser trattati da cospiratori in un tempo, perchè le cospirazioni hanno avuto esito felice in un altro. Una pretensione simile equivarrebbe a quella di chi, riflettendo incontrarsi nella storia della terra gli esempj di vulcani che ne ingojano, o ne devastano la superficie, sostenesse che è lecito di entrare nel campo altrui e bruciarne i ricolti.

Montesquieu ha detto, non doversi il delitto politico lasciar dalla legge nella incertezza (1), ond' esso non sia un pretesto all'arbitrio in cosa, la quale più che altra può ammettere l'arbitrio. La Toscana legislazione riprovò come dispotico, e abominevole il principio, il quale tassava di delitto politico la irriverenza, che per sè sola può esser l'effetto della leggerezza, e della fatuità (2). L'atto ostile o concertato tra più, o manifestato da un solo con atti idonei allo scopo, qualunque sia la sua direzione, o nell'interno ordine della città, lo che dipende dalla forma che il governo vi ha presa, o all'esterno,

---

(1) *Esprit des loix liv.* 12. *chap.* 7. Nella causa di Norbano Cicerone, avendo contradittore Sulpicio, e pretendendo questi sebbene il giureconsulto non fosse che si stabilisse a dovere il proprio e vero significato della parola *maestà* del popolo onde non nascesse dubbio sull'azione, che n'era un' offesa, ricusò questo rigore logico, e da valente oratore non volle ristretto il suo campo retorico. Gloriandosene poi *De Orat. lib.* 2. *cap.* 25. diceva che i *dotti* hanno bisogno di definire, ma che quanto agli oratori *id mihi per quam puerile videri solet.*

(2) *L.* 30. *Novembre* 1786. *art.* 62.

onde associare altri all' ostile progetto, sono i fatti materiali, che il delitto politico dee presentare perchè si possano dire verificati i caratteri della sua nozione giuridica.

Stabilito il carattere giuridico del delitto direttamente politico, e la sua vera sede nella classazione delle azioni delittuose nel più alto grado di tutte, la sua retta nomenclatura non è oggetto dispregiabile dalla scienza.

Le parole non per una loro originaria virtù, ma per l'effetto di certe abitudini esercitano una poderosa influenza sulle simpatie umane (1). Deesi attribuire a questo principio il titolo di *maestà*, del quale il delitto direttamente politico è da antichissimo tempo in possesso. Se Silla ne fu il primo inventore (2), convien dire, che egli conoscesse il bisogno, che ogni potere supremo ha, per ben radicarsi, tanto di forza morale quanto di forza reale. La parola *maestà* indicando una elevatezza, a cui, per così dire, non può l' occhio umano arrivare (3), assuma una forza simpatica sopra le masse, le quali furon sempre guidate dalla opinione e dalle abitudini più che dal raziocinio, da far loro considerare il sommo apice della gerarchia de' poteri sociali come fuor della portata dell' occhio volgare, lo che è un poderoso mezzo onde tenere le forze private nello stato di dipendenza, in cui per la sicurezza di tutti esser debbono relativamente alla forza pubblica dello stato.

---

(1) Burcke *Essay on the sublimity chapt.* 5.

(2) Niuna legge avanti la Cornelia di Silla ebbe il titolo di maestà. Sebbene si conoscesse la *maestà* del popolo, e la legge Apuleja prevedesse gli atti, che la violavano, non sembra che quella legge s' intitolasse di *maestà*, nè i luoghi di Cicerone *De Orat. lib.* 2. c. 25 49., che la rammentano, sembrano stabilirlo, benchè altrimenti pensi Frid. Cropp. *Diss. commentatio de praeceptis juris Rom. circa pun. conat. delinq. Heidelbergae* 1813. *sect.* 2. *p.* 6. *not.* 6. Le formule forensi *Majestatis judicium*, *accusatio laesae majestatis*, *laesae majestatis actio* non paiono essere più antiche di Seneca il retore, e non s' incontrano se non ne' frammenti de' giureconsulti conservatici da Triboniano. Il Cavalier Filangieri, notando l' aumento di specie comprese dal Dittatore nella sua legge, dopo quella delle XII tavole l' Apuleja, la Gabinia, e la Varia, oltre ad alterare la vera indole di alcune non nota come per la legge Cornelia la legislazione prese il pendio a comprendere nel titolo di maestà gli atti di mera irriverenza. *Scienza della legislazione lib.* 3. *part.* 2. *cap.* La novità del titolo, e la nuova tendenza della legislazione non sono notate neppure dai più detti illustratori della legge Cornelia di maestà. Gundling. *Lib. sing. ad leg. majest.* Van-Beuker *Dissert. inauguralis de crimine majestatis Francquerae* 1729. presso Oelrichs *Thes. Dissert. jurid. vol.* 2. *p.* 1.

(3) Ne fecero i poeti una Dea nata dal matrimonio dell' *onore*, e della *reverenza*, e grande di statura appena venuta alla luce

« *Hinc sata* MAJESTAS: *quae mundum temperat omnem*
« *Quaque die partu est edita*, MAGNA *fuit.*

Ovid. *Fast. lib.* 5. *v.* 25.

La denominazione di *violenze pubbliche*, che la riforma Leopoldina del 1786 volle dare al delitto direttamente politico non potea convenirli, e produceva una confusione nella nomenclatura, e nel carattere delle specie delittuose, le quali più propriamente meritavano questo nome: onde la riforma del 1795, ripristinando il titolo di *maestà*, tornò ai veri principj e ristabilì, le prerogative della nomenclatura (1).

Il sentimento di riverenza, che il vocabolo maestà sembra destinato a ispirare, può fare introdurre tra le specie del delitto direttamente politico la semplice irriverenza (2). Ma questo abuso è tosto bandito se la maestà venga concepita come attributo della forza reale, di cui il supremo potere è investito onde il prestigio di quel nome sia bensì una remora maggiore all'atto contro al Sovrano, e non abile a creare un'azione, la quale senza carattere di ostilità non ha che quello del dispregio. In questo senso fu il vocabolo di maestà inteso dai Romani giureconsulti (3), e fu usato dalla Toscana riforma del 1795. Così interpetrato il vocabolo di maestà vien ristretto nei proprj confini, nè può estendersi alle offese dell'aulico, o del magistrato almenochè l'offesa non miri ad abbattere in esso il Sovrano ed il suo potere (4): nuova ragione per rigettare dal

---

(1) *L.* 30 *Agosto* 1795. §. 9. La precedente legge del 1786 erasi tenuta alla nomenclatura delle leggi Apuleja, Gabinia, e Varia, delle quali quì sopra abbiam parlato.

(2) L'incremento infelice e detestabile dell'abusiva giurisprudenza introdottasi a Roma sotto Augusto (altri pretendono sotto Giulio Cesare Ant. August. *De leg. Rom. in Graevii Thesaur. vol.* 2. *pag.* 1222. Cropp. *Cit. comment.* pag. 7 not. 9.), sulle irriverenze intitolabili di maestà fu da me storicamente tracciato nelle note ai *Motivi pronunziati al corpo legislativo dagli Oratori del Governo nel presentare il progetto del Codice dei delitti e delle pene per l'impero Francese ec. Pisa presso Molini*, e *Landi* 1810. *pag.* 53. *not.* 16., nel che mi fu di grande soccorso la opera del Gordon *Thougths upon Tacite*, il quale non ha omessa alcuna delle turpitudini, delle quali erasi imbrattata la legislazione imperiale.

(3) Cicerone *Orat. partit. cap.* 30, dà alla parola *maestà* il significato di *dignità*, lo che sembra ammettere tanto l'atto ostile quanto l'irriverente come ad essa contrario. Ulpiano rammenta la *sicurezza* soltanto Dig. *lib.* 48. *tit.* 4. *l.* 1. §. 1. Nel Brisson *De verb. signif. verb. majestas* può vedersi in quale ampiezza ondeggiò da Silla in poi il significato della parola: onde non sarebbero mancate ad Augusto autorità del tempo della repubblica per giustificare la estensione, che poi gli dette.

(4) La offesa del magistrato nella classazione può venire con più, e diversi titoli o di *maestà*, o di *violenza pubblica*, o di delitto contro *la pubblica giustizia*, o d'*ingiuria*. Seneca *Controv. lib.* 5. *contr.* 34. la colloca nell'alternativa o del *porduellione*, o dell'*omicidio*. Tutte queste difficoltà spettano alla special trattazione delle *offese in particolare*: dal che mi astengo, riportandomi alla mia opera *Jur. Crim. elem. lib.* 3.

delitto direttamente politico la denominazione di violenza pubblica, mentre essa racchiuderebbe insieme due delitti contro al magistrato tra loro essenzialmente diversi, l'atto ostile contro al Sovrano nel magistrato, e la resistenza a lui, e a' suoi ordini nel privato interesse del resistente.

Lo scetticismo, che circonda il delitto politico come *fatto*, divien più ardito, e più poderoso considerandolo come *opinione*, sprezza ogni freno di legge se progredisce più oltre, e lo considera o come pensiero, o come principio scientifico. Alla facilità, con cui queste tra loro diverse cose possono insieme confondersi, devonsi attribuire le lunghe, e focose dispute sul delitto della stampa, e sul modo di giudicarne.

Il governo monarchico senza mistura di forze, che ad altra forma di governo appartengano, non ammettendo discussioni politiche, si trae d'impaccio da molte di quelle dispute, ma non da tutte. Le discussioni giuridiche, che esso ammette pel bisogno di una più retta, e più imparziale ammistrazione della giustizia, inducendolo a concedere tutta la libertà possibile alla difesa, e in questa quella pur della stampa all'avvocatura, può trovarsi nella necessità di sciogliere qualche problema che la stampa fa nascere.

Lo scritto destinato ad essere diffuso, a differenza di quello, il quale quasi specchio dell'animo, che lo dettò, apparisce essere destinato a restar nella solitudine in cui nacque, può divenir delitto o contro lo stabilito governo, o contro i suoi magistrati, o contro la religione, e il costume, o contro l'onore di chicchessia, ed in questo rispetto lo scritto può minacciare la sicurezza pubblica, e la privata: mentre non vi ha esistenza, la quale possa rinunziare all'onore. Ove non è libertà della stampa uno scritto stampato può presentare due separati e distinti delitti: la trasgressione ai regolamenti della censura: il delitto, che nella scrittura consiste; e ov'è la libertà può esistere questo delitto soltanto. Per lo che la grande, e focosa questione sul delitto di stampa ridotta a' suoi veri termini sta tutta nel decidere se i delitti consistenti nella scrittura debbano esser puniti, o non lo debbano essere in grazia d'un privilegio, che ad essi concederebbe il mezzo, col quale il lor materiale è più facilmente diffuso, vale a dire, quello appunto, che loro imprime un maggior carattere di gravità.

La libertà della stampa non può mai estendersi a quella di commetter delitti, e gli scrittori, i quali osservano, non potere una tal libertà degenerare in licenza, ragionano male, e lascian la disputa nella incertezza dalla quale vorrebbero toglierla, in quanto che non sanno poi come provare, che vi ha licenza ove l'autor dello scritto pretenda esservi libertà. Qual più inoppugnabile libertà nell'uomo di quella, che egli ha di muovere in qualunque senso pur voglia il corpo, e le membra che lo compongono? Ma questa libertà dei moti del corpo non comprende quella di muoversi ed agire per uccidere, o per rubare, perchè in questi due casi il moto del corpo è delitto.

Se la stampa venga considerata un mezzo più facile di diffusione dello scritto, e la sua libertà il dritto di valersi di questo più facile mezzo, ogni prestigio viene a cessare, e lo scritto resta quale le regole della sicurezza sociale lo debbon giudicare. Che se dalla libertà di stampare si fa un passo più oltre, e si passa a quella di scrivere, siccome scrivere è agire (1), non si sa scorgere come questa libertà debba estendersi da ogni modo di azione fino a quella, che uccide proditoriamente qualcuno (2).

La necessità di lasciar libero il corso o alle discussioni politiche, o alle giuridiche non altera lo stato degli esposti principi. Niun può negare, esser più facile apprezzare un delitto consistente nella scrittura se esso apparisca in uno scritto, il quale non ha altro oggetto che quel di commetterlo, che doverlo apprezzare in uno scritto, il quale per il suo scopo sembra a tutt'altro, ed a lecito fine diretto; ma in questo secondo caso la difficoltà non consiste nella maggiore, o minor latitudine della libertà della stampa, e consiste piuttosto nel bene, ed esattamente fissar la indole, e i limiti del delitto scritto, lo che è necessario farsi, o vi sia, o non vi sia la libertà della stampa, e nel giudizio attuale se lo scritto con apparenza, e con titolo di scopo non delittuoso contenga realmente il delitto, difficoltà la quale, non avendo che fare colla libertà della stampa, è totalmente e intimamente connessa con quelle, che circondano il metodo giudiciario (3).

Le legislazioni, che come quella delle dodici Tavole (4), di Augusto (5), e d'Inghilterra hanno ravvisato nella scrittura delittuosa il suo più frequente carattere, quello cioè di tendere a denigrare l'onore altrui, senza appartenere per verun modo alla disputa sul delitto di stampa (6), appartengono piuttosto a quelle sul delitto politico in quanto posson condurre a confondere insieme la offesa ostile, e la irriverente contro al Sovrano. Il Toscano legislatore, animato dalla coscienza del bene

---

(1) Blackstone *Comment. on the lavvs of England b. IV. chapt* 6. *p.* 80.

(2) Vedasi la erudita, ed ingegnosa dissertazione del Thomasio, la quale porta il titolo *De homicidio linguae dissert. v.* 11. *p.* 253.

(3) Verrà indicato nel quarto libro come ne' misti governi la regola di connessione esige, che la materia *politica*, sotto qualsisia delittuosa denominazione serva di titolo, e di soggetto all'accusa, abbia un modo di giudizi distinto da quello, che è destinato a conoscere degli *ordinari* delitti.

(4) Gothofred. *in Comment. ad LL. XII. Tabul.*

(5) Tacit. *Annal. lib.* 1. *c.* 72., Ulb. *Dig. lib.* 47. *tit.* 10. *l.* 5. §. 9.

(6) È da vedersi un'eccellente dissertazione del sig. Prof. Birnbaum *Notice sur les dispositions du droit anglais relatives aux delits de la presse. Themis ou bibliotheque du jurisconx. etc. vol.* 9. *liv.* 4. *pag.* 449.

procurato al suo popolo, sentimento generoso dell'uomo da non confondersi colla ragione di stato, e criterio atto a suggerir la grazia, piucchè a guidar la giustizia, non volle punire i libelli scritti contro di lui (1), e questa pressochè incredibile sovrana generosità rifulge tuttora nella criminale legislazione della Toscana per niun'altra ragione per certo, se non perchè il suo popolo non ne ha pure una volta demeritato (2).

Il carattere giuridico del delitto direttamente politico, o di maestà, consiste nella direzione dell'animo, e dei mezzi, che adopra l'agente ad uno scopo ostile contro lo stabilito governo. Ove questa duplice direzione d'animo e di mezzi non concorra, e ciò non pertanto l'atto apparisca porre in pericolo lo stabilito governo, il delitto sarà *politico* bensì ma *indirettamente* tale.

Questo carattere lo presenta l'atto diretto a sovvertire, cambiare la *religione dello stato* là dove ella sia dichiarata dominante, e partecipe dei diritti della civil maestà, lo che Antonio Matheo sostiene essere stato ignoto al dritto romano nei tempi del suo vero splendore (3). Neppur la vera religione può offendersi di questo principio perchè ella non può ammettere, come lo può temere lo stabilito governo, la sua distruzione (4). e una differenza essenziale tra il delitto politico, e il delitto religioso è stata ammessa da non sospetti scrittori (5).

Lo stesso carattere lo presenta il delitto contro al *gius delle genti* quando esso parte da un animo non premeditatamente rivolto a concitare la guerra estera, sicchè questa guerra se nasce apparisca essere un fatto fuori della intenzione dell'agente (6).

---

(1) Cod. Leop. *artic.* 63. Nani *Note ed osservazioni a detto articolo.*

(2) *L.* 39. *Agosto* 1795 *art.* §. 11.

(3) *De criminib. ad lib.* 48. *dig. tit.* 2. *cap.* 1. *n.* 2. ove prova, che la legge Giulia non avea *ne quidem* del titolo della *maestà* divina. Ma la disputa è di parole, avendo già il Filangieri segnalato lo smoderato rigore delle leggi Romane comprese ne' titoli del codice *De summa Trinitate, de Hereticis et Manichaeis etc. Scienza della legislazione lib.* 3. *p.* 2. *cap.* 44. onde sembra, che per un motivo di religione gl' Imperatori cristiani non volessero collocare sotto il titolo d'una legge di Augusto le loro contro al delitto di lesa maestà divina. Questa riflessione è sfuggita all'eruditissimo Cropp *Comment. sup. cit. sect.* 1. *lib.* 2. *tit.* 1 e 8. ove con grande dottrina espone il quadro delle diverse sanzioni di Roma pagana, e di Roma cristana contro ai delitti relativi alla religione dello stato.

(4) Tutto il contrario fu a lei reso certo dalla parola stessa di Dio. *Et portae inferi non praevalebunt adversus eam.* D. Math. *cap.* 16. *v.* 18.

(5) Cremani *De jure crimin. lib.* 2. *cap.* 3. *art.* 1. §. 1.

(6) Blackstone *Comment on the lavvs of England b.* 4. *chapt.* 5. si

Il delitto direttamente politico: quello contro la religion o dello stato: quello contro al gius delle genti producono effetti immediatamente fatali alla sicurezza, e alla stabilità del potere politico considerato come garantia delle civili esistenze dell'aggregazione sociale. Nei due ultimi titoli di delitto il possibile dei risultati del primo è discernibile, e prossimo, ma in altre specie delittuose esso è più difficile a percepirsi, ed assai più remoto.

Le più frequenti cause del delitto direttamente politico annidano in passioni orgogliose, ed impazienti di freno, le quali si giustificano colla opinione del dritto, che si pensa competere all'uomo di far ritorno a un preteso suo originario stato di natural libertà. Le abitudini divengono facilmente il criterio, e il naturale sistema d'idee e di principi della moltitudine onde le istituzioni politiche trovansi nella necessità di dare a tutti gli umani movimenti la tempra, e il carattere della disciplina sociale, sicchè nulla in essi si manifesti di tumultuoso, o di violento ancorchè si trattasse dell'esercizio, e della esecuzione d'un dritto (1). Questa sociale disciplina, a cui le passioni umane col progredire delle civiltà si commettono, assume carattere di stabilimento politico, il mantenimento del quale è dopo il rispetto alla religione dello stato in quanto si connette colla forma del suo governo, e dopo la osservanza del gius delle genti come necessaria alla sicurezza esteriore della città, una nuova, e più larga base della sua interior sicurezza.

Azioni, le quali si dispiegassero con un carattere a questo scopo contrario, sebben non dirette alla sovversione di alcun pubblico stabilimento: sebben da privato oggetto animate: sebbene non volte a turpe, ed ingiusto fine per la sola insubordinata, e violenta maniera, colla quale si manifestano, sovvertirebbero la *quiete pubblica*, e la social disciplina, dimodochè, se represse non fossero, dando la impunità della violenza alle brutali, ed insubordinate passioni dell'uomo una sempre più crescente energia, indebolirebbero il pubblico senno, e finirebbero col sovvertire lo stabilito governo, e le basi, sulle quali entro e fuori dello stato si appoggia.

I Romani appresero la pericolosa indole di queste azioni,

---

contenta di enumerare *tre* specie di queste offese. Il Cavalier Filangieri *Scienza della legislazione lib.* 3. *part.* 2. *cap.* 39. camminando sulle tracce del Blackstone altera la classazione col togliere il delitto contro al gius delle genti dal luogo, che gli conviene, ed aggiunge *due* specie, le quali, senza dare originalità al suo piano, non meritano di essere ammesse.

(1) È nota la solenne formula delle leggi delle dodici Tavole « *vis a populo abesto* ».

e le repressero sotto il generico titolo di *violenze*, ma il loro carattere non facile a bene determinarsi nel fatto: la loro nozione strettamente connessa colle forme del governo: coi progressi della civiltà, e col modo, con cui le leggi, e l'amministrazione pubblica concepiscono, ed esercitano la *polizia* dello stato, lasciò incerti sul rispettivo valore giuridico delle specie di *privata*, o *pubblica* violenza, che le due leggi Giulie, e le molte, che le precederono, eressero in delitti di questo nome (1).

Il generico titolo delle violenze pubbliche in questo punto di vista considerate (mentre ogni delitto, che cagiona la sovversione o totale, o parziale dell'ordine della città, o uno spavento pubblico, è una pubblica violenza) dovrebbe esser di delitti contro la *pubblica tranquillità* (2). La giurisprudenza Inglese gl'intitola delitti contro la *pace pubblica* (3); denominazione, la quale si risente troppo delle sue feudali origini, nè meritano, che vi si noverino la delazione delle armi senza licenza, o il turbato possesso (4).

Se niente in una ben costituita città deesi ottener colla forza (5) l'amministrazione della giustizia, unico modo di render parlante la legge di muta ch'ella è, e farla intervenire a comporre le dispute che gli umani interessi risvegliano, è uno

---

(1) I dissidj del Cujacio, del Duareno, dell'Hotomanno, del Gravina, del Boemero a questo proposito sono indicati dal Cremani *De jure criminis. lib. 2. cap. 4. art. 11. §. 2.* Il sistema di spiegazione adottato dal Renazzi *Elem. jur. crim. lib. 4. part. 3. cap. 4.* non si sostiene. Potrebbe credersi, che una questione di confronto di antica civiltà, e di moderna o non potesse essere ben risoluta, o i pretti giureconsulti non fossero atti a risolverla. È da rammaricare, che il sig. Hugo nella sua moderna *Storia del dritto romano* abbia omesso questo interessante, e difficil soggetto. La stessa omissione s'incontra nel lavoro storico del sig. Holtius *Historiae jur. rom. lineamenta, Leodii* 1830.

(2) Il Cavalier Filangieri dopo avere immaginata una classe di delitti *contro l'ordine pubblico*, tanto per se stessa generica da comprenderli tutti indistintamente, prepone una classe di delitti *contro la tranquillità, e la sicurezza pubblica*, fra i quali colloca le *riunioni segrete*, delitto, che non è certo nell'*atto* sebben possa esserlo nella *potenza* contro la tranquillità pubblica, o contro alla *pubblica sicurezza. Scienza della legislazione lib. 3. part. 2. cap. 47. tit. 2.*

(3) Blackstone *Comment. on the lavvs of England b. 1. chapt. 11.* Il signor Montveran nella sua eccellente opera *De la jurisprudence anglaise sur les crimes politiques vol. 1. pag.* 199. dà carattere di assolutamente *politico* al delitto contro la *pace pubblica*, e le specie che enumera non appartengono a questa categoria. Il De Simoni *Delitti di mero affetto part. 1. cap. 8. §. 6.* in una *classazione*, la quale può dirsi un vaneggiamento, colloca tra i delitti contro la *tranquillità pubblica* la sovversione dello stabilito governo.

(4) Il primo è un delitto di polizia, e il secondo è contro la giustizia pubblica. Blackstone *loc. cit.*

(5) Cicer. *De inventione lib. 2.*

stabilimento necessario alla pubblica quiete, e il solo titolo per dichiarare ogni violenza illegittima, mentre senza questo stabilimento l'uso della forza privata avrebbe a proprio favore il titolo della necessità.

Per rendere viva, e parlante la legge le intellettuali, e morali facoltà dell'uomo son necessarie. Nell'uomo *magistrato* si verifica la legge che parla (1). Ma la necessità di elegere il magistrato nell'uomo espone al pericolo, che la elezione anzichè essere l'effetto di un retto amministrativo pensiero, lo sia d'un sordido, e vergognoso commercio tra l'elettore, e l'eletto. Di qui il più grave delitto contro la giustizia pubblica nell'*ambita* (2). Il magistrato, incorrottamente eletto nell'uomo, può nell'amministrazione della giustizia lasciarsi corrompere o dal fumo della sua carica, o dalle preghiere, o dal favore, o dal prezzo (3), dal che nasce una nuova famiglia di delitti contro la giustizia pubblica, spesso natural conseguenza dei primi (4).

La magistratura, come legge parlante rettamente costituita nel bisogno della pubblica quiete, e della social disciplina, tale non potrebbe essere se ella non avesse potere di chiamare avanti di sè le persone, che hanno interessi colla giustizia: se nell'esercizio delle sue funzioni rispettata non fosse: se alle sue decisioni potessero le volontà private resistere, e se fosse lecito di dissimulare il privativo dritto, che ella ha di render ragione, onde fosse lecito al privato di declinarne, e di proprio arbitrio arrogarsela. Contro le quali prerogative per se stesse necessarie alla magistratura potendo le umane passioni rivol-

---

(1) Cicer. *De legibus lib.* 3.

(2) È cosa da sorprendere, che l'ambito sia delitto impunito in Inghilterra conforme osserva il sig. Meyer *Esprit, origine etc. des instit. judiciair. vol.* 1. *p.* 45. In proposito di questo delitto, che ha fatto nascere gravi questioni tra gl'interpetri del gius romano onde decidere se la legge *Giulia* diretta a punirlo fosse conservata da Giustiniano, e classico il detto dell'Imperatore Severo « *Non patior mercatores potestatum, quos si patiar punire non possum. Erubesco enim punire hominem qui emit et vendit* ».

(3) Questa esatta partizione dei fomiti della prevaricazione del magistrato è in parte accennata da Alex. ab Alex. *Dies geniales cap.* 33. *pag.* 315.

(4) Ho esposto nel mio corso elementare di dritto criminale *lib.* 3. *cap.* 2. *tit.* 4. *art.* 1. 2. 3. la razionale, e politica filiazione delle idee legislative nell'indicare per il lor rispettivo carattere quattro diverse famiglie di offese, che possono turbar l'ordine della città per opera del magistrato secondo i diversi *fini*, pei quali prevarica, e secondo i diversi *mezzi* che usa per prevaricare, riportando a quelle diverse famiglie le varie *specie* delittuose, che senza ordine, e con ambiguo o contraddittorio carattere s'incontrano nella compilazione di Triboniano, e nella legislazione del codice

gersi, nascono altrettante famiglie delittuose alla pubblica giustizia contrarie (2).

Quì finisce il novero dei delitti, i quali, considerati per la loro connessione possibile più, o meno lontana colla stabilità del governo, e quindi colle guarentigie della civil condizione degli uomini, possono ritener sempre il carattere di *politici*, indirettamente tali però.

Le prerogative d'un ordine politico sarebbero vane, ed aeree se il loro scopo non fosse quello di proteggere le prerogative della sua natura. L'uomo ha dalla natura la sua personalità, vale a dire, la sua vita, la sua libertà, la salute, la integrità delle membra, il suo onore, i suoi dritti di famiglia o come marito, o come padre, ed ha del pari dalla natura, checchè in contrario ne abbiano altri pensato, la proprietà delle cose, che colla propria industria acquistò, come mezzi onde provvedere al proprio ben essere (1). Le offese, che l'uomo dalle brutali passioni del proprio simile riceva su questi doni, che a lui compartì la natura, non hanno alcun carattere politico: esse cadono sull'individuo, e non sulla moltitudine se si considerino per il danno *materiale* e *immediato*, che esse producono: per lo che la base di questo danno è essenzialmente *civile*, vale a dire, di un uomo considerato come capace dei dritti, l'acquisto, e l'esercizio dei quali è dalla legge civile

---

(2) Non minor confusione nel dritto romano s'incontra relativamente alle specie di queste nuove famiglie di offese. Apparisce assai chiaro che i giureconsulti e i legislatori non ebbero un piano uniforme, nè uno stesso criterio nel fissare il distintivo carattere della *violenza privata*, della *ragione fattasi di propria autorità*, della *resistenza*, che i Francesi chiamano *ribellione*, dello *scopelismo*, della *concussione impropria* ec. Manca sempre alla scienza un lavoro sul dritto romano il quale chiarisca bene tutti questi oggetti della legge penale. Questo lavoro ordinatamente compito sarebbe un quadro di confronto del merito della civiltà antica, e della moderna. E forse in questo senso diceva il Beccaria « se vi fosse una scala esatta, e universale delle pe» ne, e dei delitti, avremmo una probabile e comune misura... del » fondo di umanità, o di malizia delle nazioni ». *Delitti e pene* §. 24. Detto di grande, ed original pensatore!

(1) Niuno ignora essere antica, ed intricata disputa tra gli scrittori di naturale diritto se il dominio delle cose debba la propria origine o al gius naturale, o al gius politico. Questa disputa è stata con gran corredo di dottrina riproposta modernamente dall'insigne Warnkoenig *Doctrina juris philosophica. Aquisgrani, et Lovanii* 1830. *pag.* 108. *et seg.* La opinione degli antichi, fra i quali Cicerone è allegato in un passo notabile degli offizj *lib.* 1. *c.* 7., e dei Romani giureconsulti, non è valutabile, e perchè idee d'un dritto della ragione non ebbero, e perchè non potevano presagire i pericoli delle opinioni filosofiche, le quali oggi sindacano tutti gli stabilimenti sociali. Cicerone avrebbe gettato alle fiamme il libro di Brissot De Warville *Thèoris des loix crimin. vol.* 1. *pag.* 150. ove dà al povero il dritto di ritorsi il suo dalla tavola imbandita del ricco: idea morale, ma impolitica in grado supremo.

protetto. Esaminando in questo punto di vista l'omicidio, la ferita, il carcere privato, la ingiuria verbale, o scritta, i delitti conturbativi del matrimonio, il furto, ed il falso, tutti questi umani trascorsi non meriterebbero altra emenda, che quella che il dritto privato può stabilire in ogni specie di danno con ingiuria arrecato. Nella infanzia della società questi delitti non sono altrimenti considerati, e il denaro ristabilisce tra l'offensore, e l'offeso la eguaglianza, che l'offesa ha distrutta. A misura che i vingoli della civil società si svolgono e aumentano le umane simpatie, il delitto contra la vita, o l'onore, o la libertà, o la proprietà del privato aumenta di valore, e diviene offesa di tutti per lo spavento che nell'animo di tutti risveglia (1). Questo spavento è un'affezione della moltitudine, un fenomeno essenzialmente politico, ed è perciò che i delitti contro la vita, la libertà, la salute, e la integrità delle membra, l'onore, l'ordine delle famiglie, e la proprietà possono rettamente chiamarsi *politico civili*: con base di danno *sociale* e *privato* nel tempo stesso (2).

Quest'ordine e questa nomenclatura, nella quale le regole della coscienza non entrano affatto, suggeriscono il vero criterio, col quale questi delitti, d'un ordine diverso da quello dei delitti politici o direttamente, o indirettamente tali, debbono essere imputati da una savia, e giusta legislazione. Nelle offese, che gli costituiscono, la legge non può spiegare il proprio rigore o reprimerle se non in quanto le simpatie sociali armerebbero il braccio di tutti a farlo. Ove l'offesa, a modo di esempio, cadesse sul dritto di proprietà, di cui può ognuno disporre, e fosse tale, che un'ordinaria prudenza avesse potuto evitarla, il rigor della legge non potrebbe mischiarsene, perchè niun vorrebbe fare altrettanto. Questa riflessione applicata ad alcune specie di falso, a moltissime di stellionato, all'usura, per non parlar di altri delitti mostrerebbe, che in questi umani trascorsi si giudica più spesso colle regole della morale, che con quelle d'una vera politica necessità. In queste offese medesime o il decremento, di cui è suscettibile la lor forza morale, o la tenuità del danno, in che esse talvolta risolvonsi, diminuendo, o facendo interamente cessare le simpatie sociali, tolgono ogni criminale importanza all'oggetto, e lo abbandonano alla cognizione del privato giudizio (3). Doven-

(1) Questo fenomeno fu diffusamente spiegato nel Capitolo V. di questo libro.

(2) Se si ricongiungano con le cose, che qui si espongono, le già notate nel primo volume sulla indole degli oggetti del dritto criminale, si concorderà facilmente, che il metodo può in questi oggetti giungere a classarli, e denominarli con la esattezza della botonica: esattezza certamente non meno utile alla condizione umana di quella che insegna a salutare con greco nome una pianta.

(3) Vedansi le cose già esposte nel primo volume.

dosi queste offese valutare non per il materiale lor danno, ma per la diversa influenza, che esse esercitano sulle simpatie sociali, e sulla opinione, specie di Proteo difficilissimo ad afferrarsi, spesso accade d'incontrar gravi difficoltà nel decidere quando o concorrendo insieme più specie di queste offese, o innestandosi ad alcuna di esse altra, che abbia l'apparenza di essere assolutamente politica, debbasi o trascurar l'una come assorbita dall'altra, o valutarla come più tristo mezzo, di cui l'altra si è valsa onde questa non cambi specie ma acquisti un più odioso carattere (1). Finalmente il giusto criterio di queste offese può solo decidere la controversia, se ne' criminali giudizj l'accusa privata possa sola comparir talvolta senza la pubblica (2).

Una ignoranza assoluta del pratico valore degli oggetti del criminale diritto può erger la voce, e proclamare come inutile alla civil sicurezza la classazione delle azioni delittuose. Una autorità, qualunque ella siasi, trovando di tutto ragione in sè, può dir lo stesso. Una immaginazione fervida, facile a evaporare in frasi brillanti, ed a trovare tra gli oggetti del criminale diritto analogie, che sorprendono, può fare della classazione dei delitti un interessante romanzo. Il desiderio d'una completa originalità, che negli oggetti del dritto, antichi quanto i civili bisogni degli uomini, non può ottenersi giammai, può lusingarsi di farla valere ne' nomi, e grecizzare il criminale diritto come Linneo con tanto successo grecizzò la botanica (3). Ma l'uomo, il quale, partendo dalla cognizione pratica degli oggetti della sicurezza sociale, ha procurato elevarsi lentamente, e per gradi alle loro origini razionali, scorgendo da un lato il difetto dei pratici, i quali, non ravvisando nei delitti nè specie, nè generi, si trovan costretti ad adottar tante formule d'imputazione quanti son gl'individui, e scorgendo dall'altro i nudi teorici, i quali, generalizzando gli enti di ragione della lor mente, creano classi, che non hanno esistenza giuridica, con dolore considera come le guarentigie, che alla sicurezza individuale può fornire una più retta classazione dei delitti, onde il magistrato nel punirli non divenga in gran parte legislatore, sta tra due estremi, i quali di loro natura non potranno ravvicinarsi giammai.

---

(1) Si riferiscono a questo luogo le sottili, ed intricate questioni 1. su i delitti *concorrenti*, 2.° su i delitti *connessi*, 3.° sul delitto *famulativo*, e sul detto di *per se stante*, 4.° sul delitto, che è *fine*, e sul delitto, che è *mezzo*: quistioni tutte, che la sola retta classazione delle azioni delittuose può partitamente comporre, e chè abbandonate alla privata dottrina del Giudice fanno spesso nascere il « *modo vir modo foemina Scython* ».

(2) Vedansi le cose discorse nel primo volume.

(3) Il sig. Raffaelli, scrittor Napoletano certamente encomiabile, nella sua *Nometesia penale*, *Napoli* 1824, intitola le classi *Parenomia*, *Adisemia*, *Amartemia*, *Apitia*, etc.

CAPITOLO VII.

Dell' offesa considerata ne' gradi delle forze, che la compongono.

La classazione delle offese le atteggia come forze nemiche dell' ordine, ciascuna moralmente, e fisicamente completa, e perfetta nella distinta sua specie. Non vi è forza al mondo però, la quale per l' azione di cause, a cui natura la sottopose, non sia suscettibile di decremento fino al punto di cangiarsi da forza, che ella è, in una debolezza assoluta.

Se ogni offesa sociale, considerata come forza nemica dell'ordine, si compone di due: l' una morale nell'animo, fisica l'altra nel corpo, ambe necessarie a produrre i risultati materiali, nei quali la offesa si dee sempre risolvere, le due forze, che unite compongono quella della offesa sociale, si possono manifestare bensì ma in grado minore di quello, che necessario sarebbe a produrre il danno materiale, e immediato, o il danno d' opinione, e politico, consistente nelle simpatie sociali, che ella risveglia.

Non è inutile l' esaminare come il principio *morale*, e il principio *politico* o con eguale, o con diverso scopo procedono nella determinazione della misura del *grado* della offesa, prodotto da cause, che ne diminuiscono o la forza morale, o la fisica, sia nell' officio della legislazione, sia in quello della giurisprudenza.

Il grado dell' offesa non può nascere nel tempo stesso e dal decremento possibile della sua forza morale presuppone sempre avvenuta completamente la offesa per l' effetto della sua forza fisica: mentre il decremento nella forza fisica presuppone sempre piena, ed intiera la forza morale nell' offensore. Questa verità, che la sola pratica può insegnare, è un fatto non trascurabile, e dalla sua valutazione può aver vita il criterio necessario a congiungere razionalmente, e giuridicamente tra loro le due teorie del grado della forza morale, e del grado della forza fisica del delitto, formandone una sola, e medesima teoria, che il Filangieri o non seppe, o non volle comprendere.

La considerazione del grado del delitto nella sua forza fisica, la quale abbraccia le due importanti teorie dell' *attentato*, e della *semplicità*, è tutta di competenza del principio politico, il quale con fatica, ed a stento è riuscito, se non ovunque, almeno ove i principj della scienza della sicurezza sociale sono stati meglio apprezzati, a moderare il rigore soverchio del principio morale, per cui grado di delitto nella forza fisica non vi è mai stato, e ciò perchè, piena, e completa in questa specie essendo la moral pravità dell' agente, il tenace proposito di quel principio di apprezzare il carattere *intrinseco* anzichè l' *estrinseco* dell' atto diretto ad infranger la legge, e

quello pure di raddrizzar le *azioni* umane, raddrizzandone la *intenzione*, hanno assorbito ogni sua veduta, sicchè nell'intento di viemeglio proteggere la morale ha violate le regole della giustizia.

Queste riflessioni spargono una nuova luce sul modo, col quale il principio politico considera la intrinseca moralità nel delitto, valutandola non come attributo ma come forza, che spiegandosi sovverte la sicurezza: onde, comecchè l'attributo sia in se stesso, e di sua natura invariabile, e la forza variabile sia per i diversi effetti, che ella ha prodotti, esso proporziona le proprie apprensioni al diverso grado di questa forza nella sua inseparabile unione colla fisica, fino al punto o di disprezzare una completa moral pravità nell'azione, che nella sua fisica forza non risveglia timori, o di non valutarla per intero ove la forza fisica, con cui si spiega, non abbia percorsi tutti i grandi, che le erano necessari per distruggere un oggetto di pubblica sicurezza.

Nell'applicazione della legge il principio politico, e il principio morale possiamo esercitare una diversa influenza sull'intelletto del magistrato, e il grado della forza fisica può presentarsi sotto aspetto diverso da quello della forza morale.

Immaginando, che il legislatore o preoccupato dal principio morale o dando alla forza morale della offesa un valore politico oltre quel che si merita, o non avendo portato il pensiero al grado, di cui la forza fisica è suscettibile, non lo abbia nella sua legge indicato, il magistrato nell'applicarla non può supplire questa laguna col dire, che avendo la legge contemplato l'intero concorso degli atti fisici necessari all'offesa ella non ha potuto voler pacificare questo caso a quello, in cui nell'offesa parte di questi atti fisici manca. Siccome il legislatore ha considerata la forza morale per i suoi politici effetti, e siccome nel caso o dell'attentato, o della complicità la forza morale è completa, il magistrato non può intrudursi nell'ufficio politico del legislatore, e proferire una legge in luogo d'una sentenza.

Al contrario se in fatto si verifica il completo concorso dei materiali effetti, che la forza fisica doveva produrre per far nascer la offesa, e risulta altronde una mancanza qualunque di forza morale in produrla, e il legislatore abbia omesso questo caso, nella sua legge in lettera non esprimendolo, il principio morale, il quale, se non può divider l'impero colla politica, lo divide sempre colla giustizia, ha un'incontrastabile competenza a supplire il silenzio della legge, e da applicarla con un grado minor di rigore proporzionato a quello, che si verifica in un decremento di forza morale nel caso. Per contendere al magistrato il dritto di derogare al rigor della legge nel caso di decremento possibile di questa forza, che ella non ha preveduto, non concorrono ragioni eguali a quelle, che militano per il caso del decremento possibile della fisica. La legge dovette, erigendo l'azione in offesa, presupporne la in-

trinseca moralità, condizione del suo passaggio dalle mani della religione, della morale, e del gius di natura in quelle della politica (1), e la moralità intrinseca dell'azione non si verifica. Ella dovette considerare la forza morale pei suoi politici effetti, e questi pur mancano; e se il magistrato non può valutare questo secondo riflesso, la equità naturale, e la naturale giustizia, che il principio politico non può mai conculcare, gl'ingiungono il dovere di apprezzare inflessibile il primo (2).

Queste osservazioni indicano l'ordine, nel quale debbono essere collocati dalla scienza gli oggetti relativamente al grado di decremento possibile delle forze dell'offesa. La prerogativa della giustizia, precedendo in età, ed in dignità quella della politica, esige che il grado venga prima considerato nella forza morale, e quindi nella forza fisica della offesa (3).

CAPITOLO VIII.

Del grado dell'offesa considerata nella sua forma morale.

Finchè il principio morale regolò solo le leggi della sicurezza sociale, le troppo sublimi, ed inflessibili idee dell'ordine, che esso infuse nella mente umana, produsser l'effetto di spingerlo a imputarne la infrazione o nascesse da fisica causa, o derivasse da causa morale, e mischiandosi esso poi col principio teocratico ravvisò nel solo materiale della offesa la violazione del patto, col quale la divinità avea preso a proteggere l'aggregazione politica (4). Noi ridiamo nel secolo decimonono

(1) Vedasi quanto in proposito di questo passaggio dell'azione umana fu detto precedentemente.

(2) Il Bochmero, professando questa opinione, senza però ponderar la contraria nella forza fisica, ricorre alla presunta volontà del legislatore *Elem. jurispr. crim. sect.* 2. *cap.* 1. Confutatore di questa opinione si dichiarò (credo nella sua età giovanile) il più grande criminalista della Germania P. I. A. Feuerbach *Diss. de causis mitigandi ex capite impeditae libertatis*, *Jenae* 1799. presso la Martin *Select. diss., et comm jur. crim. collectio*, *Jenae* 1822. *pag.* 480. V. Jo. Peter Bucher *Diss. de arbitrio judicis non omnimodo arbitrario. Rint.* 1776 Zeiller *Dritto naturale privato* §. 184. *pag.* 219. *not.* 1. si fa seguace del Fuerbach, il quale sembra aver presistito nei suoi principi *Revisione dei principi e delle idee fondamentali del dritto penale positivo* n. 11. *Erfurt.* 1799.

(3) È questa la parte della scienza della sicurezza sociale, in cui siasi fin quì dagli scrittori più violato il metodo e confusa la nomenclatura. Il linguaggio della morale, che l'ha dominata troppo, non conviene sempre alle legislative ricerche. Il Nani *Principi di giurisprudenza criminale* migliorando la nomenclatura quanto al grado della forza morale, l'ha lasciata nella sua imperfezione parlando dell'attentato, e della complicità.

(4) La verità di questa massima è dimostrata nella storia degli Ebrei, de' Greci, e de' Romani dall'eruditissimo Cesare Malanima *Comenta-*

de' processi autorizzati dalla legge di Dracone e di Solone contro i capi d' opera in marmo di Fidia, e di Prassitele, i quali, obbedendo alle leggi di gravità, avessero ucciso, e ferito (1): de' leoni impiccati in Affrica per uomini divorati al tempo di Plinio (2), lo che prova la forza delle citazioni della giustizia a que' tempi: e delle chiamate in giudizio dei bruchi, delle locuste, e de' topi (3). Ma costretti a deplorare la non meno assurda, e più ingiusta giurisprudenza, la quale punì il casuale delitto (4), non pensiamo alla connessione segreta, che vi ha tra quegli usi ridicoli, e certe passioni, che vivon sempre inclinate a ripeterli nel cuor dell' uomo, non ravvisando, che i processi alle cose inanimate, ed ai bruti animali, e il passionato principio, che ci spinge a chiamar responsabili gli oggetti tutti, che son fuori di noi, del dolore che ci cruccia, e di cui o la necessità, o noi stessi siam la cagione, riconoscono la medesima origine (5).

---

rio filologico-critico sopra i delitti, e le pene secondo il gius divino, Livorno 1786. *cap.* 23, 24, 25. Le osservazioni di questo dotto filologo sono preferibili a quelle, che in questa materia propone Antonio Matheo *De criminib. proleg. cap.* 2. *n.* 1.

(1) Meurs. *Thèmis Attica lib.* 1. *cap.* 17., et in Areopag. *Lib. sing. cap.* 11. Il Pritaneo era il tribunale, che avea competenza a giudicar delle offese de' *legni*, de' *sassi*, de' *marmi*, e de' *ferri*, la pena de'quali era l' *esilio*. Petit. *Leg. Attic.* Guil. Fornerii *Select.* 1. 10. *in Thes. Ottou. v.* 2. *p.* 17. Radupli Fornerii *Quotid. VI.* 24. *in Otton. Thesaur. v.* 2. *p.* 305.

(2) Plin. *Histor. lib.* 8. *cap.* 16. citando l' autorità di Polibio « *Tunc leones obsidere Africae urbes, eaque de causa crucifixos vidisse eum Scipione quia caeteri metu poenae similis absterrerentur ab eadem noxia* », Il *Vendidad-Sadè*, o codice di Zoroastro decreta la pena del *Badoverestè* ossia del taglio delle membra al *cane* che morde o l' uomo o l' animale domestico. Questo supplizio si applica per gradi. Per il primo morso si taglia al cane l' orecchio destro: per il secondo il sinistro: per il terzo ed il quarto gli s' incidono le quattro gambe: per il quinto gli si taglia la coda: in seguito si fa in pezzi. Pastoret *Zoroastre, Confucius, et Mahomet considerès comme sectaires, legislateurs, et moralistes etc. pag.* 90.

(3) La squisita erudizione del signor Berriat-Saint-Prix ha provata la storica verità di queste follie giudiciarie fino al secolo decimosettimo. *Thèmis ou bibliothèque du jurisconsulte etc. vol.* 1. *p.* 194.

(4) Omero citato da Cl. Saturnino *Dig. lib.* 48. *tit.* 19 *l.* 16. §. 8. Il giureconsulto non ebbe a mente il più mite rito penale accolto dalle leggi di Numa relativamente al delitto casuale, di cui Cic. *In Top. ad Treb. cap.* 17. illustrato da Noodt *Lib. sing. ad leg. Aquil. cap.* 4. La punizione del delitto casuale è pur rammentata da Quintiliano *Instit. Orat. lib.* 7. *cap.* 4. I moralisti digiuni di filosofia della storia, attribuiscono questa non severità ma insensatezza allo scopo di viemeglio tenere sveglia la umana prudenza. De Simoni *Delitti di mero affetto part.* 1. *cap.* 10. §. 10. La qual cosa dimostra come il principio *morale* è soggetto a trasmutarsi facilmente in erroneo principio *politico*, e a sovvertir la *giustizia*. Pure le riflessioni di alcuni celebri criminalisti coincidono con quelle del De Simoni. Cremani *De jur. crim. lib.* 1. *cap.* 4. §. 14.

(5) Seneca *De ira lib.* 2. *cap.* 26. Montaigne *Essays liv.* 1. *chap.* 4.

Il carattere d'intrinseca moralità, di cui le azioni umane son suscettibili, comecchè effetto di un ufficio segreto che sulla lor direzione esercitano la volontà, l'intendimento, e la libertà, altro non è se non una maniera d'essere di questi tre agenti, nome, che l'intendimento stesso non può sdegnare: onde ciascuno di questi agenti o separatamente, o congiuntamente cogli altri può essere gittato in uno stato o di parziale, o di total debolezza da non potere all'azione prestar l'ufficio, a cui fu destinato.

Il principio morale, leggendo nella coscienza dell'uomo, scorge in un volger d'occhio il vero suo stato, e determina con esattezza la intrinseca moralità di un'azione. Il principio politico, e quello pure, che guida la umana giustizia, dovendo desumere da fatti materiali ed estrinseci, il dato della intrinseca moralità di un'azione, sono obbligati a rintracciare in cause visibili di un effetto costante, e invariabile, perchè ordinato dalla natura, e nella loro influenza possibile sull'individuo, o la mancanza completa, o il grado di decremento delle forze dell'intendimento, della libertà, e della volontà, e quindi quello della forza morale delle sue azioni sovversive dell'ordine.

Queste cause traggono la loro origine o dalle relazioni, che il supremo Autore della natura stabilì tra le facoltà fisiche, e le morali dell'uomo, le quali, avendo sempre una fisica origine, vogliono esser dette *fisiche*, o dalle eventuali relazioni, nelle quali l'agente si trova relativamente all'oggetto, verso del quale agendo si muove, e che perciò vogliono esser denominate *morali*.

In questo piano di ricerche la scienza della sicurezza sociale abbraccia quasi tutto il creato, cercandovi le forze fisiche, le quali congiurano contro l'intendimento dell'uomo o escludendone, o indebolendone la prerogativa, e da questo spettacolo passa a quello non meno istruttivo delle debolezze, che sempre l'intendimento umano accompagnano, anco allorchè esso è scevro da fisici impacci, e, superbo delle sue forze, crede incamminarsi verso la verità.

CAPITOLO IX.

Delle cause fisiche le quali, influendo sull'intendimento, o escludono la offesa, o ne formano un grado.

Queste cause, inerenti tutte alla organica struttura dell'uomo in quella parte, in cui è ad essa incatenato lo spirito, lo in-

ove narra, che un gentiluomo in mezzo agli spasimi della gotta sentivasi sollevato prendendosela contro al cervellato, la lingua di manzo, e il presciutto. Il Cavalier Filangieri nel secolo decimottavo ha creduto

vestono nel nascere, e lo accompagnano nel morire, o si presentano talvolta sotto l'aspetto di malattie, le quali si propagano dal corpo all'animo di chi vi soggiace.

§. I.

Età.

La intelligenza dell'uomo nè si forma, nè scintilla in esso in un tratto. Ella non è in lui, ancorchè per la sua esteriore conformazione di già discernibile come creatura privilegiata tra gli esseri, che lo cirondano, l'effetto istantaneo della preghiera di Pigmalione, che anima a un tratto, e vivifica la statua di Galatea, o quello del fuoco sacro involato da Prometeo ai raggi solari, il quale infonde colla rapidità, che gli è propria, insieme con la vita tutte intere, e completa le forze morali in una massa informe, ed inerte (1).

La natura nel formare la intelligenza umana non devia dalla gran legge di continuità, che ella osserva nello spiegare le forze di tutte le cose create, niente facendo in un tratto, e per salti. Il primo manifestarsi, e il lento crescere della umana ragione nel salir che fa l'individuo la parabola della vita, e il suo declinar nel discenderla, in unione perfetta colle fisiche forze del corpo, determinarono l'antica medicina, e l'antica morale a dividerne il corso in tanti periodi climaterici di sette in sette anni, dai quali come la prima desumeva i suoi giudizi sullo stato dei principi vitali dell'uomo, così la seconda ne avea desunti i propri sulla moralità delle sue azioni (2).

---

necessario confutare le antiche legislazioni, le quali punivano le azioni nocive delle cose inanimate, e de' bruti animali! *Scienza della legislazione lib.* 3. *p.* 2. *cap.* 46.

(1) L'antica mitologia finse tra Epimeteo, e Prometeo diviso il pensiero di provvedere alle forze respettive degli animali. Avendo operato il primo, ed avendo esauriti tutt'i suoi mezzi quando dagli animali passò all'uomo senza aver forza di corpo da dargli, il secondo pensò di supplire in esso la debolezza del corpo colla forza della ragione, Plat. *In Protagora.*

(2) Gellio *Noct. Act. lib.* 3. *c.* 10. riferisce la sentenza di Marco Varrone sul numero *settennario*, e la sua misteriosa potenza, deducendola dal nascoso ed invisibile effetto delle forze vitali, che la natura concede nell'utero all'umor seminale, e scorgendola nelle costellazioni celesti, nello zodiaco, ne'solstizj, negli equinozj, nel corso lunare, e fin nella storia naturale dell'Alcione. Macrobio perpetuo copiatore di Gellio, *Somn. Scip. lib.* 1. *cap.* 5. 6, conferma le cose medesime. Gellio *Noct. Act. lib.* 15. *c.* 7. considera il periodo settennale non più superstiziosamente ma medicamente, e cita la lettera di Augusto a Caro suo nepote, nella quale crede, che egli abbia festeggiato il suo sessagesimo quarto anno, comecchè egli avesse scampato così il climaterico dei climaterici nel sessagesimo terzo.

La *infanzia*, compresa nel primo di quei periodi (1), fu reputata sempre, ed ovunque una età, nella quale la debolezza degli organi inservienti alla intelligenza: il predominio, che all'istinto animale la natura ha dovuto concedere sull'istinto morale in un tempo, in cui i principî vitali sono circondati da tanti pericoli, e la mancanza d'idee, sul confronto delle quali l'animo possa elevarsi alla cognizione delle relazioni delle cose tra loro, non permettono di concepire moralità nelle azioni comunque nocive dell'individuo che vi è soggetto (2).

La *impubertà*, periodo climaterico, che succede alla infanzia, è quanto alla moralità dell'azione, o alla forza morale del delitto, sorgente di gravi, ed intrigate difficoltà. Qui appunto incomincia a farsi sentire la differenza, che per universale consenso dei popoli esiste tra quei due oggetti del dritto.

La seconda dentizione rese accorti gli antichi, esatti, e scrupolosi osservatori della natura, della grande, ed improvvisa rivoluzione, che essa cagiona nel fisico, e nel morale dell'individuo (3); e non a caso, e senza motivo tutti i popoli inciviliti fissarono a quella epoca l'età prima della ragione (4). Il dritto civile reputa l'impubere capace di consenso, e lo ammette ad assistere ai contratti, che lo interessano (5). La religione lo considera capace d'esser diretto al bene, ed al male, e lo sottopone al rimprovero delle azioni men rette, alle quali abbandonasi (6). La legge criminale sola resta titubante, e perplessa perchè non contenta di un sufficiente grado di cognizione nell'individuo esige nel di lui animo una forza proporzionata alla impresa delittuosa: una energia, la quale per formarsi ha bisogno, che tutte le morali forze dell'uomo acquistano colla età la tempra necessaria a fornirla.

---

(1) Fino ai tempi dell'Imp. Arcadio *Cod. Theod. lib.* 8. *tit.* 18. *l.* 8. fu dai legisti considerata la infanzia non ne' *sette anni* ma nel *fatto* della impotenza a parlare varia secondo i varj temperamenti e le varie condizioni degli uomini, ed è un *emblema* di Triboniano ciò che egli asserì del *settennio* indicato da Ulpiano, e da Modestino. Goth. *Comm. ad Cod. Theod. vol.* 2.

(2) *Dig. lib.* 48. *tit.* 11. *l.* 12. *Clement. unica de hom. vol. et. cas.* onde non è da credere al Farinaccio, il quale sostiene aver il diavolo portato via dalle braccia de' suoi genitori un infante di cinque anni, che erasi fatto abituale bestemmiatore. *In Prax. crimin. part.* 3. *de poen. temp. quaest.* 92. *n.* 48.

(3) Cabanis *Rapports du physique, et du moral de l'homme vol.* 1. *mem.* 4.

(4) «... *cum septimus annus*
« *Transierit puerum, nondum omni dente renato.*
Juven. *Satyr.* 14. *v.* 10.

(5) Dig. *lib.* 29. *tit.* 2. *l.* 9. *lib.* 41. *tit.* 2. *l.* 3.

(6) *Cap.* 12. *de Poenit. et Remiss.*

Il principio della impubertà come ultimo termine della infanzia, ed in quanto quella differisce da questa, può non presentare perplessità, poichè amendue prendono la lor rispettiva denominazione da uno stato del corpo: la infanzia dalla mancanza in esso di loquela (1): la impubertà dalla mancanza in esso d'una lanugine, che in tempo più tardo vi appare (2). Le perplessità incominciano allorchè le circostanze obbligano a deviare dalla considerazione, e dalla nomenclatura dei fenomeni fisiologici, e ad assumer quella dei morali fenomeni. In questo riguardo, presentando lo stato del corpo dell'impubere un aspetto, che può attribuirsi alla influenza, che su di esso esercitano gli organi della generazione, non si sa comprendere se, ed in quali proporzioni la moralità dell'azione debba dirsi subordinata a quegli organi, e al loro maggiore, o minore svilluppamento.

Un'antica, generale, e costante opinione concede a quegli organi una poderosa influenza sulla ragione dell'uomo, al che forse vuol essere attribuito il culto pubblico, che come a divinità alcuni antichi popoli prestaron loro (3). Ma o sia questa opinione la vera, o, essendo essa falsa, si ammetta, che la ragione umana è nella infanzia come il sole sotto dell'orizzonte, e nella impubertà come l'aurora d'un sole, il quale non può se non in una età più tarda giungere al suo pieno meriggio, resterà sempre difficile alla scienza delle leggi della sicurezza sociale, che non può prender norma nè dai giudizi della religione, nè da quelli del dritto civile, il fissare quando nel delitto dell'impubere possa credersi intervenuta la forza morale necessaria a farlo apprendere un male politico anzichè l'effetto della irriflessione, e della imprudenza, non violando coll'umano giudizio, sì spesso soggetto ad errore, quello della natura, che non erra giammai, nella gran legge della continuità.

I declinatori sogliono occupar questo campo, e poichè esso è coperto d'incertezze, e di tenebre non è da meravigliare se ne traggono pretesto per inondarlo dello scetticismo, di cui il mestier loro sempre si alimentò.

Una frase passata con troppa facilità dal foro morale al criminale, proponendo la soluzione del problema se nell'impubere la malizia abbia supplita la età (4), è divenuta un cattivo, e pericoloso criterio in questa delicata materia. Il moralista ottiene dal peccator penitente tutti gli schiarimenti, che son necessari per scendere nel segreto del di lui animo, e conoscerne

(1) Cicer. *De Divinat. lib.* 1. *c.* 53.
(2) Festus *In voce pubes.* Plin. *lib.* 23. *cap.* 7.
(3) Clem. Alexandr. *In stromat.*
(4) Aristot. *Ethic ad Nicomac. lib.* 3. *cap.* 15.

le più minute preordinazioni. Il criminalista deve arguir la malizia dai segni, che ne fornisce la condotta esteriore dell' accusato, e se si riflette, che alcuni tra i bruti animali offrono spesso nel fare ciò che far non dovrebbero le apparenze di una coscienza di male oprare, e di una raffinata malizia per operarlo nascosamente (2), non si sa comprendere come vi siano state leggi, o consuetudini, le quali abbiano abbandonata la sorte dell' impubere, accusato di grave delitto, all' esame di fatto se la malizia abbia supplito la età, il quale non può essere affidato se non al privato, ed illimitato arbitrio dell' uomo.

Si fa rimprovero ai giudici antichi di aver mandato al supplizio un fanciullo accusato di furto sacrilego per aver preferito ai balocchi della sua età la lamina d' oro che egli aveva rubata in un tempio (1), ed ai moderni di aver proferito un giudizio medesimo o perchè il fanciullo preferì una moneta ad un pomo (2), o perchè fu cauto di nascondere il corpo del delitto commesso (3), mentre questo rimprovero doveva farsi al sistema, il quale collocava la vita d' un uomo sulla *coscienza* del proprio simile, mentre doveva essere affidata al più sicuro calcolo della *scienza*, la quale sola può determinarsi sopra ciò

---

(1) Antichi, e quasi incredibili esempj s' incontrano del fino accorgimento, e di un far quasi umano ne' bruti animali: Aelian. *Hist. animal. lib.* 5. *c.* 29., *lib.* 7. *c.* 41., *lib.* 22. *c* 37., Athen. *lib.* 13. *c.* 8., Plut. *De solertia anim. pag.* 967—979., Plin. *Nat*, *Histor. lib.* 10. *cap.* 23., Virg. *Aen. lib.* 12. *v.* 411., Papp. Alexander. *Collect. mathem.* Gell. *Noct. Act. lib.* 5. *cap.* 14., Paul. Manut. *In Adagiis scarabaeus aquilam quaerit.* Nè men soprendenti ne sono gli esempj moderni *Encycloped. meth. Encyclopediana* mot *animaux.* Hume, facendo rivivere la opinione di Anassagora, di cui Plut. *De placit. philosoph. c.* 20., oltre alla quale era andata quella di Cicerone, che diceva, esser gli uomini superiori alle bestie per l' orazione non per la ragione *De orat. lib.* 1., ammesse ne' bruti un pratico raziocinio, *Essays and treatises vol.* 3. *p.* 115., e un più recente scrittore Alibert. *Physiologie des passions vol.* 1. *pag.* 49. cita de' fatti, i quali concluderebbero, che le bestie da soma non sono insensibili non che al timor della pena anco al punto d' onore. Un passero di Canaria fece nel decorso secolo l' ammirazione della Olanda, e della Germania come avrebbe potuto farla un Garrik, o un Talma. Ma Leibnitz *Nova meth. jurispr. part.* 1. §. 6. ripete l' antica osservazione, che ogni tratto di apparente moralità, o d' ingegno negli animali vien dal magistero, che l' uomo su d' essi esercitò colla fame.

« *Quis expedivit psittaco suum . . . .*
» *Cervus quis olim concavum salutare,*
» *Picasque docuit nostra verba proferre ?*
» *Magister artis, ingeniique largitor*
» *Venter.*

(2) Ael. *Variar. hist. lib.* 5. *cap.* 16.
(3) Ant. Math. *De criminib. proleg. cap.* 2. *n.* 2.
(4) Blackstone *Coment. on the lavvs of Engl. b.* 4. *chapt* 2. *p.* 23.

che più comunemente suole accadere, disprezzando le rare anomalie, che in tutti i fenomeni della natura s'incontrano sempre.

I dubbi in questa materia, su i quali insistono i partigiani d'un sistema di giudicare, che può pure aver le sue regole dirette a impedire i facili errori delle più rette coscienze, cessano tutti se la legge criminale modella se stessa su quella della natura; e poichè la legge della natuna opera tutto per gradi, e niente produce in un tratto, savia, giusta, e sensato sarà quella legge criminale, la quale modulerà la imputazione del delitto dell'impubere ai vari gradi, che la sua ragione, e la sua forza morale dee percorrere onde crescere, e perfezionarsi da un'epoca prossima alla infanzia a quella di un'adolescenza completa.

La medica divisione dei periodi climaterici di sette in sette anni per ciascuno può allontanar dalla legge gli eccessi, ma non può guidar la sua pratica applicazione nello spazio intermedio tra il finir d'un periodo, e il cominciare di un altro, onde il calcolo della forza morale dell'animo sia proporzionato a quello della fisica forza del corpo. Il periodo climaterico della infanzia, utile per la medicina, e per la fisiologia, diviene inutile per la legislazione, la quale non trova in esso forze idonee al delitto o voglia considerarsi commesso con violenza, o voglia considerarsi con astuzia commesso (1). Fino le lingue, sebben nate tra l'esperienza, e tra i fatti, sono varie, ed incerte nella indicazione dei periodi della età, considerati per il diverso grado di forza o vitale, o morale dell'uomo, e o moltiplicandoli, o diminuendoli si aumentano le incertezze, le quali partendo dalla infanzia, che è fuor di questione, si prolungano fino alla decrepitezza, di cui è vario e fluttuante il principio (2). Invano la umana ragione, ove le difficoltà son maggiori, si è sforzata di farle cessare sostituendo al calcolo degli oggetti morali il linguaggio delle quantità, e dividendo l'età impubere in due metà, l'una prossima alla infanzia, l'altro prossima all'adolescenza, divisione, la quale, estendendo il favor della infanzia a un più lungo periodo, altro vantaggio

(1) Platone osservò essere i fanciulli animali acerrimi, petulantissimi, insidiosissimi, non tra gli uomini però, ma tra le bestie. Anton. Math. *De criminib. ad lib.* 48. *dig. ttt.* 16. *cap.* 2. *n.* 9. *in fin.*

(2) I Romani ebbero nel loro linguaggio divisa la età ora in *tre*, ora in *quattro*, ora in *sei*, ora in *sette* periodi. I giureconsulti si attennero a' sei periodi indicati da Isidoro *Orig. lib.* 11. *c.* 2., non ai sette indicati da Ippocrate. Censorin. *De die nat. c* 14. Onde non è vero, che il periodo ippocratico fosse in tutta la sua estinsione da'giureconsulti Romani approvato, come osserva Gibbon *History of the Rom. Emp. chap.* 44. *not.* 65.

non ha prodotto che porre in un lume maggiore la insensata ferocia di quelle leggi, le quali mandano al patibolo una creatura umana appena è abile a scolpir la parola, non scorgendo, che in questo sistema converrebbe avere un codice penale anco pei pappagalli (1)

Le legislazioni le più favorevoli all' arbitrio dell' uomo, e all'esame della malizia, divenuta supplemento alla età, hanno riconosciuto il bisogno d' estendere il periodo della infanzia oltre ai suoi fisiologici limiti (2). I pochi, e rari esempi d' intelligenza prematuramente in qualche fanciullo manifestatasi (3), non autorizzano a stabilir su d' essi una regola generale, e costante, e se la esperienza ha mostrato, che questi prematuri sviluppamenti annunziano spesso una malattia organica, la quale poi in senso inverso si è nell' individuo manifestata, sarebbe assurdo il prendere una malattia per un generale carattere della natura (4).

Il più sicuro espediente è quello di ravvisare nella impubertà, o fanciullezza (5), un' età da dirigersi, ma non da punirsi, onde la legge di Sparta (6) è preferibile a quella di Atene (7); e quanto alla imputazione, e alla pena aspettare il periodo il più prossimo all' adoloscenza, e ciò non pertanto procedere con dolcezza piuttosto che con rigore senza dare all' umano arbitrio o il mezzo, o il pretesto di prendere come misura della saviezza la crudeltà, al che fatalmente tutti gli uomini inclinano.

Questo più sensato sistema è adottato in Toscana. Esso fissa nella impubertà un termine, oltre al quale, misurandolo dalla

---

(1) Il Pastoret *Des loix penal vol.* 2. *p.* 147. riprende giustamente a questo proposito la legge inglese mentre il Cavalier Filangieri istoricamente, e senza farci alcuna censura la cita. *Scienza della legislazione lib.* 3. *part.* 2. *cap.* 37. *pag.* 164. *not.* 1. Ma questo scrittore, lasciando ai giudici del fatto il decidere della capacità dell' impubere a delinquere, e soggiungendo poi, che l' *alienazione di mente* è un *fatto*, e che i giudici del fatto la debbon conoscere, mostra d' aver ben poco meditata questa difficile materia. Mischiare l' alienazione di mente colla impubertà, è far man bassa d' ogni scientifica regola di morale, e di fisiologia.

(2) Pastoret. *Les loix penales trois. part. chap.* 7. *art.* 2.

(3) Naudè *Histoire des Enfants celèbres.*

(4) Narrasi di un Ermogene, il quale fanciullo fu decitore ammirabile, ed in età matura divenne infantissimo. Suidas *in V.* Cael. Rhodigin. *lib.* 21. *c.* 6.

(5) Varr. *Ap. Nonium cap.* 2. *n.* 672.

(6) Aristot. *Politic. lib.* 7. *cap.* 1. Xenoph. *De Laced. rep.* Chiunque avea dritto di riprenderli.

(7) È celebre il giudizio dell' Areopago, che condannò a morte un fanciullo per aver ucciso un passero, il quale, fuggendo dallo sparviero, erasi refugiato nel di lui seno. Quintil. *Inst. orat. lib.* 5. *cap.* 9.

infanzia, l'infrattor della legge non può esser tradotto in giustizia, e può solamente rimettersi o alla vigilanza dei genitori, o a quella di un magistrato che ne faccia le veci, e, contando da questo termine verso un'età più matura, gradua la pena ai diversi stadî di questo periodo, che esso prolunga fino a tutta la età minore, stabilita a diciotto anni compiti, ed impedisce, che prima di questa età l'individuo sia colpito dal pieno rigore della pena decretata al delitto, e così pacificato al maggiore, sicchè l'esame se la malizia abbia supplito all'età, può bensì esser giovevole all'accusato ma non gli può esser fatale (1).

Questo sistema ha le sue prime origini nel romano diritto. Le guerre, e i dissidi dei due sistemi, l'uno rivolto a consultare le specialità dell'individuo, l'altro risoluto di appoggiarsi su i dati generici, che la natura non nell'individuo, ma nella specie umana fornisce, convertendoli in tante regole dalla legge adottabili, incominciarono da Atteio Capitone, e da Antistio Labeone, ornamenti della pace del secolo di Augusto, e proseguirono tra i loro discepoli fino all'Imperatore Giustiniano, il quale si decise per questo secondo sistema (2).

I Romani giureconsulti, discordi tra loro sul termine della pubertà, che Giustiniano stabilì nel decimoquarto anno nel maschio, e nel dodicesimo nella femina, sembrano avere concordemente aderito al principio, che questa età non può esser considerata capace di delinquenza (3), e la contraria opinione non ha a proprio favore valutabile appoggio (4); onde la pratica errò seguendola (5), ne espiò abbastanza il suo fallo,

---

(1) Poggi *Elem. jurisprud. crimin. lib.* 1. *cap.* 1. §. 16. Quanto all'esimere dall'accusa l'individuo, il quale non abbia compita la età di anni dodici, Blackstone osserva essere stato questo sistema adottato dall'antica legge Sassone abrogata poi sotto Eduardo III. *Coment. on the lavvs of England b.* 4. *ch.* 2.

(2) Andr. Guil. Cramer. *Dissert. de pubert. termino ex disciplina Romanorum Kil.* 1804. Alcuni pensano, che Giustiniano abbia errato, credendo, che i Cassiani per conoscere della pubertà esaminassero il corpo ove il pudore lo vieta, mentre l'esame loro partivasi dall'esterna, e scoperta parte del corpo. Huber. *P.* 1. *digress.* 1. 3. *cap.* 13. 14.

(3) Lo sostenne il Nani ad Ant. Math. *De criminib. proleg. cap.* 2. *n.* 3. *not.* 1., e *Principj di giurisprud. crim pag.* 119. Ne' delitti, i quali consistono nella unione de' corpi tra i due sessi, il prematuro sviluppamento degli organi della generazione nel maschio, e la pregnanza da lui prodotta nella femina hanno illuso alcuni scrittori portandoli a credere, che la pienezza della forza fisica coartasse il concetto della pienezza della morale, Ant. Math. *De criminib. proleg. cap.* 2. *n.* 4, quasi la umana ragione potesse entrare la dove l'animale, che è meno spirituale d'ogni altro supera gli altri in valore. Il Nani confuta assai bene anco quella sentenza.

(4) Ant. Math. *De criminib. proleg. c.* 2. *n.* 3. Nani *loc. supr. cit.*

(5) Carpzov. *Pract. rer. crim. Sax. quaest.* 145.

esigendo per un sentimento encomiabile di equità, che la età impubere della femina agli effetti criminali fosse messa alla pari con quella del maschio (1).

L'*adoloscenza* o *minore età*, terzo periodo climaterico nella umana vita, non suscitò minori dispute e come periodo, e come indice d'una piena forza morale nel delinquente. Come periodo la età minore fu dai Romani fissata ai venticinque anni non ancora compiti, ed è incerto se opinioni mediche, o riflessioni giuridiche lo consigliassero (2): mentre tra i moderni popoli inciviliti il periodo ondeggiò tra i diciotto anni, e i ventuno. Come indice di una piena, e perfetta moralità dell'azione dell'uomo la minore età presentò una contradizione visibile tra la legge civile, e la legge penale; perciocchè la prima reputò il minore non fornito di sufficiente capacità onde validamente obbligarsi, e la seconda lo considerò come fornito di sufficiente robustezza morale per crederlo inescusabile perturbatore dell'ordine (3). Non è certo però se questa severa sentenza piacesse in tutti i delitti agli antichi (4). Più facili a suscitarsi, e più a calmarsi difficili essendo in una giovine età le passioni, sembra equa, che ne'delitti commessi nel loro calore il minore debba ottenere una scusa se la legge vuol comportarsi con imparzialità tra lui, e l'adulto (5). Le omissioni, le quali tanto da mancanza di attenzione, e di diligenza quanto da volontà determinata a disprezzare la legge, possono avere la loro causa, non vogliono essere con giustizia imputate al minore, il quale quanto a bene esaminare ciò che più al suo interesse convenga è dalla legge reputato meno abile del maggiore (6), e un senso di pietà, facile a risvegliarsi in ogni cuore, che inumano non sia, aborrirà sempre, ove la pena di morte sia in uso, di veder dal carnefice sul patibolo mozzar la testa al minore, che per esperienza della età non ha il dritto di torre a sè stesso una parte del suo patrimonio (7).

---

(1) Ferd. Aug. Hommel. *Diss. de temp. poen. ob imbecill. intellect. Lipsiae* 1735. §. 21.

(2) Jo. Hier. Hertzer. *Dissert. ad legem Laetoriam Lipsiae* 1794. ap. Fellemberg *Jurispr. ant. vol.* 2. *p.* 591—623, Pletoria, e non Letoria deesi chiamar quella legge, dovendosi la correzione alla scoperta della Tavola d'Eracleo. Hugo *Hist. du droit rom. v.* 1. §. 171.

(3) Notò la contradizione il Bexon *Cod. de la surètè pub. et privès in introd. p.* 77., e indusse dozzinali ragioni per conciliarla.

(4) Ant. Math. *De criminib. proleg. c.* 2. *n.* 3.

(5) Nani *Principj di giurispr. crim. pag.* 119., e le leggi da lui citate §. 88. Creman. *De jur. crim. lib.* 1. *p.* 1. *cap.* 2. §. 25. *c.* 26. §. 11.

(6) Art. Math. *De criminib. loc. cit.*

(7) Poggi *Elem. jurispr. crim. lib.* 1. *cap.* 1. §. 16.

La *decrepitezza*, nel discender che l'uomo fa l'arco degli anni (1), riconduce le sue forze morali al punto d'onde nella loro infanzia partirono (2). Quando pur vera fosse la sentenza di coloro, i quali pensarono, non potersi attribuire il delitto dell'uomo decrepito se non a una raffinata, e suprema malizia per la esperienza, che a lui ha dovuto fornire la età trascorsa (3), converrebbe aver sempre ribrezzo di affrettare in lui con pena soverchiamente severa una morte, che la natura nell'ordinario suo corso fa considerare come già imminente sopra il suo capo; e sarebbe da temere, che nella legale uccisione del decrepito la umana giustizia si rendesse ridicola facendo morire chi è per metà di già morto (4).

§. II.

Sesso.

La moderna fisiologia calcola le relative forze della ragione nel maschio, e nella femina su i dati della influenza, che ella

---

(1) « *Già discendendo l'arco de' miei anni.*

Dante *Purgat.* c. 13.

e i citati dal Venturi nella nota a quel verso.

(2) Cabanis *Rapports du physiq. et du moral de l'homme vol.* 1. *pag.* 297. È degno d'esser letto quel ch'egli narra dello stato morale del celebre Duca di Malbourough divenuto decrepito. Lucret. *De Rer. Nat. lib.* 3. Ennio citato da Cic. *De senect.* §. 6.

» *Qua vobis mentes, rectae quae solebant*
» *Antehac, dementes sese flexere via?*

avrebbe risposto Manilio

» *Nascentes morimur, finisque ab origine pendet.*

Astron. lib. 4.

Il fatto può sempre non esser vero. Agesilao, Catone, Isocrate, Sofocle, Pitagora, Democrito, Gorgia Leontino, Teofrasto, e altri uomini celebri furono, benchè ottuaganarj, di grande ingegno e vivace: onde la umana vita fu ben rassomigliata al vino quale migliore allorchè è giovine, quale allorchè, come l'Opimiano de' latini, vecchissimo. Benedicti Averani *Dissert.* 64. *in authol n.* 2. 3.

(3) Sfortias Oddur *De aetat. legal. lib. 1. cap.* 3. *n.* 11.

(4) Ammettono il grado anzichè la pienezza del delitto nel vecchio le leggi romane. *Dig. lib.* 29. *tit.* 5. *l.* 3. §. 7. *lib.* 47, *tit.* 21. *l.* 2. Farinace. *Prax. crimin. quaest.* 92. *n.* 22. facendo incominciar la vecchiaja a cinquanta anni, e facendola terminare a settanta sembra distinguerla dalla decrepitezza, la quale a dir vero può sola meritar qualche scusa. Nel periodo d'Isidoro *l.* 1. *orig. cap.* 2. dai cinquanta ai settanta sta la età *senior*, e dai settanta in poi *senectus*. Nel periodo

concede agli organi della generazione sull'umano intelletto (1). Se questa influenza si ammette, comecchè nella struttura organica della femina la natura abbia manifestato il suo voto di porla nella perpetua dipendenza del maschio, potrebbe credersi, che ella pur gli resti addietro di qualche passo nel conseguimento della piena maturità, a cui le forze morali come le fisiche posson giungere (2). Forse quest'asserzione, di cui il bel sesso può offendersi, ripete la propria origine dai tempi de' nostri più barbari, ne' quali la dipendenza, in cui gli usi sociali tenevano le donne, impediva in esse uno sviluppamento adeguato, e completo della ragione: non vi essendo massima si vera quanto quella, che dice, togliere la natura il senno all'uomo prima di renderlo schiavo (3).

Il giusto grado della moralità della femina al confronto col maschio, e il conto, in cui le scienze che si propongono la direzione delle azioni umane debbon tenere le inclinazioni morali, che proprie fossero più ad un sesso che all'altro, hanno fatto nascere strane, e bizzarre questioni, alle quali hanno preso parte i politici (4), i giureconsulti (5), i moralisti (6),

---

di Varrone *Ap. Cens. de die nat. c.* 14. l'età *senior* è da' quarantacique ai sessanta, e *senectus* da questi al fine della vita. Augusto si tenne al periodo di Varrone, dichiarando i sessagenarj inabili al matrimonio, Ulpian. *Fraugm. tit.* 16, dichiarati già inabili a dar suffragj ne' comizj, e perciò detti *depontani* dai ponti, per i quali si passava per darli. Fest. *In V. depontanus*, Macrob. *Sat. lib.* 1. *c.* 5. I giureconsulti si tennero al periodo d'Isidoro allorchè scusarono i settuagenarj dalla tutela *Inst. lib.* 1. *tit.* 13. §. 13. Linneo sembra avere adottato il periodo Ippocratico, e aver fissato il principio della vecchiaja nell'anno sessagesimoterzo climaterico de' climaterici. *Amoen. acad. vol.* 7. *dissert.* 143. Più recentemente è stato negato, che la vecchia età incominci prima dell'anno settuagesimo. *Bibliotheque britannique, litterat. vol.* 15. *pag.* 133.

(1) Cabanis *Rapports du physique et du moral de l'homme vol.* 1. *mem.* 5., Macrob. *Saturn. lib.* 7. *c.* 10. seriamente e alla sua foggia discute perchè le femine, e gli eunuchi abbiano la voce sottile.

(2) *Non imbecillem tantum sed imparem laboribus sexum.* Tacit. *Annal. lib.* 3.

(3) Homer *Odyss. lib.* 17. *v.* 322 e 323.

(4) Aristot. *Politic. lib.* 5. si fece a sostenere, che la natura non formava delle donne che quando a motivo della imperfezione della materia non poteva giungere al sesso perfetto.

(5) Il Vossio narra, aver sostenuto il Cujacio, le femine non essere uomini *foeminas non esse homines*: supponendo però, che trattasse questo bizzarro argomento per ricrearsi da' suoi più serj lavori. *De origin. Idolatr. lib.* 3. *cap.* 48. *pag.* 984.

(6) Baldassar Castiglione *Il perfetto cortigiano lib.* 3. il quale conchiude così « *la donna si può dire animal prodotto a sorte, e per caso* ».

i novellatori (1), i retori (2), ed i poeti (3). — Questo tema di galanteria, collocato dai criminalisti nel luogo ov' essi parlano d' imbecillità d' intelletto, meriterebbe forse come tema giuridico un luogo diverso, e dovrebbe essere trasportato là

---

(1) Boccaccio *Decam. Giorn.* 2. *nov.* 9. ove discutondo la causa delle donne proferisce contro esse una trista sentenza, ed è notabile quella di Masetto da Lamporecchio *Giorn.* 3. *nov.* 1. Le donne ebbero però un caldo, e zelante panegerista nel Tedesco Enrico Frauwenlob morto a Magonza nel 1317. Il bel sesso mostrò alla sua morte quanto sia grande la sua gratitudine per chi perora la sua causa. Tutte le donne della città accompagnarono il suo cadavere, o versarono tanto vino sul suo sepolcro che ne fu il tempio inondato. Albert. *Argentin. ap. Urstisium scriptores rerum Germanicarum.* Il celebre Cornelio Agrippa, cui costò caro l' avere un can barbone di color nero, che fu creduto essere il diavolo suo compagno, onde come Michele Scoto

« *Delle magiche frode seppe il giuoco*

Dante. *Inf. c.* 20.

scrisse nel 1529 per piacere a Margherita di Austria Governatrice dei Paesi-Bassi il suo trattato *Della eccellenza delle donne*, cui forse alluse l' Ariosto cantando

« *Le donne son venute in eccellenza*
« *Di ciascun' arte ov' hanno posto cura.*

(2) Brantome *Memoires de dam. galant. v. 1. p. 51.*, e Traillemont *Discours des champs Faez etc.* sostennero, non potersi punir le donne de' delitti da esse commessi ma doversene punir gli uomini come quelli, all' ascendente de' quali si debbono attribuire. Questa opinione o galante, o retorica come voglia chiamarsi, fu fatta rivivere, e sostenuta sul serio Da Brissot de Waraille *Theoris des loix crim. vol. 1.*

(3) Le donne possono veramente muover giusto lamento contro al *genus irritabile vatum*, non vi essendo chi peggio de' poeti le tratti. Simonide le dice impasto di bestie diverse. Aelian. *De animal. lib.* 16. *c.* 24., Difilo le chiama ira di Giove Athen. *lib.* 2. *in princ.*, Plauto asserisce, non esservi al mondo alcuna donna buona. Aul. *Act.* 2. *sc.* 1. Queste poetiche autorità però non provano niente contro al bel sesso se riflettasi, che Euripide, il quale tanto le maltrattò nelle sue tragedie, così non fece, dicono Laerzio, e Plutarco, nel letto. Diog. Laert. *In Thalet*, Plutarc. *Tympos. lib.* 3. ed ebbe il poeta di questa sua ipocrisia pena condegna mentre morì come Orfeo dalle donne sbranate: Seid. *In verb. Eurip.* Pensano però i suoi storici, che l' odio verso le donne in lui fosse in parte scusabile, perocchè avendo due mogli le sorprese amendue in flagrante adulterio. Suid. *loc. cit.* Thom Magist. *In vita Euripidis.* Queste invettive degli antichi poeti contro al bel sesso comuni anco ai prosatori Italiani antichi, mostrano l' infelice, e ruvido stato della civiltà dei tempi, nei quali vissero. Metastasio dipingeva più il suo secolo che il suo cuore quando volgendosi alle donne cantava:

» *Del destin non vi lagnate*
» *Se vi rese a noi soggette.*
» *Siete serve, ma regnate*
» *Nella vostra servitù.*

dove la scienza parla dell'*impeto degli affetti*. Forse il bel sesso preferirebbe di veder discusse le scuse de'suoi trascorsi possibili piuttosto al tribunal dell'amore, o a quello dell'imbecillità (1).

La donna negli oggetti del dritto civile è in molti luoghi se non in tutti considerata come in una perpetua minorità. Dall'altro lato le relazioni de' due sessi tra gli uomini, dipingendo il più bello amabile sempre alla fantasia del più forte, formano un pregiudizio favorevole al sesso possessore della beltà, e rendono pressochè inopinabile in cor di donna la odiosa forza, che è necessaria al delitto. Sembra perciò aspra troppo la sentenza di chi nella imputazione de'delitti non ammette distinzione di sesso (2): perocchè converrebbe sempre anco nelle materie penali trattar la donna come è trattato il minore per non porle manifesta contradizione colle civili (3); e sebbene la storia denunzi talvolta la femina come capace di crudeltà maggiore del maschio (4), questi esempj son rari, nè mancò chi sulla lor rarità decise dover sempre la forza usare alla bellezza indulgenza (5).

---

(1) Un poeta elegante, e gentile prescelse il tribunal dell'amore:

» *Al tribunal d'amore un dì n'andai* ec.

Zappi *Rime son.* 18.

E sì ch'ei non avea da lodarsi molto del giudice, come soggiunge nella poesia che s'intitola *Museo d'amore*.

(2) Ferd. Aug. Hommel *Diss. de temp. poen. ob imbecill. intell.* non concede nè scusa di passione, nè scusa d'imbecillità al bel sesso. Matheu et Sanz. *De re crim. controv.* 29. *n.* 70. Le sue ragioni sono che nelle materie penali col nome d'*uomo* la legge comprende tanto il *maschio* quanto la *femina*: che Eva fu per la infrazione della legge divina punita con pena eguale a quella d'Adamo ec. Questo scrittore medesimo assolvendo la donna dal *dolo presunto* ne deduce il carattere dalla mancanza di prova, mentre il dolo presunto secondo la più vera opinione è la *omissione* Bargal. *De dolo lib.* 2. *cap.* 2. *n.* 100 e 101.

(3) La scusa del sesso è ammessa da Ant. Math. *De criminib. lib.* 48. *tit.* 18. *c.* 4. *n.* 21. Paul. Risi *Animadv. ad crim. jurispr. pertin. tit.* 2. *cap.* 20. §. 31. Biondi *Opuscoli part.* 2 Poggi *Elem. jur. crim. lib.* 1. *c.* 1. §. 46. *not.* 47. Nè questa scusa cessa nei casi, nei quali la donna o per la sua condizione o per la sua professione sia dichiarata dalla legge civile non soggetta alla tutela a cui ella sottopone il suo sesso e che vengono indicate da Henr. Zoepfl. *De tutela mulierum germanica, Heidelbergae* 1828. *pag.* 13.

(4) Quintil. *Decl.* 2. Si citano gli esempi di Medea, di Euridice moglie di Aminta re di Macedonia, ma questi esempi altro non provano se non la verità di quell'antico dettato *corruptio optimi pessima*.

(5) Angel *Tit. de malef. verb. et haec traditio n.* 12.

§. III.

Malattie organiche.

Alle malattie organiche, le quali all' uomo adulto permanentemente interdicono l' uso della ragione, o in lui temporariamente lo turbano, vengono dagli scrittori di criminale diritto annoverate la *sordità*, e la *cecità* dalla nascita, *l' alienazione di mente*, e le sue varie specie, e i violenti moti, ai quali l' uomo rimane talvolta esposto nel *sonno*.

L' udito, e la vista, modificazioni del tatto nei bruti animali, si elevano per un certo loro attributo di spiritualità sopra ogni altra maniera di sentire negli uomini: comunicandosi per questi due sensi le più forti simpatie, che insieme gli uniscono. Il sordo-muto può colla vista, e col tatto acquistar forse la idea della propria personalità framezzo agli oggetti che lo circondano, e agiscono sopra di lui, ma è da credere, che per esso non esistano se non oggetti individui, legati unicamente tra loro dalle anologie, che il solo istinto animale gli può far percepire. La classazione di questi oggetti in serie razionali: la cognizione delle relazioni, che esiston tra loro, per la quale soltanto va lo spirito umano a quella dell' ordine o fisico, o morale dell' universo, comecchè ottener non si possa se non fissandone le idee che non hanno nella natura visibile segno di sorta alcuna, nella parola, non possono concepirsi esistere nell' animo del sordo-muto dalla nativtà.

La opinione filosofica, tanto alla umana dignità favorevole, la quale presuppone in un senso morale nell' uomo un innato bisogno in lui dell' ordine, e della giustizia, non può alterar lo stato di queste induzioni: perciocchè la esperienza dimostra come il senso morale, a guisa dell' oro nella miniera, rimane nell' uomo inoperoso, ed ottuso se l' artifizio della parola non lo svolga, e non lo atteggi al nobile ufficio, al quale la natura lo destinò.

La maggiore, o minore accortezza, con cui il sordo-muto dalla natività si è potuto comportare nel commettere un atroce delitto, al quale i sentimenti della natura repugnano, è un fatto indifferente alla moralità della sua azione: perciocchè, conforme è stato osservato quì sopra, non minore sagacità nel commettere, o nel nascondere i loro trascorsi scorgiamo nei bruti animali, ai quali perciò niuno pensò mai dovere attribuire istinto di moralità (1).

---

(1) La storia, che Alberto Jules scrisse delle scimmie dell' isola di Saxembourg, e quella di Heller delle volpi dell' isola di Behring mostrano la destrezza, e l' ardire con cui è commesso il furto da questi animali: *Biblioth. Brit. v. 13. p. 383. et seq.*

Ciò non pertanto si disputava acremente nel secolo passato (1), e si continua pure tutt'oggi a credere da alcuni in medicina legale, che il delitto atroce commesso dal sordo-muto con grado segnalabile di malizia debba essergli esemplarmente imputato.

Se per il dritto romano i sordi-muti dalla nascita potevano manomettere (2), contrarre matrimonio (3), dare in adozione i propri figli ad altrui (4), celebrare tutti i contratti nei quali le parole della lor sostanza non fossero (5), donare (6), testar se soldati (7), costituire procuratori (8), adire eredità (9), tutti questi atti, nei quali un consenso per la parte del sordo-muto può pur concepirsi, non rilevano alla forza necessaria onde esporsi al delitto, e a tutte le sue conseguenze (10). All'effetto di giudicare con equità del delitto del sordo-muto comunque atrocissimo, i principî del dritto della natura, ai quali conviene aver sempre ricorso, onde la legge politica non pecchi d'ingiustizia soverchia, debbono essere consultati. I legami sociali, sebbene sentiti dal sordo-muto per i loro favorevoli effetti, non possono essere conosciuti per le restrizioni, che essi impongono alla natural libertà dell'uomo. Egli è perciò sempre in un ipotetico stato di natura con i suoi simili: nè si può supporre in lui volontaria rinunzia al dritto di non essere

---

(1) Tra Krees, e Leiser per una causa commessa alla decisione dei giureconsulti di Helmstadt. Ferd. Aug. Hommel *Dissert. de temp. poen. ob imbec.* §. 15. Il dubbio muoveva dalla *L.* 10. *cod. qui testamenta fecere possunt*, nella quale l'Imperator Giustiniano sull'autorità di Celso mostra credere, che parlando al sordo-muto sopra il cervelletto intenda tutto. Il Menagio ha collocata questa legge tra le amenità del dritto, *Amoen. jur. cap.* 27, e avrebbe potuto per collocarvi la storia del Monaco, che insegnava a *parlare* ai *muti* riferita sull'autorità del Valla *De sacr. philos.* Da Zacchiae *Quest. medic. legal. lib.* 2. *tit.* 1. *quaest.* 8. *n.* 7. Cesare scrisse nel suo testamento coerede di Augusto Quinto Pedio nepote dell'uomo consolare, e trionfale di questo nome, che era sordo-muto. Messala, e Ottaviano non gli parlarono sul cervello nè lo mandarono a imparare a discorrere, ma lo avviarono secondocchè Plinio racconta ad imparar la pittura. Forse ai tempi di Celso erasi dileguato il pregiudizio antico, che faceva astenere dal nominare come cosa sacra il cervello. Bened. Aver. *Dissert.* 18. *Tucydid. n.* 2.

(2) Dig. *lib.* 40. *tit.* 19. *l.* 1.

(3) Dig. *lib.* 23. *tit.* 3. *l.* 23. *c.* 25. X. *de spons.*

(4) Dig. *lib.* 1. *tit.* 7. *l.* 29.

(5) Dig. *lib.* 44. *tit.* 6. *l.* 48. Bartol. *In l.* 1. *dig. de verb. oblig.*

(6) Dig. *lib.* 39. *tit.* 5. *l.* 33. §. 7.

(7) Cod. *lib.* 6. *tit.* 21. *l.* 4. §. 2.

(8) Dig. *lib.* 3. *til.* 3. *l.* 43.

(9) Dig. *lib.* 29. *tit.* 3. *l.* 5.

(10) È da dubitarsi, che in tutte le indicate specie si trasse di muti non sordi, la possibilità essendo ammessa da Renazzi *Eelem. jur. crim. lib.* 1. *c.* 7. §. *n.* 4.

da chicchessia giudicato: onde il suo delitto, non dando ai suoi simili altra facoltà che quella, che loro il gius di natura concede, potrà bensì autorizzarli a porlo in stato di non prorompere in nuove offese, ma non potrà dar loro la facoltà di giudicare delle sue azioni, e proferirne rimprovero (1).

La grande, e luminosa conquista, che lo spirito umano ha fatta sulla bruta natura, trovando il modo di dare ai sordi-muti la istruzione, a chi non lo è fornisce l'articolata parola (2), non scioglie affatto ogni dubbio. Autori gravissimi, sebbene per un principio, il quale trae la sua origine dall'avere data troppa importanza alla confessione dei rei, dubitarono, che il delitto del sordo-muto istruito possa essergli pienamente imputato (3). La cognizione perfetta, che dei più segreti, e complicati ordigni delle leggi della sicurezza sociale ebbe il Massieu, cui fu dato il nome di *sorprendente* (4), non può esser ragione per giudicar tutti i casi. Se i segni articolari non esercitassero sul cuore dell'uomo un ufficio sentimentale come ne esercitano uno razionale sul di lui intendimento, e che questo doppio ufficio potessero esercitarlo i segni scritti, la parità di ragione tra il sordo-muto istruito, e l'uomo sano sussisterebbe. Ma se è vero, che in aggravio altrui non debbano esser mai precipitati i giudizi, resterà sempre da ponderarsi se le forze morali dell'uomo per il compimento, che esse ricevono dall'ufficio del cuore, cui i soli segni articolati possono agitare, e commuovere eccitandone col suono le simpa-

---

(1) La diligente custodia del sordo-muto reo di atroce omicidio fu particata in due casi, l'uno narrato da Heineccio *De relig. jud. circa reor. confess. exercit.* 18. §. 41. il quale però erra stranamente supponendo la carcere decretata in quel caso come pena atta a far intendere al sordo-muto che non doveva infranger la legge: l'altro dal Poggi *Elem. jurisprud. crimin. lib.* 1. *c.* 1. §. 19. Il Michaloro *Tractat de coeco, surd-muto cap.* 2. *n.* 15. qualifica questi *humanam belluam*: ma non fu nè coerente, nè costante la opinione de' giuristi nel giudicarne. Zecchiae *Quaest. medico legal. lib.* 2. *tit.* 1. *quaest.* 8. *n.* 8. *et seqq.* È da vedersi Cujot *Diss. de jure surdorum-mutorum. Groningae* 1824.

(2) Il Professor Francesco Lauria *Esposizione delle leggi penali del Regno delle due Sicilie, Napoli pag.* 216. fa una lunga, ed esatta storia dell'origine, e de' progressi di questa istituzione.

(3) Boehmer. *Ad Carpzov. quaest.* 14. *obs.* 1., Cremani *De jure crim. lib. cap.* 2. §. 26. il Nani *Principj di giurispr. crimin. p.* 123. ammette senza restrizione la piena imputabilità del delitto del sordo-muto istruito.

(4) Sicard *Traitès des sourdes et muets.* Passeggiava ai Campi Elisi a Parigi. Un borsajolo gli afferra la catena dell'oriuolo per sottrarglielo. Egli afferra la mano del ladro: lo arresta: lo conduce al più prossimo uffizio di polizia: lo consegna, e scrive « pensate a correg» gerlo, se contate sulla efficacia d'una pena severa non concluderete » nulla ».

tic, si possano credere svolte, e formate nel sordo-muto comunque istruito nel modo medesimo, con cui nell'uomo sano lo sono (1).

La non difficile tesi, che il sordo non debba esser punito del delitto, il quale consiste nello sprezzo del suono delle campane (2), ha fatta nascere la non meno volgare, che il *cieco* non possa esser tenuto a conto di quello, che per esser commesso esige l'ufficio dell'occhio (3). Il delitto, il quale presuppone sempre un calcolo di spazio, e di oggetti, nè nel cieco viepiù difficile a concepirsi che non nel sordo, ma in niente mancano le rarità; onde non è impossibile il caso, in cui del delitto del cieco dalla nascita debba essese stabilito un giudizio (4). La ideologia, aiutata dalla esperienza, sarebbe sola in grado di giudicare se, e quale influenza aver possa l'ufficio della vista sopra una maggiore o minor perfezione del senso morale nell'uomo. L'esempio di ciechi divenuti insigni verseggiatori (5), o reputati plastici (6), ed insigni meccanici (7), merita d'esser messo alla pari con quello dei celebri infanti, e poco rileverebbe al bisogno della questione. Con qual co-

---

(1) Questi dubbi sul sordo-muto istruito mostrano l'infelice stato della legislazione in Francia, e in Germania prima delle riforme, che possono averla cambiata. In Francia la ordinanza del 1760 avea introdotta la incredibil follia di ricevere nel processo criminale le risposte di un curatore, che si eleggeva di uffizio al sordo-muto. Muyart de Vauglans *Les loix crim. dans leurs ordre nat. sec. part. liv.* 1. *tit.* 6. *chap.* 3. *art.* 1. In Germania si disputava sul serio se il sordo-muto potesse essere torturato, e non si dubitava a severamente punirlo. Hommel *Dicc. de poen. temp. ob imbecill. int.* §. 18.

(2) Bald. *In leg.* 3. *dig. ad S. C. Sylan.* Infatti Ulpiano in quella legge §. 4. assolve il *sordo* perchè non ha potuto udire, e il *muto* perchè non ha potuto parlare.

(3) Ulpian. *Dig. lib.* 29. *tit.* 5. *l.* 3. Poggi *Elem. jurispr. crim. lib.* 1. *c.* 1. §. 20.

(4) Quintilian. *Declam.* 2. Gust. Henr. Mylius *Diss, de parricida coeco apud Frid. Plitt. analecta jur. crim. p.* 339.

(5) Omero, Ossian, Milton sebben ciechi poetassero, ciechi non erano nati. Quanti ai nati ciechi basta l'esempio di Luigi Groto detto il *cieco d'Adria*, di cui Tiraboschi *Storia della Lett. Italiana vol.* 7. *part.* 3. *pag.* 128.

(6) Vedonsi sempre le statue in creta modellate dal celebre cieco da Gambassi, il quale col solo ajuto del tatto faceva in rilievo ritratti somiglianlissimi a'loro modelli. Ne ha parlato col gusto, che lo distingue, il Professor Giovanni Rosini nel suo accreditato romanzo *La Monaca di Monza lib.* 1. *cap.* 7.

(7) Nel 1800. morì a Carlish in Inghilterra il famoso Giuseppe Strong cieco-nato meccanico abilissimo, il quale oltre all'essersi fabbricati tutti gli oggetti di personale suo uso, avea costruito un organo, che si conserva sempre come una rarità a Dublino. *Biblioth. Britann. litter. v.* 10. *p.* 273.

scienza potrebbe la legge affliggere con penoso supplizio un uomo, il quale non ne ha potuto scorgere sull'altrui volto gli effetti? Reputerà taluno queste riflessioni minuzie, ma niente è inutile: tutto è necessario e sacrosanto quando si tratta di risparmiar con giustizia un atomo patimento alla umana sensibilità (1).

L'*alienazione di mente*, onde apprezzare il giusto grado di scusa, che ella imprime al delitto, ondeggia in una specie di mar burrascoso, cui agitano, e spesso in senso contrario, la ideologia, la fisiologia, la medicina legale, la giurisprudenza, e la legge. Spetta a quest'ultima a stabilire un giusto equilibrio tra tante forze rivali, onde il suo rimprovero nè vada ove la giustizia non vuole, nè manchi ove la politica lo reclama.

È una massima, la cui verità affacciasi agli occhi di tutti, sì bene, e pateticamente espressa dai romani giureconsulti, essere l'alienato di mente nel delitto, sebbene atroce, che egli commette, scusato dalla infelicità del proprio destino (2). Ma gravi dubbi si manifestano nella pratica applicazione di questa massima.

1. Come assicurarsi se l'alienazione di mente è vera o finta in chi l'allega come scusa del proprio delitto?

2. Quale specie di alienazione (poichè molte, e quasi innumerevoli ve ne sono) potrà fornire il giusto motivo di dire escluso il delitto?

3. Come verificare in alcuni pur possibili casi se il delitto è stato commesso in tempo o di alienata mente, o di sana?

4. A chi competerà di stabilire in tutti questi casi un giudizio, sul quale la giustizia possa con sicura coscienza appoggiarsi?

La prima quistione, troppo connessa colle specialità dei fatti, in mezzo dei quali può nascere, è più di dominio della prudenza di quel che non lo sia d'un ragionamento scentifico. Il medico può aver le sue regole per distinguere il vero dal fal-

(1) I giuristi sono concordi nell'esimere il cieco della pena ordinaria. Michal. *Tractat. de ceoco, surdo, et muto c.* 31. *n.* 17. Stryk. *De jur. sens. diss.* 2. c. 3. Alla occasione della causa d'un cieco accusato d'uxoricidio fu nel 1712. promessa in Germania la bizzarra questione se potesse essere condannato al *confino*, non avendo egli mezzo di vedere i confini, e la pena non venne irrogata. Mylius *cit. diss. p.* 361.

(2) Ulp. *Dig. lib.* 48. *tit.* 8. *l.* 12. La Corte di cassazione in Francia rigettò il nome di *scusa*, e adottò quello di *circostanza morale* che distrugge la *colpabilità*; Direy *vol.* 17. *part.* 1. *p.* 17. Trattando del metodo giudiciario sarà mostrato donde questa differenza di nomenclatura può derivare.

so (1): la storia, e la erudizione possono in questa ricerca versare utili, ed inutili cose (2): ma la bilancia, sulla quale il vero, ed il falso debbono esser pesati, non può essere affidata alle mani della giustizia, il cui nobile uffizio si avvilirebbe con le astuzie, colle quali è spesso necessario in questa ricerca vincer l'astuzia (3). Poichè i mezzi morali possono venire a sostegno dei fisici per distinguere l'alienazione di mente simulata dalla vera, la polizia assistita dal medico può sola ingerirsene, e la giustizia dee aspettare che questa ricerca sia esaurita, riservandosi di decidere sopra i dati, che la polizia giudiciaria offre al suo esame.

Il dubbio se l'alienazione di mente sia vera, o simulata presenta una quistione *pregiudiciale* a quella, di cui deesi occupare o la medicina, o la legge, e se o l'una o l'altra pretendesse ingerirsene, ciascuno co'pregiudizj, che ordinariamente in ogni ramo di cognizioni s'insinuano nell'animo umano, correrebbe rischio di nuocere collo zelo alla verità (4). Il medico potrebbe invero dal *fisico* stato del corpo arguire o la realtà o la simulazione della malattia, ma i mezzi *morali* tra mani capaci di maneggiarli saranno sempre i migliori, e questo maneggio esige prudenza di *fatto*, non prudenza di *dritto*. La polizia non può in vero arrogarsi il titolo di antesignana della giustizia, ma ciò che è della indole immutabile delle cose ha una prerogativa, contro la quale i ragionamenti non vagliono (5).

---

(1) Zacchiae *Quaest. medic. legal. lib.* 3. *tit.* 2. Fort. Fidel. *De relat. med. lib.* 2. *sect.* 2.

(2) Cardan. *De sapientia lib.* 3. *p.* 239. riferisce gli antichi esempj di Davide, Ulisse, Solone, Bruto, e di altri. Svetonio *In Octov. cap.* 14. narra di un vivandiere di esercito sorpreso nell'atto di tentar d'uccidere l'Imperatore nella sua tenda, del quale fu impossibile decidere se fosse alienato, o sano di mente.

(3) Il Thomasio *Dissert.* 110. *de praesumpt. furoris, ed dementiae* §. 38. combatte giustamente la opinione di Dionisio Gotofredo, mal sostenuta coll'autorità di Cicerone, e di Ulpiano, il quale vorrebbe punita la simulazione della pazzia. La pena resterebbe assorbita in quella del commesso delitto.

(4) Zacchia *Quaest. medic. legal. quaest.* 3. *lib.* 5. *tit.* 2. racconta, che un medico, il cui nome tace per giusti motivi, ordinò la fustigazione dell'accusato appoggiandosi a questo *medico* non *logico* dilemma: O l'accusato è matto, o è savio. Se è matto, la frusta richiamerà a guisa di vessicatorio l'umor morboso alla cute. Se è savio, la frusta lo sgomenterà e confesserà il vero suo stato.

(5) Credesi possibile l'alienazione di mente *procurata* non che affettata. Silvaticus *De his qui morb. simul.* Zacchiae *Quaest. medic. legal. loc. cit.* Antonio Matheo giusto ed umano ammette anco la procurata ad escluder la pena *De criminib proleg. cap.* 2. *n.* 8. La ninformanla, la satiriasi inducono certamente alienazione di mente ne' delitti dei quali son causa. Questo soggetto è con squisita erudizione trattato da Pavv *Recherches sur les Americains vol.* 1. *pag.* 60.

La seconda questione involve gravi, ed intricate difficoltà. La natura mostrasi nell'alienazione di mente sì strana, sì bizzarra, sì varia, sì incoerente con se medesima da rendere oltremodo difficile l'interpretarla. Questa malattia dell'animo da alcune deboli sfumature atte a suscitare il riso piuttosto che il pianto (1), si estende ad eccessi capaci di risvegliare ne' meno sensibili la compassione, e le lacrime: ella ha spesso tutto il ridicolo della commedia, e tutto il patetico della tragedia, e talvolta l'uno coll'altro commisto (2). La più sorprendente cosa ella è, che il furore, sebbene in casi rarissimi, si diriga ove si dirige il misfatto: sembri partire dalle cause medesime batta le stesse vie, onde il giudizio resti titubante, e perplesso nel decidere se debbasi attribuire il delitto o a una causa organica, la quale abbia ottenebrata la mente, o una profonda ed inveterata malvagità (3). Nè è raro il caso, che le contradizioni della natura giungano al segno di presentare nello stesso individuo, e nell'azione medesima la ragione, e la fatuità: la calma dell'animo, ed il furore del corpo: l'impero dell'intelletto, e l'insubordinato carattere delle facoltà *affettive* dell'uomo (4).

---

(1) L'imperator Claudio, di cui Seneca scrisse la derisoria apoteosi col titolo di *apolokintosis* pubblicò un trattato da lui inscritto nel quale prese a provare non esservi al mondo uomo senza vera pazzia. Svat. *In vit. Claud.* 38. Il Thomasio *Dissert.* 110. §. 45. distingue la pazzia *morale*, la *politica*, e la *fisica*, e di questa ultima sola dice doversi il dritto occupare.

(2) Monoch. *De praesumpt. lib.* 6. *praes.* 45. *n.* 3. cita la parola del Medico Celso *Ex phreneticis alii hilares alii tristes etc.*

(3) Sono da vedersi gli orribili esempj citati dai signori Klein, e Feuerbach presso all'egregio Mittermaier *Disquisitio de alienationibus mentis quatenus ad jus crimin. spectant. Heidelbergae* 1825. *p.* 25. Incredibile è il delitto commesso in Francia da certo Antonio Leger, il quale senza motivo alcuno scannò una fanciulla, ne bevve il sangue, ne mangiò le palpitanti carni, e semianime la costuprò. Interrogato dal Presidente « *Que vouliez vous faire de cette enfant ?* » rispose « *Je n'avais pas de connaissance: j'étais poussè par le malin esprit* » Georget *Archiv. gèn. de mèdecin. v.* 8. *p.* 150 — 162., Georget, e Grolmann lo reputarono alienato di mente, ma fu condannato alla morte. Mittermaier *loc. cit. p.* 26. *n.* 56.

(4) Da questa distinzione deriva, per quanto io ne penso, il criterio onde giudicare della *mania senza delirio*, sulla di cui esistenza oggi molto in Germania si disputa. La questione sembra essere nata dalla qui sopra citata *diss.* dell'egregio Mittermaier *p.* 31. I fatti in questa materia sono più istruttivi de' libri. Interrogato dal Professore tedesco della mia opinione in questa disputa gli citai una causa celebre difesa da me in estero stato, nella quale il fatto rendeva evidente la mania senza delirio. In realtà le facoltà *affettive* non possono essere conturbate, e sconvolte senzachè le *intellettuali* lo siano? Si domanderà cosa sia in questo caso possibile della coscienza. Ella potrà forse esi-

Tutta questa infausta materia, sorgente di medico *scetticismo*, potrà ella divenir soggetto di giuridica infallibilità? Chi dovrà stabilire le generali regole della esclusione del delitto, la legal medicina, o la legge? Chi dovrà ne' pratici casi dirigere l'applicazione della regola generale? La giurisprudenza, o la legal medicina?

Dicesi, che il dritto romano distinguesse talvolta, e talvolta confondesse tra loro la demenza, e il furore (1); ma i Romani giureconsulti, dediti unicamente a decidere i pratici casi senza una general teoria, la quale servisse al loro criterio di guida, non poterono aver concepita una classazione metodica delle diverse specie di alienazione di mente, nè, avendolo voluto fare, avrebbero avuto il mezzo di farlo. Gl'interpetri, ed i giureconsulti ebbero invero la buona intenzione di affrontare questo pericoloso, e difficile assunto, ma il terreno venne loro a mancar sotto ai piedi (2). Le leggi che lo tentarono non sortirono un risultato migliore (3). Esse hanno due difficili problemi da sciogliere: I. indicare le specie di alienazione di mente abili a togliere o in tutto, o in parte la imputazione del delitto: II. indicare i metodi di verificazione onde o la imputazione per zelo soverchio non sbagli, o non sia da una intempestiva pietà traviata.

Dee necessariamente nella soluzione di questi due problemi essere ammessa la medicina legale, e unicamente si tratta o di lasciarle libero il campo, o di assegnare ad essa la sua provincia, e alla legge, e alla giurisprudenza la propria.

Poichè nello sciogliere il primo problema i medici son tra lo-

---

stere nel maniaco senza delirio, ma la necessità di agire renderà inutili i suoi consigli. Medea scannava furibonda i suoi figli, e diceva:

» *Sed trahit* INVITAM *nova vis, aliudque* CUPIDO
» MENS *aliud suadet.*

Ovid. *Met. VII.* 19.

Vorrei, che un consesso di giudici decidesse se si può stabilir con certezza, che ella agì con malizia o con mania senza delirio: sebbene donna d'ingegno ella fosse, attribuendosi a lei la invenzione dell'arte distinguere i capelli. Clem. Alex. *Stromat. lib.* 1. Un autor drammatico adottando la interpetrazione più benigna potrebbe, senza ripetere il poco plausibile esempio de' pazzi sopra la scena, convertire il soggetto di Medea da stomachevole e orribile in patetico, e sommamente terribile.

(1) Thomasius *Diss.* 110. §. 7. ma più specialmente Mittermaier *laud. diss. p.* 7. *not.* 15.

(2) Il Thomasio taccia d'inetti il Mascardo, il Mantica, il Menochio. *Dissert. de praes. fur. et dem. loc. sup. cit.*

(3) Del tentativo de' nuovi codici di Germania dottamente ragiona Mettermaier *Disquisitio de alienationibus mentis etc. pag.* 2. *n.* 2.

ro discordi (1), come potrà farsi tra loro conciliatrice la legge? Quando si trattasse di stabilir la regola generale ella non potrebbe sospettare di prevaricazione nel *medico* sebbene potesse diffidare del criterio della *medicina*, ma nella impossibilità di supplirlo col proprio, il migliore espediente per essa sarebbe quello di dichiarare la esclusione del delitto per alienazione di mente, e per tutte le sue indefinibili specie a senso, e discernimento di un medico. Così la soluzione del primo problema trarrebbe seco necessariamente quella pur del secondo. E se così la forza, e la indole delle cose obbligasse a decidere sarebbe inutile affatto ogni studio onde fissare il modo, col quale dovesse essere al medico proposta la quistione della sanità di mente dell'accusato (2), non ampia troppo perchè non divenisse giudice, e non troppo ristretta perchè non potesse essere nè giudice, nè medico; perchè come la legge, la quale ha dovuto rimettersi a lui nel decidere o dell'alienazione di mente in genere, o della sua specie, potrebbe dettargli il modo, ed i limiti del suo giudizio? Ella dovrebbe necessariamente in cosa di fatto lasciar tutta, ed intera la maniera di definirlo a chi solo ne ha la perizia (3).

Il primo problema lascia sempre una delle sue parti indecisa. È necessario conoscere se l'alienazione di mente possa talvolta non essere d'intensità tale da non aver tolto al delinquente ogni coscienza di se medesimo, ed essersi unita co-

---

(1) Diciotto modernissimi autori di medicina legale cita Mittermaier *laud. diss. p.* 3. 4. 5., e la discordia de' pareri, e della nomenclatura è indicata a *pag.* 7.

(2) I varj tentativi per porre al medico la questione sono indicati da Mittermaier *laud. diss.* p. 5—17.

(3) Se è vero, che la quistione è tutta di libertà o sia di *consiglio* o sia di *proposito* come l'egregio scrittor la distingue pag. 19, poichè i dati per misurarne la quantità debbon desumersi di là donde è venuta la intenzione delittuosa, sè vi sono dati esteriori all'agente come nel caso dell'azione coatta per giudicarne, la questione è un mar senza fondo per la legge, e per il giureconsulto; e la legislazione, e la giurisprudenza in questa materia sarà tutta nella medicina legale non già, ma nel medico, il quale sulle sole speciali circostanze del caso potrà come meglio può pronunziare un giudizio. L'egregio signor Mittermair sulle tracce del Seiller, e del Rett mostrasi inclinato a credere esser tutto in questa materia *relativo*, e niente potervi esser di *assoluto*: ma si sforza di stabilire la definizione dell'alienazione di mente, e i caratteri de' moti dell'animo che non meritano d'esservi compresi: *laud. diss. p.* 19 e 20. In mezzo a tante perplessità si può giudicare del vero merito della sentenza del Filangieri, il quale citato quì sopra a premettendo, che l'alienazione di mente è un *fatto*, pretende, che i giudici del fatto la stabiliscano. Seguendo il suo suggerimento converrebbe presentare l'alienato di mente ai *giurati*, e convertire il tribunale in uno spedale di dementi.

me con-causa a quella che produsse il delitto (1): la quale investigazione ricade in quella delle specie diverse di alienazione, e del vario grado d'influenza, che esse aver possono sulla moralità dell'agente, che ne è affetto (2).

Il caso possibile di un'alienazione, che diminuisca ma non tolga affatto la moralità del delitto, consiglia la legge a non trascurarlo se non vuol peccar d'ingiustizia, e questa riflessione dimostra quanto il sistema, il quale gradua le punizioni a seconda di tutte le circostanze, e di tutti gli aggiunti, i quali attenuano ancorchè in piccolo grado la malvagità dell'azione, è da preferirsi a quelli, che pongono il giudice nell'alternativa o di sacrificar la giustizia alla forza, o di avvilire la forza per non violar la giustizia.

La terza quistione, comecchè *critica* non *fisiologica*, è di assoluto dominio dell'applicator delle legge o con titolo di naturale buon senso, o con quello di giurisprudenza secondo le forme del metodo giudiciario dalla legge stessa adottato. Comecchè senza regola *scritta* giurisprudenza non sia nè possa essere, in questo secondo metodo la legge non lascia il suo applicatore arbitro assoluto della sorte dell'accusato. Sebben si tratti di prova, potendo ella aver regole critiche desunte dalla osservazione del generale e costante andamento della natura, non da ciò che può insegnarne la storia, la legge come nella impubertà, per la imputazione (1), dà norma all'arbitrio del giudice per la prova con presunzioni desunte dalla regolarità de' fenomeni fisiologici secondochè o la sanità, o l'alienazione di mente abbia preceduto o susseguito il delitto (4).

---

(1) Le questioni nascono più forti, e più vive sulla *malinconìa*, sulla *stupidità*, e sulla *epilessìa*. Eruditissime cose scrisse sulla prima il Thomasio *Diss.* 110. §. 32. 33., e citò un fatto assai singolare sulla seconda *ibid.* §. 46. Nel mio corso elementare *vol.* 1. *p.* 48. *not.* 3. ho citato una memoria dell'insigne Pinel come il lavoro più antico, che io conosca sull'alienazione di mente e le sue varie specie, nè quel che io lessi di poi mi ha fatto cambiar parere.

(2) In Nani *Principj di giurispr. crim. p.* 114. sulla morale autorità di Cicerone, e sulla giuridica del Boehmer. *Ad Carpzov. quaest.* 14. *n.* 1. riflettendo, che lo stupido non è privo di *senso comune*, nega che nelle azioni di *loro natura turpi* meriti scusa. Un criminalista, il quale unì allo spirito filosofico del Beccaria tutta la sagacità del criterio pratico de' Romani giureconsulti, opinò pel *grando* d'imputazione ovunque una malattia sebben leggiera d'animo fosse provata nel delinquente. Poggi *Elem. jurispr. crimin. lib.* 1. *c.* 1. §. 15. Caligola intimò la guerra all'Oceano: gli mosse contro un'armata, la quale combattè col raccoglier conchiglie: s'innamorò della luna, e la chiamò a maritali concubiti: Svet. *In Cal.* c. 23. 24. 30. Se il suo nome non facesse orrore al pari di quel di Nerone, come converrebbe giudicare della moralità della sanguinaria ferocia di questi due mostri?

(3) Ved. quello che abbiam detto al principio di questo volume.

(4) Ant. Math. *De crimin. proleg. cap.* 2. *n.* 6. Sette generali regole

Tali cose senza contrasto precedono se si tratti di alienazione di mente *continua*, ma ripullano le controversie se si tratti di alienazione *interrotta*, nella quale occorra stabilisi il giudizio o della *remissione*, o di que' momenti di sanità perfetta, che, susseguiti poi da rinascenti accessi, son detti *intervalli lucidi*. È stato preteso, che fino ai tempi di Giustiniano questa giurisprudenza dei lucidi intervalli nel furore conosciuta non fosse (1). La quistione però è più ingegnosa che solida, e per ciò che spetta alle criminali materie ella era stata prima di Giustiniano decisa riducendo a mera ispezione di fatto il conoscere se il delitto o in tempo degli accessi, o in tempo degl' intervalli lucidi fosse stato commesso (2). Non è però inutile l' osservare che se quest' intervalli possono ammettere un consenso a sostenere o il testamento, o il contratto, le scosse, che dagli eccessi della malattia ha l' animo già replicatamente avute, debbono far dubitare, che il delitto non sia stato commesso con quel grado di forza morale, che nel corso ordinario delle cose lo suol produrre (3).

Se la virtù non ha esempj d' essersi manifestata in chi dorme ne ha fatalmente il delitto. Può nella quiete del sonno verificarsi una inazione, dalla quale doveva astenersi chi avea l' obbligo di vegliare sopra una forza, la quale abbandonata a se stessa poteva nuocere altrui (4), e può in quella quiete

---

di criterio ha stabilito il Thomasio *Diss.* 110. §. 11 e 23. la seconda delle quali può tutte assorbirle « *tutissimum erit ut judex consulat medicum* ».

(1) Thomasius *Dissert.* 100. §. 31.

(2) Dig. *lib.* 1. *tit.* 18. *l.* 14. Dice il Thomasio, che gl' Imperatori Marco, e Comodo in questa legge parlano bensì d' intervalli ma non di *lucidi*. Come impugnare, che di realmente lucidi ragionassero gl'Imperatori quando si riservarono dopo nuova relazione sul matricidio di Elio Prisco di rescrivere *an supplicio afficiendus ?*

(3) Arg. *L.* 108. *tit.* 17. *lib.* 50. *dig.* Framezzo allo scetticismo, di cui è involta tutta questa materia del delitto dell'alienato di mente, una sola inoppugnabile regola scaturisce, ed è, che il grado di sanità sufficiente al testamento, e al contratto (e una sensata giurisprudenza, sebben non accolta tra noi, distingue anco que' due atti tra loro, esigendo maggior perfezione di mente nel primo che non nel secondo) non è sufficiente alla forza morale del delitto, onde un medesimo grado di alienazione avrà una moralità agli effetti civili, e ne avrà una diversa agli effetti penali. Le quali esservazioni sono una nuova riprova della necessità di distinguere la *moralità dell' azione*, e la *forza morale dell' offesa*, di che qui sopra.

(4) Dig. *lib.* 9. *tit.* 2. *l.* 27. §. 9., Arg. L. *ult. cod. lib.* 3. *tit.* 35.

medesima manifestarsi un moto violento del corpo, mentre essa dura pur sempre nell'animo, il quale ridondi in atroce violenza (1). Le analogie, che la fisiologia ha inteso di aver trovate tra il desiderio, ed il sogno (2), sottopongono l'azione delittuosa del dormiente alla regola stessa di dritto della delittuosa azione dell'alienato di mente (3). Ma può alla fisica inazione, a cui l'uomo si abbandona nel sonno, esserne preceduta una morale, che innocente affatto non sia, quella cioè di non aver pensato, se consapevole era del proprio sonnambulismo: se facile avea l'eccesso, e il mezzo al delitto a non porsi nella fisica impossibilità di commetterlo nel dormire (4). Può quindi il delitto commesso nel sonno esser talvolta giudicato col dritto dell'azione colposa (5).

---

(1) Esempj di atroci delitti commessi nel sonno vengono rammentati da Ant. Math. *De criminib. proleg. c.* 2. *n.* 13. Gait. *Observ.* 110 *n.* 29. *lib.* 2. Menach. *De arbitr. judic. quaest. cas.* 327., Zacchiae *Quaest. medic. legal. lib.* 2. *v.* 1. *quaest.* 12. *n.* 14., Brabosa *In Clement. unica de homicidio etc*, Zabarella *Ibidem*, Meuhus *Fatid. lib.* 2. *cap.* 2. §. 2. Il Poggi si limita a citare il Bartolo, e Antonio Matheo *Elem. jurispr. crim. lib.* 1. *c.* 1. §. 12. *n.* 32.

(2) Il signor Beausobre ha sostenuto questo assunto proposto per il primo da Cullen in cinque dissertazioni inserite negli atti della R. Accademia di Berlino. Un moderno storico personaggio, cognito per la sua avversione contro all'ideologia, di cui fu dato cenno nel primo volume di quest'opera, domandò in aria di scherno al celebre P. Soave qual differenza fosse tra il sonno, e la morte. Tacque il buono Scolopio, e il personaggio alzò le spalle, e gliele voltò. Avrebbe egli potuto trarsi in qualche modo d'impaccio citando il noto verso « *Naturam somni dicere nemo potest.* ». Una ingegnosa favola sulla origine del sonno narra Frontone *In feriis aleus. Epist.* 2. *edente Angelo Majo, Romae* 1823. *pag.* 212 e 214.

(3) Dig. *lib.* 41. *tit.* 2. *l.* 1. §. 3.

(4) Gli estremi di fatto d'un sonno congiunto colla colpa, onde il delitto del sonnambulo apparisca volontario nella propria cagione, sono accuratamente fissati sulle tracce di Zacchia dal Thomasio *Dissert. de jure circa somnum, et somnia cap.* 6. §. 7.

(5) Bartol. *In l. poena dig. ad Pomp. p. de parricid.*, Poggi *Elem. jurisprud. crim. lib.* 1. *cap.* 1. §. 12.

CAPITOLO X.

Delle cause morali, le quali, influendo sull'intendimento, o escludono la offesa, o ne formano un grado.

Il solo nome di queste cause annunzia, che il *morale* principio le domina; e siccome avvenir potrebbe, che il principio *politico* lo riputasse più di sè adatto a stabilirne il carattere, e col carattere le conseguenze, la giustizia, come solo, e legittimo titolo della forza, può tener l'uno, e l'altro in doverosi confini, ed è quì chiamata a far valere la propria prerogativa, onde questo equilibrio non sia a danno della privata sicurezza turbato.

Le cause morali, atte o a togliere, o a diminuire la imputazione del delitto per ciò che spetta all'intendimento, il generale carattere delle quali è stato accennato quì sopra, sono la *ignoranza*, l'*errore*, e la *colpa*.

§. 1.

Analogìa delle cause tra loro.

Un uomo adulto, e di squisito intendimento fornito, può in quattro diverse maniere fare un cattivo calcolo nel determinarsi ad agire, sicchè, agendo, produca un'offesa senza diretto animo di commetterla. L'intrepido figlio di Saul, fedele a lui come padre, e come re, viola il suo divieto di cibarsi prima di affrontare il nemico perchè lo ignorava. Edipo uccide il padre, e sposa la propria madre, ignorando nell'uno, e nell'altra queste due qualità. L'Imperatore Andronico, ardendo di gelosìa, aspetta all'agguato il rivale, e scoccando il dardo mortifero uccide il fratello, che egli non sospettava in quel luogo. Cefalo scocca anch'esso uno strale verso un cespuglio, che si agita, credendolo scosso da fiera, e trafigge la moglie (1).

(1) I primi due esempj sono tratti dal Renazzi *Elem. jurisprud. crim. lib. 2. cap. 8. §. 3.* Il terzo è tratto da Gibbon *History of the decline and fall of the Roman. Empire chapt. 48.* Il quarto, prima comico, e quindi tragico in amor coniugale, è usato quì in questa seconda vicenda narrata da Ovilio *Metan. lib. 7.* potendosi leggere la prima in Hygin. *Fab. 160 e 189.*

Tutte queste specie, sebbene *istoricamente* considerate possano sembrar le medesime, non lo sono se o *ideologicamente* o *moralmente* vengano ponderate.

Ideologicamente considerandole, le prime tre specie non rassomigliano punto alla quarta: perciocchè nelle prime l'agente offende la legge non perchè siasi ingannato sulla connessione dei fisici mezzi da lui scelti in agire, e il fine materiale, che si proponeva ottenere, lo che verificasi nella quarta specie, ma perchè o mal conobbe la legge, che doveva esser guida alla sua azione, o perchè nell'oggetto, a cui senza animo d'offendere dirigevasi, non ravvisò una qualità che convertiva l'atto reputato innocente in delitto.

Una nuova ideologica differenza distingue le prime tre specie tra loro. Se l'agente agì con ignoranza egli mancò d'idee sulle condizioni legali dell'azione, alla quale determinavasi. Se agì con errore egli sostituì un'idea falsa alla vera.

Considerando le quattro specie come cause morali, che spinsero l'agente ad agire, e quindi come principî della moralità della sua azione, non vi è altrimenti differenza tra loro. Tutto in ciascuna di esse, onde determinare la moralità dell'azione, riducesi ad indagare se l'agente usò ogni sua diligenza possibile onde agir rettamente, o se trascurò di usarla. Se la usò, l'offesa avvenne fuori della sua intenzione: se non la usò convien giudicare come la omissione della diligenza stà nelle quattro specie a rendere volontario il delitto perchè non preveduto quando potea prevedersi (1).

Le elementari distinzioni dell'errore, e della ignoranza in tali di *dritto*, e in tali di *fatto:* in *vincibili*, ed *invincibili* non possono incontrare difficoltà, ma non è stata mai abbastanza bene spiegata la differenza tra l'*essenziale*, e l'*accidentale*, o altrimenti *efficace*, e *concomitante*.

Queste due nomenclature differiscono essenzialmente tra loro. I Romani giureconsulti non le conobbero, e decidendo le pratiche, che vi si riportano, usarono un diverso linguaggio (2). La teoria speculativa dell'errore, e dell'ignoranza, asserendo, che la essenziale è quella, che sola dette causa all'azione, sicchè senz'essa non sarebbe avvenuta, e che l'accidentale è quella, che presenta il contrario carattere, inesattamente si esprime (3). Se l'Imperatore all'aguato avesse conosciuto il

(1) Il Cav. Cremani *De jur. crimin. lib. 1. part. 1. cap.* 3. abbraccia in un solo, e medesimo trattato la ignoranza, l'errore, e la colpa.

(2) Ulpian. *Dig. lib. 47. tit. 10. l. 18. §. 3.* chiama la intenzione a delitto commesso con errore accidentale, *quod principale est.*

(3) Le inesattezze nella definizione dell'una, e dell'altra maniera d'essere dell'animo umano possono riscontrarsi in Puffendorf *Le droit de la nature et des gens, liv. 1. chap. 3. §. 10*, nel suo comentatore Barbeirac e negli Autori da lui citati. Il De Felice *Dict. de justice etc. vol. 5. pag. 722. col. 2.* dopo avere spese ventidue pagine in 4.° a doppia colonna, parlando dell'errore in senso *morale*, e in senso *ideo-*

fratello avrebb' egli scoccato il dardo? No certo. Eppure questa pratica è citata come esempio dell' errore accidentale non essenziale.

La nomenclatura, che lo distingue in *efficace*, e *concomitante* è più adattata ad esprimere la moralità dell' atto, di cui fu cagione (1). Infatti quando si vuol determinare la differenza dell' errore come principio della moralità dell' azione, non si considera per il momento suo determinatore di *fatto*, il quale è sempre lo stesso nell' una specie, e nell' altra, ma si considera per la interna preordinazione dell' animo dell' agente prima di assumer l' azione, o rivolto a cosa, che avea *dritto* di fare, o rivolto ad illecito fine, dicendosi nel primo caso, che l' errore è efficace perchè, se produce l' offesa, esso è che fa, e costituisce tutta la moralità dell' azione, onde niun atomo nella intenzione dell' agente ne resta, mentre nel caso secondo non è l' errore, che fa la moralità dell' azione, la quale erasi già da sè medesima, per così dir, costruita nelle prave preordinazioni della intenzione dell' agente, sicchè l' errore altro non fa che andarle compagno. Così i giureconsulti Romani decisero, che il padrone, uccidendo alcuno, riputandolo erroneamente suo servo, comecchè si fosse preordinato a lecita cosa, non era debitore d' ingiuria (2), ma che lo era se ingiuriava l' uomo libero in Lucio Tizio erroneamente credendolo Cajo Sejo (3).

---

logico, ne parla poi in senso *giuridico* colla inesattezza medesima, colla quale ne aveano parlato i suoi predecessori.

(1) La nomenclatura è usata da Puffendorf *loc. supr. cit.* rimproverato da Barbeirac di tener dietro ai moralisti peripatetici. Ma la nomenclatura di *essenziale*, e *accidentale*, creduta più razionale, è all' incontro più equivoca, e più esposta a confonder tra loro i momenti di *fatto*, e i momenti di *dritto*, che dettero causa alla offesa. Lo scrittore, che peggio d' ogni altro, sebbene con pretensione, abbia trattata questa materia fino al segno di tutto confondere, e rendersi inintelligibile è De Simoni *Delitti di mero affetto*, *part.* 1. *cap.* 12.

(2) Dig. *lib.* 47. *tit.* 10. *l.* 3. ove giustamente osserva la Glossa *« Servum suum : secus si putet alienum ».*

(3) Dig. *lib.* 47. *tit.* 10. *l.* 18. §. 4. La risposta di Ulpiano *praticamente* esatta, è ne' suoi motivi *razionalmente* erronea quanto altra mai. Le ragioni, che il G. C. ne adduce sono *« praevalet quod principale est, injuriam eum* MIHI *facere velle »* lo che è falso, e quindi *« nam certus ego sum licet ille putet, me alium esse »* lo che non fa al caso perchè l' errore moralmente considerato non si misura dalla realtà delle cose, ma dall' essere o scusabile, o inescusabile la causa che lo produsse in chi agì contro la legge. Il Renazzi *Element. jur. crimin. lib.* 1. *cap.* 8. §. 4. *num.* 2. *not.* 1. seguitato dal Nani *Principj di giurisprudenza criminale*, *p.* 110. §. 54. *not.* 1. pretende dar ragione della differenza del dritto dell' error di persona nell' azione delittuosa, e nel contratto, che ne resta viziato, ma dicendo, che il *delitto si contrae*, scendendo poi a dire, che *dal delitto nasce la obbligazione alla pena*, mentre applica erroneamente la nomenclatura delle materie civili alle criminali, mostra di non aver avute idee nette, e precise in questa materia. La vera ragione del doversi l' error di persona riputar sempre accidentale nel delitto ella è che, bene apprezzando il

§. II. *Controversie sul retto giudizio di queste cause.*

Il principio morale, e il principio politico sono concordi nel dire, essere imputabili l'errore, o l'ignoranza di *dritto*, *vincibile*, *accidentale*, e la colpa ne' suoi noti tre gradi di *lata*, *leva*, e *levissima*.

Le controversie sulla vera ragione di questa sentenza, anzichè essere state comuni all'ignoranza, all'errore, e alla colpa, si son tutte situate su questa, forse perchè, non vi potendo essere colpa di dritto, colpa essenziale, e efficace, sebben la colpa sia tale di fatto come può esser l'errore, e al par dell'errore possa esser vincibile, si è falsamente creduto, che questa maniera d'essere dell'animo umano può giudicarsi con diverso diritto. Ma, ridotta tutta la loro moralità alla negligenza, ogni ragione di differenza sparisce.

Le controversie, essendosi radicate tutte sulla negligenza, madre fecondissima dello sbaglio, ed essendo lo sbaglio più visibile nella colpa, come quello, che ha tutti i suoi dati nel fatto, si è disputato a qual facoltà dell'animo, se alla *volontà*, o all'*intelletto* dovesse ella essere attribuita. La questione non è senza soggetto: perocchè, se la forza morale del delitto dee tutta desumersi dalla preordinata volontà ad infranger la legge, ove la colpa fosse qualificata vizio dell'intelletto, non si saprebbe comprendere come ella potesse essere criminalmente imputabile. L'ambiguo colore di *quasi-delitto*, che alcuni hanno voluto dare all'offesa colposa (1), oltrechè è rigettabile dalla scienza della legislazione, in faccia alla quale ove è infrazione dell'ordine vi ha delitto (2), non sarebbe giustificabile dall'esempio de' Romani giureconsulti, i quali collocarono bensì il quasi-delitto tra il delitto, e il contratto (3), ma nelle materie penali non l'ammisero mai (4), e l'ostinarsi a ritenerla sarebbe un meschino compenso per evitar la questione.

Se i bisogni della pubblica sicurezza obbligano a concepire

---

fatto, il delitto considerato nella *intenzione* di chi agisce, e nella sua *esecuzione* è delitto non ostante l'errore.

(1) Ant. Math. *De criminib. proleg. cap.* 1. *num.* 2., Renazzi *Elem. jur. crim. lib.* 1. *cap.* 6. §. 4.

(2) Dig. *lib.* 48. *tit.* 19. *l.* 11., Senec. *De ira. lib.* 1. *c.* 16.

(3) Inst. *lib.* 4. *tit.* 5. *in princ.* L'acuto Thomasio *Diss. philosophica jur. ostens. in doctrin. de obl., et act. diss. IV.* §§. 141, 142, 143. nota la incertezza di Triboniano, e la dissonanza degl'inferpetri tra di loro nello stabilire la nozione giuridica del *quasi-delitto*.

(4) Jo. Georg. Claus. *Dissert. de nat. delict. Jenae.* 1794. §. 16. confutando il Meister *Princip. jur. crim. sect.* 2. *p.* 1. §. 4. pensa, che la distinzione di *delitti*, e *quasi delitti* sia provenuta da un'antica opinione pregiudicata, la quale ha preteso di adeguar la pena alla malizia del delinquente.

a prima vista il delitto ov'è la materiale infrazione della legge destinata a proteggerla (1), la colpa, la quale ne sia stata la causa, apparirà bensì come *grado* della sua forza morale, già considerata in tutta la sua pienezza nel *dolo*, ma non costituirà un oggetto giuridico, il quale o delitto non sia, o meriti il nome di una nuova specie delittuosa (2).

I moralisti, incominciando tutte le loro investigazioni dal carattere *intrinseco* dell'atto umano, e poco curando l'*estrinseco*, possono aver sentita la necessità di scrutare qual sia la preordinazione dell'animo nella *colpa*, e qual sia nel *dolo*, e possono aver avuto motivo, o titolo di considerare nell'una, e nell'altro due enti morali di differente natura. Il senso comune, ed una ordinaria esperienza possono essere sufficienti a far discernere come innegabili distinte maniere d'essere dell'animo umano la malizia, e la negligenza, e i caratteri della lor differenza reciproca. Ma la nuda morale, e il nudo senso comune sono stati già ravvisati deboli, e fallaci soccorsi per distinguere, ed apprezzare esattamente le cose in legislazione.

Nelle materie del dritto privato la perdita del patrimonio, alla quale l'individuo può sempre anco capricciosamente esporsi se vuole, e la patrimoniale eguaglianza, a cui unicamente mira la legge nel decidere del dritto tra due contendenti, rendono indifferente l'esame della intrinseca forza morale della negligenza dell'uno, o dell'altro (3). Ma nelle materie del dritto penale, non potendo il rigor della legge avere altro titolo che quello della necessità o di calmare le apprensioni pubbliche, o di comprimere il pravo esempio, che la offesa risveglia, l'indole morale, o politica della offesa inferita con colpa non può non eccitar l'attenzione della scienza della sicurezza sociale, come o ragione o censura dell'uso inveterato, e costante, che la sottopose ad essere imputata, e punita. Tanto è vero, che gli oggetti morali vanno soggetti a cambiar di sembianza, di carattere, e di valore a seconda delle diverse leggi, e delle diverse regole direttive dell'uomo, che gli prendono a governare.

---

(1). Ved. qui sopra a *pag.* 64, *not.* 1.

(2) L'uso adottato dai criminalisti didascalici di distinguere nel delitto l'*affetto* dall'*effetto*, e di annettere sulle tracce de' moralisti il più grande rilievo al primo, ha dato origine all'abusivo metodo, seguitato anco da me *Jur. crim. elem. lib.* 1. *part.* 1. *sect.* 2. *tit.* 2., di considerare il *dolo*, e la *colpa* come due separati e distinti oggetti di dritto nella materia delittuosa.

(3) L'acuto ed ardito ingegno dell'Hotman *In leg. si servum* 91. *dig. de V. O.* §. *praeterea inst. ad l. Aquil.*, ha mostrato che la *colpa* non è la *negligenza*, ma questa è un *antecedente* di quella. I civilisti dovrebbero parlar della *seconda* non della *prima*. Niccolò Burgundo G. C. d'Ingolstad avea anch'egli distinta dalla colpa la negligenza in un più rigoroso senso civile. Nic. Burg. *De peric. et culp. cap.* 1. *num.* 6. 7.

La nozione del delitto abbraccia quella della sua forza morale in una intenzione *perfetta*, e *diretta* a commetterlo (1). La intenzione, considerata per la sua maggiore, o minor *perfezione* spetta al dolo, ritenuta questa parola come formula indicativa della forza morale della offesa nella sua più grande pienezza. Considerata la intenzione per la sua maggiore, o minor *direzione*, comecchè questa parola indichi nel modo di agire dell' uomo una maggiore, o minor connessione dei *mezzi*, che agendo adopra, col *fine*, a cui si propone di giungere, suscita un difficile, ed intricato problema onde fissare se questa mancanza di rettitudine nell' azione umana spetti alla *volontà*, o spetti all' *intendimento*: se debba dirsi *dolosa*, o *colposa*: come ai risultati di questa ricerca, qualora il dolo ne fosse escluso, si applica la ragione di erigere un' azione umana in offesa sociale (2).

Le controversie a questo proposito, e quelle, che nacquero sul più, o meno esteso modo di graduare la colpa, incominciarono dai glossatori, e continuarono fino ai tempi a noi più vicini, ma esse furono generalmente parlando ristrette alle civili materie (3). Più modernamente la disputa si è vivamente accesa nelle materie penali tra i dotti giureconsulti della Germania (4).

Il nostro Lampredi, opinando, che la colpa sia un vizio dell' intelletto a differenza del dolo, il quale è vizio di volontà, avea con soverchia franchezza censurati i giureconsulti Romani per aver detto, che la colpa lata è prossima al dolo (5).

---

(1) Ved. qui sopra a *pag.* 36.

(2) Il Cav. Filangieri, parlando sempre di *evidenza* nelle cose che scrive, non ha sospetto di alcuna difficoltà, e considera la *colpa* per le sue differenze col *caso*, nel che certo non è pericolo d' incorrere la taccia espressa dagli antichi col notissimo *Isthmum fodere. Scienza della legisl. lib.* 3. *p.* 2. *c.* 37.

(3) Il primo a esporre metodicamente, e dottrinalmente la controversia fu il Thomasio *Diss. de usu pract. doctrinae difficillimae jur. Rom. de culp. praet. in contract. diss. LXVII.* Successe al Thomasio il Le-Brun col suo trattato *Essay sur la prestation des fautes*, scrittore diverso dall' autore del *Traité des successions*, e del *Traité de la communauté*, che lo pubblicò nel 1764. offrendone un esemplare al celebre Pothier, il quale vi aggiunse una dissertazione. Blondeau *Thémis ou bibliothéque du jurisc. vol.* 2. *p.* 369. Più modernamente, e con apparato maggior di dottrina espose la controversia l' insigne J. C. Hasse Prof. a Koenisberg, e quindi a Bonn nella sua opera *della colpa secondo il dritto romano*, considerata come classica in Germania. In seguito il sig. Simon di Luxenburgo nella *Diss. de culpa secundum jus romanum, et hodiernum*, e il sig. Lochr *Teoria della colpa* riassunsero a trattare lo stesso soggetto.

(4) Andr. Heusler (leggi Mittermaier) *Diss. de ratione in puniendis delictis culpa commissis ap. rom. servata, Tubingae* 1826. *Introd.* §. 1.

(5) *Jur. pub. thearemata part.* 1. *cap.* 4. §. 5. Ritenne la opinione del vizio d' intelletto Almendigen *De imputat. juridica*, *Gissae* 1803, e con lui la ritennero Salchow, Vanderlinden, e Schroeter.

Ma questo scrittore nè tolse le difficoltà del principio morale, nè apprese nel detto dei Romani giureconsulti come essi le aveano sciolte nel bisogno del principio politico.

In realtà le difficoltà si affacciano tutte al principio morale. Ad esso, costretto dal proprio istituto a fissare il carattere intrinseco dell'atto umano, spetta il decidere se un vizio dell'intelletto, il quale è specchio passivo degli oggetti, che vi gettano la lor luce, possa essere moralmente imputabile: se una volontà, retta nelle sue prime preordinazioni, possa supporsi sensatamente, aver voluto allontanare da sè i soccorsi, che un migliore uso dell'intelletto avrebbe potuto prestarle: se un'abitudine di oscitanza nell'esaminare scrupolosamente le cose, e le lor relazioni non dia i resultati medesimi d'un'intelligenza più o meno limitata, ed ottusa, sicchè quando pure l'agente aprisse tutta, ed intera la propria coscienza potesse essere a se medesimo consapevole se per l'uno, o per l'altro motivo infranse inconsideratamente la legge.

Il principio politico non può entrare in questo laberinto, nè può costruire, nella necessità, in cui trovasi di tutto dover desumere dall'estrinseco carattere degli atti umani, un'arte divinatoria diretta a conoscere ciò che accade ne'più intimi ripostigli dell'animo umano.

Questo principio considera il carattere estrinseco del delitto, che si dice commesso con colpa, e determina come questo carattere in altro non consiste se non se in una connessione non *necessaria*, ma meramente *possibile*, che esisteva tra l'atto dall'agente assunto, allorchè imprese ad agire, e il delitto. Da questa posizione dell'estrinseco carattere dell'atto colposo, che ognuno può discernere, risalendo a congetturare il modo, col quale nell'interno dell'animo dell'agente può essere stato appreso, due ipotesi possono farsi. O l'agente calcolò la connessione possibile dell'atto assunto da lui col delitto, o omesse di calcolarla (1). Nel primo caso vi è dolo, ma non della tempra, e del pericolo per la sicurezza sociale di quello, che si spiega, assumendo un atto di necessaria inevitabile connessione col delitto: la intenzione in questo caso è diretta all'offesa, ma vi va per vie tortuose, nè è certo, che ella la produrrà onde può meritare il nome d'intenzione indiretta *positivamente* tale. Nel caso secondo vi è colpa a norma della comune sentenza, ma non si sa comprendere come allo stato

(1) Due esempj di questo possibile stato del fatto sono indicati, l'uno ipotetico dal Barbeirac nelle sue osservazioni al Puffendorf, *Le droit de la nat. et des gens liv. 1. chap. 5. §. 3. not. 4.* proponendo il caso di una pistola carica, e montata lasciata sopra d'un tavolino, a cui può capitare un fanciullo inconsapevole del pericolo di quell'arma, e maneggiandola uccidersi: l'altro realmente storico, il quale fece nascere una causa, che messe alla tortura l'ingegno dei Magistrati di Lombardia, dal De Simoni, *Delitti di mero affetto, part. 1. cap. 13. § 2.*

dell'animo in questo possibile caso si dia il nome d'*intenzione indiretta* (1), quando essa è senza alcun dubbio diretta a lecito fine, ed onesto, nè un'intenzione, il cui nome spiega la tensione dell'animo a un fine lontano (2), può essere di sua natura indiretta, vale a dire, non rivolta al suo fine. Pure è avventurabile per questo stato dell'animo la denominazione d'intenzione indiretta *negativamente* tale, usando però grazia alla contradizione di concetto, che vi ha tra l'idea d'un *positivo* atto espressa dal sostantivo, e quella d'un atto *negativo* espressa dall'epiteto di questa formula (3).

Ma chi in questa duplice ipotesi, che un solo, e medesimo estrinseco stato del fatto può presentare, stabilirà se l'agente o calcolò, o non calcolò la connessione possibile dell'atto assunto da lui col delitto? Il principio morale, penetrando per la via d'una confessione leale, e sincera nell'animo dell'agente, può veder le cose nel genuino loro stato, e stabilire il rimprovero, che vi conviene. Ma il principio politico, in faccia al quale l'infrattor della legge non si confessa, a quale espediente si appiglierà (4)? Incaricato del sacro e delicato deposito della pubblica sicurezza, e non potendo con precipitoso giudizio offendere la giustizia nella privata, nè adotterà in questo caso il rimprovero da lui stabilito pel dolo, che si verifica nell'atto di necessaria connessione col delitto, nè lascerà l'agente senza rimprovero, nel verisimil sospetto, che egli abbia calcolato la connessione possibile dell'atto assunto da lui col delitto, proponendosi di scusarsi sotto velame di negligenza. Questo sospetto può crescere, e decrescere per una lunga serie di gradi calcolabili nelle circostanze, che il fatto accompagnano: esso è al suo grado infimo nella colpa *levissima*, e al suo massimo nella *lata* ove una nuova circostanza, che sopravvenga a spiegar meglio le cose, può far rapidamente passare l'azione in apparenza col-

---

(1) Barbeirac *Ad Puffendorf, Le droit de nature et des gens, liv. 1. chap. 7. §. 16. not. 4.* Egli stempra la frase dicendo *volontà indiretta*, onde allargare il campo al concetto, lo che ad un moralista soltanto era lecito.

(2) Ved. a *pag. 37. not. 2.*

(3) Questa nomenclatura proposta da me *Jur. crim. elem. Romae ed. IV. vol. 1. p. 54.* è un tentativo diretto a spargere qualche luce in una tenebrosa materia.

(4) Non si sa comprendere come Zasio abbia distinta un colpa d'*ignavia*, e una colpa di *versuzia*. Struv. *Exercit. XIX. §. 19.* Per sostenere questa nomenclatura, e conciliare razionalmente la distinzione, che ella indica, converrebbe prendere la parola *colpa* non come significativa d'uno stato dell'animo, ma come indicativa del resultato material dell'azione, e nel senso di *corpo di delitto* tanto *subiettivamente* quanto *obiettivamente* considerato come alcuni scrittori pretendono, che i Romani con quella parola generalmente indicassero; ai quali scrittori però non saprei consentire. Heusler *de rat. in puniend. delict. culpa commiss. ap. Rom. serv. §. 3. not. 10.*

posa al carattere di dolosa. La specie del potatore, che taglia il ramo sporgente sulla pubblica via (1): del macchinario, che presso alla via pubblica monta l'ordigno, che scaglia il projettile (2), l'uno, e l'altro senza acclamare, onde il passeggiero è o dal ramo o dal projettile ucciso: di quel Mario Evaristo, che non reggendo quanto conviene il mantello sicchè l'uomo scagliato in alto dalla tensione fattane dai giocatori cade a terra, e si uccide (3), se non apparisce la circostanza d'una precedente inimicizia tra gli agenti, e il paziente, sono esempj di colpa lata: se questa circostanza apparisce passano alla classe di specie dolose (4). Ecco il perchè i Romani giureconsulti dissero, praticamente parlando, esser la colpa lata prossima al dolo, ed ecco come il principio politico stabilisce il rimprovero della colpa (5).

Queste cose, confusamente sentite dai pratici, cagionarono quella imbrogliata, ed astrusa terminologia, la quale distinse il dolo in *vero*, o *manifesto*, o *presunto:* in *vero presuntivamente provato*, e in *presunto veramente provato* (6), modi di esprimersi, i quali indicano la opinione del dolo, e la repugnanza ad ammetterlo sopra il solo sospetto.

La opinione dell'insigne Feuerbach, il quale pensa, esser la colpa criminalmente imputabile per la violazione dell'obbligo, che il cittadino contrae ad essere in società diligente (7), non si può ammettere. Nelle materie, che alla prosperità pubblica si riferiscono, si può concepire il titolo della trasgres-

---

(1) Il G. C. Paolo *Rec. sent. lib.* 5. *tit.* 23. §. 12. condanna il potatore al metallo, e in un frammento del suo *Lib. sing. de pub. judic.* adottato da Giustiniano nella *L.* 7. *dig. lib.* 48. *tit.* 8. dichiara, il caso non spettare alla legge Cornelia: contradizione, di cui non si saprebbe indovinare il motivo.

(2) Dig. *lib.* 9. *tit.* 2. *l.* 31.

(3) Ulpian. *Collat. leg. Mos., et Rom. lib.* 1. §. 12. Cujacius *Ad Afric. tract.* 8. Noodt. *Lib. sing. ad l. Aquil.*

(4) È stato molto disputato in Germania sul vero senso della *L.* 1. *tit.* 16. *lib.* 9. *cod.* la quale non sembra aver difficoltà se alle parole *occidendi animo* si sostituisca *nocendi animo*, e se s'immagini, che il soldato, di cui parla la legge, uccidesse adempiendo a un obbligo del proprio uffizio, e quindi senz'animo di nuocere. L'animo di nuocere sarebbe stato certamente provato dalla circostanza della *inimicizia*, conforme bene osserva Heusler *De rat. in pun. delict. culp. comm. ap. Rom. serv.* § 24, *not.* 25.

(5) Non avendo fatta avvertenza al vero concetto de' G. C. Romani due insigni autori Tedeschi Grolman, e Almendingen hanno pensato, l'uno che vi sia una colpa *prossima al dolo* avente la sua inalterabile nozione giuridica, l'altro che una tale nozione debba esser quella del dolo. Heusler *De rat. in pun. delict. culpa comm. etc.* §. 1. *not.* 10.

(6) De Simoni, *Delitti di mero affetto, part.* 1. *cap.* 9. §. 6. Vedasi quì sopra a *pag.* 55. *not.* 1. Questa teoria dee poi ripresentarsi di nuovo quando sarà mestieri enumerare i gradi del *dolo*, e l'impercettibile punto di contatto, nel quale un suo grado dovrebbe trovarsi con un grado della colpa.

(7) *Biblioteca della scienza del dritto penale, vol.* 2. *pag.* 193.

sione nella violazione d'un obbligo, che impone la legge, relativamente però a un certo, e determinato atto, non vi essendo che la morale, la quale, guidando l'uomo in ogni contingenza della sua vita, possa dargli l'abitudine di una scrupolosa esattezza in agire (1). Nelle materie alla sicurezza spettanti la violazione dell'obbligo non ha il carattere della forza morale, che la legge, se vuole esser giusta, dee sempre richiedere nel delitto, e, potendo, appena coll'uso di severi espedienti distoglier l'uomo da certe azioni altrui più nocive, non dee lusingarsi di poterne regolar le abitudini. Da un altro lato troppo irrazionale, e severa è l'opinione di chi pensa, doversi criminalmente imputare la colpa come prava inclinazione dell'animo *positivamente* tale (2).

Le anomalie frequentissime, che i casi criminali praticamente presentano, fanno nascere due gravi quistioni: l'una della *colpa al dolo determinata*: l'altra della colpa, che si verifica, raggirandosi l'agente in *illecita cosa*. Queste due questioni, tra le molte altre di troppo pratico uso, e dipendenti dal fatto, meritano di esser quì brevemente discusse, perchè la seconda riconduce la teoria dell'azione colposa a quella dell'azione commessa nell'errore, e nell'ignoranza.

Male a proposito tra gli esempj di colpa al dolo determinata si riferisce l'omicidio commesso in rissa (3), il quale ad altre regole, e ad altri principj appartiene, e generalmente parlando, comecchè determinazione delittuosa non si possa ravvisar nella colpa, tutti gli esempj, che di questa determinazione si adducono altro non sono che colpe per la parte di chi in cosa illecita si raggira, onde la nomenclatura dovrebbe par-

(1) La imputazione criminale della offesa colposa fu nella sua origine certamente una regola della morale filosofia. V. Gell. *Noct. Act. lib.* 6. *c.* 14. Sembra, che presso ai Romani finchè durarono le quistioni perpetue la offesa colposa avesse emenda nel privato giudizio, e soggiacesse a un dritto pressochè eguale a quello de' danni preveduti dalla legge Aquilia. Heusler *De rat. in pun. del. culp. comm. ap. Rom. serv.* §. 19. Il referire la imputazione dell'offesa colposa alle teorie *preventive* è proposto da Almendingen *Discussioni sulla infrazione colposa, Giessen* 1804. *p.* 103. Ma sarebbe estendere soverchiamente il significato della parola *prevenzione*, traendola a significar l'oggetto d'un grado di rigore che si trova o confuso, o connesso con quello, che il dritto *penale* è destinato a esercitare.

(2) Pfizer citato dall'Heusler *De rat. in pun. delict. culp. comm. etc.* §. 1. Il Carpzov. *Pract. rer. crim. Sax. quaest.* 1. *num.* 31. 32, *quaest.* 27. *num.* 27, il Leyser *Specim.* 601. 603, e il Meister nel *Nuovo archivio del dritto penale*, *vol.* 1. *p.* 106. immaginano un dolo *indiretto*, ma cadono, volendolo definire, nella definizione della colpa. Tra il fondamento morale, e il fondamento politico della imputazione della colpa non v'è strada di mezzo, nè è da ammettersi il *mezzo colore* immaginato da alcuni d'*inerzia di volontà*. Winssinger *Responsio ad quaestion. quae sit differentia inter facta dolosa, et culposa, p.* 40. *Id. de dolo et culpa in Annal. Academ. Lovan.* 1821-1822.

(3) Heusler *De rat. in pun. delict. culp. comm. etc.* §. 28.

far piuttosto di dolo *abituale*, che spinge *attualmente* alla colpa. Il porgere del medicamento supposto abile a fare abortire o a conciliarsi l'amore altrui o a far concepire, il quale come venefico uccide, presenta questo carattere nella prima specie: l'offre men grave nella seconda, e non la presenta nella ultima (1). Vi ha nella prima specie colpa dal dolo determinata in quanto che, consistendo essa nel non avere apprezzata la qualità venefica della bevanda, l'amministrazione ne è suggerita da fine delittuoso: può non esservi nella seconda un dolo in grado supremo determinante il veneficio colposo se si tratti di amorosa fascinazione, la quale, come non di rado in donna suole accadere, sia giunta ad agguagliare il delirio: non ve ne ha nell'ultima specie, la quale è tutta imprudenza, nè può considerarsi come affezione di dolo la fatuità di voler forzare l'economia della natura in uno de' più impenetrabili suoi misteri. In queste tre specie dalle leggi romane forse troppo duramente decise (2) il principio politico avrebbe gran fatica a fissare un grado di rimprovero, che fosse proporzionale da un lato alla moralità intrinseca dell'azione, e dall'altro al bisogno della pubblica sicurezza; e possono queste tre specie divenire il crociuolo di verità, col quale porre alla prova la forza, e la tempra dell'ingegno di chi entra nella provincia del criminale diritto col solo titolo di declamatore, e di retore.

Il caso dell'azione colposa commessa da chi si raggira in illecita cosa o vi dà opera, o perchè dichiarata tale dalle leggi religiose, o dalle morali, o dalle sociali offre nuove difficoltà. Un chiaro, ed elegante scrittore, il quale, coll'ajuto della storia, de' classici, e della critica interpetrò il dritto romano nella parte, che ai delitti, e alle pene si riferisce, riportò a questo caso l'azione di colui, che, volendo ferire, ucci-

(1) Dig. *lib.* 48. *tit.* 19. *l.* 38. §. 5. Questa legge fu illustrata dal Nani *Animadv. ad Math. lib.* 48. *tit.* 5. *cap.* 1. *num.* 3. *not.* 1, e *Principj di giurisprudenza criminale, pag.* 95. §. 27. *not.* 2, il quale in questo secondo luogo vi trae per analogia il disposto degli articoli 125 e 126 del codice penale Francese, che qualifica come premeditato l'omicidio quando sia l'effetto d'una distruzione di edifizj volontariamente prodotta, il qual caso sembrerebbe compreso piuttosto nel senso contrario della citata *L.* 1. *tit.* 16. *lib.* 16. *cod.*

(2) Era però minore la pena del medicamento dato per far concepire. Heusler *Diss. cit.* §. 30. *pag.* 57. Le parole della legge « *Quia mali exempli res est* » mostrano la ignoranza del legislatore, e quella de' tempi: perciocchè le superstiziose opinioni del popolo non si fanno cessare col rigor delle pene: e che le superstizioni in proposito dell'effetto del poculo amatorio fossero in Roma giunte alle teste più salde lo mostra il vedersi come Svetonio riporta come fatto credibile, che Caligola dasse la volta al cervello per un medicamento amatorio somministratogli dalla sua moglie Cesonia. *In Calig. cap.* 24. Le leggi di Atene furono assai più miti delle Romane nel punire la propinazione del poculo amatorio riuscito venefico, Arist. *Ethic. lib.* 1. *cap.* 16, osservazione altra volta fatta da me *Note ai motivi del codice penale per l'impero Francese, pag.* 126. *not.* 4.

se (1), ma erroneamente per due ragioni: primieramente perchè, prescindendo dal caso di delitto commesso nell'impeto, la connessione tra la ferita, e la uccisione è troppo vicina onde si possa rettamente parlar di colpa: secondariamente perchè, desumendo il dar opera a cosa illecita dalla determinazione a ferire, il dato, che fa nascer la disputa, si desume dalla indole medesima dell'azione, di cui si vuol giudicare: mentre i termini della questione debbono al contrario presupporre, che la cosa illecita sia il soggetto d'un'azione separata, e distinta da quella, nella quale l'avvenuto delitto consiste: onde i termini posson variare dall'imo al sommo: dall'omicidio colposo commesso da colui, che è armato senza licenza a ciò necessaria, fino a quello, che per mera colpa può commettere il ladro rubando (2).

L'inadempimento dell'agente a un dovere, che il proprio uffizio gl'impone, è per la sua parte aggirarsi in illecita cosa (3), e questa nuova circostanza può far nascere una nuova disputa sulla imputazione dell'azione colposa, di cui egli si è potuto render debitore in questa sua situazione (4).

La circostanza dell'aggirarsi l'agente in cosa illecita, o darvi opera riconduce alla teoria dell'errore, e della ignoranza in quanto questa situazione può far variare la generica formula della imputazione di queste due maniere d'essere dell'animo umano, se ne avvenga l'offesa.

Tutte queste questioni, che i declamatori relegano tra le oscure, e dispregiabili osservazioni de' pratici, non sono senza un grande interesse per la sicurezza privata, nè la lor retta risoluzione può essere reputata indifferente cosa o nella compilazione d'un codice, o nel guidare la giurisprudenza. La teoria degli atti umani, comune al principio morale, e al

---

(1) Ant. Math. *De criminib. ad lib.* 48. *dig. tit.* 3. *cap.* 2. *num.* 5. La *L.* 1. §. *Divus dig. ad l. C. de S.* citata da questo scrittore, non parla di *volontà di ferire*, nè di strage avvenuta *praeter expectationem*, ma parla di caso, da cui l'animo di uccidere è escluso. Si mischia in questa disputa Barbeirac *Ad Puffendorf le droit de la nature et des gens, liv.* 1. *chap.* 7. §. 16. *not.* 10. ma traendola all'*eccesso* del mandato di *ferimento*.

(2) La specie, che meglio spieghi la cosa è quella, di cui parla la *L.* 6. *tit.* 12. *lib.* 9. *cod.*, che è la prima del *tit.* 10. *lib.* 9. *Cod. Theod.* legge nel senso della controversia illustrata dal dotto Gotofredo nel suo comentario a quel codice. Ma il criterio, che egli dà, distinguendo la cosa illecita, che è *causa remota*, e quella, che è *causa prossima* del delitto, fa nascere nuove difficoltà anzichè chiarirle. Forse Triboniano, presentandole, variò in parte il senso di quella legge, del che il Gotofredo al suo solito gli fa rimprovero.

(3) Dig. *lib.* 50. *tit.* 17. *l.* 164.

(4) È da vedersi Ferrante *Adnot. ad elem. jur. crim.* Renazzi *lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 62, e Nani *Animad. ad Math. lib.* 48. *dig. tit.* 18. *cap.* 4. *num.* 11. *not.* 4. il quale però forza troppo le cose traendo a questo caso la *L.* 38. §. *Abortionis dig. de poen.*

principio politico, può dare tra le mani di questi due diversi principj risultati tra loro contrarj, i quali meritano d'essere seriamente apprezzati.

§. III. *Saggio di alcune regole per la retta valutazione di queste cause.*

In tutta questa materia la necessità di far cessare o la commozione degli animi, o il pravo esempio nascente dalla infrazione della legge protettrice della sicurezza pubblica, e quella di tenere il rigore a ciò necessario ne' confini della giustizia onde colla idea d'una perfezione morale, a cui il principio politico non può mai giungere, non si puniscano come malvagi propositi debolezze inseparabili dalla umana fragilità, consigliano a stabilire:

1.° La ignoranza, e l'errore differiscono dalla colpa in quanto le due prime maniere d'essere dell'animo umano appartengono agli antecedenti dell'azione contraria alla legge, e la terza ai conseguenti d'un atto per sè medesimo o lecito, o indifferente: dimodochè, ben conosciuti o gli uni, o gli altri da chi disponeva ad agire, l'offesa non sarebbe avvenuta (1).

2.° La imputazione dell'ignoranza, e dell'errore di fatto, sebbene invincibili, in cosa illecita: come quella della colpa, sebbene una deliberata volontà di offendere in essa non sia discernibile, ha il suo fondamento nel sospetto, che sotto il loro velame siasi voluto cuoprire un'offesa animata da tutta la forza morale, di cui ella è suscettibile, onde questo sospetto, che nelle scienze assolutamente morali non ha alcun luogo, può divenire un forte, e giusto motivo di determinazione per le scienze politiche (2).

---

(1) Non con tutta la esattezza desiderabile il Nani suppone, che il delitto colposo provenga sempre da atto o assolutamente o relativamente illecito. *Principj di giurisprudenza criminale, pag.* 98. §. 30.

(2) Si domanderà di quale utilità alla teoria, e alla pratica potrà riuscire questa ragione prettamente politica della imputabilità dell'errore, della ignoranza, e della colpa. Rispondo: 1.° La incertezza, e le contradizioni, nelle quali il principio morale s'illaquea nell'assegnare la vera ragione della imputabilità, autorizzano a uscire da questo imbarazzo per una via più spedita e più chiara. 2.° Non potendo la politica imputare il dolo come interna malizia dell'animo, ma dovendolo reprimere su i fatti visibili, che ne fanno credere nell'animo de' più la presenza, il fondamento della politica imputabilità della colpa si avvicina in indole a quello della politica imputabilità del dolo. 3.° Si rende più semplice, e più uniforme il criterio, con cui decidere quistioni, che astrattamente esaminate per alcune generiche fasi alle quali si è pensato poter ridurre le diverse maniere d'essere dell'animo umano relativamente alla rettitudine, che l'ordine ne desidera, sembrano facili a percepirsi, ma divengono intricatissime nella loro applicazione alla spiegazione de' *fatti*, su i quali unicamente può proferir la giu-

3.° Questo sospetto, venendo suggerito dal bisogno della sicurezza sociale, non è proponibile se non nelle offese, le quali per il loro carattere di gravità eccitano l'apprensione pubblica, commesse che siano: onde ne' delitti privati l'errore, l'ignoranza, e la colpa debbono essere giudicati col dritto, con cui se ne giudicherebbe nelle civili materie (1). Così nelle materie, nelle quali la legge o vieta, o comanda nel solo oggetto di aumentar la massa delle pubbliche comodità, la ignoranza, o l'errore di dritto non che di fatto debbono esser valutati nella lor realtà, scusandoli nelle persone, che per la loro età, il lor sesso, e la lor condizione sarebbero nelle materie civili scusabili (2).

4.° La circostanza del raggirarsi l'agente in cosa illecita, ed anco delittuosa non autorizza a tenerlo indistintamente obbligato a tutto ciò che avviene per di lui fatto ma fuori della sua intenzione, mentre agli occhi della giustizia la differenza della intenzione di nuocere merita di essere valutata sempre se l'errore ha cambiato il delitto in un diverso delitto, ed ancorchè trattisi di error di persona quando la qualità personale dell'offeso qualificava il delitto (3). Così se in un solo, e medesimo fatto materiale la legge ha stabilite o due qualità una meno odiosa l'altra più, o due diversi titoli di offesa l'uno men grave, l'altro più grave, l'errore, o l'ignoranza, con cui l'offesa è arrecata nella credulità o della qualità men grave (4), o del men grave titolo (5), scusa l'offensore onde debba dirsi

---

stizia i propri giudizi. 4.° Si spiegano col pratico raziocinio, e co' bisogni del principio politico molte posizioni di dritto, che i *teorici* potranno a lor grado combattere, ma i *pratici* non potranno abbandonare giammai se si vuol provvedere alla pubblica sicurezza; e certamente senzachè la giustizia sia lesa. La indagine non è nuova però, nè nuove sono le perplessità, che ella fece nascere sempre. Accennai qui sopra a *pag.* 120. *not.* 6. le contradizioni de' criminalisti sul dolo *presunto*. Il Beroo *Cons.* 195. *vol.* 1. L'Alessandro in *L.* 2. *dig. quod quisqu. juris etc.* ed in *L. quod terra dig. depositi*, il Baldo in *L. pignus cod. de pign. act.* sostennero che la colpa *più lata è dolo presunto*.

(1) Vale a dire ai soli effetti d'indennizzare l'offeso.

(2) Dig. *lib.* 22. *tit.* 6. *l.* 9. Cujac. *Op. vol.* 7. *pag.* 1488. *vol.* 1. *lit. A.*

(3) Dig. *lib.* 50. *tit.* 17. *l.* 108. Boehmer. *Ad Carpzov. quaest.* 5. *obs.* 1.

(4) Sulla uccisione colla qualità di parricidio commesso da chi la ignorava V. Nani *Principj di giurisp. crimin. pag.* 109. §. 53. *not.* 1.

(5) Tutto ciò mostra, che la massima, la quale dice che chi dà opera a cosa illecita è tenuto del delitto che ne deriva, vera in morale, è falsa nel foro penale. Il Renazzi, confondendo con imperdonabile errore l'incesto di Giuda colla uccisione dell'amico creduto il nemico, segue nel giudicare di quell'incesto la regola morale della Genesi. *Elem. jurispr. crimin. lib.* 1. *cap.* 8. §. 4. *num.* 2. Ant. Math. *De crim. ad. lib.* 48. *dig. tit.* 3. *cap.* 2. *num.* 5. giudicando il caso colle regole del foro penale, e del dritto Romano stabilisce una diversa sentenza.

tenuto del minore, non del maggiore rimprovero. Lo stesso dee dirsi quando il fatto offensivo, cadendo sopra una cosa, e divenendo offesa della persona per la sola perdita della cosa, l'errore siasi verificato nel riputarla d'un prezzo minore di quel che realmente ella è (1).

5.° La circostanza del raggirarsi l'agente in cosa illecita non può desumersi dal contesto dell'azione delittuosa, della quale si tratta, distinguendo a modo di esempio il ferimento dall'omicidio, quasi il proposito di ferire sia la illecita cosa, e l'uccidere possa apparir un evento fuori della intenzione. La stretta unione de' mezzi col fine obbliga in questo caso a ricorrere alla diversa teoria dell'attentato (2).

6.° Quando in un solo, e medesimo contesto d'azione l'agente si è ingannato sulla natura del mezzo usato da lui, supponendolo innocuo mentre era micidiale; cosicchè, usandone per un fine appreso da lui non nocivo, un effetto nocivo ne avvenne, la imputazione di questo evento tanto sarà maggiore quanto meno scusabile, e quindi più illecita fu in esso la cagione, che lo determinò ad agire (3).

7.° Quando l'agente con deliberata intenzione di nuocere altrui inferisce un'offesa, dal fatto della quale per circostanze sebbene non prevedute da lui, nè da lui prevedibili, nasce un'offesa più grave di quella che voleva inferire, e d'indole irreparabile, non gli può esser di scusa nè l'errore, nè la ignoranza, perchè nel caso d'irreparabile offesa la legge, trovando in chi agisce l'animo preordinato a nuocere altrui, e il danno avvenuto, dee prendere la sua norma dalle simpatie, che il caso risveglia, non potendosene concepire alcuna a favore dell'offensore: nè è da lui allegabile la regola della colpa, i termini della quale mancano certamente nel caso (4).

8.° Generalmente parlando la offesa colposa non cambia carattere nella circostanza del raggirarsi l'agente in illecita cosa, quando questa circostanza deriva o dal comportarsi con men retto costume, o da semplice trasgressione ai regolamenti di polizia, o anco da delitto nella sua specie distinto, i quali secondo i due casi appartengono alla teoria de' delitti concorrenti.

9.° È sempre colposo un fatto nocivo quando apparisce essere di connessione meramente possibile o con un atto lecito, o con un atto men riflessivo, o imprudente. Se la connessione, sebbene possibile, sia con atti, i quali di natura loro non am-

---

(1) Paoletti, *Instit. crimin. theor. pract. lib. 4. tit.* 1, §. 1. Poggi, *Elem. jur. crim. lib.* 5. *cap.* 7. §. 11.

(2) Vedi il precedente paragrafo *pag.* 123. *not.* 1.

(3) Così credo doversi temperare il rigore soverchio della *L.* 38. §. *Abortionis dig. de poenis*, di cui *pag.* 122. *not.* 1.

(4) Questa regola è una ripetizione di quella accennata a *pag.* 123 *not.* 1

mettono altra interpretazione, che il calcolo di una tal connessione, il fatto nocivo dee riputarsi prodotto da dolo (1).

10.° Un altro carattere estrinseco distingue la intenzione dolosa dalla colposa dovendosi, generalmente parlando, supporre la prima quando l'agente ritrae un lucro ed un comodo dall'evento, e la seconda quando l'evento non arrecava ad esso profitto veruno (2). Il concetto di una intenzione colposa più fortemente si radica in un evento, da cui l'agente medesimo ritrae un danno, e uno svantaggio, e quando l'evento risulta da un eccesso qualunque nell'esercizio di un dritto (3).

11.° Sebbene la ragione della politica imputabilità della colpa sia il sospetto, che la malizia abbia inteso di cuoprirsi sotto velame di negligenza, quando l'evento nocivo apparisca essere di connessione meramente possibile con un atto per sè medesimo non univocamente preordinato a produrlo, il sospetto non può mai elevarsi al grado della certezza: onde la colpa, comunque lata, non può mai nella imputazione paragonarsi al dolo (4), dovendosi il rimprovero tenere nei limiti di quello, il quale, anzichè mirare a proteggere la sicurezza, che l'agente non ebbe intenzione di offendere, mira piuttosto ad aumentare la pubblica prosperità (5).

---

(1) È noto nella storia de' nostri tempi l'ordigno, cui fu dato il nome di *macchina infernale*: mezzo di strage, in cui la umana malvagità seppe ridurre la possibilità del fine a certezza con un calcolo di tempo, e di spazio, da cui la vittima avrebbe potuto difficilmente sottrarsi, ed è noto per quale imprevisto accidente l'ordigno non produsse l'effetto, al quale era destinato.

(2) Thomasius *Dissert. philosophia juris ostensa in doctrina de obl. et act. etc.* §. 77 e 78.

(3) Ger. Noodt. *Ad leg. Aquil. lib. sing. cap.* 5. 6.

(4) Improponibili sono le leggi, sulle quali, onde sostenere un contrario principio, si appoggia De Simoni *Delitti di mero affetto, vol.* 1. *p.* 260. Il Nani concede ad Ant. Math. *Ad lib.* 48. *dig. tit.* 18. *cap.* 4. *num.* 4, che per la colpa lata possa infliggersi pena di corpo, di grado però semplicemente *correzionale*, lo che lascia la quistione nell'originario suo dubbio. Il Cav. Cremani *De jur. crimin. lib.* 1. *p.* 1. *c.* 13. §. 12. richiama in vita un'antica distinzione della legge che vieta un'azione *ne dolo malo fiat*, e la legge che ne punisce alcune *si dolo malo fiant*, dicendo che in queste soltanto la colpa lata non può paragonarsi al dolo. Il Poggi *Elem. jur. crim. lib.* 1. *cap.* 1. §. 26, più giusto assai, e imbevuto delle massime della pratica Toscana, trae una linea incancellabile di separazione tra la colpa, e il dolo dopo aver mostrata la poca coerenza delle leggi Romane tra loro su questo proposito, ed avere addotti utili esempj di colpa.

(5) Non si saprebbe infatti comprendere come un danno sebben gravissimo, ed irreparabile non prodotto da vera volontà di arrecarlo possa meritare il nome di delitto contro la sicurezza pubblica. Se così fosse anco i danni prodotti da edifizj cadenti per vetustà, o per incuria di costruzione meriterebbero questo nome. Se la polizia provvede a tener lontani simili danni, niuno potrà negare, dover essere nelle sole attribuzioni, e nel solo scopo della polizia il tener lontani i danni dati con colpa. Le quali cose si osservano ai soli effetti della punizione non

12.° La colpa leve non può essere criminalmente imputata in que' delitti, ne' quali la esperienza ha fatto conoscere, che il più delle volte accadon per colpa (1), e la levissima non lo può essere che in que' casi, ne' quali, verificandosi un irreparabile male ed una facilità grande nell' inferirlo, come nell' omicidio, e nella ferita, l' azione men retta deve esser tenuta lontana con tutta la energia, che le forze sociali possono dispiegare (2).

13.° Un atto, sebbene di sua natura lecito, può divenire nelle sue conseguenze offesa colposa se non ha le proporzioni, che la ordinaria prudenza, e le comuni regole della vita gli ingiungono di avere colla sua causa morale, colle circostanze di tempo, e di luogo, entro le quali viene assunto, e colle forze o intellettuali, o fisiche di chi lo assume collo scopo sebben lecito, e necessario, nel quale viene intrapreso (3).

14.° Il più alto grado d' imputazione della colpa si verifica allorquando essa deriva dall' aver l' agente mancato dall' obbligo d' un uffizio pagato, che a lui la legge affidava (4).

§. IV. *Appendice sull' offesa casuale.*

Una volontà amica dell' ordine: una scrupolosa cura nella cognizione della legge: un non minore scrupolo nell' indagare tutte le qualità, che a un oggetto la legge imprime onde renderlo alla condotta degli uomini più rispettato, e più sacro: una squisita sagacità nel calcolare tutti i possibili effetti d' un dato modo di agire, onde non offendere altrui: non bastano talvolta a toglier d' attorno all' uomo tutti gli effetti della sua infelice natura, e la sua mano può grondare del sangue del proprio simile avendone egli pura, ed immacolata la volontà.

A questo evento, che è fuori di tutti i calcoli della umana prudenza, fu dato il nome di *fortuna*, e di *caso* (5), nè

---

a quelli della competenza de' tribunali per le avvertenze già fatte a *pag.* 63 e 64. D' onde apparirà perchè si tratti quì di materie di pubblica *prosperità* sebben riserbate a diversa sede di quest' opera. Ved. a *pag.* 30.

(1) Come nell' incendio. Dig. *lib.* 48. *tit.* 19. *l.* 28. §. 12. Cod. Leopold. §§. 85—86.

(2) Poggi *Elem. jurisprud. crimin. lib.* 3. *cap.* 1. §. 7.

(3) Il Dig. *lib.* 4. *tit.* 3., e le Istituzioni *lib.* 4. *tit.* 8. somministrano esempj della applicazione pratica di questi principj. Il Nani *Principj di giurispr. crim. pag.* 98. *e seg.* è corso dietro alle *specie* senza curarsi di render *generale* la teoria.

(4) Nani ad Math. *Ad lib.* 48. *dig. tit.* 18. *cap.* 4. *not.* 4.

(5) Vario quanto altro mai è il significato della parola *casus*, la qual varietà è passata dal latino al nostro volgare idioma. Nelle materie civili le leggi Romane spesso con quella parola designarono la *morte*. Gothofr. *Coment. ad Cod. Theod. vol.* 1. *pag.* 26. *in not.* significato omesso dal

il nome cessò col progredire delle cognizioni umane, o colla luce, che una religione celeste infuse nella mente degli uomini: essendo inevitabile, è vero, che le debolezze della umana natura espongono al delitto la stessa virtù.

Fu già osservato come nella infanzia della società l'offesa ancorchè casuale fu dalla severità del morale principio nella sua connessione col principio teocratico dichiarata imputabile (1). Questo assurdo ed inumano principio potè avere una ragione nella totale mancanza d'ogni metodo critico diretto a stabilire nella offesa il vero, e giusto valore dell'azione umana. La supposta offesa di Dio in ogni materiale infrazione dell'ordine assorbì ogni altra considerazione delle popolari adunanze, al cospetto delle quali le accuse erano più un affar di *coscienza*, che un affar di *giustizia*, e si dee attribuire al potere, che il senso del giusto, benchè confusamente appreso, ha sempre avuto sul cuore degli uomini meno inciviliti il salutare espediente, che presso alcune antiche nazioni fu preso di accettare invece del sangue dell'omicida casuale quello dell'animale in espiazione della irritata divinità (2).

Non tutte le offese ammettono d'esser l'effetto del caso, anzi poche lo ammettono, e tra queste si può disputare del caso unicamente quando si tratta di offesa, nella quale sia dalla legge dichiarata imputabile la colpa levissima. Ma in queste offese il solo lor materiale è reputato infrazione della sicurezza agli effetti almeno di obbligare chi ne fu il fisico autore alla prova, che ciò avvenne fuori della di lui intenzione (3). Laonde la ispezione del caso involve quella della colpa levissima, sicchè si possa dire, che, mancando ogni traccia di questa, viene ad esser quello provato.

Quindi la ispezione è tutta applicazione di dritto, e di critica a ciascun fatto, e il pretendere di esemplificare il delitto casuale per darne una norma, onde giudicar casi simili sull'esempio, è vana impresa (4), tutto riducendosi agli effetti più, o meno

---

Vicat. Nelle materie penali talvolta indicarono l'offesa inferita nell'impeto della collera. Dig. *lib.* 48. *tit.* 8. *l.* 1. §. 3. Talvolta la colpa, Dig. *lib.* 48. *tit.* 9. *l.* 11. §. 2. Più comunemente quando vollero indicar l'infortunio, l'evento causale, aggiunsero alla parola *caso* l'epiteto di *fortuito*. *Cod. lib.* 4. *tit.* 24. *l.* 3. Non credo, che sull'autorità della *L.* 11. §. 2. *tit.* 9. *lib.* 48. *dig.* si possa sostenere come suppose il Cav. Cremani, *De jur. crim. lib.* 1. *cap.* 4. §. 14. che i Romani punissero il delitto casuale. Quando ancora in quella legge la parola *casu* indicasse evento fortuito ella dovrebbe interpetrarsi sempre come la interpetra il Beccaria, ed io pur la interpetrai *pag.* 64. *not.* 1.

(1) Vedasi quì sopra a *pag.* 85. *not.* 4.

(2) Cicer. *In Top. ad Treb. Test. c.* 17. colla spiegazione del Noodt *Lib. sing. ad l. Aquil. cap.* 4, citato quì sopra a *pag.* 86. *not.* 4. alla quale modernamente si aggiunsero le dotte fatiche del Welcker, del Dirksen, e del Lobeck citati dall'Heusler. *Dissert. de ratione in pun. delict. culpa comm. etc.* §. 7. *not.* 26.

(3) Vedasi quì sopra a *pag.* 64. *not.* 1.

(4) La tentò con poco successo il Cav. Filangieri, *Scienza della le-*

salutari alla critica, ed alla giustizia del metodo giudiciario dalla legge adottato.

È noto nel foro il *broccardo*, che il caso è imputabile quando lo abbia preceduto la colpa (1). I termini però della regola non son bene espressi, non potendosi in un solo e medesimo contesto d' azione verificar la colpa, ed il caso come conseguenza l' uno dell' altra, e convien credere, che essa abbia voluto designare il delitto casuale per parte di colui, che raggirasi in cosa illecita, o vi dà opera (2), nel qual caso nelle criminali materie non vi è ragione di recedere dal principio, che fu posto poc' anzi. Una più severa sentenza, la quale volesse misurare la direzione della intenzione umana ad un certo e determinato atto dalle sue disposizioni men rette, avendo l' apparenza di voler perfezionare col rigor la morale, violerebbe la critica, e la giustizia senza servir la politica (3).

CAPITOLO XI.

DELLE CAUSE, LE QUALI INFLUENDO SULLA VOLONTA', E SULLA LIBERTA', O ESCLUDONO LA OFFESA, O NE FORMANO UN GRADO.

§. I. *Cause, che sopprimono la volontà.*

Tra le interne forze dell' animo, che imprimono alle azioni umane carattere di moralità, la volontà è quella, che più meriti questo nome: la libertà è più forza morta che forza viva, e si manifesta più col resistere, che coll' agire: l' intendimento è il meno meritevole del nome di forza, e nell' offesa sociale è una specie di raggio, che, percuotendo la coscienza dell' offensore, lo rende certo del male che si accinge a commettere, o, spandendosi quasi fuori di lui sulle circostanze, tra le quali il progetto ostile vien maturato, illumina la connes-

---

gislazione lib. 3. *cap.* 38., sebbene encomiato dal Cav. Cremani, *De jur. crimin. lib.* 1. *part.* 1. *cap.* 4. §. 8. *not.* 1. Classici, e grafici nel tempo stesso sono gli esempj di offesa causale riferiti, l'uno da Michele di Efeso nel suo comento ad Arist. *Ethic. ad Nicomac. lib.* 5. *c.* 10., l'altro da Apollodoro, *lib.* 2. *pag.* 99.

(1) Broc. Azon. *Ab Hervagio collect. rubr.* 51 *p.* 448, Puffendorf (Frid. Esaiae) *Comment. de culpa, part.* 3. *cap.* 1. §. 16.

(2) Tale è il caso deciso dalla *L.* 7. §. 2. *dig. ad. l. Aquil.* Il Broccardo stabilisce con soverchia generalità « *cum factum sit quod fieri non debuit* » Puffendorf, *loc. supr. cit.*

(3) La regola stabilita dall'autore *Reth. ad Herenn. lib.* 2. *cap.* 5. comecchè troppo generica è prettamente morale. Questa materia per essere esattamente composta, lo che onorerebbe una legislazione anzichè screditarla come *casistica*, esigerebbe più distinzione, e specialmente quella che separasse a seconda de'casi le conseguenze *penali* dalle meramente *civili* dell'azione lesiva degli altrui dritti. La pratica inclina con propensione soverchia alle regole del foro interno.

sione o necessaria, o possibile dei mezzi che la offesa sceglie col fine, al quale si propone di giungere (1).

Se le teorie morali non avessero precedute le politiche sempre, ed ovunque, sicchè la istruzione delle coscienze, nella quale eminentemente domina la prerogativa dell' intelletto, ha dovuto pressochè sola occupare il campo, e se senza l' intendimento le forze della volontà, e della libertà, come forze morali, nulla contassero, la scienza della sicurezza sociale, ravvisando nella volontà sola la prima origine dell' offesa, alla considerazione di questa interna forza dell' animo umano avrebbe dovuto porgere la sua prima attenzione, essendo il caso rarissimo, in cui l' offesa, per essere come tal conosciuta, abbia bisogno di una retta e scrupolosa coscienza.

La ideologica analisi de' più reconditi offici della volontà umana non è necessaria alla scienza della sicurezza sociale, la quale considera in essa la forza morale del delitto in quanto esterni, e non equivoci segni ne attestano la energia. Basta a questo effetto considerare nella volontà quell'interno principio d' azione: quell' urto da fisici oggetti non meccanicamente, ma fisiologicamente comunicato, col quale l' uomo si determina a muoversi e a imprimere il suo moto a ciò che è fuori di lui. Questo interno principio d' azione, detto *spontaneità*, e che l' uomo ha comune coi bruti animali, non può essere in lui distrutto se non da una forza *fisica*, che lo trascini. L' antichità ha dipinto un poeta di sì gracile complessione, che senza che egli avesse dei piombi in tasca, un colpo di vento lo avrebbe trasportato come una piuma (2). In questo moto comunicato si sarebbe nel poeta verificata un' azione *invita*: tale cioè, che in essa anco la spontaneità sarebbe rimasta distrutta (3).

La volontà umana per la sua fisiologica indole, e per la imprescindibile semplicità del principio, che la costituisce, è nell' alternativa o di esistere nell' azione, o di non esistere affatto, nè avviene in essa come nell' intendimento, e nella libertà, che una graduazione di forza minore sia discernibile.

---

(1) L'egregio signor Destut De Tracy nel suo piano d'analisi delle facoltà morali dell'uomo fa precedere il tratto della ideologia a quello della volontà, con metodo inverso per quanto a me sembra: perocchè senza la volontà l'intelletto, e la libertà destinate a guidarla non avrebbe bisogno di esame. Non può dirsi dunque, che la facoltà di volere sia l'ultima delle quattro primitive suddivisioni della facoltà di sentire, come egli si esprime. *Traité de la volonté, Introd.* §. 1.

(2) Athen. *lib.* 12 *cap.* 13. Gracile come il poeta Fileta fu quel Lisigene, a cui l'Antol. *lib.* 3. *ep.* 11. prega, essendo morto, la terra leggiera come egli vivente era a lei stato leggiero.

(3) Il Renazzi *Elem. jur. crim. lib.* 1. *c.* 8. §. 6. segue in questa materia Heinecc. *De jur. nat. et gent. lib.* 1. *c.* 2. § 59, ma scorta migliore gli sarebbe stata Burlamaqui, *Principes du droit de la nat. part.* 1. *ch.* 11.

Il solo principio morale ha intruso nelle scienze politiche il caso dell'azione *invita* se non *in sè*, almeno *nella sua causa*, lo che si dice avvenire quando l'agente poteva antivedere, che entrando in una certa e determinata situazione una forza maggior della sua lo avrebbe spinto al delitto; ma gli esempj, che se ne citano, appartengono piuttosto alle regole della morale teologia, che a quelle della giustizia sociale (1).

L'azione invita nella propria cagione può essere valutata contro chi accusa la violenza sofferta non all'effetto di dirla imputabile, ma a quello di valutarla come circostanza, che o esclude o attenua la violenza ad altri obiettata come delitto, lo che spesso avviene di ponderare nei delitti venerei denunziati come violentemente commessi allorchè consti, che la femmina, la quale si dice vittima dell'altrui violenza o corse incontro al proprio sacrificatore, o gli oppose resistenza sì debole da render certo, che combattendo preferì alla vittoria la propria disfatta (2).

§. II. *Cause, le quali sopprimono, o diminuiscono la libertà.*

La volontà umana assume carattere di forza morale per l'ufficio della *libertà*, e se si verifichi un'azione spontanea sì ma non libera dicesi esser questa un'azione *coatta*.

Il principio morale, e il principio politico sono qui nuovamente a contrasto tra loro nella nomenclatura: mentre il primo rovescia i termini, chiamando *coatta* l'azione, nella quale è distrutta la spontaneità, ed il secondo quella nella quale è distrutta la libertà (3).

Questa diversità di nomenclatura *morale*, e *forense* nasce dal diverso modo di procedere, e dal diverso criterio delle scienze direttive dell'uomo interiore, e delle direttive dell'uomo esteriore nelle loro ricerche. Le prime, giudici dell'intrinseco carattere dell'atto, e non curando l'estrinseco, si attengono

---

(1) Questo caso di coscienza è dal Renazzi *loc. supr. cit.* esemplificato nel ratto di Dina; nel che egli copiò Puffendorf, *Le droit de la nat. et des gens*, *lib.* 1. *cap.* 4. §. 10. *in fin.*

(2) Il codice Teodosiano *lib.* 9. *tit.* 24. *l.* 1. §. 3. punisce la vergine, così rapita, colla confisca; legge, la quale pretendendo di rafforzar la morale, violava la giustizia, e fu da Giustiniano abrogata. *Cod. Just. lib.* 9. *tit.* 13.

(3) Il Renazzi, *Elem. jur. crim. lib.* 1. *cap.* 8. §. 6. *not.* 2., accenna la diversità della nomenclatura, ma non ne dà la ragione, e abbraccia quella, che egli reputò la più *chiara*. Il Cav. Cremani, *Elem. jur. cr. lib.* 1. *p.* 1. *cap.* 4. §. 1, seguendo il suo precettore Lampredi, *jur. pub. univ. theor. part.* 2. *cap.* 3. §. 6. *num.* 6., aderisce al principio *morale*, e abiura il *politico*. Il Poggi, *Elem. jurisp. crim. lib.* 1. *cap.* 1. §. 11. *not.* 28., non comprese la ragione della differenza della nomenclatura, e citò male a proposito Cicerone, il quale parlando d'azione *invita*, o *coatta* non intese di stabilire il *legale* significato di queste parole.

più alla moralità, che alle naturali forze dell'animo umano, e, scorgendo l'azione, di cui fu causa il timore, libera nella scelta sebben posta in essere con repugnanza, desumono da questa repugnanza, e non dalla mancanza di libertà la loro nomenclatura: mentre nell'azione prodotta dall'urto d'una forza fisica esterna, a cui l'agente non ha potuto resistere, ravvisano una volontà trascinata insieme col corpo. Le seconde, scorgendo nell'estrinseco dell'azione coatta un effetto prodotto da quella medesima energia di volontà, da cui proviene l'azione nociva, trovano in essa quelle ragioni medesime di apprensione o della commozione degli animi, o del pravo esempio, chè il delitto volontario risveglia sempre, onde, ritenendo come volontaria l'azione, obbligano il suo autore a mostrare come essa non sia stata libera nelle circostanze, tra le quali avvenne: perocchè, se queste scienze ritenessero come invita l'azione, non potrebbero stabilire, come nell'interesse della sicurezza pubblica stabiliscono, che la prova della mancanza di libertà è tutta a carico di chi pretende allegar questa scusa (1).

Il carattere estrinseco dell'azione volontaria ma non libera si distingue da quello d'ogni altra azione, che abbia prodotta la offesa. Le circostanze, che possono averne diminuita la imputazione per imbecillità d'intelletto in chi la commesse, sono più discernibili, e più facilmente colpiscono la mente di tutti. Nell'azione coatta la forza, che l'offensore spiega, sebbene possa partire da scusabil motivo, e la necessaria connessione tra il mezzo che sceglie, e il fine che si propone, incuton terrore, ed eccitano le apprensioni del principio politico, il quale non se ne spoglia se non quando i calcoli della giustizia, destinati a tenerlo in freno, abbiano proclamato, che l'offesa fu l'effetto d'imperiosa necessità.

Esclusa la forza fisica, la quale distruggendo la spontaneità, converte l'agente in agito (2), convien ponderare le forze morali, le quali agendo sulla libertà diminuiscono il salutare officio, che l'economia della natura le confidò, onde regolare l'interno principio di azione, per il quale l'uomo si muove.

Queste forze morali riduconsi tutte, secondando per ora la terminologia consecrata dall'uso del foro, a quelle che nell'animo umano producono o la *coazione*, o l'*impeto*.

---

(1) I giureconsulti Romani sentirono la verità di questo principio politico anco nelle materie del dritto privato, e dichiararono perciò il fatto per timore non *nullo*, ma *rescindibile*. Dig. *lib.* 4. *tit.* 2. Gli effetti politici della *volontà* nella *coazione* furono da essi accuratamente apprezzati. Paul. *Dig. lib.* 4. *tit.* 2. §. 5. Cels. *Dig. lib.* 23. *tit.* 2. *l.* 22. Ulp. *Dig. lib.* 50. *tit.* 17. *l.* 116. Voet *Ad Pand. lib.* 4. *tit.* 2. *num.* 1.

(2) Wallaston, *Ebauche de la rel. nat. sect.* 1. *prop.* 1.

§. III. *Coazione propria.*

La libertà nell' animo umano è il momento regolatore dei moti per sè medesimi troppo violenti, e rapidi della volontà, spinta e rispinta dall' aspetto del bene, o da quello del male, unici suoi determinatori principj (1). Fornita di libertà la volontà umana resiste, per così dire, a sè stessa: si libra fra più oggetti, che tutti quasi l' uno dell' altro rivali vorrebbero trarla a sè, e sceglie fra questi oggetti quello, che l' intelletto, a cui la libertà dette campo di esercitare il proprio officio, scorge più coerente al fine, a cui l' uomo fu destinato. La libertà, considerata come facoltà di resistenza, e di scelta, esige il maggior numero di eligibili, che le circostanze del caso posson fornire (2). La diminuzione del numero degli eligibili, prodotta da una forza capace di spingere prepotentemente, e irresistibilmente la volontà in una direzione sola costituisce la *coazione*; e l' azione umana, in queste circostanze commessa, perde della sua natural libertà nella proporzione del diminuito numero degli eligibili, lo che dimostra, che la libertà, a differenza della volontà, è suscettibile di misurabili gradi (3).

La forza capace di questo effetto se fosse fisica produrrebbe l' azione *invita*. Una forza morale può sola produrre la *coatta*, la quale perciò resta volontaria pur sempre (4); e appunto perchè ella conserva il carattere di volontaria, difficile è spesso la determinazione della sua forza morale.

Tra le forze morali, che poderosamente agiscono sulla volontà umana, occupa il primo luogo il *timore*, ed è perciò questo sentimento riconosciuto come il fonte unico della coazione.

Il timore per operare sull' azione umana l' effetto morale della coazione deve avere una *quantità* sufficiente onde agire come *causa sensitiva*, e deve avere una *qualità* idonea ond' essere considerato come unica *causa morale* dell' azione.

Il linguaggio delle quantità o discrete, o continue, che tanto docilmente si adatta ad ogni misura di moralità o di sentimento, e che tanto soddisfa, ed acquieta lo spirito umano, sa-

---

(1) Puffendorf, *Le droit de la nat. et des gens, liv.* 1. *chap.* 4. §. 2.

(2) Platone in *Timaeo*, rigetta la sentenza di Crisippo, il quale, volendo tutto dominato dal fato, assomigliava la vita umana a un cilindro obbligato a rotolare sopra un piano inclinato. Cicer. *De fato*, Plutarch. *De fato*, A. Gell. *Noct. Act. lib.* 6. *c.* 2, indica questa facoltà di scegliere il meglio, di cui la umana ragione è fornita. Plut. *De placit. philos. lib.* 1. *c.* 27.

(3) Il sig. Lucas. *Du système penal etc. pag.* 137, dando ai bruti animali la facoltà di voler liberamente, concepisce i gradi della libertà dalla loro a quella dell' uomo.

(4) Il Renazzi, *Elem. jurispr. crim. lib.* 1. *cap.* 8. §. 7., notò a questo proposito la coincidenza delle osservazioni di Epitetto, e di S. Tommaso, che il Filangieri *Scienza della legislazione lib.* 3. *part.* 2. *c.* 37. non onorò di menzione.

rebbe un linguaggio difettoso ed erroneo per esprimere con pratica utilità la teoria dell'azione coatta (1).

La sufficienza del timore, e la sua nomenclatura varia secondo lo scopo della legge direttiva dell'uomo. Il principio o religioso, o morale, elevato al suo più alto grado di perfezione, non riconosce timor sufficiente a far declinare il giusto dalla via che la giustizia gli addita (2). Il principio morale, ancorchè intenda proporzionarsi alla umana mediocrità, presuppone un certo grado di moral robustezza nell'uomo, che esso solo, che lo ha concepito, può definire, e dichiara timore *impressivo* quello, che esso reputa capace di vincere quel grado di robustezza dell'animo umano, proclamando come semplicemente *compulsivo* ossia scossa leggiera ogni altro timore (3). Il principio politico non può misurare la forza del timore da un dato interno dell'animo umano, e desume i suoi dati da oggetti di loro esteriore natura capaci di esser librati dalla umana giustizia. Esso distinguè il timore de'mali, che ammetton riparo, dal timore di quelli, che non l'ammettono. Quanto al primo, esso non può riconoscerlo come fonte di coazione perchè la vittima del reparabile danno può, senza allontanarlo da sè con inferirne un egual nella offesa, ottenere dalla società la dovuta soddisfazione (4). Il solo timore dell'irreparabile male è da quel principio riconosciuto capace a render necessario il delitto. In questo caso l'uomo non ha a propria difesa che le sue sole forze, quelle della società non potendogli prestar soccorso; e in questo caso il principio politico posto nell'alternativa o del male, che il timore minaccia, o di quello che l'azione diretta ad allontanarlo inferisce, tollera, che questo piuttosto che quello accada (5).

---

(1) A questo linguaggio si è con fiducia soverchia attenuto il Filangieri, *Scienza della legislazione*, *lib.* 3. *part.* 2. *cap.* 37. *pag.* 172., e però i suoi canoni fornesi sulla misura dell'azione coatta son riusciti o inutili, o inesatti, o incompleti.

(2) Il principio religioso fece i martiri, e il morale gli stoici, la sentenza de'quali posta in pratica da Zenone, che si fece pestar come droga entro a un mortajo piuttosto che cedere a ingiusto comando, fu sì ben dipinta da Orazio *Od. lib.* 3. *od* 3.

(3) Misurando il timore della maggiore, minor forza dell'animo infiniti, ed impercettibili sono i gradi da quel che gli antichi chiamarono *panico*, di cui eruditissime cose scrisse Angel. Politian. *Miscellan. c.* 28, a quel timore a cui supposer l'effetto d'una fisica forza. A. Gell. *Noct. Act. lib.* 19. *cap.* 6.

(4) In questo caso se il timore producesse l'offesa potrebbe dirsi con Cicerone *officii malum magistrum*, e collo stesso scrittore soggiungere « *Suum cuique incommodum ferendum est potius quam de alterius commodis detrahendum* » *De offic. lib.* 3. *c.* 5. massima eminentemente morale, di cui molti scrittori hanno abusato nel dritto.

(5) Il Cav. Cremani *De jur. crim. lib.* 1. *part.* 1. *cap.* 4. §. 6. dopo aver seguita la fallace scorta del Filangieri, il quale disserta sul più, sul meno, e sulla dose eguale de'mali, finalmente scende al diverso diritto de'reparabili, e degl'irreparabili. La ragione, che obbliga la

La *qualità* del timore, onde possa esser considerato come vera causa morale dell'azione, dipende tutta dal calcolo delle circostanze, entro le quali esso agisce come forza di sentimento, al che ha relazione quanto si dice del dover essere il timore *ingiusto*, *improvviso*, *inevitabile*, di guisa che l'azione, che inferisce il male per evitarlo, apparisca essere stata l'unico mezzo, col quale l'agente ha dovuto provvedere alla propria salvezza (1).

Ogni decremento possibile, che si verifichi o alla *quantità* del timore, o nella di lui *qualità* snatura l'azione coatta, e la getta in una nuova classe di azioni, delle quali è ancor più difficile determinare la forza morale. Questo passaggio possibile dell'azione coatta a un morale carattere, che in parte le è proprio, e in parte non le appartiene, non è stato con sufficiente chiarezza dalle leggi indicato. I declamatori, conoscendo appena i divulgati caratteri dell'azione coatta, non sospettano questo suo passaggio possibile, e siamo debitori ai soli Romani giureconsulti di ciò che vi ha di più metodico, e giusto in questa delicata ed importante materia. Essi se non conobbero chiaramente sospettarono almeno quale intima sensitiva connessione esista tra l'azione *coatta*, e l'azione commessa nell'*impeto*.

§. IV. *Coazione impropria.*

La propria, e vera coazione nasce nell'animo umano dal timore d'un male, che d'ogni lato in esso *attualmente* s'insinua, lo penetra, e diviene la necessaria cagione delle sue determinazioni. Le abitudini della obbedienza: l'ascendente, che la forza di chi ha diritto di comandare su chi ha l'obbligo di obbedire esercita, sebben lontana, sul di lui animo, fanno nascere la coazione *impropria*, che gli scrittori di dritto criminale hanno dovuto considerare nella subiezione *politica*,

---

legge della città a tollerar la offesa allorchè è mezzo onde impedire un male uguale a quello, nel quale consiste, è tutta *politica*. Ella è un'applicazione del principio di Bentham, purgato però dagli eccessi, che lo deturpano.

(1) Anth. Math. *De criminib. ad lib. 47. 48. dig. proleg. cap.* 1. non tocca la teoria della coazione *propria* sebbene disputi della *impropria*, e solo ne dà un cenno *ad lib.* 48. *tit.* 18. *cap.* 4. *num.* 14. *in fin.*, e Renazzi *Elem. jurispr. crimin. lib.* 1. *c.* 1. §. 7. *num.* 2. *not.* 1. confonde l'una coll'altra. Si sono esposti nel testo i soli generali principj. La teoria dell'azione *coatta* conosciuta dai pratici col titolo di *moderame* fa nascere nella sua applicazione difficili, ed intricate questioni. È ciò non pertanto curiosa assai una dottrina del Bartolo alla *L.* 3. *n.* 9. 10. *dig. de inst. et jur.* « *Item quaero: quod si poteras fugere, et non fugis? Dico quod si tu es* PERUSINUS *qui times verecundiam quod optime potes usque ad actum occisionis: sed in illo qui non timet verecundiam ut est* FLORENTINUS, *in quo non est verecundia dico quod si non fugit (quod raro evenit) punitur* ».

e nella subiezione *domestica*, rintracciando qual grado di scusa si meriti il delitto, che il sottoposto ha commesso per comando del suo superiore.

Il principio morale regolatore delle coscienze esige dall'uomo la fortezza dell'anima di Elvidio Prisco, il quale a costo di correr pericolo di sacrificare la vita seppe resistere all'ingiusto comando del suo Sovrano (1), o la eroica fermezza di quel Visconte d'Orée, il quale incaricato di fare uccidere nella infausta notte di San Bartolommeo tutti i protestanti, che erano nel circondario della sua civile giurisdizione, rispose ricusandovisi, che il Re doveva dargli comandi in cose, che si potessero fare (2).

Il principio politico, il quale calcola il grado di forza morale, con cui l'agente si accinse ad infranger la legge, non esige tanto dall'uomo, ed è disposto a valutare qualunque atomo di debolezza, che nel di lui animo abbia infusa una causa capace di produrre questo effetto, come quella, che nel delitto scema necessariamente il terrore, che esso, eseguito con tutta la forza morale di cui è suscettibile, suole imprimere.

La subiezione politica, prodotta da un governo sebben di mero fatto, usurpatore, ed ingiusto quanto esser si voglia all'oggetto di rendere incensurabili le azioni del suddito e del cittadino in tempo di questa subiezione, per il governo di dritto che si restaura, non appartiene a questa ricerca, e spetta alle controversie del dritto pubblico, e delle genti (3).

Sebbene gli abusi del potere politico nel magistrato spettino ad epoche di barbarie, o di politici torbidi, e sembri perciò tema retorico il disputare della influenza, che essi possono avere nello scusare il delitto comandato dal superiore al suo sottoposto per civile giurisdizione, pure il problema non è senza interesse se si consideri il non uniforme modo, col quale è stato disciolto. Alcuni concedono alla subiezione politica un grado di scusa soltanto (4): altri vogliono onninamente impunito il delitto, di cui essa fu causa morale (5). Questa opinione seconda appartiene ad una nazione, nella quale per la sua situazione politica era necessario apprezzar bene il problema: la prima a uno scrittore, il quale invece di attingere il suo criterio dai fatti lo aveva formato su i libri. Se si consideri, che il governo è responsabile della condotta de'suoi magistrati in quanto la forza, di cui sono di lui depositari,

---

(1) Il Barbeirac al Puffendorf, *Le droit de la nat. et des gens, liv. 1. chap. 5. §. 9. in not.* cita questo esempio, ottimo per la morale, in un corso di *dritto* della *natura*.
(2) Priestley, *Discours sur l'histoire, et sur la politique, disc. 35.*
(3) Vedasi Blackstone, *Coment. on the laws of Engl. b. 4. ch. 2.*
(4) Ant. Math. *De Criminib. etc. proleg. cap. 1. num. 13. in fin.*
(5) Blackstone, *Coment. on the laws of Engl. b. 4. ch. 2.*

invece di essere usata per meglio proteggere la sicurezza può convertirsi in mezzo di violenza delle lor private passioni, non si saprebbe comprendere come la giustizia, la quale nell'animo della moltitudine non ha altro atteggiamento che quello che ella riceve dall'azione dello stabilito governo, potesse punire un uomo, che il magistrato ha spinto ad infrangerla quando egli potrebbe riproverare, e attribuire a lei il delitto, che egli ha commesso. Nè sarebbe da proporsi distinzione alcuna di maggiore, o minor autorità del magistrato nella gerarchia dello stato, onde indebolire la forza dell'esposto principio, mentre, essendo quella gerarchia stabilita tutta nell'interesse di chi comanda, non è da pretendere che chi obbedisce abbia dovuto altrimenti interpetrare il dritto pubblico della città (1).

La subiezione domestica presenta problemi di più difficile soluzione. Qualunque pur fossero le opinioni degli antichi sul vero grado di moralità del delitto commesso dal servo per ordine del proprio padrone (2), questa disputa finì colla domestica schiavitù, nè un servitore a stipendio potrebbe oggi, come semplice locatore di opere, reclamare per questo titolo una scusa al proprio delitto (3): tranne il caso, in cui il suo padrone avesse tratto profitto dalle circostanze locali della sua casa onde cangiare il comando in una più, o meno propria coazione.

Nè i vincoli della potestà patria, o della potestà maritale sono, mercè l'ingentilito costume dell'età nostra, più tali da fornir titoli di scusa a chi dicesse d'aver commesso il delitto o come figlio, che ha dovuto obbedire al padre, o come moglie, che ha dovuto obbedire al marito, o come discepolo, che ha dovuto cedere al comando del suo precettore (4). Ciò non pertanto le abitudini della obbedienza, le quali sempre imprimono all'animo della persona, sebbene di mero fatto ad altri soggetta, una docilità, che in circostanze diverse non potrebbe supporsi, meritano qualche valutazione, essendo certo, che queste abitudini, comecchè non abbiano un'origine reprensibile, nella proporzione della forza, colla quale agirono nel determinare o il figlio o la moglie, o il servo o il discepolo al delitto, che venne lor

---

(1) Nani, *Ad Mat. tit.* 18. *cap.* 4. *num.* 13.

(2) Ant. Math. *De criminib. proleg. cap.* 1. *num.* 13. riporta le antinomie delle leggi romane, e la loro conciliazione, la quale però non sembra adattarsi alla *L.* 11. §. *Proculus dig. de injuriis*, sicchè bisogna ricorrere ad altri principî. Questo scrittore, ripetendo la disputa dalle antiche scuole di filosofia morale, parla della opinione conciliatrice degli *erciscundi* riferita da Gell. *Noct. Act. lib.* 2. c. 7., il quale di *erciscundi* non parla, oggi sapendosi che la parola fu introdotta dal Cujacio nel dritto per una erronea interpetrazione di Servio. Hugo, *Hist. du droit Rom.*, *vol.* 2. *pag.* 107.

(3) Nani, *Principî di giurispr. crimin. pag.* 108. §. 46.

(4) Il discepolo è rammentato non senza ragione da De Simoni, *Delitti di mero affetto*, *part.* 2. *cap.* 4. §. 3.

comandato, possono aver supplita la forza morale necessaria a commetterlo, la quale senza la influenza loro sarebbe forse all'agente mancata, e gli conciliano una qualche scusa perciò (1), la quale potrà essere o maggiore, o minore nella proporzione della superiorità di chi dette il comando, della condizione, e della età di quello, cui fu dato, e della maggiore, o minore gravità del comandato delitto, non essendo però dato di estenderla ai delitti di sangue, ed agli abborriti dalla natura, e d'altro lato, potendo la scusa giunger tant'oltre da togliere nell'agente qualunque grado di rimprovero, se si tratti di una trasgressione, la quale producendo effetti pecuniari cada per così dire tra gli oggetti del dritto privato, ed apparisca essere stata commessa nel solo patrimoniale interesse di chi la comandò. In questo caso la infrazione della legge trova il suo conveniente riparo o nelle regole della civile responsabilità (2), o in quelle, che il dritto privato stabilisce relativamente al comando, assoggettando chi lo conferì all'obbligo di soddisfare gl'impegni di suo ordine assunti dalla persona, alla quale egli aveva dritto di comandare (3).

La disciplina militare, agendo sull'animo del soldato con forza maggiore di quella, con che agisca la subiezione domestica sull'animo del cittadino, non vuol esser lasciata alla regola generale stabilita qui sopra. I Romani concepirono nella minaccia di più grave, e non meritato servizio, che il capitano avesse fatta al soldato, l'azione d'un timore ingiustamente incusso (4). In un delitto comunque grave, ma commesso dal soldato per ordine del suo superior militare, quando apparisca non aver egli avuto alcun personale interesse a commetterlo, e la passata sua vita non fornisca indizio d'un animo a prave cose inclinato, è difficile non ravvisare l'effetto d'una coazione prodotta dalle abitudini della militar disciplina, e dal timore d'un male grave, che il superiore ha trovata l'arte d'infonder nell'animo del suo sottoposto. In questo caso la opinione, che la forza morale necessaria al delitto fa nascere, non può non ridicarsi tutta sulla testa di chi lo comandò, commiserando l'uomo divenuto istrumento, che lo commesse. Così per la varia influenza delle circostanze dell'azione delittuosa la coazione impropria può talvolta produrre i medesimi effetti giuridici, che la propria, e vera coazione.

---

(1) Ant. Math. *De crimin*ib. *in proleg.* c. 1. *num.* 13.

(2) La teoria della responsabilità civile non appartiene alle materie criminali.

(3) Con questo dritto sembra doversi giudicare delle trasgressioni, le quali hanno semplici pene pecuniarie.

(4) Si parla qui del delitto *comune*, e non del *proprio*, il quale forma soggetto del codice militare; e si parla di delitto *comune* pe'casi, ne' quali i giudici ordinari sian competenti a conoscerne, su di che è da vedersi Ant. Math. *De crimin*ib. *ad lib.* 48. *dig. tit.* 13. *cap.* 5. *n.* 13.

§. V. *Forza delle passioni.*

Se il cuore umano non fosse perpetuamente, come il mare all'azione de'venti, esposto a quella delle passioni (1), offese sociali non vi sarebbero: perocchè la ragione non potrebbe mai consigliarle.

Non si saprebbe però a prima vista comprendere come fra le passioni, le quali sole producon la offesa, ne possano essere alcune capaci di diminuirne il rimprovero, o come altri si esprimono fornirle una scusa: concetto, il quale sembra avvolgere in sè stesso contradizione.

Fino dai tempi del giureconsulto Marciano è in pacifico possesso del foro la massima, che l'offesa sociale può essere prodotta o da deliberato proposito, o da impeto, o da colpa (2); e sebbene il giureconsulto designi col nome d'impeto la ebrietà, un'antica, e non mai smentita interpetrazione di quella legge ha riconosciuta in certe passioni la forza di dare alla volontà umana un atteggiamento di gran lunga diverso da quello, che ella prende allorchè con l'aiuto di tutta la sua libertà, e colla guida, che ella riceve dai tranquilli, e ben ponderati calcoli dell'intelletto, s'incammina al delitto (3).

Questa massima antica di dritto, questo modo di ravvisare nell'intenzione rivolta ad offendere un morale carattere, il quale obbliga a considerarla come non in supremo grado malvagia, e ciò non pertanto come non riferibile a colpa, ha suscitate gravi, ed intricate questioni. Lasciando ancor qui le opinioni intermedie, le quali non di rado partecipano de'vizi, che hanno inteso evitare, giova prendere in esame le estreme come quelle, che, come tali, si trovano e contrarie alla massima, e contrarie tra loro in un tempo: perocchè l'una nega il possibile di una varietà, e d'una graduabilità qualunque alla malvagia intenzione (4): l'altra sostiene doversi la intenzione scossa, o spinta da certe passioni al delitto, considerare non come malvagia, ma come imprudente, e doversene perciò giudicare non colla norma del dolo, ma con quella della colpa piuttosto (5).

---

(1) Il paragone è di Pindaro, *Olimp. od.* 7. felicemente imitato dal Metastasio in que'versi:

« *Siam navi all'onde algenti*
« *Esposte in abbandono:*
« *Impetuosi venti*
« *I nostri affetti sono* ec.

(2) Dig. *Lib.* 48. *tit.* 19. *l.* 11. §. 2.

(3) Bartolus. *In l.* 11. §. *delinquitur dig. de poenis.*

(4) Romagnosi, *Genesi del dritto penale, part.* 6. *cap.* 3. *art.* 2. *terza edizione.*

(5) Noodt. *Lib. sing. ad l. Aquil. cap.* 4. *in fin.* Un glossatore vuole affatto impunito il delitto commesso nel calore dell'ira. Jason. *In l. duo patroni* §. *si quis jurav. dig. de jure jur.*

Le abitudini: le pregiudicate opinioni: certa indolenza, che spesso consiglia all'animo umano di aderire alle sue vecchie idee quando le nuove appariscono d'una qualche difficoltà a ben percepirsi: possono far credere inutile la nuova discussione d'un problema già sciolto o bene o male dal fatto. Il principio morale può averlo sciolto dal proprio lato, e dal proprio il politico. Ma tutte queste ragioni non autorizzano a lasciare nell'attuale suo stato una pratica, o una disputa, se di nuova luce sia suscettibile quando la giustizia è interessata a chiarirla: conciossiachè la giustizia, intenta a proteggere la sicurezza privata, non è nè una vecchia abitudine, nè cosa che o alla politica, o alla morale appartenga. Se la offesa, a cui una violenta passione trascina la umana volontà, avesse un grado di forza morale diverso da quello dell'offesa meditatamente malvagia, queste due specie di offesa non potrebbero esser giudicate con eguale diritto: non dal principio morale, che vuol il rimprovero proporzionato alla intrinseca moralità dell'azione: non dal principio politico, il quale calcolando il diverso effetto, che sulla opinione produce un diverso grado di forza morale dell'offesa, non può a mali diseguali prescrivere un eguale rimedio.

La legge Toscana sembra contare e valutar tutti i gradi, de' quali è suscettibile la moralità dell' offesa, onde partendo dal concetto del dolo di *proposito*, passando a quello dell' *impeto*, indi volgendosi al delitto commesso a *propria difesa*, e da questo a quello commesso col *moderame*, e scendendo alla *colpa* percorre tutti i gradi della intenzione, e la esaurisce nel *caso*, che non ne offre le tracce (1). Questa legge co' sei diversi modi, ne' quali può nella offesa presentarsi la umana intenzione, non solo si mostra contraria alla opinione, che non ammette nè varietà, nè graduabilità nel dolo, ma sembra non aborrire la idea, che tra il dolo d'impeto, e la colpa esister possa una maniera di volontà, che più che a quello avvicinisi a questa.

La legge Inglese conosce la offesa *giustificabile*, e la offesa *scusabile:* quella, che la legge Toscana dichiara inferita col *moderame*: questa, che ella dichiara commessa o a *difesa*, o per *colpa*, ma non fa motto dell'impeto, considerato nella sua indole di passione, che ne comunica all'animo (2).

La legge Francese conosce l'offesa *involontaria*, e la *scusabile*: quella inferita per colpa: questa inferita o con *eccesso di difesa*, o con *giusto dolore*, o dopo violenta *provocazione*, e quanto all'impeto come passione non lo valuta se non all'effetto di escludere la premeditazione, e colloca queste specie diverse tra i due estremi dell'offesa non colpevole, e della premeditata (3).

---

(1) Cod. Leop. *Art.* 67. 68.
(2) Blackstone *Coment. on the laws of Engl. b.* 4. *chap.* 14.
(3) *Cod. pen. liv.* 3. *part.* 2. *tit.* 2. *chap.* 1. *sect.* 1. *art.* 295. *sect.* 3. §§. 1. 2. 3.

La legge Inglese, rigettando l'impeto come passione di questo carattere, sebbene sembri favorevole al sistema, che vuole escluderlo dottrinalmente, non è valido appoggio per questo sistema: imperocchè ella giudica dell' impeto come giudica della ebrietà rigettandola come facile a contraffarsi (1). La legge francese ammette tutti i gradi della intenzione nella offesa, ma si mostra contraria a parificare il semplice impeto alla colpa.

La ragione, su cui queste tre leggi si fondano o per dichiarare non colpevole la offesa, o per dichiararla giustificabile, o per dichiararla scusabile, è desunta dalla mancanza di libertà, che ne ha prodotta una nell' intendimento dell'offensore (2), la qual ragione è contraria al sistema, che intendesse escludere la varietà, e la graduabilità del dolo in quanto l'offesa più o meno libera è pur sempre come prava riconosciuta.

Il tema delle umane passioni, se si considerino pe' loro abituali possibili eccessi, è prettamente morale: se si considerino come capaci d'essere nelle masse sociali dirette al pubblico ordine, ed alla pubblica prosperità, è prettamente politico: ma se si considerino come attuali moventi dell'azione umana nell'individuo, che ha nell'agire infranta la legge, comecchè si tratti di fissar la influenza, che esse ebbero sulla di lui volontà, il tema diviene necessariamente ideologico (3).

---

(1) Blackstone, *Coment. on the laws of Engl. b. 4. chap.* 2. §. 3.

(2) *Exposé des motifs du code pénal presentes au corps législatif, liv.* 3. *tit.* 2. *chap.* 1. *seance du* 7. *fevrier* 1810. *pag.* 94.

(3) Questo tema delle passioni, considerandole come moventi di tale o tale altra maniera la umana volontà verso d' un certo e determinato oggetto, che le leggi hanno inteso proteggere, onde decidere quando siano vere *spinte* dell'animo, ossivvero *principj determinatori* delle sue direzioni verso il disordine: come, e quanto nel primo aspetto diminuiscano la *libertà*, e nella proporzione escludan dall'atto, a cui spingono, l'ufficio dell' *intendimento*: come nel secondo aspetto il modo, col quale agiscono sulla volontà, presenti in essa non che l'uso l'abuso della libertà, e dell' intendimento: questo tema può ravvisarsi come intatto, o non bene esaurito fin qui ne' *razionali* suoi dati. Gli antichi *moralisti* fissarono teoremi d'imputazione, i quali dimostrano aver essi con somma sagacità *praticamente* ponderato il problema. I *giureconsulti* romani nelle lor pratiche conclusioni mostrarono d'aver fatto altrettanto. I *forensi* per la moltiplicità, o la diversità dei casi pratici, pe' quali dovettero scrivere, sembrano talvolta fluttuanti, incerti, ed in contradizione tra loro. De' *legislatori* può dirsi

« *Tu ver Gerusalemme, io ver l'Egitto* ;

e parlando del metodo giudiciario sarà dimostrato, che le sue forme molto influirono in questa diversità di sistema. Gli scrittori non forensi, non riportando le loro idee ad alcun pratico oggetto, divengono facilmente declamatori, e di niun soccorso per la retta soluzione di questo intrigato problema. Ved. Lellemand *Mecanisme des passions Par.* 1751. Lachambre, *Caractère des passions. A philosophical treatise on passions by T. Cogan, London,* 1800. L'assunto sarebbe stato nel suo vero punto di vista intrapreso, ma rimase tutto intero nel solo titolo dell'opera *Phisiologie des passions, ou nouvelle doctrine des sentiments moraux par J. A. Albert, Paris* 1822.

La umana ragione non ha problemi più difficili a svolgersi di quelli, che alle passioni appartengono. Fra i concetti dell'intelletto, e i moti dell'intimo sentimento non solo avvi un immenso intervallo, ma sembra esservi incompatibilità di contatto reciproco.

La opinione, che nega ogni varietà, ed ogni attitudine graduabile al dolo, sebben di autore per ogni lato encomiabile, oltre all'avere contro di sè la natura, ed i fatti, sembra posare sopra equivoca base, e peccare, se tanto è lecito proferire, d'incoerenza con se medesima.

Questa opinione desume la nozione fondamentale del *dolo* dalla coscienza di agire liberamente contro la legge (1), e così pensando confonde forze, e attributi dell'animo umano essenzialmente tra loro separati, e distinti: perciocchè la coscienza, come raziocinio sulla mancanza di rettitudine dell'azione, è un'operazione dell'intelletto, e il dolo come direzione dell'animo umano a danneggiare altrui è un'operazione della volontà. Nè è sempre vero, che un'azione commessa con coscienza della sua rettitudine non possa esser dolosa: mentre la versatilità degli umani giudizj ha obbligato a distinguere la coscienza in più specie, tra le quali si annovera la pervertita, e la erronea. La nozione del dolo, desunta dalla coscienza di mal fare liberamente, si applica al peccato, ma al delitto non si applica, il quale per le cose altrove notate parte sempre da una forza morale dell'animo, che si forma conculcando tutte le regole della coscienza (2).

Venendo a mancare a questa opinione la propria base, tutto il suo sistema vacilla. Misurando infatti il dolo dalla coscienza: essendo la coscienza un semplice raziocinio: ed essendo le leggi del raziocinio invariabili: ne avverrebbe, che il dolo fosse, ed esser dovesse invariabile sempre. Ma se il dolo è un atto, un moto della volontà umana, siccome il moto può essere in un corpo o proprio a lui, o ad esso comunicato, o regolare, o precipitoso, il dolo in questo rispetto apparirà poter essere e vario, e graduabile.

La opinione, che io, rispettando l'insigne suo autore, oso combattere, attribuisce all'indole ed al carattere della passione, divenuta *causa* della offesa, e che egli chiama *spinta criminosa* quel che i criminalisti attribuiscono al dolo; e, distinguendo nella offesa medesima la propria, e vera *malvagità* in ciò che è di sua natura illecito, e l'*eccesso* in ciò che, naturalmente considerato, può non essere illecito, come sarebbe il farsi ragion da sè stesso, o vendicare immantinente la ingiuria, o l'eccedere nel difendersi, confonde insieme la *causa di delinquere*, che può variare, ed il delitto, il quale quando la leg-

(1) Romagnosi *Genesi del dritto penale, loc. cit.* §. 360.
(2) Vedasi il cap. IV. di questo libro.

ge ha dichiarata tale un'azione è sempre delitto, e confonde pur gli *appetiti*, che sono vere, e proprie cause di delinquere colle passioni, l'azione impetuosa ed irresistibile delle quali, quandochè tale potesse essere dimostrata, non sarebbe nè causa di delinquere, nè spinta criminosa ma propria e vera spinta al delitto.

La nuova opinione, impugnando, che il diverso grado di libertà dell'azione possa costituirne uno diverso del dolo, in quanto ne ha collocato il carattere nel raziocinio della coscienza, ammette però, che possa essere diversamente punito non per ragione d'un minor dolo, ma per quella d'uno slancio minore: sistema, il quale sembra non essere coerente a sè stesso: perciocchè se la libertà è inerente alla volontà umana come forza di resistenza a' primi suoi moti, ciò non può essere stato ordinato dalla natura se non nel bisogno di dare all' essere intelligente l'agio, ed il mezzo onde il suo intelletto, esaminando tutti i dati possibili dell' azione, alla quale si accinge, ponderi, e scorga ciò che al suo vero, e ragionato ben esser convenga; dal che consegue, che ogni perdita di libertà nell'azione ne cagiona una nella facoltà di ben ragionare, e quindi nel modo di vedere nella coscienza.

Quando la opinione nuova altra obiezione non meritasse, ella non potrebbe dissimulare a sè stessa, che il suo sistema non riposa sopra basi inconcusse, onde il criminalista toscano, il quale, oltre all'obbligo, che ogni scrittore ha di aprire alla giustizia vie sgombre d'equivoci, ha il più sacro eziandio di farsi difensore delle leggi del proprio paese, è costretto quasi a ricostruir questo tema delle passioni, che, spingendo al delitto, ne diminuiscono di loro natura non che la pena il rimprovero, altro titolo non essendovi per la diminuzione della pena se non la minore imputabilità come il moralista si esprime, o minor forza morale, come si esprime il politico, dell'offesa.

Se si cercano nell'animo umano le prime, e più remote cause del suo agire, o ne' moti suoi proprj, o in quelli del corpo, che da esso dipendono, queste cause son passionate sempre, potendo il raziocinio dirigere un moto ma non crearlo. Niente vi ha di più razionale de' segni dell'algebra: eppure se l'algebrista non divien tale per un motivo, il quale agì prima sulla sua volontà, il suo intelletto col suo nudo officio non ebbe forza di spingervelo. Allorchè si tratta de' moti del corpo, e di moti, i quali, come i delittuosi, partono tutti da quelli della natura sensitiva dell'uomo, non è più da cercare se esistano principj razionali atti a determinare la volontà: essendo i principj determinatori passionati tutti, e restando solo a distinguere quali esser possano dal raziocinio guidati, quali no, e fino a qual punto. Non è nè difficile, nè arduo a comprendere, che il passionato determinatore principio, se ammette la guida del raziocinio, e del calcolo, non è la cosa medesima che il passionato determinatore principio, il quale agisce per modo, che il razio-

cinio non possa dar norma a' suoi moti sebbene amendue prendano il loro generale carattere dalle passioni. Il primo agisce come motore passionato bensì ma ragionatore: il secondo agisce come impetuoso motore: l'uno può sospendere se stesso se vuole; può farlo difficilmente il secondo: quello agisce quasi sollecitando la volontà: questo quasi prepotentemente dando ad essa una spinta.

Questi due diversi morali fenomeni della umana natura sebben, come dissi, di origine comune, non possono essere l'uno coll'altro confusi, come due parti della madre medesima, l'uno de' quali divenuto adulto si distingue per il suo carattere impetuoso, violento.

Questo secondo determinatore principio non può altro essere se non un improvviso impetuoso irresistibile moto, che una passione imprime alla volontà, sicchè la trascini ad un tratto all'offesa, supplantando la libertà, e colla libertà l'ufficio dell'intelletto, altro campo a questo non concedendo se non quello che basta a scorgere la necessaria connessione dell'uso d'un *mezzo* col *fine* nelle circostanze il più prossimo, in cui la offesa consiste: nel che anco l'orso, quando col piè deretano scaglia la pietra contro l'uomo, che lo insegue, ne ha tanto che basta. La spinta, l'impeto comunicato da questa passione alla volontà dee dunque produrre i suoi effetti in uno spazio più angusto, e in un tempo più breve di quel che la passione raziocinativa avrebbe occupato, o impiegato per infrangere la legge. La spinta morale della impetuosa passione fa, per così dire, cader sul delitto anzichè farlo commettere, come la spinta meccanica fa più presto piombare, che muoversi il corpo, che la riceve, sopra altro corpo (1).

Ma questa passione d'impetuoso carattere, oltre a muovere improvvisamente la volontà, e scuotere con violenza la libertà non può non sovvertire in gran parte i calcoli dell'intendimento, se si rifletta, che per averli esatti è necessaria la quiete dell'animo, e che tra l'intelletto, e la libertà è comune la causa (2).

Questa compilazione di effetti prodotti dalla impetuosa passione sulla libertà, e sull'intendimento, non ha mai potuto permettere di ben fissare il morale carattere dell'offesa da essa prodotta: e lo spirito umano ora ha presa la via, che apriva

(1) Tutto questo è più confusamente sentito, che razionalmente spiegato dal Gesuita Grassetti *Anatom. necis proditoriae sect.* 1. §. 2. ove però accuratamente distingue « *impulsio, et ratiocinatio* ».

(2) Che la causa della libertà sia inseparabile da quella dell'intelletto è cosa evidente, se si rifletta che gli animali, i quali aver non possono uso di ragione non godono di libertà, e che senzachè la libertà resistesse ai moti della volontà umana l'ufficio dell'intelletto sarebbe inutile all'uomo.

all'esame il decremento di libertà : ora ha presa quella, che apriva la offuscazione dell' intelletto, non ravvisando il possibile, che le due vie in una sola, e medesima si convertissero.

Di qui son nate le divisioni del dolo in gradi, nella spiegazione de' quali gli scrittori nè adottarono le stesse ragioni, nè furono del parere medesimo. Altri calcolò la forza maggiore, o minore della causa di delinquere : sistema erroneo perchè, esclusa la passione d' impetuoso carattere, tutte le passioni calcolatrici, qualunque motivo si abbiano, tengono il dolo al grado medesimo (1). Altri ponderò la minor perfezione della intenzione comechè in parte resa priva di libertà (2). Altri dopo avere amesso un grado minore del dolo per la scossa comunicata alla volontà, è andato rintracciandone un infimo nella intenzione perfetta bensì ma rivolta col meditato calcolo a render certo un effetto per se stesso, e per le circostanze del caso meramente possibile (3), la qual cosa anzichè appartenere ai gradi della malvagità con cui è stata inferita la offesa, spetta piuttosto a quelli del danno che ella ha prodotto, e però all'attentato, o spetta a quanto fu detto già sulla politica imputabilità della colpa (4). Altri finalmente ravvisò nell' azione prodotta da passione d' impetuoso carattere una mancanza d'intendimento ond' ella assumesse mistura d' involontaria (5).

Per recar qualche luce in questa tenebrosa materia, nella quale la umana ragione procedendo *a priori* niente di vero, e d' utile potrebbe concludere, conviene appigliarsi ai bagliori

---

(1) Vedasi quanto fu detto a *pag.* 38. *not.* 3. Il Cav. Filangieri stabilisce tre gradi di dolo, i quali, creati dalla sua fantasia, sconvolgerebbero tutto il sistema penale se fossero adottati in pratica. Nell'infimo egli ammette insieme colla impetuosa passione, lo che è già un errore, anco una forte passione considerata come causa di delitto. Nel massimo colloca l' omicido brutale, e senza causa proporzionata. *Scienza della legislazione lib.* 3. *part.* 2. *cap.* 38.

(2) M. Aur. Anton. *lib.* 1 *de se ipso* §. 10. Seneca *De ira cap.* 7. Questa opinione medesima sembra essere stata adottata dai giureconsulti Romani *lib.* 48. *tit.* 9. *l.* 11. Il Boehmero *Ad Carpz. quaest.* 6. *obs.* 1. *et quaest.* 147. *obs.* 2. ammette nell' uomo trascinato dall' impeto al delitto l' uso della ragione, ma conclude diversamente dal ch. Romagnosi *loc. supr. cit.* §. 1360.

(3) Boehmer. *Ad Carpzov. quaest.* 1. *obs.* 2. Il Cav. Cremani suppone una coincidenza tra il Boehmero ed il Filangieri nella spiegazione de' tre gradi da essi assegnati al dolo, ma a me non sembra esservi analogia di sorta veruna tra la scala dell' uno e quella dell' altro se si prescinda dal numero eguale de' gradi. Cremani *De jur. crim. lib.* 1. *part.* 1. *cap.* 3. §. 11. *not.* 3.

(4) Vedasi qui sopra a *pag.* 118.

(5) Arist. *Ethic. ad Nicom. lib.* 5. *c.* 10. seguitato dai canonisti, i quali scrissero agli effetti della irregolarità illustrando il Tridentino *Sess.* 14. *cap.* 7. *de Reform.*

delle prime analogie, che un'azione umana non controversa nel suo morale carattere può presentare ancorchè seguendo questa via ella potesse apparir nuova, e da niun altro per lo innanzi battuta.

È inutile quì ripetere come i moti dell'animo, conosciuti col nome di passioni, si risvegliano in esso all'aspetto del *bene*, e all'aspetto del *male* (1), ma non è inutile l'osservare al diverso carattere di questi moti nel modo, con cui influiscono sulla volontà come suoi determinatori principj. L'aspetto del bene può allettar l'animo, ma quello del male può farlo fremere; e se l'allettamento può sempre ammettere il calcolo dell'intelletto onde ponderare se il bene è vero, o ingannevole, il fremito può non permetterlo (2). L'aspetto del bene come quello, che promette aumentar l'esistenza dell'individuo, agisce nell'animo umano diversamente dall'aspetto del male, il quale minaccia distruggerla: l'uno può determinarlo, l'altro può scuoterlo. Il primo in caso di offesa da esso prodotta può apparire la causa morale, che quasi in essa s'innesta, e ne forma una parte, mentre il secondo più sensitivo, ed organico sembra venir da forza esteriore all'animo, ed è così vera spinta ad offendere sicchè il danno, che essa produce, apparisca essere l'effetto di quella natural forza, con cui ogni essere sensitivo tende a respingere l'oggetto, che gli minaccia o la distruzione, o il dolore; nel che si scorge anco come l'aspetto del male può comunicare all'animo un moto improvviso, e d'impetuoso carattere come quello, il quale veramente opera come agitatrice passione (3).

La passione, prodotta dall'aspetto del male, e di azione improvvisa sull'animo umano, presenta le analogie, che sole posson guidare a ben conoscere la indole, e la moralità dell'offesa da essa prodotta, e queste analogie avvicinano l'azione commessa nell'impeto all'azione coatta anche essa prodotta dall'aspetto del male, e dal moto improvviso, che esso dee suscitar nell'animo dell'agente.

Se le analogie sussistono, il modo di spiegare i gradi riconosciuti dalla legge Toscana partendo dall'offesa con moderame, e salendo a quella commessa di deliberato proposito, debbe

---

(1) Puffendorf *Le droit de la nat. et des gens. liv.* 1. *c.* 4. §. 7.

(2) Idem ibidem. Barbeirac a quel lungo nota la contradizione di Aristotile, il quale *Eth. ad Nicom. lib.* 2. *c.* 7. asserisce esser più forte l'azione del piacere, che quella del dolore sull'animo umano, e nel *lib.* 3. *c.* 12. finisce col concordare il contrario. Giacomo Stellini *Eth. lib.* 2. *cap.* 10. vendica Aristotile contro la censura del Barbeirac.

(3) Giacomo Stellini sulle tracce di Filone nota bene il diverso carattere dell'appetito che agisce come l'animo tranquillo agirebbe, e la passione che estrinsecamente percuote l'animo, e lo spinge producendo un'azione fino a certo punto invita. *Ethic. lib.* 2. *cap.*10. §. 3.

esser trovato, e comecchè la graduazione passi per la colpa, e pel caso, deve esser pur trovato il mezzo ideologico per fissare se la offesa impetuosa possa appartenere talvolta, ed in qual proporzione anzichè al dolo alla colpa.

Il male si presenta o sotto forma di *minaccia*, o sotto forma d'*ingiuria*: nel primo caso il pericolo cagiona il *timore*: nel secondo lo *sdegno*, due sentimenti, i quali considerati come moventi della volontà umana, sembrano l'uno doverla quasi rendere stupida, ed agghiacciare, l'altro renderla energica, ed infiammare, segnando in essa come l'assenza o la presenza del calore atmosferico fa nel barometro o il punto della congelazione o quello della ebullizione: sicchè, un grado medio tra questi due estremi quasi segni la temperatura, che rappresenta il tranquillo, e deliberato proposito (1).

Indissimulabili, e certi sono i caratteri d'indentità tra il timore, e lo sdegno: perocchè amendue nascon dalla causa medesima, vale a dire, dall'aspetto del male: amendue agiscono sulla volontà l'uno deprimendone, l'altro aumentandone l'elaterio: il fuoco dell' uno accendesi quasi allato al gelo dell'altro, e il passaggio dell'animo dall'uno all'altro è quasi istinto e bisogno della umana volontà (2): amendue ne diminuiscono imperiosamente la libertà (3), e resta solo a vedersi qual parte d'influenza possa esercitare l'intendimento sull'offesa o dall'uno, o dall'altro prodotta.

Nell'azione coatta, cagionata da timore *impressivo*, le considerazioni di *dritto* per la parte di chi ne giudica, le quali razionali son sempre, hanno potuto presupporre, che il timore anzichè agire come motivo *passionato* abbia agito come *razionale* motivo: perchè la necessità di offendere nelle circostanze di quell'azione, essendo d'intuitiva evidenza allo spirito, è inutile il discutere se ella parte da un irreflessivo moto

---

(1) Il calor dello sdegno è dipinto dal Tasso *Gerus. cant.* 8. *st.* 74.
« *Così nel cavo rame umor che bolle* ec.
Il gelo del timore è dipinto da Lucano *Pharsal. lib.* 1.
« *Diriguere metu, gelidos pavor occupat artus.*
La idea del termometro applicata alla misura de' gradi non della impetuosa passione ma della umana malvagità incontrasi presso al consiglier Carlo Ant. De Rosa *Resolutiones crim. resol.* 22. *n.* 22. « *Sicut in calore, et frigore considerantur gradus ita in malitia, et bonitate*».

(2) Il Bartoli *Asia lib.* 2. *cap.* 5. *pag.* 94. appropriatamente si esprime « *gelò in un medesimo per timore, e avvampò per rabbia* ». I fenomeni sotto de'quali si presentano i sentimenti morali debbono essere da chi ha duopo di accuratamente conoscere il cuore umano o per ravvisarvi il delitto, o per rintracciarvi la scusa premurosamente raccolti. Debbo la classica citazione del Bartoli a un giovine mio scolare, il quale a squisito gusto nelle cose letterarie riunisce grande perizia scientifica nelle criminali materie.

(3) *Res est imperiosa timor*, disse Marziale, e Orazio avea detto *Ira furor brevis est.*

del cuore. Ma due cose di *fatto* sono nell'azione coatta osservabili, e da notarsi. Primieramente convien riflettere, che nel grande, e pericoloso frangente, nel quale ella spiegasi, è inconcepibile, che l'individuo possa porre sulla bilancia della ragione, e della giustizia ciò ch'egli è per fare a propria difesa, rivolgendo prima il pensiero al possibile della fuga, e quindi, vedutala impossibile, alla necessità della offesa: mentre questo ritorno dell'animo dal pensiero della fuga a quel della offesa, che sì bene si presta a una drammatica dipintura onde render più miserando il delitto, che il giusto ha commesso (1), poco si addice alla economia delle forze, che la natura spiega ne' grandi, e pericolosi frangenti. È in secondo luogo osservabile, che se nelle circostanze dell'azione coatta il solo timore agisse sull'animo dell'assalito, il gelo, che esso infonde nella volontà, istupidirebbe, e disarmerebbe il suo braccio anzichè renderlo ardito abbastanza per allontanare da sè l'aggressione, e il pericolo. Il timore, il dolore, l'audacia, la disperazione, lo sdegno, agiscono in questi frangenti per modo da render difficile a calcolare quale di tanti sentimenti sì vicini tra loro abbia prodotta l'azione coatta (2).

Or queste riflessioni concludono, che nel solo animo di chi giudica di quell'azione ella può essere riputata il risultato d'un calcolo, il quale avrebbe dovuto porre sopra scrupolosa bilancia gli estremi del *moderame della incolpata difesa*, immaginando un cuore, sul quale è piombato improvviso l'aspetto, e il pericolo d'un grande irreparabile male, capace di restare impassibile onde dar campo all'intendimento di ponderare se il timore è *ingiusto*, se è tutto *presente*, ed *inevitabile*. La natura non è così riflessiva, e sì lenta nel provvedere alla propria difesa; ed allorchè si tratta di provvedervi ella ha nel cuore degli animali più timidi collocato lo sdegno come sentinella più vigile, più sollecita e più poderosa della salvezza degli esseri.

Laonde ciò che colloca l'azione coatta fuori della influenza delle umane passioni è il suo carattere estrinseco, il quale ammette, che ella possa credersi il resultato d'un calcolo anzichè quello d'un sentimento: è la coerenza, che lo spirito di chi giudica scorge tra quest'azione, e la sua estrinseca necessità, onde non è necessario più oltre spingersi, e vedere se

---

(1) In questo senso è maestrevolmente delineato dal Metastasio un quadro di azione coatta o con moderame d'*incolpata difesa* nel racconto di Alceo, il quale uccide il proprio aggressore. *Ciro riconosc. act.* 1. *scen.* 11.

(2) Lo stesso Metastasio, giudice irrecusabile quando si tratta di svolgere il cuore umano, dipinge nel caso di necessità l'azione simultanea del timore, dello sdegno, dell'audacia, della disperazione. *Demofoonte att.* 1. *scen.* 3.

un principio razionale o un urto sensitivo la cagionò: è l'attitudine, che l'azione ha ad essere attribuita anzichè a sdegno a giusto timore.

Ma se le circostanze, entro le quali è commessa l'azione, non sono altrimenti più tali da reggere il calcolo del *moderame*, sicchè, si verifichi l'aggressione bensì ma non la necessità di farla cessar coll'offesa, il giudizio parla di *eccesso d'una giusta difesa*: parola, la quale quanto conviene a un sentimento altrettanto mal si addice ad un calcolo in cui possono verificarsi gli errori, gli eccessi non mai; e questo sentimento qual altro può essere se non lo sdegno? Ecco dunque, che questo sentimento spunta dal seno stesso dell'azione coatta, ed apparisce gemello di quello che l'ha prodotta (1).

Men grave, ma non di diverso carattere è l'aspetto del male, allorchè si verifica nella offesa, che l'uomo riceve nelle sue più giuste, e care affezioni, sicchè il suo *giusto dolore* cerca nel delitto uno sfogo (2).

D'indole non dissimile è l'aspetto del male nell'offesa, che l'uomo riceve nella persona onde ne prende improvvisa, e non proporzionata vendetta (3).

Questi tre diversi gradi di risentimento, conosciuti col nome di *eccesso di giusta difesa*, di *giusto dolore*, di *offesa cagionata da veemente, e qualificata provocazione*, toccano quello che cagiona la offesa in rissa, e questo si connette con l'altro producente la offesa *improvvisa* così detta per niun altro motivo se non perchè manca di premeditazione (4).

A tutti questi gradi di volontà misurati per la mancanza proporzionale o di libertà o di precedente deliberazione può convenire il nome d'*impeto*, e resta a vedersi ove, cessando la malvagità, la imprudenza cominci. La misura di questi gradi è stata ben sentita dai giureconsulti: ma, regolati dalla forza de' fatti, essi forse non seppero spiegare i fatti con i principj.

È cosa degna di osservazione, che quanto più in que' gradi il risentimento è da presumersi veemente, più la offesa, che

---

(1) Il Presidente Fabro *In cod. tit. ad l. Corn. de sic. defin.* 6. passa istantaneamente dal concetto dell'azione coatta a quella commessa in rissa. Il Carpzov. *Prax. crim. quaest.* 29. parte dal moderame, e progredisce fino alla provocazione.

(2) Esempio classico di giusto dolore è riferito da Aless. di Aless. *Dies genial. lib. 4. cap. 15. p. 1148—49.*

(3) Dig. *lib. 38. tit. 2. 14. §. 6. « Ignoscendum ei, qui provocatus maluit ulcisci ».*

(4) Accennai altra volta *Jur. crim. elem. lib. 3. §. 927 not. 1.* le osservazioni del Poggi alle istituzioni del Paoletti, fondate tutte sulla *L. 30 Agosto 1795 art. 14.* ove il legislatore alle offese in rissa aggiunge le *occasionate da una causa non preveduta*. Molte cose qui potrebbero notarsi sul celebre Broccardo « *Causa fatua excusat a dolo* » combattuto dal Thomasio *Dissert. 121 cap. 3.*

ne deriva è stata riconosciuta giusta, attribuendo così a un moto del cuore ciò che è realmente un dettame dell'intelletto, non potendosi concepir dritto, e giustizia senza ragionamento. Nell'azione coatta è stata ravvisata una giustizia assoluta sebbene ella sia dovuta partire da un risentimento il più forte, e più energico che in ogni altra circostanza qualunque. Nell'azione commessa con eccesso di giusta difesa la nomenclatura accenna il doppio carattere del pensiero, e del sentimento: l'uno nella giustizia della difesa: l'altro nell'eccesso del suo esercizio, e lo stesso può dirsi dell'offesa con giusto dolore, e dell'altra cagionata da veemente provocazione (1). Vi ha dunque in queste tre diverse specie di offesa un punto di partenza, che rende lecito l'atto, e un punto di arrivo che lo fa illecito. Tale è appunto il carattere della colpa, nella quale l'atto in principio lecito diviene illecito nel suo termine, onde fornita d'ideologica precisione, morale, giusta, e politica è la regola, la quale imputa, e punisce queste tre specie colle regole della colpa, e non con quelle del dolo (2).

Gli attributi di dolo d'impeto sono rimasti nell'uso comune alla offesa rissosa. In essa non vi ha principio lecito: tutto all'opposto è illecito: il contumeliarsi anzichè ricorrere, qualunque sia il torto che si è ricevuto, alla via di giustizia: il correre ai colpi: l'abbandonarsi alla collera, che la morale sgrida come atto, e come abito (3).

Ma come conciliare i criminalisti, i quali parlando della offesa commessa in stato di ebrietà volontaria, vale a dire, effetto di turpe abitudine, la dichiarano colposa, e non infetta di dolo? Essi la considerano in se medesima, e non nella propria cagione, e, ponderando non moralmente, ma ideologicamente la cosa, imprudente la credono non malvagia (4).

Il principio religioso, e morale, sgridando più severamente

---

(1) Il dato della giustizia di agire nell'*eccesso*, o dopo *provocazione* è concordato dal Carpzovio *loc. supr. cit.*

(2) La regola della imputazione della colpa, e non del dolo è adottata dallo scrittore medesimo *loc. supr. cit.* Lo stesso Boehmero *Observ. ad Carpzov. dict. quaest.* 29 *obs.* 1, renitente ad ammettere la distinzione della offesa con eccesso di difesa, e della offesa inferita col moderame, nell'unico caso però in cui chi offese difendendosi sia stato il primo aggressore, ammette la regola.

(3) Il Sanazaro concepisce altrimenti la cosa, e nel suo epigramma sulla ferita nella testa d'uno colpito in rissa, considera, che l'esservi entrato sia stato effetto di leggerezza, e di fatuità. *Ep. lib.* 1. *ep.* 44.

« *Dum caput Anfidio tractat chirurgus, et ipsum*
« *Altius exquirit, quo videat cerebrum*
Ingemit Anfidius: quid me chirurge fatigas?
« *Cum subii rixam non habui cerebrum.*

(4) Vedasi il §. VI. di questo capitolo.

l'ira tra gli uomini frequentissima che non la ebrietà, di cui son più rari gli esempj, sembra aver pregiudicata questa ricerca (1), e forse il principio politico, animato dal non mal fondato timore, che l'ira, come di vita più corta della ebrietà, possa più facilmente della ebrietà simularsi, ha creduto opportuno di adottare per l'offesa, che ella produce, nell'interesse della privata, e pubblica sicurezza una severa sentenza. Infatti se l'eccesso d'una giusta difesa, se l'offesa dopo veemente provocazione nascono da sentimenti, i quali hanno la lor causa in incontrastabili fatti, non è così della rissa, la quale va soggetta ad essere *affettata*, e maliziosamente preordinata all'offesa (2).

Ma se si rifletta, che il principio religioso, e morale, di scopo affatto diverso da quello del politico, non potrebbe essere alla giustizia di norma, e che il principio politico si pone colla propria severità in contradizione con se medesimo, perchè, se l'ira è in realtà finta senza che tale possa scuoprirsi, esso punisce il dolo di proposito meno di quel che si merita, e, se l'ira è vera, punisce un' offesa senza averne bene apprezzata la forza morale, sarà facilmente sentita la necessità di bene, ed accuratamente conoscerla, onde il modulo del rimprovero, e della pena non ecceda il suo giusto valore.

Se la legge vuol punir negli uomini la prava abitudine di facilmente abbandonarsi alla collera (e questo è il titolo della propria severità) ella, quando pure avesse i fulmini di Giove, resterebbe disarmata ben presto: perchè le buone abitudini non si formano col punire un solo atto. La religione, la morale, l'incremento della civiltà, la diffusione delle sociali abitudini, la disciplina del lavoro utile son gli espedienti atti a produrre quel salutarissimo effetto.

Se la legge vuole con una pena severa opporre una remora più forte all'offesa rissosa, ella si appoggia ad una contradizione, e pecca di petizione di principio: conciossiachè, fidando nella efficacia politica della pena, se vuol esser coerente a se stessa non dee far differenza tra il dolo d'*impeto*, e quel di *proposito*, e dee punir quello al pari di questo, e presupponendo l'animo umano, riscaldato dall'ira, tranquillo, e calmo abbastanza per mettere in bilancio il male, che gli avverrà se offende, e il bene che ritrarrà non offendendo, presuppone ciò che vorrebbe esser provato, nè provar si potrebbe

---

(1) S. Tommaso, cui niun può negare una prodigiosa originalità, e forza d'ingegno nella spiegazione de' fenomeni ideologici, e morali della natura umana, non è gran fatto severo nel giudizio sul carattere morale dell'ira. *Sum. theol. part.* 1. *quaest.* 46—49.

(2) Se ne vedano gli esempj nel Paoletti *Instit. crim. theor. pract. vol.* 1. *pag.* 146.

se non fosse a rigore ben conosciuta la morale indole della offesa rissosa.

Chi prorompe in ingiurie o verbali, o reali: chi ad esso col pugnale risponde, aggirasi in illecita cosa. Ma chi non conosce i poderosi effetti dell'ira sull'animo umano, e non sa aver ella fisiche, ed organiche cause come la impubertà, il sesso, l'alienazione di mente, ed il sogno? (1) Se l'irato allorchè ferve pur sempre nel di lui cuore la causa dell' ira, colla offesa la sfoga, egli non può avere una chiara coscienza di quel che fa come non la può aver l'ebro, e l'alienato di mente: conciossiachè la differenza di questi due stati dell'animo consiste pressochè tutta in quella della loro durata (2). La volontà dell'irato scintilla come accesa materia al contatto dell' aria: la libertà, destinata a fare agire l' intendimento, non può esser dall' intendimento, che non esiste, supplita, e i mezzi di necessaria connessione col fine, che l' irato assume, ed adopra, se son segno della sua attenzione *indeliberata*, e *abituale*, come in chi agisca sopraffatto dal sonno, non son critico, e sicuro argomento della sua *deliberata* ed *attuale* attenzione. L'irato, che tale veramente sia, si è a dir vero implicato in circostanze, nelle quali doveva scorgere il possibile, che il suo braccio sarebbe poi quasi trascinato ad offender la legge: ma in ciò sembra imprudente più che malvagio, e la offesa, nell'impeto della collera inferita da lui, ha più il carattere di colposa che di dolosa (3).

Se la questione potesse mai apparire implicata con quella, che tuttor si agita sulla colpa, il principio politico si dividerebbe per sempre dal principio morale in questa come in quella, e stabilirebbe la imputazione del delitto commesso nell'impeto non sul vero grado della sua intrinseca moralità ma sibbene sul riflesso, che, potendosi lo sdegno fingere, ed affettar facilmente, conviene allontanare il pericolo, che il

---

(1) Ammette la causa organica dell'ira S. Tommaso *n.* 2. *quaest.* 156. *art.* 4. riferito dal De Rosa *Resol. crim.* 22. *n.* 24.

(2) Nota accuratamente tutti questi morali fenomeni De Rosa *Resol. crim.* 22. *n.* 22 *in fin.* ove si esprime, parlando delle passioni impetuose « *Usum rationis impedire, et judicium obumbrare possunt* ». Cicerone *Tusculan. lib.* 4. *cap.* 12. chiama l' ira *avvocata* della forza necessaria a propulsare i torti: utile *ubriachezza* dell' animo, ed util *pazzia*.

(3) Gregor. *Moral. lib.* 5. *cap.* 30. « *Irae suae stimulis accensum cor palpitat, corpus tremit, lingua se praepedit, facies ignescit, exasperantur oculi, et nequaquam recognoscuntur noti; os quidem clamorem formal, sed sensus quid loquatur ignorat* ». Questa pittura è più caratteristica di quella di M. Annaeo Seneca *De ira lib.* 1. *cap.* 1., e di quella di L. Annaeo Seneca *In Med. v.* 590 *et seq.* senza discutere a chi de' due, o se ad altri che all' un de' due le tragedie appartengono.

dolo di proposito si mascheri accortamente sotto il velame, e sotto le sembianze di dolo d'impeto. Ma qualunque pur fosse il più vero motivo della imputazione, poichè ella avrebbe nella offesa con impeto una comune origine con quella della offesa colposa, la quantità in quella non potrebbe di troppo eccedere la quantità che in questa è stata sempre adottata (1).

Imperocchè se il carattere intrinseco dell'offesa nell'impeto della collera apparisce esser tale, che ella non sia guidata dalla ragione (2), vano sarebbe ogni più acerbo rigore per impedirne gli effetti; e la legge potrebbe con miglior successo rivolgersi agli amministrativi espedienti atti ad ingentilire, e rendere nel loro slancio meno feroci, e brutali le passioni, che nel cuor dell'uomo hanno potere di divampare colla prestezza del fulmine (3).

La offesa semplicemente improvvisa, quella cioè, che senza titolo o di giustà difesa, o di giusto dolore, o di violenta provocazione, o d'ira, in mezzo della rissa infiammata, altra indole morale non ha se non il non essere premeditata, occupa l'infimo grado delle scuse, che la giustizia comparte all'azione umana per non essere accompagnata da tutta la libertà e da tutto il senno, che avrebbe dovuto guidarla. Questa offesa è pur cagionata da passione d'impetuoso carattere, ma la sproporzione della sua causa cogli effetti, che essa produsse, mostra una indissimulabile se non completa, e perfetta malvagità. La effervescenza dell'animo in quest'ultima azione apparisce di troppo facile, e pronto carattere a suscitarsi onde può nascer sospetto, che più da orgoglio, i cui

---

(1) Un canonista, Diana *Part.* 2. *tract.* 15. *Miscell. resol.* 19, asserisce doversi riputar *casuale* la offesa in rissa. Seneca ravvisa la offesa rissosa come commessa fuori della intenzione perchè « *Homo cum irascitur extra suum corpus est* ». S. Tommaso *Dict. quaest.* 156, ammessa la organica causa dell'ira, soggiunge, che sensabile dee reputarsi nell'uomo tutto ciò che in esso proviene dalla disposizione del corpo, col che stabilisce un'analogia tra la offesa rissosa e la colposa. Non ostante tutte queste ragioni i pratici hanno lungamente disputato tra loro se la offesa in rissa dovesse esser repressa colla pena decretata dalla legge alla premeditata. Farinacc. *Prax. crim. tit. de homicidio quaest.* 125. *n.* 47. In questa disputa è visibile il trionfo del principio politico sopra il morale, il quale, contento di sgridar l'ira come *abito*, fu scrupoloso nel fissare il valore intrinseco *dell'atto* nell'ira. Di qui nacquero i principj sul diverso grado di punizione dell'autor della rissa, e del provocato, avendo voluto il principio politico garantirsi con un grado di responsabilità maggiore del primo: sebbene l'Aquinate avesse scritto non potersi nella rissa discutere della sua giusta, o ingiusta cagione: *quaest.* 58. *art.* 4.

(2) Div. Thom. *Quaest.* 156. *art.* 4, *et quaest.* 158. *art.* 4.

(3) Emblema di questi espedienti è quanto narra la storia sull'uso degli antichi di mitigar la collera colla musica. Clem. Alex. *In Protrept.* Macrob. *In somn. Scip. lib.* 2. *c.* 1.

limiti non si misurano, che da collera, il cui carattere è discernibile facilmente, sia stata prodotta. Un leggiero calore può far bollire lo spirito di vino: un più forte, e concentrato calore è necessario per far bollir l'acqua. Questa riflessione triviale mostra, che il delitto improvviso non può partire da tutti i caratteri, ed ha bisogno d'un temperamento, il quale, sebbene sventuratamente talvolta s'incontri tra gli uomini, non può spesso, e ne' dati generali della umana natura incontrarsi. Questa specie dee perciò valutarsi per la mancanza di premeditazione, che essa presenta, non essendo nè giusto nè politico, che si rimproveri come premeditata un' offesa, che tal realmente non è (1).

Non è da negare, che tra l'impeto, che produce la offesa cagionata da qualificata provocazione, e quello, che produce la offesa improvvisa, un intervallo non siavi, divisibile in tanti, e distinti gradi, pe' quali l'offesa rissosa non possa, per così dire, passare, e dalla colpa al dolo elevarsi; e non è da negare nemmeno, che il misurar questi possibili gradi, ed assegnare a ciascuno il modulo d'imputazione, che gli conviene, sia opera, la quale difficilmente può essere dalla legge intrapresa: conciossiachè tutto in sì fatta materia dipende da circostanze di fatto, che la legge litteralmente non potrebbe mai antivedere. Ma la legge, che non può nè dee guidare il criterio dell'uomo, può ben racchiuderne in certi confini l'arbitrio, e fissar canoni generali di critica, in luogo de' quali non sia dato al giudice di sostituire il privato suo senno.

Poichè il dolo di proposito parte sempre da una causa passionata sì ma razionatrice, il vero criterio per determinare il carattere, e i giusti gradi del dolo d'impeto consiste tutto nelle osservazioni di fatto, le quali nel modo di condursi del delinquente includono la causa *impulsiva*, ed escludono la *raziocinativa*. L'odio: il desiderio della vendetta hanno lo stesso fomite dello sdegno, ma camminano al loro scopo in un modo interamente diverso, e un' ordinaria sagacità sa distinguere il loro morale carattere.

Le violente scosse dell'ira, manifestandosi con segni esteriori, i quali annunziano l'interno turbamento dell'animo, dipingono in ogni moto di chi ne è acceso una volontà rapida, violenta, la quale va dritta al suo scopo: rovescia gli ostacoli: si mostra coraggiosa, imprudente, e non cura la pubblicità de' suoi passi, o pazzamente se ne compiace. I me-

(1) Cic. *De off. lib.* 1. « *Injuriae vel consulto sunt vel repentinae: leviores sunt repentinae.* » Cod. *lib.* 9. *tit.* 16. *l.* 1. « *Ceterum ea, quae ex improviso casu potiusquam fraude accidunt fato plerumque non noxae imputantur* » ove la Glossa soggiunge « *Et nota quod non dicit hic casu fortuito sed improviso.* » Vedasi qui sopra a *pag.* 267 *not.* 3.

ditati, e nascosi passi dell'odio, e del desiderio della vendetta annunziano una volontà riflessiva: una libertà in supremo grado nella scelta de' mezzi più acconci a meglio, e più facilmente consumare il delitto: un fino accorgimento nel calcolo delle circostanze al suo pravo proposito le più opportune (1).

Nè il tempo, nè lo spazio ha per l'odio e per la vendetta circoscrizione di limiti. Questi sentimenti feroci si rafforzan nel tempo, il quale versa il suo balsamo salutare nelle più profonde, ed esacerbate piaghe dell'umano cuore, e le lunghe, e nojose stazioni in luoghi orridi, e solitarj, e il penoso pellegrinare attraverso terre inospitali, e selvagge non gli sgomenta (2).

Volendo ben designare la linea, che una volontà impetuosa rapidamente, e drittamente segue dalla circostanza, che le comunicò l'impeto, al delitto, nel quale cerca il suo sfogo, conviene apprezzare intricatissime condizioni di causa, di spazio, di mezzi, di tempo, e di modo, che i declamatori disprezzano perchè l'orgoglio della parola non vuole impacci.

La causa concitatrice dell'impeto per la sua maggiore, o minor gravità, per la sua maggiore, o minore ingiustizia non segna quella linea ma la rende discernibile onde farlo ravvisare più, o meno scusabile. Ma se, esistendo la causa idonea a concitar l'impeto, può scorgersi, che nell'animo dell'agente sopravvenne altra causa di agire per se stessa d'indole razionatrice, la moralità di questa causa assorbisce quella dell'altra. e il delitto non può altrimenti giudicarsi impetuoso (3).

L'odio, ed il desiderio della vendetta agiscono in uno spazio più largo, che non lo sdegno. Questo sentimento è tanto più credibile quanto più il mezzo di nuocere fu vicino al luogo ov'esso si concitò, cosicchè il progetto di offendere apparisca essere stata una tentazione improvvisa, che le circostanze somministrarono all'ira, e da cui le fu difficile liberarsi (4).

---

(1) Debolmente, ed inesattamente è fissata la differenza della collera e della vendetta da W. Paley *The principles of moral, and political philosophy vol.* 1.

(2) Vedasi ciò che narra Gibbon *History of the decline, and fall of the Rom. Empire chapt.* 50. sulla longevità delle vendette degli Arabi. Bayle *Pensèes sur la comete du* 1680. *vol.* 1. *pag.* 338 sui patimenti, ai quali il vendicativo per giungere al proprio scopo si sottopone: Alibert *Phisiologie des passions vol.* 2. *pag.* 220. su i lunghi viaggi dal vendicativo intrapresi per sterminare l'oggetto dell'odio suo.

(3) L'Avvocato Francesco Lauria *Esposizione delle leggi penali del Regno delle Due Sicilie: Napoli* (senza data d'anno) *pag.* 386. riporta, e condanna la giurisprudenza di alcuni scrittori Napolitani, i quali vogliono scusato il delitto, che ebbe per prima causa lo sdegno, ancorchè il delinquente abbia fatta diversione ad atti, che all'ira non rifericonsi.

(4) *Dig. lib.* 43. *tit.* 16. *l.* 3. §. 9. ove Ulpiano si esprime « confe-

Se i mezzi di nuocere, comunque in dosso all'irato presentino il carattere d'una materiale destinazione a quest'oggetto soltanto, nè la loro struttura offra referibilità ad un uso economico, questa circostanza fa sospettare una preventiva inclinazione dell'animo al sangue, e alle stragi, e questo caso possibile può elevare l'offesa rissosa al grado del dolo (1).

Il tempo se non placa l'odio, e il desiderio della vendetta, placa in supremo grado lo sdegno, il quale come violenta situazione dell'animo non può essere durevole. Il tempo debb'essere considerato qual esso è come successione delle nostre idee (2). Quelle, che l'impeto risvegliò, debbono per la sola durata del tempo cedere il luogo ad idee più moderate, e più calme, ma il fissare questa durata o a ore, o a giorni non è mezzo sicuro a sodisfar la giustizia. Se le idee risvegliate dall'impeto appariscono o sospese dal sonno, o interrotte da pensiero, che niuna relazione ha collo sfogo dell'ira, si può dire, che il delitto, avvenuto dipoi, riconosce altra causa morale che l'impeto, e che l'odio, e il desiderio della vendetta ne presero il luogo (3).

Se l'irato per giugnere allo sfogo della passione, che l'agita, ha dovuto rimuovere ostacoli, i quali per questo effetto abbian richiesto sagacità, e sottigliezza d'ingegno, comechè esse vogliano grande pacatezza dell'animo, converrà credere che il delitto sia premeditato piuttosto che commesso nell'impeto. (4)

Se la passione scusabile come spinta al delitto non può nascere se non dall'aspetto del male, il quale agisce sull'animo o come imminente pericolo di perdita grave, o come repentino dolore, o come impeto istantaneo, niun'altra passione di diverso carattere può scusare il delitto, di cui ella è *causa* assai più che *spinta* a commetterlo.

---

stim non ex intervallo » sebbene questa sentenza non abbia niente che fare col delitto commesso nell'impeto.

(1) Tutte le ragioni per sostenere nell'omicidio rissoso una pena di scopo esemplare si desumono dalla volontà d'uccidere, che nell'agitato dalla collera si suppone, su di che distinguendo due specie di volontà fu parlato qui sopra a pag. 272. La circostanza dell'arme offensiva fa nascere i termini d'una rigorosa applicabilità del contrario senso della *L.* 1. §. 3. *tit.* 7. *lib.* 48. *dig.* su di che si appoggiano i fautori della opinione esclusiva della colpa nell'omicidio rissoso. De Ros. *Resol. crim.* 22. *n.* 9.

(2) Locke *En essay on the human Unterstarding. b.* 1. *chapt.* 5.

(3) Scandalosa non che falsa è la massima di chi pensa, che anco dopo un anno, ed oltre sia scusabile, e degno di minor pena, l'omicidio del proprio oltraggiatore. Gli autori, che lo sostennero, son citati dal Lauria *Esposizione delle leggi penali del Regno delle Due Sicilie pag.* 385. Un'opinione simile è confutata dal Grassetti *Anat. nec. prod.* §. 2. *n.* 10.

(4) Applicando queste riflessioni al delitto d'incendio sarà difficile

Un Sovrano, che la storia dipinge legislatore, precettore de' suoi sudditi, conquistator di provincie, e conquista di scenica donna, dovea farsi escusator dell'amore, e dei trascorsi, ai quali talvolta conduce. L'Imperator Giustiniano se non parla della forza d'amore colla evidenza patetica, con cui in classici versi Saffo la dipinge come febbre del corpo, e dell'animo (1), lo che è dalla storia, e dal romanzo pur confermato, l'annunzia però come irresistibile al pari dell'ira (2).

L'amore non ha carattere di passione scusabile perchè parte dall'aspetto del bene; e se i suoi delirj posson giungere fino a render penosa, e crudele la situazione d'un cuore, di cui divenne tiranno, ciò accade lentamente, e per gradi, e l'esempio del Petrarca, il quale arse, ed avvampò in un tratto (3), ottimo per il verisimil poetico, non può avere autorità in morale, e in legislazione.

L'amore non può scusare il delitto, il quale consista nel fine, a cui mira: nè può scusare quello, che dall'amante sia stato commesso per respinger gli ostacoli, che si opponevano

---

con cepire in esso possibile il dolo d'impeto. La idea di nuocere altrui incendiando le sue proprietà non ha cosa alcuna di comune come quella di nuocere con istrumento, e con arme. L'odio che agisce sempre in un cerchio larghissimo può porvi mente: lo sdegno, il quale agisce in angustissimi limiti non vi può voltare il pensiero. L'odio cerca tanto le vie dirette quanto le indirette: lo sdegno batte sempre le prime; ed è indiretto il modo di sfogare il risentimento per via d'incendio: perciocchè nulla soffrendo le cose che bruciano, lo sfogo consiste nella idea del cruccio, che ne avrà il proprietario vedendole abbruciate, e distrutte. Ma l'analisi de'sentimenti morali è cosa difficilissima. L'ira, e l'odio sono due sentimenti, che facilmente tra loro confondonsi. S. Tommaso citato dal De Rosa *Resol. crim.* 22. *n.* 21. osservò che l'ira stà all'odio come la *festuca alla trave*. Rigettando altra volta il dolo d'impeto dal delitto d'incendio non volli prender questa per quella. *Jur. crim. elem. lib.* 3. §. 754. *not.* 4.

(1) Nell'ode conservataci da Longino περὶ ὕψους *lib.* 9.

(2) *Nov.* 74. *cap.* 4. col comento di Dionisio Gotofredo perciocchè l'incultissimo Farinaccio attribuisce al Bartolo la imperiale sentenza. *Prax. quaest.* 98. *num.* 79. L'imperatore poteva citare l'autorità dei latini poeti, i quali reputarono irresistibili i comandi di amore,

« *Jussit amor: contra quis ferat arma Deos?*

Tibull. *Lib.* 1. *el.* 6.

e ne fecero un Dio signoreggiatore di tutti gli Dei.

« *Regnat et in domitos jus habet ille Deos.*

Ovid. *Her. Ep. Phedr. Ip.*

nè dissimularono la sua crudeltà nello spingere il cuore umano a più atroci delitti.

Saevus amor docuit natorum sanguine matres
« *Commaculare manus.*

Ovid. *Met.*

(3) Francesca da Rimini nell'Alighieri scusa anch'essa il proprio trascorso con la rapidità con cui l'amore appassiona,

« *Amor, che a cor gentil ratto s'apprende.*

al proprio sfogo o per cuoprirne il rossore. Questa passione scusa la vietata ricezione, o l'occultazione dell' amata persona, la quale abbia commesso il delitto, e può rendere viemmaggiormente scusabile l'impeto, se contribuì o a infiammarlo o ad accrescerlo (1).

La gelosìa, sebben dichiarata dai poeti impasto di timore, e di gelo (2), non può porsi in linea co' sentimenti i quali producono l' azione coatta, o le azioni, che ad essa per analogia si avvicinano. Questa passione collocata dai poeti drammatici tra il ridicolo, ed il patetico può esser bensì valutata come causa, la quale ha potuto produrre l'impeto e renderlo più poderoso, ma non può scusare il premeditato delitto. Un Radamisto potrebbe ottenere scusa in giustizia come in un dramma (3), ma un conte di Rossiglione, personaggio eccellente per rendere sul teatro più interessanti le infelici vittime della sua gelosìa, dovrebb'essere da un giudice senza pietà condannato (4).

L'ira, l'amore, e la gelosìa agiscono sull' individuo: il *fanatismo* agisce sull'individuo, e sulle grandi masse del popolo. La sua distinzione in *religioso*, e *politico* mostra come esso altro non è se non un' esagerata, e falsa idea o sulla natura di Dio, o su quella de' dritti dell'uomo. Mostro or devoto, or demagogo, e feroce sempre: strano mescuglio d'ira, e di calma: d'odio, e d'amore: è una delle febbri le più funeste dell'animo umano (5). Questo mostro, o minacci il sacerdozio, o minacci l'impero, pone sempre in pericolo la società. Taluno ha preteso scusare il fanatismo religioso ne' delitti della moltitudine (6): massima falsa per il fondamento sul quale si appoggia (7): massima pericolosa, e impolitica, valutabile unicamente o perchè la pena colpendo su troppe teste può de-

---

(1) Una rissa con colpi e ferite, nata per causa di amore è narrata dal Boccaccio *Decam. giorn.* 3. *nov.* 5. È notabile la contradizione, nella quale furono lungamente le leggi punendo con esemplare, e smodata severità i delitti di carne, ed ammettendo la scusa dell'amore nei delitti, dei quali era stato la causa.

(2) È noto il sonetto del Casa.

« *Furia che di timor ti nutri e cresci* ec.

(3) Gliela concede il Poggi *Elem. jurispr. crimin. lib.* 1. *c.* 1. §. 21. *not.* 67. sull'autorità del Metastasio a quest'oggetto da lui citato.

(4) Boccaccio *Decam. giorn.* 4 *nov.* 9. È il fatto medesimo trattato dal Belloy nella *Gabriella di Vergy*, e desunto dal celebre antico romanzo detto *della Rosa.*

(5) Ved. qui addietro a pag. 119. not. 2.

(6) Poggi *Elem. jurispr. crim. lib.* 1. *cap.* 1. §. 21. *not.* 67.

(7) Ulp. *Dig. lib.* 47 *tit.* 2. *l.* 39. Il *non enim factum quaeritur sed causa faciendi* può guidare nel fissare il titolo del delitto, ma non è buona scorta nel misurarne la imputazione: nè si sa comprendere come il Poggi cadesse in un equivoco, il quale condurrebbe a cangiare il giureconsulto in legislatore.

generare in un male politico funesto al par del delitto (1), o perchè, ove siano in uso pene crudeli, ogni ragione è buona per escluderne, e per diminuirne il rigore.

§ VI. *Ebrietà.*

Se nello sdegno i violenti moti dell' animo si propagano al corpo, e in convulsione lo gettano, nella ubbriachezza la grande mobilità, che il vino risveglia nelle fibre organiche, si estende all'animo, e in esso suscita una specie di delirio, nel quale la volontà, spinta come piuma da ogni più leggiero soffio, o per l'aspetto del male, o per l'aspetto del bene, corre inconsiderata al delitto (2): ond' è un goffo errore il riferire il delitto dell'ebrietà a mancanza d' intendimento, del quale in una volontà perturbata è follia ragionare (3).

Un grande storico, parlando della legge di Pittaco, che puniva nel delitto dell'ebrietà due delitti, allegata da Belisario nel punire un omicidio, di cui si erano resi debitori due Sciti ubbriachi, osserva essere quella legge più *politica* che *morale* (4); mentre la cosa è tutta al contrario. Il principio morale, che vuol tenuto l'agente d'ogni danno arrecato da lui se raggirasi in cosa illecita, ha illuse le menti più forti, ed ha condotto in errore (5): nè ha saputo il Filangieri sbrogliarsene nel suo tentativo di ridurre a teoria l'asserzione, che il delitto della ebrietà deve imputarsi colle regole del delitto commesso nell'impeto (6).

---

(1) La ragione della diminuzione della pena dipende allora non dalla moralità dell'atto delittuoso, ma da altri, e diversi motivi.

(2) Catullo *In Epithal. Pelei, et Thet.* ha nella pittura de' furori delle Baccanti data quella degli effetti della ebrietà, purchè ella non sia giunta al grado di stupidità a cui talvolta riduce l'uomo, e che l'Alighieri ha sì bene espressa in que' versi,

« Velando gli occhi, e colle gambe avvolte
« A guisa di cui vino, o sonno piega.

Purg. c. 15.

(3) Auct. *Reth. ad Herenn. lib.* 1. *c.* 4. Quintiliano *Inst. orat. lib.*1. *c.* 5. parifica lo stato di ebrietà a quel d'ignoranza.

(4) Gibbon's *History of the decline, and fall of the Rom. Emp. chapt.* 41. *not.* 11.

(5) Senza rammentar Seneca *Epist.* 84. dal quale raccogliesi il giudizio de'moralisti antichi sulla ebrietà, e i suoi effetti delittuosi, è certo, che tutti i moralisti adottarono la legge di Pittaco riprovata da Anacarsi solo perchè era Scita, Puffendorf *Le droit de la nat. et des gens liv.* 1. *chap.* 4. e Barbeirac nelle sue note. Modernamente il D. Paley *The principles of moral, and political philosophy vol.* 1. ripropone come moralista la opinione medesima.

(6) *Scienza della legisl. lib.* 2. *part.* 3. *cap.* 37. Il sig. Pastoret *Des loix penal vol.* 2. *pag.* 150. confuta il Filangieri, ma con argomenti che non appariscono inoppugnabili.

Non vi ha nè ideologica, nè morale analogia tra la offesa dell'irato, e quella dell'ubriaco. La prima ha una causa morale istantanea, e la seconda ha una causa fisica, la quale può formarsi lentamente, e per gradi. L'una scuote la libertà dal suo seggio nell'animo: l'altra quasi falsifica la volontà sostituendo ad essa un principio di moto, ed un impulso ad agire tutto fisico, e organico (1).

L'errore comune, distinguendo la ebrietà *involontaria*, e la *volontaria* (2), ha proposto nel caso della prima una regola di scusa inutile: perciocchè colui, che delinque, essendo caduto senza propria saputa nell'ebrietà, è assimilabile all'alienato di mente (3), ed ha confuso nella seconda l'*effetto* colla sua *causa*, sostenendo improponibile la scusa perchè la ebrietà è un delitto, e niuno può per il proprio delitto render migliore la sua condizione (4). La ebrietà non è un atto ma è il risultato di più atti, quali son quelli di potazione; e questi atti, l'uno dall'altro distintamente considerati, sono per sè stessi o leciti, o indifferenti (5). Il Filangieri, volendo stabilire una

---

(1) Macrob. *Saturn. lib.* 7. *c.* 6. attribuisce la ebrietà a un infrigidimento di fibra, e, compiacendosi di fisiologia, soggiunge *cap.* 7., che il mosto non ubriaca.

(2) Il Bartolo fu il primo a introdurre questa distinzione tra l'*ebro* e l'*ebrioso*. Ant. Math. *De crimin ib. proleg. cap.* 2. *num.* 14.

(3) Nani *Ad Math. loc. supr. cit. not.* 6.

(4) Il signor Fournier in un dottissimo articolo su i principj di diverse legislazioni sulla ebrietà *Thémis etc. vol.* 1. *p.* 101. fissa il punto di partenza di questo abusivo ragionamento nella *L.* 38. §. 1. *dig. ad leg. Juliam de adulteriis*, nella quale si stabilisce, che chi dà opera a cosa illecita è tenuto di tutto ciò che ne avvenne, massima dimostrata erronea qui sopra a pag. 220. Sembra piuttosto, che il ragionamento, e le leggi, che lo adottarono come la ordinanza di Francesco I. in Francia del 1536, e la inglese giurisprudenza di cui Blackstone *Coment. on the laws of Engl. b.* 4. *ch.* 2. §. 3. ritengano la ebrietà volontaria come delitto, e si appoggiano onde progredire ad escluder la scusa nella *L.* 131. *dig. de reg. jur.* §. 1.

(5) Lo sono perchè diretti a sodisfare a un bisogno della vita animale: lo possono essere perchè non in tutti la medesima dose di vino produce gli effetti medesimi. Ciro nella sua lettera agli Spartani vantavasi *vinum potare, et ferre largius*, Plut. *In Artaxerx.* Dario ostentò il vanto medesimo. Athen. *lib.* 10. *c.* 4. Filippo il Macedone gloriavasi *se strenuum potatorem esse*, lo che Demostene diceva essere ottima qualità della spugna ma non di un Re, Plut. *In Demosth.* Senocrate vinse la corona d'oro, che Dionisio avea decretata a chi beveva un congio di vino. Athen *lib.* 10. *c.* 10. Alessandro da Alessandro ha dato un lungo novero di grandi bibite, e di grandi bevitori *Dies gen. vol.* 2. *pag.* 305. Omero chiama bensì αἶθοπα cioè riscaldante, il vino. Gell. *Noct. Act. lib.* 17. *c.* 10. Romolo, sebben non avesse letto la Iliade, non ne dette diverso giudizio, Gell. *lib.* 11 *c.* 19. Gli antichi dettero a Bacco, e alle ingiurie una medesima origine, Athen. *lib.* 2. *cap.* 2, e usarono ai loro conviti all'oggetto di evitare le risse di fare ai convitati le parti. *Id. lib.* 1. *cap.* 10. Ma questi fatti, ai quali si

distinzione tra l'atto assunto da colui, che commette il delitto per colpa, il quale è per se stesso innocente, e la ebrietà, che poi conduce al delitto, e, chiamandola atto illecito per se medesimo, ha confuso l'effetto possibile degli atti di potazione con questi atti suscettibili di essere distintamente l'uno dall'altro considerati. Avrà dovuto certamente chi beve conoscere, che uno, o più atti di potazione di più potevano immergerlo nella ebrietà, e che l'ebrietà poteva condurlo al delitto, come chi agisce con colpa doveva conoscere la connessione possibile dell'atto assunto da lui col delitto. Avvi colpa nell'un caso, e nell'altro; e poichè le mille colpe, insieme unite, non possono formare il dolo, giustizia vuole, che il delitto commesso nella ebrietà, sebben volontario nella propria cagione, sia imputato colle regole della colpa (1).

Perchè queste regole possano non essere applicabili ai fatti, è necessario, che la ebrietà presenti il carattere di *affettata* e visibilmente preordinata al delitto, lo che avviene quando l'uomo, che ne ha già concepito il delittuoso progetto, cerca nel vino una forza, di cui si sente esser privo il suo morale carattere (2).

Che se una leggiera alienazione di mente: un' effervescenza qualunque dell'animo, cagionata da sopportabile ingiuria, bastano ad escludere dal delitto l'odioso concetto della premeditazione, la naturale equità non consente, che una esilarazione sebben leggiera prodotta dal vino non debba esser valutata all'effetto almeno di credere, che il delitto non fu prodotto da una profonda, e meditata malvagità (3).

---

potrebbe aggiungere, che Filippo il Macedone sopraffatto dal vino ebbe ad uccidere Alessandro suo figlio, Quint. Curt. *lib.* 8: che questi per l'abuso che ne fece si rese inabile alla generazione, Athen. *lib.* 10 c. 10., ed ubriaco incendiò Babilonia, Quint. Curt. *lib.* 5. c, 7, che Dionisio il giovine stette ubriaco novanta giorni, Athen. *lib.* 10. *c.* 10, e che un altro Re nella ubriachezza si mutilò, Herod. *Hist. lib.* 5, ottimi tutti per un sermone morale contro l'abuso del vino sul gusto di quelli che ne composero Possidonio e Zenone, Senec. *Epist.* 83, non rilevano al giudizio della vera moralità dell' offesa nella ubriachezza inferita.

(1) È questa la opinione del Tiraquello referita dal Farinaccio *Prax. crim. part.* 3. *quaest.* 93. *num.* 3. confermata dal Poggi *Elem. jurisp. crimin. lib.* 1. *c.* 1. §. 12. *not.* 33. il quale opina per la esclusione del dolo. Per una pena più mite senza distinzione di dolo, o di colpa pronunzia il dritto Romano. Dig. *lib.* 48 *tit.* 3. *l.* 12, *lib.* 49. *tit,* 16. *l.* 6. §. 7 e il dritto canonico.

(2) Poggi *loc. supr. cit.*

(3) Idem *loc. supr. cit.*, Paoletti *Instit. crim. theorico-pract. lib.* 3. *tit.* 9.

CAPITOLO XII.

Del grado dell'offesa considerato nella sua forza fisica.

La forza morale delittuosa può nell'interno dell'animo formarsi colla rapidità del pensiero. Lo scopo, a cui mira la volontà preordinata ad offendere: i mezzi i più opportuni per giungervi: tutto esiste nel delittuoso proposito, e l'offesa contemplata nell'animo di chi la medita è perfetta, ed intera.

Se più individui si uniscono ad inferire la offesa medesima lo stesso accade nel pensiero di tutti, e la infrazione della legge, sebbene in un sol fatto materiale si debba risolvere, quasi si moltiplica per il numero di chi unanimemente meditò, e si propose commetterla.

Ma se la offesa si consideri fuor del pensiero di chi ne concepì il progetto, comecchè ella debba divenire una forza fisica adoprata a distruggere, e qualunque si sia fisica forza debba per legge inevitabile di natura agire nello spazio, e nel tempo, la misura dell'uno, e dell'altro diviene la sua misura, mercè la quale si possono gli uni dagli altri distinguere gli atti, che come passi della fisica forza del corpo la morale dell'animo va producendo collo scegliere i mezzi necessarj a giungere al proprio scopo.

Se nel delittuoso proposito non è dato distinguere i *mezzi* dal *fine*, poichè gli uni, e gli altri nel pensiero esistono senza differenza di spazio, e di tempo, l'assunzione de' mezzi in tale, o tale altra distanza dal fine può esser per gradi contrassegnata nello spazio, e nel tempo, entro al quale la forza fisica è costretta a spiegarsi, obbedendo al delittuoso proposito. In questo sistema ogni fisico atto assunto da chi s'incammina all'offesa può esser considerato per due maniere: l'una apprezzandolo come animato da una intenzione, che si rivolge a produrre tale, o tale altra offesa: l'altra ponderandolo per il suo maggiore rilievo a render l'offesa consumata, perfetta, distinguendo così in due stadj la impresa delittuosa, l'uno contenente gli atti, che, sebbene animati da delittuosa intenzione, pur consumazione di delitto non sono, l'altro contenente gli atti di propria, e vera consumazione.

Questo modo di esaminare la impresa delittuosa si applica al caso, in cui ella venga assunta da *uno*, e si applica a quello, in cui *più* con unanime accordo l'assumano. Il primo caso conduce alla teoria dell'*attentato*: il secondo a quella della *complicità*. Nell'uno, e nell'altro caso vi ha *grado* delittuoso: perocchè nel primo (ammesso, che il delittuoso progetto si soffermi in un atto, nel quale non consiste il conseguimento del fine, nè vada più oltre) vi è una porzione soltanto di forza fisica dall'agente spiegata, ma non vi è l'e-

saurimento di tutta: nel caso secondo, sebbene le riunite forze de' più abbiano ottenuto il conseguimento del fine, è stato necessario, che gli atti assunti per conseguirlo si repartano in certo modo tra tutti onde taluno abbia contribuito meno, altri più colla propria fisica forza all' offesa nel condurla al suo compimento.

Ne' due casi la offesa è piena, e perfetta per la sua forza morale nella *intenzione*, ma è imperfetta, e manca di qualche grado di forza fisica nella *esecuzione*.

CAPITOLO XIII.

Del grado dell'offesa nell'attentato.

Quando la mente umana, quasi addietro volgendosi, contempla d'onde le sue prime cognizioni partirono: dove son giunte, e gli ostacoli, che le convenne superare per giungervi, questa escursione storica è sovente per essa in sommo grado istruttiva, e tanto lo è più, quanto le sue fatiche mirarono a fissare la vera indole d' un oggetto morale, in cui ogni error suo potette divenir funesto alla individual sicurezza degli uomini.

La storia critica de' progressi della umana ragione non offre forse in alcuna materia tanto interesse quanto in quella dell' attentato delittuoso.

Da un lato il giusto orrore, onde un animo ben nato è compreso all'aspetto d' uno scelerato proposito, e a così dir d' una mente, la quale essendosi determinata al delitto, si mostra già intrisa di tutta la sua nefanda sozzura, eccita il principio morale ad armarsi del proprio rigore, e gli strappa quasi di mano la bilancia, con cui divisasse librare il maggiore, o minore pericolo per un ordine, la contemplazione del quale conduce ad esigere la perfezione della virtù. Dall'altro lato l'apprensione, e il terrore, che un delittuoso progetto, già risoluto nella mente del tristo, eccita in chi veglia alla sicurezza de' sociali interessi, vedendoli quasi in balìa d'un uomo pronto a piombare o coll' astuzia, o colla forza sopra inconsapevoli, ed indifesi individui, fa nascere facilmente nel suo pensiero l'ammirabile ma non sempre conseguibil progetto di trovare tra le forze sociali una quanto più è possibile poderosa da sopprimere la forza morale dell' offesa nell'istessa sua culla.

La giustizia sola co' tranquilli suoi calcoli, e bendata gli occhi come i poeti dipingonla (1); sicchè niun timore, niuna

(1) Ved. il *vol.* 1. *pag.* 68. *not.* 2.

apprensione vaglia a commuoverla, può stabilire il vero dritto del delittuoso proposito, e fissare le proporzioni, colle quali, posto al confronto colla sua perfetta, e completa consumazione, debbe essere imputato, e punito. Lo stesso principio politico con uno zelo più temperato, e più calmo (poichè lo zelo nelle umane cose, sempre in se stesso encomiabile, può, connettendosi colle passioni, esagerare con esse), e con migliore esperienza de' bisogni, a' quali dee provvedere, è in grado di scorgere come una utilità, che la giustizia conculchi, è chimerica, e che non vi ha calcolo legislativo, il quale, bene istituito, non dia un risultato utile, e giusto nel tempo medesimo.

Ogni esame rivolto a fissare con esattezza le fasi, e le vicende della forza fisica della offesa sociale è d'un carattere totalmente diverso da quello, che si rivolge a considerare le fasi, e le vicende della forza morale. La forza morale dell'offesa è tutta nell'animo umano, e la fisica è tutta ne' fatti materiali che ne derivano. La semplicità, la costanza, la invariabilità della economia della natura negli elementi della moralità d'un'azione umana non s'incontra nel guasto, che l'uomo agitato da malvagia passione produce negli elementi costitutivi de' sociali interessi: varj tra lor di carattere, e di rilievo: più varj per il diverso modo, con cui gli può la umana prudenza difendere.

Queste riflessioni preliminari conducono a credere, che poco soccorso per la retta determinazione del giusto dritto dell'attentato sia da sperar dagli antichi troppo dominati nei loro politici calcoli dal principio morale: poco dagli scrittori speculativi inclinati sempre a subordinare i fatti ai loro principj: molto dai pratici come imbevuti delle abitudini della giustizia, e provvisti del criterio, che il giornaliero esame de' fatti può solo fornire per ben giudicarne.

Immensa, e prodigiosa è la mole delle opere scritte dal risorgimento delle scienze, e delle lettere in poi sull'attentato delittuoso (1), e tuttora su di esso si controverte, e si disputa (2). Questo fatto può far pensare o che l'attentato delittuoso è materia, che di sua natura si ricusa a scientifico ordinamento, o che il principio scientifico, che può governarla, non è stato ancora bene apprezzato o nella sua speculativa, o nella sua pratica indole. Esiste pur sempre un

(1) And. Ger. Brouwer *Disputatio philosofico-juridica de conatu criminis ejusque puniendi ratione. Dordraci* 1826 conta trentatrè scrittori sull'attentato incominciando il computo da Pietro Ruitz De Ramos nelle sue decisioni Lituane edite nel 1562., e finendo al Lievre, che scrisse nel 1824., nel qual computo molti scrittori mancano, in specie l'insigne Romagnosi, che l'autore non conobbe.

(2) Ciò rilevasi dalle opere di data posteriore da citarsi in appresso.

grande intervallo tra le opere prettamente teoriche, e le prettamente pratiche: e accade spesso, che due maniere di raziocinio, voltandosi vicendevolmente le spalle, si dichiarino l'una dell'altra nemica per questo solo perchè non si sono mai guardate l'una in faccia dell'altra: onde il tentar di provare ad amendue come, e fino a qual punto posson procedere da buone amiche, e compagne, ed oltre a quale progredendo, l'una collo isolarsi dall'altra resterebbe senz'occhio come una delle sorelle di Medusa, che ne aveano uno in tre, non sarebbe inutile assunto.

La difficoltà della ricerca obbliga a separarla in più parti: rintracciando, 1.° la nozione dell'attentato, 2.° il modo di misurarlo, 3.° la regola onde stabilirne la imputazione.

CAPITOLO XIV.

Nozione giuridica dell'attentato.

La nozione dell'attentato dee necessariamente comprendere la sua *definizione*, *l'essenziale carattere della sua teoria*, e *la norma* la più critica, e la più generica, idonea a guidare il criterio pratico nel discernere come attentato un fatto, il quale per gl'incalcolabili aggiunti degli atti umani ne potrebbe avere una fallace sembianza.

Se gravi, e lunghi dissidj manifestaronsi nella definizione del delitto, non minori ne insorsero in quella dell'attentato. Il Filangieri, e il Renazzi, che si gloriano (e la lite pende sempre tra loro indecisa) d'aver ciascun d'essi tentata il primo la teoria dell'attentato delitto, mancano di definizione, nè può ella essere in mezzo a tanta difficoltà trascurata.

La nozione della consumazione creduta da alcuni necessaria alla definizione dell'attentato (1), oltrechè viene in tutte le specie di offesa somministrata dalla lor classazione, e dalla loro respettiva nomenclatura, è un dato per misurar l'attentato ma non per conoscerlo.

La definizione dell'attentato ha ne' primi suoi saggi per ben costituirsi incontrate gravi difficoltà dell'abusiva ed erronea distinzione della teoria, e della pratica, avendo voluto alcuni distinguerla come proponibile in senso *teorico*, e come proponibile in senso *legale*, o *pratico* (2). I giureconsulti Romani, aderendo al loro consueto stile di esser leggi parlanti secondo i bisogni de' pratici casi, e i forensi, loro seguaci, distinsero ben-

---

(1) Wintgens *Dissert. inaug. jurid. de conatu delinquendi, Groning.* 1822.

(2) Wintgens *Dict. dissert. pag.* 1., Faider *Dissert. de conatu delinquendi. Trajecti ad Rhen.* 1825. *part.* 1. *cap.* 1. §. 2.

si col diverso modulo della pena l'attentato della consumazione, ma non lo definirono.

La definizione, straziata come Attèone dai cani dai teorici, ed abbandonata come Arianna da Teseo dai pratici, si trovò smarrita, ed incerta nel paese degli enti di ragione, e non trovò parole, che la esprimessero; peccando sempre d'eccesso col comprendere o atti non aventi carattere estrinseco di delitto, o atti i quali più che all'attentato spettano alla consumazione (1): o col tentare di farsi conciliatrice tra questi due estremi, peccando di amendue, e cadendo in una di quelle, che i logici chiamano contradizioni ne' termini (2).

Se un oggetto, che lo spirito umano prende a contemplare, fosse di sua natura di mero, e assoluto fatto, e d'un' indole, che dal solo, e mero fatto nascesse, converrebbe discutere se di questo oggetto potesse formarsi una nazione veramente scientifica, così generale cioè, e così certa nella propria generalità da poterla a tutti i possibili casi senza timor di sbaglio applicare.

La idea la più astratta, e la più generica, che lo spirito umano possa formarsi dell'attentato delittuoso, è quella d'un delitto pieno nella intenzione di commetterlo, e d'un delitto meno pieno nell'atto, in cui vien commesso. La definizione dell'attentato dovrebbe conciliare questa contradizione di fatto, che esso sempre, e costantemente presenta, ma la sua formula, comecchè razionale, non dovrebbe convertire la contradizione di fatto in una contradizione di concetto, dicendo come alcuni dissero essere l'attentato *delitto e non delitto* nel tempo medesimo (3).

Se l'esame accurato de' fatti, ne' quali dee consistere l'attentato delittuoso, potesse condurre a formarsene una nozione adeguata, converrebbe concludere, vista la grande moltiplicità, e la incompatibilità somma delle definizioni statene poste fin qui, che questa nozione sdegnando d'esser definita sinteticamente come quelle, le quali a oggetti uniformemente ricorrenti si adattano, si contenta d'esser guidata da una analisi scrupolosa ed esatta a scorgere i generali caratteri delle circostanze, e delle cause, le quali escludono da un lato la pienezza del delitto nella consumazione, ed escludono dall'altro il nudo proposito di delinquere, il quale sebben pieno delitto intrinsecamente considerato, tale non è per il suo carattere estrinseco, dal che si dovrebbe concludere, che l'atto, fra questi due estremi considerato, è senza dubbio

---

(1) Il Cav. Cremani *De jure crimin. lib.* 1. *part.* 1. *c.* 6. ha due definizioni dell'attentato, le quali sembrano peccare di questo difetto.

(2) Il ch. Romagnosi *Genesi del dritto penale lib.* 1. *cap.* 3. §. 667. definisce l'attentato *l'esecuzione incompleta* del delitto.

(3) Renazzi *Elem. jur. crim. lib.* 1. *cap.* 4. §§. 2. 3.

attentato delitto. In questo sistema la nozione dell'attentato sarebbe più negativa che positiva, lo che è stato osservato spesso convenire alla indole degli oggetti morali (1), ma si trarrebbe dal grande inconveniente di divenire o insufficiente, o esuberante, o contraddittoria.

Il dire, negativamente esprimendosi, che l'attentato in una offesa è costituito da tutto ciò che manca alla consumazione, se può sembrare esatto per quel che nell'attentato vi ha di carattere materiale, ed estrinseco non lo è relativamente alla necessità di distinguere l'atto di nudo carattere intrinseco, qual è il delittuoso pensiero, dall'atto di carattere estrinseco: mentre la idea di mancanza di consumazione logicamente anco al nudo pensiero si adatta (2).

Il tentativo per una formula, la quale esprima la nozione giuridica dell'attentato, si trova nei primi suoi passi implicato in gravi difficoltà ponderando se la formola debba incominciar da esprimere il niso della volontà, lo che è intrinseco, e inerente all'animo dell'agente, o debba incominciar dall'esprimere quel che, come indice del pensiero, e come parte della impresa delittuosa, ha l'atto di estrinseco, e di visibile. Se la formula incomincia dal primo dato ella autorizza la inquisizione del pensiero, e se comincia dal secondo ella non sa come non confondere colla perfezione fisica della offesa la sua moral perfezione nel proposito di commetterla.

Queste riflessioni posson far credere, che non a torto i pratici si astennero da dare una definizione generica dell'attentato, e che i teorici, poco curando il bisogno de' fatti nel porla, altro non fecero se non lavorare di fantasia, nulla concludendo per la *teoria*, e creando pericolosi equivoci per la *pratica*.

Se l'attentato rigetta di sua natura una definizione teorica, diguisachè la sua nozione giuridica debba risultar piuttosto da un complesso di regole più negative, che positive, anzichè perdersi dietro a una definizione, che come larva più fugge quanto uno più se le appressa, conviene osservare come questa oscura, e perplessa materia ammetta di essere scientificamente trattata, e possa divenir soggetto d'una teoria degna di questo nome.

L'esame dell'attentato obbliga la mente umana a due ispezioni diverse; l'una, che considera quasi nell'animo dell'attentante non lo stato della intenzione, che si suppone sempre e perfetta, e diretta, ma il *fine* a cui ella mirò: l'altra, che considera i *mezzi* che il di lei corpo, considerato come istrumento dell'animo muove come idonei al conseguimento del

---

(1) In questo senso lo storico Giustino osservava tornar meglio la ignoranza de' vizj, che la cognizione della virtù.

(2) In questo difetto è caduta la mia definizione *Elem. jur. crim. lib.* 1. §. 187.

fine. La prima ispezione può dirsi *obiettiva*, e può sortir l'altra il nome di *subiettiva*, nomenclatura, la quale, sebbene siane stato fatto abuso frequente, è la più opportuna, e la più significante ad esprimere il doppio procedimento della teoria dell'attentato delittuoso (1).

La ricerca obiettiva è realmente quella, che domina nella teoria, perciocchè se non fosse noto quale oggetto si propose colui, che attentò nell'agire, non si potrebbe stabilire il critico significato degli atti assunti da lui, i quali debbono apparire come mezzi d'un fine, su cui a tal effetto non dee nascer dubbio.

La ricerca subiettiva, istruita già del fine, che l'attentante si era proposto, esamina il maggiore, o minor danno, il maggiore, o minor pericolo, la maggiore, o minor vicinanza alla consumazione della serie degli atti, che egli assunse per giungervi come forza fisica sospinta da una morale a produrre un fisico, e material resultato. Questa ricerca immagina in questo intento la connessione de' moti del corpo dell'attentante co' moti, che esso in altri corpi produsse fuori di lui, e forma quasi un solo, e medesimo contesto dell'indole *attiva* degli uni, e della *passiva* degli altri chiamando i primi *subietto attivo*, e i secondi *subietto passivo* dell'attentato; e poichè avviene talvolta, che i primi sviluppinsi in tutta la la lor pienezza, come nella consumazione avverrebbe, senza che la consumazione ne accada, o che i primi, e i secondi nella loro materialità appariscan completi, ed esauriti a guisa di piena, e perfetta consumazione senza però che questa presenti il carattere delittuoso dalla legge abborrito, la subiettiva ricerca procede non tanto *nel subietto dell' attentato quanto in quello della consumazione* (2).

Il pensiero, sebben sia il primo moto, il primo respiro del delittuoso progetto, non ha carattere estrinseco da meritargli il nome di attentato delitto (3). Ma ne' segreti moti dell'animo il pensiero d'infrager la legge può prendere atteggiamenti

---

(1) Il Nani *Principj di giurispr. crim.* §. 100. fece uso di questa nomenclatura.

(2) Queste distinzioni sono rese necessarie dalla diversità delle fasi, sotto le quali l'attentato suol presentarsi, conforme sarà dimostrato nel progresso di questa ricerca.

(3) Dig. *lib.* 48. *tit.* 17. *l.* 18. Burlamaqui *Princip. du droit politique part.* 3. *ch.* 4. §. 28. dà di questa sentenza una ragione, che eccita la giusta bile del Romagnosi *Genesi del dritto pen. cap.* 3. Ved. Gasp. a Rheden *De poena cogitationum, Bremae* 1713. Henr. Van Asch Van Wyk *Diss. ad l.* 18. *dig. de poen. sive de poena cogitationum, Traj. ad Rhen.* 1730. Ant. Vereyck *Diss. de cogitatione a poenis libera Lugd. Bat.* 1730. D. P. De Maureguaust *Diss. de poen cogitat. Ultraject.* 1762. Van Hommel *De cogitat., et conat. in poenalib. Lugd. Bat.* 1776.

diversi, o prima di determinare la volontà, o determinandola, prima che il di lei moto assuma forza, e carattere d'intenzione preordinata ad offendere. Pensare al delitto, desiderarlo, concepirne una qualunque velleità non è la cosa medesima d'una volontà, la quale insorge alla offesa; nè il desiderio, o la velleità si può confondere col proposito. Tutte queste distinzioni son necessarie per determinare il dritto delle parole, qualora esse siano il solo atto esterno indice delle segrete preordinazioni dell'animo. Il Filangieri colloca la minaccia tra gli attentati (1), mentre essa quasi trasferendo il delitto ad un tempo avvenire lo esclude dal tempo presente: onde la minaccia sebben possa intimorire, e sia alla sicurezza contraria potrà esser bensì un delitto nella sua specie distinto (2): potrà essere un indizio d'un delitto avvenuto di poi: ma non ha carattere discernibile di attentato. Se la minaccia non ha questo carattere molto meno l'avrà la manifestazione o segreta, o palese ad alcuno del delittuoso proposito o come di tempo passato, o come di tempo presente, o anco come di tempo futuro. Questa manifestazione è invero un atto esterno, il quale indica senza equivoco la segreta intenzione dell'animo d'infranger la legge; ma le parole non son mezzi, co' quali si possa commettere un delitto, il quale consista in fatti, ed esiga la forza del braccio non quella della lingua. La storica manifestazione del delittuoso progetto non può assumere carattere di attentato nemmeno in quei delitti che si commettono colle nude parole. In questi delitti la parola deve costituire il delitto, nè basta che ella narri il proposito di commetterlo, e deve presentare il carattere di mezzo usato per giungere a un fine, in cui consista la offesa. Le parole, che narrano un pensiero, si riferiscono a uno stato dell'animo: onde vanno addietro invece di andare innanzi come è nel carattere della delittuosa intenzione di fare. Esse anzichè porre in pericolo la società ne la liberano perchè rendon più facile il mezzo d'impedire il delitto, di cui esse hanno manifestato il progetto (3).

Non è dunque concepibile l'attentato ne'suoi primi moti se non se in un fatto esterno il quale, oltre all'avere efficacia critica di svelare il delittuoso proposito, che lo ha fatto na-

---

(1) Il Cav. Cremani *De jure crim. lib.* 1. *part.* 1. *cap.* 3. §. 2. *not.* 1. attribuisce questa opinione al Filangieri citando la *Scienza della legisl. lib.* 3. *c.* 38. Ma non è a me avvenuto di rintracciarla.

(2) Di questo carattere sono alcuni delitti contro la *pubblica tranquillità.*

(3) In ideologia, e in morale parlare è agire *The principles of moral and political philosophy by Wit. Paley v.* 2. *pag.* 155. Niente più mostra la necessità di guardarsi negli espedienti di sicurezza pubblica dagl'ideologi puri, e dai puri moralisti quanto il tiranno, ed abusivo principio stabilito dalla celebre *L. quisquis* 3. *cod. ad l. Jul. Majest.*

scere, abbia anco il carattere di forza fisica sufficiente ad effettuarlo.

Ma questo fatto non può criticamente assumere questo secondo carattere se esso non apparisca per se medesimo fuor d'ogni equivoco riferibile a certo e determinato delitto. Se questo atto, posto tra i due concetti o d'uno scopo lecito, e indifferente, o d'un illecito scopo, ad amendue criticamente si presta, esso comunque preparatorio al delitto non potrà con giustizia considerarsi come attentato (1); e se questo atto comunque illecito posto fra i due concetti d'un più grave, o men grave delitto, all'uno ed all'altro conviene, a questo, e non a quello dovrà riferirsi (2).

L'attentato, come elemento, e parte dell'azione delittuosa, deve averne il generale carattere, quello cioè d'offesa della società. Se l'attentato non costituisce la offesa, la minaccia però, e talvolta intimorisce al pari dell'offesa medesima. Conviene perciò, che questo atto presenti per se medesimo idoneità, vale a dire forza proporzionata all'offesa, a cui mira, e questa forza deve avere a tale effetto l'attributo di fisica, e di morale. Il primo attributo le manca se i mezzi posti in opera dall'agente sono nelle circostanze così ineguali a quella, che la offesa richiede, che ogni uomo di sana mente lo possa discernere (3). Le manca il secondo attributo

---

(1) L'aggirarsi notturno d'alcuno attorno alla casa altrui, spiando occasione segreta d'entrarvi, è atto o di *ladro*, o di *amante*. È noto l'epigramma fatto al buon senso d'un cane, che sapeva distinguere l'uno dall'altro;

« *Latrans excepi fures, taciturnus amantes*:
« *Sic placui domino, sic placui dominae.*

Il Menagio elegantemente tradusse

« *Latrai pe' ladri, e per gli amanti tacqui*;
« *Così a messere, ed a madonna piacqui.*

(2) Ulpiano, ponderando, che l'ingresso nella casa altrui può aver avuto l'oggetto o d'ingiuriare, o di rubare referisce l'atto alla ingiuria, e non al furto *Dig. lib.* 47. *tit.* 2. *l.* 21 §. 7. Il Poggi *Elem. jurisp. crim. lib.* 4. *cap.* 1. §. 6. osserva, che la risposta d'Ulpiano non potrebbe più servir di norma dopochè il furto divenne delitto pubblico. A me non riuscì mai di digerire questa sentenza. Il celebre Savigny *Dissert. inaug. jurid. de concursu delict. formali Mart.* 1800 *pag.* 13—15. prende ad illustrar questa legge. Frid. Cropp. *Comment. de praecept. jur. Rom. circa puniend. conat delinq. Heidelbergae* 1813. *pag.* 45, crede proponibile l'azione del delitto, e quella dell'attentato. Forse egli ha considerata e decisa la controversia agli effetti del giudizio civile, nel quale tutte le azioni dal fatto nascenti sono da proporsi, riservato al giudice di aggiudicare all'attore la più pingue secondo la interpretazione dell'Averani *Interpret. juris lib.* 3. *cap.* 14 su di che più partitamente discorrerò dovendo trattare della concorrenza delle pene pubbliche.

(3) Lo stesso Ulpian. *Dig. lib.* 47 *tit.* 2 *l.* 21. §. 8 dichiara improponibile il concetto di furto nel caso in cui alcuno si sia accinto a rubar cosa, al cui trasporto le sue forze fisiche non erano proporzionate.

se si tratti o d'intenzione *imperfetta*, o d'intenzione *indiretta* quale si suol concepire o nel dolo d'impeto, o nella colpa. Nell'uno, e nell'altro caso non vi può essere nell'animo dell'agente appensato calcolo d'una connessione necessaria tra i mezzi, che egli ha tra mano, ed un fine distante. L'animo perturbato, e commosso agisce, e si spinge nella direzione dell'impeto, che lo pervade, e tutto quel più che produce è sfogo, e non calcolo (1). L'animo negligente mira ad un fine lecito, onde non è in questa sua mira da supporsi un illecito fine. La imputazione di queste due maniere d'essere dell'animo umano non può eccedere il fatto, che esse hanno presentaneamente prodotto, nè è da sospettare, che il fatto sia stato posto in essere per aprirsi la strada a eccesso più grave (2).

Consistendo il generico carattere dell'attentato nell'assunzione d'un mezzo necessario a conseguire un fine in certo, e determinato delitto, la *logica* connessione de' mezzi co' loro fini può facilmente condurre in errore, e far ravvisare attentati ov'è realmente consumazione (3).

Generalmente parlando il fine è quello che caratterizza il delitto, ed obbliga a stabilire il suo vero titolo (4), dovendosi più apprezzare la causa di fare che il fatto (5) per le cose altrove già dette sugli effetti della forza morale della offesa (6). Ma questa regola, vera sempre nel suo carattere *logico*, non lo è sempre applicata ad oggetti morali, o politici. Se con questa regola si giudicasse del *latrocinio*, converrebbe credere, che la strage fosse furto attentato mentre ella è mezzo per giungere a questo delitto, onde convien giudicarne non con regole logiche, ma con politiche regole. Quando in un contesto di azione delittuosa scorgesi, essere maggior danno nell'*effetto* che ella ha prodotto, che nel *fine* che meditava produrre, dimodochè nel linguaggio della teoria siavi più nel *subietto* che nell'*obietto*, l'eccesso dell'attentato in questo ca-

---

(1) Lo avvertì anco il Nani *Principj di giurisprud. crimin.* §. 108.

(2) Non so comprendere come i dotti legisti della Germania abbian potuto discutere se nella colpa si possa concepire attentato quando per parlar di colpa è necessario un fatto ad altri dannoso. Questa inconcepibile disputa è indicata da Heusler *Dissert. de ratione in puniendis delict. culpa admiss. pag.* 40. *not.* 5.

(3) La imperfezione, nella quale trovasi sempre la teoria dell'attentato, è dimostrata dall'osservarsi, che la distinzione dell'attentato in senso *teoretico*, e in senso *legale*, di cui quì sopra a *pag.* 297, è nata dal non essere stato apprezzato che l'attentato considerato in senso *logico* è una pretta vanità, e che conviene apprezzarlo in senso *politico*. Da questo errore non va immune Max. Aug. De Keteldhot. *Diss. de consummatione delictor. Gottingae* 1826.

(4) Dig. *lib.* 47. *tit.* 2. *l.* 83.

(5) Dig. *lib.* 47. *tit.* 2. *l.* 40.

(6) Vedi quì sopra a *pag.* 41.

so obbliga ad abbandonarne il pensiero, e ad anticipar quello della consumazione, non ravvisandolo altrimenti nel conseguimento del fine, che l'attentante erasi proposto di aggiungere.

Questa teoria si giustifica coll'osservare, che la pienezza della forza morale dell'offesa verificandosi nell'assunzione del *mezzo* come moto progressivo verso d'un *fine*, presenta nel fatto, che ella produce tra via tutti i requisiti, e tutti i caratteri d'un'offesa non attentata ma consumata, vale a dire piena e perfetta malvagità: piena, e perfetta infrazione d'un dritto, che la legge ha voluto proteggere; onde la giustizia non che la politica è obbligata a punir nel mezzo il delitto più grave, e a non curar nel *fine* il men grave (1).

Questa teoria o non fu ben concepita, o non fu bene appresa dal Cavalier Filangieri allorchè disse, che l'attentato può, e deve esser punito come consumato delitto quando si manifesta con atti, che la legge ha vietati, nel che fu da altri acremente rimproverato (2). Prima di discutere se l'attentato debba esser punito al pari della consumazione convien l'uno dall'altro distinguere onde non dare erroneamente alla consumazione il carattere di attentato, e quindi con non minore errore soggiungere, che la consumazione è uno di quegli attentati che la legge ha vietati. La teoria deve fissare, che l'attentato in qualunque azione contraria alla legge si distingue dalla consumazione come il *mezzo* dal *fine* in tutti i casi, ne' quali la legge medesima non abbia altrimenti prescritto, fissando la consumazione nell'uso del mezzo anzichè nel conseguimento del fine delittuoso, al quale l'uso del mezzo aspirava.

Questa teoria si connette talvolta con quella de' delitti *concorrenti*, i quali costituiscono altrettanti fini separati, e distinti tra loro, e dei quali non è quì luogo a discorrere: perchè la regola, la quale dichiara i men gravi assorbiti dai più gravi, fornisce i risultati medesimi di quella, che non calcola i mezzi come assorbiti dal fine per il quale furono posti in uso (3). Se invece di due delitti, l'uno servito di

---

(1) Inesattamente, ed oscuramente tratta questa materia il Nani *Principj di giurispr. crim.* §. 119.

(2) *Scienza della legislazione lib.* 2. *part.* 3. *cap.* 37. Il Romagnosi con subita esaltazione di bile, e con tutta giustizia lo taccia d'*inconsiderato scrittore*. *Genesi del dritto penale, prima edizione, pag.* 341. Brower *Diss. philosophico-juridica de conatu criminis etc. sect.* 1. §. 4. *pag.* 7 immagina che le disposizioni del codice penale francese sull'attentato siano modellate su i principj del Cav. Filangieri, senza ben ponderare se questo scrittore realmente ne avesse.

(3) Il Nani *Principj di giurisprud. crimin.* §. 126. parla di delitti *composti*, espressione da cucina, la quale svela in questo altronde egregio scrittore una totale mancanza di pratica.

mezzo all' altro, si trattasse di circostanza aggravante di tale, o tale altro delitto, che si verificasse nell' uso d' un mezzo necessario a commetterlo, il caso non apparterrebbe alla nozione giuridica dell' attentato, ma spetterebbe alla sua misura.

Ma la distinzione de' mezzi dal fine in una impresa nociva non è sempre discernibile chiaramente, onde la legge possa con sicura scorta decidere quando la consumazione debba esser fissata nell' uso degli altri. Siccome la ragione d' imputar l' attentato consiste tutta nel pericolo, che esso minaccia alla sicurezza pubblica, e alla privata, questo pericolo è talvolta tanto grande, e tanto imminente, che la legge si trova obbligata a non considerare nella impresa delittuosa il contesto de' mezzi co' loro fini, ma a concepir la consumazione appena che un mezzo di questa indole si presenti, fino al punto di non ammettere neppure il concetto degli atti *preparatorj*.

Tutta questa materia è dominata dal principio politico, e perciò soggetta agli errori, ai quali facilmente conducono o le sue esagerazioni, o i suoi timori, ed ha perciò bisogno d' una vigilanza scrupolosa, ed attenta per la parte della buona critica, e della giustizia.

Se vi fossero alcuni delitti, ne' quali il conseguimento del fine ne rendesse impossibile la imputazione, il valutarli per la loro consumazione, e il dichiararli, questa avvenuta, imputabili, sarebbe un controsenso ed un' inettissima idea. Per questa ragione i delitti *direttamente politici* non ammettono attentato, e tutto in essi è consumazione, quando concorre un atto, il quale, non essendo nè minaccia in parole, nè manifestazione storica del pensiero, non lascia o col suo fisico, o col suo morale carattere in dubbio sull' animo ostile, che animò l' individuo. La ragione di questa severa sentenza nasce dalla natura stessa del delitto direttamente politico, il quale come guerra intimata allo stabilito governo gli dà il dritto senz' altro aspettare di farla a colui, che glie l' ha già dichiarata (1).

Quando l' atto non offra di sua natura la pruova d'una ferma, e decisa dichiarazione di guerra contro lo stabilito governo o per distruggerlo, o per variarne la forma, qualunque di fatto ella siasi, la polizia, emanazione più, o meno diretta della politica necessità, può bene apprendere il peri-

---

(1) Vedasi ciò che fu detto qui sopra a *pag.* 71. Il Nani professa il principio medesimo *Principj di giurisp. crim.* §. 128. ma sopra ragioni assai deboli, ripetendo la divulgata sentenza di Catone di cui Sallust. *De bell. Cat. cap.* 32. Questo scrittore accoglie però con troppa fiducia le disposizioni del *Cod pen. francese* negli *art.* 88. 89. giustamente censurate da Destriveaux *Essay sur le cod. pènal c.* 1. *sect.* 2. *pag.* 8. *et seq.* Bavoux *Leçons prelim. sur le cod. pèn. ou examen de la législat. crim. pag.* 49. Wirtgens *Cit. dissert. pag.* 23. *in not.*

colo di certi atti, ma la giustizia non permette di considerarli come attentati del delitto politico, e perciò alla consumazione parificabili. Allora la idea di tanti separati, e distinti delitti in questi atti non nasce dal bisogno della sicurezza pubblica ma nasce da quello della sicurezza individuale. Così i *collegj illeciti*, i *tumulti*, le *sedizioni*, sebbene atti pericolosi per lo stabilito governo, non vogliono esser considerati per modo di regola come attentati di delitto direttamente politico ma debbono esser considerati piuttosto come delitti separati, e distinti nelle loro rispettive specie, aspettando, che circostanze di fatto, le quali possono in qualche cosa pur sopraggiungere, dian loro atteggiamento di quel più grave delitto (1).

L'indole di certe violenze pubbliche è tale, che, sebbene a prima vista possano le loro specie sembrare niente più che attentati, pure la loro politica indole, e l'effetto che esse producono nell'ordine della città le dimostrano consumati delitti (2). Alcuni criminalisti hanno considerato lo *scopelismo* o minaccia segreta di morte diretta a ottenere da alcuno o un lecito, o un illecito fine come attentato (3), non ravvisando, che la offesa minacciata, come fu osservato altrove, non è nè eseguita, nè attentata. Lo scopelismo costituisce un consumato delitto in quanto il suo vero carattere, di non grave nocumento alla minacciata persona perchè può puorsi in guardia dalla minaccia, consiste nello spavento pubblico, che esso risveglia, facendo conoscere, che esistono ascosi nella città uomini brutali, e feroci, i quali arruotano i loro pugnali, e nelle tenebre gli brandiscono pronti ad immergerli in ogni petto per soddisfare alle ingiuste lor brame. La nozione giuridica dell'attentato dipende dunque dalla più vera idea, che il legislatore dee formarsi del danno, che può produrre un'offesa. Nel delitto d'incendio, se si dovesse con Blackstone considerare il danno delle abitazioni (4), non vi sarebbe attentato, e solamente converrebbe dividere la consumazione nella proporzione geometrica di quella, che le fiamme avessero arrecato a una casa. Se il delitto dovesse considerarsi col Filangieri come nocivo alla salute pubblica (5), non vi sarebbe

(1) Il dritto romano non aveva difficoltà di porre il collegio illecito tra i delitti di maestà *Dig. L. 47. tit. 22. l. 2.* in unione alla *L. 1. tit. 4. lib. 48.* Gothofr. *Comm. in Cod. Theod. lib. 9. tit. 14. l. 3. pag. 100. col. 2.* Gli altri delitti quì rammentati comprendevansi tutti sotto il titolo di maestà *Math. op. cit. ad lib. 48. tit. 2. cap. 2.* Ho tentato di dare miglior sistema a questa delicata materia nell'opera *Juris crim. elem. lib. 3. §§. 678—681.*

(2) Le leggi romane allegate da Frid. Cropp. *Commentatio de praeceptis jur. Roman. circa puniendum conatum delinquendi*, *Heidelbergae* 1813. *sect. 2. it. 3.* come punitive d'attentata pubblica violenza non contemplano attentati, ma consumati delitti.

(3) Renazzi *Elem. jur. crim. lib. 1. cap. 4. §. 9.*

(4) (5) Ved. quì sopra a *pag.* 62.

consumazione finchè esso non avesse prodotta la peste, o altra malattia in uno, o più individui.

Il danno ne' delitti contro la giustizia pubblica, sebbene stabilita nell' interesse de' privati, non si dee rintracciare nelle perdite patrimoniali, che ad essi possono arrecar que' delitti. Il Renazzi colloca la calunnia tra gli attentati, ed è singolare assai, che nel suo sistema lo scopelismo, e la calunnia non avrebbero consumazione (1). Ma il sistema del Renazzi ha il falso dato di considerare la consumazione della calunnia nella condanna dell' innocente. Il danno ne' delitti contro la sicurezza privata può ben ravvisarsi come segno della loro consumazione nell' individuo, che lo soffre, ma ne' delitti, la indole de' quali dipende da quella del corpo politico, dee ravvisarsi nella violazione della parte dell' ordine pubblico che attaccano, non nei privati, che possono in un ultimo risultato ferire. Se la calunnia potesse esser considerata come attentato converrebbe pur considerar come tale la compra del suffragio nell' ambito, aspettando la consumazione nel tristo uso, che il magistrato, scelto per questo sordido mezzo, facesse della sua carica. Converrebbe ravvisare come attentato il baratto, che il giudice fa della giustizia con il denaro, aspettando la consumazione nella esecuzione della comprata sentenza. La calunnia è un delitto perfetto nella sua specie quando la falsa accusa è stata dal calunniatore presentata in giudizio, ed è stata solennemente ratificata, e, se per dirla tale conviene aspettar la sentenza d' assoluzione dell' innocente, ciò dipende dalla indole, e dall' ordine de' criminali giudizj, del che non è qui luogo a discorrere: perciocchè l' indole caratteristica della calunnia è la violazione della giustizia pubblica nelle funzioni di accusatore, delle quali non ha più sacre la società (2).

Ne' delitti o direttamente, o indirettamente politici, ne' quali il danno è dalla ragione di stato appresa in fatti; il materiale de' quali non ne presenta l' immediato carattere secondo la idea, che gli uomini sono abituati a formarsene, la nozione dell' attentato, o non vi ha luogo o deve essere fattizia come è l' indole di tali delitti.

---

(1) Renazzi *Elem. jur. crim. lib.* 1. *cap.* 4. §. 8.

(2) Il Paoletti *Instit. crim. theor. pract. pag.* 9. qualifica la calunnia consumato delitto, ma non dà alcuna buona ragione di questa sentenza. Il Poggi *Elem. jurispr. crim. lib.* 1. *cap.* 1. §. 25. *not.* 102. ammette la opinione del Paoletti in quanto però la calunnia avesse pena unica dalla legge. Ma quanto delitto sarebbe necessario che la legge stabilisse quando esso è da considerarsi nella sua specie distinto, e quando come *mezzo* per commettere altro e diverso delitto come sarebbe l' omicidio nella strage dell' innocente: caso che Math. *De criminib. ad lib.* 48. *Dig. tit.* 5. *cap.* 1. *n.* 1. riferisce alla legge degli omicidj. È grave danno, che due insigni scrittori pratici come il Paoletti ed il Poggi siano stati così sobrii nello scrivere dell' attentato.

Perchè la nozione giuridica dell'attentato si faccia viemaggiormente palese conviene scendere nella classe de' delitti contro la sicurezza privata. L'individuo, le sue membra, le sue mobili, o immobili proprietà segnano, per così dire, uno spazio visibile, in cui può discernersi con maggiore facilità il punto, che segna il primo atto attentato, e il punto, che segna la consumazione, siccome i punti intermedii rappresentanti i misurabili passi del delittuoso proposito. Non sempre però; mentre l'intralcio talvolta inestricabile de' mezzi, e dei fini: la connessione intima degli uni cogli altri, o lo stato di prossimità grande degli altri cogli uni (sicchè sia necessario nell'interesse della sicurezza sociale dare all'uso del mezzo la valutazione medesima che meriterebbe il conseguimento del fine) producono incertezza, ed oscurità, e rendono necessario l'arbitrio legislativo: di guisa che una generica formula destinata ad esprimere l'astratta nozione dell'attentato, se appaga lo spirito speculativo, diviene inutile per l'uso pratico della scienza.

Ne' delitti, che distruggono la vita dell'uomo la ferita è *mezzo*, e ne' delitti, che violano la integrità e la sanità de' suoi membri, essa è *fine*, onde la connessione strettissima, che vi ha tra la sanità delle membra e la conservazione della vita, può spesso o lasciare in dubbio se la ferita sia stata o mezzo, o fine dell'offesa, e si debba perciò valutare o come attentato di omicidio, o come consumazione d'un delitto dell'omicidio men grave. Il mezzo materiale della ferita, e per essa della uccisione possibile per la sua struttura, e per la maggiore facilità, che esso presenta ad offendere, induce nuove difficoltà onde distinguere dall'attentato la consumazione. Le armi per il pericolo che esse minacciano alla vita dell'uomo, fanno nascere un delitto nella sua specie distinto, il qual si verifica nella lor semplice delazione senza licenza della pubblica autorità, delitto che alcuni hanno male a proposito collocato nella categoria degli attentati (1). La insidiosa struttura di alcune armi da punta, e da taglio, ha obbligato a vietarne interamente l'uso, e a qualificar delitto la lor semplice detenzione (2). La delazione delle armi, atto meramente preparatorio dell'omicidio, e della ferita, è divenuta così per un espediente di polizia un consumato delitto. La strettissima connessione, che nell'uso dell'arme da fuoco vi ha tra il suo uso, e l'omicidio, benchè un grande spazio divida il sacrificator dalla vittima, ha obbligato a rompere per così dire il contesto dell'impresa delittuosa in tanti separati, e distinti intervalli quanti sono i moti necessarj ad uccidere con quell'arme: lo spianarla: lo sgrillettare: l'esplodere quando sia carica di

(1) Renazzi *Elem. jur. crim. lib.* 1. *cap.* 4. §. 7.
(2) Poggi *Elem. jurispr. crimin. lib.* 3. *cap.* 4 §. 36. *not.* 26.

materia atta ad uccidere, ed in distanza da uccidere, qualificando come delitti nella loro specie distinti tanti atti, i quali sembrerebbero doversi giudicare come attentati (1). In tutta questa materia la nozione dell'attentato nella sua astratta generalità, anzichè renderla più metodicamente trattabile, la renderebbe più intralciata e più oscura, tutto dipendendo da un giudizio pratico del valor relativo de' fatti, che la compongono.

Il trasporto di una cosa mobile da un luogo ad un altro, nel che, materialmente considerato, consiste il delitto lesivo del dritto di proprietà, si risolve in dati di spazio, e di tempo assai più facili a percepirsi, che non i moti più, o meno pericolosi d'un ordigno atto a nuocere, e quelli, che può produrre nella spesso impenetrabile economia delle forze vitali dell'uomo. L'atteggiamento dell'attentato in questi delitti si manifesta nel suo valore reale, e sembra prometterne un'esatta nozione. Ma ancor quì la nozione generica dell'attentato, collocata nell'uso del mezzo atto a giugnere al fine della consumazione, è di poco profitto, essendo la determinazione del fine anco in questo delitto fino a un certo punto arbitraria, ed ondeggiante tra la sua naturale importanza, e la sua importanza politica. I Romani considerarono la consumazione del furto nel collocamento della cosa furtiva nel luogo ove il ladro avea divisato o farne uso, o nasconderla (2). Per

---

(1) Il dritto romano parificava al consumato omicidio il solo passeggiare armato di projettile micidiale *Dig. lib.* 48. *tit.* 8. *l.* 1. (*telum* da τηλε *procul longe* Fest et Servius *Ad Aen. lib* 8. *v.* 249) ma esigeva la prova che ciò fosse con animo di uccidere alcuno « *hominis occidendi causa* ». La legge medesima aveva la regola, *dolus pro facto accipitur Dig. lib.* 48. *tit* 8. *l.* 7. Paul. *Sent. Rec. lib.* 5. *cap.* 23 §. 3. È da credere, che per la legge Cornelia la sola delazione del projettile in atto di spiare la occasione opportuna ad uccidere ri riputasse consumato omicidio specialmente allorchè quella legge fu pubblicata, e la pena dell'omicidio era la interdizione dell'acqua e del fuoco, divenuta poi della deportazione, e da Triboniano francamente asserita del taglio della testa *Inst. lib.* 4. *tit.* 18. §. 5. Altrimenti, e spiegando la parola *telum* come significativa d'ogni mezzo atto ad uccidere interpetra la legge il detto Frid. Dan. Sanio *Observat. ad l. Corn. de Sic. etc. Regimonti Prussorum* 1827. *pag.* 70 *et seqq.*

(2) I giureconsulti Tedeschi hanno tre dottrine sulla consumazione del furto nel sistema delle leggi romane; quella detta *contrettazione*: quella dell'*ablazione*: quella dell'*apprensione*. Keteldhot *Dissert. de consummatione delict. etc. pag.* 52., Beck *Dissert. de vera furti consummati notione, Lipsiae* 1809. *pag.* 5—22. La definizione del furto data dal G. C. Paolo, e ritenuta da Giustiniano *Inst. lib* 4. *tit.* 1. §. 1. fornirebbe equivoco lume per ben chiarire tutta questa materia come quella, la quale tendeva a comprendere molte specie di furto, che noi non conosciamo più come tali. Si potrebbe forse dimostrare, che la definizione immaginata pe' casi ne' quali il contratto poteva servire di ve-

i nostri costumi la consumazione di questo delitto si concepisce nel solo trasporto della cosa mobile dal luogo, in cui il proprietario l'aveva collocata a un luogo diverso (1). Il fine del delitto con materiale di vera, e propria ablazione, era dai Romani considerato in un modo prettamente usuale perchè il furto nè giova a chi lo commette, nè nuoce a chi lo soffre se non quando la cosa involata è stata o distrutta, o convertita nell'uso utile di cui è suscettibile. Il fine del delitto fu dai moderni considerato in un modo prettamente politico, nella veduta cioè di viemeglio proteggere il dritto di proprietà sopra cosa di facile trafugazione, e di più facile perdita (2).

Se la lesione del dritto di proprietà si ravvisi nel delitto di falso esso ha con che viemaggiormente illudere l'astratta nozione dell'attentato sicchè il seguirla o non giovi a nulla, o sia facile sorgente di errore. Dal mezzo configurato dalle falsità per illudere altrui, e il fine dell'inganno ottenuto nel carpire le altrui sostanze avvi un grande intervallo, nel quale l'astratta nozione dell'attentato s'intruderebbe senza contrasto, e tutto corromperebbe. La legge, considerando nella configurata falsità la certezza dell'inganno d'ogni uomo benchè fornito di prudenza squisita, abbandona la idea del fine, e colloca la consumazione nel mezzo perchè è troppo stretta, e troppo certa la sua connessione col fine, dichiarando la falsità un delitto nella sua specie distinto. Questa operazione della legge respinge la nozione dell'attentato in più angusti confini, i quali variano secondo le specie diverse di falsità, e in particolar modo di pubblica, o di privata (3).

Ne' delitti contro l'onore del cittadino l'astratta nozione dell'attentato è incompatibile nel materiale della ingiuria o verbale, o scritta, la quale se non è una grammaticale proposizione completa non è nè attentato, nè delitto (4), onde converrebbe cercare i passi dell'attentato della ingiuria scritta

---

lame al delitto non comprendeva il furto con materiale di propria, e vera ablazione come nel caso di manifesto, o non manifesto.

(1) Blackstone *Coment. on the laws of England b. 4. chapt. 17. §. 1. n. 1.*, Paoletti *Inst. crimin. theoric. pract. lib. 4. tit. 1.*, il quale però adotta la definizione di Giustiniano senza notare, che ella non è più buona per noi.

(2) Blackstone *loc. supr. cit.*, De Simoni *Del furto, e sua pena* §. 12.

(3) Ma se la falsità pubblica fu mezzo per commettere un altro delitto, la pena debbe esser di questo, e non di quella, non essendovi in questo caso più nel *subietto* di quel che sia nell'*obietto*. Cod. Leop. *art.* 94, Paoletti *Inst. crim. theoric. pract. lib. 4 tit. 5.* Perchè la ragione di questa regola si verifichi conviene, che la falsità sia tale che oltre all'essere stato *mezzo* d'altro delitto non abbia avuto nelle circostanze potere d'indurre altri in inganno.

(4) Romagnosi *Genesi del dritto penale, ediz. prima p.* 295.

nella sua pubblicazione, la quale altronde o è una circostanza aggravante, o dà allo scritto il titolo, che senza pubblicazione non avrebbe avuto (1).

Ne' delitti contro l'ordine delle famiglie, e in quelli contro la continenza pubblica, i quali tutti consistono nella illecita unione de' corpi, la nozione dell'attentato, oltre all' adattarvisi difficilmente, ha condotto in errori, i quali hanno fatta perdere a que' delitti la loro vera rilevanza politica. Ne' delitti venerei o non aborriti, o aborriti dalla natura, ancorchè accompagnati da violenza, i pratici cercano la consumazione nella materiale lor perfezione, giudicando di queste offese colla giurisprudenza delle ferite, e in ragione della maggiore, o minore profondità, a cui giunsero nel corpo della offesa persona, colla strana, ed indecorosa appendice, alle ferite non certo applicabile, la quale esige la effusione del fluido, con cui il maschio feconda la femina (2). Se si tratta di attentato stupro in femina, o in maschio, o di attentato adulterio sull'altrui donna, accompagnati da violenza, quando è avvenuta la prostrazione della persona, e vinta ogni resistenza, che il pudore poteva opporre, vi ha consumazione perchè la sicurezza della persona è già violata, e distrutta: la difesa del pudore è annientata: la vittima ridotta allo stato di bruto: la opinione di castità, che ne formava un pregio, perduta per la vittima dello stupro: e la opinione della paternità, d'indole in se stessa sì suscettibile, e delicata, tolta al marito nella vittima dell'adulterio. Le passioni, che animano questo delitto allorchè hanno in proprio potere l'oggetto loro, non sono d'indole da dar campo all'attentante di riflettere, che se egli non va col delitto più oltre risparmierà a se stesso una parte di pena: nè il danno, che questi delitti producono, è divisibile in dose maggiore o minore come può pur essere in altri casi.

La definizione dell'attentato dovrebbe esser la formula, che ne esprimesse esattissima la nozione, la quale dovrebbe avere due requisiti: quello di comprendere con filosofica precisione tutti i caratteri dell'attentato: quello di porgere il mezzo di distinguere col suo ajuto in ogni specie delittuosa l' atto di attentato da ogni altro atto, che non ne merita il nome. Il primo requisito sembra impossibile ad ottenersi se si ri-

---

(1) Infatti certe ingiurie scritte senza pubblicazione possono colla pubblicazione divenire libelli famosi. Non può negarsi però, che in queste specie di offese le leggi guidate dal dritto romano non gli abbiano deferenza soverchia.

(2) Il Menochio sull'autorità del Bartolo gravemente decide esser attentato la prostrazione della femina, e tutto il carnale apparato reso inutile « *quod arcta nimis esset mulier* ». *De arbitr. cas. cas.* 363. *n.* 118.

fletta, che la nozione dell'attentato ondeggia tra due estremi, tra il non avere un atto alcun carattere di delitto, e l'aver quello della consumazione: sicchè la nozione, astrattamente prendendola, non saprebbe conciliare questi due inconciliabili estremi. Il possibile del requisito secondo è smentito da quanto è stato discorso fin qui, dimostrando, che il distinguere in un'impresa delittuosa i mezzi dal fine dipendente interamente dalla diversa indole de' delitti, dalla diversità de' mezzi o materiali, o morali, co' quali posson commettersi, e dalla opinione, che il legislatore si è formata del danno, che ciascun d'essi può arrecare all'ordine della città.

Se una definizione dell' attentato potesse essere avventurata, forse converrebbe definirlo *un fatto avente carattere estrinseco di mezzo assunto da malvagio proposito, o idoneo a conseguire il suo fine nella consumazione di certa e determinata offesa sociale.*

Questa nozione dell' attentato meno generica, e meno razionale d'ogni altra è più d'ogni altra diffusa; e non presupponendo di elevare le cose di mero fatto alla semplicità del pensiero, può avere il vantaggio di dare una norma agli umani giudizj ne' casi pratici se non per segnalare con infallibile precisione un atto di attentato almeno per evitare gli eccessi dell' arbitrio nel farlo.

Ravvisare, come alcune leggi si esprimono, attentato punibile quando vi ha atto esteriore, e principio di esecuzione (1), è gittarsi troppo nell' indeterminato, e nel vago. Que' caratteri convengono agli atti animati da dolo d'impeto, ed ov'è questo dolo, non vi può essere, umanamente parlando, attentato. Que' caratteri convengono ad atti o meramente preparatorj, o inidonei a un fine delittuoso, e neppur questi caratteri all' attentato convengono. Il principio di esecuzione è in quel concetto il più fallace carattere perchè la esecuzione è formula di consumazione non di attentato, e perchè vi è un attentato, il qual si verifica in una infruttuosa fine di esecuzione non che nel suo non riuscito principio.

CAPITOLO XV.

Misura dell' attentato.

Difficile, e complicatissima di calcoli di circostanza è per se stessa la cognizione degli oggetti morali allorchè non vengano astrattamente considerati, e debbansi ravvisare nelle speciali configurazioni, che essi ricevon dai fatti, ai quali imprimo-

(1) *Cod. pen. franc. art.* 2.

no il loro carattere e su i quali è necessario proferire un giudizio. Questa difficoltà, già nella nozione dell'attentato manifestatasi, cresce grandemente allorchè se ne voglia calcolar la misura. Ammesso, che un atto qualunque *obiettivamente* considerato sia attentato delittuoso, la sua moralità è certa, ma non è certo il grado, il quale, comecchè *subiettivamente* considerabile, deve ricevere il suo modulo, e la sua nomenclatura dall'indole del fatto, in cui si pretende fissarlo.

Le leggi, che non ammettono differenza tra l'attentato, e la consumazione, per lo più fatte per giudici popolari, e per la *coscienza*, si tolgono da tutti questi imbarazzi. Ma, adottata una volta la massima, che l'attentato non meriti il rimprovero della consumazione, nasce la necessità di graduarlo per non porsi in contradizione con il principio, il quale consigliò a proporzionare il rimprovero al carattere estrinseco anzichè all'intrinseco dell'atto delittuoso.

Le idee rigorose ed astratte di *quantità* si son fatte innanzi in questa ricerca colla consueta franchezza loro, ed hanno proposti calcoli, i quali si son trovati poi inutili affatto nella lor pratica applicazione.

Nello stato di separazione, e di distanza reciproca, in cui debbono necessariamente esser tra loro il primo atto assunto dal delittuoso proposito come attentato, e l'ultimo a cui esso mira per giungere alla consumazione, la mente può formarsi la idea di due punti, i quali segnano uno spazio, ed immaginar l'attentato come semovente, che lo percorre. Questa idea di distanza, o di spazio tra i due ipotetici punti farà facilmente nascer quella di dividerlo come geometrica quantità in due parti eguali, la prima avente il suo principio là dove si manifesta il primo moto visibile del delittuoso proposito, la seconda avente il suo termine là dove la consumazione incomincia. Con eguale facilità può la mente immaginar l'atto assunto dall'attentante o nell'uno, o nell'altro di que' due stadj, dovendosi in questa ipotesi l'atto di attentato trovare o nello stadio che è più prossimo al punto, in cui si manifestò il primo moto del delittuoso proposito, o in quello che trovasi aderente al campo della consumazione. In questo sistema le idee, e le formule di *quantità* mirabilmente, e con geometrica precisione si applicano alla misura dell'attentato, dal che è venuta la distinzione, che se ne è fatta in *remoto*, ed in *prossimo* (1). Ma siccome tutto ciò

(1) L'arbitrio che i pratici inventori di questa divisione dedussero dal foro penitenziario al contenzioso Menoch. *De arbitr. cas cas.* 360. *num.* 58, e la oscillazione, nella qual si mantennero tra la *regola*, e la *eccezione* relativamente al punire, o non punire con pena ordinaria l'attentato *Id. ibid. num.* 64. furono le cagioni che distolsero dal dare

che ha principio, ed ha fine, dee necessariamente avere un grado di mezzo tra l'uno, e tra l'altro, ed ogni creata cosa può concepirsi suscettibile d'un meno, e d'un più, e di gradi intermedj tra il più, ed il meno, applicando quest'ovvio concetto alla misura dell' attentato se ne sono immaginati tre gradi dividendolo in *remoto*, più *vicino*, e *vicinissimo* (1) senza riflettere, che se la ipotetica posizione di due termini *estremi* e d'un *medio*, che oscilli fra l'uno, e l'altro, si è potuta ammettere, sebbene non con grande successo, nella misura delle affezioni dell' animo umano come il dolo, e la colpa, ciò è avvenuto perchè quelle affezioni sono di carattere più semplice, e ne' loro fenomeni più costanti di quel che non siano i fatti, per mezzo de' quali nella moltiplicità, e nella varia indole de' delitti l'attentato si dee presentare (2).

I giureconsulti Romani, se conobbbero la differenza del delitto consumato, e del semplicemente attentato (3), non parlarono nè della misura, nè del diverso carattere del tentativo (4).

Negli oggetti di pratico uso, ed essenzialmente al fatto inerenti non conviene fidar troppo all' apparente esattezza, che certe contemplative astrazioni presentano. O convien rinunziare a trattarne, o convien piegarsi alla usuale indole degli oggetti, che si prendono a esaminare, diffidando de' generali resultati del raziocinio speculativo, e contentandosi de' parziali del pratico. Applicando ai passi d'una intenzione malvagia, che s'incammina al delitto, le idee geometriche della distanza, si può formare una scala di esattezza eguale a quella del termometro, o del barometro, ma il termine misuratore di qual tempra sarà? Se esso è un compasso o un quoziente

---

una definizione dell'attentato *prossimo*, e del *remoto*, la quale rimase presupposta sempre, ed anco inutile perchè generalmente i pratici lasciarono impunito l'attentato *remoto*. Menoch. *De arbitr. cas. cas.* 360 Quistorp, Stubel, Steltzer, Kleinschrod, Oersted sono tutti per questa divisione, Au. Ger. Brouwer *Disp. philosoph. jurid. de conatu criminis, ejusque puniendi ratione, Dordr.* 1826 *p.* 26 *not.* 5.

(1) Il Boehmero *Medit. ad C. C. C. art.* 131 §. 8., *art.* 176. §. 3., è il capo-scuola di questa divisione, ma avvi implacabil dissidio sulla divisione di questi tre gradi tra i giureconsulti tedeschi Meister, Klein, Hovius, Tittman, Feuerbach, Wepfer, Puttmann Brouwer *Laud. diss. loc. cit.* Il Coccejo *Diss. de jure circa act. imperf. Lemg.* 1728, *sect.* 4. §. 2. distingue quattro gradi.

(2) Le ragioni d'una divisione in gradi delle affezioni dell'animo sono addotte da Titius *Observat. ratiocinant. in compend. jur. Lauterbach. Lipsiae* 1703. *pag.* 249. *observ.* 397.

(3) Dig. *lib.* 2. *tit.* 2. *l.* 1. §. 2. *in fin., lib.* 47. *tit.* 11. *l.* 1.

(4) Le leggi, che Cropp *Comment. de praecept. jur. Rom. circa pun. conat. delinq. pag.* 50 cita per sostenere la distinzione dell'attentato remoto, e del prossimo niente dicono. Il dritto canonico si tenne sulla norma del dritto romano, limitandosi alla distinzione del non perfetto, e del perfetto delitto.

aritmetico la ricerca si risolve in una petizione di principio: se esso è una misura politica conviene indicare d'onde ella derivi, e qual è la ragione della sua pratica applicazione. Gli esempj storici, co' quali si pretendesse di dare una idea concreta delle distanze, nelle quali si trova l'attentato della consumazione, non sarebbero di alcuna utilità perchè la misura è necessaria per i fatti avvenire, non per i passati, ed è raro, che umani avvenimenti si somiglin tra loro. Alcuni sono andati a cercar gli esempj, e le nomenclature dell'attentato ne' persiani romanzi (1). Tra i casi narrati dal Boccaccio ve ne ha uno delittuoso, il quale potrebbe servir di esempio onde praticamente misurar l'attentato (2). Ma tolto di mezzo l'esempio come dare alla regola misuratrice un carattere di generalità, e di costanza, onde poterla senza timore di sbaglio applicare ad esempj differentissimi?

Il punto regolatore della misura dell'attentato è la consumazione, e da questo la sua ordinaria, ed usuale nomenclatura si parte per indicare i suoi gradi. La consumazione è per se medesima quella, che fa nascere la idea dell'attentato, dal che alcuni hanno tratto motivo di stabilire la non difficile tesi, che l'uno è l'opposto dell'altra (3). Ma quando si è trattato di fornire una nozione esatta e precisa della consumazione, la soverchia generalità delle formule sempre facile a presentarsi alla mente dell'uomo, ha reso indefinito, e indefinibile un oggetto il quale per la sua importanza esigeva d'esser collocato, e circoscritto in discernibili, ed invariabili limiti (4).

La prima verità, che nella misura dell'attentato s'incontra è, che la consumazione non può avere una nozione astratta, e generica: che ella è, e dee essere concreta sempre, ed inerente allo special titolo di delitto, di cui occorra misurare l'attentato possibile: perocchè ella non può consistere se non nel fatto materiale, in cui la legge ha considerata la infrazione del dritto, che colla sua sanzione ha inteso proteggere (5). Se si pretendesse di sostenere come alcuni pretesero,

---

(1) Romagnosi *Genesi del dritto penale l. 4. lib. 1. c. 7. §. 731. in not.*

(2) *Decam. giornat. 2. nov. 5.*

(3) Brouwer *De conat. crim. etc. pag. 23.*

(4) Grandi sono i dissidj tra gli scrittori sulla nozione della consumazione. Andarono in diversi pareri Mittermaier, Feuerbach, Herke, Schröter, Kemper, Wintgens, Brouwer, Faider. Diffusa ma non sempre chiara quanto l'istituto suo richiedeva è la dissertazione di Mass. Aug. Keteldhot *De consummatione delictorum, Gottingae* 1826.

(5) Tale è pur la opinione dell'egregio mio amico Mittermaier *Nuovo magazzino del criminale diritto vol. 1. p. 2.*, ma fondata sopra ragioni diverse, che io non credo al caso applicabili. Brouwer. *Dissert. de conat crim. etc. p. 20.* ricusa la competenza del criterio delle leggi positive, ma dissimula quello de' fatti.

che la consumazione per questo modo considerata debba dirsi posta in senso *pratico*, e che lo spirito umano ne può concepire una più larga, e generica in senso *teorico* o *contemplativo* (1), converrebbe osservare, che la idea del delitto nel pensier della legge da costituirsi, e perciò nella economia intellettuale del dritto teorico deve aver preceduta quella della consumazione, la quale non potè nascere se non per la necessità di distinguerla dall'attentato, dimodochè è un' astrazione erronea quella, che intende dividere la idea della consumazione da quella di ciascun titolo di delitto.

Se la legge in un' esatta, e metodica classazione delle offese non avesse a ciascuna attribuito il carattere, che le conviene, la nozione non che la misura dell'attentato errerebbe brancolante, ed incerta senza fisso criterio sul danno maggiore, o minore delle azioni umane contrarie all'ordine della città: su i suoi veri limiti: sulla sua più vera denominazione, avuto riguardo o all'*oggetto* dell'azione malvagia, o al *soggetto* da essa prodotto, e perciò sulla determinazione de' mezzi, o de' fini, secondochè o negli uni, o negli altri debba esser collocato il titolo dell' offesa. Egli è anzi così essenziale alla misura dell' attentato cotesto titolo, dalla sola legge determinabile, che l'averlo genericamente espresso con formula desunta dal modo, con cui la comune opinione degli uomini lo concepisce, ad essa non basta, ma le è mestieri fissare, ed esprimere con esattezza i requisiti di dritto, e di fatto, nel concorso de' quali un' azione umana commessa che sia possa dirsi costituire tale, o tale altro titolo di offesa sociale, divenendo quei requisiti, che la pratica chiama *estremi*, quasi altrettanti punti luminosi nel cerchio della consumazione, i quali fuor d'esso spandono la lor luce, e meglio chiariscono l'attentato, e i suoi passi. Se la legge a modo di esempio adottasse la vaga definizione del furto posta da uno scrittore, degno certo della fama che si connette al suo nome (2), non si saprebbe come, e dove fissar la idea del suo attentato possibile.

La consumazione, come quella, che dee far nascere il requisito principal dell'offesa, quello che serve, per così dire, di base ad ogni altro, cioè la materiale infrazione della legge protettrice del dritto, dee sempre risolversi in un fatto, nè questo fatto può avere un più esteso cerchio di quello, che è necessario a contenere il suo materiale. Ciò avviene nei delitti *semplici* agli occhi di tutti, in que' delitti cioè, che con-

(1) Wintgens *Diss. inaug. jurid. de conatu*, Gron. 1822, Faider *Diss. de conatu delinquendi etc. p.* 2.

(2) Bentham *De l'organisation judiciaire, et de la codification pag.* 435.

sistono nella infrazione d'un solo, certo, e determinato diritto, ma la cosa non è di tanto facile intuizione ne' delitti *qualificati*, accompagnati cioè da circostanze aggravanti, le quali consistono in parziali lesioni di *diritti*, a traverso le quali il malvagio ha quasi dovuto passare per farsi strada alla infrazion del dritto che dà nome all'offesa. In questi delitti, comechè per la parte del facinoroso la infrazione di alcuni diritti sia il *mezzo* col quale egli vuol giugnere al pravo suo *fine*, ella non può dirsi parte della consumazione, ma spetta piuttosto al cerchio degli attentati. Lo scasso, la chiave adulterina, la scalazione nel furto son mezzi onde commetterlo, ma non son furto, e sebbene l'uso di questi mezzi importi infrazione d'un dritto, esso non è quello nella infrazione del quale il delitto di sua natura consiste. Se altrimenti fosse converrebbe dire, che la consumazione si può dividere in due separate, e distinte consumazioni, l'una nella violazione d'un dritto, l'altra nella violazione di diritto diverso, lo che sovvertirebbe tutte le idee di mezzo, e di fine, e non sarebbe più tentabile la classazione delle offese (1).

Nel delitto la consumazione viola la sicurezza: l'attentato la pone in pericolo. È questa la maniera la più generica, e la più teorica di distinguer l'una dall'altra, desumendo, come conviene, la differenza dalla diversità degli effetti, che l'una, e l'altra producono anzichè da quella della loro indole, che come al fatto inerente non può dal fatto disgiungersi.

La distinzione dell'attentato in *remoto*, ed in *prossimo* non può essere praticamente utile se non all'oggetto di unire la ricerca *obiettiva* colla *subiettiva* collocando tra gli attentati remoti tutti gli atti, che stabiliscono senza equivoco la intenzione preordinata a certo, e determinato delitto (2), e tra i prossimi tutti quelli che consistono in assunzione di mezzi di connessione più o meno stretta, ma certa sempre col fine, nel quale il delitto consiste (1). Quando il materiale di un

---

(1) Il Menochio *De arbitr. cas. cas.* 360 *num.* 79 pretende non esser questo caso di attentato ma di delitto nella sua specie distinto.

(2) Alcuni chiamano l'attentato remoto *delitto attentato in senso stretto*, Brouwer *De conatu criminis etc. pag.* 26 *not.* 1., mentre forse dovea dirsi in *senso lato*. Infatti i pratici raramente, dichiarano punibile l'attentato *remoto*, e sostengono che quando le leggi parlano d'attentato intendono sempre di *prossimo*. Menoch. *De arbitr. cas. cas.* 360. *num.* 117. Per la non punizione dell'attentato remoto opinarono Bexon *Code de la surété etc. introd.* §. 6., Schröter *Manuale del dritto penale lib.* 1. § 81., Mittermaier *Nuovo archivio etc. vol.* 2. *pag.* 603—610, Wintgens *Diss. cit. pag.* 82 — 83, Brouwer. *Dissert. cit. pag.* 28.

(3) Meister *Principia jur. crim. l.* 1. §. 37, ed altri chiamano que-

delitto onde completamente verificarsi esige più atti, i quali debbono necessariamente esistere nel tempo, e nello spazio come in molte specie di falso, l'attentato può ben verificarsi nel soggetto della consumazione, ma non cambia carattere perchè il materiale non cessa di essere un mezzo, sebbene la politica, per la sua strettissima, e quasi immancabile connessione col fine vi abbia dovuto considerare il consumato delitto (1).

La relazione intima, che in ogni attentato esiste tra l'*oggetto* che anima l'attentatore, e il *soggetto*, che i suoi moti producono, o nell'atteggiamento, che esso assume, o ne'mezzi ai quali si appiglia, o operando sul soggetto passivo dell'attentato fa sì che sebbene ne' primi si possa creder consistere il *remoto*, ne'secondi il *più vicino*, e negli ultimi il *vicinissimo*, questo concetto sul quale con facilità la mente si acquieta è reso inutile in fatto dalla rapidità, colla quale per la influenza di circostanze che agiscono come tenuissimi, e quasi impercettibili atomi, un atto preparatorio di offesa passa all'indole di attentato prossimo, e minaccioso si mostra sul confine della consumazione.

Taluno medita un insidioso omicidio: dà di mano al fucile carico di materia atta ad uccidere e s'incamina verso la vittima, che sa dover passare per il folto d'un bosco: vi entra accompagnato da' proprj cani da caccia, ed ha la licenza delle armi. Son tutti questi atti preparatorj sì, ma nel loro estrinseco leciti, e quindi a delitto non riferibili. Se quest'uomo lascia i cani in disparte onde meglio nascondersi, e si pone all'aguato presso alla via, che passa pel bosco, tenendosi pronto a ferire chi passa, questi atti fanno tosto cambiar di carattere ai primi, e tutti divengono un

---

sto attentato *incoato delitto*, senza distinguere delitto da delitto. Nella fabbricazione della falsa moneta, o del falso chirografo vi sarà attentato prossimo meritevole del nome d'*incoato delitto* perchè si verifica in un materiale che condotto alla sua perfezione costituisce quel del delitto. Ma nel furto qualificato da scasso, da chiave adulterina, da scalazione, come lo scasso, la chiave falsa, e l'apposizione della scala meriteranno il nome d'*incoato delitto*, se il delitto consiste nell'ablazione della cosa mobile altrui? La roba deve partire, ed un le va incontro.

(1) Sembra che il terzo grado, che alcuni immaginano nell'attentato sia il *colpo mancato* quando cioè per parte del soggetto *attivo* sono stati esauriti tutti i *mezzi* necessarj al delitto, e ciò non pertanto la consumazione non è avvenuta; Wintgens *Diss. de conat. p.* 51—52. Klein, Kleinschrod, Feuerbach, Grolman, e Weber lo chiamano *delitto perfetto, finito*. Brouwer *Diss. de conat. crimin. etc. p.* 26 *not.* 3. Meister *loc. supr. cit.* con miglior formula lo chiama grado sommo. Sembra però più adattata la denominazione di attentato estremo, Cremani *De jur. crimin. lib.* 1. *part.* 1. *c.* 3. §. 8., o atto di *delitto pretergresso*.

complesso di attentati remoti costituenti un'insidia. Ma se le combinazioni di luogo, e di tempo, e di cause già calcolate dall'insidiatore corrispondono al fatto dell'appressarsi della vittima a quel luogo, e l'insidiatore al calpestar che ne ascolta si atteggia in atto di esplodere quando ella apparisce, la scena cambia, e gli attentati remoti si convertono in prossimi, i quali avvenuta la esplosione, e non colpita la vittima cedono il luogo al conato estremo, o atto di delitto di pretergresso.

Il vero criterio misuratore dell'attentato sembra piuttosto consistere nella retta valutazione del maggiore, o minore pericolo, che l'atto assunto dall'attentante minaccia al subietto passivo, su cui egli si propone di agire, o sulla più o meno stretta connessione de' mezzi usati da lui col fine, a cui mira nell'offesa, che intese arrecare. Le difficoltà, che a questo criterio si affacciano, dipendono tutte dalla varia indole del pericolo talvolta fisico, talvolta morale, talvolta politico. Nell'incendio il pericolo è fisico sì perchè appiccata una volta, che sia stata la fiamma l'atto non è più dominabile dalla volontà dell'incendiario, e la fiamma può rapidamente propagarsi a grandi distanze. In questo delitto stretto è il cerchio degli attentati remoti, ampio quello degli attentati prossimi, e l'appiccar della fiamma come atto di consumazione non può meritare il titolo di attentato se non in rarissimi casi, sebbene lo possa, e lo debba meritare il getto del fuoco sulla combustibile massa, la quale per cause dall'incendiario non prevedute non avvampò (1). Nel venificio il pericolo è morale, e fisico nel tempo stesso: morale per la facilità dell'inganno a cui più ceder la vittima: fisico per la prontezza del mezzo a produrre la morte; ed anco in questo delitto la sfera degli attentati remoti deve essere ristretta, ed ampliata quella de' prossimi (2). Negli omicidj qualificati da prodizione, da insidie innominate, e da prave cause come nel latrocinio o nell'assassinio, il pericolo è mo-

---

(1) Nel primo caso la imputazione è regolata dal danno, e nel secondo dal pericolo. Nell'un caso, e nell'altro vi è *principio di esecuzione*, la qual cosa fece nascere le due opposte sentenze del Wintgens, e del Bronwer sulla interpetrazione dell'*art.* 434 del *Cod. pen. franc.* Brouwer *Diss. de conat. crim. p.* 10. *not.* 2.

(2) Brouwer. *Diss. cit. p.* 27. nega la qualità di attentato punibile alla compra del veleno per propinarlo ad alcuno, e ben dice per escludere la sanzione d'una legge, la quale parifica l'attentato al consumato delitto, sebbene siavi nel caso principio di *esecuzione*. Il Menochio *De arbitr. cas. cas.* 359 *n.* 4. dichiara attentato la vendita del veleno, colla scienza del veneficio a cui dee servire, e cita una decisione celebre del Collegio di Bologna. Altrove, *cas.* 360. *n.* 47, dichiara attentato remoto il comprar veleno per propinarlo, ma sembra contemplare il caso di volontario desistimento.

rale per la grande facilità, che la speculazione del lucro ha di appiccarsi a chi cerca non faticosi mezzi di sussistenza, e bene apprezzato obbliga a estendere la sfera de' prossimi attentati. Ne' furti qualificati da scasso, da scalazione, da chiavi adulterine il pericolo è politico, consistendo l'attentato nella distruzione de' mezzi di custodia, che la legge ha autorizzato il proprietario a porre attorno alle sue mobili proprietà. Se l'attentante ha operato lo scasso, se ha fatto agire la chiave adulterina, se valendosi della scala si è aperto l'ingresso ancorchè in niuno di questi tre casi siasi appressato alla cosa, che intendeva rubare, egli si è reso debitore di attentato prossimo. Non sembra però doversi in egual modo decidere se lo scasso, la chiave falsa, o la scala non erano necessarj all'ingresso nel conclave altrui per incuria del proprietario, mentre in questo caso sembrerebbe doversi accogliere il concetto dell'attentato remoto (1), ed ecco che da due atti a distanza eguale dalla consumazione l'uno è più remoto, l'altro è più prossimo.

Non è questo il luogo di esaminare se avendo tutta questa materia sembianza di mero fatto, convenga abbandonarne il giudizio al buon senso dell'uomo, o convenga piuttosto, che un complesso qualunque di scientifiche regole guidi la già esercitata critica del magistrato giureconsulto. Nell'uno, e nell'altro sistema, ove la legge stabilisca una disparità di dritto tra l'attentato, e la consumazione, sarà sempre utile che o la critica dell'uomo, o quella del giureconsulto abbia per quanto è possibile limiti dalla legge prescritti.

La distinzione dell'attentato in remoto, ed in prossimo ha il gran vantaggio di obbligare o l'uomo, o il magistrato a distinguere: perocchè una parola talvolta ha il potere di svelar l'assurdo, che vi ha nell'applicarla o a un'idea, o a un fatto, ed è questo il primo limite, che la legge può porre all'arbitrio di giudicare.

Ne' delitti semplici, in quelli cioè ne' quali si verifica la lesione d'un dritto senza che per giungervi sia al facinoroso necessario passare per la infrazione di altri diritti, il cerchio degli attentati prossimi merita di esser ristretto al confronto di quello de' remoti. In questi delitti vi ha, per dir così, attorno di essi un grande spazio, il quale può esser ripieno o da atti leciti, o da indifferenti. Il solo carattere d'illecito in un atto univocamente referibile a certa determinata offesa non può sempre autorizzare a considerarlo come attentato prossimo perchè illecito è certamente il proposito di delinquere, ma l'atto, che non fa che manifestarlo, non è imputabile come attentato prossimo (2).

---

(1) Ved. quanto fu detto a *pag.* 173, e quanto è per dirsi fra poco.
(2) Vedasi quanto fu osservato qui sopra a *pag.* 171 *not.* 2. Il Poggi.

All'incontro ne' delitti qualificati la delittuosa materia è più larga, e tostochè l'attentante entrato vi sia egli si costituisce debitore di attentato prossimo. La qualità in questi delitti, tostochè nasca, è mezzo per più facilmente commetterli, e costituisce anco la materiale infrazione d'un dritto. Generalmente parlando quando l'attentato consiste nella infrazione de' mezzi qualunque di difesa, che erano destinati a rendere il dritto più sicuro dall'aggressione, esso assume carattere di prossimo (1).

La facilità maggiore, colla quale può un'offesa commettersi, autorizza ad estendere il cerchio degli attentanti prossimi, e questa riflessione tanto è comune a certi titoli di offesa, quanto a tutti indistintamente quando nelle speciali circostanze del caso la loro maggiore facilità ad esser commesse venga in fatto a verificarsi (2).

Tutte queste osservazioni concludono.

1.° Che la misura dell'attentato non può essere con generali caratteri determinata *a priori*, ma è essenzialmente inerente alla diversa indole de' delitti: alle circostanze entro le quali vengono attentati, ed ai mezzi de' quali l'attentante fa uso onde con miglior successo venirne a capo.

2.° Che il carattere dell'attentato remoto è quello di non lasciar dubbio, che l'atto è realmente diretto a certo, e determinato delitto ma, consideratolo come mezzo per giungere a un fine, l'intervallo tra l'uso dell'uno, e il conseguimento dell'altro lascia alle cause atte a impedire la consumazione sufficiente campo onde produrre l'effetto lor salutare diguisachè esso è più d'indole *critica* che *politica*: mentre il carattere dell'attentato prossimo è quello d'un fatto, il quale oltre ad esser diretto a certo, e determinato delitto, apparisce essere l'assunzione d'un mezzo di strettissima connessione col fine.

---

il quale sostiene che l'ingresso nell'altrui casa all'oggetto di rubare deve considerarsi attentato perchè il delitto è pubblico; si pone poi in contradizione con se medesimo con quel che dice del veneficio *Elem. jurisp. crim. lib.* 1. *cap.* 1. §. 25. *not.* 102. La qualità di pubblico nel delitto autorizza a valutarne l'attentato, ma per misurarlo il criterio si dee desumere dal pericolo dell'atto assunto.

(1) Il parricidio ammette per questo più il concetto degli attentati prossimi, che quel de' remoti se non altro perchè chi lo meditò dovette superare i sentimenti i più cari della natura, considerandoli come altrettanti mezzi di difesa per chi poi ne rimase la vittima. Il Menochio *De arbitr. cas. cas.* 360. *num.* 64. implicato nel gius comune, nel gius statutario, e nelle consuetudini, e perciò poco coerente a sè stesso, dichiara punibile l'attentato remoto del parricidio.

(2) Brouwer *Diss. de conat. crim. etc. pag.* 27. non ammette, che il pericolo possa essere la ragion sufficiente per qualificar l'attentato, osservando che allontanare il pericolo è uffizio della polizia preventiva. Se così fosse converrebbe dar bando al codice penale.

3. Che la maggiore, o minore intima connessione del mezzo col fine secondo le regole indicate quì sopra, derivando dalla indole stessa dell'atto assunto dall'attentante, ha un valore suo proprio, che non può esser dalla legge alterato col pretesto, che ne' più gravi delitti l'interesse a impedirli obbliga a dare una importanza maggiore a tutto ciò che ne manifesta il proposito: perocchè questo abusivo sistema, dando al rigore un'efficacia politica che non può ottener mai, potrebbe essere spinto fino al segno di reputar punibile come attentato prossimo il nudo pensiero (1).

4. Che il carattere di comparativa gravità di un atto d'attentato, confrontato con altro, dipende dalla ragione composta di questi tre dati, 1.° dalla sua indole d'illecito indipendentemente dall'esser mezzo di certo, e determinato delitto; 2.° dal contenere un maggior pericolo per la privata, o pubblica sicurezza; 3.° dal presentare nella sua qualità di mezzo una più grande facilità al conseguimento del fine; 4.° dall'essere nelle circostanze di tal natura, che messo dall'attentante in moto non possa essere altrimenti più dalla sua volontà regolato.

L'impedimento, che la consumazione incontrò, dà all'atto assunto per giungervi il carattere d'attentato. Ma più, e diverse cause possono aver la consumazione impedita.

Tra queste cause convien distinguere quelle, che realmente agirono sull'attentato, da quelle che agirono sulla consumazione, facendo sì, che ella, con tutta l'apparenza di esser avvenuta, pure avvenuta non sia. Le prime debbono avere agito in tempo necessariamente alla consumazione anteriore e e seconde possono avere agito nel tempo, nel quale doveva: a consumazione avvenire, e pur non avvenne.

La prima classe di cause si vuol suddistinguere in *volontarie*, e *casuali*: le une dipendenti tutte dalla volontà dell'attentante, le altre dal caso.

La voce inevitabile della coscienza: la pietà dell'altrui patimento: il timor della pena possono aver sospeso il braccio del facinoroso nel bel mezzo della sua criminosa impresa. Questi motivi o disinteressati, o interessati che siano, potevano essere nel segreto dell'animo dell'attentante non valutati, e gli valutò. L'umano giudizio in questo miscuglio di tendenza, e di aborrimento al delitto: di prava, e di retta

(1) Il Cav. Cremani *De jur. crim. lib.* 1. *part.* 1. *cap.* 5 §. 6. pretende che chi sostiene dover essere la vera misura del delitto il danno della società, si trovi in contradizione sostenendo il conato punibile; quasi in esso danno non sia. Il danno del conato sta tutto nel pericolo, che esso minaccia alla società, e così la contradizione svanisce. Ma il pericolo cresce colla facilità maggiore che l'atto presenta per la consumazione. Così il danno che è nella consumazione non può autorizzare a immaginare un pericolo, che di essa non siavi.

coscienza: di senso morale, e di calcolo è rimasto lungamente, e seriamente perplesso nel sentenziare se l'attentato non proseguito per volontaria desistenza dell'attentante dovesse essere imputato, o non esserlo (1).

Il principio morale è qui sorpreso in incompetenza fragrante a mischiarsi delle criminali materie: perocchè secondo le regole, alle quali non può rinunziare senza rinunziare a sè stesso, questa specie d'attentato non può andare impunita (2).

Il principio politico è stato agitato da diversi, e tra loro contrarj consigli.

Generalmente la penitenza non ha avuta mai una grande valutazione nè in giustizia, nè in politica, sebbene se la sia meritata in morale (3). La penitenza dell'attentante non fa sì, che egli non abbia posta la sicurezza in pericolo: non cancella i passi, che egli ha fatti contro la legge: non somministra una guarentia, ch'egli, retrocedendo dal sentiero del delitto, si sia deciso ad incamminarsi in quello della virtù (4).

Dall'altro lato il principio politico, il quale non sdegna di opporre passione a passione, e interesse a interesse, e di patteggiar cogli scelerati, quando si tratta di meglio provvedere alla sicurezza sociale, ha un gran motivo di lasciare impunito l'attentato, da cui l'attentante volontariamente cessò onde coll'esca della impunità dargli un interesse a non consumare il delitto (5).

Che, così facendo, la giustizia penale si ponga in con-

---

(1) Il Cav. Cremani *De jur. crim. lib.* 1. *p.* 1. *c.* 5. §. 4. *n.* 3. confessa di aver tenuta prima una, e quindi un'altra opinione in questa disputa.

(2) Questo principio vuole colla pena il ristabilimento dell'equilibrio morale che il delitto turbò.

(3) Infatti i giuristi l'ammettono nel solo delitto di eresia. Brunemann. *In cod. lib.* 1. *l.* 5. *n.* 16.

(4) Ho altra volta combattuta l'indefinita impunità dell'attentato sospeso da pentimento. *Elem. jur. crim. ed. text.* §. 205 *not.* 2. I pratici non lasciano affatto impunita questa specie di attentato se si tratti di prossimo. Felin. *In tract. quando conat. puniat. num.* 2. Menoch. *De arbitr. cas. cas.* 360. *num.* 115.

(5) Il De Simoni, e il Massa di Mentone aveano sostenuta in Italia la impunità dell'attentato interrotto da pentimento. Promotore di questa opinione si fece in seguito il Nani *Principj di giurispr. crim.* §. 117, che l'avea fatta valere nel *Progetto di Codice penale del Regno d'Italia*, nel quale egli ebbe tra gli altri compilatori la più gran parte. Infelice però è il suo tentativo diretto a giustificare quella opinione col *contrario senso* del §. 3. *tit.* 23. *lib.* 5 *delle sentenze di Paolo.* Meglio ai termini del dritto romano ha trattata la questione Cropp *Comment. de praecept. jur. rom. circa puniend. con. delinq. lib.* 1. *tit.* 6.

tradizione colla civile, la quale obbliga irremissibilmente l'attentante a rifondere, a chi gli ha sofferti, i danni, che egli ha attentando arrecati, non è già lieve imbarazzo (1). Ma il carattere estrinseco degli atti, che esso ha assunti è un che di certo da non potere stare in bilancia coll'incerto calcolo della speranza che la loro impunità gli servirà di allettamento a desistere. Nè questo calcolo sembra essere esatto. Se la veduta di non incorrere nella pena avesse potuto agire sull'animo di chi ha concepito il delittuoso progetto, egli non avrebbe fatto neppure il primo passo nella via del delitto; e, poichè lo fece, come sperare, che uno, il quale non valutò l'esser sicuro dalla pena prima d'attentare il misfatto, possa valutarlo quando già lo attentò?

Sembra piuttosto, che questa idea di arrestare il braccio del facinoroso in mezzo al delitto coll'allettamento della impunità degli atti assunti da lui sia stata l'effetto d'una soverchia fiducia, che alcuni erroneamente collocano nella efficacia politica della pena: quasi ella esser possa a guisa d'un peso, il quale nella statica della umana volontà o postovi, o toltone possa produrre i medesimi sicuri effetti d'uno specifico sul corpo dell'uomo. Allorchè una volontà si è premeditatamente avviata al delitto ella ha già fatti i suoi calcoli d'impunità, nè è bisogno, che la legge gli faccia per lei: di guisa che, se il delitto è sospeso, ciò avviene per motivi, che la legge non può nè ponderare, nè presagire. Ma se la veduta di evitare la pena può servire di motivo di salutar pentimento all'animo dell'attentante perchè le leggi, che così pensano, ponendosi in manifesta contraddizione con loro medesime, puniscono l'attentato al pari della consumazione (2)? Se l'attentante s'incammina al delitto colla bilancia alla mano, pesando sempre l'interesse che egli ha in vista di evitar la pena a desisterne, giunto all'attentato prossimo, e calcolando che, se egli si arresta, ha una pena grandemente minore di quella, che gli pende sul capo se va inoltrandosi alla consumazione, egli si arresterà. E perchè parificando l'attentato alla consumazione questo calcolo è trascurato? La veduta d'esser meno punito non ha forse sull'animo umano l'effetto medesimo che quello di andare affatto impunito?

Questa ultima riflessione riconduce sulla via del vero principio, e dimostra, che se l'attentato, interrotto da volontario

---

(1) L'azione civile per l'attentato non è proponibile. Menoch. *De arbitr. cas. cas.* 360 *num.* 90, ma qui si tratta di attentato prossimo, il quale può aver prodotto un danno indipendente dalla consumazione.

(2) Questa osservazione è sfuggita ai dotti autori dalle dissertazioni scritte in replica al programma della Università di Lovanio del 1825 sulle ragioni, e sulla coerenza ai principj dell'*art.* 2 del *Cod. pen. franc.*

desistimento è punito con minor pena di quello, che cause fuori della volontà dell'attentante sospesero, egli avrà sempre un interesse a pentirsi, e saranno così conciliate le regole della giustizia con quelle d'una sana politica. La massima, la quale lascia affatto impunito l'attentato interrotto da penitenza, non può altrimenti giustificarsi che da un residuo di coscienza rimasto fortunatamente a una legge, le quale eccedè tutti i limiti nel punirlo.

Nelle cause, che eventualmente, e fuori della volontà dell'agente impedirono il delitto nel subietto dell' attentato non in quello della consumazione, due casi male a proposito da alcuni scrittori furono confusi tra loro (1), mentre alcune fisicamente agiscono, ed alcune agiscono moralmente. Alle prime si riferiscono tutti i casi di sproporzione tra la forza dell'attentato, e quella, che il delitto esigeva ond' essere consumato: sicchè possono verificarsi tanto nel subietto attivo quanto nel subietto passivo dell' attentato. Alle seconde si riferiscono gl' incontri fortuiti di persone interessate ad impedire il delitto allorchè esso veniva attentato, onde l'effetto loro si verifica sempre nel subietto attivo dell'attentato.

Fu già osservato come la sproporzione tra la forza, che assale, e la forza, che le resiste, debbe essere *subiettiva*, tale cioè, che apparisca inerente alla cosa, su cui sarebbe dovuto cadere il delitto, diguisachè l'attentante non abbia potuto nè prevederla, nè calcolarla. L'azione delle cause fisiche presuppone sempre l'attentante giunto già nel cerchio degli attentati prossimi: quella delle cause morali lo può sorprendere per tutto, e tanto negli attentati remoti quanto nei prossimi. Ne' delitti, che per la loro consumazione esigono l'attacco della persona non delle cose comecchè presentino un carattere di spaventevole audacia, e la persona possa esser per tutto da tali delitti assalita, l' attentato prossimo deve avere spiegata più che in ogni altro caso la propria forza. La causa fisica idonea a impedire la consumazione sta tutta nelle forze, che l'assalita persona potrà spiegare onde respingere l'assalitore, e rendere infruttuoso il suo assalto. Se la legge autorizza l'assalito ad uccidere l'assalitore che si presenti armato all'attacco, qualora avvenga, che una causa morale, sopraggiungendo, lo faccia cessare, convien considerarlo come già spinto presso alla sua consumazione nonostantechè le fisiche forze dell'assalito avessero potuto impedirla: ed ecco come i giudizj in questa materia sono, per così dire, inerenti alle circostanze, che gli rendono necessarj, e spesso presentano il carattere d'incalcolabilità, che le stesse circostanze presentano.

Le cause, che impediscono il delitto nel subietto della sua

---

(1) Questa confusione è rimproverabile al Nani *Principj di giurispr. crim.* §. 119 *not.* 1.

consumazione, meritano uno scrupolosissimo esame. Difficili a percepirsi, esse possono facilmente indurre in inganno nel ben valutarne il giuridico effetto.

Di varia indole son queste cause: altre derivando dalla natura delle cose, che il delitto maneggia: altre dai falsi calcoli, che talvolta esso pur fa: altre dalla influenza, che sulla materia appresa come delittuosa esercita la legge riducendola indifferente.

L'azione di queste cause presuppone l'attentante inoltrato già nel cerchio della consumazione, e però quanto ad esso sembra non esser luogo a parlar d'attentato. Per bene apprezzare la vera indole di queste cause convien considerare la consumazione nel subietto attivo, e nel subietto passivo: nelle forze di attacco, e nelle forze di resistenza.

L'ingegno umano, fertile nella invenzione de' mezzi di nuocere, ne ha trovati alcuni, i quali partono dalla mano di chi ne fa uso con una quasi certezza della offesa di quegli contro il quale vengono usati. Hanno questo carattere alcuni mezzi insidiosi dell'omicidio, e più specialmente i proiettili, ed il veleno.

Questi mezzi debbon essere considerati nella loro preparazione, e nell'uso che l'agente ne fa per giungere al proprio fine. Nel primo riguardo essi sono soggetto d'attentato finchè son disposti per nuocere, ma divengono subietto di consumazione allorchè vengono mossi verso il lor fine. La consumazione del delitto per questi mezzi ha due punti brevi, rapidi, correlativi tra il subietto attivo, e il subietto passivo. La linea di spazio nell'uso del proiettile se è ben tirata è la consumazione: sicchè il punto del subietto attivo nella sua relazione al passivo, e il punto del subietto passivo a cui corrisponde, formano due termini inseparabili, i quali racchiudono un solo, e medesimo contesto di azione. La unione, che vi ha tra la propinazione del veleno, e il suo agire sulle forze vitali della vittima, obbliga a considerare in egual modo le cose. Nell'un caso, e nell'altro, scagliato il proiettile, propinato il veleno per modo che la ingannata vittima o bevendo, o mangiando lo getti nel proprio stomaco, la consumazione è avvenuta per parte del subietto attivo, e tutta la forza morale, e fisica del delitto si è esaurita.

Il proiettile non andò dritto al proprio bersaglio: il veleno misto col cibo perdè la propria efficacia (1). Sebbene questi due casi sembrino la cosa medesima, pur non lo sono. In ambidue i casi manca la consumazione nel subietto passivo mentre vi è tutta nel subietto attivo. Ma questa parte della consumazione non presenta le condizioni medesime ne' due casi. Nel caso del proiettile il mezzo nocivo parte dal su-

---

[1] Seneca *In libr. in sapient. injur. non cadere.*

bietto attivo per modo, che anche a caso può colpire il bersaglio sia bene, o male dosata la polvere, se di arme da fuoco si tratta, o sia pur bene, o mal presa la mira se si tratta di altro proiettile. Nel caso del veleno il mezzo nocivo parte dall'attivo subietto, ma può avere in sè la fisica incapacità ad offendere.

Il principio morale, il quale valuta il solo carattere intrinseco dell'atto, stabilirà una eguale imputazione per i due casi, ma il principio politico, il quale valuta nell'atto il suo carattere estrinseco, dichiarerà più imputabile il primo, che non il caso secondo (1).

Poichè il caso del proiettile a polvere, sebbene non abbia uccisa la vittima, è più imputabile della propinazione del veleno inadeguato alla strage, dovrà esso considerarsi come consumato delitto? Nò perchè la natura delle cose, e l'esito dell'azione, dimostrano la esistenza di mezzi, i quali sebbene efficacemente al lor fine rivolti son rimasti separati da lui, onde la contestualità tra il punto di partenza del mezzo dal subietto attivo, e il punto di arrivo nel passivo subietto è venuta a cessare: non può più concepirsi: il supporla prima della partenza nell'animo dell'agente non basta, e la regola della valutazione del carattere estrinseco dell'atto, impedendo di toglier la proporzione, nella quale deve con esso star sempre il carattere intrinseco, obbliga a credere, che l'agente non volesse far più di quel che ha realmente fatto lo che esclude dal fatto il concetto della consumazione, e fa supporre nell'animo quello dell'attentato.

La legge, prevedendo questo caso possibile e l'apparente contradizione che esso presenta, dee prender di mira la esplosione contro uomo avvenuta con arme carica di materie atte ad uccidere, e dee imputare con quel grado di severità, che più le sembra opportuno, questo delitto come nella specie separato e distinto (2).

Il caso della propinazione del veleno reso inidoneo alla strage è più facile da risolvere. La difficoltà somma, che vi ha nell'adeguatamente stabilire la vera indole della materia venefica, obbliga ad esigere nel veneficio la morte onde parlar di delitto; altrimenti un purgante, una dose sbagliata dal cuoco, un male di ventre qualunque, o di stomaco

---

[1] Il Nani contempla i due casi, ma non ne fa confronto giuridico. *Principj di giurisp.* §. 101., e §. 113 *not.* 2.

[2] Così stabilisce la legge Toscana *Rif.* 30. *Agosto* 1795. *art.* 17. È opinione del Nani, che il Filangieri concepisce il caso del *colpo mancato* nella sua teoria, colla quale parifica l'attentato al consumato delitto. *Principj di giurispr. crim.* §. 113. *n.* 2. È da conoscersi quanto per questo caso osservò il Romagnosi in quella nota citato. L'autorità di Puffendorf invocato dal Nani §. 114. *not.* 2. è di poco peso in questa quistione.

autorizzerebbe a mettere in moto la punitiva giustizia. Disser gli antichi che tra la bocca, e la focaccia possono spesso molte cose accadere (1): onde i preparativi della propinazione, la propinazione stessa resa vana o nel momento medesimo, nel quale la vittima è per trangugiare la morte o dopo debbono considerarsi altrettanti attentati perchè in questo caso il pericolo della consumazione non è sì grande come in quello della esplosione (2).

L'errore, e la ignoranza o del fatto, o della legge tornano qui a figurare come cause, le quali impedirono la consumazione, sebbene, materialmente esaminata la cosa, essa tutta intera vi sia. La storia antica cita l'esempio credibile, o non credibile di un uomo, il quale, ferendo un altro con animo di offenderlo gli fece una operazione chirurgica guarendolo d'una vomica, che i medici avean dichiarata incurabile (3). Colui che ruba la cosa propria credendola altrui (4): chi credendo giacere colla donna d'altri, è colla sua propria moglie giaciuto (5), sono altrettanti esempj, i quali, comecchè il carattere estrinseco dell' atto non presenti infrazione della legge, comunque malvagia possa essere stata la intenzione dell'agente, non danno dritto ad imputazione politica sebbene altrimenti possa essere della imputazione morale (6).

CAPITOLO XVI.

Imputazione dell' attentato.

Consultando la storia, la morale, le leggi, e la scienza del dritto, onde conoscere se sia giusto, e politico di stabilire una imputazione eguale all'attentato, ed al consumato delitto, discordi sono tra lor questi oracoli, e non sempre ben ragionate le lore risposte.

Se si prescinda da Platone, il quale nell'attentato volle, che con una pena minore fosse rispettato il demone, che

---

(1) *Inter os, et offam multa cadunt.*

(2) Vedasi come il caso è deciso dal Menochio *De arbitr. cas. cas.* 350. *n.* 21.

(3) Valer. Max. *lib.* 5. *cap.* 7.

(4) Felin. *In tract. quando conat. puniat. n.* 5.

(5) Cropp. *De praecept. jur. rom. cir. pun. con. etc. lib.* 1. *tit.* 2. *p.*37 fa una lunga dissertazione su questo caso. Altri simili casi son riferiti dal Nani *Principj di giurispr. crim.* § 110. *not.*1, e dallo stesso Cropp p. 41-43.

(6) Cic. *De officiis lib.* 3. *e* 5. Cropp *Diss. cit. p.* 43 vorrebbe puniti questi attentati pel timore, che coloro che vi si abbandonassero, scoperto l'errore non rinnuovassero il tentativo, e si contorce onde sottrarsi alla contraria sentenza del Dig. *lib.* 48. *tit.* 10. *l.* 22. § 4.

avea la consumazione impedita (1) pressochè tutti gli antichi, dominati nelle loro idee, e ne' loro scritti dal principio morale, opinarono per la parità della pena. Un solo esempio di contrario parere lo accenna la storia nella celebre epagoge, che Catone pronunziò nel senato di Roma a favore de' Rodiani accusati di aver manifestata la volontà di attaccar la Repubblica (2). I Greci oratori (3), gli oratori Romani (4), gli scrittori di aneddoti (5), e fino i belli spiriti (6), gente tutta, alla quale ciò che si presta alla declamazione gradisce tanto, abbracciarono il partito della severità pensando di servir quello della morale o della giustizia.

Dopo il risorgimento delle lettere le opinioni non cambiarono tempra. Tommaso Moro non ne ebbe una diversa (7), e il grande Bacone inalzò quella opinione al grado di aforismo giuridico (8). Non dee perciò recar maraviglia, che gli instauratori della scienza del dritto della natura, Grozio (9), e Puffendorf (10) le concedessero il loro suffragio.

Tra gl'interpetri del Romano diritto il solo Alciato ravvisò nell'attentato, e nel consumato delitto due cose diverse tra loro (11). Il grande Cujacio per via d'una falsa interpetrazione d'un passo di Servio a Virgilio, insegnò, che ne'gravi delitti rito perpetuo, ed invariabile de' Romani fosse di punire al pari dell'esito la volontà (12).

I pratici, guidati da un senso di equità naturale, non adottarono ciecamente quella severa potenza, e se vi furono frequenti dispute tra di loro, la opinione più benigna prevalse,

---

(1) Plat. *De legibus dial.* 9. riferito anco dal Menoch. *De arbitr. cas. cas.* 360. *n.* 23.

(2) Gell. *Noct. Act. lib.* 7. *c.* 3. Tirone il liberto di Cicerone avea scritta un'arringa in confutazione delle Catoniane sentenze.

(3) Lysias *In Simon. c.* 12.

(4) Cicer. *Pro Milone c.* 15., e la illustrazione fattane da Aless. di Aless. *Dies gen. lib.* 2. *c.* 16.

(5) Valer. Max. *lib.* 6. *c.* 1.

(6) Apul. *Floridorum cap.* 11.

(7) Utopia *lib.* 2.

(8) *De Augm. scient. aphor.* 41.

(9) *Le droit de la guerre et de la paix liv.* 2. *chap.* 20. §. 30.

(10) *Le droit de la nat. et des gens liv.* 8. *chap.* 3. §.18 ove però sembra prender di mira il *colpo mancato.*

(11) *Coment. ad leg.* 53. *n.* 39. *dig. de verb. significat.* L'Avvocato Lauria dice avere l'Alciato somministrata la migliore definizione dell'attentato *Esposiz. delle leggi del Regno delle Due Sicilie* p. 481., mentre l'Alciato stabilisce la differenza tra l'attentato, e la consumazione, e la chiarisce con un paragone

« *Hic in itinere illud in meta est.*

idea politicamente espressa dall'Alighieri

« *Che quegli è in via, e questi è già a riva.*

(12) *Observ. lib.* 13. *cap.* 28., e la confutazione del Binkersoek *Obs. jur. lib.* 3. *c.* 10.

e l'attentato non fu punito al pari del consumato delitto (1).

Dopo l'immortal Beccaria, quasichè egli non avesse bene afferrato il principio politico, che come fiaccola doveva illuminare questo campo di controversie, e di dispute, l'occuparono Filangieri, e Renazzi, e, comecchè Beccaria avesse poco, e succintamente parlato, si crederono autorizzati a empierlo se non di ragioni, almen di parole. Sia che il Filangieri, nome caro alla Italia per avere il primo concepito un piano completo di scienza della legislazione, abbia servito di guida ai legislatori, i quali librarono la bilancia dell' attentato in mezzo alle civili discordie del loro paese, e fra lo strepito delle armi che d'ogni intorno echeggiava, o non sia (2), egli è certo però, che questo scrittore, cui una specie di segreta rivalità verso lo scrittor Milanese sembra aver sempre animato, rimase lontano assai dal proprio scopo, nè riuscì in questa materia a rifondere nelle menti de' suoi leggitori quella evidenza, che a lui sembrò sempre sfolgorare da' suoi principj (3). Il Renazzi, encomiabile per la eleganza del proprio stile, per la sua erudizione, e la sua cultura non menochè per la sua costante adesione al principio politico della dolcezza delle pene, s'impennò per così dire tra Beccaria, e Filangieri, mal forse soffrendo, che questi a lui posterior nello scrivere, non gli avesse reso l' omaggio che credea meritarsi d' una citazione, di cui pur era stato onorato il Cremani, e deciso a sostenere la originalità della sua teoria allo scrittor Milanese contraria, volle a ogni costo persistere nella parità della imputazione collocando tutti i suoi ragionamenti sulla efficacia politica della pena. che egli avea ad altri effetti combattuto sì spesso (4).

Se è vero, che la giustizia turca non punisce colla morte i delitti non consumati (5); sarebbe strano, che la barbarie, cui va sempre compagna la crudeltà, ma non sempre la ri-

---

(1) Almeno in Italia fu costante la consuetudine di non punire il conato al pari della consumazione. Ziletti *Cons. crim. divers. part.* 2 *consi* 100 *n.* 5. Gli scrittori forensi ondeggiarono tra il dritto romano, gli statuti, e le consuetudini; ma ravvisarono non essere in *natura*, ed essere una pretta *finzione* che l'attentato si agguagliasse al consumato delitto. Menoch. *De arbitr. cas. cas.* 360 *n.* 108—109. Il Caravita *Inst. crim. lib.* 4. §. 1. *cap.* 74. *n.* 130. qualifica come Europea la consuetudine.

(2) È sembrato che sì, ma sopra deboli fondamenti, e sopra fallaci apparenze al Brouwer *Diss. de conat. crim. pag.* 6—7.

(3) Vedete il giudizio, che di questo scrittore ha proferito Benjamin Constant *Commentaire sur Filangieri in fin.*

(4) Renazzi *Elem. jur. crim. lib.* 1. *cap.* 4. §. 12.

(5) Voltaire *Histoire de Charl. XII. liv.* 5. Trattavasi di attentato veneficio. Or come il Caravita *loc. cit. n.* 131. *not. m.* cita questa storia per sostenere, che ne' delitti gravi l'attentato è paragonato alla consumazione?

gorosa giustizia disgiunta, avesse potuto rinunziare a se stessa divenendo pietosa ond'essere ingiusta.

La disparità della imputazione nell'attentato, e nel consumato delitto si appoggia a due grandi principj l'uno di giustizia, l'altro di politica.

Il principio di giustizia prescrive, che il carattere estrinseco dell'atto assunto da chi s'incamina verso la infrazione della legge sia l'unico indice, la sola misura della di lui volontà. Se il carattere estrinseco dell'atto è un attentato, e non un consumato delitto, qualunque sia la cagione, che lo interruppe, la giustizia umana non può partire da altro dato per risalire alla segreta intenzione dell'agente, e scorgerci un consumato delitto, che nel fatto non si verifica. Il principio medesimo non permette, che abbiano imputazione eguale due diseguali danni sociali, l'uno minore nell'attentato, l'altro maggiore nel consumato delitto, e non permette neppure che s'imputino, come già assunti, atti che non lo sono (1): mentre altrimenti facendo s'incorrerebbe nell'assurdo principio, che tutti unanimemente condannano, d'imputare una parte di delitto nell'umano pensiero.

Il principio politico ha da riflettere, che la legge, sacrificando il proprio orrore per il delitto alla protezione della sicurezza sociale, dee, per quanto la giustizia lo può consentire, trarre vantaggio dalle passioni medesime del facinoroso, e dargli un interesse a desistere nel delittuoso cammino. Se chi attenta il delitto è certo di subire semplicemente attentandolo una pena eguale a quella, che egli subirà consumandolo, egli ha tutto l'interesse a giungere alla consumazione: perchè giunto all'attentato prossimo egl agisce in seguito senza alcuna remora del timor della pena, la quale è già tutta sul di lui capo, e perchè in questa situazione gli torna più conto di partire piuttosto co' frutti, che dal delitto sperava, che senza profitto alcuno, non vi essendo altrimenti una minor pena per lui (2).

Il principio morale ha in questa materia sconvolti tutti i calcoli del principio politico. Ha ben ragione il primo, dicendo, che tutto ed intero il delitto è nell'animo dell'agente, e che egli è per questo già reo. Ma così non può dire il principio politico. Esso dee esigere nell'attentante il proposito d'infranger la legge come *causa di fare*, senza la quale non gli

---

(1) Tratta con molta accuratezza questo argomento medesimo il Nani *Principj di giurispr. crim.* §. 113.

(2) L'avvertenza del conseguimento de' frutti colla consumazione è sfuggita al Beccaria *Delitti e pene* §. 15. debolmente confutato da Faider *Diss. de conat. delinquend. pag.* 15. Brouwer *Diss. de conat. crim. etc. pag.* 33. *n.* 6. espone in doppia lista i nomi degli autori che tennero o l'una, o l'altra sentenza, tra i quali fa meraviglia non vedervi il Beccaria, ed altri insigni Italiani.

sarebbe dato spiegare la connessione de' mezzi usati da lui col fine che si è proposto di conseguire, ma non può supporre la interna forza morale necessaria al delitto già completamente formatasi. Non può la pietà, un salutar pentimento, dall'attentato distorglielo? Tutti lo ammettono. Non è dunque vero, che la forza morale si debba sempre supporre completamente formata, perchè una forza morale di questa tempra non conosce nè compassione, nè pentimento.

È una cattiva ragione il dire che, essendo la pena diretta non a impedire il danno materiale del delitto, ma bensì a servir di remora all'animo, che si dispone a commetterlo, è necessario opporre il timor della pena intera all'intero proposito d'infranger la legge onde o non si formi, o formatosi non prorompa (1). Se questo modo di ragionare fosse ammissibile, converrebbe decretare la intera pena anco al nudo proposito comunque manifestatosi ma per tutto altro modo che con un principio di esecuzione: converrebbe punire con la intera pena l'attentato remoto, il quale sul proposito non lascia alcun dubbio. Ma niente provano le ragioni che troppo prometton provare. Quando non è coerente nè alla giustizia, nè alla politica di punir colla intera pena nè il nudo proposito, nè l'attentato remoto, non è neppur nè politico nè giusto punir con la pena intera l'attentato prossimo nello scopo di far retrocedere il delittuoso proposito, che nella sua nudità è lasciato impunito e nel remoto attentato non dovrebbe esser punito, semprechè non si voglia concedere un posto tra le leggi alla contradizione. Ma il ragionamento, che quì si combatte, procede in una manifesta petizione di principio, presupponendo già completamente formata la forza morale necessaria al delitto, mentre la umana giustizia non può asserirla tale se non quando la consumazione non ne lascia alcun dubbio. Sono assai strane, e contradittorie le leggi, le quali stabiliscono la parità della pena tra l'attentato, e il consumato delitto, lasciando poi impunito l'attentato interrotto da pentimento: ora considerano l'animo, che si accinge ad attentare il delitto come un mostro, che bisogna schiacciare ne' primi suoi movimenti, ed or lo considerano come un ente accessibile ai sentimenti, che più onorano la umana natura. Graduando la imputazione al carattere estrinseco di tutto quel, che l'attentante ha fatto per infranger la legge, tutte queste contradizioni si evitano (2).

---

(1) È questo l'argomento dell'illustre Bacone *De aug. scient. lib.* 8. *cap.* 3. *in exempl. tract. de just. univ. tit.* 1. *aphor.* 41. riproposto poi da alcuni moderni senza citarlo.

(2) Il Cod. Leop. *art.* 99. dichiara l'attentato meno punibile della consumazione.

CAPITOLO XVII.

Del grado della offesa nella complicità.

Non vi ha parte della scienza della sicurezza sociale, in cui la nomenclatura non che la teoria sia incerta, confusa, contradittoria, quanto in quella, che tratta della complicità. Il modo, e il grado della influenza, che più volontà preordinate insieme a uno stesso delitto, hanno, o aver possono l'una sull'altra: la difficoltà di assegnare a ciascuna il giusto suo grado di moralità: l'esame non meno difficile della più, o meno diretta cooperazione di ciascuna al delitto nell'estrinseco carattere degli atti, che tutte assumono concordemente: i nuovi conflitti, ne' quali in questa materia si son trovati tra loro il principio morale, e il principio politico, hanno prodotto errori, incertezze, e dispute difficili ad esser composte.

Era da ponderarsi, che tutta questa materia è dominata da sistemi di cognizioni, i quali, diversi di scopo tra loro, ma pur lavorando spesso co' mezzi medesimi, possono facilmente l'uno coll'altro intralciarsi e generar confusione. La ideologia determina come una volontà, e fino a qual grado può influir sopra un'altra: la morale giudica del relativo debito di queste due volontà nel loro preordinarsi ad infranger la legge: la politica, obbligata ad adottare i risultati della ideologia, cui è affidata la storia naturale dell'umano volere, può esser non obbligata a seguire i risultati della morale, sostituendovi i proprj.

Che il progetto delittuoso da una volontà passi, e si comunichi ad altra, un tal fatto per il solo titolo dell'anteriorità, che lo distingue nell'azione delittuosa, poco rileva al bisogno di stabilire il relativo grado di debito dell'una, e dell'altra nell'avvenuto delitto. Il principio morale può considerare la prima volontà come *motrice* della seconda in quanto, avendo essa sovvertito l'assoluto ordine della giustizia, questa idea debba assorbire ogni altra considerazione, e debba un tal moto considerarsi come la vera causa dell'infrazione della legge.

All'oggetto di procedere con qualche successo in questa intricata ricerca di più volontà, che o vicendevolmente si spingono, o vicendevolmente si uniscono a produrre la offesa, conviene porre con esattezza i termini del fatto, e fissare la nomenclatura come dato necessario alla rettitudine delle idee, e quindi a quella pur dei principj.

Tutti gli avvenimenti degli uomini riconoscono una causa morale nel loro animo, la quale o agisce *immediatamente* se si tratta di un uomo, il cui animo determini il moto del corpo suo, o *mediatamente* se si tratta dell'animo d'uno, il quale influisce su quello d'un altro (1).

(1) Puffendorf *Le droit de la nat. et des gens liv.* 1. *chap.* 5. §. 3.

In questo secondo caso la influenza dell'uno sopra l'altro animo è di tanto maggiore effetto quanto è minore la libertà, di cui gode quello, a cui viene l'impulso comunicato. Coloro, che provocarono cani mordaci a sbranare, ed uccidere Euripide (1), agirono sopra volontà non libere, e incapaci di resistere al moto loro comunicato. Colui, che impiega una coazione propria, e in qualche raro caso l'*impropria* onde spingere altri all'offesa, ha mossa una volontà, la quale ha agito per una scossa ad essa comunicata. Maometto, illaqueando in invincibile errore Seid onde trucidi come un empio Zopiro autor de'suoi giorni, fu il vero, e solo motore di quel parricidio. Questi casi non appartengono alla presente ricerca perocchè in ciascun d'essi la offesa fu prodotta da una volontà sola, e non da più.

Ma l'avere ammessi codesti casi, come quelli, che poteano somministrare utili analogie per giudicare di più volontà, che si preordinano alla offesa medesima, fu già un errore (2). Barbeirac, seguito da alcuni criminalisti, e encomiato, distingue tre specie di causa morale mediata: la *principale*, senza cui la offesa non sarebbe avvenuta, la *collaterale*, che vi ha sufficientemente influito, e la *subalterna* che la rese più facile (3). Questa classazione, desunta dal diverso grado d'influenza morale, che una volontà ha potuto esercitar sopra un'altra, ottima per il moralista, il quale può scorgere nell'interno dell'animo, e leggervi le sue più segrete inclinazioni, non è buona per il politico, il quale seguendola, si porrebbe in contradizione con se medesimo, mentre istituirebbe le proprie ricerche col partire dal carattere intrinseco anzichè dall'estrinseco degli atti de' quali dee giudicare.

Il criterio politico non può abbandonare il dato dell'estrinseco carattere degli atti, e in questo riguardo il danno maggiore, o minore, che un atto contiene, deve esser per esso il principio regolatore della nomenclatura, e della classazione degli oggetti da lui presi in esame.

La teoria dell'attentato delittuoso dimostra come in un contesto di azione delittuosa è dato distinguere gli atti, nei quali

---

(1) Gell. *Noct. Act. lib.* 15. *c.* 20. Val. Max. *lib.* 9. *c.* 12. Altri lo disser vittima come Orfeo di non men mordaci animali. Suid. *In verb.* Εὐριπίδης. Puffendorf cita in genere l'esempio di chi attizza cani mordaci. *Le droit de la nat. et des gens liv.* 1. *ch.* 5. §. 3.

(2) Tutto nella teoria della complicità è confusione se si adotta la formula « *De his qui causa sunt alienorum delictorum* », di cui fece uso il Renazzi *Elem. jur. crim. lib.* 1. *cap.* 9. Non meno equivoca è la nomenclatura di *fautori del delitto*, adottata dal programma dell'Accademia di Lovanio nel 1827.

(3) La nomenclatura del Barbeirac nelle sue note all'opera minore del Puffendorf *De off. hom. et civ.*, è approvata dal Nani *Principj di giurisp. crim.* §. 160. *n.* 3.

consiste la consumazione, e quelli che contribuendo al delitto non hanno questo carattere. Convien dunque distinguere tra più persone, che insieme cospirano a commettere la offesa sociale, quella, che assume gli atti fisici della consumazione e quelle, che assumono atti i quali vi cooperano invero ma non ne formano parte, chiamando la prima *principal delinquente*, e le altre *delinquenti accessorj*: nomenclatura nascente dalla natura medesima delle cose, sebbene scorgasi adottata dalla Inglese legislazione (1).

La distinzione della forza morale, e della forza fisica producente l'offesa; il carattere politico, che l'una imprime sull'altra (2); il vario modo, con cui una volontà può sull'altra operare nella direzione, che amendue prendono verso la offesa o agendo con impulso morale, e fisico nel tempo stesso: obbligano a stabilire una nuova nomenclatura atta a designare con esattezza questi varii possibili casi.

La unione di più volontà, le quali o per impulso meramente morale dall'una all'altra comunicato, o per impulso morale, e fisico nel tempo stesso si spingono ad offendere, non può essere designata con altro nome, che con quello di *complicità*, atteso il vincolo di proposito unanime, con cui insieme quasi si legano per commetter la offesa (3).

Ma la differenza d'un concorso meramente *morale*, e d'un concorso morale, e fisico in un tempo all'offesa obbliga a fissare una *specie* in quel *genere*, chiamando *propria e vera complicità* il concorso, che per questo secondo modo più volontà stabiliscon tra loro onde inferirla.

L'obbligo, che la morale ha collocato in ogni retta e scrupolosa coscienza di farsi responsabile del male, che un uomo non impedì, potendolo, ha assai prima degli abusi della politica suggerito di distinguere il concorso *positivo*, ed il *negativo* di alcuno al delitto d'un altro, dal che avvenne, che s'introdussero tra gli atti di complicità le omissioni: mezzo immaginato forse come atto a perfezionar la morale, ma in realtà espediente alla morale contrario, e pericoloso alla individual sicurezza in politica.

Quest'applicazione del carattere dell'azione negativa, e dei suoi morali effetti alla complicità, comecchè ella non possa avere

---

(1) L' egregio Aless. Fr. Mommaerts *Dissert. de criminum fautoribus etc. Lovanii* 1827. *p.* 14. mentovando la mia teoria della complicità suppone aver io seguito il sistema delle leggi Inglesi.

(2) Vedete il *cap. V.* di questo libro.

(3) La parola *complex, complices*, non s'incontra fra i latini innanzi a Prudenzio, e a Sidonio, i quali le usano per significare i compagni di delitto. Arnobio *lib.* 5. *p.* 123. chiama *Dei complici*, i *Consenti*, ai quali in numero di dodici la religione degli Etruschi supponeva una sola, e medesima volontà.

influenza se non avanti che l'offesa venga materialmente commessa, e quando n'è stato già concepito il solo progetto, obbliga a stabilire il diverso dritto, che il tempo può meritare distinguendo anco nella positiva complicità l'*anteriore*, la *contemporanea*, e la *posteriore* alla consumazione.

Eliminati dalla complicità i casi di coazione o per via d'incussione di timore, o per via di seduzione, e di fascino dell'intelletto altrui, e circoscritta la sua ipotesi ai soli casi di più volontà, le quali libere tutte di determinarsi, o non determinarsi all'offesa, vi si rivolgono, cessa la necessità di rintracciare in esse un *motore* (1), parola di ambiguo ed abusivo significato come quella, la quale parificando l'azione di due volontà tra loro per un moto, che nell'ordine di tempo parte dall'una, e si comunica all'altra, somministra la idea di due fisici corpi l'uno fornito di forza sufficiente a muoverne un altro, e questi passivo al moto comunicatogli, disprezzando così tutta la influenza, che nel qualificare come morale un moto qualunque dee esercitarvi la libertà: parola, la quale ha dovuto ricevere un nuovo grado d'ambiguità anzichè un correttivo dalla distinzione del motore in *intellettuale*, ed in *fisico* (2).

L'apparato tecnico della teoria della complicità è un nuovo riscontro, che le regole della retta coscienza, ottime a stabilire il merito morale delle anime, sono insufficienti ed anco erronee nello stabilire il relativo grado di danno de' moti esterni dell'uomo, i quali nello svilupparsi pongono in pericolo la sicurezza sociale (3).

---

(1) Questa parola per quanto sembra recentemente prodotta dai giureconsulti Tedeschi *Nuovo archivio del crimin. diritto vol.* 3 *pag.* 125 —127 è anch'essa di troppo ambiguo significato comprendendo specie tra loro differentissime. Si oppone al *motore l'autore* o quegli che s'incarica degli atti di consumazione, e alla squisitezza *ideologica* si aggiunge la *filologica* trovando la parola *autore* in Cicer. *Or. pro Caec. c.* 12. sebbene l'oratore con quella parola indichi il promotore del delittuoso progetto. Mommaerts. *Diss. cit. pag.* 11. il quale cita Heine, e Savigny.

(2) Gli scrittori che adottarono una tal distinzione ideologica non sembrano concordi nel fissarne il vero significato J. A. Hub. Michiels Van Kessenich *Diss. de sociis in crimine. Leodii* 1823. *pag.* 7—8

(3) Bexon *Paralelle du cod. pen. d' Angleterre avec les loix de la France ch.* 24 avea notata la imperfezione in cui trovavasi la teoria della complicità: Mommaerts *Diss. de crim. faut.* espone un quadro ricco di erudizione, e completo de' varj sistemi, e degli scrittori, e dei legislatori in questa materia *pag.* 11.—17.

CAPITOLO XVIII.

Della complicità positiva innanzi alla offesa.

L'anteriorità in questa ricerca non si desume dal momento prima, o dal momento dopo, in cui più volontà si muovono a commettere insieme il delitto; perciocchè in questo caso l'unanime consenso loro: l'adesione, che tutte vicendevolmente si prestano, fa sparire ogni considerazione di tempo, e la forza fisica necessaria al delitto, essendosi in più individui di comune accordo formata, esclude ogni più minuta considerazione cronologica sull'ordine di tempo in cui più volontà, considerate come tante forze morali, giunsero a combinarla, non potendo la durata variar la indole delle cose (1).

L'anteriorità si verifica, ed è valutabile allorquando il progetto delittuoso parte da una volontà, e si comunica all'altra, sicchè questa per il moto comunicatole s'incammini colle sole sue fisiche forze al delitto, restando l'altra colle proprie nella inazione: dimodochè in questo sistema il concorso al delitto non può essere se non assolutamente *morale*. Il *mandato*, e il *consiglio* esibiscono due esempj di questo caso possibile: restando così escluso da questa ricerca ogni altro vero, e proprio impulso morale, il quale abbia avuto il poter di cangiare chi s'incarica della consumazione in un suo fisico, e materiale istrumento.

§. I.

Del mandato.

Le analogie, che il dritto privato ravvisa tra il comando, e il mandato, quando si tratti di persone unite tra loro co' vincoli di subiezione, o di parentela, o di domesticità (2) intrudendosi nelle criminali materie ne hanno alterato il criterio. Il principio morale, considerando le cose per la loro intrinseca pravità, e con facilità prestandosi alle retoriche declamazioni, non ha prodotto nella materia del mandato minore disordine. Questo principio, non avendo avuto bisogno per la indole delle regole, colle quali è destinato a guidar le coscienze, di distinguere colla conveniente accuratezza dal comando il mandato, ha confuso l'uno coll'altro (3), e la re-

---

(1) Grotius *De jur. bell. et pac. lib.* 1. *cap.* 3. §. 11.

(2) *Dig. lib.* 15. *tit.* 4. *l.* 1. *lib.* 9. *tit.* 2. *l.* 37. Il Nani *Principi di giurispr. crim.* §. 136. *not.* 1. §. 142. *not.* 1. fa un imperdonabile abuso delle analogie tra il mandato civile, e il mandato delittuoso.

(3) De Simoni *Delitti di mero affetto p.* 2. *c.* 5. §. 2. tratta la teoria del mandato colle regole della morale filosofia. Ant. Math. *De cri-*

torica, pronta sempre a infiammarsi, e ad infiammare, sostituendo ai principj le imagini, ha rassomigliato il mandante al capo, e il mandatario alla mano: il primo ad un generale, e il secondo a un soldato in un dì di battaglia, la vincita della quale a quegli, e non a questi è titolo di gloria, e di fama (1).

Il mandato delittuoso colle sue analogie col mandato in materia lecita, o indifferente, e col grado eguale d'assenso, che il mandante, ed il mandatario danno al misfatto, ha potuto indurre in scusabile errore le menti de' legislatori, ed ha potuto produrre confusione, ed equivoco nella interpetrazione delle leggi, alle quali i forensi hanno avuto ricorso onde coll'autorità loro decidere la controversia se un'imputazione eguale debba colpire l'uno, e l'altro.

Il dritto romano non sarebbe scorta sicura in questa materia. Quel dritto conosceva alcuni titoli di delitto, ne' quali il solo dolo stava in luogo del fatto. Questo principio bandito dal foro nell'attentato non dovrebbe ricomparirvi sotto la maschera del mandato. I Romani conobbero molti delitti privati, e delle obbligazioni nascenti da questi delitti giudicarono colle regole del privato diritto; e il delitto o pubblico, o privato che esso pur sia oltre a dar luogo alla imputazione, e alla pena, materie ed oggetti del dritto pubblico, obbliga inoltre alla refezione del danno, lo che è di esclusiva competenza del dritto privato, ai termini del quale il mandante è tenuto per il solo fatto del conferito mandato: onde non è difficile, che molti frammenti del Romano diritto, i quali si riferiscono ai delitti privati o alle civili conseguenze del mandato ne' più gravi delitti, siano stati erroneamente applicati alla sua criminale imputazione (2).

Neppure il dritto canonico potrebbe in questa materia esser guida infallibile: perocchè la regola della parità della imputazione stabilita da quel dritto agli effetti della penitenza non potrebbe esser tratta alle politiche considerazioni della scossa, che il delitto produce negli animi, o degli estremi rime-

---

minib. proleg. cap. 1. *n.* 12. si fa forte con esempi tratti dalle sacre carte, i quali non sono neppure allegabili mentre parlano di coazione impropria, e non di vero mandato.

(1) Ant. Math. *De criminib. proleg. loc. cit.* ove questi paragoni sono spesi come argomenti.

(2) Con questo criterio converrebbe chiamare ad esame le molte leggi, che Ant. Math. *loc. cit.* adduce per concludere la parità della imputazione, escluse quelle che egli cita come *induttivamente* favorevoli al suo parere. La l. 7. §. 5. *tit.* 1. *lib.* 2 *dig.*, e la *l.* 8. *tit.* 12 *lib.* 9. *cod.*, che non allegate da quello scrittore pur sembrano le più favorevoli alla parità, sono per il modo col quale si esprimono referibili alle conseguenze civili del mandato. La regola di Ulpiano nella *l.* 15. §. 1. *tit.* 8. *lib.* 48., e del G. C. Paolo *Sent. lib.* 5. *tit.* 23. §. 1. appartengono alla legge Cornelia de' Sicarii.

dj co' quali la legge è costretta a riparare a simili mali (1).

Se si abbandoni nella definizione del delitto la idea della infrazione d'un dovere, nel che il mandante, ed il mandatario non differiscon tra loro, e si sostituisca a quella platonica idea la più coerente alla natura, ed ai fatti d'una forza morale necessaria a vincer gli ostacoli, che sempre al cuore umano, se profondamente corrotto non sia, presenta la esecuzione d'un grave, ed enorme delitto, non sarà difficile ravvisare come questa forza morale nel mandante, e nel mandatario non è in egual grado. Il mandante nel conferire il mandato delittuoso non ha grandi ostacoli da superare, e comecchè tutto accade nel di lui animo, sì facile ad esalarsi in parole, la linea del delitto è in lui a stretto contatto con quella del peccato. Il mandatario, accettando ed eseguendo il mandato, ha dovuto egli solo superare tutti i morali ostacoli, che al delitto si frapponevano. Se a queste considerazioni si volesse rispondere con una esagerazione del principio politico, sostenendo necessaria la parità della imputazione come alcuni pretendono di sostenerla per l'attentato, dovremmo per non ripeterci rimandare gli oppositori là dove fu data a questa obiezione adeguata risposta (2).

Poichè il mandante altro non conferisce al delitto se non una dichiarazione d'animo con parole manifestata, se questo suo solo fatto lo dee sottoporre alla imputazione, che al consumato delitto ha decretata la legge, come non sottoporre al rigore medesimo il mandatario tostochè abbia dal lato suo con parole dichiarato il suo animo pronto al delitto coll'accettazione del mandato? Eppure ciò non si pratica ancorchè il mandato per motivi fuori della volontà del mandatario non sia stato eseguito (3).

Quanto è diverso lo immaginare dall'eseguire un'impresa quanto è facile il parlarla, e quanto difficile il farla! Il mandante può essersi espresso da prima in un modo non idoneo a significare il mandato; e può, come mandato intendendolo, averlo il preteso mandatario senza aver chiesti schiarimenti migliori eseguito. Questi coll'agire non lascia equivoco in quel che fa, ed un equivoco armò la sua mano: onde costui, al quale un cenno basta per contaminarsi le mani di umano sangue, colto nel momento, che lo versava, nè altrimenti sapendo come giustificare il suo istinto feroce, incolpa

---

(1) Kleinschrod, Stübel, Van Kessenich, *Diss. de sociis in crimine pag.* 18. sostengono che il gius Pontificio stabilisce una pena minore per il mandante.

(2) Vedasi sopra.

(3) De Simoni *Delitti di mero affetto p.* 2. c. 5. §. 3., sostenendo la regola colla immaginaria ragione, che il mandante, e il mandatario sono due rigorosi *correlativi*.

un uomo, il quale altro delitto non ebbe se non o la imprudenza, o la bassezza di un colloquio con lui.

Questa idea pone in chiaro l'errore di chi, moralmente esaminando le cose, ravvisa nel mandante il vero *motore*, la vera causa morale dell'avvenuto delitto. Se così fosse non vi potrebbe essere differenza tra la propria, e vera coazione e il mandato, tranne quella del potersi in questa seconda specie aver la non sempre desiderabile gloria di trovar due delinquenti mentre in quella un solo ve ne ha. Nè quì gli errori avrebbero fine. Col giudizio, col quale si parificherebbe al coagente il mandante, si agguaglierebbe il mandatario al coatto, e dopo aver così giudicato di lui, verrebbe poi contradetto questo giudizio col sottoporlo a quella pena medesima, che alla pretesa causa morale del suo delitto fu decretata. Un senno migliore scorgerà nel mandatario, il quale a un cenno del mandante eseguisce un enorme delitto, un animo, che vi era già da gran tempo abituato: un cuore in supremo grado malvagio: un mostro di ferocia, e di crudeltà, il quale, spiando tutte le più minute occasioni di sfogare il suo istinto brutale, e conoscendo l'interesse, che il mandante avea al delitto, si è offerto a lui per commetterlo facile, e senza suo rischio glielo dipinse, e ne seppe intruder la idea in un animo innanzi alieno forse dal darle ricetto. E in questo verisimile stato di cose chi potrà ravvisar nel mandato la causa morale del consumato delitto? Ancor quì l'errore è venuto dal considerare moralmente, e non politicamente le cose; e dall'aver apprezzata la causa morale non per il grado della sua influenza, ma per l'anteriorità del tempo, con cui il progetto delittuoso da una mente passa in un'altra cronologia, giova ripeterlo, che colla natura delle cose nella presente materia non ha niente che fare.

Il carattere estrinseco dell'atto delittuoso, e la regola, che lo misura dal danno sociale, sono le più sicure scorte da seguirsi in questa materia. Il mandante vuole il delitto, lo che altro non è se non delittuoso pensiero, delittuoso proposito, desiderio delittuoso, il quale per qualsivoglia maniera esternato, se può considerarsi come attentato non può paragonarsi al consumato delitto. Il mandatario vuole efficacemente al par del mandante il delitto; e con tutte le sue forze fisiche, senza bisogno d'altro morale impulso, lo eseguisce. La ragion del danno non è ne' due casi la stessa, nè la giustizia consente, che il giudizio sia per i due casi il medesimo: perciocchè anco la sceleraggine ha la propria misura, e la propria giustizia, e se altrimenti la cosa fosse non vi sarebbe motivo di stabilire per diseguali delitti una disegual punizione.

Infatti il mandato delittuoso, e l'eseguito delitto dovrebbero esser considerati come due cose separate, e distinte tra loro, e la sola abusiva illazione dal mandato in materia civile

al mandato in materia criminale ha potuto insieme confonderle. Il paralello tra i due mandati, non che sostenersi, non sa neppure come prender principio. Nel mandato civile può ben concepir la mente, che il contratto, per cui fu conferito, altro non è concluso che sia se non l'effetto della volontà del mandante, perocchè il negozio, prendendo col contratto principio, ha nel contratto il suo fine, e in tutto la volontà del mandante lo domina. Ma nel mandato delittuoso non vi ha contratto nè in principio nè in fine, nè il consenso del mandante può assumere atteggiamento di causa animatrice di tutto il negozio. Nel delitto vi ha certamente il consenzo, ma chi dirà, che sia valutabile in questo caso? Il consenso nella materia delittuosa è valutabile per la sua possibil mancanza ma non è da contarsi quanto alla sua presenza. Il dolo, che informa il delitto, esclude ogni ispezione di consenzo come causa animatrice di quanto l'agente fa, perocchè avvi assai più del consenzo. Nel mandato delittuoso vi è bensì un delitto, per il quale si è aperta la via ad un altro delitto, ma questo caso quanto può giudicarsi colla regola de' delitti connessi altrettanto rigetta quella, con cui si dee giudicar de' contratti; e la regola de' delitti connessi, non ancora ravvisata da alcuno nel delittuoso mandato perchè il delitto che serve di strada all'altro, commettesi in due, reclama nell'interesse della sicurezza sociale, che al delitto minore non sia decretata la pena del delitto maggiore, lo che ricade nella luminosa avvertenza del Beccaria, il quale osserva, che se fra i cospiratori al delitto la legge stabilisce una differenza di pena, minore in chi lo commette, maggiore in chi lo eseguisce, questa diseguaglianza di pena sarà un espediente politico adattato a render non facile l'accordo tra gli scelerati (1).

Tutte queste considerazioni sembrano essere state confusamente sentite dai pratici, i quali hanno adottata una differente nomenclatura nell'omicidio con precedente mandato, e nell'omicidio convenuto con pattuita mercede (2), e potremmo bene appellarne alla loro esperienza, e alla lor probità, domandando loro quale inutile dispendio delle forme, e de' procedimenti solenni della punitiva giustizia è soventi volte avvenuto allorchè in causa di omicidio è stata questione di precedente mandato, il di cui concetto, sì facile ad appiccarsi alla mente di chi accusa, quando il vero delittuoso progetto

(1) *Delitti e pene* §. 37.

(2) Poggi *Elem. jur. crim. lib.* 3. *cap.* 10. §. 72. Questo scrittore, dichiarando inutile la distinzione perchè le nostre leggi al premeditato omicidio decretano per tutti la pena medesima, non avvertì, che questa ragione non valeva niente nella controversia della parità della pena al mandante.

ha saputo nascondersi nella sua causa, e ne' suoi effetti, e sì facile a presentarsi a quella degli empj, onde avere nella incolpazione del mandante una speranza d'impunità, trova tante altre facilità nella prova, la quale poi nel crociuolo di verità, cui la sottopone il processo, sparisce come larva, e lascia il rammarico d'una lunga, ed inutile fatica (1).

La pratica, distinguendo quanto alla nomenclatura se non quanto alla pena il delitto con precedente mandato da quello, che fu commesso da chi locò ad altri a tale effetto l'opera sua con pattuita mercede, ha segnata una luminosa traccia, che all'ingegno del Beccaria non poteva sfuggire (2). Quando si tratti di locazione di opere con pattuita mercede, onde il locatore eseguisca il delitto per conto del conduttore, la specie varia, ed offre caratteri, i quali non possono esser confusi con quelli del semplice mandato delittuoso. La causa del lucro è troppo facile ad appigliarsi all'animo di persona, la quale sebbene non abituata al delitto, vedesi o dalla disgrazia, o dall'ozio condannata alla miseria. L'uomo, che, spiando sì fatta circostanza, invece di soccorrere o ben consigliare il meschino, trae profitto dalla miseria sua, e gli arma la mano onde campi col delitto la vita, è il più pericoloso, ed iniquo assassinatore, che la natura ne' suoi sventurati traviamenti abbia potuto produrre. Un'egual proporzione di morale influenza al delitto si verifica allora tra il locatore dell'opera, e il suo conduttore. Non è allora il solo consenso, che unisce i due facinorosi: è l'esca del danaro, per la quale uno incita al delitto, e n'è l'altro incitato: scorgendosi in chi l'offre un animo fortemente al delitto determinato, e in chi lo riceve una causa di commetterlo come si verifica nel latrocinio, onde in questo caso non può nascer dubbio sulla parità della imputazione dell'uno, e dell'altro.

Lo stesso mandato può cambiar carattere se il mandante abbia voluto esser presente al delitto, che il mandatario erasi incaricato di eseguire nel suo interesse. In questo caso non solamente egli è mandante, ma si dichiara ausiliario al delitto per tutte le forze fisiche, che dalla parte del mandatario gli potrebber mancare, e cessano allora tutti i dubbj, e tutte le incertezze sulla vera forza di volontà con cui il mandante abbia potuto al mandato realmente aderire (3).

---

(1) In Germania si continua a chiamare *motore* il mandante, come è realtà *motore* colui che costringe al delitto. Quest'abusiva nomenclatura ha divisi gli scrittori sulla parità, o disparità della pena. Feuerbach la vuole maggiore per il mandante. Mittermaier opina per una pena minore, eccettuato chi comanda, o fa altrui violenza. Ulens *Dissert. de crimin. fautor. Lovanii* 1828. *pag.* 19—21.

(2) *Delitti e pene* §. 37

(3) Blackstone *Coment. on the laws of Engl. b.* 4. *chapt.* 3. §. 2. *n.* 2.

Il mandato dellittuoso fino alla sua esecuzione completa percorre uno stadio lunghissimo di atti, ne' quali la teoria dee per dir così soffermarsi onde esaminare il carattere estrinseco di ciascuno e a ciascuno stabilire un separato, e distinto modulo d'imputazione. Essa ha in questa impresa una più facil fatica, e una speranza maggior di successo di quel che ne' passi dell'attentato non l'abbia, mentre i modi, co' quali cammina il mandato alla sua esecuzione sono più precisabili di quelli, co' quali cammina l'attentato alla consumazione.

Un mandato di delitto, comunque gravissimo, senza accettazione per la parte del mandatario ha carattere indissimulabile di attentato, ma non ne ha tanto grave, e tanto imminente il pericolo. Colui, che tenta di spingere al delitto una volontà, che gli può resistere, non è da temersi quanto colui, il quale si arma di tutto punto de' mezzi necesarj a commetterlo: onde la collazione del mandato non accettato non può meritare imputazione maggiore di quella dell' attentato remoto (1):

Se il mandatario ha accettato il mandato, e l'empia trama è stata scoperta, questo fatto dovrebbe essere dichiarato dalla legge non un attentato ma un delitto nella sua specie distinto. La commissione era diretta ad avere l'accettazione, e se ella fu ottenuta, un'operazione restò così consumata. Se è il mandante, il quale dopo l'accettazione si pente e revoca la commissione prima, che ne sia stata assunta la esecuzione, egli torna là donde partì, al debito cioè d'attentato remoto ma meno imputabile perchè volontariamente non proseguito. Se il pentimento dopo l'accettazione sopravviene nel mandatario, egli è sempre debitore del delitto coll'accettazione commessa, ma simil delitto può esser dalla legge considerato come fino a un certo punto da penitenza espiabile, e il delitto in tal caso ha tutta la pena quanto al mandante.

Il mandato accettato può avere avuto un principio di esecuzione, e il delitto può essere stato o remotamente, o prossimamente attentato. La consumazione può essere stata impedita o da causa volontaria per la parte del mandante, o per la parte del mandatario, o fuori della intenzione dell'uno, e dell'altro. Nel caso di attentato sospeso da causa volontaria per una parte, resta il delitto già verificatosi nell'accettato mandato, e se si tratta di attentato prossimo la pena di quel delitto dovrebbe esser suscettibile di qualche grado di esasperazione, non tale però da togliere all'empio l'interesse di non proceder più oltre dopo il concluso mandato. Nel caso

(1) Fu osservato, che il carattere dell'attentato remoto è quello di manifestare più il desiderio, che il proposito di offendere. Vedasi qui sopra a *pag.* 333. *n.* 2.

di attentato sospeso per causa fortuita, abbandonato il concetto del delitto che si verificò nel mandato accettato, dovrebbe aver luogo la pena dell'attentato, se è prossimo, e se si tratta di attentato remoto la legge è nella necessità di adottare una pena minore, tale però che alcun poco cresca quella all'accettato mandato già decretata.

Può il mandatario nell'eseguire il mandato oltrepassarne i confini. Se fosse vero, che il mandante diviene una sola, e medesima persona col mandatario, e che chiunque dà opera a cosa illecita è tenuto del fatto che avvenne, questo caso non avrebbe un dritto speciale, ma dovrebbe esser deciso colla regola della parità della imputazione del mandante, e del mandatario. Ma questa regola, eminentemente morale, non sodisfa ai bisogni, e all'oggetto della politica. Conviene dare in una pena minore al mandante l'interesse di tenere per quanto è in lui lontani tutti gli eccessi nella esecuzione del mandato; mentre non vi ha passione al mondo, per scelerata che sia, la quale non possa avere la sua economia, e la sua parsimonia.

Molte regole, e molte terminologie sono state proposte onde fornire il criterio pratico per determinare in fatto quando, e se nel mandato possa essere virtualmente compresso l'eccesso, o come preveduto dal mandante o come facilmente da lui prevedibile: tutte equivoche però, e tutte fallaci. Due false idee hanno suscitate queste questioni: l'una desunta dal principio del dritto privato, la quale, ravvisando il mandato come contratto di buona fede, ha ammessa la di lui interpetrazione estesissima: regola combattuta dalla più poderosa, che tutte le interpetrazioni debbono essere prese contro al delitto, o contro al delitto più grave: l'altra desunta dal principio, con cui si giudica della colpa, il quale pone a debito dell'agente un evento, che più, o meno facilmente si potea da lui prevedere. Che il mandante sia in colpa, niuno ne dubita: perocchè egli è in dolo, stato dell'animo della colpa più grave. Ma poichè il mandato deve esser conferito non per cenni, o gesti, ma o in scritte, o pronunziate parole, perchè abbandonare la naturale interpetrazione di questi segni de' buoni, o tristi pensieri dell'uomo? Il mandante ha commesso, che il suo nemico venga ferito e in questo caso si pretende, che se il mandatario uccide, non avendo egli ecceduto ne' *mezzi*, in quanto per ferire era necessario il pugnale, ma avendo ecceduto nel *fine*, che il mandante potea prevedere, la uccisione sia un eccesso al mandante imputabile. Se si deferisce al significato proprio delle parole è certo, che il mandante ha voluta la ferita e non l'omicidio; che egli ha reputato il suo mandatario abile assai da regolare i suoi colpi. Poichè la legge ha nel mandatario una vittima da immolare al pubblico esempio, perchè contorcere il natural significato delle parole onde averne due, e non una?

Se il mandatario è certo, che ogni eccesso è a solo suo carico, non potendo avere la trista, ma pur spesso dagli empj desiderata consolazione, di aver compagni nella lor punizione, avrà un interesse di tener la sua sorte più alla pari che sia possibile con quella del suo mandante, e regolerà meglio i suoi colpi (1).

L'eccesso può esser divenuto nel mandatario una necessità, e inoltratosi col solo proposito di ferire egli si può esser trovato costretto a togliere altrui la vita per salvare la propria. Anco quì vorrà dirsi, che il mandante poteva, e doveva prevedere questo possibile caso, e che per questa ragione gli è l'eccesso imputabile?

Un Gesuita scrisse la notomia della strage proditoria e la istituì negli scelerati calcoli, che la producono (2). Questo esempio può sollevare il nostro animo, e fornirci qualche titolo di scusa, se abbiamo dovuto fin quì tenere in mano la bilancia delle umane perversità, onde ben librare il lor peso. La giustizia, la quale regola i tagli, che la scure del carnefice dee fare sul corpo del facinoroso, non può aver ribrezzo di stabilire il più retto modo degli adeguati, e ben proporzionati ostacoli ai moti del perverso suo animo.

§. II.

Del consiglio

Falsa, e ridicola quanto altra mai è la osservazione, che il mandato vien conferito nell'interesse del mandante, e il consiglio nell'interesse del consigliato (3), al quale errore ha dato causa l'aver preteso, poter colle sole abitudini della morale ben giudicare del delitto (4). La forza, che il delitto richiede, non permette di credere, che ella si spieghi senza un grande, e passionato motivo, che le serva d'incitamento, e di stimolo. Questa riflessione sola è bastante a render persuasi, che il consiglio al pari del mandato non può conce-

---

(1) La distinzione teorica dell'eccesso ne' *mezzi*, e di quello nel *fine* immaginata dal Nani *Principj di giurispr. crimin.* §. 145, e da lui applicata alle regole pratiche indicate dal Paoletti *Inst. crimin. theor. pract. lib.* 3. *tit.* 10, è per riuscire di poco ajuto alla scienza.

(2) Grassetta *Anatom. caedis proditoriae, Lugduni* 1660.

(3) De Simoni *Delitti di mero affetto part.* 1. *cap.* 5. §. 1. Questo scrittore povero d'ingegno, e di critica ebbe pure la pretenzione di farsi confutatore del Beccaria, ripetendo con tuono di sarcasmo le grandi verità da lui scritte. *Del furto e sua pena* §. 26. Gli antichi aveano proverbj al caso adattati « *sus Minervam* » « *asinus ad Lyram* ».

(4) Gell. *Noct. Act. lib.* 4. *c.* 5. avea già osservato « *malum consilium consultori pessimum est* ».

pirsi dato se non per un interesse, che il consigliatore prende al delitto: diguisachè se questo interesse dalle circostanze non apparisca, vana cosa, ed inutile sarà sempre per riuscire l'indagare il vero grado di criminale imputabilità del consiglio.

Il suggerimento delittuoso può bensì aggiunger grado di gravità o al comando, o al mandato qualora consista in istruzioni tali date alla consigliata persona, senza le quali ella non avrebbe potuto co' suoi soli morali mezzi accingersi ad eseguire il delitto. Sono sì estese, e così poco tra loro separabili, con esattezza le idee di comando, di mandato, e di consiglio, e generalmente di concorso morale nella loro applicazione al delitto, che allo stato di fluttuanza, e alla maggiore, o minor latitudine, in cui queste idee sembrano per così dire ondeggiare, debbono attribuirsi le lunghe, ed intralciate questioni, che dal tempo de' Romani giureconsulti infino ai nostri sono state promesse sul giusto grado d'imputabilità del consiglio (1).

Come concorso morale d'uno al delitto d'un altro il consiglio esige cautele grandissime onde ne sia fissato il dritto con esattezza, e giustizia. Tutto può somministrare occasione a peccare: molto ci vuole per essere con mere parole partecipe d'un delitto, che altri commette, specialmente se si rifletta, che il consiglio non può essere valutato se non nel caso di gravi delitti, alla repressione de' quali la società abbia un grande interesse. La *immoralità* può avere la sua pena condegna, o dai tribunali di penitenza, o dagli uffizj di polizia. La punitiva giustizia dee apprezzare l'estrinseco carattere dell'atto sottoposto al suo esame, e deve dichiararlo imputabile per il solo grado di forza effettiva, con che esso contribuì veramente al delitto.

Può verificarsi una istruzione a delinquere la quale abbia tutti gli effetti d'una vera coazione per altri mezzi, e per altre vie che la incussione del timore. Pervertire un animo innocente, e inesperto: fargli parer virtù quel che è vizio, e azione lodevole ciò che è delitto: è rendersi vera, e sola causa morale dell'eccesso, che questa vittima dell'errore, e della seduzione ha potuto commettere. Ma questi casi più

---

(1) Le quistioni relative alla formula *ope consilio etc.* sono indicate da Barbeirac ad Puffendorf *Le droit de la nat. et des gens lib.* 1. *c.* 5. §. 14. Ma la nuova spiegazione della formula che egli adduce non sembra gran fatto plausibile. Conveniva osservare se nel delitto di furto, che i romani senza contrattazione, non ammettevano, Dig. *lib.* 47. *tit.* 2. *l.* 52. §. 19, la formula potesse avere, come è verisimile, un significato ad altri delitti non applicabile. La conciliazione delle antinomie delle leggi romane è tentata dal Nani *Principj di giurispr. crim.* §. 148, *not.* 1.

drammatici, e romanzieri, che criminali, tranne alcuni delitti contro l'ordine delle famiglie, ne' quali la vittima della seduzione divien vittima di sè medesima, non possono nascere dai calcoli degli ordinarj facinorosi, i quali son cauti sempre di scegliere i loro istrumenti da migliore officina.

Il consiglio per assumere carattere di complicità deve consistere in un concorso morale equivalente al fisico, ed attuale concorso al delitto: in una istruzione cioè di mezzi, senza notizia de' quali il principal delinquente non avrebbe potuto commetterlo: dimodochè nel di lui animo il delittuoso progetto non abbia difficoltà, ed apparisca con certezza eseguibile, nel qual senso è da intendersi la persuazione, nella quale si dice dover risultar sempre il consiglio onde sia criminoso (1). Nè rileva, che colui il quale così consigliato commesse il delitto ne avvesse innanzi già concepito il proposito, e vi fosse disposto (2).

Il consiglio è tanto più severamente punibile quanto più il delitto è di tale natura da richiedere più la sottigliezza dell'ingegno, che la destrezza, o la forza del corpo: imperocchè esso apparisce allora ordigno più proporzionato al bisogno, onde in tutti i delitti di falso, o in quelli, che in macchinazioni consistono, la sua imputazione avrà più latitudine che in ogni altro delitto (3).

Se il delitto comunque consigliato non è stato commesso, questa circostanza deve essere appresa come prova da non cedere a prova contraria, che il consiglio non ebbe nell'animo del consigliato quella forza di persuazione, che lo dovea rendere idoneo al delitto (4), e coloro, che altrimenti la pensarono, altro non fecero che mostrare come il principio morale assorbiva tutte le loro considerazioni in questa pericolosa materia (5),

---

(1) Dig. *lib.* 48. *tit.* 9. *l.* 16, *lib.* 47. *tit.* 2. *l.* 36. 50. Io. Adam. Hochstetter *Colleg. Puffendorf. exerc.* 2. §. 42. 48. *n. e.*

(2) Arg. Dig. *lib.* 11. *tit.* 3. *l.* 1. §. 4.

(3) Dovendosi argomentare sembra più critico, e più coerente all'indole delle cose il dir così, che sostenere con Ant. Math, *De crim. proleg. c.* 1 *n.* 10. *ad fin.* che convien nel consiglio eccettuare il titolo di maestà.

(4) Sembra che Van Kessenich *Diss. cit. p.* 11 — 12. applichi questa regola a tutti quelli, che egli chiama motori.

(5) De Simoni *Delitti di mero affetto part.* 2. *pag.* 73.

CAPITOLO XIX.

Della complicità positiva contemporanea alla offesa.

Un fisico atto di cooperazione, che alcuno assume col deliberato proposito di contribuire colle proprie forze al delitto insieme con altri, è atto o di *propria*, e *vera complicità*, o di *correità* (1). L'una, e l'altra specie presenta il carattere d'una società *reale*, in cui i cooperatori si uniscono: ma può essere intervenuta una società meramente *convenzionale* tra loro prima che o tutti, o parte assumessero fisici atti al delitto opportuni; e siccome in questo secondo caso alcuni possono avere agito, ed altri nò, ragion vuole, che esso venga dagli altri distinto.

§. I.

Della propria, e vera complicità, e della correità.

Le controversie per la definizione del delitto hanno refluito su quelle dell'attentato, e le controversie per questo su quella della complicità (2). Nella correità è impossibile distinguere il meno, ed il più, mentre la differenza dal più al meno può verificarsi nella complicità: onde è chiaro, che la definizione dell'una non può essere all'altra applicabile (3).

La complicità per esser tale deve conservare il suo carattere di *accessorio* del delitto, e non può in conseguenza comprendere gli atti, nei quali consiste la consumazione. Ella è il maggiore, o minore complesso di atti fisici referibili, idonei al delitto che alcuno assume, nel deliberato proposito di coadiuvare chi si è incaricato della consumazione (4). Quindi la

---

(1) Feuerbach citato da Van Kessenich *Diss. laud. p.* 15. distingue i socj in *intellettuali*. e in *fisici*, distinzione che questo autore rigetta. L'animo, e il corpo è necessario per contribuire al delitto. Può ben essere, che alcuno vi eserciti un ufficio prettamente morale incaricandosi a modo di esempio o di invigilare, o di atterrire ec. Ma la inutilità di queste più minute distinzioni sarà provata con quel che è da dirsi in appresso.

(2) Ciò avvenne quasi senza saputa de' disputatori, non incontrandosi chi abbia sentita la connessione logica, che vi ha tra questi tre oggetti del dritto.

(3) Una specie di correità è figurata da Ulpiano *Dig. lib.* 47. *tit.* 2 *l.* 21. §. 9.

(4) La definizione è visibilmente errata da Le-Graverend *Traité de législat. crim. pag.* 109. Merlin *Répert. univers. de droit* mot *complici-*

complicità ha carattere di *attentato*, ed ha carattere di atto *accessorio*, e in questi due riguardi esige che se ne ponderi il dritto.

Per il suo carattere di attentato la complicità richiede.

I. Che ella si esamini per la causa di fare, senza di che nè si potrebbero spiegar gli atti fisici assunti dal preteso complice, nè la loro connessione con gli atti di consumazione, dei quali un altro s'incarica.

II. Che ella si debba distinguere in *remota*, ed in *prossima* secondo che l'atto assunto dal complice è più, o meno distante dalla consumazione, e più, o meno ad essa cooperativo. (1).

III. Che ella non sia da immaginarsi nè nei fatti colposi, nè ne' fatti commessi nell'impeto per quelle ragioni medesime per le quali fu stabilito non potersi in questi atti concepir differenza tra l'attentato, e la consumazione (2).

Per il suo carattere di accessorio la complicità richiede

I. Che ella ammette le regole altrove indicate onde distinguere coll'ajuto della subiettiva e della obiettiva ricerca, il consumato delitto dall' attentato, col quale potrebbe facilmente confondersi.

II. Che venendo l'azione del principal deliquente a perdere la delittuosa sua qualità per l'effetto di circostanze già altrove indicate, lo stesso dritto si comunichi agli atti assunti dal complice, ad eccezione del caso, in cui non mancando nell'azione la qualità delittuosa, la legge non la perseguiti come delitto in vista di uno speciale riguardo, che ella abbia voluto avere al principal delinquente (3).

III. Che ne' delitti, ne' quali il titolo è desunto dalle relazioni di parentela, e di sangue tra il principal delinquente, e la vittima, il titolo del delitto non soffra alterazione relativamente al complice, sebbene estraneo (4).

Questa ultima sentenza poco compresa da chi esamina le criminali materie con occhio di moralista (5), non può incontrare difficoltà se si rifletta, che il modo, col quale il complice nella sua maniera d'agire forma col principal delinquente

---

té, Berriat Saint Prix *Cours de proced. crimin. p.* 63. La definizione, che ne dà l'Avvocato Lauria *Esposizione delle leggi penali del Regno delle Due Sicilie part.* 1. *pag.* 511. è troppo larga, e comprende la *correità*.

(1) Vedansi gli autori citati da Ant. Math. *Ad lib.* 48. *dig. tit.* 18. *cap.* 4. *num.* 19. che egli va confutando a gran torto.

(2) Dig. *lib.* 48. *tit.* 8. *l.* 17.

(3) Qual è il caso dell'azione famosa del furto non proponibile tra i consanguinei in certo grado, e proponibile contro i loro complici. Dig. *lib.* 47. *tit.* 2. *l.* 36. §. 1. *l.* 52 §. 1.

(4) Dig. *lib.* 48. *tit.* 9. *l.* 6. 7.

(5) Cremani *De jur. crimin. lib.* 2. *cap.* 5. *art.* 6. §. 6.

un solo, e medesimo contesto di azione delittuosa, connettendo i suoi atti cogli atti di quello, non permette, che senza violare la critica regola de' connessi (1), si scinda, e si separi un delitto in due, dicendo essere esso una cosa per uno degli agenti, e una cosa diversa per l'altro. Oltre a ciò la causa di fare, che lega, per così dire, ogni atomo degli atti assunti dal principal delinquente al titolo del delitto, risiedendo anco nella mente del complice, senza di che non potrebbe esser tale, imprime agli atti dell'uno, e agli atti dell'altro un tal carattere di uniformità, che la differenza nelle relazioni di parentela, e di sangue non può disciogliere.

Nelle lunghe, e vive questioni agitate fino ai dì nostri onde decidere se il complice debba essere imputato al pari del principal delinquente, i disputatori hanno data una estensione soverchia all'oggetto della loro ricerca, e l'hanno troppo generalizzata. Le ragioni d'imputare il concorso morale non sembrano esser le stesse, che quelle del concorso morale e del fisico, come si verifica nella propria, e vera complicità, alla quale fu assegnato il carattere d'atto fisico cooperativo al delitto in unione di quelli, che assume chi s'incarica della consumazione: il qual carattere esclude qualunque atto di concorso morale sebbene anteriore al delitto, e qualunque atto o morale, o fisico, che al delitto sia posteriore.

Nè la regola del danno desunta dal carattere estrinseco dell'atto, nè la ragione del Beccaria diretta a rendere con una disparità di pena meno facili a stringersi i delittuosi concerti tra più sembrano potersi adattare al caso della complicità

La ragione del danno incontra in questo caso un insuperabile ostacolo o si desuma dalle analogie dell'attentato, o si desuma da quelle del concorso morale; mentre queste analogie son rigettate tutte dalla contestualità dell'azione, nella quale il complice s'impegna col principal delinquente. Se nel caso dell'attentato colui, che lo intraprende agendo solo, e per il solo suo conto, può essere accessibile ai calcoli della prudenza, o della saviezza, che lo fanno desistere, ciò non è da sperarsi in un uomo il quale agisce in unione con altri. Egli trova, e sente in sì fatta unione una a forza maggiore per arrivare al delitto: è reso men riflessivo dal contagio, che tanto può sull'animo umano, della imitazione, e ha già col suo braccio subordinato il suo spirito ai proprj compagni di scelleraggine.

La ragione del Beccaria non incontra in questo caso minori difficoltà. Quanto questa ragione è buona per il momento, nel quale il delitto è concertato tra più (mentre è allora,

(1) La forza de' connessi è logica, imprescindibile fine ad unire insieme la libertà, e la schiavitù. Laur. Quarterii *Hermeneuticae legalis lib. 2. cap. 3. §. 29. not. 1 num. V.*

che lo spirito de' cospiratori calcola tutti i dati, o tutti i rischi, e tutti i pericoli, che son da correre nella impresa delittuosa) altrettanto diviene oziosa ed inutile quando i cospiratori si sono unanimemente rivolti al delitto, ed hanno incominciato ad assumere gli atti fisici che vi conducono. Ordinariamente in queste faccende non si distribuiscon le parti come agli attori nel dramma, e la distribuzione degli atti di cooperazione viene dalle eventuali circostanze del caso fornita (1).

La ragione del Beccaria potrebbe, sebbene non senza qualche violenza, applicarsi alla complicità remota. In ogni caso possibile o di distribuzione di parti, o d'assunzione di atti quale le circostanze la possono suggerire, una pena minore agli atti di remota complicità opererebbe l'effetto, che ciascuno dei complici vorrebbe in preferenza atteso il rischio minore incaricarsi di questi: potrebbe per tal motivo nascer tra loro dissidio, e dal dissidio o il mezzo di scuoprire l'accordo, o l'abbandono di esso per la parte di chi lo avea progettato.

Ma nella complicità prossima allorchè i cooperatori hanno per così dire aperta la breccia, per la quale non vi ha che un breve intervallo alla consumazione, ogni ragione di minor pena nel complice si dilegua, e la indissolubile contestualità della operazione delittuosa non concede di ammettere la politica di Tarquinio recidendo le teste più alte, e le più umili risparmiando (2).

Se uno de' complici colpito da salutar pentimento desistesse dall'opera delittuosa (evento tra costoro più desiderabile che sperabile mentre tutti hanno già fatti i lor calcoli onde commettere il delitto evitandone la punizione) questo caso dovrebbe restare interamente impunito, essendo questo il solo mezzo, con cui la legge possa lusingarsi di rompere per quanto è in suo potere la temibile contestualità d'azione, nella quale i complici insieme si mischiano. Nè questo principio è in contradizione con quello, il quale non concede una completa impunità all'attentato sospeso da pentimento, mentre è stato osservato come la indole della complicità non ammetta in questo riguardo le analogie dell'attentato delitto.

---

(1) Anth. Math. *Ad lib.* 48. *dig. tit.* 18. *cap.* 4. *num.* 19. è laborioso nel dimostrare, che il dritto Romano non poneva differenza nella pena del deliquente principale, e del complice. Il signor Von Schirach citato, e confutato da Van Kessenich *Diss. de* soc. *in crim. pag* 21 sostiene anco più dommaticamente l'argomento medesimo, ma le ragioni de' due autori non son sufficienti a provare, che il dritto Romano avesse su questa materia una regola stabile, e generale.

(2) Bexon *Code de la sûreté etc. Introd. pag. XV.* opina per una minor pena alla complicità *indiretta*, e per la eguale alla diretta. Il Nani *Animad. ad Math. loc. cit.* insiste sulla distinzione del complice, che s'incarica di atti, ne' quali non consiste la consumazione, e quello, che della consumazione s'incarica.

Dopo questi principj la distinzione della correità, la quale consiste in atti di propria, e vera consumazione assunti da più, dalla complicità non può avere altro pratico uso, che il bisogno di distinguere gli atti sanabili da pentimento da quelli, che non lo sono

§. II.

Della società.

La università, il collegio sono società autorizzate dalla legge (1), e il delitto *proprio* di tali riunioni di uomini spetta alle regole o del dritto pubblico, o dell'amministrativo diritto: perciocchè se si trattasse di delitto *comune* tranne il caso del collegio illecito, il quale è delitto per la sola riunione delle persone, che vi concorrono, cesserebbe negli uomini componenti la università, o il collegio la loro qualità di membri di associazioni simili, e oltre all'essere inconcepibile, che un delitto comune divenga soggetto d'una deliberazione a pluralità di suffragj, essi caderebbero nella classe de' delinquenti ordinarj (2).

Una società d'uomini formatasi onde avere nella lor riunione una forza maggiore, e più pronta a commettere certi determinati delitti è cosa, la quale quanto può facilmente accadere in tempi di torbidi, di anarchia, e di barbarie (3) altrettanto è inconcepibile in tempi di civiltà, di una regolare amministrazione, e di calma (4). Questo caso possibile o non possibile escirebbe forse dalla competenza del dritto ordinario, e divenuto un caso di eccezione vorrebbe esser giudicato colle regole dell'alta polizia, o della polizia generale, come la chiamano, ove le circostanze dello stato fossero tali da ammettere il nome, e la cosa, mentre ove

---

(1) Nel significato generale della parola *socj* di delitto si posson comprendere anco le *università*, che lo commettono. Come i Romani concepissero la *università*, ved. F. Hofman *Epitome ad tit. quod cujusque univ. nom.* §. 1, *et quaest. illustr.* 42. *pag.* 991. Come debba concepirla il pubblico dritto ved. Vosmaer *De imput. ad delict. univ. spect. pars post.* §. 24.

(2) Accenna queste differenze, sebbene non con tutta la chiarezza desiderabile, e distinguendo la *università* dalla *moltitudine*, Vosmaer *loc. cit.* §§. 35. 36. Le tre *specie* enumerate dal Nani *principj di giurisprudenza criminale pag.* 175. non sono esatte,

(3) A Roma negli ultimi tempi della repubblica lo sfacelo d'ogni legame di legge fu tale, che i ladri di strada si riunirono in bande, e dettero mezzo a Manlio luogotenente di Catilina di formarne in Toscana un'armata. Sallust. *De bell. Catilin. pag.* 28 *in fin.* Nel medio evo i grandi si mostrarono tali colla forza, colla quale assalivano, e spogliavano i viandanti. Ammir. *Stor. Fior. lib.* 1. Pignotti *Storia della Toscana lib.* 3 *cap.* 4.

(4) Ciò sarà dimostrato nella *Parte II. del lib.* 3. parlando della difesa preventiva.

regnano la buona amministrazione, e le leggi questa macchina rumorosa, la quale non cammina mai senza gravi pericoli, non ha titolo di spiegare una forza che sfugge alle regole della ordinaria giustizia (1):

Il dritto ordinario prevede il caso certamente possibile, che più scelerati si uniscano insieme, e pattuiscano tra loro d'esser socj, e compagni nel commettere un delitto, del quale già è stato unanimemente concepito il progetto.

Questo caso ondeggia tra il concorso morale, ed il fisico: tra gli atti di concorso anteriori, tra i contemporanei, e i posteriori al delitto, e dal non essere stata apprezzata questa variabilità del caso son nate lunghe, ed interminabili dispute.

La ipotesi, che la convenuta società di delitto si risolva in un concorso meramente morale alla sua esecuzione è raramente verificabile. Converrebbe, onde si verificasse, supporre, che parte de' socj senza promettere di conferire la fisica opera loro al delitto esibissero a chi se ne incarica un mezzo o vero, o finto di protezione, una speranza d'impunità mercè la personale influenza loro, ed alla esecuzione non intervenissero; ma siccome ciò non potrebbe supporsi se non si supponesse ancora , che essi per questa loro promessa influenza hanno convenuta a loro profitto una partecipazione de' frutti, che dal delitto si sperano, il caso non appartiene più a questa sede d'induzioni, ma passa a quella del concorso per atti posteriori al delitto.

Nel tempo, nel quale si commette il delitto, la società *reale* rende inutile ogni questione sopra una precedente società *convenzionale* tra i complici. Questa convenzional società stabilita dai complici prima che insieme si accingessero all'opra delittuosa può togliere nel modo della imputazione, e della pena ogni distinzione tra complicità prossima, e complicità remota: perciocchè quando il complice, non ostante la pena minore decretata dalla legge alla remota complicità , ha promesso di conferir come socio la opera propria al delitto, egli lo ha cotemplato nel suo intero contesto, e non ha potuto avere in mira d'incaricarsi piuttosto di atti remoti, che prossimi.

Queste considerazioni conducono a credere, che il concetto d'una società convenuta tra più non valutabile nel tempo in cui è commesso il delitto, valutabile nel tempo anteriore nella sola veduta di essere a parte de'frutti, spetta realmente per ciò che concerne la sua pratica utilità a quest'ultimo caso (2).

---

(1) Sembra, che gl'Imperatori Romani vi provvedessero militarmente. Cod. *lib.* 12. *tit.* 36. *l.* 9.

(2) Il Cav. Cremani *De jur. crimin. lib.* 1. *p.* 1. *cap.* 2. §. 20. è forse il solo, il quale abbia compresa la necessità di stabilire il giuridico, e proprio significato della parola *socj* nella delittuosa materia. Il troppo largo significato, che per il solito se le dà. ha prodotti equivo-

CAPITOLO XX.

Della complicità positiva posteriore alla offesa.

Le specie di questo concorso sogliono essere enumerate nell'*encomio* dato al già consumato delitto, lo che può referirsi o al precedente comando, o al precedente consiglio: nella *ratifica*, lo che può referirsi o al precedente comando, o al precedente mandato: nella *ricettazione*, lo che può più specialmente referirsi a una precedente società di delitto.

L'atteggiamento, nel quale si presentano a prima vista queste tre specie di concorso positivo per atti posteriori, poco si presta al concetto di una propria, e vera complicità: mentre esso si presentano piuttosto come indizj d'un precedente morale concorso.

Infatti se la complicità è nel suo generale carattere una volontà, la quale si unisce ad un'altra incamminata al delitto, come potrà esser complicità una volontà la quale sorge, quando quella incamminata al delitto, avendolo già consumato, più non esiste? (1).

L'encomio, la ratifica son bensì atti, i quali considerati in sè stessi, evelano un gran fondo di perverso animo in chi vi si abbandona, ma non hanno potuto avere influenza di sorta veruna ad aggiungere un grado di forza morale alla volontà, che ha già infranta la legge. La sola ricettazione può assumere carattere di delitto ma di delitto però nella sua specie distinto, perchè la legge, o volendo facilitare la prova del delitto di già commesso, o volendo guarentire a chi ne fu la vittima la restituzione di quanto il delitto le tolse, può erigere in azione delittuosa la ricettazione o della persona, o de' mezzi, che al delitto appartennero, o de' frutti, che ne furon raccolti (2).

Questi principj giacquero lungamente nella oscurità, e nella

---

ci, incertezze, ed errori nelle opere sulla complicità citate quì sopra, dal che avvenne, aver io dovuto fissare la teoria, che mi parve la più convenevole senza diffondermi in confutazioni, o rettificazioni

(1) Che il tempo o anteriore, o sincrono alla consumazione sia della sostenza della complicità l'osservò il Cav. Cremani *De jur. crim. lib. 2. cap. 4. art. 4.*

(2) Il Nani *Principj di giurisprudenza criminale pag.* 155., adottando il concetto di delitti nelle loro specie distinti, la circoscrive al concorso, che egli dice *fisico*, ammettendone così un *morale* nell'encomio, e un *giuridico* nella ratifica, delle quali due specie non parla. Ma qualificare di concorso fisico la *ricettazione*, la *occultazione*, il *favore alla fuga*, la *partecipazione* è parlare inesattamente. Nega genericamente la possibilità del *concorso* per mezzo di atti posteriori al delitto L. E. Ekelund *Diss. de concursu ad delict. Aboae* 1824. *pag.* 7.

incertezza, e si formò attorno ad essi una specie di laberinto, per penetrar nel quale raramente si ebbe il filo salutare onde ben misurarne le complicate sinuosità.

Tutta questa materia, collocata tra la provincia delle prove, e quella delle azioni delittuose, non può aver la luce, che la sua importanza reclama se non si abbandona la idea di volerla erigere in general teoria, e non si riporta alla sede che le conviene, a quella cioè de' singoli titoli di delitto: imperciocchè ella assume fisonomia diversa secondo la diversità de' delitti; e la lor varia indole or l'ammette, ed or la rigetta: or le dà un grado maggiore, ed ora un minore d'importanza (1).

A queste ragioni debbonsi forse attribuire le quasi inestricabili antinomie, che gl'interpetri del dritto Romano hanno segnalate ne' suoi frammenti, e fino in una sola, e medesima legge del codice relativamente a questa materia (2). I torbidi, che travagliarono gli ultimi periodi dell'impero Romano: le fazioni di delinquenti ordinarj, che lo lacerarono: la diffi-

---

(1) Esempio ne sia il delitto di furto. Il Claro, il Bossio, il Damhouder, il Farinaccio, e i pratici tutti opinano per la parità della pena del ladro, e del ricettatore della roba furtiva, per la ragione « *si non essent receptores non etiam essent fures* », adagio ripetuto pressochè in tutte le lingue, come osserva F. P. Ulens *Diss. de criminum fautoribus, Lovanii* 1828. *pag.* 47. Il Presidente di Montesquieu *Esprit des loix liv.* 29. *ch.* 12. disapprova la pena eguale del ladro, e del suo ricettatore, e parlando della *persona* non della *cosa* dissimula il vero punto della questione. Il Nani *Principj di giurisprudenza criminale p.* 139., oltre all'aver leggermente tentato il problema giunge a dire che il dritto romano contentavasi di condannare il compratore della *roba furtiva* alla restituzione, e si fonda nella *L.* 2. *tit.* 2. *lib.* 6. *cod.*, la quale parla di compratore di buona fede.

Donde dunque nacque la regola, che parificò il ladro al ricettatore, all'occultore, al compratore, al detentore qualunque della cosa furtiva con scienza del vizio? Dalla speciale indole del delitto di furto, e non da vedute politiche, le quali abbian potuto determinare le leggi ad adottarla. Se il delitto consiste nel trasporto da luogo a luogo dell'altrui cosa mobile contro la volontà del padrone con animo di trarne un lucro, quando la cosa furtiva tolta al proprietario una volta passa dalla mano che la tolse ad altre animate dallo spirito stesso, che il ladro animò, in tutti questi atti gli estremi del furto si verificano sempre, salvo a fissare i diversi gradi di scienza relativamente al modo, con cui il delitto fu la prima volta commesso. Il dritto romano procedè certamente con questo principio Dig. *lib.* 48. *tit.* 9. *l.* 3. §. 3., Instit. *lib.* 4. *tit.* 1., Cod. *lib.* 6. *tit.* 2. *l.* 14.

(2) Queste antinomie sono notate, e conciliate da Anth. Math. *De criminib. ad lib.* 47. *dig. tit.* 10. *cap.* 2. in un modo, e in un diverso dal Nani *Animad. ib. not.* 1. La conciliazione dell'antinomia litterale, che s'incontra nella *L.* 1. *tit.* 19. *lib.* 9. *cod.* proposta dal Nani osservando, che Triboniano, forse per la fretta con cui lavorò, o per la incuria de' redattori riunì in una due leggi delle diverse epoche del 374, e del 383, è da esso tratta dal Gotofredo *Coment. ad Cod. Theod, lib.* 9. *tit.* 29.

coltà, nella quale si trovarono i suoi padroni di sostenerne efficacemente la interna sicurezza, mentre l'esterna era già conculcata dai Barbari: tutte queste ragioni tolgono ogni fiducia al dritto Romano in questa materia, e lo dichiarano scorta fallace, e pericolosa per una legge destinata a proteggere la umana sociabilità in tempi men tempestosi, ed alla giustizia più favorevoli (1).

CAPITOLO XXI.

Della complicità negativa

Per sostenere questo *negativo concorso* (contradizione nei termini) all'offesa, che altri positivamente inferisce, s'immagina il caso, che essendo macchinato, preparato un delitto, alcuno avutane la notizia prima che venga eseguito, abbia potuto o col rivelare, o col non proibire, o col soccorrere impedirlo, e fatto non l'abbia.

Fu opinione del grande Cujacio, che un'azione negativa possa risolversi in una positiva osservando, che il non fare quando la legge comanda di fare è fare in modo da non voler fare (2); e i criminalisti non hanno mancato di proporre la distinzione del dolo di *commissione*, e del dolo di *omissione* (3).

Ciò che fu detto sulla morale indole della colpa mostra già quanto sia lubrico questo sentiero onde le somma incertezze di quell'astrusa ricerca piombano tutte qui, e crescono di perplessità: mentre se nella colpa avvi sempre un fatto materiale, il quale per sè solo costituisce il delitto sicchè questo fatto rifonda nell'autore il peso di concluder la prova, che il delitto non per dolo, ma per colpa è avvenuto, la mancanza d'ogni materiale nella mera omissione nella inazione dell'agente rende più pericoloso, e difficile il giudicare del vero interno stato del di lui animo (4).

La regola, la quale esige, che la umana giustizia determini i proprj giudizj sul carattere estrinseco dell'atto, del quale si dee giudicare, non è favorevole al negativo concorso. L'agente è restato nella inazione: ciò tanto può essere avvenuto per una mo-

---

(1). Questa materia della ricettazione, e della partecipazione, inestricabile per sè stessa se non si riporta o ai diversi titoli di offesa, o alla prova, è diffusamente, e con assai dottrina trattata da A. F. Mommaerts *Dissert. de criminum fautoribus cap.* 1. 2., e da F. P. Ulens *Diss. sub eod. tit. pars* 2. *cap.* 2. 3. *sect.* 1. 2.

(2) Coment. *ad l.* 121. *dig. de reg.jur.*

(3) Cremani *De jur. exim. lib.* 1. *part.* 1. *cap.* 4. §. 11.

(4) Alcuni sentendo queste difficoltà, ma non penetrandone la ragione, scrissero esser maggiore la obbligazione nelle vietate, che nelle comandate cose. Connan. *Comment. jur. civ. lib.* 1. *cap.* 9. *num.* 7.

mentanea dimenticanza, per negligenza quanto può essere per malizia avvenuto. La complicità per la regola degli accessorj, che la lega agli atti del principal delinquente, deve esser animata da dolo, ma la mera omissione non ne coarta il concetto, e questa sola riflessione esclude, che chi non agì possa dirsi complice di chi agì. Per sostenere una contraria sentenza converrebbe stabilire il principio, che quando all'agente è nelle circostanze del caso nota la legge, che l'obbliga ad agire, egli resta dolosamente nella inazione: massima poco conveniente alle debolezze della umana natura, che la legge onde non essere iniqua dee sempre considerare: massima, la quale spinge il principio politico a violar le regole della giustizia, e ad erigersi in tiranno ove non è dato di comandare, mentre se l'agente non agì per inavvertenza non può il principio politico alterar la indole delle cose, e pretendere, che egli abbia agito con connivenza al delitto (1).

È al sommo difficile, che questi principj possano soffrir cambiamento per la particolare importanza d'un caso. Quando il principio politico incontra la resistenza invincibile delle cose, volendo forzarla altro non fa che svelare la propria tirannia, e la propria fatuità (2).

Il non soccorrere, il non proibire, il non rivelare può essere dalle leggi dichiarato più, o meno grave delitto: ma la ragione, e la giustizia non potranno giammai consentire, che quegli atti negativi si considerino come atti di complicità. Come comprendere infatti, che in quegli atti siavi consonanza colla forza morale, che si spiega verso il delitto? E qual relazione vi ha tra commetterlo, e non impedirlo? la relazione

---

(1) Il Cav. Filangieri *Scienza della legislaz. lib.* 2. *part.* 3. *cap.* 37. ha molto ben ragionato su quanto ha di contrario alla morale, e alla politica la legge che punisce la omissione come complicità nel delitto *politico*, ma non ha fondata la teoria necessaria ad escludere questo assurdo da ogni qual si sia delittuosa materia.

(2) Son note le celebri controversie tra il Bartolo, e il Baldo, maestro, e discepolo su quella parola *consciis* della più celebre *L. quisquis* 5. *cod. ad. l. Cornel. de sicar.*, che Triboniano arbitrariamente collocò sotto il titolo *L. Giulia di maestà*, e le ancor più celebri vittime della severa interpetrazione del Bartolo, che il discepolo per una *rivelazione di giureconsulto* asserì condannato per questo dalla divina giustizia all'inferno. Il Gotofredo *Comment. ad Cod. Theod. lib.* 9. *tit.* 14. *l.* 3. nella dottissima illustrazione di quella legge §. VII. osserva, che la parola *consciis* tra le altre *satellitibus ministris* significa *conciis* non *consapevoli*, la quale spiegazione toglie la base alla disputa de' due glossatori. Ma se si porge mente alla sventurata fiducia, che i legislatori in tempi difficili posero sempre nel rigor della pena: se si considera la infelice condizione de' tempi, ne' quali quella legge fu pubblicata, e si confronta con leggi pubblicate in circostanze consimili, tra le quali non è da lasciare sotto silenzio la nostra sebbene antiquata del 1637 detta del compendio, nasce il sospetto, che la interpetrazione del Bartolo sia pur troppo la genuina, e la vera.

potrà essere, se pur vi si può concepire con sicurezza, un affar di coscienza, e quindi un motivo d'illusione, e d'inganno per chi vuole spiegare la delittuosa materia con quel principio. Vi sarà infrazione di dovere, ma non vi sarà nè violenza, nè macchinazione di delitto, lochè fornisce una nuova prova del vizioso anfibologico modo di esprimersi di chi sostiene nel delitto, la infrazione d'un dovere.

Il non soccorrere, il non proibire può bensì esser titolo di civile responsabilità quando trattasi di delitto commesso da un inferiore mentre il superior suo poteva, e doveva impedirle (1), ma le relazioni di superiore, e d'inferiore tra i semplici cittadini tra loro non possono verificarsi in qualsisia titolo di delitto; e se il dritto Romano adottò una diversa sentenza nel caso del capitano non difeso dal proprio soldato (2), o del padrone dal proprio servo (3), questi principj appartengono a discipline, che non son quelle nè del dritto ordinario, nè degli usi de' tempi nostri, d'altro lato sembrando certo, che, tranne casi rarissimi, i quali però non vorrebbero essere allegàti in esempio, la più sicura sentenza del Romano diritto fu, che sopra atti negativi non si potesse costruire concetto di complicità (4).

Hanno pensato alcuni, che quando al generico morale dovere d'impedire la violazione della legge (5) si aggiunge un obbligo particolare di uffizio il non soccorrere, il non proibire, o il non rivelare possano assumere carattere di complicità (6). Può ben essere, che nel concorso di un simile obbligo si avvalori il sospetto, che la inazione anzichè a colpa debba attribuirsi a malizia, ma questo dato critico non toglie

---

(1) Nel senso di civile responsabilità deve intendersi la *L.* 4. §. 2. *tit.* 16. *lib.* 1. *dig.* così spiegata dalla Glossa, e in troppo esteso senso interpetrata da Ant. Math. *De criminib. in proleg. cap.* 1. *num.* 16.

(2) Dig. *lib.* 29. *tit.* 5. *l.* 3. §. 4.

(3) Dig. *lib.* 40. *tit.* 10. *l.* 9.

(4) Ant. Math. *De criminib. in proleg. cap.* 1. *num.* 15. Il Nani *Animadv. iv. nob.* 8. riduce tutti i casi di eccezione notati dallo scrittore Olandese al solo titolo di falsa moneta, e lo conferma *Principj di giurisprudenza criminale pag.* 162. *not.* 2, ma s'inganna appoggiandosi all'autorità del Gotofredo citata qui sopra a *pag.* 408. *not.* 2. Il Gotofredo supplantò radicalmente, e difinitivamente la *complicità negativa* colla sua originale interpetrazione alla celebre *L. nullum* 10. *dig. de reg. jur.* scritta con varia lezione nella Volgata, e nelle Pandette fiorentine, colle quali concordano i Basilici, ed exegeticamente illustrata da Bulgaro, e da Piacentino, lo che fece nel comento al titolo *De diversis regulis juris antiqui pag.* 468., e nel comento al Codice Teodosiano *vol.* 3. *p.* 203.

(5) Cic. *De off. lib.* 1. *c.* 1., Seneca *De benefic. lib.* 2. *c.* 16., ove s'incontra la regola di coscienza, ma non di foro penale » *aeque peccat quod excedit quam quod deficit* «.

(6) Ant. Math. *De criminib. proleg. cap.* 1. *num.* 15.

le difficoltà, che nascono dalla indole della intenzione di chi non agisce. L'impero della legge in qualsisia condizione dell'uomo non può esser tale giammai da cangiare in esso in dolo la colpa, e il solo presentaneo comando dell'uomo avente dritto di comandare se non sia dalla persona alla quale è diretto prontamente, e fedelmente eseguito presenta la specie del dolo, almenochè non si mostri che ella era prima stupida, o che si è instupidata nell'atto (1), il qual caso non appartiene nè alla legislazione, nè alla giurisprudenza.

Tutte queste riflessioni, convincono, che se la legge intendesse di erigere in atti di propria, e vera complicità il non fare urterebbe il senso comune, e sovvertirebbe tutte le regole della giustizia; e se ella prevendendo, e designando litteralmente i casi ne' quali vuol che il suddito agisca, intende di erigere la inazione in offesa sociale, ha da guardarsi dalla pericolosa influenza, che sulle sue determinazioni può, come fu altrove osservato, esercitare un vago, e troppo effrenato concetto di polizia, il quale non ha sempre a proprio favore il suffragio d'un ben ponderato principio politico, unico scopo del quale è quello di proteggere, e di promuovere la umana sociabilità ne' generali, e costanti suoi dati (2).

CAPITOLO XXII

Della invariabilità della nazione della offesa della sicurezza sociale.

Poichè per le osservazioni fatte fin qui, il delitto altro non è se non un disordinato moto delle umane passioni producente la infrazione d'un dritto creato dalla natura, e protetto dalla società, o una violenza diretta a indebolire, e distruggere la forza che è necessaria alla società per proteggere, nei quali due aspetti esso è sempre un'offesa della sicurezza sociale, o vi si consideri il *fatto* delle passioni, che lo producono, o vi si consideri il *dritto* con cui la ragione lo condanna, è certo che la sua origine storica nel fatto, e la sua origine razionale nella legge debbono andare con egual passo; presentarsi alla storia e alla contemplatrice mente dell'uomo nell'aspetto medesimo, non poter esso sortire per cambiar di tempi, e di luoghi un diverso giudizio, ed esser perciò la sua nozione certa, ferma, invariabile.

---

(1) Dig. *lib.* 50 *tit.* 17., *l.* 199. *lib.* 2. *tit.* 3., *l. unic. lib.* 47. *tit.* 10., *l.* 13. §. 2.

(2) Tocca la disputa della complicità negativa F. P. Ulens *citat. dissert. cap.* 4., ma ella può avere il suo congruo luogo nei soli provvedimenti di *pubblica prosperità*.

Il primo aspetto, sotto il quale si manifesta il delitto è quello d'un atto ostile contro la individual sicurezza. Possono gli uomini variar d'idee, e di principj sul modo, e su i mezzi d'essere più, o meno felici. Il bisogno d'esser sicuro è per tutti il medesimo da un'estremità della terra all'altra. Può la specie umana ridursi a stato tal di miseria, che gl'individui altro dritto da conservare non abbiano, che quello delle lor personali individualità; ma in mezzo a questi individui il privare alcuno della libertà di muoversi a suo talento: ferirlo: mutilarlo: ucciderlo sarà offesa come in mezzo d'un popolo giunto al più alto grado della sua sociale prosperità. Se fra quegl'individui la industria umana soggioga gli animali suscettibili di domesticità: se si estende a soggiogare, e convertir in usi umani i prodotli del suolo, e che il dritto di proprietà (non per convenzione, chimerica sempre ove si tratti di moltitudine, ma per voto irresistibile dalla natura) estenda, e moltiplichi le proprie conquiste sulle cose create, il torre, o distruggere ad altri il frutto della sua industria sarà offesa in tutte le menti interessate al mantenimento dell'ordine.

Se il sorgere, il progressivo crescere del dritto di proprietà, il successivo ammassarsi degli umani interessi rende necessario un sistema o di regole, o di prudenza per comporre le controversie, che quegl'interessi inevitabilmente risvegliano, e con esso un ordine d'uomini che vi presiedano, le violenze contro questo sistema collo scopo o di distruggerlo, o di avvilirlo non possono avere un valore in un luogo, e in un tempo, e un valore diverso in un altro. La identità d'interesse renderà necessaria una identità di giudizio.

Se l'amministrazione della giustizia, divenendo quasi il centro di riunione d'un numero d'uomini, e di famiglie, fa nascer la idea d'un patrimonio comune, onde supplire alle comuni spese, che quella prima creazione del dritto politico rende agli uomini necessaria, le dilapilazioni, le sottrazioni, le infedeltà a danno di quel comun patrimonio saranno concepite come offese di tutti gl'interessati non per ragioni di clima e di località, ma per la indole della cosa medesima.

Se più umane famiglie o per vedute di commercio, e d'industria da estendersi oltre al territorio che elle abitano, o per comune difesa si agglomerano tra loro in istato di politica associazione, e da questo nuovo, e naturale ordine di cose nasce la necessità d'una gerarchia di poteri, l'atto diretto a cambiarla, a sconvolgerla, ossivvero a distruggerla è per la natura delle cose un'offesa di tutta l'aggregazione, nè in diverso modo può essere sotto diversa latitudine: in una città situata sulle alture de' monti piuttostocchè in una situata nella superficie d'un piano: piuttosto in una mediterranea, che in una marittima.

Così la storia degli uomini come la loro ragione: i fatti come i principj: le testimonianze de' sensi come le speculazioni

della mente: il *materialismo* come lo *spiritualismo*: tutte le forze sperimentali, e razionali dell'uomo sono costrette a ravvisar nella offesa della sicurezza sociale una sola storica origine· un solo invariabile carattere, e con esso una sola e invariabil nozione (1).

Le difficoltà, che la mente umana incontra nel costruire la più retta, e metodica classazione delle offese considerandole o per il rispettivo grado di gravità, o per le analogie, che debbono farne collocare le specie piuttosto in una categoria, che in un'altra, non dipendono da circostanze di luogo, e di tempo, ma dalla natura medesima della cosa. Se Linneo trovò un criterio per meglio, e più categoricamente classar le piante non è da dirsi, che ciò avvenne perchè le piante di Svezia si prestassero per ragione di clima a questo sistema, il quale non nacque dal terreno ma da quella gran mente.

Minori difficoltà non s' incontrano nel fissare i *gradi* della offesa nel decremento possibile delle due forze, che la compongono. Eppure il bene apprezzarli, e fissarli dipende da un principio di giustizia, il quale rettamente applicato o costringe il principio politico a rispettare il principio morale, o costringe il morale a rispettare il politico. Incontrasi è vero una gran dissonanza, ed una gran varietà nelle leggi sulla misura del grado dell'offesa, ma ciò deriva dall' essere stato nella mente de'legislatori il principio di giustizia offuscato da un'esagerata idea o del principio morale, o del principio politico, lo che è un errore scientifico in qual si sia latitudine.

Or donde la idea, che la nozione del delitto ha, e debbe avere un carattere di circostanza, e di relazione al modo di sentire, e di pensare di un popolo, a'suoi usi, alla sua religione, a' suoi principj, ed al clima nel quale egli vive (2), e

---

(1) Sebbene in altro senso scritti, pur quadrano qui i noti versi di Orazio

« *Unum noveris omnes noveris.....*
« *Seditione, dolis, scelere, atque libidine, et ira*
« *Iliacos intra muros peccatur, et extra.*

(2) Bentham *Traités de législ. civil. et penal. vol.* 3. *pag.* 320. *et suiv.* Eppure i pregiudizj scentifici continuano pur ora a rinforzare questa falsa opinione, e si assegna al dritto criminale una strettissima inseparabile connessione colla indole de' popoli. Henr. Besserer *Dissert. de nat. poen. illustrat. ex historia juris crim. Rom. etc. Wirceburgi* 1827. *pag.* 4. Questo pregiudizio scientifico pecca d'un logico vizio prendendo la ignoranza d'un popolo per la sua indole, e per i suoi bisogni politici. Non prima della metà del decorso secolo cessarono i processi di *magia, stregonerìa, fattucchierìa, patti col diavolo*. Si dirà per questo che la criminale di que' processi era strettamente congiunta co' bisogni de' popoli? No: tutto veniva dalla loro ignoranza. Or perchè sudare collo scrivere la storia dell'ignoranza? Questa obiezione non percuote Alexandr. ab Alex. il quale *Dier. Gen. lib.* 4. *c.* 13. fa una lunga e curiosa

l'altra non meno strana, che la nozione del delitto varia col variar delle leggi (1), onde convennisse credere non che il delitto rende necessaria la legge crea a proprio talento il delitto?

Onde dar qualche apparente base al primo assunto è convenuto dissociar la storia dalla ragione: pronunziar tra loro un divorzio: atteggiare un romanzo: fingere la traslocazione delle leggi di un popolo incivilito in mezzo ad un popolo che ancor non lo è: andare in traccia degli usi i più assurdi, e ridicoli: de' più miserabili pregiudizj: della condizione la più deplorabile che offre la specie umana degradata dal dispotismo o ne' Gentous, o ne' Maomettani, o tra gli Otahitiani, o fra i Negri (2). Questa escursione è riuscita a dir vero un quadro originale, e bizzarro: il pittore ha saputo sfoggiare di composizione, e di colorito mostrando conoscere la storia di popoli, che l'hanno tutta ne' lor pregiudizj, e nella loro miseria, ma non si saprebbe decidere quale utilità da quel quadro potesse ritrarre o la scienza della legislazione, o la giurisprudenza. Tanto è vero, che il più delle volte gli scrittori di facondia, di dottrina, e di genio scrivono più nell'interesse de' loro libri, che in quello de' loro simili;

Perchè i Gentous, i Maomettani, gli Otahitiani, ed i Negri non hanno idea delle scienze esatte, e delle naturali sarebbe assurdo il dire, che queste scienze non hanno il loro assoluto criterio, nè altrimenti aver lo possono se non piengandosi allo stato delle menti selvagge, vale a dire, rinunziando a sè stesse, ed alla loro prerogativa. Prima della creazione, e nel caos le leggi conservatrici dell'universo erano nella mente di Dio, ma non perdevan per questo il carattere, e la loro prerogativa di leggi quando fossero esistite le cose, le quali non potevano essere da leggi diverse ordinate, e composte. È un filosofico pregiudizio il più funesto fra quanti possono invadere la mente umana il credere, che una legge non può esser tale perchè ella è legge ma perchè è a guisa d'un abito il quale va, o non va al dosso d'un popolo. Le sole leggi relative alla pubblica prosperità hanno questo carattere, e sarebbe ridicolo istituir le *giurande* tra i Cafri privi d'arti, e mestieri. Se vi fosse un popolo, il quale non conoscesse il diritto di proprietà, o nel quale il solo capo della nazione fosse l'unico proprietario (e popolo non sarebbe) diverrebbe inutile la legge su i furti, e le loro varie specie. Ma ove è dritto

---

enumerazione de' delitti, i quali egli dice innati, e perpetui per natura de' luoghi, e clima del cielo in certe nazioni. Ma l'interlocutore in questo capitolo è un *Lucio Partenopeo* dipinto dall'Autore *omnium rerum, hominumque contemptor.*

(1) Renazzi *Elem. jur. crim. lib.* 1. *c.* 2. §. 11.

(1) Bentham *loc. cit.*

di vivere, dritto di proprietà, e stabilito governo là sono pure le condizioni necessarie all'applicazione delle leggi della sicurezza pubblica e della privata, giacchè il suo bisogno non varia nè col modo di sentire, nè colle varie usanze (e siano pure stravaganti) de' popoli.

Se apparisce difficile far sentire gli effetti di una buona legislazione criminale a un popolo selvaggio; e barbaro, il quale ha nelle sue depravate abitudine una forza di resitenza a farsi guidare al meglio, ciò non significa che gli abbisognano barbare leggi, e selvagge. Gli esempj veri, o verisimili da alcuni legislatori de' popoli primitivi, i quali rappresentano il passaggio delle leggi di un popolo incivilito ad un popolo, che ancor non lo è, dimostrano tutto il contrario (1); e senza ricorrere ad esempj antichi i moderni, e recenti non mancano. Il Toscano legislatore in una nazione circondata da stati limitrofi di vario morale carattere, e da lunga spiaggia marittima: sparsa in parte in luoghi inculti, e selvaggi: in parte inclusa in territorj stranieri, trovatala con leggi sanguinarie, e inumane, e in qualche luogo con costumi compagni alle leggi (2), stabilì in esso una legislazione penale encomiata come modello di perfezione, mostrando così, che le leggi possono formare il carattere morale de' popoli, e che il carattere morale de' popoli non dee dar norma alle legi (3).

Poichè è stato sentito il contrasto, che vi ha tra le leggi d'un popolo incivilito, e lo stato di un popolo barbaro, è avvenuto di fare un passo di più, e confrontare tra loro le leggi de' popoli giunti al maggior grado della loro cultura. Questa maniera tutta moderna, e cagionata dalla mania di trovar materia da scrivere è riuscita anch'essa un pregiudizio funesto alla scienza, la quale divenuta viaggiatrice ha reso conto

---

(1) Le verità storiche non perdono il loro carattere nella bocca degl'impostori

« *En Egypte Osiris, Zoroastre en Asie,*
« *Chez le Cretois Minos, Numa dans l'Italie*
« *A' des peuples sans mœurs, et sans culte, et sans rois*
« *Donnerent aisement d'insufisantes loix etc.*

Mahomèt. *act.* 2. *sc.* 5.

(2) Notisi questa espressione, e si confronti con quanto scrisse il Botta, *Storia d'Italia lib.* 1. *pag.* 15, dipingendo la Toscana alla metà del decorso secolo in uno stato poco dissimile da quello dei Greci al tempo di Cadmo.

(3) Il Brotero *Relaz. univ. lib.* 1. bonariamente si esprime « *Nelle cose criminale usano tormenti asprissimi, e maniere di morte strane, segno della terribilità de' popoli* ». Lungo sarebbe il novero degli autori, i quali spiegano con questa critica abusiva la storia. Una sola riflessione basta a smentirli. Le umane tendenze sono verso la crudeltà? La crudeltà della legge non potrà frenarle, e diverrà la loro antesignana. Le umane tendenze sono, come Cicerone già disse, contrarie alla crudeltà? Le leggi crudeli saranno ostacoli al loro sviluppamento.

di quel che ha visto non di quel che ha meditato. Un popolo non agitato da intestine discordie è disposto a riposar tranquillo sulle sue vecchie abitudini. Un popolo in mezzo al quale si formino nuove combinazioni di forze è il meno adattato a fornire modelli d'una buona legislazione della sicurezza sociale, perchè, essendo esso un lavoro scentifico, l'agitazione nella quale tutte le passioni si trovano è lo stato il meno propizio alla scienza. La massima della relativa bontà delle leggi: la difficoltà che generalmente hanno gli uomini di abbandonare legislativi sistemi, i quali hanno a proprio favore una lunga osservanza, per abbracciarne de' nuovi, l'esito dei quali apparisce sempre incerto, e dubbioso, rendono lo studio delle leggi da un popolo all'altro, se non dannoso, inutile almeno alla scienza. Ove è da notare la contradizione, nella quale gli scrittori s'illaqueano, mentre sostenendo la massima della relativa bontà delle leggi studiano ne' paesi degli altri quel che confessano non esser buono pel loro. Se la civiltà, a cui un popolo è giunto nella carriera delle scienze e delle arti fosse la misura della bontà delle sue leggi criminali converrebbe certo studiarle ove si fabbricano i migliori drappi, mobili di più squisito gusto, ed ove o la chimica ha quasi ampliati i vasti regni della natura, o le matematiche hanno insegnato a calcolar l'infinito. Ma la esperienza dimostra, che in mezzo a que' prodigj delle scienze, e delle arti le leggi criminali del medio evo riposano rispettate e tranquille sul rugginoso lor seggio, e che i buoni principj malmenati dai sistemi de' dotti, dal personale interesse de' forti, e dal *senso comune* di tutti, son l'uomo, di cui il Cinico andava in traccia colla lanterna.

L'amore del paradosso, e la manìa della originalità sono due passioni corruttrici del vero in ogni ramo delle cognizioni umane, ma più specialmente lo sono in quelle che si riferiscono alle leggi della sicurezza sociale. Sventuratamente la storia degli uomini da' suoi più remoti periodi fino al giorno presente offre fatti da giustificare qualunque più assurda opinione, e più sventuratamente ancora le leggi de' più inciviliti popoli a noi contemporanei offrono alimento e pretesto allo scetticismo, ed alla imperizia.

Se nel formasi idea del delitto si abbandoni la nozione della offesa della sicurezza sociale non vi ha più nè criterio, nè scorta, nè regola da seguire nelle criminali materie. Sarà sembrato forse puerile, e pedantesco l'assunto di confutare le molte, e varie definizioni, colle quali i moderni intrapresero a dare una idea del delitto: ma considerando gli equivoci, che tante e tra loro diverse regole di condotta degli uomini, e tanti, e sì contraditorj fatti forniti dalla loro storia possono in questa impresa far nascere, l'assunto non sembrerà altrimenti d'inutile riuscita.

La nozione della infrazione del dovere intrusa in quella della

offesa sociale apre piucchè ogni altra il campo agli equivoci perchè tutte le leggi o religiose, o morali, o del dritto della natura non bene dalla morale distinto, o civili stabiliscon doveri, sicchè desumendo la nozione da questo punto si considera la legge non d'onde ella incomincia, ma dove ella finisce. Somministrando il dovere la idea di ciò che l'individuo scorge essere astretto a fare, o non fare a riguardo di alcuno, non quella di ciò che gli uomini hanno facoltà di fare gli uni relativamente agli altri, nel che la necessità d'un equilibro di forze facilmente si concepisce, la nozione del delitto rimane esposta all'interesse, e all'arbitrio di chi in questo sistema è autorizzato a consultar prima i proprj doveri, e quindi i diritti degli altri. Il selvaggio non si crede in dovere di affaticarsi a conservar l'autore de' suoi giorni indebolito o dalle malattie, o dalle età, e lo espone a morire (1). Il Tartaro crede un dovere di considerar come capitale delitto mettere un coltello nel fuoco, appoggiarsi a una frusta, battere il cavallo colla briglia, o servirsi d'un osso per romperne un altro, e si crede lecito mancare ai trattati, alle date parole, e assassinare (2), perchè trae ogni regola delle sue azioni dalla conformazione, e da' lumi della propria coscienza.

Alcuni collocarono la sicurezza ne' nomi non nelle cose. Perchè Cicerone in tempo della repubblica potè nel foro encomiar Bruto e Cassio, e perchè sotto Tiberio uno storico fu accusato, e condannato per avergli chiamati gli ultimi de' Romani si è creduto, che la nozione del delitto dipenda dal variar de' governi (3). Sebbene Tiberio non sia una legge, nè una legge citabile, pure è da osservarsi, che se Cicerone encomiando gli uccissori di Cesare condannava l'uccisso non faceva altrimenti di quel che Tiberio facesse condannando lo

---

(1) Tutte le stravaganze *crudeli* de' popoli rozzi sono effetto della loro ignoranza, lo che è provato dalle loro stravaganze *ridicole*. Tra queste merita d'essere rammentato il culto divino, che quei di Pelusio prestavano al crepito del ventre. Menagiana *vol.* 1. *pag.* 314. Bentham invece di considerar la ignoranza, e i suoi varj gradi come il dato dell'applicazione d'una legge, che se è buona vince facilmente la ignoranza di tutti, considera la *sensibilità*, e giunge a dire che la castrazione sarà o delitto o pena men grave dove sono gli eunuchi: che la carcere può esser più pena per un Gentou che per un Europeo: che la legislazione può formarsi del caldo dello scirocco il quale spira in Sicilia, e in altre parti d'Italia. *Traités de l'égisl. civ. et pen. vol.* 3. *pag.* 330. 331. 333. 337.

(2) Priestley *Discours sur l'histoire, et sur la politique vol.* 1. *pag.* 40.

(3) Renazzi *Elem. jur. crim. lib.* 2. *cap.* 2. §. 11. Erra questo scrittore dicendo essere stato *animadversum* contro Cremuzio Cordo. La frase *animadvertere* equivaleva a punire, in seguito irrogar la pena di morte. Fu ordinato agli Edili, che bruciassero la sua istoria, ed egli si uccise da se medesimo col digiuno. Tacit. *Ann. lib.* 4. §. 25. Caligola volle poi che i libri di Cremuzio fossero e letti, e onorati. Sveton. *In Calig. cap.* 16.

storico, il quale mostrava co' suoi encomj agli autori della morte di Cesare di dichiarare opra necessaria alla patria la sua. Trattavasi nell'un caso, e nell'altro di condannare il delitto politico, il quale col variar delle forme del governo non varia.

Gli scrittori i più assennati, e più culti nelle criminali materie, non avendo fissato la nozione del delitto nella offesa della sicurezza sociale, corsero dietro a larve, e fantasime, le quali non ridotte al lor vero valore possono accreditare la falsa idea, che in queste materie un criterio certo, e invariabile non sia da sperarsi.

Uno scrittore Italiano giusto estimatore del Beccaria: comentatore della legislazione penale toscana: collaboratore al progetto d'un codice, il quale per certa saviezza, e moderazione che lo distingue onora la Italia (1), volendo dare ai contemporanei, e alla posterità la sua professione di principj in questa materia immaginò di scrivere di coloro i quali possono essere soggetto passivo del delitto (2): quasi la sua vera nozione invariabile nel suo titolo, ed invariabile ne' suoi gradi possa variare per circostanze eventuali, l'effetto delle quali consista nel dover lasciare senza improvero il guasto prodotto dalla umana malvagità.

Le infrazioni della legge protettrice della sicurezza, che avvengano per imbecillità d'intelletto, per necessità o per caso, sono infortunj ma non delitti. Ma supponendo in una malvagia intenzione il delittuoso proposito, come si può supporre, che un ente al mondo esista, il quale ne possa, o ne debba rimanere o alterato, o distrutto?

In questo chimerico caso si esaminano non le morali facoltà di chi agisce, ma o le morali o le fisiche di chi soffre considerandole or nella sua mancanza di senso o fisico, o morale: ora nel suo consenso ad essere offeso: or nella circostanza di ravvisare l'azione, e la passione nello stesso individuo: or finalmente in quella che dà alla offesa carattere di difesa. Tutti questi bisticci, ne' quali si è lungamente occupata la scienza, tali appariscano se si considerino col criterio della sicurezza sociale non o col senso comune, ingannevole spesso in queste materie, o con un senso che può esser buon giudice in altre (3).

---

[1] *Collezione de' travagli sul codice penale pel Regno d'Italia, Brescia* 1807.

[2] Nani *Principj di giurisprudenza criminale cap.* 4. Il Nani con una intitolazione nuova ha ripetuto litteralmente ciò che avea scritto Ant. Math. *De criminib. proleg. cap.* 3., inscrivendo « *Adversus quos crimina committi possunt* », e gloriandosi d'essere stato il primo *qui glaciem istam probe perfregerit.* Avrebbe dovuto il Nani citar la sua scorta, o a meglio dire la sua falsariga, ma non lo fece.

[3] Antonio Matheo spiega la cosa col principio insegnato da Ulpiano Dig. *lib.* 47. *tit.* 10. *l.* 5., il quale altro non dice se non doversi valutar

Trar de' sassi contro una statua: imbrattarla d'immondezze: distrugge un monumento sepolcrale: infierire contro un cadavere è certamente agire contro cose prive di fisico senso (1). Ma appiccar le fiamme a una casa isolata, e disabitata, o a un campo di biade, e tutto ridurre in cenere è pure agire contro cose prive di fisico senzo. Eppure l'incendio è un delitto contro la sicurezza pubblica, e chiunque ha senno sufficiente per concepirlo. Tutta la difficoltà stà dunque nell'indagare come nelle violenze usate contro la statua, contro al monumento, e contro al cadavere siavi offesa della sicurezza sociale, lo che spetta al particolare carattere delle offese, e ella lor metodica classazione.

Uccidere un bruto animale può esser considerato non delitto perchè esso non ha senso morale non coscienza della vita, quindi non quella della violenza diretta ad ucciderlo. Il feto, e l'infante si trovano nelle condizione medesime (2). Non è per questo da dire, che sia lecito ucciderli: ma per separare la lor sorte da quella dei bruti convien ponderare come la sicurezza sociale può essere offesa anco colle violenze usate a danno d'individui, che non ne possono avere la cognizione. Con altri principj si corre il risico o d'implicarsi nello *scetticismo* del dritto Romano sul *procurato Aborto*, e sull'*infanticidio* o di adottare il *dommatismo* della Cina ove gl'infanti si gettano fuori di casa al pari delle immondezze (3).

Avviene spesso, che l'alienato di mente o non curi la morte, o la cerchi, o la chieda. Senza pensare, che chi chiede o d'essere ucciso, o di essere mutilato è un alienato di mente è stata sul serio agitata la questione se il consenso di chi soffre la offesa scusi chi la inferisce, e per decidere questo caso più di coscienza, che di dritto è stato mestieri citare Ulpiano, e distinguere di quali cose può l'uomo disporre, e di quali nò (4): meschino criterio perchè non fondato su quello della sicurezza sociale: conciossiachè se l'uomo ha la proprietà della sua casa non può consentire, che ella da altri sia data alle

---

la ingiuria dall'affezione dell'animo di chi la inferisce, principio inapplicabile al caso, mentre ad altro non mira se non a dare una regola per distinguere un titolo di delitto dall'altro.

(1) Il Nani *loc. cit.*, rammenta il morto, come lo rammenta Ant. Math. *loc. cit. num.* 5.

(2) Nani *loc. cit.* §. 190., Ant. Math. *loc. cit. num.* 2.

(3) Si calcola a 9000 il numero degli esposti in un anno. Macartney, e Barrovv presso Comte *Traité de législat. vol.* 1. *pag.* 436.

(4) Nani *Principj di giurisprudenza criminale* §. 191. Ant. Math. *De criminibus prolegom. cap.* 3. *num.* 3. scrive « *Si sanae mentis homo voluerit se caedi aut de saxo praecipitari* ». Questo scrittore per sciorre il problema oltre ad Ulpiano cita la Bibbia, Aristotile, e il noto baratto tra Glauco, e Diomede, divenuto un modo proverbiale per denotare un balordo.

fiamme: se egli ha la proprietà del suolo, il qual forma la ripa d'un fiume non può consentire, che altri vi scavi una fossa in tempo di grande escrescenza sicchè nè resti inondata l'adiacente campagna.

Il succidio è l'esempio del caso in cui l'agire, e il patire scorgonsi nell'individuo medesimo. Per decidere questo caso, e pronunziare se si debba punire un morto la scienza ha dovuto percorrere i libri di politica da Aristotile fino a noi, ed abberrar fino al segno di porre al confronto col suicidio i turpi solitarj imenei (1): lo che mostra quali soccorsi presti il principio morale al politico. Il suicidio, e il duello possono soggiacere alle medesime valutazioni politiche se si prescinda da quanto la religione, la morale, il dritto della ragione possono salutarmente operare onde distoglier l'uomo da queste due specie di delirio. Niuno ha fin quì considerata la cosa in questo punto di vista, il qual da niun' altra considerazione può nascere se non da quella della sicurezza sociale.

Che un' azione possa essere offesa, e difesa nel tempo medesimo è una manifesta contradizione; e se il diritto criminale potesse impunemente adottarla goderebbe d'inconcepibile impunità (2). Questa contradizione si è sostenuta col non ravvisare gli effeti politici della forza morale dell'offesa, e coll'averla considerata nel risultato della sua fisica forza. Ove la umana intenzione procede come procederebbe la legge vi è difesa, e non offesa, del che è riprova l'omicidio commesso coi requisiti del *moderame*. Ma poichè per decidere alcuni casi, che possono avere una certa analogia con quello si è avuto ricorso al criterio della *utilità* (3) non a quello della *necessità* nelle considerazioni della sicurezza sociale, sono stati tratti esempj pericolosi da leggi, le quali per supplire alla lor debolezza hanno dovuto, per così dire, gettarsi nelle braccia della forza privata (4); e, siccome lo zelo fa spesso causa

---

[1] Ant. Math. *De criminib. prolegom. c. 3. n. 4.* con purissima latinità in materia impurissima scrive « *fiuntque sine foemina mariti* ». Il Nani sostituisce a quest'obbrobrio la mutilazione, che alcuno si fa per sottrarsi al servizio militare *Principj di giurisprudenza criminale c. 4. §. 198.*, ed approva le leggi romane, che severamente la punivano.

[2] Ant. Math. *loc. cit. num. 6.* Il Nani ha creduto bene non andar dietro alla sua guida fino a questo segno, ed ha lasciata sotto silenzio questa ispezione.

[3] Ant. Math. *loc. cit. publicae utilitatis causa.*

[4] Lo scrittore Olandese rammenta la uccisione del ladro notturno per le campagne, dell'ossessore delle vie, del disertore: l'arresto del debitor fuggitivo, e la facoltà di torgli da dasso il denaro: l'arresto dell'adultero: il percuotere chi proponeva il giuoco di ventura, e molto più se avesse col giuoco vinto ad alcuno. Tutti questi esempj sono sostenuti con altrettanti testi di leggi, ma lo scrittor che gli cita o non

comune colla paura, coll'abuso della forza, e coll'odio, nacque da quegli esempj la inumana giurisprudeza del medio evo contro ai banditi, sulle spalle de' quali ella non vide il capo dell'uomo, ma volle fingere quello del lupo onde esporli come bestie feroci ai micidiali colpi di chiunque avea animo di raccoglier denaro dal sangue fumante del proprio simile (1).

Le poco pregevoli, e spesso funeste amenità del dritto rapidamente percorse fin quì mostrano le complicate relazioni, i principj diversi, framezzo ai qual convien con un senno, che ha il suo proprio, e distintivo criterio, costruire la nozione della offesa della sicurezza sociale: ultimo, e decisivo titolo di giusta condanna di tutti quegli scrittori, i quali anzichè avere scorte le spine di questo campo vi fingono i fiori, che credono più acconci ad abbellir la corona, di cui intendono cingersi nella lor nuova comparsa al cospetto del pubblico, che ne aspettava istruzione migliore.

Neppure la grande, ed originale idea del Beccaria, la quale fissa la indole, e la misura del delitto nel danno della società è sufficiente a stabilirne la più vera, e rigorosa nozione (2). L'uomo scostumato, spensierito, e scorretto è certamente un gravissimo danno sociale, ma la scostumatezza, l'abituale insubordinazione, la spensiaraggine non sono nè definibili, nè coercibile come offese: sono delitti bensì perchè sono mancanze a quel che l'uomo deve agli altri, e a se stesso. Ora le mancanze, le triste abitudini umane hanno un ambito troppo esteso, e quindi poco determinabile; ed armar la legge contro esse sarebbe farle ruotar la spada nella oscurità.

La negligenza forma un *grado* negli specificati, o specificabili *titoli* di delitto. I delitti della impecillità d'intelletto possono escire dalla categoria delle azioni qualificabili come offese, e risvegliar l'attenzione d'un autorità più censoria che penale nella città; e questa autorità medesima può avere tra le sue attribuzioni quella d'invigilare il costume, e le abitudini meno rette dell'uomo. Ma tutti qnesti oggetti bene apprezzati non spettano alla classe delle offesse della sicurezza, e vogliono essere regolati con altri, e diversi principj, i quali trovano la più opportuna lor sede nell'uffizio di quella parte

---

pose mente, o credè che non fosse luogo all'applicazione della *l.* 176. *tit*, 17. *lib.* 50. *dig.*, ove il giureconsulto Paolo si esprime « *Non est singulis concedendum quod per magistratum publice possit fieri ne occasio sit majoris tumultus faciendi* ».

[1] La giurisprudenza contro ai banditi, la quale autorizzava la strage proditoria, il fratricidio, il parricidio talvolta, e fino il sacrilegio, è diffusamente esposta dal Sabelli *Pratica univ.* §. *ammazzare* §. *banditi* §. *ribelli* §. *premio* §. *omicidj*

[2] A questa insufficienza debbonsi forse attribuire le cose sul danno come titolo, e misura della pena discorse dal ch. Romagnosi *Genesi del dritto penale* 3. *ediz.* v. 3. *p.* 176—211.

della legislazione, che mira ad aumentar la somma delle pubbliche prosperità, tra le quali il costume, la miglior disciplina nel viver civile, e le rette abitudini vogliono essere annoverate.

La classificazione del Beccaria rettifica e chiarisce il suo principio del danno sociale, e mostra che questo danno fu da lui concepito nelle separate e distinte due specie della sovversione della *sicurezza*, e della mancanza a quanto esige la pubblica *prosperità*. La nomenclatura poteva essere meglio posta da lui se avesse abbandonata la parola delitto, come comprensiva dell'una, e dell'altra specie di danno, ed avesse come il legislatore Toscano distinti i *delitti* dalle *trasgressioni*. Ma la retta nomenclatura può fare un passo più oltre ravvisando come *offese* le sovversioni della sicurezza *pubblica*, e della *privata*: come *delitti* tutti gli umani trascorsi relativi al costume, alla civil disciplina, e alle rette abitudini: e *trasgressioni* il mancare a quanto per il maggior bene dello stato i regolamenti prescrivono. Questa partizione non tenderebbe però ad ammettere i tre gradi d'imputazione e di pena *criminale*, *correzionale*, e di *semplice polizia*, come verrà dimostrato a suo luogo.

FINE DEL LIBRO SECONDO VOLUME.

INDICE.

LIBRO II.	DELL'OFFESA DELLA SICUREZZA SOCIALE. . .	pag. 6
CAP. I.	Ragioni della nomenclatura	» ivi
CAP. II.	Origine, ed indole razionale, e politica della offesa.	» 12
CAP. III.	Nozione giuridica della offesa.	» 25
CAP. IV.	Delle forze, delle quali si compone la offesa . .	» 31
CAP. V.	Del criterio onde aver la misura della offesa sociale.	» 42
CAP. VI.	Della classazione, e della nomenclatura pratica delle offese	» 57
CAP. VII.	Dell'offesa considerata ne' gradi delle forze, che la compongono.	» 83
CAP. VIII.	Del grado dell'offesa considerato nella sua forza morale.	» 85
CAP. IX.	Delle cause fisiche, le quali, influendo sull'intendimento, o escludono la offesa, o ne formano un grado.	» 87
§. I.	Età	» 88
§. II.	Sesso.	» 95
§. III.	Malattie organiche	» 100
CAP. X.	Delle cause morali, le quali, influendo sull'intendimento, o escludono la offesa, o ne formano un grado	» 112
§. I.	Analogia delle cause tra loro.	» ivi
§. II.	Controversie sul retto giudizio di queste cause. .	» 115
§. III.	Saggio di alcune regole per la retta valutazione di queste cause	» 124
§. IV.	Appendice sull'offesa casuale	» 128
CAP. XI.	Delle cause, le quali, influendo sulla volontà e sulla libertà, o escludono la offesa, o ne formano un grado.	» 130
§. I.	Cause, che sopprimono la volontà	» ivi
§. II.	Cause, le quali sopprimono, o diminuiscono la libertà	» 132
§. III.	Coazione propria	» 134
§. IV.	Coazione impropria	» 136
§. V.	Forza delle passioni.	» 140
§. VI.	Ebrietà	» 160
CAP. XII.	Del grado della offesa considerato nella sua forza fisica.	» 163
CAP. XIII.	Del grado della offesa nell'attentato.	» 164
CAP. XIV.	Nozione giuridica dell'attentato	» 166
CAP. XV.	Misura dell'attentato	» 181
CAP. XVI.	Imputazione dell'attentato	» 197
CAP. XVII.	Del grado della offesa nella complicità	» 202
CAP. XVIII.	Della complicità positiva innanzi della offesa . .	» 206
§. I.	Del mandato.	» ivi
§. II.	Del consiglio.	» 214
CAP. XIX.	Della complicità positiva contemporanea alla offesa	» 217
§. I.	Della propria, e vera complicità, e della correità.	» ivi
§. II.	Della società.	» 221
CAP. XX.	Della complicità positiva posteriore alla offesa. .	» 223
CAP. XXI.	Della complicità negativa	» 225
CAP. XXII.	Della invariabilità della nozione della sicurezza sociale.	» 228

BIBLIOTECA

DI

Scelte Opere

ITALIANE E STRANIERE

CARMIGNANI

TEORIA

DELLE LEGGI

DELLA

SICUREZZA SOCIALE

DI

GIOVANNI CARMIGNANI

CAVALIER DEL R. ORDINE DEL MERITO SOTTO IL TITOLO DI S. GIUSEPPE, PROFESSORE NELLA IMPERIALE E REALE UNIVERSITA' DI PISA, E SOCIO DI VARIE ACCADEMIE D'ITALIA.

TOMO TERZO

NAPOLI

TIPOGRAFIA DELL'ARIOSTO

1843.

TEORIA

DELLE LEGGI

DELLA

SICUREZZA SOCIALE

LIBRO III.

DELLA DIFESA DELLA SICUREZZA SOCIALE

PARTE PRIMA

Principj generali

Ut metu coerceantur, quos beneficia non mutavissent.
Tacit Ann. lib. XIII. cap. 26. in fin.

CAPITOLO I.

Ragione della nomenclatura.

Se dubbio, ed ambiguo è il significato della parola *delitto*, allorchè si voglia con essa indicare la offesa della legge della città, perchè troppo estesa: non meno dubbio, ed ambiguo è il significato della parola *pena*, usata per denotare il mezzo atto a tenerla lontana, perchè moltiplice troppo.

Uno de' più singolari, e costanti fenomeni della natura morale dell'uomo è che nella sua mente alligni, e prenda radici profonde la idea, che l'individuo, il quale inferì ad altri un danno, debba soffrirne un eguale. Il principio religioso, il principio morale, il principio di assoluta giustizia sono perfettamente concordi tra loro su questo punto. Quanto più si risale addietro nella storia della civil società tanto più forte, e più pronunziato s'incontra questo principio: più si scorge nella mente nmana la radicata opinione di una inesorabile, e quasi fatale necessità tra il delitto, e la pena qual nel vasto grembo della natura organica potrebbe scorgersi tra

le forze che producon la morte, e quelle che producon la vita (1).

La umana fantasia non risparmiò paragoni, ed esempj onde vestire di più sensibili forme questo concetto di connessione necessaria tra il delitto, e la pena. Un'antico filosofo, il quale forse più per la tempra poetica della sua prosa, che per il merito de' suoi legislativi concetti ebbe il titolo di divino, non dubitò di dire, che colui, il quale ha infranta la legge, è obbligato a ricorrere al Magistrato onde farsi irrogare una pena condegna al suo fallo come il malato è obbligato a ricorrere al medico per farsi curare (2). Un Cinese filosofo (poichè le pregiudicate opinioni nascono inconsapevoli le une delle altre in tempi, ed in paesi, i quali non hanno comunicazione alcuna tra loro) insegnava, seguir la pena il delitto, come l'ombra è seguace necessaria del corpo (3).

---

[1] In forza di questo principio di pretesa rigorosa giustizia gli Ateniesi obbligarono il reo a bere da se medesimo la cicuta, e un costume simile fu comune agli Etiopi. Diod. Sic. *lib.* 3. *c.* 5. Al Giappone i condannati alla morte debbono sventrarsi con un coltello di propria mano. Puffendorf *De jur. nat. et gent. lib.* 7. *c.* 3. Anticamente in Lituania doveano uccidersi da se medesimi. Cromer. *Rer. pol. lib.* 13. *p.* 384.

[2] Plato *In Gorgia*. La traduzione di Platone dell'illustra signor Cousin ha quasi messo alla moda questo *argomento di Gorgia* sul fondamento della penalità. Il dotto Jourdan lo rese di ragion pubblica prima che quella traduzione uscisse alla luce. *Thémis ou bibliotheque du juriscons.etc. vol.*8. *pag.* 105. Ma che questa fosse la opinione di Platone sul titolo legittimo della pena non si potrebbe con tanta franchezza asserire. È noto il suo celebre detto sullo scopo di tempo futuro delle pene in *Protagora p.* 325. *B. Ed. Henr. Steph.* riportato dal Puffendorf *De jur. nat. et gent. lib.* 8. *cap.* 3. §. 8. e già tradotto da Senaca *De ira lib.* 1. *cap.* 16. Se Platone avesse ravvisato il titolo della pena nella necessità d'un ordine morale, non avrebbe potuto sostenere *De leg. lib.* 9. che è più punibile chi uccide che chi instiga ad uccidere, citazione riserbata da me *lib.* 2. *cap.* 18. §. 1. a bella posta a questo luogo. Ma nello stesso *Gorgia* verso il fine Platone distinguendo, come osserva l'Eorico Stefano, i peccati *veniali*, e i *morali*, pice che le pene di questi, comecchè apparisce incorrigibile chi gli commette, sono tutte esemplari, e di scopo futuro εκ τύτων τα παραδειγματα γιγνεται etc. ecco tutto il passo tradotto « *Ex illis autem, qui extremae cujusdam in justitiae sceleribus contaminati fuerint, illisque adeo injustis facinoribus insanabiles extiterint, proponuntur dumtaxat* EXEMPLA. *Ipsi vero nullum inde capiut adjûmentum quippe qui insanabiles sunt: aliivero hos videntes* UTILITATEM *percepiunt, cum videlicet illos conspiciantur propter sua peccata et maximas, et horrendissimas et infinito dolore cumulatas, et quidem sempiternas poenas pati* ». Oltracciò un'opera sulla retorica, come è il Gorgia di Platone, non sarebbe una buona autorità per fissare un legislativo principio. Alex. ab Alex. *Dies geniales lib.* 3. *c.* 5. osserva, che il detto di Gorgia sulla indole della pena, come cosa che raddirizza la stortura morale dell'animo del delinquente, si riferisce alle pene più miti di scopo *correzionale*. In realtà quando si parla di correzione se la coscieeza del peccatore non prende la iniziativa ogni sforzo altrui per correggerlo è inutile.

[3] Du-Halde *Description de la Chine vol.* 2.

Laonde questa idea d' inseparabile connessione di que' due oggetti passando dalla pratica alla teoria fece nascere una definizione generalmente encomiata, ed accolta, la quale fissava, esser la pena un mal di *passione* per un male di *azione* (1).

Questa definizione, se altro vizio non presentasse, avrebbe quello di considerar la pena come cosa di fatto, del pari che cosa di fatto è il delitto (2), e di porre alla pari così chi intende protegger la legge, e chi intende distruggerla: perocchè la definizione tanto conviene al magistrato, il quale punisce il delitto, quanto all'uomo brutale, che non soffrendo il male inferitogli coll' offesa ne inferisce uno al proprio offensore col solo animo di vendicarsi: la prima cosa avvenendo per un *razionale* principio, l' altra per un *sensitivo* d'origine, e d' indole affatto diversa tra loro.

Questa definizione della pena appaga lo spirito, il quale si compiace di tutte le formule, che per la loro ampiezza sembrano comprendere tutte le qualità dell' oggetto, che si vuol conoscere, e far conoscere altrui, ma ella presenta quel vizio, che i logici chiamano di *enumerazione imperfetta* (3): perciocchè sebbene ogni pena stabilita dalla legge abbia la sua ragione nel delitto, che la legge medesima ha proclamato, questa ragione nello spirito animator della legge non è in tutte le leggi la stessa, e in qualche caso può anco interamente cessare.

Sebbene il delitto altro non sia se non un *fatto* prodotto dalle umane passioni, non è così della pena, la quale non avendo una origine simile, ma discendendo o dovendo almeno discendere dai calcoli d' un intelletto o creatore, o conservatore dell'ordine dee necessariamente esser sempre una cosa

---

[1] Grotius *De jur. bell. et pac. lib.* 2. *c.* 20. §. 1. *num.* 2., Puffendorf *De jur. nat. et gent. lib.* 8. *cap.* 3. §. 4. non fa che ampliare la definizione: aggiunge il *malgrado* di chi è punito, lo che è inutile: mentova l'*autorità*, lo che è troppo generico, ed anco inesatto: e sostituisce al *per* lo *in conseguenza*, lo che non cambia il concetto. Wolf *Instit. du droit de la nat. et des gens* §. 93. parla d'un *male fisico* per un *mal morale*, formula feconda di perniciosissimi errori. Vattel *Dr. des gens liv.* 1. *chap.* 13. §. 169. ritenendo la definizione esprime il fine di correggere, errore meno nocivo di quello del Wolf ma non meno errore. In ultimo luogo il Merlin *Repert. univers. etc. mot peine* si trae d'impaccio col dire « *Le peine est la punition d'un crime* », la qual definizione sebben perdonabile a un giureconsulto, e ad uomo colla mente incatenata dalle abitudini dell'accusa, tanto più dee far meraviglia in quanto che il Beccaria avea già fornita la vera definizione della pena.

[2] Vedasi *lib.* il 2. *cap.* 1. *pag.* 11.

[3] *Logica sive ars cogitandi part.* 3. *cap.* 19. §. 4. ove è notato « *ad nullum ratiocinationis vitium docti procliviores sunt, in nullum facilius labuntur quam in hunc imperfectam enumerationem* » del che si adduce in esempio Gassendi.

di *dritto* (1). Ma nel male, che vien decretato, o viene inferito a colui, che ad altri lo inferì, il carattere di legale non basta onde formarsi una esatta idea della pena, che discende dal dritto della città, essendo mestiere distinguere non che l'autorità, dalla quale deriva, anco i legali calcoli, in forza de' quali ella è stabilita; e questi calcoli possono essere sostenzialmente differenti tra loro.

Ogni pena, che sia decretata da un'autorità, la quale non può agire, che in vigor d'una legge, che l'abbia istituita a punire le sue infrazioni, è sempre un mal di passione per un male di azione: esiste tra questi due termini un legame così logico come giuridico, che costituisce l'uno un rigoroso correlativo dell'altro. Ma per conoscere le relazioni tra il delitto, e la pena: per fissare il vero, e proprio significato di questa parola non conviene abbassar gli occhi all'ufficio della legge che è, ma conviene elevarli alla legge, la quale debb'essere: non mirare al dritto penale *costituito:* ma librare il dritto penale *costituendo:* non prender di mira la *giurisprudenza* ma consultar la *scienza della legislazione* (2), e perciò elevarsi alla cognizione delle diverse leggi direttive dell'uomo: del modo, con cui elle agiscono o sulla umana coscienza, o sulla umana volontà: della forza, e dell'autorità, dalla quale esse derivano: del bisogno, che esse abbiano, o non abbiano del fatto dell'uomo onde ottenere la esecuzione loro: de' mezzi, che adroprano, e dello scopo che si propongono. Senza tutte queste distinzioni minute, sottili, e forse a giudizio altrui dispregiabili, la mente umana non può formarsi idea netta, e sicura di ciò che la parola pena è destinata a significare, essendo la verità di quest'asserzione provata non che dalla opinione erronea degli antichi, e dalla inesattezza, con cui i primi scrittori di dritto filosofico ne ragionarono, dalle inutili circonlocuzioni eziandìo, alle quali alcuni moderni si abbandonarono (3), e dall'errore, che incoraggiò altri a confondere gli attributi giuridici d'una pena con quelli d'una pena affatto diversa (4).

Nella mente divina: nell'essenza intima dei principj costitutivi della morale umana, ancorchè si volesse prescindere dalla sua derivazione da Dio, e s'intendesse desumerla da

---

[1] Vedasi il *lib.* 1. *cap.* 3. *pag.* 35

[2] Vedasi il *lib.* 1. *cap.* 11. *pag.* 196, 107.

[3] Puffendorf *De jur. nat. et gent. lib.* 8. *cap.* 3. §. 14. suda per escludere dalla categoria delle pene l'esser separato dagli altri per malattia contagiosa, e il soffrire una operazione chirurgica per la frattura d'una gamba. Bentham *Théorie des peines, et des peines, et des recompenses liv.* 1. *cahp.* 1. esaurisce il suo ingegno analitico; ed epigrammatico, onde distinguere l'atto di pura malizia, di vendetta, di coazione, di autipatia, di personale difesa ec.

[4] *Traite de droit pénal par M. Rossi vol.* 1. *passim.*

un'intimo senso, che esso ha infuso nel cuore dell'uomo come tatto, ed istinto dell'onesto, e del giusto: nel sistema delle più ovvie, e primitive idee, che nella mente umana si svolgono d'una naturale giustizia: nella vasta economìa della natura degli esseri sensitivi, e perciò anco in quella delle umane passioni il mal della pena è il mezzo onde ristabilir l'equilibrio, che il male degli umani trascorsi ha turbato (1).

Fra queste quattro specie di forze, dalle quali scaturisce la pena, non vi ha quella della legge della città: nè il principio politico, dai calcoli del quale ella trae la sua origine, ed il proprio criterio, vi è pur rammentato. È necessario dunque concludere, che la pena stabilita da questo principio o abbia l'origine, lo scopo, e il carattere comune ad alcuna delle pene, che dalle quattro indicate forze discendono, o abbia una origine, uno scopo, ed un carattere tutto suo proprio.

Nella mente divina non vi ha nè vi può essere destinzione di tempo passato, e di tempo futuro: di principio, e di fine: di mezzo, e di scopo, onde l'indole delle pene stabilite da Dio si perde a così dire per l'occhio dell'uomo nell'abbagliante luce di sua incomprensibil natura (2). Se la umana mediocrità intendesse di punir come Dio ella rinnuoverebbe l'assurdo, e sconcio esempio di quel Salmoneo, il quale per rendersi più formidabile si rese ridicolo, pretendendo di dare al fuoco artificiale il terrore del fulmine (3). Oltracciò il domma ineffabile della espiazione per mezzo d'un pentimento che riconcilia l'uomo con Dio, e che niuna legge politica si avvisò mai di adottare, toglie la pena divina da tutti i calcoli, che la umana ragione può instituire onde con mezzi di dominio dell'uomo tenere in freno le passioni perturbatrici dell'ordine (4).

I mali, che la morale crea come punizioni della infrazione dell'ordine, che ella contempla, sebben più alla portata della umana ragione, possono essere bensì da essa considerati come rivestiti di questo salutare carattere, ma sono nella lor creazione indipendenti da qualunque ragionamento da uomo ad uomo. Questi mali, che col nome di *pene naturali* so-

---

(1) Puffendorf *De jur. nat. et gent. lib.* 8. *cap.* 3. §. 1. distingue con esattezza le pene *divine*, le, *naturali*, le *umane*; ma non riconoscendo dritto di punire fuori di società, ristringe il significato delle ultime alle decretate dai Tribunali politici.

(2) Grotius *De jur. belle., et pac. lib.* 2. c. 20. osserva che Dio solamente nel punire può non proporsi altro scopo che la sua azione medesima.

(3) Era figlio d'Eolo, e però nebulone

« *Vidi et crudeles dantem Salmonea poenas*,
« *Dum flammas Jovis, et sonitus imitatur Olympi.*
Virg. Aen. lib. 6.

(4) Sulla inammissibilità del pentimento in materia di offese sociali, vedasi il *lib.* 1. *pag.* 168.

no intimamente, ed inevitabilmente connessi col male della infrazione dell'ordine, sono tutti originale opera della natura. Nell'ordine morale la voce o pronta, o tarda ma sempre inesorabile della coscienza è creazione della natura (1). Nell'ordine fisico gli sconcerti, e le malattie del corpo, effetti del vizio, e d'ogni abuso delle cose appetibili, sono del pari creazione della natura (2). In quest'ordine di cose indipendenti dal fatto dell'uomo, e dall'autorità d'individuo a individuo, i mali che vengono in conseguenza di mali dall'uomo commessi si presentano la idea della pena con i precisi caratteri della sua definizione, e ciò avviene perchè, comunque la ragione non possa nè debba disapprovare l'ordine, e il voto della natura, il carattere della pena è tutto nel *fatto*, e in ciò che comunemente nelle umane cose suole avvenire: dimodochè la connessione necessaria tra il mal di passione, e il male di azione piuttosto che essere un razionale concetto della mente dell'uomo apparisce l'effetto d'una legge, che la mente divina ha nella creazione data alla umana natura: onde le *pene naturali* quasi si confondono, e si promiscuano colle pene divine, relativamente alle quali la umana ragione non ha competenza a conoscerne. Se in quest'ordine di pene l'occhio dell'uomo può scorgere il passato, e il futuro: un principio, ed un fine: un mezzo preordinato a uno scopo, ciò accade per quel che hanno di visibile i fenomeni delle leggi morali, ma se la mente umana volesse stabilirne le cause o ella dovrebbe ricorrere alla rivelazione, o dovrebbe peccare di presunzione dandosi a credere di poter misurare le imperscrutabili strade di Dio.

Le pene naturali possono, e debbono bensì come le divine esser conosciute, ed apprezzate dall'uomo per la perfezione della sua morale condotta, e di quella de' proprj simili, ma ciò che esse hanno d'inevitabile, e giusto si connette coll'indole delle loro cause, e con quella de' mali, ne' quali consistono, dimodochè non essendo que' mali di creazione dell'uomo invano egli si lusingherebbe di stabilir pene, che a quelle rassomigliassero, se non altro pel titolo della loro irrogazione. Può la mente umana formarsi la idea d'un'ordine morale: immaginarlo da una men retta azione dell'uomo sconvolto: considerar la pena una specie di rettificatore di ciò che ha di storto l'azione, e con essa l'ordine ristabilito. Ma questi concetti

---

(1) Vedasi il *lib.* 1. *cap.* 7. *pag.* 60. *not.* 6.

(2) È noto l'uso degli Spartani d'ubriacare i loro schiavi, e mostrarli a'lor figli per far loro comprendere i tristi effetti dall'abuso del vino. Un padre di famiglia, prendendo le cose all'ingrosso, conduceva il suo figlio per gli spedali, onde vedesse le perniciose conseguenze degli abusi venerei Puffendorf indica per incidenza queste specie di pene *lib* 8 *cap.* 3. §. 4. *num.* 3.

più imaginosi che saldi, se hanno il pregio di avvalorare nella mente degli uomini il salutare ascendente delle morali virtù, e il non men salutare aborrimento del vizio, non rilevano per modo veruno al sostegno d'un sistema penale, che debba la propria origine all'umana autorità (1).

Infatti alla umana natura considerata ne' primitivi suoi *sentimenti* aventi carattere di giustizia, o alla umana giustizia considerata come concetto della mente dell' uomo, debbonsi le pene, che diconsi *umane*, e che da uomo ad uomo s'infliggono.

La natura umana è certo conformata per modo da muoversi quasi per proprio istinto, e per un bisogno ad essa inerente senza guida di opinione, o di raziocinio non solo a respingere colla forza la forza, lo che al presente si riferisce, ma ad inferire pur anco male per male, lo che connette col passato il presente, ma questo istinto, reso anco più energico dalla natura coll' ira, altro non è se non gioco, ed energia di passione, cosa di mero fatto immeritevole della denominazione di dritto (2): apologetico della vendetta (3): comune all' uomo, ed ai bruti (4). La idea della giustizia conviene all'applicazione della legge esistente ma è vaga troppo per la costituzione della legge da farsi, tutto allor riducendosi al dovere di non offendere colla legge positiva la eterna giustizia nel naturale diritto (5) La idea di giustizia nella legge da farsi inclinerebbe a far causa comune col'a religione, colla morale che hanno mezzi lor proprj per provvedere all' ordine da lor contemplato, o colla natura sensitiva dell' uomo, da cui la legge non può prendere esempio, dicendo che il male fatto da alcuno non ha altro rimedio se non il male che gli si fac-

---

(1) Questa idea morale del disquilibrio arrecato all'ordine dal delitto, e della necessità di ristabilr l'equilibrio colla p na ebbe antichi, e moderni sostentatori. Tra i moderni distinguonsi in Germania Schlettwein *Dritti dell'uomo* §. 186, Jacob *Giurisprud. filosofica* §. 415., e *seg.*, Schmalz *Spiegazione de'dritti dell'uomo* §. 15., in Inghilterra il D. Paley *The principles of maral, and political philosophy*, onde non è nè originale nè nuova la idea, su cui tanto insiste, tacciando tutte le altre di *materialismo*, un Professor di Ginevra. *Traité de droit penal par. M. Rossi liv.* 1. *chap.* 2. *notions fondamentales*,

(2) Cicerone *De Invent. lib.* 2. *cap.* 22. si esprime *at natura quidem* JUS *est quod nobis non opinio sed quaedam innata vis adferat ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem etc. per quam vim, et contumeliam* DEFENDENDO, *aut* ULCISCENDO. *etc.* Questo scrittore riferito tra i contrarj al gius di natura *lib.* 1. *cap*, 6. *pag.* 76. *not.* 3. mentova qui il *gius di natura*, ma qui la parola *gius* denota forza, facoltà, e non regola.

(3) Grotius *De jur. bell. et pac. lib.* 2. *cap.* 20. §. 8. *num.* 4. ammettendo un gius di natura fondato sulle citazioni di Cicerone, di Trongo Pompeo, di Giustino, di Plutarco, di Procopio ec. erige la vendetta in dritto.

(4) Plinio *Histor. natur. lib.* 8. *cap.* 16. narra come il Leone punisce l'adulterio della Leonessa col Leopardo.

(5) Vedasi il *lib.* 1. *cap.* 6. *pag.* 47.

cia soffrire (1), il qual principio nelle mani della giustizia, che altro non è se non il principio della eguaglianza tra gli uomini (2), conduce ad autorizzare il Talione (3).

Il dire, che una peña è un male giustamente inferito quando vi soggiaccia chi lo inferì, non è dimostrare che chi commesse un delitto debba subire una pena (4). Dirlo o sull' autorità delle pene divine, o su quella delle pene naturali sarebbe un confondere ordini diversi di cose tra loro. Dirlo per un principio di umana coscienza, di senso comune, o di naturale giustizia sarebbe porre in circolo monete di arbitrario, o controverso valore in legislazione (5).

Non è giusto, che l' innocente venga punito; dunque è giusto che il delinquente lo sia, non è buono argomento. Bisogna prima stabilir la legge che dichiari il delinquente punibile, ed allora soltanto l' argomento può reggere. Che se l'asserzione volesse sostenersi con un principio di carattere proprio, indipendente dal fatto dell' uomo, e da ogni legge umana esistente, converrebbe desumerlo da una relazione necessaria tra il presente, e il passato.

A questo assunto resiste una difficoltà, la quale apparisce insuperabile per due evidenti ragioni: l' una inerente all' intendimento umano: l' altra inerente ai più certi principj della religione, e della morale.

All' oggetto di sostenere, che un espediente attualmente può prendersi per influire sopra un fatto accaduto, che più non è, converrebbe sovvertire tutte le leggi dell' umano intelletto: perocchè non vi è umana potenza, e come alcuni osservarono nep-

---

[1] Gli antichi riputarono es er questo il primo, e più sacro dovere della giustizia. Plat. *In Euthyphron. pag.* 8., Plutarc. *De exilio p.* 601., Stob. *Sermo IX de Justizia*, Lactant. *De ira Dei cap.* 17. *num.* 6.

[2] Vedasi il *lib.* 1. *cap.* 6. *pag.* 46.

[3] Grotius *De Jur. Bell., et pac. lib.* 1. *cap.* 2. §. 5. *num.* 3., *lib.* 2. *cap.* 20. §. 1. *num.* 4. Due autori di principj, e di massime contrarie tra loro Bentham, e Kant encomiarono su queste false apparenze il talione. Nel 1822. un giovine di molta dottrina, partendo dalla definizione posta della pena da Grozio, sostenne per il doppio titolo della *eguaglianza*, e della *necessità* con ragioni desunte dalle sacre pagine, dal dritto romano, dalla geometria, e dall'algebra lo giustizia di questo modo di punizione. Rod. Winsinger *Speciem philosophico-Juridicum de talione, et poenae mortis ad eum relatione. Lovanii* 1822. *sect.* 1. L'autore dopo aver sostenuto, che colui il quale ha bruciato una *casa* merita di morir bruciato si fa a sostenere che chi uccise non merita d'essere ucciso.

[4] La osservazione è antica quanto Grozio *De Jur. bell., et pac. lib.* 2. *cap.* 20. §. 4. *num.* 1. Eppure un moderno scrittore deriva la pena della giustizia perchè è giusto inferire un male a chi lo inferì, ed ingiusto l'inferirlo a chi non ne fece alcuno. *Traité de droit pénal par M. Rossi liv.* 1. *chap.* 2.

[5] *Traité de droit penal par M. Rossi liv.* 1. *chap.* 2. Fra i moderni assai prima del Professor Ginevrino prese a sostenere sebbene per mera incidenza questa tesi il giovine Sav. Car. Eug Winssinger *Specimen inau-*

pur la divina, la quale far possa, che il fatto fatto non sia (1). Dio punisce per sè medesimo: la natura morale dell'uomo ha fatte nascere le pene naturali dal seno stesso, e dalla medesima indole de' morali trascorsi per una legge la cui cognizione è sopra le forze dell'umano intelletto. Ma se se ne ammetton le leggi come non può non ammetterle la umana giustizia, che tutta ai calcoli dell'intelletto si appoggia, punire il delitto perchè è stato commesso sarebbe un innegabile controsenso. La qual cosa diviene più manifesta se si rifletta che, non potendosi senza dritto di rimproverare punire, il rimprovero d'un irreparabile male per questo solo perchè è irreparabile, apparirebbe insensato.

La erronea ed abusiva illazione dall'interno giudizio della *coscienza*, con cui l'uomo quasi punisce sè stesso, coll'esterno della *imputazione*, con cui l'uomo punisce il suo simile, è stata la causa di tutti gli errori, ed ha reso generale l'uso della parola pena, come significativa d'un male presente di necessaria inevitabile connessione con un male passato. Infatti la coscienza, che i moralisti dicono *conseguente* produce quell'interno dolore dell'animo, che chiamasi pentimento, voce che ha dato il significato alla parola pena, o dalla pena lo ha ricevuto (2). L'uomo, ove specialmente la religione, la morale, e la giustizia sembrino unire i loro voti al suo, se abbia ricevuta una offesa sceglie i più pronti, e più certi mezzi di riparazione da esercitare sopra il proprio offensore: onde afferra a proprio profitto il giudizio della coscienza di chi l'offese, e ravvisando in esso quasi un debito di pena se ne fa creditore, e dal debitor la reclama, dal che nacquero quelle maniere di espressione, che dall'antichità più remota applicarono le idee di dare, e di avere alla pena (3).

---

gurale philosophico-Juridic. de poenar. delict. adaequadarum ratione pag. 23. tenendo relativamente agli scrittori di contrario parere la officiosa formula dell'Oldekop nelle sue censure al Carpzovio « ERRAT *dominus Carpzavius* ». Gli autori da questo giovine ripresi d'errore sono Vanderton *Diss. de delictis, Lovanii* 1822 *pag.* 12. Haensel *De natura delictor, observationes. Lipsiae* 1810. *passim.*

[1] *Infectum factum reddere nemo potest.* Il tragico poeta Agatone citato da Aristotile disse, che neppur Dio può far si che ciò che fu fatto fatto non sia. Questo Agatone non è da confondersi col greco giovine di questo nome, per il quale Platone compose quel sì lascivo epigramma, di cui è una latina parafrasi in Gellio.

[2] *Serae dant.* POENAS *turpes* POENITENTIAE.
Phedr *lib.* 1. *fab.* 13.

In questo concetto del poeta la pena nasce dal pentimento; la forza del quale è stata sì grande in alcuni, come in Alessandro per la uccisione di Clito, da suggerir loro la idea di darsi da sè stessi la morte. Cic. *Tusc. lib.* 4. *cap.* 37.

[3] *Capere, sumere, exigere, repetere* POENAM. *Lucre, pendere, dare, solvere* POENAM. D'onde venne nel volgar nostro idioma *pagare il fio.* Dante *Infer. c.* 27. *Purgat. c.* 11. e Armida presso al Tasso

« *Mi pagherai la pena empio guerriero.*

Ma il giudizio della coscienza, e la connessione necessaria, che esso stabilisce tra il mal del delitto, e il mal della pena nel pentimento, sebben si tratti di coscienza del genere umano per un gran fallo ch' egli abbia tutto commesso (1), nascendo nell' uomo non esce fuori di lui perchè a sola sua guida non per l' altrui Dio, e le regole di condotta scaturite dalla sua mente lo stabilirono (2): nè può di sua natura, qualunque pomposo, e simpatico nome come quel di *coscienza del genere umano* dar gli si voglia, divenire imputazione, o giudizio da uomo ad uomo almenochè non si voglia erigere in legislavo principio la vendetta disapprovata da quegli scrittori medesimi che colla mente incatenata ne' fatti inclinarono a ravvisarla come esercizio d' un dritto (3).

Se il giudizio, il quale costituisce la coscienza, potesse fornire la propria indole, e i proprj attributi al giudizio, il quale costituisce la imputazione, la idea del delitto diverrebbe tutta, ed essenzialmente morale, e gli espedienti, onde tenerlo lontano, dalla provincia del dritto politico si refugierebbero in quella delle regole direttive dell' uomo interiore.

La storia dell' umano linguaggio dimostra, che la parola pena, e tutti i sinonimi, che l' accompagnano son tratti da quello della religione (4), che fra le leggi direttive dell' nomo interiore merita sopra le altre la preferenza. Questo criterio, se non necessario connaturale almeno ai popoli primitivi, propogatosi fino ai tempi di civiltà alterò fino da' lor fondamenti più saldi le buone teorie della sicurezza sociale. Si distinsero le offese in quelle degl' interessi di Dio, e del naturale dirit-to, ed in quelle dell' interesse dello stabilito governo, distinzione abusiva, ed erronea per le cose già esposte nella classazione, e nella nomenclatura pratica delle offese, essendo stato provato non esservi, nè potersi concepire offesa che quella o della sicurezza, o del maggiore ben essere dell' aggregazione politica. Si ebbe ricorso all' autorità della vera religione come a quella delle false: non si distinse nella prima l' antica, e la nuova alleanza tra Dio, e tra gli uomini, e si attinse dalle seconde quanto l' atterrita immaginazione dei

---

[1] Il popolo di Atene si pentì d'un ingiusto giudizio. Corn. Nep. *In Thimot. c.*. 4.

[2] *Poenitere tum dicere solemus cum quae ipsi facimus, aut quae de nostra voluntate, nostroque consilio facta sunt, ea nobis incipiunt displicere.* Gell. *N. A. lib.* 17. *c.* 1.

[3] Grotius *De Jur. bell. et pac lib.* 2. *cap.* 20. §. 5. *num.* 1. *et* 2. Modernamente fu ragionato in lungo, ed in largo per impugnare ogni attributo di dritto alla forza con causa di vendetta. Gros *Dritto naturale* §. 107. Id. *De notione poenar. forens.* nella raccolta del Martin *Jeane* 1822. *vol.* 1. *pag.* 396.

[4] *Sanctio, supplicia etc.* Del che spesso parlarono il Genovesi nella sua *Diocesina*, e il Malanima *Dei delitti, e delle pene secondo il guis divino.*

popoli appena scampati dalle grandi catastrofi fisiche della terra inventò di tetro, e d'inesorabile per dipingere la pena come seguace dell'umano trascorso, additando Nemesi o Adrastia in atto di assidersi a cavalcione del cerchio lunare a scrutar con occhio vigile, ed infallibile sopra la terra, e far piombare il proprio flagello ovunque macchia di umana colpa appariva (1). Da queste premesse fu dedotta la conseguenza, che il giudicare se la offesa sociale meritasse, o non meritasse, benchè certa, d'esser punita non era in potere del rettore politico della città, supplantando così ogni governativo criterio.

Fra gli errori, che la parola pena, e la idea, che la mente umana vi annette ha prodotti, se non il più fatale il più manifesto nelle cose spettanti al governo della città è quello di aver fatta un'idea avversativa del delitto quella della virtù, la quale dee aver avuto in orrore d'esser posta in sì mostruoso confronto, risvegliando, quasi compenso del suo inesorabil rigore, la idea del premio. Osservarono gli antichi, che, essendo la pena seguace del delitto per un principio di rigorosa giustizia, e per la morale necessità di conservar la eguaglianza tra gli uomini, il principio medesimo, e la medesima necessità obbligano il legislatore a premiar la virtù onde il talione fu reputata regola ai malefizj, e ai benefizj comune (2). Ma la idea del premio come avversativa, o come oggi si dice *controparte* a quella della pena è falsa quanto altra mai: perciocchè la pena non può essere se non in mano della legge, e il premio può talvolta utilmente uscir dalla mano dell'amministrazione (3).

Se le pene divine, e le naturali non possono essere dalla mente umana concepite se non come *fatti*, la ragione dei quali eccede la sua portata: se le pene umane dettate dalla naturale giustizia o non possono convertirsi in concetti di *dritto* per l'ufficio della umana ragione, o se in concetti di dritto convertonsi obbligano ad accettare o la vendetta, o il ta-

---

[1] Ant. Math. *Ad lib.* 48. *dig. tit.* 19. *cap.* 5. *n.* 2. Gli stoici, i quali derivarono il gius di punire dai principj della giustizia assoluta ravvisarono in essa una ideologica necessità onde il rimetter la pena fu per essi una specie di alienazione di mente. Stob. *Serm. XLVI. de magistratu.* Grozio *De Jur. bell. et pac. lib.* 2. *c.* 20. §. 21. si affatica a combattere questa massima degli stoici.

[2] Isidor. *Origin. lib.* 5. *cap. ult. talio non solum ad injuriam referenda sed etiam pro beneficio reddendo ponitur: est enim communis sermo, et injuriae ac beneficentiae.*

[3] In questa falsa idea, venuto in luce il libro de' *delitti*, e delle *pene*, Il Dragonetti pubblicò a Napoli il suo sulle *virtù*, ed i *premj*, che Dumont chiama *un diluvio di parole sur un deserto d'idee.* Geremia Bentham col genio creatore, che lo distingue, si è sostenuto interessando sempre nella sua opera *Théorie des peines, et des recompenses*, di cui sarà parlato nella parte di questo libro concernente la difesa preventiva.

lione: se il delitto non può non essere considerato se non come fatto prodotto dalle umane passioni, e la pena per esser *legale* debb'essere un concetto della mente umana, o per raziocinio speculativo, o per pratico (perciocchè dalla sola mente dell'uomo può nascere il *dritto*) se la parola *pena* obbliga a così dir l'intelletto a ravvisare in essa una connessione necessaria col delitto: il bando dato a questa parola come di troppo vago, ed ambiguo significato obbliga a darlo anco a quella, la quale partecipa de' vizj logici, e de vizj giuridici del suo termine di relazione.

Poichè il delitto nel rettificato linguaggio della scienza altro non è se non un'*offesa* della sicurezza sociale, il mezzo per tenerlo lontano non può meritare altro scientifico nome che quel di *difesa*. Come, onde il delitto potesse dal suo stato di mero fatto essere elevato al grado di *ente legale*, fu mestiere andar rintracciando la razionale, e politica origine della sua nozione nei bisogni o della naturale, o della social sicurezza degli uomini, lo stesso procedimento è da porsi in opera onde alla offesa si opponga la difesa per modo, che l'attributo di dritto, che ella dee avere sia quasi una conseguenza delle indole delle forze, delle quali si arma la offesa.

La parola *pena* risveglia nella mente la idea d'una relazione al passato: quella di *difesa* risveglia la idea d'una relazione o al presente, o al futuro, ed esclude il passato: la prima trova il suo termine di relazione nel delitto di già commesso: la seconda lo trova non nel delitto commesso ma nel delitto che può nuovamente commettersi. La legge è mossa da un principio, e da un principio affatto diverso è mosso chi l'applica. La legge si occupa della difesa: il suo applicatore si occupa del delitto commesso, e della sua pena, rinnovandosi qui il fenomeno segnalato altre volte, che gli oggetti morali cambiano d'indole, di aspetto, e di nome secondo le diverse relazioni, nelle quali vengono considerati: onde il nome di *difesa* conviene alla scienza della legislazione, e quello di *pena* alla giurisprudenza, le quali cose o non volute, o non saputе bene apprezzare fecero quasi naufragare la scienza in un mar di concetti più, o meno ingegnosi, ma tutti ad essa funesti (1).

È osservabile però la contradizione, nella quale i più dotti scrittori s'illaquearono. Mentre ammessero nella *pena legale* una relazione necessaria, e quindi uno scopo relativo al delitto di già commesso, ammessero nel tempo medesimo che non sarebbe alla legge lecito di stabilire una pena se una *utilità* futura non lo comandasse (2). Così essi confusero l'ufficio della giurisprudenza con quello della legislazione, e quella a questa antepose-

[1] *Traité de droit pénal par M. Rossi liv. 1. chap. 8. 9.*
[2] Grotius *De jur. bell. et pac. lib. 2. cap. 20. §. 4. num. 1.*

ro. Errarono senza dubbio quegli scrittori parlando di *utilità* mentre di propria, e vera *necessità* dovevano ragionare: conciossiachè altro titolo, che quello della necessità non può avere un'atto, da cui come dalla punizione rifugge per naturale suo impasto la umana volontà: e un'espediente, che necessario apparisce, ha la ragione di sè in sè medesimo, nè vi ha pratico, o speculativo sistema che vaglia a sommuoverlo.

CAPITOLO II.

De' sistemi scientifici sulla origine, e sul fondamento del gius di punire non considerato come difesa.

Il dritto di punire fu per lungo tempo considerato come separato, e distinto dal dritto di conservarsi, e difendersi (1). Il primo venne piuttosto ravvisato come l'effetto della morale necessità di porre un riparo all'avvenuta ingiustizia, la quale idea tanto si radicò nella mente degli uomini, che dal dritto pubblico della città passò a quello delle nazioni, e fece nascere per un'eccesso di zelo per la giustizia la grande ingiustizia di autorizzare da stato a stato la guerra col titolo di punire la violazione della legge divina, o della naturale ancorchè senza danno, o pericolo di chi in questo scopo si armava (2).

Questa sola riflessione sarebbe bastante a fare abbandonar la idea della *pena*, e con essa ogni ricerca sulla origine, e sull'indole del gius di punire allorchè trattasi di ponderare la origine, e la indole de' mezzi, che la politica società ha dovuto adottare onde tener da sè lontana la *offesa* della sua sicurezza.

Ma lo spirito umano, inchiodato per così dir tra gli antichi nella idea della pena, e ne' suoi morali attributi (perocchè per essi lo stato attuale della società era un fatto, di cui non s'avvisarono mai di rintracciar le ragioni) nel decimosesto secolo, venuto quasi in cognizione delle proprie forze, ed avviandosi a farne saggio, mentre tentò d'indagare la razionale origine del dritto a punire come sociale fenomeno il più strepitoso, e più importante d'ogni altro, e come parte del potere sovrano, nel tentare questa ricerca tante, e sì diverse strade si aprì, che pur giunse a parlar della pena come mezzo di difesa legittima. Così questa parte di storia del dritto politico, o pubblico come altri voglia chiamarlo, dimostra, che la pena, e la difesa sociale for-

[1] Puffendorf *De jur. nat. et gent. lib.* 8. *cap.* 3. § 1.

[2] Grotius *De Jur. bell., et pac. lib.* 2. *cap.* 20. §§. 1. 38. *et* 40. *et seq.* Questo scrittore, il quale si fa forte sempre cogli esempj tratti dalla storia, incomincia da quelli di Ercole, e di Teseo, i quali purgaron la terra da' mostri, e dai tristi, e finisce con quello di Filippo, il quale incominciando da una guerra rivolta a punire atti irreligiosi ne' Focesi finì con quelli, che lo resero padrone di tutta la Grecia.

mano per la umana ragione un tutto di parti tra loro intimamente connesse onde la origine razionale, e politica dell'una lo è del pari dell'altra. Questa ricerca acquistò un'importanza, ed un rilievo maggiore allorchè (cosa di cui gli antichi non dubitarono mai) si venne a discutere del dritto del più grande atto della sociale giustizia nella pena di morte quasi la punizione investita del dritto di tormentar la vita dell'uomo dovesse dubitare di aver quello di porvi un termine.

È un far pompa di frasi, ed abusare del prestigio delle parole il dire, che tutti i sistemi inventati dagli uomini per tracciare la origine, e spiegar l'indole del gius di punire si possan ridurre allo *spiritualismo*, ed al *materialismo*; il primo risalendo al *giusto assoluto*, alla *morale necessità*, l'altro raggirandosi nell'esame dell'*utile* (1): perocchè Grozio, derivando la pena dalla naturale giustizia, vi mescola la utilità onde sarebbe spiritualista, e materialista in un tempo; e Puffendorf, non derivandola nè dal giusto assoluto, nè dalla utilità, ma dalla indole della società politica non sarebbe nè l'uno nè l'altro. I sistemi a quest'oggetto dalla mente umana inventati sono tanti, e sì varj, da rendere impossibile il tentativo di ridurli in classi, o categorie (2). L'espediente migliore per dar qualche ordine a questa intralciata materia è quello di classare i sistemi per i diversi procedimenti, che tennero per costruirsi, e i più, o meno inoltrati passi, che fecero.

Considerati i sistemi per la diversità del metodo, con cui stabilironsi, furono due. L'uno intese di rintracciare la origine del gius di punire tra i dritti che l'uomo coll'uso della retta ragione discerne avere nella sua separata, e distinta individualità come a lui compartiti dalla natura indipendentemente dal fatto della politica aggregazione. L'altro, negando agli uomini isolatamente considerati, e retti dai soli dettami della ragione un gius di punire, lo sostenne nato non altrimenti, che dall'aggregazione politica. Il primo sistema rappresentava il metodo a *priori*, il secondo il metodo a *posteriori* (3): quello non riconosceva altra autorità che la umana ragione, ammessa dagli *spiritualisti* come dai *materialisti*: questo asseriva non poter essere altro criterio nell'esame de' dritti degli uomini se non lo studio delle loro politiche qualità, fatto antico, generale, costante, inoppugnabile dallo *spiritualista*, e dal *materialista*. L'uno può dirsi aver avuti ad antesignani Hobbes, e Grozio: l'altro Puffendorf.

Il sistema dell'Hobbes, e del Grozio, partendo dal punto me-

---

[1] *Traité de droit pénal par M. Rossi liv. 1. chap. 3.*

[2] Chr. Dan. Erhard *Diss. de fundam. juris pun. pag.* 42. riduce i sistemi a tre, il primo da lui attribuito a Schmalz, il secondo a Mendelson, il terzo a Grozio. È inutile osservare quanto d'incompleto abbia una tal partizione.

[3] Vedasi il *lib. 1. cap. 17. pag.* 197

desimo, diramavasi in due, e per modo, che l'uno diveniva irreconciliabil nemico dell'altro.

Grozio valutando il fatto della sociabilità, e delle forze simpatiche tra uomo, ed uomo, v'innestava a modo di dire i principj di religione, di morale, e di giustizia, a norma de' quali il punire era un dritto, che nascava dall'obbligo di esser punito in chi aveva violata la legge (1). Questo sistema confondeva insieme la religione, la morale, e il dritto di natura: non spiegava il passaggio del gius di punire dal privato al sovrano, dallo stato di natura allo stato di società, e facendo nascere il gius di punire dalla obbligazione d'esser punito, se la commessa ingiustizia rendeva certa la persona punibile, il sistema lasciava nella incertezza sulla persona, che doveva punire almenochè non si trattasse del giusto per eccellenza, la qual cosa conduceva all'assurda conseguenza di dire, che un sovrano in peccato non ha dritto di punire i delitti comunque i più funesti all'ordine della città ne' suoi sudditi (2).

Se il sistema del Grozio faceva abuso del principio di giustizia, quello dell'Hobbes lo conculcava fino a distruggerlo. Il pubblicista Inglese, partendo dal gius di natura come ne partiva il pubblicista Olandese, asseriva quel dritto consistere nella facoltà che gli uomini nello stato della loro naturale indipendenza aveano di far ciò che loro aggradiva per conservarsi: onde, abdicata da loro questa libertà col darsi in servaggio d'un' autorità sovrana, questa puniva in vigor d'un dritto a lei conservato e non conferito (3). Questo sistema poggia tutto sull'ambiguità della parola gius di natura, che Hobbes abusivamente usurpa or come significativa di cosa di *dritto*, ed ora come significativa di cosa di *fatto*. Allo stato di natura di fatto o stato selvaggio degli uomini può convenire, non che ad essi sia lecito ma che si reputino lecito di far tutto ciò che lor più gradisce onde provvedere alla lor sicurezza, ma questo fatto, se prova la infelice condizione della vita agreste, e selvaggia, non prova, che ella possa erigersi in dritto, e non esclude che la ragione umana colle sole sue forze, ed indipendentemente da qualunque siasi legge positiva possa contemplare una legge regolatrice delle libere azioni degli uomini. Hobbes fu però il primo a toccare il problema nel più importante, e delicato suo punto, vale a dire in quello di contatto in cui il gius di punire ha dovuto trovarsi tra il gius di natura, e il dritto politico, onde è il primo pubblicista, il quale nel male inferito da un inferiore ad un superiore abbia abbandonata la idea della morale necessità

(1) Grotius *De Jur. bell. et pac. lib.* 2. *cap.* 20. §. 2. *num.* 4.
(2) Grotius *De Jur. bell. et pac. lib.* 2. *cap.* 20. §. 3. *num.* 2., e la confutazione del Puffendorf *De jur. nat., et gent. lib.* 8. *cap.* 3. § 7.
(3) Hobbes *Leviathan or the matter etc. chapt* 28. *in princ.*

di raddrizzar il disequilibrio prodotto dalla ingiustizia ravvisandovi uno scopo politico di *difesa* (1), ma il dato da cui questo filosofo parte, e i ragionamenti che pone in uso per fissare il suo sistema eccitano la repugnanza della religione, della morale, e della giustizia, e mostrano, che egli irritato dai disordini della sua patria considerò il dritto ne' *mezzi*, che pensava essere i più opportuni a farli cessare (2).

Giovanni Locke, cui fu seguace il Barbeirac (3), partendo anch'esso dal dritto della natura, ma volendone trarre come conseguenza una teoria politica diametralmente contraria a quella dell'Hobbes aderì al Grozio, e intese perfezionare il suo sistema sulla origine del gius di punire osservando, che legge senza sanzione non vi è, e che senza concepire il dritto di punire la violazione delle leggi della natura tra gli uomini, sebbene ancor non congregati politicamente tra loro, esse non avrebbero avuta sanzione (4): la qual maniera di ragionare oltre al ritenere l'originario difetto di quella del Grozio sulla incertezza del punitore, rinnuovava quella dell'Hobbes di prendere il gius di natura or come cosa di *dritto*, or come cosa di *fatto*: imperocchè il gius di natura come cosa di dritto, emanando dalla umana ragione è come essa infallibile come infallibili sono le verità mattematiche (5), e la sua violazione tra gli uomini viventi in stato abusivamente detto di *natura*, e piuttosto *estrasociale* è un *fatto* reso certo dalla storia degli uomini per rimediare al quale le società politiche furono necessarie (6). Ma il Locke senza gli scrupoli del Grozio sul morale carattere del punitore, e tagliando il nodo gordiano col concedere a chi si sia il gius di punire la violazione della legge, comprese quel dritto nella sua politica teoria, e lo disse trasfuso nell'autorità sovrana per via di una cessione, che gli uomini ne avessero a lei fatta nel loro ingresso in società.

Abbandonando il sistema dell'Hobbes come quadro della u-

[1] Hobbes *Leviathan or the matter etc. chapt.* 28.

[2] Vedasi il *lib.* 1. *cap.* 2.

[3] Nelle sue note al Puffendorf *Le droit de la natur, et des gens liv.* 8. *chap.* 3. §. *not.* 5.

[4] *On civil governement chapt.* 2. §. 7.

[5] Questa infallibilità della ragione umana è qui asserita relativamente alle fondamentali verità del gius di natura in opposizione ai sistemi, i quali sostengono, essere la *giustizia* un' umana invenzione variabile a seconda delle circostanze, che ne dimostrano la *utilità*. Riscontrisi il *lib.* 1. *cap.* 7. *e il cap.* 18.

[6] Barbeirac grande argomentatore a favore del ragionamento del Locke *loc. sup, cit.* ne svela viemaggiormente il difetto osservando, che neppure le pene autorizzate dal gius di natura son sufficienti a mantener l'ordine, e la pace tra gli uomini. Quel che egli soggiunge sulla sanzione divina esce visibilmente dalla provincia del dritto per le cose notate nel *lib.* 1. *cap.* 7.

mana malvagità non della umana ragione, quello del Grozio ampliato dal Locke ha il difetto di presupporre nel gius di natura forze, e attributi, i quali vorrebbero esser meglio provati; forze, e attributi, che in realtà altro appoggio non hanno se non la perpetua, ed abusiva illazione dall'istinto religioso, morale, e socievole dell'uomo a un dritto che in esso dovrebbe emanare dalla pura ragione. Questo difetto è reso viepiù visibile dagli scrittori della scuola di Grozio, i quali relativamente al gius di punire professarono due estreme opinioni, gli uni come il Leibnitz, volendo la pena quasi effetto della costante, e perpetua volontà, che dee avere il legislatore di non lasciare il delitto impunito ancorchè niun vantaggio ne derivasse all'ordine della città (1): gli altri, come il Wolf, sostenendo che nello stato di natura esiste il gius di punire non solo all'effetto di prevenire l'offesa quanto ancor per quello d'incuter terrore, effetto passionato, e come tale dalla pura ragione non conosciuto (2).

Il sistema del Puffendorf parte dal dato, che il gius di natura non possa ammettere punizioni da uomo ad uomo perchè niuno avendo il dritto di punir se medesimo non ha potuto cedere alla società un dritto che non aveva (3). Il Professor di Heidelberg, non potendo far derivare il *fatto* dal *dritto* operò in senso inverso, e derivò il *dritto* dal *fatto*, osservando, che come in materia di cose naturali un corpo composto può aver qualità, che non erano in alcuno de'corpi semplici, dal mescuglio de'quali venne a formarsi, così un corpo morale può avere in virtù della unione delle persone, che lo compongono, certi dritti de'quali niuna in particolare era formalmente investita (4).

Questa maniera di stabilire la origine, e il fondamento del gius di punire svela il difetto a Puffendorf da altri rimproverato (5), di aderir troppo al romano diritto, nel sistema del quale s'incontra spesso il principio non altrimenti provato che coll'esempio; ed ha l'altro non minore difetto di prescindere onninamente dal dritto della pura ragione, a forma del quale se il dritto di punire o non esistesse, o fosse incompatibil con esso non potrebbe neppure dalle leggi politiche ammettersi (6).

[1] *Theodic. lib.* 1. §. 23.
[2] *De jur. nat. part.* 1. §. 1063.
[3] *De jur. nat. et gent. lib.* 8. *cap.* 3. §. 1.
[4] Puffendorf *loc. supr. cit.*
[5] Giunse a sostenere, che per il naturale diritto il figlio della schiava nasce della condizione della madre, nel che ebbe per confutatore Martini *Sistema del dritto naturale* §§. 760. 766.
[6] Zeiller *Dritto naturale privato pag.* 218. *not.* 2. Il Cavalier Filangieri *Scienza della legislazione part.* 3. *lib.* 3. *cap.* 29. confuta Puffendorf osservando, che come mille corpi di figura sferica non potrebbero nella lor riunione formare un quadrato, così dalla riunione d'individui mancanti

Dopo questi due sistemi opposti diametralmente tra loro nacque, e forse non è ancor composta la disputa se ai termini del gius di natura o in un ipotetico stato dell'uomo anteriore ad ogni sociale stabilimento un gius di punire possa razionalmente sussistere, alcuni scrittori essendosi dichiarati per l'affermativa altri per la negativa (1).

Questi dissidj mostrano se non la erroneità assoluta, almeno la imperfezione de' due sistemi scientifici inventati per dare alla forza diretta a punire una origine, ed un titolo razionalmente legale.

Le punizioni sono un fatto antico, del quale tutti sentono la necessità Ma gli uomini aspirano alla felicità, che tutti scorgono nella cognizione delle cause, per le quali i moti dell'universo si manifestano (2). Comunque ascose involute siano di loro indole queste cause lo spirito umano si ostina a correre sulle lor tracce, e spesso avviene, che, intervenendo le forze della fantasia ad aumentar quelle della ricerca, esso o prende le proprie invenzioni, o certe apparenze per queste cause.

La mistura, che fu ravvisata poc' anzi di eterogenei principj nel gius di natura tra le mani di Grozio, e della sua scuola, fu poco a poco sentita da quegli scrittori medesimi, che più si dichiararono divoti a lui. Se Grozio ammesse la idea d' una utilità futura nello scopo della pena, Leibnitz la rigettò, onde il tronco del gius di natura andando grado a grado sfrondandosi de' rami che lo ingombravano fu finalmente ridotto alla sua vera semplicità, ravvisandolo come mero, e semplice dritto della ragione. Ma il principio della eguaglianza, che ne forma il criterio, presentava gravi difficoltà onde riportarvi il gius di punire quale la società umana lo esercita, essendo facilmente sentito il pericolo di esporre la sua esistenza alla balìa de' sistemi scientifici. L'ardito ingegno del Kant impugnando al gius di punire qualunque si sia scopo di futura utilità, e non parlando di necessità nascente dall' aggregazione sociale tra gli uomini, lo trasse al principio della eguaglianza, osservando che la innata personalità dell' uomo non permette che egli divenga mezzo d'un fine de' suoi eguali, e sia ridotto alla condizione delle cose: che l'autor del delitto deve esser punito per questo solo per-

d' un dritto non può concepersi formato. Ma egli confonde il *raziocinio speculativo* col *pratico*, e Puffendorf ha inteso usar di questo, e non di quello.

[1] La enumerazione de' combattenti in questa doppia falange può vedersi in Barbeirac *Not. ad Puffendorf le droit de la nature, et des gens liv. 8. cap. 3. §. 4. not. 3.*, in Lampredi *Jur. pub. univ. theorem. part. 1. cap. 7. §. 13. ol. 1.* e in Zeiller *Dritto naturale privato pag. 218. not. 1.*

[2] « *Felix qui potuit rerum cognoscere causas.*
Lucr. *De rer. nat.*

chè lo ha commesso: che questo principio è alla idea della giustizia inerente, e che il talione, come egli *giuridicamente* lo concepisce, distinguendolo dal *naturale*, e dal *morale*, è una specie di postulato della ragione umana (1). Così Kant, formatosi una idea astratta del delitto, se ne formava una simile della pena, e procedendo di astrazione in astrazione, mentre avvalorava la prerogativa della privata ragione dell'uomo, perdeva di vista quella della politica società (2).

Non era in questo sistema cosa alcuna di *fenomenale*, e d'*empirico*, e tutto scaturiva dalla *ragion pura*. Un sistema diametralmente opposto a quello del Kant andava rintracciando la origine del gius di punire nella politica società: nelle analogìe, e nelle apparenze che la storia dell'uomo poteva offrire in uno stato il quale non fosse nè *extrasociale*, nè sociale in un tempo. Questo stato intermedio tra i selvaggj, che la storia naturale dell'uomo ha dipinti soli, e raminghi nel fondo de' boschi (3), e gli uomini delle più culte città moderne fu trovato nella famiglia, il di cui padre esercita il gius di punire gastigando i suoi figli (4). Se il dritto della ragione non può applicarsi alle politiche società, può invero applicarsi alla società di famiglia, ma le analogìe tra l'una società, e l'altra sono più apparenti che vere, nè è istituto nostro svolger qui l'intero sistema del dritto della ragione per confutarne uno sull'origine del gius di punire, il quale se ebbe qualchè seguace tra i giureconsulti antichi non ne ebbe alcuno tra i filosofanti della età nostra (5).

Tutti questi sistemi, se si prescinda da quello dell'Hobbes, il quale avendo innanzi agli occhi i bisogni dell'ordine della città se sbagliò nella origine, fu chiaro-veggente nel titolo del gius di punire, e da quello del Puffendorf il quale se non sbagliò nella origine sbagliò nel titolo, quali più quali meno inclinano a confondere la origine, e il titolo di questo dritto tutto derivando dalla contemplazione d'un'ordine, il quale per essere ristabilito ove il delitto lo abbia sconvolto reclama la pena.

Una sola riflessione confuta tutti questi sistemi. Se veri fos-

(1) Kant *Elem. metaphys. Jur. doctrinae lib.* 1. Il sistema del Kant è seguitato da Klein in Prussia, da Zeiller in Austria, da Gros a Vittemberga, e si vuole anco dal Feuerbach nel suo progetto di codice penale per il regno di Baviera. Camill. B. J. Wins *Specimen jurid. inaug. de supplicio capitis tollendo, Lovanii* 1825. *p.* 24 *in not.* Altri seguaci del Kant, Zacharia, Botmer, Haensel, Trafinger, e Korst sono indicati da Rodolph. Winsinger *Specimen philosophico-inaugurale de talione etc. Lovanii* 1822. *pag.* 13. *in not.*

[2] Vedasi quanto fu detto *lib.* 1. *cap.* 9.

[3] Virey *Histoire naturelle du genre humain vol.* 2.

[4] Wins *Laud. specim pag.* 23.

(5) La confutazione di questo sistema è in qualchè modo proposta da Wins *Laud, spec. pag.* 25.

sero, il legislatore poco dovrebbe curarsi di prevenire i delitti o con mezzi non coattivi, o con mezzi coattivi d'indole più acconcia allo scopo. Con un ricettario di pene ai delitti come di farmaco alle malattie l'arte di governar gli uomini sarebbe esaurita.

CAPITOLO III.

De' sistemi scientifici sulla origine, e sul fondamento del gius di punire considerato come difesa.

Sebbene questi sistemi abbiano l'apparenza di coincidere con quanto fu detto sulla più vera idea, che conviene annettere alla parola *pena*, comecchè molte, e diverse tra loro siano le vie, per le quali alla dimostrazione di quella verità si può giungere, non è da credersi inutile un loro critico esame.

Questi sistemi non si appoggiano ai bisogni di un'ordine *intellettuale*, o *morale* dell'*uomo*, ma piuttosto ai bisogni *politici* della *società umana*; ma è necessario conoscere se, come e fino a quel punto, rivolgendosi al dritto politico, essi ammettono ne'loro calcoli il dritto della ragione, la cui prerogativa fu dichiarata altra volta sacra, ed inviolabile (1).

I sistemi esaminati fin qui, se si prescinda da quello del Puffendorf, il quale con una ingegnosa trasformazione costituisce agli speculativi assiomi del gius di natura, quale la umana ragione può concepirlo, i fenomeni della natura, quali i sensi gli possono percepire (2), dettero al dritto della ragione troppa influenza sul dritto politico, lo che col pretesto di più avvicinarlo alla natura lo snaturò.

Questi sistemi riconoscendo due forze l'una nella ragione, l'altra ne'bisogni della società, rendono implicato, e lungo il loro critico esame. Gli opposti sistemi, riconoscendo un principio unico, ed una sola forza ne'bisogni della politica società, vanno più spediti, e più liberi al loro scopo onde il loro esame riesce più facile, e breve.

I sistemi, i quali rintracciarono la origine, ed il fondamento del gius di punire come difesa sociale, possono ridursi a tre classi: a quelli, i quali conculcarono, e spiegarono affatto il gius di natura: a quelli che, ammettendolo, crederono inutile consultarlo in questa disamina: a quelli finalmente i quali danno al dritto della natura, e al dritto politico una comune origine, formando un dritto *neutro* avente la natura dell'uno, e quella dell'altro.

L'abusiva illazione dal gius di natura allo stato di natura del-

(1) Vedasi il *lib.* 1. *cap.* 6.
(2) Vedasi qui addietro il *cap.* 2. *pag.* 19.

l'uomo alienò molti dall' ammettere un dritto, il quale potesse per le sue sole forze sussistere indipendentemente da qualunque legge di creazione sociale. Questa avversione contro a un gius di natura si manifestò più specialmente negli uomini, i quali aveano nella storia profondamente studiata la natura umana, e la società. Lo scrittore, il quale in un'opera ha meditata la definizione la più razionale della legge (1), aveva in un'altra, che molti credono contenere le prime, e grandi ispirazioni di quella, mostrano un risoluto disprezzo per tutti i calcoli legislativi i quali avessero fatta astrazione dallo stato, e dai bisogni sociali degli uomini (2). Questa opinione pel merito, per la fama, e per la influenza dell'uomo che la manifestò può considerarsi come antesignana di tutti i sistemi, i quali non disgiunsero mai la origine ed il legal fondamento del gius di punire dal fatto del di lui esercizio tra le mani della pubblica autorità (3).

Una forza, la quale non si esercita con altro titolo che con quello, che ella trae da sè medesima come forza, non può appagar la ragione, e niente a chi la contempla concede tranne il passivo ufficio di misurarne co' dati dell' intimo sentimento la maggiore, o minore intensità. O questa forza si spieghi col titolo della *utilità*, o si spieghi con quello della *necessità* converrebbe sempre conoscere se il primo và compagno colla *giustizia* (4), e su quali dati si fonda il secondo all' oggetto di dimostrare che in faccia ad esso dee tacere ogni dritto. Che se questa forza impugna alla natura umana nell' individuo ogni dritto le sarà lecito d'impugnarlo in tutti, e in ciascuno: isolata così concentrarsi in sè stessa, e di qui desumere il titolo della necessità. Or sebbene possan nascere circostanze tali da dare a questa forza la legale necessità di agir come forza, vale a dire, senza alcun limite dal dritto della ragione tracciatole onde conservar sè medesima, questo caso non sarà più discernibile colle regole di diritto se ella le rigetta tutte, dal che apparisce, che l'ammetterle, e il rintracciar e ridonda in vantaggio di quella forza medesima se aspira a darsi carattere di legalità, e non è affatto brutale.

---

[1] Vedasi il *lib.* 1. *cap.* 2. Il civilista signor Toullier oltre al non ravvisare come apodittica la definizione la trova contenere elementi in contrasto tra loro. *Le droit civil Francais* 3. *ed. vol.* 1. *num.* 3.

[2] *Lettres Persanes lettr.* 94.

[3] Bentham *Théorie des peines, et des récompenses vol.* 1. *pag.* 7.

[4] Il Barone di Bielfeld *Inst. polit. vol.* 1. *chap.* 6. §. 7. introduce un Turco il quale si meraviglia della diversità delle leggi in Europa col variar di paese, e di clima, ed anco di provincia nello stato medesimo. La risposta, che egli dà al Turco è che in Europa le leggi consultano non solo il *dritto della natura*, ma anco il *dritto politico*. Il Turco non domandò ove, e quali fossero i confini delle provincie di questi due diversi diritti. Ma quale opinione si sarebbe egli formato delle leggi Europee se avesse letto nell'Helvetius *De l'homme, et de l'education sect.* 4. *chap.* 8.« Avant la loi il n'est point d'injustice .... justice suppose loix établies ».

Il dire, che l'uomo è nato per vivere in società co'suoi simili: che egli in fatti ovunque vi vive, e se da'suoi simili si separasse sarebbe un essere fuori della propria natura è discorrere la storia naturale dell'uomo, ma non è discorrere il dritto: è lo stesso che dire che l'ape tolta da un colpo di vento dall' alveare, divisa così dagli individui della sua speeie. e gittata a star solitaria, e raminga nel folto d'un bosco, è un essere fuori della propria natura; ma chi sosterrebbe che vi è il dritto tra le api?

Conviene bensì che dritto della natura, nascente dalla ragione dell'uomo, non vada tant' oltre da distruggere il fatto della società, nella quale egli vive cogli esseri della sua specie, ma non conviene che questo fatto si arroghi per sè solo tanta importanza da distruggere un dritto, senza del quale esso, nudo d'ogni carattere di legalità, degraderebbe sè stesso cadendo nella classe degli ordinarj fenomeni della natura, la quale non ha altro mezzo per riconoscersi se non le modificazioni della fisica sensibilità.

Da altri fu detto, che per rintracciare la legale origine, e il legal fondamento del gius di punire come difesa era inutile, ed accademica la questione se nello stato naturale dell'uomo questo dritto esistesse: di guisachè da quello stato passasse a quello di società (1). Quest'asserzione confonde, come più spesso avviene, il dritto di natura col fatto dello stato naturale dell'uomo, e non pondera che vi può essere un dritto, il quale, senza autorizzare a credere che gli uomini possan vivere in istato di dissociazione reciproca, isolatati nelle rispettive loro individualità come il punto matematico, somministra, e può somministrare titolo di legalità a tutti gli stabilimenti che nel naturale suo stato di società hanno bisogno d'usar la forza per meglio proteggerlo.

Atti, ammettendo che la mente umana colla sua facoltà di astrarre possa considerar l' uomo interamente privo delle qualità, che in esso si scorgono nel naturale suo stato di società, muove da questo dato nella ricerca della legale origine, e del legal fondamento del gius di punire, e attentamente ne esamina quasi lo spuntare come raggio nella vita selvaggia, quindi il diffondersi della sua luce in una società di eguali, e per questo mezzo il suo assidersi come nel suo pieno splendore tra ineguali nell' aggregazione politica (1).

Questo sistema non ammette un dritto separato, e distinto dal fatto, e dalle forze della umana sociabilità, ma dà piuttosto alla umana sociabilità, e ai suoi progressivi sviluppamenti l'attributo di dritto, per lo che si osservava in p in-

---

[1] Feuerach in *Comp. jur. crim. ed.* 8. *Giessen* 1823 *pag.* 20 *not.* 2.

[2] Romagnosi *Genesi del dritto penale* 2. *ed vol.* 1. *pag.* 53., *e seg. pag.* 127. *e seg.* Questa nomenclatura dinotante la unione del *razionale* e del *politico* pel dritto fa sovvenire del celebre verso dell'Alighieri

» s' io m' indussi come tu
Binnici

cipio come alcuni sistemi quasi incorporavano il gius di natura nel dritto politico, e così si esimevano dalla necessità di distinguere le prerogative dell'uno da quelle dell'altro (1).

Questo sistema encomiabile per la sua generalità, e per la forza d' ingegno, con cui fu sostenuto, può non appagar la ragione.

Esso sembra avere inerente il difetto di confondere il dritto col fatto: di ammettere il gius di natura come legge di uno stato di fatto ed istorico quale la storia naturale dell' uomo lo presenta nella sua vita selvaggia, lo che non è nè può essere consentito dal dritto, il quale prende il suo titolo dalla ragione umana, e divien norma dell'uomo in qualunque situazione si trovi, regolando i moti della sua sensitiva natura non dipendendone; ed è smentito dal fatto perchè i selvaggi non sono si dissociati tra loro da poter esser considerati come altrettante separate unità, conoscendo essi se non altro la società di famiglia: onde questo sistema nel suo più alto grado d' insalizione sembra avere il difetto di quelli, i quali colla finzione del dritto giungon tant' oltre da distruggere il fatto.

Il sistema partendo dalle umane individualità come fatti, in quanto sono nella vita selvaggia apprezzati, progredisce alla prima unione di queste unità come società di *eguali*, fatto anche essa perchè presuppone il contratto, e progredisce in seguito a una nuova unione delle individuali unità per relazione d'*ineguaglianza* tra loro, nuovo fatto pur essa, comechè questi fatti altro non siano che progressive fasi della umana sociabilità. Se il dritto nascente dall' una società è diverso da quello nascente da un' altra, il sistema sembra presentare il difetto di quelli, i quali, confondendo la storia naturale dell' uomo col dritto umano, o della ragione, fanno dipendere il dritto dal fatto, e per così dire, lo detronizzano dal luogo sublime, nel quale si asside per essere regola, e norma de' fatti.

I sistemi di raziocinio speculativo, e quelli di pratico raziocinio formano due tra loro contrari estremi, la riunione de' quali, come sistemi amendue attivi, è allo spirito umano impossibile. Il sistema, che qui si esamina, ritenendoli come attivi propone quasi un termine di mezzo per conciliarli, e questo termine è la società di eguali, che altri considerò come finzione più ingegnosa che utile senz' altro soggiungere (2) Ma questo mezzo termine destinato a servir di

---

[1] La nomenclatura corrisponde al sistema. Vedasi il *vol.* 1. *cap.* 6 Questa nomenclatura denotante la unione del *razionale* e del *politico* nel dritto fa sovvenire del celebre verso dell' Alighieri

« *S' io m'intuassi com tu t' immii.*

[2] Cam. B. J. Wios *Specimen juridic. inaugur. de supplicio capitis tollendo etc. Lovanii* 1825. *pag.* 14.

passaggio dal dritto della ragione al dritto politico può apparire ad alcuno come un crepuscolo, il quale, anzichè dividere dalla luce le tenebre, non permette di discernere se rappresenti il giorno, o la notte (1). I due termini di *società*, e di *eguali* considerati come esprimenti una cosa di *fatto* non hanno appoggio nella storia degli uomini, e considerati come esprimenti una cosa di dritto hanno bisogno della convenzione, la quale, se può presumersi nelle materie del dritto privato tra due, o più individui, è impresumibile, o dalla storia smentita nelle materie del dritto pubblico tra individui riuniti tra loro in nazione (2).

Sotto le divise medesime stanno talvolta uomini per opinioni, per interessi: e per principj diversi tra loro, onde non dee recar meraviglia se alcuno, adottando per la pena il titolo della *difesa*, e non altro, mostri per qual deduzione di principj a sè proprj abbia adottato un modo di esprimersi, che egli ha comune con altri.

CAPITOLO IV.

Origini razionali, e politiche della difesa della sicurezza sociale.

La ragione à nella natura umana come vi son le passioni che l'agitano, e i bisogni, che la tengono in movimento continuo (3). Se il dritto della natura nascesse da tutto ciò, che è naturale all'uomo, anco le sue forze digestive, il colore della sua pelle, la sua statura non che la squisitezza

---

[1] . . . . . *Neque diem neque possis dicere noctem.*
Ovid.

L'Alighieri dipinse col suo ammirabil pennello un colore incerto fra due in una minuzia

« *Come procede innanzi dell'ardore*
« *Per lo papiro suso un color bruno*
« *Che non è nero ancora, e il bianco muore.*
Inf. c. 25.

[2] L'effetto dello svilupparsi della sociabilità è la unione degli uomini tra di loro, ma questa unione non merita il nome giuridico di società, Cicerone *De finibus lib.* 5. *cap.* 23. si espresse « CONJUNCTIO *inter homines hominum, et quasi* QUAEDAM SOCIETAS, *et comunicatio utilitatum* ». Prendendo il nome di società come cosa di dritto convien ricorrere al patto sociale, della di cui chimera non più al dì oggi è lecito far menzione.

[3] La prima come guida: le seconde come forze che debbono esser tenute ne' limiti, che quella contempla. Ved. il *lib.* 1. *cap.* 3.

maggiore, o minor de' suoi organi, e la sua maggiore, o mire attitudine al moto, e all' industria dovrebbero contribuire a fissare la sua nozione: Il dritto per esser tale ha bisogno di due condizioni : d' esser un concetto della mente dell' uomo : d' essere certo, ed eguale per tutti ; lo che convince che il dritto della natura, o dell' uomo considerato senza la guida delle leggi, che in società lo governano, altro esser non può se non il dritto della ragione, certa e perciò eguale, se tale ella è, in tutte le menti (1).

Questa nozione del dritto dimostra la vanità di tutte le questioni, che da tanto tempo si sono agitate, e che tuttora si vanno agitando per fissare se nello *stato di natura* del uomo esista un gius di punire, o a meglio esprimersi il dritto di arrecare ad altri un male per difender sè stessi. La posizione della questione in questi termini ammette, che lo stato dell' uomo fuori di società sia il naturale suo stato ed abbia un dritto che lo governi: vale a dire, che il dritto primitivo, il dritto normale nasce da questo stato, di cui il più sregolato non può concepirsi. Se cosi fosse, le cause fisiche produttrici di quello stato (2), le umane calamità, le umane passioni abbandonate al loro impeto brutale, e selvaggio sarebbero i veri fonti del dritto. Nè vale il dire, che per meglio cercare il dritto può farsi astrazione dalle qualità sociali dell'uomo quando questa astrazione lo denatura. Le scienze esatte fanno astrazione dalle qualità reali, e sensibili de corpi per ridurli ad enti i quali non sussistono che nella mente: ma nè queste sensibili qualità entrano altrimenti ne' calcoli pe' quali ne fu fatta astrazione: nè quelle qualità perdono la loro esistenza, o cambiano di lor natura : nè gli enti che la ragione allor crea sono tali che sempre ai corpi donde furon tratti esattamente di fatto e, perseverando le lor qualità sensibili, non corrispondono. La qual cosa dimostra quanto pericoloso sia l' introdurre le pretensioni delle scienze esatte nelle scienze morali, e politiche.

Si può fare astrazione dalle leggi che guidano la società, ma non dalla società, e un dritto che abbia bisogno di quest' astrazione denaturatrice dell'uomo non può aver la coscienza di dritto. Considerato il dritto della natura come il dritto della ragione non ha bisogno di fare astrazione dalla società, che è la grande perfezionatrice della ragione umana; non ha bisogno

---

[1] Era necessario dare in questo capitolo una estensione maggiore alle cose dette sulla astratta entità del *dritto* nel *lib.* 1. *cap.* 3.

[2] Ne esposi il quadro nella mia opera *Teoria delle leggi civili Firenze* 1794. *cap.* 6. ove discussi la opinione del Rousseau sulla pretesa primitiva fertilità della terra.

d' un romanzo di stato di natura con due personaggi, e non più come quello di Robinson Crusue (1).

Considerate così le cose, si può domandare se il dritto della natura, non come finzione, la quale abbia bisogno d' un luogo di scena, ma come concetto della ragione umana, il quale è tanto più certo e diffuso quanto più ella è perfezionata tra gli uomini, conosca quello d' inferire ad altri un male per la propria difesa: in quali circostanze di fatto si verifichi questo diritto: fin dove se ne possa estendere l'esercizio: dove il dritto della ragione reclami l'intervenzione del dritto politico, e dia così alla forza protettrice della società il titolo legale, che ogni amico della giustizia desidera: come queste forze si formano, fin dove si possono estendere per mantener sempre il carattere di forza, o ausiliaria, o suppletoria del dritto della ragioue.

Qaesti problemi, giova ripeterlo, per esser ben risoluti non hanno bisogno d' immaginare uno stato di dissociazione tra gli uomini, ma per discuterli nella loro applicabilità al fatto basta immaginare l'ovvio e frequentissimo caso di due individui in una situazione, nella quale chi ha bisogno di difendersi non può invocare la protezione delle leggi della città; e per discuterli nella loro applicabilità al dritto d'altro non hanno bisogno se non se del confronto del dritto della ragione colle leggi di creazione sociale, confronto che queste leggi alla scienza concedono.

Se la logica connessione di pena e delitto, come cose l'una di tempo passato, l'altra di tempo presente e di scopo rivolto al passato, difficilmente si percepisce, non è così della connessione logica di offesa e difesa, cose amendue di tempo presente. Il dritto di difendere la propria personalità o negl' individuali suoi dritti, o in quelli di famiglia, o in quelli di proprietà sulle cose è nella ragione come nell'intimo sentimento di tutti; nella ragione perchè l'offesa si muove a rompere la eguaglianza, e la difesa si muove a proteggerla. Nè questo razionale principio è indebolito dalla osservazione, che alcuni fecero, che la eguaglianza è distrutta col male all' offensore inferito (2). Se il fulmine che avvampa, e il tremuoto che ruina non rompono colle loro devastazioni la eguaglianza tra gli uomini in chi ne resta la vittima, ciò prova che la ineguaglianza è dal dritto della ragione allor valutata quando è l'effetto di una causa morale che della ragione si dichiarò spregiatrice.

Il dritto della ragione per comprender quello della difesa di sè medesimo non ha bisogno di una data situazione politica del-

---

[1] Daniele di Foe trasse il soggetto di questo romanzo dal vero dipingendo la sventura dello Scozzese Selkirk, il quale fu lasciato nel 1704 nella isola deserta di Juan Fernandez. Quattro anni di soggiorno in quella isola bastarono per cancellar dal suo spirito ogni idea morale, e a fargli dimenticare fin l'articolata parola, Paw *Recherches sur les Americains vol. 1, pag.* 25.

[2] Puffendorf *De jur. nat. et gent. lib.* 2. *cap.* 5. §. 1.

l'individuo: esso lo accompagna, e lo segue in tutti i suoi stati ed in tutte le sue condizioni: pel selvaggio, pel barbaro, pel-l'incivilito è sempre lo stesso. Il titolo e il modo della difesa possono però variare col variar delle circostanze, nelle quali l'offeso si trova rispetto al proprio offensore.

Il dritto non è nè una facoltà attiva nè una forza; erroneo concetto, al quale ha dovuto condurre la confusione che si è fatta tra il dritto della natura e un preteso stato di natura degli uomini, nel quale fu necessario considerarli nei lor movimenti reciproci: esso è un concetto della ragione, che autorizza ad agire, e dà titolo alla forza necessaria a sostener l'azione come suo esercizio legittimo.

Il dritto può essere o minacciato, o posto in pericolo. La minaccia può derivare dal carattere cognito dell'offensore; dal suo modo di comportarsi. L'atto dell'aggressione costituisce il pericolo.

Il gius di natura non parla della *prudenza*, con la quale può essere evitata la offesa; perocchè il trattato della virtù non è di sua competenza, ma autorizza l'*astuzia* e la *forza* per la difesa del dritto o minacciato o posto in pericolo dall'offensore; la prima per eludere, la seconda o per respingere o per disarmare l'offesa.

Ma l'oggetto, per cui la forza è autorizzata a spiegarsi, ne fissa i confini. Se essa è dichiarata necessaria a respingere l'offensore, e con esso la offessa, il male che ella inferisce non può eccedere i limiti di una presente necessità. Se il dritto è stato dall'offensore distrutto, il gius di natura perde ogni sua competenza a stabilire un titolo di coazione da uomo ad uomo collo scopo di riparare o col presente o col futuro il passato, o solla persona o sul patrimonio dell'offensore (1).

Nel caso di aggressione presente inutile sarebbe il dritto a difendersi se il gius di natura non autorizzasse nell'assalito il giudizio della ingiustizia dell'aggressione. Ma, esaurita l'aggressione colla distruzione per la parte dell'aggressore del dritto qualunque esso siasi, nè chi ne fu vittima, se la offesa lo lasciò sopravvivere, nè altri o con lui o in luogo suo, se esso dovette soccombere, può arrogarsi la facoltà di giu-

---

[1] Fichte *Dottrina fondamentale del dritto naturale pag.* 16. ammettè nel gius di natura quello di coazione su i violatori de'dritti. Zeiller *Dritto naturale privato pag.* 232 §. 195 cammina nelle sue tracce. La coazione ai termini del gius di natura può esser permessa come mezzo o *preventivo*, o *repressivo* della offesa. Se la offesa ha inferito il danno, siccome l'offensore può sostenere d'averlo fatto con dritto cessa il titolo della difesa, e manca quello di farsi giudice dell'offensore. Altri, senza farsi seguaci dell'Hobbes il quale tutto abbandona a una cieca forza, scrissero non concepirsi nel naturale diritto quel di costringere onde ottenere riparazione del danno sofferto. Gissmann *Manuale Tedesco an.* 1778. *vol.* 2. *p.* 529. Flatt. *Saggi misti pag.* 112, 114. *Aforismi* vol. 2 p. 472.

dicare dell'ingiustizia dell'avvenuto disastro, sia perchè il gius di natura non può ammettere per la propria semplicità la discussione della prova (1), sia perchè un giudizio non autorizzato dalla necessità sarebbe contrario alla eguaglianza, su cui quel dritto si appoggia (2).

Non è senza perplessità il decidere se il dritto della difesa nelle circostanze, nelle quali il gius di natura lo autorizza, risiede tutto ed unicamente nell'assalito, o si comunichi a chiunque voglia, mosso da compassione o da giusto sdegno, soccorrerlo. Questa diramazione del dritto da uno ad altro uomo può essere un voto della morale (3): può esser l'effetto de'sentimenti simpatici, che la natura ha posti nel cuor dell'uomo per la maggiore conservazione degli esseri della sua specie; ma non può avere a proprio favore il suffraggio del dritto della ragione. Se il giudizio della ingiustizia dell'aggressione, del pericolo che essa fa nascere, de' mezzi nelle circostanze necessarj a farlo cessare compete esclusivamente all'assalita persona, niuno fuori di lei potrà arrogarsi questo giudizio, ed erigersi in arbitro tra lei e il suo assalitore (4).

Il caso della collisione de' dritti è diverso da quello della lor difesa legittima; e questo caso si verifica allorchè due dritti di eguale certezza e di eguale intensità vengano a contrasto tra loro; d'onde nasce la *necessità* che o l'uno, o l'altro debba esser distrutto. Nel caso della difesa la forza ha il titolo nella esecuzione d'un dritto contro un'azione, la quale manca di quest'attributo: nel caso della necessità la forza ha il titolo del dritto dall'una parte e dall'altra; onde i termini di *fatto* di questi due casi son tali, che nell'uno e nell'altro convien parlar di difesa.

Quando due dritti di egual natura e di eguale intensità ven-

---

[1] Zeiller *Dritto natur. priv. pag.* 228.

[2] Riconobbero questa insufficienza del gius di natura Fichte *Scienza fondamentale del dritto di natura vol.* 1. *p.* 114. Porschke *Introduzione al dritto naturale p.* 157. Kant *Giurisprudenza* §. 41., Bendavid *Saggi di giurisprudenza* §. 115. 211.

[3] Il Lampredi *Jur. pub. univ. theorem. part.*1. *c.* 7. §. 7. sostiene il contrario, rigettando la opinione del Puffendorf *De jur nat. et gent. lib.* 2. c. 6.§.6 come corretto dal suo comentatore Barbeirac. Le interpetrazioni della *l.* 2. §. *pen. dig. ad l. Corn.de sic.* favorevoli alla estensione del moderame partono da vedute morali, che talvolta la legge sociale adotta in preferenza de' principj del dritto della ragione, come fu avvertito nel *lib.* 1. *cap.* 7. *in fin.*

[4] Gundling *Jus nat. cap.* 36 §. 21. come addetto alla scuola del Puffendorf rigetta un gius di punire dal dritto della natura perchè la pena non può infliggersi che da superiore a inferiore. Barbeirac seguace di Grozio *Ad Puff, le droit de la nat. et des gent liv.* 8. *chap.* 3. §. *not.* 3. trovando la superiorità dell' innocente sopra il colpevole compatibile colla naturale eguaglianza tra gli uomini, spregia la osservazione del Gundling. Egli non ha ponderato, e Gundling non lo aveva detto, che prima di punire convien giudicare, e che giudice non può essere tra eguale ed eguale.

gono in collisione tra loro il principio della morale, inculcando l'annegazione di se medesimo (1), parla in un modo, e il dritto della regione, destinato a far valere il dritto come titolo della forza onde sia conservato e protetto, parla in un modo diverso. Se si tratta di due dritti eguali, che l'uno e l'altro sia conservato è impossibile, non altrimenti che due linee rette occupino nel tempo stesso lo spazio medesimo. Il dritto della ragione si astiene allora dal giudicare non avendo mezzi per farlo, e o abbandona il giudizio alla morale, o lo lascia tutto all'esito qualunque sia per essere della forza (2).

Tali sono i teoremi che il dritto della ragione può stabilire su quello della difesa, o nel caso d'aggressione ingiusta o nel diverso caso che una forza qualunque, sebben non ingiusta, minacci distruggere qualche umano diritto.

Questi teoremi piucchè sufficiente a difendere l'uomo dall'uomo non lo sono per difender l'uomo dagli uomini, se o per identità d'interesse, o per analogìa di carattere, o per comuni abitudini unisconsi in moltitudine ad offendere altrui.

Il dritto della ragione nè può preveder questo caso, è ha mezzi per ripararvi. Il più, o meno fondato sospetto di malvage intenzioni nell'uomo non è nè può essere ne' suoi calcoli ammesso, e se un'unione, un accordo di scellerati si è per disavventura formato, siccome l'accordo si è dovuto formare avanti che esso rivolgasi all'altrui offesa, e quindi fuori delle circostanze, che attualmente ne presentano o la minaccia, o il pericolo, il dritto della ragione non ammette anticipati giudizj da uomo ad uomo onde autorizzar gli espedienti necessarj a difendersi.

Le società umane per voto irresistibile della natura si formano: da que' bisogni medesimi che spinsero l'uomo, e quasi senza di lui consenso lo legarono in unione strettissima co' proprj simili nacquero e si moltiplicarono i fomiti delle offese (3). Il gius di natura nella ragione non poteva nè combattere nè distruggere il voto della natura ne' bisogni dell'organico impasto dell'uomo. Un fatto nascente per le forze che la natura spiega in ogni uomo sfugge ai calcoli della comune ragione, la quale inabile a regolarlo lo approva sotto due condizioni: che la ragione pubblica che lo invigila vada ad esso compagna ne' teoremi che ella a vantaggio della difesa ha avuta competenza e mezzi di stabilire: che nel difender l'ordine, che sfugge a' suoi calcoli, se i suoi teoremi non possono esser seguiti non siano distrutti.

In questo stato di cose la mente umana ha due diversi oggetti da contemplare: il dritto di natura uscente dalla ragione: il dritto di società uscente dai sensitivi bisogni dell'uomo.

---

[1] Cic. *De off. lib.* 3. *c.* 6. « *Non mihi vita mea est utilior, quam animitalis affectio, neminem ut violem commodi mei gentia* ».

[2] Zeiller *Dritto naturale privato* §. 188. *pag.* 225. *not.* 3.

[3] Vedesi il *lib.* 1. *cap.* 2. e il *lib.* 2. *cap.* 2.

La offesa nell' aggregazione politica assume atteggiamento diverso da quello che può immaginarsi assumere tra individuo e individuo. Più aggregazioni politiche nascon tra gli uomini; una minaccia la sicurezza dell'altra. Il gius di natura nato a difesa dell' individuo non può regolare un caso nel quale una massa d'uomini è minacciata da un'altra. In questo caso la eguaglianza della ragione da individuo a individuo non conta più. È ignoto con qual ragione siasi la moltitudine unita: è ignoto il numero di cui si compongono comparativamente le due moltitudini: è del pari ignoto il modo col quale si sono formate le forze destinate ad offendere: è ignoto il modo col quale queste forze agiranno; onde lo immaginare una società di eguali, perchè la moltitudine si compone di unità razionali tutte sare bbe lo stesso che farsi sorprendere, come Archimede, in un calcolo matematico dai nemici che colla forza aveano espugnata già Siracusa.

Un'aggregazione politica dovrà ella aspettare che un' altra la ponga attualmente in pericolo, onde aver titolo legale per usar della forza necessaria a difendersi? Qui i calcoli politici incominciano a presentare il carattere che gli distingue dai razionali. Il dritto della ragione da individuo a individuo non può scorgere dall' uno all' altro se non la ragione. Se le passioni divengono la causa motrice dell' individuo il fatto le dee presentare nell' atto d' incaminarsi ad offendere. Se si tratta di due moltitudini, comechè non la ragione, ma i bisogni della sensitiva natura le abbiano così formate, il dritto della ragione sarebbe un cattivo, e pericoloso criterio per giudicare il caso della ingiusta aggressione. Il dritto nascente dalla esperienza e dalla osservazione di ciò che più comunemente le umane passioni producono è il solo criterio adattato al bisogno. La ragione aspetta i fatti per giudicarne: le passioni gli creano, e il pericolo di questi fatti obbliga a studiarne le cause ed a reprimerle onde non producano i lor perniciosi effetti. Ond'è che niuno potè mai revocare in dubbio che una società politica abbia il dritto di preparar contro un' altra la guerra per meglio ottenere la pace: di fondare il presente per provvedere al futuro: di agire sulle umane passioni produttrici della ingiustizia onde meglio assicurare il regno della giustizia: di considerare la infrazione avvenuta del dritto come titolo di coazione necessaria ad impedirne una nuova (1).

Questa formula, ignota al gius di natura, non può esserne disapprovata, perciocchè ella tende a meglio e più efficacemente proteggerlo dalle umane passioni, contro le quali esso

---

[1] Burlamaqui *Elements du droit nat. part.* 1. *champ.* 7. osserva che il dritto di difesa ha più estensione nello *stato di natura* che nello *stato civile;* asserzioue chimerica sicchè non è bisoguo mostrarne la erroneità.

è privo di schermo. Si tratta solo di rintracciare se il nuovo dritto, che han fatto nascere le passioni della moltitudine, inoppugnabile da stato a stato, sia applicabile all'interno ordine della città.

Se vi ha città, vi ha stabilito governo, fatto ignoto al diritto della ragione: fatto approvato da lui perchè necessario alla sua difesa: fatto creato e sostenuto dal diritto combinator delle forze, dal dritto politico (1).

Questo fatto elevato al grado di dritto ha appunto il titolo nella necessità di regolare una moltitudine. Il dritto politico trova dunque un fatto che un dritto diverso, e assai più vicino a quello della ragione, ha già dovuto decidere Esso dunque non ha se non ad adottare la formola che quel dritto ha adottata e che il dritto della ragione non aborrisce: calcolare nelle umane passioni le cause di offesa: preparar la guerra per mantenere la pace: fondare il presente per assicurare il futuro: usar della forza anco ad offesa avvenuta per impedirne una nuova.

Il diritto della offesa e della difesa da stato a stato si avvicina più a quello della ragione, perchè rappresenta la ostilità tra individuo e individuo. In questo caso forma minor difficoltà il principio di naturale diritto il quale, considerando gli uomini nelle loro individualità come *mezzi* e *fini* a se stessi, abborrisce che un ente ragionevole sia trattato con mezzo d'un altrui fine (2). Nel caso di difesa presente tra individuo e individuo, e d'uso di forza e dell'uno contro dell'altro il mezzo si confonde col fine, e la distinzione che vi si volesse introdurre sarebbe più sottile che vera. Ma allorquando, avvenuta la offesa per la parte d'un individuo, si tratta di usar la forza contro di lui nell'unico oggetto che altri non la rinnuovi, è innegabile che l'uomo è convertito in un *mezzo* del *fine* dell altrui sicurezza (3).

Per vincere questa difficoltà basta osservare che il principio è vero per la ragione comune degli uomini, ma non è proponibile alla ragione pubblica dello stato, la quale tal non sarebbe se i soli e rigorosi principii della comune ragione dovessero essere la sua guida. La ragione pubblica non si è potuta formare senza un sacrifizio o maggiore o minore delle private, lo che si riferisce al diritto pubblico della città (4). Se questa ragione pubblica ha il dritto di considerare la mol-

---

[1] Vedasi il *lib.* I. *cap.* 5.

[2] Zeiller *Dritto naturale privato pag.* 206. §. 174, *pag.* 217. §. 183.

[3] Il dire che chi offende con premiditazione può essere trattato come privo di ragione, conforme alcuni pretendono, è formare una ipotesi che il fatto rende inammissibile. Zeiller *Dritto naturale privato pag.* 228. §. 191. *not.* I.

[4] Vedasi il *lib.* I. *cap.* 6.

titudine per il lato delle passioni che possono renderla nemica dell'ordine, come lo avrebbe per porsi in guardia di una moltitudine la quale formasse un'aggregazione politica diversa da quella che ella dirigge; se la ragione privata non può nè suppiantarla, nè porle de' limiti in quello scopo, non lo potrà neppure in quello di porsi in guardia dalla moltitudine che ella governa. Allora non è più la ragione comune eguale in tutti che dee decidere del titolo legittimo della forza, e la ragione pubblica, di faccia alla quale la privata non ha titolo per opporsele. Se il dritto della ragione è realmente tale, non potrà non apprezzare questa novità di circostanze e di fatti non preveduti da lui; e poichè da un lato avvi una ragione, la quale mira a frenar le umani passioni al diritto naturale fatali sempre, e dall'altro avvi una ragione, che mezzo di frenarle non ha, o ella deve rinunziare a se stessa e permettere di esser distrutta, e deve approvare una ragione che la avvalora e protegge.

La morale ha preceduto il dritto della ragione, ed ha o'almen deve avere sull'individuo un potere più forte del suo. La morale encomia i Scevola e i Curzj, che per altezza d'animo si fecer *mezzi* di salvezza della lor patria. A più forte ragione il gius di natura non può disapprovare che alcuno per bassezza d'animo si faccia *mezzo* della salvezza dei propri simili. Come gli eroi subiscono volontariamente qualunque male battendo le strade della virtù, così volontariamente lo subiscono i tristi battendo la via del delitto, qualora il male loro inferito fosse necessario a conservare i dritti dell'innocente. Il male che loro avviene fu scelto e voluto da loro perchè conoscevano quale, offendendo la legge, doveva esser la lor sorte (1).

Non potendosi dal dritto politico esercitar quello d'irrogar mali presenti per tener lontani i futuri se non convertendo i malvagi in *mezzi* del *fine* della sicurezza de' più apparisce dubbiosa assai la sentenza di quegli scrittori i quali suppongono che il gius di difesa appartenga a tutta la società (2): lo che equivalerebbe e ridurre la ragione pubblica al livello delle private: si presenterebbe di nuovo la difficoltà inerente al gius di natura allorchè si tratta di convertire un essere ragione-

---

(1) L'imperator Marco (non il giureconsulto Marciano come erroneamente ha citato Grozio) nella *L. 8. pr. tit. 8. lib. 9. cod.* « *Nam* [*ex quo*] *scelleratissimum quis consilium coepit exinde quodammodo sua mente punitur* ». Questa riflessione in apparenza giusta per la legge costituita non lo è sempre per quelle da costituirsi, come potrebbe dimostrarsi discutendo la pena della confisca, e le ragioni del Filangieri per sostenerla.

(2) Romagnosi *Genesi del dritto penale vol. 1. pag.* 198.

vole in mezzo d'un fine altrui, ed essendo necessaria alla difesa la forza pubblica si darebbe ad ogni individuo il dritto o di suscitarne o di arrestarne l'azione. In realtà il dritto della difesa sotto il nome di punizione appartiene nella sua astratta entità al Sovrano unico rappresentante la ragione pubblica e la pubblica forza (1). Ma il dritto politico se per le circocostanze alle quali dee provvedere esercita la difesa in modo diverso da quello, con cui il gius di natura fa valere la propria, nè sopprime questa, nè esercita quella per modo da convertirsi da ausiliario in conquistatore.

La prudenza e l'accortezza onde evitare la offesa all'individuo, e il dritto politico vi aggiunge per renderla al bisogno più efficace la propria. Resta del pari all' individuo l'uso legittimo della forza onde provvedere alla propria difesa (2) nelle circostanze e nel modo con cui il gius di natura l'autorizza; quando però altre forze che quelle della natura non restano; sicchè potendo egli invocare quelle delle società la privata ragione non dee usurpare le prerogative della pubblica (3), e nel solo caso in cui mezzo più mite non siavi per provvedere alla propria difesa (4).

In questi principj si fa manifesta la differenza dell'uno e dell'altro diritto, non intervenendo il politico se non quando il naturale manca di forza a proteggersi, o quando col mentito suo nome la forza privata vuol tiranneggiare gli altrui diritti.

Nè il dritto politico nel farsi ausiliario del gius di natura. e collo spiegare la forza che alla difesa son necessarie usa maniere che del dritto della ragione non siano. Usa la *prudenza* onde causa di offesa non nascono; usa l' *accortezza* onde in tempo sopprimere l'offensivo progetto se mai fu ordito; e la *forze* che spiega è l'ultimo rigoroso espediente a cui la necessità lo costringe.

È amena anzichè no la quistione, se la società per difendersi debba allettar col piacere o intimorire col dolore chi si propone di offenderla (5). Sarebbe invero un bizzarro spetta-

---

(1) Ant. Math. *De criminib. in proleg. cap.* 3. *num.* 4. confotando Aristotile osserva « *Ad haec nemo potest simul et agere et pati* ». Se il gius di punire appartenesse alla società, e in conseguenza a tutti quelli che la compongono, siccome chiunque è esposto ad esser punito, sarebbe agente e paziente nella punizione, vale a dire punitore di se stesso. Poichè il gius di punire invocato dal dritto della ragione a propria difesa è creazione del dritto politico non è da cercare nei principj di quello in che esso risieda; convien cercarlo nelle combinazioni di questo.

[2] Dig. *Lib.* 9. *tit.* 2. *l.* 45. §. 4. *lib.* 43. *tit.* 16. *l.* 1. §. 27., Cod. *Lib.* 9. *tit.* 16. *l.* 23.

[3] Cod. *Lib.* 2. *tit.* 27. *l.* 1. ove incontrasi la nostra sentenza « *melius enim est occurrere in tempore quam post exitum vindicare.* »

[4] Puffendorf *De jur. nat. et gent. lib.* 2. *cap.* 5. §. 3.

[5] Il Renazzi *Elem. jur. crim. lib.* 2. *c.* 2. §. 4. spiega un grande apparato di erudizione per istabilire che la sanzione del dolore è da prefe-

colo veder sulla frontiera dello stato l'armata destinata a difenderlo offrire per meglio riuscirvi all'armata pronta ad invaderlo le delizie degli orti di Alcinoo, o quello del voluttuoso romitorio di Armida, e così sollecitar la invasione per tenerla meglio lontana.

È una fatal condizione della natura umana, che per impedire il male convenga riferirlo, nè in altro modo nè con altri mezzi il dritto della difesa si esercita. Se il *presente* pericolo si allontana coll'uso della forza *fisica*, il *futuro* non può allontanarsi se non con la forza *morale*, la quale si forma colla incussione del timore del male, riducendo la minaccia, se alcuno osi spregiarla, ad effetto onde ella non perda la morale sua forza per impedire una nuova offesa.

Se si apprezzano le diverse circostanze, nelle quali il dritto della natura autorizza la forza fisica, e il dritto politico usa la forza morale della minaccia per provvedere alla difesa de'diritti degli uomini e della società non può apparir differenza tra l'una forza e tra l'altra; se non che la prima è di effetto più certo, la seconda di effetto più incerto: l'una ha inseparabile l'estremo rigore, l'altra può usarne un più mite; perciocchè l'una non ha altro mezzo che quello di sterminar l'offensore, mentre l'altra può trovare in men rigorosi espedienti la forza morale su cui si appoggia.

Ma o si tratti di respingere e far cessare colla forza fisica l'offesa *presente*, o si tratti comprimere colla minaccia d'un male la tentazione di una offesa *futura*, si tratterà di difesa diretta in un caso, e di difesa egualmente diretta nell'altro, se si consideri il dritto e il suo esercizio, indipendentemente dall'esito dell'un tentativo e dell'altro; onde la legge non agirà in un modo se sulla frontiera dello stato o inferisce o minaccia un male a chi tenta d'invaderla, ed in un modo diverso se col bando penale intimorisce colla minaccia chi volesse tentare di sovvertire la interna sicurezza della città (1).

La legge penale, imitando il dritto della natura nello stabilire le forze *coattive* che esso non può conoscere, non lo imita meno nella prova del mal passato come mezzo di avva-

---

rirsi a quella del piacere nello armare la legge, e confuta il Bayle il quale dette all'amor del piacere una forza maggiore di quella dell'avversione al dolore sulla umana volontà. Questa disputa ha luogo più opportuno là dove si tratta di misurare la forza della minaccia colla quale la legge sociale esercita la propria difesa.

[1] Queste osservazioni mostrano non essere sopra basi inconcusse i ragionamenti co' quali l'egregio signor Lucas *Du système pénal etc. chap.* 6. intende provare, che la società non può difendersi che come l'individuo si difende; che l'uccidere il nemico alla frontiera onde impedir la invasione non è la cosa medesima che il tagliar la testa all'assassino sulla piazza di Greve. Se questo atto secondo fosse necessario per conservare o la società o gli associati non differirebbe dal primo.

lorar la minaccia per allontanarne un futuro. Se il dritto della natura non ammette discussione di prova, più geloso della indipendenza che della sicurezza dell'uomo, il dritto politico venera e non conculca questo principio, assicurando a ciascuno la presunzione della propria innocenza, negando ogni favore alla pena ed opponendo alla credibilità della prova il dubbio che un ragionevole *scetticismo* è autorizzato ad opporle (1).

Sorge da queste origini, su queste basi si appoggia il gius di punire come dritto e mezzo legittimo di difesa della sicurezza sociale: non con titolo, o mezzi che dal dritto della natura abbia dovuto ricevere, ma con forze che imitano quelle del gius di natura quanto la differenza delle circostanze nelle quali agiscono può comportarlo: non nemico ma vindice ed ausiliario del gius di natura, e quale la Toscana legislazione in ogni atomo del suo delicato esercizio lo manifesta a chi volesse assumerne con non preoccupata mente l'esame.

CAPITOLO V.

Differenza, caratteri e connessione reciproca della difesa preventiva e della repressiva.

La ragione non concede in termini assoluti alla forza con titolo di difesa il dritto di dispiegarsi e di agire, ma la investe di questo dritto alla condizione che espedienti, che ella può suggerire e che forze non sono, non abbiano potuto per altre vie proteggere il dritto della natura, e l'ordine della città dalle offese, che l'uno e l'altro minacciano.

Si presenta tra questi espedienti prima d'ogni altro la umana sociabilità, già annunziata come opera della natura la quale perfezionandosi diminuisce per se sola le offese (2). Se la teoria della umana sociabilità, in che consiste la prerogativa più nobile del dritto politico, manca a se stessa o agisce in senso contrario dei proprii, voti e dei proprii principii, avvenendo le offese la sua coscienza non può esser tranquilla, e può dubitar giustamente di esser costretta ad autorizzar la forza della difesa contro passioni, che ella medesima ha fomentate.

Il dritto politico dichiara offesa l'azione umana, che la religione e la morale colle loro sanzioni interdicono; onde la difesa, che esso oppone alle passioni che ne sono la causa, pro-

---

[1] Vedasi il *lib.* 1. *cap.* 13. §. 1.
[2] Vedasi il *lib.* 1. *cap.* 2. *cap.* 11.

cede da una forza, che si dichiara ausiliaria, o suppletoria di quella a cui la religione e la morale si appoggiano (1). Se il dritto politico non protegge le forze, che esso intende supplire onde allontanarne le offese, farà come chi, avendo per la fabbrica che vuol costruire una base solida, opera d'un'arte alla quale la industria umana non giunge, la spregia coll'insensato proposito di rifar la natura anzichè d'imitarla.

La prudenza consiglia ad invigilare la salutare azione di queste forze, le quali uscendo dal senso stesso della natura umana promettono di tener lontane le offese, o di avvertire ove e come o la mancanza di quest'azione salutare, o una sua aberrazione possibile tenda a divenire causa di offesa. Questa *prudenza* costituisce il *primo grado* della *preventiva* difesa.

Ove la prudenza a quest'oggetto non basti, l'accortezza preoccupa come più mite espediente la forza. L'autorità tutelare dell'ordine stabilisce un sistema di permanente vigilanza, per mezzo del quale le cause delle offese siano scrutate ove esistano: siano tolte, o soppresse se le circostanze lo ammettono; e qualora l'offensivo progetto siasi incaminato al pravo suo scopo gli venga opportunamente troncata la via onde non giungavi. Questa *accortezza* costituisce il *secondo grado* della *preventiva difesa.*

La umana malvagità è a guisa d'un corrosivo, il quale sfugge all'occhio più acuto ed attento, ed altera il corpo, a cui si determina, ancorchè con diligenza grandissima custodito. Estirparlo non è possibile: reprimerlo per quanto si possa è tentabile. La forza morale della minaccia del male è l'unico espediente per raggiungere negli oscuri suoi ripostigli la umana malvagità, e con essa la tentazione della offesa. Si vuole con questo espediente, che il timor d'un male futuro allontani la volontà dal muoversi verso un bene presente, che le passioni nemiche dell'ordine ravvisano nella offesa (2). Questo timore, se agisce, reprime la volontà o negli appetiti, o nei desiderii, i quali potrebbero ingrandirsi, e crescere in delittuosi propositi; e questo e non altro è il carattere della *repressiva difesa.*

Alcuni variando nomenclatura danno al mezzo *preventivo* il nome di *difesa*, e al *repressivo* quello di *prevenzione* (1). Altri sembrano comprendere sotto il generico nome di giustizia di *prevenzione* tanti mezzi di preventivi, che i repressivi, e dare il nome di *repressiva giustizia* ad espedienti, ne' quali suppongono

---

[1] Vedasi il *lib.* 1. *cap.* 2.

[2] Il signor Lucas *Du système pénal etc.* dà al timore la forza di agire sulla *libertà*. Forse egli adotta la opinione già confutata nel *lib.* 2. *cap.* 2. *not.* 1.

[3] Wolf *De jur. nat. et gent.* §. 90., Ludovici Henr. Colinez *Responsio ad quaest. juridic. ne mortis poena etc.* 47. 48.

la desiderabile, ma forse non sperabile efficacia di estinguere ogni fomite ed incentivo delittuoso (1).

Queste contraddittorie nomenclature, e certa oscurità che esse lasciano attorno agli oggetti, che intendono ridurre in classi, son prova o che il tentarlo è difficile, o che non è stato colto il vero criterio per riuscirvi.

La intervenzione, o non intervenzione della forza è il dato più vero onde distinguere i mezzi, che la legge adopera per giungere al medesimo scopo, ed apprezzare se l'uso pratico di questi mezzi appartiene alla *ginstizia*, o una *prudenza* che non può soggiacere alle regole della giustizia.

Tutti i mezzi diretti ad impedire la offesa son certamente *difesa*: gli uni consistono nella prudenza e nella sagacità, nè fanno violenza alla volontà di alcuno, onde il loro carattere generico e distintivo è quello di *non-coattivi*: gli altri consistendo nella minaccia d'un male, si propongono di far violenza all'altrui volontà, onde il carattere distintivo è quello di *coattivi*. I primi non formano *sanzione* alla legge costitutiva de' dritti, ma vegliano alla lor sicurezza: i secondi la formano (2). Gli uni difendon di *fatto*: gli altri difendon di *dritto*, lusingandosi di divenire con generali formule di minaccia *politici ostacoli* alla tentazione di offendere (3)

Considerare questi due diversi modi di difesa della sicurezza sociale nella origine che amendue hanno comune dal gius di natura: nell'atteggiamento diverso che l'uno e l'altro assume nell'aggregazione politica, e però nella diversità delle attribuzioni, delle quali l'uno e l'altro divengono titoli: ne' limiti, che all'uno ed all'altro può segnar la giustizia come forze soggette a traviare nelle mani degli uomini: nel punto della loro unione, e nella distanza che poi lascia tra l'uno e l'altro il loro uso pratico: è ricerca non senza un grande interesse, nè senza utilità per la politica e per la giustizia.

Il gius di natura autorizzando nell'individuo la forza necessaria alla propria difesa le assegna una *condizione* ed un *limite*: amendue conseguenza del titolo della necessità, che l uso della forza debbe aver sempre. La condizione investe per così dire gli antecedenti dell'azione in cui consiste l'uso della forza in quanto l'offesa dee essere, se pure è possibile, evitata non imprudentemente affrontata: il limite investe i concomitanti dell' azione medesima, dividendo dalla economia necessaria l'eccesso. L'adempimento della condizione, comechè in gran parte dipenda

---

[1] Lucas *Du système pén et du sistème repressif etc. p.* 259. *e seg.*

[2] Le sole Leggi, che difendono col proibire, o col comandare hanno bisogno di sanzione, e non è vero, che tutte debbano averla conforme pensa l'altronde dottissimo Destrivaux *Essay sur le code pénal obs. prelim.* Vedasi il *lib.* 1. *cap.* 14. §. 1. *pag.* 216.

[3] In questo senso concepì le pene il Beccaria *De' delitti e delle pene* §.6.

da' requisti di volontà, è di carattere principalmente *morale*. La osservanza del limite, esigendo l'ufficio dell'intelletto, è principalmente *giuridica*. La prima è un desiderio, un voto del gius di natura: la seconda è una regola.

L'uso della forza con titolo di difesa nelle mani dell'autorità pubblica, e sotto gli auspicii del dritto politico non lascia nè la condizione nè i limiti che gli erano inerenti nelle mani dell'individuo sotto gli auspicii del gius di natura, ma è dalla natura delle cose, a cui niuno può trasgredire, costretto a spiegarsi nel modo medesimo. La condizione rappresentata dalla *difesa preventiva* non può essere nelle mani dell'*uomo*: il limite rappresentato dalla *difesa ripressiva* può solo essere nella *legge*. Dal che avviene, che la preventiva difesa, per se stessa non suscettibile d'essere espressa in formule generali e costanti, sfugge alla influenza della legge, e si trova necessariamente sotto quella dell'officio *amministrativo*, o *governativo*, secondochè o è *prudenza*, o *sagacità*. All'opposto il limite suscettibile d'esser misurato e tracciato obbedisce alla regola, la quale ove la materia lo ammette preferisce l'arbitrio della legge a quello dell'uomo, ed è con generali formule stabilito dall'ufficio della *legislazione penale*.

Dacchè questi due principii di azione, partendo dal fronte medesimo, si presentano ad esercitare l'ufficio loro nella società umana, assumono atteggiamento diverso, quasi cambiano istinto e regole differenti gli guidano.

La difesa preventiva rappresentando la prudenza e la sagacità dell'uomo, che studia il modo di rendere inutile l'uso della forza, comechè in questo salutare suo scopo non minacci la individual sicurezza di alcuno anzi la vegli, può esser governata e diretta dal solo principio politico. La difesa repressiva rappresentando la ragione che segna i confini alla forza, potendo peccare o di debolezza soverchia, o di soverchia energia, riceve le sue prime ispirazioni dal principio politico, onde non peccare del primo difetto, e le seconde dal principio di giustizia, onde non peccar del secondo. L'ufficio della difesa preventiva, sorgendo, ed esaurendosi senza invadere la personal sicurezza di alcuno: non avendo generali regole da osservare nel proprio procedere, non ha bisogno, che la legge distingua in esso la regola e l'applicazione, fissando i principii per l'uno e per l'altra. L'ufficio della difesa repressiva come forza montata nella sua qualità di regola generale, e pronta ad esplodere contro l'individuo come applicazione della regola al caso che occorre, non si esaurisce nel costituire la legge penale, ma ha un più difficil dovere nello scegliere ed ordinare i metodi della sua pratica applicazione, rompendo l'alternativa tra le nude forze intellettuali e morali dell'uomo, e le forze d'una scienza capace di guidare in questa impresa difficile l'umano intelletto, e di servire di correttivo a tutti i vizi di volontà.

Se la difesa preventiva, la quale sorge e si esaurisce per opera

dell'uomo senzachè la legge possa segnarle regole che la dirigano, potesse mantenersi sempre coerente a se stessa, come mezzo di prudenza che risparmia la forza, la legge non avrebbe nè titolo nè ragione di farne un oggetto del suo antivedimento. Ma tutto si guasta e si corrompe nelle mani degli uomini, e d'altro lato la preventiva difesa, incaricata di rintracciare nel loro nido e nel lor nascondiglio i progetti di offesa, ha aisogno di aver seco e pronta la forza necessaria a sopprimerli. Oltre a ciò chi non sa, divenire spesso l'astuzia al pari della forza fatale alla individual sicurezza? Per lo che la stessa preventiva difesa ha bisogno di leggi destinate a segnare i confini, oltre ai quali nè la investigazione degeneri in indoverosa curiosità, nè la forza agisca sfrenata, o invada il campo della giustizia.

I principj di azione di sì differente natura non possano avere la unione loro nella legge, l'uno rigettandola affatto, l'altro in ogni atomo del suo movimento desiderandola. Unione sì fatta è tutta nella mente del legislatore, dal quale soltanto possono ricever vita le forze destinate a proteggere la *società* o *vive* nell'uomo, o *morte* nella legge, che egli consegna ad un foglio nella espettativa della vita e del moto che riceveranno dal suo applicatore.

Questa maniera d'essere della difesa, prima concetto unico nella mente legislativa, quindi in due diverse forze divisa, l'una tutta azione, che a ogni momento si rinnovella nella prudenza e nella sagacità necessaria a prevenire la offesa, l'altra ora ferma ed immobile in una solenne formula di minaccia necessaria a reprimere la tentazione della offesa, ed or moventesi per l'ufficio dell'applicator della formula, e divenendo atto di punitiva giustizia, e un complicato e perplesso concetto, nel quale o l'equivoco può penetrar facilmente, o il sofisma ha modo di contorcere e soffocare la natura delle cose a suo grado (1).

La unione della difesa preventiva e della repressiva forma un concetto unico nella mente legislativa allorchè si tratta di costituir la seconda: allorchè convien ponderare, che l'offesa è un fatto *prevenibile* come *sepressibile*: allorchè si tratta di considerare la differenza che vi ha tra la difesa che si esercita colla forza fisica, e quella che non può esercitarsi se non colla forza morale.

Tutte queste considerazioni conducono da un lato a stabilire i sistemi della difesa che previene, e dall'altro a ponderare al lor giusto valore i sistemi della difesa destinata a reprimere. La unione di questi due sistemi tra loro fa sì che se i primi s'infievoliscono e si abbandonano, i secondi ri-

---

[1] *Traité de droit pénal par M. Rossi vol. 1. chap. 8.*

rischiano di rimaner vane parole nella legge che minaccia, perchè una forza meramente morale può esser indebolita da tutti i lati, pei quali può insinuarsi la probabilità di potere offendere senza essere offesi. Ma questa unione di *fatto* de'due sistemi, essenzialmente di *dritto* nella loro comune origine, non ha garentia nella legge, e tutta l'ha nella coscienza e nell'attenzione di chi governa.

La difesa con mezzo di forza fisica, e da individuo a individuo sorge e si esaurisce in tratto. La difesa con mezzo di forza morale tra l'autorità della legge e la moltitudine non si esaurisce nè colla stessa semplicità, nè colla prontezza medesima. La legge colla formula generale della minaccia non vibra un arme, non la stringe contro determinato individuo; ella minaccia non chi offende attualmente ma chi offenderà. Qui si esaurisce l'ufficio della legislazione, nel quale i procedimenti della giustizia non hanno alcun luogo.

La offesa è avvenuta, e la minaccia dedotta all'atto come attual punizione. In questo caso è prima di tutto da osservarsi, che la legge non pretende d'intimorire alcuno con codesto atto, come atto isolato, lo che sarebbe fatuità. Ella ha bisogno di cotesto atto perchè la minaccia abbia il valore che le conviene, onde eserciti sopra gli animi il suo effetto come forza morale; perocchè se la minaccia nel caso che ella ha contemplato non fosse, avvenendo il caso, dedotta all'atto non sarebbe minaccia, ma jattanza ridicola. La difesa dunque non è nell'atto dell'applicazione della legge penale, ma è nella sua costituzione.

Se la minaccia per mantenere la sua efficacia politica potesse dedursi all'atto sopra chiunque, sarebbe inutile l'intervento della giustizia, onde decidere se è stata commessa l'azione a cui fu la minaccia diretta, e il vero autore di tale azione. Ma minacciare sotto una condizione, la quale verificandosi dee render certa la persona contro cui si dirige, e poi dedurla all'atto sopra chiunque si affacci, sarebbe follia non che inglustizia. La minaccia dunque per essere atto di saviezza e non di follia, e per esser temuta non solo vuol essere dedotta all'atto ma vuol essere sulla persona e per l'azione per la quale nella legge fu scritta.

Appena è costituita la legge, che per impedire all'uomo un' azione lo minaccia di sottoporla ad un male, la difesa si trova nelle condizioni medesime della *pena*: il mal minacciato è, come la pena, un mal di passione per un male di azione (1):

---

[1] Vedasi il precedente *cap. 1. princ.* In questo senso Platone *in Gorgia Op. Ed. Henr. Steph. vol. 1. pag.* 478. dice, che chi rettamente punisce adopra una retta formula di giustizia.

procede la massima, che la pena segue il suo autore (1), vale a dire colui che infranse la legge: ed apparisce in tutta la morale e naturale sua forza il principio di giustizia, il quale vuole punito il reo, e l'innocente assoluto.

Tutto quest'ordine di cose emana non da altro fonte che dalla legge costituita, e non dai principj, i quali, calcolando il mal dell'offesa, e la necessità della difesa, presiederono alla sua costituzione. Ciò tanto è vero che sopravvengono circostanze, le puali obbligano a sospendere l'effetto della legge costituita, e a decidere il caso colle regole della difesa, come se la legge ancor fatta non fosse (2).

Per questa non breve serie di deduzioni si giunge ad intendere come l'opera della politica nel crear la minaccia destinata a fornire alla difesa la forza di cui nelle circostanze può armarsi, diviene in ultimo luogo un oggetto della giustizia, alla qual metamorfosi voglionsi attribuire gli equivoci coi quali alcuni hanno inteso di dar bando totale alla prima, e di tutto riferire alla seconda nella punizione (3), e le lunghe dispute, che altri intrapresero per darsi ragione come le idee di giustizia le relazioni di obbligazione e di diritto, oggetti sì facili a percepirsi nel diritto civile, s'incontrino nel diritto penale.

La prima questione è stata posta col domandare a quale specie di giustizia la punizione appartenga (4): la seconda se esista una obbligazione a subire la pena (5). Le quali due questioni ben risolute possono contribuire a meglio e più chiaramente discernere il vero criterio regolatore delle penali materie.

Punffendorf pone male la prima questione. Poichè, dice egli, si dà il titolo di giudice giusto a quegli che decretò una convenevole pena, si è voluto indagare a quale specie di giustizia appartenga la punizione. La giustizia non sta nel giudice ma nel suo giudicato, nè bisogna confondere la giustizia, che è abito pratico dell'uomo nel desiderio costante di agire in conformità della legge, colla giustizia, che è in una umana pronunzia fra due contrarj interessi, la quale con esattezza scientifica ridnce la legge, che è regola generale, allo stato di regola particolare del caso, che fece insorgere la controversia (6). Se il dato della giustizia si prende dal-

---

[1] Cod. *lib.* 9. *tit.* 47. *l.* 22.

[2] Le pene dirine, e quelle dell'ordine morale non incontrano ostacolo di prescrizione, e le pene civili spesso lo incontrano. Come si concilia il principio della prescizione col principio del giusto assoluto nelle materie penali?

[3] *Traité de droit pénal par M. Rossi vol.* 1. *cap.* 9.

[4] Arist. *Ethic. ad Nicom. lib.* 5. *c.* 8., Grotius *De jur. bell. et pac. lib.* 2. *cap.* 20. §. 2., Puffendorf *De jur. nat. et gent. lib.* 8. *cap.* 3. §. 5., Renazzi *Elem. jur. crim. lib.* 2. *cap.* 3. §. 9

[5] Puffendorf *De jur. nat. et gent. lib.* 8. *cap.* 3. §. 4. *num.* 4.

[6] Vedasi il *lib.* 1. *cap.* 8. *pag.* 126.

l'uomo che giudica egli è nell' alternativa o della probità, o della improbità ; della scienza, o della ignoranza. Se il dato della giustizia si prende dalla corrispondenza del giudicato colla legge che gli fu norma, il problema prende un aspetto diverso.

Prima delle istituzioni politiche vi furon bensì le leggi, ma destinate soltanto a servir di guida nazionale alle azioni degli uomini. Se nasceva tra loro controversia sulla legalità di un'azione le leggi restavano mute e prive d'effetto, non vi essendo chi potesse erigersi in giudice del proprio eguale: per lo che non vi era allora nè esservi poteva giustizia nel senso della parola qui sopra indicato non che alcuna sua immaginabile specie. O vi era cognizione del proprio diritto, che autorizzava la forza : o v'era la cognizione della regola religiosa, o v' era quella della morale.

Colle istituzioni politiche nacquero due specie diverse di leggi, la *civile* declarativa de' diritti, la *penale* protettrice dei drittti medesimi dall' altrui malvagità. Queste due sole specie di leggi presero atteggiamento di regola generale applicabile da un giudice ai casi particolari in ogni controversia tra gli uomini ; onde vi furono due specie di giustizia, l'una civile, l'altra penale : amendue rami del medesimo tronco : amendue aventi gli stessi principj e le stesse regole, nè altra differenza essendo tra loro se non quella degli oggetti ai quali si applicano, la qual differenza si fa spesso sentire anco nel dover giudicar degli oggetti del dritto privato (1).

Puffendorf, impugnando che la giustizia penale sia la *espeditrice* come la civile, fu mosso a creder così dal non ravvisare nel delinquente un'obbligazione a subire la pena, come esiste nel contraente ad eseguire il contratto (2). Se la prima questione fece nascere varie sentenze, la seconda pose l'arme in mano ad acerrimi contradittori (3). Le leggi lasciano impunita la fuga del reo : sospendono la esecuzione della sentenza contumaciale contro di lui : lo ammettono quando si presenti a difendersi, e puniscono la sua resistenza alle esecuzioni della giustizia. Esse riconoscono con questo sistema, che egli non ha obbligazione di sorte alcuna a subire la pena, ma che non ha diritto di resistere alla forza, che si muove per sottoporvelo.

Se l'applicazione della legge penale costituita è un atto di

---

[1] Testimonj ne siano le questioni di libertà, la risoluzione delle quali ha un particolare e privilegiato criterio. Dig. *Lib.* 50. *tit.* 17. *l.* 20. *l.* 179. e gli esempj addotti dall'insigne Cavalier Lorenzo Quartieri *Hermeneut. legal. lib.* 4. *cap.* 5. §. 90. Sciolsi altrimenti il problema nell'opera *Jur. crimin. elem. lib.* 1. *part.* 2. *sect.* 1. *tit.* 2. §. 3., ma francamente dichiaro errata quella mia soluzione, ed inammissibile una *giustizia politica*, invenzione dell'Hume in mal punto adottata da me.

[2] Puffendorf *De jur. nat. et gent. loc. supr. cit.*

[3] Vedansi le note del Mascov, e del Barbeirac al Puffendorf *loc. citat.*

giustizia , come lo è l'applicazione della legge civile , non si sa comprendere come il reo nel primo caso non abbia obbligazione di sottoporvisi , come l'ha nel secondo , perchè se non obbedisce alle sue chiamate la sentenza è contro di lui eseguita.

Fu osservato che il diritto di natura non ammette coazione nè sopra la persona , nè sopra i beni (1). Il gius di costringere presuppone da un lato il dritto , e dall'altro la obbligazione , e se il gius di natura conosce i diritti non conosce nè può conoscere le obbligazioni , opere delle leggi religiose, o delle morali , o delle civili (2). E dunque nella facoltà della legge della città di creare , o non creare obbligazioni , e di crearle come crede che meglio convenga. Questa legge nelle materie civili afforza il gius di natura col creare obbligazioni ai diritti corrispondenti , e desume dalla obbligazione il titolo della coazione , che per la esecuzione delle decisioni della giustizia concede non sulla persona , ma sul patrimonio dell'obbligato. Questa legge medesima nelle materie penali non ha creduto d'aver bisogno di rafforzare il diritto ad inferire la pena creando un'obbligazione ad esso corrispondente. Se fatto lo avesse avrebbe quasi screditato quel dritto , il quale ha bisogno della più gran forza morale possibile , cercando una forza ausiliaria nella obbligazione del deliquente. La legge ha voluta la sola esecuzione di quel dritto , che ella ha ravvisata nell'arresto del reo. Se il reo fugge il dritto non resta avvilito anzi temuto di più. Se il reo resiste egli lo fa senza dritto e diviene ingiusto aggressore (3).

Tutte queste riflessioni però non alterano e non cambiano il carattere di atto di giustizia che ha l'applicazione della legge penale. Quest'atto sta tra la comparsa del reo e la esecuzione. La controversia sulla obbligazione a subire la pena si riferisce o alla sua comparsa in giudizio , o alla esecuzione del giudicato contro di lui. Questi due atti l'uno iniziale , l'altro finale del gindizio sono regolabili dalla politica : il primo on-

---

[1] Vedesi il precedente *cap.* 4.

[2] Vedasi il *lib.* 1. *cap.* 7.

[3] È stata altrove notata la controversia se possono , o non possono esister dritti senza obbligazioni , che vi corrispondono *lib.* 2. *cap.* 1. Puffendorf ricorre alla distinzione delle leggi espresse in *termini assoluti* , e le leggi espresse in *termini condizionali* negando la obbligazione a subir la pena prescritta da quelle , ammettendola per la subizione della pena prescritta da queste. Questa distinzione elude il problema , ma non lo scioglie : mentre bene apprezzata si risolve nel dire, che quanto alle pene afflittive di corpo la obbligazione non sussiste, e sussiste quanto alle pene pecuniarie, lo che non dipende dall'essere la legge espressa in termini assoluti, o in termini condizionali, ma deriva piuttosto dall'offender la pena afflittiva beni dei quali l'uomo non può disporre , e la pecuniaria beni dei buali l'uomo ha la libera disposizione. La soluzione di questo problema da me tentata nell'opera *Jur. crim. elem. lib.* 2. *part.* 3. *tit.* 2. §. 11. sulle tracce dell'Hobbes e del de-Felice è del pari errata.

de aver più pronta e più certa la decisione della giustizia: il secondo per averla coll'effetto che se ne sperava. Non che nelle materie penali anco nelle civili la citazione del reo al giudizio, e la esecuzione del giudicato sono a disposizione della politica. Il dritto romano permetteva all'attore di costringere il reo colla forza a comparire in giudizio (1), e non sono ancora composte le dispute, se convenga nelle materie civili concedere al creditore la cattura e la carcere del suo debitore insolvente (2).

Ma tra questi due atti siede tranquilla ed imperturbabile la giustizia senz'altra forza che quella che è necessaria a impedire ai contrarj interessi, uno dei quali ella dee far tacere, o le ostili, o le turbolente maniere, che ridonderebbero o in disprezzo, o in frastuono delle operazioni d'intelletto necessarie alla rettitudine dei suoi oracoli.

Il giudicato penale è, come fu altra volta osservato, semplicemente *declarativo*: non dà e non toglie al principio politico, e sodisfa in tutto e per tutto al principio di giustizia, o dichiari il titolo dell'offesa, o ne dichiari l'autore, o ne dichiari col titolo il *grado*; e vi sodisfa poi nel modo medesimo con cui vi adempie la giustizia civile quando per ragione di *connessione* dichiara l'obbligo del delinquente a indennizzare o nel patrimonio, o nell'onore l'offeso (3).

Cononsiderando la pena nelle sue sole relazioni colla infrezione dell'ordine la mente può illudersi sulla sua morale necessità, e supporre il suo stabilimento e la sua applicazione o un affare di coscienza, o un affare di rigorosa inflessibil giustizia, la cui idea è insita ed inerente all'animo umano (4). Ma considerando la penna come il più cospicuo tra i sociali fenomeni, è facile persuadersi degli errori, a' quali quel concetto puramente morale conduce. Tutti i fenomeni, è facile persuadersi degli errori, a' quali quel concetto puramente morale conduce. Tutti i fenomeni del poter regolator d'uno stato sono combinazioni o o di prudenza, o di forza regolata dalla giustizia. Come questi tre diversi determinatori principî agiscano o separatamente, o congiuntamente, o l'uno come limite dell'altro, è cosa ad apprezzarsi difficile.

La difesa preventiva segue l'offesa alla traccia, e la sorprende nel mezzo dell'attentato, vale a dire nel campo della giustizia. La difesa medesima trova la offesa già consumata, e il danno arrecato, onde altro non resta che recar le vestigia e la prova dell'avvenuto delitto sotto gli occhi della giustizia. In questi

---

[1] *Manus iniectio*. Vedasi Hugo *Histoire du droit Bomain* §. 147.

[2] La questione, se sia giusto e politico l'arresto personale nelle materie del dritto civile è dottamente discussa in una manoscritta memoria del sig. Avvocato Nicolò Lami, oggi Auditor del governo in Pisa, la quale dall'illustre autore dovrebbe esser data alla pubblica luce.

[3] Vedasi il *lib.* I. *cap.* II.

[4] Vedasi il *lib.* I. *cap.* 14. §. 1.

due casi due forze, sebben di comune origine, pur di mezzi e di scopo diverse, trovansi l'una con l'altra implicate, ed è perplesso il decidere se l'opera dell'una debba servir di norma ai giudizj dell'altra: se i passi d'un'autorità, che non ha dalla legge regole che la guidino, possano divenir norma di un'autorità la quale non può farne uno che dalla legge regolato non sia. Questi intricati problemi, che il solo metodo giudiciario può categoricamente disciogliere, mostrano come i concetti unici e di astrazione larghissima quanto, espressi nella loro generalità, possono sembrare inoppugnabili e vari, altrettanto nell'applicazione loro alla spiegazione de'sociali fenomeni o divengono inutili, o riescono pericolosi alla pubblica sicurezza e privata.

PARTE SECONDA

DELLA DIFESA REPRESSIVA.

Quicumque dolorem in summo ponunt sensibile judicant malum: nos contra intelligibile qui illud animo damus.
Senec. *Ep.* 124.

CAPITOLO I.

Carattere politico della forza della difesa repressiva nella pena.

La pena come angustia del corpo, o dell'animo nella sua applicazione attuale allora ha nella minaccia, che la legge ne fa per difendere, il carattere politico che le conviene, quando ha i requisiti siano *intrinseci* siano *estrinseci*, i quali appariscono idonei a produrre la forza morale, che ella dee esercitare sugli animi reprimendo la volontà, che potesse sorgere e voltarsi alla offesa.

Il requisito *intrinseco* della pena consiste nell'essere ella un *male*, onde renderne la minaccia apprezzabile: il requisito *estrinseco* dipende dai dati, i quali possono formar laopinione della maggiore, o minore efficacia del timore, che ella propone d'incutere: essendo certo, che la minaccia di un male

di quantità più grande in circostanze diverse non potrebbe produrre.

Il male della pena considerata nella sua attuale applicazione ha un valore assoluto, e il mal della pena nella minaccia ha un valor relativo. Se la pena venga considerata pel suo valore assoluto la sua misura è l'intimo sentimento di tutti (1), e se si considera pel suo valor relativo la sua forza morale nella minaccia deve necessariamente dipendere da un calcolo di chi può esporsi a risentirne gli effetti. Il dire senza altro esame, come alcuni si esprimono, che la pena dee consistere in un male il qual superi il bene del delitto (2), è presupporre quel ch'è in questione: è porre il calcolo a confronto dell'intimo sentimento: è supporre al timor della pena la forza della sua applicazione attuale: è pretendere che come nella statica della umana volontà più pesa il dolor che il piacere (sentenza in astratto verissima) così si possa il dolore e il piacere dividere in frazioni e formarne dei pesi da potersi paragonare tra loro sulla bilancia: e finalmente perder di vista la verità d'intimo sentimento di chicchessia, che il piacere e il dolore per una inoppugnabile economia della natura vicendevolmente si escludono, che data la realtà di un dolore presente, comunque non grande, è da questo solo fatto escluso ogni ascendente imaginabile d'un piacere, comunque grandissimo, o presente o futuro.

Spesso alcune sembianze più o meno ingannevoli, specialmente in cosa di cognizione astrusa e difficile, son prese come analogie. Di quì il bizzarro proposito di trovar nella pena l'andamento medesimo del delitto, locchè non farebbe troppo onore alla prima (3). Come il delitto uccide così è la pena omicida co' *capitali* supplizi: come l'uomo mutila e strazia il corpo dell'uomo così opera l'altra co'castighi *afflittivi di-*

---

(1) Così a modo d'esempio Ant. Math. - Ad lib. 48. dig. tit. 18. 1. - dice più doloroso il sacco del fuoco, più il fuoco del morso lacerator delle bestie etc.

(2) Questa Hobbesiana sentenza «Leviathan on the metter etc. chap.30. fu modernamente ripetuta dal Bentham « Théorie des peines et des recompenses vol. 1. pag. 24 » il quale la prova cogli eccessi, che nulla provano; ed eccesso fu quello delle leggi Anglo-Sassoni, le quali punivano l'omicidio con pena pecuniaria modulata alla considerazione dell'ucciso. Per combatter Bentham colle stesse sue armi basterebbe osservare, che se l'omicidio fosse prodotto da cupidigia dell'altrui denaro, ammesso che l'omicida si determinasse al delitto per rubare cento scellini, basterebbe a reprimerlo una pena pecunaria di centuno scellini, mentre, così facendo, il mal della pena supererebbe il profitto (come egli si esprime) sperato dall'omicidio.

(3) Bentham *Théorie des peines et des recompenses* vol. 1. p. 10. 53.

retti: come il primo toglie la libertà così la seconda la toglie co'castighi *afflittivi indiretti*: come quello colpisce l'onore ed il patrimonio così questa pur gli colpisce colla *infamia*, colla *punizione pecuniaria* (1).

Questo sistema, tendente a stabilire un'analogìa tra il procedere del delitto, e il procedere della pena, è abusivo e pericoloso: abusivo, perchè il materiale de'fatti disgiunto dalla lor causa morale non ha valore di sorta veruna, e se lo avesse tanto monterebbe lo stabilire un'analogìa tra il procedere della pena e il procere del delitto quanto lo stabilisce l'analogìa del proceder di quella co'nocivi moti de' bruti animali i quali rubano, mutilano e uccidono: colle aberrazioni della natura, la quale crea esseri sconci e mal conformati, e suscita contro di essi sentimenti di spregio: o meglio coll'azione del terremoto e del fulmine, che lasciano dietro a sè più terrore di quel che il delitto o la pena risvegli: pericoloso, perchè sembra suggerire alla pena la pazza e feroce crudelità del delitto, e fino la esecrabile sua moral turpitudine (2). Tanto è vero quel detto il quale osserva non potersi aspettar cosa alcuna di buono dalla gente che imita (3).

Il delitto batte una strada, e la pena dee batterne un'altra; e se si pongono sulla medesima via e in una presupposta rivalità di forze, comecchè la forza pubblica, da cui parte la

---

(1) Il metodo exaustivo del Bentham distingue le pene afflittive semplici, e le afflittive complesse, tra le quali colloca la decolorazione, cosa più d'atto drammatico, che d'atto giuridico: le restrittive, le attive, le privative cose tutte d'ingegnosa inutilità.

(2) Antonio Matheo, De criminib. proleg. cap. 3. num. 6. discute il male che l'uomo all'uomo impunemente inferisce *quod poenae vice fungi potest*. Questo sistema pose il capo di lupo sulle spalle ai banditi, e autorizzò chiunque a ucciderli come bestie, conforme fu già osservato nel libro 2. capitolo 22. Lo stesso scrittore soggiunge, che l'adulterio può esser delitto, e pena. Eppure la storia, registro fedele degli umani delirj, non dice così. L'Imperatore Teodosio abolì la scandalosa pena che in Roma da lungo tempo praticavasi contro la donna adultera. Consisteva questa pena nell'obbligarla a stare in una specie di loggetta nel luogo della città ove era maggiore il numero dei sudici e de'pezzenti esposta alla loro lubricità, e per modo, che i sonagli de'quali doveva esser fornito l'esecutor della pena sopra di lei dassero segno agli altri della sua attuale esecuzione. Socrat. Hist. lib. 5. cap. 18. Fin dai tempi di Catullo non era meno impudica la pena a cui condannavasi l'adultero sorpreso in flagrante delitto, alla qual pena si riferiscono quei versi.

« *Aut tum me miserum malique fati*
« *Quem attractis pedibus, patente porta,*
« *Percurrent raphanique mugilesque.*

(3) *N'attendez rien de bon du peuple imitateur.*
La Fontaine.

pena, è vieppiù poderosa e più grande della forza privata, da cui parte il delitto, quella si lascerà addietro questa, e o farà nascere il desiderio, impotente bensì, di poter uccidere l'uomo due volte (1), o rinnuoverà l'orribile esempio di quelle pene, le quali presso ai Romani per stendere a così dire l'agonìa della morte sopra un più lungo spazio di vita dell'infelice paziente, lo riducevano prima di ucciderlo al grado di bestia, onde esporlo, se non con minor crudeltà, almeno con più tranquilla coscienza, ai sanguinarj e tremendi episodj ritardanti il morire nelle pugne colle bestie del circo, colla certezza però ch'ei ne dovesse essere ancorchè vittorioso divorato nell'anno (2).

Nel delitto è necessario calcolare la forza morale che l'anima dal prodotto della sua fisica forza (3); ma sarebbe un error grave il supporre, che dal prodotto della forza fisica della pena se ne potesse misurare la sua forza morale. Il delitto colle proprie devastazioni incute il terrore negli animi. Potrebbe invero la pena lusingarsi di fare altrettanto, ma se così alcuno pensasse dovrebbe sciogliere il più difficile tra i problemi *estetici*, e provare come il terrore, che è nel delitto un *effetto*, può divenir *causa* nella pena: mentre ogni terrore, che ella potesse incutere colla sua applicazione presente dovrebbe divenir remora d'un delitto futuro.

Infelicemente la forza che offende, irrita e trascina il senso della forza che può difendere; ma la forza dell'offesa è un *fatto*, il quale non può essere che quel che le umane passioni lo fanno; e la forza della difesa è, o deve essere almeno, creata non dalle passioni, ma dalla ragione, non cosa *di fatto*, ma cosa in ogni suo riguardo *di dritto* (4). La retorsione e la reciprocità può ammettersi nelle materie del dritto privato (5): la rappresaglia, o *adrolepsia* nelle materie del pubblico; ma lo scopo della prima è quello di mantener la eguaglianza in faccia alla legge nelle questioni sul dritto di proprietà, e lo scopo della seconda non eccede il bisogno del sequestro riconosciuto come giusto, onde ottenere una indennizzazione dovuta (6).

---

(1) Grotius De jur. bell. et pac. lib. 1. cap. 20. §. 12.
(2) Dig. lib. 48. tit. 19. l. 31., Fabr. Semestr. lib. 2. cap. 11., Cremani De jur. crimin. lib. 1. part. 2. cap. 7. §. 5.
(3) Vedasi il lib. 2. cap. 5.
(4) Vedasi il lib. 1. cap. 11. in not. e i versi di Claudiano in Consul. Manl. erroneamente attribuiti a Giovenale.
(5) Dig. lib.2. tit. 2. colla rubrica *Quod quisque juris in alium statuerit, uti ipse eodem jure utatur.*
(6) Lampredi Jur. pub. univ. theorem part. 3. cap. 11. §. 7.

Un sentimento penoso opprime il cuore dell'amico della umanità e della giustizia allorchè, scorrendo coll'occhio le pagine nel secolo della filosofia vergate per guidar la scienza a rintracciare come e con qual titolo la pena debba costituirsi, da' quali dati ella dee desumere la forza di cui debb'essere armata per proteggere e non offendere, si accorge che o l'orgoglio de' sistemi, o una piccola vanagloria di declamatore in chi scrive, o il furore de' concetti e degli epigrammi invade una provincia, nella quale la mente umana dovrebbe entrare, come in un santuario, scevra di ogni passione o coll' illibato proposito di pesare sopra equilibrata bilancia i più grandi tra gl'interessi sociali degli uomini. Se il punto, dal quale un osservatore si parte, ha e deve avere una grande influenza sul risultato delle sue meditazioni, convien confessare, che lo scrittore Toscano abituato fin dal suo nascere alle giuste ed umane leggi del suo paese ha un grande ed inestimabil vantaggio sugli altri. Egli non ha da crearsi un romanzo di fatti, nè ha altra fatica da assumere se non la necessaria a spiegarli.

La pena considerata come ristabilimento dell'ordine, su cui la morale e l'assoluta giustizia si appoggiano, non è una forza, la quale si proponga di agire come la difesa o intorno a sè, o innanzi a sè. Considerata come forza, che intende di agire dopo di sè, sarebbe una forza pazza, o insensata, onde converrebbe considerarla non come forza o fisica o morale, ma piuttosto come una specie di reagente chimico, il quale compenetra il corpo al quale è applicato, e forma, con essa mischiandosi, un corpo neutro (1). Sia dunque pace per sempre a questo concetto e alla incomprensibile sublimità, della quale giustamente si gloria.

Come agisca una forza fisica lo dirà la scienza indagatrice de' corpi, i quali nel lor vasto complesso compongono la natura. Come agisca una forza morale, vale a dir destinata a volgere in una direzione piuttosto che in altra l' umano volere, il dirlo non può dipendere da un principio semplice ed unico, qual'è il dolor fisico, ma dee dipender da dati essenzialmente morali, i soli idonei a formar la opinione.

La difficoltà di questa ricerca si manifesta nel tentativo della *terminologia* la più adattata ad esprimerne i calcoli e i risultati. La influenza infelice, che sempre ebbe nell' animo umano, onde determinare la efficacia politica della pena, la

(1) Aristotile Etich. ad Nicom. lib. 5. cap. 7. 8. immagina una specie di agro-dolce risultante dalla dolcezza del delitto, e dall'amarezza della pena.

idea della sua fisica forza fece nascere la nomenclatura di una *coazione psicologica* nel suo contraposto alla *fisica coazione* (1). Si pretese con questa nomenclatura di spiegare come l'animo veniva, o poteva venir costretto dal timor della pena al pari del corpo dalla sua irrogazione attuale. Questo erroneo concetto poggia tutto sul falso dato, che la coazione *fisica* debba sempre consistere in ciò che la pena ha di dolor fisico. Se si racchiuda un uomo in spaziosa e salubre stanza esso è fisicamente coatto, ma il suo corpo non soffre per verun modo. Il concetto poggia sopra un altro dato non meno falso del primo: quello cioè che, come applicazione attual della pena agisce sul corpo, così immantinente e per questa sola ragione il timore della sua futura applicazione debba agire sull'animo. Siccome in questo sistema tanto più certo sarebbe il passaggio della impressione della *coazione fisica* all'animo per operarvi la *psicologica*, quanto ella più forte fosse, questo concetto avrebbe trovato il mezzo razionale per giustificare il toro di Falaride, e gli altari dell'illaudato Busiride (2).

Ma qual relazione vi ha tra il senso del dolore e il pensiero? Tra l'esser crucciato e l'esser persuaso? perocchè non altra coazione *psicologica* se non la persuasione può ammettersi. La qual cosa pone in chiaro, che la *coazione psicologica* può ben stare nelle dimostrazioni di Euclide, ma non negli umani supplizj.

L'ufficio dell'animo è necessario per giungere alla volontà, e le sole sue meditazioni, i soli suoi calcoli possono determinarlo. Dato un dolore, che meriti questo nome, e nella cui subizione presente consista la pena che la legge minaccia al perturbatore dell'ordine, conviene esaminare per quali morali mezzi la sua idea, non il suo timore, lo che è in questione, possa produrre nella volontà l'ostacolo che dee difendere dalle sue prave preordinazioni. Quest'ostacolo è l'effetto di cui va in traccia la legge: i mezzi per ottenerlo stanno tutti nel modo con cui la idea della pena deve influir sull' animo, vale a dire il suo scopo come effetto prossimo, che d'un più remoto assicura.

Di quì hanno principio le perplessità, le incertezze ed i dubbj. L'antichità disputò sullo scopo delle pene, ma non avendo considerato questo scopo nella difesa, che esse debbon fornire alla sicurezza della città, nè fu sempre coerente a se

---

(1) Feuerbach Compend. jur. Crim. §. 8. et seq.
(2) *Aut illaudati nescit Busiridis aras.*
Virg. Georg. lib. 3. v. 5.

stessa (1), nè tenne un linguaggio, il quale, anzichè originalmente formarsi delle inspirazioni del principio politico, non mostrasse la influenza del principio religioso e del principio morale (2).

Generalmente tre diverse specie di scopo furono attribuite alle pene: l'*esempio pubblico*: la *correzione* del delinquente: la riparazione del danno patrimoniale col delitto arrecato (3). Ma, quasi questo soggetto sia destinato a subir come le mode le vicende de' tempi, si è manifestata ai dì nostri una nuova opinione la quale, escludendo dalla pena il primo ed il terzo scopo, sembra ammettere il secondo soltanto (4).

Queste tre diverse leve dell'animo (prescindendo da quel che ha la prima d'incompatibile colla seconda, ed amendue colla terza) col loro respettivo principio di azione produrrebbero l'effetto di stornare la volontà dalla offesa: la prima agendo come commozione dell'animo: la seconda come suo salutare raccoglimento: la terza come certezza di nulla lucrar dal delitto, ed anco discapitarvi. È osservabile questo carattere della terza come quello, il quale solo tra le altre si verificherebbe in un calcolo. Sebbene gli antichi ammettessero, secondo la diversità di questi oggetti una diversità nelle punizioni, oltrechè tutti talvolta gli compresero in una sola e medesima pena, la opinione moderna ammettendone un solo rende necessario il discutere quale fra i tre sia il vero ed il preferibile, o se tutti tre abbiano un inerente difetto, onde sia necessario indagarne un diverso, il quale abbia il solo e vero carattere di *ostacolo politico* alla offesa delle leggi della città.

Non vi è autorità sì forte e durevole quanto quella delle parole consecrate dall'uso e dalle abitudini umane. I Greci dettero alle pene il nome di *esempj* (5), e un nome simile det-

---

(1) Grozio De iur. bell. et pac. lib. 2. cap. 20. § 6. riferisce le differenti opinioni di Platone, di Aristotile, di Tauro, di Plutarco e di Clemente Alessandrino. Quanto ai moderni i loro diversi pareri sono indicati da Ludov. Henr. Colinez. — Dissert. supr. laud. p. 60. 61.

(2) Plutarco *De sera num. vindicta* qualifica la pena ατρεια της ψυχης, medicina dell'anima. I nomi dati alla punizione di Νουθεσια, Κολασις, Παραινεσις son tutti di significato morale.

(3) Filangieri—Scienza della legislazione lib. 4. c. 27.—Beccaria—Delitti e pene cap. 15.

(4) Lucas—*Du sistème penitentiaire.*

(5) Aul. Gell.—Noct. Act. lib. 6. cap. 14.—Federico Leopoldo Voget *Dissert. de fine poenar. secundum principia jur. rom. Gottingae* 1722, pretende, che i giureconsulti Romani ravvisassero nella pena un oggetto analogo a quelli del dritto privato, a nient'altro mirando se non a stabilire la eguaglianza della pena e del delitto (inconcepibile idea), e a

tero pur loro i Latini (1), col qual nome vollero significare come la pena al delinquente applicata dovesse incutere negli animi altrui un salutare terrore da convertirsi in una specie di repulsione morale dell'animo dal delitto.

Questa opinione, derivata tutta da quella del potere che l'esercizio della forza ha sull'animo umano, avea bisogno di due appoggi di fatto, l'uno più erroneo dell'altro. Se la pena doveva essere la ostentazione d'una gran forza sociale ella doveva averne una fisica proporzionata al suo scopo; onde quanto più la pena fosse stata atroce più ella corrispondeva al suo scopo. Se questa forza doveva esser grande per agire a grandi distanze in quanto tutti ne doveano restare atterriti, e commossi, il suo effetto morale doveva agire non tanto sull'animo inclinato all'offesa dell'ordine, quanto sull'animo degli amici dell'ordine (2). Questi due dati sono del pari erronei il primo perchè condurrebbe alla esasperazione de'supplizj, per cui si resero spaventosamente famosi i tiranni (3): il secondo perchè tenderebbe ad insinuare, che non solo i tristi ma i buoni eziandio non possono contenersi nella regolarità del viver sociale se non con il terrore, massima Hobbesiana, confutata altra volta (4).

Se si pretende dare alla pena una grande esemplarità, vale a dire trarre una grande commozione degli animi dalla sua grande fisica forza, nascerà forse la tentazione di aggiungere a questa fisica forza qualche cosa di più, onde accrescere la commozione, e di passar dal terrore all'orrore, confondendo colla sorte del reo quella dell'innocente, e insiem con lui sterminandolo (5).

---

far cader la prima sul so'o autor del secondo. Ma il fine dell'esempio è litteralmente mentovato in più luoghi del romano diritto.—Dig. lib.34, tit. 1. l. 3. §. 1., lib. 27. tit. §. l. 9., lib. 48. tit. 3. l. 6. §. ult., tit. 19. l. 6. §. 1., lib. 16. tit. 3. l. 41., lib. 49. tit. 16. l. 6. §. 3.

(1) *Idcirco veteres nostri* exempla *pro maximis gravissimisque poenis dicebant* —Gell.—Noct. Act. loc. supr. cit.

(2) Gell. Noct.—Act. loc. supr. cit., Cod. lib. 9. tit.27. « *Ut poena unius sit metus multorum* ».

(3) *Apud tyrannos tormenta pro poena adhibentur*.Tertull. In apolog. Vedasi l'orribile quadro degli umani supplizj presso Renazzi—Elem. jur. crim. lib. 2. cap. 8. 9.— e Pastoret *Les loix pénal* part.2. cap. 1. art. 8.—A senso d'un pratico a que' tempi anco il carnefice avea bisogno di studiar la sua scienza. Basilico Decr. crim. des. 9. num. 14.

(4) Vedasi il lib. 1. cap 2.

(5) Il sig. Lucas *Du sistème pénal etc.* 212, avea indicato il supplizio dell'innocente come mezzo d'aumentare l'esempio pubblico, ed era stato tra noi male a proposito confutato.—Antologia An.1827. fasc.82. pag. 13. La osservazione del Lucas desunta dal Cousin « Argument de Gorgias » non era nuova. Grozio—De jur. bell. et pac. lib. 2. cap. 22.

Potrebbe dubitarsi se questa opinione dell'esempio pubblico nella pena tragga la sua origine da' tempi d'ignoranza e barbarie allorchè il governo degli uomini non era valutato, che pei vantaggi che arrecava a chi n'era investito, sicchè il dominatore immemore della sacra missione avuta da Dio onde meglio proteggere i terreni interessi delle sue creature, non vedeva intorno di sè che i dominati separando la propria causa e il proprio interesse dal loro, e pretendendo di sostenere questo assurdo e vacillante edifizio col terrore che inspira la crudeltà quando abbia a proprio sostegno la forza.

Ma la efficacia che ha sull'animo umano il terrore, e la coscienza di non incuterlo se non nel salutare scopo di proteggere leggi fondate sulla giustizia e sulla comune utilità, non solo ha reso familiare questo linguaggio dell'esempio pubblico delle pene nelle pagine de' legislatori i più equi, ma è stato accolto negli scritti de' filosofi i più cogniti pel loro amore per la umanità e per la giustizia.

Il marchese di Beccaria discute i vantaggi relativi della pena di morte, e della pena de' lavori pubblici a vita col criterio del pubblico esempio, vale a dir del terrore (1); ed un più moderno scrittore collo stesso criterio lo confuta (2).

Questo medesimo secondo scrittore preoccupato dalla idea degli effetti politici del terrore, al che in realtà si riduce l'esempio pubblico della pena, costretto da un lato da' proprj principj ad abborrire la espansione del sangue, e costretto dall'altro dalla sua massima al terror favorevole, assegna alla pena un carattere, di cui non potrebbe immaginarsi il più speculativo o fantastico, volendo che il dolor del paziente sia il minimo in realtà e il massimo in apparenza, lo che egli esprime dicendo, che la pena debbe essere quanto è possibil *drammatica* (3). Ma i sentimenti, che eccita la *finzione* in tea-

---

§. 12. sostenne, che per servire al pubblico esempio si può punire anco una persona, che non commesse il delitto. Gli pseudo-platonici dei dì nostri si valgono dell'assurdo qui accennato della uccisione dell'innocente, ponendolo in bocca a Platone che non ne ha detto parola, onde combattere lo scopo futuro della punizione. S'imbatte in questo assurdo anco chi sostiene la esemplarità della pena, e non s'imbatte chi vuoi rintracciar nella pena la sufficienza, che ella dee avere per servir di politico ostacolo all'animo in cui nasce la tentazione di offendere. Or si veda il grande valore logico dell'argomento, che oggi per antonomasia si chiama di Gorgia: tanto si conta sul valor magico delle parole! Vedi qui addietro pag. 5 not. 1.

(1) Delitti e pene §. 16.

(2) Bentham *Théorie des peines et des recompenses* vol. 1. pag. 252.

(3) Bentham *Traités de législation civil. et pénal.* vol. 2. pag. 406.

tro, non hanno analogia di sorta veruna con quelli che eccita la realtà. Negli atti della giustizia sociale, e dove gli uomini non vanno per divertirsi la loro illusione non si ottiene sì facilmente.

La opinione dell'esempio pubblico della pena, sebben prodotta da zelo encomiabile per la sicurezza sociale, trovasi troppo esposta al pericolo di favorire l'acerbità de' supplizj onde meglio ottenere la commozione degli animi, della quale va in traccia. Infatti perchè una pena possa produrre codesto effetto le è necessario di scuotere potentemente la umana sensibilità, nè le basterebbe d'aver la sufficienza necessaria a reprimere la passione nemica dell'ordine. Ma cercando nella pena la commozione degli animi di chi ne scorge l'applicazione, lo che senza pene di grande rigore fisi o non può ottenere, si corre rischio o di perder di mira il suo vero politico scopo, o di distruggerlo col pretendere di rafforzarlo.

Non è sempre vero, che una forza spiegata in tutta la energia di cui ella è suscettibile, ottenga meglio e più efficacemente il suo scopo. Il calcolo de' varj momenti d'una forza destinata a produrre un effetto è necessario in meccanica come lo è nella statica della umana volontà.

Se la pena, agendo sulla sensibilità del paziente, è tale da risvegliar la commozione degli animi non è da credere immantinente e senza esame ulteriore, che questa commozione sia favorevole alla sicurezza sociale, e meriti il nome di salutare pubblico esempio. Conviene attentamente scrutar la indole di commozione sì fatta, indagare per quali mezzi producasi e in che si risolva il suo effetto.

È una idea facile ad appigliarsi a ogni mente; che la quantità della forza fisica del dolore, che affligge il corpo del delinquente, divenga quantità di forza morale nell'animo altrui, onde reprimere qualunque forte tentazione a delinquere.

Un uomo non può sentire quel che il suo simile sente se non in forza di simpatìe, vale a dire per quella segreta forza insita all'animo umano, che ci fa quasi escire fuori di noi medesimi, e trasformarci nell'individuo che soffre. Certamente le umane simpatìe sono più poderosamente eccitate dal dolore, che dalla gioja, ed è per questo che il teatro antepone le tragedie di tristo a quelle di lieto fine.

Questa forza simpatica cresce con quella dell'avvenimento che la risveglia, minore nel finto, maggiore nel vero: onde la esperienza ha mostrato, che se nel tempo che sulla scena un numeroso pubblico è tenuto in una penosa ansietà per la morte d'Ifigenìa, venga annunziato, che nella vicina piazza si eseguira

un sanguinoso supplizio il teatro si vuoti, e la piazza si riempie in un tratto (1).

Questo fatto prova, che sebbene un acerbo e doloroso supplizio si atto a risvegliare il terrore, questo sentimento è avidamente cercato dagli uomini è una commozione sebbene penosa dell'animo loro, pur tale che l'animo n'è quasi famelico, e cerca in esso lo sfogo d'un bisogno, di cui se non si può conoscere nè la origine, nè la natura, non se ne può però impugnare la esistenza.

Che questo bisogno agisca allorchè la legge dà con titolo di pena lo spettacolo del dolor fisico ella non può impedirlo, e se questo bisogno interamente simpatico fissa e tiene per una specie d'irresistibile incanto lo spettatore cogli occhi fissi al supplizio non si sa comprendere come dalla soddisfazione di questo sensitivo bisogno possa sorgere una istruttiva lezione: perocchè allora il reo non è ravvisato come tale, ma è ravvisato soltanto come paziente.

Una popolazione che abita la costa del mare vi correrà tutta, se viene annunziato che in tempo di grande burrasca un bastimento è per naufragare, e vi resterà per quel bisogno simpatico, il quale ci fa vedere con un sentimento tra il piacere e il tormento una grande catastrofe altrui, essendo noi stessi in sicuro (2). Ma i sentimenti che eccita quel miserando spettacolo non avranno veruna influenza sull'animo di chi, ritrattosi ai proprj affari, dee per provvedervi meglio calcolare se gli convenga d'intraprendere una lunga navigazione.

Infatti se si volesse cercare l'esempio pubblico nelle riflessioni che nell'animo degli spettatori possono risvegliarsi dopo che essi hanno assistito alla scena d'un gran dolor fisico con titolo di punizione, converrebbe distinguere i buoni, che sono i più, dai tristi, che sono i meno. I primi non potendosi per la indole delle abituali disposizioni dell'animo loro porre mai in luogo di chi offese la legge se non che per i dati della sensibilità, questi cessati, cessan con essi tutti i moti dell'animo loro (3). I secondi non si formano ai grandi delitti me-

---

(1) Burck *On the sublimity* chapt. 15. All'occasion del supplizio di Ravaillac, le carni del quale furono straziate con una crudeltà non più udita, le finestre della piazza su cui fu tormentato furono allogate a prezzi da non si credere.—Gentlemen's Magazine an. 1770. p.113.

(2) « *Suave mari magno turbantibus aequora ventis*
« *E terra magnum alterius spectare laborem etc.*
Lucr. De rer. nat. lib. 2.

Quel *soave*, da alcuni tacciato di crudeltà, e spiegato dall'ingegnoso Dubos Inquietudine cercata.

(3) Maria Wollestonecraft, moglie di Guglielmo Godwin.—Letters Writ-

ritevoli di pena esemplare in un tratto, e giungendovi per gradi imparano sventuratamente a considerare come impresa rischiosa il delitto, nella quale si avventurano come il marinaro che, intraprendendo una perigliosa navigazione, calcola che o naufragherà, o tornerà più ricco alla patria, o come il soldato, il quale scorge l'alternativa o d'una morte sollecita, d'una lieta vittoria (1). Onde l'effetto della pena esemplare mal calcolato ne'buoni non è meglio calcolato ne'tristi.

L'atteggiamento del paziente nell'atto di subire la pena di dolor fisico non è più favorevole alla lezione che se ne spera. È egli fermo, coraggioso, imperturbabile? il suo atteggiamento incoraggia il malvagio. È egli oppresso, desolato, struggentesi in lacrime? il suo atteggiamento rattrista i buoni, i quali, facili a perdonare a un nemico che chiede pietà, non sanno negarla a chi soffre. È egli instupidito, freddo, insensibile al colpo che lo minaccia? il suo atteggiamento distrugge ogni lezione utile che il suo supplizio era destinato a fornire, e rivolta gli animi contro la legge, la quale sembra avida di crudeltà, quasi per esercitarla desideri senso dove non è (2).

Se queste riflessioni tendono a dimostrar l'incertezza somma dell'effetto che si spera dalla pena esemplare, altre non mancano, le quali tendono a far giustamente temere, che questa specie di pena produca un effetto diametralmente contrario a quello che se ne suole sperare.

---

ten during a short dwelling in the Suede, Norwege, and Dannemark Johnsun 1796.—racconta d'aver un giorno incontrata gran folla tra la quale donne elegantemente abbigliate co'loro figli per mano. Tornavano tutti dall'assistere alla esecuzione d'un giustiziato il di cui corpo era stato dato alle fiamme. Tutti ne ragionavano come avrebbero ragionato di una rappresentanza teatrale. Vi erano alcuni con bicchieri in mano destinati a empirsi del sangue del giustiziato come un preteso rimedio all'apoplessia.

Ad Bossange—Des crimes et des peines capitales pag.77. — parlando degli effetti de'supplizi sul popolo eseguiti che siano si esprime « un'ora « dopo la decapitazione d' un celebre avvelenatore continuavasi a par- « lar tra il popolo con calore. Del processo? dell'orror pel delitto? della « giustizia del gastigo? eh nò: d'una gamba del condannato, che al colpo « fatale avea fatto un moto convulsivo così violento da rompere la cor- « reggiola che la legava ».

(1) « *Aut cito mors venit aut victoria laeta.*

Hor.

Vedasi il detto d'un grande facinoroso sulla ruota al suo compagno nel supplizio. Bentham—Théorie des peines, et des recompenses vol.1.pag.261. not.1. ; e Lucas—Du système pénal etc. pag. 315. not. 1.—

(2) Due recenti scrittori, Bossange—De crimes et de peines capitales— e Ed. Gibbon Wakefield—Facts relating to the punishement of death in the Metropolis etc. London 1831.—sono esatti nel descrivere l'atteggiamento diverso de' condannati al supplizio.

La causa della umana sensibilità sembra essere stata resa sacra da una imperscrutabile economia della natura, la quale col sentimento della pietà ha armati per così dir tutt'i cuori contro ogni suo strazio. Questo sentimento della pietà, il quale tanto più si svolge e si perfeziona quanto più cresce tra gli uomini la civiltà, se tende da un lato co'suoi progressi a diminuire le offese, tende dall'altro a far considerar come offesa la crudeltà: sicchè la legge, adottandola collo scopo di rendere la pena esemplare, corre rischio di farsi nemici gli amici suoi più sinceri e più caldi, e di aumentare le già molte e spesso insuperabili difficoltà di aggiungere e colpire il proprio offensore (1). I tristi, inaccessibili alla pietà, se scorgono che anco la legge ne è priva, e che per giungere al proprio scopo la espansione del sangue non la sgomenta, ne prendono lezione della lor tempra, e, non contenti d'essere avidi, divengon crudeli.

Lo scopo della correzione nella pena è il voto delle grandi anime, degli amici della perfezione morale tra gli uomini. Questo scopo della correzione, non ignoto ai giureconsulti della antichità (2), fu più caldamente encomiato dai moralisti (3). Questa idea della correzione nella pena è notabile, generosa, alla umana dignità confacente, sublime per le ispirazioni che ella attinge dalla religione e dalla morale. Ma infelicemente nel calcolo de'mezzi onde reprimere, e contenere nell'ordine le passioni umane, inclinate di lor turpe natura a turbarlo, queste idee di perfezione morale, se son consolanti sempre presentando all'animo la speranza d'un salutar cambiamento nella morale e nella condotta dell'offensore, non possono essere d'alcun soccorso al criterio indagatore della forza politica della

---

(1) Ed. Gibbon Wakefield—Facts relating to the punishement of death in the Metropolis etc.—narra come dal primo maggio 1826 fino al 30 aprile 1830 sono stati condotti a Newgate 1038 individui accusati di capitali delitti, fra i quali soli 55 hanno subita la esecuzione, attribuendo questo fenomeno alla severità della pena, la quale offende il sentimento degli accusatori, de'testimonj e de'giudici.

(2) Dig. Lib. 48. tit. 19. l. 20. ove il giureconsulto Paolo fa menzione del *commentitio jure*. La interpetrazione di questa legge ha suscitate grandi quistioni, nelle quali si distinsero il Faure, il Lyoklama, il Wachtler. Barbeirac—Ad Grot. le droit de guerre et de la paix liv.2. chap. 21. §. 12. not.1. Kleinschrod dichiara il principio di quella legge contrario agli altri principj del gius romano sulle pene. Zacharia *Diss. quomodo J.C.Rom: de delictis, eorumque poenis philosophati sunt* §. 3. not. 8., pensa che dal principio di Paolo si allontanasse Ulpiano nella L. 31. tit. 16. lib. 50. dig.

(3) Seneca - De ira lib. 1. cap. 5. - Quint. - Inst. orat. lib. 12. cap.7. *non poenae nocentium cupidus sed emendandi vitia, corrigendique mores.*

difesa sociale. In fatti se si tratta di *difesa* non si saprebbe comprendere come nel suo giusto calcolo potesse essere ammessa a idea della correzione del nemico, che ha inferita la offesa, o ne prepara una nuova, nè vi ha chi non senta l'assurdo di convertire un nemico in discepolo, e una giusta guerra in un affare di penitenza. (1)

Le pene umane qualunque esse si sieno sono per se medesime poco atte a correggere. Le pene religiose e pene naturali lo sono, perchè non partono dal fatto dell'uomo, ma da un principio di cui la mente umana riconosce la necessità ed alla quale perciò si rassegna. Poichè le pene umane per la loro applicazione hanno bisogno della forza dell'uomo sopra il suo simile, è difficile concepire come risultato della forza la correzione; e costringere e tentar di correggere sono, umanamente parlando, due inconciliabili cose. Il legislatore più filosofo che abbia avuta la umanità, illuso anch'esso dalla idea morale di punir per correggere fu reso accorto dalla esperienza del proprio errore, e colla franchezza che distinguera il suo grande animo lo confessò (2).

Non vi ha certo migliore e più sicuro riscontro della correzione d'un animo quanto il suo pentimento, ma è molto da dubitare se i tentativi della politica per ottenerlo dagl'infrattori dell'ordine possano mai giungere a dare in questa materia una desiderabile realtà al prestigio de'nomi. Il pentimento sincero non ha nè confessione, nè testimone, nè giudice nel foro esterno tra gli uomini. La confessione è troppo interessata per essere credibile: la finzione e la ipocrisia troppo facili a chi aspira alla libertà e forse a meglio cuoprire nuovi delittuosi progetti. Le leggi politiche sono fatalmente costrette ad aspettar gli effetti salutari del pentimento dal foro interno, ma non possono co'loro mezzi crearlo. Che se altrimenti si

---

(1) Il sig. Lucas « Du système penitentiaire en Europe etc. Paris 1828 » si dichiara per questo sistema, credendo meglio combattere la pena di morte. Il Prof. Birnbaum *Oratio de peculiari act. nostr. jus crim. ref. studio pag.* 103. *e seq.* si dichiara contro al sistema penitenziario per meglio sostener quella pena. L'uno vuole combattere la pena esemplare: l'altro la vuol sostenere. Niuno de'due porge attenzione a una strada di mezzo, che può condurre a trovare ciò che convenga alla pena, onde abbia la sufficienza di ostacolo politico alla offesa della sicurezza sociale.

(2) L. 4. agosto 1782, Circ. 8. marzo 1783, 19 settembre 1733, 6. maggio 1784, 29 dicembre 1787. Propongonsi oggi nuovi tentativi per rifare quel che il legislatore Toscano disfece. J.A.H. Michiels De Kessenich « Lettre sur la maison de correction de s. Bernard pris d'Anvers Thémis etc. vol. 6. p. 502.

lusingassero, correrebbero rischio di abbandonarsi a una fiducia e ad una opinione di sicurezza, che co' nemici è sempre fatale (1).

Altro è che la pena non sia, o per la sua indole, o pel suo modo di applicazione, nuovo mezzo di corruzione per un cuore già corrotto, ed altro è che la forza, nella quale consiste come difesa, debba essere scelta col criterio di correggere il delinquente. Sono queste due cose essenzialmente diverse tra loro, e la verità dell'una non sarebbe buono argomento onde provare la verità dell'altra (2).

Tra la società e il suo offensore non vi possono essere relazioni di dritto privato, nè vi ha commensurabilità tra il danno che le reca la offesa, e qualsisia immaginabile mezzo patrimoniale. Altrimenti sarebbe se vero fosse che nello scopo della pena potesse essere ammessa tutta la riparazione del danno che l'offensore ha arrecato alla società. Questa idea non sarebbe ammissibile se non pe'delitti nell'ordine civile, e nelle relazioni tra privato e privato, al che la legge civile supplisce, mentre pe'delitti nell'ordine politico sarebbe impossibile ed anco puerile il pretendere di ridurre a contanti gli stabilimenti sociali che l'offensore ha sconvolti. Questa idea ha create le pene private, le quali non possono essere ammesse che come una maggiore energia di cui si credesse poter esser suscettibile la emenda del danno privato, ma sono inammessibili ove si tratta di emenda di danno politico (3). Questa idea finalmente o fece nascere quella confisca, o potè fornir un appoggio a questa pena spogliatrice in un modo più avido ed inumano di quel del delitto.

Questo supposto scopo della punizione getta la legge, quanto è più equa e giusta, in una tanto maggiore contraddizione: imperocchè, lasciando al condannato il suo patrimonio, il quale può essere un pingue mezzo d'indennizzazione della società, va cercando o nel lavoro delle sue mani, che non posson fornirlo se non meschinissimo (4). Questo me-

---

(1) Sebbene questi ragionamenti siano reputati da me bastanti a far dubitare del buon successo d'un sistema penitenziario nel punire; pure ad esuberanza osserverò che questo sistema, ove ne è stata tentata la pratica, non ha corrisposto alla espettativa. Roscoe's « Additional observations on penal jurisprudence London 1823. append. p. 64. 109.

(2) Il sig. Bavoux « Leçons prelimin. sur le code pénal pag. 444. » fa molte belle ed utili considerazioni sul regime delle carceri, come ne quello che diviene scuola ed incentivo a nuovi delitti per chi vi è detenuto.

(3) Vedasi il lib. 1. cap. 13.

(4) Vedansi a questo proposito le osservazioni di Beniamino Constant « Commentaire sur Filangieri part. 3. chap. 12. » e le confutazioni del

desimo preteso scopo avvilirebbe la maestà della legge non sapendoli, se quando condanna a duri lavori lo faccia creando una pena o servendo la propria avarizia.

Se il principio dell' esempio pubblico nella pena inclina di sua natura a farla consistere in un grave e crudele dispendio della umana sensibilità esagerandone così soverchiamente lo scopo politico: se il principio della correzione del delinquente snerva troppo lo scopo politico della pena, e lo fa quasi perder di mira: se il principio della riparazione del danno patrimoniale spetta ad altre regole che a quella della sicurezza sociale, non è da creder per questo, che lo spirito umano, pronto a tutto distruggere, in sì rilevante materia non abbia mezzo di rintracciare la vera indole e la giusta tempra della forza necessaria ad armare di sufficiente difesa la legge.

CAPITOLO II.

Continuazione del soggetto medesimo.

Concentrando tutte le proprie considerazioni nella pena, e confondendo l'effetto *sensibile* della sua applicazione attuale coll'effetto *calcolabile* della sua minaccia, merita scusa se encomio non merita chi, ha assorbito in questo pensiero, tanto più la crede politicamente efficace quanto è più atta a scuotere la umana sensibilità.

Le leggi civili, delle quali niun può ricusare i consigli, quando discutono e stabiliscono la influenza del timore sulla volontà umana distinguono quello d' un male *presente inevitabile*, e quello d'un male *futuro evitabile*, dando al primo la forza di spingere la volontà all'atto pel quale fu incusso, ma non la dando al secondo (1).

Questa regola è suggerita non dalla indole particolare degli oggetti del dritto privato, per i quali ha valore nel foro, ma dalla teoria degli atti umani, la quale per variar di soggetto non cambia. La regola presuppone il timore *impressivo*, vale a dire capace di scuotere la mente più salda, qual sarebbe il timor della morte, ma se la minaccia anzichè referirsi al tempo presente, e d'esser fatta in circostanze le quali rendono imminente il male alla minacciata persona, accenna il male come da subirsi in un tempo avvenire, non solo re-

---

Lucas « Du système pénal etc. pag. 261, et seq. ». L'uno vuol combattere la schiavitù: l'altro vuol combattere la pena di morte, sostituendovi la perdita della libertà. Sono ambi a due poli opposti, e si battono.

(1) Dig. lib. 4. tit. 2. Voet. In Pandect. ad dict. lib. et tit.

puta sufficiente a scuotere la volontà, ed a credere che ella non abbia avuta energia sufficiente da dispregiarlo cosicchè l'atto a cui si determina non apparisca liberamente voluto.

Se la natura dell'animo umano obbliga a far differenza tra la forza morale del timor d'un male presente, e la forza morale *futura*, questa differenza non può non essere valutata quando si tratta di conoscere a misura la forza della legge penale, che proclamando la pena altro non fa che minacciare un male futuro.

Si tratta allora il calcolare la forza della legge non quella della pena: giacchè, sia pur severa quanto esser si vuole la pena, se la legge che la minaccia come mal futuro non ha mezzo di farlo apparire allo spirito inevitabile il cuore resterà impassibile e indifferente a qualunque si sia fisico dolore in che ella consista.

Quindi la opinione della inevitabilità della pena è il primo e il più importante elemento della sua forza morale e del carattere che ella dee avere di ostacolo politico alla volontà nelle sue tentazioni possibili ad offendere altrui.

Se si calcola la forza morale della pena per la sua inevitabilità cade in gran parte il credito della sua fisica forza. Conviene allora, onde conoscere come male, perchè se tale non fosse minaccia non vi sarebbe, non ne'requisiti *intrinseci*, che possono costituirlo più grave, ma ne'suoi requisiti *estrinseci*, vale a dire nella opinione e di chi aspetta dalla pena *difesa*, e di chi dee temerla onde non determinarsi alla *offesa*.

La idea della pena come dolor fisico ha una gran prepotenza sull'animo umano, onde la opinione della sua efficacia politica si presenta sotto tutte le forme, tenta tutti gli aditi per insinuarsi, e spesso, effetto d'uno zelo encomiabile, è inclinata a pretendere di sostituirlo a qualunque ragionamento sebbene col sacro titolo di difensore della umanità e della giustizia.

Reca però meraviglia il vedere come un ingegno, il quale nelle materie legislative ha spiegata una dialettica che si può dir formidabile, abbia potuto asserire (1) e ripetere (2), che

(1) Bentham « Traités des legisl. civ. et pénale vol. 2. pag. 386.

(2) Bentham « Théorie des peines et des récompenses vol. 1. chap. 5.» Il dottore Paley grande sostentatore del titolo dell'ordine e del giusto assoluto nelle materie penali e ardente partigiano dell'acerbità de'supplizj si fece a sostenere acramente l'errore medesimo, nel che ebbe un valoroso confutatore nel D. Roscoe « Osservazioni sulla giurisprudenza penale, e la emendazione de'rei trad. Napoli 1823. pag. 13.» Nel medesimo errore era caduto il cavalier Filangieri « Scienza della legisla-

la severità della pena può supplire la incertezza della sua applicazione. Non è da dire, che una maggiore severità della pena decretata a certi delitti aumenti il risico di chi accinge a commetterli. Il risico è tutto nelle circostanze, in mezzo alle quali il delittuoso progetto è concepito, maturato e condotto al suo termine, e se queste circostanze meramente di *fatto* son tali, che il facinoroso pensi poter rischiare il delitto, un maggior rigore nel *dritto* che lo punisce non cambia quelle circostanze, nè cambia l'opinione del facinoroso, che le calcolò favorevoli al suo nefando progetto.

La tortura non meno gratuitamente crudele è meno inconseguente del sistema, il quale pretende di supplir col rigore ciò che manca alla pena della certezza della sua applicazione. La tortura si parte da un dato di fatto, qual'è l'indizio di reità, e per formarne punto di appoggio del suo meccanismo lo esige *prossimo* vale a dire avente carattere critico di probabilità. Ella vuol convertire la probabilità in certezza coll'estorcere la confessione del reo, dal che le sue logiche inconseguenze incominciano, tra le quali non è la minore quella di dare al dolor fisico il criterio della interrogazione, ed il criterio della risposta (1).

Immaginare l'animo umano tra il bene del delitto da un lato, e il mal della pena dall'altro, considerando il desiderio per quello e l'avversione per questa come due forze la seconda delle quali dee vincer la prima, è immaginare ciò che vorrebbesi non ciò che è possibile: è fare un romanzo onde esimersi dalla fatica di studiare la storia. Tanto il bene del delitto quanto il mal della pena si presentano all'animo determinato ad abusare del suo libero arbitrio come cose future. L'uno e l'altra sono per l'animo due pensieri, non due sentimenti: conseguire il bene del delitto ha i suoi rischj indipendentemente dal pericolo d'incorrere nella pena, e l'animo assorbito dal calcolo de' primi può ben dimenticare il secondo. L'Indiano, il quale sulle coste di Ceylan si tuffa nel mar profondo per pescarvi le perle col proposito di rubar quelle che può, si occupa di assicurarsi del furto, e non pensa

---

zione lib. 3. part. 2. cap. 17. » confutato dal signor Pastoret « Des loix pénal part. 4. chap. 17.

(1) Era tale la fiducia alla credibilità del dolore che il reo confesso se colla propria confessione incolpava altri come compagno del suo delitto veniva torturato perchè la sua confessione divenisse credibile contro al socio. Martini *Praxis criminalis ad theoricam accomodata Urbini* 1746. *pag.* 231. Bella teoria razionale quella che animava sì fatte pratiche!

al presente pericolo di divenir pasto del pesce cane (1).

Non convien dire, che non può argomentarsi dal lecito all'illecito. La natura umana nell' affrontare e nel calcolare i risici è sempre la stessa. L'uomo di pervertita coscienza calcola nella impresa delittuosa come può farlo l'uomo di retta coscienza nella utile alla società, e se si vogliono ben frenare le passioni nemiche dell'ordine non bisogna avere a schifo di bene studiarle e conoscerle, onde non far le leggi per gli esseri di ragione.

La forza morale del delitto per le cose altre volte discorse non è una spinta, la quale ammetta senza bisogno di ulterior riflessione la contro spinta del timor della pena (2). Quella forza morale è una mera causa di agire: l'animo l'accoglie, e non è investito: è un motivo di calcolo, non un motivo di sentimento, quasi il facinoroso arda d'amor per la offesa. Il delitto di Medea è il calibro di tutti i delitti (3): essa vede, calcola, approva e disapprova, e dopo aver calcolato o abbandona il proposito, o si muove alla offesa.

Se il desiderio del bene del delitto non agisce come causa di fare, ma come passione, o ella sia risvegliata dall'aspetto del male o sia risvegliata dall'aspetto del bene, comecchè ella agisce come sentimento presente, escluderà di sua natura tutti i calcoli del pericolo d'un male futuro. La legge che minaccia diverrà in questo caso come chi scrivesse la minaccia ad un cieco, o la preferisse ad un sordo: di guisa che la osservazione e la esperienza dimostrano che, adottando l' erroneo sistema di chi finse nell' animo umano il desiderio del bene del delitto come spinta frenabile colla controspinta del timor della pena, allora è appunto, che questo timore apparisce impotente al suo scopo. Fortunatamente questo caso è rarissimo, e la esperienza ha provato, che quando accade esso è l'effetto d'una passione, che le leggi fondate nella giustizia non hanno difficoltà di talvolta scusare (4).

La pena con titolo di difesa mira al futuro, nè al futuro l'uomo, dalle di cui mani deve escir la legge, può provve-

---

(1) Vedasi la sottigliezza d'ingegno e di strattagemmi con cui a quella pesca si fanno i furti. Rennel's « Introduction to a memoir on the Geography of the India » e il coraggio che l'amor del guadagno ispira al pescatore onde non curare l'esempio di uomini frequente mente uccisi e divorati dal pesce che infesta que'mari.

(2) Vedasi il lib. 2. cap. 11.

(3) « . . . . . *Video meliora proboque*
« *Deteriora sequor*.

(4) Vedasi il lib. 2. cap. 11.

dere se non con un calcolo. Se si vuol ponderare il requisito *intrinseco* della pena, come male sufficiente a farne temer la minaccia, conviene intraprendere questo calcolo con chi è l'oggetto della minaccia, vale a dire col facinoroso, e farlo come egli medesimo lo farebbe.

Se si prescinda dal caso rarissimo mentovato qui sopra, la impresa delittuosa è pel tristo una mera speculazione. Egli cerca il bene nella materia illecita come può cercarlo nella lecita qualunque speculatore; nè può conseguirlo se a consumato delitto non resta ignoto, non potendo in diverso caso goder de' frutti che ne sperò. Per opporre un ostacolo al tentativo basterebbe dunque la legge che erige l'azione in delitto, e la legge che obbliga a restituire ed indennizzare, purchè la prima avesse mezzi da render certo lo scuoprimento del delinquente, perocchè cesserebbe nel facinoroso, purchè pazzo non fosse, ogni interesse ad offendere. Ma egli commettendo il delitto ha mostrato di fare abuso della libertà: che a lui lasciava e proteggeva la legge: onde per impedire un nuovo abuso in lui, o un tentativo di abuso ne' pari suoi la legge è costretta a toglierla, come un'arme di cui si è valso per offendere altrui. In questo solo rigore appariscono tutti i requisiti *intrinseci* e tutti gli *estrinseci* della pena. Esso è un male mentre la perdita della libertà è tale per certo: il suo timore non è un sentimento ma dipende da un calcolo che il tristo dee fare, e che a lui dimostra o come pazza o come disperata impresa il delitto. La sufficienza di questo male a fornir la difesa è dimostrata non tanto nell'animo de' tristi quanto in quello de' buoni, essendo stato già dimostrato che conosciuto l'autor del delitto, postolo sotto la mano della giustizia, e usato il mezzo necessario a impedire l'abuso della libertà in chi vi fosse inclinato, la opinione della propria personal sicurezza in tutti ritorna (1).

Questi salutari effetti si ottengono senza bisogno di dolor fisico: senza tormentosi apparati con titolo di pubblico esempio: senza bisogno di ricorrere alle idee di correzione, o di emenda del danno. La pena con titolo di difesa è tale in grado supremo, sia che si esamini nell'effetto che il suo timore dee produrre sull'animo dei tristi, sia che si esamini nell'effetto nella sua applicazione dee produrre nell'animo de' buoni, come mezzo necessario a far cessare le inquietudini che la offesa risveglia.

Questi ragionamenti riposano tutti sul dato della inevitabi-

(1) Vedasi il *lib.* 2. *cap.* 5.

lità della pena. Le pene religiose, le naturali sono efficaci perchè inevitabili: eppur talvolta la umana malvagità le disprezza. Non può la legge degli uomini presumere una perfezione maggiore di quella di Dio e della natura, e se la esperienza dimostra che sotto un sistema di pena di forza meramente morale il delitto osa turbar l'ordine della città, la esperienza dimostra lo stesso infelice fenomeno sotto sistemi di pene di forza meramente fisica e tormentatrici della umana sensibilità (1); la qual cosa fa certi, che la pena è spesso insufficiente al suo scopo non perchè non è abbastanza crudele, ma perchè, o più crudele o più mite, ella non può divenire per la umana perversità inevitabile (2).

La pena è un'arme nella man della legge; e perchè pena sia basta che ella abbia l'attitudine a produrre l'effetto a cui ella è destinata. Ma se l'arme resta inoperosa ed immobile nella mano che la stringe perchè il nemico che ne dee esser colpito o passa lontano o passa invisibile, l'evento sinistro non può attribuirsi alla cattiva tempra dell'arme, ma alle circostanze che impedirono di farne uso.

La forza morale della pena sta tutta perciò nella forza morale, che la legge sa dare a se stessa. Ma si scambia spesso in questo delicato problema la via, e si crede che aumentando il rigor della pena sia aumentata la forza morale, che il suo timore dee esercitare sugli animi.

Laonde la legge, se vuole aumentare la forza moral della pena, più che al suo rigore fisico dee mirare a stabilire la opinione della sua certezza, lo che col rigor non si ottiene. Dalla minaccia della pena scritta nella legge alla sua applicazione o è difficile di giungere o vi ha un grande intervallo e ben'altro che quello di cui parlò l'antico proverbio (3). La forza non si scrive: pochi fra i tristi conoscon le lette-

---

(1) Narra con errore la storia, che sotto il sanguinario regno di Enrico VIII. in Inghilterra settantaduemila giustiziati (altri dicono 76,000 *Annal. de legisl. vol.* 1. *pag.* 330) ebbero mozzo il capo sopra il patibolo a ragione di quattromila all'anno, e ciò non pertanto le cose andarono di male in peggio. Roscoe *Osservazioni etc. pag.* 19.

(2) A questa condizione delle umane leggi si riferiscono i noti versi di Claudiano,

« *Extruite immanes scopulos, extollite turres*,
« *Cingite vos fluviis, vastas opponite sylvas*
« *Non dabitis muros sceleri.*

In Inghilterra il furto è punito colla morte. Wikens ufficiale di polizia riferì, che nel solo contorno di Bassingal-Street a Londra erano stati commessi furti per lire sterline quindicimila senzichè alcun ladro fosse stato scoperto. Roscoe. *Osservazioni etc. pag.* 14. *not.* 1.

(3) « *Inter os et offam multa cadunt.*

re, e meno ve ne sono i quali sapendole abbian letto e meditata la legge penale. Per le classi dalle quali escono i delinquenti la legge è nelle forze attive e visibili della società conosciute per abitudine come protrettrici dell'onesto e del giusto; de' quali ha ogni uomo, voglia o non voglia, i semi nel cuore. Queste forze fanno rammentar quelle che più specialmente si dirigono a rintracciare i delitti, ed i loro autori. La opinione del maggiore o minor grado di attività di queste forze forma se non il solo almeno il più grande ed efficace elemento della forza morale della legge o delle minacce che ha proclamate, e la migliore disposizione di queste forze può sola produrre questo grande vantaggio politico (1).

I delitti che più frequentemente commettonsi, e che più minacciano la sicurezza sociale son quelli, che consistono nell'altrui spoglio, o in mezzi che all'altrui spoglio conducono, onde il frutto, che chi gli commette ne spera ha per condizione necessaria la impunità. Sonovi invero alcuni delitti, sebbene fortunatamente assai rari, i quali consistono in quell'azione, o in quel fatto appunto che la passione che gli anima desiderava quali sono i delitti dell'amore, e dell'odio, disinteressati sempre, fatali alla personal sicurezza e talvolta crudeli.

Ma anco relativamente a questi delitti e alle passioni, che gli animano la forza morale della pena come minaccia è in un bivio, da cui non può escire. Se la volontà nemica dell'ordine si muove alla offesa usando l'arte e l'astuzia, è certo che ella calcola; e, se calcola, il timor de' mali accennati qui sopra è più che sufficiente a rimuoverla almeno che il calcolo non presenti facile la impunità. Se la volontà nemica dell'ordine si muove all'offesa non con astuzia ma con violenza a viso aperto, e quasi sfidando il rigor della legge, ella non calcola, e qualunque grande ed acerbo grado di fisico dolore futuro non può essere da chi non calcola posto in bilancia per confrontarlo con un sentimento presente (2).

Un sentimento encomiabile di umanità può consigliar la legge a spogliarsi di ogni rigore, che ridondi in dolor fisico di chi l'offese. Ma se il dolor fisico di chi oltraggiò la natura e la legge fosse il mezzo necessario per allontanare un

---

(1) Tutto questo è soggetto del metodo giudiciario destinato a ridurre la pena di *dritto* a cosa di *fatto*.

(2) Debbonsi a questa e non ad altra causa riferire i delitti rammentati dal Vasselin *Théorie des pein. capit.* §. 7. dal Servin *De la legislat. crim. liv.* 1. *chap.* 1. *art.*. 2 §. 1., e dal Lucas *Du système pénal etc. pag.* 222. *not.* 1.

nuovo simile oltraggio, la umanità scaccerebbe lungi da sè chi non n'ebbe, e dovrebbe divenire inumana per conservarsi. Il legislatore Toscano mostrò che queste contradizioni son tali in logica ed in politica, e che la umana giustizia non ebbe bisogno mai di divenire inumana (1).

Per una salutare ed ammirabile economìa della natura è questa una verità indipendente da qualunque circostanza di luogo, di tempo, di clima, di maggiori o minori progressi di cognizioni, di caratteri e di abitudini umane.

In materia de' proprj personali interessi tutti gli uomini calcolano nel modo medesimo, e forse son più acuti calcolatori gl'ignoranti de' dotti, avendo la mente meno distratta da cose le quali scemano il tatto delle circostanze e de' fatti. Ove si tratta d'un calcolo non è da parlar della fibra più o meno dura del corpo, dal che alcuni assai ridicolosamente voglion far dipendere la dolcezza o l'acerbità de' supplizj (2). Se il valor della pena dipende da un calcolo di circostanze e di fatti, non vi ha selvaggio che non lo faccia esattissimo (3).

Alcuni per istabilir la efficacia del dolor fisico ricorrono alla circostanza d'un aumento che avvenga nel numero de' delitti e de' delinquenti (4). In questo caso è evidente per le cose dimostrate qui sopra, che ne sono aumentate le cause, e colle cause le speranze d'impunità, i quali due mali colla crudeltà non si medicano (5).

---

(1) Furono dichiarate *barbare ed inumane* le pene della *mutilazione*, del *bollo*, della *corda ec.* Cod. Leopold. *Art.* 44. 39.

(2) La Corte di Giustizia Criminale della Borgogna nelle sue osservazioni al codice penale parlava della necessità di scuotere gli *uomini grossolani. Osservations des Tribunaux criminels sur le projet de code etc. Paris an. XIII.*

(3) Basta leggere i viaggiatori per conoscere la fina sagacità con la quale si comportano i selvaggi per rubare, i negri per uccidere, e a qual grado calcolano per meglio riuscirvi.

(4) Si è preteso di desumere questa regola dal giureconsulto Saturnino *Dig. lib.* 48. *tit.* 19. *l.* 16. §. 10, la qual legge ebbe erudita illustrazione da Guglielmo De Ranchin *Variae lectiones lib.* 1. *cap.* 11. Paolo Risi ha sostenuto che il giureconsulto accenna in quella legge un fatto, ma non vuole insegnare un principio. *Animadvers. ad crimin. jurispr. pertinentes pag.* 106. *et seq.*, Grozio *De jur. bell. et pac. lib.* 2. *cap.* 20. §. 35., e Puffendorf che gli va dietro *De jur. nat. et gent. lib.* 8. *cap.* 3. §. 23. si pongono in una singolare contradizione. La legge nel costituirsi deve crescere il proprio rigore: il magistrato nell'applicarla dee mitigarlo, amendue per la ragione medesima dell'aumentato numero de' delinquenti.

(5) Da un ragguaglio scritto da un giudice della Contea di Somerset-Shire, e conservato da Strype (*History of Great Britain etc. by* James Petit Andrews *London.*) si vede che « nel corso di un anno » quaranta persone nel circondario della Contea furon giustiziate per

Heineccio buon civilista e meschino politico, temè che la dolcezza delle pene in uno stato potesse chiamarvi i malvagj degli stati limitrofi ove regnasse la crudeltà (1). Sì se gli uomini per commetter delitti fossero usi a intraprendere pellegrinaggi, i quali non s'intraprendono se non pitoccando o spendendo: se il commettere delitti utili a chi ne concepisce il progetto non esigesse una cognizione di circostanze di luogo, di tempo, di persone e di cose, sulla qual cognizione un forestiero partendo con quell'oggetto dal suo paese non può contare, e se la dolcezza al confronto della crudeltà variasse i dati già calcolati della impresa delittuosa.

Per la ragione medesima non è valutabile la opinione di quegli scrittori, i quali pensano che un sistema di leggi crudeli non possa ad un tratto cambiarsi, ma debba il passaggio dalla severità alla dolcezza accadere lentamente e per gradi (2). Fra tutti i falsi ragionamenti in questa materia questo è il più tenacemente preoccupato della efficacia del dolor fisico. Il solo paragone coll'effetto de' liquori forti lo può sostenere, e certamente un palato abituato alla cervisia troverà snervato, debole, senza sapore il montepulciano, non ostantechè dichiarato da uno de' nostri più gentili poeti fra tutti i vini il sovrano.

La nomenclatura di *dolcezza*, colla quale si è voluto indicare il carattere d'un sistema penale è stata tacciata d'insignificante ed impropria (3). Questo vocabolo nato in Italia, educato in Italia (4), e divenuto un fatto in Toscana, censurato

---

« furti e altre ruberie: trentacinque ebbero la mano bollata da ferro « candente: trentasette furono frustate, e centottantatrè accusate ma » assolute sebbene facinorosi diffamati ». Il numero de' vagabondi e ladri, soggiunge lo storico era tale, che se fossero stati riuniti e disciplinati sarebbe stato bastante a dar battaglia a più possenti nemici della Regina Elisabetta. Se erano numerosi i misfatti ciò non era per difetto delle leggi penali. Lo spergiuro ed il falso erano puniti col taglio delle orecchie: la falsa moneta era delitto di alto tradimento. La maniera di procedere spedita e semplice. I vagabondi erano fatti schiavi, e i Boemi (indovini) erano dichiarati debitori di fellonìa ec.

(1) *Ad Grot. de jur. bell. et pac. lib.* 2. *cap.* 20. §. 12. *num.* 3. Pescatoro *Saggio intorno diverse opinioni ec. su i delitti e le pene pag.* 129. Heineccio osa sostenere, che avendo il Vescovo di Witzburgo abolita per motivi di religione la pena di morte pel furto, tutti i ladri degli stati circonvicini inondarono il suo. Non si è veduto a' di nostri accader niente di questo in Toscana. Si vede che quel Vescovo intendendo il governo delle anime non intendeva quello della città.

(2) Birnbaum *Dissert. de peculiari act. nostr. jur. crim. ref. stud.p.* 82.

(3) Bentham *Théorie des peines et des récompenses vol.* 1. *pag.* 50 confutando il Beccaria.

(4) Il Risi *Animadv. ad crim. jurispr. pertin. pag.* 96. e il Renazzi

da un campione delle parlamentarie riforme mostra con queste sue vicende due cose: primieramente; che i grandi pensieri ebbero sempre in Italia la loro culla: in secondo luogo, che la perizia ne'calcoli della politica libertà non è sempre segno di un eguale valore ne' calcoli della giustizia.

CAPITOLO III.

Carattere giuridico della forza costituente la difesa repressiva nella pena.

Sogliono i dipintori rappresentar la giustizia assisa e colla benda sugli occhi, imagine la quale conviene alla giustizia, che presiede all'applicazione della legge già fatta ma non a quella della legge da farsi, la quale non vegliando l'interesse dell'individuo, ma quelli della intera umanità, non si asside in un luogo determinato, ma spiega sublime il suo volo e fissa al pari dell'aquila l'acuto suo sguardo nel sole onde segnare a tutte le morali forze create i confini, che ne debbono circoscrivere la energia (1). Se il dritto politico è l'ausiliario non il conquistatore del gius di natura, fonte d'ogni giustizia indipendente dal fatto dell'uomo, la forza che quello crea per meglio difendere e la prerogativa di questo e la propria, sarebbe una cieca forza e brutale, se non avesse un carattere che ne rendesse conciliabile l'esercizio co' sacrosanti diritti dell'onesto e del giusto. Così considerando le cose il dritto politico non può costituir forze destinate a proteggere la giustizia se non col suo voto: lo che dimostra la erroneità di coloro, i quali credono il principio politico umano capriccio, interessata veduta di utilità, in odio, non che ignorato, alla morale ed alla giustizia.

Mal si avviserebbe chi credesse trovar tutte le combinazioni favorevoli alla sicurezza dell'uomo nella umana *coscienza*. Questa forza, salutare allorchè ella concentrata e passiva nell'individuo onde tenerlo lontano dalla giustizia, diverrebbe una forza cieca, prepotente, senza limiti e senza freno allorchè volesse uscire dalla sua sede, e divenire attiva nell'amministazione della giustizia: perocchè il suo primo sintoma sarebbe quello da farsi legislatrice e giudice nel tempo

---

Elem. jur. crimin. lib. 2. cap. 4. §. I. II. III. IV. V. amendue insigni giureconsulti, illustrarono il domma giusto e politico della *dolcezza*.

(1) La iconografia non fu esatta, nè espressiva quanto le conviene d'essere nel frontispizio del libro *de'delitti e delle pene*, il quale presenta la figura della giustizia seduta e bendata.

stesso, punendo e credendo dover punire senza che la legge avesse stabilita una pena (1).

Se il punire l'innocente può essere un mezzo politico atto a risvegliare il terrore, la forza di questo mezzo, di pretto dominio del sentimento, ai moti del quale non può avere il suffragio della ragione, e divenire forza morale di opinione favorevole al rispetto ed all'amor per le leggi.

Quindi il primo e più essenzial requisito giuridico della pena è quello che il suo rigore quasi si soffermi tutto sul capo di chi offese la legge, nè all'intorno si spanda sopra altri. Se tutti intendono che la pena, dopo aver la forza morale che le conviene, dee essere dolorosa pel solo reo, apparir tale per i suoi pari, ma consolatrice e rassicuratrice per gli amici dell'ordine, pochi esaminarono colla dovuta esattezza quali pene soffrano per così dire una ripercussione e dal reo si estendano ad innocenti individui. Simili pene son ben altro che *aberranti* (2), nomenclatura la quale è atta a denotare un estrinseco anzichè un intrinseco vizio; e il chiamarle *ingiuste* ne fornirebbe una migliore e più esatta.

Di questo vizio appariscono infette le pene di semplice fisica forza sulla struttura organica del delinquente. La sensitiva natura degli esseri stabilisce tra loro quasi una cognizione reciproca, i vincoli della quale hanno sul cuore un impero, che niuna moral riflessione potrebbe distruggere. I fisici strazj del corpo se non avessero contro di sè come pena il voto della politica avrebbero quello della giustizia, non essendo giusto che il senso di umanità ne' buoni sia tormentato nel tormentare il malvagio, il quale uomo è pur sempre: la qual riflessione aumenta di forza se si tratti d'un padre, o d'un figlio o d'un paziente il quale abbia altri stretti congiunti di sangue con lui (3).

---

(1) Così da pretto moralista insegnò Cicerone. *Or. in Verr. I. c. 42.* Allorchè a Roma punivasi *ex moribus* (colla coscienza) ciò facevasi senza testo di legge. Niebuhr *Storia romana lib. 2.* Abbeg. *Diss. de antiquo jur. roman. §. 34.*

(2) Bentham *Traités de legislat. civil. et pénal. 2.*

(3) Capì ben la tirannide questo secreto, e ne usò. Luigi XI. fu il più ingegnoso interpetre politico della celebre *L. Quisquis. cod. ad. l. Juliam majestatis* tratta dalla sua vera sede dalla milizia di Triboniano Gothofred. *Comem. ad cod. Theod. lib. 9. tit. 14. l. 3.* Egli non seguì la lettera della legge trucidando gl'innocenti figli del Duca di Nemours ma ne seguì lo spirito, facendoli collocare sotto al palco ove ebbe il padre mozza la testa onde il sangue suo aspergesse la loro. Narra il fatto Brissot De Warville *Théorie des loix criminelles vol. 1. p. 303. not. 127.* È curioso il vedere Bentham *Traités de legislation civil. et penal vol. 2. pag. 393.* inventando la nomenclatura delle *delle pene di simpatia* onde dare alla tirannide un vocabolario, le combatte poi con ragioni troppo, a dir vero, *empiriche.*

La distinzione tratta dal dritto civile tra il danno inferito *direttamente* e l' inferito *conseguenzialmente* con un atto al quale chi lo esercita avea diritto, è applicabile alle cose delle quali l' uomo può disporre, e potrebbe perciò giustificar la confisca se altri principj non la dimostrassero ingiusta, ma non è applicabile alle cose delle quali l' uomo non può disporre, come della propria sensibilità (1).

Se gli antichi valutarono come indisponibile cosa nell' uomo le sue membra soltanto (2), nè mostraron conoscere le simpatie, per le quali la sensibilità di un uomo è angustiata pe' fisici patimenti del proprio simile, non avendo avuto neppure nel loro linguaggio parole destinate ad esprimerla, la corrotta filosofia d' Epicuro da un lato, e l' abuso della crudeltà dall' altro (perocchè per lo più non vi ha uomo più del voluttuoso crudele) produssero e perpetuarono fino a noi questo stato di cose.

Fu tale nelle penali materie il criterio del dolor fisico che, discutendo quando e come altri possa divenire o *fidejussore* o *espromissor* della pena decretata al delinquente, uno scrittore encomiabile per la sua umanità e per la sua giustizia non dubitò di asserire potersi ciò praticare nella pena di relegazione e di esilio (3), calcolando l' effetto di questa pena per i soli piaceri del corpo, e niente valutandola per le angustie dell' animo (4).

Una pena non può apparir giusta, e come tale far sentire la forza morale della legge sugli animi se non s' immedesima, per così dire, colla imputazione di cui ella è un sostegno e un appoggio, e non le va più che compagna seguace. Se la pena dimostra e spiega una forza maggiore di quella che la mente umana ravvisi nella imputazione, ella di ausiliaria diviene conquistatrice, e sostituisce alla giustizia

---

(1) Grozio *De jur. bell. et pac. lib. 2. cap. 11. §. 10. num. 3.* così pretende giustificar la confisca, premettendo l' esempio di colui il quale scavando con dritto un pozzo devia la vena all'acqua, di cui profittava il vicino, esempio tratto da Ulpian. *Dig. lib. 39. tit. 2. l. 24 §. 12.*

(2) Dig. *Lib. 9. tit. 2. l. 13.*

(3) Ant. Math. *De criminib. ad lib. 48. dig. tit. 14. cap. 2. num. 16.*

(4) Puffendorf. *De jur. nat. et gent. lib. 8. cap. 3. §. 32.* discute sul serio se il mallevadore *de judicio sisti, et judicatum solvendo* in causa capitale non rappresentando il reo debba essere ucciso in sua vece, o se ne sottragga col pagamento del danno patrimoniale. La opinione della efficacia politica della pena toglie facilmente il criterio. Quello scrittore, unicamente occupato di salvare il mallevador dalla morte, e pure non volendo toglier tutto alla pena, concede (come se il caso lo permettesse) ch' egli possa essere ucciso se prestò cauzione, perchè il delinquente più facilmente fuggisse.

la prepotenza, e al dritto la forza: mentre ella altro che forza in se medesima non essendo non può acquistare carattere di legittimità che nel titolo che a questo effetto il solo dritto può darle. Se la imputazione altro non è se non un umano giudizio o di diritto o di fatto, o misto dell'uno dell'altro, niuno umano giudizio può reputarsi infallibile, e, poichè il pericolo dell'errore gli è sempre inerente, dee se pazzamente presuntuoso non sia, lasciar sempre aperta la strada alla correzione dell'errore onde ripararne gli effetti (1). Le pene consistenti in irreparabili mali non son dunque quelle che più alla giustizia gradiscono, e gli uomini amici dell'onesto e del giusto, guidati da questa considerazione, e dovendo decidere tra l'effetto politico del terrore, ed il voto della giustizia, preferirono alla ingiustizia la impunità (2).

La inseparabile connessione che lega alla imputazione la pena, ove il suo politico effetto non sia una petizione di principio col supporla efficace perchè ella lo è, convertendola in istrumento della giustizia, rende necessario che il male che la costituisce sia di sua natura tale da prestarsi senza difficoltà alla indole ed ai bisogni della imputazione di cui ella è non signora ma serva.

Ove la scienza abbia apprezzata la graduabilità dell'offesa considerata o per la sua forza morale, o per la sua fisica forza apparirà la necessità che la pena, la quale viene scelta come difesa, consista in un male di natura sua graduabile. La vicinanza d'un grado all'altro: spesso il modo col quale due gradi insiem si compenetrano, e fanno nascere una quantità quasi anomala: la lor lunga scala dal sommo all'imo, sono altrettanti bisogni di una grande quasi duttilità e graduabilità del male in cui si fa consister la pena.

Il dolor fisico come materiale della pena è di sua natura pochissimo graduabile. Esso agisce nello spazio ma non nel tempo, e lo spazio su cui agisce è il corpo a cui si applica. Ma sarebbe difficile apprezzare i varj gradi della sensibilità del corpo dell'uomo onde formarne altrettanti gradi di pena; e se ciò volesse tentarsi la giustizia penale si convertirebbe in una giustizia chirurgica (3). Le pene che agi-

---

(1) Bello è l'epifonema del Bentam, *Traitès de legislat. civil et penal vol. 2. pag. 407*, « *Debo'i e inconseguenti che siamo! Giudichiamo come esseri limitati, e puniamo come esseri infallibili* ».

(2) Vedasi il *lib. 1. cap. 11. in not.*

(3) Narra un viaggiatore essersi abbattuto alla punizione d'un ladro in Persia. Gli furon prima cavati gli occhi, poi tagliate le mani, poi le orecchie, poi il naso, indi fu strangolato, e non essendovi più campo allo strazio

scono nel tempo non nello spazio sono in eminente modo graduabili, come il tempo lo è: onde la perdita della libertà avendo questo carattere è quella che la giustizia consiglia.

Le idee di giustizia nella loro pratica applicazione specialmente ne' sistemi della legge da farsi, allontanandosi dalla semplicità del lor primitivo concetto sembrano nel loro passaggio da questo a quella quasi cambiar di sembianza, la qual cosa non bene avvertita ha dato pretesto ad alcuni di sostenere, che la giustizia altro non sia se non un' utilità che le circostanze variabili sempre consigliano (1); onde i più scrupolosi e meno accorti, anzichè meditare come la giustizia nel suo primitivo concetto e nella sua pratica applicazione è sempre la stessa, concentrarono in quella ogni loro considerazione, e parteggiarono nelle materie penali per un giusto assoluto, ma ponderando come esso divenir potesse la più visibile giustizia sociale.

Il giusto assoluto tende a insinuar la eguaglianza tra la pena e il delitto. Questo principio nella sua applicazione alla società si cangia in una enorme ingiustizia. Il dritto politico non considera nel delitto se non la forza morale ne è cagione, e, se questa forza è tale che possa frenarsi colla minaccia e colla irrogazione d' un male minore di quello che il delitto produce, sarebbe ingiustizia patente il non farlo (2). In questo teorema è il principio politico, tanto dai declamatori abborrito, il quale serve alla giustizia di guida.

Ma il principio politico ha in se medesimo un criterio regolatore il quale dà i risultati medesimi della giustizia. Se la forza morale producente il delitto fosse mai di tal tempra, che per frenarla bisognasse minacciare e inferire un male maggior di quello in che il delitto consiste, il principio politico, non mirando più l' individuo ma la politica aggregazione di cui esso fa parte, e scorgendo i bisogni della pubblica prosperità, nome vano e mentito, ove la somma de' beni non stia almeno in proporzione perfetta con quella de' mali, ab-

---

della sensibilità ne fu trovato o nelle simpatie de' circostanti', o in qualche altro diabolico sentimento, e gli fu tagliata la testa. Nè questo basto. Il suo cadavere fu esposto per tre giorni nel *Bazar* o mercato pubblico. *Lettres d' un officier francais contenants la relation d' un voyage en Turquie, et en Perse pendant l' année 1807. pag. 115.*

(1) Hume' s *Essays and Treatises cit. nel v. 1. p. 130. n. 1.*

(2) Notai come il Servin non scorgesse bene la ragione di questa verità, e la scorgesse il Ch. Romagnosi *Elem. jur. crim. §. 268. in not.* Incomincia a scaturir qui una giustizia *empirica*, o come altri direbbe *materialistica* vale a dire nascente dal pratico raziocinio su i *fatti*. Non è dunque vero che l' esame de' fatti produca conclusioni di pretta *utilità*, e contrarie al *giusto assoluto*.

bandona la idea d' essere più crudele di quel che il delitto non sia (1), e coincide così co' suoi teoremi con quelli della giustizia. Tanto è vero che l'odioso nome di *materialismo* gittato in faccia al principio politico è spesso la meditata o la involontaria soperchieria di chi, non volendo affaticarsi per colpir *giusto*, si contenta e si studia di colpir *forte*.

Un frasario, divenuto pressochè abituale alla scienza, richiede nella pena tre caratteri che suppongono non solo ad essa per il suo politico oggetto inerenti, ma inseparabili eziandio tra di loro, la *certezza*: la *prontezza*: la *pubblicità*.

Non è stato osservato che i due primi caratteri presentano un assurdo logico tra loro, perchè non potendo esser certa la pena che in quanto ella con sicurezza colpisce il capo dell' offensore, e non potendosi questa sicurezza ottenere se non co' metodi indagativi del vero, è un assurdo il pretendere una proposizione vera e sollecitamente stabilita nel tempo medesimo: che il carattere della certezza non conviene alla pena: che quella della sollecitudine è alla giustizia contrario: e che la pubblicità, piuttostochè servir la politica, è necessaria a rassicurar la giustizia.

Dir che la pena debbe esser certa è esprimere un desiderio giustissimo, ma non una verità. Le abitudini della vita ci danno quelle della certezza facendocene prendere le prime e più radicate idee in ciò che agisce su i nostri sensi. Queste abitudini passando dai fisici oggetti ai morali si mantengon le stesse, nè alcuno si accorge della differenza enorme che passa tra gli uni e tra gli altri. Per questa via l' uomo passa alla presunzione della infallibilità, non essendo veruno a se medesimo consapevole dell' arroganza de' proprj giudizj. Il requisito della certezza, maniera di essere dell' animo umano relativamente alla fede ch' esso presta ad un fatto o a una proposizione, non può esser mai nella pena, la quale, se si considera quanto alla scelta, è un male, e quanto alla minaccia, è il bisogno d' incuter timore. Le circostanze che rendono o certa o incerta l' applicazione della pena son tutte fuor de' dati che la costituiscono, come fuor del dardo destinato a colpire un bersaglio è la maggiore o minore destrezza di chi lo scaglia.

La opinione della efficacia politica del terrore, la quale da ogni parte caccia fuori il capo nelle cose relative alla sicurezza sociale, ha fatto credere che tanto più la pena potrà

(1) Il Renazzi *Elem. jur. crim. lib. 3. cap. 4. §. 5.* spiega con molta chiarezza il principio.

produrre il suo politico effetto quanto più il tempo della sua applicazione sarà prossimo a quello in cui è stato commesso il delitto. Il dolor fisico per non eccitare la pubblica compassione ha bisogno d'un antidoto a questo sentimento tanto all'uomo connaturale in quello della vendetta o dell'odio (1). A questo scopo può mirabilmente servir la prontezza, con cui viene applicata la pena: imperocchè quanto più il sentimento della vendetta e dell'odio, che possa aver risvegliato il delitto, è stato cancellato dal tempo più i tormenti al delinquente inferiti ecciteranno la compassione pubblica verso di lui. Le passioni per indole della loro vivacità hanno bisogno d'un ristretto spazio di tempo. La riflessione abbraccia e signoreggia il tempo e lo spazio. Se le pene sian tali che la opinione della lor forza si formi tutta colle meditazioni dell'animo, e non colle afflizioni del corpo, all'effetto politico della pena basta che ella sia stata subita da chi offese la legge, poco rilevando che ciò avvenga o più presto o più tardi: perchè, sebbene la memoria del delitto si fosse cancellata dalla memoria degli uomini, la persuasione che la pena è irrogata ad uno che ha commesso il delitto assicura per se sola il suo salutare ascendente sull'animo loro (2).

Nell'applicazione della pena la prestezza non ha il suffragio della saviezza e della giustizia, e i *Luca fa presto*, se hanno guastata l'arte, non son buoni ad accomodare la legge. Tra noi la sollecitudine è dalla legge inculcata per abbreviare la detenzione de' carcerati non per accelerare la irrogazione della pena, la quale è sempre utile quando ella è giusta.

Avvi una pubblicità di *dritto*, e ve ne ha una di *fatto*. Il documento autentico è pubblico senza essere stato redatto o per le piazze o pe' trivj. Uno spettacolo deve esser visto da tutti: deve essere accessibile al pubblico, perchè a chi non lo può vedere non sarebbe spettacolo. Se si seguisse la immaginosa opinione di chi vorrebbe convertir gli atti della giustizia sociale in rappresentazioni drammatiche, converrebbe che la loro esecuzione cercasse le sommità le più alte per rendersi cospicua alla maggior possibile popolata superficie di suolo, come i Greci per render più cospicuo il lor Giove lo collocarono sull'Olimpo, monte il più alto che conosces-

---

(1) Il metodo *exaustivo* del Bentham sviscerando tutto quel che è dentro a una idea complessa ha inventata una *sodisfazione vendicativa*. *Traitès de legisl. civil et penal vol. 2. chap. 16.* Ammettendo questi principj si corre rischio di dovere ammettere i così detti *giudizj di zelo* i quali riuscirono così micidiali a S. Stefano, e così pericolosi a S. Paolo, ingiusti nell'un caso e nell'altro. *Act. Ap. VII. 57. XXIII. 13.*

(2) Vedasi quanto è per esser detto sulla *prescrizione*.

sero (1). La spettacolosa pubblicità è necessaria alla pena di dolor fisico, perchè l'effetto de' patimenti sul corpo dell'uomo ha bisogno degli occhi per esser veduto e sentito dai circostanti. La pena che ha la sua forza dall'animo non ha bisogno di questi ajuti. La sola legale certezza che ella è stata irrogata basta al suo effetto. Se per render legale una esecuzione nelle materie del dritto privato non è necessario chiamare il pubblico perchè vi assista, non è neppur necessario nelle materie del dritto penale. Se la pena non eserciti come il dolor fisico tutta la forza sua nello spazio, sicchè la sua applicazione abbia bisogno di colpir come il fulmine il quale scoppia, distrugge e sparisce, ma la eserciti nel tempo, la situazione permanente e a tutti visibile a cui il condannato è costretto, è una del pari permanente testimonianza della sua arrogazione, nè ha bisogno di altro apparato onde avere la notorietà che le è necessaria per essere un mezzo di sicurezza sociale.

CAPITOLO IV.

Della pena di morte.

Slogar le ossa dell'uomo ed infrangerle: tanagliar le sue carni: infondervi sopra il liquefatto piombo: segnarle con ferro candente: mutilarne le membra, come un potatore taglia i rami d'un albero: tutte queste inumane e stomachevoli operazioni non si videro mai nè congiuntamente nè separatamente usar nella guerra che l'uomo è costretto a fare nella necessità di difendersi, non che dal suo simile, dalle bestie feroci che minacciano la sua vita.

Ma uccidere altrui per difendere se stesso fu sempre un atto lacrimevole sì ma da tutte le leggi divine ed umane permesso. La morale coi sublimi consigli può suggerire all'uomo l'annegazione di se medesimo, la rinunzia ai proprj diritti piuttostochè nuocere altrui: inspirare il santo e salutare

---

(1) Quintil. *Decl.* 275. « *Queties noxios crucifigimus, celeberrimae eligantur viae, ubi plurimi intueri, plurimi commoveri hoc meta* (altri *motu*) *possint* ». Vedete le umane contradizioni! Divisa la Europa in più stati, erigendosi il patibolo sul confine, lo stato limitrofo avea diritto che fosse situato in modo che la sua ombra più lunga non arrivasse al suo territorio. Schneidewin in *Tract. de feud. part.* 2. *num.* 73. Le costituzioni di alcuni paesi esigevano la distanza di ventiquattro cubiti all'effetto che il numero degli spettatori non danneggiasse le raccolte dello stato vicino. Boehmer. *Elem. jurispr. crim.* §. 315. Ecco i disordini che per meglio difender l'ordine producono i *drammi* desiderati dal Bentham.

aborrimento per la espansione del sangue dell' uomo: consigliare a subir la morte piuttostochè darla ad altri; ma questi principj, i quali, sentiti e praticati da tutti renderebbero tra gli uomini, o associati o non associati tra loro, inutile ogni difesa; sentiti e praticati da pochi diverrebbero altrettanti mezzi di offesa pel maggior numero, ed esporrebbero i buoni alla brutale tirannia de' malvagj.

Queste riflessioni dimostrano che la questione da tanto tempo agitata sulla pena di morte non ammette, ond' essere imparzialmente discussa, nè il fremito d' un sentimento di umanità che comincia dal tacciarla di legale assassinio (1), ne la esaltazione della morale, qualunque sia il titolo di cui ella, sebben giustamente, si ammanta. (2). Nella più gran parte de' casi uccidere non è assassinare, e nella dura alternativa di veder correre il sangue o dalle vene dell' ingiusto aggressore, o da quelle dell' ingiustamente assalito, la scelta non può esser dubbiosa, e se altrimenti fare non si potesse converrebbe preferire la crudeltà giusta alla ingiusta.

Tutte le arti, che per difendere la umanità sono obbligate a farlo spargendo l' umano sangue, hanno procurato (nè questo è il meno che dobbiamo alla civiltà) di risparmiare, per quanto era loro possibile, la sensibilità umana. La chirurgia, la guerra si sono perfezionate, l' una per risparmiare il dolore, l' altra per essere men micidiale. Se la legale uccisione dell' uomo nacque dal seno della scienza, l' arte tentò ogni via per persuadere a sè ed agli altri, che la scure della legge può troncare il filo della vita della sua vittima senza che ella sia a sè consapevole, se non d' un dolore morale, del che tuttavia si disputa, almeno del più leggiero atomo di dolor fisico (3).

Se così fosse, la forza del timor di una morte legalmente inferita potrebbe avere un esame ed un dritto suo proprio da non confondersi col già esaurito sulla efficacia politica delle pene, le quali traggono dal dolor fisico tutta la loro efficacia. L' effetto della pena di morte sull' animo umano

---

(1) *Intorno alla pena di morte, lettera ad un amico, Lugano 1830. in princip.*

(2) Nell' anno 1826 l' illustre signor Conte De Sellon di Ginevra, e la società della morale cristiana in Parigi, si trovarono coincider tra loro nell' aprire un concorso alta migliore memoria sull' abolizione della pena di morte. Il presupposto della verità della tesi, e l' invito a darne la migliore dimostrazione, partivano dal dato, che una società cristiana non potesse tollerar quella pena: su di che vedasi qui appresso a *pag. 82, not. 2.*

(3) *Mémoires de la societé medicale d' emulation a Paris vol. 1. pag. 266. 293.*

scevro da ogni sensitivo principio potrebbe supporsi in supremo grado morale, prendendo ogni sua forza dal pensiero della privazione dei beni che si godon nel tempo, e del giudizio che aspetta tutti al passaggio dal tempo alla eternità.

Questo gran tema della pena di morte sembra al suo solo annunzio scuotere tutte le forze morali della umanità, perchè la umanità tutta e sola sente in esso la propria causa. La *religione*, la *storia*, la *statistica*, il *dritto della natura*, il *dritto politico*, i *sistemi* di ragionamento *speculativo* e di *pratico*, l'umana *autorità* si convertono in tante armi, colle quali in questo gran tema i contendenti combattono.

L'Areopago usò di udire e decidere le cause capitali deferite dalla legge alla sua cognizione senza retorica e in mezzo alle tenebre: onde nè il prestigio della parola, nè l'aspetto o simpatico o antipatico de' litigatori turbasse la rigida imparzialità de' proprj giudizj. Se le declamazioni, se il mostrar un oggetto morale pel lato, con cui può risvegliare le simpatie o le antipatie umane debbon bandirsi da una discussione che interessa, non un uomo o un paese, ma il genere umano, quella sulla pena di morte ha il dovere d'essere una questione areopagita.

La discussione di questo tema può incontrare un impedimento non una difficoltà nella *legge*, a cui è suddito chi l'assume. Ma, o la legge esistente abbia rigettata o abbia adottata la pena di morte, la scienza, di sua natura umbratile e solitaria, e patrimonio di pochi, non intende di armarsi o di armar altri contro la legge, e riflettendo che ella, se intende di proteggere con quella pena la vita dell'uomo e la propria, protegge nel tempo stesso la scienza, trova in questa riflessione seconda un titolo dalla legge medesima autorizzato, onde discutere come oggetto proprio uno dei più rilevanti del dritto.

Un impedimento e non una difficoltà presenterebbe pure la *religione*, o ella ordinasse, o ella vietasse la uccisione del delinquente. È stato dimostrato che l'antica alleanza tra Dio e gli uomini prescriveva la uccisione del delinquente, ma che la nuova colla traslazione del sacerdozio, e quindi della legge de' sacrifizj non ebbe altrimenti questo precetto (1). Nè vi sarebbe plausibil ragione per sostenere, che per la legge evangelica la uccisione del delinquente è vietata (2).

---

(1) Malanima *Commentario filologico-critico sopra i delitti e le pene secondo il gius divino cap.* 23.

(2) Le cose dottamente discusse dall'erudito Malanima per sostenere che per la legge di grazia non è lecito uccidere il reo *Op. cit. cap.* 38-39. non sembrano convincenti abbastanza, a concludere la sua tesi, e il con-

La *storia* offrirebbe pochi e dubbj soccorsi per la retta soluzione di questo grande problema. Interrogandola, si vedrebbe da un lato adottata la pena di morte per un lungo volger di secoli su tutta la superficie della terra abitata, in mezzo alle nazioni più illuminate e più colte; e dall' altro l'abolizione di quella pena apparire di quando in quando quasi brillante meteora, e dopo tempo non lungo sparire in epoche ed in paesi dissimili in carattere tra di loro. Ma ciò che dee recare meraviglia maggiore si è, che ne' tempi a noi più vicini la pena di morte apparisce *praticamente* approvata da que' governi medesimi, che *teoricamente* la dichiararono inammissibile, e (cosa più strana ancora!) ritenuta tenacemente in que' luoghi ove il popolo ha creduto governarsi più o meno da se medesimo, ed abolita nei luoghi ove un solo rappresentava la ragione pubblica dello stato (1).

L' esempio d' un' antica repubblica, la quale non contenta di avere abolito ogni afflittivo supplizio sostituì alla morte l' esilio del delinquente, non sarebbe allegabile ne' tempi moderni (2). Le leggi Valerie e Porcie abolirono la pena di morte non per un principio di umanità e di giustizia, non per un principio il quale avesse meditate le relative forze della offesa e della difesa della sicurezza sociale, lo che capir non poteva nella mente degli uomini a quella età (3), ma nello scopo di dare un maggior grado d' intensità alla prerogativa di cittadino, e quindi per un principio inerente alla costituzione dello stato (4). Quelle leggi provvidero ai

---

trario è con solide ragioni provato da Grozio *De jur bell. et pac. lib. 2, cap. 2. §. 10. num. 4. e seq.* Il Malanima volta le spalle a Grozio, che pur cita in un suo commento alla Bibbia. L' assunto di Grozio fu poi rinnovato da Pescatore *Saggio intorno diverse opinioni ec. cap. 8.*

(1) Qual più esecrando e crudele carnefice di Marat? Egli incoraggiava le umane carnificine nel 1793, e nel 1789 avea scritto contro la pena di morte. *Plan de législation criminelle, ouvrage dans le quel on traite des délits, et des peines etc. Neuf Chatel* 1789. colla ciceroniana epigrafe « *Nolite, Quirites, hanc saevitiam diutius pati etc.*»

(2) Cicer. *De republ. lib. 2. cap. 31.*, ed ivi l' eruditissimo Mai *pag. 192 not.* 5. ove nota, che la indicazione di tre Porcii autori di tre leggi del loro nome prima della scoperta di quel luogo non era stata fatta da alcuno.

(3) Vedasi il *lib. 1. cap. 14.*

(4) Sono notabili le espressioni di Cicerone *In Verr. V. c. 63.* « *O nomen dulce libertatis! O jus eximiae nostrae civitatis! O lex Porcia, legesque Valeriae!* Non sarebbe però storico paradosso il supporre, che il dritto di punir di morte fosse stato dalle leggi Valerie tolto ai Magistrati, e che il popolo a sè lo avesse riservato esclusivamente. Ved. Liv. *Hist. lib. 10. cap. 9.* Cicer. *Orat. pro Rabir. cap. 4.* Plutarch. *In Gracchо p. 836.*

bisogni d'un ceto non ai bisogni degli uomini: il loro effetto fu il privilegio di pochi non la legge di tutti, ed i pochi che ne goderono erano in casa loro Sovrani investiti del formidabil diritto di vita e di morte sulla moglie, sui figli e gli schiavi: non soggetti ad essere uccisi perchè potevano uccidere (1). La stessa prerogativa politica, che esentava il collo del cittadino di Roma dalla scure del littore, se era inviolabile per il dritto ordinario, non lo era pel dritto il quale costituiva il generale romano arbitro della vita e della morte dei proprj soldati, o per quello che in perigliosi frangenti della repubblica conferiva o ai consoli o al dittatore un illimitato potere (2).

La già notata contradizione delle leggi del medio evo, sanguinarie ed atroci pel delitto nell'ordine politico, disarmate d'ogni rigore per il delitto nell'ordine civile (3), non permetterebbe di trarre argomenti valevoli da quella età. Il pericolo, che allor corse la umana sociabilità di rimaner sepolta sotto le rovine della civiltà antica, e di perdere non che le sue organiche forze fin la idea di se stessa per la brutale e sfrenata azione delle passioni perturbatrici della giustizia e dell'ordine, obbliga a fuggir con orrore l'aspetto di quella età, nella quale la pena di morte non fu realmente abolita, ma il sangue del delinquente ebbe una tariffa per conservarsi, come n'ebbe una per circolare la merce soggetta a gabella.

La vigilante e severa amministrazione di Alfredo il Grande non potrebbe citarsi fra le storiche autorità o contrarie o favorevoli all'uso della pena di morte. Sorgono talvolta uomini di sì elevato ingegno nell'arte di governare, e di volontà sì ferma nello stabilimento e nel mantenimento dell'ordine, che la legge sembra animarsi del loro morale carattere: divenire di forza morta ch'ella è forza viva ed energica, e quasi per quella della opinione assidersi come permanente difesa allato ad ogni civile e politico stabilimento (4).

---

(1) Seneca *Controv. lib. 2. §. 3.*, Seneca *De banef. lib. 3. cap. 11.*, L. Pimez *Diss. de marito tori violati vindice, Lov. 1822. §. 5. 8.*

(2) Ved. il *lib. 1. cap. 6. in not.* Non è lecito onde aver armi più forbite per combattere una opinione alterare la storia ed i fatti fino al punto di paragonare i Romani del terzo e del quarto secolo ai Francesi col loro Imperatore alla testa nel nostro, come parlando delle leggi Valerie e Porcie ha fatto Lud. Henr. Colinez. *Responsio ad quaest. jurid. de mortis poena etc. p. 96 98.*

(3) Vedasi il *lib. 1. cap. 14.*

(4) Non so quale sia lo storico che ha scritto avere Alfredo il grande abolita la pena di morte per tutti i delitti, eccetto l'alto tradimento, confor-

Dall' amministrazione di Alfredo il Grande si può con ragione passare a quella d' un più moderno legislatore, lasciando addietro le abolizioni della pena di morte, alle quali furono causa o principj, i quali alla politica non appartengono (1), o la pratica di supplizj più crudeli ed orribili della uccisione del reo (2). Ma questo istantaneo passaggio il quale supera la distanza di dieci secoli mostra già che se le forze morali dell' uomo possono rassomigliarsi tra loro in due o pochi individui non è lecito sperare questo confronto medesimo nella forza moral delle leggi.

Non è vero che l' abolizione della pena di morte sia provata dalla storia come mezzo il quale per sè solo sia stato efficace a diminuire i delitti. Se un grado maggior di rigore nella legge penale può essere inutile per dare alla difesa della sicurezza la forza politica che le abbisogna, un grado minore sarà un' inutilità di meno, un omaggio che la legge rende alla umanità ed alla giustizia, ma per quanto a lei spetta ella non potrà lusingarsi che un rigore minore, oltre all' operar come remora sufficiente delle passioni nemiche dell' ordine, faccia un passo di più: cessi d' esser rigore, e si converta in un principio simpatico il quale ne cambi la tempra, e le converta in amiche e garanti dell' ordine. La storia presenta i delitti da un' epoca all' altra, dall' una all' altra amministrazione diminuiti, o sussistendo o non sus-

---

me osserva Lucas *Du systeme penal etc. pag. 354.* Non saprei neppure ammettere, che Guglielmo il conquistatore facesse lo stesso come il medesimo scrittore afferma sulla fede d' uno storico delle leggi inglesi. La storia narra che in Inghilterra il Re Canuto abolì la pena di morte pel furto, ma altro non dice. *An History of England etc. by John Linghard vol. 1. chapt, 7. app. 1. pag. 412.* È cercare il nodo nel giunco l' andare spigolando nella storia antica l' abolizione della pena di morte alle falde del Caucaso. Strabo *Rer. geograph. lib 17.*, o in Egitto in una epoca più antica delle piramidi Diod. *Lib. 1. cap. 65.*, o in Grecia allorchè l' omicida (casuale però) era condannato all' esilio. Eurip. *In Orest. v. 511.* Se si dee deferire alla storia dell' Egitto s' incontra in essa un assai bizzarro aneddoto sull' abolizione della pena di morte. Il Re Actisane le sostituì il *taglio del naso*, e relegò i giustiziati in una città sul confine della Siria detto perciò *Rinocolura.* Diod. *Lib. 1. cap. 60.* Lo storico non spiega la parola, che è molto verisimile significare *città di confine dai nasi tagliati* da ρινος naso, κολουω taglio, ορος, all J onica ουρος, onde ουρα, ed ουρα, confini. I fatti antichi sull' abolizione della pena di morte sono bizzarrie, capricci di Principi, non principj di legislatori.

(1) Il giuramento d' Isach l' Angelo, la pratica di Gio Comneno, quel che si è detto dell' Imp. Zenone sono cose tutte spettanti alla morale, non alla legislazione. Nicet. Coniat. *Lib. 1. cap. 4.* Ioan Comn. *Cap. ult.*, Div. August. *Epist. 157. 159. ad Marcell.*

(2) Vedasi quel che della Imperatrice Elisabetta narra Howard *Russia vol, 1. p. 244.*

sistendo la pena di morte. Alfredo il Grande colla pena di morte fra le sue leggi sfidò l'audacia delle passioni nemiche dell'ordine e queste passioni non osarono di turbarlo nei luoghi più remoti (1). Il Gran Duca Leopoldo senza la pena di morte tra le sue leggi offerse il quasi incredibil fenomeno delle carceri vuote affatto per sei mesi in Toscana (2). Così due fenomeni simili hanno apparentemente e quanto alla efficacia politica della pena di morte due cause dissimili, la qual cosa dimostra che la causa di quei fenomeni non sta nella pena ma in una forza di più complicata indole, e di più difficile esame.

Queste riflessioni convincono della inutilità de' quadri comparativi *statistici* sul numero di certi delitti puniti colla morte in un luogo e con pena meno severa in un altro (3), maggiore in quello, ed in questo minore. Per sostener questi calcoli converrebbe aver troppi dati, che la più esatta e scrupolosa statistica non potrà fornir mai. Ella darà il confronto della popolazione nella sua proporzione colla estensione del territorio che abita: darà lo stato delle sue cognizioni, della sua industria, del suo commercio, del suo maggiore o minor agio: la proporzione in cui stanno le diverse classi, e le diverse condizioni tra loro: la relativa differenza del numero delle braccia, che occupano le diverse arti, ma non potrà dare con la esattezza desiderabile lo stato delle circostanze per se medesime indefinibili, le quali agiscono come cause di delinquere non su tutti ma sopra un più o meno esteso numero d'individui. Le cause di delinquere o tentazioni al delitto sia per il lor numero, sia per il grado d'intensità della lor forza agiscono nascosamente, e ben spesso rassomigliano a que' malori, i quali senzachè se ne conosca la causa nascono improvvisi, ed agiscono in modo che l'arte, se ne può contare i passi, non può contarne i rimedj. Che se quelle cause colla loro replicata azione si convertono in abitudini non vi ha pena, per grave ed atroce che sia, il cui timore possa impedirne gli effetti (4).

---

(1) Dicesi che sospendesse braccialetti d'oro per le campagne, e niun gli rubasse. Hume's *History of England b.* 1. *chapt.* 2. *Alfred.* Un altro storico non crede al fatto, ma alla opinione che se ne ebbe, e pensa che il fatto fosse attribuito all'amministrazione di Alfredo da' posteriori scrittori, *History of England by John Linghard chapt.* 4. *pag.* 210.

(2) Dupaty *Lettres sur l'Italie lettr.* 25., il quale attesta di aver conosciuto il fatto dalla bocca dello stesso Gran-Duca.

(3) Taillander *Reflex. sur les loix penal de France et d'Angleterre, Paris 1824. pag.* 61. 276.

(4) Il D. Henry nella sua storia della Gran-Brettagna narra come sotto il regno di Enrico VIII. ventidue mila ladri furono giustiziati: che la pe-

Il *gius di natura*, astratta e speculativa contemplazione de' diritti degli uomini considerati come separate e distinte unità aventi il valore medesimo perchè la ragione, da cui prendono origine, non può in alcuno differir da se stessa, se fornisce in ciascun di que' dritti il titolo legittimo della forza necessario a respingere l'attuale ostacolo al loro esercizio, o a far cessare l'imminente pericolo della lor distruzione, non ha criterio che basti per decidere del legittimo titolo o della estensione maggiore o minor della forza necessaria alla difesa o dell'uomo, il quale nell'aggregazione politica non forma altrimenti una separata e distinta unità, ma forma parte d'un computo, o dell'aggregazione politica stessa considerata come una esistenza nuova, la quale discernibile nella storia naturale del genere umano, non ha regole costitutive nel dritto della pura ragione (1).

Il dritto di natura altrimenti considerato dette nella questione della pena di morte armi atte a sostenerla; ed armi atte a combatterla, specie di Saturno procreatore e divorator de' suoi figli. Essendo stato posto il gius di natura a contatto immediato col dritto politico, come si porrebbero a contatto tra loro due elementi, i quali, come l'acqua e il fuoco, tra le mani dell'arte servono alle umane necessità, ma abbandonati alle forze di loro natura vicendevolmente distruggonsi, ne avvennero i risultati medesimi: o il gius di natura assorbì il criterio del dritto politico e lo distrusse: o il dritto politico fece lo stesso del gius di natura, o nacque dal tentativo d'una mistura dell'uno e dell'altro un linguaggio nel quale non si seppe distinguere quando si parlava di *fatto*, e quando di *dritto*.

La forza de' fatti, e le sociali abitudini facevano vagamente sentire la necessità d'un sistema di punizioni, e quiadi su questo proposito le opinioni erano concordi tra loro, nè altro dissidio manifestavasi che nel modo d'indagarne la origine come diritto: dimodochè le dispute si facevano, come in geologia, mangiando e bevendo sopra la terra, e speculando sulle sue origini. Ma, andando il sistema di punizioni fino alla morte del delinquente, lo spirito umano appena potè sentirsi libero dall'impero delle abitudini, e investito del dritto di consultar se medesimo parve scuotersi e soffermarsi all'aspetto del più grande atto della giustizia so-

---

na medesima al furto era in Scozia: che i ladri in Inghilterra non uccidevano e in Scozia sì. Ciò prova, che caratteri e circostanze diverse, e non le pene fanno variare i delitti da un luogo all'altro. *Biblioth. Britan. Literat. vol. 5. pag. 51.*

(1) Vedasi il *lib. 1. cap. 5.*

ciale, onde meditare se la forza, la quale collocavasi al fianco della natura col distruggere per conservare, aveva l'appoggio del dritto, o agiva unicamente nel proprio interesse. Quindi i sistemi filosofici, se sulla origine del gius di punire batterono strade diverse senza urtarsi tra loro, si divisero sulla pena di morte in due schiere, le quali incontraronsi l'una di fronte all'altra sulla medesima via con diversa divisa, onde mezzo di conciliazione tra le une e le altre non vi era (1).

Questi sistemi prendendo il nome di filosofici mostravano il proposito loro di far piegare i fatti alle speculative forze della ragione, ricusando che la ragione obbedisse alla forza sperimentale dei fatti studiandola.

Alcuni sistemi, includendo quasi tutto il dritto politico nella eguaglianza, che la ragione umana può sì facilmente considerare come base e criterio della giustizia, ammessero la pena di morte contro chi avesse ucciso il suo simile come una inevitabile e necessaria retribuzione, che il principio della giustizia esigeva, o come un *talione giuridico* la di cui intellettuale necessità fosse il titolo, di cui era la società civile investita per far uso di quella pena, esclusa però qualunque esasperazione di dolor fisico nell'irrogarla (2) Così il Sovrano punendo colla morte adempie più a un dovere di quel che eserciti un dritto, e la legge obbedisce a una necessità, la quale non è nella indole dell'aggregazione politica, ma è nella mente di tutti. Questi stessi principj però hanno prodotti risultati diversi, e senza ripetere la confutazione che altrove ne fu proposta, è osservabile che la distinzione del talione *giuridico* e del taglione *morale* condusse altri a combattere colle ragioni medesime il dritto di punir colla morte (3).

Se questi sistemi confondono insieme la ragione privata colla pubblica, e fanno esister questa in quella, altri distinsero invero i *dritti* dell'uomo concepiti colle nude forze della privata ragione, e i *dritti* che esercita la ragione pubblica nello stato, ma non distinguendo il criterio di quelli dal criterio di questi, sebbene ammettessero, che l'autorità pubblica agisce per un dritto ad essa di fatto inerente, al

---

(1) Il Ch. Romagnosi *Genesi del dritto penale vol. 1. part. 2. c. 21.* dichiara non voler discutere la pena di morte, onde resta nell'esame della origine del gius di punire nè più s'innoltra.

(2) Kan *Elementa Metaphisices pag. 229.*

(3) Bergk *Filosofia del dritto penale Weisen 1802. pag. 328. 330.* Rod. Wussinger *Specimen philosophico inaugur. de talione, et poena mortis ad eam relatione, pars. 2. sect. 1. 3.*

quale i dritti della privata ragione soggiacciono, crederono però che quel dritto altrimenti non potesse essere concepito che come coacervato de' dritti che la ragione privata di ciascheduno avesse o espressamente, o tacitamente ceduti per la utilità comune alla pubblica autorità.

Questi sistemi identici nelle loro premesse non furono tali nelle lor conseguenze: perocchè alcuni, non ravvisando tra i dritti naturali degli uomini quello d' uccidersi, negarono alla pubblica autorità la competenza d' un dritto, che niuno avrebbe potuto cederle perchè n' era privo (1): alcuni, supponendo che l' uomo tra i naturali suoi dritti avesse quello di rischiar la sua vita per conservarla, costruirono colla cessione di questo dritto quello nella pubblica autorità di punir colla morte (2): alcuni, ravvisando tra i diritti naturali dell' uomo quello d' uccidere l' ingiusto aggressore, il quale perciò sembrava aver perduto il dritto a vivere, desunsero la competenza della pena di morte dalla cessione di dritto sì fatto (3).

Tutti questi sistemi, i quali volendo nell' uso della pena di morte trovare un dritto d' origine esclusivamente filosofica e razionale all' effetto di indagare il legittimo titolo della forza che la società spiega nello irrogarla, e che colle loro stesse armi vicendevolmente distruggonsi, hanno il difetto di dare al *dritto* della ragione, anzichè una forza di *resisten-*

---

(1) *Delitti e pene* §. 17. Il Cavalier Filangieri *Scienza della legislazione lib. 3. part. 3. c. 29.* ha confutato questo sistema del Beccaria, osservando che l' uomo non solo non ha dritto d'uccidersi ma non ha neppur quello di rinunziare alla sua natural libertà, onde se le premesse di questo sistema dovessero ammettersi converrebbe concludere, che la società non solo non ha il dritto di uccidere ma non ha neppur quello d' imprigionare. Il signor Lucas *Du système pénal etc. pag. 211.* ha preteso di confutare il ragionamento del Filangieri sostenuto da Beniamino Constant. Ma altri giudichera se egli vi sia riuscito.

(2) Rousseau *Du contrat social liv. 2. ch. 5.* Il sistema di Rousseau fu confutato da Brissot De Warville *Theorie des loix crimin. sect. 2. art. de la peine de mort.* Poche parole bastavano. Si distingua la *intenzione* dal *resultato*. L' uomo che salta dalla finestra per fuggire all' incendio lo fa *nella intenzione* di salvarsi, e se si rompe il collo ciò accade *fuori della sua intenzione* perchè se ne fosse stato certo, tanto gli era morire in un modo che in un altro. Onde egli ha agito sempre per conservar la vita.

(3) Filangieri *Scienza della legislazione lib. 2. part. 1. cap. 29.*, il quale va sulle tracce del Burlamaqui *Principes du droit politique chap. 4.* Nel sistema del Filangieri l' ingiusto aggressore ha perduto il dritto a vivere: dunque egli ha contratto l' obbligo di morire. Il primo fratricida udiva nefondo della propria coscienza una voce che gli gridava « chiunque m'incontrerà mi ucciderà », ma la coscienza non disse a Caino quel che la scienza della legislazione la fatto dire al Cavalier Filangieri.

za, una forza di *attività* abile a fornir titolo, guida e criterio ai concetti del dritto politico, convertendolo da teoria del giusto assoluto, come esso è nè altro può essere, in politica teoria: errore già segnalato altra volta (1).

Sistemi di opposto carattere si accinsero a sciogliere il problema della pena di morte. Questi sistemi, di costruzione esclusivamente politica e senza mistura di razionale, rigettando ogni idea di dritto indipendente dai sociali bisogni degli uomini, esclusero ogni discussione di legittimità di titolo in quella pena, e si crederono autorizzati a considerarla ammissibile o inammissibile qualora la indole delle passioni nemiche dell'ordine e il bisogno della società l'avessero dimostrata o *utile o necessaria*, ravvisando nella soluzione del problema una questione di mero fatto (2). Ma ancor questi sistemi lavorando su i medesimi dati, e valendosi degli ordigni medesimi non dettero risultati omogenei, alcuni avendo condotto a stabilire, altri a rigettare la pena di morte, ed altri a lasciare il problema nell'alternativa d'essere o affermativamente o negativamente risolto, somministrando ragioni per l'una e per l'altra sentenza (3).

Questi sistemi però presentano un vizio il quale è l'eccesso contrario di quello già segnalato nei sistemi ai quali pretendono di contrapporsi. Se i primi abusano del dritto della ragione, i secondi o la trascurano o la conculcano, e nel disprezzo del dritto della ragione involvono quello del principio del giusto assoluto. Imperocchè se il dritto della ragione, operando come forza di resistenza sul dritto politico, dichiarasse ingiusto l'uccidere chi ha ucciso i sistemi che a questo secondo dritto si appoggiano altro scampo per sostenersi aver non potrebbero se non sostituire alla giustizia la forza, la quale comunque come ragionatrice dovesse ammetterli, ciò non potrebbe esser mai quando ella, avendo contro di sè la giustizia, intendesse di ragionare nel suo solo interesse.

L'*autorità* degli scrittori e de' nomi, la quale in fatto di scienza non può avere un valore maggiore di quel ch'ella medesima abbia, dette come la scienza oracoli contradit-

---

(1) Vedasi il *lib. 1. cap. 6.*

(2) Il signor Lucas *Du sistema pénal etc.*, il quale nella questione della pena di morte può annoverarsi tra gli scrittori degni di essere consultati, il giusto all'*utile*, ma nella ispezione della *necessità* con titolo di difesa *chap. 6. pag. 61.* non scioglie con tutta l'accuratezza il problema onde per esso resta l'*utile* solamente in contrapposto del *giusto*.

(3) Bentham *Theorie des peines et des recomp. vol. 1, liv. 2. ch. 14.*

tori, avendo l'opinione favorevole e la opinione contraria alla pena di morte amendue nomi autorevoli a proprio favore (1).

CAPITOLO V.

Continuazione del soggetto medesimo.

Se la vita dell'uomo minacciata dall'azione degli elementi, degli esseri inanimati, de' bruti animali, delle cause fisiche e morali che convertono il suo simile in agente involontario, e delle brutali passioni che anelano il sangue e le stragi: minacciata dalla legge, che vuol reciderla per meglio preteggerla (2), è abbandonata dalle forze della ragione, che si dichiari impotente a decidere se quell'apparente contradizione o è realmente tale o è piuttosto una politica verità, bisogna confessar con dolore che il decreto di morte violenta trovasi scritto dovunque, e fin sulla frontiera medesima della vita (3).

Chi volesse nuovamente discutere il problema che ci occupa, non potrebbe accogliere come mezzo idoneo per farlo alcun degli appoggi esaminati fin qui; e peggio userebbe se per farsi più forte volesse accoglierli tutti.

La legislazione toscana ebbe già la pena di morte non che pe' delitti nell'ordine politico per non pochi eziandio nell'ordine civile (4). Abbandonò questa pena come difesa dell'uno e dell'altro ordine (5): la ripristinò come guarentigia del primo, e come più valida protezione della vi-

---

(1) Può vedersi il novero degli scrittori pro e contra in Gmelin *Fondamenti della legisl. crimin. Tubing. 1785. p. 76. et seq.* B. Montagu *The opinions of differents authors upon the punishement of death. London 1812.* Bergk *Traduzione tedesca del libro de' delitti e delle pene Lipsia 1798.*, e quanto ai tempi a noi più vicini in Winssinger *Specimen etc. part. 2. sect. 2. pag. 81. 82.* Colinez *Responsorio etc. pag. 8. 41.* il quale arriva col novero fino al Guizot. Niuno però rammenta l'opera *An account of the Republic of. San Marino by D. Gillies author of the history of the Ancient Greece* in calce alla sua traduzione dell'etica e della politica di Aristotile ove al retto giudizio sullo stile del Beccaria ne soggiunge uno stortissimo su i suoi principj relativi alle pene. Melchior Delfico trattò assai meglio del Godwin la storia di quel piccol paese.

(2) Montesquieu *Esprit des loix liv. 15. chap. 2.* L'ingegno epigrammatico di questo grande scrittore si è spiegato fin tutta la sua leggiadria nel più lugubre soggetto, che le scienze conoscano.

(3) L'autore delle serate di Pietroburgo presso Alibert *Phisiologie des passions vol. 2. pag. 293. in not.*

(4) Era in vigore la legge del compendio del 31. Ottobre 1637. la quale puniva la ricettazione del *bandito* colle forche, la confisca dei beni, e il bruciamento della casa del ricettatore.

(5) *L. 30 Novembre 1786.*

ta del suddito nel secondo (1). Nella sua geografica situazione circondata da un lato da popoli di vario carattere e governati dalla pena di morte: in parte collocata in mezzo di loro, e bagnata dall'altro lato da esteso tratto di mare, la Toscana consultò in questi cambiamenti i suoi interni bisogni, e smentì così facendo la erronea opinione, la quale esige nella pena un carattere di circostanza. Indagando lo spirito che animò il legislatore Toscano in questi provvedimenti non è forse difficile ravvisarvi il modo col quale il problema può esser disciolto.

Ma per discuterlo con rettitudine è duopo prima di tutto distinguere le persone che reclamano la pena di morte come forza necessaria a proteggerle. Il dritto della ragione ha già autorizzata la forza ed ha confessata la propria impotenza a segnare i confini del suo esercizio nelle circostanze di *fatto*, le quali sole costituiscono la necessità (2). Or se la necessità varia col variare de' fatti ella dee pur variare col variare delle persone, e del lor modo di esistere.

La sicurezza dello stabilito governo non può confondersi con quella degl' individui, che ne son governati. La offesa della prima ha un morale carattere diverso affatto da quelli che anima la offesa della seconda. L'offeso trovasi di faccia all'offensore in un modo nell'una, e in un modo diverso nell'altra offesa. I mezzi che spiega l'una sono d'indole affatto diversa da quelli che spiega l'altra.

È stato considerato bensì che un colpo vibrato contro la vita del supremo capo della nazione compromette la esistenza della intera società (3), ma qual relazione vi ha tra la morte d'una società e quella d'un individuo? Se la grandezza del male, che il delitto produce, fosse la vera e giusta misura di quello da inferirsi con titolo di pena non ve ne sarebbe uno proporzionato a punire il delitto politico.

Questa sola considerazione poteva rendere accorti che il delitto politico quanto alla pena come difesa *presente* esce per così dire dalla regole del dritto ordinario, e forma un caso speciale, che merita perciò una speciale attenzione.

Niun progetto offensivo è meditatamente intrapreso se chi lo concepì non crede aver forze o mezzi sufficienti per condurlo al suo fine. Nel delitto politico la offesa contro lo stabilito governo dee necessariamente muover da un calcolo

---

(1) *L.* 30. *Agosto* 1795.
(2) Vedasi la *part.* 1. *cap.* 4.
(3) Destrivaux *Essay sur le code penal pag.* 3.

il quale presume o di supplantare o di schiacciar le forze, contro cui si dirige, quindi colla opinione d' esser più forte della legge che colla minaccia della pena vorrebbe reprimerla, e dell' autorità che veglia alla esecuzione dalla legge. L' offesa nell' ordine civile non ha questo carattere. Chi medita di offender la legge può aver lusinga d' esimersi al suo rigore, e di ottenere accortamente agendo la impunità. In questo caso quanto più l' offensore accortamente agisce più mostra temer la legge. Nel caso del delitto politico l' offensore si dichiara superiore alla legge, e per la sola indole del suo proposito si annunzia nemico armato del governo che dee sostenerne la forza (1).

Sono dunque il governo, e il suo armato nemico non più il Sovrano ed il cittadino: non più la ragione e la forza pubblica, che debbono agire contro un privato individuo per meglio difendere tale o tale altra legge tra quelle che proteggon la sicurezza comune: sono due forze l'una provocatrice, provocata l'altra, tra le quali niun dritto può segnare i limiti del proprio esercizio a quella che si difende perchè non è dato di conoscere fin dove giunga la forza che offende. In questo caso il dritto di porre a morte l' offensore non può esser misurato dalla forza morale che questo rigoroso espediente come pena dee esercitare sugli animi de' suoi concittadini, ma dee esser misurato come forza necessaria a respingere la presente aggressione, e la misura è tutta rimessa al giudizio dell' assalito (2).

Si dirà che vi ha la legge la quale punisce di morte il delitto politico, onde chi lo intraprende non può considerarsi altrimenti che colui il quale intraprende la strage del proprio simile punita dalla legge con pari rigore. Rispondo che la legge che punisce di morte il delitto politico non è propriamente una legge, ma è piuttosto una dichiarazione diretta a metter fuor della legge chi si dichiara armato nemico dello stabilito governo.

Infatti la legge è tale pel suddito non è tale per chi si crede investito del dritto di aver leggi diverse. L' assassino che uccide infrange la legge bensì ma non presume di divenire un' autocrato. Il cospiratore non infrange veruna legge in particolare, ma vuol mettersi in luogo di tutte. È dun-

---

(1) I romani non dettero tra i delinquenti il nome di *nemico* se non a chi macchinava contro lo stato. Hauhold *De legib. Majest. pop. rom. op. oc. Lipsiae 1825. p. 131.* Dieck *Istoria del dritto criminale dei Romani Halle 1822. p. 5.* Franc. Io. Kemis *Diss. de crimine perduell. Regum aetate pag. 29.*

(2) Lampredi *Jur. pub. univ. theorem. part. 1. cap. 7. §. 7.*

que evidente che la legge che lo vuol punito di morte non è per lui come la legge che vuol punito di morte l'uccisor del suo simile. Quella legge lo pone fuori della protezione delle leggi, che egli tutte intende afferrare: è dichiarazione di guerra contro di lui.

Si dirà, che caduto l'assalitore in potere dell'assalito, il dritto d'ucciderlo è venuto a cessare col cessar della forza che lo autorizzava, di guisa che se l'assalitore è punito di morte ciò si fa col medesimo scopo politico con cui si uccide l'uccisore del proprio simile. Rispondo due cose: primieramente che la forza che nell'offesa ha spiegata l'assalitore non può per l'oggetto che si era proposto credersi ristretta a lui solo: che vi è fondato motivo di credere che questa forza ne abbia delle ausiliarie non conosciute, onde la sua uccisione è autorizzata dal dritto che l'assalito ha di diminuire per quanto gli è possibile le forze che gli sovrastano (1): in secondo luogo che quando pure fosse l'assalitore punito di morte nel modo medesimo che si pratica coll'omicida, e col medesimo scopo, siccome il dritto nel Sovrano ad ucciderlo è certo, niun può dolersi che egli, risparmiando ogni crudeltà lo eserciti nella veduta, che crede la più confacente alla sua sicurezza.

Si soggiungerà, che considerando il reo di delitto politico come posto fuor della legge egli non avrà neppur dritto ad essere giudicato coi metodi co' quali gli altri delinquenti si giudicano, e che così pensando si autorizzano tutte le iniquità, che, in tempi meno illuminati de' nostri formavano una giurisprudenza *speciale* del delitto di *perduellione* (2). Rispondo, che se la forza senza limite di legge dettata dal dritto della ragione è autorizzata unicamente nel caso di aggressione presente, comecchè quella che costituisce il delitto politico non è ad occhio nudo visibile come quella che può avvenire tra individuo e individuo, perchè la esistenza dello stabilito governo non è la individuale esistenza, questi allora potrà dispiegar la forza necessaria a far cessar l'aggressione quando essa è provata specialmente nell'uso de' mezzi da lui colla legge indicativa del delitto politico dichiarati idonei allo scopo: perocchè, diversamente pensando, converrebbe ammettere che la sola asserzione dell'aggressione ne costituisse la realtà. Al contrario la prova perfetta e completa è tanto più necessaria quanto più l'indole dell'aggressione è meno discernibile ad occhio volgare: nè vi ha causa, nella quale sia

(1) Lampredi *loc. cit.* §. 9.
(2) Vedasi Math. *Ad lib. 48. D. tit. 2. c. 4. n. 11.*

tanto nell' interesse dell' offeso, e della sua gloria lasciarla al libero ed ordinario corso della giustizia, quanto quella in cui si discute se abbia potuto esistere un suo personale nemico. (1).

Compendiando questa teoria sembra potersi credere che la uccisione del delinquente in materia politica (caso non immaginabile ove lo stabilito governo sodisfa al primo e più essenziale bisogno sociale dell' uomo colla retta e scrupolosa amministrazione della giustizia) nasce da un dritto, che non ha cosa alcuna di comune con quello che serve di base alla sanzione delle leggi: che quella uccisione non ha nè può avere il legale carattere della pena, la quala tal non può essere se non ha scopo di tempo futuro: che il delitto politico, sebben designabile della legge, non è la infrazione della legge della città, essendo piuttosto l' atto ostile contro un' esistenza, senza la quale le leggi della città essere non potrebbero: che le esistenze dell' assalitore e dell' assalito si trovano in collisione tra loro: onde se l' assalito afferra l' assalitore, reso certo che sia, altro scampo a questi non resta se non un sentimento di generosità di chi lo ha in proprio potere, o il disprezzo con cui la temerità è sempre trattata da chi si sente abbastanza forte per non temerne de' nuovi insulti (2).

Il legislatore Toscano si disarmò del dritto di uccidere il suo armato nemico perchè riposando tranquillo sulla coscienza degl' immensi benefizj compartiti da lui al suo popolo, e certo di avere nella sua gratitudine, e nel suo amore una

---

(1) Bodin. *De rep. lib. 4. cap. 6.* fa il confronto della condotta di Francesco I. Re di Francia, e di Enrico VIII. Re d' Inghilterra: del primo nel processo del Cancellier Poyet, del secondo in quello del Cancelliere Tommaso Moro. Francesco I. dette all' accusato la facoltà di scegliere i Giudici di ciascun parlamento. Enrico VIII. seppe che il nemico e successor nell' impiego dell' accusato fosse il suo giudice. Moro, pubblicata la sentenza della sua condanna a morte, porse al giudice il polso perchè glielo sentisse, e ne avesse riprova della imperturbabilità del suo animo. Nella causa dell' Hadfield che esplose un colpo di pistola contro un Re d' Inghilterra, il Re volle che il celebre Erskine lo difendesse, e fu assoluto come alienato di mente.

(2) È inutile esaminar qui le ragioni contrarie alla pena di morte in materia politica proposte per la prima volta nel presente secolo dai sigg. Guizot e Lucas; perocchè essendo state discusse le loro opinioni sul delitto politico *lib. 2. cap. 6. pag. 117. e seg.* se manca loro la base il loro edifizio non può sostenersi. In questa materia è però molto facile confondere colla pena di morte molte uccisioni che con essa non hanno niente di comune. Vedasi quanto ne scrisse l' illustre filantropo signor Conte De Sellon *Quelques observations sur l' ouvrage intitulé necessità du maintien de la peine de mort. etc. Geneve 1831. seconde part.*

difesa di più forte e nobile tempra credè inopinabile il caso. Ma pagato d' ingratitudine la sua mente concepì la necessità del rigore sebbene il suo cuore restasse sempre il medesimo verso chi avea alzate le armi contro di lui (1).

Che le leggi tacciano a favor di chi si dichiara il nemico, e lo spregiatore di tutte nello stabilito governo che ne garantisce la ragione e la forza, è facile a concepirsi; ma questo silenzio sarebbe durezza, e forse anco ingiustizia nel caso d' un uomo, il quale comunque animato da brutale passione, ne sovverte una sola sebben la più santa nell' ordine civile, quasi confessando la sua indefinita subiezione a quelle dell' ordine politico.

È inoppugnabile voto del gius di natura che tutti i dritti dell' uomo in società debbono esser protetti dalla offesa colla forza che il solo dritto politico può fornire. Ma la difesa repressiva non può sensatamente spiegare a vantaggio di ciascun dritto il massimo de' rigori. Se uno de' caratteri giuridici della pena consiste nell' essere un male non mai maggiore di quello che il delitto ha arrecato alla società, diviene evidente che la sola premeditata strage dell' uomo può esser colla strage dell' uomo punita.

Ma per apprezzare se questo grado di rigore debba o non debba erigersi in dritto nè il solo gius di natura, nè il solo dritto politico può pronunziarlo; e volendo in questa gran controversia procedere con imparzialità, il dritto della natura per la priorità e per la poziorità della sua prerogativa merita prima d' ogni altro dritto di essere consultato.

Il dritto della situazione dello stabilito governo, come esistenza la quale si è formata per le forze della natura umana in faccia al suo armato aggressore, non ha bisogno per esser fissato che si consulti il gius di natura. Lo stabilito governo rappresenta il gius di natura in questa sua situazione, e spiega con libertà illimitata tutta la energia delle proprie forze onde o provvedere alla sua presente difesa o indebolire in un nemico presente le forze d' altri nemici pronto ad unirsi con lui. Ma quando lo stabilito governo agisce, non come esistenza che si difende, e piuttosto come ragione pubblica regolatrice della forza necessaria a difendere una esistenza individua che reclama la sua protezione (e così realmente agisce quando dee decidere del trattamento del nemico non suo ma di altri) la giustizia vuole che egli nel dritto della natura la consulti al suo fonte.

La vita dell' uomo è un fatto elevato al grado di dritto

(1) *L. 30. Giugno 1790.*

dalla ragione di Dio: anteriore alla umana ragione: non nato sotto gli auspicj suoi, e perciò indipendente da lui e dal dritto di cui ella è creatrice. Se la vita dell'uomo è in pericolo o perchè la morte d'uno sia il mezzo della salvezza di un altro nel caso di necessità, o perchè il pericolo sia prodotto da ingiusta o giusta aggressione, il gius di natura sospende ogni suo giudizio: abbandona ogni esito all'azione delle forze con le quali il dritto a vivere si sostiene, e come non può regolare il fulmine che incendia, o il terremuoto che ingoja, non regola neppure que' due miserabili casi (1).

Se il dritto politico lo interroga per domandargli il suo voto onde uccider l'uomo per meglio proteggerlo, il dritto di natura che può rispondere? Esso dirà che il sacrifizio dei dritti creati da lui è da lui consentito, ma che per un dritto il quale a lui preesisteva, il suo consenso a vederlo distrutto nè può chiedersi, nè può ottenersi: che avendo creati de' dritti, in quanto emanano dalla ragione e da' fatti dell'uomo, il suo consenso pel sacrifizio di questi dritti è dato come può darsi da lui: che nel suo sistema onde un uomo sia ucciso per il giudizio del proprio simile è necessario il fatto presente inoppugnabile dall'aggressione: che egli ha sentita bensì la propria impotenza a stabilire un dritto di giudicare tre eguali (2) ma che approvando come supplemento a lui necessario le istituzioni del dritto politico non può però ammettere che i giudizj di una creazione si eseguiscono come infallibili, e che perciò le pene di lor natura irreparabili sono disapprovate da lui (3).

Per vincere questo voto *negativo*, questa forza di *resistenza* del gius di natura contro alla pena di morte dell'omicida il dritto politico o dee disprezzarlo o dee provargli, che non avendo esso misurata la forza de' proprj diritti onde conoscere se si estendono fino a togliere attualmente la vita ad un individuo per proteggere per l'avvenire quella di più in-

---

(1) Forse perchè la morte è fuor d'ogni dritto, e il dritto per gli antichi avea in cielo le sue radici, essi cantarono.

« *Sola morte fra i Dei sprezza implacabile*
« *E preghi, e libagioni, e vittime*
« *Quindi templi non ha, non are o cantici.*

Euripide *Framm. tradotto da Cesarotti, e inserito in una nota al lib. 9. della sua Iliade.*

(2) Vedasi il *lib. 2. cap. 2.*

(3) È curiosa a questa obiezione la risposta del Colinez *Responsio etc. pag.* 91. Egli osserva che l'errore è *raro*, e dovrebbe provarsi impossibile, e che molti muojono in guerra, ma non vi muojono certo trattivi dal carnefice, e come rei di delitto.

dividui, questa misura è stata tentata da lui e i risultati sono a favor della morte (1).

All'oggetto che il pratico raziocinio fornisca al dritto politico mezzi sufficienti a sostenere questo secondo assunto se le difficoltà che vi si oppongono non sono insuperabili sono almen grandi: nè sarà vietato alla scienza, la quale insegna di quanta importanza sia per la sicurezza della natura umana la subordinazione sociale, d'accennare, salvo il rispetto dovuto alla legge la quale abbia di fatto sciolto il problema, alcune di quelle difficoltà.

Le nuove combinazioni, che le unità contemplate dal dritto della natura ricevono ne' calcoli del diritto politico, muovono tutte dai bisogni della natura sensitiva dell'uomo, principj di moto e di azione uscenti tutti dall'uomo, principj di moto e di azione uscenti tutti dall'attivo principio vitale. Il dritto politico riconosce la sua origine, la sua esistenza, il suo titolo come dritto da questi moti, onde dar loro una regolarità, un ordine, che è il bisogno di tutti ed impedirè il disordine che da pochi e rari individui può nascere. Non è cosa facile a concepire come il dritto politico nato tra gli uomini dal loro bisogno di vivere possa per così dire rivolgersi contro se stesso e distruggere la vita dell'uomo.

Se le passioni nella offesa non badano a togliere quel che non possono dare, la ragione pubblica nella difesa sembra dovere per quanto possibile sia ponderare se per formarla ella può togliere all'uomo nella vita quel che non può dargli.

Dal dritto che ha l'uomo di uccidere per difendere la sua vita può certamente nascere nel dritto politico, come quello il quale rappresenza tutti i bisogni e tutti i grandi interessi della umanità, l'autorità di troncar la vita dell'individuo. Ma la regola dalla quale parte questo diritto presuppone la necessità di conservarsi in chi uccide, e perciò la pena di morte nelle mani dello stabilito governo contro chi si dichiara suo armato nemico è giusta e legittima. Ma se si tratti del dritto d'uccidere per la conservazione d'un terzo vacilla la regola perchè il giudizio della necessità non è più in chi si trova in pericolo ed è pronunziato da chi è fuor di pericolo; e un eccesso di zelo sempre funesto alla imparzialità può alterarne la rettitudine (2). Oltracciò per uccidere alcuno a titolo di garantia o propria o d'altri è duopo che la necessità sia provata come fatto ne' suoi estrinseci attributi

(1) Così può scientificamente atteggiarsi la giusta asserzione del signor Giacomo Makinfosh nel suo discorso alla Camera de' Comuni a Londra del 4. Giugno 1822. Lucas *De sistème pénal etc. pag.* 61.

(2) Vedasi qui sopra *cap.* 5. *pag.* 93.

evidente e dalla ragione non impugnabile; e di qui appunto le incertezze del dritto sociale incominciano.

Il Toscano legislatore avendo definitivamente aboliti e rigettati lungi da se tutti gli ordigni di tormento e di strazio del corpo dell'uomo, ed essendosi mantenuto irremovibile in questa santa sua decisione ha già mostrato il suo aborrimento pel criterio del dolor fisico nella pena, e il suo proposito di non voler nella sua forza sull'animo umano altro apprezzar se non che quel che è suscettibile di riflessione e di calcolo, al che le cose di dominio del senso non posson prestarsi.

Alcune leggi ritenendo a modo d'esempio il bello accettano i metodi di risparmio del dolor fisico nella pena di morte: contradizione ridicola, se il riso in queste tristi materie fosse permesso, perocchè ammettono nel bollo un dolore gratuito e nella pena di morte disapprovano il necessario! Ma sia coerente e sia contraditoria questa maniera è un pensiero degno del secolo, nel quale viviamo, il tentativo diretto ad imitare almeno nell'uccidere la natura la quale con materna economia diminuisce gradatamente nelle forze che vuol distruggere il senso di se medesime, o versa quasi un liquor soporifero sull'ultimo confine della vita perchè sia men violento e men penoso il passaggio alla morte. La legge così facendo per non incorrere la taccia di crudeltà, ed evitare nella crudeltà gli effetti *antipolitici* che ne derivano, mostra il suo desiderio di togliere dalla pena di morte tutto quel che ella ha di sensibile e di fisiologico, e ridurla a un pensiero, il quale divenga quasi il centro dei calcoli di chi concepisce il progetto delittuoso.

Ma la morte considerata come avvenimento morale non sembra aver mezzo onde scuotere la sensibilità come fisico o fisiologico avvenimento, e qualora così volesse considerarsi starebbero contro questa considerazione tutte le ragioni addotte qui sopra discutendo il carattere politico della forza, di cui si compone la repressiva difesa (1). La morte come avvenimento morale è il pensiero della eternità nell'uom religioso, è un salto nel nulla per gli animali infetti della labe della incredulità. Per i primi, ben sapendo essi che il Tribunale di Dio non è inesorabile come quello degli uomini, la morte apre pell'animo la vita a considerazioni le quali sfuggono ad ogni terreno calcolo della legge della città. Per i secondi inchiodati dai loro principj (se pur l'animo umano abiurando sè stesso e la propria natura a tanto può giun-

(1) Vedasi qui addietro.

gere) in quel che vedono e sentono , la idea del mal della morte non può stare in bilancia con quella del male della perdita perpetua della libertà , del disonore perpetuo , della perpetua privazione di tutti i comodi della vita e delle antipatie perpetue de' loro simili.

Parlasi invero del ribrezzo che la natura ha infuso nel cuor di tutti per la distruzione della propria esistenza. Ma ciò avviene ; ed è innegabile allorchè trattasi di morire di fatto. Quindi coloro i quali calcolano ne' lor politici computi questo naturale ribrezzo confondono l' effetto della irrogazione della pena con quello della sua minaccia : non scorgono che l' una è una cosa , e l' altra una cosa diversa : che l' individuo cui vien mozzo il capo sopra il patibolo è in una situazione, e l' individuo che calcola il timore di una morte e futura e non certa è in un' altra : che lo stesso avviene in chi è spettatore del sanguinoso spettacolo , il quale è agitato da' sentimenti che esso naturalmente nel cuor dell' uomo risveglia , e , venuto a cessar lo spettacolo , considera la morte non come avvenimento ma come minaccia.

Tutte le opinioni in questo lacrimevole tema sia che approvino sia che condannino la pena di morte peccano di questo logico vizio. L' epicureo parlando per la bocca di Cesare nella causa di Catilina e de' suoi compagni considera l' effetto di una morte presente come il fine di tutti i mali : lo stoico parlando per la bocca di Catone considera l' effetto della morte presente come fertile di terrore all' aspetto d' un nuovo e non conosciuto ordine di cose (1). Niuno distinguendo l' effetto del male presente da quello che può produrre il timore d' un male futuro e non certo volge le spalle ai veri termini della disputa.

Ma se oltracciò si rifletta che la pena di morte può avere contro la propria efficacia politica tutte le obiezioni, le quali dimostrarono essere un rigore gratuito , e non necessario i dolori fisici , rimpetto ai quali ella può sembrare un segnalato favore . se si rifletta che ella al pari del dolor fisico distrugge tutti i caratteri giuridici che la forza della difesa repressiva dee avere onde ingiusto non sia il mezzo destinato a proteggere la giustizia , i dubbj diverranno più gravi , e vibrare il pugnale , e far correre il sangue umano ove il sacrifizio d' una vittima non ha l' espresso comando di Dio , o è dubbio e perplesso il voto della umana ragione ,

---

(1) Salust. *Bell. Catil. sive de conjur. Catil. cap.* 51. 52. Crebillon *Catilin. act. 4. sc.* 1 fa ripetere a Catone.

« *Si vous eussiez puni le barbare Sylla*
« *Vous ne tremblierez pas devant Catilina etc.*

non può avere a proprio favore intero e solenne il voto della giustizia.

Possono però circostanze imperiose autorizzar la legge a minacciar nella morte un rigore esemplare all'oggetto di mostrarsi più forte, e sorgere armata in un tempo in cui altro criterio non si conosca che quello delle armi (1). L'esame di queste circostanze non appartiene alla scienza, presupponendo i suoi calcoli sempre lo stato regolare e tranquillo d'una società, la quale per una serie di felici abitudini vive contenta di se medesima. Ma in circostanze simili altro non essendo la pena di morte se non uno straordinario apparato di forza, col quale lo stato trovasi costretto a spiegare in un modo più solenne ed energico la propria prerogativa, il legislatore non lascia sciolto e libero il freno a questo scopo di esterna politica, ma aggiunge a quella pena tali temperamenti da render manifesta la interna repugnanza dell'animo suo a concederle una indefinita fiducia (2).

Una pena, i di cui effetti possono essere più indovinati che regolati della legge (e tali son quelli della morte al confronto della prigionia perpetua del delinquente) renderà il suo tema divinatorio, disputabile a seconda delle varie opinioni degli uomini; e appunto per esser tale perderà forse quel carattere di necessità vera assoluta innegabile che il dritto politico vi dee ravvisare.

Qualunque sia la opinione della legge sulla efficacia politica della pena di morte nell'ordine civile, la scienza può ben meritare di lei se giunge a provare che il suo primo pensiero è quello della sua forza, e il secondo quello della sua giustizia, nel che nè la idea d'indebolire la prerogativa, nè una vana, o mal calcolata pietà trovan loco; e se, rigettando tutti i sistemi, i quali confondono il criterio del gius di natura col criterio del dritto politico nella soluzione del più grande fra i problemi sociali, può giungere a stabilire, che i due criterj, ben ponderati, vicendevolmente si ajutano senza distruggersi (3).

---

(1) Vedasi il preambolo della *L. del 30 Agosto* 1795.
(2) *L. 30. Agosto* 1795. *art.* 27.
(3) « . . . . . *Alterius sic*,
« *Altera poscit opem res, et conjurat amice.*
Horat.

CAPITOLO VI.

Delle pene afflittive indirette.

Il dolore morale ha la sua sede nell' animo come il fisico l' ha nel corpo ; e la ragione pubblica può coll' uso della forza produrre e però minacciare d' inferire o l' uno o l' altro all' offensore onde in esso riprimere la tentazione ad offendere. Dal dolor fisico nasce la pena *afflittiva diretta* : dal dolore morale l' *afflittiva indiretta*.

Questa terminologia è necessaria a spiegare il sistema penale toscano , dal quale il dolor fisico con titolo di pena è quasi affatto bandito. Disse un antico esser desiderabile che la pena uscisse tutta dalla umana ragione , e che le passioni non avessero influenza veruna nella sua creazione (1) , ed un moderno soggiunse che il sistema penale d' un popolo era il più certo sintoma del grado della sua civiltà (2).

L' uomo considerato per la sua fisica sensibilità non differisce dal restante degli animali , e una salutare economia della natura ha posto un limite inaccessibile tra la sensibilità fisica e la ragione : onde le leggi dell' una non avessero influenza su quelle dell' altra. La fisica sensibilità ha per le sue modificazioni la sua guida non nella ragione ma nell' istinto , e tutto quel che minaccia o tormentala o distruggela la fa poderosamente reagir contro , quasi crucciarsi , e verso chi la minaccia ostilmente rivolgersi. La opinione della forza può far credere alla brutalità di poter frenar questi moti , e suggerire la pazza idea di comprimerli come rivoltosi ovunque ne scorge le tracce , fino a convertirsi in un mezzo di distruzione : ma una forza simile così agendo finirebbe col provocare tutte le forze della umanità contro di sè (3).

La ragione , se osa gittar lo scandaglio ne' segreti della fisica sensibilità , si smarrisce e non ha più mezzo di riconoscer sè stessa. Le modificazioni dell' animo umano , i sentimenti umani sono il campo delle sue ricerche , nè questo campo è ristretto, nè tutte le parti , specialmente quanto ai sentimenti morali delle punizioni , sono state ancora dalla ragione percorse. Le pene dell' animo a differenza di quelle del corpo possono essere misurate con esattezza perchè di-

---

(1) Claudiano citato nel *lib. 1. cap. 11. in not.*

(2) *Delitti e pene §. 6.*

(3) Blackstone *Coment. on the laws of England b. 4. ch. 6* parlando del regno di Riccardo II. Re d' Inghilterra si esprime « si vide allora quanto le leggi troppo forti stan deboli.

pendono da certe e determinate situazioni nelle quali l'uomo può trovarsi relativamente agli oggetti delle proprie affezioni, e la legge variando a sua voglia queste situazioni può formare una lunga e graduabile serie di pene. Inoltrandosi ad esaminare più profondamente e più partitamente questo importante soggetto si scuoprirebbe, che la pena non può nè potrebbe esser mai *ingestiva* ma dee essere *privativa* sempre (1): se la legge parla *interdicendo*, allorchè proclama la offesa ella è costretta a tenere il linguaggio medesimo quando crea la difesa.

Le pene afflittive indirette sono in fatti angustie dell'animo, tutte privative, tutte dalla legge create coll' interdire. Esse obbligano unicamente l'uomo a una certa e determinata situazione interdicendogli la libertà di cercarsene un'altra, ed accerchiandolo o di fisici o di morali ostacoli onde o colla forza del corpo, o con quella della volontà non infranga il divieto, che lo ha colpito.

Questo sistema penale staccandosi come da primo suo punto dai *lavori pubblici* esaurisce in un ultimo nell'*esilio* del reo dal suo *domicilio*.

Consistendo tutti questi modi di punizione nel togliere la libertà, è osservabile come alcuni scrittori hanno pensato, non aver la società il dritto di toglierla sebbene le abbiano concesso quello di toglier la vita (2). Se la libertà si consideri non come dritto ma come mezzo del suo esercizio (3), il quale non può esser di fatto sostenuto che colla forza, e se si consideri che all' oggetto appunto di aver la forza necessaria all' esercizio de' dritti il gius di natura ebbe bisogno del soccorso del dritto politico, non resterà dubbio che questo dritto è investito di facoltà non che a negar la sua forza all' individuo che ne abbisogna per l' esercizio de' proprj di-

---

(1) Plinio *Hist. lib. 7. c. 6.* ebbe *ingestabilis*, non suscettibile d' essere importato in qualsisia corpo. La voce *ingestiva* è nuova ma denotante il carattere della pena che *ingerit*: pone entro al corpo del paziente il dolor fisico. La qualità di *privativa* è bensì avversativa d' *ingestiva* ma non di *attiva* come al confronto della privativa si espresse Bentham *Théorie des peines et des récompenses vol. 1. pag. 12.*

(2) Benjamin Constant *Comment. sur Filangieri part. 3. chap. 12.* Non sussiste però, come sembra credere il signor Lucas *Du système pénal etc. pag.* 263., che il Cavalier Filangieri non abbia ammesse le pene privative di libertà nè in perpetuo nè a tempo, *Scienza della legislazione lib. 3. p. 2 cap. 33.* Quello scrittore prende equivoco da quel che il Cavalier Filangieri dice per sostenere la pena di morte, e di che qui addietro *pag. 93. not. 2.*

(3) Vedasi il *lib. 1 cap. 10.*

ritti ma a togliergli ancora quella che il gius di natura gli ha compartita per sostenerlo (1).

§. I.

Lavori pubblici.

L' omicida, versando meditatamente il sangue del proprio simile, dipingeasi al sentimento intimo, ed alla ragione animato da istinto di tigre, e della tigre più snaturato (2). Supporre suscettibile di correzione la tigre: darle dopo un certo tempo di prigionia la libertà, ed ammetterla a usarne in mezzo degli uomini sarebbe insensatezza o follia.

Le voci *bagno* (3) *galera* (4) mostrano la marittima origine de' luoghi, ne' quali ai dì nostri racchiudonsi i rei puniti con reclusione perpetua. La frase *lavori pubblici* designativa delle occupazioni, alle quali i rei sono astretti, ha la sua origine nel dritto romano stabilito sotto gl' Imperatori, e però poco meritevole della fiducia dell' uomo amico della umanità e della giustizia (5). Questa mistura di voci romane e di barbare giunta fino a noi per tradizione e per uso, unico modo con cui le lingue viventi passano da una all' altra generazione, indica nel volgar nostro idioma la pena che andiamo or rintracciando, avendo però il linguaggio del dritto ritenuta la sola romana nomenclatura (6).

Senza bisogno di ricorrere al pubblico esempio, il quale

---

(1) Il signor Lucas *Du système pênal etc. p.* 263 non dà sodisfacente risposta ai ragionamenti del Constant.

(2) « . . . . . *Parcit*
« *Cognatis maculis similis fera. Quando Leoni*
« *Fortior eripuit vitam Leo? Quo nemore unquam*
« *Expiravit aper majoris dentibus apri?*
« *Indica Tigris agit rabida cum tigride pacem*
« *Perpetuam etc.*
Juven. *Sat.* 15. *v.* 159.

(3) Malmant. *Cant. 6. st. 57.*

(4) Davanzati *Ann. lib. 4. §. 82.* Guicciard. *Storia lib. 17. cap.* 33.

(5) Il lavoro era o la scavo de' metalli utili, o la loro preparazione, o lo scavo dello zolfo, della calce o del sale. Occupazioni le quali formavano varj gradi di pena. Il lavoro pubblico nel linguaggio della legge era un grado inferiore, nè importava servitù della pena. Ant. Math. *Ad lib. 48. dig. tit. 18. num.* 4., Fabr. *Semestr. lib. 2 cap. 5.*, Ant. Math. *De poena gladii cap. 1. pag* 15., il quale però confonde i condannati al metallo e i *metallici* specie di servi alla gleba, che tali nascevano, e tali si mantenevano. Cod. Theod. *Tit. de metallis et metallicis* J. Rud. Hemmel *Diss. quid de poen. rom. crim phil. stat. pag.* 32 *not.* **.

(6) Cod. Leopold. *Art.* 55.

per vincere i limiti dello spazio che può l'occhio percorrere ha bisogno del mezzo della parola, un edifizio eretto e destinato alla prigionia perpetua dell'uomo tigre, il quale colla sua esterior costruzione mostri all'occhio la forza e la impassibile maestà della legge, invitando la mente a meditare sulla sorte de' detenuti, offre il più grande e più salutare morale carattere della forza di cui la pena si possa comporre. Se la sua minaccia è destinata a colpire il pensiero la sua esecuzione lo colpisce egualmente. Qui non vi ha effetto drammatico: tutto è riflessivo, istruttivo, quasi immerso per il pensiero onde mediti la necessità, la giustizia, la inesorabilità, il morale rigor della pena.

La perpetuità della reclusione in questa cloaca delle umane perversità, e la indole de' delitti, pe' quali ella è decretata, trae dietro a sè, I. la morte civile, II. la infamia: due oggetti i quali meritano un esame particolare, III. il lavoro: cose tutte esclusive della idea di correggere: tutte istituite non per agire in un modo o nell'altro sul detenuto, ma perchè il pensiero della sua detenzione sia nelle volontà inclinate ad offendere ostacolo a farlo.

La schiavitù non è elemento di questa pena, e le cose da dirsi sulla morte civile dimostreranno che l'uomo può perdere per sempre la sua libertà: può aver recisi tutti i legami che o politicamente o civilmente lo unirono alla società, e non essere *schiavo*.

Dare al condannato il privilegio che i selvaggi attribuiscono alla divinità della immobilità e dell'ozio (1), sarebbe urtar la morale, la politica e la giustizia. Il *lavoro pubblico* è un compagno inseparabile di questa pena, e il lavoro per esser pubblico dee essere pubblicamente esercitato, lo che per la indole delle cose non si addice se non a quello che si esercita a pubbliche opere come trasporti di materiale, lavori di strade, scavi, arginazioni e simili, i quali lavori intrapresi dall'onesto indigente per sostentare la propria vita possono esser bene addossati ad un malfattore che ad altri la tolse (2).

Nè l'obbligare il condannato al lavoro è agire contro di lui

---

(1) Bouguer *Voyages au Peron p.* 115.

(2) Cavalier Filangieri *Scienza della legislazione lib. 3. p. 2. cap.* 32. si duole che la legge fissi il tempo della condanna, e l'*aguzzino* la qualità del lavoro, osservando che questa qualità può costituire un rigore maggiore della pena. La sua coscienza si acquieti. In galera non si fanno parzialità: almeno non tali da dover fare il codice degli aguzzini. Egli non ha osservato neppure chè la *esecuzione* della pena è, e deve esser rimessa sempre alla *polizia*, appunto perchè la legge come non può segnar la strada e la linea al ferro che recide la testa del condannato alla morte non può neppure segnare i moti alle mani ed ai piedi del condannato al lavoro.

con un dritto di cui la società sia sfornita. Se ella ha quello di togliere ad esso la libertà : se questo rigoroso ma necessario espediente non dee renderlo di miglior condizione di quel ch' egli fosse prima di dichiararsi nemico de' proprj simili : se la condizione dell' uomo è per divino volere quella di acquistar pane col sudore del volto, convien relegare tra le chimeriche fantasie, delle quali infelicemente i nostri tempi regurgitano, la strana idea che il lavoro forzato sia incompatibile colla dignità e co' dritti invulnerabili della umana natura (1).

Il lavoro forzato, i luoghi e le circostanze della sua prestazione per la parte del condannato obbligano a coazioni alle quali pieghisi la sua volontà, e rendano a lui fisicamente impossibile la fuga. L' armato esecutor di giustizia al suo fianco provvede al primo oggetto, e le catene sul di lui corpo al secondo.

Se trattamenti simili sembrano degradare la umana natura, ell' era stata già degradata da chi gli soffre (2).

§. II.

Casa di forza.

Tra la premeditata strage dell' uomo e qualunque altra immaginar vogliasi offesa, eccettuata la direttamente politica, non vi ha termine di paragone. Sonovi modi di punizione che o non bisogna adoprare, o convien dare alla loro durata quella della vita dell' uomo. Questi rigori colpiscono il capo di chi offese per modo la società da non poter altrimenti meritare la sua fiducia, e tale è per le cose osservate qui sopra l' uccisore del proprio simile.

La eguaglianza della situazione, la comunanza della vita e delle occupazioni, la parità del trattamento, la somiglianza del nome e dell' abito assuefanno la opinione a ravvisare gli uomini uniti tra loro da tanti legami di fatto come di una sola e medesima condizione : come individui della stessa fa-

---

(1) Benjamin Constant *Comment. sur Filangieri loc. cit.*, e le deboli sebben leali confutazioni del signor Lucas *Dy systema pènal. etc. pag. 262. in not.*

(2) I Romani tondevano e incatenavano i condannati al metallo, e come servi della pena gli sottoponevano al bollo, andandomi più a grado la congettura del Pancirolo *Thes. var. lect. lib 2. cap. 24.* che quella di chi crede che ciò si facesse per meglio riconoscerli in caso di fuga, spiegazione che ha servito di pretesto a mantenere tra' cristiani la pena brutale del bollo non ostante l' abrogazione della servitù della pena. Il legislatore Toscano ha mantenuto i capelli tagliati, la catena, l' abito distintivo, il cartello esprimente il delitto (cosa da non trascurarsi) : la guardia con arme da fuoco ec.

miglia, e destinati alla sorte medesima. La distinzione del tempo per la sua durata maggiore o minore è troppo ideologica, e rimane assorbita da tante altre cose che più percuotono i sensi.

Comecchè lo scopo d' una correzione del condannato sia un idea più platonica che giuridica: più morale che fondata sulla esperienza delle passioni umane, un' uomo uscito dalle galere è per l' ordinario un nemico della società. L' immenso intervallo che la pena ha aperto tra lui e i suoi simili ha ottusi i suoi sensi alle sociali simpatie. Lo stato di umiliazione e di obbrobrio, nel quale si è trovato, ha fatto nascere nel di lui animo la certezza, che la società gli ha dichiarata la guerra, che dal suo lato altro non gli resta che dichiarargliela (1).

La galera è una casa di forza, ma non ogni casa di forza è galera. Il luogo, l' abito, il trattamento, il lavoro non fuor della reclusione, la disciplina possono stabilire una differenza reale, e di opinione tra l' una pena e tra l' altra. Siccome la casa di forza dovrebbe essere destinata a cautelare la perdita temporaria non perpetua della libertà, un sistema di cure dirette o a formare, o a correggere, o a perfezionare la morale de' condannati sarebbe un generoso ed utile tentativo, sebbene forse di poco profitto, con persone, le quali ancorchè soggette ad una specie inferiore di pena, debbono essere pur trattate come nemiche.

Gli uomini abituati a conversare colle loro idee si abbandonano assai facilmente trattando queste materie a progetti i quali obbligherebbero chi gli adottasse a gravissimi dispendj certi, e riuscirebbero d' incertissima utilità. L' impedire l'alimento o la propagazione del vizio fra uomini sorpresi nella via del delitto è un dovere della pubblica autorità, ma una vita senz' agj, fornita del necessario a sostenerla soltanto, laboriosa, invigilata e tenuta in un sistema di subiezione, che coazioni a questo scopo proporzionate sostengono, è tutto quello che la umana prudenza può fare (2).

---

(1) Il Cavalier Cremani *De jur. crim. lib. 1. part. 2. cap. 8. p. 177. not. 1.* pensa che a tutti gl' indicati inconvenienti sia sufficiente riparo la massima dal legislatore adottata, che a niuno possa rimproverarsi la pena sofferta dopo che egli l' abbia espiata. È da desiderarsi, che la opinione sia sì dolce da uniformarsi alla giustizia di questo principio, e che il condannato alla galera vi trovi tal garantia uscendone da considerarsi come il figliuol prodigo nuovamente accolto nella propria casa dal padre.

(2) Vedasi il piano grandioso, sebbene partecipante un poco degli antichi castelli incantati nel Bentham *Traités de legisl. civil. et penal. Panoptique vol. 3. pag. 209.*

§. III.

Carcere.

Se nel dritto romano fosse dato distinguere quando parlava la legge, e quando l'arbitrio del giudicante, e se il linguaggio della legge non fosse stato volubile quanto la fortuna, la quale faceva spesso cangiar di capo un governo più militare che civile, si potrebbe conoscere se la carcere per le regole di quel dritto fosse *pena* o *custodia*, e se, pena essendo, lo fosse o per ordinario o per straordinario dritto (1): imperocchè giunti alla carcere possiamo senza offendere la umanità interrogar sulle pene le leggi romane.

La massima stabilita da quelle leggi che la carcere non può esser perpetua, e che alcuni anzichè a un principio di umanità attribuiscono a economia di locali onde i condannati lasciassero spazio ai detenuti (2): la facilità di porre questa pena sotto la mano di chi ha anco modica coercizione: la promiscuità dell'oggetto della pena e della custodia, a cui ella anco nelle materie del dritto privato si presta: e la maggiore o minore importanza che la opinione del legislatore concede alla relegazione e all'esilio di cui la carcere spesso divien *pena vicaria*: tutte queste cagioni hanno reso vario, fluttuante, ed anco contradittorio il dritto di questa pena.

Considerando la carcere come *terzo grado* delle pene privative di libertà ella dovrebbe divenire un'oggetto del dritto ordinario, ma come tale ella dovrebbe avere il suo proprio e distintivo carattere: la sua disciplina: il suo sistema di coazioni per mantenerla; onde si distinguesse dalla carcere che è titolo di custodia, da quella che è titolo di coazione nelle materie del dritto privato, e da quella che è mezzo coercitivo pel dritto straordinario nella polizia.

È stato giustamente osservato che colla carcere si corre rischio di far uomini oziosi (3). D'altro lato la frequenza del movimento de' condannati (perocchè la durata dovrebb'esser minore di quella della condanna alla casa di forza) renderebbe impraticabile un sistema di lavori.

---

(1) Ant. Math. *De criminib. ad lib. 48. dig. tit. 18. cap. 1. num. 13.* cui contradice Boehmer. *Comment. ad C. C. C. art. 10. p. 60.* Quistorp. *Fondamenti del dritto penale §. 77.* Buttmann *Elem. jur. crimin. §. 79.* Cremani *De jur. crimin. lib. 1. part. 2. cap. 8. §. 10.*

(2) Rud. Hommel *Diss. quid. de poen. roman. criminal-jure Justin. obviis philosophicae statuendum sit. Lipsiae 1787. §. 8.*

(3) Cremani *De jur. crimin. loc. supr. cit. §. 11.*

Se il *solitario confino* può apparir praticabile, lo è nella carcere, onde converrebbe in questa specie di pena sostituire al lavoro la solitudine separando i carcerati tra loro, ed ammettendoli uniti unicamente ne' luoghi destinati a sodisfare ai doveri di religione, a sentirsene rammentare i precetti, e ad imbeversi delle salutari massime della cristiana morale: perchè nel solo caso di men gravi delitti, e di pene meno severe per la intensità, e per la durata può tentarsi, e sperarsi la correzione d'un reo (1).

§. IV.

Deportazione, relegazione, ed esilio.

Queste tre pene, la terza delle quali contiene le altre due come un più largo cerchio, che due più concentrici ne può contenere, per questa loro situazione relativa fecero nascere erudite questioni sulla distinzione dell'una dall'altra, e sui lor respettivi giuridici effetti nel sistema delle leggi romane (2). La situazione relativa di queste tre pene, e i gradi di morale dolore che esse comparativamente contengono determinabili pressochè con esattezza geometrica, evidentemente dimostrano quale ampio materiale somministri alla pena la libertà, quasi la natura abbia voluto indicare alla legge ove ella dee colpir per difendersi senza offendere la umanità.

La deportazione, la relegazione, l'esilio, hanno respettivamente una maniera d'essere, la quale non si verifica se non in certe e determinate località: perocchè tutte consistono nell'obbligare il condannato a vivere in un luogo piuttostochè in un'altro.

La deportazione, perchè la parola abbia un significato corrispondente al fatto, richiede, che come pena sia dal condannato subìta in un paese dalla patria, che egli offese, di-

---

(1) Il *Solitary confinement* sostituito alla pena di morte, praticato in America ancomiato dal signor Duca De La Rochefoucault, dal signor De Liancourt, dal D. Esquirol, dal Generale Fois, da Wright, ec. proposto dal signor Livingston, ed esornato dal signor Lucas *Du système pénal etc. pag.* 297. *et seq.* e più diffusamente nell'opera *Du système pénitentiaire etc.* ved. qui addietro, si trova contradetto quanto a' suoi utili effetti dal D. Roscoe *Osservazioni sulla giurisprudenza penale etc. append.* 6., e da molti altri locali ragguagli riferiti dal signor Professore Barnbaum *Diss. de peculiari aetatis nostrae jus crimin. ref. studio pag.* 104. 107.

(2) Leopold. Andr. Guadagni *Institu. jur. civ. lib. 1. tit. 12* §. *IX.*, e le dottissime note, che lo accompagnano. Cremani *De jur. crim. lib. 1. part. 2. cap.* 8. *et seq.*

viso dai mari, e ciò non pertanto alla patria spettante, non potendosi confondere la deportazione coll'*accompagnatura* (1). Così fecero uso di questa pena i Romani (2): così ne usano a' dì nostri gl' Inglesi onde la deportazione vuole un paese, il quale abbia colonie oltremarine (3).

Questa pena per la sua acerbità non può formar *grado* come specie subalterna nel suo confronto co' tre gradi accennati qui sopra (4). Il suo modo di esecuzione la espone troppo all' arbitrio di chi n' è incaricato dalla legge, ed è questa la ragione forse che la donnesca accortezza la consigliò ad Augusto come pena vicaria della interdizione dell' acqua e del fuoco, essendo in seguito cresciuta a brutale rigore (5).

Questa pena dimostra quanto sia facile in simili materie abbandonarsi ad idee di miglioramenti morali mentre è necessità pensare a difendersi. Gli encomj di correzione del costume a questa pena attribuiti (6), sonosi per più accurato esame scoperti smentiti dai fatti (7).

La relegazione, che presso ai Romani, e nel sistema col quale essi praticavano questa pena poteasi facilmente confondere colla deportazione, sembrerebbe volere non fuori ma

---

(1) L' erudito Guadagni reputa indifferente, o di vario significato il nome *Inst. jur. civ. lib. 1. tit. 12. §. 10.* ma gli esempj che cita son tutti di trasporto oltre mare. Successivamente § 14. *not. 3.* ammette, che la deportazione senza luogo oltramarino non può praticarsi.

(2) Le isole nelle quali facevasi la deportazione erano la Sardegna, Serifo, Amorgo, Sciato etc. Guadagni *loc. cit. not. 4.*

(3) In questo senso ne parla Filangieri *Scienza della legislazione lib. 3. part. 2. cap. 33.* La usarono i Napoletani, i Veneziani, i Genovesi, e poi cadde in disuso specialmente presso popoli che non ebbero isole sotto il loro dominio. Cabal. *Resol. crim. cas. 103. num. 4.*

(4) Il Filangieri *loc. cit.* non la crede da paragonarsi alla pena di morte, e non vi trova il carattere del pubblico esempio perchè niuno può più vedere i deportati. Domanderei quanti in Toscana a modo di esempio hanno veduti i condannati ai lavori pubblici, e se chi è più in condizione d' ogni altro di commetter delitti può intraprender viaggi per prendere la lezione del pubblico esempio in galera.

(5) Incominciò dolcemente con tutte le apparenze di una comoda e lussuriosa passeggiata marittima. Il condannato portava seco rispettabili somme, oggetti di agio e di lusso, servi ec. Si finì col legarlo a guisa di tigre, consegnarlo confiscato nei beni ai servi della repubblica, i boja di quel tempo, e farlo trasportare o in Gipso, o in una delle Oasi d' Egitto esponendolo al morso degl' insetti, che talvolta uccidevanlo, Guadagni *loc. cit.*

(6) Il Filangieri *Scienza della legislazione loc. cit.* con un salto d' immaginazione argomenta dalle colonie degli antichi, a quelle formate dai deportati moderni. Nel poema del Delille sulla pietà si fa un' interessante quadro della conversione morale de deportati a Botany Bay.

(7) Vedasi il tristo e lacrimevole quadro che sopra irrefragabili documenti ne ha dato Lucas *Du système penal etc. pag. 329 e seq.*

nella patria del condannato un luogo, il cui soggiorno comparativamente cogli altri apparisse di condizione peggiore. La umanità e la giustizia però non consentirebbero, che questa pena dovesse subirsi in luoghi ne' quali per la natura del clima o la salute, o la vita del condannato fosse posta in pericolo. Quanto più largo è lo spazio e il numero delle circostanze, entro alle quali la pena dee avere l' effetto suo, tanto è più necessario di apprezzarne il carattere onde conoscere il male che senza essere ad essa inerente potrebbe pur essere in essa consequenziale.

Ma una più ponderata politica obbliga a considerare la relegazione e l' esilio come dosi maggiori o minori del materiale medesimo, potendo l' una divenire or più acerba or meno acerba dell' altra.

Se l' esilio non è espulsione dalla patria, la relegazione è dell' esilio più grave. L' esilio nell' indicato suo grado di severità è dalla legge toscana solamente usato co' forestieri (1): coi sudditi e co' cittadini non potrebbe essere praticato che ne' delitti direttamente politici in qualche loro men grave specie: sia perchè in questo caso la pena segue più fedelmente la indole del delitto (2); sia perchè in questa specie di offese, per ciò che più comunemente accade, la condizione del condannato è tale, che della patria privandolo non è senza mezzi di sussistenza gettato, ove ogni sua personale industria gli divenga inutile, e sia collocato tra il rossore della vita mendica (3), o la disperazione della delittuosa.

Perchè la relegazione divenga *quarto grado* di pena dopo la carcere è necessario, che il tempo di questa sia esattamente dalla legge determinato.

L' esilio ha suscitate gravi censure contro di sè come pena, le quali possono ridursi a due: la sua insufficienza ove i dritti di città non esistano: la sua ingiustizia come spurgo di malviventi a danno de' paesi, che gli debbon ricevere (4).

---

(1) Cod. Leopold. *Art.* 55. La pena è estesa anco ai *calunniatori*.

(2) Sarebbe una specie di ostracismo, pena affatto *politica*, conforme prova contro chi protendeva sostenerla *criminale*, Rutgers *Var. lect. pag.* 39. Come pena politica la sostengono Quistorp, e Globig presso Hommel *Diss. quid de poen. romen. etc.* §. 5.

(3) L' Alfieri dipinge con tinte patetiche, sebbene a lui poco connaturali, la infelice condizione dell' esule. *Merope att.* 3. *scen.* 2.

(4) Innanzi alle dispute in Germania tra Gmelin, Servin, Soden etc. indicate da Hommel *Diss. cit. loc. cit.* il Boehmer *Ad Carpzov. quaest.* 129. *obs.* 2. le aveva promosse. In Francia si fece contraddittor dell'esilio Carrard. *De la jurisprud. crimin. introd.* §. 9. *num.* 8., e quindi oppositor

Se non si fissa la estensione degli effetti di questa pena, e non si indicano i delitti, pe' quali può comminarsi, riesce impossibile fissarne con esattezza il carattere.

I dritti di città valutabili come elemento della morte civile, non lo sono come elemento della espulsione dal domicilio (1). Fu già osservato in qual caso l' esilio può consistere nel bando da tutto lo stato. L' esilio come bando dal luogo del domicilio ha il suo carattere intrinseco come pena, e però la sua sufficienza desiderabile. La patria in cui nascono, come la società nella quale vivono, è dagli uomini più sentita che intesa, e nelle cose di sentimento tutti gli uomini si somigliano. Se l'uomo non è attaccato come la pianta al suolo sul quale nacque, vi è però attaccato dalla forza delle abitudini, la quale anco ne' bruti animali è visibile (2). Il criterio del dolor fisico ha potuto illudere e fare apparire l' esilio come cosa indifferente a soffrirsi.

Se si eccettuino i delitti di cupidigia, che si verificano nel furto e nelle sue varie specie, e nel falso o proprio o improprio o nominato o innominato, pe' quali delitti è necessaria o la casa di forza o la carcere (3), l' esilio non può recar danno ai paesi ne' quali l' esule si ricovra; e non è perciò spurgo d' una cloaca senza considerazione a chi possa esserne infetto, come la fantasia anzichè un purgato senno in legislazione ha potuto a se medesima fingere.

La relegazione e l' esilio; come pene alla osservanza delle quali può la umana volontà ricusarsi, obbligano la legge a minacciare alla inosservanza una pena più grave (4). Ma

---

più cospicuo è il dotto signor Pastoret *Des loix pénal. vol. 1. part. 2. chap. 2. art. 8.* Fu generale in Italia l' uso dell' esilio Clar. *Sentent. §. fin. quæst. 71.* L' approvò Beccaria *Delitti e pene §. 23.*, e l' adottò il legislatore Toscano *Cod. Leopold. art. 35.*

(1) Le storiche fantasie del Cavalier Filangieri *Scienza della legislazione lib. 3. part. 2. cap. 35. append. pag. 109.* ottime a leggersi non hanno appoggio ne' cogniti sentimenti della umana natura.

(2) « . . . . . *Amano anch esse*
« *Le spelonche natie le fere istesse*,
diceva Temistocle a Serse nel Metastasio senza pensare al gius del suffragio sulla piazza di Atene.

(3) *L. del 22. Giugno 1816. Disposiz. da applicarsi ai rei di furto ec.*

(4) Dig. *Lib. 48. tit. 19. l. 28. §. 13.* Ma come la inosservanza della deportazione potè esser punita di morte, facendo così un salto di tre gradi intermedj vale a dire, 1.° dell' opera pubblica, o del ministero metallico, 2.° dell' opera del metallo, 3.° del metallo? Il giureconsulto non parla per conto proprio, ma per conto dell' Imperatore Adriano, poco geloso per quanto appare di conservare le proporzioni. Colla giurisprudenza di Callistrato consuona quella di Marciano. *L. 4. eod. tit.*

queste pene della inosservanza vorrebbero essere regolate con criterio diverso da quello che con soverchia facilità può esser fornito da' gradi della scala penale: perciocchè seguendolo si giungerebbe a un punto nel quale la inosservanza potrebbe esser punita con rigore eguale a quello con cui si punisce il più grave delitto. Le leggi commiserano l'amore innato e inestinguibile di libertà nell'uomo, il quale fugge o dalla carcere o da altro luogo di forza, e puniscono la inosservanza col passaggio dall'esilio ai lavori pubblici: tanto è difficile allo spirito umano evitare le contradizioni!

CAPITOLO VII.

Della morte civile.

Fu già notato come l'accorta politica degli Imperatori Romani, facendo causa comune colla crudeltà onde trovar mezzo per meglio e più prestamente disfarsi dell'imbarazzo che lor cagionava la venerata dignità di cittadino di Roma, colla quale Augusto erasi trovato costretto ora a combattere ora a transigere, cercò nella finzione della *servitù della pena* il titolo legale per farla perire con quella dell'uomo (1).

La servitù della pena sopprimeva in realtà tutti i dritti dell'uomo onde niuno potesse in lui rintracciar quelli di cittadino, e, comecchè quella servitù nascesse da una sentenza, la quale condannava per titolo di delitto, la giustizia non sdegnò di accoglierla per lungo tempo sotto il suo manto, non avendo competenza ad esaminare come la legge creando una pena oppressiva della umanità lasciava all'arbitrio d'un uomo la creazione del delitto (2).

È questa forse la vera ragione che ne' frammenti del dritto romano a noi pervenuti o non è possibile o è grandemente difficile conoscere quali pene traessero dietro a sè quella della servitù (3), per lo che ne' paesi ne' quali quel

(1) Vedasi il *lib. 1. cap. 14.* e qui addietro *pag. 105.* Questa finzione *personalizzava* il supplizio, e gli dava *dominio*, e possesso del condannato. *Nov. 22. cap. 8.* της τιμωρίας τον καταδεδικασμένον εχούσης εαυτῇ δουλεύοντα. « *Supplicio damnatum possidente sibi servientem* ».

(2) Non è dunque da meravigliare se i giureconsulti Romani discussero tranquillamente e senza inorridire il dritto della servitù della pena, le molte questioni del quale posson vedersi in Ant. Math *De criminib. ad lib. 48. dig. tit. 18. cap. 2.* Henr. Gottlieb Francke *De servis poenae apud rom. Lipsiae 1727.* Jos. Hofer. *De usu practico servitut. poenae Basil. 1744.*

(3) La questione tra i Romani giureconsulti è sugli effetti dell'opera pubblica, e l'accenna Hommel *Diss. quid de poen. rom. phil. stat. pag. 34. not.***.*

dritto formò regola comune di ogni altro la stessa difficoltà fu incontrata nello stabilire a quel pena antica la moderna de' lavori pubblici corrispondesse (1).

Ha le sue stravaganze anco la crudeltà e tanto più facili quanto più ella è soggetta a perdere la coscienza di se medesima in quella della forza alla quale si appoggia. Il servo della pena, morto come uomo perchè divenuto mero animale, viveva pur come uomo o per dare un lucro vivendo, o per dare un divertimento morendo (2): barbarie la quale potea lasciarsi sotto onesto silenzio se non avesse fatte poi nascere gravi questioni nel dritto.

Tra le imprese dell' Imperator Giustiniano, che come titoli di una gloria militare usurpata rendono necessario un gran spazio di carta al suo nome, la più gloriosa di tutte, sebbene tra que' titoli non mentovata, è l' abolizione decretata da lui della infausta servitù della pena (3).

Ha tanto ascendente sull' animo umano la opinione della severità della pena da convertirsi spesso in petizione di principio e rendere oscure le verità le più chiare. Fa meraviglia la disputa insorta ed acremente discussa, se la salutare riforma dell' Imperator Giustiniano si estendesse ai condannati alla morte, o comprendesse i soli condannati al metallo in quanto le sue costituzioni parlano di viventi (4): disputa la quale non doveva nascer neppure se si rifletteva che nel sistema del dritto romano la servitù della pena colpiva sempre i viventi ancorchè destinati dalla condanna a morire.

Il cambiamento indotto dall' Imperator Giustiniano alterò da capo a fondo il sistema penale de' Romani, facendo cadere la pena del metallo dal *secondo grado* ov' ella era nel *terzo*: cambiamento il quale dovea farsi progressivamente sentire ne' gradi inferiori, portando la deportazione dal *terzo*

---

(1) Leopold. Andr. Guadagni *Instit. jur. civ. lib. 1. tit. 12. §. 14. not.* 3. Il Bartolo interpetrando in Pisa il Digesto nuovo vi agitò la *Quest. 1. num* 15. *a* 1342., e sostenne che i banditi non erano equiparabili ai deportati. Il Savelli *Pratica universale §. banditi* gli assomiglia ai servi della pena.

(2) Dig. *Lib.* 48. *tit.* 19. *l.* 29. Il giureconsolto dà della sopravvivenza una ragione non meno barbara: quella di torturare il condannato perchè deponga in aggravio d' altri. La Religione Cristiana profittò di questo intervallo tra la morte finta e la vera del condannato per placare a suo prò la imperiale ferocia. Ant. Mathaeus *Tractat. de jur. gladii cap. 2. p. 12.13.* riportando i versi

« . . . . . *da tempus, et spatium tibi*
« *Quod ratio nequit forte sanabit mora.*

(3) Nov. 22. *cap.* 8. Auth. *Sed hodie Cod. de donat. inter vir. et uxor.*

(4) Leopold Andr. Guadagni *Instit. jur. civ. lib. 1. tit. 3. §. 13. not.*

al *quarto*, lo che per la infelice preoccupazione pel rigor della pena parve restare dimenticato o non valutato (1).

La pena della confisca, framischiandosi alla morte, alla deportazione e alla relegazione talvolta o in tutto o in parte, fece sorgente nuove difficoltà in questa parte del dritto, e servì a qualche scrittore di criterio onde decidere se ai condannati all' ultimo supplizio competesse la facoltà di testare (2). In questo stato, non in tutto coerente, non sempre con chiarezza determinabile, giunse fino a noi il sistema de' Romani sulla influenza che la condanna penale può avere sui dritti o politici o civili del condannato.

Abolita la servitù della pena, e in essa il più severo cambiamento di stato, il dritto romano, come regola comune d' ogni altro diritto, altro non ebbe da dare ai moderni legislatori, se non il suo medio cambiamento di stato, vale a dire la perdita de' dritti di cittadino, effetto giuridico il quale potè sortire la nuova denominazione di *morte civile* (3). I santi, inalterabili, inalienabili diritti che l' uomo ha dalla religione, dalla natura e dal dritto regolatore de' popoli, considerati come individui viventi in stato di indipendenza reciproca tra di loro, restarono o dovettero restare intatti, e in conseguenza il dritto religioso e civile del matrimonio: per questo perchè il primo titolo dee necessariamente assorbire il secondo (4).

Se si consideri la morte civile pe' suoi effetti ella non sembra differire dalla interdizione alla quale il prodigo ed il furioso soggiacciono. Ma nella interdizione il dritto non è annientato e distrutto, e ne è soltanto l' esercizio sospeso. Riedificare quel che è stato distrutto una volta non è economia: per lo che sembra che la morte civile non debba andare unita se non a pene di durata perpetua; e quanto a quelle di durata temporaria la interdizione più o meno piena, a seconda delle più gravi, o men gravi specie penali, sembra opportuna per ragioni che chiunque potrà scorgere facilmente.

---

(1) Ant. Math. *De criminib. ad lib. 48. dig. tit. 18. num. 4. 6.*

(2) De Luca *De regalib.* Ap. Guadagni *loc. supr. cit.*

(3) Sugli effetti giuridici della deportazione come titolo del medio cambiamento di stato, vedasi Ant. Math. *Ad lib. 48. dig. tit. 18. num. 6* sulla denominazione Lamb. Alex. Jos. Doreye *Diss. inaug. de his qui civitatem amittunt, et de morte civili Leod. 1818.* La *L. 62. §. ult. tit. 2. lib. 17, dig.* nella parola *intereunt* comprende la diminuzione di capo massima, la media e la morte naturale.

(4) Altra ragione dedotta dal dritto romano adduce Ant. Math. *Ad lib. 48. dig. tit. 18. num. 6.* Si allontanò da questo principio il Cod. Nap. *art. 25.*

Se i torti di qualche pensatore esser potessero i torti del tempo nel quale scrive, il secolo nel quale viviamo, potrebbe dire a ragione, che i progressi delle cognizioni umane son discernibili per le contradizioni nelle quali s'illaqueano. Uomini i quali considerano come giusta, politica e non lesiva della morale pubblica la pena della morte naturale del reo, ravvisano tutti questi difetti nella sua morte civile. D'onde questa opinione tragga la propria origine se non la trae da immoderato amore di novità, non si saprebbe decidere.

La morte civile non è la confisca, la quale dalla storia venga indicata come politica divoratrice delle private fortune adottata dal dispotismo degl' Imperatori di Roma, o dalla brutal cupidigia di chiunque avesse in mano la forza nel medio evo (1). La morte civile, più conseguenza necessaria e giuridica d'una pena che pena, ha le sue pure e classiche origini nel dritto della romana repubblica (2). La interdizione del *tetto*, dell' *acqua* e del *fuoco* traeva a sè dietro il medio cambiamento di stato (3): riduceva il cittadino di Roma alla condizione di peregrino (4), e lo privava di tutti i dritti della città (5). Se la legge colla interdizione recideva tutti i vincoli politici e civili del condannato colla società, della quale avea formato parte fino al giorno della condanna, la sua morte civile era una conseguenza inevitabile di questo rigore. La curatela non poteva essere al caso applicabile perchè ella è un potere dalla legge concesso sopra libero capo, e il colpito dalla pena li-

---

(1) Leggiera non fu la mia meraviglia allorchè lessi (20 Decembre 1831) essere stato proclamato da un oratore, che la morte civile ha la sua origine nel medio evo.

(2) Il Beaufort *La repub. rom. vol. 4. pag. 318.* quando ammettendo che la interdizione o esilio producesse la morte civile, lo paragona alla servitù della pena. Le questioni sulla perpetuità o non perpetuità dell'esilio hanno influito sulle conseguenze giuridiche della morte civile. Non vi ha dubbio, che l' interdetto dell' acqua e del fuoco p tesse essere richiamato, come avvenne a Q. Cecilio Metello, a Cicerone, a M. Furio Camillo ed altri. Besser *Diss. de natur. poen. ex hist. jur. crim. rom. pag. 39.* Ma queste rare eccezioni non alterano, che l' esilio perpetuo avesse congiunta la morte civile di carattere essenzialmente diverso dalla servitù della pena. La confisca indicata dalla *L. 3. tit. 22. lib. 48. dig.* come effetto della perdita de' diritti della città sembra essere invenzione d' una posteriore giurisprudenza.

(3) Dig. *Lib. 4. tit. 5. l. 5. §. 1.*

(4) *Ad peregrinitatem redigi* dice Ulpiano *Dig. lib. 2. tit. 4. l. 6o.* Svet. *In Claud. cap. 16.* L' interdetto entrava nella classe de' peregrini detti ἀπόλιδες

(5) Guadagni *Inst. jur. civ. lib. 1. tit. 12. §. 8.*

bero altrimenti non era. La utile e generosa finzione del *postliminio* non era neppure al caso applicabile, sia perchè perpetua era la interdizione del tetto, dell' acqua e del fuoco (1), sia perchè la finzione non si poteva invocare da chi per colpa propria era rimasto in poter del nemico (2). Inconseguenti nel dritto i Romani per certo non erano, e sarebbe questo il primo caso, nel quale o lo *spiritualismo*, o il *materialismo* d'alcun moderno scrittore gli avesse sorpresi in fallo.

Tra la pena de' pubblici lavori a vita e la interdizione del tetto, dell'acqua e del fuoco avvi questa differenza, che la prima è più grave della seconda, e si potrebbe concedere che amendue fossero eguali in rigore. E quando pur fossero in rigore compagne le conseguenze di dritto dell'una non potrebbero esser diverse dalle conseguenze di dritto dell'altra. O bisogna rifar la natura delle cose a sua posta, o bisogna concludere che la morte civile, da non confondersi, come più spesso avviene, colla servitù della pena, è inevitabile conseguenza d'una punizione la quale espelle per sempre un uomo dalla società alla quale appartenne (3).

Se la morte civile, provata giusta perchè necessaria di dritto, si esaminasse pel lato della sua politica utilità, e si sottoponesse al giudizio della morale, la politica la encomierebbe, e la morale non vi ravviserebbe condannabile macchia.

La politica scorgerebbe nella morte civile in supremo grado il morale carattere della pena, quindi la sua vera forza senza che la forza sia alla giustizia nociva. La morte civile estende il campo alle salutari riflessioni, delle quali dee formare i suoi calcoli chi concepisce la idea di infranger la legge. Unita alla pena di morte nel delitto politico, o niente rileva se i suoi effetti debbono incominciare dalla esecuzione della sentenza (4), o si confonde nello scopo d'una difesa

---

(1) Manut. *De legib.* e Pitisc. *Lex art. aqua et igni* fondandosi in una legge Calpurnia opinano essere stata anco temporaria la interdizione; e forse la confondono coll' *esilio*, nascendo frequenti equivoci tra il nome della causa, e quel degli effetti, che nell'una e nell'altra pena son simili.

(2) Voet *Ad pandect.. lib. 49. tit. 15. num: 2.*

(3) Altrimenti opinò un moderno Professore di dritto romano, ma forse preoccupato d'un dritto diverso. *Traitè de droit penal par. M. Rossi vol. 3. p. 206.*

(4) Alla esecuzione, e non alla sentenza nelle condanne contraddittorie si riferisce il *Cod. Nap. art. 26.* abbandonando la regola di dritto romano

da offesa presente. Unita ai lavori pubblici a vita la morte civile può a quella aggiungere quel grado di forza, che la morte naturale per sè non avrebbe.

La morale, quando tutti i diritti che la religione e la natura proteggono restano al condannato; quando egli è soggetto a una disciplina, che gli rende inutili tutti i dritti della città, all' uso de' quali ella è d' altro indifferente, se non ha titolo o motivo di approvare la morte civile non ha neppur titolo o motivo di condannarla (1).

CAPITOLO VIII.

Delle pene infamanti.

Ove la legge non ha temperamenti dalla opinione, la infamia nelle mani del legislatore può subirne docilmente o il comando o il capriccio. Ai tempi di Cicerone la infamia era considerata come pena capitale e d' inestinguibile effetto (2): sotto gl' Imperatori la infamia parve divenire una materia maneggiabile a beneplacito del legislatore sia per le diverse sue *specie*, sia per il diverso suo *grado* d' intensità maggiore o minore, sia per la sua *durata*.

Tutto mostra in questa pena la forza irresistibile della opinione. La distinzione degli onesti e degli umili (strano ed assurdo contrapposto) presso ai Romani fece nascere la distinzione della infamia di *dritto* e di *fatto* (3), lo che non

---

di cui Ulpiano *Dig. lib. 48. tit. 19. l. 2. §. 1.* «*Statimque post sententiam Praefecti amisisse civitatem videtur*».

(1) Non si saprebbe decidere se la morte civile sia creazione del dritto penale, o creazione del dritto civile. Convien creder piuttosto, che il dritto civile sia stato costretto a inventarla, e regolarne gli effetti nel caso in cui la pena separava il condannato dalla città, dalla propria famiglia e da' beni. Il nome di morte civile era necessaria per dar titolo alla successione intestava a favor de' congiunti perchè altrimenti i beni sarebbero rimasti vacanti, non potendosi governare colle regole de' beni confiscati delle quali il Dig. *Lib. 43. tit. 20.*, mentre in tempo della libera repubblica in Roma non conoscevasi la confisca, conforme dopo Cicerone dimostra Jul. Pollet *De foro roman. lib. 5. cap. 19.* È deplorabile che non abbia colta la occasione di discuter eruditissime e importantissime cose in questa materia il signor A. J. Desquiron de S. Aignan *Traitè de la mort civile en France Paris 1822.* opera giudicata con esemplare rigore dalla *Themis du Bibliotheque du jurisconsulte vol. 5. p. 1.*

(2) Si può forse credere, che la espressione fosse più retorica che giuridica.

(3) La distinzione è indicata come degl'interpetri da Ant. Mah. *Ad lib. 48. dig. tit. 18. cap. 3. num. 2.* Voet *Ad pandect. lib. 3. tit. 2. num. 3.* enumera alcune specie d'infamia di *fatto*. Gli esempj che il Cavalier Ce-

potè nascere se non da orgoglio di condizione e di classe (1). La distinzione della infamia di dritto in quella che nasceva dalla *legge*, ed in quella che nasceva dalla *sentenza*, sebbene in cose relative al costume e non d'effetto sì grave come il delitto, non retta dal costume non si mantenne (2). Il principio il quale faceva derivar la infamia non dalla pena ma dal delitto (3), apparentemente encomiabile e seguace dell'opinione, era difettoso perchè reputava la opinione invariabile, e perchè, potendo una sola e medesima azione presentare secondo le circostanze un danno emendabile ora in via penale ora in via civile, trovavasi incerto nel decidere sul titolo della infamia (4). I pratici, abbandonando la infamia alla opinione che l'avesse o non l'avesse unita alla pena, e indovinando il suo vero principio, si dichiararono impotenti a applicarlo (5). Tra il principio che dava al delitto il potere di produrre la infamia, e il principio che dava questo potere alla pena dovea nascere necessariamente un conflitto sulla durata. Se la infamia nasceva dal delitto doveva esser perpetua come la sua memoria: se nasceva dalla pena doveva finire con essa (6).

---

mani *De jur. crim. lib. 1. part. 2. cap. 11. §. 6. num. 3.* trae dalle leggi 17. 19. *tit. 12. lib. 2.* escludono la infamia di *dritto*, ma non includono la infamie di *fatto*. Forse indotto in errore da queste leggi. Muyart De Vouglans *Les loix crimin. dans leurs ordr. nat. liv. 2. tit. 4. chap. 5.* applica a quelle specie la infamia di fatto.

(1) Gli addetti alle arti ludicre, come i saltatori, gesticulatori; pantomimi, istrioni, erano infami di fatto: non così gli atleti, i disegnatori, i Thymelici da Thymele, orchestra su cui stavano i cantanti, confusi dalla glossa alla *L. 4. tit. 2. lib. 3. dig.* co' cantanbanchi. Vedasi Alex. ab Alex. *Dies gen. lib. 3. cap. 9.*

(2) Ant. Math. *Ad lib. 48. dig. tit. 18. cap. 3. num. 6.* il quale fa del principio una regola generale mentre era particolare alle leggi Papie Poppee pubblicate da Augusto come dopo Heineccio osserva il Nani *Ad Matk. loc. cit. not. 3.*

(3) Ant. Math. *De criminib. loc. cit. num. 4.* il quale però mostra parlarne come di cosa che non spetti ai delitti e alle pene. Corneille pur disse.

« *Le crime fait la honte, et non pas l'echaffaud.*

(4) Di qui nacquero antimonie moltissime delle leggi tra loro, una ingegnosa conciliazione delle quali è proposta da Ant. Math. *loc. cit. num.* 5.

(5) I pratici furono seguitati dal legislatore Toscano, *Cod. Leop. art. 57.*

(6) Di qui le antinomie delle leggi romane la conciliazione delle quali dottamente tentò Ant. Math. *Ad. lib. 48. dig. tit. 19. cap. 1. num. 6.* Due sono i modi di conciliazione proposti da questo scrittore: l'uno desunto dalla distinzione della infamia nel giudizio civile, e nel giudizio penale: l'altro dalla distinzione dell'autorità de'prudenti, e degli Imperatori. Quanto alla prima distinzione è osservabile, che la infamia o nel giudizio

Tra il disdoro e il disprezzo: tra il disprezzo e il ridicolo la transizione è impercettibile spesso. Di questa transizione ne somministra esempj la storia del medio evo, epoca nella quale le più malnate tra le passioni degli uomini godevano di gran libertà. Fu allora che l'asino, dopo aver fatta mostra di sè come segno di spregio in guerra (1), fu ammesso a fare la mostra medesima in pace, e a divenire arme punitiva tra le mani della giustizia (2). L'istinto vilissimo di avvilire altrui inventò le *mitere* (3) non certo parificabili alle corone di tamarino poste dagli Ateniesi in capo al calunniatore (4). Se della *infamia* si vuol formare una pena *isolata*, invece di considerarla come ad altra pena connessa, corre il risico di cercar delitti ove non sono che turpitudini, tanto meglio represse quanto più tenute celate, e di convertir la legge penale in farsa atellana (5).

Così la opinione, puntigliosa in Roma ne' tempi della repubblica (6), mal consultata, o soverchiata sotto gl'Imperatori e pervertita nel medio evo, condusse la pena d'infamia fino a' dì nostri.

La infamia ne' tempi ne' quali viviamo non può aspirare agli effetti della servitù della pena, meditando di conculcare affatto nell'uomo la indestruttibile dignità della sua natura. Non è da confondersi col punto d'onore il pudore (7),

---

civile, o nel penale giudizio è sempre l'istessa, nè vi si può immaginare la differenza che vi ha tra il denaro ed i patimenti fisici. Quanto alla distinzione seconda può ben essere che gl'Imperatori volessero che la infamia espiata la pena cessasse; ma può pur essere che la opinione non vi obbedisse; onde è da credere che i giureconsulti opinassero non potersi dalla legge porsi alla infamia un limite. Il Nani nelle sue osservazioni ad Ant. Math. come nelle sue *note al Cod. Leopold. art. 57.* propone una conciliazione, che egli intende di sostenere coll'autorità di Papiniano nella *L. 5. dig. de Decur.* la quale altro non dice se non se la infamia vien dal delitto. La conciliazione migliore ella è, che i giureconsulti romani facendo derivar la infamia dal delitto seguirono la opinione, e gl'Imperatori volendola desumere dalla pena pretesero di regolarla. I primi riconobbero nella pena una necessità d'opinione: i secondi v'immaginarono una necessità di comando.

(1) Pignotti *Storia della Toscana lib. 3.*

(2) Vedansi i citati dal Savelli *Pratica univers. §. Ruffiani num. 1.*

(3) Clarus *§. fin. quaest. 70. verb. mitrae quoque:* d'onde la frase « *secolo miterino* ».

(4) Diod. Sic. *lib. 12.* Pastoret *Les loix penal. vol. 1. pag. 122.*, Filangieri *Scienza della legislazione vol. 3. pag. 42. in not.*

(5) « *Urbicus exodio risum movet Atellanae.*
Juven. *Satyr. 6. v. 61.*

(6) I censori toglievano il cavallo ai corpulenti, e troppo pingui, e si diputava se questo espediente producesse ignominia. Gell. *N. A. lib. 7. cap. 22.*

(7) Confonde queste due cose il Cavalier Filangieri *Scienza della legisla*

e supporre che la società abbia una classe d' uomini insensibili alla pena d' infamia, quasi il pudore non sia una grande e generale caratteristica della natura umana, e forse tanto nell' uomo più forte quanto più umile è la condizione alla quale appartiene (1). Altrimenti credendo è facile andar persuasi che per certe classi la pena non può avere altro valore che quello che può darle il dolor fisico, o che per quelle classi la infamia dee essere sostenuta con spregj ed avvilimenti dell' uomo incompatibili colla dignità della sua natura, e capaci di renderlo nemico de' proprj simili più che la frusta (2).

Se la legge credesse di poter maneggiare la infamia come si maneggia la frusta aggravandone o alleggerendone i colpi, farne cessare gli effetti col rumore che gli accompagna, s' ingannerebbe. Questa pena non è come le altre effetto di una forza che sola è bastante a produrlo: ma deve cercar quella forza nella opinione correndo rischio o di averla contraria, o di accendere le passioni per averla compagna, o di tenersi ad abitudini antiche come suo punto d' appoggio.

In mezzo a tante perplessità, in un tema il quale più che ogni altro si presta alle declamazioni retoriche, ed agli enti di ragione, è desiderabile che la infamia segua le sole pene perpetue, e faccia causa comune colla morte civile. Se la pena giunge come è pur giunta tra noi ad assumere un carattere razionale, il desiderio di denigrare, passionato sempre per se medesimo e perciò col bisogno di trovare assistenza ed appoggio nelle passioni; troverà i giusti suoi limiti, e calcolerà se, suscitate una volta le umane passioni contro il colpito da infamia temporaria, sia più possibile farle tornare addietro, o la coscienza nell' uo-

---

zione lib. 2. part. 3. cap. 31. La vedova del Malabar che si brucia viva, e il guerriero che versa in battaglia il suo sangue agiscono per sentimenti diversi assai da quelli che fanno temer la infamia di dritto.

(1) Il Cavalier Filangieri *Scienza della legislazione loc. cit.* suppone esservi una classe, che non conosce l' onore. Non vi ha miserabile oscuro, che in caso di parente condannato alla galera non supplichi il Principe, e non sommuova ogni pietra per la commutazione della pena a motivo dell' onore della sua innocente famiglia. Quello scrittore suppone la infamia troppo debole, ed è troppo forte perchè per un vizio che le è insito si spande sull' innocente. Cercò de' correttivi a questo vizio Lacretelle *Des préjuges des peines infamantes etc.*

(2) La religione, le arti, i costumi, avendo tolti gli uomini dalla servitù della gleba, e favorita la opinione della dignità della loro natura, non permettono che della pena d' infamia non sia fatto l'uso e l'abuso, che ne fu fatto nel medio evo, allorchè chi avea la forza di mutilare il corpo credeva di aver quella di avvilire a suo grado l'animo del delinquente.

mo restituito alla sua libertà di esser sempre l'oggetto dell'altrui disprezzo non sia un incentivo per esso a restar nemico della società, e contro essa macchinar nuove offese (1).

CAPITOLO IX.

Delle pene pecuniarie.

Se la pena potesse formarsi della coazione a pagare non vi sarebbe differenza tra il *delitto* ed il *debito*, nè tra gli umani delirj mancò quello che pose queste due cose alla pari tra loro (2).

Si può dissertare su tutto: si può chiamare a contribuzione la storia: si può ostentar lusso di erudizione; ma, esclusa la confisca, di cui non si potrebbe oggi decentemente neppur ricordare il nome, ragionar delle pene pecuniarie come sanzione della legge di *sicurezza* tra gli uomini sarebbe accingersi o a dar corpo alle ombre, o a scrivere errori (3).

Infatti la sanzione pecuniaria non può esser sanzione perchè ammettendola si risolverebbe sempre o in una scommessa, o nell'alternativa in cui già pose la legge delle dodici tavole o di non insultare, o di pagare una somma per farlo (4).

L'uomo si espone a perdere tutto il suo patrimonio giocando, come si potrebbe erigere in pena la perdita del denaro quando la legge colla interdizione del prodigo è costretta a porre un limite alle dilapidazioni che se ne fanno?

Le pene pecuniarie non possono formare serie colle pene enumerate fin qui perchè non vi è analogia e però non graduazione tra loro. Queste pene possono appena ammettersi ne' più leggieri delitti privati perchè, se è lecito all'offeso di ridurre o il suo onore o il suo dolore a contanti, da lui dee dipender la scelta, nè all'offensore può darla la legge.

Fu invero un'epoca, nella quale tutti i delitti furon ridotti

---

(1) Si congiungono queste cose con le osservate qui addietro.

(2) Barbeirac al *Puffendorf le droit de la nat. et des gens liv. 8. chap. 3. §. 4. not. 8.*

(3) Il Cavalier Filangieri *Scienza della legislazione lib. 2. part. 3. cap. 32.* fissa il canone « Le pene pecuniarie non debbono adoprarsi, che pei soli delitti, che dipendono dall'avidità del denaro ». Secondo questo canone converrebbe punire con pena pecuniaria il furto, il peculato, la grassazione, il latrocinio.

(4) Puffendorf *De jur. nat. et gent. lib. 8. cap. 3. §. 4. num.* citato di sopra.

a contanii in guisachè la cassa destinata a riceverli con titolo di pena dette il nome alla forza tutelare della repubblica sicurezza (1) : ma i secoli d'ignoranza e barbarie non son gli archivj dell' umano sapere.

Nelle cose spettanti alla pubblica *prosperità* le pene pecuniarie hanno la sede che giustamente e politicamente lor si conviene. Se la *sicurezza* non può ridursi a prezzo è suscettibile d'esservi ridotta la prosperità.

CAPITOLO X.

Della proporzione delle pene ai delitti.

Non vi ha parte nella scienza delle leggi della sicurezza sociale, in cui la fantasia degli scrittori siasi tanto esaltata quanto in quella, che si propone di stabilire come si possano proporzionare ai delitti le pene. Non che la morale, i calcoli matematici, e le chimiche affinità hanno avuta la pretensione d' intrudersi nella soluzione di questo problema.

Gli antichi non disputarono senza ragione : perocchè ciò che dissero della proporzione *geometrica*, e dell' *aritmetica* tendeva a fissare se nel punire si dovesse avere unicamente in considerazione il delitto, ossivero anco la condizione del delinquente, o la ragione *semplice*, o la ragione *composta* come altri meglio si espresse (2): Ma questa disputa già decisa per la ragione semplice dal Beccaria (3), non potrebbe occupare uno scrittore toscano sotto una legge che si dichiara nel punire eguale per tutti (4).

Fu già dimostrato l' errore di chi pensò ravvisare un' analogia tra il delitto e la pena. Essendo la proporzione il resultato del paragone di due quantità omogenee, è inutile parlare di proporzione tra le pene e i delitti, che non son quantità, nè se lo fossero sarebbero omogenee tra loro.

Punire uno schiaffo colla galera : punire il latrocinio con pena pecuniaria sarebbe eccesso nel primo caso, e follia nel

---

(1) De Simoni *Del furto, e sua pena* §. 36 si fa a torto confutatore del Beccaria quanto all' origine del fisco nel medio evo. Egli era il vindice ed esattore del *Fedum* voce significativa di *pace*, e di *multa*, conforme eruditamente spiega il signor Meyer *Esprit, origine des instit. judiciaires etc. liv. 1. chap. 3. in princ.*

(2) Aristotil. *Ethic. lib. 5. cap. 6.*, Aut. Math. *Ad lib. 48. dig. tit. 18. cap. 4. num. 7.*

(3) *Delitti e pene* §. *21.*

(4) Cod. Leopold. *Art. 55, 57.*

secondo ; e se gli eccessi e le follie entrano nelle regole delle proporzioni la disputa è di parole (1).

Se si considera la legge da farsi , il suo pensiero è quello di ponderare qual sia fra tutti gli immaginabili il delitto più fatale alla sicurezza della città , e ponderare qual sia tra le pene, che l' intimo sentimento giudica la più severa, la più mite che abbia sufficienza a reprimerlo. Questo calcolo non è proporzione, ma è piuttosto scelta dell'arme la più opportuna e la men micidiale in un tempo onde farla balenar sugli occhi al nemico.

Stabilito il più alto grado di severità nella scala penale , vengono a collocarsi in luogo inferiore le specie meno severe, non scelte come scegliere non si possono dalla indole de' delitti quasi espedienti *omiopatici* , ma tali quali la natura de' sentimenti dell' uomo , e la indole dei vantaggi sociali le somministra. Stabilita la scala penale per quanto è possibile la più graduabile e stabilita la retta e metodica classazione de' delitti, il di meno e il di più della pena , e il di meno e il di più del delitto scorgonsi facilmente senza bisogno della scienza delle proporzioni. Lo che dimostra che la proporzione come ardua impresa si presenta a chi pretende di abbracciare di prima volta, e con un' occhiata il vasto materiale de' delitti e delle pene , mentre , fissato il *maximum* , nel che unicamente consiste la difficoltà , il temperamento del *meno* percepibile per se stesso senza la scienza delle proporzioni è sufficiente in quel vasto ammasso di cose a collocare tutte le parti che lo compongono nel posto , e nell' ordine che loro conviene.

Escluse le pene *pecuniarie* : dovendosi della *infamia* , e della *morte civile* far uso come di pene ad altre *accessorie*, riserbata la *morte naturale* al delitto *politico*, restano le sole pene private di libertà repartibili in quattro sole classi; sebbene stendendo l' effetto di queste pene sul tempo se ne possano ottenere frazioni numerosissime. La classazione de' delitti presenta una molto maggior varietà. La classe degl' *indirettamente politici* ne contiene tre di diversa natura e di scopo diverso tra loro. Le offese contro la religione dello stato, contro al gius delle genti , contro la pubblica tranquillità ,

---

(1) Sono notabili due cose in un luogo d' Orazio. La prima

« . . . . . *cur non*
« *Ponderibus librata suis ratio utitur* , *et res*
» *Ut quaeque est ita supplicïis delicta coercet?*

e l' altra

« *Nec scutica dignum horribili sectere flagello.*

Il voto della prima non può sodisfarsi : la giustizia della seconda è sentita da tutti.

e contro la giustizia pubblica non hanno quanto alle due prime classi o paragonate tra loro, o confrontate colle altre somiglianza di sorta alcuna : qualche debole analogia può ravvisarsi tra le offese contro la pubblica tranquillità ed alcune specie di quelle contro la giustizia pubblica. Gl' indicati titoli di offesa offrono i materiali per sei distinte classi , alle quali aggiunte le sette classi nelle quali si dividono le offese con base di danno privato ma politicamente apprezzabile per la sua influenza sulla opinione , si ha non meno di tredici classi di offese di carattere diverso tra loro o si considerino per la lor forza morale , o si considerino per la lor fisica forza.

Prestando orecchio alla proporzione , mancherebbero nell' esposto stato di cose i mezzi per farla: perciocchè con sole quattro qualità di pene converrebbe fare il ragguaglio a tredici diverse qualità di delitti : conciossiachè se si concepisce che le pene si possano colla loro maggiore o minore durata mettere in proporzione co' diversi gradi della forza morale e della forza fisica dell' offesa, non è dato comprendere come con sole quattro specie di *mali* che ad una in realtà si riducono si possa trovar l' antidoto *omiopatico* o *antipatico* per tredici diverse specie di beni il desiderio dei quali produce la offesa.

I delitti e le pene hanno bensì egualmente una qualità *intrinseca*, ed una *estrinseca* , l'una rappresentativa del male nel quale consistono: l' altra rappresentativa della influenza, che esercitano sulla opinione. Che analogia non esista tra il delitto e la pena considerando l' uno e l' altra pel suo intrinseco fu già dimostrato altra volta : lo che essendo niun vorrà credere che l' analogia possa sussistere considerando il delitto e la pena pel loro estrinseco. Infatti non solo variano le classi delittuose tra loro ma l' istesso delitto diviene secondo le circostanze vario per sè medesimo. L' incendio considerato pel suo intrinseco è sempre lo stesso, considerato per la causa di fare varia notabilmente: altro essendo se ha la causa del livore, della vendetta e dell' odio : altro se ha la causa o di cuoprire o di meglio commettere un diverso delitto : altro se ha la causa di eccitar sedizioni e tumulti.

Una gran mente quasi per la prima volta affacciandosi alla cloaca nella quale a' suoi tempi erano come tra le immondezze sommerse le leggi della sicurezza sociale potè credere che la pena si dee prendere dalla natura medesima del delitto (1), ma questo brillante epifonema abbaglia con

(1) Montesquieu *Esprit des loix liv. 12. chap. 4.*

falsa luce, e praticamente adottandolo anzichè seguire le proporzioni si sconvolgerebbero tutte (1).

L' adattare ai delitti le pene, lo che non è proporzione, è l' effetto o di necessità, o di prudenza, o di un' arbitrio che la indifferenza della materia concede.

È necessità opporre la pena di morte al delitto politico come difesa da un' offesa presente. È necessità l' opporre il *massimo* della pena o l' *ultimo supplizio* che si fissasse nei pubblici lavori in perpetuo ai delitti, i quali presentano come *mezzo* o come *fine* la meditata strage dell' uomo.

È prudenza in questi delitti non distinguere in quanto alla pena il mezzo dal fine ma considerare il delitto nel danno più grave o sia mezzo o sia fine all' oggetto di non dare al facinoroso un' interesse di produrre il danno più grave anzichè il meno grave (2).

Dovendo necessariamente stabilire un sistema di pene è prudenza di adattarle ai delitti valutando certi estrinseci, i quali non sono per verun modo quelli, che esser possono proprj delle une e degli altri. Ai delitti prodotti dall' avidità del denaro come tutti i furti, e tutti i falsi proprj o improprj, nominati o innominati, tali o per similitudine (3) dovrebbe essere esclusivamente assegnata la casa di forza. Urterebbe tutti i principj il mescolare co' vili autori di questi delitti i delinquenti, i quali comunque nemici dell' ordine non hanno la viltà e la stomachevole bassezza del ladro. Nè nell' adattare questa pena a questi delitti è da considerare il danno o maggiore o minore che essi arrecarono. La ragione del maggior o minor danno può influire sulla sola durata.

È arbitrio ammesso dalla indifferenza della materia l' adottare la carcere, la relegazione e l' esilio per tutti gli altri delitti osservando la lor gravità relativa nella classazione che ne dovrebbe esibire i respettivi titoli.

La proporzione tra il più ed il meno è tutta nell' ufficio

---

(1) Bentham *Traités de legisl. civ. et pen. vol. 2. pag. 405.* Ma quanto è facile all'uomo l' errare! Provato al Montesquieu, che il trarre la pena dalla indole del delitto sarebbe secondarlo più che punirlo, Bentham cade nel medesimo assurdo suggerendo di punire colla perdita del denaro i delitti di cupidigia, e ripetendo l' errore confutato qui sopra a *pag. 122. n. 3.*

(2) Vedasi quanto fu detto sull' attentato nel latrocinio *vol. 2. cap. 14.* Bentham *Traités de legisl. civ. et crim. vol. 2 pag. 387.* trattando questo stesso soggetto trova qui due delitti in *coacorrenza.* I delitti concorrenti sono altra cosa.

(3) Similitudinarj al falso innominato, o stellianato sono la falsa mendicità, le male arti nel giuoco ec. Ne feci la enumerazione *Elem. iur. crim. lib. 3. §§. 1066-1068.*

della giurisprudenza alla quale nel suo costituirsi dee lasciar campo la legge: perciocchè la proporzione almeno per analogia è propria della sola giustizia la quale può *stabilirne* i gradi a rigore colla bilancia, che a lei posero in mano i poeti e i pittori. La legge ha già ridotto a quantità la pena e il delitto sicchè ogni decremento della quantità di questo dee essere valutato onde vi corrisponda un decremento corrispondente della quantità di quella: quindi conviene che nella pena il legislatore oltre alla *specie* stabilisca anco il *grado* come nel delitto oltre al *titolo* stabilì pure il *grado* o relativamente alla sua forza *morale*, o relativamente alla sua *fisica* forza (1).

La ristrettezza delle *specie* penali al confronto del vasto numero de' *titoli* di delitto, e del non minor numero de' *gradi*, de' quali i più gravi delitti son suscettibili, obbliga la legge ad adottare non un grado ma una specie di pena a un grado delittuoso. Se l' omicidio premeditato è punito coi pubblici lavori a vita, l'omicidio commesso o con giusto dolore, o con eccesso di difesa, o dopo veemente provocazione non può esser punito con un grado di quella pena, e convien ricorrere a specie diverse. Qui la prudenza torna di nuovo a fornire i proprj consigli alla legge. Se i lavori pubblici per la influenza che ha questa pena sulla opinione dovessero soggiacere alla regola della perpetuità, converrebbe ricorrere per punire il non premeditato omicidio alla casa di forza, ma se non s' incontrasse in questa pena la infamia di *dritto* vi s'incontrerebbe quella di *fatto*, la quale non cade certo, nè la legge potrà mai far cadere sul capo di chi con perturbazione d' animo uccise. Converrebbe allora ricorrere alla carcere, ed a' suoi varj gradi per la durata, non curato il pregiudizio giuridico di spuria, o incerta origine sopra una non lunga durata di questa pena.

La idea o il pregiudizio piuttosto che ha guidato alcuno a cercare la proporzione delle pene o nelle occupazioni d'un popolo (2), o nel supposto carattere, o nel supposto grado di sensibilità in certe classi del popolo è contrario alla giusti-

---

(1) Aristotile credè la proporzione aritmetica adattabile a misurare l' ingiustizia de' contratti. È curioso, che anco in questo la proporzione non conservò la propria infallibile prerogativa: fu aritmetica pel venditore, e geometrica pel compratore. Averani *Interpret. jur. lib. 3. cap. 7. n. 14. 17.*

(2) Filangieri *Scienza della legislazione lib. 2. part. 3. cap. 36.* ove distingue il popolo laborioso, e il dedito all' ozio suggerendo pel primo pene dolci, e pene severe per il secondo. Un popolo d' oziosi è un' utopia di nuovo genere.

zia, alla politica, alla umana sociabilità, alla morale, ed alla religione. Sebbene questo pregiudizio sia stato nel piano di questo libro combattuto più volte, è di necessità di cacciarlo a guisa di peste tanto più micidiale quanto più filosofica da ogni angolo in cui si potesse nascondere.

L'esempio de' Romani ha contro di sè il voto degli scrittori i più sensati e più culti (1) e quello oltremodo preponderante del Toscano legislatore. Il pregiudizio posa su false basi perchè ammette nell'effetto della pena il criterio del dolor fisico e mira a spogliarla d'ogni suo morale carattere: tende a violar la giustizia, la quale come eminentemente razionale non tiene conto come non lo tiene il dritto della ragione delle cose che appartengono alla natura sensitiva dell'uomo: è contrario alla politica perchè seguendone i suggerimenti converrebbe avere il calibro d'ogni individuale sensibilità, e costituir tante pene diverse quante sono le maniere di sentire degli individui (2): è contraria alla umana sociabilità perchè mostra verso le classi più umili, le quali sudano e s'industriano per le più elevate un disprezzo, una opinione di schiavitù sempre funesta ov'è mestiere di dar coraggio, ed incitamento alla umana perfettibilità, i cui germi sono in chi dee pervenire non in chi è già pervenuto alle sommità sociali: urta la morale perchè presuppone durezza ove altro non è se non povertà, e guida a far preferire la sferza ai soccorsi caritatevoli: è in opposizione alla religione in faccia alla quale è creatura di Dio tanto l'umile ed il plebeo, quanto l'elevato ed il nobile.

---

(1) Grotius *De jur. bell. et pac. lib. 2. cap. 20. §. 33.*, Puffendorf *De jur nat. et gent. lib. 8. cap. 3. §. 25.*, Risi *Animadvers. ad crim. jurisprud. pert. pag. 65.*, Renazzi *Elem. jur. crim. lib. 2. c. 4. §. 15.*

(2) Per evitare questo non inconveniente ma assurdo accennato anco dal Beccaria, e per sodisfare in qualche modo al pregiudizio sarebbe adottabile la proporzione *armonica* proposta da Bodino citato da Ant. Math. *loc. cit. n. 7.* la quale consiste nel poter punire a proprio talento. Quando la proporzione è stata spinta tant'oltre convien confessare, che gli scritti in questa materia possono averla confusa ma non esaurita come sembrò credere Henrion De Pansey *De l'autorité judiciaire etc. Paris 1818. p. 269.* A meglio persuadersene basta leggere Vigilii Barbacovii *De mensura poen. sive de poen. crim. adaeq. rat. Tridenti 1810.* Lelievre *De poenar. delict. adaequand. ratione, Lovanii 1826.*

CAPITOLO XI.

Cause eventuali alterative della proporzione tra i delitti e le pene.

Finchè la pena venga considerata nelle sue relazioni col delitto dalla legge ben definito nel suo *titolo*, e nel suo *grado* le proporzioni tra l'una e l'altro sono invariabili. Il migliore e più esatto sistema onde tener ferma la proporzione nel passaggio, che la legge fa dal suo stato di regola particolare di tale o tal'altro pratico caso per le intellettuali forze del suo applicatore, dipende dalla bontà maggiore o minore del metodo giudiciario.

Ma gli agenti morali non hanno ne' lor moti, e nelle lor fasi la uniformità costante de' fisici. La pena come forza destinata a proteggere la sicurezza incontra spesso I.° o nel delinquente su cui deve cadere, II.° o nel delitto che dee esser titolo della sua irrogazione, III.° o nei bisogni del metodo giudiciario senza del quale ella sarebbe una frase della legge scritta non una forza, IV.° o nella distanza di tempo tra quello e questa, V.° o in un bisogno della pubblica prosperità, altrettante circostanze alle quali dee cedere o rinunziando quasi a sè stessa, o variando le sue proporzioni.

§. I.

Circostanze del delinquente.

La pena può nell'individuo a cui debba essere irrogata incontrare o la malattia, o il furore, o la morte.

Se la ragione del pubblico esempio dovesse essere la giusta misura del rigor della pena le tre indicate circostanze non dovrebbero formare ostacolo alla sua irrogazione: che anzi il punitore dovrebbe allegrarsi del loro incontro come favorevole a una più grande e più forte commozione degli animi.

La rigorosa giustizia non avrebbe mezzo per certo di far sospendere in que' tre casi il rigor della pena: imperocchè nelle materie del dritto privato, nelle quali ella domina, niuno di quei tre casi ha potere di sospendere l'esercizio del dritto in chi può reclamarlo. Motivi di umanità non potrebbero neppure far valere il lor voto, mentre se la pena dovesse cedere a tali motivi non sarebbe altrimenti una forza. I soli calcoli d'una ragionata politica hanno potuto sospendere in que'tre casi il rigor della pena.

Nel caso di malattia l'apparato penale dovrebbe andar compagno col medico, e questi renderebbe ridicolo quello, essendo certo, che tra le prevenzioni umane la pena ha le più sfavorevoli contro di se, e nel caso di furore queste condizioni crescerebber di forza.

Allorchè il pubblico esempio, il quale fa sì bene causa comune colla vendetta (1), era in eminente grado il criterio della sanzione della legge, la giustizia non dubitò di prostituire la sua santa e nobile prerogativa citando i cadaveri, e convertendo in cemeterj i suoi tempj (2) all'oggetto di dare una maggiore solennità alle diaboliche formule, colle quali o le ceneri del delinquente si spargevano al vento (3), o era condannata o odio eterno la sua memoria (4).

I limiti intrasgressibili che la natura ha posti tra la vita, e la morte, e la religione tra il tempo, e la eternità non sgomentarono l'infelice pregiudizio sulla efficacia politica delle drammatiche rappresentazioni della giustizia penale, e le stesse opinioni le più eque, e più giuste mentre approvarono che s'implorasse ai trapassati riposo anzichè turbar le lor ceneri, non abbandonarono mai la idea del poter della pena osservando non esser possibile correggere i morti (5).

§ II.

Circostanze del delitto.

Incontra la pena talvolta non uno, ma più delitti nel delinquente medesimo. Questi delitti (tante e sì varie sono le fasi della umana perversità!) esser possono o *ripetuti* se siano della specie medesima, i quali distinguonsi in *rei-*

---

(1) Il talione fu da alcuni considerato come limite della vendetta fra i popoli primitivi. L'esempio pubblico tende a disprezzar questo limite. Vedasi addietro.

(2) Ant. Math. *Ad lib. 48. dig. tit. 19. cap. 3. num. 1.* ammette i congiunti a difendere il defonto, e dice doversi trascinar con uncino il cadavere al patibolo. Per essere esemplari non si dubitò d'esser ridicoli, e fu praticato di tagliar la testa all'uomo morto impiccato. Treiber *De poena gladii post suspendium.*

(3) Oltre a questa irreligiosità usava la demolizione della casa, e il seminarvi del sale simbolo della sterilità. Gratian. *Disc. for. 179. §. 17.*

(4) Vedasi la esecranda formula contro al contumace riferita ed esecrata dal Boehmer. *Elem. jurisp. crim. sect. 1. cap. 19. §. 330.*

(5) *Emendari quem mors subduxit nequit.* Math. *Ad lib. 48. dig. tit. 19. cap. 3. num. 1.*

terati, e *continuati* se si tratti di alcune specie delittuose, le quali ammettono simile distinzione, o *concorrenti* se si tratti di delitti di titolo tra loro diverso (1). Esclusi i *continuati*, e i *reiterati* de' quali occorrerà discorrere in materia di prescrizione, sarebbe difficile decidere o col criterio del principio morale, o con quello del giusto assoluto, e colla teoria del talione il dritto de' delitti *ripetuti*, o de' *concorrenti*. È anzi osservabile l'apparente contradizione, colla quale il principio politico gli decide usando un rigore maggiore nel primo caso, ed un minor nel secondo col valutare le ragioni della recidiva in alcuni delitti, e non valutandole in tutti, la qual cosa sembra non poter sodisfare nè lo *spiritualista*, nè il *materialista*, e molto meno il *senso comune* (2).

I due casi differiscono tra loro se si consideri il delitto per la sua forza morale anzichè per il prodotto della sua forza fisica, e la forza morale è quella, su cui come forza repressiva dee agire la pena. Qui è dove apparisce evidente la differenza tra la *forza morale*, e la *moralità* del delitto: perocchè esaminandolo per la sua moralità quante dosi di danno vi fossero, altrettante dosi di morale rimprovero vi sarebbero, l'una servendo di titolo a un grado di esasperazione dell'altra (3).

Ma all'oggetto che il dritto de' delitti ripetuti differisse da quello de' delitti concorrenti sarebbe necessario che i primi fossero stati l'uno separatamente dall'altro puniti: perciocchè in questo caso avendo l'offensore sperimentato non tanto il timore della minaccia quanto il male attuale della sua esecuzione sopra di lui, e ciò non pertanto offendendo nuovamente la legge, mostra con questo contegno suo essere il suo animo insensibile al poter della pena: agire in lui la tentazione ad offendere in un modo che niun morale ostacolo può frenarla, ed esser quindi contro di lui armata la legge d'insufficiente rigore (4).

I forensi hanno disputato per lungo tempo (e la que-

---

(1) Decian. *Tract. crimin. lib. 8. cap. 4.* Non è sufficientemente esatta la nomenclatura adottata da Gugl. Nypels *Dissertatio de delictis recidivis. Lovanii 1828. p. 10.*

(2) Vedasi il *lib. 1. cap. 8.*

(3) Con questa proporzione procede il Levitico *cap. 26 v. 18.* D. Paul. *Ad Corinth. cap. 11. §. 24.* Il Zend-Avesta decreta cinque colpi per chi batte altri la prima volta, dieci per la seconda, quindici per la terza ec. La proporzione arriva fino a dugento.

(4) Torna qui in campo di nuovo il *coactus psycologicus* del signor Feuerbach rammentato da Nypels *Laud. diss. p. 18.*

stione se fu dalla pratica, o dalla legge in vario senso decisa è al tribunale della politica pendente tuttora) se per stabilire la recidiva siano da contarsi i delitti semplicemente commessi, ossivvero i delitti commessi, e puniti (1).

Ma le ragioni per recedere dalla ordinaria proporzione della pena disprezzate nel caso di delitti concorrenti non sembrano aver quel grado di forza che lor si suppone nel caso di delitti ripetuti. Alcuni valutano in questi delitti il maggior danno sociale, e la necessità d'un più forte morale ostacolo alla tentazione in un aumento di pena (2). Queste ragioni sono addotte da chi esige per condizione di maggior pena al delitto recidivo la punizione del precedente delitto, onde non giovano a coloro i quali insistono sulla esasperazione della pena in ragione della ripetizione semplice de' delitti. I fautori di questa seconda opinione non hanno altro appoggio se non la considerazione della incorrigibilità del delinquente (3), la quale ha due difetti visibili: primieramente quello di supporre incorrigibile l'uomo, che niuno ha ancora corretto: in secondo luogo l'altro che se questa considerazione fosse ammissibile converrebbe incorrere nell'assurda barbarie de' Romani, i quali non dubitarono anco per leggieri puerili trascorsi, se ripetuti dopo una serie di ammonizioni, e di leggieri gastighi, e denotanti incorrigibilità, decretare la pena di morte (4).

Le ragioni alle quali si appoggiano i fautori della esa-

---

(1) Accenna la controversia e la discorde pratica de' tribunali Boehmer *Ad Carpzov. pract. rer. crim. Sax. quaest. 78. obs. 9.* Non ne fa parola Nypels *Laud. diss. cap. 1.*

(2) Oersted *Sulle regole fondamentali della legislaz. crim.* §. *53.* G. Hobbach *Sulla recidiva nel nuovo archivio del dritto criminale di* Kleicschrod *vol. 9. pag. 104. 105.* Shelhass *Della ripetizione de' delitti e delle pene da applicarsi. Archiv. vol. 2. pag. 578.* Chr. Henr. De Wendt *Diss de delictis recidivis Erlang. 1824.* §. *16.* M. P. J. Schuyll Vanderdnes *Diss de pluribus ab eod. comm. crim. inprimis vero de crim. quod repet. dicitur Traject. ad Rhen. 1826. pag. 114. et seqq.* P. Gilkinet *De recidiva, Leodii 1825.* Bauer *Osservazioni sopra un saggio di cod. crim. per il regno di Hannover. Gott. 1826.* Goennner *Alcuni motivi per un saggio di cod. crim. Munch. 1825. pag. 203. 219.* Destriveaux *Essay sur le cod. pen. chap. 11.* Berriat S Prix *Cours de drois crim. pag. 61.* Bavoux *Leçons prelim. sur le cod. pèn. chap. 19.* Rogron *Cod. penel expliqué par ses motifs etc. ad art. 56.*

(3) Ant. Math. *Ad lib. 47. dig. tit. 1. cap. 3. num. 8.* . il quale parla in termini di delitto di furto.

(4) Dig. *Lib. 48. tit. 19. l. 28.* §. *3.* La legge parla d'imprudenze di giovanastri i quali, sembra, turbassero gli spettacoli. La legge prescrive 1.° la frusta, 2.° la interdizione degli spettacoli, 3.° l'esilio, 4.° la morte: non ostantechè la legge stessa dichiari trattarsi di *temerità.*

sperazione della pena nel caso di delitto, che nuovamente commetta chi per altro delitto fu già punito, o non sono solide, o sono indebolite da ragioni contrarie. La ragione del maggior danno desunta dal prodotto della forza fisica è per se medesima disprezzabile: perciocchè se i due, o i tre delitti dopo che alcuno un ne ne commesse fossero stati commessi da altri che da lui il danno sarebbe lo stesso, nè vi sarebbe titolo per la esasperazione della pena. La ragione desunta dalla necessità di aumentare con aumento di pena la forza morale destinata a reprimere la maggior tentazione al delitto oltre all'essere falsa in sè stessa dovrebbe cedere ad una contraria ragione di giustizia. Questa ragione è falsa in sè stessa perchè o la pena decretata al delitto ha la sufficienza che dee avere onde la sua minaccia, data la certezza della sua subizione, sia un politico ostacolo alla offesa, o non l'ha: se l'ha conviene attribuire il nuovo delitto non a insufficienza della pena del primo ma a un falso calcolo d'impunità di chi si accinse a commetterlo, o non l'ha e conviene aumentar la pena decretata al delitto non esasperarla per il caso della recidiva. In ultimo questa ragione altro non è se non quella già rigettata allorchè trattavasi dell'attentato (1), o dell'erronea massima la quale insegna, che crescendo i delitti debbono essere aumentate le pene. Questa ragione politica ha contro di sè una ragione di giustizia, perchè ella tende a spregiare il principio, il quale prescrive, che espiata la pena non si possa nè direttamente nè indirettamente far caso del delitto pel quale fu incorsa (2).

Quando una massima è falsa ella fa nascere inestricabili difficoltà nella sua pratica applicazione. L'aumento di punizione pel delitto ripetuto parte in realtà dalla idea, chè la pena abbia lo scopo di correggere chi offende la legge, la quale idea progredendo, e giungendo al supposto della incorrigibilità doveva necessariamente condurre alla pena di morte (3). O si consideri il dato da cui questa massima si diparte, o si consideri l'eccesso al quale conduce, si vedrà che ella presenta la prova, che ciò, che è falso dee, ancorchè sia animato da lodevole zelo, sempre produrre la ingiustizia. L'esempio de' Romani dimostra, che colla idea

---

(1) Vedasi il *lib. 2. cap. 15.*

(2) Gesterding. *Nuovo archivio del criminale diritto vol. 5. pag. 481.* in Germania, e Carnot *Comentaire sur le code pénal art. 56. num. 2.* In Francia rigettarono per questa ragione la pena della recidiva.

(3) Ant. Math. *loc. supr. cit.* e la legge citata nella *not. 2. a pag. 230.*

della pretesa incorrigibilità si possono punire col grado medesimo di rigore un delitto de' più funesti all' ordine della città, e un leggiero trascorso se venga ad essere ripetuto mentre una lunga ripetizione di trascorsi men gravi non può paragonarsi ad un grande ed enorme delitto sebbene una sola volta commesso (1).

Il principio che vuol più severamente punito il delitto del recidivo fu ignoto ai Romani finchè prevalse il sistema delle pene *legittime*, e incominciò a introdursi quando le pene divennero tutte *arbitrarie* (2). Infatti i Romani giureconsulti allorchè parlarono del maggior grado di pena da applicarsi a chi più spesso avea infranta la legge non ne parlarono come d' una regola di dritto ma ne ragionarono come d' un fatto, e di ciò che era solito farsi (3). I pratici, confondendo la pena arbitraria per titolo di prova coll' arbitraria per titolo d' imputazione adottaron la usanza, e ne formarono una regola costante nel giudicare (4): ma è incerto se questa massima almeno in Italia siasi estesa indistintamente a qualunque delitto, o siasi se non col più sano almeno col più discreto criterio ristretta al delitto di furto (5).

Se si tratta di delitti di genere diverso commessi dalla persona medesima sebben cambino i nomi le cose non cam-

---

(1) Sente tutte queste difficoltà, e tenta sbrogliarsene Nypels *Laud. diss. pag. 21.*

(2) L' amministrazione dell' Imperator Claudio somministra le traccie di questa nuova giurisprudenza, narrando di lui Sveton. *In Claud. cap. 14.* « *Legitimam poenam supergressus ad bestias damnavit* ».

(3) L' accurato Nypels *Laud. diss. pag. 33.* immagina che la *regola* fosse antica fondandosi nel detto di Modestino Dig. *Lib. 9. tit. 18. l. 28. §. 16.* « *Majores nostri in omni supplicio severius* SERVOS *quam liberos*, FAMOSOS *quam integrae famae homines punierunt* ». Ma non si accorge, che il Giureconsulto cita un fatto non una regola, nè un fatto per essere antico acquista l' attributo di regola di dritto; e che questo fatto nasceva dalla costituzione dello stato per la quale i cittadini aveau leggi, e i servi, e i paragonati a' servi erano governati cogli usi. La espressione *famosos* non significa i già condannati per delitto ingerente infamia ma gl' infami di fatto paragonati ai servi.

(4) Carpzov. *Prax. rer. crim. Sax. prat. 1. quaest. 14. num. 10. quaest. 32. num. 12. part. 2. quaest. 63. num. 61. et seq.*

(5) Per la Inghilterra vedasi Blackstone *Coment. on the laws of Engl. Lond. 1809. vol. 4. pag. 99. nota aggiunta da* Christian. Hume *Commentaires on the laws of Scotland respecting crimes vol. 1. p. 93.* per il Belgio antico Damhouder *Prax. rer. crim. cap. 110. n. 28. 31.*, per la Germania gli antichi, e più moderni comentatori *all' art. 161. della Cost. Car.* fra i quali Feuerbach e Hobbach: per la Italia Farinacc. *De Delict. et poen. quaest. 22. per tot.*

biano, nel sistema di chi valuta la reiterata infrazione della legge ancorchè il delinquente non abbia subìta la pena di un primo, o d' un secondo delitto prima di commettere o il secondo o il terzo. Sembra che, o la pretesa incorrigibilità sua, o la pretesa insufficienza della pena abbia bisogno ond' essere valutata, che il delinquente batta la medesima linea in una serie di delitti del genere stesso: se egli ne diverge commettendo delitti d' un altro genere, sebbene sia sempre sulla via del delitto, nè la incorrigibilità, nè la insufficienza della pena è altrimenti più valutata.

Ma queste due pregiudicate opinioni non abbandonano però le loro armi, e tentano di farle valere anco nella materia de' concorrenti delitti. Il *fatto* di più delitti sembra di natura sua rigettare il *principio* il qual volesse tutti comprenderli in una pena; e la ragione umana consultando la sua sola prerogativa, che in materia di numerici calcoli può aspirare alla infallibilità, dee essere di natura sua renitente ad ammettere che considerazioni di indole sperimentale possano distruggere le numeriche proporzioni (1). Questo dissidio tra la ragione, e la esperienza si rese manifesto tra i Romani giureconsulti, i quali andarono in discorde parere (2), e si propagò fino a noi (3). Ma il dissidio de' giureconsulti Romani nato nelle materie de' delitti privati, e delle pene private non ha autorità nè valore nelle materie del dritto pubblico nè vi è traccia di questo dissidio o in quelle delle *questioni perpetue*, o in quelle che cambiato l' ordine de' giudizj passarono alla cognizione del Prefetto della città (4).

Il dissidio giunge fino al frastuono nella provincia del dritto penale tra gli scrittori che intrapresero a fissare il dritto de' concorrenti delitti. I più adottando la massima, che la pena più grave assegnata al più grave delitto doveva assorbir la men grave furono redarguiti di errore credendo

---

(1) Il Dewent ha tentato di esprimere algebricamente la proporzione in cui ne' delitti ripetuti dev' essere accresciuta la pena, concludendo colla formula $A=2\times+y$. *Laud. diss. pag. 42. not. 90.*

(2) I dissidj tra Ulpiano e Paolo, sono dottamente indicati e composti dall' insigne nostro Averani *Interpret. juris lib. 3. cap. 14.*

(3) Savigny *De concursu delictorum formali Marb. 1800.* Wafelaer *De concursu delictorum, Lovanii 1822.*

(4) Le questioni insorte sulla retta interpetrazione della *L. 6. pr. tit. 5. lib. 48. dig.* delle quali Aut. Math. *Ad lib. 47. dig. tit. 3. cap. 2. num. 6.* spettano al *pregiudizio*, che l'azione *civile* può fare all' *accusa*. Vedasi il *lib. 1. cap. 14. §. 1.*

che ella avesse un'appoggio nel romano diritto (1). Altri si redarguirono vicendevolmente d'imbecillità sulle ragioni di questa sentenza (2). Altri distinsero tra il caso di più fatti separati e distinti costituenti altrettanti titoli di delitto e il caso d'un solo fatto contenente più titoli di delitto, ammettendo l'assorbimento delle pene men gravi in questo, e rigettandolo in quello (3). Altri distinsero tra le pene compatibili e le incompatibili (4). Altri finalmente mostrò repugnanza ad ammettere l'assorbimento non per motivi di giustizia però, ma per ragioni onninamente politiche (5).

In tutta questa materia la confusione nasce in gran parte dalle difficoltà inerenti, e già accennate nell'attentato: da quelle che pur sono inerenti all'applicazione della regola, che vuole in un contesto di azione contraria alla sicurezza fissato il titolo del delitto in quello costituente il *fine* che l'offensore erasi proposto ottenere, e valutati come circostanze aggravanti quelli che egli possa aver commessi come *mezzi* per giungervi (6): e da quella già ponderate nel discutere le opinioni favorevoli alla pena del recidivo.

La fiducia, che alcuni concedono al ricettario penale come i cattivi medici la concedono al ricettario de' farmaci, ha distolti gli animi dall'apprezzare la giustizia del principio dell'assorbimento della pena men grave nella più grave adottato dai pratici. Il medico sensato vedendo tra più mali il maggiore pensa a curar questo, e non quelli, che egli considera come sintomatici, nè si confonde nel curare i sintomi: ben conoscendo, che se così facesse perderebbe l'opera e il tempo. Se la irrogazione del male il cui timore volle la legge incutere colla minaccia non ha altro

---

(1) Ant. Math. *Ad lib. 48. dig. tit. 20. cap. 4. num. 9.* impugna al Glossografo, che la teoriea possa avere il suo fondamento nel Cod. *Lib. 9. tit. 2. l. 9.*

(2) Boehmer. *Elem jurisp. crimin. sect. 2. cap. 1. §. 29.*

(3) Ant. Math. *Ad lib. 48. dig. tit. 20. cap. 4. num. 11.*

(4) Carpzov *Prax. crimin. quaest. 132. num. 19. 62.* Farinacc. *Prax. crim. lib. 1. tit. 3. quaest. 21. num. 30.* Berger. *Elem. jur. crimin. p. 66.* Ziegl. *Theor. select. de poen. §. 55.* Frolich *ad C. C. C. part. 1. pag. 284.*

(5) Il Boehmero, il Cavalier Cremani, e gli autori *de' travagli pel codice penale del Regno d'Italia* da me citati e confutati *Elem. jur. crimin. §. 340.*

(6) Vedasi il *lib. 2. cap. 6. in not. e il cap. 14.* Sebbene le pene pecuniarie non vadano soggette alla regola della consunzione l'una nell'altra, pure l'accurato Savelli vuole scrupolosamente osservata la regola la quale valuta il *fine* non i *mezzi* avvertendo, che in caso di delazione di armi offensive la pena pecuniaria fissata dalla legge per la più odiosa assorbisce tutte le altre Savelli *Pract. univ. verb. poenae num. 19.*

oggetto che quello di assicurare la forza morale della pena, questo scopo è ottenuto colla irrogazione del male più grave tra tutti quelli, che il delinquente avrebbe meritati co'men gravi delitti. La opinione non tien conto allora della cronologia colla quale i delitti sono stati commessi: tutti si presentano quasi in un gruppo alla mente, e siccome è nella natura dell'animo umano, che una idea più forte delle altre chiami tutta l'attenzione sopra di sè, non è difficile comprendere come la massima dell'assorbimento ha le sue basi, e le proprie ragioni nella natura dell'animo umano, per l'ufficio del quale soltanto può la pena ottenere il suo scopo politico.

§. III.

Bisogni del metodo giudiciario.

La volubilità, il cangiante aspetto degli oggetti morali producon l'effetto di farli spesso cambiar di sede, o di doverli considerare in più sedi d'una trattazione, che si proponga di ridurli a classi, e categorie. Il metodo giudiciario, destinato a porre in moto la imputazione, e la pena, trovasi colla pena stessa in relazione prima di pronunziarla, e ciò avviene se il suo bisogno abbia voluta la carcerazione dell'accusato come necessaria al suo più retto andamento, o se il bisogno della prova, della quale debb'essere di sua natura famelico, lo consigli a mercantare col reo comprando da lui la prova, e dando ad esso per prezzo la *impunità*.

Ancorchè la carcere non fosse luogo di orrido aspetto, e da ogni lato deforme come è dagli scrittori dipinto (1), la perdita della libertà sarebbe per sè sola un male, che l'accusato soffrirebbe senza titolo di pena. Finchè egli è accusato non è delinquente, e la sola sentenza può farlo tale.

---

(1) Ant. Math. *Ad lib. 48. dig. tit. 14. cap. 2. num. 1.* Alcuni la chiamano *casa del diavolo*. Savelli *Pratica universale §. carcerati ec. num. 9.* Chi credesse che nei governi anco i più liberi dell'antichità le carceri non avessero l'orrore nefando, che poi ebbero nel medio evo può a proprio disinganno leggere Alex. ab Alex. *Dies geniales lib. 6. cap. 21.* La causa della umanità e della giustizia non fu concepita dagli antichi, nè vi ha nella loro storia cosa che somigli alle generose fatiche dell'Howard, del Buxton, di Enrico Grey Bennet ec. Cicer. *De rep. de off. lib. 3. cap. 2.* osserva « *Atheniensibus crudele visum utile* » e *De Orat. lib. 3. c. 34.* fa lode ai Romani della clemenza: su di che sarebbe bisogno d'un comentario non breve.

Le passioni prendendo manto di zelo possono facilmente confondere questi due separati e distinti stadj del giudizio, e nel caso di condanna reputare da chi deve subirla meritato qualunque antecedente rigore. Ma la ragione non permette, che un rigore serva di mezzo ad un' altro, e che ogni considerazione del mezzo resti assorbita in quella del fine. Se la carcerazione calma gli animi, e diviene elemento della forza morale della pena (1) è giusto non che equo, che la carcere sofferta sia al reo abbuonata in conto di punizione, onde o ne venga diminuita la durata, o ne venga cambiata la specie di quella che a forma della legge avrebbe dovuto subire (2). La sola pena perpetua esclude questa regola di giustizia, divenendo in questo caso la carcerazione per sè medesima quanto più lunga fu una diminuzione del rigore, che la legge facea sovrastare sul capo del delinquente (3).

Ma questo titolo abile ad alterare la proporzione tra la pena, e il delitto, nascente dalla indole del metodo giudiciario, a tutti i metodi non si adatta, e ne esige uno, il quale, riducendo tutti gli atomi del *delitto*, e tutti gli atomi della *prova* ad ispezione di *dritto*, renda la pena così pieghevole da convertirla in segnale possibile di tutti quegli atomi, potendo ella in questo sistema soltanto prestarsi a una specie di baratto col male dal reo nella carcerazione sofferto (4). Un metodo giudiciario il quale abbia la presunzione di colpire colle sue decisioni il punto matematico del vero assoluto esige pene come il punto matematico indivisibili, e perciò tali da non prestarsi alla graduabilità somma, che è necessaria onde in parte si computino colla

---

(1) Vedasi qui addietro.

(2) Tiraquell. *De poen. temp. caus. 41.* Nel dritto romano s'incontrano tre leggi relative alla carcere nelle sue relazioni colla pena, talvolta dagl'interpetri confuse tra loro, la *L. 25. tit. 19. lib. 48. dig.*, la quale parla di carcere avanti la sentenza: la *L. 23. tit. 47. lib. 9. cod.* la quale parla di carcere dopo la sentenza, e avanti la pena, e la *L. 24. cod. eod. tit.* la quale parla della carcere dopo la pena. Gotofred. *Coment. ad cod. Theod. lib. 9. tit. 40. l. 22.*

(3) Farinacc. *Cons. 33. num. 32.* Giurba *Cons. 47. num. 36.* Conciol. *Verb. carcerat. resol. 3. num. 3.*, i quali parlano di *capitale* giudizio.

(4) Fu detto *lib. 2. cap. 7. in not.*, aver l' insigne Feuerbach nella sua gioventù impugnata la teoria della mitigazione della pena opera del giudice, ed aver egli perseverato in questa sua opinione nell' opera *Revisione de' principj ec. del dritto penale.* Contradittore al Feuerbach si fece l'illustre Mittermaier in un' opera di circostanza citata da Henr. [Besserer. *Diss. de mitigatione poenar. jur. crim. roman. inter reipubl. tempora, Heidelbergae 1827. pag. 6.*

carcere che col titolo di custodia le dovette precedere (1).

La giustizia, essendo regola degli oggetti morali non degli oggetti delle scienze esatte, rinunzierebbe a se stessa se non si componesse al bisogno de' primi, o gli considerasse calcolabili col rigor de' secondi. Collocata in guardia della sicurezza dell' individuo contro tutte le esagerazioni possibili del principio politico (2), ella non sdegna di proteggere la persona, che essa ha più in odio nel contumace, e consiglia a valutargli in conto di pena le angosce dell' animo, o i patimenti del corpo, che egli dovette per lungo tempo soffrire tentando sottrarsi al rigor della legge. Egli così facendo mostrò d' essere agitato dal flagello della coscienza: mostrò rispettar la legge sebbene infranta da lui: calmò con questo contegno suo la commozione degli animi, che il suo delitto avea suscitata, onde la sorte sua non era da confondersi con quella di chi avea potuto scampare al braccio della giustizia con l' accortezza con cui avea commesso il delitto (3).

Se la giustizia conteggia ogni atomo del dolore dell' individuo onde chiedere alla politica una proporzionale diminuzione di pena, ella non concede la *impunità*, e il trafficarla è da lei alla politica interamente lasciato. La scienza della sicurezza sociale altro non è se non un calcolo combinatore de' bisogni della politica con i bisogni della giustizia, ed ove quella intenda assorbir tutto il calcolo la scienza non può altrimenti occuparsene. Molte ed ingegnose ragioni furono immaginate o per ammettere, o per rigettare la impunità (4). La utilità di questo espediente, qualunque ella possa essere, se sembra favorevole al bisogno del metodo giudiciario, questo bisogno non esiste se non nella petizione di principio, che informa la tortura: con questa differenza soltanto che la tortura aspira a convertire in criterio di verità il dolore e la impunità aspira a ottener lo scopo medesimo col piacere (5): che la prima cerca la con-

---

(1) Il metodo giudiciario de' Romani passò da un'estremo all' altro: dal non aver pena dalla legge prescritta come avvenne nelle cause discusse e decise ne' *comizj tributi*, e dall'aver pena inflessibile nelle *questioni perpetue*. Henr. Besserer. *Laud. dissert. pag. 22., et seq.*

(2) Vedasi il *lib. 1. cap. 6.*

(3) Giustamente osserva Ant. Math. *Ad lib. 48. dig. tit. 18. cap. 5. num. 14.* essere erronea la massima di chi crede, che la sola distanza del tempo tra la condanna, e il commesso delitto è titolo per mitigare la pena. Il lasso del tempo è soggetto di prescrizione non di mitigazione. La pendenza del *reato* è il vero titolo perchè la pena venga diminuita.

(4) Beccaria *Delitti e pene* §. 37

(5) Tra le intemperanze d ingegno del Bentham abbellite dallo stile epi

fessione, e la seconda l'accusa, l'una dannosa a chi la emette, l'altra ad un terzo dannosa, e che l'una, e l'altra cercando il vero ne' suggerimenti dell'interesse corre il risico di allontanarsene quando più crede d'esservisi avvicinata.

§. IV.

Distanza di tempo tra il commesso delitto, e la sua punizione.

Le ragioni colle quali fu chiusa la precedente ispezione, servono a decidere la presente. Il tempo tra il commesso delitto, e la sua punizione non altererebbe la proporzione tra l'uno e l'altro dato se il tempo per la mente umana non fosse nelle idee, e nella lor successione (1). Allorchè il delinquente cade in tempo prossimo al commesso delitto in potere della giustizia se altre ragioni che quelle di tempo non esistessero per accelerare la sua punizione esse sarebbero poco valutabili: imperocchè il processo, al quale soggiace, co' suoi atti solenni, tenendo viva la idea del delitto, terrebbe pur vivo il termine di relazione di cui la pena ha bisogno. Ma senza questo ajuto d'idee intermedie atte a servar quasi di cemento, e di unione tra quelli del delitto, e quella della sua pena se un lungo lasso di tempo cancella dalla memoria dell'uomo la prima, la seconda non trova in questa particolar circostanza del caso i termini della sua pratica applicazione quali la mente del legislatore gli concepì.

È questo il fondamento razionale della *prescrizione* nelle materie penali (2), al quale si aggiungono le giuste riflessioni di avere in un'accusa sollecita la guarentigia della sua sincerità: di non permettere, che per un lungo lasso di

---

grammatico del Dumont non è la minore quella d'essersi fatto a sostenere contro al Beccaria la *impunità. Théorie des pein. et des recomp. vol. 2. pag. 117.* Il Dumont cita a sostegno del Bentham il Diderot, che ebbe vaghezza di annotare il libro *de' delitti e delle pene*, rammaricando che poche fossero le sue note. Meglio era che non ve ne scrivesse pur una. Un uomo, che ha preteso sostenere la pena di morte col citare l'autorità d'un tegolo caduto da un tetto sulla testa d'un uomo, era egli degno di comentare il Beccaria?

(1) Il Thomasio *Diss. de praescript. Bigamiae §. 7.* mostra di non aver letto Locke asserendo, che il tempo è *ens physicum.*

(2) Il Thomasio *Diss. IX. de praescript. Bigamiae §. 3.* ne dette un'esatta descrizione, e riferì le leggi, che la considerano or come acquisto d'un dritto, o qualità morale *attiva*, or come liberazione da un'obbligazione, o qualità morale *passiva*, nomenclatura la quale se si addice alle materie del dritto civile non si addice a quelle del dritto penale.

tempo si disperdano i mezzi di prova, o della reità dell'accusatore, o della sua innocenza a suo danno (1).

Questa materia della prescrizione, divenuta anch'essa campo alle dispute, ha provato come i sistemi sulla origine, e sul grado della certezza delle cognizioni umane nel dritto, sebben tra loro contrarj, hanno prodotte le stesse pratiche conclusioni: tanto è vero, che sistemi simili se posson nuocere non possono recare alcun giovamento alle operazioni della giustizia (2). Scrittori *spiritualisti* perchè aderenti al principio del giusto assoluto ammessero per il titolo della utilità pubblica la prescrizione, e scrittori *materialisti* aderenti al principio delle utilità per questo titolo la rigettarono (3): altri, i quali non fecero professione nè di *spiritualismo*, nè di *materialismo* egualmente la rigettarono (4): ed altri che non ebbero idea nè di quei nomi, nè delle cose che essi significano, l'ammessero in parte, ed in parte la rigettarono (5).

La teoria della prescrizione nelle materie penali tra tanti discordi pareri, e posta da alcuni erroneamente a confronto colla prescrizione nelle materie civili (6), vorrebbe essere forse da capo a fondo ricostruita. Questa teoria spiegherebbe le ragioni del legislatore Toscano, il quale con suprema e squisita saviezza collocò la prescrizione sulle sue vere basi o rispetto al suo *materiale elemento* nel lasso del tempo, o rispetto al suo *elemento giuridico* ne' requisiti, e nelle condizioni le quali dalla legge fissate debbono fornire al lasso del tempo il titolo abile a prescrivere.

La maggiore o minor lunghezza del tempo, come elemento

---

(1) Lauterbach. *Disput. de praescript. crimin. th. 10.*

(2) Vedasi il *lib. 1. cap. 8.*

(3) Il Thomasio rappresenta la prima opinione *Dissert. de praescript. bigam. §. 4*, Bentham rappresenta la seconda *Traitès de legislat. civil. et pen. vol. 2. pag. 390.* Il De Simoni, sostenendo di gius naturale la pena, impugna la prescrizione: *Del furto e sua pena* § 35. nel che è confutato dal Nani *Diatrib. de crimin. indulgent. et praescript.*

(4) Servin *De la legislation criminelle liv. 1. chap. 1. art. 5. §. 3.*, Brissot De Warville *Theorie des loix crimin. chap. 2. sect. 2.*

(5) Farinacc. *Prax. crimin. quaest. 10. num. 29* Questa falsa teoria s'appoggia a una interpetrazione erronea dell'avverbio *fere* di cui gli Imperatori Diocleziano, e Massimiano si valsero *Cod. lib. 9. tit. 22. l. 12.* avverbio, che i latini usavano spesso per vezzo di frase, per pleonasmo, e anco per modestia del dire. Ma il Farinaccio non ebbe in pregio mai d'essere un buon latinista.

(6) Ant. Math. *Ad lib. 48. dig. tit. 19. cap. 4. num. 1.* Le diversità de' motivi della prescrizione *civile*, e della *penale* è discussa dal Cavaliere, e giureconsulto Sassone Gio. Ernesto a Globig *Censura rei judicialis Europae praesertim libbrae etc. Dresenae 1822. part. 2. cap. 15. §§. 1. 2.*

materiale della prescrizione dee per così dire essere l'*esponente* della ragione composta della gravità del delitto, e della maggiore o minor bontà de' metodi stabiliti dalla legge onde averne la prova.

Sebbene non siavi delitto il quale possa apparir sì grave da non meritare la prescrizione (1), pure è evidente, che quanto è più grave il delitto più forte e più durevole essendone la memoria, e con essa la scossa degli animi, che suscitò, il lasso del tempo necessario a prescriverlo debbe esser più lungo, e per le contrarie ragioni più breve nei men gravi delitti (2). Quanto più il danno dal delitto arrecato si avvicina in indole all' emendabile dal dritto civile, tanto più il dritto penale perde di competenza a stabilire la prescrizione lo che sembrerebbe a prima vista una contradizione, ma non lo è se si ponga mente che questo è bensì destinato a protegger quello ma non può o cambiarne, o distruggerne la prerogativa (3).

È così vero, essere le ragioni della prescrizione nelle materie civili affatto diverse da quelle delle penali materie, che il lasso del tempo tanto è più lungo, e nelle seconde tanto è più breve quanto più è aumentata tra gli uomini la civiltà (4). Colla perfezione sociale scemano la cause favorevoli alla impunità: si perfezionano i metodi indagatori del vero e crescon quindi i motivi per far agire la prescrizione in

---

(1) Il Farinacc. *Prax. crimin. quaest. 12. num. 12.* con una petizione di principio, che gli fa poco onore, vuole eccettuati i delitti *occulti*, nel che è rimproverato, e corretto dal Thomasio *cit. diss. §. 13.*, e da Ant. Math. *Ad lib. 48. dig. tit. 19. cap. 4. num. ult.* Questa medesima petizione di principio è riproposta dal Globig *Cens. rei judic. part. 2. cap 15. §. 3.* Non sussiste che il Beccaria abbia voluto non prescrivibili i delitti palesemente commessi, e prescrivibili gli occultamente commessi come sembra credere il Cavalier Cremani *Loc. supr. cit. §. 6.* Il Beccaria non ammette prescrizione ne' delitti provati di chi prese la fuga, vale a dire contempla il caso della condanna contumaciale. *Delitti e pene §. 80.*

(2) Nani *Osservazioni al Cod. Leopold. art. 114.*

(3) Per questo motivo forse gl' interpetri del romano diritto decisero, che ove il titolo dell' offesa fosse come la *ingiuria*, o il *dolo* proponibile tanto nel penale quanto nel civile giudizio, la prescrizione di questo dovesse regolare la prescrizione di quello. Ant. Math. *Ad l b. 48. dig. tit. 19. cap. 4. num. 6.* Il Nani non avendo compresa ben la ragione non digerisce la conclusione. *Ad* Ant. Math. *loc. cit. not.* 3. È osservabile che dove la pena fu vendetta dell' offeso non fu ammessa la prescrizione. Heinecc. *Elem. jur. germ. vol. 2. pag. 14.*, Riccius *De praescriptione German. veter. et hodierna Francof. 1788.*

(4) La breve prescrizione, che per il disposto delle leggi delle XII. Tavole dava il dritto di proprietà sì de' mobili, che degl' immobili ha indotto l' Hume a credere, che in Italia a quel tempo non vi fosse maggior civiltà di quella, che è oggi tra i Tartari. *Essays and treatises vol. 1. pag.*

uno spazio di tempo più breve (1). Quanto più però il metodo giudiciario è indipendente da forme dalle leggi prescritte, e più alla balia dell' accusatore, il legislatore per un diverso principio è obbligato ad abbreviare anche oltre i termini della discretezza il tempo della prescrizione onde, altro far non potendo, porre la innocenza al coperto de' pericoli, dei quali un' ardito e prepotente accusatore può circondarla (2): novella riprova che la *scienza* dà migliori garantie di quelle che può fornir la *coscienza*.

L' elemento giuridico della prescrizione consiste tutto nel non essere stato il lasso del tempo interrotto da un atto legale, che apparisce incompatibile col suo razional fondamento. Questo carattere dell' atto capace d' interrompere la prescrizione mostra la saviezza del Toscano legislatore allorchè lo fissò nella *sentenza* (3). L' *accusa* , la *postulazione* , la *carcerazione* del reo , come atti , i quali possono cadere tanto sull' innocente quanto sul delinquente, non sono abili a interrompere la prescrizione. La sola *sentenza* , come quella che ha una presunzione di verità a proprio favore, può produrre questo giuridico effetto (4); e poichè la sentenza *contumaciale* è pure sentenza, e tale è pur la sentenza *nulla* ,

---

424. Lo stesso crede Millar *The origin of the distinctions of rarks ch. 2. sect. 1.*

(1) Il legislatore Toscano ridusse alla metà del tempo la prescrizione *longissima* , e la *brevissima* de' Romani nelle materie penali. Cod. Leop. *art. 114.* Il Nani nelle sue osservazioni a quell' articolo non si cura d' istruire il lettore , che il tempo fissato dal legislator Toscano alla prescrizione derivava dalla opinione , che egli aveva della bontà dei suoi metodi giudiciarj. Per persuadersi, che l' esame di quanto le moderne legislazioni hanno inventato nelle penali materie condurrebbe alla confusione delle lingue , basta vedere il ragguaglio che di sei soltanto nella materia della prescrizione ne ha dato Globig. *Censura rei judicialis etc. part. 2. cap. 15. §§. 4. 9.*

(2) Obbedendo a questo principio il Codice criminale Russo pubblicato nel 1818. §. 481. non ammette querela di stupro violento dopo tre giorni dal dì dell' avvenuto delitto. Nel dritto romano forma un bizzarro contrasto la lunghezza della prescrizione, e il breve termine che le leggi assegnano all' accusatore a dar fine al giudizio. Il Filangieri *Scienza della legislazione lib. 3 par. 1. cap. 4.* censurato a ragione dal Nani *Osservazioni al Cod. Leop. art. 114.* encomia la legge Inglese, e la prescrizione triennale a qualunque delitto.

(3) *L. 22. Settembre 1562.* Cod. Leop. *art. 114.*

(4) La postulazione come atto idoneo a interrompere la prescrizione è indicata dal giureconsulto Paolo *Dig. lib. 48. tit. 5. l. 10.* La *inscrizione in crimen* , l' *annotazione* del reo sono atti ammessi come abili a interrompere da Ant. Math. *Ad. lib. 48. dig. tit. 19. cap. 4. num. ult.* Il Cavalier Cremani *De jur. crimin. lib. 1. part. 3. cap. 4. §. 13.* , adottando il sistema del legislatore Toscano , lascia sotto silenzio le ragioni, che lo giustificano.

la quale finchè la nullità non le sia stata contro affacciata si mantiene in uno stato implicito di validità, non vi è ragione per negare a queste sentenze la forza d' interrompere la prescrizione (1).

§. V.

Pubblica prosperità.

Le relazioni della pena esaminate fin qui come idonee ad alterare le sue proporzioni col delitto si riferiscono tutte a quanto è inerente al suo scopo politico come forza morale d retta a reprimere quella della tentazione ad offendere, e al principio di giustizia, che in circostanze variabili ne dee guidare l' applicazione. Nell' uno, e nell' altro aspetto la pena fu considerata come mezzo della sicurezza pubblica da conciliarsi colla privata: onde tutte le osservazioni esposte fin qui non eccedono la competenza della giustizia.

Ne' più sublimi concetti dell' arte di governar la città, attribuzione esclusiva del dritto politico, la pena può apparire non come mezzo di *sicurezza* ma come mezzo di *prosperità* in quanto i mali che da essa derivano ne risparmiano più numerosi e più gravi, che infesterebbero l' ordine se i delitti non fosser puniti. È quindi facile ad apprezzar nella pena uno *scopo particolare*, ed uno *scopo generale*: il primo essendo quello di reprimere col suo timore tale o tal altro delitto: il secondo quello di mantenere all'aggregazione politica la maggior somma di *pubblica prosperità*.

Se le sociali peripezie, e il capriccio degli avvenimenti umani facessero nascere il caso in cui l' applicazione d' una pena sebbene per sè stessa giustissima privasse la società d' un grande vantaggio, è evidente che in questo caso lo scopo particolar della pena troverebbesi in collisione col generale suo scopo: la sua applicazione in questo caso bene apprezzata sebbene giusta non apparirebbe politica, e un mezzo inventato per mantener la salute ne altererebbe la economia (2).

---

(1) Quattro sono i casi di sentenze, che possono cadere nel tempo materialmente abile a prescrivere. La *contumaciale che condanna*, *la contumaciale che assolve*, *la nulla assolutoria*, *e la nulla condannatoria*. I casi son tutti giurisprudenziali, nè il mio istituto mi permette di ponderarli. È da vedersi il Cavalier Cremani *De jur. crimin. loc. supr. cit.* ove a mio credere giustamente redarguisce di errore il Paoletti. Il Sabelli *Pratica universale* §. *malefizj num. 14.* nega effetti giuridici alla nulla sentenza. Il Nuvi fa deboli osservazioni all' *art. 40. del Cod. Leop.*, e non meno deboli all' *art. 114.*

(2) Meglio di Grozio *De jur. bell. et pac. lib. 2. cap. 20. §§. 25. 26.*, il quale distingue le cause *intrinseche* e le *estrinsecke* di mitigar la pena,

Se questo caso accadesse la sua decisione non sarebbe di competenza della giustizia; e l'autorità governativa, la sola in grado di conoscere e ponderare i bisogni della prosperità dello stato, potrebbe sola deciderlo.

Da queste implicate considerazioni desume la sua origine il gius di far grazia sull'ammissione del quale tanto è sì lungamente fu disputato (1).

Tutti i governi posson trovarsi nel caso di dover decidere se l'oggetto *generale* della pena debba prevalere al suo oggetto *particolare*, lo che propriamente significa far grazia della condanna (2). La monarchia fra tutti gli altri, onde conciliar fiducia, ed amore alla forza su cui si appoggia, ha bisogno di far risplendere fra i suoi dritti quello di opporsi al rigor della legge penale. Così facendo ella rende più sublime la propria prerogativa (3), e se sembra porsi sopra alla legge ella lo fa col titolo fra quanti esser lo possono il più bello, e il più sacro, quello di proteggere la umanità (4).

---

ma non assegna loro un sufficiente discernibile carattere, spiega il principio sebbene non con tutta la esattezza desiderabile Gochsteter *De jur poen. sect. 9. §. 2.*

(1) Gli stoici lo rigettarono. Buddaeus *Diss. jurisprud.histor.specimem. inter selecta juris. N. et. G. §. 66. et seq.* Cicerone lo ammesse orando per Ligario, e lo rigettò orando contro Verre *Or. 7. in Verr.* Ant. Matheo, ed Enrico Coccejo distinsero i delitti di ragion *naturale*, e i delitti di ragion *civile*, ammettendo la grazia in questi rigettandola in quelli, nel che furono confutati dal Thomasio,e dal Boehmero. Cremani *De jur. crimin.vol. 1. pag. 290.* Gli confutò anco il Nani nella sua *Diatriba da praescript. et indulgentia crim.* ma variò poi parere nelle sue note ad Ant. Math. *Ad lib. 48. dig. tit. 13. cap. 5. not. 1.* L'ammesse il Montesquieu *Esprit des. loix liv. 6. ch. 5. 16. 21.* Sembrò restare incerto tra l'ammissione e la rejezione il Rousseau *Du contract social. liv.1. ch. 5.* Lo rigettò il Beccaria *Delitti e pene §. 46.* Il Bentham *Traités de legislat. civ. et pen. vol. 2. pag. 432.* Si fece miscellione il Cavalier Filangieri *Scienza della legislazione vol. 3. pag. 470.* Più d'ogni altro è al gius di far grazia contrario Pastoret *Des loix penal part. 1. chap. 4.* e più d'ogni altro favorevole Romagnosi *Genesi del dritto penale III. ediz. vol. 3. pag. 113. e seg.*

(2) Trattandosi fra gli Ateniesi del supplizio da prendersi su quei di Mitilene Diodoro si alzò, e disse « *Non de Mitilenaeorum facinore certamen nobis est, si sapimus, sed de bene nobis consulendo* » Thucid. *De bell. Pelop. lib. 3.*

(3) Cicer. *De repub. lib. 1. §. 45.* « *placet enim esse quiddam in republica praestans, et regale: esse aliud auctoritate principum partum etc.* ». Il Dottor Priestley *Disc. sur l'hist. et la politique part. 5. disc. 41.* ammette il gius di far grazia anco nelle repubbliche.

(4) Montesquieu *Esprit des loix loc. cit.* dice essere il gius di far grazia una gran leva de' moderati governi.

Se è vero che la clemenza diviene inutile ove sian miti le pene, e regolare il metodo per giudicarne (1), non è men vero, che qualunque si voglia pena sebben moderata, sebben giustamente decretata dal giudice può trovarsi in collisione con un principio di buon governo, al quale il giudice non ha potuto prestare attenzione (2). Limitar questa collisione possibile a due casi soltanto come alcuno ha preteso di fare è pretendere racchiudere in troppo brevi formule tutti i bisogni imaginabili d' uno stato (3): enumerare partitamente il numero maggiore dei casi, comecchè non si tratti di oggetti riducibili in classi, non è impresa scientifica (4). Fu già altrove osservato, che le virtù non si sottopongono a regole, nè legislativamente s' insegnano (5).

Ma se nell' esame di questi casi possibili i bisogni della prosperità pubblica temperano il rigore della legge protettrice della sicurezza, conviene che questa legge abbia avuto libero il proprio corso fino alla giudiciale condanna del reo: conciossiacchè se l' *amministrazione* agisse prima, che la *giustizia* avesse pronunziato su gl' interessi, che la offesa ha sconvolti, si potrebbe credere che l' una usurpasse il luogo dell' altra assolvendo ove questa avrebbe condannato, e screditando così un' ordine di cose, il quale riceve tutta la propria forza dalla opinione (6).

---

(1) Beccaria *Delitti e pene* §. *46*.

(2) Questa osservazione è pur fatta dal signor Pasquale Liberatore *Saggio sulla giurisprudenza penale del Regno di Napoli. Napoli 1814. cap. 8. pag. 245*.

(3) Il Cavalier Filangieri *Scienza della legislazione loc. supr. cit.* indica 1. l' insigne merito del delinquente, 2. la moltitudine de' delinquenti.

(4) Oltre a ventidue cause enumera il Tiraquello, sulle quali elegantemente scrisse Ant. Math. *Ad. lib. 48. dig. tit. 18. cap. 5*.

(5) Vedasi il modo con cui ne parlò il legislatore Toscano *Cod. Leop. art. 119*.

(6) Benissimo ragionarono su questa materia i collaboratori ai *Travagli pel cod. pen. del Regno d Italia vol. 1. pag. 206*.

PARTE TERZA

DELLA DIFESA PREVENTIVA

A legibus delicta puniri: quanto fore mitius in ispos, melius in socios provideri ne peccaretur!
Tacit. *Ann. lib.* 3. §. 68.

CAPITOLO I.

Induzioni storiche e razionali sulla più retta nozione della polizia, e delle sue varie specie.

Volgendo lo sguardo ai tentativi, che l'ingegno umano, e le leggi sociali intrapresero onde tener lontana dall'ordine la offesa senza l'uso della forza, e con mezzi i quali rendano alla umana volontà la disciplina della vita civile o un bisogno o un'abitudine, due singolari fenomeni l'uno in opposizione dell'altro fissano l'attenzione dell'osservatore. Da un lato quando gli scrittori si accingono a parlare dei mezzi di prevenire i delitti la lor fantasia si riscalda: le loro speranze s'infiammano, e un nuovo secolo d'oro sembra dover nascere da' loro sistemi (1). D'altro lato le leggi sembrano essere rimaste addietro assai da questo sperato stato di perfezione, e se si scorgono raccolti in ordinato sistema

(1) Bentham *Traites de legisl. civ. et crim. vol.* 3. *pag.* 3. Di questa troppo grande fiducia è un'esempio Brissot De Warville *Theorie des loix crim. vol.* 1. *p.* 41 107. Più modesto, più ordinato, e più utile nel tentativo è Dufriche De Valazè *Loix. pen. Alencon* 1784. *pag.* 183 242.

di egislazione i mezzi destinati a reprimere colla punizione i delitti la cosa medesima non si scorge relativamente ai mezzi di prevenirli (1).

Questi due opposti fenomeni possono indurre chi gli consideri a dubitare, che per la parte di alcuni scrittori siasi in questa materia consultata più che la osservazione la imaginazione, e che per la parte delle leggi animate dal desiderio di prevenire piuttosto che punire i delitti, siansi incontrate non leggiere difficoltà (2).

La più vera ragione di questo contrasto in cui si trovano i desiderj e gli augurj di perfezione e lo stato reale dei vantaggi, che le leggi poterono de' loro mezzi procurare alla società, è nella indole di questi mezzi, i quali o sono in gran parte nelle mani della natura e con essa nascosamente e pur non meno efficacemente vanno operando, o non possono apparire nella mano della legge, la quale colle generali sue formule ne abbia proclamato la indole, la quantità, le qualità caratteristiche e l'uso.

Fu altra volta osservato come i sintomi vitali del corpo politico hanno se non una spiegazione un' esempio irrecusabile almeno in quelli del corpo umano (3): conciossiachè

---

(1) La osservazione è antica quanto Marsilio Ficino *Arg. in Plat. de Legib. dial.* 3. « *Quamobrem et apud Platonem et apud veritatem scriptores illi legum contemnendi censentur qui* SUBITO QUA CENSURA SCELERA PERPETRATA SUNT PUNIENDA, DECERNUNT; QUA VERO RATIONE HOMINES ORIANTUR, NUTRIANTUR, ERUDIANTUR, UT SCELERA PERPETRARE NOLINT, NON PROVIDENT ».

(2) Il Professor Ginevrino *Traitè de droit penal vol. 1. liv. 1. ch. 13.* si contenta di asserire, che nel legislatore prevenire i delitti è un *dovere*, ma non dà neppur cenno de' mezzi difficili per sodisfarvi. È notabile, che nel sistema di questo scrittore non poteva essere ammesso un dovere di prevenire i delitti, quando egli considerava il delitto non come *offesa*, e la pena non come *difesa* della società. Più coerente il Puffendorf *De jur. nat. et gent. lib. 2. cap. 5. §. 3.* ove parla del gius di punire non fa parola del dovere di prevenire, ma ne parla soltanto ove espone la teoria del gius di difendersi. Oltracciò antichissima è la idea del *dovere* di prevenire la offesa prima di dispiegare la forza.

« *Omnia prius experiri verbis quam armis sapientem decet.*

Ter. *Enn. act. 4. sc. 8.*

non è però antica la idea del dovere di prevenire il delitto considerato come infrazione dell' ordine morale, e dalla giustizia, e come affare di *coscienza*.

(3) Vedasi il *lib. 2. cap. 6. in not.* ove è da notarsi la sagacità del nostro Marsilio Ficino; il quale in un tempo, nel quale la teoria della sociabilità umana non era nella mente di alcuno, parlando della necessità di prevenire i delitti esprimevasi *loc. supr. cit.* « *Quemadmodum* MEDICUS *sanitatem corporis, ita* LEGUM AUCTOR *spectat animi sanitatem. Quoniam vero optabilius est valetudinem prosperam retinere ne pereat quam pe-*

il principio vitale, in qualsisia combinazione di materia si trovi quanto evidente si manifesta nei suoi effetti altrettanto sfugge alla curiosità umana nelle sue cause. Per conoscere da quali cause derivi lo stato di salute dell' individuo converrebbe conoscere quelle che mantengon la vita, o cagionan la morte. La medicina preservativa suole sfoggiar nei consigli come la curativa suole sfoggiar nei sistemi, ma l' una e l' altra più che nella scienza a cui s' inalza ne' libri ha i suoi gradi di pratica utilità nella esperienza e nella prudenza dell' uomo. Se alcuni dissesti della umana salute cedono all' azione di alcuni pochi scientifici la medecina costretta a contentarsi di questi salutiferi risultati cammina nelle tenebre quando si accinge a indagar per qual modo quegli specifici agiscono. Ne' metodi curativi del corpo umano le incertezze finiscono ove incomincia la chirurgia (1): quasi la natura non abbia voluto all' uomo manifestarsi se non quando ella distrugge per conservare.

Seguendo le tracce di questo esempio sembra che la difesa preventiva agisca nel corpo politico come la medicina preservativa agisce sul corpo umano: invigilando il principio vitale, ed allontanandone tutto ciò che la esperienza ha mostrato poterlo o indebolire, o imprimergli una soverchia energia: che ella come la medicina curativa del corpo possa scuoprire i primi sintomi di malattìa e più colla prudenza che colla scienza porvi opportuno riparo: e che la difesa repressiva rappresenti la chirurgia nel separare o temporariamente o in perpetuo la parte malata dal restante del corpo in un modo morale però, e senza spargimento di sangue, restando questo estremo e deplorabil rimedio alla attuale, e presente difesa ove le circostanze ne facessero nascere il dritto.

Se la cosa così fosse, come esser sembra, sarebbe spiegata come il corpo politico senza bisogno di arte o di scienza ha i principj e la causa della propria conservazione in se stesso, onde in gran parte la preventiva difesa nasce dalla natura non dalla diligenza, o dal fatto dell' uomo; e comecchè la natura per essere quel ch' ella è non ha bisogno di scritte

---

reuntem recipere, idcirco praecipuum utriusque tam CIVILIS *quam* MEDICI *institutum est servare sive corporis, sive animi sanitatem: sequens vero utriusque consilii esse videtur optimum sive corpori sive animo habitum si quando amissus fuerit restituere* ». Così si pensava, e si scriveva in Italia nel secolo decimoquinto.

(1) Vedasi quel che fu detto da me nel quadro delle scienze, delle lettere, e delle arti in Toscana nella introduzione al *Nuovo giornale de' letterati*, *Pisa 1822. vol. 1. pag. 1.*

regole, e di umani codici che la guidino, i vantaggi che ella procura all' ordine della città sfuggono ai comentarj, e ai registri degli scrittori. Se i metodi curativi delle cause dei parziali sconcerti del corpo politico in quanto si verificano nelle cause delle offese dell' ordine per le passioni, che ne sogliono divenir le nemiche, sono della umana prudenza più che della scienza, anco, questa parte della preventiva difesa ha un carattere il quale poco si presta agli scritti trattati.

Le forze della civil società: il lor generale andamento: la loro economia salutare hanno avuto un insigne storico: ma l' interessante quadro che ne è risultato dipinge la società umana sotto l' influenza delle forze che nascono dalla forma del suo governo politico, e delle vicende alle quali queste forze soggiacciono considerandole or come causa del pieno vigor della vita del corpo politico, or come causa di decrepitezza, e del suo imminente sfacelo (1).

Se la società umana può avere una infanzia nella vita selvaggia e barbara: se può avere una gioventù tra i popoli i quali si trovano sotto la influenza del dritto di proprietà già ben radicato nella mente degli uomini: se può avere una perfetta virilità allorquando le arti, e il commercio hanno quasi tessuti legami indissolubili di comune interesse tra gli uomini, in questa complicata serie di cose le forme del potere politico non hanno avuto influenza di sorta veruna. Tutto è stato prodotto dalla natura dell' uomo, nè si sa comprendere come i legami di un' interesse reciproco d' indole affatto morale non debbano essere riconosciuti suscettibili di una durata permanente, inalterabile, e certa finchè una forza la quale fuor d' essi si crea non muovasi pazzamente a distruggerli. La storia della civil società incomincia appoggiandosi ai dati della perfettibilità umana le di cui fasi possono avere un' analogia in quelle della vita dell' uomo. Ma giunto allo sviluppamento completo della perfettibilità s' illude sulle analogie sulle quali ha potuto fino a quel punto appoggiarsi. Non considerando l' indole delle forze, per le quali quel completo sviluppamento diviene un discernibile fatto, anzichè soffermarsi in esso segue nelle vicende della vita dell' individuo le analogie che fino a quel punto la poterono guidare, nè potendo altrove trovarle che nelle vicissitudini del potere politico e nella influenza che esse hanno o nel man-

(1) Tale è il piano dell' insigne Ferguson *An essay on the history of civil society*, *Basil 1789*.

tenere o nel distruggere il principio vitale della società umana parlano della sua decrepitezza, e della sua morte (1).

Questa maniera di trattar la storia della civil società accuora e rattrista l'osservatore, quasi stato florido in essa esser non possa il quale non abbia in sè i germi della sua distruzione vicina. La storia della civil società ha dati suoi proprj: quella del potere politico, e delle sue vicende come forza, la quale altra coscienza di sè che come forza non abbia, è cosa separata e distinta. Dalle forze produttive la società umana nasce il poter politico come forza necessaria a proteggerla, onde ella può essere considerata in questo aspetto soltanto, e in questa guisa considerandola la mente non si abbandona ad astrazioni, le quali o prescindono dai fatti o gli distruggano (2).

È stato domandato qual sia la forma del potere politico che più convenga alla umana perfettibilità. La risposta è

---

(1) Ferguson *loc. cit. part. 4. sect. 5.*

(2) Non sono queste inutili considerazioni. La mente destinata a vegliare la polizia d'uno stato deve avere una opinione sull'indole delle forze della società umana, e sul punto a cui queste forze posson giungere, o giuntevi raggirarvisi senza progredire, e senza retrocedere. Il Ferguson ha abusato della osservazione de' fatti; altri hanno abusato delle speculazioni. Tra gli scrittori di questa seconda tempra il Rousseau e il Condorcet segnano due estremi contrarj: l'uno attribuendo alla società civile tutti i mali degli uomini: l'altro vaticinando nella civil società un punto di *filosofica* perfezione, a cui ella dee giungere col progredire. Il Rousseau combattendo lo stato sociale dovette trovarsi costretto a combatter le scienze e le lettere. Il Condorcet presagendo ne' progressi dello spirito umano un punto di perfezione futura unì alla causa delle scienze quelle delle istituzioni sociali: non scorgendo che la perfezione scientifica non sarà mai una perfezione sociale sia perchè le scienze non avranno mai potere di modificare a lor voglia i bisogni, e le abitudini umane: sia perchè in esse quanto alle cose politiche più si disputa di quel che si concluda: sia perchè le scienze patrimonio di pochi non giungeranno mai ad essere il patrimonio de' più. Ciò non pertanto si continua a scambiare sistematicamente il destino della *scienza* con quello dell'umano *incivilimento*, l'uno che spesso nei libri va indietro credendo d'andare innanzi: l'altro che nelle masse e ne' lor moti va progressivamente per una forza inerente alle umane cose sempre estendendosi, e più divenendo visibile. Ma questo moto è di progressione, o di vita la quale è pur un moto senza chè progressione vi sia? Questo moto uscente dalla natura e non dai sistemi è quello che purifica l'animo umano dai pregiudizj contrarj alla sua dignità, e dà a tutti il tatto che loro bisogna per conoscere i veri interessi della umanità. Questo è il modo che la polizia dee attentamente studiare come implicatissimo fatto da cui certo derivano conseguenze di dritto, capace di produrre i fatti ch'egli s'immagina. Non bisogna scrivere *soliloquj*, e porsi sopra un'altura immaginaria chiamandola filosofica e dire agli uomini « salite quassù se volete la perfezione ». Scrisse sull'uomo e sulla sua progressiva natura come fenomeno da studiarsi Ferguson *Principles of moral, and political science vol. 1. chapt. 3.*

pronta, e succinta. Quella che meglio intende i proprj interessi, i quali dalla umana perfettibilità e dalla giustizia non possono essere disgiunti giammai, e fu già osservato che le forme del potere politico le più in apparenza adattate a sodisfare le pretensioni della ragione umana se si considerino come mere combinazioni di forze producono in realtà non minori o men gravi mali delle più aborrite (1). La società umana ha per così dire un criterio inerente alle forze che la fanno progredire, e la mantengono. La privata ragione ha preteso di sostituire a quello il proprio criterio, e poichè non è sì facile apprezzar la tempra delle forze della natura ha preso di mira quelle degli uomini, costituendo responsabile di tutte piuttosto una forma di governo che un'altra.

Se le interessate discussioni sulle forme del potere politico hanno eccitate le diffidenze di molti contro al principio di questo nome le diffidenze crebbero, e di carattere più acre divennero contro la *polizia* (2). Questa parola nel suo più ampio significato comprende tutti i mezzi atti a proteggere, e far prosperare la moltitudine riunita in città (3): quindi non che la difesa preventiva, anco la repressiva, le cose spettanti al pubblico dritto, e fino i provvedimenti diretti a dare al dritto privato l'atteggiamento il più proprio a sodisfare ai bisogni che ne resero necessaria la istituzione.

Ma la parola *polizia* nel suo significato più ristretto e più proprio indica un' ufficio dell' autorità tutelare dello stato, che non è sì facile designare, e circoscrivere con esattezza. Le materie relative al potere *legislativo*, e al potere *esecutivo* propriamente detto non spettano alla polizia. Degli altri due rami, ne' quali il potere esecutivo diffondesi il *giudiciario* cioè, e l' *amministrativo* il primo non spetta alla polizia, ed il secondo nemmeno, sebbene il nome di *polizia amministrativa* non sia nuovo nel dritto (4).

Tutto può offendere la sicurezza umana, e le occasioni di offesa tanto più crescono quanto più le relazioni tra gli uomini si moltiplicano, e s' implicano. Nelle materie del dritto privato qualunque atto può contenere il danno di alcuno che vi abbia interesse. Ma la legge non si occupa di prevenir que-

---

(1) Vedasi il *lib. 1. cap. 10.*

(2) Vedasi il *lib. 1. cap. 10. in not.*

(3) Πόλις κωλιτεία *polizia.* Ma non sussiste, che i moderni ne abbiano ricevute le regole dagli antichi come crede De Felic. *Dict. de justice etc. vol. 11. pag. 5.* nè che si debba per bene intenderla risalire a *Hermes Trismegisto* segretario di *Menes.*

(4) Merlin. *Revert. univ. de jurispr. vol. 9. pag. 284. col. 2.*

sto danno, nè avvenuto che sia la sua emenda spetta all'ufficio della legge destinata ad allontanare i delitti. Innumerevoli danni possono provenire agli uomini dalle cose che sono tra loro comuni o di loro natura come l'aria, l'acqua ed il fuoco: o per la loro destinazione come le piazze, le strade, i tempj, i teatri, o per un bisogno che è in tutti di usarne come i comestibili in commercio, i mercati ove vengono trasportati, i fiumi per il loro più facil trasporto. Tutti questi oggetti debbono essere invigilati dall'amministrazione pubblica, ma non si può dare a questa vigilanza il uome di *polizia amministrativa* convenendole piuttosto quello di *economica* (1). Ma questa polizia la quale formava presso ai Romani la occupazione degli Edili come quella che tende a render più agiata, e più comoda, e più sicura da incontri nocivi la giornaliera vita dell'uomo non ha relazione alcuna co' sistemi, che possono essere o utili o necessarj a prevenirne le offese da uomo a uomo in quanto dipendono da malvagia intenzione.

Col nome di polizia propriamente detta si vuole più particolarmente indicare un complesso di mezzi di buon governo i quali non appartenendo nè alla legge penale nè a' suoi metodi di applicazione si propongono di tener lontana la offesa della sicurezza sociale. Questa polizia meriterebbe il nome di *governativa* o *civile* (2), non di *ecomica*, se è vero che il nome di governo si addice agli uomini e quel di economia ai patrimoniali lor mezzi (3).

La polizia economica apparisce essere una diramazione dell'amministrazione dello stato come è una parte d'amministrazione in una famiglia aver la casa ben costruita, ben netta, e fornita di tutto ciò che è necessario alla salubrità, ai bisogni, ed ai comodi della vita. Questa polizia tal si mantiene finchè veglia al buon regime delle cose, e degli oggetti i quali essendo di comune o di pubblico uso tra gli uomini se invigilati non fossero o non somministrerebbero i vantaggi che se ne separano, o ridonderebbero in danno e pericolo degl'individui. Ma se o la incuria umana o la umana im-

(1) La parola significa *distribuzione* della casa: onde sbagliò il De Felice *Diction. de justice vol. 10. pag. 51.* dicendo che questa parola usata sola, significa *risparmio.*

(2) Il nome di *civile* è adottato dagli autori della *Enciclopedie methodique*, « POLICE, ET MUNICIPALITÉ » *disc. prel. pag. 67.* Ma il nome è troppo generico.

(3) Gli etimologisti desumon la parola governo dal greco κυβερνάω guidar la nave, a cui venne fatto di paragonare la volontà umana nel metaforico mare degl'interessi, e delle passioni sociali.

prudenza, o la umana malvagità si presenta a turbar l'ordine che la polizia economica si è studiata di porre in quegli oggetti per la maggiore pubblica utilità, la competenza dell'amministrazione delle cose sembra cessare, e divenir necessaria quella del *governo* degli uomini.

La legge in Roma prescriveva all'Edile di tener larghe, ben munite, fornite di ponti, e nette le vie (1): che niuno vi scavasse o vi edificasse attorno (2): che le officine niente avessero dei loro istrumenti nella pubblica via (3) e che fosse vegliato a impedire che in esse si suscitassero risse, o immondezze vi si gettassero (4). Fra questi quattro oggetti tre sembrano appartenere alla buona amministrazione del pubblico patrimonio, ed uno, qual'è l'impedir le risse, al buon governo degli uomini. I primi tre oggetti sembrano spettare alla polizia economica, e il quarto alla governativa. Ma bene apprezzando il carattere di questo quarto disordine la vigilanza del quale la legge a Roma avea addossato all'Edile esso si risolve in un'ostacolo al dritto che tutti hanno di godere liberamente della via pubblica, e così sembra restare un oggetto della polizia economica. Ma la rissa può produrre le offese, e in questo aspetto l'impedirla diviene un'oggetto della polizia governativa.

In Roma allato alla carica degli Edili era quella de' Censori. Queste due cariche si trovavano colle attribuzioni reciproche quasi a contatto tra loro: perciocchè i censori davano in affitto l'entrata della repubblica ed avevano la ingerenza di vegliare sugli edifizj pubblici (5). Le attribuzioni censorie si dilungavano dalle edilizie colla riforma del costume, col sindacare la condotta che il cittadino teneva ne' proprj affari, col reprimere le mancanze alla buona fede, le parole, e le azioni indecenti: tutte attribuzioni che non referendosi nè al patrimonio pubblico, nè alle cose comuni, o di pubblico uso non appartenevano alla polizia economica, ma piuttosto alla governativa (6).

---

(1) Dig. *Lib. 43. tit. 10. l. unic.*
(2) Dig. *eod. tit. dict. l. §. 2.*
(3) *Dict. l. §. 4.*
(4) *Dict. l. §. ult.*
(5) Questa ingerenza era negli Edili supplementaria, e la esercitavano in mancanza de' Censori. Beaufort *La rep. rom. vol. 3. pag. 200. num. 1.* lo che induce a preferire la origine storica, che a questa carica assegna Pomponio *Dig. lib. 1. tit. 2. l. 2. §. 21.*, a quella che accenna Varrone *De ling. lat. lib. 4. cap. 24.*
(6) Oltre al Beaufort *La rep. rom. vol. 3. pag. 61. e seg.* scrissero delle attribuzioni censorie il Lydus, il Ferratio, il Perizonio, lo Spanhem,

L'autorità de' Triumviri capitali formava una forza mostruosa e spaventevole della polizia governativa di Roma: ma la loro giurisdizione non si estendeva ai cittadini e limitavasi ai forestieri, ai servi fuggitivi, ed altri individui non ammessi a godere della protezione delle leggi della città (1). I Triumviri notturni regolavano le guardie destinate a perlustrare la città in tempo di notte, e a prevenire gl' incendj, e i disordini (2).

La polizia governativa se si considerino gli espedienti che i Romani adottarono per prevenire i delitti de' cittadini sembra essersi ripartita tra la carica de' Censori, l'autorità dei quali non ebbe punizioni più gravi del biasimo, e della remozione dalla dignità e dall'ordine: nè si estese alle femmine: nè andò sempre esente da abusi: nè fu sempre rispettata dal popolo: nè fu di permanente durata; e l'autorità degli Edili, i quali aveano la ispezione di tutti i pubblici luoghi, invigilavano per prevenire i disordini delle osterie, e de' postriboli, ed estendevano la loro giurisdizione su tutte le donne di cattiva condotta (3).

Queste storiche osservazioni dimostrano non esser in tutto vera la opinione di chi suppose essere la polizia una istituzione moderna ignota ai Romani (4). Se nell' ufficio della ragione di stato vale a dire della ragione pubblica come titolo della pubblica forza destinata a proteggere la società umana destinata col nome di polizia si distingue la sua parte *economica*, e la *governativa* sua parte, si scorgerà che la prima fu dai Romani assai ben concepita, e regolarmente ordinata (5), e che la seconda, di cui non equivoche tracce

---

il Gundlingio, il Curtio, il Niebuhr, il Wachsmuth, il Burchardo, l'Jarcke citati dall'Haubold *Inst. jur. rom. priv. historicodogm. lineam. pag.* 77. il quale però sembra non aver conosciuta l'opera del nostro Andr. Leop. Guadagni *De legibus censoriis* da lui dedicata al Facciolati e stampata nel 1732 in Venezia presso l'Albrizzi.

(1) Beaufort *La Republique romaine vol.* 3 *pag.* 297.

(2) Beaufort *Op. cit. pag.* 302., Laur. Andr. Hembergeri *Diss. I. H. de incendiis. Jenae 1712. p.* 13. 4. Augusto sostituì loro il Prefetto dei Vigili. Frid. Gfr. Houckii *Diss. de officio Praefecti vigilum circa incendia Traj. ad Rh.* 1733.

(3) Beaufort *La Repub. rom. vol.* 3. *pag.* 195. 265., Jan. Guil. Van Alphen *Diss. de differentia inter aediles plebis, et curules romanorum Traj. ad Rhen.* 1789, J. W. Schubert *Diss. de romanorum aedilibus Prodromus, Regimonti* 1824.

(4) Hume's *Essays and treatises vol.* 1. *ess.* 12. erroneamente seguitato da me *Elem. jur. crim.* §. 1193.

(5) Sono da riscontrarsi Car. Chr. Heubach *Comm. de politia romanorum seu veteris urbis Romae*, *Gotting.* 1791., Jo. Binder *Comm. de po-*

s' incontrano nell' attribuzione de' Censori, e degli Edili ebbe un carattere quale alle forme della repubblica si conveniva: onde non è piccolo errore della filosofia della storia il supporre, che la polizia de' moderni abbia un modello o un esempio dell' antica censura (1).

Questa idea serve di storico appoggio ad un' altra facile a nascere nella mente di chi governa, la quale fa credere potersi alle grandi popolazioni applicare i metodi di miglioramento, e di moral perfezione, che appariscono all' individuo applicabili. I Romani non ebbero come i moderni una religione celeste nella sua origine, conformatrice e perfezionatrice della morale degli uomini nel suo scopo. I Censori invigilarono la condotta non delle infime classi del popolo, ma quella dell' individuo delle più elevate classi della città; e però la lor forza non eccedè quella del biasimo. Se la moderna polizia potesse essere assomigliata all' antica censura non vi sarebbe più salvezza della città. Un negoziante dovrebbe ogni giorno renderle conto del retto andamento del suo traffico, e delle sue speculazioni, ed ogni individuo sebben di vita specchiata pur dalla umana fragilità soggetto a peccare ogni giorno dovrebbe ricorrere a due tribunali di penitenza diversi: a quello di Dio, e quello della polizia.

La polizia governativa presso ai Romani o non andò oltre ai bisogni dell' economica, vale a dire non eccedè quelli del mantenimento dell' ordine negli oggetti o di comune, o di pubblico uso: o non oltrepassò di tenere in qualche sistema di disciplina certe più abiette classi della città.

Questa polizia non potè elevarsi all' altezza, alla quale giunse presso ai moderni. La costituzione dello stato impediva che un magistrato creato dal popolo divenisse il suo invigilatore e il giudice della sua condotta, e d' altro lato sarebbe stato mostruoso che un magistrato avesse potuto sospettar di delitto il Sovrano. Di qui avvenne che la polizia de' Romani fu esercitata da autorità le une indipendenti dalle altre nè potè avere la direzione centrale, che le conviene come ufficio governativo. E di qui avvenne del pari, che appena l' autorità popolare esci dai limiti che le costituzioni della repubblica le aveano prescritti divenendo il patrimonio degli ambiziosi, le violenze pubbliche agitaron lo stato senza che le leggi avessero forza sufficiente a reprimerle, e dalle pubbliche violenze ne nacquero le private e quasi incredibile nu-

---

Vitia veteris urb. Rom. Gott. 1791., Ever. Lud. Frid. Arnold *Diss. de legum romanorum quae ad politiam spectant usu hodierno*, *Gott. 1800.*

(1) Cremani *De jur. crim in proleg. §. 38.*

mero di ladri di strada che infestarono il pomerio di Roma (1), e si aumentò tanto nelle campagne da potervi reclutare un' armata (2).

La polizia governativa sotto gl'imperatori non merita l'attenzione dell'amico della giustizia. Nella sua parte o necessaria, o utile al mantenimento dell'ordine altro non fu se non la presenza della forza armata su tutti i punti della repubblica onde reprimere i facinorosi, arrestarli, e sottoporli al meritato gastigo, lo che convenivasi a uno stato il quale non poteva contare sopra altra forza che su quella de' soldati, e delle armi: nè gl' ingegnosi nomi inventati dalla politica di Augusto onde dare apparenza d' istituzioni civili alle militari alterarono la natura delle cose, e de' fatti (3). Per tutto il resto la polizia governativa imperiale altro non fu se non sozzura di delatori incoraggiati dai tristi Principi, e abominati dai buoni (4): e siccome la natura umana abbandonata a se stessa, e alle passioni che la deturpano produce più il tristo che il buono nacque allora per la prima volta quella *polizia generale*, o politica inquisizione, la quale al dir di Tacito fu spinta a tale alto grado di sagacità da convertire in delitto il non averne la macchia (5). La polizia governativa invece di essere la sentinella della retta e fedele esecuzione di buone leggi assorbì allora tutte le leggi, e tutte le cure amministrative dello stato. Ma la polizia governativa, come in alcuni moderni stati orientali (6), altro non fu se non il terrore, onde non vi fu più interesse a vivere agiatamente ove era incerta la vita; e la polizia economica cessando di esistere nè curò di costruire opere nuove nè ebbe pensiero di conservare le antiche. Tutto decadde, e fu causa di quelle lunghe e disastrose calamità, le quali o resero insensibile, o fecero considerare come evento felice la invasione dei barbari al mondo romano.

L'abolizione della servitù politica e della domestica, inestimabile dono compartito agli uomini dalla luce evangelica, e pur compianta da scrittori, i quali cercarono originalità nei

---

(1) Cicer. *Pro Milone cap. 21.*

(2) Salust. *De bello Catilin. cap. 18.*

(3) Istituì gli *stazionarj*, gl' *irenarchi*, i *curiosi*, i *latrunculatori*, i *curagendarj*, i *frumentarj*, i *veredarj* ec. de' quali tutti può vedersi Gothofred. *Coment. ad cod. Theod. lib. 12. tit. 15.*

(4) Gotofred. *Coment. ad cod. Theod. lib. 6. tit. 29 l. 1.*, Vicat. *Vocab. jur. verb.* DELATORES.

(5) Tacit. *Annal.* « *Majestatis crimen eorum qui crimine carebant* ».

(6) Volney *Voyages en Sirie an. 1783.*

paradossi de' loro scritti (1) variò, e in gran parte aumentò le ingerenze della polizia de' moderni nel suo doppio scopo e di aumentare, e proteggere la massa delle pubbliche comodità, e di considerarle o come poderose distrazioni dal disordine, o come poderosi incentivi all'amore dell'ordine.

Questo grande e nobile scopo dell'arte governativa il quale costituisce il distintivo carattere della civiltà de' moderni si vede come raggio di sole che spunta nascere dalla tenebricosa notte del medio evo e diffondere i suoi primi albori in Italia per opera de' Romani Pontefici (2) quasi l'opera dell'evangelo dovesse essere affidata ai successori di chi lo scrisse. Il distintivo carattere di questa polizia, certamente ignoto agli antichi, fu quello di connettersi col metodo giudiciario penale tanto nel suo *ingresso* quanto nel suo *egresso* onde meglio mantenere la pace pubblica, del che non è qui luogo a parlare (3). Giunta la polizia a questa epoca ella non ha più bisogno di storia, e la ragione dee sola comprenderne, e misurarne tutto l'uffizio. Sebbene la storia della polizia prenda da quella epoca il suo principio ella è più quella dell'incremento della civiltà, che la sua propria (4). Ovunque si è potuto sentire il bisogno di demolire i barbari edifizj civili, e politici sorti nel medio evo come inciampi ed ostacoli alla civiltà umana. Considerata in questo punto di vista la polizia altro non è se non una forza espansiva, la quale sgombra d'attorno alla umana perfettibilità tutti gli inciampi, e tutti gli ostacoli alla libertà, che l'uomo dee avere per fare il bene, ma non è la forza che senza porre de' limiti alla libertà di cui esso può abusare per fare il male la guida colla voce del proprio interesse al mantenimento dell'ordine. Il Toscano legislatore allorchè andava meditando il modo di rendere inutili le pene crudeli, e il lor tristo corteggio, sintoma il più certo della vera, e non mentita civiltà di un popolo, dovette demolire assai più di quel che costituisse (5).

---

(1) È notabile un terzetto dell'insigne Aretino Grazzini in un capitolo, che è tuttor manoscritto.

» *Eppur certe bizzarre, e salde teste*
» *Di sanità sprezzando il secol d'oro*
» *Han cantate le lodi della peste, ec.*

Il Linguet *Théorie des loix civiles* ha fatto anco peggio, encomiando la domestica e politica schiavitù.

(2) Robertson's *The history. of the Reign of Char. V. in introd.*

(3) Vedasi il *lib. 4.* sul metodo giudiciario.

(4) *Encyclopedie methodique* « POLICE, ET MUNICIPALITÉ ». *disc. preliminare.*

(5) *Governo della Toscana sotto il regno di S. M. il Re Leopoldo II. sec. ed. Firenze 1791. pag. 4. 13.*

È vero il dire, che la polizia governativa non può pensare a mantenere la pace pubblica se non dove la economia le abbia per così dire aperto, ed appianato il sentiero: come è vero il dire che la polizia economica è un nome vano ove leggi fondate sulla giustizia non regnino per definire le relazioni de' sudditi o de' cittadini tra loro, ed ove le leggi e i regolamenti di pubblica economia non siano immaginati tutti colla veduta della utilità del maggior numero degli associati; perciocchè è inutile aver ben retta, e materialmente bene ordinata la cosa pubblica ove gli animi quieti non siano, e dove la industria non vaglia a fornire o il necessario, o il superfluo. Ma è vero altresì che tutti questi oggetti di pubblica prosperità non sono di creazione della polizia, accettando questa parola nel suo più proprio e ristretto significato.

Se i dettami della ragione anzichè le forze della natura avesser creato tutte le istituzioni che in una società son necessarie o a far prosperare, o a proteggere gli umani interessi, tutto nella macchina d'uno stato dovrebbe piegarsi allo spirito di classificazione, e le parti di questo tutto come mezzi tendenti al medesimo fine potrebbero essere gli uni dagli altri invariabilmente distinti. Ma poichè tutto nacque dai bisogni della natura sensitiva dell'uomo, e dalle implicate combinazioni, delle quali ella è suscettibile nell'aggregazione politica, non vi potè essere analisi metafisica sì operosa e sottile, a cui sortisse di distinguere un mezzo dall'altro: fissare i caratteri di analogia degli uni cogli altri, e ridurli in classi onde ciascuna avesse il suo separato e distinto criterio (1). Di qui avvenne, che la polizia dovette aver sempre una distribuzione arbitraria delle parti che la compongono, e che pure arbitraria dovette essere la sua linea di divisione dall'amministrazione dello stato considerandola nelle attribuzioni sue proprie.

Questa impossibilità d'una separazione esatta della polizia dall'amministrazione, e d'una esatta divisione della polizia per i diversi uffici che la compongono ha prodotto una compenetrazione reciproca di attribuzioni tra le autorità d'uno stato, ed anco dove la legge ha preteso di dar loro un'ordine analitico, se è riuscita a dividere l'azione del potere legislativo da quella dell'esecutivo potere, non è del pari riu-

(1) Bentham *Traités de legisl. civ. et pen. vol. 3. pag. 7.* dice non essersi voluto dar la pena di questa analisi metafisica, faticosa, e sottile. Meglio avrebbe detto se l'avesse dichiarata inabile a questo assunto.

scita a distinguere con la stessa esattezza del governo l'amministrazione, ed in questa l'amministrazione propriamente detta, la polizia economica, e la governativa polizia.

Tutto diviene amministrazione dello stato per la mente destinata a concepire il suo più perfetto regime: perchè tutto, considerato come moto nel quale per le forze dell'uomo dee esser messa la legge, vuolsi far corrispondere allo scopo, per cui venne costituito. Le forze, che la legge istituisce possono o mancare, o eccedere o venire in collisione tra loro, e tutte possono avere la loro particolar polizia o per la loro mancanza, o per il loro eccesso possibile, o per tener lontani i casi della lor collisione reciproca: perocchè la mancanza, o l'eccesso, o la collisione può esser causa occasionale o causa morale di offesa, o da privato a privato, o da privato a pubblica persona e stabilimento pubblico. In questo e complicato ammasso di cose se la mente governativa, risiedendo in un'autorità che a tutte sovrasti, può tutto apprezzare nel suo complesso, e nelle parti che lo compongono, questo colpo d'occhio sagace: questa vigilanza attenta, e continua può essere dell'individuo ma non d'un sistema, e la storia ha mostrato, che dove ella esista di fatto i delitti o non turbano mai, o turbano raramente l'ordine della città (1). Ma tentare di ridurre quel vasto e complicato sistema in una specie di quadro scientifico nel quale tutto tenga il separato e distinto suo posto è impossibile non che difficile intrapresa (2).

Se la denominazione di *polizia amministrativa* dovesse ammettersi nel vocabolario della scienza della legislazione, ella non sarebbe che nella mente di chi riunisse le attribuzioni del potere *legislativo*, dell'*eccessivo*, e de' rami tutti nei quali questo secondo poter si divide. In questa sola autorità, e non in una subalterna tutte le leggi potrebbero essere considerate nella convergenza reciproca al punto della *preventiva difesa*.

Questa idea, la quale meriterebbe uno sviluppamento maggiore, indurrebbe a credere che non tutte le forme si adattano ai bisogni della preventiva difesa: che dove il potere è diviso i facinorosi, i quali formarono un partito che non pro-

---

(1) Vedasi qui addietro.

(2) Il migliore, e più metodico concetto delle attribuzioni della polizia è quello del signore Henrion de Pansey *Du Pauvoir judiciaire dans les gouvernements monarchiques chap. 18.* Ma questo concetto apparisce troppo ristretto alla polizia *edilizia*, di cui i Francesi hanno in certi riguardi formata la lor polizia *municipale*.

fessa veruna opinione politica, e si ride di tutte, debbono trovar facilmente da spiare i lati deboli, che questa divisione dee necessariamente lasciare in qualche punto del buono governo della città. Questa medesima idea coinciderebbe colla osservazione di un grande ingegno familiare assai colla storia il quale non ha dubitato di scrivere, che la libertà civile scema nella proporzione dell' aumento della politica (1). Questa stessa idea giustificherebbe la opinione dei pubblicisti più celebri i quali sostennero che ove più municipj non che più famiglie sono nella necessità di erigersi in stati, e di mantenervisi il governo d' un solo temperato dalla opinione, e dalla giustizia è quello che più sodisfa ai bisogni della umana natura (2).

Dopo la polizia amministrativa, che può dirsi la forza centrale d' ogni altra, e di cui l' autorità suprema non può dar l' incarico a una subalterna sebben possa conferir quello del potere amministrativo nelle diverse pratiche parti nelle quali dividesi (3), omesse le polizie speciali che ad ogni ramo della pubblica azienda convengono, si presenta come avente più generale carattere la *polizia economica*, e quindi la polizia *governativa* o *civile*.

La polizia economica è il primo e più certo sintoma della vita civile d' un popolo. I suoi bisogni altri sono, come quelli d' ogni sociale stabilimento, di *sicurezza*: altri e molti sono di *prosperità*. Per questi bisogni la polizia economica facendo causa comune coll' amministrazione del pubblico patrimonio, e come mezzo di preventiva difesa implora dalla legge provvedimenti i quali esigano dagli associati il sacrifizio d' una porzione della lor privata prosperità onde meglio contribuire alla pubblica: dal che prende la sua prima origine il *delitto di polizia*.

La polizia economica e la governativa si riuniscono nel

---

(1) Priestley *Discours sur l'histoire, et la politique vol. 2. disc. 47. pag. 169.* Il D. Priestley applica questa osservazione alla Inghilterra. Nel seguente Cap. VIII. sarà dato un cenno della polizia di quel paese.

(2) *Encyclop. methodique « police et municipalité » disc. prelimin. pag. 116.*

(3) Henrion de Pansey *Du pouvoir judiciaire dans les gouvernements monarchiques pag. 84.* Questo scrittore non fa parola d' una polizia amministrativa. Considerando la polizia come in Francia fu ben concepita una vigilanza, la quale si estende alla società in massa, e passando poi a stabilire, che l' *amministrativa* ha in oggetto il mantenimento abituale dell'ordine in ogni luogo in ogni parte dell'amministrazione generale come tendente a prevenire i delitti *L. 3. brum. an. 4. art. 17. 19.* si potrebbe domandare, 1.° se un' autorità, che suprema non fosse può vigilare la società in massa, 2.° se la polizia amministrativa *in specie* non è la cosa medesima della polizia *in genere*.

pensiero all' una ed altra comune di tener lontana la offesa dell'ordine, e ovunque il materiale se ne presenta qualunque esser ne possa o meccanica, o fisica, o involontaria, o volontaria la causa il principio politico accorre (1) ed esamina la indole della causa, che produsse il disordine, lo che mostra che se colla legge penale esso procurò di tenere in freno le cause involontarie non è per questo meno obbligato a prevenire i sinistri effetti delle cause, che non può reprimere colla pena.

L' azione nociva delle cose inanimate, de' bruti animali, dell' uomo o per difetto di età, o per altre organiche imperfezioni se sfugge alla competenza della legge penale non sfugge a quella della polizia. Le offese che hanno la loro cagione nel dolo d' impeto, nella ebrietà, nella trascuratezza se appariscono meno imputabili alle regole del dritto penale, eccitano per questo titolo la vigilanza della polizia ond' essere con mezzi governativi tenute lontane.

La polizia non sdegna abbassarsi anzi ha un titolo di dovere a esaminare nelle cause volontarie della offesa della sicurezza sociale la indole delle stesse brutali passioni nemiche dell' ordine onde tentare o di sopprimere i germi, o di distoglierle dal lor pravo scopo. Comecchè queste siano le meno trattabili, e le più inclinate ad esimersi alla salutare azione della legge e del governo, la polizia le considera nel lor primo sviluppamento, e ne' lor primi passi quasi circondando ogni dritto che esse possono offendare di una linea di azioni, che sebbene indifferenti in sè stesse pure se lecito fosse liberamente commetterle diverrebbero altrettante facilità per meglio, e più prontamente infrangere il dritto.

A tutti questi oggetti come altrettanti mezzi di preventiva difesa può provvedere la *legge*: ma se essi a fornirla non bastano, e se le passioni nemiche dell'ordine esistono, e lo minacciano, il mezzo per prevenire la offesa, di cui nè la polizia colla difesa preventiva nè la legge penale colla repressiva ha potuto allontanare il progetto, dee essere dalla legge affidato alla sagacità dell' *uomo* perchè l'uomo solo può porre ostacolo ad un progetto ostile, che tutto audacia, o tutto insidia s' incammina attualmente al suo scopo.

Siccome questo ostile progetto o può essere soppresso tra via, o consumato può lasciare recenti tracce di sè onde chi lo concepì e lo ridusse a fine possa esser sorpreso e divenir soggetto della repressiva difesa, è piaciuto ad alcuno di chiamare la sagacità, che colse il progetto ostile tra via *polizia*

(1) Vedasi il *lib. 2. cap. 6. in not.*

antigiudiciaria (1), e la sagacità che raccoglie le vestigia e le prove della consumazione del progetto ostile *polizia giudiciaria* (2).

Non vi è ragione per adottare la prima nomenclatura. Se alla polizia della *legge* è necessario supplire con quella dell'*uomo*: se l'una e l'altra è polizia governativa o civile tanto merita questo nome l'atto della legge che vieta un'azione indifferente per meglio prevenire un'offesa: tanto la merita la vigilanza generale sulle passioni nemiche dell'ordine quanto la merita il sorprenderle nell'atto di macchinare di offenderlo.

La nomenclatura seconda concernendo atti, i quali non sono altrimenti referibili a preventiva difesa perchè la offesa già avvenne, oltre all'essere male applicata mentre questi non meritano neppure il nome generico di *polizia*, tende a fare invadere a questa forza, tutta dell'uomo non della legge, la provincia del metodo giudiciario, e quindi il campo della punitiva giustizia. L'autorità incaricata di raccoglier le prove dell'offesa avvenuta dee aver ponderato il suo dritto allorchè sia discusso il metodo giudiciario: mentre *polizia* e *giustizia* non sono, generalmente parlando, cose omogenee tra loro.

Dalle deduzioni storiche e razionali indicate fin qui si può tentar di desumere un ordinato e regolare sistema di cognizioni relative alla *polizia* usando questa parola come significativa della *preventiva difesa* della sicurezza sociale.

In questo sistema è distinta la polizia, preordinata dalla legge, dalla polizia, la quale non ha altra vita nè altro moto che quello che le vien dall'uomo comunicato. La prima si connette colla giustizia in quanto ove è legge applicabile è bisogno che ella sia giustamente applicata. La seconda procede come mera prudenza necessaria a supplire la imperfezione della legge, e divenendo titolo della forza la legge senza poterla guidare le prescrive le condizioni, ed i limiti necessarj a conciliare la pace pubblica colla individual sicurezza.

A norma di questo sistema oltre a due gradi di preventiva difesa accennati di già (3) se ne presenta un terzo il quale si colloca tra l'azione della legge penale, e quella o della prudenza, o della sagacità governativa, e vi si colloca per il titolo della legge, da cui prende vita.

Così essendo, le operazioni della mente legislativa nel concepire e ordinare la polizia, e i diversi suoi rami come con-

---

(1) Bentham *Traitès de legisl. civ. et pen. vol. 3. pag. 15.*
(2) Merlin. *Repertoire univ. de jurisprudence, etc. mot.* POLICE.
(3) Vedasi la *part. 1. di questo libro cap. 5.*

vergenti tutti a prevenire la offesa, possono in qualche modo apprezzarsi, e l'una dall'altra distinguersi.

Altra è la polizia di *dritto*, ed altra è quella di *fatto*. La prima nasce dalle istituzioni che la legge ha create. La seconda nasce dalle forze dell'uomo, che il governo autorizza, e preordina onde meglio vegliare, e provvedere alla esecuzione della legge. La prima come complesso di regole occupa un lungo trattato: la seconda come cosa di mero fatto si contenta di essere indicata o nelle attribuzioni, alle quali dee soddisfare, o ne' limiti, che come forza la debbono circoscrivere.

Posta questa partizione generale della polizia, quella di dritto si distingue per la diversità degli oggetti ai quali dee provvedere.

I. Come spettante al dritto della città la polizia considera le azioni umane che ella intende o proibire o prescrivere. Il carattere di queste azioni non può essere quello di offese della sicurezza sociale: quindi la necessità di stabilire la vera nozione giuridica del *delitto della polizia*, *o della trasgressione*.

II. La polizia economica, base primaria della pubblica prosperità fondata dall'amministrazione dello stato, potendo essere da alcune umane azioni resa inutile fa sì che i primi delitti di polizia siano quelli, che si commettono colle trasgressioni contrarie alla *prosperità pubblica*.

III. La stessa *pubblica sicurezza* può avere una polizia, quindi le trasgressioni, che la distruggono.

IV. L'azione nociva delle *cause involontarie*, sulle quali la repressiva difesa non ha potere, può essere tenuta lontana, o resa più rara da provvedimenti di polizia: quindi il di lei ramo destinato ad allontanare i danni di quelle cause.

V. Certe passioni, alcune delle quali già dichiarate degne di scusa, e certe men rette abitudini non ammettendo di loro natura di esser distolte affatto dall'offendere col timor della pena, esigono che i loro effetti nocivi siano per quanto è possibile prevenuti con espediente di polizia. Queste passioni mostrandosi ove è men retto il costume la lor polizia ha potuto assumere il nome di *correzionale*.

VI. Le passioni d'indole *raziocinativa*, sebben capaci d'essere represse col timor della pena pur frequentemente o la spregiano, o si lusingano di evitarla, o cieche al pari di quelle d'indole impetuosa non la considerano; e perciò obbligano la polizia a nuovi tentativi o per diminuirne le cause eccitatrici, o per ammansirne la tempra.

VII. Essendo necessario di dare alle leggi protettrici dell'ordine la forza morale che loro conviene, la polizia affida

alla vigilanza ed alle forze dell' uomo il pensiero di rintracciar le cause della offesa ove esistano di fatto, e d' impedirne gli effetti prima che turbino l'ordine della città.

VIII. Finalmente essendo la polizia della legge istituita per reprimere certe determinate azioni non certi determinati individui, per decidere della loro applicazione ai casi di trasgressione che occorrono è necessario un magistrato di polizia.

Non è da lusingarsi però, che questa intricata materia sulla quale l' orgoglio ideologico, e l' orgoglio retorico passano, volando in alto e senza toccarle, sia stata adequatamente ordinata. Spesso è ordinatissimo ciò che meno disordinatamente può farsi (1).

CAPITOLO II.

Ragioni della legge nel creare il delitto di polizia.

La polizia della legge, collo scopo di viemeglio proteggere o gli stabilimenti di pubblica prosperità, o quelli di sicurezza pubblica con espedienti che ne allontanino la offesa senzachè a ciò sia per quanto è sperabile necessario il timor della pena, non può concepirsi se non nella indicazione di certe azioni dell' uomo, o *positive*, o *negative* che si siano, el quali o in sè stesse, o nelle lor conseguenze le più lontane appariscano a que' due oggetti (2).

Nell' offesa della sicurezza vi ha distruzione d' un dritto o inerente alla natura dell' uomo, o inerente a quella della società, lo che non si verifica nelle azioni qui sopra indicate.

Il carattere politico di queste azioni, se si tratti delle contrarie alla prosperità pubblica, nasce tutto da calcoli *economici* della legge, e se si tratta delle seconde da calcoli *prudenziali* della legge medesima. La necessità politica che obbliga a dichiarare offese della sicurezza certe azioni dell' uomo non si verifica nel dichiararne alcune altre *delitti di polizia*. Quella politica necessità nasce o dal voto inoppugnabile del gius di natura, o dall' ordine essenziale della politica aggregazione, da cui niuna umana società può prescindere se non vuole la sua distruzione La ragiona del delitto di polizia nasce dal bisogno di un migliore, e più perfetto ordine di cose nella città, la quale non proibendo l' offesa della sicurezza non avrebbe vita, non proibendo il delitto di poli-

---

(1) *Ordinatissimum est minus interdum inordinate fieri.* S. Bernard. *Ep.* 276. *ad Eug. III.*

(2) Vedasi il *lib.* 2. *cap.* 3.

zia avrebbe vita ma non giungerebbe alla perfezione alla quale può giungere. La nozione della offesa nasce dalla necessità di reprimerlo, quella del delitto di polizia dalla utilità di crearlo.

Allorchè gli scrittori di dritto criminale parlando della competenza del dritto di far grazia, o discutendo quella della scusa per il titolo dell'errore, e della ignoranza distinsero i delitti, i quali offendono Dio, la natura, la morale, o il gius delle genti, e quelli che offendono il dritto particolare d'una città (1) sentirono confusamente la differenza tra la offesa sociale, e il delitto di polizia ma non seppero esprimerla. Il principio politico trovavasi allora involto troppo tra le abitudini, che aveane infuse nella mente dell'uomo il religioso e il morale. Prima del Beccaria il delitto di polizia non era stato bene apprezzato, e non avea avuta un'esatta definizione. Lo scrittore Italiano ne afferrò la vera nozione allorchè disse consistere in un'azione che la legge o vieta, o comanda in vista della pubblica utilità (2).

I confutatori di questo concetto, pretendendo che le azioni che la legge o vieta o comanda in vista della pubblica utilità siano una sola e medesima cosa colle azioni che lo scrittore Italiano indica come contrarie alla sicurezza pubblica, e alla privata, tutto confusero, nè seppero distinguere i bisogni della sicurezza da quelli della prosperità: il voto della natura che reclama protezione e soccorso dal dritto politico e il voto della civiltà umana: i comandi della necessità e i consigli della prudenza (3).

Altri pensarono che il delitto di polizia sia piuttosto una creazione del magistrato, che una creazione della legge (4): principio sovversivo di ogni ordine, perocchè non vi è autorità fuor della legge, che possa restringere la libertà individuale erigendo certe azioni in delitto. L'errore di questo principio nasce da un fatto di ciscostanza allorchè il magistrato economico all'oggetto di meglio regolare, e tenere in maggior disciplina la moltitudine in certe occorrenze, il pensiero delle quali non può capire nei generali concetti, che costituiscono il carattere della legge, fa regolamenti, ed

---

(1) Ant. Math. *De criminib. ad lib. 48. dig. tit. 19. cap. 5. num. 2.* Cremani *De iure crimin. lib. 1. part. 1. cap. 3. §. 9.*

(2) *Delitti e pene* §. 8. Il sig. Meyer *Esprit, origine etc. des inst. judiciair. vol. 4 liv. 7. chap. 8. pag. 457, in not.* citando gli sforzi fatti in Germania per la definizione del delitto di polizia, e le opere del Tittmann, dell Erhard e altri, se ne forma una troppo ristretta idea mostrando comprenderlo limitato a certe località.

(3) Vedasi il *lib. 2. cap. 6 in not.*

(4) Montesquieu *Esprit des loix liv. 26. chap. 24.*

editti di polizia, i quali cessata la occorrenza cessano d'aver vigore.

Alcuni distinguono dalle offese della sicurezza il delitto di polizia dicendo essere quelle di loro natura punibili, questi aver pena dai soli regolamenti determinata (1): concetto il qual si risente del vizio di que' sistemi, i quali sostengono essere la pena un rigoroso morale correspettivo della infrazione della legge. La pena della offesa, e la pena del delitto di polizia hanno la medesima origine se non hanno il medesimo titolo, ed hanno lo scopo medesimo se non se, essendo queste per lo più pecuniarie, ammettono nella legge che le stabilisce la espressione in termini condizionali, essendo relativamente a queste pene verissimo, che l'uomo è libero di agire contro la legge quando non gli rincresca pagare (2).

Non è neppure da ammettersi che il delitto di polizia sia di sua natura variabile (3). Invariabile è la sua *nozione* come lo è quella della offesa di cui è una specie di *avversativo*, sebbene variabili esser possono le sue *specie*. Se gli antichi Epidamnj paragonabili ai moderni Svizzeri protessero e incoraggiarono l'agricoltura, e repressero con pene di polizia ogni sorta di commercio (4), e se gli antichi Cartaginesi paragonabili agl'Inglesi moderni in un tempo, nel quale una nazione non era capace di dedicarsi a più occupazioni utili nel tempo medesimo incoraggiarono il commercio, e con espedienti di polizia tentarono di avvilire l'agricoltura (5), non è per questo che il delitto di polizia avesse presso quei popoli una nozione diversa, sebbene diverse per la diversità de' bisogni di que' due popoli ne fosser le specie.

L'analogia del nome potrebbe far nascer la idea d'un'analogia di carattere tra il delitto politico, e il delitto di po-

---

(1) Muyart de Vouglans *Les loix crim. etc. liv. 3. tit. 18. §. 2.*

(2) Vedasi qui addietro *part. 2. cap. 5. in not.* Le pene pecuniarie come le più convenienti al delitto di polizia sono indicate da Muyart de Vouglans *loc. cit. §. 3*, ma il principio non è sempre vero.

(3) Cremani *Osservazioni al progetto del Codice penale del Regno d'Italia vol. 3. pag. 249. num. 2.*

(4) Renazzi *Elem. jur. crim. lib. 1. cap. 2. §. 10. num. 2.* Alcuni hanno paragonato agli Svizzeri gli antichi Milesj, perchè usarono di andare a militare presso le nazioni che gli prendevano per le loro armate: donde si vuole derivata la parola *Miles*.

(5) Renazzi *loc. cit.* Questi due esempj sono stati già citati nel *lib. 2, cap. 2.*, ma l'avere quello scrittore messi alla pari questi fatti coll'*oligarchia*, l'*aristocrazia*, e la *monarchia* mostra, che egli non ebbe idee chiare in questa materia.

lizia, del che niente esser potrebbe di più funesto alla individual sicurezza. Infatti alcuni scrittori, adottando la nomenclatura, la quale distingue la polizia in *alta*, ed in *bassa*, e referendo la prima al delitto politico come la seconda al men grave delitto, ammettono in quella un grado di esacerbazione, e di forza a seconda delle circostanze più o meno difficili dello stato da credere che ai mali estremi siano necessarj estremi rimedj, la qual sentenza legalmente avvalorano col principio della variabilità che suppongono inerente al delitto di polizia (1).

Gli scrittori che così pensano abusano delle analogie dei nomi: confondono insieme due uffiej della polizia diversi tra loro: corrono il rischio di sostituire alla teoria della giustizia la teoria della forza, la quale non ne ha nè può averne, e forniscono non che pretesto ragione ad altri di denigrare una istituzione, senza la quale le moderne società non potrebbero prosperare (2).

Nè il delitto politico, ne il delitto di polizia ha la sua entità ne' dettami del dritto della ragione, o della morale universale: l' uno e l' altro l' attingono dai dettami del dritto politico. Se i due delitti vengano per questo modo considerati sembrano avere l' uno e l' altro una indole arbitraria, fattizia, derivante dal capriccio di chi ha in mano la forza. Ma il delitto politico riceve la sua nozione giuridica dalla indole del principio vitale della politica società sicchè è facile concepire la incompatibilità dell' uno e dell' altro: mentre il delitto di polizia riceve la sua nozione giuridica quasi da una superfetazione del principio vitale della società, che senza crearlo potrebbe certamente sussistere. Tutte le forze sociali tendono a reprimere il delitto politico: un infimo grado di forza reprime il delitto di polizia.

Se si distingue la polizia della legge da quella dell' uomo si scorgerà che il delitto politico può avere come ogni altra offesa della sicurezza sociale il suo cerchio di delitti di polizia creati collo scopo di tenerlo lontano con mezzi più efficaci del timor della pena, e si scorgerà egualmente che il delitto politico può e dee avere la sua polizia dell' uomo come tutte le altre offese della sicurezza la debbono avere. Non è pur questo da dire, che se questa seconda specie di polizia ha bisogno relativamente al delitto politico in certe circostanze di essere più attiva, e più vigilante che in altre,

(1) Cremani *Osservazioni ec. pag. 250. num. 4.*

(2) Berenger *De la jurispr. crimin. en France*, mostra avere in odio questo nome di *polizia*.

lo che anco relativamente ad altri titoli di delitto può bene avvenire, la legge debba variar di carattere, e a modo d'esempio ciò che è nel corso regolare delle cose delitto di polizia possa in circostanza diversa divenire delitto politico rendendo la legge variabile a seconda di chi ha interesse ad esasperarne il rigore. Se così si facesse si attornierebbe il delitto politico coll' abusivo mezzo termine d' un alta polizia di tutto quel tristo, e spaventevol corredo di regole di eccezione, che come alla giustizia contrarie sono state combattute, e rigettate da più sensati, e culti scrittori (1). Nè l' esempio del dittatore a Roma, carica militare in una repubblica militare: nè la massima che la salute pubblica è la legge suprema, su cui si suole appoggiare la contraria opinione (2), son titoli sufficienti a privare il suddito, e il cittadino della protezione delle leggi, e delle regole della giustizia. La polizia dell' uomo crescendo di attività in proporzione delle circostanze potrà più facilmente e più prontamente sorprendere l' ostile progetto mentre vien macchinato, e col sorprenderlo lo avrà già reso impotente, ma il corso della giustizia non avrà bisogno per esser più pronto di divenire o più irregolare o men coerente a sè stesso.

Non può negarsi, che non siasi fatto abuso del delitto di polizia traendolo ad azioni umane indifferenti in sè stesse (3), o esasperandone la imputazione in cose di lieve momento fino al grado di mostruoso e spaventevol rigore (4). Ma il citare abusi non è buona ragione per combattere un uso utile, e ragionevole.

Se ben si apprezzi la indole del delitto di polizia la sua creazione, anzichè togliere all' uomo la porzione di libertà che a lui lasciò la legge fondamentale dello stato, altro non fa che meglio guidarla, e dirigerla, e obbligarlo a comportarsi come egli medesimo si comporterebbe se misurasse la sua privata utilità dalla pubblica; e se si volesse stabilire il criterio, con cui il delitto di polizia dee esser dalla legge fissato non ve ne sarebbe forse nè il migliore nè il più certo di questo. Or come la legge creando il delitto di polizia non fa che tracciare una linea oltre alla quale l' uomo non ha la

(1) Vedasi qui addietro *part. 2. cap. 5.*
(2) Cremani *loc. cit.* Vedasi il *lib. 2. cap. 3. in not.*
(3) Vedasi il *lib. 2. cap. 2.*
(4) Sono spaventevoli le leggi Inglesi nel rigore che spiegano contro il divieto della caccia. Vedasi Comte *Traités des legislation vol. 3. pag. 393. in not.*

libertà di passare, libero però in tutto il resto, la parola *trasgressione* è la più adattata a esprimerne la vera natura (1).

CAPITOLO III.

Differenze della polizia della pubblica prosperità e della polizia della sicurezza pubblica.

Esprimendo i caratteri de' delitti, che l' una e l' altra polizia va creando, fu già osservato che l' oggetto dell' una differisce da quello dell' altra: che lo scopo della prima è quello di aumentare le pubbliche comodità, e che l' oggetto della seconda è quello di prevenire invero l' offesa con mezzi di pubblica prosperità ma per modo che prescrivendo o vietando con modiche sanzioni alcune azioni dell' uomo riesca con questo più mite mezzo risparmiar l' uso del più rigoroso della pena dalla legge prescritta all' offesa.

Se si esamini questa diversità di oggetti non nascerà dubbio che le pene per delitti contrarj alla polizia della pubblica prosperità non possono eccedere la perdita del denaro mentre le pene per i delitti contrarj alla polizia della sicurezza pubblica possono essere scelte tra le più miti delle afflittive.

La diversità della indole degli oggetti, che la polizia o dee prosperare viemaggiormente o dee con maggior cura difendere, obbliga a stabilirne una nel suo ufficio la quale desume la propria nomenclatura non dai luoghi ove si trovano situati gli oggetti ma dagli usi ai quali vengono destinati. Di qui nasce la diversità della polizia *urbana*, e della *rurale*: la prima destinata a formare la legge *generale* di polizia per gli oggetti dell' agricoltura in qualsisia luogo si trovino situati (2).

La legge di polizia ove ella separata e distinta dalla legge penale esistesse, non potrebbe esimersi dal classare i delitti nel modo medesimo con cui ha classate le offese. Sebbene la classazione de' delitti di polizia fosse per riuscire più difficile ed intrigata della classazione delle offese in quanto gli oggetti, che ella o favorisce o protegge sono spesso d' in-

---

(1) Cod. Leopold. *Art.* 102.

(2) Dimostrai essere un cattivo, e falso criterio per distinguere gli oggetti del dritto rurale da quelli del dritto ordinario la loro materiale situazione o in campagna o in città, esaminando l' opera del signor Vandoré *Droit rural français, Paris 1823. Nuovo Giornale de' Letterati di Pisa 1824 vol. 9. p. 3.*

dole così speciale, e di proprio genere che difficilmente presentino gli uni cogli altri le analogie necessarie a un' esatta e metodica classazione, pur la impresa vorrebbe essere assunta comunque fosse per riuscire. Le ragioni in altro luogo esposte sulla necessità, e sulla giustizia d' una classazione delle offese militano con maggior forza per i delitti di polizia in quantochè se ogni coscienza può, quando affatto pervertita non sia, distinguere l' ingiusto dal giusto, non ogni intelletto può facilmente comprendere quali azioni la legge possa o comandare o proibire la maggiore utilità dello stato (1).

La legge allorchè si proponga d' inspirare l' amore dell' ordine piucchè allontanar col timore il disordine dovrebbe incominciare, classando le trasgressioni, da quelle che son contrarie alla polizia della prosperità, scendere alle contrarie alla polizia della sicurezza, e finire con quelle che possono intitolarsi polizia *rurale* ove un codice rurale non formasse una legge di eccezione utile al pari di un *codice di commercio* (2).

Nella prima classe delle trasgressioni alla polizia della pubblica prosperità, alla quale più specialmente si addice il nome di *polizia economica*, meritano di esser collocate quelle che possono esser commesse contro *l' erario pubblico o la pubblica regalia*. Succedono a queste le trasgressioni ai regolamenti di *pubblica salubrità*, esclusi i regolamenti sanitarj i quali formano legge di eccezione come pure i regolamenti per le epizootie come quelli che possono aver sempre bisogni e caratteri di circostanza. Indi tengono l' ultima le trasgressioni le quali impediscono il libero, e sicuro uso o delle cose

---

(1) Sembrava che il Muyart de Vauglans avendo promessa una esposizione delle leggi criminali nel loro ordine naturale, ed ammettendo tra queste le leggi che creano i delitti di polizia ne avesse dovuto immaginare una classazione metodica onde la opera fosse coerente al suo titolo. Ma la cosa altrimenti riuscì. Il suo trattato su i delitti di polizia gli presenta, eccetto quelli relativi alla religione dello stato, così confusamente disposti da collocare sotto il medesimo titolo i delitti relativi alla *educazione della gioventù*, il frequentar le *bettole* e le *mascherate*. *Les loix crimin. dans leur ordre naturel etc. liv. 3. tit. 8. chap. 2.*

(2) Bentham e Meyer parteggianti per i nuovi codici, si dichiarano per un codice unico, escludendone un di *commercio* ec. Non si saprebbe comprendere la ragione di questo loro sistema. Se fossero *dommatici* si potrebbe credere, che il principio del giusto assoluto gli avesse illusi: non essendolo è credibile che abbiano inteso restringer la *legge* per estendere l' *arbitrio* dell' uomo. Ma Bentham in ultimo intese la necessità del *giureconsulto*, e si dichiarò contro al *Giudice popolare*. Così, senza esserne a se medesimo consapevole, cadde nel sistema del dritto romano, contro al quale fu tanto avverso.

comuni, o delle pubbliche. La polizia di molti pubblici stabilimenti è per lo più parte del regime, e dell' amministrazione che è stata loro prescritto onde meglio corrispondano allo scopo della loro destinazione, nè può essere oggetto della legge generale dello stato (1).

Se è facile concepire, o immaginare le *specie* singole delle trasgressioni alla polizia della pubblica prosperità non è egualmente facile immaginar quelle delle trasgressioni alla polizia della sicurezza pubblica. Nell' apprezzar l' indole di queste trasgressioni due difficoltà si presentano: la prima nel valutare i più lontani pericoli di certe azioni le quali possono a prima vista sembrare indifferenti: la seconda nel riferir queste azioni a un titolo di delitto piuttostochè ad altro.

Fu già osservato che la polizia della sicurezza pubblica erige in delitti alcune azioni le quali sebbene innocenti in sè stesse pur ben ponderate presentano o una facilità maggiore; o un pretesto, o un occasione, o un pericolo, onde un determinato titolo di offesa venga commesso. La legge in questa sua operazione circonda quasi la offesa di più linee di circonvallazione e trovando l' uomo in alcune di queste linee lo punisce quasi per essersi troppo accostato al punto in cui egli abusando della sua libertà potrebbe con facilità maggiore inferire la offesa (2).

La classazione delle trasgressioni contro la polizia della sicurezza pubblica non vuol' essere trascurata come non lo fu quella delle contrarie alla polizia della pubblica prosperità, ma questa classazione è più facile, e meno arbitraria: perocchè onde corrispondere al proprio scopo dee essere modellata sulla norma della classazione delle offese (3).

---

(1) Detti un più diffuso cenno di questi delitti nella mia opera *Jur. crim. elem. lib. 3. part. 2. tit. 3.* Ma anco in quell' opera il cenno non eccedè il bisogno di far conoscere le più importanti leggi di polizia della Toscana. Gli stabilimenti pubblici sono i primi, comecchè più in vista di tutti, a svelare i sintomi della oscitanza possibile d' un governo. Qualunque disordine esista nella condotta degl' individui che vi appartengono è un esempio corruttore nella città. Bentham non ha fatto attenzione a questa parte della polizia dello stato.

(2) Bentham *Traités de legislat. civ. et pen. vol. 3. pag. 115.* esprime questa operazione della legge col dire « *proibire i delitti accessori per prevenire il delitto principale*», lo che non è esatto. Il concetto è con filosofica esattezza espresso dal Romagnosi *Genesi del dritto penale vol.3.pag.208. 3. edizione.*

(3) Questo sistema è stato adottato dal Bexon *Code de la sureté etc.* ma egli è troppo diffuso e minuto. Oltracciò l' aver preteso di distinguere a ogni titolo di delitto l' *alto criminale*, il *correzionale*, e la *polizia semplice* lo ha obbligato spesso a inventare per costruire.

I delitti *direttamente* politici, e gl' *indirettamente* politici possono avere una serie più o meno estesa di trasgressioni create dalla legge coll' oggetto di viemeglio impedirli: i primi colla polizia de' forestieri e de' passaporti: con quella de' pubblici alberghi e del movimento da città a città da provincia a provincia: quella delle riunioni segrete senza autorità della legge ec. (1): i secondi, ritenendo la loro suddivisione in offese contro la *religione* dello stato (2): contro *al gius delle genti* (3): contro la *quiete pubblica* (4), e contro la *pubblica giustizia* (5) possono ammettere tante specie diverse di trasgressioni quante son le famiglie d' offese in quelle classi racchiuse, e quante sono le offese individue che le riempiono.

Lo stesso dee dirsi della polizia della sicurezza privata in

---

(1) Du Friche De Valazè *Les loix penales liv. 4. chap. 2.* ammette in questa categoria specie, che per il loro carattere meritano esser collocate tra i delitti politici, ed altre, che più specialmente appartengono alla polizia della pubblica tranquillità come la *delazione dell' arme.*

(2) Muyart de Vauglans *loc. cit. tit. 8. chap. 1.* riduce a sei le trasgressioni relative al culto religioso, e non dubita di riferire la *l. 11. §. 1. cod. de feriis,* la quale punisce colla confisca la inosservanza dei giorni festivi o con lavori, o con spettacoli. Virgilio parlando dell' agricoltura avea detto nelle Georgiche,

« *Quin etiam festis quaedam exercere diebus.*
« *Fas, et jura sinunt.*

Egli mentova la infrazione del digiuno §. IV. delitto meramente ecclesiastico, e che nell' attuale compenetrazione delle nazioni tra loro non potrebbe essere dalla legge punito senza gravi sconcerti. Tra noi la potestà economica può reprimere le scandalose infrazioni di questo progetto della chiesa. Migliore scorta in questa materia è l' insigne Presidente Henrion de Pansey *Du pouvoir municipal, et de la police interieure etc. liv. 2. chap. 17. pag. 293. 322.*

(3) Tace il Muyart de Vauglans sulla polizia di questi delitti, i quali a dir vero e per la lor rarità, e per l' ordine di cose che sovvertono, e per essere commesse per lo più fuori di stato l' ammettono ristrettissima. Lo stesso silenzio osserva Du Friche de Valazè.

(4) Indicai alcune specie di trasgressioni relative a questa classe di delitti *Elem. jur crim. lib. 3. part. 2. tit. 2. §. 1174.*

(5) Questi delitti si suddividono in quattro subalterne classi: 1. delitti di persone *pubbliche* contro l' autorità pubblica dello stato: *ambito*, raggiri e briche per le nomine ed elezioni alla carica, 2. delitti degli amministratori a danno degli amministrati: *abuso di autorità, baratteria, concussione ec.*, 3. delitti degli amministrati contro gli amministratori: *esimizione, resistenza, effrazione del carcere ec.* 4. delitti di privati contro privati usurpando le attribuzioni della giustizia: *ragione fattasi di propria autorità, carcere privato, duello ec.* Tutti questi delitti analoghi in indole pel *danno*, che arrecano, sono diversi tra loro per le *cause*, che gli producono, e la lor polizia varia a seconda delle diverse passioni che ne divengono il fomite.

quella della vità, e delle membra dell'uomo (1): del suo onore (2): del suo patrimonio (3) nell'ordine delle famiglie

(1) La classe delle offese contro la vita dell'uomo si suddivide in sei subalterne, 1. omicidj generalmente *premeditati*, 2. omicidj qualificati da pravi *modi*: proditorj, insidiosi, con arme da fuoco, veleno, 3. omicidj qualificati da prave cause: *latrocinio assassinio*, 4. omicidj qualificati da relazione di sangue: *parricidj infanticidj* ec., 5. omicidj con dolo d'impeto, 6. omicidj per colpa. Ciascuna di queste classi sebbene contenga offese, che tutto concidono nel togliere la vita, esige una particolar polizia. Nell'assassinio a molo di esempio i due attori agiscono per cause diverse sebbene per il medesimo scopo di fatto. Se tutti questi delitti si esaminino pe' mezzi co' quali commettonsi tutti senza distinzione possono avere la medesima polizia, quella della fabbricazione, vendita, e delazione delle armi: che il Cavalier Filangieri *Scienza della legislazione lib. 3. part. 2. cap. 47. tit. 3.* bonariamente riferisce ai delitti contro la salute pubblica. La classazione immaginata da Du Friche de Valazè *Les loix penales liv. 4. chap. 3.* è inadeguato al bisogno.

(2) Talvolta alcune offese son dalla legge prevedute, e punite con velute di polizia relativamente ad offese più gravi. La offesa alla reputazione altrui può risvegliare il desiderio della vendetta, e la suscettibilità dell'onore, quindi o l'omicidio premeditato, o l'omicidio in rissa e in duello. Se questa riflessione si aggiunga a quelle già fatte nel *lib. 1. cap. 14. §. 1.* forse potrà sembrare che le offese contro la estimazione del nome dovrebbero essere relegate nella classe de' delitti di polizia di quelle che si macchiano di umano sangue. La *palinodia* ignota ai Romani, inventata verisimilmente in Spagna dopo la invasione degli Arabi al sommo suscettibili in fatto di onore Gibbon's *Hist. of. the decl. and. fal of the Rom. Emp. chap. 50.* adottata dal Toscano legislatore *Cod. Leopold. art. 73.* è un efficace calmante di quella nobile febbre dell'animo umano, e quindi un ottimo espediente di polizia. Bentham *Traités de legisl. civil. et penal. vol. 3. pag. 42.* riconosce la legale soddisfazione dell'oltraggio all'onore come espediente utilissimo a prevenire i delitti, e nota come la legislazione del suo paese manca affatto di questo vantaggio. Trattarono della palinodia Georg. Engelbrechti *Dissert. de actione ad palinodium Helmst. 1696.*, Frid. Geisler *De action. injuriarum ad palinod. Lips. 1672.*, Io. Chr. Harrungii *Diss. de action. ad palinod. Ien. 1692.*, Mich. Frid. Lederer *Diss. de action. ad palinod. Vit. 1672.*, Andr. Mylii *Diss. ad palinod. Lips. 1672.*, Ad. Egnat. Turini *Diss. de natur., et indole actionis ad palinod. et quid intersit eam esse aut poenal. aut rei persecutioni Erf. 1771.*

(3) Vasto è il cerchio di queste offese pel loro *subietto*, 1. contro i beni mobili, 2. i semoventi, 3. gl'immobili: più vasto pe' *mezzi*, co' quali possono esser commessi, 1. con violenza contro la persona, 2. con violenza contro le cose, 3. con astuzia, e male arti, 4. con abuso di servizio a stipendio: più vasto ancora pel *modo* con cui commettonsi, 1. furto proprio, 2. furto improprio, 3. falsità, 4. stellionato. Il subietto, il mezzo, e il modo di queste offese inducono una differenza grandissima nella loro polizia. Il *soggetto* ne' semoventi e negl'immobili obbliga la polizia a divenire agraria, e rurale. Il *mezzo*, e il *modo* ammettono una polizia comune all'uno, ed all'altro per la identità della causa nella cupidigia dell'altrui, ma ne inducono una diversa per il diverso grado di facilità col quale secondo le circostanze possono essere queste offese commesse. I mendicanti, i vagabondi,

nelle quali egli è o capo, o altrimenti uno degl'individui che le compongono (1).

Tutta questa vasta, e complicata materia è soggetto d'una particolar trattazione relativa ai delitti, e alle trasgressioni nelle separate e distinte loro specie. Una general teoria può bene indicare le principali linee sulle quali tanti oggetti sì diversi tra loro possono essere collocati, ma se ella scendesse a tutti i particolari perderebbe il carattere di teoria, e diverrebbe pratica applicazione (2).

---

gli sfaccendati, gli Egiziani, o Boemi; cioè i dicitori di buona ventura, i circolatori, i circumforanei de' quali Ant. Matth. *Ad. lib. 47. dig. tit. 5. cap. 4.* Egidio Merag. *Amoenit. jur. cap. 35.* soggiacciono a pene di polizia relative all'offese dell'altrui patrimonio col furto, e collo stellionato. Tutte queste divisioni e suddivisioni di delitti, considerati per il *soggetto* su cui cadono, pel *modo* con cui commettonsi, pel *mezzo* che adoprano, divenendo altrettanti *criterj di preventiva difesa* mostrano la necessità della lor classazione. Tutti questi delitti contro i privati chiamati da Du Friche de Valazè di *sesto genere* sono da lui indicati imperfettamente, non ben classati, onde la esposizione de' mezzi di prevenirli gli è riuscita incompleta e confusa. *Les loix penal. liv. 4. chap. 9.*

(1) Questa classe di offese, nella quale il Filangieri *Scienza della legislazione lib. 3. part. 2. cap. 50.* colloca il parricidio ponendo in luogo del misfatto la sua qualità aggravante, fu assai ben concepita dagli autori del *Progetto del codice penale del Regno d'Italia vol. 1. pag. 99.* Ma traviarono collocandovi 1. la supposizione del parto, che è una specie di falsità, 2. le risse fra i conjugi, che sono delitti di polizia o fuori di casa, o in casa, e in casa non apprezzabili se non ne sia avvenuta offesa grave della persona, 3. la insubordinazione de' figli delitto troppo generico per farlo soggetto della sanzione della legge, 4. l'eccesso del padre nella coercizione dei figli, che è un delitto di polizia nel parricidio, 5. l'abbandono della moglie e dei figli, che è soggetto o del giudizio civile, o dell'assistenza, che la potestà economica presta sempre ai delitti, ai quali non conviene alla legge penale prestare appoggio. I delitti contro l'ordine delle famiglie non possono eccedere i conturbativi del matrimonio dal quale le famiglie prendono la loro origine, e il loro atteggiamento di società, unità prime nel computo dell'aggregazione politica vale a dire lo *stupro*, l'*adulterio*, il *ratto*, l'*incesto*, la *bigamia*. Il lavoro testè citato ha una classe di delitti, che intitola *incontinenza pubblica vol. 1. pag. 84.* nè i compilatori si accorsero che le incontinenze pubbliche sono delitti di polizia delle offese dell'ordine delle famiglie, e sono delitti del genere di quelli, de' quali è da parlarsi nel seguente *cap. 5.*

(2) In alcuni scrittori la *teoria* è tutto: ma quale è mai senza che ella abbia l'occhio ai bisogni della sua pratica applicazione! Alcuni generali concetti, e alcuni esempj, i quali se da un lato illudono, esaminati da tutti niente rilevano nè alla teoria, nè alla pratica. Bentham *Traités de legisl. civil. et penal. vol. 3. pag. 9.* immagina, che il legislatore possa togliere ai cittadini il fisico potere di nuocere. Parrebbe a prima vista, che l'espediente a quest'oggetto dovesse essere quello di ridurli altrettanti automi. Ma tutta questa ricerca finisce coll'attribuire a Tacito l'aver chiamati i metalli preziosi *irritamenta malorum*. Un poeta disse bensì

La polizia agraria, o rurale infruttuosamente tentata da chi più ne sentì la necessità per il buon ordine dello stato (1), e che il Toscano legislatore concepì in molti de' suoi regolamenti sebbene ad essi non dasse forma di legge ordinata e completa (2), fa comparir di nuovo una polizia *amministrativa* la quale prende le proprie inspirazioni da' più certi, ed esperimentati principj della politica economia (3): ha polizia *governativa* di fatto nell' uffizio, e nelle attribuzioni delle *guardie campestri*, o come i nostri antichi dicevano *campaj* (4), ed ha una polizia governativa di dritto, la quale si dirama in quella della *prosperità*, della *salubrità* e della *sicurezza*: soggetto anch' esso riserbato tutto alla trattazione di questa materia in particolare (5).

« . . . . . *Ium est in viscera terrae*
« *Quasque recondiderat, stygiisque admoverat umbris*
« *Effodiuntur opes irritamenta malorum.*
Ovid. *Met.*

Bentham, inclinato dalla sua maniera di considerare gli oggetti a decomporli in tutte le loro più minute parti, concepisce spesso una polizia, la quale sarebbe più applicabile all' *individuo* che alle *masse*. Di questa tempra sono i *cap.* 1. 2. 3. 4. 5. 6. 8. della *quarta parte* della sua opera *vol.* 3. La maggior parte degli altri si riferisce al metodo giudiciario.

(1) Dopo tante opere scritte in Francia sul codice rurale, le quali altro non sono che compilazioni di leggi più o meno riferibili a questo soggetto, ne comparve tra noi un saggio per mano maestra: ma il saggio non si estese nè alle pene, nè alla polizia.

(2) Tutti i materiali per un ordinato, e completo codice rurale esistono nelle leggi Toscane. Esiste un pregiudizio scientifico, il quale induce a credere, che un codice rurale non possa essere una legge generale per uno stato attesa la diversità delle colture, e degli usi delle campagne. Il legislatore Toscano colla sua *L.* 2. *Agosto 1785.* sulle colonie da lui maturata colla osservazione, e colla esperienza mostrò come questa difficoltà può esser vinta.

(3) L' abolizione di tante privative giurisdizioni, di tante tasse oppressive e ridicole, delle comandate o *corvèes*, de' sistemi regolamentarj sull' annona, de' vincoli conservatori de' fedecommessi, e de' livelli ec. spetta a questa amministrativa polizia agraria.

(4) Sabelli *Pratica universale* §. *38. num. 15.*

(5) Alla *prosperità* appartengono i regolamenti di polizia sulle vie agrarie, su' fiumi e fossi di sgrondo delle campagne, su i boschi, sulla contrattazione del bestiame, sulla vendita, o sul sequestro de' frutti immaturi, sul bando delle messi, e delle vendemmie, sulla caccia, e la pesca: alla salubrità i regolamenti sulle colmate, su i maceratoj di lino e di canapa, su i luoghi destinati all' ammasso, e alla custodia degl' ingrassi ec.: alla sicurezza il danno dato con asportazione, o senza: l' incendio delle messi: la incisione degli alberi fruttiferi ec.

CAPITOLO IV.

Polizia delle cause involontarie dell' offesa nell' azione nociva delle cose inanimate, de' bruti, e dell' uomo per imbecillità d' intelletto.

L' Italiano restauratore delle leggi della sicurezza sociale in una polemica, in cui lo zelo scusabile sempre, e la ignoranza in chi si accinge a scrivere non scusabile mai lo aveano involto, si esprime. « Se dando le pene alle case, che « rovinano, agl' incendi, alle inondazioni, ai sassi, al fuoco, « ed alle acque si potranno impedire nuovi danni, e rimuo- « vere gli altri dal farne si dovranno punire » (1). Platone insegnò, che tutti gli agenti nocivi in natura, sebben non morali dovessero esser puniti, facendo eccezione unicamente a favore del fulmine (2).

Il primo concetto, censurato perchè non inteso (3), e il secondo ripetuto spesso senza curare d' intenderlo, sembra insinuare, che l' arte di ben governar la città se non può coll' ostacolo delle pene impedire certi disastri è però nell' obbligo di prevenirli con espedienti di polizia.

Se Platone avesse conosciuta l' arte di dare al fulmine una direzione a difesa dell' uomo, e degli edifizj che abita forse la regola fissata da lui non avrebbe avuta eccezione. La polizia economica può tra i moderni avere un rimedio di effetto più certo della punizione per tenere in freno l' azione nociva di quella terribil meteora; e se i Romani lo avesser conosciuto non avrebbero omesso di porlo nel loro *editto edilizio* (4).

Ma i danni, che partono dalle soli ed originali forze della natura inorganica come imprevidibili, e irresistibili assumono carattere di forza maggiore, o come i Romani dicevano di

---

(1) Delitti e pene: *Risposta ec. part. 1. risp. alla 11. censura.*

(2) *De legibus lib. 9.*

(3) Renazzi *Elem. jur. crim. lib. 1. cap. 13. §. 7. not. 1.*

(4) L' Haubold *Instit. jur. rom. priv. historico dogmatic. lineam. vol. 2. pag. 11. et seq.* ha raccolti insieme i frammenti superstiti dell' editto pretorio e dell' edifizio. La mitologia narra come Venere seppe salvare Anchise da un fulmine contro di lui scagliato da Giove sicchè non ne ebbe altro male che quello di perderne un' occhio. Servius *In Aen. lib. 2. v. 649* Alcuni eruditi osservano che la Dea lo volle in parte punito per essere stato indiscreto. Ma questa forza divina, che toglie quella del fulmine può far sospettare, che in un' antico ed obliato periodo di civiltà un Franklin abbia esistito.

violenza divina (1), contro la quale la umana diligenza non può premunirsi.

La polizia della umana salvezza in quanto può essere offesa dall' azione nociva delle cose inanimate è tutta diretta a impedire, che l' uso che l' uomo ne fa per provvedere ai bisogni della sua vita sia quale l' arte di ben combinarne le morte, e le vive forze prescrive nè o la ignoranza, o la incuria, o il capriccio, o una veduta di male inteso privato interesse, o la emulazione sì facile a suscitarsi tra gli uomini, o la follia non meno facile a impadronirsi delle lor menti o ne abusi, o male ne usi per modo che le opere che ne derivano pongano in pericolo la sicurezza privata e con essa la pubblica disciplina.

I Romani non seppero concepire, che tutta questa materia è di *ordine pubblico* (2), e che il *dritto privato* non può essere se non un ausiliario che la legge può chiamare in soccorso della sua più pronta, e più facile esecuzione; e la influenza che il loro diritto ha avuto ed ha tuttora sulla nostra legislazione ha protratta fino a noi questa mancanza di criterio in cosa di tanto rilievo.

Non vi ha dubbio che in questa materia la polizia pone un limite all' esercizio del dritto di proprietà lo che alcune leggi moderne sono state caute di esprimere nel definirlo (3), ma la legge di polizia deve avere in un testo ordinato, e ben concepito salva e definita la propria prerogativa, e quanto all' essere posta in azione la legge ha da fissare se il suo moto dee partir tutto dai consigli del privato interesse, o da quelli del pubblico.

I Romani non concepirono nel dritto di proprietà altro limite che quello che gli segnava una legge di dritto privato come di privato diritto era stata la sua creazione (4).

---

(1) Ant. Math. *De criminib. ad lib. 48. dig. tit. 4. cap. 1. num. 4.* Una dotta dissertazione del signore Daunou compendiata dal signore Guguené, e riportata in calce al frammento di Cicerone *De fato Aug. Taur. ex Typis Jos. Pombae vol. 13. pag. 492.* prova che gli antichi colla parola *fato* volevano esprimere la intelligenza divina.

(2) Il dotto Haubold dà cenno di questa riflessione medesima *Instit. jur. roman. priv. hist. dogm. lineam vol. 1. pag. 108. §. 117.*

(3) Cod. Nap. *Art. 537.*

(4) Erano esempj delle limitazioni legittime del dominio 1. l' azione *de tigno juncto*, 2 l' azione *aquae pluviae arcendae*, 3. la cauzione *damni infecti.* Greg. Majansii *Diss. de tigno juncto, disp. jur. vol. 2.* Zanob. Perelli *Comment. de action. ex L. XII tab. de tigno juncto etc., Investig. antiqui jur. lib. 1. c. 1.* Car Guil. Winckler *Diss. de action. aquae pluviae arcendae, Lipsiae 1780.*, Ugo, e Dirksen *Nel coment. e le osserv. sulla lex Galliae Cisalpinae.*

Questa effrenata idea del dritto di proprietà comecchè indipendente dalla polizia dello stato produsse a Roma quegli alti edifizj i quali sembrando voler colle sommità loro toccare il cielo ponevano colla loro facil rovina in pericolo chi passeggiava sopra la terra (1). La mente de' Romani legislatori fissa troppo nel dritto privato non seppe in principio trovare altro rimedio a questi pericoli se non l'azione della servitù *altius non tollendi*, ma la forza delle cose obbligò in seguito a opporvi riparo con leggi di polizia (2).

Una serie di azioni straordinarie e di andamento celere fu ammessa nel corpo del dritto onde difendere il libero uso delle cose di pubblico dritto, o sacre (3) o profane come il luogo di generico pubblico uso (4), la via pubblica (5), il suo riattamento (6), il fiume pubblico, la ripa (7), e la sua difesa (8), il consueto suo corso (9), la sua navigazione (10), il buono stato della cloaca pubblica (11).

A questi provvedimenti di ordine pubblico ma confidati tutti all'interesse privato aggiungevasi la cauzione del danno ancora non avvenuto sebben minacciato da pubblico luogo (12): la cauzione medesima per tutti i lavori sporgenti

---

(1) Giovenale in vista di questi pericoli dette a Roma il nome di *saevae urbis sat. III. v. 6.*

(2) Vedasi questa materia dottamente illustrata dall'Heinecc. *Antiq. roman. jurispr. illustr.* colle aggiunte dell'Haubold *Francof. ad Moen. 1822. pag. 837.*

(3) Dig. *Lib. 43. tit. 6.*, Car. Frid. Caleman *Commentationis de sacris P. R. solemnibus specimen prius Gott. 1824.*

(4) Dig. *Lib. 43. tit. 9.* Questo interdetto era a favore del cessionario del luogo pubblico.

(5) Dig. *Leg. 43. tit. 8. 10.* Ev. Ottonis *Lib. singul. de tutela viarum pubblicarum Traj. ad Rh. 1731.* Vincent. Bartolucci *Diss. de viis publicis Romae 1786.*, Ant. Math. Bouchaud *Recherches hystoriques sur la police des Romains concernent les grands chemins etc. Paris 1800.* Ant. Nibby *delle vie degli antichi* presso Farnano Nardini *Roma antica vol. 1. 4. Roma 1818.*

(6) Dig. *Lib. 43. tit. 11.*

(7) Dig. *Lib. 43. tit. 12.*, Car. Ferd. Schmid *Prod. de aquarum tutela Romae antiquae, Vitebergae 1801.*

(8) Dig. *Lib. 43. tit. 15*, Grotius *Man. ad jur. Holl. lib. 2. cap. 9.*

(9) Dig. *Lib. 43. tit. 13.*, Car. Frid. de Winckler *Diss. de jure impetratae aquae Lips. 1749.*, Raph. Fabretti *Diss. de aquis, et aquaeductibus veteris Romae, Romae 1680.*

(10) Dig. *Lib. 43. tit. 14.* il quale consuona col *tit. 9*

(11) Dig. *Lib. 43. tit. 23.*, Grotius *Man. ad. jurispr. Holland. lib. 2. cap. 43.* Leweu. *Cens. For. part. 1. lib. 2. cap. 14.*

(12) Dig. *Lib. 39. tit. 2. lex Galliae Cisalpinae cap. 19.*, Aug. Maurit. Engelhardt *Diss. de operis novi nunciatione, Lipsiae 1821.*, Hugo *Histoire du droit romain vol. 2. pag. 115.*

sulla pubblica via (1), gl' intervalli da lasciarsi tra gli edifizj come necessarj alla salubrità, o a rendere meno devastatori gl' incendj (2), l'azione per i corpi pesanti tenuti sospesi sopra luoghi frequentati dal popolo (3) e per le cose o versate, o gettate dall' alto delle abitazioni sopra i luoghi medesimi (4).

La non curanza della polizia sugli espedienti necessarj a distruggere gli animali che insidiano la vita dell'uomo ha posto talvolta intere popolazioni in pericolo d' esser distrutte (5). Una irresistibile forza simpatica spinge l' uomo a contemplare la belva feroce posta in situazione da non gli poter nuocere, e la speculazione non manca di trar profitto da questa passione all' uomo connaturale. Se il pretore vegliava in Roma ai danni che le cose inanimate potevano arrecare all' uomo nell' uso che egli faceva delle pubbliche cose, l' Edile forse perchè era incaricato di fornire al circo le bestie destinate a servir di spettacolo al popolo (6), vegliava ai danni che gli animali nocivi poteano all' uomo inferire (7). L' affe-

---

(1) Dig. *Lib. 39. tit. 2.* Tutti i lavori sporgenti dall' edifizio sortivano il nome di *parapetasia*, i quali lavori furono come occasioni di nascondigli favorevoli alle aggressioni sulle vie pubbliche, e agl' incendj generalmente proscritti. Gothofred. *Coment. ad Cod. Theod. lib. 16. tit. 1. l. 39.*

(2) Jacob. Gothofred. *Ad Cod. Theod. lib. 4. tit. 24. vol. 1. pag. 432. vol. 5. pag. 256.*

(3) Dig. *Lib. 9. tit. 3. l. 5. §. ult.* Per la emenda di questo danno la giurisprudenza fluttuava tra l' azione *de posito et suspenso*, quella della legge *Aquilia*, e l' altra nascente dal *quasi delitto*.

(4) Dig. *Lib. 9. tit. 3.*

(5) *The history of Greece by* Wiliam Mitford. *vol. 1. pag. 85.* L' autore osserva che ai nostri giorni e ne' paesi ove gli animali selvatici non son conosciuti si reputano favole i racconti delle devastazioni, che essi fecero di alcune contrade. Erodoto narra d' un cinghiale che devastò la Misia, e sembrava invulnerabile. Esiodo nella descrizione dello scudo d' Ercole rappresenta i cinghiali combattenti a forze eguali con i leoni. Anco oggi all' India i nativi del paese implorano il soccorso dell' armi da fuoco degli Europei contro le tigri, che devastano le loro abitazioni. Ai dì nostri si è rinnovato il ratto di Ganimede. Alle Orcadi un' aquila ebbe forza, ed ardire di rubare un ragazzo in fasce. *The history of the Orkney Islands etc. by the Red.* Georges Barry *etc. Edimburg. 1805. pag. 500.*

(6) Beaufort *La Republ. Romaine vol. 3. pag. 306.* il quale dichiara perplessa, e difficile a percepirsi la differenza tra i Curuli e i Plebei. Questo soggetto è illustrato da Henr. Jo. Arntzenio *Diss. de differentia inter aedilis plebis, et curules Rom. Traj. ad Rhen. 1789.*, e da Niebhur *Storia di Roma vol. 1. pag. 425. vol. 2. pag. 15. 416. 421.*

(7) Dig. *Lib. 21. tit. 1. l. 40. §. 1. l. 41.* Haubold *Inst. jur. roman. priv. hist. dogmat. lineam. vol. 2. pag. 30. §. 104.*, Jo. Leon. Wintregens *Diss. de animalibus ferocibus qua vulgo iter fit non habentis Traj. ad Rhen. 1730.*

zione pel cane indica un' animale che si compiace di retribuzione di amore, e di fedeltà (1), ma gli Edili aveano con governativa prudenza provvisto perchè quell' affezione potesse avere il conveniente suo sfogo senza altrui detrimento (2).

Considerando la imbecillità d' intelletto nell' uomo come involontaria causa di offesa al pari di quella di cui l' ordine è minacciato dall' azione nociva delle cose inanimate, e dei bruti animali, e perciò degna di fissar l' attenzione della preventiva difesa onde sia tenuta lontana, non è da parlare se non degl' infanti, degl' impuberi prossimi alla infanzia, dei sordi muti, de' ciechi, e degli alienati di mente.

La patria potestà è un' istituzione che il dritto della natura, il civile, e il politico in perfetta unione tra loro commentano come il migliore, il più dolce, e il più efficace mezzo di educare alla disciplina sociale la gioventù, che per imbecillità di mente potrebbe divenir alla sicurezza nociva (3). La patria potestà è considerata dalla polizia come un suo supplemento, non essendo ella se non l' azione del governo che si esercita per mezzo del tribunale domestico.

La curatela, specie di patria potestà applicabile agli eventuali bisogni della famiglia (4), quando ai sordi-muti, ai ciechi, ed agli alienati di mente dividesi tra la famiglia, e l' amministrazione, la prima esercitandosi col proprio e vero suo nome, e colle attribuzioni che le son proprie, la seconda col nome di *istituti*, di *spedali*, di *reclusorj* de' quali altrove occorrà far menzione.

Sebbene la supposta imbecillità d' intelletto nelle femmine debba essere valutata, qualora sussista, come mancanza del senno squisito, che gli oggetti del dritto privato richiedono

---

(1) Le affezioni de' Turchi per i cani sono sì forti, che a Costantinopoli vi è uno spedale per riceverli quando sono malati, e curarli. *Bibl. Brit. liter. vol. 9. pag. 216.* Ne avviene però, che nelle strade di quella città il numero de' cani vi è prodigioso ed incomodo. W. Wittman *Travels in Asiatic Tusquey etc. London 1803.*

(2) Sulla legge o Pesulania, o Solonia, sull'editto edilizio in seguito divenuto editto pretorio sul modo di tenere il cane presso ai Greci, e presso ai Romani onde non offendesse col morso Ved. Heinecc. *Antiq. Roman. cum animad.* Haubold *Lib. 4. tit. 9. §. 1. 2.*

(3) Charl. Ant. Pilati De Tassulo *Traitè des loix civ. vol. 2. cap. 6.*, Idem *Traitè des loix politiques des Romains vol. 2. cap. 15.*, Andr. Nugarede *Essay sul l' histoire de la puissance paternelle, paris 1801.*, Guil. Henr. Royer *Diss. de patria quae dicitur potestate ex juris naturae, Romani, et hodierni ratione, Groningae 1808.*

(4) Jo. Glieb. Seger *Diss. historia jur. rom. liberae reipublicae de tutelis, et curationibus, Lipsiae 1760.*, Idem *Diss. brevis Curarum historia, Lipsiae 1763.*

ond'essere ben conosciuti, e divenir titoli di obbligazione maturamente contratta pure la tutela perpetua, alla quale in altre età fu sottoposta la donna può essere considerata come una guarentigia pubblica contro le offese, di cui la debolezza del sesso cedendo alle malvage altrui suggestioni può esser ragione (1).

Merita la imbecillità d'intelletto d'esser distinta in *abituale*, e *attuale*: la prima verificandosi nelle persone indicate fin qui come derivante dal loro organico stato, la seconda verificandosi nelle offese, che le persone ad altri soggette commettono o per ignoranza o per errore o per colpa. Poichè queste offese appariscono essere in parte *involontarie* la difesa preventiva non può omettere di tenerle lontane dall'ordine della città.

Tra le persone ad altri soggette non solo si annoverano i figli e le mogli ma i servi pur vi si annoverano. Le leggi delle XII. Tavole aveano parificate tra loro le azioni nocive de' servi, e de' bruti animali quanto alle conseguenze giuridiche della refezione del danno a carico del proprietario: potendo gli uni e gli altri essere a titolo di *noxa* da lui rilasciati in potere del danneficato (2). Il dritto del danno arrecato dall'animale non era però in tutto il medesimo che quello del danno arrecato dal servo. Se l'animale era stato instigato a nuocere altrui il delitto era riputato come commesso dall'instigatore (3): se il danno era stato commesso dall'animale per negligenza del proprietario era giudicato col dritto della colpa (4), e col dritto medesimo veniva giudicato

---

(1) Ev. Ottonis *Diss. de perpetua foeminarum tutela*, *Daish.* 1719., Zanob. Perrelli *Com. de perpetua mulierum tutela, ejusque declinandae ratione adinventa etc.* in suis *investig. antiqui jur. lib. 1. cap.* 2., Frid. Chist. Hartung *Diss. de cura sexus tam Attica, et Romana quam Germanica*, *Gotting.* 1791. Germ. Dom. Seiffen. *Diss. sistens jus foemin. apud. Romanos cap.* 1. Alla fine del secolo passato si rinnovò la disputa pro, e contro alle donne ma fu una donna, che scrisse e potè dire

. . . . . *si pergama dextra*
Defendi possent forsan hac defensa fuissent.

Appeal to the men of Great Britain in the favour of the Womans, *London* 1798. *Les droits de la Femme* par Marie Woltstonecraft *Memoirs of the Author of the defense of the Womans*: by William Godowin, *London* 1798. ove l'officioso marito mostra la vittoria, che la eloquenza della consorte riportò, perorando le cause delle donne, sopra il Payne, il Rousseau, il Gregory, del D. Fordyce etc.

(2) Senza fermarsi alla sottile filologica distinzione di *noxa*, o *naxia* vedasi Heinecc. *Ant. Roman. cum animadv.*, Houbold *Lib. 4. tit. 8. §. 2.*

(3) Dig. *Lib. 9. tit. 1. l. 1. §. si instig. lib. 4. tit. 3. l. 7. §. 6. lib. tit. 2. l. 11. §. 5.*, Poggi *Elem. jur. crim. vol. 1. pag. 6.*

(4) Dig. *Lib. 9. tit. 1. l. 1. 2. 5.*

quello inferito dall' alienato di mente, il quale non fosse stato come dovevasi custodito (1).

L'azione nociva dell' infante, dell' impubere, del sordo-muto, del cieco, dell' alienato di mente, della donna, del servo si presenta qui in un' aspetto meritevole d'un solo, e medesimo dritto se si considera come effetto della colpa delle persone dalla custodia, dalla direzione, o dalla scelta delle quali dipendeva il danneggiatore. La civile responsabilità può divenire materia connessa colla penale se si consideri come una istituzione di polizia della sicurezza pubblica, e della privata. Sebbene i suoi effetti siano pecuniarj, e patrimoniali il suo titolo deriva tutto dalla legge che protegge non dalla legge che stabilisce, e regola il dritto (2),

Questa civile responsabilità è il criterio, il quale regola in gran parte la difesa preventiva dai danni degli agenti enumerati fin qui. La giustizia richiede però, che si distingua il dritto della negligenza da quella del dolo. Sembra, bene apprezzando questo non facil soggetto abbandonato in gran parte alle dispute umane, che la offesa dolosa debba obbligare come responsabile per la refezione del danno patrimoniale il padre, il tutore, il marito, e che la non dolosa ma la colposa soltanto debba formar titolo di civile responsabilità pel padrone (3).

La offesa colposa deriva anch' essa da imbecillità d' intelletto ma non ha presagio di sè o in qualche carattere estrinseco dell' individuo, o nella sua precedente condotta: giunge improvvisa: non è acccompagnata da circostanze le quali allorchè si presentano ne annunzino per se sole il pericolo essendo l' atto che la produce per se medesimo lecito, e un interno quasi indefinibile stato dell' animo dell' agente essendone la cagione (4). Se la offesa colposa può essere esclusa dall' abitudine della diligenza siccome questa abitudine si forma per una serie d' atti della vita privata dell' individuo, e agli occhi della legge per se medesimi indifferenti l' azione

---

(1) Dig. *Lib. 1. tit. 18. l. 14. in fin.*

(2) Vedasi il *lib. 1. cap. 14. §. 1. e seg.*

(3) Il principio politico si esasperò fino alla tirannia, allorchè presso ai Romani obbligò il padre insolvente a dare come noxa il figlio in riparazione del danno a lui arrecato. Un principio affatto contrario animò in seguito le leggi romane delle quali Heinecc. *Instit. jur. civ. lib. 4. tit. 7. §. 1233.* Un principio misto di politica, e di giustizia ispirò altri moderni legislatori a fissare la responsabilità de' superiori domestici per i delitti de' loro sottoposti. Cod Nap. *Art. 1384.*

(4) Vedasi il *lib. 2. cap. 10. §. 2. e seg.*

del governo non ha nè competenza, nè mezzi onde infonderla, o formarla negli animi.

Il danno proveniente da colpa non può verificarsi se non in certe determinate offese, e più specialmente in quelle che cadono sulla vita, e sulle membra dell' individuo. Essendo l' offesa colposa l' effetto d' un atto sempre in se medesimo lecito non è difficile per la difesa preventiva il presagire quali atti della vita dell' uomo in certe circostanze possono sebbene o leciti o indifferenti in se stessi degenerare in offese colpose, e prescrivere provvedimenti i quali osservati da chi gli assume le rendano meno facili ad accadere. La esplosione dell' armi da fuoco o di qualunque siasi ordigno che contiene racchiusa la polvere da cannone in luoghi di pubblico uso (1): il corso troppo veloce de' cocchj in città: il guidarli senza lampioni che diradino la oscurità nella lor vicinanza in tempo di notte: l' introdurre, senza particolari cautele ingiunte ai conduttori gli animali da trasporto, e da tiro dalla campagna in città: sono altrettanti atti, i quali come occasioni di offese colpose debbono essere vegliati dalla preventiva difesa (2).

Il fuoco, tanto necessario alla esistenza dell' uomo, è l' agente che più la minacci. L' amministrazione provvede ai mezzi più pronti e più acconci a spengere un incendio allorchè siasi manifestato, ma la polizia solamente può prescrivere i regolamenti i più utili onde non si manifesti. I Romani avendo bene inteso come l' amministrazione può somministrar soccorsi contro gl' incendj non intesero troppo come la polizia gli possa prevenire, e crederono che ciò potesse ottenersi colle severe interlocuzioni, o co' gastighi a chi gli avesse suscitati per colpa quasi la colpa quando è cagione del proprio danno prima che dell' altrui non avesse una pena nell' avvenuto disastro (3).

Percorrendo la materia compresa in questo capitolo è visibile il grande spazio che dee occupar l' uffizio della preventiva difesa. Questo spazio incomincia da un pensiero amministrativo, e finisce in un punto di contatto tra la legge civile, e la legge penale. Alcuni legislatori hanno dichiarata e punita come delitto di polizia la ignoranza, o la incuria dell' architetto nel costruire l' edifizio, il quale per questo motivo ruina (4). In questa legge il delitto di polizia prende

---

(1) Vietarono tra noi questo abuso le *leggi del 23. Maggio 1774.*, 26. *Maggio 1774.*, e 17. *Agosto 1795.*

(2) Queste cautele sono una ad una esattamente indicate dal Bexon *Cod. de la surete etc. liv. 3. Code de la contraventions et des fautes art. 142.*

(3) Dig. *Lib. 1. tit. 15. l. 3. §. 1.*

(4) Muyart de Vouglans *Les loix crim. dans leur ordre nat. liv. 3. tit. 8.*

da un punto troppo elevato, e quasi ideologico il proprio concetto. L'arte degl' ingegneri e degli architetti non è dissimile da quella de' medici, degli speziali, delle ostetrici, ed altre invenzioni utili alla salute dell' uomo. Il delitto di polizia può essere dalla legge creato nella imprudenza, o nell' impostura di chi intraprende ad esercitare quelle arti senza esservi dalla legge autorizzato (1), ma non può andare più oltre, lasciando alle ordinarie regole di ragione il giudicare de' casi, nei quali la imperizia, o la imprudenza dell'artista sebbene come tale autorizzato dalla legge abbia prodotto un disastro, che può essere attribuito a sua colpa (2).

Gli oggetti di pubblica disciplina relativa alla materiale manutensione di molte cose di pubblico uso regolato dai Romani col sussidio degli interdetti di cognizione pretoria appariscono di lor natura dover divenir soggetto della moderna economica polizia, o di quella che si propone il mantenimento della pubblica prosperità. La preoccupazione de' Romani su i privati delitti, e la cognizione che al pretore ne deferirono furono le vere cause, le quali impedirono presso loro di considerare in un aspetto di disciplina pubblica certe pubbliche opere. In proporzione che l'autorità pretoria andò

---

chap. 9. §. 5. Il Bexon ripete la disposizione medesima *loc. supr. cit.* I primi Greci architetti fabbricavano sì debolmente, che Agesilao potè prendere Mantinea col serrare l'alveo del fiume, che passava per la città, avendo la escrescenza delle acque fatte tosto rovinare le abitazioni. Xenoph. *De rep. Graec. lib.* 5. Il Tempio di Minerva in Alalcomene, piccola città della Boezia, ruinò per l'azione d'un tronco di ellera insinuatosi in una fessura delle muraglie. Pausan. *Lib.* 9.

(1) È noto come i medici, e l'esercizio della medicina non si vollero ricevere in Roma prima del decimosesto secolo. Il loro arrivo vi fu di tristissimo augurio. Archagato primo medico si meritò il titolo di *carnefice*. Cassius Hemina *Ap. Pin. hist. nat. lib.* 29 *cap.* 1. I Romani non ignorarono certi regolamenti ai quali sottoposero l'esercizio dell'arte salutare. Jo. Lud. Beck *Diss. obs. de Romanorum disciplina publica medica ad illustranda veterum scriptorum, et juris civilis loca, Lipsiae 1809.*

(2) È osservabile il lamento di Plinio *Hist. nat. lib.* 29. *c.* 1. « *Nulla praeterea lex quae puniat inscitiam capitalem: nulla exemplum vindictae: dicunt periculis nostris et experimenta per mortes agunt;* MEDICOQUE TANTUM HOMINEM OCCIDISSE IMPUNITAS SUMME ». Refrica questo tristo soggetto il Menagio *Amoen. jur. cap.* 35. Ne i belli spiriti risparmiarono in questa delicata materia i loro sarcasmi. Al tempo di Diderot era a Parigi un medico il quale avea al viso una cicatrice in forma di C, dal che quel filosofo prendeva motivo di dire, che fatta se l'era maneggiando con poco garbo la falce della morte. Champfort *Oeuvres, vol.* 2. *pag.* 115. Altri narra come un medico non passava mai da' cemeteri senza cuoprirsi il viso con un fazzoletto. Interrogato del motivo di questa usanza rispose « Io fo perchè molti essendo qui per opera mia, temo che alcuno mi riconosca, e mi prenda per la gola ». *Encycl. meth.* Enciclopediana *pag.* 660.

decadendo la mente legislativa concepì se non in tutto in gran parte la necessità di trattar quest'oggetto come materia di pubblico ordine, e con regolamenti, l'azione dei quali non dipendesse dal privato interesse (1).

Questo si giunge all'azione nociva de' bruti animali tenuta a Roma in freno dall'uffizio degli Edili, il quale estendevasi a decidere le questioni che insorgevano nelle vendite del bestiame domestico (2), cessa l'uffizio della polizia economica, e si vede spuntar quello della governativa, se si rifletta che i regolamenti a ciò necessarj dai luoghi di uso pubblico si estendono a qualunque cautela, che apparisca o utile o necessaria a provvedere alla salvezza, ed alla salute dell'uomo.

La polizia governativa signoreggia l'azione nociva, che può derivare dal fatto dell'uomo per imbecillità d'intelletto, e si connette in questo coll'*amministrativa* se si consideri come la creazione del dritto civile può essere animata dall'oggetto politico di far penetrare l'azione del governo nel seno delle famiglie, e divenir mezzo della loro disciplina.

In questa seconda ispezione non è ammessa la forza, qualunque fosse per essere, della educazione pubblica, o della privata, la quale ha uno scopo più generale e più grande. Qui è considerata la polizia della sicurezza ne' suoi effetti immediati relativamente a certi e determinati individui non ne' più mediati che la educazione ne può avere sulle morali disposizioni di un popolo.

CAPITOLO V.

Polizia delle passioni le quali agendo come impeto sull'animo umano divengon causa di offesa.

Fu altrove osservato come l'ira, l'amore e la ebrietà accendono spesso l'animo umano all'offesa (3). Qualunque sia la opinione, che alcuno professi sul vero grado di moralità, e quindi su quello della pena delle offese commesse nel bollore di quelle passioni, niuno potrà negare, che il solo possibile che tali offese non siano libere in tutto, obbliga la polizia a tentar di ottenere colla difesa preventiva gli effetti salutari che forse colla repressiva ottener non si possono. Non

---

(1) Vedasi il Cod. Theod. *Lib. 15. tit. 1.* il quale s'inscrive *De operibus publicis*, e i dotti comentatori del Gotofredo.

(2) Haubold. *Inst. jur. Rom. priv. histor. dogm. lineam. Edict. praet. et Aedil sent. etc. p. 30. n. 102.*

(3) Vedasi il *lib. 2. cap. 11. §. 5. et seg.*

si tratta qui di riassumer di nuovo l'esame, ed il calcolo della offesa inferita nell'impeto dell'ira, dell'amore, del vino: ma si tratta di ponderare come la polizia possa con antivedimenti suoi proprj rendere quanto è possibile più raro quell'impeto quasi chiudendo le vie per le quali per ciò che più comunemente accade l'uomo con facilità vi si abbatte.

Ma parlando di passioni, che meno docili all'impero della ragione, e della riflessione trascinano per una forza lor propria l'animo umano alla offesa una ne fu omessa, la quale non avendo nè un nome, nè un istinto suo proprio va tuttavia lentamente, e per gradi formandosi ed acquista il trascinante carattere dell'amore, dell'ira, e della ebrietà: passione che spesso non ha la coscienza di se medesima, e diviene quasi ausiliaria, ed incentivo delle altre.

Gli antichi osservarono che una lunga abitudine sembra divenir natura nell'uomo, e che contratta che sia, è difficile resistervi come è difficile resistere alla natura (1). Il detto che per le cose alle quali l'uomo si abitua non risvegliano passione in lui è riferibile ad altro fenomeno: essendo certo, che le abitudini possono dare all'animo umano inclinazioni più forti, e talvolta meno frenabili delle passioni.

La resistenza da opporsi alle men rette abitudini è considerata dalla morale in un modo, e dalla difesa preventiva in un modo diverso in quantochè l'una si propone la interna perfezione dell'uomo; e l'altra la esterna (2). Fu osservato come la difesa preventiva non può avere influenza nel fornir le abitudini necessarie a tener lontana la offesa colposa perchè queste abitudini si formano in atti della vita privata dell'uomo e indifferenti o leciti per se stessi, onde ella non può regolar le abitudini se non negli atti per se medesimi illeciti, e altrui nocivi, lo che non può fare se non in certe più gravi offese delle quali la giustizia per l'età dell'offensore non può conoscere, o in certe altre che per la loro tenuità non meritano di esserne conosciute sebbene meritino di non andare impunite come primi passi co' quali l'uomo s'incammina ad offese più gravi (3).

---

(1) Calpurn. Flacc. *Declam.* 2, Lucian. *Advers. indoct. pag.* 392.

(2) Trattò delle abitudini come incapaci di scusare la offesa Puffendorf. *De jur. natur. et gent. lib.* 1. *cap.* 4. §. 6. *cap.* 5. §. 13. Con scopo morale più diffusamente ne scrisse de Felice *Dict. de justice vol.* 7. *pag.* 325. 332. Con maggiore filosofia trattò delle abitudini, e della loro influenza sulle ideee e sul morale carattere dell'individuo Ferguson *Principles of moral and political science, Edimb.* 1792. *vol.* 1. *chapt.* 3 *sect.* 3.

(3) Quanto al delitto dell'impubere vedasi quando fu detto nel *lib.* 2. *cap.* 9. §. 1. Nella disputa se il furto modico ammettesse presso ai

In questi due casi se si tratti di offesa inferita dall'impubere la civile responsabilità della persona da cui dipende per subiezione domestica fornisce la riparazione del danno patrimoniale all'offeso, ma non ha veruna influenza sulla direzione che a meglio operare convien dare all'animo dell'offensore: nel caso secondo trattandosi di persona già adulta, e di suo pieno diritto la responsabilità civile non ha termini per applicarsi.

I limiti entro ai quali i popoli inciviliti hanno dovuto racchiudere i dritti della potestà del padre sopra i suoi figli hanno prodotto l'effetto di render necessario l'intervento della pubblica autorità ove una volta necessario non era. Sulle ruine del tribunale domestico de' Romani (1) s'inalzò quello del Prefetto della città, a cui la legge dette il potere di conoscere, e di reprimere i trascorsi de' figli di famiglia (2). Il desiderio di alcuni di veder risorto il tribunal domestico è quello d'un uomo dabbene, ma non può in mezzo dei nostri costumi ottenere il generoso suo intento (3). La potestà economica, la quale ben concepita dovrebbe rappresentare il tribunale domestico degli antichi si trova investita di attribuzioni ben disparate tra loro se si consideri come un supplemento necessario dei dritti, che la legge ha dovuto togliere alla patria potestà. Le tutele, le curatele, le autorizzazioni delle donne, le emancipazioni si trovano allato agli espedienti opportuni a comporre i gravi dissidj domestici: a riparare ai tristi effetti d'una sregolata condotta: a raddrizzar l'animo dell'impubere che si rese debitore d'offesa ad altri maliziosamente inferita: dal che si scorge un nuovo punto di contatto in cui si trovano il dritto privato, e pubblico dritto nella preventiva difesa.

La connessione di questi diversi oggetti tra loro è tutta nello spirito di famiglia, ordinato di pubblico ordine, e di pubblica prosperità ma di costruzione e di maneggio difficile per la legge: onde si vedono quegli oggetti fluttuare tra il dritto privato, ed il pubblico: tra un'immagine dell'antico

---

Romani l'azione famosa, di cui Averani *Interpret. jur. lib. 1. cap. 32.* è stata tra noi adottata la più mite sentenza.

(1) Dottamente de' giudizj domestici de' Romani specialmente per i delitti delle mogli ragionò Leonardo Parmez *Diss. de marito thori violati vindice etc. Lovanii 1822. pag. 20. et seq.*

(2) Cod. *Lib. 6. tit. 6. l. 1. §. si filius.*

(3) Questo desiderio si manifesta nel Poggi *Elem. jurispr. crimin. lib. 1. cap. 1. §. 17. not. 43.*, è più specialmente in Bexon *Code de la sureté publique, et particulière liv. 2. chap. 6.*

tribunale domestico, e le attribuzioni de' tribunali di creazione politica (1).

Tra le passioni, che adulte possono fare uno strano governo del cuore dell' uomo l' amore è ne' suoi primi moti quella che ha a proprio favore il voto irresistibile della natura, quello del dritto della ragione, e quello del dritto politico. Qualunque sia la opinione che si abbia sulla indole del matsimonio, considerata co' principj del dritto della ragione, l' istinto, che spinge un sesso verso dell' altro vi ha una gran parte (2). Ma questo istinto cieco, e sregolato ne' bruti (3) è destinato ad assumere carattere di moralità nel matrimonio tra gli uomini. La indissolubile unione di due animi, donde deriva quella de' corpi come mezzo necessario a dar vita a una famiglia, al di cui spirito lo stesso carattere di moralità si propaghi, è un concetto Platonico (4) che la rivelazione dimostra essere preesistito nella mente di Dio, e la storia conferma esser coerente ai morali bisogni della umana natura (5).

Ma l' amor fisico spogliato d' ogni moralità, e ridotto ai sensitivi bisogni, che esso inspira al cuore, e alle organiche fibre d' ogni essere animato, oltre al minacciare l' ordine delle famiglie, la cui scaturigine è tutta nel matrimonio, è spesso divenuto causa de' dissidj, e delle guerre che hanno macchiato la terra di umano sangue (6). L' amor fisico si è sempre offerto agli occhi del buon governo della città come passione, che non vuol' esser troppo urtata di fronte:

---

(1) Su i consigli di famiglia di Francia, e su i tribunali d' equità d' Inghilterra vedasi Globig. *Censura rei judicialis etc. vol. 1. pag. 40 42.*

(2) Le controversie tra i moderni scrittori di dritto naturale sulla *nozione*, e sullo *scopo* del matrimonio, fra i quali distinguonsi Hufeland, Cuffinger, Engeland, Ficht, Krause, Kant, Keidenreich, Schmalz, Zeiller, non sono ancora composte. Gerhard *Delin. jur. nat.* §.5.si esprime « *Societas quam matrimonium vocant difficillimae est tractationis* ».

(3) È noto l' esecrando desiderio del più esecrando amor di Pasifae

« . . . . . *Coeunt animalia nullo*
« *Caetera delectu etc.*

Ovid. *Met.*

(4) Kant nella sua teoria sul matrimonio inclina troppo alle idee di società. Schaumann concepisce la *unità* morale, che sola può fissarne il vero carattere.

(5) Valerio Massimo *Lib. 4. cap. 3.* narra di Druso Germanico « *Constitit usum veneris intra conjugis charitatem clausum tenuisse* ». All' incontro narrasi essere stato un detto familiare a Lutero « *Si nolit uxor veniat ancilla* ».

(6) « *Nam fuit ante Helenam cunnus teterrima belli*
« *Causa.*

Hor. *Satyr.*

che vuol' esser ne' bisogni, che ella inspira a chi non apprese a tenerla ne' confini che ad essa la religione, la morale e la decenza prescrivono, rivolta a sfogarsi ove ella possa quasi arrossir di se stessa, trovandosi in tutta la schifosa sua nudità, e costretta a veder rappresentati come merce vilissima nel denaro i brutali piaceri de' quali va in traccia (1). Questo bisogno di brutali piaceri si manifesta per lo più in uomini ne' quali o il lavoro, o una serie di depravate abitudini ha estinta ogni morale prerogativa dell' animo. Ma non vi ha passione, la quale come l'amor fisico s'insinui in tutte le classi, vada compagna a tutti gli educati modi di vivere degli uomini, e mascherandosi sotto le maniere urbane, e gentili del conversare non cerchi, rispettando la decenza, o la tolleranza, o la impunità (2). Il tribunale domestico de' Romani giudicava, e puniva il delitto il più fatale all' ordine delle famiglie nell' adulterio (3). Avendo le leggi religiose del matrimonio fatti nascere molti titoli di delitto, che tali presso ai Romani non erano (4) la polizia

---

(1) Enciclop. meth. *Police, et municipalité art. prostitution.* Enrico VIII., che per le donne lacerò il seno della chiesa perseguitò più le prostitute, che i monaci, fino al segno di far demolire l'intiero quartiere detto *The Stews*, che esse abitavano, e le prostitute anziche scemare moltiplicarousi, Henry *History of England b. 5. chapt. 11.* La licenza nelle donne è severamente punita in Turchia. Il Bostangi Bachi ha la privativa giurisdizione in queste materie. Una prostituta è per la prima volta condannata a lavori dusissimi: le recidive son messe in un sacco, e gettate nel mare, ne vi è paese, in cui il sesso sia più alla licenza proclive. Delawlay *Constantinople ancien, et moderne.*

(2) Numa pensò di poter regolare la pudicizia domestica con riti religiosi. Cannegieter *Diss. ad legem Numae de ara Junionis Pellici non tangenda, Lugd. Batav. 1743.* in Fellemb. *jurispr. ant. vol. 1. pag. 331.* Divenuta Roma epicurea, Augusto pensò di poter medicare un'immedicabile male colle sue celebri leggi Papie, e Poppee, delle quali si fecero illustratori Heineccio, Joan. Solorzan; *Meermann Thes. v. 3. op. 3.*, Jo Guilielm. Hoffman *Ad l. Jul. de adult. Francof. ad Viadr. 1732. in Fellemberg jurispr. ant. vol. 1. pag. 106.*, il quale ultimo *pag. 127. 129.* fa una erudita storia della *pudicizia patrizia*, e della *pudicizia plebea*: soggiunse in rinforzo la legge sugli adulteri, che porta sempre il suo nome, e mentre egli era adultero, ed eran notorj gli adulterj delle due Giulie l'una sua figlia, l'altra nepote, Orazio cantava,

« *Nulla polluitur casta domus stupris.*

Carlo II. lamentandosi col poeta Walter perchè fossero più belli i versi, co' quali avea lodato Cromwell, che quelli co' quali lodava lui, rispose che i poeti son fatti per cantar la finzione, non la verità.

(3) Pirmez *Diss. de marito thori violati vindice etc.*

(4) La legge Scantinia fu la prima ad essere pubblicata in Roma in materia di delitti di carne. Hoffman *Diss. cit. pag. 134. 137.* il quale ha la bonarietà di credere, che ciò avvenisse per la pudicizia de' tempi. Fino da tempi eroici la pudicizia domestica era poco rispettata. Andromaca presso

ha dovuto in questa materia procedere con cautela, e con circospezione grandissima onde non aumentare il male col volerci porre un più efficace rimedio (1). Se la difesa repressiva ha dovuto lasciare la persecuzione del delitto il più funesto all'ordine delle famiglie nell'adulterio alla balia del marito, la preventiva non ha potuto usare un rigore, di cui quella dovette spogliarsi. Quando l'amor fisico ne' suoi sfoghi illegittimi non ha mostrato un disprezzo pubblico del matrimonio o nel *concubinato* (2), o nell'adulterio *notorio di dritto*, o di *fatto* (3): non è co' suoi eccessi giunto ad oltraggiar la natura colla *venere prodigiosa* e le sue varie specie, o non contento delle sue turpitudini si fa mezzano e conciliatore alle altrui col *lenocinio*, la polizia della legge è costretta a tollerare ogni altro umano trascorso, e rispettar la linea che divide l'ufficio della morale religiosa da quello del governo della città. Cadendo queste azioni nella classe de' delitti di polizia essi non possono altrimenti occupare un posto tra le offese della sicurezza come occupar lo può il più turpe se sia accompagnato da violenza, e dare a una

---

Euripide dichiara avere amate le favorite d'Ettore suo marito, e d'avere anco allattati i suoi bastardi. È stato osservato che il rigore soverchio con cui son tenute le donne in Turchia vi ha reso frequente il delitto contro cui a Roma fu pubblicata la legge Scantinia e che quanto più le donne sono con rigor custodite, più sono inclinate alla impudicizia. Castiglione *Del Cortegiano vol. 2. pag. 55.* Ravvicinando questi fatti tra loro possono essere ridotte al lor giusto valore le idee che alcuni si formano della pudicizia delle donne di Roma antica. L'adulterio non ebbe pena prima d'Augusto. Lo stupro in donna forse non l'ebbe mai. Se l'incesto fosse punito, e come è controversia grandissima. Della bigamia non s'incontra neppure il nome. Ant. Math. *De criminib. ad lib. 48. dig. tit. 3. cap. 5. 6.* Il concubinato era autorizzato dalle leggi. Heinecc. *Com. ad l. Jul. et Pap. Popp. lib. 2. c. 4*, Henr. Cannegieteri *Rescripta Buxornio cap. 20.22.*, Sal.Rendorp. *Diss. ad l. 144. dig. de V. S. Lugd. Batav. 1789.* Il pellicato non ostante la legge di Numa qui sopra citata ebbe la sanzione del costume e dell'uso. Il lenocinio era esposto in teatro come un mestiere, vile bensì, ma dalla legge non aborrito.

(1) È notabile la espressione di Tacito *Annal. lib. 3. §. 28.* « *corrigendis moribus delectus, et gravior remediis quam delicta erant.* »

(2) Bentham *Traités de legisl. civ. et pen. vol. 3. pag. 50-51* si sforza di sostenerlo, lo che in paese cattolico non può essere ammesso.

(3) Di questa specie d'adulterio fu già parlato *lib. 1 cap. 14. in not.* Sotto Enrico VIII. Latimer zelante predicatore di quel tempo declamava, che l'adulterio dovesse punirsi colla morte. Henry *History of Engl. b. 5 c. 11.*, ed era sul trono un uomo dalla bigamia del quale non era nato come da quella di Anaxandride Re di Sparta un Leonida Paus. *lib. 3. pag. 84.* Il Dottor Paley, gran partigiano della nozione del giusto assoluto nella pena, ha modernamente rinnuovati i sermoni sulla pena di morte per l'adulterio. Dopo di che prestate fede ai Platonici nelle materie della sicurezza sociale.

classe di essi il titolo o di delitti contro il *costume*, o di delitti di *pubblica incontinenza* (1). Il costume è viziato non tanto dall' abuso de' piaceri che la natura ha fatto dipendere dalla unione de' corpi quanto da molte altre morali turpitudini, e il nome di *incontinenza pubblica* risveglia idee equivoche, e d' incerto significato.

Gli atti impudici avvenuti in pubblico (2) : la nudità dei due sessi in luoghi esposti agli sguardi di tutti (3): gli osceni detti, e le oscene canzoni, e a più forte ragione gli scritti, gli stampati e le imagini di questo carattere (4) meritano di essere dalla legge annoverati tra i delitti di polizia.

Lo sdegno fu posto dalla natura nel cuor dell' uomo come mezzo della propria difesa tanto più pronto ed energico quanto meno alla riflessione subordinato dal che avviene che questa passione ha tanto maggiore facilità ad accendersi e tanta maggiore energia quanto più debole, e meno istruito è l' individuo, che ella agita. Gli Eroi di Omero vanno in collera come i fanciulli e per calmarli non vi ha mezzo umano che vaglia : dovendo gli Dei discendere dal loro seggio sublime per calmar le risse tra loro. La disciplina sociale perfezionandosi, e diffondendosi mitiga questa passione. I Cinesi curiosissimi, facili perciò ad aggrupparsi insieme pe' più leggieri motivi, e nel tempo medesimo disciplinatissimi anco nelle circostanze, nelle quali gl' interessi degli uni vengono a contrasto cogl' interessi degli altri, sono gli uni verso gli altri deferentissimi, urbani, tolleranti e dalle risse alienatissimi (5).

---

(1) Vedasi qui addietro *pag. 175. not. 1.*

(2) Niuno crederà, che ai nostri tempi possa nascere la necessità di discutere la causa del bacio, di cui Ant. Math. *Ad lib. 48 dig. tit. 3 cap. 2 num. 8* refricata da Renazzi che vi dedica un intero capitolo, *Elem. jur. crim. lib. 4. part. 2 cap. 7* e con troppo rilasciata morale accennata dal Boccaccio *Dec. Gior. 2 nov. 7.*

« *Bocca baciata non perde ventura*
« *Anzi rinnuova come fa la luna.*

(3) A Othaiti le donne, e gli uomini si bagnano insieme, e niun atto indecente vi accade. All' opposto nel ballo i gesti indecentissimi sono ammessi. *A Missionary voyage at the Pacific Ocean tronh the yars 1796, 1797, 1798, upon the Schipp the Duff. Capt. Wilron, London 1799. sect. Otaiti.*

(4) Son noti i lascivi versi composti dalla Cortigiana Elefantide Svet. *In Tib. cap. 43*, Martial. *Ep. lib. 43 ep. 12*, e i più moderni dell' Aretino colle figure in rame disegnate da Giulio Romano. Mazzucchelli *Vita di Pietro Aretino pag. 22. not. 1.* sozzure corrispondenti alla morale depravazione de' tempi, ne' quali quelle sciagurate produzioni vennero pubblicate.

(5) Du Halde *Descript. de la Chine vol. 2 pag. 75.*

I delitti di sangue commessi nel bollor della collera sono per lo più la catastrofe d' un' azione la quale incomincia da interessi, prosegue colla ingiuria, e progredisce alla rissa: la quale osservazione dimostra che la *ingiuria*, e la *rissa* ancorchè non siavi stata espansione di sangue sono due atti, i quali meritano di esser dichiarati delitti di polizia (1).

I Romani, i quali al pari de' Greci fecero dell' amor fisico una divinità ebbero tra i religiosi lor riti l'assai curioso di proclamare il vino come celeste medicina del corpo umano (2), e nel loro Sileno collocarono in cielo la ubriachezza (3). A Sparta la rigida severità del costume indusse a immaginare il poco umano espediente di ubriacare lo schiavo onde mostrare al cittadino i pericoli dell' abuso del liquore delle uve (4). Ma questo antico storico fatto dell' Ilota ubriaco può confermare la osservazione moderna, che gli uomini i quali spendono la lor vita in un lavoro continuo con passione si espongono alla ebrietà ne' brevi momenti d' ozio, di cui posson godere. Tre circostanze favoriscono la ebrietà e le risse che per lo più l' accompagnano: la moltiplicità de' luoghi ove si fornisce da bere a chi siede a desco: la lontananza di questi luoghi dai punti di residenza della forza incaricata di vegliare a impedire i disordini: la notte in tempo cui il lavoro non distoglie chi è obbligato a esercitarlo per vivere dall' agio a cui si può abbandonare. La legge rendendo più rare le bettole: non lasciandosi illudere dalla libertà, che si dee a tutti concedere di commerciare a suo grado: inibendo che si aprano in luoghi ove il basso popolo abonda, e dove l' azione della polizia non può esser sempre presente: vietando che sieno aperte nelle avanzate ore della notte (5) risparmierà un sangue, il quale è certo più prezioso del vino messo in com-

---

(1) Vedasi quel che in proposito della ingiuria fu detto nel *lib.* 1 *cap.* 14 *in not.*

(2) Il Flamine Marziale era incaricato di questa solenne proclamazione, d' onde nacque il detto

« *Novum vetus vinum bibo: novo veteri vino morbo medeor.*

Alex. ab Alex. *Dier. Gen. lib.* 6 *c.* 8.

(3) Servius *Ad Virg. ecl.* 6, Ovid. *De art. amand. lib.* 1 *v.* 542. Antonino il Triunviro scrisse un' opera sulla propria ubriachezza. Plin. *Hist. lib.* 14 *cap.* 11.

(4) È stato osservato che Omero ha descritto la ubriachezza per mostrarne gli effetti sinistri.

(5) Encycloped. Meth. *Police, et municipalité art. cabaret.* Cicerone fa menzione d' una legge di polizia sulle bettole de' suoi tempi, la quale vietava che altro si dasse da mangiare, che legumi, ed ortaggio. *Philipp* 3 *cap.* 11.

mercio (1). I liquori come più poderosi del vino sono vivamente desiderati dagli uomini, i quali per lo stato delle loro idee, o per quello delle loro educazioni hanno bisogno di sensazioni forti per essere avvertiti di esistere (2). La loro azione è più pronta di quella del vino, e non è perciò un oggetto trascurabile dalla legge quello di vietare se non le vendite in luogo fisso almeno le vendite per *ambulanza* di quella merce (3).

Esiste nel cuor dell' uomo la passione pel giuoco di ventura come quella dell' amore e del vino e talvolta di queste più poderosa (4). Il trasporto con cui si abbandonarono sempre, e tuttor si abbandonano al giuoco di ventura i popoli non educati alla civiltà (5), mostra che questa passione è inseparabile dalla mancanza d' idee che empiano la mente dell' uomo, o d' altre utili sue occupazioni (6). Quando

---

(1) Bentham encomia il caffè sostituito al vino *Traites de legisl. civ. et pen. vol. 3 p. 32.* Robin attribuisce i delitti di sangue al non uso del caffè, osservando che tra gli autori de' massacri della rivoluzione francese non eravi alcuno che ne facesse uso. Prima di lui Giraud Soulavie avea attribuite le rivoluzioni politiche, e religiose a un soverchio carico di elettricità nell' atmosfera. Comte *Traites de legislation vol. 2 pag. 264.*

(2) Nell'opera *A treatise on the police of Metropolis etc. London 1796.* attribuita al sig. Colquhoun giudice di pace a Londra si calcola che in quella città il popolo spende in birra, e liquori forti annualmente la somma di tre milioni di lire sterline.

(3) Il Cavalier Filangieri *Scienza della legislazione lib. 3 part. 2 cap. 37 38* suppone essere i liquori forti un bisogno de' climi freddi. La storia mostra che i caldi, ed i freddi ne abusano di egual modo, perchè le passioni sono per tutto le stesse. I Cinesi trovano il Porto, il Madera, o il Bordeaux troppo deboli: gradiscono l' estratto di ciliegia, e amano il *Chou-chou* spirito ardente distillato dal riso. Al Thibet il *Chang* è un liquore spiritoso, e subacido, che si estrae da una infusione di grano fermentato, e se ne forma un liquore forte e inebriante detto *Ama. An account of an Embassy at the Reign of Ava: An account of an Embassy of the court of Teshoo Lame in the Tibet by the capt* Samuel Tumer *London 1800.* Gli abitanti del Regno di Fezzan paese ove il caldo è eccessivo la ubriachezza è frequente. Vi si beve un estratto della palma detto *Lugibi*, o una bevanda estrattiva del dattero. *The Journal of* Horneman's *Travel etc. London 1802.* Al Giappone si fa la birra col riso. *An account of varions habits etc. tirea from the Asiatic annual Register, London 1802.* Madama Guthrie osserva, che Maometto ha vietato a' suoi seguaci il vino ma non l' oppio, che è assai più inebriante.

(4) Dusaulx *De la passion du jeu depuis les temps anciens jusqu' à nos jours, Paris 1789.* ha raccolto tutto quel che la storia, la eruduzione, ed il dritto somministrano di relativo al gioco.

(5) Tacit. *De morib. germ. cap. 24.*

(6) Il citato autore dell' opera *A Treatise on the police of Metropolis* calcola che i soli domestici a Londra impiegano de' loro salarj al giuoco del lotto più di cinquecentomila lire sterline all' anno.

il gioco di ventura altro agli occhi della polizia non fosse che perdita di tempo, o fomite di prodiga vita, sebbene in esso non fosse carattere d'offesa della sicurezza, vi sarebbe quello di un'abitudine contraria alla pubblica prosperità. Ma il giuoco se può nelle classi elevate esser compatito colla probità (1) diviene nelle infime classi del popolo di un moto pericoloso alle passioni dell'individuo, e spesso causa, e incentivo di risse, e di offese. Una inquisizione domestica diretta a reprimere il giuoco di ventura nella casa del privato potrebbe eccitare sconcerti maggiori di quelli, che si potesser reprimere col volerlo impedire, onde il solo giuoco di ventura in luogo pubblico, o in privato, in cui sia il pubblico ammesso, merita di fissare la seria attenzione della legge di polizia.

Poichè negli oggetti della polizia propriamente detta non vi è il carattere della offesa, ma vi è quello della *trasgressione* (2), verrà domandato se questo nome si possa rettamente applicare agli umani trascorsi de' quali è stato parlato nel presente capitolo. Questo nome non è loro applicabile, e quel di *delitto* più loro si addice. Se si esamini il morale carattere di questi trascorsi si scorgerà, che esso non è formato come quello della trasgressione da un mero comando della legge della città. Il morale carattere di questi trascorsi è nella retta ragione: è nella ben regolata natura dell'uomo: parte in lui da un dovere, che egli ha con se stesso sebbene non si tratti della lesione del dritto di un altro. Or l'abbandono di questo dovere nel darsi in preda a tali trascorsi somministra la vera idea del *delitto*. La legge così considerandolo, così vietandolo, e così nominandolo altro non fa che porre un suggello sull'opera della ragione, e su quella della natura.

Questi trascorsi indicano in chi vi si abbandona una corruttela di costume, e per questo titolo la polizia diretta a reprimerli ha potuto prendere il nome di *correzionale* perchè il depravato costume fa nascer la idea della sua correzione possibile. La negligenza dell'uomo fa nascere la medesima idea come generalmente parlando la fanno nascere tutte le men rette abitudini.

---

(1) Barbeyrac *Traitè du jeu*, *Amsterdam 1737*. Il Colonnello Chartre giocatore equivoco, e celebre usurajo dopo aver fatta una immensa fortuna diceva che avrebbe pagato volentieri diecimila lire sterline il vantaggio d'una buona reputazione. *Mentor*, *or the moral conductor of Youth etc. by* David Morrice, *London 1801*.

(2) Vedasi qui addietro a *pag. 170*.

Le pene delle trasgressioni contro la polizia della prosperità possono anzi debbono esser pecuniarie sempre: talvolta esser tali non possono le trasgressioni alla polizia della sicurezza pubblica: ma tali non debbono essere quelle della polizia correzionale. Conviene però che queste pene consistano in rigori adattati ad ottener questo scopo, e il carcere solitario può essere di ottima, e giovevole disciplina al bisogno.

CAPITOLO VI.

Polizia delle passioni d' indole razionatrice considerate come cause d' offesa.

Esaurito l' ufficio della polizia protettrice della pubblica prosperità: esaurito quello della polizia protettrice della sicurezza pubblica: immaginati, e posti in opera tutti i rimedj atti a prevenire l' azione nociva di tutte le cause, che non avendo in sè medesime moralità, o potendone in parte perdere per l' azione di passioni di loro natura facilmente nel cuore umano infiammabili, quale altro espediente più resta alla legge onde la preventiva difesa abbia ottenuto il suo scopo? Resta l' uomo, il quale col suo libero arbitrio trova negli appetiti inesaurabili del proprio cuore, nei non meno inesaurabili traviamenti del proprio spirito e fino ne' proprj brutali capricci altrettante cause, che lo acciecano su' suoi veri interessi, e lo spingono alla offesa dell' ordine (1).

Un uomo di tal fatta o è il prodotto d' una società, la quale trovasi di gran lunga indietro dal grado di civiltà a cui può giungere, o è il prodotto di circostanze particolari, che sì stranamente lo conformarono; o è un sintoma di quel-

---

(1) Il negro *Saucho* divenne a Londra un ricco negoziante, ed un uomo di spirito. Nel 1802 furono stampate in quella città le sue lettere, in una delle quali si esprime ed'uomo è un animale assurdo. È spaventevole ne vizj: » sciocco nel picciol numero delle virtù, delle quali può vantarsi. È spesso » divoto senza religione, e filosofo senza saviezza: ha amore senza affezione: » collera senza causa: odio senza motivi: scienza senza giudizio: spirito » senza senso comune ec. Sancho's *Letters with memoirs of his Life, London 1802*. Per conoscere di che la natura umana è capace conviene leggere la storia narrata da Home *Sketches of the history of man vol. 2 pag. 115* d' un personaggio il quale da un tenore di vita, che era modello di tutte le morali virtù, passò alla premeditata strage della propria consorte. Meglio per un magistrato di polizia, che deve l' uomo profondamente conoscere, lo definì il Bayle *Dict. histor. et critique vol. 1 pag. 150* allorchè disse, esser l' uomo come i terreni, i quali alla rinfusa producono erbe buone e cattive.

la specie di alienazione di mente, senza la quale al dir di un antico un delitto non vien commesso (1).

Alla prima causa rimedia la natura della forza che infuse ne' germi della umana sociabilità di scolgersi e produrre i loro effetti favorevoli all' ordine (2): alla seconda può in parte se non in tutto opporre riparo la difesa preventiva di *dritto*: alla terza può talvolta resistere la difesa preventiva di *fatto* se mentre è ordito il delittuoso progetto ha la fortuna di abbattervisi; lo che mostra quanto è difficile esattamente classare, e tutte presagire le cause di offesa, e gli espedienti che ne possono impedire gli effetti (3).

La società civile è per se sola un grande, e poderoso mezzo di educazione degli uomini. A questa parola educazione le menti degli amici della umanità, degli uomini di gran cuore, e di elevato intelletto, i quali sospirano per la moral perfezione de' proprj simili, si elevano, e si riscaldano sognando le *utopie* del costume. Si sogna una morale pubblica, e dietro a questo sogno vien quello di una pubblica educazione, parola di grande, e simpatico effetto ma di poco determinabile significato: scopo di belle, e dotte declamazioni: tema in eminente grado retorico, ma infelicemente poco, o nulla politico (4).

La morale, prendendo questa parola nel suo proprio e vero significato, è un attributo dell' individuo, il quale riunito con molti de' proprj simili di egual tempra può contribuire a formare un aggregato, una moltitudine d' uomini moralmente perfetti. Se così è nè altrimenti può essere, la morale sarà sempre una istituzione privata, e perchè ella fosse pubblica converrebbe che fosse un mezzo applicabile al pubblico vale a dire masse (5). Nelle questioni da lungo tempo agitate sulla preferenza da darsi alla educazione privata, o alla pub-

---

(1) Vedasi il *lib. 1 cap. 11 in not.*

(2) Nell' opera *Manners virtues, vices, and customs of the English etc.* tratta dalla storia d' Inghilterra dell' Henry, si osserva « qualunque siasi la « perversità di una nazione avvi nella natura umana un principio attivo di « correzione, che tende incessantemente a ricondurre gli uomini alle leggi « dell' ordine, e della morale ».

(3) Vedasi qui addietro a *pag. 273 not. 1.*

(4) Convien fare un' eccezione a favore del Romagnosi, il quale mostra non essersi lasciato illudere dal prestigio de' nomi. *Genesi del dritto penale vol. 3 pag. 70.* La Utopia del Filangieri sulla educazione pubblica *Scienza della legislazione lib. 4 part. 1 2* è rimasta come quella di Tommaso Moro ne' loro scritti.

(5) L' insigne De Gerando *Du perfectionement moral, ou de l'education de soi meme, Paris 1824.* insinua col titolo dell' opera esser difficile bene educar se medesimo e facilissimo parlar della educazione degli altri.

blica (1), questa parola *pubblica* è significativa d' una riunione di più individui soggetti a un sistema medesimo di educazione, come in un collegio a modo d' esempio, ma sarebbe non piccolo errore il trarre il significato di quella parola a una nazione, o ad una città.

Se si prescinda dai refettorj di Sparta e dai brodi neri co' quali si assuefece la gioventù alla parsimonia del vivere mentre vi erano condannati gl' Iloti alla condizione delle bestie da soma (2) non si trovano presso gli antichi istituzioni che possano meritare il nome di educazione pubblica se s' intenda parlar d' un sistema diretto a formare il cuore e la mente d' un popolo.

La religione evangelica avendo introdotta la eguaglianza tra gli uomini ha in sè stessa portato nel mondo l' espediente necessario a prevenire i pericoli di questo grande, e salutare cambiamento, prendendo l' uomo fin dal suo nascere, e incaricandosi della sua educazione morale. Non è dunque più da parlare di educazione pubblica e di morale pubblica ov' è la educazione religiosa, e dove è resa comune agli uomini la morale evangelica. La polizia può bensì vegliare sugli educatori del popolo onde la morale sia insegnata, ed infusa senza eterogenee misture: perocchè nelle mani degli uomini le cose più sante son soggette a subire la corruttela delle loro passioni.

Se alla parola *educazione* si sostituisce l' altra d' *istruzione* le cose prendono un nuovo aspetto, e la polizia inabile a formar la prima può estendere i benefizj, e i vantaggi della seconda. La educazione si applica alla volontà, facoltà indocile dell' uomo la qual non si piega se non per lunghe, e ben dirette abitudini. La istruzione si applica all' intelletto facoltà più passiva, e di sua natura disposta a ricevere tutte le impressioni, tutte le modificazioni che se le vogliono co-

---

(1) Questo problema discusso fin dai tempi di Quintiliano, e in varia maniera deciso, può fissar l'attenzione della polizia, ma ella non potrà mai lusingarsi di divenir *pedagogica*. Discussero il problema Tommaso Barnes nelle *Memorie della società di Manchester an. 1796*. Guglielmo Godwin *The Enquirer etc. Lond. 1797 cap. 7*. Maria Edgeworth, Riccardo Edgeworth, Dickson, Knox, Hamilton, Barrow. Locke tra gli uomini usciti dalla educazione pubblica è il solo che la censuri. È nota la iscrizione che il principe di Dessau fece apporre all' elegante, e sublime monumento eretto al Rousseau in una piccola isola de' giardini di Vorlitz. Il sistema di educazione del Rousseau per i grandi mezzi che si esigerebbe meritava l' elogio d' un Principe.

(2) È noto l' uso detto κρύπτια col quale in certe epoche segretamente si sterminavano. Plut. *In vita Lycurgi*.

municare. Questo risultato può ottener se non per una istruzione elevata, almeno per que' primi suoi gradi che son sufficienti a porre per mezzo de' segni scritti le intelligenze umane in comunicazione tra loro.

L'uomo nel fatto è prima cristiano, e poi socio de' proprj simili. Giunto alla età del discernimento le simpatie sociali influiscono sulla di lui volontà, e la istruzione, di cui è suscettibile ancorchè appartenente alle infime classi del popolo, può dare una direzione utile al suo intelletto.

Sono queste e non altre le tre forze educatrici dell' uomo sulle quali la società può contare se si parla delle masse popolari, dalle quali nelle generalità de' casi escono i delinquenti, e non delle classi, che potendo darsi una educazione più perfetta possono scegliere tra la privata e la pubblica. È però da osservarsi che se la polizia s' ingerisce di questa scelta, e contribuisce co' proprj mezzi o a moltiplicare, o a meglio dirigere gli stabilimenti di pubblica educazione nel contrapposto della privata, ella ciò fa per un aumento di prosperità pubblica: per avere amministratori più istruiti e più abili: ma non lo fa nello scopo di prevenire le offese della sicurezza sociale. Se così fosse converrebbe dire, che le accademie letterarie o scientifiche, e generalmente le riunioni de' dotti son necessarie a prevenire l' omicidio, ed il furto, la qual cosa mostra la inutilità di que' quadri statistici, i quali presentano sulle mappe minori o maggiori il numero de' delitti sulla parte *illuminata*, o sulla parte *oscura* d' un territorio (1).

La morale, che nel cuor dell' uomo infonde la religione (non parlando qui de' salutari timori che ella inspira nell' animo umano lo che fa causa comune colla repressiva difesa) (2), non ha bisogno d' essere comentata. Non è da immaginarsi ente inoffensivo, e benefico quanto un uomo il quale abbia confermati i proprj principj, le proprie azioni, e le proprie abitudini sulla morale evangelica (3). Credere che una società d' Atei o considerata in sè stessa o nel suo

---

(1) Lucas *Du système pènal, et du système repressif etc.*

(1) Bentham *Traités de legislat. civil. et penal. vol. 3* in un lungo capitolo che intitola « *De l' emploi du mobile de la rèligion* » non la considera che come sanzione.

(2) Il più bello, e sentimentale elogio della religione cristiana considerata per la influenza sul carattere morale dell' uomo incontrasi su un racconto, che lo scettico Hume fa d' una relazione che egli ritrattosi in Francia ebbe con un pastor d' anime. *Histoire de la Roche tirèe de l' ouvrage periodique intitulè* the Mirror. *Bibliothèque Britan. litterat. vol. 7 pag. 199.*

confronto con una società di superstiziosi possa sussistere (1), è un paradosso che lo spirito umano può tentare di sostenere con più o meno ingegnosi ragionamenti con minore o maggiore abuso della storia de' popoli civili, e de' selvaggi, ma è mancante di base se si rifletta che la morale destinata a conformare la volontà ha bisogno d' una forza la quale l' umano intelletto con quelle che gli son proprie non può creare (2).

L' esame morale, e storico di tutte le forze simpatiche della vita sociale come altrettanti efficaci antidoti contro il veleno delle passioni perturbatrici dell' ordine è un soggetto intatto ancora, e non tentato dallo spirito umano (3). Quelle forze simpatiche d' indole in gran parte arcana dipinte pei loro effetti dagli antichi poeti, e dai mitologi antichi (4) sono per un' economia salutare, e benefica della natura inesauribili. La ragione umana può esserne spettatrice: regolatrice non mai, perocchè la natura, gelosa delle sue opere nei grandi ordigni della propria conservazione, le ha volute sottrarre alla pericolosa influenza de' suoi facili traviamenti. Le scuole filosofiche disputano sulla preferenza da darsi al principio d' assoluta giustizia, o a quello d' utilità nella spiegazione de' sistemi direttivi delle libere azioni dell' uomo, e mentre queste dispute si agitano e poco concludono, l' opera della natura nelle sociali simpatie progredisce in silenzio, e sembra ridersi delle dispute umane.

---

(1) Bayle *Pensèes sur la comete de 1660.*

(2) Vedasi quanto fu osservato nel *lib. 1 cap. 4.* Sulla preeminenza della sanzione divina sopra ogni altro obbligatorio principio è da vedersi Stewart *Outlines of moral phylosophy etc.* per l' uso degli scolari della Università di Edimburgo.

(3) Il sig. Colquhoun autore del trattato più volte citato sulla polizia di Londra in altra sua opera. *A Treatise on the commerce and police of the River Thames* ha dato una ingegnosa classazione de' *ladri*, distinguendo le diverse specie de' furti, ed indicando a quali classi appartiene per lo più chi gli commette. Madama *Opie* ha scritto un romanzo intitolato *The robber*, il ladro. Il sig. Lewis autore del celebre romanzo il *Monaco* ha scritto anch' egli l' altro romanzo. *The bravo of Venice* l' assassino di Venezia, *Lond. 1805.* In questi romanzi un magistrato di polizia può studiarvi molto bene la natura umana, e ben anco i segreti de' facinorosi. Ma la storia più autorevole del romanzo mostra che le grandi qualità s' incontrano anco negli scelerati onde non è disperato il tentativo di ridurli a vita migliore. Nel foglio Inglese intitolato *Craftsman del 21 Gen. 1796* si narra d' un assassino di strada, che farebbe onore a un Cavaliere della tavola rotonda. E vi fu chi scrisse del modo, con cui si potrebbe fare d' un ladro un grande uomo. *A Treatise on police of the Metropolis etc.*

(4) Vedasi il *lib. 1 cap. 7.*

Il paragone della società umana ad un alveare parlante sarebbe stato un grande concetto, se chi lo ideò il primo non ne avesse abusato per denigrare la dignità della umana natura, e conculcare ogni principio di morale ed ogni idea di virtù (1). Ma quel paragone spiega a meraviglia come le occupazioni utili sono fatti, se non principj educatori del popolo: comecchè distrazioni permanenti dalla tentazione d'offendere altrui: fonti di mezzi legittimi di sussistenza e di comodi della vita; snervate le passioni della greggia natura dell'uomo col trarre in attività le intellettuali sue forze: favorevoli alle simpatie da uomo ad uomo colle relazioni scambievoli alle quali lo abituano.

Se le passioni umane tanto perdono quanto l'umano intendimento va acquistando, la istruzione nelle lettere, e se altro ottenere non si potesse nelle cifre de' computi, non può non apparire un'eccellente educatrice dell'uomo che per la sua condizione non può spendere nè denaro nè tempo per la sua educazione migliore. Se benemerita della umanità fu la scoperta della istruzione de' sordi-muti col mezzo de' segni scritti, non men benemerita fu quella della istruzione, che si comunica in oggi col vicendevole insegnamento. In questo stabilimento l'uomo impara ad apprezzare il suo simile per il pregio della istruzione che ad esso comunica, o da lui gli viene comunicata: abitua la sua volontà alla disciplina sociale con quella con cui l'insegnamento gli è dato: inalza le sue simpatie per mezzo del canto al supremo autore della natura, e tanti beni morali produce da poter dire, che ove esiste il vicendevole insegnamento, esiste pure un grande e poderoso ordigno della umana sociabilità (2).

Ma la educazione, che danno all'uomo le occupazioni utili, non si estende a tutti; nè vi è pianta utile a cui pianta parasita non si attacchi per alimentarsi a suo danno. L'avversione al lavoro, e la tentazione di vivere agiatamente a spese di chi vi si dedica, sono due mali politici, cui non è dato interamente estirpare (3). Questi due mali non hanno una specie di sfera di contagio che gli circonda entro alla quale è sommamente difficile che o più presto o più tardi non alligni un fomite, un incentivo di offesa dell'ordine. Le pubbliche ricchezze mettono in moto, ed aumentano le utili

(1) Mandeville *The fable of the bees.*

(2) Bentham *Traitès de legisl. civ. et pen. vol. 3 pag. 148* si abbandona troppo alla sua idea favorita de' *codici* sperando di poter fare col loro mezzo de' popoli *giureconsulti.*

(3) È un detto degl'Indous « meglio sedere, che stare in piedi: meglio dormire che stare svegli: ma soprattutto meglio esser morti che vivi ».

occupazioni ne' mestieri, e nelle arti; e la ricchezza privata aduna attorno a sè un gran numero di uomini i quali, divenendo oziosi per meglio servire l'ozio fastoso del ricco, formano grado a grado nella società una classe la quale educata alla oziosa vita ed in procinto di perdere da un momento all'altro ogni mezzo di sussistenza resta esposta alla tentazione di cercarne in illeciti mezzi (1).

Come il sugo alimentator della pianta non si estende talvolta ad alcuno de' più lontani suoi rami: o una malattia particolare che non è quella del tronco lo priva dell'onor delle foglie, e lo fa inaridire: o l'azione d'un corpo nocivo che si esercita sopra di lui lo divide dal tutto al quale appartiene, e lo converte in incomodo ingombro delle parti che ne rimasero illese, così nella società si forma una classe sebben ristretta d'uomini i quali per cagioni diverse, e non mai riparabili nulla producendo per il proprio sostentamento si trovano costretti a implorarne i mezzi dall'altrui carità.

L'uomo senza mezzi di sussistenza, e non avendo col proprio paese altro legame che quello delle affezioni che ogni animale ha pel luogo ove nacque, è esposto abitualmente alla tentazione di offendere. La mendicità è un difetto inseparabile da ogni umana associazione: la legge può diminuirla: può darle una disciplina, la quale ponga al coperto de' disordini che ella può produrre, ma non potrà estirparla giammai (2). La religione, la morale, i sentimenti che più onorano la umana natura tutti debbono portarci a soccorrere il nostro simile privo di mezzi di sussistenza ma la malizia umana abusa di tutto, nè è raro che la mendicità divenga una speculazione dell'ozio, ed un traffico vergognoso di ciò che l'altrui pietà le somministra per sollevarla (3); avendo una

---

(1) Altri notò che il numero de' domestici sarà sempre un grande ostacolo alla educazione del popolo. Tommaso Moro nella sua utopia considera questa classe come quella in cui principalmente allignano le cause dei furti.

(2) Arthur Young in un luogo de' suoi annali ha con molto ingegno osservato, che i poveri anzichè diminuire aumentano col perfezionarsi delle società civili. Egli osserva che in Inghilterra la tassa de' poveri ascende a cinque milioni di lire sterline, la quale in una popolazione di nove milioni supponendo per impossibile un povero per ogni dieci individui da cinque lire sterline a testa per ogni povero.

(3) Clemente Caines narra come distribuendo ai negri delle sue piantazioni ottime farine, ed ottimo riso per il loro miglior nutrimento, essi vendevano a vil prezzo ai rivenduglioli ciò che loro forniva la carità del padrone. A Teshoo Lamboo capitale del Thibet, e residenza del Gran Lama il numero de' mendicanti è strabocchevole. La carità vi si esercita senza distinzione: crea ed attrae i mendicanti da tutte le parti. Vi si vedono Mus-

funesta esperienza insegnato, che fino la religione, in cui la mendicità trova il suo più valevol soccorso, è spesso ad altrui danno dalla mendicità trafficata (1). Tante, e sì luminose opere hanno illustrata la nostra età sul modo il più umano, il più politico, e il più economico nel tempo stesso di rendere meno penosa alla società questa malattia della mendicità ad esso inerente, che non rileva trattenersi più a lungo in un soggetto, se non esaurito, almeno da molti con grande successo tentato (2).

La pietà è il sentimento sociale, per eccellenza e si può dire che esso sia la formula generale di tutte le forze simpatiche, le quali vengono designate col nome generico di umana sociabilità. È stato con giustizia osservato porsi una cura diligentissima nel render conto alla Europa del numero degli uomini uccisi in guerra, ma non esservi alcun ragguaglio degli uomini sottratti alla morte dalla pietà de' solitarj del gran San Bernardo per mezzo delle loro fatiche e de' lor cani sotto le nevi (3). I Romani non ebbero stabilimenti di pubblica beneficenza, e non ebbero neppur nella lor lingua parole desti-

---

sulmani d'una costituzione robusta, i quali invece di lavorare si fanno nutrir nell' ozio. *An account of an Embassy at the Court of Teshoo Lama by the Capt. Samuel Turner. London 1800.* Il D. Paley si è mostrato più sensato nel parlar della elemosina, e del modo di farla che nel parlare dei delitti, e delle pene. *The principles of moral, and. political philosophy by Wl. Paley vol. 2 pag. 112.*

(1) I Derviches in Persia chiedendo un'elemosina lo fanno come esigendo una tassa. Uno di loro chiese al signor Bruce giunto di recente a Bashire dieci piastre, che gli furon negate. Il Dervighe si stabilì alla porta della sua casa, e prese a urlar giorno, e notte con grida sì orribili che il signor Bruce per liberarsene gli dette le somma. *A journey through Persia etc. by* Jacques Morier *Lond. 1812.* Lord Teingmouth *Asiatic Researches vol. 4 p. 164* racconta come i Bramini a Calcutta per ottenere dagl' Indous la elemosina occupano le porte delle case, e dichiarano di non partirne se non sono esauditi: si presentano fino in numero di cinquemila. Un Derviche a Bassora passò due interi anni alla porta del signore Manesty per avere cento piastre, che avea domandate.

(2) La parte, se così si può dire, teorica di questa materia di pubblica economia s' incontra nella grande collezione de' nostri economisti Italiani. La parte pratica è più specialmente nelle opere del Rumford, e nel ragguaglio degli stabilimenti da lui eretti in Baviera dato in luce nel 1795 e 1796 nei ragguagli d' Artur Young sopra gli stabilimenti de' poveri d. Hambourg: del Bernard, del Porteous, del Wood su quelli d' Inghilterra ec.

(3) Lamento del signor Matthisson *Letters written from varrious parts of the continent etc. Londres 1799.* La storia del convento dal gran San Bernardo è stata scritta dal signor Witaker *The course of Annibal through the alpes. Stoklade 1794.*

nate a significarli (1). Prima del cristianesimo non esisteva nell' universo una sola istituzione di carità (2). Gli stabilimenti di beneficenza pubblica negli spedali de' malati (3), degli esposti (4), negli asili degli orfani (5), ne' monti di pietà (6), nelle società religiose collo scopo di soccorrere alle vittime dell' infortunio (7), negl' istituti di maternità (8), nelle casse di risparmio (9) danno alle società moderne un carattere di moralità che le antiche tanto decandate per le loro virtù non aveano.

I sentimenti di pietà vicendevole, e di beneficenza reciproca fra gli uomini non hanno nemico maggiore degli atti, delle abitudini, e degli spettacoli di crudeltà, fosse pur ella esercitata sopra gli animali destinati al loro alimento. Fu già detto come un vincolo quasi di cognazione mutua unisce tra loro tutti gli esseri senzienti in natura. Non si vuol qui pre-

---

(1) L' osservano i Redattori della *Biblioteca Britannica lt. vol. 1 pag. 674 in not.* e la osservazione non è smentita dalla storia.

(2) *The principles of moral and political physiosophy by* William Paley *vol. 1 p. 85.*

(3) M. A. Pictet *A ses collaborateurs. Bibl. Brit. liter. v. 24 pag. 99 119.*

(4) *Encyclopedie mèthodique mot Enfant trouvès* ove si legge, che in Francia non prima del 1538 la pietà pubblica si rivolse a soccorrere gli esposti. Ma se la società conserva a questi infelici la vita fisica è pur obbligata a dar loro una vita morale. Neppur le bestie abbandonano i loro parti finchè non abbiano forze, e mezzi sufficienti onde provveder da se stessi ai bisogni del loro istinto. Presso gli antichi i Frigii, i Geti, i Tebani obbligarono i padri che non aveano da alimentare i figli di fresco nati a portarli al magistrato, che ne ordinava la vendita all' incanto onde divenissero servi del compratore. Aelian. *Histor. var. lib. 2. c. 7.* Philostr. *De vita Apoll. Thyan. lib. 8. c. 7.* Jornand. *De reb. Get. apud* Lindenbrogium *divers. gent. histor. Ant. Script. p. 106.* Un non dissimile uso fu dai Romani adottato quanto all' infante *sanguinolento* o non agnito. Cod. *Lib. 4. tit. 43. l. 1. 2.* La storia ha tenuto registro de' celebri personaggi, che nati erano stati esposti. Alex. ab Alex. *Dies Gen. lib. 2 cap. 31.*

(5) Bentham *Traitès de legisl. civ. et pen. vol. 3 p. 156.*

(6) Bentham *loc. cit. pag. 197.*

(7) Onora la capitale della Toscana nostra l' istituto detto della *Misericordia* già propagato pressochè per il Granducato tutto, e sulle storiche origini del quale dottamente ragiona l' *Osservator Fiorentino.* Gli Ateniesi aveano una statua dedicata alla *misericordia.* Noi abbiamo numerose riunioni d' uomini generosi che la esercitano con ammirabile spirito di cristiana carità.

(8) *A Sketch of the present state of some Hopitals etc. And particularly magazzine May 1801.*

(9) Nella Toscana nostra ove ogni generosa, e filantropica idea trova come seme un suolo ove germogliare, e diffondersi và progressivamente estendendosi questo istituto il più atto a infondere senno economico nella classe, che vive col frutto de' suoi sudori. Così i mezzi di educazione pubblica si trovano ove meno si penserebbe che fossero.

dicare il domma de' Pittagorici, i quali reputano nefanda cosa che ne' visceri si nascondessero i visceri, e l'animale vivesse della morte dell' animale (1). Una morte pronta e senza fisici strazj oltre al dare il resultato medesimo nell' animale destinato all' alimento dell' uomo ne rende le carni al suo palato migliori, e niente vieta che la uccisione dell' animale si effettui in modo da dimostrare che ciò avviene per necessità non per desiderio, e compiacimento del farlo. L' Areopago punì il fanciullo che uccise un passero ricovratosi nel suo seno fuggendo dallo sparviero: giudizio il quale volle punita la crudeltà (2).

Alcuni scrittori spingendo troppo oltre questo ribrezzo contro gli atti di crudeltà verso degli animali hanno pensato esser la caccia e la pesca una occupazione meritevole dell' attenzione della polizia (3). La passione della caccia e della pesca è desiderio di conversare colla natura che più che nelle città è sentita nelle campagne: di rintracciare un vivente che si nasconde e fugge dall' aspetto dell' uomo (4): di occuparlo; e far prova di destrezza nel riuscirvi non è far prova di crudeltà. Togliere la caccia, e la pesca all' uomo perchè non divenga crudele sarebbe togliergli uno de' naturali mezzi di acquistare il dominio e di provvedere alla sussistenza. La caccia è una guerra, e il ripetere i colpi contro un animale ferito non è per trarne divertimento ma è per meglio vincere o la sua fuga, o la sua resistenza alla mano che vuol farlo suo (5).

Annunziano istinto di crudeltà tutti gli strazj che per mero divertimento si fanno soffrire ad un animale o fiero, o domestico, il quale è già tutto in nostro potere. Se Cicerone encomiò il sanguinario spettacolo de' gladiatori come scuola di fortezza d' animo (6) quello spettacolo non era in sostanza

---

(1) « *Ehu! quam scelus est in viscera viscera condi*
« *Alteriusque animantem animantis vivere laetho.*
Ovid. *Met.*

(2) Vedasi il *lib. 2 cap. 9 in not.*

(3) Bentham *Traitès de legisl. civ. et pen. v. 3. pag. 124.*

(4) Da questo istinto Gay trasse la filosofica moralità della sua favola *The Feasan, and the man.*

(5) Tra le Memorie della società di Manchester del 1798. ve ne ha una che porta il titolo *The diversions of Hunting, shooting considered with the humanity*: bel soggetto ma declamatoriamente trattato. William Tooke *A view of the Russian empire unde the Regin of Cather. II.* fa il calcolo delle esportazioni di pelli, e penne d' uccelli, che la caccia annua dà a quell' impero: le ricchezze che la pesca procura agli abitanti dello Spitzberg, e della Nuova-Zembla.

(6) Cic. *Tusc. lib. 2 cap. 17.*

se non il duello, al quale volontariamente esponevansi uomini che a quella professione si dedicavano, e la ricompensa che col compartire i diritti di città si concedeva ai più valorosi e più destri riuniva lo spettacolo de' gladiatori allo spirito marziale d'una nazione tutta armi, e tutta guerriera (1). Ma giovarsi dell'istinto della ferocia, che la natura ha posto in certi animali, delle izze reciproche che possono armare *fieri* gli uni contro gli altri, ad accenderli a battersi fino all'ultima stilla di sangue: esporre i *domestici* destinati al nostro alimento appesi a corde per le vie, e per le piazze ond'esser bersaglio ai colpi di sciabola e titolo di vittoria non a chi gli straziò co' colpi ma a chi con un solo tolse loro la vita, per servire al divertimento di spettatori: atti son questi di pessimo, e corruttore esempio per gli animi umani: perocchè andando con questi spettacoli per lo più le scommesse compagne, ne nasce la pericolosa lezione, che la crudeltà può essere strada al guadagno (2).

Fu altrove detto aver la stessa *repressiva difesa* la sua polizia (3). Prescindendo da quella *dell'uomo*, che applicata alle leggi altro non è se non il vegliare alla loro pronta esecuzione, del che non è qui luogo a parlare, la polizia *della legge* quanto alle pene e a tutto il loro corteggio consiste nel loro generale carattere, di cui fu a lungo parlato nella parte seconda di questo libro. È facile intendere che quanto più un sistema penale preferisce il dolore dell'animo a quello del corpo, tanto è più atto a far piegare al giogo salutare dellla riflessione le passioni d'indole raziocinativa, che potrebbero divenire insidiatrici dell'ordine: quanto più adotta il criterio del dolor fisico più contribuisce ad imprimere a quelle passioni il carattere di crudeltà, che esse spiegano.

La irrogazione della pena ha bisogno dell'arresto del reo, e della sua incarcerazione. Se l'arresto si usa non colla impassibilità, che dee sempre formare il carattere della legge ma con moti gratuitamente ostili, severi senza necessità, ridicolosamente superbi, gli animali attribuiscono alle leggi, ed alla giustizia il carattere de' suoi esecutori, e poco a poco

---

(1) *Collat. Leg. Mosaic. et Rom. lib. 11. tit. 7;* Fab. Semestr. *Lib. 2 cap. 11 12*, Nicol. Fernandez De Castro *Exterminium gladiatorum in* Meermann *Thesaur. vol. 2 pag. 268 num. 8.*

(2) Quando la forza fisica era il criterio della virtù un Atleta poteva farsi valere coll'abbattere con un sol pugno un bove. Ma cosa è oggi la bravura di tagliare con una spada rugginosa il collo a un'anatra, o a un pollo? In Germania si scommetteva sulla bravura de' cani nel battersi contro una bestia feroce. Lo spettacolo detto Hetze vi fu definitivamente abolito.

(3) Vedasi il *lib. 1 cap. 11.*

anco quelli che più le sono amici le possono diventar nemici sebben semplici spettatori del modo con cui viene eseguita. Vi fu un tempo in cui si arrestarono i rei come si fermano le bestie selvagge, con colpi di fuoco. Ove fosse sempre quest' uso il criterio d'una forza brutale distruggerebbe tutti i vantaggi che una savia polizia intendesse creare (1). La infamia non irrita meno gli animi della forza: ella è anzi forse peggior della forza perchè pone l'uomo a cui ella si appressa nell'alternativa e di accarezzarla, lo che non può fare se non dichiara infame se stesso, o di rabbrividire di trovarsi tra le sue mani (2).

Se la carcere ove il reo deve essere trattenuto fino all'esito della causa è luogo di pena non di custodia i condannati che vi si annidano comunicheranno ad esso il loro contagio, ed innocente, per lungo tempo non lo sarà: colpevole, si disporrà a nuovi e più gravi delitti prima d'esser punito di quello, che egli ha commesso (3). Se le carcere con titolo di custodia ha carattere o di tortura morale, o di pena ella insinua la pericolosa opinione che la legge si fidi più nella forza di quel che ella si fidi nella giustizia (4).

CAPITOLO VII.

Del piacere come incentivo al mantenimento, ed alla perfezione dell'ordine, o de' premj e delle ricompense come mezzi di preventiva difesa.

Fino dai tempi di Alessandro Severo i Romani giureconsulti o preparando le parole, colle quali il legislatore doveva annunziarsi come guarentigia di tutte le esistenze sociali, o parlando per loro conto come leggi viventi per una prerogativa al loro ordine compartita, esprimevansi, essere lor desiderio di conformare gli uomini al rispetto, ed all'amore dell'ordine col timor delle pene, e colla esortazione de' premj (5).

---

(1) Cod. Leop. *art.* 52 *69.*
(2) Cod. Leop. *art.* 57 §. 3.
(3) *Observations sur la convenance d'etablir deux etablissements distincts pour diverses classes de prisonniers par Etienne Dumont. Annal. de legisl. vol. 1 part. 2 pag. 268.* Questa nota coincide coll'altra a pag. 238. ove fra i nomi degli uomini benemeriti del miglioramento delle carceri furono omessi quelli di Caleb Townes, e di Giona Hanway non degni dell'ec. che ne chiude la lista.
(4) Cod. Leop. *art.* 29
(5) Dig. *Lib.* 1 *tit.* 1 *l.* 1 §. 1.

Ma i giureconsulti Romani così esprimendosi non ebbero in vista l'ufficio delle leggi della sicurezza sociale, nè intesero stabilire una massima legislativa. Essi manifestavano le abituali preordinazioni del loro animo come favorevoli alla morale, e si proclamavano nell'insegnamento del dritto sacerdoti d'una vera, e non simulata filosofia (1). Triboniano concedendo un luogo nella sua compilazione a quella professione di fede de' giureconsulti Romani, confondeva i principj dell'insegnamento pubblico co' principj della legge protettrice dell'ordine, e lo scopo morale d'un precettore con lo scopo d'una mente legislativa.

La idea di ricompensa e di premio si associa a quella della virtù, ma la idea della virtù avversativa, o *contro parte* di quella del vizio, non lo è della idea del delitto. Infatti i giureconsulti Romani colla professione solenne de' loro principj non ebbero in mente la idea del delitto, ma ebbero quella di una morale bontà, d'una retta abitudine da infondersi non nell'animo della immensa popolazione, che allora formava l'impero Romano, ma in una classe d'individui affidata alla lor direzione; e grande sarebbe stata la lor meraviglia se avessero udito come un posteriore compilatore avea convertito in una legge dello stato quel loro detto.

Leggendo le opere scritte modernamente sulle ricompense in senso avversativo o *contro-parte* delle pene (abusiva nomenclatura perchè considerandole come antidoti del delitto dovrebbero essere considerate come aventi lo scopo medesimo delle pene) non piccola è la sorpresa quando un si accorge, che i termini di relazione delle pene e delle ricompense occupano un ristrettissimo luogo in quelle opere, e che per ampliarlo chi le ha scritte ha dovuto ricorrere ad encomiare i premj da darsi o alle denunzie in genere de' delitti o alle denunzie de' complici, contorcendo il naturale significato delle parole, e chiamando ricompensa la *impunità*, la quale non è se non *causa estrinseca* o di esclusione, e di diminuzione di pena come lo sarebbe il caso d'un grande numero di delinquenti, i quali andando impuniti non son reputati certamente ottenere una ricompensa del delitto dal quale contaminaronsi (2).

---

(1) La legge qui sopra citata è tratta dal libro primo delle istituzioni di Ulpiano. Meschinamente ne parlò De Simoni *Del. di mer. aff. vol. 1 p.168.*

(2) Bentham *Théorie des peines, et des rècompenses vol. 2 pag. 47 111 117.* Il Dumont *fonascò* del Bentham per riempire un volume sulle ricompense ha dovuto metterci un intero libro di cose relative alla economia politica col bel mezzo termine; che questo libro potea considerarsi come l'applicazione de' principj esposti ne' precedenti, ne' quali a dir vero se si pre-

Se si volesse far del premio e della ricompensa un antidoto della offesa della sicurezza sociale non si saprebbe come concepire o porre i termini di questa politica teoria. Sebbene per lo più il precursore del delitto sia il vizio non sussiste però nè che il vizio conduca sempre al delitto, nè che il delitto nasca sempre là dove il vizio allignò. Le cause della offesa della sicurezza sociale nascono da tante, e sì varie, e sì poco *generalizzabili* circostanze da non dover credere che premiando le virtuose azioni, le quali sorgono talvolta come fuggitive, e brillanti meteore nell' ordinario andamento delle umane cose, si possa sperare che il politico effetto di questo generoso espediente si estenda alle masse e divenga un qualche preservativo dell' ordine. Orazio vincitor de' Curiazj virtuoso coll' offrire il proprio sangue alla difesa della sua patria divenne delinquente coll' uccidere la propria sorella, lo che mostra che il conto delle virtù appartiene ad un calcolo separato e distinto da quel de' delitti, e che, avendo il primo molte partite a credito, possono nascere partite a debito nel secondo (1).

Senza scendere ai ragguagli de' premj alla delazione lo che la stessa pubblica amministrazione presceglie di praticare segretamente, il premio e la ricompensa può esercitare un ufficio avversativo a quello della punizione incoraggiando alcune azioni speciali come azioni speciali voglionsi reprimere colla punizione allorchè un infortunio minaccia la vita d' un uomo, e il coraggioso soccorso del proprio simile lo può salvare (2). Ma sebbene convenga alla legge di risvegliare per tutti i modi possibili la energia delle benefiche qualità della umana natura onde meglio proteggere la umanità resterà sempre dubbioso se il pagare l' atto benefico non corrompa la beneficenza, convertendola da qualità virtuosa e disinteressata come debbe essere in qualità mercenaria. D' altro lato siccome lo spirito di speculazione lecita è la gran molla del perfezionamento e dell' ordine delle società moder-

---

scinda da tutto ciò che ha relazione ai vantaggi, che dà agli uomini la società colle forme, senza le quali società politica non potrebbe essere, quasi niente vi ha di relativo alle ricompense considerate come *contro-parte* delle pene. Eppure l' opera è interessantissima, e si legge volentieri!

(1) È curioso ciò che narrasi di Alessandro VI. Guerreggiando cogli Orsini, ed entrando con suo nepote in una città vicina a Roma di fresco evacuata dal suo nemico vide staccar la sua effigie dal patibolo, toglier la testa a una statua degli Orsini, e adattarvi la sua. Voltosi al nepote gli disse « *Tu vedi che vi ha un passo dalla forca alla statua* ». Goldsmith *On human grandeur.*

(2) *Enciclopedie Meth. Police, et municipalité art. noyès.*

ne, chi assicurerà che accorti speculatori non concertino tra loro un dramma di azione virtuosa, e benefica, e se ne repartano insieme la ricompensa?

Questa riflessione sebben poco favorevole alla umana natura, tende a convincere che la ricompensa, utile nelle mani dell' amministrazione non per diminuire i delitti coll' incoraggiamento delle virtù, ma per viemeglio in certe circostanze proteggere l' uomo dall' infortunio che gli sovrasta, sarebbe un espediente pericoloso, e soggetto ad errore nella mano della legge (1).

A prima vista potrebbe sembrare, che i premj e le ricompense potessero esercitare una salutare influenza sulla più fedele e più pronta esecuzione delle leggi protettrici della sicurezza pubblica. Ma il farlo è un dovere per la parte di chi ne ha l'incarico dalla legge, nè la sodisfazione d' un dovere merita premio: incitare a farlo colla speranza del premio chi non ne ha l' obbligo è confessare la cattiva scelta, la indolenza, la inutilità, di chi presiede alla esecuzione delle leggi: e, ciò che è ancor peggio, è mostrare di voler punire non per necessità o per giustizia ma per mania di punire pagando chi ne somministra la occasione, e la facilità: è avvilir col denaro uno ufficio la cui necessità dovrebbe essere nel cuor dell' uomo inspirata dall' amor della patria e dell' ordine, e dal giusto odio contro chianque se ne dichiara offendendo la legge il nemico. La condizione politica delle ricompense collo scopo di viemeglio assicurare la esecuzione della legge è sì infelice, che esse possono con utilità praticarsi ove meno importerebbe valersene. Nella materia delle trasgressioni, delle quali è pecuniaria la pena, la legge può ammettere a parteciparne il privato, o pubblico delatore in premio della facilità che egli le ha dato di colpire chi le commesse (2).

---

(1) È strano che Bentham dopo aver sostenuta la utilità d' una ricompensa ai delatori sostenga poi, che i servizj salariati sono i peggio prestati: ma per trarsi avanti in un' opera, la quale non doveva essere neppur da lui cominciata, e per parlar de' salarj sostiene, che il salario non è *ricompensa* consacrando poi non poche pagine alla discussione di questa materia in un trattato delle ricompense. Bentham *Thèorie des peines, et des rècompenses vol.* 2 *pag.* 163 179.

(2) Bentham *Thèorie des peines, et des rècompenses vol.* 2 *pag.* 25 ha l' accortezza di formare un *capitolo* su questo caso speciale: di porlo in principio del suo trattato per dare a credere, che esso si raggirerà realmente sulla materia che il suo titolo annunzia: e di dare al capitolo l' accorta intitolazione *dell' unione dell' interesse con il dovere ec.* Egli però non dice, che i suoi esempj son tutti di trasgressioni. Cade qui in acconcio osservare

I premj e le ricompense destinate a prevenire i delitti son mezzi di civiltà, e di prosperità pubblica, che la legge protegge e moltiplica ond' essi non abbiano o nello stato selvaggio delle passioni del popolo una causa morale, o non ne abbiano una accasionale in qualche ostacolo che si frapponga alla industria. Ma il generale carattere della loro influenza sulla intiera aggregazione politica a differenza de' premj e delle ricompense, le quali aver non ne possono se non una speciale sopra qualche individuo: l' azione loro che tutta si esercita in antecedente mentre quella de' premj e delle ricompense si esercita in susseguente: la loro indole in altro non consistendo se non in buone ed utili leggi distante da quella de' premj e delle ricompense, la quale consiste in elargizioni onorifiche, o in elargizioni pecuniarie, sono altrettanti evidenti riprove che le due diverse classi di mezzi appartengono a due diversi ordini di cose, e che in conseguenza i premj e le ricompense non possono essere espedienti opportuni a risparmiare alla società il rigor delle pene.

La pena è destinata a reprimere: il premio, e la ricompensa a elevare (1). Il moto ascendentale, che nella umana società la natura risveglia, e che la legge dee sempre mantenere ed accrescere, tutto si fa per un impulso di pecuniarie speculazioni: giunti a certi apici a certe alture sociali, si fa per un desiderio di distinzione e di onore (2). Quindi

---

come Gellio *N. A. in praef.* chiama il *piccante* de' titoli delle opere *festivitates inscriptionum.*

(1) Merita d' esser letto tutto quel che è piaciuto a Bentham d' immaginare sull' effetto comperativo delle pene e delle ricompense, mezzi d' agire sull' animo umano, che non hanno cosa alcuna di comune tra loro, e di scopo diverso. *Thèorie des peines, et des rècompenses vol. 2 pag. 47 e seg.*

(2) Convien dire, che la ignoranza e la barbarie abbiano in se medesime una decisa tendenza alla stagnazione, ed alla immobilità. Uno de' grandi caratteri di differenza della civiltà antica, e della moderna è che la prima fu tutta fondata sulla gerarchia delle classi, le quali erano a guisa delle caste degl' Indiani, e la moderna è tutta fondata nel potere che ha l' individuo di salire colla sua industria, e colle sue intellettuali capacità dalle infime alle altissime. Un elegante, ed erudito scrittore Alex. ab Alex. *Gen. dies lib. 5. cap. 18.* ha raccolte le notizie storiche relative al pensiero, che i Greci, i Romani, e tutti i popoli antichi ebbero di dividere in classi la popolazione senza che l' individuo d' una classe potesse passar nell' altra. Tanto in Grecia, che in Roma la gran molla degli ambiziosi, i quali vollero cambiare a loro profitto il governo della città, fu di rompere questa gerarchia delle classi, e dar mezzo alle infime di elevarsi alle più alte. Niuno ha osservato, che il moto ascendentale non per la via della forza, ma per la via del merito personale è stato introdotto tra gli uomini dalla costituzione che a sè dette la Chiesa di Gesù Cristo. Bentham *Thèorie des peines, et des recompenses vol. 2 pag. 185.* parlando de' becefizj ecclesiastici avrebbe

la ricompensa pecuniaria è inutile perchè il moto della industria dal basso all' alto la dà. La ricompensa onorifica il cui desiderio si trova ove non è dato causa o tentazione di offesa ha un valore ed un titolo il quale dipende dalla forma del governo, vale a dire da un fatto che è fuor d'ogni calcolo relativo alle leggi della sicurezza sociale (1).

I premj che si compartono ai grandi scienziati, letterati, poeti (2) ed artisti hanno ben altro scopo che quello di prevenire i delitti. Gl' incentivi alle scienze, alle lettere, e alle arti onorano la società, e danno a questi rami della industria dell' uomo un prezzo che la volgare opinione non saprebbe loro concedere, eccitando chi possiede il superfluo a farne il più nobile, e più generoso uso che non disperderlo in alimento di futile pompa, e d' ozio neghittoso ed inerte. Le scienze, le lettere e le arti contribuiscono in un modo indiretto a prevenire le offese della sicurezza sociale perfezionando i mezzi materiali o morali di distrazione, e di divertimento della moltitudine, e togliendo loro d' intorno le incoerenze, le rozzezze, le stravaganze e spesso i tratti alla buona morale contrarj che essi sempre hanno in tempi d'ignoranza, e barbarie.

È stato osservato non esser da contare tra gli uomini che sulla comune lor probità (3), e ciò non ostante parlando delle generali maniere di guidarli in società si parla di virtù e di ricompensa mentre la virtù è ricompensa a sè stessa, e se così non fosse tal non sarebbe. Si scambiano invero spesso tra loro queste due cose probità, e virtù dandosi al-

---

dato un bel campo al suo metodo esaustivo se gli considerava in questo punto di vista.

(1) Vedasi il *lib. 1 cap. 18.*

(2) Bentham *Théorie des peines, et des recompenses vol. 2 pag. 75* dee poco piacere ai poeti, e tanto basta per averli nemici: *Genus irritabile vatum.* Egli li reputa indegni di ricompense: dicendo che essi si fanno presto una reputazione, e producono cose poco utili all' umano perfezionamento. Omettendo la seconda ragione che è falsa, si potrebbe sostituire alla prima il timore, che il premio troppo largo al poeta non producesse l' effetto del troppo pascolo che la donna della favola dette alla sua gallina. Gabriello Atilio elegante poeta latino del XV. secolo amico di Gioviano Pontano, e lodato dal Sanazzaro ottenne pe' suoi bei versi un vescovado, ma ottenuta la mitra gettò la cedra di Apollo. Paul. Jovius *Elogiorum cap. 125.* I bei versi producono prodigj incredibili. Ammonio avea un asino d' un gusto meraviglioso per la poesia perchè preso a leggere avanti di lui un poema preferiva il non toccare il cibo apprestatogli e soffrir la fame all' interrompere la sua attenzione a quella lettura. Photus *Biblioth. n. 242 ex Damascio in vita Isidori philosophi.*

(3) Bentham *Théorie des peines et des recompenses vol. 2 pag. 60.*

l'uomo probo il titolo di virtuoso, lo che non può accadere se non là dove gli uomini probi son rari. La memoria delle virtù degli antichi dee essere rispettata come le loro opere classiche che sono fino a noi giunte, e che pochi sono in grado di leggere e intendere. Nella maniera con cui le moderne società son montate bisogna contentarsi che esse siano, come Tacito osserva essere stato l'Imperator Galba, più fuori de' vizj che con le virtù (1).

L'amore per le distinzioni è all'uomo connaturale, e i selvaggi ne fanno prova, appassionatissimi come essi ne sono (2). La gerarchia delle classi si sostiene nelle moderne società su questa umana passione. Quelle che formano i mezzi pecuniarj sono all'infinito variabili: fisse e stabili son quelle che son formate dalle leggi. Questo avanzo delle istituzioni antiche è stato con politiche ragioni difeso dai più ardenti amici delle pubbliche libertà (3): come mezzo di polizia non è una ricompensa perchè la nascita ne forma il titolo, ma è uno espediente opportuno a conservare negl'individui un punto di onore al quale si trovano quasi dalla stessa lor posizione obbligati, lo che è un gran preservativo contro le tentazioni di offendere. Mantener queste classi ammettendovi famiglie nuove onde riempiano i vuoti che o le ingiurie del tempo o quelle della fortuna vi fecero è creare nella società un nuovo stimolo propagatore de' sentimenti di dignità che per giungere a quelle classi si reputano nella opinione pubblica necessarj. Nè poco favorisce questo stimolo salutare un sistema di distinzioni che l'autorità pubblica ha istituito onde ricompensare il merito personale d'uomini i quali o per scienze, o per lettere, o per arti, o per un esemplare zelo

---

(1) *Magis extra vitia quam cum virtutibus.*
Histor.

Tutti conoscono la così detta Rosiera di Valencey villaggio di Piccardia. La rosa davasi alla fanciulla la più *virtuosa*, vale a dire la più *onesta*. Ma la onestà in vergine non è forse un dovere? Questa virtù poteva verificarsi in un particolare affetto filiale, e ancor questo è un dovere.

(2) La Imperatrice Caterina II., ottenuta la cessione della Crimea da Chagin Gierrey ultimo Kan di quel paese, ed essendosi egli ritratto nella vita privata gli mandò il nastro dell'ordine di Sant'Andrea, ma, essendo egli turco, con una mezza luna di brillanti attaccatavi, e non la croce colla immagine del Santo. Il Kan ripose, che se vi era la croce avrebbe accettata la decorazione senza portarla, ma che quel che gli era offerto era un gioiello, e ricusò! Costui avea l'uso singolare mentre parlava di gettar da una mano all'altra una palla di cannone. *A Tour performed trough the years 1795 1796 into the Tauride, or Crimea by* Mad. Guthrie *Lond. 1802 vol. 2 §. from Batcheserai.*

(3) Bentham *Théorie des peines, et des récompenses vol. 2 pag.* 35.

e perizia con cui sodisfecero a qualche servizio pubblico sono stati come benemeriti della società alla quale appartengono dall' opinione pubblica riconosciuti (1).

Se le ricompense pecuniarie non son praticabili che per più facilmente scuoprire umani trascorsi i quali non hanno carattere di offesa della sicurezza, e però non possono essere considerate come mezzi di polizia adattati a prevenirle, e le ricompense onorifiche esercitano la loro salutare influenza in classi nelle quali nell' ordinario corso delle cose la tentazione di offendere non si presenta, le ricompense dette di *esenzione*, o di *privilegio* non meritano d' essere pur mentovate. Queste esenzioni sono altrettante deroghe alla legge protettrice della sicurezza pubblica, e della privata, e però tendenti tutte a farla considerare come l' effetto della forza la quale ha potuto meglio farsi valere ove ha incontrato la debolezza.

La idea d' una procedura remuneratoria all' oggetto di niente omettere di ciò che la ricompensa può aver di contro parte alla pena, ottima per illudere i meno accorti lettori, resterebbe per le cose esposte fin qui un ente di ragione, il quale non troverebbe reale oggetto, a cui si potesse applicare. Ma immaginare un tribunale, in cui si amministra la remuneratoria giustizia (manca fino alle parole il significato): uno non si sa se attore o reo che domanda la ricompensa: ed un altro che viene paragonato all' *accusator pubblico*, e col titolo di *contestator generale* e si oppone alla ricompensa, è una invenzione drammatica, la quale per se sola dimostra, che la scienza delle leggi della sicurezza sociale non ha il meno da temere dai voli ai quali la umana fantasia si abbandona (2).

---

(1) Bentham *Théorie des peines, et des recompenses vol. 2 pag.* 10 applica all' *ordine del merito* il suo spirito esaustivo, ed epigrammatico. Certochè applicando l' analisi rigorosa agli oggetti i quali non hanno altro appoggio che la opinione, è cosa assai facile ridurre al nulla la loro esistenza.

(2) Bentham, il quale è ingegnosissimo per chiamare a contributo di tutti i suoi spiritosi concetti la storia, gli usi, le mode, i riti sacri, e i profani, non manca qui di citare l' *Avvocato del diavolo* ammesso ad *excipere* contro le beatificazioni. *Théorie des peines, et des récompenses vol. 2 pag.* 105.

CAPITOLO VIII.

Distinzione della polizia di DRITTO, *e della polizia di* FATTO, *e connessione della difesa preventiva col metodo giudiciario.*

Tutti i mezzi della preventiva difesa considerati fin quì escono dalla mano della legge, e dalle istituzioni, che ella sola può creare. Ma la legge aspetta dalle forze dell'uomo il suo vero impero. Se s'immagini uno stato ricco di buone leggi, d'istituzioni eccellenti ma o male eseguite, o non eseguite, questo stato rassomiglierà a un gruppo di belle umane figure dipinte in un quadro, le quali chiamate a soccorso d'un uomo in pericolo di perder la vita nè rispondono, nè si muovono.

L'apparato d'uno forza militare nello stato può fornir la idea del suo potere contro un nemico straniero, ma significa poco per il potere, che è necessario spiegare contro l'interno nemico dell'ordine della città. Una magistratura giusta, imparziale, disposta a parlare se non come parlerebbe la legge se farlo potesse, può assicurare dai legali assassinj ma non può assicurare da quelli de' ladri di strada (1).

La legge cerca la propria forza in quella dell'uomo sia che ella si proponga *prevenire* sia che si proponga *reprimere* col timore la offesa. Ma ancorchè le forze, che la legge cerca a questi due oggetti nell'uomo, esercitino esattamente l'ufficio loro, sicchè dalla sua esecuzione immancabile nasca la forza morale che ella dee avere sugli animi onde abitualmente tenerli nella disciplina sociale, ella ha pur sempre bisogno della forza dell'uomo per un terzo oggetto, su cui colle generali sue formule ella non può provvedare. Questo terzo oggetto consiste nell'istituire un sistema di vigilanza e di forza, la quale tutta all'uomo affidata indaghi, scuopra e sopprima se esistono le cause di offese che nè la preventiva, nè la repressiva difesa ha potuto impedire che esistano.

È questo un mezzo di difesa di *fatto* la quale si esercita in circostanze che niuna umana prudenza non che la legge può provvedere. Si può ben capire la preferenza da darsi a un mezzo, il quale impedisce che la offesa venga commessa, anzichè ad un mezzo che la punisce dopo che ella è stata

---

(1) Paul. Risi *Animadv. ad crim. jurisp. pertin. pag.* 2. « *Alii cives latronum telis, alii judicum sententia pereunt* ».

commessa (1), ma come istituire, o regolar questo mezzo se la legge non lo abbandona tutto alla *prudenza* dell' uomo? La libertà individuale, sia pur ritrosa quanto esser si vuole e di sè stessa gelosa, non ha il titolo per opporsi a questo espediente, il quale desume da una più urgente necessità di quella, che consiglia alla legge il punire. La storia ammaestra, che là dove le leggi troppo imitando il dritto della pura ragione son più gelose della indipendenza dell' uomo che della sua sicurezza (2), e dove perciò la difesa di fatto, che una polizia vigilante ed attiva somministra all' ordine della città, è rigettata come pericolosa alla individuale indipendenza del cittadino nè la difesa *preventiva*, nè la *repressiva*, che la legge per sè sola comparte, è sufficiente a fornire la sicurezza di cui l' uomo ha bisogno nelle grandi, e popolose aggregazioni politiche, e l' offesa ridendosi o della providenza o del rigor della legge calpesta impudente, e impunita gli altrui diritti (3).

Gli uomini in società collettivamente considerati per lo sviluppamento delle naturali lor facoltà possono rassomigliarsi alle piante frugifere che servono lor d' alimento, le quali nel loro stato agreste e selvaggio non differiscono dalle gremigne: educate dalla industria dell' uomo quanto più sono coltivate più rigogliose divengono e fruttano, ma perchè ciò accada è necessario che la vigilanza del coltivatore le liberi dalle piante parasite e nocive, che non estirpate le soverchierebbero, e distruggerebbero in esse ogni produttiva lor forza.

Vasto, e a prima vista quasi illimitato, è il campo, su cui la vigilanza dell' uomo destinato a sopprimer di fatto le cause d' offesa ha bisogno di esercitarsi, ma può ciò non pertanto la legge segnare a quella vigilanza nel suo esercizio dei limiti, i quali assicurino, e rendan tranquilla la opinione, di cui l' uomo che uniforma la propria condotta alla legge

---

(1) *Melius est succurrere in tempore quam post exitum vindicare* God. *Lib. 3 tit. 27 l. 1.*

(2) Vedasi il *lib. 1. cap. 6.*

(3) *A Treatise on the police of Metropolis etc.* L' autore osserva che gl' Inglesi si gloriano che niuna vigilanza di polizia inquieta la lor libertà individuale, e che la lingua Inglese non ha nemmeno una parola per esprimere la *polizia*, ma che i furti annualmente commessi a Londra da confraternite di ladri si elevano a due milioni di lire sterline, e quelli commessi dai ladri, che non appartengono a queste società ammontano a settecentomila lire sterline: che i ricettatori di robe furtive vi abbondano, e che tremila botteguccie di rivenduglioli fanno questo commercio. Tale stato di cose è compianto anco da Guglielmo Roscoe *Osservaz. sulla giurispr. pen. pag. 45 not. 2.*

dee pur godere di poter far l' uso che più gli aggrada della libertà, che gli resta (1).

La vigilanza pubblica destinata a fornir la difesa di fatto dee risultare da un ordinato sistema di attribuzioni, delle quali l' amministrazione investe gli uomini che a tal' effetto presceglie. Se vi ha complesso di forze, le quali abbiano bisogno di riunirsi tutto ad un centro nella periferia dello stato, è certamente quello che l' amministrazione destina a questa difesa, lo che mostra, che la monarchia è la forma di governo che più vi si presta (2).

Questo uffizio centrale di vigilanza ha le sue diramazioni in agenti subalterni la gerarchia dei quali è immaginata colla veduta d' una più pronta e più facile circolazione delle notizie, e degli ordini dalla periferia nella quale si trovan diffusi, è il centro nel quale tutti si riuniscono. Comecchè trattisi di sole forze che agiscono col titolo di umana prudenza quanto più gli agenti di queste forze daranno guarentie del loro morale carattere più avranno aspetto di forze legali o della legge veramente supplementarie. La disciplina, gerarchica di queste forze: lo spirito d' ordine che le debbe animare: il moto più prudenziale che rumoroso con cui esse debbono agire: lo scopo della destinazione loro a risparmiare i rigori della legge, che punisce questo accordo di pensieri tutti politici è, nè altrimenti può essere, il resultato d' un amministrativo criterio, il quale quanto può avere le sue ispirazioni nella sagace mente dell' uomo altrettanto rigetta le scritte regole della legge.

Questa gerarchia di forze destinate a fornire la difesa di fatto, supplemento necessario de' difetti inevitabili di dritto, obbligata a vigilare in tutti i più segreti ripostigli del moto sociale le cause d' offesa, ha bisogno di un seguito di forze ausiliarie, le quali come tali non conosciute onde viemeglio esplorino, formano i più oscuri, e tenebrosi veicoli della pubblica vigilanza: forze delle quali il dispotismo ha fatalmente abusato (3): l' abuso delle quali ha spesso consigliato gli animi generosi a rigettarne qualunque siasi uso (4): forze che rese necessarie dalla umana malvagità e forse della

---

(1) Vedasi il *lib. 1 cap. 10.*

(2) Vedasi qui addietro il *cap. 1.*

(3) Mart. *Epigr. lib. 1 ep. 4* ne fa la seguente pittura.

» *Turba gravis paci, placidaeque inimica quieti*

» *Quae semper miseras sollicitabat opes.*

Plinio *Paneg. c. 35* chiama i delatori grassatori, e ladroni.

(4) È da vedersi la *L. 2. Cod. Theod. de petit.* la *L. 3 4 5 24 cod. eod. tit.*

sua tempra partecipando come quelle, che ne debbono scandagliare i più segreti consigli, meritano che sian fatte valere con quella circospezione medesima con cui la medicina converte i veleni in farmaci salutari pel corpo dell' uomo.

La necessità di valersi di delatori autorizza a valersi delle informazioni segrete. Vi è tra l' un mezzo e l' altro una strettissima analogia. Sulla unione di due mezzi si appoggia quella *ricerca generalissima* di cui parlano gli scrittori che hanno spiegate le forme dell' inquisitorio processo (1). Ma la *delazione*, e la *informazione* segreta dando titolo alla *vigilanza* onde raddoppiare di attività non lo danno alla *forza* per agire contro l' individuo che quei due dati investissero (2).

Se la vigilanza necessaria alla difesa di fatto non può per il disimpegno delle proprie attribuzioni ammettere scritte regole nella legge, ella come specie di servitù utile a meglio mantenere la libertà dee ne' suoi movimenti aver sempre quel medesimo titolo di necessità, che dette vita alla legge penale. Dal che può teoricamente dedursi, I. che come pubblica ella non può varcar la soglia de' lari privati, II. che ella ha dritto di esercitarsi in tutti i luoghi di pubblico uso, III. che ella ha pur un egual dritto in tutte le occasioni, e in tutte le circostanze che o liete o triste eccitano riunioni di popolo, IV. che quanto ai privati ella segua alla traccia ovunque allignino e ovunque vadano le persone che si son rese sospette di macchinare contro l' ordine, e contro le leggi (3).

La polizia economica appiana con molti dei suoi provvedimenti la via all' esercizio di questa pubblica vigilanza onde ella più facilmente e con più utile effetto si eserciti. Tutto ciò che tende a bene ed esattamente identificar gl' individui o per il nome lor proprio, o per quello della famiglia alla quale appartengono, o per la distinzione del sesso, o per il luogo della loro fissa dimora: la illuminazione delle vie in tempo di notte: le perlustrazioni che la polizia ci fa percorrendole: i regolamenti che ordinano la clausura di certi ridotti pubblici: la cura a cui obbligano i privati di tener chiusi a notte avanzata gl' ingressi delle lor case: la proibizione delle riunioni per le vie con pretesto di cantilene recreative: tutto rende più attiva vigilanza sì fatta.

---

(1) Brunemann. *De inquisitionis processu cap. 2 num. 6.*

(2) Bentham *Traitès de legist. civ. et pen. vol. 3 pag. 71* parlando delle celebri *buche* del palazzo di S. Marco approva la *prima* parte della istituzione, e rigetta la *seconda*.

(3) Il signor Colquhoun nell' opera qui sopra citata valuta, che a Londra ove la Polizia è imperfettamente praticata le persone sospette ascendono a 115,000.

La vigilanza fa strada o all'uso della prudenza, o a quei della forza onde sventare, e fare andare a vuoto i delittuosi progetti. La prudenza utilmente si adopra anco ove l'offesa sia stata già consumata se il suo materiale altro non presenti se non il passaggio di cosa mobile dal possesso del proprietario alla mano del sottrattore, e non per altro mezzo che l'accortezza di questi. In tal caso senza pensare al rumor della punizione migliore consiglio è quello di far cessare il danno del proprietario, che la pena non ripiana per certo: perocchè talvolta un prudenziale espediente che risparmia all'offensore la ignominia d'essere scoperto per tale può avere sul di lui animo un effetto più salutare di quel della pena. Una giustizia paterna è ben spesso più utile d'una giustizia la quale intende armarsi di tutta la severità della legge (1).

Ne' progetti di offesa i quali o si formano e si sviluppano colla forza o meditano di agir per sorpresa la vigilanza che gli scuopre tra via inutile sarebbe se la forza non potesse render vana la forza, ed impedir la sorpresa. Il fatto di chi s'incammina all'offesa giustifica allora, e legittima il fatto di chi invigila alla difesa, e la società non esercita in tal caso un dritto, che la legge della natura non autorizzi.

Se la offesa avvenne, e fu consumata cessa il titolo della difesa di fatto, e subentra nella polizia di vigilanza quello o d'impedire la evasione dell'offensor conosciuto, o di scuoprire il nascondiglio in cui si ritrasse, o di facilitar la prova dell'ignoto offensore.

Fu già osservato che la sorpresa in fragrante tentativo di offendere, e la verificazione della prova della offesa già consumata sono atti nei quali la polizia, e la giustizia si trovano a contatto tra loro, ed il contatto potrebbe divenire stato di collisione delle lor prerogative reciproche. Per lo che questi due atti debbono essere discussi là dove trattasi del metodo giudiciario (2).

L'impedir la fuga dell'offensore, rintracciarlo nel nascondiglio, in cui potè ricovrarsi, e arrestarlo non sono atti d'una sola e medesima autorità come potrebbe a prima vista sem-

---

(1) Fronton *Fragm. pag. 319.* « *Nam delicta sua plerique dum ignorari putant corrigunt: ubi manifesta sciunt, impudentia obfirmantur*». Vedasi come un sagace intendente di polizia, il sig. Sartine seppe con prudenza riparare al danno, che un furto magno aveva arrecato a un ricco banchiere. Prost. De Royer *Dictionaire etc. mot. police.*

(2) Vedasi il *lib. 4.* ove dimostra che questo problema è deciso in un modo dal processo *accusatorio misto*, e in un modo diverso dal processo *quesitorio*, non nascendo nel processo *accusatorio puro*.

brare. La polizia può bene spiegar la sua forza per impedir la fuga a un offensore che le sia avvenuto di sorprendere in offesa fragrante, o contro il quale le pubbliche acclamazioni la incitino. Ma se si tratta non di acclamazioni, le quali attualmente perseguitano l'offensore fuggente e piuttosto di fama che denunzj alcuno come offensore: se si tratti di rintracciare un offensore che si è nascoso, la polizia di vigilanza in questi due atti non può agire di proprio moto ma con un titolo, che nel metodo giudiciario la giustizia ad essa fornisca.

La polizia debb'essere incaricata d'invigilare la esecuzione della pena ma non s'incarica di atti che abbian lo scopo di farla applicare, se si prescinda dal poter denunziare, e accusare. Alcuni hanno erroneamente riferito al suo uffizio la facilitazione della prova del corpo di delitto: la diminuzione delle incertezze de' processi, e delle punizioni (1). Così facendo tutte le parti della legislazione d'uno stato si ridurrebbero alla polizia, nè vi sarebbe più distinzione tra l'uffizio dell'una, e l'uffizio dell'altra. La prova del delitto, l'effetto più sicuro o più incerto delle forme di procedere necessarie a stabilire la prova o del corpo di delitto, o dell'autor del delitto son cose che appartengono alla giustizia, e non alla polizia: perocchè in esse si tratta non di ottenere ciò che può sembrar utile ma di toccare per quanto più è possibile il punto in cui consiste la verità.

Le deduzioni istituite fin qui avendo percorsi i diversi uffiej della difesa preventiva di *dritto*, e della difesa preventiva di *fatto* trovansi giunte ad un limite oltre al quale col titolo di polizia non posson trascorrere. Questo limite a cui le attribuzioni della polizia finiscono è quello dal quale le attribuzioni del metodo giudiciario incominciano.

La creazione del magistrato di polizia: il modo di procedere nella verificazione delle trasgressioni, o de' delitti di polizia, essendo combinazioni delle forze dell'uomo, e delle forze della legge insieme riunite, onde questa viva nel moto di quello, sono altrettanti oggetti che il solo metodo giudiciario colle regole che gli son proprie può definire.

FINE DEL LIBRO TERZO.

---

(1) Bentham *Traités de leg. civ. et pen. vol. 3 pag. 77 108.* Molti altri provvedimenti legislativi sono da questo autore riferiti erroneamente alla polizia *pag. 40. 71. 171.*

INDICE

LIBRO III. DELLA DIFESA DELLA SICUREZZA SOCIALE. pag. 5
PARTE I. *Principj generali.* ivi
CAP. I. *Ragione della nomenclatura.* ivi
CAP. II. *De' sistemi scientifici sulla origine, e sul fondamento del gius di punire non considerato come difesa.* 17
CAP. III. *De' sistemi scientifici sulla origine, e sul fondamento del gius di punire considerato come difesa.* 24
CAP. IV. *Origini razionali e politiche della difesa della sicurezza sociale.* 28
CAP. V. *Differenza, caratteri, e connessione reciproca della difesa preventiva, e della repressiva.* 39
PARTE II. *Della difesa repressiva.* 49
CAP. I. *Carattere politico delle forze della difesa repressiva nella pena.* ivi
CAP. II. *Continuazione del soggetto medesimo.* . . 64
CAP. III. *Carattere giuridico della forza costituente la difesa repressiva nella pena.* . . . 73
CAP. IV. *Della pena di morte.* 80
CAP. V. *Continuazione del soggetto medesimo.* . . 91
CAP. VI. *Delle pene efflittive indirette.* 102
§. I. *Lavori pubblici.* 104
§. II. *Casa di forza.* 106
§. III. *Carcere.* 108
§. IV. *Deportazione, relegazione, ed esilio.* . . 109
CAP. VII. *Della morte civile.* 113
CAP. VIII. *Delle pene infamanti.* 118
CAP. IX. *Delle pene pecuniarie.* 122
CAP. X. *Della proporzione delle pene ai delitti.* . 123
CAP. XI. *Cause eventuali alterative della proporzione tra i delitti, e le pene.* 129
§. I. *Circostanze del delinquente.* ivi
§. II. *Circostanze del delitto.* 130
§. III. *Bisogni del metodo giudiciario.* 137
§. IV. *Distanza di tempo tra il commesso delit-*

to, e la sua punizione. 140
§. V. *Pubblica prosperità.* 144
PARTE III. *Della difesa preventiva.* 147
CAP. I. *Induzioni storiche, e razionali sulla più retta nozione della polizia, e delle sue varie specie.* ivi
CAP. II. *Ragioni della legge nel creare il delitto di polizia.* 163
CAP. III. *Differenza della polizia della prosperità pubblica, e della polizia della sicurezza pubblica.* 170
CAP. IV. *Polizia delle cause involontarie dell' offesa nell' azione nociva delle cose inanimate, de' bruti, e dell' uomo per imbecillità d' intelletto.* 177
CAP. V. *Palizia delle passioni, le quali agendo come impeto sull' animo umano divengono causa di offesa.* 189
CAP. VI. *Polizia delle passioni d' indole razionatrice considerate come cause d' offesa.* . . . 190
CAP. VII. *Del piacere come incentivo al mantenimento, ed alla perfezione dell' ordine, o dei premj, e delle ricompense come mezzi di preventiva difesa.* 207
CAP. VIII. *Distinzione della polizia di* DRITTO, *e della polizia di* FATTO, *e connessione della difesa preventiva col metodo giudiciario.* 215

BIBLIOTECA

DI

Scelte Opere

ITALIANE E STRANIERE.

CARMIGNANI.

TEORIA
DELLE LEGGI
DELLA
SICUREZZA SOCIALE

DI

GIOVANNI CARMIGNANI

CAVALIERE DEL R. ORDINE DEL MERITO SOTTO IL TITOLO DI S. GIUSEPPE, PROFESSORE NELLA IMPERIALE E REALE UNIVERSITA' DI PISA, E SOCIO DI VARIE ACCADEMIE D'ITALIA.

TOMO QUARTO

NAPOLI
TIPOGRAFIA DELL'ARIOSTO

1845.

LIBRO IV.

DEL GIUDIZIO DELLA OFFESA, E DELLA DIFESA.

Quam iniquum sit in incognitis, et inexploratis judicare, nobis.... credite.
Fronton. *Fragm. Ed. Ang. Maj pag.* 336.

CAPITOLO I.

Carattere delle leggi giudiciarie penali (1).

Lo spirito umano onde discernere in un oggetto, che esiste fuori di lui, una qualità di cui si è già formata l'astratta e generica idea dee intraprendere una operazione, la quale ad ogni nuovo oggetto rinnuovasi, e tutta consiste nell' esa-

(1) Fu già osservato *lib. 3. cap. 1.* come la nomenclatura, quanto più gli oggetti scientifici si avvicinano allo stato della lor pratica giacitura, più può in questo lor cambiamento tornare ad essere quella, che l'uso forense ha già consecrata. Parlando in questo libro del modo con cui le leggi sulla offesa, e sulla difesa della sicurezza sociale si applicano col giudizio attuale dell' una, e dell' altra la nomenclatura scientifica è ritenuta nella intitolazione del libro per servire all' ordine generale dell' opera, ma è abbandonata per le materie che in esso si trattano come già dichiarate penali.

me delle qualità particolari dell' oggetto che vuol conoscere, e nel confronto di queste qualità col modello, che l' astratta, e generica idea gliene ha fornita. I logici chiamano la idea astratta e generica il *sostantivo*, e l' applicazione sua ad un oggetto particolare la formazione dell' *aggettivo*. La legge stabilisce la vietata qualità di un' azione : ma ciò non basta. Ella dee soggiungere come debba procedersi per istabilire se la qualità vietata si verifichi o non si verifichi nell' azione particolare che cade in esame : dal che nasce la necessità di una nuova legge destinata a regolare la più retta e più precisa applicazione della prima ad ogni caso particolare, che vi sia riferibile. Così essendo apparirà a prima vista appropriata e compendiosamente espressiva la nomenclatura, la quale chiama *sostantiva* la prima legge, e la seconda *aggettiva* (1).

Ma se più maturamente la cosa si esamini, e si rifletta, che la legge seconda non dice nè può dire che il tale individuo ha infranta tal legge rendendosi meritevole di tal pena, e dee necessariamente essere, come legge anch' essa, generica, la nomenclatura apparirà tale da non corrispondere perfettamente all' indole dell' oggetto, che si è proposta di esprimere. La regola dell' applicazione d' una legge ai casi particolari non è l' applicazione di questa legge. Se l' oggetto a cui deesi la legge applicare è nuovo sempre : se quest' oggetto nasce, e deriva dai moti morali degli uomini, come nelle offese della sicurezza sociale dee necessariamente accadere, la forza applicatrice debbe esser viva come vive sono le forze che tutto giorno, e in modi sempre nuovi la violano : questa forza debb' esser morale al pari di quelle che coll' applicazione della legge debbono esser represse : nè questa forza morale vivente o nella legge come regola scritta o altrove che nell' uomo potrebbe trovarsi.

Ammessa la necessità della legge regolatrice delle azioni degli uomini in quanto esser possono lesive della sicurezza sociale, della legge regolatrice della sua applicazione, e della forza morale dell' uomo che è il vero applicatore suo ordigno : chiamando la prima *legge penale*, la seconda legge norma del giudizio penale o legge di *procedura penale*, e ravvisando l' una e l' altra come regole limitative della libertà dell' uomo, è necessario concludere che la prima è costituita per frenare le passioni perturbatrici dell' ordine, e la seconda per frenar le passioni, e l' arbitrio del Giudice, giacchè questa legge seconda priva di mezzi da animar la forza necessaria all' applicazione della prima se può dire al Giudice ciò che gli è lecito, e ciò che non gli è lecito di fare non può

(1) Bentham *Théorie des preuves judiciaires vol. 1. chap. 1.*

dispiegare le morali forze, che tutte risiedono nella volontà, e nell' intelletto di lui come uomo (1).

L' offeso, o chi si reputa tale si presenta come una *forza*, la quale inclinerebbe a far la legge non che ad applicarla da se medesimo al suo supposto offensore. Questi dal proprio lato si presenta come *forza* non meno disposta a far da se stessa la legge, e applicarla a colui che lo accusa, trattandolo come falsario, e calunniatore. Per tenere queste due forze in giusti confini, e decidere qual delle due agisca legittimamente è necessaria una *terza forza*, che come tale dalle due forze rivali sia rispettata. Questa terza forza debbe esser tutta di creazione della legge, e di chi ha potere di farla. Le due forze rivali dell' *accusatore*, e del reo possono uscire in tutta la loro originalità, e in tutta la loro energia dal grembo della sensitiva natura. La forza del *Giudice* come norma, e momento di quelle due sembra dover escir tutta dalla ragione.

La imputazione e la pena, scritte nella legge quasi si trasmutano nel suo spirito. Egli deve decidere se un' azione umana lesiva dell' ordine avvenne: chi se ne rese l' autore: se l' azione anzichè essere offesa fu l' esercizio d' un dritto che la legge ha dovuto, e voluto proteggere: se fu l' effetto dell' umana debolezza, o della umana malvagità: qual grado di pena sia la giusta difesa, che la legge ha voluto nel caso opporre alla offesa. La soluzione di questi cinque problemi è alla balìa o dell' intelletto o della volontà di chi giudica. Se gli decide la volontà, il Giudice si trasforma in forza cospiratrice con una delle due rivali tra loro. Se gli decide l' intelletto, un orror che l' offuschi produce gli stessi danni che un vizio di volontà. Qual sarà dunque il metodo, che diverrà guarentigia della imparzialità del Giudice: quale il criterio onde accertarsi della esatta corrispondenza delle sue decisioni alla verità delle cose decise? (2)

La storia e la ragione possono essere di guida e di scorta allo spirito umano onde scernere qual sia la strada migliore per risolvere quei problemi. Nella lor soluzione più retta sta il destino della società, e quello dell' individuo. La libertà civile ha in quella soluzione il suo compimento, la sua realtà, il suo vero e distintivo carattere. Le opinioni religiose,

---

(1) Un moderno scrittore avendo formato il progetto d' un codice in due colonne l' una contenente la legge penale, l' altra la regola di procedura in tanti articoli corrispondenti agli articoli della prima per una miglior norma de' giudici sembra aver appresa la legge di procedura non come *limite*, ma come *guida* dell' offizio del giudice. Livinghston *Projet d' un code pénal presenté à l' assemblée de l' état de la Louisiane trad. de Taillander*, *Paris 1828*.

(2) Sulla necessità della corrispondenza esattissima del giudizio colla legge Ved. Montesquieu *Esprit des loix liv. 11. chap. 6.*

i sistemi morali, le ipotesi più o meno brillanti sulla origine, e sul titolo delle leggi, le dispute sulle forme del potere politico non hanno competenza o a stabilire, o a distruggere, o a modificare a lor grado una verità di *fatto*, o di *diritto*; e se uno scrittore promette d' indagare qual sia il logico, e critico mezzo per meglio stabilire una tal verità, sarebbe ridicolo aspettar di vedere qual sia per essere il suo *sistema*: a quale opinione appartenga: perocchè la logica, e la critica o non son tali, o se tali pur sono debbono essere in tutte le menti le stesse.

CAPITOLO II.

Origini, e vicende storiche del giudizio penale.

Tutta la forza delle leggi viene a riunirsi, e concentrarsi ne' metodi della lor pratica applicazione. Se le leggi della sicurezza sociale furono prima fatti nella natura, e quindi divennero razionali concetti dello spirito umano (1), questa verità, forse non facile ad esser compresa astrattamente enunciata, ha una prova storica nelle naturali origini del giudizio penale.

Il delitto, la pena, il giudizio sono sentimenti nelle passioni degli uomini prima d'esser concetti nella loro ragione (2). Il selvaggio con poche relazioni con i suoi simili: concentrato tutto in sè stesso: valutando tutto per quel che sente: niente in lui essendo per il pensiero: governato dai soli appetiti della sensitiva natura: *egoista* in grado supremo apprende l' offesa dell' ordine in quella delle sue affezioni: colla sola scorta delle affezioni ne giudica: e tutto il sistema della sicurezza è nella vendetta per lui: sistema connaturale non che proporzionato allo stato delle sue idee, le quali di ben poco sono sopra a quelle de' bruti animali (3).

In questo stato morale degli elementi del giudizio che dee proporzionare la difesa all' offesa sono essi compresi in una forza unica, passionata tutta, senza equilibrio, tutta rivolta ad una direzione sola, quella cioè di calmare col male dell' offensore il dolor della offesa. La offesa potrebbe essere più opinata che vera: ella potrebbe esser stata giustamente inferita: potrebbe esser pure scusabile: una fatale apparenza

---

(1) Vedasi il *lib.* 1. *cap.* 2. 3.

(2) Ben disse il Vico, essere state prima le leggi, dopo i filosofi *Scienza nuova vol.* 3. *pag.* 119.

(3) Uno spaventevole esempio di questo giudicar del selvaggio è narrato dal viaggiatore D. Rotelet, e riferito da Albert *Phisiologie des passions vol.* 2. *pag.* 220. Per gli antichi vedasi Tacit. *De morib. Germ. cap.* 21. Vell. Paterc. *lib.* 2. *c.* 118.

potrebbe mostrare alcuno come autor della offesa, ed aver essa un autore diverso. La passione colla benda sugli occhi segue con moto precipitoso l'impulso, che la svegliò, e va come sasso scagliato ove il moto ad essa comunicato la spinge (1).

Un'autorità è pur necessaria per regolare il giudizio della offesa e della difesa. Per la mente, e per le passioni del selvaggio, in cui la unità individuale è fortemente sentita, non ve ne può essere fuor di quella di Dio. Ma nella sua mente la idea d'un Ente Supremo autore e regolatore delle cose create non giunge tant'oltre da comprendere come esso di sua natura sia testimone, e vindice inevitabile delle men rette azioni degli uomini. Questa idea sebbene suppongasi innata nella umana *coscienza* (2) giace oscura ed ottusa nell'animo del selvaggio: si risveglia, e quasi si scuote nelle grandi crisi degli elementi ma non altera in lui la opinione della illimitata indipendenza sua nel giudicare de' torti che gli sono inferiti, e nel prenderne riparo a suo grado. La sola attività del pensiero trae per così dire l'uomo fuor di se stesso: il sentimento tende a racchiuderlo tutto in se: onde nella mente del selvaggio non cape la moltiplicata idea d'un'autorità, la quale intervenendo tra l'offensore, e l'offeso giudichi imparzialmente tra l'uno e l'altro, e serva di remora al rovinoso moto della vendetta (3).

Appena però la mente dell'uomo s'inalza ad una perfetta cognizione di Dio ravvisando la sua dipendenza da lui, questa cognizione diviene l'unico e solo criterio estimator della offesa. Nella opinione del barbaro tutto il creato è sotto la immediata mano di Dio: tutto è protetto da lui, e dal patto, che gli è piaciuto stabilire cogli uomini. In questo stato delle sue idee il delitto è l'offesa di Dio: la pena è la espiazione solenne della irritata Divinità: il giudizio dell'una e dell'altra è giudizio di Dio manifestato da lui per tutti i modi, che alla umana credulità piacque d'immaginare (4).

---

(1) « . . . . . *Ardet stimulis, ferturque nocendi*
« *Prodigus, ignarus caussae.*
Claud. *De cons. Mallii v. 229. et seq.*

(2) Tutti sanno che la sana teologia non ammette gli atei detti *negativi* contro quel che ha scritto il Bayle ne' suoi pensieri sulla cometa del 1660.

(3) Giovenale *Sat. XIII.* Terenzio *Hecyr. act. 3. sc. 1.* Seneca *De ira lib. 1. c. 13.* osservano come per questa ragione il senso della vendetta è connaturale alle donne, ai fanciulli, ai vecchi, e ai malati.

(4) *Regnator omnium Deus: cetera subiecta atque porentia.* Tacit. *De morib. Germ. cap. 39.* Montesquieu *Esprit des loix liv. 28. chap. 17.* Per gli antichi vedasi Sophocl. *In Antiq.* Pausan. *in Achaic.*, Eustath *lib. 7. 11. De amor Ism.*, Valer. Maxim. *lib. 8. cap. 1. num. 5.* Per il medio evo Muratori *De judiciis Dei antiq. diss. antiq. Ital. vol. 3.*, Beeman *De judiciis Dei.* Le Brun *Histoire critique de pratiques superstitieuses liv. 4. chap.*

Ma anco in questo nuovo stato di cose il giudizio, che deve proporzionare la difesa all' offesa consiste in una forza unica, la quale appunto come unica manca dell'equilibrio che aver dovrebbe onde divenir mezzo di riparazione dell' ordine. La forza altro non fece che cambiar di luogo, passando da un cuore agitato da violenta passione a una mente tutta preoccupata dall' idea d' un intervento attuale immediato di Dio, il cui giudizio rende inammessibile quello dell' uomo.

Questa idea venne in seguito a prendere forme diverse secondo il diverso carattere, e le diverse abitudini delle nazioni. Fra i popoli bellicosi il giudizio di Dio si manifestò per mezzo della forza dell' uomo, e produsse il duello (1). Fra i popoli più docili al salutare ascendente della religione il giudizio di Dio si manifestò per mezzo della umana *coscienza*, e fece nascere il criterio del *giuramento* (2).

Il duello però fu tra le nazioni ancor barbare un gran passo verso un ordine migliore di cose. In luogo d'una forza unica regolatrice del giudizio della offesa e della difesa apparvero due forze tra loro rivali, ed opposte, e dovette da questo fatto nascere la prima idea d' un equilibrio tra loro. Fu allora soltanto, che la mente umana potè acquistar la idea d' un *accusatore*, e d' un *accusato*: d' un *attore*, e d'un *reo* (3).

Era il giuramento un mezzo più favorevole alla disciplina

---

3. §. 13. Un dotto ed ingegnoso scrittore ha storicamente provocato come vi ha una somiglianza perfetta tra gli usi, e i costumi de' tempi eroici, e quelli del medio evo. *The history of Greece by* William Mitford. *vol. 1.*

(1) Vell. Patercul. *lib. 3. cap. 118.* Denina *Rivoluzioni d' Italia lib. 7. cap. 8.* Mario Pagano *Saggi politici vol. 3. cap. 8.* ma sopra ogni altro l' eruditissimo Gilbert Stuart *A view of society in Europe in its progress from rudeness to refinement etc. Basil 1797. b. 1. chap. 11. sect. 4. pag. 45.* L' insigne Hallam *History of the middle age chapt. 2. part. 2.* inclina a credere, che il duello non si praticasse in Francia finchè vi furono in uso le prove dell' acqua, e del fuoco ec. ma ammette poi esempj di questo metodo giudiciario anco in tempo anteriore. Il Thomasio *Diss. de occas. concept. ac intent. constitutionis Carolinae diss. 89. §. 20. not. c.* fa un lungo ragionamento per provare, che il *duello* è il giudizio penale del gius di natura per l'uomo, e combatte l' argomento in contrario dedotto da molte leggi del dritto romano comecchè parlino di stato in cui è già una civile giurisdizione alla quale ricorrere.

(2) Fino dai tempi di Carlo Magno si conobbe il lubrico di questa prova come guarentigia che la umana coscienza fornisce. *Leg. Long. Car. M. 66.* « *Melius foret homines in campis contendere quam perjurium perpetrare*». Montesquieu *Esprit des loix liv. 28. chap. 17.* riferisce una legge di Condebaldo Re di Borgogna la quale ammesse il duello in preferenza del giuramento onde non fosse preso sopra *fatti oscuri*, e non violato sopra fatti *certissimi*.

(3) Montesquieu *Esprit des loix liv. 28 chap. 14* accenna come il duello fu l' effetto dell' ammissione delle prove *negative* non ammesse nel sistema delle purgazioni volgari.

sociale, ed all' ordine. Se il duello presupponeva ogni criterio di verità nella forza, e nella destrezza del corpo, il giuramento incominciava a mostrare che la verità avea bisogno d' una prova se non *logica* almeno *morale*. Se il primo metodo tutto faceva dipendere dall' asserzione dell' accusatore, e del reo, il secondo fornì ne' *congiuratori* la prima idea della prova per mezzo di testimonj, e così d' una prova più disinteressata o credibile di verità. Siccome il giuramento non esponeva come la prova per l' acqua, pel fuoco, e pel duello ad alcun rischio di vita chi l' assumeva, all' oggetto di ammettere a far valer questo mezzo o per asserire, o per impugnare la offesa fu sentita la necessità, che egli avesse chi giurasse per lui. Convenne stabilire il numero de' giuratori: il modo con cui doveano presentarsi a giurare: la formula del lor giuramento. Così alla idea delle due forze rivali dovette aggiungersi quella della *prova* degli *atti*, e delle *forme*, sotto le quali quelle due forze erano costrette a spiegare la lor respettiva energia (1).

Ma fino a questo punto le due forze rivali agivano l' una sull' altra. L' equilibrio poteva nascere dalla eguaglianza dell' una, e dell' altra: la vittoria dalla maggiore energia, o dal peso dell' altra sull' una. La necessità di ammettere tra queste due forze rivali una terza forza, la quale facendosi rispettare da loro vegliasse alla esecuzione esatta, e fedele delle forme divenute necessarie nella loro contesa, e all' esame del valor della prova che nel caso di giuramento se ne doveva arguire, fornì la idea d' un' autorità, la quale presiedesse al giudizio: tenesse nei lor giusti confini le due forze rivali: servisse quasi di pernio tra loro, e decidesse qual delle due dovesse ottenere preponderanza sull' altra. Di qui nacque la idea d' un *giudice* e del suo *uffizio*: forza anch' esso però, perchè forza di resistenza onde stabilir l' equilibrio tra le due venute a contesa tra loro; e nacque la idea d' un locale destinato a esaurire il litigio (2).

Conveniva però che il Giudice come terza forza necessaria all' equilibrio delle due forze rivali o come tale ad esse da se medesimo si presentasse obbligandole a riconoscerlo, o fosse come tale scelto, ed accettato da loro.

Come la prima idea d' una prova necessaria a stabilire la verità dell' asserzione dell' accusatore e del reo era venuta dal giuramento così dal giuramento medesimo dovette nascere

---

(1) Le forme solenni per l' assunzione del giuramento sono esposte dal Du-Cange *Gloss. voc. juramentum*, e da Gregorio Turonens. *De mirac. cap.* 33.

(2) Il giuramento giudiciario prestavasi nelle chiese, ed eravi anco nel Palazzo del Re una cappella apposta per questa cerimonia. *Esprit des loix liv. 28. chap. 18. in not.*

quella della necessità d' un Giudice. Il caso d' un egual numero di giuratori per l' una parte, e per l' altra dovette presentarsi sovente; e dovette esser sentita la necessità di trovare in questo conflitto il modo di farlo cessare. Il criterio del giuramento occupando per la influenza delle idee religiose tutta la mente degli uomini come avea fatti scegliere i testimonj dovette fare scegliere i giudici, testimonj per così dire della verità delle testimonianze dall' accusatore, e dall' accusato dedotte, e *giuratori* o *giurati* al pari de' testimonj ancor essi: quasi rappresentanti la coscienza del paese in mezzo al quale era stata inferita la offesa (1).

Fino a questo punto giunger potevano le forze morali della natura umana per fornire un abbozzo qualunque del giudizio penale senza soccorso d' idea di dritto, o di scienza che al dritto si riferisse. Questo punto chiude un periodo di tempo, che la filosofia della storia può considerar diviso in tre stadj: il primo rappresentante il giudizio nella privata vendetta regolato dalla forza del corpo: il secondo rappresentante il giudizio nella espiazione dell' offesa di Dio regolato dal suo solo oracolo nelle sorti: il terzo rappresentante il giudizio come criterio di verità fornito dagli uomini che si reputavano di più retta ed illibata coscienza (2): dal che appare che il criterio della *coscienza* tra popoli ancora avvolti nelle tenebre della ignoranza, e della barbarie si presentò nella mente degli uomini come il meno peggiore tra gli altri due (3). La storia di tutti i popoli nella infanzia del viver civile conferma questo andamento di cose, il quale d'altro lato dedotto dalle generali caratteristiche della umana natura non può esser tacciato di romanziero e fattizio.

La storia cambia di faccia, diventa varia, fluttuante ed incerta, allorchè nella mente degli uomini chi presiede al giudizio non è più considerato come guarentigia di verità,

---

(1) I testimonj furono detti *compurgatores*, *sacramentales*, *juratores*. Questo punto d' istoria connettendosi con quella delle più verisimili origini del *jury* sarà più diffusamente trattato nel successivo capitolo XIV.

(2) G. B. Vico *Principj di scienza nuova lib. 4. pag. 75.* ammette tre epoche ne' giudizj: i giudizj di *Dio*: quelli della *forza*: quelli della *ragione*. Sebbene in questo piano non entri il periodo della vita *selvaggia* esso non è esattamente conforme ai dati della filosofia della storia. Un ingegnoso scrittore parlando della divisione, che i poeti fanno delle età della società umana in età dell' oro, dell' argento, del bronzo, e del ferro, applicata poi a quella dell' eloquenza, spiritosamente osserva doversi rovesciare la nomenclatura e incominciare dall' età del ferro. *The four ages* by William Yackson. *London 1798.*

(3) Il Clero, il quale rappresenta tutta la scienza, e tutto il dritto di quella età fu sempre contrario al duello, e si sforzò, proporzionandosi alla ignoranza de' tempi, di fargli prevalere la prova per il giuramento. Renazzi *De orig. seu form. judic. crim. diatriba* §. *11. pag. 39.*

ma come forza politica, la quale nell' uomo esercita un atto di superiorità su' suoi simili.

Dacchè alle idee d' un potere tutto *teocratico* successero quelle d' un potere *politico*, e la mente umana avendo appreso a trarre una linea divisoria tra l' impero del cielo e quel della terra, lasciato il primo alla Divinità e a' suoi delegati, pensò dover da se sola dar sistemi al secondo, i principj religiosi, o i prettamente morali dovettero cedere il luogo a quelli del dritto come titolo legittimo della forza necessaria a guidare la umana volontà al miglior ordine delle cose civili e politiche (1). Il potere di giudicare della offesa e della difesa della città, essendo stato sentito anco prima che ravvisato esser la più rilevante parte del potere politico, o fu afferrato tutto da chi ebbe solo l' impero, o divenne oggetto di ambizione, e di gelosia reciproca tra i ceti della città, che tra loro se ne contesero l' esercizio. Nel qual nuovo stato di cose il giudizio della offesa, e della difesa non fu meno in balìa delle umane passioni, essendo alle superstiziose le politiche succedute: nè potette quel giudizio esser meno una combinazione di forze, o esercitandolo quella che sola comprimeva tutte le altre nella città, o divenendo una transazione tra quelle che colle armi alla mano contendevano o di eguaglianza o di supremazìa tra di loro.

La storia non smentisce anzi conferma co' generali suoi dati queste nuove vicende del giudizio della offesa, e della difesa per opera delle ambiziose passioni degli uomini; e la storia di Grecia, e più specialmente di Roma, nostra maestra nel dritto, presenta in questo aspetto le cose, tanto più istruttivo e più vero che in quanto la civiltà degli antichi si trovò più vicina assai di quella de' moderni alla originale opera della natura nell' uomo.

Senza discuter qui se la monarchìa o la democrazìa sia stato il primo governo degli uomini, ma non essendo dato dissimulare che la storia pone ovunque in scena la prima innanzi della seconda (2), i primi bagliori del metodo giudiciario lo rendono visibile tutto, e indiviso tra le mani dei capi supremi delle nazioni (3).

---

(1) Vedasi il *lib. 1. cap. 8. pag. 102.* ove confrontando il *dritto* colla *morale* fu osservato, essere il primo il legittimo titolo della forza.

(2) G. B. Vico *Principj di scienza nuova lib. 4. pag. 31.* confutando Bodino opina per l' aristocrazìa con base di schiavitù. Questo punto congetturale della filosofia della storia è ampiamente trattato da Millar *The origin of the distinction of ranks chapt. 3.* Home *Sketches of the history of man Book 2. sect. 2. pag. 164.* dà la priorità alla democrazìa. Ferguson *Essay on the history of civil society part. 3 sect. 2.* è inclinato a distinguere i piccoli stati, ed i grandi. Facilmente s' intende, che quando i fatti generali son certi è inutile disputare sulla lor più vera cronologia.

(3) Mario Pagano *Saggi politici saggio 4. cap. 4.* impugnando, che pei

Ma comecchè i giudizj senza regola, e norma scritta, e col solo ajuto del senso morale in gran parte si esercitassero (1) appena l'elemento democratico riuscì a soggiogare il monarchico, il giudizio penale potè facilmente dal Re passare nel popolo il quale credè d'aver anch'esso il suo senso morale per maneggiarlo con rettitudine. Il giudizio della *coscienza* altro allora non fece che cambiare di luogo passando dall'abituro reale alla piazza della città: dal coperto d'un tetto allo scoperto del cielo: da un consiglio privato ad una popolare numerosa adunanza (2). Se la città si compose di più ordini ogni moto politico risvegliò questioni sul dritto di giudicare: un ceto lo tolse all'altro: talvolta due ceti rivali lo confidarono come temperamento, e transazione tra loro a un terzo ceto (3), e le dispute sulla migliore amministrazione della giustizia furon dispute di ambizione per lo più

---

tempi eroici, e barbari il poter giudiciario fosse esercitato dai Re suscita una questione di parole, e tratta assai leggermente la storia di Roma sotto i Re e sotto i primi Consoli. Egli che si compiace trarre analogie storiche da Omero, da Esiodo, e spesso dall'Ariosto si presenta con un'assai scarsa e misera suppellettile di cognizioni storiche in questa materia. Mario Pagano, uomo di grande ed elevato carattere sostenne la celebrità de' suoi scritti con quella delle sue vicende politiche, cosa resa assai frequente a' dì nostri; e fu più immaginoso che critico nella filosofia della storia. Che fino da' tempi eroici i Re esercitassero il poter giudiciario si legge in Esiodo *Theog. v. 88. et seq.*

Τούνεκα γαρ βασιληες εχέφρονες, οὕνεκα λαοῖς
Βλαπτομένοις ἀγορῇφι μετατρομα ἔργα τεγεύσι
Ρηϊδίως, μαλακοῖσι παραιφάμενοι ἐπέεσσι

versi de' quali il Renazzi senza riporgli originalmente, e senza indicare il luogo d'Esiodo d'onde son tratti dà la traduzione che segue

« *Hoc uno Reges olim sunt fine creati*
« *Dicere jus populis, injustaque tollere facta.*

Pretende il Niebhur, che i Re a Roma giudicassero de' delitti de' soli plebei con appello al Senato. *Storia Romana part. 1. pag. 357. 424.* Se il primo bisogno politico degli uomini fu quello d'avere un'autorità, la quale componesse i loro litigj il più antico governo dovette esser quello de' Re, e tale in realtà lo dimostra la storia. Caesar *De Bell. Gall. lib. 6. cap. 22.* Tacito *De morib. germ. c. 12.* Arist. *De rep. lib. 1. c. 3. lib. 3. c. 14.* Dionis. *Lib. 5. c. 74.* Cic. *De legibus lib. 3. c. 2.* Salust. *De bell. Catil. cap. 2.* Lucret. *De rer. nat. lib. 5. v. 1135.*

(1) *Arbitria Principum pro legibus erant.* Just. *Histor.* Vedasi il *lib. 1. cap. 8. pag. 121. not. 1.*

(2) In Atene il Tribunale degli *Heliasti* fu così detto per le sedute, che i numerosi giudici, che lo componevano, tenevano a cielo scoperto ed ai raggi del sole. *Suida Aristofane*, e *Meursio presso* Pastoret *Histoire de la legislation vol. 6. pag. 394.*

(3) Le rivoluzioni frequenti del poter giudiciario a Roma, e il suo passaggio dal senato al popolo, dal popolo al senato, e da questi due ordini a quello de' cavalieri sono diffusamente narrate da Beaufort *La Rep. Rom. vol. 4. pag. 99. 111.* Midleton *Life of Cicero Book. 1. An. Rom. 683. Cic. 37.*

imbrattate di umano sangue, che le civili discordie son sempre pronte a versare (1).

Nacque allora una forza, la quale manifestandosi nella parola pronunciata da uomini che si annunziavano probi, e periti nel dire (2), prometteva in mezzo a tante passioni, e tanti scompigli il regno della ragione. Ma gli oratori occuparono il campo del giudizio penale più come forze combattenti che come forze ragionatrici armandosi di prestigj retorici nel comporre, e di artifizi drammatici nel declamare onde trarre i giudici, e il popolo, divenuti la cosa medesima, o ad assolvere il colpevole o a condannare l' innocente a lor grado nel modo stesso che nelle assemblee della nazione aveano sostenuto or l' una or l' altra parte politica o nella elezione del cittadino alle cariche, o nella determinazione ad accogliere, o rigettare un progetto di legge (3).

Questo sistema fondato tutto sulle passioni politiche ed avendo titolo di politica libertà (4) doveva necessariamente perir con essa. Infatti tutto il giudizio penale dalla *coscienza* del *popolo* passò in quella del *despota*. Come il popolo fece la legge, e l' applicò da se stesso così il despota fece (5); se all' uno bastò di dirsi intimamente convinto per assolvere, o condannare, l' altro diversamente non operò: se la tortura fu criterio di verità sotto gli auspicj del primo (6) ella continuò ad esserlo sotto il secondo.

Tutti gl' Imperatori Romani stimarono la giustizia civile: pochi e rari apprezzarono la penale, volendola i più a lor grado, ed imitando anco in questo l' autorità popolare di cui

---

(1) Il sangue de' Gracchi de' quali Scipione Nasica diceva *jure caesos videri* macchiò il pavimento del Senato di Roma principalmente per questa causa. Appian. *lib. 1. pag. 180.*, Vell. Paterc. *lib. 2. c. 13.*, Plutarc. *In Gracch.*

(2) Cicerone e Quintiliano definiscono l' oratore *vir bonus dicendi peritus*. Ved. il *lib. 1. cap. 14. pag. 243. not. 1.* Lo strano contrasto tra la *teoria*, e la *pratica* nella spiegazione di questa celebre *formula* sarà da me esposto nel *Discorso storico giuridico sulle vicende della eloquenza forense*.

(3) L' esame della *coscienza* oratoria è divenuto spesso soggetto di veementi declamazioni: il confronto dell' *oratore*, e del *giureconsulto* non meno. Questo soggetto fu a scapito del primo acremente, e con atrabile trattato da Nicola Vigelio *Instructorium judicum Francofurti 1581. pag. 161. 199.*

(4) Notai altrove come Renazzi e Pagano non seppero bene apprezzare la differenza tra la libertà *civile*, e la *politica*. *Lib. 1. cap. 10. pag. 163. not. 1.* Pagano aumentò in questa materia la confusione nei suoi *saggi politici. Saggio 5. cap. 16. 17.*

(5) Montesquieu *Grandeur, et decadence des Romains chap. 16.* Ved. il *lib. 1. cap. 15. §. 2. pag. 283. not. 2.*

(6) Vedasi il *lib. 1. cap. 11. pag. 183. not. 1.* Cicerone *Partit. orator. cap. 34.* dice la tortura istituita *more majorum*. Ella era in uso anche innanzi alle *questioni perpetue*. Schmiedicke *De histor. process. crim. com. cap. 8. §. 5.*

si chiamarono successori (1): perocchè il popolo a Roma lasciò tutto il dritto civile ai giureconsulti, e riserbò tutto il penale o ne' *comizj* o nelle *questioni perpetue* a sè stesso (2).

Triboniano avendo esclusi dalla sua compilazione tutti i giureconsulti del tempo della repubblica (3) non ha tolto niente alla posterità nelle penali materie. Ma l' uffizio salutare che i giureconsulti Romani prestarono in queste materie alla umanità ed alla giustizia sotto gl' Imperatori come oggetto razionale, e non storico non appartiene alla presente ricerca.

Le esposte vicissitudini della forza: i narrati fenomeni delle passioni or brutali, or superstiziose, ed or politiche degli uomini in quanto influirono sulla origine, e sulla indole del giudizio penale, oltrechè possono far temere che o continuino questa loro fatale influenza se non col grado d' intensità con cui agirono tra i popoli antichi, e quelli del medio evo (4), almeno in parte anco tra le moderne incivilite nazioni (perocchè le umane passioni son sempre le stesse), offrono lo spettacolo di ciò che le nude forze della natura umana nella infanzia della ragione producono, aspettando, che dal suo pieno sviluppamento nascano, e si coordinino i concetti della mente, fonte unico delle leggi, a dar loro un sistema il più confacente ai bisogni della sicurezza sociale.

Disse un grande scrittore, essere di tal rilievo le leggi costitutive del giudizio penale che in uno stato il quale possedesse le migliori tra le possibili un uomo condotto al supplizio sarebbe più libero di quel che sia lo un Bassà in Turchia (5). La migliore combinazione di queste leggi può assomigliarsi ad un edifizio di solida, e maestosa struttura, il quale sia stato composto colla combinazione migliore delle forze, che pur ora fur viste agire, e reagire in un senso esagerato e violento perchè da leggi che loro convengono non

---

(1) Vedi il *lib. 1. cap. 15. §. 2. pag. 279. not. 1.*, e Holtius *Lineamenta historiae jur. rom. vol. 1. §. 582. et seq.*

(2) I Gracchi sommossero la città per i giudizj penali non pe' civili. Ferratii M. Antonii *Epistolae. Venetiis 1738. ep. 1.*

(3) Vedasi il *lib. 1. cap. 15. §. 2. pag. 245.*

(4) È celebre ciò che avvenne in Inghilterra nel 1827. Certo Tornton accusato di premeditato omicidio sopra Maria Ashferd dal fratello della uccisa, tradotto innanzi al *jury*, ed aggravato d' indizj, propose di purgarsene col *duello* o con *bastoni ferrati*, o con *pugni*. L' accusatore, basso di statura, e gracile di complessione al confronto dell' accusato, non accettò. Il giudice Lord Ellemborough, sussistendo sempre l' antica legge, e non accettando quello assolvè questi. Il fatto narrato dai giornali Inglesi è citato da Globig *Censura rei judicialis etc. part. 1. praef. pag. LVI.*, e ripetuto da Ad. Bossange *Des crimes, et des peines capitales, Paris 1832. pag. 88. 93.*

(5) Montesquieu *Esprit des loix liv. 12. chap. 2.*

regolate. Sembra perciò esser necessaria una scienza per ottenere una ragionata combinazione di quelle forze come è necessaria una scienza al meccanico, il quale per costruire un materiale edifizio non sceglie a caso o per le loro apparenze i corpi che debbon comporlo ma gli dispone a seconda delle leggi di gravità che ha già attentamente studiate.

CAPITOLO III.

Della verità delle forme del giudizio penale, e delle cause che la producono.

Invariabile è la nozione della offesa della sicurezza sociale sia nel suo titolo sia ne' gradi delle forze, che la compongono (1). Invariabile è la nozione del carattere *politico*, e del carattere *giuridico* della forza necessaria a sostenere la legge protettrice de' dritti o naturali o civili dell'uomo, o dei politici della società (2). Invariabile è pur la nozione della struttura generica de' mezzi, che la legge dee necessariamente concepire, e quasi autenticare col proprio suggello onde sia denunziata la offesa: accertata: dichiarata insussistente, o punita. Ma quest'ultima nozione come designativa del modo, con cui tre forze viventi dell'*accusatore*, dell'*accusato*, e del *giudice* si spiegherauno, è troppo vaga, e indeterminata se non indica i particolari espedienti, che la legge ha presi onde regolar quelle forze in ogni atomo del lor movimento.

Il complesso di questi espedienti, co' quali la legge tiene in giusti, e doverosi confini le forze che danno principio, progresso, e fine al giudizio penale costituisce il *metodo giudiciario* o *processo*.

Se consultando la storia si scorge, che le idee di delitto, e di pena ebbero dal più al meno nelle cose alla sicurezza spettanti il valore medesimo nella mente degli uomini, non è dato di scorger lo stesso relativamente al modo di giudicarne, o almeno la differenza delle idee sul valor della offesa, e su quello della difesa è di gran lunga minore di quella che colpisce l'osservatore nelle forme del giudizio penale.

Narratori non mancarono a questa quasi inenarrabile varietà del penale giudizio (3) ma niun d'essi sembra aver

(1) Ved. il *lib.* 2. *cap.* 22.
(2) Ved. il *lib.* 3. *cap.* 1. 2. 3.
(3) Sono da riscontrarsi Cremani *De varia jurisprudentia crim. apud divers. Gentes Oratio Ticini Regii* 1775., Renazzi *De ordine seu forma judiciorum criminalium Diatriba op. vol.* 5., e quanto ai popoli a noi contemporanei

fatta avvertenza a due problemi, che questo fatto risveglia. Sono determinabili con storica esattezza e giuridica le cause di questo strano morale fenomeno? La varietà delle forme del penale giudizio, quale indubitata, e quasi incalcolabile la presenta la storia ne indurrà una nella nozione de' diversi oggetti della imputazione, che la legge crea per segnalare la offesa e punirla (1)? Imperocchè se la imputazione è il giudizio della *legge*: se questo giudizio dee divenire un giudizio attuale dell' *uomo*: se il modo d' instituirlo, di formarlo, e di proferirlo dipende, nè altrimenti può essere, dalla *forma* che la legge ha data al *giudizio penale*, può sospettarsi, che per la incalcolabile varietà di quella forma la imputazione nel lungo viaggio, se il modo di esprimersi è lecito, che è costretta a fare partendo dalla legge, e giungendo a colpir l' imputato perda molto della originaria sua indole, e acquisti mistura d' eterogenei principj o almen di principj di diversa natura tra loro, appunto come una sorgente di pura, e limpidissima acqua passando nel correre per terreni di diversa natura perde la sua purità, e s' imbeve delle particelle le più sottili, che ad esse il terreno comunica.

Il processo penale dee necessariamente essere una combinazione di *giustizia*, e di *forza*. Gli è necessaria la forza perchè senza essa la superiorità che dee essere tra *chi giudica*, e chi è giudicato non potrebbe sussistere. Gli è necessaria la giustizia perchè il solo, e vero suo scopo è quello che rettamente ella sia amministrata, e perchè altro esser non può se non un ordigno *critico* il quale ponga in moto, ed in attività la imputazione dalla legge alla offesa preconcepita colla maggior possibile sicurezza, che questa imputazione, colpendo l' uomo, produca l' effetto medesimo come se lo colpisse la legge.

Ma la forza in tutte le umane cose ha una prepotente prerogativa. Le vicende osservate nel precedente capitolo svelano la fatal verità, che il giudizio penale fu sempre e principalmente dalla forza predominato: or forza fisica, ed or d' immaginazione ne' superstiziosi, che gli servirono di criterio: or forza d' un senso morale, il quale fece scambio della *imputazione* colla *coscienza*: or forza d' impero politico, o di gelosia di potere di questo nome.

La storia lascia in ultimo luogo, ed addita il giudizio penale sotto la influenza di questa ultima forza, nè altrimenti per la natura delle cose può essere: perocchè se una supe-

---

Globig *Censura rei judicialis Europae liberae etc. part. 1. praef. historica* colla notabile epigrafe

« . . . . . *Quis talia fando*
« *Temperet a lacrymis?*

(1) Ved. il *lib. 2. cap. 2.*

riorità tra chi è giudicato e chi giudica è necessaria: se questa superiorità non ammessa dal dritto della ragione è tutta creazione del dritto politico, unico combinatore della forza pubblica nella città (1), niuno è che possa impugnare dover principalmente le forze del giudizio penale aver una connessione strettissima col dritto pubblico che la domina.

Sorge qui la prima, e più capital differenza che esista tra la operazione della legge, la quale crea la nozione giuridica della offesa, e della difesa, e la operazione che crea, e costituisce il modo di giudicarne. La prima può aver regole certe invariabili: la seconda, almeno per quanto ne dice la storia, apparisce subordinata strettamente, inevitabilmente alla forma del governo della città, e a tutte le sue possibili variazioni. Considerando la forma del governo quasi come necessario ingrediente del metodo giudiciario penale la teoria scientifica di questo metodo chiamerà *principio politico* la influenza, che essa vi esercita.

Ma sembrano quasi mancar le parole ad esprimare le tante idee, che in questa intricata materia alla mente si affollano. Concessa al principio politico pur ora indicato la influenza, che esso vuole esercitare sul metodo giudiciario penale, ricompariscono qui a contrastarsi il terreno il principio *politico*, inerente alla pena, e il principio di *giustizia*, determinato sempre o a respingerla, o a restringerla ne' più angusti confini (2).

Si presentano dunque qui due principj ambi politici ma d' origine, e di scopo diverso tra loro: l' uno rappresentante il potere sovrano: l' altro rappresentante la forza, che vuole spiegarsi con titolo di difesa, e come forza è di sua natura inclinata ad esagerare, e a rendersi di tutto padrona; l' oggetto del primo è di tenere in mano la bilancia della *politica libertà*, onde all' uomo colla forza inerente al potere di giudicare non riesca di supplantar la forza inerente o al legislativo, o all' esecutivo potere; l' oggetto del secondo è quello di tenere in mano la bilancia della *civil libertà* nel suo più importante momento quello cioè di proteggere l' ordine dalle passioni inclinate a turbarlo (3). Esaminando il carattere di queste due forze, la loro origine, il loro scopo, i mezzi che spiegano, grandi, poderosi, irresistibili tutti, si scorgerà facilmente essere di lor natura tendenti a tutto assorbire nel metodo giudiciario penale: a confondersi l' uno nell' altro:

---

(1) Ved. il *lib. 1. cap. 6.*
(2) Ved. il *lib. 3. part. 2.*
(3) Ved. il *lib. 3. part. 2. cap. 1. 2.*

a far servire il secondo di pretesto legittimo al primo, e a convertire il giudizio in un pronto, e breve comando.

Ma il critico esame de' fatti: il loro confronto con quanto prescrive la legge onde apprezzare in essi la qualità che ella ammette o proscrive: lo stabilimento dell' equilibrio, che la legge medesima ha voluto tra la offesa e la difesa, senza le quali cose tutte giustizia non vi può essere, tutto manifesta un voto contrario a quello del principio politico.

Il principio politico di forza primaria (così chiamando la influenza che la forma del governo esercita su quella del giudizio penale) mirando a difender se stesso cerca a se medesimo una guarentigia, e la giustizia la reclama a favore dell' accusato; l' uno ha mire prettamente *politiche*: l' altra le ha tutte *giuridiche*; e di qui nasce la differenza tra le guarentigie dell' un nome e dell' altro: potendo il processo aver le prime, e non aver le seconde, o al contrario.

Il principio politico di forza secondaria (così chiamando l' inerente alla pena) obbedendo al natural desiderio dello scopo, al quale intende servire, spesso della sua missione orgoglioso, anela alla semplicità delle forme, e alla brevità grande del tempo (1): mentre al contrario il principio di giustizia, sentinella vigile della presunzione della innocenza, interpetre del dritto della natura sulla inammessibilità della prova, che la ragione umana non soddisfaccia ed appaghi (2), reclama ajuti di forme e di regole onde meglio, e più criticamente istituire le proprie ricerche, e tempo ed indugio, per riuscirvi nel miglior modo (3).

Due metodi tra loro diversi per la ricerca e la dimostrazione del vero si presentano allo spirito umano (4): il *sintetico*, e l' *analitico*: il primo è *assertivo*, e quadra mirabilmente all'*accusa*, a cui il principio politico è pronto sempre: il secondo è *indagativo*, e quadra mirabilmente alla *ricerca* che il principio di giustizia desidera: l' uno dimostra ciò che crede essere la verità, lo che il principio politico promotore del giudizio penale suppone sempre, ha interesse di creder sempre, e, quanto più forte è, più facilmente converte l' interesse in dritto: l' altro rintraccia, esamina, separa

---

(1) *Barbaris cunctatio servilis: statim exequi Regium videtur.* Tacit. *Ann. lb. 6. cap. 32.*

(2) Ved. il *lib. 1. cap. 11.*

(3) Plato *De legibus lib. 6. vol. 2. pag. 766.* « ὁδοῦ χρόνος *etc. tempus, et mora, et frequens inquisitio ad aperiendam controversiam conferunt* ». Mario Pagano *Considerazioni sul processo criminale cap. 2.* riduce tutto il problema al contrasto del bisogno della fretta, e della tardanza: ma non pondera che l' una, e l' altra sono oggetti di libertà civile in chi ammette la necessità della celerità della punizione.

(4) Ved. il *lib. 1. cap. 17.*

le apparenze dalla realtà, l'erreneo dal vero, nè lo segnala se non alla fine d'un lento, e faticoso viaggio, lo che il principio di giustizia ha già manifestato essere il proprio voto: l'uno è un metodo di *composizione* adattato a chi s'incarica di presentare un libello d'accusa: l'altro è un metodo d'*invenzione* qual potrebbe desiderarsi per scuoprire un ascoso tesoro adattando alla situazione di chi con una sentenza deve stabilire una verità di fatto e di dritto (1).

È dunque nella indole dello spirito umano, ed è coerente alla diversità de' metodi di rintracciare, o di dimostrare una verità la distinzione del processo *accusatorio* detto così perchè l'accusatore lo muove e asserisce, e il processo *quesitorio* o *investigatorio* (2) detto così perchè il giudice sopra fondamenti probabili istituisce di proprio uffizio la ricerca del vero, o del falso nelle notizie che acquista, o gli giungono d'un offesa della sicurezza sociale; ed è del pari, almeno a prima vista, innegabile che questo fornisca come criterio di verità maggiori guarentigie giuridiche che non quello.

Rintracciare partitamente come in tutte le parti del processo accusatorio è la *sintesi*, e in tutte quelle del *quesitorio* è l'analisi: ponderare le affinità e le repugnanze, che l'uno o l'altro metodo giudiciario ha col principio politico, che deriva dal dritto pubblico della città e col principio politico inerente allo scopo della pena non sono dispregiabili proponimenti. La forza ovunque ella presentasi spiega un apparato che illude, e soggioga gli animi: tanto più se ella si annunzj come vindice della società, e sembri affrontar francamente il giudizio del pubblico non sempre, e per tutto capace di apprezzare gl'intrigati problemi che la giustizia ha da sciogliere. Una più modesta e solitaria ricerca, senza esser segregata, dalla quale la forza collo splendore che la circonda è affatto bandita, può ben sodisfare un sincero amico della umanità, e della giustizia.

Se sopra più fatti denunziati come offese e tra loro identici in indole giudicati in luoghi diversi, e con diversi metodi giudiciarj (ipotesi non umbratile ed accademica ma contingibile) le sentenze che fossero proferite si potessero come corpi materiali sottoporre ad analisi chimica si scorgerebbe quali in esse sono elementi della legge, e quali quelli o delle passioni, o degli errori degli uomini.

---

(1) *Logica sive ars cogitandi pars. 4. cap. 2.*

(2) Gli antichi Romani dissero *anquisizione*. Liv. *Histor. lib. 3. c. 56. lib. 6. c. 20. lib. 27, cap. 5.* Gli uomini, nella mente de' quali una idea sola predomina rabbrividiscono a sentir parlare d'*inquisizione* parola che spesso s'incontra usata in senso giuridico in *Cicerone*, in *Tacito*, in *Plinio* ed altri antichi.

Due celebri, e grandi modelli di metodo giudiciario penale presenta la storia: l' uno nel *jury* là dove in tutta la sua maggior perfezione si pratica: l' altro nel processo, che uscì dalla mente d' un Toscano legislatore. Nel crociuolo dell' uno talvolta o perì l' innocente, o uscì puro da macchie d' imputazione chi pur ne aveva nella coscienza (1): nel crociuolo dell' altro l' innocente non perì mai, nè vero facinoroso potè mai vantare completa la impunità.

In questi due metodi giudicarj, l' uno *accusatorio*, l' altro *quesitorio*, l' uno *sintetico*, l' altro *analitico*, l' uno avente il criterio della *coscienza*, l' altro avente quel della *scienza* uno scrittore amico del vero, della umanità, e della giustizia ha da intraprendere tre grandi oggetti di esame: ponderare le origini storiche dell' uno, e dell' altro come ispirazioni, o bisogni più sentiti che meditati di due diverse, e tra loro opposte maniere d' essere del potere politico della città: esaminare come nell' uno, e nell' altro la ragione umana può scorgere due diversi criterj di verità l' uno religioso, l' altro scientifico, i quali ciò non pertanto forniscono il resultato medesimo in guarentigia giuridica dell' accusato (2): discutere se il metodo quesitorio, analitico, scientifico, qualora presentasse un migliore, e più saldo criterio di verità sia conciliabile con qualunque forma possibile di regime politico.

Di questi tre oggetti di esame i due primi sono di competenza della teoria delle leggi della sicurezza sociale: il terzo è di competenza della ragione di stato, fino alla quale comecchè tutta pratica non è concesso alla teoria d'inoltrarsi.

Tra il metodo *accusatorio*, ed il *quesitorio*, considerati come due punti estremi d' una medesima linea, esistono nello spazio intermedio i così detti processi *misti* o frutto di misti governi, o transazioni di opinioni giuridiche tra loro contrarie, o parto di fantasia la qual non di rado nelle cose morali, e politiche usurpa il luogo della ragione.

All' aspetto di tanti, e sì intricati problemi, di tanti e sì difficili oggetti di esame non si saprebbe comprendere come la idea platonica del giusto assoluto, o la *coscienza del genere umano*, il quale aspetta di vedere deciso in que' problemi e in quegli oggetti il proprio civile destino, si possano l' uno col suo unico astratto concetto, l' altra colla opinione della interna sua rettitudine presentare a farsi o giudici, o guide della mente umana in tanta impresa e sì ardua: sup-

---

(1) Che le imperfezioni del *jury* siano riconosciute dà più caldi ammiratori di questo metodo giudiciario fu già notato nel *lib. 1. cap. 15. not. 1.*

(2) Ved. il *lib. 1, cap. 14. §. 11. not. 1.*

plire la esperienza, e lo studio: e tagliare invece di scioglierlo il nodo gordiano (1).

Quasi i generali concetti potessero, come il saggio, bastare a se stessi, e chi gli espone non fosse obbligato a mostrare come essi siano suscettibili di pratica applicazione alle libere azioni degli uomini alla legge contrarie (2), gli scrittori, che i più nuovi, e i più arditi proposero, non osarono appressarsi al metodo giudiciario e discuterlo, nè temeron perciò che alcuno gli sorprendesse in errore: simili a colui, il quale, viaggiando senza avere indosso con che suscitar tentazioni di aggressioni a suo rischio, erge ovunque vada, ovunque s' inoltri, libera ed alta la voce (3).

CAPITOLO IV.

Relazioni del processo penale col dritto pubblico della città.

La storia e la ragione: i fatti e i principj convincono che il ministero della legge nel costituire il giudizio penale principalmente si esaurisce creando la forza, che dee servir di equilibrio, di freno, e di decisione tra le forze rivali, che v' intervengono: vale a dire nel fissar le attribuzioni del giudice. Queste attribuzioni del giudice nel loro complesso furono dai giureconsulti Romani chiamate il suo *offizio* quasi esse in realtà tutto disponessero, e tutto facessero (4). Se si parla del *potere* non del *sapere* di giudicare questo modo di esprimersi indica, che il giudice colle sole individuali sue forze non potrebbe, presiedendo al giudizio, corrispondere alla missione di cui la legge lo incarica: che gli è mestiere di una forza, non morale che sola colla propria condotta egli può dare a se stesso, ma di una forza politica idonea a farlo sovrastare alla moltitudine, lo che i giureconsulti Romani espressero colla frase *dritto di territorio*, o dritto d'incuter rispetto (5).

---

(1) Sorprende il numero degli scritti, o de' tentativi legislativi, che a questo proposito cita il Thomasio, incominciando il novero de' primi dal testamento di Melchior ab Osse pubblicato nel 1555., e chiudendolo in Michele Enrico Gribner, che scrisse nel 1715. *Diss. sustinens, emendationem administrationis justitiae neque facilem neque impossibilem, valde tamen difficilem esse, et caute suscipiendam vol. 4. pag. 183.*

(2) Ved. il *lib. 1. cap. 8.*

(3) *Cantabit vacuus coram latrone viator.*

(4) Gell. *Noct. Act. lib. 14. c. 2.*, Brisson *De formul. lib. 5. c. 120, 141 etc.* Il Vico grande ed ingegnoso maneggiatore di etimologie, deriva la parola da *ob facio: ob* compimento, perfezione. *De Univ. jur. princ. et fin. uno lib. 2. c. 14.*

(5) Pomponius *Dig. lib. 50. tit. 16. l. 339.*

Il titolo, e lo scopo di questo dritto manifesta per se medesimo altro non poter essere se non una parte del sovrano potere: onde negli elementi che lo compongono è da cercarsi la origine, la tempra, e la estensione di quel dritto.

Fino a Bodino i sociali fenomeni non ebbero altra spiegazione, che quella che la religione, il dritto della natura, la morale, e l'evidente principio della umana sociabilità poteva fornire. Il dritto politico come teoria della umana sociabilità non aveva ancora gittato un vagito. I Romani aveano bensì colle denominazioni di *giurisdizione*, e d'*impero* riconosciuto il diverso uffizio della *giustizia* e della *forza* nel comporre le umane contese, ma il loro sistema scientifico comecchè connesso col dritto pubblico della loro città, soggetto a tante e sì rapide rivoluzioni, non potrebbe esattamente conoscersi (1). La massima fondamentale di questo sistema fu che la giustizia senza la forza non potesse sussistere (2); che l'una potesse costituire le attribuzioni di alcune persone, e l'altra le attribuzioni d'una persona diverse nel giudizio penale; ma quanto alla origine, e al titolo dell'una, e dell'altra onde dire se fossero inerenti alla carica, o alla carica derivassero da una superiore autorità dello stato, la questione è dubbia ed ambigua (3).

Senza far caso delle vicende storiche del poter giudiciario, e fatto proponimento di spiegare i fenomeni storici con i

---

(1) Numerose son le opere, nelle quali fu tentato di fissar le idee sulla *giurisdizione*, e sull'*impero* secondo il dritto romano. Ne scrissero il Goveano, il Vaassen, l'Eguin, il Quintanaduegna, il Charondas, Giovacchino Stefani, il Marano, il Noodt, il Gebaver, l'Albrecht il Trotz, l'Hommell, il Bach, l'Eber le opere de' quali sono accuratamente indicate dall'Haubold *Inst. jur. Rom, priv. historico dogmat. lineam. pag. 74.* Il Meerman nel suo *Tesoro vol. 2. p. 207.* trattò pur la questione, ma non si sa perchè l'Haubold citando l'Eguin riportato dal Meerman non abbia pur fatto menzione di Guglielmo Barclay la di cui dissertazione è pur riportata dal Meerman *vol. 5. pag. 813.* Nè poteva l'Haubold omettere di citare il nostro insigne Giuseppe Averani, il quale pure trattò questo soggetto *Interpret. jur. lib. 1. cap. 1. 2. 3. 4. 5. 6.* Quello che più ingegnosamente abbia adattate le formule del dritto romano al nostro pubblico dritto e il fu Presidente Henrion De-Pansey *Du pouvoir judiciaire dans les gouvernements monarchiques, Paris* 1810. opera piena di dottrina, d'ingegno, e di savièzza, e degna di divenir manuale dell'amico della giustizia a qualunque forma di governo soggiaccia.

(2) Dig. *Lib. 2. tit. 1., l. 2. tit. 21., l. ult. tit. 18. l. 19. tit. 3. l. 1.* Le leggi parlano della forza necessaria o a contener le parti, o a fare eseguire gli ordini di giustizia.

(3) Le incertezze derivano tutte dal miscuglio di *democrazia*, e di *monarchia*, che senz'ordine, e senza sistema vi fu nel dritto pubblico de' Romani da Augusto in poi. L'Averani ha confutati e Lotario, ed Azone in un tempo (Ved. *lib. 1. cap. 15, pag. 291. not. 1.*) proponendo una opinione diversa da quella di que' due giureconsulti, dotta, e ingegnosa ma assai difficile in dritto pubblico a concepirsi. *Interpret. jur. lib. 1 cap. 2.*

principj, non è dato concepire nè l'indole, nè le fasi alle quali a seconda de' bisogni sociali va soggetto quel potere se non si consideri come una delle forze che nel loro complesso costituiscono il potere politico nella *sovranità*. L'autorità sovrana, ravvisata come fascio di tutti i poteri che sotto il nome di ragione pubblica, e di pubblica forza sono necessarj a concepire i bisogni dell'ordine, e a mantenerlo tra gli uomini riuniti in politica società, è suscettibile di analitico esame onde ravvisarli separati, e distinti l'uno dall'altro nel respettivo officio loro, senza di che la mente umana non potrebbe aver chiara idea de' fenomeni, sotto i quali la pubblica autorità esercita la salutare sua azione o come *scienza*, o come *prudenza*, o come semplice *forza*. In essa il potere *legislativo* rappresenta la scienza come generale concetto de' bisogni dell'ordine, ai quali con formule generali il legislatore provvede: la prudenza e la forza, sono rappresentate dall'*esecutivo potere* come mezzi necessarj a speciali, e particolari provvedimenti (1).

Il Sovrano, come rappresentante la ragione pubblica, e la pubblica forza, ha in sè per tal modo il potere *legislativo*, e l'*esecutivo potere* propriamente detto, quello cioè che provvede alle cose di mero gius delle genti: perocchè sovranità senza l'uno, e senza l'altro o in più o in un solo non può concepirsi (2).

Se il potere esecutivo propriamente detto si esercita come prudenza e forza necessaria a proteggere una società dalle mire ostili d'un altra, esso, prendendo nell'ordine interno della società altri nomi, si spiega o come *amministratore*, o come *applicator della legge* alle *penali*, e *civili* controversie che insorgono, in quanto le une, e le altre esigono l'ap-

---

(1) Un moderno autore con più zelo, che scienza si è fatto a sostenere essere inconcepibile qualunque scientifica analisi de' poteri componenti la sovranità: onde reputa tentativo anarchico quello del Bodino, e del Montesquieu, che aprirono la via a quell analisi. Ma costui non sapendo come trarsi dall'imbroglio in cui questo assurdo sistema lo getta è obbligato a concludere che il Sovrano non ha dovere di amministrar la giustizia tra i cittadini. Haller *Restauration de la science politique vol. 1. pag. 135.* Tertulliano citato dall'Averani *Interpret. jur. lib. 1. cap. 2. num.* 8. sostenendo con maggior competenza dell'Haller la divina origine del dritto Sovrano non è stato di ostacolo a quell'insigne giureconsulto onde indagare come quel dritto col nome di *poter giudiciario* si comunichi ai magistrati, e come si modifichi secondo i bisogni della giustizia. Plauto egualmente citato dall'Averani chiamò i Principi *Giovi umani*, i quali al par di tutti gli uomini muojono. Un Principe giusto non ha schifo di ripetere il detto di Terenzio altrove citato *lib. 1. pag. 299. not. 2.*

(2) Henrion De-Pansey *Du pouvoir judiciaire dans le gouvernements monarchiques chap. 1.*

plicazione d' una legge *generale* ordinata per il bisogno di *tutti* al bisogno particolare de' *singoli* (1).

Gli oggetti dell' amministrazione, comprendendo sotto questo nome generico tanto gli *amministrativi* propriamente detti quanto i *governativi* (2), o sono regolabili da legge che nella sua applicazione può ledere i privati diritti o meramente patrimoniali, o d' individual libertà; o sono regolabili dalla prudenza perchè ella nell' agire non può ledere diritti privati. I primi esigono che dal legislatore sia separato e distinto l' applicator della legge: relativamente ai secondi il Sovrano o non delega o delega a chi gli piace il pensiero di regolarli (3).

La inconciliabilità del potere *legislativo*, e del giudiciario *potere* quanto al suo esercizio in una sola persona è dimostrata assai facilmente se si rifletta che il far la legge, e l' applicarla essendo due operazioni separate e distinte tra loro, e per modo che per distinguerle sono necessarj due intelletti, debbono essere esercitate da due separate, e distinte persone. La operazione della mente umana necessaria all' applicazione della legge a un oggetto o caso particolare è quasi una specie di prisma, attraverso del quale, paragonando la legge ad un raggio solare, dee passar questo raggio onde avere separato e distinto dagli altri il colore, che a quell' oggetto conviene. Come il raggio non può da se decomporsi, ed ha bisogno a quest' uopo del prisma, che è cosa diversa da lui, così la legge rifulgendo nel legislatore per tutti ha bisogno d' una persona dal legislatore diversa, la quale stabilisca quale delle sue parti senza perdere della propria natura convenga, o non convenga al caso particolare, che colla sua norma debb' esser deciso (4).

---

(1) La partizione de' poteri costituenti la sovranità accennata da Bodino, e illustrata da Montesquieu *Esprit des loix liv. 11. chap. 6.* è rettificata da Henrion De-Pensey *Op. cit. loc. cit.*

(2) Vedasi il *lib. 3. part. 3. cap. 1.*

(3) Come la differenza della polizia amministrativa o *edilizia*, e della *governativa* possa influire sul modo di delegazione dell' amministrativo potere sarà dimostrato nel cap. XVIII. di questo libro.

(4) La competenza al Sovrano del dritto astratto di giudicare, e la delegazione di questo dritto quanto al suo concreto esercizio è cosa non facile a concepirsi, ed ha bisogno di paragoni, e di esempj. L' Averani *Interpret. jur. lib. 1. cap. 2. num. 10.* quasi sgomentò nell' enunciare astrattamente la cosa, e prorompendo *sed ut aliquando demittam orationem, et planius explicem*, prende l' esempio da chi ha il *dominio* della cosa, e non ne ha o l' *uso*, o l' *usufrutto*. Montesquieu *Esprit des loix liv. 6. chap. 5.*, e Henrion de-Pansey *Op. cit. chap. 2.* spiegano la cosa coll' argomento dedotto dagli *assurdi*. La grande, ed originale mente di Niccolò Machiavelli *Del Principe cap. 19.*, parlando de' parlamenti di Francia avea compreso in tutta la sua rilevanza il principio. Senza del Machiavelli il Montesquieu

Nella elezione dell' applicator della legge l'autorità sovrana esercita un atto dell' amministrativo potere onde questa elezione compete ad essa esclusivamente ; ma l'applicazione della legge nella persona a ciò eletta dee dipendere da principj , e da ordigni , i quali riconoscano la loro origine dalla legge di già esistente , o da mezzi , che ne presentino per quanto è possibile l' inalterabil carattere (1).

L' atto giudiciario , rappresentativo della legge al caso particolare applicabile , non consta d' un elemento semplice ed individuo , ma si compone di cinque atti separati , e distinti tra loro : la *chiamata in giudizio* , senza di che persone giudicabili non vi sarebbero (2): la *coercizione modica* o facoltà di tenere in dovere i litigatori , senza la quale il giudizio rassomiglierebbe agli strepiti , e al disordine d' una bolgia dantesca (3) , la *cognizione* , senza la quale l' applicazione della legge sarebbe capriccio (4) , il *giudizio* o pronunzia , la quale dichiara la legge generale legge particolare del caso in disputa (5) : e l' *esecuzione* senza la quale il giudizio sarebbe niente più di un consiglio, che il succombente potrebbe dispregiare a suo grado (6).

Tra questi cinque atti diversi il secondo ed il terzo rappresentano operazioni d' *intelletto* : gli altri tre operazioni di volontà : gli uni sono tutti *sapere* : gli altri tutti *potere* : gli uni sono *giustizia* : gli altri son *forza*. La connessione del primo col terzo , e col quarto fece sì che tutti tre ebbero il nome di *giurisdizione* propriamente detta (7), emanazione del dritto della ragione : il secondo ed il quinto il nome d' *impero* (8) , emanazione del dritto politico.

Il giudizio con tutto il corteggio degli atti che lo compongono rappresenta il principio di giustizia in tutta la sua natural maestà , il quale riceve dal dritto politico quasi l'*apertura della bocca* , e la forza che gli è necessaria per sostenersi , dal che consegue che gli atti della giustizia deb-

---

avrebbe avuta la gloria delle lettere Persiane , e non altra: delle quali lettere il Voltaire sì ingiustamente diceva : *Les lettres persanes si faciles à faire.*

(1) Inst. *Lib. 4. tit. 6. §. curare* , Dig. *Lib. 42. tit. 1. l. 59.* , Cod. *Lib. 7. tit. 46. leg. pen. et ult.* Montesquieu *Esprit des loix liv. 11. chap. 6.*

(2) Dig. *Lib. 26. tit. 7. l. 1. §. 3. l. 51.*, Cod. *Lib. 9. tit. 9. l. 26.*

(3) Vedansi le leggi citate qui addietro a *pag. 139. not. 1.*

(4) Dig. *Lib. 42. tit. 1. l. 5. lib. 50. tit. 16. l. 99.*

(5) La parola giudizio sta qui per *sentenza*. Dig. *Lib.* 3. *tit. 5. l. 21. lib. 48. tit. 11. l. 7.*

(6) Dig. *Lib. 16. tit. 2. l. 1. §. 1. l. 50. tit. 16. l. 131. §. ult.*

(7) Averani *Interpret. jur. lib. 1. cap. 3. num. 6.*

(8) Averani *Interpret. jur. loc. cit. num. 10.* La *vocazione* collocata per ragione di connessione tra gli atti di giurisdizione è un atto d' impero negli affari penali mentre comprende anco la *cattura* del reo , come osserva Varrone presso Gell. *Noct. act. lib. 13. c. 12.*

bono emanare, ed essere eseguiti in nome dell'autorità sovrana. Il dritto della natura gli crea: il dritto politico gli manifesta (1).

Il giudice rappresenta il potere sovrano in tutto quel che richiede la materiale pronunzia, e la forza: rappresenta la naturale giustizia in tutto quel che esige l'ufficio dell'intendimento, e in questo ufficio altra autorità non conosce che quella della legge (2).

Il poter giudiciario scientificamente considerato è una combinazione di giustizia e di forza, e in questo aspetto la sua azione ben distribuita e ben regolata che sia non può non avere una grande influenza sulla sorte civile degli uomini (3): ma questa salutare influenza dipende appunto dal modo con cui la legge gli ha dato sistema nella città creando i magistrati, ed i giudici, ed ordinando le loro attribuzioni per modo che la *forza* non vada mai dalla *giustizia* disgiunta, e che il *sapere* sia l'unico titolo, e l'unica regola del *potere*.

Ma il potere è maggiore di età del sapere: quello sorge e si forma in un tratto, e questo sorge lentamente e per gradi: l'uno è puntiglioso, diffidente, geloso ne' suoi propositi, ed al senso di se medesimo tenacissimo: l'altro è docile ai consigli della ragione e della sperienza: franco ed aperto: amico di chiunque prometta d'illuminarlo: pronto a confessare, e ritrattare ogni errore in cui cada.

La scienza della sicurezza sociale considera le diverse forme di governo come fatti che ella dee rispettare, e solo esamina qual grado d'influenza esse possano avere sopra gli oggetti delle proprie meditazioni. Per rendere più sensibile questo esame nel discutere le forme del giudizio penale conviene adottar la ipotesi di due forme di governo, le quali siano l'una l'estremo dell'altra: la *democrazia*, e la *monarchia* temperata dalla giustizia, e ponderare qual forma di penale giudizio dall'una o dall'altra derivi come effetto, il quale presenta la indole, e il carattere della causa, che lo produsse.

Nella ipotesi della democrazia l'autorità sovrana è in tutti

---

(1) Bentham *De l'organisation judiciaire chap.* 3. non vuole che la giustizia si renda in nome del *Re*, ma in nome della *giustizia*. Non avendo ammesso un dritto della ragione onde concepire una giustizia la quale non può essere se non nel dritto della ragione: tutto concedendo ai fatti, ed a consideraz.oni di ordine politico, non ammette l'ufficio politico ove più importa che sia, vale a dire ove è necessario far valer colla forza il regno della giustizia.

(2) Cic. *De legibus lib.* 3. « *veregue dici potest magistratum legem esse loquentem* ».

(3) Di questa influenza genericamente considerata parlano Henrion De-Pansey *Du pouvoir judiciaire dans les gouvernements monarchiques chap.* 1., Aiguan *Histoire du jury pag.* 239.

i membri dell' aggregazione politica, e in tutti in dosi eguali perfettamente. Se la forza può in tutti sopporsi non è possibile supporre in tutti il sapere: per lo che nella democrazia l'autorità sovrana sarà in tutti niente più se non l'opinione della propria forza, e del proprio potere. Considerata per questo modo l'autorità sovrana non è più suscettibile di analisi negli elementi che la compongono: ella è un senso non un concetto dello spirito umano: tutti perciò debbon volerla tutta ed intera, temendo che dividendola e dandone ad alcuno una parte nel potere giudiciario questi divenga più sovrano cioè più forte degli altri (1).

Queste disposizioni degli animi sono la causa naturale immediata del processo *accusatorio* (2). Se un' offesa è commessa, è nell' arbitrio del cittadino di reputarla offesa della repubblica: quindi l'accusa, meramente *volontaria* però, di cui come di dritto di cittadinanza tutti indistintamente partecipano (3). Se l'accusa è proposta il popolo ne è il solo giudice (4); e se difficile è riunire il popolo per giudicare tutte le cause penali che vengon promosse (5) il popolo fa

---

(1) Cic. *De rep. lib.* 1. *c.* 32. dipinge il carattere de' popolari governi « *Si vero jus suum populi teneant, negant quidquam esse praestantius, liberius, beatius: quippe qui* DOMINI SINT LEGUM, JUDICIORUM, *belli, pacis foederum,* CAPITIS UNIUSCUIUSQUE, *pecuniae* ».

(2) Prevengo il lettore, che tutti gli esempj storici a conferma delle induzioni razionali del testo saranno da me tratti dal processo romano in tempo della repubblica.

(3) Aut. Math. *De crimnib. proleg. cap. 1. num. 1. ad med.* Il sig. Meyer *Esprit orig. des inst. judic. vol. 3. pag. 245.* chiama l'azione che competeva *cuivis e popolo privata.* Con esattezza maggiore il Boehmero *Jus eccles. protest. lib. 5. tit. 1. §. 85.*, la chiama *volontaria* per distinguerla dalla *necessaria* commessa in seguito agli *accusatori pubblici* ne' *misti processi.*

(4) LL. XII. Tab. *Tab. IX.*, Cic. *De legib. lib. 2. cap. 2.* Enr. Ed. Dirksen nella sua opera *sulle dodici tavole, Lipsiae 1824.* (non tradotta) *lib. 1. pag. 659-661.*, Beaufort *La rep. Rom. vol. 4. pag. 157.* Il privato non poteva accusare avanti i Comizj senza l'assenso del magistrato che vi assisteva: ma tutto ciò derivava a mio credere dai riti religiosi, unico temperamento con cui la romana politica riusciva a mitigare la enorme forza del popolo. È notabile quel che Tito Livio dice della magistratura a lui la più cara. *Hist. lib. 3. c. 71. fere semper reguntur a moltitudine magis quam regant.* Il modo di procedere avanti ai Comizj è dottamente illustrato da Ern. Pog. Schmiedike *Diss. de hist. proc. crim. rom. cap. 9.* S'intende parlare delle accuse direttamente portate al popolo, non delle provocazioni, o appelli dalle sentenze de' Re, o de' Consoli delle quali la *cit. diss.*, e J C. Conradi *De jure provocationis ex antiquit. rom. eruto, Lipsiae 1732.*, C. W. Knestueri *Historiae provocat.*, *et appellat. apud. veter. rom. Lipsiae 1740.*, Lambert. Dorhout *Specimem jurid de provocat. ad pop. etc. Groningae 1827.*

(5) Di qui nacquero i *quesitori*, indi le *questioni perpetue.* Il dotto Schmiedike *Diss. supr. laud.* espone la storia de' primi *cap. 6.*, e la origine delle

una legge semplice, e breve alla portata del senso comune di chicchessia perchè il sapere se è possibile in pochi è impossibile in tutti (1), e nomina più un esecutore che un applicator della legge nel magistrato (2). I giudici dell' accusa e della difesa son tratti a sorte, lo che non lede la eguaglianza de' dritti (3) libera è la ricusa all' accusatore ed al reo (4) onde i giudici abbiano carattere di arbitri, che l'accusatore ed il reo, cittadini, e quindi sovrani amendue, hanno concordati tra gl' individui d' una condizione eguale alla loro (5): le forze dell' uno, e dell' altro lasciate dalla legge in pienissima libertà, e in una eguaglianza perfetta tutto fanno, e tutto producono nel giudizio. Il giudice rappresenta anch' esso una forza libera da ogni regola e freno: la sua volontà crea la sentenza come il popolo ne' comizj crea la legge (6).

---

seconde *cap.* 7. Era desiderabile che Mario Pagano *Considerazioni sul proeesso criminale cap.* 7. non ne parlasse. Niuno meglio del Beaufort *La rep. rom. vol. 4. chap.* 5. ha esposto il modo col quale le questioni perpetue si conducevano. Ant. Math. *De crimin. ad lib. 48. tit. 13., et seg.* spesso copiato dal Filangieri tratta le parti del processo separatamente, e v' innesta cose d' istituzione posteriore alla caduta della repubblica.

(1) Le leggi erano sì brevi, e semplici, che a guisa di canzoni si cantavano dai fanciulli come delle XII. tavole narra Gellio *Noct. act. lib. 21. cap.* 1.

(2) Il Presidente di Montesquieu *Esprit des loix liv. 6. chap.* 4. preoccupato del processo inglese suppone che i Giudici nel processo romano dichiarassero il *fatto* come i *giurati*, e che il Pretore applicasse la legge. I Giudici assolvevano, o condannavano, ciò rilevandosi dalle formule, le lettere iniziali delle quali erano nelle tavolette che sentenziando gettavano nella canestra a ciò destinata. Jo. Lud. Conradi *Diss. omne tulit punctum Hor. poetae, simul omne genus legis ap. Rom. tabellariae explicatius, Lipsiae 1756. et in opuscul. vol. 1. p. 187 220.* I Greci ebbero lo stesso costume. Eravi l' urna detta della *morte* per i voti che condannavano, e una urna detta della *misericordia* per i voti che assolvevano. Nella prima gettavasi dai Giudici una pietra *nera*, nella seconda una *bianca*. Pastoret *Histoire de la legislation vol. 6. pag. 374375.* Il Pretore esercitava l' impero per la disciplina, e il buon ordine, ma quanto alla potestà, che sotto agli Imperatori soltanto divenne *jus gladii*, era un mero *fonasco* de' Giudici, una specie di ordigno montato a projettile, il quale meccanicamente scagliava la pena sul capo del condannato, che n' era colpito per il solo ministero della legge senza bisogno che il Pretore la proferisse. Beaufort *La rep. rom. vol. 4. pag. 302.* ed altro uffizio lui non avendo, che quello di vegliarne la esecuzione, Sigon. *De judiciis lib. 1. cap. 23. 24.*

(3) Asc. Pedian. *In 2. in verr.*, Averani *Interpret. jur. lib. 1. cap.* 5. *num. 18.*

(4) Cic. *Act. 2. verr.*, Ant. Schultingii *Diss. de recusatione judicis in triad. diss. Francq. 1708.*

(5) Ant. Mat. *Ad lib. 48. dig. tit. 13. cap. 7. num. 1.*

(6) Che la sentenza in questa forma di giudizio penale sia un atto del buon volere di chi giudica è dimostrato dai molti esempj di cause agitate nel foro di Roma, nelle quali manifesti colpevoli ottennero la loro assolu-

Nella ipotesi della monarchia il potere risiedendo in un solo non ha gelosie nè rivalità che l' obblighino a concentrarsi nella pienezza, e nella unione degli elementi che lo compongono. Il Sovrano, reputandosi la prima e più solida guarentigia della giustizia, non solo ne ammette il pensiero come limite della sua autorità, ma ne ammette i calcoli come norma migliore della condotta de'cittadini. Questa forma di governo è di sua natura inclinata a stabilire nell' esercizio del potere sovrano tutte le divisioni, tutte le modificazioni, che possono più renderlo favorevole alla pubblica sicurezza e privata. Il Sovrano riservando a se il potere legislativo, e l' esecutivo propriamente detto, delega per il bisogno dell' interna amministrazione dello stato l' *impero* creando i superiori *magistrati di polizia*: delega l' impero e la giurisdizione creando i *magistrati giusdicenti*, e delega la semplice giurisdizione creando i semplici *giudici* (1). In questo sistema il poter giudiciario è di *dritto* del Principe, ed è di *fatto* nella mani de' magistrati: nel primo aspetto è *poter giudiciario:* nel secondo è *dritto di territorio* come *giurisdizione*, ed *impero* per la delegazione che il Principe ne fa ai magistrati (2). La delegazione della sola giurisdizione costituisce gli arbitri negli affari civili, o giudici nelle commerciali materie (3). Questi giudici semplicemente *nozionali* nelle materie penali ebbero un esempio ne' giudici *pedanei* di Roma antica come privi d'impero o *mero*, o *misto* (4), e ne hanno uno ne' moderni *giurati* ove le forme del processo accusatorio ricevono la influenza della mistura di quelle del potere politico (5).

Se il Sovrano come legislatore si astiene dall' applicar la legge delegando a questo effetto l' esercizio del proprio potere ad uomini, che per questo titolo assumono il nome di

---

zione con preghiere, con strattagemmi, e con rappresentanze drammatiche. Alla onnipotenza del Giudice Sovrano si dee attribuire la veste sordida, che in aria di supplichevole indossava l' accusato, e la deprecazione con cui gli oratori chiudevano le loro aringhe.

(1) Bodin. *De rep. lib. 3. cap. 3.* Loisean *Des offices liv. 1. chap. 6.*, Henrion De Pansey *De l' autorité judiciare dans les gouvernements monarchiques chap. 5.*

(2) Bodin. *De rep. loc. cit.*

(3) Henrion De Pansey *De l' autorité judic., etc. chap. 5. pag. 110.*

(4) Car. Glieb. Kuovrii *Diss. de usu pract. doctrinae jur. rom. de Praetore et judice pedaneo, Halae 1725.*, Giul. Diebmari *Diss. sistens judicem pedaneum, Jenae 1743.* Vedasi però per i tempi della repubblica quanto fu osservato qui addietro a *pag. 30. not. 2.*

(5) Sembra, in modo oscuro però, aver riconosciuto questo principio di pubblico dritto il Nani *Animadv. ad Math. ad dig. lib. 48. tit. 13. cap. 7 not. 1.*

magistrati (1), egli è nell' alternativa o di commettere la decisione delle controversie penali al lor pieno arbitrio, e così facendo inutile sarebbe la sua prerogativa di legislatore (perocchè i magistrati diverrebbero tanti legislatori) o di fare una legge, la quale a guarentigia propria, ed a quella de' cittadini divenga il titolo di autenticità d' ogni atomo del potere che esercitano.

Così essendo, l' accusa *volontaria* dee necessariamente sparire, non potendo il Principe far dipendere la difesa dell' ordine dal buon voler dei privati. Allora la offesa della sicurezza sociale assume il suo vero aspetto giuridico di fatto *prevenibile*, e di fatto *punibile*. La polizia allora unisce il suo ufficio con quello della giustizia, e si stabilisce una comunicazione reciproca tra l' azione dell' una coll' azione dell' altra si nell' ingresso come nell' egresso del giudizio penale (2). La connessione che si stabilisce allora tra il pensiero di prevenire la offesa, e la necessità di punirla se non riuscì prevenirla obbliga la legge a preferire la *ricerca* all' *accusa*. La prima ha o può aver le prime sue tracce in quella che di propria indole deve istituire la polizia nel vegliare sulle sospette persone (3): la seconda nasce originale, improvvisa come asserzione d' un fatto, che ella tiene per certo (4). La polizia denunzia il fatto non lo asserisce, d' onde la necessità d' indagare se il fatto sia vero, o sia falso, e quindi quella della ricerca. Or siccome la denunzia risveglia immediatamente l' ufficio della giustizia, perchè altrimenti operando la polizia preoccuperebbe il suo campo, la legge è costretta ad adottare due espedienti: a creare per la ricerca un' autorità che accusatrice non sia: nè può trovarla se non nel giudice, al cui ufizio commette d' istituirla, ed esaurirla fino alla dichiarazione di verità o di falsità: di circoscrivere nell' uffizio del giudizio il suo arbitrio con tutte le regole, che obbligano lo spirito umano a procedere lentamente e per gradi, lo che colle sole forme analitiche può ottenersi: dando a tutti gli elementi della ricerca una valutazione di dritto onde le regole che ella traccia all' arbitrio del giudice abbiano il carattere di regole dalla legge medesima determinate. Per tal modo se la ricerca altro non suscita che il sospetto, la denunziata persona ritorna sotto l' impero della polizia ond' es-

(1) Bodin. *De rep. lib. 3. cap. 3.*, Jul. Frid. Malblanc. *Conspectus rei judiciariae Romano-Cermanicae cap. 1.*

(2) Ved. il *lib. 3. part. 3. c. 8.*

(3) Ved. il *lib. 3. part. 3. cap. 8.*

(4) Se vi è opera in cui sia abuso d' ingegno tra le moltissime dell' ingegnosissimo Crist. Thomasio tale è la *Diss. de origine process. inquisitorii diss. 88. vol. 3. p. 421.* Egli tocca questa capital differenza de' due processi e la elude.

sere invigilata. Questo sistema animato tutto dal più puro e leale amore del vero e della giustizia, è perfettamente coerente allo scopo del poter giudiciario nelle mani d'un solo: perocchè è esso allora non tanto un sentimento del proprio potere quanto un mezzo onde meglio *sapere* come si stabilisca la verità della offesa, e come si debba proporzionar la difesa.

Lungamente disputarono i dotti sulla storica origine del processo *quesitorio* (1), lo che lo espose alle antipatie, e alle simpatie che in essi svegliarono i nomi, e l'autorità di chi ne fu creduto inventore (2). I pratici supposero in questo processo una origine Divina (3). Niuno calcolò la sua razionale e politica connessione colla monarchia come pur l'ha il processo accusatorio colla forma di governo che n'è l'estremo contrario (4).

Se queste razionali e politiche origini fossero vere, comecchè derivanti dalla natura, e dalla necessità delle cose, dovrebbero aver fine una volta gli aspri, e lunghi dissidj, che suscitaronsi, e vegliano pur tuttavia tra i fautori delle due forme del giudizio penale; e l'amico della umanità, e della giustizia dovrebbe seco stesso congratularsi d'esser giunto a conoscere come dalla natura morale dell'uomo, e dalle leggi del suo intelletto nascono in qualunque sua situazione politica i mezzi atti a proteggere la civil condizione.

CAPITOLO V.

Caratteri di differenza dell'un processo, e dell'altro.

Come i due processi *accusatorio*, e *quesitorio* considerati nella lor purità, e senza mistura alcuna l'uno dell'altro non

---

(1) Ant. Math. *De criminib. ad lib. 48. dig. tit. 20. cap. 1. num. 1.* Just. Hennig Boehm. *Jus eccles. protest. lib. 5. tit. 1.* Thomas. *Diss. supr. cit.* Ved. il *lib. 1. cap. 13. pag. 247. n. 4.* Il sig. Nicolini *Storia dei principj per la istruzione delle prove ne' processi penali, Napoli 1827. pag. 189.* crede che la massima della *L. 13. dig. lib. 1. tit. 18.* che serve di base alla opinione di chi sostiene essere la inquisizione invenzione de' Romani fosse antichissima. Il dotto Schmiedicke *De historia process. crim. roman. pag. 152.* crede che permesso fosse in tempo della libera repubblica a Roma l'uso dell'*accusa*, e della *inquisizione*.

(2) Il Thomasio protestante inveisce contro al Pontefice *Diss. cit. §. 59.* Meyer *Esprit, origine etc. des just judiciaires liv. 4. chap. 14* sfoga la propria bile contro il potere assoluto.

(3) Deuteronom. XVII. 4.

(4) Mario Pagano *Considerazioni sul processo criminale cap. 16.* si contenta di dire, che il processo inquisitorio è necessario alla monarchia di Napoli, ma non va più oltre.

si rassomigliano nella origine così non possono aver somiglianza nella indole. Il voto che la legge manifestò nella lor nascita persevera in tutti gli atti, e in tutti i moti della lor vita; e l' esaminare amendue in questo punto di vista non è cosa senza grande interesse. Se l' uno, e l' altro separatamente considerato sveli qualche difetto l' indicarlo non dee eccedere il bisogno di farlo meglio conoscere. Se le virtù dell' uno tolte dall' altro ad imprestò possano l' uno o l' altro perfezionare, o correggere non è ricerca del momento presente. È mestiere adesso, che l' uno e l' altro comparisca nella sua natural nudità.

Il processo accusatorio come quello nel quale il potere sovrano si spiega in tutte le persone, che v' intervengono, e in tutta la sua intensità non come ragione ma come forza altro non può essere che una combinazione di forze. Esso rappresenta graficamente il duello se alle armi si sostituiscano le parole: l' accusatore ed il reo vi compariscono come due combattenti: eccettochè la lor forza vuole in realtà agire sull' animo di chi giudica: questo animo è il lor campo di battaglia: in esso l' uno disarma l' altro: donde avviene che il giudice come forza passiva, su cui le due forze rivali agiscono, dee averla libera come la loro, e quindi con facoltà di sentenziare come meglio gli aggrada senza norma, senza regola, senza governo a cui lo assoggetti la legge, seguendo ciò che l' intimo convincimento gli suggerisce, e senteuziando sempre definitivamente in modo perentorio, e assoluto o per l' una parte, o per l' altra (1).

Questo modo di decisione, sebbene effetto dell' azione della forza, per una di quelle bizzarre combinazioni che spesso negli affari umani s' incontrano ha l' apparenza d' essere il più giusto, e il più logico, che lo spirito umano possa desiderare. Infatti le due forze rivali estrinsecamente considerate si presentano come nel giudizio civile, modo il più giusto è il più semplice di decidere una controversia tra chi afferma, e chi nega. La proposizione dell' uno o dell' altro è nell' alternativa d' essere o vera o falsa, e appaga la ragione un modo di giudizio il quale perentoriamente dichiara la verità o dell' una o dell' altra proposizione.

Ma qui disgraziatamente le più intricate, e perplesse difficoltà si presentano: difficoltà le quali investigano l' *ingresso* e l' *egresso*: il *principio* ed il *fine* di questa forma di giudizio penale.

L' accusa, comecchè di sua logica natura *assertiva*, non

(1) Il Cavalier Filangieri *Scienza della legislazione lib. 3. part. 1. cap. 2.* non avendo pensato a rintracciare la origine dell' *accusa* o nella infanzia della società; o nella democrazia ne fa un romanzo attribuendola a legislativo sapere de' popoli antichi, de' quali fu grande ammiratore.

può articolarsi se non abbia un soggetto *certo* su cui si possa appoggiare: onde le bisogna un materiale d'offesa per se medesimo manifesto: un offensore con certezza perseguitabile (1). D'altro lato la grande libertà, con cui l'accusa procede, esige dalla legge un temperamento, che non può trovare se non nella pena della calunnia astringendo l'accusatore a solennemente obbligarvisi (2). Questa nuova necessità rafforza per così dire quella in cui per la indole logica dell'accusa si trova chi la promuove di proporre un soggetto certo in giudizio. Ma rari sono i casi ne' quali nelle offese che vengon commesse questa certezza s'incontri e però rari esser pur debbono i casi ne' quali un'accusa possa essere proposta senza timor di calunnia: la qual cosa la dee rendere difficilmente tentabile (3).

Non vi ha oggetto il quale, dovendosene proferire un giudizio, non faccia nascere la necessità di bene ed esattamente esaminare le apparenze, sotto le quali presentasi, e d'un *criterio* che insigni a separare dalle vere, e reali le false e ingannevoli, onde stabilire le qualità, che gli son proprie, e lo distinguono da altri oggetti, co' quali si potrebbe facilmente confondere.

L'uomo è l'animale il più imprudente di tutti perchè la immaginazione, e la opinione, che gli altri animali non hanno nella maggior parte delle sue determinazini lo guidano. Un impeto di natura dominatore del moto di tutti gli esseri gli spinge a prendere onde giungere al loro scopo la via più corta, e la indole del vero è tale che per afferrarlo, quanto alla mediocrità umana è concesso, è necessario battere la strada più lunga.

Alcuni filosofi hanno preteso, che l'assenso umano alla verità abbia due sedi diverse, l'una nel *cuore*, l'altra nell'*intelletto* (4): essendo l'assenso del cuore guidato dalle qualità simpatiche, o antipatiche dell'oggetto delle nostre determinazioni, e l'assenso dell'intelletto dagli attributi logici, e razionali dell'oggetto medesimo: dal che sembrerebbe po-

---

(1) Cicer. *Or. pro M. Coel. cap. 2.*

(2) Zanob. Perelli *Invest. antiqui juris lib. 2. cap. 3. 4.*, Const. Jac. Van Renesse *Diss. de coercitiones accusat. Traj. ad Rhen. 1724.*, Henr. Brenemanni *Lex Remmia etc, lib. sing., et diss. de satis columniat. etc. in Thesaur. Ottom. v. 3.* Bern. De Ferrante *Della legge Remmia, Napoli 1780.*

(3) Oltre all'essere pericoloso reputavasi anco indecoroso l'accusare. I giovani per lo più per acquistare popolarità lo facevano. Adam. *Antiquités rom. vol. 1. pag. 386.* Il Filangieri *loc. cit.* ammette conciliabilità tra la scrupolosa investigazione de' delitti, e la pena della calunnia, nella quale incorrevasi anco per il titolo della insufficienza della prova.

(4) Thomas. *Diss. de fide juridica vol. 1. pag. 354 §. 8.*

tersi arguire aver la umana certezza quasi due organi: l'uno *istintivo*, l'altro *scientifico*.

Se questi due criterj del vero nella natura umana esistessero i metodi congeniali all'uno ed all'altro per conseguirlo sarebbero essenzialmente diversi tra loro. Il criterio *istintivo*, l'assenso del cuore si formerebbe per via di *sintesi*: e il criterio *scientifico*, o dell'intelletto si formerebbe per via di *analisi*: l'uno per la strada più corta, l'altro per la più lunga: l'uno per composizione, e anticipatamente come è proprio dell'istinto, e del sentimento, l'altro per decomposizione e *deduttivamente* come è proprio della ragione quando voglia discernere dal falso il vero (1).

Uno scrittore tratta della certezza nelle materie del giudizio penale con tutto il rigore, e con tutta la pompa de' principj scientifici che vi si adattano (2). Questa parola *certezza* ha in seguito cambiato di nome, ed ha preso quello di *verità*: ma la sua distinzione in *obiettiva* o verità delle cose *in sè*, *noumenale*, *assoluta*, *verità delle verità*, ed in *verità subiettiva*, *fenomenale*, *immanete empirica* (3) elevando le umane speranze al possibile di conoscere il vero assoluto ha lasciate le cose nello stato medesimo in cui si trovavano quando i glossatori tenevano un linguaggio non dissimile da quello della moderna trascendentale filosofia (4).

Un altro scrittore non salendo tanto alto, e ponderando i giornalieri fenomeni, che la natura umana presenta, osserva che ogni popolo (meglio sarebbe stato dire ogni individuo) ha la sua scala di credibilità graduata su quella delle sue cognizioni: che questa scala varia da un quartiere all'altro della stessa città: che colla proporzione in cui l'uomo diviene intelligente la sua disposizione ad esser credulo diminuisce: che per approssimarsi alla cognizione del vero conviene elevarsi a quella del maggior numero di fatti possibile,

---

(1) L'Alighieri *Purg. c. 15.* ben dipinse questo andare, e venire dell'animo nella ricerca del vero.

« *Quando l'anima mia tornò di fuori*
« *Alle cose che son fuor di lui vere*
« *Io riconobbi i miei non falsi errori*:

co' quali versi egli indicò la *verità obiettiva* che è nella indole delle cose fuori dell'animo umano, e la *verità subiettiva*, o *fenomenale* la quale alligna nell'animo.

(2) Filangieri *Scienza della legislazione lib. 3. part. 1. cap. 13.*

(3) *Philosophie de Kant par* Villers *pag. 247.* Alla im erfezione di quel l'opera è supplemento eccellente De Gerando *De la generation des connaissances humaines vol. 2. pag. 179.*

(4) La Glossa alla *Nov. 73. de instrum. caut., et fid. cap. 1.* « *Sed veritas quid est? Ipse Deus etc.* VERITAS *vero* HUMANITATIS *potest dici notitia certae rei maxime* PER VISUM ».

e studiarne le analogie, le quali non possono a meno d' esser le stesse per tutto (1).

Queste osservazioni concludono avere ogni individuo un modo di assenso alla verità de' fatti accaduti lontano dagli occhi suoi proporzionato allo stato delle sue cognizioni: esser la scienza delle analogie allo spirito umano la scorta meno fallace onde evitare gli errori, e avvicinarsi più d' appresso alla verità.

La prontezza, con cui l' uomo nell'attiva sua vita è obbligato a prendere le sue determinazioni necessita quella dei suoi giudizi: prontezza autorizzata o perchè si tratta di cose lecite, e indifferenti alle quali si appiglia: o perchè i suoi giudizj se non erronei lo sono a suo solo danno (2). Ma l' uomo, qualunque sia la situazione nella quale si trova, è sempre lo stesso: non spogliarsi in un tratto delle proprie abitudini nè sostituisce al criterio che lo ha guidato nell' attiva sua vita un criterio diverso.

La scienza sola abitua l' uomo a distinguere ne' proprj giudizi i bisogni della vita attiva, e quelli d' una ricerca, che, non interessando lui, o interessi altri, o sia destinata a risultare in una proposizione la più vera tra le possibili.

Se tutto l' archivio del criterio *istintivo* è nella mente dell'individuo istruito, o non istruito che sia, nè conosce regole che lo guidino e lo determinino, l' archivio del criterio *scientifico* è il registro de' fenomeni i più generali, e costanti della natura umana; è la scritta redazione delle analogie, che fenomeni presentano tra di loro: è il risultato delle osservazioni, e delle meditazioni de' secoli sulle infermità, che la certezza morale circondano.

Il processo accusatorio è nella necessità di adottare nelle attribuzioni del giudice, e nelle più decisive il criterio *istintivo* primieramente perchè il giudice popolare non ne può aver altro: in secondo luogo perchè le due forze dell' accusatore e del reo, libere e sciolte da ogni regola, potendo farsi valere non che co' ragionamenti colle simpatie, e colle antipatie, il criterio scientifico sarebbe un cattivo ingrediente di questo giudizio: in terzo luogo perchè facendogli mestieri d' una decisione perentoria definitiva il criterio istintivo è solo atto a somministrarla come quello che facilmente prende la propria persuasione per assoluta *verità* delle cose: finalmente per la ragione, che le guarentigie fornite al reo coll' obbligare l' accusatore alle conseguenze della calunnia obbligano la legge a non lasciar dubbj, o mezzi colori nella decisione del giudizio.

---

(1) Bentham *Theorie des preuves judiciaires vol. 2. pag. 183. 186.*

(2) Thomas. *Diss, de fide jurid. §. XI.* camminando sulle tracce del Cartesio tocca, ma non esaurisce quest' oggetto importante.

Le esposte considerazioni formano il distintivo carattere del processo accusatorio. Ma questo processo sebbene in supremo grado adattato alla forma di governo alla quale appartiene, perocchè diviene un mezzo legale allo sfogo degli odj, e delle rivalità cittadine (1), pur manifestasi poco confacente ai bisogni della pace pubblica in una società nella quale abbondan gli uomini che per la lor condizione, e per lo stato de' loro bisogni anzichè sentire o apprezzare i vincoli della società sono fatalmente inclinati a divenirne i nemici.

Da questo distintivo carattere del processo accusatorio emanano non come *scelta* ma come *necessità* le popolari forme, che tanto gradiscono all' uomo, il quale nell' amministrazione della giustizia penale vorrebbe porre la lealtà, la franchezza, e la libertà del giudizio, che apprezza in se stesso.

Se tutti concorrono a far la legge, pochi non possono esser reputati sufficienti a applicarla. Oltracciò la legge quasi intimorita di lasciar la sorte dell' accusato a discrezione dell' istintivo criterio del giudice, oltre all' assicurarsi della sua retta coscienza colla religione del giuramento, di cui però fu ben detto esser di vetro la fede (2), cerca le guarentigie che può nel lor numero (3), e non senza gravi difficoltà nel modo col quale in caso di lor diverso parere crede doverne valutare i suffragj (4).

Questa struttura inevitabile del giudice e delle sue attribuzioni nel processo accusatorio è la ragione delle sue forme, del modo, con cui vi è presentata la prova, del modo con cui vi è discussa, e decisa.

L' accusatore, ed il reo fanno della loro lite giudice il popolo nel giudice popolare: quindi il giudizio deve incominciarsi, e esaurirsi al cospetto del popolo, e in un locale, in cui ne possa essere maggior la frequenza (5). La

---

(1) Machiavelli *Discorsi sulle deche di Tito Livio.*

(2) « *Quanto è vitrea la fé d' un giuramento !*
Labindo.

È segnalabile la formula del giuramento, che assumevano i giudici a Roma « *Si sciens fallo tum me diespiter, salva urbe arceque bonis deiciat ut ego hunc lapidem* », e avendo in mano una pietra la scagliavano. Festus *Verb. lapis* Cic. *Fam. lib. 7. ep. 1. 12.* Da quella formula apparisce, che fino da quegli antichi tempi il giudice giurava di *non ingannarsi*, e che la *coscienza* era reputata cosa diversissima dalla *scienza.*

(3) Beaufort *La rep. rom. vol. 4. pag. 288.* ne fa ascendere il numero fino a settantacinque. Adam. *Antiquités Rom. vol. 1. pag. 384.* aumentandolo fino a *cinquecento venticinque*, sembra indicare tutti quelli, che potevano esser tratti a sorte per assistere al giudizio.

(4) Beaufort *La rep. rom, vol. 4. pag. 288.*

(5) Il Foro, o mercato Vicat *Vocab. jur. vol. 1. verb. forum* era il luogo, in cui si disputavano, e si discutevano le cause. Il moto di chi andava e veniva dava spesso agli oratori occasione di slanci retorici di mirabile effetto.

questione perciò deve essere discussa e decisa nel più breve tempo possibile quasi di sua natura obbedendo alle leggi d' un' azione drammatica (1). La pronunziata anzichè la scritta parola nella istruzione orale, e nella orale discussione della causa diviene un mezzo necessario di comunicazione tra le persone che intervengono nel giudizio e la moltitudine circostante (2).

La brevità del tempo in cui si trova ristretta la causa: l' indole della sua orale istruzione: il totale complesso delle prove e delle ragioni, che deve addurre ai giudici l' accusatore: la stessa necessità in cui si trova il reo: tutto rende in questo processo inammissibile il lento, e graduale andamento d' un esame analitico: tutto è aggruppato e sintetico: la libertà completa, di cui godono le forze le quali muovono questo processo autorizza qualunque modo d' interrogazione al reo, ed ai testimoni. Il giudice *della questione* o istruttor della causa sotto gli occhi dei giudici *decidenti* non usa meno la *suggestione* nella esibizione degli oggetti che vi son relativi (3). La prova testimoniale, la prova letteraria, la prova indiziaria: tutto è messo in questo processo alla pari: tutto ha lo stesso valore: la retorica per la bocca degli oratori supplisce a quanto manca alla logica, e spesso ne prende il loco dando alle prove un valore, di cui per la loro dialettica indole sarebbero sfornite (4), e da questo complesso di cose si forma l' *intimo convincimento*, che determina i giudici o ad assolvere o condannare: nè il reo assoluto, sebbene per mancanza di prova, e non interamente esente da gravi sospetti, teme un' autorità, che vegli sulla sua condotata futura (5): onde questo processo ha un fine simile al suo principio, rigettando sempre ogni specie di consorzio colla *polizia*.

---

(1) Adam *Antiquités Rom. vol. 1. pag.* 392. erra dicendo, che la causa constava di *due azioni*: la prima consistente nella istruzione del giudizio: l' altra nella discussione. La istruzione della causa facevasi nella così detta *esercizione dell' azione*. Vedasi i citati da me *Elem. jur. crim. lib. 2. §.519. et seq. ediz. I., parte resecata poi nelle altre edizioni*. L' *azione* ne era la discussione. Eravi una *seconda azione* quando veniva aggiornata la causa a tre giorni per una continuazione di discussione col mezzo della *comperendinazione* Ant. Matth. *De criminib. ad lib. 48. dig. tit. 13. cap. 9. num. 5.* Jo. Alb. Spies *Diss. de comperendinatione, Lipsiae 1728.*

(2) È un soggetto critico di molta curiosità il determinare come gli oratori antichi acquistassero tal forza di voce da superare il frastuono, che era nel foro, e le distanze alle quali doveva giungere per essere udita. Io ho discusso questo soggetto nel *Discorso storico giuridico sulle vicende della eloquenza forense*, onde mi astengo qui dal trattarne.

(3) Ved. quanto è per dirsi nel *cap. VII.*

(4) Quintil. *Inst. orat. lib. 5. cap. 8.* « *Nec abnuerim esse aliquid in* DELECTATIONE *: multum vero* IN COMMOVENDIS AFFECTIBUS ».

(5) Ant. Math. *De criminib. ad lib. 48. dig. tit. 17. cap. 2. num. 5.*

Il processo *quesitorio* è ne' suoi primi passi oscuro, e tacito quanto splendido, e rumoroso l'accusatorio. La sua prima ispirazione non è la franchezza, la lealtà, e il pericolo, a cui si espone l'accusa. Questo processo, quasi tutto concentrato in sè stesso, sembra un uomo, che aspetti l'altro all'agguato. La legge l'obbliga a questo atteggiamento, ingiungendo all'uffizio del giudice che lo conduce di non aspettare onde istituire la sua ricerca il delitto per sè manifesto, ma di muoversi ovunque a lui ne venga manifestata una traccia (1); dal che due conseguenze derivano: la prima che questo processo incomincia ove per così dire la polizia finisce (2): la seconda che dovendo il giudice per obbligo del proprio uffizio valutare ogni più lontana traccia dell'avvenuto delitto far lo possa senza timor di calunnia (3).

Questo processo presuppone in chi lo conduce un puro e disinteressato amore del vero; e la legge che sembra non voler altro che verità rigettando da questo processo ogni modo assertivo e dommatico lo sottopone in ogni atomo del suo moto al rigor dell'analisi nella verificazione dei fatti. La legge ripromettendosi ogni guarentigia dal rigore scientifico con cui questo processo è condotto non la cerca dalla coscienza del giudice: e non chiede da lui giuramento (4) nè facilmente lo espone alla ricusa (5).

---

(1) La formula tecnica è d'invenzione del Pontefice Innocenzo III. *cap. 24.* « *Denunciante fama vel deferente clamore officii sui debitum exequatur*». Nella causa del signor De-La Pivardiere fu disputato se la ricerca potesse essere incominciata senza denunzia. Pitaval *Cause celebri vol. 3. p. 39.*

(2) Ved. il *lib. 3. part. 3. cap. 8.* Il processo inquisitorio trovasi sorto sulle ruine dell'accusatorio ovunque è stato bisogno di purgare il paese dai malviventi. Thomas. *Diss. de occas. concept. ac intent. constit. crimin. Carol. §. 7. et seq.* Idem *Diss. de vera origine, natura, progressu, et interitu judic. Westphalicorum §. 4.* sebbene non sia da farsi illazione dei giudizj *Westfalici*, o *Wemici* al processo *inquisitorio*.

(3) Alcuni attribuiscono alla indole della *denunzia evangelica*, che credono essere stata la origine prima dell'inquisitorio processo la esenzione di chi lo muove dalle conseguenze della calunnia. Renazzi *De ord. seu forma judic. crim. §. 13. num. 3* ragione la quale non si applica al giudice inquirente d'uffizio, nè il Renazzi ve l'applica. Contro questa impunità per la calunnia del giudice, e del denunziatore inveisce Thomas. *Diss. de origine process. inquisitorii §. XIII.*

(4) La rappresentanza, che la legge crede di avere in questo processo nel giudice è la vera ragione della non necessità del giuramento nè è valutabile quella che adduce Ant. Math. *De criminib. ad lib. 48. dig. tit. 13. cap. 8. num. 1.* Il principio di dritto domina da capo a fondo questo processo, e la divisa di quel principio come temperamento della politica autorità è in quel noto distico

« *Lex servat regem: servat lex optima regem.*
« *Lex sine Rege jacet: Rex sine lege nocet.*

(5) Ant. Math. *Ad lib. 48 dig. tit. 13. cap. 7. num. 1. cap. 11. num. 5.* esornando il processo accusatorio dichiara inammissibile la ricusa come

La legge accuratamente distingue i fatti *transeunti*, ed i *permanenti* e stabilisce negli uni, e negli altri quali, e di qual peso esser debbono le tracce, che possono essere criticamente riferibili o agli uni o agli altri onde l'uffizio del giudice abbia in esse un titolo per istituir la ricerca (1).

Se il fatto è permanente, e di competenza della certezza fisica il giudice non può sostituirvi i metodi della certezza morale ed istorica. La ispezione oculare, e l'esame de'periti in un arte che a ciò sia necessaria debbono assicurare della esistenza del fatto, ed escludere il possibile che il fatto abbia una causa che delitto non sia (2).

La ricerca è d'un fatto *in genere* fino a quel punto. Ond'essa si trasformi in *speciale* ricerca dell'autore del fatto la legge indica le verisimiglianze e le probabilità che sole somministrano le tracce verificabili dall'uffizio del giudice (3). Se queste tracce sussistono il processo considera la persona alla quale conducono non come *reo convenuto* perchè attore non vi è, ma come mezzo di prova che è duopo sperimentare e come tale ne ordina la *custodia*; e poichè trattasi di mezzo di prova nell'uomo, all'oggetto che o le fisiche o le morali suo forze nel vedersi investito da congetture di reità non cospirino o da per sè o per mezzo di altri a corromperle la sua custodia è *segreta* (4). L'imputato vede attentarsi alla sua libertà sopra un effetto che la legge, volendo provvedere alla sicurezza pubblica, ha anticipatamente concesso all'indizio.

Ma appunto perchè la persona contro cui si dirige la ri-

---

andata sotto i Presidi delle province in disuso; e ad *lib. 48. tit. 30. cap. 1. 2. 3. 4.* esornando l'inquisitorio non ne ragiona. Egli non ha ponderato l'effetto della mistura, che sotto gl'Imperatori venne a ricevere il primo, e come poco favorevole al gius Pontificio ha parlato del secondo a norma degli statuti del proprio paese. Ma il dritto canonico ammette la ricusa del giudice sebbene in più ristretto modo di quello che praticavasi presso ai Romani. Just. Henr. Boehmer. *Jus. eccles. Prot. lib. 1. tit. 2. §. 2. 70.* Herman. Vulteii *De judiciis lib. 1. cap. 4. num. 179. 195.* Bentham *De l'organisation judiciaire chap.* 16 crede la ricusa insufficiente onde premunirsi dalla parzialità dei giudici. Egli esige da loro una specie di *confessione generale*. Tanto è facile scrivere immaginando!

(1) Ant. Math. *Ad lib. 48. dig. tit. 20. cap. 2. num. 7.*

(2) *Elèments de la proced. crim. Amsterdam 1773. chap. 4. pag. 190. et not. 1. 5.*

(3) Mascard. *De probat. concl. 144. et 1129.*, Farinacc. *Prax. crim. quaest. 46. num. 35. 52.* Savelli *Prefaz. alla pratic. universal. num. 76.*

(4) Montesquieu *Esprit des loix liv. 28. chap. 34.* attribuisce la procedura segreta all'abolizione del duello, e alla diffusione del sapere scrivere. Renazzi *Diatriba de ord. seu forma judic. crim. §. XIV.* riconosce nell'inquisitorio processo la necessità del segreto, sulla quale necessità, e su i suoi pericoli sarà in seguito parlato più diffusamente.

cerca *speciale* è dal processo considerata come mezzo di prova, la legge ingiunge all' offizio del giudice di consultarla non come reo ma come prova, interrogandola cioè col rigor dell' analisi, e procedendo dal noto all' ignoto, dal semplice al composto, senza petizione di principio, e senza suggestione la quale ha sempre in sè la petizione di principio, e quindi o la ignoranza o la soperchieria (1); ed ingiungendogli la scrupolosa verificazione di tutti i fatti, che la custodita persona per meglio chiarire la verità ancorchè a propria difesa possa allegare (2).

Il metodo stesso è dalla legge ingiunto nelle interrogazioni ai testimonj: e nelle recognizioni o delle *persone*, o delle *cose* sulla identità delle quali può nascere un dubbio (3).

La tortura fu infelicemente il criterio de' due processi (4), ma niuno ha osservato come questo insensato, ed atroce mezzo passando dall' accusatorio all' inquisitorio processo dovette produrre assai più mali, e più ingiustizie che in quello. Imperocchè, se nel processo accusatorio la tortura fu applicata ai testimonj come esperimento della loro credibilità, nell' inquisitorio venne applicata ai testimonj ed al reo per questo appunto perchè per la indole di questo processo il reo è considerato non come tale ma come testimone o a proprio favore, o a proprio svantaggio.

La segreta custodia del reo ebbe in vero il titolo d' una prova dalla legge a questo effetto indicata. Ma il reo separato quasi dal mondo, e dagli uomini è alla balia d' un suo simile senz' altra guarentigia che l' autenticità, e il rigore analitico degli atti che più a vantaggio del vero che al suo ha comandato la legge. Se nel processo accusatorio egli era con lurida veste esposto ai motteggi, e agl' insulti della moltitudine (5), il tempo del suo soffrire era breve: mentre quello della sua custodia nel processo inquisitorio dipende

---

(1) Strykius *Disp. de jur. suggest. cap.* 3. Il modo di porre, e condurre la interrogazione senza vizio suggestivo è filosoficamente espresso dal Beccaria *Delitti e pene* §. 38. Il fu Presidente Biondi *Istruzioni in compendio per compilare, e risolvere i processi criminali op. Firenze 1801. p. 158.* ha maestrevolmente esaurita questa materia.

(2) Carrard *De la jurisprud. crimin. part. 3. cap. 3. num. 15.* Il Savelli nella *Prefazione alla pratica universale*, e il Paoletti nelle *Istruzioni* rammentano questo dovere di chi guida il processo.

(3) Vedasi il Presidente Biondi *Istruzioni ec. loc. supr. cit.*

(4) Sull' uso della tortura nel processo accusatorio presso agli antichi scrissero Christ. Ulr. Grupen. *Diss. praelim. de tormentis Roman. et Graec. in ejus obs. jur. crim. de adplicatione tormenti. Hannoviae 1754.* Jo. Frid. Reitmejer *Comm. de origine, et ratione quaestionis per tormenta ap. Graec. et Rom. Gottingae 1783.*

(5) Adam. *Antiquites Romaines vol. 1. pag. 379.*

interamente dall' arbitrio d' un uomo, il quale ancorchè abbia appreso a conoscere i dritti della umanità forse non crede che il reo altrimenti più vi appartenga.

Il segreto a cui è sottoposto il reo cuopre ed adombra tutta la procedura contro esso diretta. I testimonj, le lettere se ve ne ha che come prova al processo appartengano, tutto è esaminato segretamente, ed il reo non ne ha la notizia se non all' effetto di udirsi obiettare una prova alla nascita della quale egli non si è trovato presente.

Il processo quasi colla coscienza della sua rettitudine, e coll' opinione d' essere un criterio di verità; la quale o in segreto, o in pubblico è tale pur sempre, sembra non volere aprire le sue pagine al reo se non in quanto il timore di commettere una grande ingiustizia ve lo determina.

Se la giustizia non consente, che tra due i quali sul fatto medesimo asseriscono in modo contrario l' uno dell' altro sia creduto piuttosto all' altro che all' uno senza che amendue si trovino faccia a faccia e in un contraddittorio reciproco o si confutano o si schiariscano, questo processo sodisfa col *confronto* del reo co' testimonj, tra loro a questa legge della logica, e della giustizia (1). Se il testimone apparisce mentire egli a guisa di documento che merita d'esser letto con attenzione maggiore è sottoposto a segreta custodia (2).

In questa forma di giudizio penale, esaurita l' analitica indagazione delle circostanze tutte relative al fatto denunziato come offesa, la forza che può avere acquistata la prova non prende mai l' assertivo atteggiamento che ella assume nel processo accusatorio. L' uffizio del giudice è dalla legge obbligato a convertirsi in critico ragionamento, il quale colle medesime analitiche regole, colle quali si è costruita la prova, debb' esser fatto conoscere in modo *obiettivo* al reo onde lo confuti se ne ha il mezzo (3). In questo obbiettivo prospetto de' dati di reità i soli fatti, che gli forniscono, e le regole critiche che ne mostrano la logica connessione sono i mezzi, che la legge autorizza. Il rigor dialettico delle obiezioni esclude per sè medesimo ogni influenza di retorico ajuto, o di appoggio di forza, che razionatrice non sia. La confessione del reo, tolta da questo metodo la tortura e tutti gli equipellenti, sotto i quali questo mezzo diabolico sebbene

---

(1) Boehmer *Jurispr. crim. sect. 1. cap. 12. §. 221.* Quanto ai testimonj lo impugna il Poggi *lib. 1. cap. 2. §. 64.*

(2) Pooletti *Istruzioni criminali etc. pag. 95.*, Mirogli *Istruzioni criminali etc. cap. 5. num. 94.*

(3) Carpzov *Prox. crimin. quaest. 113. num. 15.* É a quest'oggetto una norma quel noto verso di cui il Voltaire ha fatta la parodia nella sua corrispondenza col D' Alembert.

« *Quis, quid, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando.*

estirpato sì facilmente ripullula, altro esser non può se non l'effetto della persuasione di trovarsi scoperto, e della inutilità d'ogni ulterior tentativo a celarsi. Ma o il reo confessi o persista nella sua negativa è indifferente cosa a questo processo. Le sue formule in questo suo ultimo stadio non abbandonano mai il modesto frasario della ricerca, e l'ultima pronunzia sua è che il reo n'è rimasto per le resultanze degli atti, e per la forza logica delle cose investito.

L'ultimo termine della ricerca *speciale* sembrerebbe dover coincidere con quello da cui prende principio l'accusa. I due metodi non hanno stadio, in cui si somiglino, e il cattivo, e meschino criterio de' processi più *intarsiati*, che *misti* ha potuto solo far credere diversamente. La differenza degli effetti giuridici della confessione dell'imputato la prova. La sua confessione nel processo accusatorio escludendo la lite esclude ogni ulterior bisogno di prova (1). Questa confessione nel processo quesitorio non ha effetto maggiore di quel che può averne l'asserzione del testimone, e come l'imputato può proporre eccezioni contro il deposto del testimone può sempre proporne contro la stessa sua confessione (2).

Esaurita fino a questo punto la ricerca destinata a *informare*, il processo uscendo per la prima volta alla luce pubblica sembra quasi arrossire di sè medesimo; e del segreto di cui si cuoprì cercando una via, un modo, una formula onde darsi il titolo di *legittimo* (3): su di che varie furono le opinioni, non meno varj i metodi quali più quali meno alla giustizia conformi (4): tutti concordi però nella poco approvabile massima che gli atti restassero sempre in potere del giudice.

Se il processo accusatorio è quasi la cosa medesima del civile giudizio niente vi ha che alla forme di questo giudizio repugni quanto l'inquisitorio. Non essendovi accusatore, e perciò reo nemmeno: tutto operandovi il giudice, non può concepirsi in questo processo *contestazione* di lite, ed è un vero controsenso l'asserire che la lite tanto coll'accusatore quanto col giudice si contesta (5).

Il reo è sottratto invero dalla segreta custodia ma l'uffi-

---

(1) Ved. qui appresso il *cap. VII.*
(2) Ved. il seguente *cap. VII.*
(3) Ambrosin. *Process. inquisit. lib. 5. cap. 1.*
(4) Zuff. *De legit. proc.*, Guazzin. *Ad defens. reor. def. 24. cap. 6.*, Chartar. *De interrog. reor. lib. 2. cap. 3.*, Sabell. *Prefazione etc. num. 144.*
(5) Ant. Math. *De criminib. ad lib. 48. dig. tit. 20. cap. 1. num. 4.* Questo dotto scrittore parificando all'*accusatore* il *giudice* mostrò non avere avute idee nette del processo inquisitorio, lo che sarà meglio dimostrato parlando de' processi *misti*.

zio del giudice è sempre quello che regola i suoi destini. Egli è ammesso alla discolpa con facoltà di consigliarsi coi suoi difensori: di proporre eccezioni contro gli atti compilati a suo carico: contro le prove acquistate contro di lui ed a proporne delle nuove a proprio favore se ne ha. Ma il processo non assume mai atteggiamento di accusatorio. L'uffizio del giudice sottopone ogni nuovo mezzo di prova proposto dal reo a quelle medesime dialettiche regole, che presiederono alla informazione contro di lui. Questo processo non ha nè contradizione nè contradittori. Le regole della critica, e quelle del dritto nell' intelletto del giudice tutto fanno, e tutto conducono. La difesa non è un' arme che il reo impugni per toglier di mano all' accusatore la sua: ella è piuttosto l' ajuto che un ingegno, cui la legge vuol supporre nell' interesse del reo più illuminato, è autorizzato a fornire a quello del giudice: perocchè niente è in questo processo allegabile che assistito dall' autorità della legge non sia, e l'autorità della legge come superiore al giudice non che al cospetto del giudice fatta valere.

Poichè in questo processo niente vale, che il suggello della legge non abbia, il criterio istintivo dell' uomo non vi esercita influenza di sorta veruna, e il criterio della scienza colle regole che ne ha per così dire mutuate la legge decide solo della sorte del reo. Se i più purganti canoni della certezza morale, ed istorica ne hanno riconosciuto il carattere nella non interessata, e spontanea confessione dell' autore del fatto, e nel concorde deposto di due testimonj i quali non possono aver contro di sè il sospetto o di essersi ingannati o di aver voluto ingannare, comecchè la legge ha potuto e dovuto adottar questi canoni, essa gli converte in dati della definitiva decisione della causa (1). Se le regole della certezza morale ed istorica non hanno ancora o saputo o potuto collocarla sopra altri dati nè l'hanno potuta ravvisare o nella prova *scritturaria*, o nella prova *indiziaria* la legge non si presume della scienza più dotta: il criterio istintivo dell'uomo non le ispira fiducia come nel metodo accusatorio, nè a quelle due specie di prova concede tutto ed intero l'assenso suo (2). Se le regole della buona critica ravvisano la certezza morale non come verità assoluta delle cose ma come inclinazione dell' animo umano il quale assente, o dissente ad una proposizione o restando immobile, o oscillando, o da un lato piuttostochè dall' altro piegando a guisa di bilancia su i bacini della quale sian collocati pesi diversi (3), la legge modellando la propria

(1) Thomasius *De origin. process. inquisitorii* §. 1. *not. c.*
(2) Thomasius *loc. cit.*
(3) Questo espressivo paragone è di Cicerone *De nat. deor. c. 1.* « *Ut*

coscienza su i dati unici della scienza fissa il nome *giuridico* d' ogni peso, che può esser posto sulla bilancia con quello di *sospetto*, d' *indizio remoto*, o di *prossimo*, di *urgente*, e *urgentissimo*: esprime tutti i gradi possibili della sua inclinazione maggiore o minore colle formule *dubbio*, prova minore della *semi-piena*: *semipiena*, e della *semipiena maggiore*: e assegna ad ogni grado d' inclinazione quello d' influenza sul modo di sentenziare tanto agli effetti dell'assoluzione quanto a quelli della condanna: pronunziando semplicemente *decretoria* si l' una che l' altra: la prima equivalente all' antica ampliazione della causa (1): la seconda esprimente una pena proporzionata al grado della imputazione e a quel della prova (2).

La indole critica, e ad ogni passo giuridica di questo processo persuaderà facilmente che se l' accusatorio è una combinazione di *forze* delle persone nel giudizio penale legittime, il quesitorio è una combinazione di *atti legittimi*: che se tutto in quello producono le *persone*, tutto in questo gli *atti* producono: se in quello opera l' istintivo criterio dell' uomo quanto al giudicare del titolo del delitto, del suo grado possibile, e della sua prova, in questo opera un criterio *scientifico* col quale si è costruito il *giuridico*: se in quello la legge non pone limiti alla opinione che le persone che v' intervengono possone avere della loro forza, in questo chi denunzia, e chi si difende perde affatto l' atteggiamento di forze, e il giudice ne ha una, la quale si svolge entro limiti, che ad essa ad ogni suo atomo, e ad ogni sua fase prescrive la legge: se in quello la sorte del reo è alla

---

enim necesse est lancem in libra ponderibus impositis deprimi sic animum perspicuis cedere », e l'Alighieri.

« *Contrappesando l' un coll'altro lato.*
Parad. c. 21.

Condillac riferito dal Renazzi *Elem. jurisprud. crimin. vol. 3. pag. 146.* lo ha poi riproposto.

(1) Chr. Dan. Erhard *Diss. de ampliationibus judiciorum publicorum apud Romanos. Lipsiae 1793.* La differenza è dal *finito* all' *indefinito*. Determinato era il periodo dell' *ampliazione*: determinato è quello dell' *assoluzione dalla istanza*. La diversa indole de' due processi, e l' antipatia dell' uno, e la simpatia dell' altro colla polizia è il motivo di tal differenza. Il più dotto scrittore in questa materia, volendo confutare la *comune scuola* tutta addetta all' inquisitorio processo coll' autorità di Asconio il quale parla di accusatorio, ha prodotta una inestricabile confusione. Ant. Math. *Ad lib. 48. dig. tit. 17. cap. 2. num. 3.* Il Nani nelle sue osservazioni a quel luogo *not. 3.* camminando sulle tracce del Duareno crede sapere per qual titolo di prova i Romani ampliarono la causa, e parla di prova *semipiena*, del che il criterio naturale dell' uomo non può avere alcuna nozione.

(2) La teoria della prova semipiena è strettamente, e logicamente connessa con quella della pena straordinaria, del che sarà discorso nel seguente *cap. XII.*

balìa del suo simile nel giudicante, in questo ella è dalla legge anticipatamente, e prima che egli reo fosse, prestabilita.

Conseguenza di questo stato di cose ella è che la istruzione della causa, la sua discussione, e la sua decisione debba essere in questo processo non *orale* ma *scritta*. La lenta e progressiva nascita della prova: la necessità d' istituire col reo una discussione logica per contestargliela, e quella perciò di ricevere ordinatamente le sue ragioni, e le sue discolpe son tutti motivi, i quali impediscono che questo processo abbia il suo principio, il suo progresso, e il suo termine fuor delle quattro mura che circoscrivono il luogo destinato all' amministrazione della giustizia, e sarebbe ridicolo convocar la moltitudine onde udisse la lettura d' un volume di scritto, il quale senza la cognizione della legge, e d' un corpo di giurisprudenza niente significa (1).

Il processo inquisitorio se vero fosse come vero pur' è che altro non sia se non un analitico metodo ordinato dalla legge per la verificazione d' un fatto quanto le cognizioni umane possono giungere a fissarne la credibilità sarebbe una bell' anima in un corpo deforme: un ministro dell'arte salutare sotto aspetto di carnefice: vera imagine del secolo nel quale nacque, ed in cui anco il vero, ed il giusto assumeva carattere di propotenza, e barbarie. Onde questo processo per conciliarsi le simpatie degli amici della umanità e della giustizia aspettava un legislatore che ne afferrasse lo spirito mutandogli il corpo in tutte le parti, che presentavano deformità: una specie di Promoteo il quale tolto un raggio dal sole lo infondesse in una massa di materia dalla sua mano maestrevolmente configurata.

Sono questi i distintivi caratteri de' due processi; ma comecchè l' accusatorio è tutto in potere dell'*uomo* e il quesitorio tutto in poter della *legge*, non può essere opera perduta l' andar rintracciando pazientemente se le materie sulle quali il giudizio penale si aggira, come possono facilmente apprendersi giudicabili dall' uomo il quale ne' proprj giudizi non conosce confine, così lo siano dalla legge, il cui giudizio, non potendo che sopra generali regole aver la sua base, limitato necessariamente debb' essere: la qual cosa dai disputatori in questa materia, che tanto interessa la individual sicurezza dell' uomo, ed il regno della giustizia, non è stata non che toccata sospettata neppure.

---

(1) Errori de' processi misti, de' quali può dirsi come del mostro di Orazio.

« *Desinit in piscem mulier formosa superne.*

CAPITOLO VI.

Delle materie di fatto, e delle materie di dritto nel giudizio penale.

Il criterio istintivo dell' uomo ne' giudizi relativi alle cose che occorrono nel corso ordinario della sua vita è *empirico* in sommo grado, e tutto a così dire inchiodato ne' fatti. Il solo criterio scientifico giudicando de' fatti colla scorta dei principj diviene necessariamente *dommatico* nelle cose le quali uscendo dal corso ordinario della vita dell' uomo richiamano, per la influenza che debbono avere o nella guida del suo intelletto, o in quella della sua volontà, la sua attenzione. Non si tratta qui dell' *empirismo*, e del *dommatismo* come criterj caratteristici di due scuole diverse della filosofia o della ragione o del dritto dichiarati inammissibili nell' amministrazione della giustizia (1). Si tratta del criterio con cui si giudica d' oggetti i quali nella loro varia, e spesso incalcolabile ricorrenza richiamano sempre a un nuovo giudizio, il quale per il criterio istintivo è sempre nuovo: per il criterio scientifico ha regole che in gran parte se non in tutto gli tolgono il carattere della novità.

Facilmente s' intende come nel processo accusatorio, dovendo essere la controversia decisa dal criterio istintivo dell' uomo, le leggi come generali concetti come principj dommatici dovevano essere poche, semplici, e brevi, e per quanto possibile era non esistere affatto, onde lasciare il maggior campo possibile all' *empirismo* di quel criterio, il quale come fu altrove osservato diveniva empirico viemaggiormente quanto più si concentrava nell' intimo convincimento, abusivamente chiamato coscienza del giudice (2). Quindi vediamo come gli scettici pongono in bocca della natura la satira delle leggi della società appalesandosene all' età dell' oro dipinta dai poeti, e allo stato di quelle nazioni, presso le quali il primo che passa è preso a giudice della controversia, o il giorno del mercato è quello in cui taluno scelto tra la folla decide tutti i processi senza norma di esempj senza seguito di conseguenza, e praticando la massima « *ad ogni piè la sua scarpa* » (3).

---

(1) Ved. il *lib. 1. cap. 8.*
(2) Ved. il *lib. 1. cap. 8.*
(3) Montaigne *Essays liv. 3. ch. 3.* Infatti il *mercato* era presso ai Romani la circostanza nella quale si discuteva, e si decideva la causa. Cic. *Pro Rabir.* Liv. *Hist. lib. 3. c. 12. 58.* Adam *Antiquités rom. vol. 1. p. 386.*

Questo modo di pensare sembra supporre la impotenza della legge a stabilir regole generali onde meglio guidare l'umano giudizio nel decidere le controversie che nascono o dagli oggetti del dritto privato, o da quelli del pubblico nelle materie penali, e supporre inoltre nell'uomo una natural facoltà, nata con lui, alla sua ragione inerente, colla quale egli possa in ogni oggetto ravvisare la *qualità*, che gli conviene, onde essere tra due contendenti con giustizia apprezzato.

Se così fosse, la umana ragione sarebbe nel suo progredire deteriorata. Quella opinione trovasi come pratica generale, e costante nel modo di decidere le controversie umane nella infanzia della società, e Platone che l'adottò (1), chi sa se trovandosi fuori della sua immaginaria repubblica, e dovendo divenir giudice in mezzo a un popolo in cui il dritto di proprietà è divenuto un grande, e complicato oggetto di dritto non avesse adottato la sentenza di Cicerone il quale facea da ben altro, che dal naturale criterio dell'uomo dipendere la retta amministrazione della giustizia (2).

Ma questa opinione dimostra come il dritto del *costume* è in opposizione manifesta col *dritto* della *legge scritta* (3), e che senza distinzione di materie civili, o di materie penali o è forza che regni l'uno, o è forza che regni l'altro. L'analogia che vi ha tra le forme del giudizio civile, e quelle del processo accusatorio fa sì, che i bisogni dell'uno debbano esser facilmente confusi con quello dell'altro, e se un paese adotta questo, il quale per se medesimo rigetta ogni regola di dritto scritto, difficilmente adotterà questa regola in quello. Che anzi non sarà difficile trovar nella storia esempj, i quali facciano sospettare che, introdotto il processo accusatorio in un paese ove il dritto scritto sia stato nel suo pieno splendore, o introdotte alcune sue forme nel civile giudizio, il primo, e più visibile effetto di questa novità sia stato quello d'infievolirne lo studio (4).

---

(1) Plat. *De legib. lib. 9.* non vuol legge scritta, ma non vuol nemmeno giudice tratto a caso dal popolo. Egli parla di magistrato: onde la sua opinione tradotta al modo di esprimersi de' dì nostri sarebbe contraria alla *codificazione*.

(2) Cic. *In Top.* riferito dall'Averani *Interpret. jur. lib. 1. cap. 6. num. 8.* « *Jus civile quod ex legibus, senatusconsultis, rebus judicatis, jurisperitorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistit*».

(3) Thomas. *Diss. de morum cum jure scripto contentione diss. 54. vol. 1. pag. 656.*

(4) Mi asterrò qui da citare fatti, esempj, e paesi: ma mi sarà lecito osservare come la decadenza della scuola di dritto, che illustrò già la Francia è deplorata dal sig. M. P. Royer-Collard *Introd. aux lettr. sur la Cour della Chancellerie d' Angleterre etc. Paris 1830 pag. LXV. VI.* L'illustre autore osserva che il Cancelliere l'Hopital a' suoi tempi parlando

In questa contesa è interessato il dritto *civile* come il dritto *penale*, ma lasciando ad altri la cura di giudicare del primo, il destino del secondo dipende dall' osservare se gli oggetti ai quali intende di provvedere nel *titolo* della offesa, ne' suoi *gradi* possibili, nella *prova*, e nella giusta *proporzione* della difesa siano in realtà, o possano divenire oggetti di *dritto scritto*, e di regola *giurisprudenziale*, o siano tali che se ne possa, o se ne debba abbandonare il giudizio al naturale criterio dell' uomo. Nè con ciò si vuole gittare un nuovo pomo di discordia tra gli uomini, e sostenere che la *legge scritta* soltanto debba regolare i loro giudizj nell' amministrazione della giustizia penale: ma si vuol tentar solamente se è per qualche via dimostrabile che il processo il quale incomincia, prosegue, e si esaurisce colla regola di dritto scritto sia degno d' essere ammesso tra i ritrovati della umana ragione, ed irrazionale non sia.

Discutendo la nozione giuridica della offesa: indagando le regole che meglio possono guidare a bene apprezzarne le specie, e a collocarle per le loro analogie in classi separate, e distinte si vide come questa materia è alla balia di quattro spesso tra loro contrarj principj il *religioso*, *il morale*, quello del *dritto della ragione*, e il *politico*. Il contrasto di questi principj è grande nel fissare la vera nozione della offesa, e non è men grande quando si tratta di classarne le specie. Ma ancorchè riesca al principio politico di riuscir vittorioso da questa contesa, non minori difficoltà incontra la classazione nel costruirsi sulle basi, e collo spirito di questo principio. Gli errori d' uomini sommi in questa materia altrove già segnalati (1) dimostrano quanto sia facile allo spirito umano di restare abbagliato dalle apparenze, e poichè gli errori commessi da altri son dimostrabili conviene ammettere, che un sistema scientifico se non il più vero almeno il più probabile d' ogni altro può comporre, ed ordinare tutta questa materia.

La offesa è un fatto come un vegetabile è un individuo: ma se una scienza, se il suo studio, se la sua pratica fornisce il mezzo di conoscere non l' individuo ma la specie alla quale appartiene, e non la sola specie ma il genere eziandio per mezzo di caratteri che legan tra loro queste tre diverse serie d' idee, e i quali perciò rendono l' individuo meglio determinabile, e certo, chi potrà impugnare, che una scienza utile a meglio conoscere un oggetto individuo pe' suoi

---

di alcuni aspiranti alla magistratura si espresse « *faites retirer ces grands anes* » *pag. LXXIII.*

(1) Ved. il *lib. 2. cap. 6.*

caratteri non lo sia a meglio conoscere un fatto per le sue qualità ?

L'offesa come semplice fatto può meritar l'attenzione che merita o un'onda che passa in un fiume, o una nuvola che passa per l'aria. Sono le *qualità* del fatto quelle che conta. no, e queste qualità sono altrettanti oggetti di dritto perchè in un fatto le qualità o vietate, o scusate, o tollerate tutte dipendono dalla legge. È dunque la legge quella, che dà tutta la importanza al fatto delittuoso, e il confronto del fatto colla legge è tutto giuridico. Se il giudice di Roma antica pronunzia o la formula di assoluzione, o la formula di condanna: se il giudice nel *jury* pronunzia « è colpevole o non colpevole » è inutile il dire che esso giudica del *fatto* : egli pronunzia un giudizio di *dritto* perchè ha dovuto prima di pronunziarlo confrontare le qualità del fatto colla legge la quale, per queste qualità da essa sola determinabili o ha vietato il fatto o lo ha scusato o lo ha tollerato o invece che delitto lo ha dichiarato un'azione lecita, o un delitto di diversa natura. Sono due cose diverse il fatto considerato per la sua *materialità*, ed il fatto medesimo considerato per la sua *qualità*, che la legge sola ha potuto imprimergli quasi togliendolo dalla classe degli atti *indifferenti*. Se il giudice dovesse decidere della material connessione del fatto con chi se ne rese l'autore, lo che altrove fu designato colla formula *imputazione fisica* (1) il suo giudizio sarebbe di *fatto* : ma se il giudice qualifica il fatto come delitto dicendo essere imputato colpevole, la sua pronunzia non è altrimenti di fatto ma è in gran parte di *dritto*. Né gioverebbe il dire che il giudizio scendendo dalla *coscienza* del giudice è di competenza dell'uomo il quale ne possiede la rettitudine : perocchè per le cose premesse vi ha differenza grandissima tra il giudizio della *coscienza*, e quel della *legge* nell'imprimere a un fatto umano la qualità di delittuoso (2).

---

(1) Ved. il *lib.* 2. *cap.* 2.

(2) Tarpeja è accusata di *perduellione* per aver consegnato il campidoglio a' Sabini. Ella si difende col dire, che non ebbe animo ostile contro la patria: che l'oro dai Sabini offertole l'accese del desiderio di possederlo: che il suo delitto è di *cupidigia* non di *tradimento*, o di *ostilità* contro la repubblica. Math. *Ad lib. 48. dig. tit.* 2. *cap.* 2. *n.* 3. rigetta questa difesa, e sebbene esimio giureconsulto non ne dà le ragioni. Un individuo è accusato di avere, armato, fatto parte d'una sommossa con lo stabilito governo. Egli si difende col dire che uno zelo di religione lo mosse: che religioso, e non ostile è l'atto che a lui si rimprovera. Il Poggi *Elem. jurispr. crim. lib. 1. cap. 1. §. 21.* insigne giureconsulto applica a questo caso il detto d'Ulpiano nella *L. 40. tit.* 2. *lib.* 47. *dig.* e ammette la *scusa*. Questi due giudizj dipendono dalla idea, che il giudice si è formata del *titolo* del delitto in quanto deriva dalla *causa di fare*. Un *jury* in Francia in una causa di falsificazione di moneta non essendovi dubbio nè sul

*

Spesso il giudizio sul confronto del fatto colla qualità dalla legge vietata non può proferirsi se un precedente giudizio non abbia in esso stabilita una qualità la cui determinazione è necessaria onde credere o che il fatto è il prodotto dell'azione d'un agente imputabile e non l'effetto d'una causa priva di moralità come nel carattere delle ferite, negli omicidj, ne' furti con scasso, o che il fatto da presentarsi sotto gli occhi del giudice è realmente quello, che viene al reo obiettato come delittuoso come nel caso di falso in scritture. Richiedesi allora l'intervento d'un'arte, la quale colle regole che le son proprie stabilisca se il fatto ha tracce della mano dell'uomo, o dell'azione di cause che appartengono all'ordinario corso della natura, ossivvero decida se il fatto piuttostochè aver le tracce della mano del reo le presenta d'una mano diversa. Questo giudizio il quale dee precedere la prova del vero autore del fatto, e la pronunzia se esso sia contrario alla legge è separato, e distinto dall'una ispezione, e dall'altra, e diviene ad ambe pregiudiciale.

Siccome questo pregiudiciale giudizio non è da aversi se non da uomini periti nell'arte, colle regole della quale può essere pronunziato col minor possibile pericolo di errore, il principio di giustizia prescrive che ciò che i soli periti nell'arte possono stabilire non sia stabilito da chi non ne ha la perizia (1): onde il pretendere che quel giudizio debba restare assorbito in quello del fatto, o debba essere istituito col modo col quale il giudice conosce e decide d'una prova per mezzo di testimonj (2) è un andar contro alla natura medesima delle cose, ed esporsi ad errori fatali alla civil sicurezza (3).

La influenza, che la età ha sulla forza morale dell'azione umana, che offende la legge, non è un soggetto d'esame il

---

materiale nè sullo *speciale* del delitto decise che delitto non vi era perchè l'accusato avea falsificato non per *nuocere altrui* ma per *giovare a se stesso*. Henr. Cock *Diss. de judicio juratorum. pag. 52. not. 3.*

(1) Dig. *Lib. 1. tit. 5. l. 12 lib. 25. tit. 4. l. 1.* La materia periziale fa nascere più questioni tutte giuridiche 1. se i periti abbiano carattere di *testimonj* o di *giudici*. Si decisero per il carattere di giudici Gonner e Schneider. 2. Quali guarentigie di perizia, e di probità debbano somministrare. 3. Qual debba essere il loro numero. 4. Se sia sempre necessaria la *ispezione oculare* per la credibilità delle loro soluzioni. 5. Se oltre alla prestazione del dolo debbano quella della colpa. 6. Qual sia il mezzo legale per provare l'errore del loro giudizio ec. Ved. Globig *Censura rei judicialis etc. part. 2. cap. 10. §. 22.*

(2) Il giudice popolare non conosce del materiale di delitto sopra *visum e repertum*. I periti dell'arte sono esaminati in giudizio come testimonj. Ctottu *De l'administr. de la justice en Angleterre chap. 3. pag. 92.*

(3) Ved. le cose notate nel *lib. 1 cap. 10.* Lastrange in una storia di Scozia racconta come fu convinto un medico d'avere scritto un libello se-

quale possa essere instituito, ed esaurito con quello d' una speciale azione d' un individuo. Tale influenza non ha il carattere d' un caso particolare come potrebbe averlo la prova; e i dati da' quali è desunta sono le generali forze della natura, e i fenomeni che nella lor più comune, e costante ricorrenza le manifestano. Non si sa comprendere come la legge fissando da sè medesima l' anno della età umana prima del quale l' individuo non può esser tradotto in giustizia per il delitto che egli abbia commesso, non debba darsi l' incarico di fissare il dritto della età per tutto quel periodo, che lo divide dal punto, in cui la esperienza, e la osservazione hanno reso certo, che nell' uomo il sensitivo principio ha potuto subire senza ulteriore difficoltà il giogo salutare della ragione (1). È innegabile la contradizione di quelle leggi, le quali proteggendo l' età minore dagli effetti penali delle *trasgressioni*, o delle *omissioni* le negano protezione quando si tratta degli effetti penali di offese più gravi dell' ordine della città abbandonando in questo secondo caso la sua sorte al giudizio dell' uomo sfornito d' ogni cognizione del dritto (2).

La legge penale nel primo caso non sdegna i calcoli della legge civile, e cammina sulle sue tracce: nel secondo rigetta, nè si sa perchè, i suoi consigli. Ma se le regole, che la legge civile stabilisce per ben giudicare degli effetti giuridici dell' azione commessa in età non matura, sono state considerate come oggetto, e materie di dritto, sarebbe mestieri di solide, e convincenti ragioni per sostenere, che la legge penale è obbligata ad abbandonare questo sistema, e tutto ridurre ad una ispezione di fatto.

La ignoranza e l'errore, sia che si considerino nel loro *oggetto*, sia che si considerino nella loro *origine*, o nella influenza che hanno sulla *moralità* dell' azione (3), non sono fatti proprj o di un individuo, o d' un caso: ma sono nozioni desunte dalla osservazione, e dalla esperienza dei fenomeni della morale natura dell' uomo come tali pur sono nelle materie del dritto privato. L' indole dell' errore, e della ignoranza come maniere d' essere dell'animo umano sono oggetti di ricerca della ideologìa. L' indole della ignoranza e dell'errore *efficace*, o come altri meglio lo chiamano *concomitante* è

---

dizioso. Il medico impugnò il carattere e fattone il confronto con quello delle ricette scritte da lui vi fu ravvisata una differenza. Ma fu osservato 1. che egli aveva una scrittura di medico, e una di cospiratore, 2. che non essendo quella esistente negli atti la scrittura di medico doveva essere necessariamente quella di cospiratore; e fu condannato. Irish N w Papers etc. *by R. L.* Edgeworth, and Marie Edgeworth. *Biblioth Britan. liter. vol. 28. pag. 128.*

(1) Vid. il *lib.* 2 *cap.* 9 §. 1.

(2) Blackstone *Comentaries on the laws of England b. 4. ch.* 2. §. 1.

(3) Ved. il *lib.* 2. *cap.* 10. §§. 1. 2.

un astruoso problema per il *moralista* e per il *giurista*. Sembrerebbe al primo aspetto, che il senso morale del giudice potesse essere una scorta sicura per giudicare di certo, e talvolta indefinibile grado di mancanza di rettitudine nelle azioni umane alla legge contrarie. Ma meglio, e più accuratamente esaminando le cose si scorge, niente vi essere di più contrario alla buona critica, ed alla giustizia, nel giudicare di certe azioni, del senso morale il quale perciò sembra essere tutto destinato a servir di scorta all' uomo per ben dirigere le azioni proprie non a fornirgli un mezzo per censurare le altrui (1).

La teoria degli atti umani trovasi sempre titubante ed incerta nel fissare il vero carattere dell' azione commessa con colpa. La ideologia applicata, che non bisogna confondere colle arditezze quali l' umano pensiero pago di sè spregia o non cura la forza delle cose e de' fatti, trovasi anch' essa in gravi perplessità (2). Il senso morale che deve essere nell'uomo scrupoloso e severo nel giudicare delle azioni proprie porrà il medesimo scrupolo, e la stessa severità nel giudicar delle altrui. In queste materie le regole del dritto civile sarebbero una scorta fallace per il dritto penale, il quale non può neppure ammettere la definizione che il primo dà della colpa (4). Il principio politico, ammettendo il criterio che l' azione colposa debba esser giudicata sopra una scala di critiche probabilità del dolo velato sotto le apparenze di negligenza (5), batte una strada diversa da quella, a cui spingerebbe chi giudica il senso morale e mostra i pericoli ai quali esporrebbe l' abbandonarvisi.

L' azione casuale non è meno difficile a percepirsi quando si voglia qualificare un fatto, e decidere se esso ne abbia il carattere. Le implicate ispezioni dell' aggirarsi l'agente in lecita o in illecita cosa: dell' essersi o non essersi informato di quanto le leggi prescrivono relativamente all' atto, che e-

---

(1) Blackstone *Coment. etc. loc. supr. cit.* §. 5. esemplificando l' errore di fatto, e l' errore di dritto omette di far menzione dell' *essenziale*, e dell' *accidentale*.

(2) Ved. il *lib.* 2. *cap.* 10. §. 7.

(3) Blackstone *loc. supr. cit.* §. 4. non dubita di ammettere agli effetti penali la massima *qui dat operam rei illicitae tenetur de facto consequuto* su di che fu a lungo parlato nel *lib.* 2. *cap.* 10 §. 2.

(4) Heinecc. *Elem. jur. civ. etc. lib.* 3. *tit.* 14. §. 784. costruisce sulle tracce del Vinnio una definizione della colpa sembrando desumerla dal D. g. *Lib.* 9. *tit.* 2. *l.* 71. e Renazzi *Elem. jur. crim. lib.* 1. *cap.* 6. §. 2. rigettando la definizione de' civilisti, e preferendo quella posta dal Carrara s' illaquea in un linguaggio anfibologico, di cui sarebbe difficile fissare il significato. Chi ammetterebbe con questo scrittore che nella colpa debba esser compreso il danno arrecato allo stato?

(5) Ved. il *lib.* 2. *cap.* 10. §. 2.

gli assume: dell' aver potuto o non potuto prevedere tutti i più lontani e mediati effetti dell' atto lecito, ch' egli abbia assunto, sono tutte ispezioni di dritto, senza le quali il tentare la interpretazione del fatto sarebbe lo stesso che voler convertire in luce le tenebre.

Nè più facili, nè di minore importanza sono le nozioni di dritto necessarie a conoscere ed apprezzare nel fatto un azione coatta alla legge contraria (1). I dissidj nella terminologia di quest' azione mostrano per sè soli la difficoltà somma di ben definirla, e il contrasto in cui le leggi pur sempre si trovano nel fissare il giusto grado d' imputazione della coazione *impropria* sono una convincente riprova, che la sola scienza del dritto può fornire un ajuto a sciogliere i problemi di fatto che essa presenta (2).

Ma allorchè la scienza si accinge a fissare nel fatto l' indole dell' azione lesiva dell' ordine, la quale riconosce come causa morale una passione d' impetuoso carattere onde dai fatti decidere se ella o come *tentazione* o come *spinta* abbia agito (3), nè il *criterio istintivo* porge soccorso onde sciogliere con verità, e giustizia i problemi, che questo caso presenta. Il dritto civile fissa le regole ed i principj coll'ajuto de'quali il giureconsulto decide della natura dell' atto che più verisimilmente è stato voluto dal consenso o d' uno, o di più contraenti. Il dritto penale sebbene debba costruire le sue congetture in un più ristretto cerchio di oggetti, e sia certamente più facile a discernersi il consenso al delitto che al contratto non usa ordigni diversi, e se una giurisprudenza è necessaria all' uno non è all' altro men necessaria. La ideologia applicata può bensì essere d' utile soccorso alla legge nel fissare i generali caratteri della passione che agi-

---

(1) Furono proposte ad un jury tre questioni 1. l'accusato ha ucciso volontariamente? 2. Uccise nella necessità di difendersi? 3. L' ucciso era armato? Alla prima rispose no: alla seconda sì: alla terza no: contradizione ne' termini. Cock *Laud. diss. pag. 53. not. 2.*

(2) La legge Inglese lascia impunito il furto con scasso commesso dalla moglie per ordine del marito, massima, la quale ripete la sua origine dai tempi, ne' quali il matrimonio riduceva la donna alla classe di schiava. Blackstone *Coment. on the laws of Engel.6.4.h. 2. § 6.n. 1.* Questa regola non è ammessa nell' *omicidio*, e nell' *alto tradimento* ec. Nè il figlio nè il servo ottiene scusa per la subordinazione al padre, al padrone. Un jury in Francia rimandò assoluta una donna accusata di furto consigliatavi dal marito perchè il codice civile prescrive, che la moglie dee obbedienza al marito. Feuerbach citato da Cock *Laud. diss. pag. 48. not. 1.*

(3) Ved. il *lib. 2. cap. 11. §. 5.* Questa parola *spinta* come designativa della *causa* che determina l' uomo ad offendere, che ha eccitata l' ammirazione di molti, e il di cui uso in questa materia è stato cagione di errori non pochi, fu prodotta per la prima volta dal Beccaria *Delitti e pene §. 6.* È però da notarsi il luogo nel quale quel grande ingegno ne fa uso spendendola in senso di forza contro la quale deve reagire il timor della pena.

sce non come tentazione ma come spinta: ma la sola giurisprudenza collo studio che ogni nuovo caso gli offre degli atti umani e della maggiore o minore influenza che l'intendimento, e la libertà ebbero nel governarli può giungere a stabilire le più esatte formule di rimprovero colle quali ciascun caso possa essere con esattezza, e con giustizia deciso.

I tentativi dello spirito umano nel comporre questa materia difficile nel modo più acconcio alla pratica sono una prova, che non ogni intelletto ad ogni nuovo pratico caso può giudicarne con rettitudine. Tale scrittore è stato reputato il più ingegnoso, ed esatto nell' appianare alla pratica il giudizio dell' azione commessa nell' impeto, e le sue varie fasi, il quale ha preteso tutto ridurre a due sole regole (1). Altri col proposito di ampliare una formula per se stessa troppo ristretta o ha ammesse passioni, le quali non possono considerarsi come *spinta* all' animo umano, o si è perduto nell' ideale, e fantastico (2). Chi potrà credere, che queste difficoltà, questi errori, e questi pericoli inerenti alla indole degli oggetti, su' quali si dee raggirare l' umano giudizio allorchè vengono considerati come morali fenomeni della natura umana, o spariranno o diverranno minori quando è da giudicarsi dell' azione, e della condotta di un individuo: e ciò che è arduo per la *scienza* diverrà facile ed ovvio per la *coscienza*? (3)

La offesa inferita dall' alienato di mente: dall' ebro: dall'uomo avvolto nel sonno è tale anch' essa da non poterne proferire un giudizio senza averne prima attentamente studiati i generali caratteri, e dalle anologie che essi ne' vari casi presentano costruite regole di forense criterio (4). La storia de' giudicati conferma questa verità relativamente al delitto dell' ebro, e dell' alienato di mente (5), e le fatiche d'insigni

---

(1) Wieland *Spirito del dritto penale cap. 1. §. 290.*

(2) J. Rud. Hommel *Diss. quid de poen. rom. crim. philosoph. stae. cap. 2. §. 2.*

(3) Il jury in Inghilterra nel dubbio tra il *premeditato*, e l' *improvviso* omicidio lascia la questione alla decisione del giudice giureconsulto; lo che significa essere la cosa non di *fatto* ma di *dritto*. Cottu *De l' administration de la justice en Angleterre chap. 2. pag. 103.*

(4) Ved. il *lib. 2. cap. 9. cap. 11. §. 6.*

(5) La medicina si è trovata costretta a divenire *legale*. È difficile comprendere come un individuo ne possa più d'una scienza, e creda di ben decidere le controversie legali senza esser legale. Nella causa di Feldman accusato di parricidio nella persona della sua figlia per la quale arse d'amore incestuoso, nacque una questione di alienazione di mente. L'accusator pubblico si fondò nel dire che l' accusato avea allegata la ebrietà, non l' alienazione di mente: ragione prettamente legale se la variazione dell' accusato dovesse nuocergli. *Barreau francois moderne vol. 6. pag. 307. e seg.* Nella causa di Giacomo Hadfield, il quale esplose una pistola contro al Re d' Inghilterra

giureconsulti la confermano pure relativamente al delitto commesso nel sonno (1).

Più gravi perplessità si presentano nel giudizio pratico del grado della offesa quanto alla sua forza *fisica* sia che si consideri nell' *attentato*, sia che si consideri nella *complicità*.

Fu ponderato altrove quanto sia difficile a porsi la nozione giuridica dell' attentato : quanto sia ardua a conciliarsi la contradizione , che in esso s' incontra della offesa piena e perfetta nella sua forza morale , e incompleta e imperfetta nella sua fisica forza : la inutilità delle astrazioni generiche, le quali possono giungere fino al romanzo in questa materia : il vario , e cangiante aspetto , che gli oggetti in essa frequentemente presentano. Se la nozione dell' attentato , la quale non s' incontra ne' libri del dritto romano , non è nè può essere cosa di *fatto* ma è una cosa di *dritto* delle più difficili a concepirsi per la mente nmana dalla quale sola può nascer la *legge* : se questa nozione costruendosi coll' esame de' caratteri di analogia , che la esperienza , e la osservazione hanno saputo apprezzare in una serie di fatti , sembra evidente che per giudicare di fatti nuovi onde stabilire se abbiano lo stesso carattere due requisiti son necessarj : che la mente la quale si accinge al giudizio abbia presente la nozione giuridica dell' attentato : che ella sia quanto è più possibile esercitata all' esame dei fatti , i caratteri de' quali debbono esser posti al confronto con quelli, che la nozione designa colla generale sua formula (1).

La differenza tra la interpetrazione dell' atto lecito , e quella dell' atto illecito ha potuto illuder le menti. È stato creduto forse , che la interpetrazione dell' atto lecito non fosse di dominio della coscienza come quella dell' illecito. Ma se più maturamente si esaminasse la cosa si scorgerebbe , che l' ordigno intellettuale necessario a stabilir bene la prima è pur necessario a bene stabilir la seconda , e che all'opposto è più necessario in questa che in quella: perocchè se il senso morale di chi giudica è di poco soccorso nella prima interpetrazione, è un grande operatore nella se-

---

l' insigne *Erskine* suo difensore usò di ragionamenti tutti legali per provare l' alienazione di mente dell'accusato , il quale venne assoluto. *Barreau anglais vol. 2. pag. 486. e seg.* La signora Baronessa di Stael ha riportato nelle sue opere l' esordio sublime di quest'aringa.

(1) Thomasius *Dissert. de jure circa somnum , et somnia* già citato nel *lib. 2. in not.*

(1) Trattavasi d'un furto attentato. Era stato sorpreso l'attentante entrato già nella casa altrui , ed avendo operato lo scasso per afferrare la roba furtiva. Fu domandato ai giurati se il reo avesse con atti *esterni* manifestato il suo proposito di rubare , i quali risposero no , perchè l' attentato era stato commesso nell' *interno* della casa. Feuerbach citato da Cock *Land. diss. pag. 52. not. 1.*

conda : quindi sempre inclinato a precipitare il giudizio : sempre disposto a farlo dipendere dalla maggiore, o minore severità de' principj professati dal giudice (1): sempre pronto a preferire l'ufficio di legislatore a quello di applicator della legge.

Nelle materie civili il giudizio dipende più dall'indole dell'oggetto su cui verte la controversia, che dalle predisposizioni dell'animo di chi giudica : nelle penali è tutto il contrario, e il giudizio dipende in gran parte dalle disposizioni dell'animo di chi lo assume : tanto nelle prime quanto nelle seconde il giudizio debb'essere meramente *declaratorio*, tale cioè che decida se nell'oggetto di cui si disputa esiste o non esiste la *qualità* che i litigatori in senso l'uno all'altro contrario pretendono (2) : ma nelle prime l'applicazione del principio della eguaglianza non fa sospettare parzialità : nel secondo l'applicazione delle idee di moralità, di lecito e d'illecito, e di competenza o non competenza della pena vanno soggette ad essere adombrate dai pregiudizj i più onorevoli alla natura umana, e perciò i più facili ad appiccarsi agli animi probi ed onesti.

La legge, e la indole sua razionale toglie per così dire l'uomo dalla sua abituale maniera di sentire, e può convertirlo in una intelligenza quasi celeste. Per lo che quanto più gli atomi fuggitivi d'un fatto sono dalla scienza afferrati, e le loro analogie convertite in regole di diritto più il regno d'una impassibil giustizia è sicuro.

Ne' paesi ne' quali ogni nuovo fatto esige un nuovo giudizio, semplice e breve è la legge sul titolo del delitto; e poco giusta nello stabilire tutti i gradi possibili della forza morale, e della forza fisica della offesa : onde la inesperta, ed ancora tenera età non vi trova difesa (3) : l'errore, e la ignoranza non vi son rammentati come titolo di scusa (4): l'azione nell'impeto, e nella ebrietà vi è giudicata con rigore eccessivo (5) : l'attentato non vi è distinto dal consumato delitto (6).

Se i fenomeni degli umani interessi nelle materie civili hanno potuto aver regole di dritto la più acconce a comporre, e chiarire i casi controversi, che ne derivano : se per decidere di questi casi è stata pressochè ovunque sentita la

---

(1) Il sig. Feuerbach *op. cit.* osserva, che in Inghilterra i rei si nascondono finchè presiede al jury un giudice di conosciuta severità, e si presentano quando vi presiede un giudice di più mite carattere.
(2) Ved. il *lib. 2. cap. 2.*
(3) Ved. il *lib. 2. cap. 9. §. 1.*
(4) *Cod. pen. franc. 1810. art. 65. 319.*
(5) Blackstone *Coment. on the laws of England b. 4, ch. 2. §. 3.*
(6) *Cod. pen. franc. 1810. art. 2.*

necessità di avere e giurisprudenza, e giureconsulti (1) come la stessa necessità non dovrebbe essere concordata nelle penali?

La economìa politica ha dimostrato, che senza la divisione del lavoro le arti umane sarebbero sempre nella infanzia e nella barbarie, nè sarebbero suscettibili di perfezione (2). I lavori della mente in giurisprudenza non son dissimili da quelli della mano nelle arti. Far decidere ogni nuovo caso di disputa a un uomo colle sole forze morali della propria natura sembra esser la cosa medesima che dare per la prima volta ad uomo nuovo nell' arte il materiale greggio per costruirne un mobile destinato agli agj, ed ai comodi della vita (3).

Una sola riflessione compendia, ed abbrevia tutta questa ricerca diretta a conoscere se il giudizio sulla qualità vietata d' un fatto, sul grado di forza morale con cui è commesso, e sul grado di ostilità contro la legge che esso contiene, sia un giudizio di fatto, o un giudizio di dritto. La legge sola ha stabilita, e fissata la qualità, e questa legge è quella, che alcuni non male a proposito chiamano *sostantiva*. Il giudizio, che dice essere in tale, o tale altra azione la qualità che ne fissa la colpa è un giudizio visibilmente *aggettivo*. Or come lo spirito umano potrebbe in buona logica dichiarare in un fatto l' aggettivo d' un sostantivo se il sostantivo non conoscesse?

CAPITOLO VII.

Continuazione. Della prova del fatto elevabile a regola di dritto.

Col giudizio de' fatti, ne' quali è colle regole del dritto da stabilirsi se abbiano qualità ad esso contrarie, non è da confondersi quello delle circostanze, di fatto anch' esse, le

---

(1) Furono rammentati altrove i giudizj centumvirali *lib. 1. cap. 15. §. 1. in not.* Un autore il quale con squisita erudizione ha parlato di questi giudizj osserva, che i *centumviri* erano uomini sufficientemente versati nel dritto, e nella sua pratica applicazione. Dr. Fr. Guil. De Tigerström *Dis.. de judicibus apud Romanos Barolini 1826. lib. 2. §. 36.* Questa opera è tanto più encomiabile quantochè l' autore ha tratto molto profitto per il suo scopo dalle istituzioni di G jo scoperte nel 1816.

(2) Smith's *An Inquiry into the causes of Wealth of nations b.^k 1. chapt. 1.*

(3) Era questa riflessione uscita da qualche tempo dalla mia penna quando l' insigne Avvocato Inglese C. P. Cooper mi onorò del donativo dell' opera *Letires sur la Cour de la Chancellerie d' Angleterre etc.* qui addietro citata da lui arricchita di note, e di appendici, e mi compiacqui d'incontrare la stessa riflessione in quell' opera. *Lettr. 14.*

quali debbono essere valutate onde potere asserire che il fatto alla legge contrario avvenne, o non avvenne, e per opra di chi, qualora accada che di fatti simili debba proferir giudizio chi non n' ebbe da' proprj sensi direttamente la prova. La imputazione *fisica*, o il giudizio sulla esistenza materiale d' un fatto, e sull' essere un fatto l' effetto fisico del moto di tale, o tale altro individuo (1) è per ogni riflesso diverso da quello, che indaga se il fatto sulla materialità e sulla specialità del quale non può più nascer dubbio è o non è derivato da causa morale vale a dire dalla intenzione, e in qual grado, e se questo fatto sebbene per il suo carattere *intrinseco* innegabilmente morale, sia e fino a qual punto dalla legge vietato. Il primo giudizio verte sopra fatti *accessorj* i quali sono argomenti critici della esistenza d' un fatto *principale* al quale si riferiscono: il secondo giudizio verte sopra un fatto unico e certo onde stabilire se è quello, che dalla legge fu contemplato. Il primo giudizio confrontato col secondo apparisce in tutti i riguardi, ed in tutti i suoi elementi di *mero fatto*, nè coll' ajuto, o colla regola della legge che lo qualifica può dirsi che esso sia avvenuto, o avvenuto non sia. Il giudizio su questo fatto è tutto e per tutto fuor della legge.

La legge determinando le qualità vietate d' un fatto le astrae per così dire da tutto quello che fatti simili hanno di materiale e corporeo, e converte queste qualità in tanti enti di ragione senza di che legge come generale concetto non potrebb' essere (2). Or queste astrazioni nelle parole, e nello spirito della legge stanno, e sussistono di per sè senza che alla loro razionale esistenza sia bisogno della materiale dei fatti, che la legge ha inteso prescrivere. E sebbene molti e varj possano essere gli aggiunti, o le circostanze le quali accompagnando un' azione umana ne svariano o la moralità, o il danno che ella arreca alla legge, pur questi aggiunti, e queste circostanze non sono tali di lor natura nè sì indefinibili, che la legge non possa antivederle, ridurle in serie per i caratteri delle loro analogie respettive, e così astrarne le qualità, che fissate nella sua lettera servano di norma a chi dee proferirne giudizio (3).

La mente può formarsi la idea dell' imbecillità d'intelletto per causa di età, di sesso, di malattia, di circostanze eventuali e variabili nella ignoranza e nell' errore: di una mancanza di volontà, o di libertà in un' azione umana alla

(1) Ved. il *lib. 2. cap. 2. in not.*
(2) V. il *lib. 1. cap. 3.*
(3) Esempio ne sia quel che fu scritto nel *lib. 2. cap. 3. e cap. 5.*

legge contraria senza bisogno di pensare a certo, e determinato individuo, e a certe e determinate circostanze in mezzo alle quali abbia agito. Ma se si tratta di fatti individui, i quali debbano divenire contrassegni, o argomenti della esistenza, o non esistenza d'altri fatti del pari individui ignoti a chi giudica, la legge non può fare astrazioni: perocchè non trattandosi allora di fatti proprj degli uomini, e della loro morale natura ma trattandosi di un fatto derivante dal moto particolare d'un individuo, a lui personale, e perciò alla sua individualità fisso, e inerente, manca alla legge il mezzo d'astrarre da un fatto solo, e individuo una qualità che ad altri simili fatti convenga. Ogni fatto sulla esistenza del quale nasca questione ha una serie nuova, e sempre diversa di fatti accessorj, che più o meno ne sono argomenti. Questa varietà, questa mobilità continua irrefrenabile di fatti *noti* argomenti d'un fatto *ignoto* è un insuperabile ostacolo, che la loro stessa natura presenta al tentativo, che far volesse la legge di astrarne qualità generali, fisse, costanti che servissero di norma all'umano giudizio (1).

Per queste ragioni i giureconsulti Romani ravvisarono certezza nel *dritto*, ed incertezza nel *fatto* (2) reputando incontrovertibile il primo, e soggetto di controversia il secondo (3): sapiente ed ammirabile detto, il quale mostra e riconosce nella legge la prerogativa della umana ragione; e non inteso da chi ravvisò disputabile il dritto confondendolo o col modo inesatto con cui il redattor della legge lo espresse, o colla sua pratica applicazione (4).

Ma quel detto presupponendo controvertibile il fatto non lo ha dichiarato però dal dritto indeterminabile. Si è voluto esprimere con quel detto che la mente umana, contemplando la legge, non ne ha potuto controverterne la esistenza, seb-

---

(1) La ricerca è astrusa. Tentò ma infelicemente a mio credere di stabilir la differenza delle probabilità del *dritto*, e di quelle del *fatto* l'autore anonimo del *Saggio sopra i principj*, *e i fondamenti della probabilità*. *Livorno 1790. pag. 127*, opuscolo altronde d'un merito non comune.

(2) Dig. *Lib. 22. tit. 6. l. 2.*

(3) Dig. *Lib. 48. tit. 16. l. 1. §. 4.*, *lib. 50. tit. 1. l. 15.*

(4) Jos. Andr. Joubert. *Specimen juridicum de evidentia etc. Lugd. Batav. 1825. p. 30.* L'autore del *Saggio sopra i principj*, *e i fondamenti della probabilità p. 127* ammettendo un calcolo delle probabilità di dritto non ha concepito esservene uno di certezza apodittica, come lo sono le verità matematiche. Gli esempi che egli adduce delle probabilità di dritto si riferiscono tutti alle leggi di dominio del *pratico raziocinio* Ved. *lib. 1. cap. 5* vale a dire al *dritto politico*: osservazione la quale serve di risposta a chi reputasse un'*inintelligibile ideologismo* il soggetto della prima parte di quel libro. Co' sistemi, i quali confondono il *gius di natura* col *dritto politico* è difficile giudicar rettamente della sentenza de' giureconsulti Romani.

bene l' indole del fatto a cui dee la legge applicarsi possa essere spesso controvertibile. Se la questione di fatto oltre all' essere proponibile fosse anco per quanto spetta alla legge indeterminabile, e per ragionamento scientifico non definibile di guisachè tutto dovesse abbandonarsi al criterio istintivo dell' uomo apparirebbe questo una specie di disperato compenso, a cui la legge avrebbe dovuto appigliarsi per definire l' indefinibile, e per porre un termine all' infinito. Contradizione manifesta: perocchè essendo da un lato certa la legge, e incerto il fatto a cui dee la legge applicarsi dall' altro, non si saprebbe comprendere qual fosse fra questi due estremi il termine di mezzo, il quale, come le leggi dell' umano intelletto prescrivono, partecipasse della natura dell' uno, e di quella dell' altro.

Questo termine medio tra la legge che fissa la qualità vietata d' un fatto umano, e il fatto di certo, e determinato individuo è la *prova*, senza la quale vana sarebbe la legge, e paragonata perciò da' giuristi alla luce, senza di cui inutile all' occhio umano sarebbe il creato (1) e proclamata solo, e vero lume di verità (2): quindi ordigno dominatore di tutto il giudizio penale.

Fra i fenomeni della natura morale dell' uomo quello che più domini i suoi destini, e sia nel tempo stesso il più difficile a definirsi, è il modo con cui nel suo animo nasce la prova d'un fatto, la esistenza o non esistenza del quale dee essere la ragione sufficiente del proprio giudizio.

Esistono nell' intelletto umano, infissevi dal supremo autore della natura, le forze necessarie a valutare la prova: ma l' attività di queste forze come di tutte le altre create dipende dal loro maggiore o minore esercizio: da' maggiori o minori soccorsi co' quali l' arte dovette sempre ajutar la natura. Il primo navigatore solcò il mare sopra uno scavato tronco dell' albero, e il navigatore de' giorni nostri ne sfida sopra ondeggiante fortezza la collera. Un uomo il quale giudichi per la prima volta della credibilità della prova non è da paragonarsi ad un uomo il quale abbia consumata la vita nel giudicarne, ed abbia avuto il soccorso di regole che l' arte ha potuto con lungo studio strappar come segreti dalle mani della natura per meglio guidare il proprio giudizio.

I fatti dell' uomo relativi alle leggi, che hanno inteso regolare le sue libere azioni, hanno un carattere, che gli distingue dagli altri, come gli oggetti metafisici hanno un carattere che gli distingue da' fisici, e questi ne hanno uno che gli diversifica dai morali, ed istorici. Come questi di-

(1) Cod. *Lib. 4. tit. 19. l. ult.*
(2) Cod. *Lib. 7. tit. 63. l. 4.* Pacian. *De probat. lib. 1. c. 5. n. 4.* Jacob. De Sanct. Georg. *Ad Rubric. de probat. in dig. n. 8.*

versi oggetti quanto alla loro prova hanno un diverso criterio non sembrerà paradosso il dire che hanno anco gli oggetti giuridici il suo. Non solo un oggetto metafisico non può esser giudicato col criterio della certezza fisica, o della morale ed istorica e viceversa, ma neppure un uomo abituato a giudicare o degli oggetti metafisici o de' fisici sarà destro a giudicar de' morali ed istorici come un uomo che abituato vi sia.

Tutto parte dalla natura, ma tutto coll'arte si perfeziona. Sono nella natura i tre diversi criterj regolatori dell' umano giudizio relativamente agli oggetti metafisici, ai fisici, ed ai morali ed istorici, ma la osservazione fatta qui sopra dimostra esser questa una inutile verità, ed aver ella anzi un grave pericolo comecchè tendente a insinuare che l'un criterio possa essere supplito dall' altro.

L' effetto della prova è un moto dell' animo umano, ma questo moto in un animo che giudichi colle gregge e naturali sue forze è una cosa, e in un animo abituato a giudicare di certi oggetti, ed ajutato dalla osservazione e dalla esperienza è una cosa diversa.

Chi paragonò la giurisprudenza romana alla geometria: chi la paragonò alla medicina ippocratica (1), le quali due qualificazioni presuppongono in essa il poter d' una scienza, e d' un arte. Entra necessariamente nella giurisprudenza il modo di calcolare la prova degli oggetti ai quali debbe essere applicata la legge: onde non può sembrare irrazionale concetto l' ammettere che la prova oltre all' avere una stima *naturale* ne abbia ancora una *giuridica*.

Si scrivono, e si pubblicano sempre trattati per viemeglio conoscere le forze dello spirito umano, e per meglio dirigerle alla scoperta del vero. Scrittori rinomati per la forza del loro ingegno intraprendono nuovi, ed utili tentativi onde applicare la logica alla cognizione di ciò che meglio conviene al perfezionamento della civil condizione degli uomini (2). Tra gl' importanti fenomeni della natura umana quelli che fanno nascere i problemi giudiciarj non tengono l' ultimo luogo: nè si saprebbe comprendere come questi fenomeni potessero avere il singolar privilegio d' esser meglio apprezzati dalla ignoranza che dalla scienza e dalle regole evitiche che dalla scienza può torre in presto la legge.

Il moto eccitato dalla prova nell'animo umano come quello della bilancia, su cui pongonsi le frazioni del peso, che il suo momento può sopportare, ora è maggiore ora è mi-

---

(1) Leibnitz, Comte citati nel *lib. 1. cap. 15. §. 2. not. 2.*

(1) Romagnosi *Vedute fondamentali sull' arte logica aggiunte alla logica di* Antonio Genovesi. *Milano 1832. vol. 2.*

nore: ora è più lento ora è più rapido. Questo moto incomincia col *sospetto*, e si esaurisce nella *certezza*. Una scienza misura i diversi gradi del moto della bilancia, e dà a ogni peso capace a produrlo il suo nome. Come non sarà necessaria una scienza per misurare i gradi del moto dell'animo umano, nel che consiste il suo maggiore, o minore assenso alla prova della verità d'una proposizione o d'un fatto?

È sentita la necessità di distinguere il *verisimile*, il *probabile*, il *certo*. È stata pur sentita la necessità di distinguere dall'*indizio* il *sospetto*: questo, moto gratuito dell'animo: quello, moto pure dell'animo ma prodotto da un fatto (1).

Poichè i moti dell'animo umano come gradi di assenso alla verità possono esser gratuiti, e possono essere autorizzati dai fatti, se siano a se medesimi abbandonati non vi può esser mezzo onde distinguere se abbiano o l'uno o l'altro carattere. La immaginazione umana, la umana malizia, il caso fabbrica le apparenze di verità: per lo che i fatti istessi dai quali parte il verisimile, il probabile, il certo meritano d'essere attentamente considerati. Le regole dell'analogia fondate sulla esperienza, e sulla osservazione possono sole fornire il mezzo onde discernere il falso dal vero, e dall'apparenza la realtà; e se una scienza può fornir queste regole, la legge può bene autorizzarle e costruirne la propria certezza in quanto può costruirla la scienza, commettendo alla giurisprudenza di raccogliere osservazioni, ed analogie, le quali ajutino progressivamente a discernere il vero ne' fatti, ne' quali assoluta certezza morale non è sperabile.

Alcuni scrittori, sebbene favorevoli alla stima giuridica della prova, ponendosi in manifesta contradizione con se medesimi, dissero che ella non appartiene alla disciplina del dritto (2): nè i fautori del contrario sistema mancarono di notare una tale contradizione, e proclamar la vittoria della loro sentenza (3).

La *nascita* della prova è in un fatto fuor dell'animo di chi giudica: il suo *effetto* è nella connessione, che l'animo di chi giudica scorge tra questo fatto, e il fatto che deve esser provato. Il fatto, da cui nasce la prova, o giunge all'animo di chi giudica nella sua natural nudità, o vi giunge in un modo, che la legge fissa e determina. L'animo di chi giudica o è nel giudicare isolato, sciolto, e libero

(1) Anth. Math. *De criminib. ad lib. 48. tit. 15. cap. 6. n. 3.*
(2) Globig *Censura rei judicialis Europae liberae etc. part. 2. cap. 8. §. 1.*
(3) Meyer *Esprit, origine etc. des institutions judiciaires liv. 8. cap. 12.*

come la natura lo ha fatto: o la legge lo circonda di circostanze entro le quali dee giudicare, e le quali perciò limitano la sua natural libertà. Niuno potrà negare, che la legge, l'una e l'altra cosa facendo, non tolga alla prova la sua natural libertà, e le imprima un carattere che da essa sola deriva.

Queste cose premesse, giova osservare che lo stesso processo *accusatorio*, il quale abbandona tutta questa materia all'*istintivo* criterio dell'uomo, adotta regole di dritto, che lo tengono per il bisogno della più retta valutazione della prova in certi confini. In questo processo, e nel più puro e schietto modello, che i Romani ce ne lasciarono, l'asserzione dell'accusatore, primo incentivo, e titolo della prova, era soggetta per legge a certe formalità (1): la non comparsa del reo: il suo silenzio alla interrogazione del giudice: il modo con cui confessava, o negava stava in luogo di diverso modo di prova (2); la custodia, che l'accusatore ed il reo aveano diritto di darsi, avea l'oggetto di fornire un carattere piuttostochè un altro alla prova (3): il modo di esaminare i documenti, e le tavole (4): quello d'indurre i testimonj (5); il titolo per applicar la tortura, dichiarata a quei tempi la questione di fatto per eccellenza (6): il numero de' giudici: il loro giuramento: la quantità de' suffragj necessarj a dire provato, o non provato il fatto in questione (7), erano tutti altrettanti espedienti in regola fissa, e costante adottati dalla legge onde dare alla prova l'atteggiamento, che ella reputava il più idoneo alla sua credibilità. Nè la osservanza di queste regole era dalla legge affidata o al naturale criterio, o alla coscienza del giu-

---

(1) Ant. Math. *Ad lib. 48. dig. tit. 13. cap. 6. n. 1.*
(2) Ant. Math. *loc. cit. cap. 7. num. 3.*
(3) Ascon. Pedian. *Divin. in verr.*
(4) Cic. *In verr. 1. cap. 36. 61.*
(5) La materia de' testimoni, del lor numero, del modo di udirli, e anco di costringerli è ben trattata da Adam *Antiquités Rom. vol. 1. pag. 394396.*
(6) *Facti quaestio in eculeo est: juris in judicio.* Cic. *pro Milon. c. 21.*
(7) Adam *Antiquités Rom. vol. 1. pag. 384. e 398* parlando dei giudici di Roma gli assomiglia sempre ai *giurati*: errore nel quale è pur caduto Aignan *Histoire du jury cap. 7. pag. 74.* I giudici antichi non conoscevano la celebre distinzi ne « *Judices respondent de jure: jurati de facto* »

« *Mos erat antiquis niveis, atrisque lapillis*
« *His* DAMNARE *reos, illis absolvere culpa.*
Ovid. *Met. lib. 15. v. 41.*

Quanto al modo di sentenziare de' giudici a Roma la lettera A era detta *lettera salutare* Svet. *In Aug. c. 33.*, e la lettera C *lettera trista* Cic. *pro Mil. c. 6.* Ved. qui addietro *pag. 29 not. 5.*

dice popolare, ma era affidata a giureconsulti i quali eransi formati alla cognizione del dritto nelle civili materie (1).

È stato osservato, essere gli oggetti del giudizio penale più gravi assai di quelli del giudizio civile, e non potersi perciò stabilire positiva illazione da questi a quelli (2). Con buona pace di questa sentenza è da riflettere, che gli oggetti dell' uno non sono più gravi di quelli dell' altro, ma sono affatto diversi. Esaminando le cose col criterio del vero assoluto, e date due sentenze l' una nel giudizio civile, l' altra nel giudizio penale amendue coerenti al vero, e alla legge, non è da dire che l' una sia stata proferita in cosa o più leggiera, o più grave del soggetto dell' altra: perocchè amendue hanno stabilita una verità, ed hanno il carattere d' un atto di giustizia. Ma la diversità degli oggetti su i quali cadono ne fa nascere una sulla credibilità della prova, che la sola scienza, e perciò la sola legge può esattamente apprezzare.

Nel giudizio civile si disputa d' una cosa divenuta soggetto del dritto di proprietà, o d' una qualità personale, che ha relazione al dritto di proprietà. Nell' uno, e nell' altro caso l'ordine pubblico non è alterato se la cosa invece d'essere in una mano sia in un' altra: se la qualità invece d'essere in una sia in un' altra persona. Il grande e solo interesse dell' ordine pubblico è che la quistione tra i due contendenti sia terminata onde essi non la esauriscano di propria autorità o coll' arme, o col bastone alla mano (3). Il giudizio civile è perciò nella necessità di dirimere definitivamente la lite e non la lasciare pendente, perchè i due litigatori vogliono, e con ragione, veder sistemato il lor dritto. Così essendo conviene al giudizio civile di esser più corrente e più facile sulla credibilità della prova: perocchè uno *scetticismo* scientifico, col quale si volesse librarla col rigor delle regole della certezza morale, potrebbe spesso lasciare indeciso il litigio (4).

---

(1) I Pretori giudicavano prima i soli affari civili ma presiederono poi le questioni perpetue. Van Der Hoop *Diss. de iis qui antiquitus ap. Rom. de criminib. judicarunt in Thes. Meerman v. 8.* il giudice della questione riceveva le prove nel modo dalle leggi prescritto, e tutta la *esercizione* della causa era regolata da lui. *Dig. Lib. 48. tit. 18. l. 1.* È erroneo ciò che dice del giudice della questione l'altronde dottissimo Ales. Adam *Antiquite: Romains etc. vol. 1. p. 383.*, asserendo che sceglievasi tra i giudici popolari. Lo eleggeva o la legge, o il Senato. Averani *Interpret. jur. lib. 1. cap. 2. num. 4.*

(2) Ant. Math. *Ad lib. 48. dig. tit. 16. cap. 1.*

(3) Il pericolo come più imminente è stato accennato nelle questioni di possesso. Heinecc. *Elem. jur. civ. etc. lib. 4. tit. 15. §. 1228.* La diversità della prova nel *civile*, e nel *penale* giudizio è stata discussa sopra altri fondamenti da Globig *Censura rei judicialis etc. part. 2. cap. 8. §. 2.*

(4) Per queste ragioni la legge Toscana, nel caso di dichiarazione di

Nel giudizio penale si tratta d' irrogare ad una creatura umana un dolore o affliggendo il suo corpo, o privandola della sua personal liberta, o del suo onore: nè vi ha necessità d' irrogarglielo potendosi facilmente supporre o che il delitto non sia stato commesso, o che una diversa persona lo abbia commesso. Da una parte il dritto della natura respinge lungi dall' accusato la pena: dall' altra il dritto politico dee considerare, che la irrogazione della pena non adempie il suo scopo se ella non cade sul capo del vero offensor della legge. La presunzione d' innocenza guarentita dall' uno obbliga l' altro ad esigere una prova più piena di quella che può esser necessaria a dirimere la lite civile, nella quale niuno de' litigatori può allegar presunzioni, o regole critiche le quali parlino piuttosto a favore dell' uno, che a favore dell' altro (1).

La opinione confutata altra volta, la quale vorrebbe che la pena crescesse in rigore quanto può decrescere nella certezza della sua applicazione (2), che altro è se non concedere alla legge il dritto di regolare la valutazione della prova? Perocchè questa opinione, a cui non è dato forse di esprimersi in intelligibil linguaggio: i fautori della quale non si son forse mai reso conto della sua logica consistenza, onde darle un significato qualunque, è costretta a convertirsi in encomio delle *prove privilegiate* (3).

---

processo aperto lascia all'offeso libero il dritto di sperimentare contro il preteso offensore le sue ragioni per il danno da lui sofferto nel giudizio civile. *Cod. Leop. art. 113.* Il Nani comentando l' articolo si contenta di dire, che un fatto può non credersi abbastanza provato agli effetti *criminali*, ed abbastanza provato agli effetti *civili*.

(1) Bentham *De l' organisation judiciaire chap.* 2. taglia il nodo colla nomenclatura *dritto disputato* (giudizio civile) *dritto violato* (giudizio penale) falsa, o almeno equivoca l' una e l' altra. Lo stesso autore *Traitès des preuves judiciaires vol.* 2. *chap.* 2. ha parlato col suo solito ingegno delle *presunzioni*, che egli chiama *antigiudiciarie* o operanti l' effetto loro innanzi, e per la indole o del giudizio, o dell' atto che lo promuove.

(2) Ved. il *lib.* 3. *part.* 2. *cap.* 2.

(3) Il giureconsulto Papiniano *Dig. lib. 28. tit. 7. l. 15*, si esprime « *Quae laedunt pietatem, existimationem, verecundiam et ut generaliter dixerim contra bonos mores fiunt nec facere nos posse credendum est* ». Si può domandare, I. Se tale, o tale altro fatto individuo possa per se solo autorizzar questa regola della sua credibilità. II. Se la regola sia vera o falsa. III. Se essendo vera ella siasi dovuta costruire non sopra un sol fatto, ma sulla osservazione di più fatti. IV. Se la regola così costruita sia analogica. V. Se tale essendo, nè potendo essere uscita da un fatto individuo, e perciò dal criterio istintivo dell' uomo sia stata la legge che le ha data la vita. Nel secolo decimottavo il De-Simoni si fece il campione delle *prove privilegiate*, *Del furto, e sua pena* §. *26.*, avendolo confutato il Nani *De indiciis eorumque usu in cognoscendis criminibus*, e malamente pretese schermirsi *Delitti di mero affetto part.* 1. *cap.* 15. §. *10.* Pufferdorf *De jur. nat. et gent. lib.* 5. *cap.* 13. §. *9.*, e Boemero *Elem. jur. crim. sect.*

*

Queste considerazioni, dedotte dalla natura medesima delle cose, per se stesse implicate e difficili, annunziano la necessità non che la esistenza possibile d' una *stima giuridica* della prova, e dimostrano che il suo vero valore non sempre può nascere da quel che dicono i testimoni: da quel che i documenti palesano: da quel che il detto del reo, il suo contegno, il suo volto significa: molto meno da circostanze di fatto, che niente dicono, ed alle quali il solo ragionamento dell' uomo, spesso fallace, somministra un linguaggio.

Or non si saprebbe comprendere come potendo la legge modificare in parte la libertà dell' umano giudizio quanto alla credibilità della prova non possa farlo in tutto: e come essendo le leggi giudiciarie più *limitative*, che *direttive* dell' arbitrio dell' uomo giudice, debbano quanto alla stima della prova perdere il loro attributo, e lasciarla senza legge mentre tutto a una legge obbedisce in natura.

Si dirà che questa legge, da cui dee dipendere il valor della prova è nel criterio dell'uomo, e che non è dato al dritto di torla di là dove la natura l'ha collocata, lo che equivarrebbe a dire che la critica de' fatti è così inerente allo stato organico dell' individuo come gli è inerente la facoltà digestiva, onde la prova per la sua stima è al cervello dell' individuo come il cibo per la sua digestione al suo stomaco.

Se così fosse, la legge dopo aver regolato come la prova deve essere ammessa in giudizio: come vi debbe essere presentata, ed esaminata, giunta che fosse al criterio del giudice dovrebbe abbandonarla al suo intimo convincimento, come l' uomo che getta la pietra in una voragine senza poter sapere ov' ella cadrà. La coscienza del giudice per avere questa notizia sarebbe una debole guarentigia. La gravità, la probità, il giuramento d' un individuo sono ottime guarentigie della verità di quel che egli attesta come visto, o udito da lui ma non lo sono della rettitudine del suo giudizio sulla verità d' un fatto al quale non si è trovato presente (1).

Asserire che la stima della prova non appartiene alla legge, ed è tutta operazione del criterio dell'uomo che giudica, è asserire che la legge è una vaga astrazione dello spirito

---

1. *cap.* 11. §. 200. vogliono quanto è più grave l' obiettato delitto più forte la prova. Il Cavalier Cremani *De jur. crim. lib.* 3. *cap.* 32. §. 11. esige nella prova un valore assoluto senza aver riguardo al titolo del delitto. La controversia si è prolungata fino al giorno presente. Vedasi Hommel *Rapsod. observ.* 122 577., Glebig *Censura rei judicialis etc. part.* 1. *pag.* 2. La scienza va brancolando; e il criterio istintivo va franco a versare il sangue dell' uomo.

(1) Zeigler *Ad Grot. lib.* 2. *cap.* 2. *cap.* 20. §. 2.

umano: che ella non può per verun modo uscire dalle generalità sulle quali si costruisce, e che non è padrona di provvedere alla sua applicazione ai casi particolari che la reclamano: è notare uno spazio insormontabile un gran vuoto tra la legge, e i casi per i quali fu fatta, o supporre che ella ha una forza meramente ipotetica tale cioè da valere se una forza che ella non può regolare asserirà verificato in fatto il caso da lei contemplato.

In questa maniera di apprendere la forza, e l'attività della legge chi potrà dire se la ipotesi della sua applicazione sia vera o falsa; e se il fatto anzichè realmente esistere è o un sogno della mente del giudice, o una falsità che gli è piaciuto di spacciare come verità? Se le cose dovessero per tal modo considerarsi, le morali forze dell' uomo non sarebbero il mezzo pel quale la legge dal suo stato di regola generale scende ad essere regola particolare di tale, o tale altro caso. Le morali forze dell' uomo sarebbero le vere, e sole legislatrici: perocchè sarebbe in loro potere di far parlare, e far tacere la legge asserendo, o negando come meglio lor sembra la esistenza del soggetto della sua pratica applicazione.

L' ascendente delle abitudini spesso ci vieta di apprendere i pericoli, che ci circondano. L' uomo si fabbrica una dimora a piè del vulcano, che può da un momento all' altro o ingojarla, o travolgerla in un torrente di lava infuocata: solca tranquillo i mari mentre una sola tavola lo separa dall' abisso, in cui un colpo di vento può farlo sommergere. La fede de' nostri simili incaricati dell'amministrazione della giustizia penale ha a proprio favore la generalità delle giuste lor decisioni: ma se questa fede dovesse essere l'unica guarentigia degli accusati la loro sorte non sarebbe dissimile da quella di coloro, i quali vivono sulla cima del Vesuvio, o navigano un mar burrascoso.

O la legge può avere una esistenza sua propria, e debbe aver mezzi per giungere, legge pur sempre, ai più minuti ragguagli della sua pratica applicazione, o questi mezzi sono alla legge impossibili, ed ella non esiste, ed è un sogno, un delirio della mente degli uominini.

Se la legge debb' essere per tutti eguale non può esser diseguale la forza e la regola della sua pratica applicazione, e diseguale sarebbe se la stima della prova fosse abbandonata al criterio istintivo dell' uomo, il quale da un individuo all' altro varia secondo il variare delle abitudini, degli oggetti alla sua portata, colla tempra di volontà; come con quella d' ingegno. È questo il primo razionale concetto, il quale per se medesimo inoppugnabile apre la via al sistema del valor giuridico della prova. La legge non può creare questo valore come crea il dritto ma può regolarlo per certi casi, e tenerlo in determinati confini in certi altri. Niuno può negare, che la legge debba far regnare la eguaglianza tra gli

uomini (1), e solo può dubitarsi se abbia forze sufficienti per ottenerlo.

La umana ragione non ha potuto dal proprio fondo, e come dicesi *a priori* altro attingere se non che la idea astratta del giusto assoluto. La esperienza le ha somministrata la idea del male politico, e de' suoi varj gradi, la quale perciò ha dovuto tutta nascer da' fatti. La umana ragione può formarsi la idea del vero assoluto come l'ebbe del giusto, ma il solo esame de' fatti, e la sola esperienza hanno potuto istruirla di ciò che più vi si avvicina, e per la sua ricorrenza la più costante, e per la osservazione che non vi si è mai scoperto l'errore, o la falsità. I fatti di questo carattere hanno qualità determinabili dalla osservazione, e dalla esperienza come quelli che debbono essere dalla legge all'uomo vietati: le qualità dei primi son logiche: quelle de'secondi morali o politiche: ma qualità negli uni, e negli altri, che la legge può astrarre sì dagli uni come dagli altri, e formarne fondamenti delle generali sue regole: la qual cosa dimostra come la regola critica della credibilità d'un fatto, vale a dire del valor della prova, può divenir regola di dritto come quella della sua moralità, e della sua ingiustizia possibile.

Perchè un fatto possa essere dalla legge dichiarato idoneo a fornire al giudice la misura della prova di quello che è controverso in giudizio conviene che esso sia tale da poter essere come fatto dalla lettera della legge determinabile, perocchè se il fatto ha questo carattere, e la lettera della legge lo ha indicato al giudice come titolo, e norma della misura della prova l'esito del giudizio dipende dal poter della legge, nè dipende più da quello dell'uomo, ed è trovato il mezzo di aver la legge eguale per tutti nella sua costituzione: come regola critica, e come regola morale o politica nel tempo stesso.

La stima della prova trovasi allora tra due forze, le quali possono essere in contrasto tra loro: l'autorità della legge, il criterio istintivo dell'uomo giudice: ma questa forza dee cedere a quella, non potendo l'uomo presumere che i dati d'analogia, che gli ha somministrati la sua corta vita siano da paragonarsi a quelli che la legge ha raccolti dalla esperienza delle nazioni, e de' secoli. Vi sono allor due *certezze* sebbene non vi possa essere se non una *verità*: l'una dell'*uomo*, l'altra della *legge*: l'una *morale*, l'altra *giuridica* (2): la prima oscillante, e variabile: la seconda ferma,

---

(1) Cicer. *De Repub. lib. 1. cap. 32. jura certe paria esse debent eorum inter se qui sunt cives in eadem republica.*

(2) Thomas. *Diss. de fide juridica cap. 2. §. 10.* ammette la *giuridica* in contrapposto alla *storica*, o mentovandone una *intellettuale cap. 1. §. 26.*

costante come la giustizia che la creò. Di qui la origine della *prova legittima.*

Non sempre, anzi raramente si presenta nel giudizio penale come prova un fatto dalla legge preveduto, e dalla sua lettera determinato come prova di quello di cui è questione. Se si presentano fatti i quali per la loro incalcolabile varietà non possono avere qualità certe invariabili da servire di fondamento alla legge onde costruirvi regole generali della loro credibilità, la legge distingue quali la esperienza ha scoperti costantemente fallaci o perchè siano stati criterio di verità in tempo di ignoranza, e barbarie (1); o perchè l'abbiano avuto dalla umana superstizione (2): o perchè un più purgato giudizio non possa loro concedere il proprio suffragio (3). Così la legge facendo agisce come limite del criterio istintivo dell'uomo inclinato sempre a concedere una cieca, ed esagerata fiducia a tutto ciò che aggrava, e denigra il suo simile (4). Ma anco ove i fatti son tali, che criticamente considerati possono esser prova del fatto ignoto di cui si controverte in giudizio, la legge non avendoli potuti in lettera determinare se concede al giudice la facoltà di stimarla gli segna però un limite oltre al quale non può trascorrere, e gli vieta di dirsi convinto ancorchè

---

la promiscua colla *storica*. Il Nani *Animadv. ad Math. lib. 48, tit. 15. cap.* 6. *num. 5. not. 1.* ammette la differenza tra la *certezza morale dell'uomo*, e la *certezza morale della legge*.

(1) Alex. ab Alex. *Dies genial. lib. 2. cap. 19. pag. 421.* espone come gli antichi dalla conformazione del corpo arguivano le virtù, e i vizi dell'animo. Ved. il *lib. 1. cap. 11. in nota.*

(2) Stampavasi nel secolo decimosesto che Mosè, ridotto in polvere il vitello d'oro, mescolata la polvere con acqua, e data a bere scuoprì chi tra gli Istraeliti lo avesse adorato dall'essersi l'oro fermato sulla lor barba. Jeremie de Pours *Divine Melodie pag. 829.* Il Padre Mallebranche credeva alla bacchetta colla quale alcuni al suo tempo si vantavano di rintracciare la strada smarrita, i confini de' campi, i furti, gli omicidj, gli adulterj. *Mercure Galant Janvier 1695.* Nell'Aprile 1697 Giacomo Aymar possessore della *verga mercuriale* fu chiamato a rintracciar co' suoi moti l'autore della esposizione d'un infante: cavò fuori la bacchetta, la quale prendendo una direzione, ed esso seguendola, incontrato uno a cavallo, e la bacchetta fermatasi, fu il cavaliere creduto autor del delitto. *Mercure historique, et politique Avril 1697. pag. 440.*

(3) Il Cav. Globig *Censura rei judicialis etc. part. 2. cap. 9. §. 7.* immagina alcuni indizj che egli chiama *armonici*, e proponendo un *contrappunto* di sua invenzione stabilisce che il valor degli *armonici* a quello degl'*inarmonici* sta come *due* a *tre*, e con progressione aritmetica come *nove* a *sedici* ec.

(4) Lo diceva ai suoi tempi il Boccaccio *Decam. giorn. 3. nov. 6.* « *e voi sapete che la gente è più acconcia a credere il male che il bene* », nè credo che in certe cose il carattere morale del popolo sia da allora ad oggi gran fatto cambiato.

egli col proprio criterio lo fosse. La quale seconda operazione della legge se non dà una norma al criterio del giudice gli segna però un limite, che egli non può trasgredire.

Non è da dir dunque, che la stima della prova non possa appartenere al diritto senza distinguere il processo penale, in cui le sole forze dell' uomo tutto operano, e tutto producono, e il processo penale in cui la sola legge ha a sè riservato il potere di decidere della sorte del reo. Questo potere fu considerato nell' estremo, e decisivo punto della sua influenza sull' esito del giudizio penale, in cui la differenza de' due processi più visibilmente si manifesta. Perocchè nel processo accusatorio l' assoluzione del reo è tutta in potere del giudice, come è tutta nel di lui poter la condanna, sicchè la legge altro ufficio non vi esercita che quello di nominare la pena. Nel processo quesitorio l' assoluzione, e la condanna del reo nel caso di prova legittima è tutta, ed intera nella lettera non che nello spirito della legge. Il giudice niente ha fatto, e niente ha potuto fare colle private sue forze perchè l' una o l' altra formula esprime l' applicazione della legge al fatto per il quale la ricerca fu istituita. Nel caso di prova non legittima, perchè dalla legge in lettera non designabile, la legge è pur sempre non il giudice che decide della sorte del reo, della qual cosa l' esame non spetta alla stima giuridica, ma all'effetto giuridico della prova in quanto più specialmente appartiene al carattere per il quale i due processi si distinguono in modo inconciliabile tra di loro.

La stima giuridica della prova in quanto ella deriva dalla forza della legge non da quella dell' uomo dee necessariamente formare un sistema collegato in tutte le sue parti, e per entro al quale l' arbitrio del giudice non possa mischiar cosa che ordinata dalla legge non sia. Di qui prende origine, e titolo il processo penale costruito co' calcoli della *scienza*, e il carattere che lo distingue da quello, che tutto si fonda su i calcoli della *coscienza*. Se la prova è suscettibile d' una stima giuridica ella dee nascere, comparire in giudizio, e starvi come una regola che la legge ha prescritta. Se essere altrimenti potesse, la prova mista di quel che l' arbitrio dell' uomo vi ha messo, e di quel che vi ha voluto imprimere la legge rinnuoverebbe l' esempio di quei mostri, che la poesia si è spesso compiaciuta dipingere (1).

Per queste ragioni è a questo processo necessaria l' *analisi*, e gli è mortale nemica la *sintesi*: potendo la prima ottenersi per procedimenti, che una scienza ha tracciati: non

(1) *Un monstre a voix humaine: homme, femme, et lyon.* Ved. qui addietro a *pag. 47. not. 1.*

potendo la seconda manifestarsi se non nel ragionamento dell'uomo. Di qui nasce la regola, che tutto in questo processo dee esser supposto ignoto da chi lo conduce: perocchè se la prova non sorgesse da questo dato, e quasi da una serie di fatti i quali nel loro analitico ordine si sono l'uno dopo l'altro per così dir succeduti, ella non avrebbe il carattere, che la legge le presuppone nel fissarne la stima.

Il processo è *scientifico* perchè tutto diretto ad avere la stima scientifica della prova: lo è nell'analisi con cui è istituito: lo è per l'ajuto che chiede alle scienze, e alle arti, l'oracolo delle quali è necessario di consultare onde stabilire la fisica certezza d'un fatto: lo è finalmente perchè il giudizio sulla prova è quale la scienza delle verisimiglianze, e delle probabilità potrebbe colle sue regole pronunziarlo (1).

Il passaggio della tortura dai testimonj agli accusati, e dai servi ai liberi determinò i Romani giureconsulti a fare il primo abbozzo, che per lor si potè della stima giuridica della prova. Avendo adottata la massima che concorrendo la prova legittima non era luogo ai tormenti, essi dovettero concepirne la prima idea, ed avendo stabilito, che nel solo concorso d'indizj veementi vi si poteva procedere, essi dovettero desumer l'indizio, ed il suo valore da ciò che la esperienza e le regole dell'analogìa ne pronunziano (2), e costruire poco a poco una giurisprudenza, che servisse di norma in tutta questa materia. Così la stima giuridica della prova fu il primo temperamento, che la giustizia potè opporre alle invasioni, delle quali il dispotismo la minacciava (3).

Il dritto canonico estese in seguito l'uso della stima giuridica della prova, e autor come fu dell'inquisitorio processo (4) non potè a meno di elevarla al grado di criterio regolatore di questa forma di giudizio penale (5).

È stato con ragione osservato come le regole della stima giuridica della prova hanno prodotta una farraginosa mole di volumi usciti tutti dalle penne de' pratici (6). Questa os-

---

(1) Ved. quel che è per dirsi in appresso *pag. 74.*

(2) Ant. Math. *De criminib. ad lib. 48. dig. tit. 16. cap.* 3. *num. 6.*

(3) Paul. Sentent. *lib. 5. tit. 14.* « *In criminibus eruendis quaestio quidem adhibetur sed non statim a tormentis incipiendum; ideoque prius* ARGUMENTIS *quaerendum est* ».

(4) Thomasius *Diss. de fid. jurid. §. 62.*

(5) Thom. *Diss. de fid. jurid. §. 64.*

(6) Alle fatiche del Menochio, del Blanco, del Crusio ec. successero le più ordinate del Leiser, del Boehmer, del Schneider. In un tempo nel quale lo spirito umano tenta ridurre tutto a teoria scientifica la materia delle presunzioni, e degl'indizj è stata dottrinalmente trattata dal Kleinschrod, dal Gensler, dal Weber, dal Konopack, dal insigne Mittermaier ec. le opere de' quali sono indicate dal Globig *Censura rei judicialis etc. cap. 9. § 4.*

servazione acquista forza maggiore se si rifletta che il criterio istintivo dell' uomo non ha scritto neppure un libro, ed è rimasto come Narciso al fonte, solo, contento, ed innamorato di se medesimo. Migliore espediente sarebbe stato l' esaminare colla storia de' giudicati alla mano, se ciò fosse stato possibile, quante vittime ha salvate, e quante ne ha immolate o la stima giuridica della prova, o l' intimo convincimento dell'uomo. Se si considera la naturale inclinazione dell' uno, e dell' altro mezzo, siccome la indole del primo deriva tutta dal dubbio, che la vera scienza vede sempre attorno a' suoi passi, e la indole del secondo dalla facilità sì connaturale all' uomo di tutto tener per certo, si avrà motivo di credere che la stima giuridica della prova abbia meno dell' intimo convincimento dell' uomo precipitati i propri giudizi sulla sorte degli accusati.

Uomini, i quali meditarono lungamente sulle forze dello spirito umano, e sul grado di certezza delle sue cognizioni, ebbero a dolersi, nel secolo della filosofia, dello stato d' infanzia, in cui tuttora si trova la scienza delle *probabilità* (1). Se il lamento è vero e fondato, sembra certo, che o il calcolo delle probabilità è una chimera (e se tale è tanto lo debb' essere per l' uno quanto per l' altro sistema, e il vantaggio in tal caso sarà dalla parte di quello che più dubita, e meno asserisce) o i dati di questo calcolo come essenzialmente pratici si ricusano ad essere ordinati in sistema scientifico.

La mente umana in mezzo a queste perplessità ondeggia per così dire tra due estremi diametralmente opposti tra loro. Alcuni si lusingarono, che il calcolo delle probabilità potesse esser ridotto all' esattezza di quello dell' algebra (2); opinione la quale ha contro di se autorevoli voti, nè vi fu chi avventurasse di sottoporla alla riprova della esperienza (3). Alcuni beffando le regole della fede giuridica sem-

---

(1) Se ne doleva Leibnitz nella sua lettera a Th. Burnet *Op. vol. 1. pag. 85.*

(2) L' infelice De Wit gran pensionario di Olanda è considerato come il primo autore del tentativo dell' applicazione del calcolo alle probabilità. Pascal, Huygens, Fermat, Merè, Bernouilli, Condorcet, La-Place proseguirono il tentativo. De Gerando *De la gener. des connaissances humaines, Paris An. II. vol. 2. pag. 109.* Condorcet, e La-Place non vi son rammentati.

(3) Poppo, Hismann, Basedow, Freret, e in specie D' Alembert seguitati dall' anonimo autore del *Saggio sopra i principj e i fondamenti della probabilità pag.* 3. La prima domanda che Federigo II. fece al D' Alembert nel loro incontro a Wessel nel 1763, fu « *Le matematiche forniscon mezzi per calcolare le probabilità politiche?* » *Sire*, rispose il D' Alembert, *non conosco mezzo di simil calcolo: ma se esistesse sarebbe inutile contro d' uno, cui la vittoria và dietro con tutte le probabilità.*

brano deridere ogni tentativo scientifico per ridurre a calcolo la probabilità, ed encomiano il tatto sperimentale dell' uomo idiota (1). I pratici, certamente senza saperlo, e guidati dal solo bisogno della giustizia, hanno battuto una via di mezzo tra queste due opposte opinioni: nè tutti *dommatici* cogli algebristi, nè tutti *empirici* co' fautori dell' intimo convincimento. Essi rassomigliano a quell'architetto Ateniese il quale sentendosi più forte nel fare, e più debole nel ragionare del suo antagonista si espresse, che quanto l' uno parlava altrettanto egli avrebbe fatto. I pratici guidati dalla forza de'fatti hanno sentito che il calcolo delle probabilità si compone tutto di dati sperimentali, e che quanto questi dati più si moltiplicano, e più si registrano più possono servir di materiali per formare un corpo di scienza: la quale opinione è una specie di media proporzionale tra le due estreme segnalate qui sopra.

I volumi scritti sulla stima giuridica della prova non hanno avuto fin qui giudice competente. I culti interpetri del dritto romano: i filosofi: i belli spiriti ne hanno giudicato sfavorevolmente perchè coll' uso forense non ne hanno potuto conoscere gl' inconvenienti, e i vantaggi. I forensi non hanno avuto nè mezzi, nè tempo per rispondere ai loro contraddittori, e se gli avessero avuti il loro giudizio a favore delle cose loro sarebbe stato rigettato come dettato dal loro interesse e dalle loro abitudini.

Ma la stima giuridica della prova si contenta di poter esser tale al tribunale della umana ragione. Comparendo al tribunale della politica questa maniera di acquistare, apprezzare, e decider la prova nel giudizio penale non solo ha a proprio favore il suffragio del dritto civile, col quale spesso viene a confronto (2), ma ha il titolo della necessità, e della giustizia: il titolo della necessità perchè è la guarentigia della sicurezza individuale in un processo inseparabile da una certa e determinata forma di dritto pubblico della città: il titolo della giustizia perchè in mezzo alle incertezze, che circondano le cognizioni umane nel calcolo delle probabilità, ella è uno de' tentativi scientifici, che se non ha dritto di escludere ogni altro, non merita neppure di essere escluso.

La stima giuridica della prova vuole esser considerata in altro punto di vista. L' ingegno umano è spesso un vascello

---

(1) Fenelon *Oeuvres philosoph. v. 2. pag. 131.*, e *De l' existence de Dieu pag. 9. 10. 13.* colloca nel *senso comune* le idee chiare, e il criterio d'ogni giudizio. Il primo carattere della verità, secondo Fenelon, è d'essere generale, e popolare. Ma questo sistema di filosofia non ha niente che fare col *senso comune* di cui fu parlato nel *lib. 1. cap. 8.*

(2) Ved. qui addietro *pag.* 66.

troppo leggiero, e veliero troppo. Quando pur la scienza nell' apprezzare la prova potesse considerarsi come un peso, o un impaccio allo spirito di chi dee giudicarne, la lentezza alla quale ella l' obbligherebbe non sarebbe un dato sfavorevole alla giustizia. Potendo avere una storia esatta e diffusa de' giudicati, si avrebbe la giusta misura de' relativi vantaggi della fretta, e della lentezza nel proferirli.

Il criterio istintivo dell' uomo ammassa tutte in un fascio le prove, che l' accusatore ed il reo adducono nel giudizio penale. La luce uniforme di questo criterio le riduce tutte a un colore perchè il colore è dato agli oggetti da lui, e dagli oggetti non parte. La stima giuridica della prova procede altrimenti. Ogni specie di prova presenta un separato, e distinto soggetto di esame: perchè ogni oggetto deve esser posto nel suo vero punto di luce, e liberato quasi da tutti quelli che avvicinandovisi potessero spargere ombre avventizie sopra di lui. Lo che essendo così, ragion vuole, che ogni mezzo di prova nella separata e distinta sua specie venga considerato come suscettibile, o non suscettibile di giuridica stima.

CAPITOLO VIII.

Continuazione. Della prova per mezzo della confessione del reo.

Se il processo penale si consideri come una lite tra l' attore ed il reo convenuto, la confessione di questi si presenta in un aspetto. Se venga considerato come metodo indagatore d' una non ancor nota verità di fatto la confessione del reo si presenta in un aspetto interamente diverso.

Se il processo è una lite tra l' accusatore che asserisce, e il reo che nega, concordando questi colla confessione quel che asserisce quegli, la lite è finita: onde nel processo accusatorio la confessione o espressa, o tacita del reo non si conta nel numero delle prove, ed esonera l' accusatore da darne (1).

Questo sistema appaga l' umano ingegno avido del vero assoluto. Imperocchè chi saprà meglio la verità d' un fatto di colui, che se ne dichiara l' autore? Ma quest' avidità del vero assoluto, encomiabile in se medesima, per una di quelle contradizioni, che frequentemente nella natura

(1) Ant. Math. *De criminib ad lib. 48. dig. tit. 13. cap. 7. num. 3.*, e sul non essere la confessione del reo una prova *loc. cit. tit. 15. cap. 7. num. 2.* Celebre è a questo proposito la disputa tra l' Hubero, e il Wessembacio suo precettore, di cui dà un cenno Joubert *Dissert. de Evidentia etc. cap. 2.*

umana s'incontrano è spesso divenuta causa di errori fatali. A quest'avidità si dee l'abuso della delazione del giuramento al reo: nè al giuramento si può fare il rimprovero, che alla tortura fu fatto perchè esso va in traccia della verità non della confessione del delitto (1). Questa medesima avidità del vero assoluto ha indotto alcuni a pensare, che nella natura morale dell'uomo esista quasi un' innata passione pel vero, la quale lo spinga a manifestarlo se la sua mente ne sia consapevole (2): opinione favorevole alla umana natura, confacente alla sua dignità, divota alla religione, ed alla morale le quali prescrivono la esatta conformità delle parole al pensiero, ma fatalmente smentita dalla esperienza, la quale mostra, che l'uomo quanto è meno educato più antepone il criterio del proprio interesse a quello del vero (3).

Se la confessione del reo si consideri come autorità umana, a cui la certezza morale, ed istorica tutta si appoggia (4), gravi difficoltà si presentano per ammetterne piena e infinita la fede. Gli antichi osservarono, sembrare una specie di alienazione di mente la dichiarazione che alcuno fa contro se medesimo, esponendosi alla certa subizione d'un male (5). Per ispiegare altrimenti questo morale fenomeno converrebbe ricorrere a immaginare nell'uomo, il quale confessa il proprio delitto, la eroica risoluzione di farsi martire della verità, cosa, che il delitto da lui commesso smentisce: onde quanto più questo morale fenomeno si esamina più in esso le contradizioni si manifestano.

Queste contradizioni non valutate dall'uomo idiota, il quale è di sua natura inclinato ad abbreviare le vie, che conducono alla scoperta del vero, e quindi a precipitare i proprj giudizi, sono seriamente apprezzate dall'osservatore de' fenomeni della morale natura dell'uomo: onde la scien-

---

(1) All'occasione in cui fu discussa in Francia la ordinanza criminale del 1670 fu discusso ancora se si dovesse deferire il giuramento al reo. Il Presidente Lamoignon opinò per la negativa. I sigg. Pussort, e Talon per l'affermativa osservarono, 1. che il reo doveva dire la verità, 2. che non può provvedere alla propria salvezza mentendo perchè non si può fare un male onde ne venga un bene, 3. che altrimenti sarebbe adottar la opinione de' casisti i quali credono lecita la menzogna per salvarsi dalla pena. *Elem. de la proced. crim. vol. 1. pag. 288.*

(2) Cremani *De jur. crim. lib. 3. cap. 27. §. 12.* Si aggiunge a questo la voce della coscienza, che anco negli empj è poderosissima, e molti esempj ne furono citati *lib. 2. cap. 4. in nota.*

(3) Cic. *Topic. cap. 20.* osserva come i ragazzi, i dormienti, gli ubriachi, i pazzi sono inclinati a manifestare la verità: certamente perchè cessa in essi ogni interesse a nasconderla.

(4) Zeigler *Ad Grot. de jur. bell. et pac. lib. 2. cap. 20. §. 1.*

(5) Quintil. *Declam. 313.* Vero è, che nel caso preso di mira dal Retore trattavasi di confessione di parricidio emessa da un alienato di mente.

za delle probabilità, divenuta stima giuridica della prova, ha ammessa bensì la piena credibilità della confessione del reo, ma l'ha richiesta coll'appoggio di tutti i dati critici, che la dimostrino quasi fuori di se medesima vera: lo che il foro ha espresso colla formula di *legittima* (1).

L'andamento analitico del processo è il primo dato critico della credibilità di questo mezzo di prova. Il chimico se vuol conoscere la secreta natura d'un corpo non può colla propria ricerca penetrarvi dentro a suo grado, ma è costretto a farlo per mezzo d'analisi: non supponendo con una ipotesi, che la sua fantasia abbia già formata, noto ciò che gli è ignoto: muovendo dall'esame della esteriore configurazione del corpo che vuol conoscere: dividendone per quanto può le parti tutte onde separare le eterogenee che forse sono in esso frammiste, e procedendo poi a una nuova decomposizione delle parti che restano onde apprezzare gli elementi che le compongono. Nella ricerca morale della verità d'una proposizione, e d'un fatto, in quanto può scoprirsi interrogando un uomo, le prevenzioni, gl'interessi, la leggerezza dell'animo di chi interroga, la superiorità, qualunque sia il titolo, che egli pensi di avere sulla persona da interrogarsi, la impazienza di una più lunga ricerca, le passioni che per ogni dove o violentemente, o accortamente per tutto s'insinuano tendono a far precipitare la interrogazione, e consigliano espedienti diretti ad aver la risposta o più sollecita, o più confacente alle proprie mire. La confessione può essere *suggerita* al reo da chi condusse la interrogazione in varia maniera. L'interrogante può averla sollecitata o con promesse, o con minacce, o con supporre provato ciò che non è: può averla carpita con un modo d'interrogazione che con palliata, ed accorta maniera, e sinteticamente esprimendosi tenda a ottenere una affermativa risposta. Questo più

---

(1) Il Cavalier Cremani *De jur. crimin. lib. 3. cap. 27.* espone con accuratezza somma i requisiti della confessione *legittima* o pienamente provante. Il Cavalier Filangieri *Scienza della legislazione lib. 3. part. 1. cap. 10.* ha fatto di questo mezzo di prova un soggetto prima *retorico*, quindi *storico* connettendolo con la tortura. La parte retorica incomincia dalle naturali presunzioni, che ha contro di se la credibilità della confessione, senza apprezzare che ella è pur tra i mezzi di prova: senza distinguere il processo accusatorio, ed il quesitorio: dissimulando gli effetti del primo. La parte istorica incomincia da Augusto, e finisce col medio evo. Nè retoricamente, nè storicamente il sig. Meyer *Esprit, origine etc. instit. judiciaires liv. 6. chap. 12. pag. 255.*, ma giuridicamente esaminando le cose ravvisa la teoria della prova per la confessione de' rei essenzialmente connessa colla tortura. Egli prende di mira il reo *negativo*: ma se si tratta di reo *confesso* qual caso vorrà fare della confessione? Certamente dargli effetto o di prova piena, o di mezzo che esclude la necessità della prova. Il Filangieri è più coerente cominciando da disprezzare la confessione.

frequente ed abusivo modo d'interrogazione si verifica sempre quando chi la propone per più presto giungere al proprio scopo interroga il reo sul fatto principale ignoto prima di averlo interrogato su i fatti accessorj, i quali soltanto son noti. In tutti questi casi la risposta del reo confitente non è legittima e però non credibile (1).

Il dritto romano in tempo del suo processo misto, e conservando i modi, e le forme dell' accusatorio nella interrogazione del reo, sebbene in tutto il resto le avesse o abbandonate, o distrutte, non ebbe scrupolo di ammettere in quella interrogazione la suggestione, e si contentò di bandirla dalla interrogazione del testimone (2): non ponderando, come il dritto canonico poi ponderò, che il modo d'interrogarsi tra l' *attore* ed il *reo* può esser quale è dall'uno, o dall'altro proposto, ma che collocato il reo dinanzi alla forza, che ha l'autorità di opprimerlo colla pena, cessando le relazioni d' attore, e di reo, debbono necessariamente subentrare quelle di giudice, e di testimone, nè altrimenti che come testimone il reo può essere interrogato (3).

La parola *confessione* indica l'atto con cui alcuno fa quasi fede a se stesso del fatto proprio (4). Le idee del foro peni-

---

(1) Disputarono i dotti, fra i quali Quistorp, Danz, Kleinschrod, Mittermaier quando e per qual maniera la interrogazione suggestiva viziasse la confessione, nè le opinioni furono su questo proposito concordi tra loro. Mittermaier. *Diss. de nullitatibus in causis crim. Heidelbergae 1809.* §. 19. Preu *Diss. sistens nonnulla capita de suggestionibus in proc. crim. obven. Altorf 1804.* §. 7. 8. La legge a mio credere dovrebbe essere inesorabile. Nuoce meno alla opinione della sicurezza un delitto impunito che una giudiciale soperchieria.

(2) Il modo della interrogazione ebbe una regola per esser divenuta la *tortura* un mezzo legittimo di rintracciare la verità. Sebbene fosse venuto a cessare il processo accusatorio nella sua purità primitiva si ammesse che la confessione costituiva il reo convinto. Math. *Ad lib. 48. dig. tit. 15. cap. 16. cap. 1. num. 1.* Questo medesimo autore indica le differenze del modo d' interrogare il reo, e il testimone *loc. cit. cap. 4. num. 10.*, e desume il tenore della interrogazione al reo d' un passo di Plauto nel *Truculento*. Il teatro può dipingere i tristi usi d' un popolo ma non può essere una buona autorità per bene amministrar la giustizia. Il Poggi *Elem. jurispr. crim. lib. 1. cap. 2. §. 62. not. 107.* comparte elogj non meritati alla *L. 1. §. qui quaest. dig. de quaestionibus*, e quanto alla nullità per il capo della suggestione non rettamente la interpetra Mittermaier *Diss. laud. §. 19. not. a.*

(3) Nel processo accusatorio la eguaglianza perfetta tra l' accusatore, ed il reo, e la indole della lite, che è tutta tra loro, sono circostanze, le quali rendono inutile l' assoggettare la interrogazione alle forme analitiche necessarie ad indagare la verità. Appena il processo cambia, e vi è ammesso o *l'uffizio del giudice*, o l' *accusa d'uffizio*, come nei processi *misti*, il reo se si vuol trattar come *mezzo* per scuoprire la verità, non può avere altra guarentigia, che la interrogazione la più logicamente adattata per giungervi.

(4) Varr. *De lingua latin. lib. 5. c. 7.*

tenziario hanno abituate le menti a considerarla come una specie di sommissione, che l'infrattor della legge fa a chi ne ha in mano la forza: onde non è da meravigliare, che la inquisizione ecclesiastica allorchè esercitavasi coll'ajuto della forza pubblica aspirasse di sua natura a questo atto, e che in tempi, ne' quali non era sì facilmente intesa la differenza tra il principio religioso, e il principio politico, la confessione del reo nel processo inquisitorio fosse lo scopo delle pretensioni non che de' voti di chi lo guidava (1). I piccoli animi s'infatuano di piccole cose (2). Un giudice s'inebria spesso della sua carica: si abitua a considerarsi una forza partecipe de' dritti sovrani, e presiedendo al processo considera il reo negativo come una specie di ribelle, che resiste a' suoi ordini. Ma che fa costui sostituendo il fumo alla luce, e la prepotenza alla paziente ricerca del vero? Svela la sua debolezza, e non rende più forte la prova, che dovea avere il suo suggello nella confessione dell'imputato (3).

La confessione del reo debb'essere criticamente considerata come testimonianza del proprio fatto (4), la quale è assai più credibile di quella di chi depone del fatto altrui. Se il testimone del fatto altrui ha la sua causa di scienza nella vista, o nell'udito, il testimone del fatto proprio l'ha quasi in tutto se stesso, in ciò che moralmente e fisicamente egli è, nelle proprie idee, nelle proprie sensazioni, e negli oggetti esterni, dai quali emanarono.

La confessione che agli effetti religiosi, ai morali, e ai civili è una cosa, è un oggetto d'indole affatto diversa quando si considera come mezzo di prova nel giudizio penale. Ella allora presenta un problema ideologico, che la sola ricerca scientifica può sciogliere. Questo problema è stato da lungo tempo sentito, ed appreso in tutta la sua difficoltà, e a questo sentimento, a quest'apprensione debbono attribuirsi

---

(1) Il sig. Meyer *Esprit, origine etc. des instit. judiciaires vol. 3. pag. 295.* oltre al tener per fermo che il processo inquisitorio ad altro non mira se non alla confessione del reo, su di che sarà necessario più a lungo discorrere parlando del *segreto*, coll'animo preoccupato del processo accusatorio sostiene che l'interrogatorio del reo non può avere altro oggetto che quello di contestargli le prove, che stanno contro di lui non altrimenti che nel giudizio civile. Il salto è lesto, ma il varco non è sì facile. Bentham *Traitè des preuves judiciaires vol. 1. pag. 352. e seg.* ha mostrato, che l'interrogatorio del reo, che i nostri pratici chiamano *esame obiettivo*, è un mezzo critico per iscoprire la verità.

(2) *Parva leves capiunt animos.*

(3) Vedasi quanto sull'esame de' rei osserva il Paoletti *Istruzioni ec.* §. 10.

(4) Non in causa propria come contro tutti i principj pretende Globig. *Censura rei judicialis etc. part. 2, pag. 167.*

le dispute, che si elevarono sulla maggiore o minore credibilità della confessione del reo (1).

Il reo confessando il proprio delitto fa fede dello stato delle sue idee relativamente ad un fatto, del quale la esistenza non è conosciuta. Sono state con minutezza indicate le cause, per le quali un reo può falsamente emettere una testimonianza contra se stesso (2). Onde assicurarsi, che egli non confessa per alcuna di quelle cause, convien rintracciar quelle, che esistendo ne' fatti, sulla quale non può nascere verun dubbio, divengono altrettanti punti di realtà ai quali la confessione si riferisce. Quanto questi punti di fatto saranno maggiori di numero: quanto più stretta sarà la lor connessione critica col fatto delittuoso dal reo confessato: quanto meno questi punti di fatto appariranno, poter essere pervenuti a notizia del reo per altro mezzo, che per la testimonianza de' propri sensi tanto più sarà escluso, che egli confessi per una causa, la quale invece d' essere nel suo spirito come pittura di ciò che è, è nel suo cuore come stimolo ad alterare la verità; e perciò tanto più la sua confessione sarà credibile.

Sorgono da queste dialettiche considerazioni due conseguenze: la prima che trattandosi di delitto di fatto *transeunte*, il quale non abbia lasciato fisiche tracce dietro di sè la confessione del reo perde della propria credibilità almenochè i fatti necessarj che ella indica come criticamente riferibili al fatto principale di cui è quistione molti non siano, e tutti concludentemente nelle loro separate, e distinte specie provati: la seconda che trattandosi di delitti di fatto *permanente*, i quali ammettono per la loro verificazione la certezza fisica, il materiale del delitto sia coi metodi di questa certezza luminosamente e fuor d' ogni dubbio provato: perocchè se la confessione del reo al pari d' ogni altra testimonianza può far fede dell' azione dell' uomo sopra d' un corpo è necessario che il corpo esista, e conservi di quell' azione le tracce.

Di qui apparisce la differenza de' due processi nel favore, o nel disfavore con cui o l' uno, o l' altro considera la minuta, circostanziata, ed esatta verificazione del materiale del delitto. Il processo accusatorio valutando la confessione del reo come rinunzia alla prova non ha motivo di apprezzare

(1) Impugnarono la piena credibilità della confessione Domat *Les loix civil. liv. 3. sect. 5. §. 1.*, *Risi De probat. ad capit. judicia necess. num. 2. 3.* De-Simoni *Del furto, e sua pena §. 29.*, Nani *De indiciis pag. 5.* Ultimamente Globig *Censura rei judicialis part. 2. pag. 103.* propone infliggersi al reo confesso una pena bensì, ma non irreparabile.

(2) Bentham *Traité des preuves judiciaires vol. 1. pag. 356.*

nel materiale del delitto i mezzi critici della sua verificazione (1).

E di qui nasce il disprezzo di questo processo per tutte le diligenze, che il foro ha prescritte nella verificazione del *materiale* fino a pretendere, che queste diligenze escludano il possibile d' una causa, la quale abbia per così dire anticipato sulla intenzione malvagia, ed abbia prima di lei prodotto il danno che a lei si rimprovera (2). E di qui nasce per ragion de' contrarj lo scrupolo, col quale il processo inquisitorio indaga, scruta, ed apprezza ogni circostanza la quale possa spargere un dubbio qualunque sul materiale del delitto: imperciocchè se la confessione del reo non avesse in quel materiale, reso fisicamente certo, il suo fermo, ed inconcusso punto d' appoggio non meriterebbe d' esser credibile. Le quali cose se dialetticamente vere non fossero potrebbero essere nauseate, e derise: essendolo, lo spregiarle non può avere altro motivo, che il non conoscerle (3).

Se si concepisce un processo rigorosamente analitico nella verificazione del materiale della offesa: in quella di tutti i materiali mezzi, che fisicamente erano necessarj a produrlo: in quella de' mezzi, e de' fini morali, che il solo reo aveva di offendere: nelle interrogazioni, che al reo doveano farsi per aver la logica connessione dei fatti verificati col fatto che egli confessa, l'articolata, giudiciale, circostanziata, e spontanea testimonianza che egli emette contro se stesso apparirà in supremo grado credibile: tale che, a meno d' una mente alienata, ogni altra dovrà concederle l' assenso proprio. In questo sistema la confessione del reo (si usi indulgenza al paragone in grazia della chiarezza maggiore) è alle prove risultanti dagli atti quasi un pezzo il quale per le sue geometriche qualità compie come culmine una figura pira-

---

(1) Il dritto romano esigeva la prova della successione in genere agli effetti della tortura. Dig. *Lib. 29. tit. 5. l. 1. §. 24. l. 5. §. 2.* Matth. *Ad lib. 48. dig. tit. 16. cap. 1. num. 2.* L' esempio citato da Valerio Massimo, e riferito da Ant. Matheo mostra, che la confessione del reo escludeva il bisogno della prova del delitto in genere.

(2) Vermigl. *Cons. 13. num. 3.*, Bor fin. *Ad Bannim. cap. 65. opp. un. num. 9.* Il Boehmero *Observ. ad Carpzov. quaest. 26. obs. 3.* già citato nel *lib. 1. cap. 16. in nota* dimostra doversi al dritto canonico la necessità della scrupolosa verificazione del materiale del delitto.

(3) « . . . . . *Et quae*
« *Desperat tractata nitescere posse relinquit.*
Hor.

Il sig.r Meyer *Esprit, origine etc. des institutions judiciaires vol. 4. pag. 288.* deride le sofistiche frenesi forensi dirette ad escludere colla sezione del cadavere nell' omicidio una causa naturale della morte. Nè è gran tempo, che in un paese ove si giudica co' giurati fu pronunziata una condanna di veneficio contro la opinione di medici legali insigni sulla non esistenza delle tracce del veleno ne' cadaveri de' pretesi avvelenati.

midale che ne mancava. Se la piramide non è tale nella sua base: se composta di corpi gli uni separati dagli altri lascia qualche vuoto, o intervallo: se mancando soltanto di culmine la confessione del reo non ve lo colloca con esattezza geometrica, ella sarà una maggiore, o minore probabilità, ma prova piena e legittima non può essere.

Data in fatti la fisica certezza della materiale infrazione della legge a cui si riferisce la confessione, data la morale impossibilità, che il confitente abbia potuto per altro mezzo che per il proprio fatto conoscere tutte le circostanze di luogo, di tempo, e di modo, che nel loro complesso costituiscono il fatto principale da lui confessato, non vi ha dialettica comunque scettica ed ardita possa essere, la quale non debba ammettere, che il fatto confessato ha tutti i numeri della certezza morale. Gli ha realmente perchè la base materiale del fatto è di per se fisicamente certa, e perchè in tutto ciò che il fatto ha per se stesso di morale, ed istorico avvi una testimonianza, la quale, comecchè moralmente impossibile sia che chi la emette ciò faccia per altro mezzo che per la realtà delle cose, delle quali egli stesso è l'autore, è del pari moralmente impossibile, che la testimonianza mentisca. Anzi ben ponderando i caratteri logici della evidenza morale è forza concludere, che in questo caso tutti unanimemente concorrono (1).

Queste critiche osservazioni sulla credibilità della confession del reo soffrono un' eccezione allorchè in chi la emette si verifica alcuna delle molte cause, le quali fu altrove osservato fornir motivo di scusa o come specie d' imbecillità d' intelletto (2), o come specie di qualche grado minore di libertà nell'agire (3): perocchè allora al criterio della realtà succede visibilmente quello, che a ciascuna di quelle cause può essere fortuitamente inerente.

I facitori di romanzi in legislazione (quasi legislazione vi potesse essere la quale a giurisprudenza non dovesse in ultimo esser ridotta) si compiacciono di generalità: si spingono quanto più possono in alto, e da quell' altezza, come chi salisse al cielo dovrebbe considerar la terra quasi spregevole atomo di fango, si dichiarano, e si protestano non

---

(1) Il caso della credibilità della confessione propria, che niuno ideologo ha esaminato ch' io sappia, Joubert *Spec. jur. inaug. de evidentia etc. cap.* 2., e che il solo inquisitorio processo avrebbe dovuto fornire è per se medesimo specialissimo. Potrebbe a dovere provarsi, che la credibilità di questo mezzo di prova non si appoggia nè all' *analogia*, nè all' *umana autorità*, o che presenta quella che Condillac chiama *evidenza di sentimento* da lui riferita alle chiare, e distinte percezioni che l' uomo ha di ciò che prova in se stesso. Soave *Op. vol.* 2. *pag.* 66.

(2) Ved. il *lib.* 2. *cap.* 9. e 10.

(3) Ved. il *lib.* 2. *cap.* 11.

volere, nè potere abbassare lo sguardo ai ragguagli umili della pratica (1).

L'amico della umanità, e della giustizia procede altrimenti. Esamina e pondera gli oggetti ai quali dee essere applicata la legge, nè volge loro le spalle; e se un oggetto è tale, che una sola disposizione della legge non lo possa fissare sente la insufficienza della *generalità* su cui una legge si appoggia, e ne cerca un'altra, che serva di base a una legge novella perchè amendue si riuniscano nel grande generale principio della giustizia, come la mente umana astrattamente lo può concepire (2).

Il processo accusatorio, ed il quesitorio possono aver dal reo una confessione non semplice, ma *qualificata* come il foro la chiama, tale cioè, che ammettendo il *fatto* soggiunga essere stato commesso con *dritto*, o in mezzo di circostanze, che ne hanno potuto diminuire la imputazione (3).

La delazione del giuramento al reo debbe avere avuta una grande influenza critica nel decidere se la confessione così emessa o debbasi nella sua giacitura ricevere, o si possa dividere rifondendo nel confitente il peso di provare la *qualità*, che o rende legittimo il fatto, o in parte lo scusa. Nel giudizio civile, essendo di sua natura individuo il giuramento, colla religione del quale il reo interrogato dall'attore risponde, ed accompagnando tutta la proposizione, colla quale egli confessa, la buona critica può ammettere la indivisibilità della confessione (4). Nel giudizio penale la ragione della individuità del giuramento qualunque pur siasi non è d'ajuto alla critica. La storia non cita esempj di accusatorio processo in cui questo caso sia stato discusso. La causa di Milone presentava l'esempio d'una confessione qualificata, ma ella era una vera temerità, stando contro dell'accusato irrefragabili prove della uccisione dolosa (5). Ma la causa di Milone non si sarebbe potuta nel processo accusatorio allegare ad esempio, essendo stato in potere de'giudici non legati ad alcuna regola di diritto di

---

(1) Ved. il *lib. 1. cap. 8. in not.*

(2) Ved. il *lib. 1. cap. 8.*

(3) Ant. Math. *Ad lib. 48. dig. tit. 16. cap. 1. num. 20.* L'insigne interpetre discute la questione in faccia alla tortura, e mentova la causa di Milone, il quale non poteva temere d'esservi sottoposto.

(4) Ciryac. *Controv. forens 23. num. 23. 24.*, Michalor. *De positionib. cap. 59. num. 13.*

(5) Fra le altre prove del dolo oltre quella che nasceva dall'aver Milone comandato di rifinire il suo nemico, che erasi rifugiato in una taberna, eravi la manumissione che egli avea fatta di tutti i suoi servi onde torturati non lo convincessero del delitto. M. T. Cicer. *Op. omnia Aug. Taur. ex typis Josephi Pomba or. pro Mil. ex recens. Amedei Peyron vol. 7. pag. 256, 262.*

decidere in altro caso il contrario. È però cosa assai singolare, che lo scrittore, il quale allega questo classico esempio a sostegno della regola adottata da lui della divisibilità della confessione si appoggia poi ad una regola di dritto destinata dalle leggi posteriori a servir di norma alla prova (1).

Sarebbe al sommo difficile, che il criterio istintivo dell'uomo potesse colle sole sue forze decidere questo intrigato problema. Fra i giuristi alcuni pensarono, che se il delitto materiale non ha altra prova che la confessione, o se le prove, che investono l'accusato non hanno altro appoggio che la sua confessione ella non possa dividersi e debba essere accettata nella sua litteral giacitura (2). La prima opinione sebben giusta non avea bisogno di comparire a dare il suo voto in questa controversia. Una confessione nuda senza l'appoggio critico della prova del materiale del confessato delitto non nuoce al reo che la emette, onde è inutile l'indagare se in questo caso essendo qualificata si possa dividere. La seconda opinione dichiarando non divisibile la confessione quando, esistendo la prova del materiale non ne esista alcuna dell'esserne il confitente l'autore, decide la disputa co' veri principj. Se il materiale d'un offesa tanto è valutabile quanto eccita o la commozione negli animi de' buoni, o il pravo esempio in quello de' tristi (3), non essendovi altra prova della causa morale del fatto che la confessione del reo, ella è in questo caso come l'asta d'Achille la quale feriva e sanava nel tempo medesimo (4): svela l'autor del delitto e lo dipinge nel tempo stesso più sventurato che reprensibile.

La confessione del reo diviene inutile quando il fatto è per altro mezzo pienamente provato. Ma in questo caso la negativa del reo non può avere altro dritto, che quello che avrebbe avuto la sua confessione. Se la confessione generica indefinita non gli avrebbe potuto nuocere, la negativa generica indefinita non può giovargli. Se l'onere della prova è in

---

(1) La regola è che le cose di loro natura turpi si presumono fatte con dolo. Cod. *Lib. 9. tit. 16. l. 1. tit. 55. l 5.* Ma cosa ha in se stesso di turpe un cadavere ancorchè visibilmente ridotto tale da un ferro, che esso abbia immerso nel petto? La presunzione si è dunque dovuta attingere della esperienza e costruirsi coll'argomento analogico perchè nella maggior parte de' casi un cadavere con segni di morte preternaturale è quello d'un uomo ucciso da un altro con dolo di proposito.

(2) È per la prima opinione il Presidente Fabr. *In cod. def. 6. tit. 10. lib. 9.*, per la seconda i citati dal diligente autore degli *Elements de la proced. crimin. vol. 2. pag. 452. in not.*

(3) Ved. il *lib. 2. cap. 5.*

(4) « *Vulnus Achillaeo quae quondam fecerat hostis*
« *Vulneris auxilium Pelias hasta fuit.*
Ov. *Rem. am. lib. 1. v. 47.*

chi asserisce, e non in chi nega (1): se sottili questioni sono state suscitate nel giudizio civile onde stabilire quando la negativa possa, o non possa provarsi (2) è nella indole del giudizio penale, che il reo, contro il quale sta una prova, affermi, negando il delitto, un fatto, che la distrugga, e dal suo lato provi la propria innocenza (3).

Se due fatti l'uno distruttivo dell'altro: amendue incompatibili insieme si presentano all'esame, e alla decisione del giudice, sembra che il suo criterio debba quasi avere una tempra più robusta, o più forte di quella che è necessaria a decider d'un solo fatto più o meno ambiguo che esser possa, la quale più forte tempra non può a lui derivare se non o dalla propria esperienza nel giudizio di altri simili casi, o dalle regole di analogia, che ad esso abbia tracciate la legge (4).

Le cose discorse fin qui sulla confessione dei rei dimostrano, che questo atto nel processo accusatorio non appartiene alle prove: che nel processo quesitorio tutto è preordinato a indagare qual grado di credibilità quell'atto si meriti come umana testimonianza. Questa sola osservazione è sufficiente a convincere quale intervallo separi i due processi. Se il primo, permettendo così all'accusato il suicidio, o il secondo usando ogni diligenza per impedirlo, meglio serva la causa della umanità, e della giustizia non è ufficio nostro il deciderne. La differenza de' due processi in questo critico, e decisivo lor punto doveva esser notata perchè da essa principalmente derivano pressochè tutte quelle che l'un processo, e l'altro distinguono in tutte le loro parti, e nella direzione che amendue debbono inevitabilmente prendere alla decisione della prova.

Nè meno è dimostrato, che relativamente alla confessione de' rei, o si prenda questo atto come renunzia alla lite, o si prenda come umana testimonianza, i due processi possono giungere nella confessione qualificata ad un punto nel quale la stima della prova senza la cognizione del dritto, e delle sue regole non potrebbe sodisfare al voto della giustizia.

---

(1) Dig. *Lib.* 22. *tit.* 3. *l.* 2. Cod. *Lib.* 4. *tit.* 19. *l.* 22.

(2) Henr. Coce. *Disp. de directa prob. negat. cap.* 1. §. 6. 7., Samuel Cocc. *Jur. controv. lib.* 22. *tit.* 3. *quaest.* 6., Boehmer. *Jus. eccles. prot. lib.* 2. *tit.* 19. §. 9., Vinn. *Select. quaest. lib.* 2. *cap.* 11.

(3) Di qui l'assioma « *Actor probat crimen: reus innocentiam* » di cui Math. *Ad lib.* 48. *dig. tit.* 15. *cap.* 8., e Nani *In suis animadv.*

(4) Math. *loc. supr. cit. num.* 2. 3.

CAPITOLO IX.

Continuazione. Della prova per mezzo di testimonj.

La storia è una serie di testimonianze che un secolo trasmette a quello che gli succede dei fatti ai quali si è come trovato presente. Eppure la credibilità della storia ha avuti due giudizj l'uno in opposizione dell'altro. Chi l'ha dichiarata una favola convenuta (1), e chi l'ha proclamata un mezzo di *fisica* certezza di avvenimenti morali (2): giudizj amendue falsi perchè esagerati.

La parola testimone nella sua latina origine indica un uomo il quale stette innanzi ad un fatto appreso come tale o per la vista o per l'udito da lui (3) e, divenutone quasi specchio, conserva per altri la superstite imagine d'un oggetto, il quale disparve (4). Questa superstite imagine tutta nel pensiero del testimone deve poi da lui, onde sia ad altri resa sensibile, essere rappresentata in parole o pronunziate o scritte a foggia di narrazione o testimonianza (5).

Gli antichi, nel giudicare molto più modesti di noi, riflettendo forse al grande pericolo di alterazione, e di cambiamento, che un fatto può correre passando per le idee e per le parole dell'uomo di più illibata coscienza che se ne fa il narratore, e lo storico, vollero che i testimoni in giudizio non deponessero in modo assertivo, e dommatico, ma lo facessero in modo, il quale, non escludendo l'errore, assicurasse soltanto della lor giusta credulità (6). Questo modo di risposta era coerente a quello della interrogazione nel processo accusatorio, istantanea, diretta, e però *suggestiva* (7).

---

(1) Detto attribuito al Fontenelle. Chamfort *Oeuvres vol. 1. pag. 116.* È noto il detto d'Orazio

« . . . . , . . . *Et quidquid Graecia mendax*
« *Audet in historia.*

(2) Petr. Hurtad. De Mendoza *Disp. 8. sect. 3. num. 24.*

(3) *Antestes* da *Antesto*, o *Antisto*: stare innanzi.

(4) Le leggi delle XII tavole dissero *superstites*. Cujac. *Ad rubr. decret. de testib.*

(5) Il giudizio vuole il deposto orale del testimone, non le sue scritte testimonianze. Dig. *Lib. 22. tit. 5. l. 3. §. 3.*

(6) La formula era *arbitror*, o non *arbitror*. Cic. *Quaest. acad. lib. 4 c. 47. or. pro Font. cap. 9.*

(7) « *Quaero ex te arbitreris ne etc.*
Tit. Liv. *Hist. lib. 4. c. 40.*
Mal si apprezzerebbe l'indole della interrogazione suggestiva se si deferisse a quanto ne dice il Bentham *Traité des preuves judiciaires liv. 3. ch. 7. in princ.* Scorta migliore, e più utile è il nostro diligentissimo Paoletti *l.*

Andato il processo accusatorio in disuso e venuto in uso lo inquisitorio, occuparono un posto nelle biblioteche del dritto non pochi, e di non piccola mole i volumi i quali estesamente trattarono de' difetti, che alla fede de' testimonj opponevansi o per il titolo delle *personali* lor qualità, o per quello del tenore del loro *detto* (1). I quali volumi non si proposero già di guidare il criterio dell' uomo nella stima della prova testimoniale, ma furono destinati piuttosto a notare gli scogli, contro ai quali un criterio con troppa fiducia nelle naturali sue forze urtando avrebbe fatto naufragio. Laonde que' volumi enumerando minutamente tutti i deboli lati della prova testimoniale ridussero a sistema il dubbio, che gli antichi sebbene confusamente conobbero essere insito a questa specie di prova, e divennero una scuola di *scetticismo* di cui le incertezze inerenti alla umana testimonianza, le regole dell' analogia fondate sulla esperienza, e però i voti della giustizia in cosa di tanto rilievo aveano a così dire fabbricato il vestibolo.

Se l' algebra con quantità negative crea quantità positive lo stesso fece la critica nell' inquisitorio processo. A forza d' andar segnando le qualità negative del testimone nella *persona*, e nel *detto* giunse a stabilire la positiva qualità della prova *legittima*, vale a dire in supremo grado credibile della prova per mezzo di testimoni.

La scala della credibilità di questo mezzo di prova è più ampiamente, e più variamente graduabile di quella d' ogni altro; e per giungere al più elevato suo punto, e discernervi la prova *legittima* sembra a prima vista che la mente umana debba fermarsi la idea d' una specie d' essere di ragione, anzichè d' un essere moralmente possibile: tanto è difficile trovarne nella imbecille, e corrotta natura morale dell' uomo il modello! (2)

Che la scienza delle probabilità abbia se non tutti almeno molti de' dati, sui quali può costruirsi, nella stima giuridica della prova, apparisce dalla necessità che la mente umana, onde formarsi la idea della prova testimoniale eminentemente credibile ha di acquistar quella di tutti i difetti, che possono criticamente indebolire la fede d' un testimone come

---

ztruz. ec. §§. *IV. V. VI.* I concetti ingegnosi, epigrammatici del Bentham possono leggersi con piacere ma riescono di poca utilità per la retta amministrazione della giustizia. È questa la opinione che se ne ha anco in Inghilterra. Birnbaum *Coup d' oeil sur le droit criminel de la Grande-Bretagne. Biblioth. du jurisconsulte etc. vol. 1. pag. 475.*

(1) Vaglia per tutti il Farinacc. *Prax. crim. de oppos. contr. test.*, taciato a ragione di disordine dal Poggi *Elem. jurispr. crim. lib. 1. cap.* 2. §. *41.*

(2) Ved. il *lib. 1. cap. 18. in not.*

elemento, il quale unito con altro simile la deve comporre. Srivere generali regole è a tutti permesso: immaginare l'inopinabile lo sia pure (1): ma pretendere di racchiudere in una formula sola, e generica la definizione d'una *qualità* che di sua natura ond'essere discernibile si compone quasi di più separate, e distinte qualità desumibili da fatti i quali vogliono essere collocati in categorie diverse da quella su cui la definizione debb'essere collocata, non è logicamente ammissibile (2).

Un deposito giurato, giudiciale, articolato in pronunziate parole di cui a guisa d'un parto fu ostetrice la interrogazione analitica,circostanziato quanto il fatto a cui si riferisce lo fu, e se si tratta di fatto permanente appoggiato alla base del fatto verificata co' metodi della certezza fisica, tale che due uomini citati a fornirlo, gravi per probità e per senno immuni da errore in cosa di fatto, anco in prudentissimi facile: non colle parole stesse ma con concordanza perfetta di idee lo proferiscono, è uno storico monumento sulla fede del quale non è dato elevare alcun dubbio (3).

Esaminando la prova testimoniale colle regole d'un asserzione in senso opposto alla negativa del reo nasce tosto la idea d'una guerra, d'un conflitto, che essendo tra due ha bisogno d'un terzo, il quale rompa l'equilibrio di queste due forze rivali gittandosi colla propria asserzione o da un lato o dall'altro (4). Questa idea la cui falsità divien manifesta nel caso

---

(1) Il Cav. Filangieri *Scienza della legislazione libr. 3 part. 1. cap. 15.* dettando canoni della credibilità della prova per testimonj immaginò il delitto del mendicante che non ha altro testimone che il pari suo: il delitto commesso nelle carceri, ne' lupanari: il testimone *servo della pena ec.*: *aegri somnia*: e non fa motto del delitto tra le mure domestiche, il quale non può avere altra prova, che la testimonianza de' consanguinei: caso con tanta accuratezza preveduto, e definito dai pratici, e a cui saviamente provvide il Legislatore Toscano *L. 30 novembre 1786. art. 28.*

(2) I canoni del Cavalier Filangieri, se si tolgano quelli che spettano alla procedura: se si sottragga il secondo che non dice niente: il terzo che ripete una regola di gius romano: il quarto che spetta alla confessione del reo: il quinto che è la ripetizione del terzo, il settimo che è la ripetizione del sesto: il decimo il quale contiene un error manifesto ingiungendo al reo di provare la propria innocenza in faccia alla semplice accusa: ridotti così a due soli esprimono il primo quel che il Padre Malebranche *Recherches de la verité liv. 1.* avea detto sulla *probità*, e sulla *scienza* del testimone: il secondo inesattissime e fallaci regole sulla contestualità. Ecco il vantaggio delle *generalità*, che tanto appagano lo spirito di chi legge.

(3) Poggi *Elem. jurispr. crim. lib. 1. cap. 2. §. 41.*

(4) Montesquieu *Esprit des loix liv. 12 ch. 3.* Il Cavalier Filangieri *Scienza della legislazione lib. 3. part. 1. cap. 15.* non omette questa occasione per sorprendere in fragrante errore il Presidente di Montesquieu. Il reo, egli dice, ha un interesse a negare (petizione di principio perchè se è innocente ha interesse a dire la verità): il testimone, soggiunge, non ha interesse a dire la verità): il testimone soggiunge, non ha interesse a affermare (altra petizione di principio: il testimone può esser comprato).

in cui da un lato due testimoni affermino, e tre o più accusati dall' altro neghino (1) è in parte giustificata dalle abitudini del processo accusatorio si facile a impadronisi della mente degli uomini (2). In un metodo giudiciario, il quale si proponga di pesare la critica credibilità de' fatti quella della prova testimoniale non è diversa da quella che ogni uomo sensato dee compartire alla storia contemporanea, coll' avvertenza però, che se è moralmente impossibile che gli scrittori di una età si sieno collegati tutti a mentire, il morale impossibile cresce immaginando che due uomini di sana e perfetta mente o abbian sognato, o senza interesse e per mero diporto si siano con quei che depongono voluti esporre alla ignominia, e alle più gravi pene, che la legge ha decretate alla falsità (3).

Ma il delitto non guerreggia in campo aperto, e più spesso a guisa de' Parti ferisce la persona da cui sembra fuggire: onde il più delle volte altri storici, ed altra storia non ha che le lagrime, o le querele di chi ne restò danneggiato. Talvolta un testimone: talvolta più e quali il caso e non la scelta gli ha dovuti fornire e perciò non immuni da difetti possono narrare il delitto. Il testo di questa narrazione è quello del destino dell' accusato. Se la legge aspira a difendere colla pena l' offeso, non è men sacro il pensiero che l' anima onde la sua arme colpisca il solo, il vero offensore. E se la pena fosse irreparabile, la prova, che la fa cadere sul capo dell' accusato non dovrebb' ella essere infallibile quanto la forza delle cognizioni umane concedono che ella lo sia?

---

(1) Servin *De la legislation crimin. pag. 403.*

(2) Gli oratori Romani quando era grande il numero de' testimonj contro al reo gli tacciavano come compartecipi della lite coll' accusatore Quintil. *Inst. orat. lib. 5. cap. 7.*

(3) Uno scrittore per certo dottissimo, ed ammirabile Meyer *Esprit. origine etc. Des instit. judiciaires vol. 2. p. 563 in not.*, reso ingiusto dalla sua cordiale antipatia contro la *stima giuridica* della prova e della non men cordiale sua simpatia per la *intima convinzione* attribuisce alle sacre pagine, ed ai *casisti* la nozione della prova testimoniale legittima per *due* testimonj. Sarà stato dunque casista Valerio Massimo il quale riportà il detto di Q. Scevola, che testimone unico in una causa dichiarò di pernicioso esempio l' ammettere la testimonianza d' un solo che significava la necessità almeno di due. *Lib. 3. cap. 5.* Lo sarà stato Plinio *Hist. nat. lib. 8. c.* 22. ove incontrasi la stessa dottrina: sarà stato casista l' Ammiano Grozio, che comentando le sacre pagine vi trovò in questa dottrina una regola di critica, e di natural giustizia: tal sarà stato Ant. Matth. protestante pur esso *Ad lib. 48. dig. tit. 15. cap. 3. num. 1.*, e lo sarà tuttora la Inglese legislazione, la quale nel titolo di alto *tradimento* oltre alla convinzione de' giudici vuole due testimonj. Blackstone *Coment. on the laws of Engl. b. 4. chapt. 27 pag. 356.* Non con minore spirito se non con pari dottrina concide col signor Meyer il signore Aignan *Histoire du jury chap. 13. pag. 131.*

È questo e non altro il titolo della prova legittima, che dai testimonj esige la ricerca analitica (1).

Se scientifica, e quindi giuridica è la nozione della prova legittima per mezzo di testimonj, di egual carattere debb' essere quella delle qualità, che ne' testimonj verificandosi la tolgono dall' alto, e tanto deprimonla da toglierle fino il carattere di umana testimonianza. Questo cambiamento si effettua talvolta rapidamente, ed a salti: lentamente talvolta, e per gradi, i quali tenuissimi sono, e difficili ad esser segnati.

Uno scrittore encomiabile per la sua dottrina e pel suo spirito di giustizia non sa comprendere come alcuni siansi voluti perdere in inutili bagattelle distinguendo il testimone *vario*, *vacillante*, *contrario* (2). Altri rimprovera ai pratici lo stolto ardire di voler ridurre a numerico valore le prove come se tutti gl' imaginabili numeri potessero bastare ad esprimere tutte le combinazioni possibili (3). Altri immaginò un miscuglio di legge, e di arbitrio dell' uomo nella stima della prova testimoniale credendo le legislative materie docili come le poetiche ai capricci della fantasia (4). Altri vogliono la credibilità della prova testimoniale per la grande, ed indefinibile varietà de' casi rimessa all' arbitrio dell' uomo (5). Altri finalmente volle, che la sola legge determinasse tutta ed intera la credibilità della prova testimoniale (6).

Uno scrittore favorevole a questa ultima opinione non du-

---

(1) La prova legittima per due testimonj è messa in ridicolo dal D. Armaud citato da Aignan *Histoire du jury pag. 131. not.* Sul detto di due testimonj fu processato un uomo accusato d' aver rubata, portandola sotto il mantello, una nave armata di quaranta cannoni. Il luogo di scena di questo processo poteva essere in corpo alla balena del Ricciardetto. Resta a vedersi se qui quadri il detto d' Orazio

« . . . . . *Ridiculum acri*
« *Fortius ac melius magnas plerumque secat res.*

(2) Ant. Math. *Ad lib. 48. dig. tit. 16. cap. 2. num. 6.*

(3) Meyer *loc. supr. cit* È gran fallo, che uno scrittore come questo stimabile non si sia dato pensiero di ben ponderare il vero sistema della stima giuridica della prova, e non l'abbia ravvisata, come il legislatore Toscano la ravvisò, una guarentigia dell'accusato. Non si vuole ridurre a numeri la prova per formarne a ogni caso una combinazione, o una specie di cabala per il lotto. La prova è ridotta a numeri per *sottrazione*, e non per *accumulazione*. La combinazione è nella prova legittima, la cui nozione è giuridica, è non numerica. Si riducono a numeri le qualità che le mancano, e così il conto si fa non per formar la prova, ma per diminuir quella, che senza questo computo colpirebbe il capo dell' accusato.

(4) Filangieri *Scienza della legislazione lib. 3. part. 1. cap. 13.*

(5) Leyser *Inst. ad Pandect. spec. 283.*

(6) Scheider *Dottrina della testimonianza giuridica nelle materie civili th. 1. §. 71. e 101. th. 2. §. 464. 477.*, Goenner *Saggio d'un codice th. 1. §. 148. 226.*, Mittermaier *Teoria della testimonianza nei processi penali §. 259. 336.*

bita di dichiarare il metodo inquisitorio poco adattato a conoscere, e fissare le qualità dalle quali dee nascere la fede de' testimonj (1). Questa sentenza mostra da quali, e quanti tra loro contrarj principj: da quali, e quante preconcepite opinioni è infelicemente preoccupata questa materia. Non è questo il luogo di dimostrare la incompatibilità della certezza morale dell' uomo colla certezza morale della legge, lo che spetta all' esame de' misti processi, belle, e pompose creazioni in politica ma istituzioni pericolose per la giustizia.

Il processo accusatorio nella sua originaria semplicità come contesa tra l' attore, ed il reo, i quali come i combattenti nel duello doveano l' uno al cospetto dell' altro mostrare, ed adoprar le armi loro, venendo sostituite alle armi le testimonianze, dovette dare ai litigatori il diritto di produrre i testimonj l' uno in presenza dell' altro: doveva il giudice in presenza di amendue interrogarli: amendue doveano avere il dritto d' interromperli, redarguirli, combatterli (2). I testimonj come armi de' combattenti doveano avere uno smisurato potere, e il loro giudizio non ristretto a decidere della materiale esistenza de' fatti doveva estendersi fino a dare ai fatti le qualità, che gli rendevano odiosi alla legge. Il testimone più che uno storico era un consigliere del giudice, e la coscienza dell' uno diveniva una specie di appoggio, e di responsabile della coscienza dell' altro. Coerente a questo sistema della produzione, e dell' uso del testimone era la illimitata libertà, che la legge dava al giudice nel giudicare avendo preso la sentenza il nome dagl'intimi moti del sentimento dell' animo di chi la proferiva (3): onde niuna regola a giudice di tal sorta poteva la legge prescrivere. Talvolta il silenzio non che le parole del testimone, sebbene unico, sebbene in tenera età, ed interessato, persuadeva il giudice della verità dell' accusa, e forniva titolo alla condanna (4).

Quando la fede de' testimonj non è tutta in quella di chi gli ascolta, ma è ne' principj della certezza storica, e diviene scientifica credibilità, comecchè la interrogazione del testimone se è diretta ad avere un risultato scientifico debbe essere scientificamente proposta, il metodo analitico è il so-

---

(1) Globig *Censura rei judicialis etc. part. 2. pag. 49.*

(2) Cic. *pro Flacco c. 10.* La giurisprudenza Inglese ha la formula *Cross examination* esame contraddittorio encomiato indistintamente da Bentham *Traité des preuves judiciaires vol. 1. pag. 229.*

(3) Quintil. *Inst. orat. lib. 8. cap. 3.*

(4) È il caso dell' accusa di M. Claudio Marcello contro al Trib. C. Scantinio Capitolino narrato da Valerio Massimo *lib. 4. cap. 1.* La cosa era passabile allorchè il *foro* poco differiva dal *teatro*. Voltaire fa *drammaticamente* dire a Giocasta.

« *Tout parle contre vous jusqu' à votre silence.*

lo, che a quest'oggetto possa adoprarsi. Debb' essere libero in vero al reo di fare al testimone le interrogazioni che vuole, ma siccome per avere una storia criticata, e discussa a dovere è necessario, che prima una storia vi sia (nè la discussione nè la critica può ragionevolmente precederla) non si saprebbe comprendere come il testimone non dovesse prima, obbedendo a'metodi i quali altro scopo non hanno che la ricerca migliore del vero, narrar la storia del fatto a cui si trovò presente, e poi o sostenerla, o abbandonarla in un contraddittorio col reo (1).

Se la interrogazione, e la risposta ond' esser certi della forma analitica della prima debb'essere scritta, il detto del testimone assume il vero carattere di storico documento, e in questa sola maniera d' essere può subire il confronto, che se ne dee far colla regola di credibilità dalla legge determinata. In questo sistema, quale la ragione umana lo può concepire, non quale le umane passioni che tutto guastano lo posson corrompere, ogni atomo del detto del testimone può contribuire o a fornir la nozione della prova legittima, o a torle alcuno de' requisiti, che in essa ha concepiti la legge.

Se avvenga questo secondo caso la legge, la quale ha a se sola riservato il dritto di disporre della sorte dell' accusato, non trova altrimenti mezzo per farlo. Ella non ha più nel processo il dato di fatto che preconcepì per l' applicazione della pena stabilita al delitto, nè la circostanza che scompone i termini della prova legittima è per la indefinibile varietà de' casi da lei prevedibile. Di qui la necessità d' una giurisprudenza non all' effetto di costruire un equivalente della prova legittima ma a quello piuttosto di raccoglier fatti da servir di dato, e di base alle analogie onde meglio apprezzare il carattere critico de' fatti futuri come

---

(1) Sono antiche le dispute se il testimone debba essere esaminato in presenza de' litigatori. Wessembach *Ad pandect. lib. 22. tit. 5. num. 33. et seq.* Jouhert. *Diss. de evidentia univ. etc. §. 27.* Il contraddittorio dopo l' esame è desunto dalla *Nov. 90. cap. ult.*, e dalle parole *etenim publicabuntur.* Le dispute sul noto *intrare judicis secretum* della *L. 14. cod. lib. 4. tit. 20.* appartengono all' ammissibilità, o non ammissibilità della informazione segreta, di cui in appresso. Anco la procedura civile ov'ella è *scritta* vuole prima *esaminato*, e poi *interrogato* il testimone. Il sig. Bellot *Exposé des motifs de la loi sur la proced. civ. pour le Canton de Genève. Genève 1821.* ammira come capo d' opera della umana saviezza i provvedimenti « *Publicité de la procedure, solennité du serment, presence du temoin sous les yeux du juge, deposition orale, questions improvisées, reponses non preparées etc.* Questi sono i mezzi critici per afferrare la verità come con improvvisa sorpresa si afferra un malfattore, che tenta nascondersi.

titoli, che la religione del giudicante deve apprezzare onde discendere di tale o tale altro grado dal pieno rigor della legge (1). Se tale è il carattere del sistema scientifico di valutare la credibilità della prova per testimonj: se le regole della certezza morale ed istorica non concedono piena, e perfetta fede all'umana autorità se non quando concorre il deposto classico di due classici testimonj: questo sistema oltre al giusto vanto di fregiarsi del titolo di scientifico ha pur quello di servire all'accusato di scudo contro un moto precipitoso troppo dell'arme, che la legge vibra contro di lui, e di essere una specie di contro stimolo, o di sedativo alla febbre della intima convinzione la quale nel processo accusatorio trova ovunque gli equivalenti della prova testimoniale legittima.

Questo è il vero motivo di quelle bagattelle difficili, che l'insigne scrittore testè citato rimprovera a chi rintraccia la idoneità del testimone *vario*, *vacillante*, *contrario*; non che di quella scrupolosa aritmetica, che altri rimproverarono ai pratici come arte magica, colla quale essi avessero inteso di formar la prova testimoniale come si forma il moltiplico, o il sommato in un conto.

Uomini forniti di dottrina, di esperienze, e d'ingegno si fecero a disputare se il dritto romano ammettesse il possibile della prova testimoniale piena, e perfetta col mezzo di testimonj inidonei cosicchè il numero supplisse il difetto di qualità, o una qualità potesse l'altra supplire (2). Se alla prova testimoniale manca un numero della sua nozione scientifica le manca in esso il carattere che la distingue: l'edifizio della prova non è più quello, e gli elementi eterogenei, che vi si ammettono non essendo più *parole* del testimone ma *fatti*, muti per se medesimi, ed aventi bisogno che il criterio dell'uomo presti loro un linguaggio, la fanno degenerare in prova indiziaria (3): onde il problema sulla prova testimoniale legittima per testimonj inidonei si confonde con quello, che fa nascere la prova legittima per indizj.

Il dritto Romano non sarebbe valutabile autorità per sostenere, che per mezzo di testimonj non classici può costruirsi una prova in eminente grado credibile, e tale da farne titolo d'irreparabil condanna. Finchè durò la repubblica i giudici furono onnipotenti nel decidere della sorte dell'accusato, e fu massima di Catone, che se il reo fosse

---

(1) Dig. *Lib. 22. tit. 5. l. 3.*
(2) Cremani *De jur. crim. lib. 3. cap. 26. §. 14. 18.*
(3) Poggi *Osservazioni MS. alle Istituzioni crim. teorico-pratiche del Paoletti in princ.*

stato di fede sospetta ancorchè l'attore non avesse conclusa alcuna prova a suo carico pur per le sue sole morali qualità doveva essere condannato (1). Alla onnipotenza de' giudici successe quella degli Imperatori, i quali trassero a sè tutti i poteri della repubblica, e da sè medesimi giudicarono (2). Il Prefetto, i Presidi delle province ai quali passò il potere della spada dal Pretore, che n'era investito in tempo delle questioni perpetue (3), non erano delegatarj dell'esercizio del poter giudiciario, di cui il Principe si fosse spogliato conferendolo loro con legge certa, e determinata, a cui egli medesimo si fosse legato: eran piuttosto suoi passivi istrumenti: specie di braccia in supplemento alle sue colle quali egli quasi moltiplicava i punti dell'azione immediata, che dall'alto del suo trono intendeva di esercitare sull'amministrazione della giustizia.

In questo sistema discutere se ai termini del dritto romano la prova testimoniale legittima si possa formare per *accumulazione* di testimonj inidonei è lo stesso che domandare se l'Imperator Caracalla potesse fare sterminare colla spada piuttostochè colla scure il celebre e misero Papiniano (4).

Il dritto romano fornì in vero le prime idee della stima giuridica della prova, ma questa applicazione del dritto alla interpetrazione del fatto sembra aver avuto un oggetto limitato nella tortura, la quale imperversava sciolta e libera da ogni freno in tempo dell'accusatorio processo (5): perocchè era la questione un ordigno di procedura (6), nè il Principe se poteva far valere la propria autorità nella condanna poteva esser presente ad ogni atto, che il processo rendea necessario.

---

(1) Gell. *Noct. act. lib. 14. c. 2.*

(2) La costituzione *Tanta* attribuisce quest'uso all'Imperatore Adriano, su di che vedasi Fretz *Diss. quaenam fuere jura auctoritas, dignitas jurisconsultorum Romanorum etc.* Anco in Toscana prima del Gran-Duca Leopoldo il Principe interveniva nelle sentenze penali, come raccogliesi dal Savelli *Pref. alla prat. univ. num. 202.*

(3) Vuolsi che le questioni perpetue durassero fino sotto l'Imperator Domiziano. Haubold *Inst. jur. Rom. priv. historico dogm. lineam. §. 145. obs.* Discuterò questo punto di storia del dritto penale nel *Discorso sulle vicende della eloquenza forense.*

(4) È conosciuta la derisoria maniera con cui questo mostro parlò giuridicamente dell'assassinio ordinato da lui di quel magistrato. Spartian. *In Antonin. Caracal.*

(5) Se ne faceva abuso anco in casa dai semplici cittadini. Cic. *Pro Cluent. cap. 63.*, Ved. i citati qui addietro a *pag. 84. not. 5.*

(6) La *L. 15. §. 41. dig. lib. 47. tit. 10.* si esprime « *Veritate per tormenta inquisitio* ». Non è dunque la tortura, come neppure il giuramento una prova, ma un mezzo di procedura per ottenerla, sebbene in molti altri luoghi del dritto romano l'uno, e l'altro venga chiamato prova.

Senza tutte queste avvertenze storiche le regole del dritto romano sulla maggiore o minore credibilità della prova testimoniale potrebbero indurre in errore anzichè essere guida sicura nel giudicare della sorte degli accusati. Uno studio storico di quel dritto potrebbe mostrare i passi, che la stima giuridica della prova quasi fece per giungere alla sua miglior perfezione, partendo dai tempi del processo accusatorio ed appressandosi a quelli dell' inquisitorio processo. È stato bene osservato come ne' tempi dell' accusatorio processo la libertà del giudice giungeva fino a potere esimere il testimone dal giuramento, il quale non prima di deporre ma dopo il deposto era assunto da lui (1). Sotto gl' Imperatori pagani la prova testimoniale incominciò ad essere sottoposta a regole, che per lo avanti non conoscevansi, libera però sempre in gran parte, e rimessa all' arbitrio del giudice (2). La religione cristiana, apparsa al mondo per illuminarlo colla sua luce, all' effetto di risparmiare quanto era possibile il sangue del reo, e salvar quello dell' innocente consigliò agl' Imperatori che la professarono di ristringere con leggi in più angusti confini l' arbitrio del giudice nel dare il valore alla prova testimoniale (3): e finalmente al dritto canonico, in quella parte che modificò il metodo giudiciario penale, si dee la teoria della stima giuridica della prova per testimonj in tutti i suoi gradi dal massimo della piena e perfetta fino al minimo del suo decremento possibile (4).

CAPITOLO X.

Continuazione. Della prova per mezzo di scritture.

Cessa colla confessione del reo, e colla voce de' testimonj nel giudizio penale ogni parlante autorità umana nella pronunziata parola; e nel silenzio che le succede il giudice altro non scorge se non oggetti materiali privi d' anima, e di loquela.

Pra questi oggetti materiali alcuni pur parlano all' occhio se non all'orecchio. Lo scritto dando quasi corpo permanente e visibile all' umano pensiero lo dipinge quale nelle mente

---

(1) Val. Max. *Lib 2. cap. ult.*, Cicer. *Ep. ad Attic. lib. 1. ep. 16.*, Thomas. *De fide juridica §. 61.*

(2) Dig. *Lib. 22. tit. 5. l. 1. §. 1. l. 3. §. 15. l. 23. lib. 48. tit. 18. l. 1. §. 8.*

(3) Cod. *Lib. 4. tit. 10. l. 9. §. 1. l. 10.*

(4) Laucellott. *Inst. jur. can. lib. 3. tit. 14. §. 8. 25. et ult. lib. 4. tit. 2.*

si sviluppò, quale le parole parlate lo possono esprimere, e per questo titolo reclama d' essere collocato tra le umane testimonianze (1).

È stato osservato essere assai più facile fissare la critica credibilità della prova nascente dallo scritto che quella della prova per mezzo di testimonj (2): la qual cosa per lo più vera ne' civili giudizj non ha nè può avere lo stesso grado di verità ne' penali: perocchè la ragione d' una maggiore facilità nel fissar la fede dello scritto nel giudizio civile nasce dalla circostanza del trattarsi le civili materie tra gli uomini nella maggior parte de' casi per via di scritti: dall'essere in tali materie ammesse le finzioni della legge; e da una facilità maggiore, che il giudice ha per decidersi a favore o contro l' uno de' due litigatori: cose tutte, che nel giudizio penale non si verificano.

Qualunque problema possa far nascere la prova, che può desumersi dagli scritti è facilmente disciolto dalla illimitata libertà, di cui gode il giudice nel processo accusatorio. Tutti gli esempj che si sogliono addurre onde stabilire che un foglio, facile ludibrio del vento (3), può col linguaggio che esprime aver per se solo la forza di mandare un uomo al supplizio, appartengono a quella specie di giudizio penale (4). Una semplice connessione grammaticale basta in quel processo talvolta a rendere persuaso il giudice, che il documento impugnato dal reo gli appartiene (5): tanto è felice la intima convinzione nel divinare non che nel rendersi persuasa!

Sembra però, che la credibilità della prova nascente dalla scrittura possa più dipendere da principj di *dritto* che da interpetrazioni di fatto; e se così fosse la sua stima giuridica, e i metodi necessarj per costruirla dovrebbero meritare qualche attenzione dall' amico della umanità, e della giustizia.

Il criterio istintivo dell' uomo, comecchè essenzialmente sintetico, è inclinato ad aggruppar tutto, a poco separare, e distinguere, a ridurre più teste in una e tutte in quella troncarle. Il criterio scientifico separa, pone in classi gli oggetti, che esamina, e tende sempre a giudicare colle ana-

---

(1) Egregiamente espresse la cosa il francese traduttore di Lucano
« *Et par des traits nouveaux des figures tracées*
« *Donner de la couleur, et du corp aux pensées.*

(2) Globig *Censura rei judicialis etc. part. 2 pag. 80. §. 2.*

(3) « *Ne dispersa volent rapidis ludibria ventis.*
Virg.

(4) Ant. Math. *Ad lib. 48. dig. tit. 15. cap. 5. num. 1.*

(5) Così avvenne nella causa in materia politica del Maresciallo Byron narrata da Ant. Math. *loc. cit. num. 2.*

logie onde un oggetto, presentandosi nuovo sempre, non inganni con apparenze le quali possono farlo facilmente confondere con altro, e diverso.

È stato fatto rimprovero ai pratici di aver fissata la regola critica, che dagli scritti non possa nascere una prova perfetta, e completa, e d'aver poi quasi consunta la regola con le eccezioni, colle quali hanno inteso di porle un limite (1): e se i pratici avessero inteso di costruire una teoria il rimprovero sarebbe stato fondato.

Talvolta avviene, che più oggetti per la loro intrinseca varietà, sebbene possano estrinsecamente sembrare simili tra di loro, non ammettono una regola sola ma ne richiedono più, nel qual caso non è difficile che chi scrive per la pratica cognizione di tali oggetti tra più regole tra loro diverse ne ponga una alla lor testa come generale e collochi le altre come eccezioni.

Nelle materie criminali lo scritto per ben giudicarne come mezzo di prova non vuol' essere considerato in un solo riguardo: ma deve essere considerato relativamente I. al *materiale* del delitto II. al suo autore III. al *materiale* della scrittura IV. al modo d'esperimento che la deve render provante.

I. Il delitto può nascere dal contratto scritto, ed essere allo scritto contratto inerente come più spesso suole avvenire nella *usura* e nelle *stellionato*: può al delitto essere necessario lo scritto come nel *libello famoso*, e nel *falso*: può essergli non necessario ma soltanto possibile come nel *mandato* ad uccidere, ad incendiare: può non essergli nè necessario nè possibile come nell'*omicidio*, nel *furto*.

II. Lo scritto può presentare in un solo e medesimo contesto il delitto, ed il suo autore: può contenere la sola confessione del delitto: può esibirne l'indizio.

III. Il materiale della scrittura può essere di vario tenore: ella può esser pubblica o autentica: può esser privata: essendo privata può essere stesa per lo intero di carattere del reo: può, stesa da altri, essere firmata da lui: può alla sua firma andare unita quella di testimonj.

IV. Lo scritto se è privato, e col solo carattere del reo, può in vario modo aver la prova che sebbene impugnato da lui pur gli appartenga. In una scrittura di più carte, il reo confessandone alcuna, e le altre impugnandole può aver contro di se la prova della connessione grammaticale del periodo dalla facciata confessata colla facciata impugnata come l'ebbe il maresciallo Byron: può riconoscere, e confessare giudicialmente come sua la scrittura: possono due testimonj

(1) Ant. Math. *Ad lib. 48. dig. tit. 16. cap. 5 num. 1.*

di vista deporre che egli l' abbia vergata : può la comparazione delle lettere, o come gli antichi dicevano la loro *ispezione* (1) stabilire la identità del carattere confessato o riconosciuto da lui come suo, con quel o, che egli non vuole come suo riconoscere.

Se si ponderi la varietà delle combinazioni nelle quali può travarsi lo scritto sarà difficile asserire, che una sola, e medesima regola possa bastare a tutte per ben definirle (2). Può ben essere, che applicando il calcolo delle probabilità non come potrebbe fornirlo l' algebra ma come potrebbe somministrarlo l' argomento analogico, o quel d' induzione a stabilire il dritto di quelle varie combinazioni si dovesse concludere che nella lor parte maggiore il più sicuro espediente è quello di dire, che dallo scritto una prova piena, e perfetta non si può attingere ; ma questo resultato non autorizzerebbe a pronunziare che questa è la regola generale, e le combinazioni nelle quali la prova piena, e perfetta dallo scritto può sorgere sono altrettante eccezioni. Converrebbe piuttosto dire, se una questione forense dovesse mai divenire una controversia ideologica, che la diversità de' casi non concede che si costruisca una regola sola, ma più regole per ben deciderli son necessarie.

I rètori colla sintesi della immaginazione, la quale creò la Sirena, la Chimera, e l' Ippogrifo, non hanno poco contribuito a render dubbiosa e problematica questa materia. Il loro mestiere è quello di colpire la fantasia non d'illuminare lo spirito : onde fecero una confusione di tutto, autorizzarono una specie di prova da innestarsi con una specie diversa, ed attribuirono ad una specie la forza che le era fornita dall' altra. Ma o la prova dee sorgere dallo scritto, o se lo scritto ha bisogno onde provare del sussidio d' un altro, e diverso mezzo di prova, questa o non è sua gloria, o non è tutta sua : o la deve tutta o la deve in parte alla specie di prova, di cui ha dovuto implorare il sussidio (3). Se il reo confessa in giudizio come sua la scrittura la prova nasce dalla confessione non dallo scritto. Se due testimonj di vista depongono di evergli veduto fabbricare lo scritto la prova nasce dalla voce de' testimonj non dalla carta: mezzo fallace

---

(1) Quintil. *Instit. orat. lib. 5. cap. 5. in fin.*

(2) Il Cavalier Filangieri *della legislazione lib. 3. part. 1. cap. 15.* fissa tre canoni ne' quali è notabile il *contratto simoniaco.*

(3) Il Boehmer. *Elem. jurispr. crim. sect. 1. cap. 11. §. 225.* presso a poco così ragionando prende di mira il solo caso della confessione giudiciale. Il Renazzi *Elem. jur. crimin. lib. 3. cap. 13 pag. 183.* confutandole dissimula il vero stato della questione. Non si tratta in fatti di negare che la scrittura provi, ma si tratta di stabilire se costituisca di per sè una prova piena e perfetta.

però, e forse più fallace d'ogni altro qualora ad esso unicamente si volesse appoggiar la condanna, e ciò per ragioni non difficili ad essere conosciute. Se il giudice arguisce la pertinenza dello scritto al reo dalla combinazione grammaticale delle facciate, delle quali si compone: se i periti stabiliscono la identità dell'*indubitato*, e del *dubitato* carattere la prova è indiziaria nel primo caso, e periziale nel secondo (1).

Il solo caso del delitto nato, e per così dire innestato nell'atto scritto qualora si tratti di autentico è quello, in cui la scrittura di per se sola lo prova: caso raro, e forse anco d'inutile esame se si rifletta all'alternativa nella quale l'usura, e lo stellionato si trovano tra il privato giudizio, ed il pubblico (2).

Prescindendo da questo caso, e poichè negli atti autentici menochè da alienati di mente i misfatti nè si progettano, nè si consumano, nè si confessano, in tutte le altre combinazioni possibili, nelle quali può trovarsi la prova per scritto, la sua credibilità non può avere un modulo generale, costante, invariabile, e la sua stima dovrà necessariamente dipendere dalla relazione maggiore o minore della scrittura

---

(1) Matheo, e Renazzi, che và sulle sue tracce, adducono il giudicato nella causa del Maresciallo Byron per concludere, che lo scritto può per sè solo provare. Sarebbe questo in vero un ragionamento decisivo se fosse ragionamento: ma un esempio ragionamento non è, e potrassi domandare ai giudici in quella causa per quali motivi o critici, o giuridici prendessero sulla loro coscienza la condanna dell'accusato. In quel caso non fu lo *scritto*, ma furon gl' *indizj* che decisero della sua sorte. Quanto alla collazione delle lettere è stato già osservato, che questo modo di verificazione della identità de' due caratteri è *magis judicium quam testimonium*. *Elem. de la proced. crim. vol. 2. pag. 450. in not.* Thomas. *Diss. de fid. jurid. cap. 2. cap. 2. cap. 56.* Il Globig *Censura rei judicialis etc. part. 2. cap. 10. §. 14.* esamina la credibilità della collazione, e accumulandovi la prova indiziaria le concede una *quasi* piena credenza ai soli effetti civili però.

(2) Il Cavalier Filangieri *Scienza della legislazione lib. 3. part. 1. cap. 15. can. di giud. per la prova scritt. can. 1.* fissa la regola generale dalla piena credibilità dell'*atto autentico*, e non si accorge che in esso si tratta d'un caso *speciale*. La stessa cosa era stata detta da Eisenhart *De fide historica cap. 10. §. 9.* Ma questo autore parla dell'atto autentico agli effetti civili. Non vi può dunque a rigore essere nel giudizio penale una di quelle, che Bentham chiama prove *preconstituitées*. *Traité des preuves judiciaires liv. 4. chap. 1. 7.* altrimenti converrebbe ammettere le così dette presunzioni *juris, et de jure*, o come l'Hubero le chiama *posizioni di dritto*. La fede dell'atto autentico, contro la quale non ammettonsi testimonj, e la sola querela di falso è ammessa, fu riconosciuta dal dritto Romano. *Dig. Lib. 22. tit. 5. l. 10.*, e divenne una specie di massima di pubblico dritto di tutte le civili nazioni. Globig *Censura rei judicialis etc. part. 2. cap. 10. §. 15.* Fu altrove osservato *lib. 1. cap. 14. §. 1. in not.*, che il dritto *civile* è sotto la tutela del pubblico, e che il *penale* ne forma una parte. Onde una regola protettrice del primo non può esser regola per il secondo.

colla indole del delitto del quale si tratta, dall'effetto maggiore o minore della prova, e dal modo con cui è stato stabilito che ella appartenga al reo. La ragione composta di questi tre dati potrà sola servir di norma a chi giudica (1).

Come non si può prestar fede ad un che vi dica, avere il reo rubato, o ucciso scrivendo, così se ne presterà una maggiore a chi asserisce che il reo ha scritto il libello famoso di quel che se ne debba prestare a chi dice che il reo ha conferito scrivendo un mandato a incendiare, o ad uccidere: maggiore se si dica contener lo scritto il delitto: minore se la confessione del delitto o l'indizio: maggiore, e piena e perfetta se il reo confessò la scrittura in giudizio, non eguale se lo scritto dal reo impugnato deve esser reputato suo o per il deposto di testimonj (2), i quali in tal caso hanno una pericolosa, e lubrica causa di scienza; o per il giudizio che i periti abbiano proferito sulla identità del carattere, sia per la fallacia a questo giudizio di sua natura inerente, sia per le tante cause le quali p ssono aver dato a uno scritto altrui le sembianze del proprio (3).

Queste osservazioni sembrano confermare che le probabilità giudiciarie formano un corpo di scienza: che ne' libri de' pratici si contengono i dati necessarj a darle un sistema, e che altro non manca ove si voglia rettamente decidere della sorte degli accusati se non un lavoro, il quale coordinando le sparse regole, che ne' libri dei pratici incontransi getti le basi di questo sistema scientifico, il quale non può sorgere tutto in un tratto, ma può, raccogliendo progressivamente pe' loro veri caratteri i casi decisi, giungere un giorno alla sua maggior perfezione.

CAPITOLO XI.

Continuazione. Della prova per mezzo d'indizj.

Non è senza un grande logico significato la nomenclatura, la quale dà all'indizio il titolo di prova *circostanziale* (4).

---

(1) L'autore dell'opera *Elements de la proced. crim. vol. 2. pag. 428. num. 8.* distingue soltanto se il delitto è racchiuso nell'atto scritto, o se è separato dall'atto.

(2) Il Poggi *Elem. jurispr. crim. lib. 1. cap. 2. §. 49. not. 39.* convenne meco, che in questo caso si tratta di prova testimoniale. Se si trattasse d'atto contenente il delitto, e di testimonj all'atto firmati chi non vede, che essi allora perdendo la veste di testimonj prenderebbero quella di complici?

(3) Vedasi la *nov. 73.* nella quale s'incontrano molte delle riflessioni a questo proposito fatte dal Bentham *Traité des preuves judiciaires liv. 4. chap. 8.*

(4) Bentham *Traité des preuves judiciaires liv. 5 chap. 1. et suiv.*

Le parole *indizio*, *argomento*, *presunzione*, *connotato*, *segno*, *sospetto*, *adminicolo* (1) putono tutte la petizione di principio: suppongono cognito ciò che ancora non è: annunziano il resultato d'una operazione dell'intelletto senza indicarne l'appoggio. I retori antichi col nome di *topici* indicarono qualche cosa di dottrinale, e di *tecnico*, e perciò la loro nomenclatura se merita lode in retorica non la merita in dialettica (2). In realtà la frase *circostanziale* è la sola adattata a indicare un fatto, un oggetto materiale qualunque muto per se medesimo, solitario, isolato, il quale acquista loquela, e a guisa di separata molecola si pone in moto, si avvicina ad altre, e con esse forma un corpo di discernibil figura per il solo ragionamento dell'uomo (3).

Questa specie di chimica operazione come le vere e reali si effettua tanto più facilmente quanto maggiore è il calore, il quale quasi dilatando le molecole destinate a dare nella loro riunione un corpo di diversa combinazione ne moltiplica i contatti reciproci, e rende più pronta la compenetrazione lor vicendevole. Così veggiamo i retori antichi con calda imaginazione, e con più calde parole esser divenuti artefici di queste combinazioni nuove: aver dato loro il nome di prove *artificiali*: aver relegato ogni altro mezzo della certezza morale ed istorica tra gli oggetti, dei quali l'arte loro non dovea occuparsi, *inartificiali* chiamandoli: e proclamare il paese degli indizj come quello, in cui essi potevano stabilire il loro dominio (4).

A giudici popolari siffatte cose convenivano mirabilmente: perciocchè quanto una materia è più oscura più si addice all'uomo, che deve in breve tempo chiarirla il far baratto del ragionamento colla invenzione, e del meditare un problema coll'immaginare un verisimile qualunque, al che la umana coscienza facilmente si appresta.

Ma se al bollore della retorica si sostituisca la temperatura del ragionamento le cose cambiano di aspetto. Un giudice che siede in piazza ed è commosso da un lato da

---

(1) Cremani *De jur. crim. lib. 3. cap. 20.*

(2) De' Topici scrissero Aristotile e Cicerone. L'opera di Cicerone è intitolata a Trebazio Testa, giureconsulto, che Cesare nelle militari sue spedizioni aveva sempre al suo fianco: tanto vale un consigliere giureconsulto per chi avendo nelle mani la forza ha nella propria mente ben ponderati i veri bisogni degli uomini. Vedasi il trattato che il celebre Lalande scrisse nel 1778 col titolo *L'esprit de justice fait la gloire, et la sureté des Empires.*

(3) È noto il verso del Milton, col quale ha dipinti gl'indizj

The deeds themselves thò mute spolle loud the deor.

I fatti stessi benchè *muti proclamano* altamente il colpevole.

(4) Ατεκνω εντεκνω dissero i Greci: *loca adsumpta insita* dissero i Latini. Quintil. *Instit. orat. lib. 5. cap. 15.*

un orator che declama, e dall' altro da una moltitudine che applaude, o come il mar freme (1), giudica le cose in un modo. Un giudice il quale nella quiete e nel silenzio d' un luogo, ove a lui tutto rammenta il sacro e delicato dovere della giustizia, medita, e indaga a quale appoggio dalla ragione riconosciuto dee fidarsi la sua coscienza nel condannare, sia pur fino e sagace quanto esser vuolsi l' ingegno suo, se non consulta i moti del cuore, a cui le dimostrazioni son facili sempre, ma consulta i calcoli della mente, giudicherà in modo diverso assai. Egli dubiterà che mille atomi i quali per se medesimi nulla dicono possano in una certa loro combinazione esprimere come la statua di Memnone, muta di notte, ed armonica all' apparire del sole, una voce (2).

Se tutte le specie di prove ammesse, nel giudizio penale dacchè i bisogni della sicurezza lo resero necessario, potessero esser citate al tribunale della ragione a render conto del modo con cui soddisfecero al voto della umana giustizia, la indiziaria vi comparirebbe intrisa, e grondante d' umano innocente sangue, nè altra scusa avrebbe da allegare a propria discolpa che la propria maleaugurata temerità. Interrogandola su i motivi di tante stragi ammutirebbe, nè altro potrebbe addurre se non il cupo, e inarticolato fiotto della intima convinzione, specie di latumia nelle cui tenebre il cadavere dell' innocente steso per terra è reso visibile da un barlume di falsa luce uscente da un' ingannata coscienza (3).

---

(1) « *Garganum mugire nemus, aut mare Thuscum* disse Orazio d' un popolo ascoltatore.

(2) Ved. il *lib. 1. cap. 18. in not.* Un accusato Inglese, cui volevasi opprimere con indizj, nella ingenuità della propria difesa diceva non concepire « *come con cento cavalli storni si potesse fare un cavallo morello* ». Dupin *Def. du Cost. Berreau Fraïcais mod. 1826. pag. 104.* Gl' Inglesi in tempo delle lor guerre civili conobbero questo modo di giudicare, che chiamarono per *accumulazione*, e noi *evidenza costruttiva*: giurisprudenza di cui Strafford fu la vittima. Lally-Tollendal *Def. de son pere vol. 2. p. 404.*

(3) Il signor Meyer in un luogo della sua opera *Esprit, origine etc. des instit. judic. liv. 8. chap. 22.* ha intrapreso a scrivere il più artefiziosо panegirico che io conosca della intima convinzione: col che ha mostrato, che le belle donne sebbene vecchissime, trovano sempre adoratori. Ma tutto il suo discorso poggia su falsi dati. I. Egli suppone, che la stima giuridica della prova sia *costruttiva*, ed è *distruttiva*: vale a dire diretta a togliere all' intima convinzione quel che ella vorrebbe fabbricare a capriccio. II. Egli taccia la stima giuridica d' incertezza, ed è destinata a stabilire le incertezze che circondano la prova. III. Egli finalmente conclude *vol. 5. pag. 263.* « *On ne commande pas à son jugement* ». A tutt' altri che il signor Meyer la legge risponderebbe « Arrogante! Tu ti dici persuaso sulla esperienza di pochi giorni, ed io non lo sono su quella de' secoli. Vadano

La fiaccola della verità tra le mani della religione di Dio, che n' è il solo fonte, diffondendo la sua santa luce tra gli uomini, pose in fuga le tenebre della intima convinzione, artefice temeraria della prova per mezzo d' indizj, ed avverti la umana ragione della pericolosa fallacia di questa prova (1).

La voce *indizio* è presa dai giureconsulti in due sensi, secondochè o ne ammettono o non ne ammettono la piena credibilità: or come designativa della circostanza di fatto, da cui la mente del giudice può argomentare una connessione più o meno stretta col fatto principale di cui nel giudizio si disputa, quasi d' effetto colla precedente sua causa: or come designativa della forza critica, che più indizj nella lor riunione esercitano nella sua mente; dal che venne la terminologia degl' indizj *leggieri*, de' *gravi* o *urgenti*, degli *urgentissimi*, degl' *indubitati*, e per colmo di follia degl' *indubitatissimi* (2): pazza e ridicola voce introdotta nel foro dalla intima convinzione, la quale osava darsi atteggiamento di giurisprudenza.

L' indizio come unità del computo, a cui era destinato, è stato sempre solito prendersi da un *fatto* verisimilmente appartenente o alla *materia* del delitto, o alla *persona* del delinquente. Questa maniera di concepire l' indizio è quanto altra mai materiale. È stato confusamente sentito ma non è stato mai dottrinalmente esposto, che l' indizio è per tutto ove non sia il mezzo criticamente idonea a fornir la prova perfetta e completa ne' due già divisati casi della confessione del reo, e del deposto de' testimonj scevri da tutte le circostanze, che ne possono diminuire la fede. Questi due soli casi rappresentano quella storia, che alcuni chiamaron *completa*: se questi due casi si verificano perchè o la confessione, o la testimonianza sia accompagnata da circostanze che ne infievoliscono la credibilità non vi ha più storia completa, e comparisce la *congetturale* (3) sia nella confessione del reo onde dirla più o meno credibile: sia nel deposto de' testimonj onde conoscerne la possibile idoneità: sia nella scrittura onde apprezzarne la maggiore; o minor forza provante. Per lo che la teoria dell' indizio debbe ravvisarne

---

« alla malora tutte le tue repubbliche di Platone, ma l' innocente non vada « al patibolo ».

(1) La massima fu introdotta dal dritto canonico *Cap. cum olim de verb. significatione verb. manifestum* illustrato dal Bossio, dal Claro, dal Ludovisio, dal Boerio, ed altri, che alle orecchie de' parteggianti della coscienza sono

« *Nomi da fare spiritare i cani.*

(2) Torre *De stupro argum.* 31. *num.* 21.

(3) Ved. il *lib.* 1. *cap.* 14. §. 2.

il carattere ovunque è circostanza la quale non parlando all' orecchio del giudice nasce da oggetti, e da fatti fuor della umana testimonianza, i quali hanno un linguaggio, che il suo solo ragionamento lor presta.

Questa più larga maniera di ravvisar l' indizio è suggerita dal principio adottato dall' inquisitorio processo di non ammettere altra prova piena e legittima se non la nascente dalla confessione del reo, e dal deposto di testimonj co' requisiti che la legge in lettera determinò (1). Dal che consegue che ogni altro mezzo se merita il nome d' indizio non può meritar quello di prova.

Ma l' indizio propriamente detto ha acquistate in vista delle sue *retoriche* origini una specie di nobiltà che ha fatti cader tutti gli altri mezzi di prova nella classe oscura di volgo, ed è rimasto principale attor sulla scena. Il processo inquisitorio, non ammettendo l' indizio nè come personaggio principale; nè come accessorio, o sussidiario ad altri mezzi di prova, trovatosi petto a petto coll' emblema che ne fermò l' antica retorica nel processo accusatorio, si è veduto per così dire costretto a difendere contro di lui la propria caratteristica prerogativa. In questo stato di conflitto tra il processo inquisitorio, e il processo accusatorio, il quale colla intima convinzione dà facoltà al giudice di dar piena, ed indefinitiva credenza all' indizio, potrebbe taluno credere che i due processi non possano altrimenti esaminare senza urto reciproco la tempra delle rispettive loro armi; e siano costretti a rivolgersele l' un contro l' altro, ed a battersi onde decidere la grande contesa da qual de' due la umanità, e la giustizia sia meglio servita. Chi così pensasse s' ingannerebbe. I due processi hanno struttura organica di tempra diversa. Nell' uno opera l' uomo con tutta la energia e con tutta la libertà delle naturali sue forze, tra le quali la più operativa è la intima convinzione, sola fabbricatrice della prova indiziaria, altro far non potendo la legge se non inventare, e proporre temperamenti, i quali rendano meno frequenti i pericoli di sì formidabili forze. Nell' altro niente opera l' uomo colle naturali sue forze, e tutto è sottomesso alle regole che la legge ha tratte dalla scienza delle probabilità. I due processi possono essere ciascuno di *proprio genere* ed incompatibili tra di loro, ma niun d' essi può divenire il nemico dell' altro, ed ambedue desiderare la distruzione reciproca. Il mondo è largo abbastanza onde i due processi vi possano respirare senzachè l' uno soffochi l' altro. La sola mania delle conquiste, passionata non razionale co-

(1) Vedasi qui addietro a *pag.*

me ella è, può ispirare il desiderio che oltre questo sianvi altri mondi ad invadere (1).

Sebbene la prova per la confessione del reo, e per il detto di testimonj come razionale nozione si adatta a tutti i casi possibili, qualunque siano le loro singole specie, la prova indiziaria, la quale inchiodata nel fatto non poteva dar di se razionale nozione, fu costretta a ricorrere per farsi conoscere ad esempj tratti dal fatto, e per meglio riuscirvi un solo e sempre il medesimo addusse quale l'antica retorica lo seppe come modello di tutti inventare (2). A somma sventura di questo esempio di prova indiziaria, quasi ella, nata drammatica, dovesse aver la sua sorte decisa in teatro, le scene presentano un esempio simile, e nel fatto, dove i retori trovarono con certezza apoplettica il reo, vi palesarono l'innocenza (3).

Ma citare esempj ov'è mestier di ragionamenti non è permesso. L'esempio può avere un effetto simpatico, ma non lo può mai aver logico. Il dire, che gl' indizj possono ren-

---

(1) *Latius regnes avidum domando*
Spiritum, quam si Lybiam remotis
Gadibus jungas, et uterque Poenus
Serviat uni.
Hor. *Od. 2. lib. 2.*

(2) L'esempio è di omicidio inventato dai retori antichi. Cicer. *De invent. rethor. lib. 2. cap. 4.* riferito da Ant. Math. *Ad lib 48. dig. tit. 15. cap. 6. num. 1.* : adottato da Mario Pagano *Logica de' probabili cap. 7. osservat. in not.* ed alla lettera allegata dal giureconsulto Eduardo Cocke. Bentham *Traité des preuves judiciaires vol. 1. pag. 316.* L'esempio immagina, I. la uccisione in genere nel cadavere dell'ucciso col seno squarciato, II. inimicizie, ed insidie dell'accusato verso l'ucciso, III. suo arresto presso al cadavere, asperso di sangue, IV. con spada insanguinata alla misura precisa della ferita, V. suo pallore: sua muta risposta alle interrogazioni: sua fuga. Il Donello referendo simili indizii ad *tit. de probationibus cap. 10.* si esprime « *Nec dubitarem hunc carnifici tradere si judex essem* ». Il Moresca giureconsulto Napoletano gli grida addosso « *Siste Donelle: siste magne vir: judex ideo non fuisti quia ex praesumptionibus utique reos damnasses. QUID DIXISSES SI ESSES REUS ? AN TE IPSUM EX HIS CARNIFICI TRADERES ?* Apud. Sarn. *Pact. crimin. cap. 46.*

(3) Il caso d'*Arbace* nell'Artaserse di Metastasio, ove l'accusatore, vero autor del delitto, faceva sì ben da processante, e rispondeva l'accusato,

« *Tutti reo mi volete, e reo non sono.*

Il nostro classico Poggi *Elem. jurispr. crimin. lib. 1. cap. 2. §. 46. not. 60.* teme quasi di riferire l'esempio drammatico sforzandosi di sostenerlo col verisimile storico. Egli doveva dir francamente « a esempj *retorici* rispondo con esempj *drammatici* ». Ma non è mestieri per distruggere i fantasmi della retorica ricorrere ai drammi, e ai romanzi. Un esempio più forte d'indizj di chi poi fu verificato innocente è citato da Prospero Farinaccio *Prax. crim. quaest. 52. num. 111.* E però io ho sempre creduto, che il solo accurato spoglio de' pratici potesse fornire i dati d'una scienza delle probabilità giudiciarie.

dere un fatto evidente, e per provarlo addurre un esempio d' indizj, è ragionare con manifesta petizione di principio perchè l' esempio può confermare ma non provare, ed all' esempio si può rispondere con un esempio contrario (1). Se la scienza delle probabilità ha potuto dar ragione del perchè la confessione di alcuno del proprio fatto in ogni suo punto verificata, o il deposto di due testimonj classici è eminentemente credibile, ella non ha ardito di far parola della prova per mezzo d' indizj, e neppur ha assunto impegno di scioglier problemi di simil fatta: perocchè se ha tentato determinare quanti innocenti sopra un determinato numero d' accusati possono andare al supplizio non ha creduto poter dare un calcolo il quale rendesse matematicamente certo in tale altra causa, che l' innocente non perirà. La umana ragione è muta dunque sulla forza della prova indiziaria, e la retorica, e la intima convinzione parlano per lei, l' una spargendo di fiori le catene dell' accusato: l' altra con un solo occhio a guisa di Polifemo divorando chi gli capita tra le mani (2).

Una prova che non sà definirsi comè può sperare di sostenersi? Pretendere che se la prova per via d' accumulazione d' indizj è ammessa nei giudizj civili lo debb' essere ancor ne' penali è un inferire *positivamente* dagli uni agli altri, mentre la sola *negativa* illazione dagli uni agli altri è permessa (3). Ma non potendo la prova indiziaria reggersi con forze che le sian proprie, ha preteso di darsele coll' indebolir quelle delle altre prove: asserendo che se da lei è temuto l' errore, la confessione, e la prova testimoniale non ne son pur esenti: strategetica tra i nemici ammissibile l' uno de' quali sebben non dotto spesso trionfa per la ignoranza dell' altro.

È osservabile, che la circostanza alla quale si appoggia l' indizio non può esser provata che o colla confessione del

---

(1) Ved. il *lib. 2. cap. 6. in not.*

(2) « *Monstrum horrendum ingens cui lumen ademptum*
Virg. *Aen. lib. 3. 658.*
« . . . . *Vidi, atro cum membra fluentia tabo*
« *Manderet: et trepidi tremerent sub dentibus artus.*
Id. v. 624.

(3) Lo insegna lo stesso Ant. Math. *Ad lib. 48. dig. tit. 16. cap. 1. num. 1.* Troppe sono le differenze de' due giudizj. Nel civile la quiete dei possessi obbliga a una decisione definitiva: il giudice può essere considerato come arbitro delle parti: l' errore cadendo sul patrimonio può essere in ogni tempo emendato: può in supplemento della prova essere deferito il giuramento: cose tutte che nel giudizio penale non si verificano: molto meno in questo giudizio può ammettersi, che il soggetto del litigio sia diviso tra l' attore, ed il reo come nel giudizio civile in qualche luogo prescrivon le leggi. Globig *Censura rei judicialis etc. part. 2. cap. 16. §. 6.*

reo, o col detto de' testimoni: lo che essendo non si sà comprendere come la prova indiziaria muova guerra contro gli stessi ausiliarj, e tacci d' infedeltà que' medesimi mezzi sulla fede de' quali ella è costretta a cercare un appoggio. Se la prova indiziaria rigetta o revoca in dubbio la fede della confessione del reo, e del detto de' testimonj ella è un figlio che abjura suo padre, e spinge la contradizione fino al segno di distrugger se stessa: perocchè ella, onde costruirsi sulle circostanze di fatto che accumula, ammette spesso di averle provate o da un sol testimone, o da testimonj inidonei. Che se si dovesse dubitare della credibilità della prova per la confessione del reo, e per il deposto de' testimoni converrebbe retrocedere per lo spavento all' aspetto della prova indiziaria come la più fallace di tutte, avendo ella contro di se la fallacia di tutti gli altri mezzi di prova, e la propria.

In realtà il reo confessando, e i testimonj attestando parlano della fisica certezza, che hanno acquistata del fatto o per l' organo della vista, o per quello dell' udito, o per quello del tatto, base la più sicura e più solida della fede che si concede a quel che è, o è accaduto fuori di noi (1). La prova indiziaria non appoggia il proprio criterio nè alla testimonianza de' sensi, nè all' umana autorità, e nemmeno alle cognite regole del raziocinio. Se ella ragiona, la sua causa è perduta perchè il ragionamento la scuopre soggetta all' errore. Il suo punto *mistico*, il vero momento della sua forza, comunque voglia chiamarsi, è nell' intimo sentimento di chi ha la franchezza di costruirla. Ella esce allora dalla provincia della ragione: non è più dato scandagliarne la tempra critica: è come un uomo, il quale volendo dare il miglior conto di sè risponde a chi lo interroga col silenzio.

Or se la prova indiziaria, sfuggendo ad ogni scientifico calcolo, non può trovare altro criterio che nella convinzione intima di chi giudica, e se la intima convinzione, appunto perchè ell' è un interno indefinibile laccio dell' animo, non può parlare nè render conto di sè, che diverrà il dritto della difesa innanzi a un tribunale che punisce, e non parla? È una grande ingiustizia decidere del dritto d'alcuno senza sentir le ragioni di chi ha interesse a sostenerle (2), nè queste ragioni sodisfarebbero alla facoltà che chiunque deve aver di difen-

---

(1) Vedasi qui addietro a *pag. 36. not. 4.* Con fino accorgimento il Poggi *Elem. jurispr. crim. lib. 1. cap. 2. §. 46.* riconosce nella prova testimoniale il criterio dalla certezza fisica.

(2) Des Marets in una gran disputa teologica del secolo 17 stampò un libretto col titolo « *Audi et alteram partem* ». I suoi avversarj *intimamente convinti* di aver ragione per non durar fatica a rispondergli ebbero ricorso alla forza, e fecero sopprimere il libro. *Vita Jacob. Alingii Op. Amstelodami 1687.*

dersi se non potessero essere risposte a quelle che si adducono da chi pensa decidere in tale o tale altra maniera sul dritto. Le ragioni che l'accusatore adduce son troppo interessate per avere a loro favore la presunzione della verità, e della giustizia. Il giudice solo può conoscere quali ragioni o per l'uno o per l'altra parte preponderino, e, comecchè la difesa possa mostrare che la tempra n'è debole, ove la difesa si apprezza non può essere un giudice il quale abbia la facoltà di dirsi o contro, o fuori di ogni ragione convinto.

Un reo è ritenuto dal confessare un delitto che realmente non ha commesso dalla resistenza che in ogni animo incontra sempre la falsità: dal naturale aborrimento che ogni uomo sente per il suicidio, e per qualunque si sia specie di fisico o morale dolore. Due testimonj son ritenuti dal dire la falsità dalle stesse resistenze dell'animo ad implicarvisi, e dal timore di subirne la pena. L'indizio senza alcuno di questi timori: sicuro nella propria impunità: tranquillo assidendosi nella coscienza, e nell'istintivo criterio del giudice minaccia senza poter essere minacciato, e ferisce senza timore di esser ferito. Nascendo da un ragionamento o migliore, o peggiore l'indizio cammina sicuro di se medesimo: non si reputa responsabile dell'errore perchè può non conoscerlo, e non dà all'accusato le guarentigie delle pene del falso, perchè niuno per aver malamente ragionato è andato in galera mai. L'indizio dunque è una specie di mannaja, se mai piomba sul capo dell'innocente, maneggiata da mano invisibile, e cui niuna umana responsabilità può frenare.

La giustizia è una verità, non una verisimiglianza: onde l'applicazione della legge per esser giusta dee aver l'appoggio del vero non quello del verisimile. La credibilità della prova per mezzo d'indizi altro non può essere se non una verisimiglianza massima, ma è antica e inoppugnabile la osservazione, che il verisimile non è sempre la verità (1). La credibilità della confessione del reo: del deposto di due testimonj: co'caratteri i quali debbono accompagnare questi due mezzi di prova non è una verisimiglianza è una verità. Il giudice non la deve al suo modo di esaminare le cose, ma la deve all'autorità, e alla responsabilità di chi se ne costituisce palesatore. Perchè la verità non sia tale è necessario che il reo, e i testimonj abbiano architettata una fal-

(1) La osservazione è realmente antichissima, ed è attribuita al poeta Agathone *Ap. Athen. lib. 1. princ.* Εἰκὸ γινεσθαι πολλὰ καὶ παρὰ τὸ εἰκὸς *verisimile est et multa fieri praeter verisimile*, ed è ripetuta da Aristotile *Rethoric, lib. 2. cap. 24. pag. 448.* ove riporta i versi di Agathone, i quali tradotti suonano.

Fortasse aliquis verisimile id ipsum esse dixerit.
Mortalibus multa evenire non verisimilia.

sità : ma è ben altra cosa cedere ad illusioni che noi stessi ci siamo create , e cedere ad illusioni che ha create l' altrui malvagità. Il delitto sconcerta tutti i calcoli della umana prudenza non che quelli della giustizia.

Ma dalle opere si conoscono le vere tempre degli animi. Osservate i passi dell' indizio se vi piace immaginarlo atteggiato a foggia di animato vivente. Voi scorgerete che egli o cerca le tenebre della ignoranza , o si compiace di respirare quell' aria stessa, che le leggi di eccezione respirano. O cieco nella coscienza del giudice popolare , o Argo politico nel magistrato applicator d' una legge, che si propone di affogare i crescenti delitti nel sangue umano , è sempre spregiatore della buona critica , e della vera giustizia : assiso nell' animo del giudice popolare confonde il raziocinio colla coscienza: nel giudice magistrato erige un trono, che divide colle *prove privilegiate* , alle quali la legge non può altrimenti dar bando (1).Se si osservano le opere che escono dalle sue mani non si sà se maggior sia l'errore , oppur l'orrore che ne deriva. Non si citano esempj d' innocenti mandati al supplizio o sulla loro confessione legittima (2), o sul deposto di due testimonj classici, e contesti (3): grande e deplorabile è la falange degl' innocenti , che l' indizio ha con tranquilla coscienza scannati (4).

---

(1) Il Poggi *Osservazioni MS. all' opera del Paoletti* ha ravvisata egli pure la stretta connessione che vi ha tra la convinzione intima che dà forza provante all' *indizio* , e le prove privilegiate abolite dal Legislatore Toscano *L. 30. Decembre 1786. art. 27.*

(2) Gli esempj d' innocenti condannati sulla lor confessione riferiti da Charondas *vol. 1. resp. 1.* stanno contro l' indizio, ed a lui solo debbonsi rimproverare quest' infortuni ; 1. perchè sull' indizio fu proceduto alla tortura del reo, dalla cui bocca fu così estorta la confessione , 2. perchè in mancanza della prova del *materiale* del delitto coi metodi della certezza fisica vi si volle supplire colla prova indiziaria.

(3) I due esempj di testimonj contesti i quali deposero a danno dell' innocente riferiti dall' autore delle *Ricerche sulla scienza de' Governi* (Gorani) *vol. 1. art. 13.* debbono attribuirsi alle non poche visioni, che spesso s'incontrano in quell' opera. E giudici prevaricatori , che malvagiamente condannarono l' innocente non ve ne furono ? La causa celebre de' giudici di Mantes ne è un lacrimevole esempio. Richer *Causes celebres etc. vol. 6. pag. 140.* Ma i testimonj spergiuri , e i giudici prevaricatori scoperti tali son puniti a ritegno d' altri, che simili iniquità macchinassero. Chi punisce l' indizio? Chi può accusare il raziocinio, che lo ha costruito o di prevaricazione, o di punibile falsità?

(4) L' antichità cita gli esempj di Teramene *Suidas in voce*: di Aristide: Cornel. Nep. in *Arist. c. 3.* di Socrate: Laert. *In vit. Socr.* , di Rutilio: Senec. *De benef. lib. 3. cap. 37.* Ma questi nomi sono di accusati celebri. Chi calcola il numero de' più oscuri condannati innocenti? La stampa potè sola dare alle cose morali , e politiche il lor vero prezzo , ed alla stampa dobbiamo la cognizione delle stragi, che la prova indiziaria ha fatte de' Sirven , de' Calas , de' Le Brun , de' Montbailly , de' D' Anglade ec. Non si

Quasi la storia, e l' autorità d' un secolo potesse legittimare le erronee pratiche de' secoli, che gli succedono, alcuni scrittori hanno divisato rivolgersi al dritto romano, e rintracciare in quel dritto una difesa della prova indiziaria. Improponibile tentativo ! Se si parla del dritto delle questioni perpetue, e del tempo della repubblica, dritto non che per l' indizio per qualunque altra specie di prova non vi era (1). Se si parla del dritto, che incominciò a prevalere sotto gl' Imperatori l' uso della tortura impediva , che si potesse discutere il valor dell' indizio per il merito della condanna : perocchè o il reo confessava , ed egli era condannato come confesso, o vinceva colla pazienza i tormenti, ed era definitivamente assoluto (2). Immaginare come alcuni fecero, che nel concorso d' indizj *necessarj*, ed *indubitati* il reo reputavasi convinto, e non sottoponevasi alla tortura è cosa affatto gratuita la quale non ha appoggio di autorità (3). Se i giureconsulti romani scrissero sulla indole dell' indizio, che dovea servir di titolo alla tortura , ciò fecero per porle un limite almeno, ma parlando dell' indizio *probabile*,o di più *verisimili* equivalenti al *probabile* non esclusero , che alla tortura potesse autorizzare l' indubitato : il quale tale non è , che per una petizione di principio di chi tal lo vorrebbe.

Se i giureconsulti romani avessero reputato l'indizio sufficiente alla condanna del reo , come non avrebbero ne' loro scritti lasciata traccia di questa loro opinione? Uno scrittore,

---

dica che queste furono vittime d' una tal forma di giudizio penale : *tutti* erano fatalmente aggravati d' indizj tali che niun uomo avrebbe potuto ricusarsi di crederli rei : la sola scienza potea dubitarne poichè ella sola insegna a dubitare. Ma se si vogliono esempj recenti si legga il novero , che ne fornisce il sig. Lucas *Du systeme penal etc. pag. 383.*, novero , che andava progressivamente impinguandosi mentre nell' opera si pubblicava.

(1) Vedasi qui addietro a *pag. 93.*

(2) Math. *Ad lib. 48. dig. tit. 16. cap. 4. num. 16.*

(3) Questa indagine è uscita originalmente dalla penna dell' illustre Ant. Mat. *Ad lib. 48. dig. tit.. 16. cap. 3. num. 21.* Questo scrittore discutendo quando fosse lecito ripetere la tortura parla di *evidentioribus argumentis , indicia valde urgentia , argumentis oppressus* , espressioni , le quali convengono alla forza massima della prova indiziaria , lo che prova, che i Romani valutavano l' indizio qualunque si fosse per la tortura , e non per la condanna. Nella questione celebre, e con tanta dottrina discussa dagl' interpetri, e dai pratici , se il reo potesse essere in tortura interrogato de' socj , e de' complici , l' insigne citato scrittore *cap. 3. num. 15.* distingue il reo *confesso* , ed il reo *convinto* sostenendo non potersi interrogare il primo , potersi il secondo : lo che fece nascere poi la distinzione della questione *preparatoria* , e della *definitiva*. *Elements de la proced. crim. vol. 2. pag. 338.* Ma nel caso della tortura definitiva il reo poteva essere stato convinto colla prova testimoniale , e le perplessità le quali circonderebbero sempre quella questione, se si volesse decidere coll'autorità del dritto romano, non permetterebbero di trarne argomento valevole in appoggio della opinione che il convinto per via d'indizj non era torturato.

che più d' ogni altro abbia avuta nelle materie penali familiarità co' frammenti del dritto romano fino a noi pervenuti se ha trovato ne' libri de' retori con che sostener l' indizio non ha potuto trovare altrettanto in quelli de' giureconsulti (1).

---

(1) In cosa sì grave mi sia permesso di andar contro alla opinione d'uno scrittore, la cui opera è degna, che le sia applicato il consiglio d' Orazio.

« . . . . . *Vos exemplaria graeca.*

« *Nocturna versate manu, versate diurna.*

Citerò le leggi come egli le cita. Convien distinguere dagl' indizj le presunzioni dette *juris*, *et de jure*, le quali provano contro Matheo, che il sistema del gius romano non fosse favorevole alla condanna per la prova indiziaria. A presunzioni simili appellano *l.* 1. §. *Divus* d. *ad l. Corn. de sicar.*, *l. 4. D. de termino moto*, *l. 3. Cod. de off. assess.*, *nov. 117. cap. ult. l. 34. cod. ad l. ult. de adult.* Tra le leggi relative all' indizio, sebben tutte lo riconoscano come mezzo di prova, non ve ne ha una che gliela conceda piena ed intera. La *L. 2. Cod. quor. appell. non recip.* rigetta la provocazione del reo *argumentis convictus*, *testibus superatus*, *voce etiam propria victus*, *sceleusque confessus*. Matheo suppone che quelle indicazioni stiano là *disgiuntamente*, o *alternativamente*. La legge è degl' Imperatori Costantino, e Costanzo, ed è trascritta nel codice Teodosiano *L. 11. tit. 36. l. 7.*, ove l'insigne Gotofredo dimostra, che le indicazioni *convictus*, e *confessus* debbono intendersi *cumulativamente* o *copulativamente*. La *L. 1. §. item Cornelio D. de quaest.* parla d' indizio a tortura. La *L. 5. §. in barbaris D. de re milit.* parla d'adminicolo d' un fatto allegato a difesa. La *L. uti falsis 22. Cod. ad l. Corp. de falsis* ammette gl' indizj in unione della prova testimoni le, e della collazione delle lettere ne rileva all' attuale questione. Resta la *L. ult. Cod. De probation.*, legge, che più d' ogni altra attesta le frodi, e il dispotismo di Triboniano nel compilare. La legge nell' originario suo getto ebbe per autori gl' Imperatori Graziano, Valentiniano, e Teodosio e fu diretta a spaventare gli accusatori, i quali moltiplicando le accuse temerarie cercavano la impunità nell' *abolizione privata*. Triboniano divise questa legge in due: dell'una assai male formando, conforme osserva il Gotofredo *Com. ad Cod. Theod. vol. 3. p. 272.*, *la L. penult. Cod. de calumn.*, dell' altra formando capricciosamente la *L. ult. Cod. de probat.* È però osservabile, che mentre la legge nella sua originaria compilazione esprimevasi *signis ad probationem luce clarioribus*, Triboniano sostituì INDICIIS *ad probationem* INDUBITATIS, *et luce clarioribus*. Se Triboniano fu il Bacone della età sua avendo notato il diverso oggetto d' una legge diretta contro gli accusatori, e d' una legge diretta ai giudici: avendo sostituite alle parole della prima compilazione parole indicanti *necessità di concetto* dovette formarsi la idea d' una prova la quale coartata a circostanze di tempo, e di luogo escludesse la *fisica* possibilità del contrario: caso raro ma pur contingibile il quale meriterebbe il nome non di prova indiziaria, ma di *evidenza di fatto*, come se il delitto fosse stato commesso sotto gli occhi stessi di chi dee giudicarne: del che allega credibile esempio il Cav. Globig *Censura rei judicialis etc. part. 2. cap. 9. §. 8.* sebbene diversa cosa sia la evidenza di fatto considerata come *mezzo* di prova, e con troppo lassa coscienza trattata dall' autore medesimo *cap. 12. §. 9.* Le ossservazioni fatte fin qui sulla interpetrazione di Antonio Matheo esimono dall' esaminare le altre simili ma di minor conto del Voet, dell' Hubero, del Wissembacio, del Sande, e in ultimo luogo del Joubert *Specim. inaug. jurid. de evid. univ. et de probat. in judicio §. 8.*

Inutile fatica sarebbe rispondere a chi per favorire la credibilità della prova indiziaria oppone, che il non ammetterla aprirebbe la via alla impunità (1). Se l'indizio è sempre in procinto di mandar l'innocente al supplizio, la risposta alla objezione fu data già dai giureconsulti romani (2). Ma la objezione inammissibile nel processo inquisitorio per le ragioni che ne saranno esposte fra poco, non ha intelligibili termini nell'accusatorio: conciossiachè in questo processo tutto ciò che spetta alla prova è un giuoco di ventura, potendo una sfavorevole fisonomia, un silenzio, un pallore mandare un innocente al supplizio, e non potendo due testimonj col loro concorde deposto mandarvi un manifesto colpevole (3).

Senza distinguere le guarentigie *politiche* derivanti da una forma di governo piuttostochè da un'altra, e diversa, e le guarentigie *giuridiche*, che sotto ogni forma di governo la mente umana può concepire, uno scrittore, che si distingue ai dì nostri tra gli altri per la dottrina, fulmina l'anatema alla stima giuridica della prova: la dichiara incompatibile colle pubbliche libertà, e pronunzia così senz'accorgersene la condanna dell'umano intelletto in cosa, di cui per gli uomini non può essere la più importante, essendo la individual sicurezza l'ultimo termine a cui tutte le combinazioni legislative dovrebbero come a centro comune rivolgersi (4). L'intelletto come ogni altra facoltà morale dell'uomo trovasi a stretto contatto colle passioni inseparabili dalla sua natura, tra le quali le politiche non sono le men calde dell'altre: dal che avviene, che la libertà a cui queste passioni aspirano è talvolta confusa colla verità, di cui non vi ha cosa al mondo più ristretta in angusti confini. Or se fosse una verità, che la prova indiziaria non merita il nome di prova: che la scienza delle probabilità non può formarsene adeguata ragione: che per giungere a conseguire una norma critica la più utile a fissare il vario grado di credibilità degl'indizj onde toccare se non il certo lo che in materia di indizj è impossibile, il più probabile almeno, e fissare qual uso per la più retta giustizia nel giudizio penale è da farsene, altro mezzo non vi ha che raccogliere, ed ordinare i casi perplessi, che si presentano alla decisione de' tribunali, ed aver così un corpo di giurisprudenza da consultare: lo spirito umano richiamato a questo sistema non potrebbe

(1) Cremani *De jur. crim. lib. 3, cap. 22.*
(2) Ved. il *lib. 1. cap. 11. in not.*
(3) Basti il giudizio di Cicerone sulla condanna di Publio Rutilio. *Orat. pra Font.*
(4) Meyer *Esprit, origine etc. des inst. judiciair. liv. 6. chap. 11.*

dolersi d' essere ridotto a servaggio, ma dovrebbe pazientemente discutere se questo metodo serve, o non serve meglio d' un altro la causa della umanità, e della giustizia. Se mentre Archimede meditava il problema meccanico, l' applicazione del quale dovea decidere della libertà di Siracusa dalle armi degli assedianti, alcuno gli si fosse appressato dicendogli, che non dimenticasse la repubblica di Platone, chi avrebbe potuto ritenere o le risa, o lo sdegno a questo strano discorso? (1)

CAPITOLO XII.

Del diverso modo con cui la prova sintetica, e la prova analitica si costruiscono secondo la diversa forma del giudizio penale.

È della indole delle umane passioni afferrar con forza l'oggetto loro, e con gelosia custodirlo afferrato che l'abbiano. Sebbene, così andando le cose, l'amore divenga o più, o al pari funesto dell' odio quando la forza lo assista, questo andamento di cose sarà sempre lo stesso. Le custodie vigili del vello d' oro, e degli orti esperidi: la torre di bronzo che fu stanza alla figlia di Acrisio: gli eunuchi, e i serragli d' Oriente inventati dall' amor fisico del sesso più forte

---

(1) Il Cavalier Cremani, ed il Nani sono tra noi i due scrittori, che si possono considerare i due rappresentanti legittimi, il primo della opinione favorevole alla piena credibilità dell' indizio *De jur. crim. vol. 3. pag. 217. 220*: il secondo della opinione contraria. Il Nani nella sua qualità di *convertito* meriterebbe un' attenzione speciale. Sostenne la piena credibilità nella sua opera *sugl' indizj*: variò parere nelle *note* ad Ant. Matheo, e nelle *osservazioni* alla riforma criminale Toscana del 30. Novembre 1786. Meritano poca, e forse niuna valutazione alcuni posteriori campioni della prova indiziaria. Barbacovi *Ragionamento degli argomenti, ed indizj ne' giudizj penali*. Mario Pagano *Logica de' probabili*. Il signor Meyer non può porsi in linea de' combattenti. Egli batte un campo più largo: è una specie di *eclaireur*, che ferisce alla spicciolata ora l' uno, ora l' altro ordigno del processo quesitorio, onde non dee far meraviglia se nella sua d' altro lato dottissima opera non sia giunto a formarsi la vera nozione della stima giuridica della prova, in opposizione all' intimo convincimento, lo che sarà reso più manifesto in appresso. Ma perchè in una questione, di cui può dirsi.

« *Littora littoribus pugnantia: fluctibus undas.*

il campo perciò che sia degli scrittori non Italiani non resti adombrato dalla mole d' un solo nome; mi giova rammentar qui altro nome non meno celebre, del quale la opinione contraria all'indizio, e alla intima convinzione ha ragion di onorarsi, il signor Consiglier Mittermaier *Teoria delle testimonianze ec. §. 388.* Il nome del Toscano legislatore all' *art. 120.* della riforma criminale del 30. Novembre 1786. non si legge sullo scudo di alcuno di questi celebri combattenti. È ben questo il luogo di dire.

« *Povera, e nuda vai filosofia!*

per usare maggior tenerezza al più bello e più debole sono avvenimenti che si rinnuovano tutto dì negli abusi delle carceri segrete, e de' carcerieri della umana giustizia. Una forza franca, leale, ed aperta basterebbe ad impedire la fuga del reo. Una forza più vigile che robusta, più timida che coraggiosa, più diffidente che sicura di se medesima onde meglio custodirlo è creduta necessaria a cautelare la prova che và relativamente a lui rintracciandosi, o che è stata a suo carico già rintracciata.

Questa segreta custodia del reo ha colpite tutte le menti: ha scossi tutti i cuori: ha messi in moto tutti i ragionamenti onde discuterne il dritto. Dicono che Aristotile negasse il calore del sole ma cercasse d' estate l' ombra (1); che Anassagora sostenesse esser nera la neve ma volesse il pane del suo colore (2): che Zenone d' Elea e Diodoro negassero il moto ma medicassero col passeggio la indigestione (3). Lo stesso può dirsi della custodia segreta: tutti la combattono, e per tutto si pratica.

A Dio non piaccia, ch' io intenda trattare scherzando un soggetto, che tanto interessa la umanità, e la individual sicurezza. Ma allorchè le contradizioni umane son manifeste, chi le osserva, e le medita è nell' alternativa o di ridere con Democrito, o di piangere con Eraclito.

La custodia del reo all' effetto d' impedirne la fuga col porlo in carcere è di antichissimo tempo (4). Se il fatto è innegabile, siccome il reo in questa sua situazione dovette essere tutto alla balia de' suoi accusatori o d' una forza dalla legge non regolata (perchè egli non poteva trovar la legge se non quando era presentato ai giudici che dovevano decidere della sua sorte) non è senza fondamento la congettura, che la custodia segreta sia antica quanto il giudizio penale. Pure prendendo le cose all' ingrosso, e non contando da tale o tale altro punto della procedura sembra potersi credere, non essere tanto antico l' uso di acquistare contro d' un accusato le prove del delitto, di cui è divenuto sospetto, senzachè egli alcuna cosa ne sappia, a tale effetto cacciandolo in chiuso, ed appartato luogo, nel quale ogni comunicazione con lui è rigorosamente a chiunque vietata: on-

(1) Jo. Stob. *Eclog. Phys. lib. 1. cap. 25. de sol. nat. etc.*, *Aristot. Meteor. lib. 1. cap. 4.*

(2) Cicer. *In Lucull. sive Acad. quæst. lib. 2.*

(3) Aristot. *Physic. lib. 1. c. 2. lib. 6. cap. 9.*

(4) Desid. Herald. *De rer. judic. auct. lib. 1. cap. 12.* pretende porre in dubbio questo fatto, ma gli esempj che egli cita per farne dubitare mostrano, che la carcerazione del reo era di dritto ordinario prima assai, che i Romani nelle lor leggi come tale la proclamassero.

de gli sia moralmente impossibile di aver notizia di ciò che contro di lui va facendosi (1).

La discussione delle opinioni storiche, filologiche, giuridiche, politiche che intorno a quest' uso in apparenza irrazionale e crudele si sono a guisa di nuvole burrascose ammassate renderebbe necessaria una digressione polemica, che diverrebbe inutile quando potesse dimostrarsi la connessione teorica di quell' uso con una data forma di giudizio penale.

Nel processo accusatorio nella sua semplicità e scevro d' ogni mistura più cause escludono che il reo venga arrestato e le informazioni sul delitto di cui è venuto in sospetto sian prese senza che egli ne possa aver la notizia. La eguaglianza, che la legge pone tra l' accusatore, e l' accusato

---

(1) Un' opera sulla origine, sull' uso, e sull' abuso del segreto sarebbe di una grande utilità per la scienza delle leggi della sicurezza sociale. È noto come il Cujacio corresse l' errore de' Glossatori, i quali male interpetrando le parole *intrare judicis secretum* della *L. nullam 14. Cod. de Testibus* supposero che la interrogazione de' testimonj in *segreto* fosse una regola del dritto romano. Oltre al Cujacio, e ad Ant. Mathieo illustrò la parola *secretarium* come sinonima di *secretum*, luogo ove si rende giustizia, La Laude *In Thesaur. Meerman vol. 4 pag. 453.* Eravi una ragione *storica* la quale risparmiava la *filologica* per provare che il processo sotto gl' Imperatori di Roma non ammetteva il segreto. Gli accusatori d' uffizio erano sottoposti alle regole stesse che le più antiche leggi aveano stabilite per gli accusatori *volontarj*. Cod. *Lib. 9. tit. 2. l. ult.*, e gl' Imperatori divenuti giudici ascoltarono, e decisero le cause in pubblico, del che converrà parlare in luogo più opportuno. È noto quanto immaginò il Presidente di Montesquieu sulla origine della procedura segreta *Esprit des loix liv. 28. chap. 34.* Le ragioni del Montesquieu come desunte dalla filosofia della storia, e dal miglioramento de' metodi indagativi del vero non piacquero al Meyer, il quale sostenne doversi la introduzione del segreto alla inquisizione ecclesiastica. *Esprit, origine etc. des inst. judiciair. liv. 4. chap. 14.* Ma questo scrittore confuse con l' uso l' abuso mostrando come nella circostanza della eresia degli Albigesi la procedura divenne da capo a fondo segreta. La opinione storica del sig. Meyer era stata già professata ma con scarsa suppellettile di erudizione da Mario Pagano *Consid. sul proc. crim. cap. XII.* A questo abuso deesi attribuire quel che Aignan narra del Cancellier *Poyet* promotore della ordinanza di Francesco I. del 1539. la quale stabiliva la procedura in tutto, e per tutto segreta, e della quale egli stesso rimase la vittima. Aignan *Histoire du jury pag. 129. in not.* Questo funesto, e micidiale diritto con un grado di esasperazione maggiore, perocchè nascondeva anco il giudice inquirente, era stato adottato ne' giudizj *vemici*, o *vesfalici* la invenzione de' quali è attribuita a Carlo Magno come espediente da lui creduto necessario alla estirpazione de' malviventi sulla bella ragione che *terra saltuosa sit, et latibunda.* Thomas. *Diss. de vera orig. nat. progr. et inter. judic. Westphalic.* §. *4.* Fatto è che la origine dell' abuso del segreto è nelle passioni di chi ha in mano la forza le quali in tutti i tempi e su tutta la terra sono state sempre le stesse. La origine dell' uso è nella ragione applicata alla cognizione de' metodi indagativi del *vero* nel giudizio penale. In una materia nella quale si può fare abuso della storia, e del ragionamento chi ne assume l' esame contrae l' obbligo di trattarla senza prevenzione, senza amore di parte, ed in buona fede.

esige che la custodia sia tra loro reciproca (1). Non intervenendo in quel processo alcuna autorità politica per l'interesse della società il modo di proporre la prova è lasciato alla libera scelta de' due litigatori. L'accusatore non si presenta in giudizio se non ha in proprio potere una prova sufficiente alla condanna del reo, e la legge sarebbe ingiusta se ad uomo che scenda nell'arena armato di tutto punto contrapponesse in un reo privo della sua libertà una vittima di facilissimo sacrifizio. La confessione del reo: la non prosecuzione del giudizio per parte dell'accusatore sono o per l'una, o per l'altra parte dichiarazioni di volontario disarmo. Se il reo nega, la battaglia col nome giuridico di *contestazione* di lite incomincia (2) ed allora è delle prove come delle armi, le quali tanto vagliono nelle mani dell'uno quanto splendono sugli occhi dell'altro. Se l'accusatore ed il reo in questo processo si sottopongono l'uno alla custodia dell'altro ciò avviene perchè o l'uno o l'altro o non falsifichi le proprie armi, o non sottragga fraudolentemente al suo contraddittore quelle colle quali può battersi (3).

Se l'autorità politica interviene nel giudizio nell'interesse della società: se all'accusa è sostituita la ricerca di uffizio tutto cambia d'aspetto.

La situazione dell'imputato in faccia all'uffizio del giudice indagatore è tale, che le tracce del delitto, le quali conducono verso di lui, debbansi raccogliere, e verificare senzachè egli ne abbia la notizia: perocchè avendola egli potrebbe defraudare colla fuga lo scopo politico della pena. Se le tracce sian tali, che somministrino titolo ad arrestarlo, effettuato il suo arresto, il segreto delle successive verificazioni nasce da altri motivi inerenti all'analisi della ricerca, che fu forza istituire contro di lui.

È stato detto, e ripetuto, che il segreto ha lo scopo di costringere il reo a confessare il delitto, ed è un succedaneo della tortura (4). Se l'asserzione vuole esprimere un *fatto* bisogna confessar con dolore, che ella ha nella storia molti, e lacrimevoli appoggi di verità. Se l'asserzione vuole esprimere un principio di *dritto*, e sostenere che la struttura

---

(1) Pollet. *Hist. Fori rom. l. 4. c. 7.* citato dal Filangieri *Scienza ec. lib. 5. p. 1. c. 2.*

(2) Il signor Meyer *Esprit, origine etc. des instit. judiciair. liv. 4. pag. 269. in not.* osserva come in Baviera anco oggi la contestazione della lite è assomigliata a un primo atto di ostilità.

(3) Non può dunque concedersi al comunque eruditissimo Nicolini che Cicerone *in Siciliam inquirendi causa profectus* nell'accusa contro Verre ciò *segretamente* facesse. Le cautele delle quali parla Cicerone si riferiscono alle insidie che Verre tendeva alla sua vita. *Della procedura penale ec. p. 7. c. 1. pag. 88. not. 1.*

(4) Meyer *Esprit, origine etc. des instit. judiciair. liv. 4. chap. 14.*

teçnica del processo inquisitorio è col segreto un mezzo onde estorcere la confessione, ella è falsa, e smentita da una miglior cognizione di questo processo (1).

La solitudine, a cui convien ridurre un uomo onde togliergli il mezzo o di dare, o d'aver notizie relative ad un fatto, di cui quanto più genuinamente è possibile si vuol conoscere la verità è nel tempo stesso una pena, ed un mezzo necessario ad allontanar dal fatto di cui si và in traccia le false apparenze, che un grande interesse a corromperlo potrebbe intrudervi. Se alla solitudine a cui convien condannare un uomo si aggiunga l'orrore, e la insalubrità del luogo del suo ritiro: la facoltà de' suoi custodi di trattarlo colla durezza, che le abitudini del loro mestiere converte in essi in istinto (2): la diuturnità del tempo in sì trista dimora, la solitudine è un mezzo di estorsione al pari della tortura. Se la solitudine, in cui si colloca l'imputato, è senza alcuno di questi martirj essa può essere un mezzo critico indagatore del vero, come è la cautela con cui il chimico volendo esaminare i veri elementi, che nella loro riunione compongono un corpo, procura d'isolarlo onde corpi eterogenei non comunichino ad esso le lor qualità.

Il segreto come segreto è contrario al dritto, che l'uomo ha d'assistere a quanto si pretende di costruire a danno del suo patrimonio, del suo onore, della sua personal sicurezza. Il processo accusatorio, il quale si propone di costruire una proposizione di *verità* non può costruirla in segreto. Il processo inquisitorio, il quale si propone di rintracciare una *verità*, se il segreto è un mezzo critico per bene indagarla, è dalla propria natura obbligato ad usarne. Alla causa della giustizia basta, che questo processo allorchè pretende asserire abbandoni il proprio segreto, e lasci libero il campo ad asserire, e provare il contrario (3).

---

(1) Il capitolo 14. del signor Meyer citato qui sopra è un eccellente lavoro storico: ma siccome la storia presenta gli avvenimenti umani nel miscuglio, che in essi produce la influenza della ragione, e quella delle passioni, quel capitolo può esser magnifico come è di fatto, ed essere pericoloso a leggersi per chi non abbia ben meditati i metodi giudiciarj.

(2) I Latini chiamarono il carceriere *commentariensis* da' registri scritti de' carcerati. Vicat. *Vocab. jur. verb. commentariensis*. Nel medio evo le parole *gabia*, *gabiola*, come congettura il Menagio, o come congettura il Lauriere *cavea*, *cavevola* fecero nascere il nome di *geolier*. *Encyclop. meth. jurispr. vol. 2. p. 2. pag. 771.* Il nome di *soprastante* rammenta le latomie sotterranee inventate dalla giurisprudenza di Teodora per udire da un superiore pertugio i più leggieri aliti del detenuto. Procop. *Aneddot. cap. 4.*

(3) Niente di questo osserva il sig. Meyer: nè doveva perciò fulminare il segreto, nè doveva come ordigno del processo inquisitorio porlo a confronto con quelli dell'accusatorio.

Se fosse questo il luogo di parlare de' processi accusatorj, nè quali non il *privato* ma la *società* accusa, si vedrebbe che questi metodi abusano, non usano del segreto. La persona destinata a divenire accusata è in questi metodi carcerata anco sulla semplice asserzione di chi accusa, o deferisce (1), abbandonato alla discrezione del pubblico accusatore non certo per il proprio uffizio inclinato ad averne: e il futuro accusato languisce per lungo tempo nella carcere, e nel segreto prima d'essere dall'accusa colpito (2). Se fosse questo il luogo a stabilir de' confronti, si vedrebbe, che il lungo segreto a cui in quei metodi si condanna il futuro accusato è a mero gratuito dispendio della sua personal sicurezza perchè le ricerche, che senza sua saputa si fanno, comecchè dirette dall'accusatore, e non astrette da forme dalla legge prescritte come metodi critici indagativi del vero, sono tutte come esser debbono dallo spirito dell'accusa pregiudicate onde il reo è condannato al segreto a suo danno: mentre nel processo inquisitorio il segreto non è scelta ma necessità, e come necessario alla più imparziale scoperta del vero, del che tutti i sensati scrittori convengono (3), può essere usato a discolpa, e salvezza di chi vi soggiace.

Questa ultima asserzione in cosa di tanto momento merita d'essere partitamente chiarita. La luce di cui ella è suscettibile può dileguare gli equivoci di chi pensa, non avere il segreto altro scopo che quello di estorcere la confessione del reo.

La ricerca a differenza dell'accusa non accoglie la confessione del reo come rinunzia alla prova, ma la colloca nel numero delle prove. La confessione non nuoce al reo in questa forma di giudizio penale; e la legge rigetta con orrore una men ponderata dichiarazione, con cui il reo volesse pronunziare la propria condanna. Ma tutto ha nelle u-

---

(1) Ved. qui appresso il *cap. XIV.* È stato fatto un quadro statistico dal quale risulta che in Inghilterra, ed in Francia sopra tre accusati due sono condannati; ed uno è assoluto. Aignan *Histoire du jury pag. 331. in not.* Converrebbe sapere qual è nell'uno, o nell'altro paese il numero degli accusati in un anno, e il terzo della somma darebbe il novero degli uomini ingiustamente tormentati colla perdita della libertà, e col segreto. Si confronti questo stato di cose con quel che accade in Toscana ove il reo è incarcerato sopra *probabilità*, che la legge, e la giurisprudenza hanno in lettera determinate.

(2) La causa di uxoricidio per via di veleno di Luigi Lavalley non era ancora cominciata, e il suo storico osservava in nota «*il est au secret depuis trois mois dans une salle basse ou le soleil ne luit pas*». Mejan *Recueil des causes célèbres Paris 1808. vol. 2. pag. 335.* e Lavalley era innocente.

(3) Bentham *Traité des preuves judiciaires liv. 3. chap. 19.*

mane cose la sua correspettività. Se la legge rigetta la confessione a vantaggio del reo qualor sia *nuda* come nata da fatuità, o da disperazione d' uno che vuol perire, e non cura, che ella sia l' effetto di delittuosa coscienza, è da questo sistema obbligata ad accoglierla e valutarla qualora *circostanziata* sia come prova di verità.

Ma se la confessione che il reo può emettere trovasi in questo bivio, la ricerca non può non verificare con scrupolo tutte le circostanze le quali o possono dimostrare esser *nuda* la confessione a vantaggio del reo che la emesse, o possono convincere che ella corrisponda al modo con cui circostanziandola il reo la emesse negli atti. Così essendo le cose, se il reo liberamente comunicando o potesse suggerire ad altri o altri potessero a lui suggerire un piano di circostanze, le quali dassero a una confessione nuda il carattere di circostanziata a suo danno, o un carattere di nuda a suo prò, la confessione non avrebbe più carattere critico di mezzo di prova nè si saprebbe qual conto doverne fare. Lo stesso dicasi della prova testimoniale. I delitti non consistono in un idealismo, al quale due testimonj contesti possano sodisfare colle loro parole: son fatti, che lasciano tracce ne' corpi tra i quali agirono. Se la confessione ha bisogno di un critico sostegno ne' fatti, che son fuori di lei, lo stesso bisogno lo ha la prova testimoniale onde non sia un romanzo che le nude parole possono comporre, e scomporre a lor grado. Il reo nel caso di prova testimoniale o nega o confessa. I testimonj depongono di fatti, dai quali sorge la prova della innocenza del reo negativo. Non avendo avuto il reo mezzo di comunicare co' testimonj, o con chi gli suborni a suo discarico, essi divengono eminentemente credibili, e l' uffizio del giudice lo libera tanto più facilmente quanto più il segreto, a cui fu sottoposto non ebbe altro scopo che quello di meglio assicurare la verità. I testimonj depongono contro di lui, ed egli nega il delitto o citando altri testimonj, o allegando fatti, i quali provano il contrario del loro deposto. Il segreto, che lo trattò non come reo ma come mezzo di prova, si rende a lui, ed ai testimonj comune, e per questo mezzo è sperimentata la fede o degli uni, o degli altri: lo che mostra che il segreto può non essere un mezzo di forza come era la tortura, ma è mezzo critico per distinguere il vero dal falso ne' detti degli uomini, i quali spesso prendono il colore de' loro interessi, e delle loro passioni.

La storia dell' origine, delle vicende, degli abusi, delle perfidie del segreto si può facilmente tessere come quella d' ogni altra umana perversità. Ma se il segreto può stare senza esser mezzo di estorcere la confessione del reo, e senza essere una tortura morale sostituita alla fisica, scrivendone la storia, e volendo aver vanto d' imparzialità non bi-

sogna nascondere che in tutti i tempi, e in tutti i luoghi per le leggi dell' umano intelletto le *probabilità* ebbero un peso nell' animo umano: che nel sistema del processo accusatorio spesso fecero perir l' innocente con un valore maggior del giusto che riceverono dal poco istruito criterio del giudice popolare: che nell' età d' ignoranza e barbarie formaron titolo della prova per l' acqua, e per il fuoco: che la tortura in quella infelice età incontrata da chi ne possedeva tutto il sapere ne' frammenti del dritto romano fu creduta un uso men barbaro, e meno inconseguente che quello di esporre il reo a morire o affogato, o bruciato (1): che, abolito questo barbaro succedaneo della barbarie nel secolo delle cognizioni e della filosofia, resta a discutersi se esso fosse pianta di proprio genere, o pianta parasita e come la pianta utile alla quale stette fatalmente per lungo tempo attaccata potè vivere, e prosperare: nè in questa ricerca la legislazione d' un Sovrano che fece alla umanità ed alla giustizia il difficile, e quasi miracoloso sacrifizio di tutte le pene di dolor fisico le quali al suo tempo credevansi le più ferme basi della sicurezza sociale non vorrebbe essere nè ignorata nè nauseata (2).

Il processo accusatorio puro tutto prepara, e tutto fa nella piena luce del giorno: niente ordisce nella solitudine, e nelle tenebre. Chi abbia gli occhi percossi da tanta, e sì pura luce vedrà oscurità, e fantasmi ovunque ella venga a mancare. Ma la oscurità incomincia appena la società prende un interesse alla repressione delle sue offese. Da questo punto scaturiscono le perplessità, e i problemi di difficile scioglimento, nè i desiderj i più puri in sè stessi, i voti per il loro scopo i più encomiabili sono ragionamenti per comporre tante difficoltà.

Se il segreto è un mezzo critico per più imparzialmente rintracciare una verità di fatto, la quale potrebbe essere da un grande interesse alterata: se esso è un mezzo analitico (perocchè analisi è tutto ciò che tende a separare il vero dal falso) non sarà lecito rigettarlo in modo perentorio, e assoluto. Sarà lecito bensì d' osservare che questo analitico metodo posto nelle mani d' un uomo può divenire istrumen-

---

(1) A che giova che il Filangieri *Scienza della legislazione lib. 3. part. 1. cap. 11.*, e Mario Pagano *Saggj politici saggio 4. cap. 9.* abbiano chiamata a contribuzione la storia per provare l' analogia tra il criterio de' giudizj di Dio, e quello della tortura? È un punto inconcusso della storia del dritto, che il clero il quale più contribuì a fare abbandonare i giudizj di Dio per il duello ec., vi sostituì un ordigno allora reputato *giuridico* nella tortura. Thomasius *Dissert. de occas. concept. ac intent. Const. Carol. §. 21. diss. v. 3. diss. 89. pag. 455.*

(2) Ved. qui appresso il *cap. XV.*

to dei suoi personali interessi, de' suoi capricci, delle sue prevenzioni, delle sue passioni eziandio. Ma questa apprensione giustissima segnala gli abusi, ai quali può andar soggetto il segreto tra le mani degli uomini, che nell' interesse della verità, e della giustizia dovrebbero altrimenti valersene, ma non ne prova o la ingiustizia, o l' errore.

La natura de' fatti, ai quali la legge nel giudizio penale dà attributo di dritto come mezzi necessarj a scuoprire la verità, è difficile a percepirsi. Le parole del reo come quelle del testimone sono nell' alternativa o della verità o della falsità. La interrogazione dell' uno o dell'altro non accompagnata nè da minacce, nè da promesse, nè da incussione di timore, nè da insinuazione di speranze ha l' oggetto d' indagare se quel che dissero è vero o falso. Se l' uno o l'altro risponde in modo, che criticamente si possa credere aver detta la falsità o aver voluto nascondere il vero, un ragionamento che contro l' uno o l' altro si faccia per dimostrargli che le sue risposte al vero non corrispondono non ha l' oggetto di estorcere all' uno la confessione, all' altro il deposto che si desidera, ma ha quello di ristabilire la verità, a cui aspira ogni metodo giudiciario. Se la interrogazione che criticamente obietta o al reo o al testimone l' argomento di falsità non è redarguibile della prepotenza di volere estorcere dalla lor bocca una data proposizione, il segreto, necessario a togliere o all' uno o all' altro il mezzo di comunicazione con chi potrebbe dare al falso l' apparenza di vero, come compagno dell' interrogazione non potrà meritare, come segreto, il rimprovero che la interrogazione non merita.

Il linguaggio del foro, per se stesso tradizionale, ed abitudinario, può esprimere che la carcere segreta si usa come *esperimento* o dell' imputato, o del testimone (1): può aver soggiunto dottrinalmente, che l' esperimento della carcere segreta equivale all' antica tortura (2). Questi dannabili nomi non alterano la indole di non dannabili cose. Quando un uomo è considerato come mezzo di prova nelle risposte alle interrogazioni che gli si fanno, se quest' uomo col suo rispondere criticamente apparisce esprimere la falsità, diviene un documento sospetto, e come le ordinarie regole della prudenza obbligano a tener custodito un documento scritto di equivoca fede, e di non consegnarlo a colui che avendocelo dato fa nascer sospetto di averci voluto ingannare, così obbligano a custodire un documento parlante. Come

(1) Paoletti *Istruzioni per ben compilare i processi criminali §. IV.*
(2) Poggi nella decisione che ha il titolo *Florentin. seu Baten. falsitatis del 1. Febbrajo 1799. §. 33.*

sarebbe assurdo il dire che questo espediente è un esperimento del documento scritto, e che il custodirlo è torturarlo, così sarebbe assurdo il dirlo relativamente al documento che parla (1). Per distruggere questo ragionamento converrebbe provare, che un uomo interrogato nel giudizio penale dee godere di una illimitata libertà di rispondere a proprio talento: che qualunque si sia metodo diretto a raddrizzarlo nella strada del vero se è attentatorio alla sua libertà è abusivo, e tirannico: proposizione stravagante ed assurda la quale tenderebbe a supplantare il dritto d' interrogare non che quello di aver riposte coerenti alla verità.

Allorchè era in vigore l' uso barbaro, ed abominevole della tortura, i forensi che aveano in quest' uso tutto il loro criterio: che ne tingevano le lor frasi, e il lor modo di esprimersi non distinguendo il bisogno logico della interrogazione dall' antilogica usanza di accompagnarla colla minaccia de' tormenti, consideravano in questa gli attributi di quella, e come un' interrogazione obbiettiva ben concepita può risparmiare a un testimone mendace la pena della falsa testimonianza attribuivano alla tortura questo vantaggio proclamandola come in eminente grado medicinale (2).

In realtà nel processo accusatorio il testimone comparendo improvviso al cospetto del giudice, ed emettendo il suo originale deposto, se mai depone la falsità non vi è mezzo per ridurlo sulla strada del vero, la brevità del tempo assegnato all' esame della causa non permettendolo. In questo processo un testimone di questa tempra cambia in un tratto la propria veste in quella di reo: l' accusator pubblico lo ritiene per proprio conto: forma l' accusa di falsità contro di lui, e lo fa comparir ben presto sul solo tenore della testimonianza emessa da lui sul banco dei rei. È questo il difetto d' un metodo che tutto ammassa in fatto di prova. Il processo inquisitorio, prendendo col suo analitico metodo ogni elemento di prova quasi come un filo, che con altri dee servire per ordire, e tessere una tela artistamente condotta, se trova nel testimone la falsità, usa i mezzi critici i più opportuni a ricondurlo sulla strada del vero, tra i quali il segreto, che preclude al testimone ogni mezzo per reggersi nel suo falso deposto, e comecchè i mezzi logici nell' esame obiettivo abbiano un potere, a cui l' umano intelletto non può ricusarsi, il testimone si trova naturalmente costretto ad abbandonare il proprio sistema, ed esprimersi

---

(1) Vedasi quanto scrisse Bentham sulla detenzione coincidente con il sequestro onde cautelare una prova *Traité des preuves judiciaires liv. 9. chap. 3. §. 4.*

(2) Besold. *Pract. Adauct. lib. 6.*

in coerenza del vero, di cui si sente contestare le prove, e così è risparmiata una vittima alla punitiva giustizia.

La durata del segreto è nella proporzione dei bisogni della ricerca necessaria a concludere se l'imputato debba o non debba assumere la veste di reo. Se questa durata è nel sistema del processo inquisitorio all'arbitrio di chi lo compila, e però anco come semplice durata può degenerare in morale tortura, non è questo un vizio inerente al segreto, nè vi ha metodo giudiciario il quale tra le mani degli uomini non possa degenerare in abuso. La saviezza del legislatore può trovar mezzi sufficienti ad impedire questo abuso, che le passioni forensi possono far del segreto, e la Toscana nostra ne è una convincente riprova (1).

Il segreto di sua natura protrae la scarcerazione del reo con cauzione fino alla scritta trasmissione del *reato*, nel che sembra togliergli un vantaggio di cui gli è il processo accusatorio benigno (2). Il processo inquisitorio, considerando l'imputato come mezzo di prova non come reo nel legale significato di questa parola, finchè il bisogno della prova lo esige, non può rilasciarlo a se stesso. Ma questo svantaggio del reo è, se non in tutto, in gran parte almeno compensato dalla massima al processo inquisitorio connaturale di calcolare a di lui favore il segreto, a cui dovette soggiacere, in conto di pena, lo che per le cose altrove osservate il processo accusatorio non è di sua natura in grado di fare. La qual riflessione dee sempre più convincere, che da ogni opera umana le imperfezioni e i difetti sono come sempre furono inseparabili.

Niuno ha fatto rimprovero al giudizio civile di usare il segreto come mezzo critico nelle mani del giudice onde meglio indagare una verità di fatto (3). Ciò mostra, che qualunque sia l'avversione, che si abbia contro l'uffizio del giudice, tostochè un giudice per decidere una causa è neces-

---

(1) Ved. qui appresso il *cap. XV.*

(2) Il signor Meyer *Esprit, origin. etc. des instit. judiciair. vol. 2. pag. 283.* parlando della celebre legge inglese *Habeas corpus* quattro cose dissimula, 1. che la legge non si applica ai gravi delitti: Blackstone *Coment. on the laws of Engl. b. 4. chap. 33. §.* Cottu *De l'administr. de la justice en Angleterre chap. 3. pag. 57.*; 2. che quando contro al prigioniero esiste un *Warraut* del magistrato esso è un titolo che risponde al *Writ d'habeas corpus*, e questo benefizio cessa. *L'Inglese annot. al Cottu annal. de legisl. c. 3. pag. 15. not. 8.*; 3. che il dritto romano conosceva il temperamento medesimo. Dig. *Lib. 48. tit. 3. l. 1.*; *4.* che questo temperamento è adottato anco nel processo inquisitorio sebbene dopo il segreto vale a dire dopo la trasmessa inquisizione speciale: derivando dal dritto romano Dig. *Lib. 48. tit. 3. l. 1.*, di cui sarà più a lungo parlato in appresso.

(3) Vedasi ciò che de' così detti *fatti segreti* accenna Berriat S. Prix *Cours de proced. civil etc. pag. 282. not. 29.*

sario, la legge è obbligata a concedergli l'uso de' mezzi, che la prudenza, e la critica ha scoperti opportuni alla migliore ricerca del vero.

Quando la società si fa o accusatrice, come ne' misti processi, o giudice, come nel processo quesitorio, dell'offesa della sua sicurezza, la necessità di acquistarne in quello le prove, ed in questo di rintracciarle conduce all'altra necessità di cautelarle dalle alterazioni, che la umana malizia è sempre inclinata a mischiarvi. Ma ne' processi misti il segreto è una innegabile soperchieria dell'accusa, che se ne vale per meglio colpire una vittima: nel processo quesitorio il segreto ha il suo titolo, e la sua sufficiente ragione ne' fatti i quali per altri mezzi provati autorizzano la interrogazione del reo. I documenti, de' quali importa cautelare l'autenticità si custodiscono per lo più nel luogo il più nitido, il più asciutto dell'abitazione da chi vi ha interesse; nè si permette a qualsisia domestico o favorito di maneggiarlo. Se non esistessero ovunque gli avanzi delle carceri, alla cui costruzione presiedè nel medio evo la forza senza temperamento di giustizia: se il reo pendente la ricerca ad altro non soggiacesse che a una vera, leale, e generosa custodia, resterebbe al segreto il suo solo carattere di mezzo analitico necessario a indagare la verità (1) nè il cuore dell'amico della umanità, e della giustizia fremerebbe al suo solo nome (2).

CAPITOLO XIII.

Dell'effetto naturale, e dell'effetto giuridico della prova secondo la diversità del processo, e del modo di sentenziare.

Negli enti di ragione costruiti dal raziocinio speculativo non vi ha nè un di più, nè un di meno: o l'ente di ragione è tale quale la mente lo dee concepire, o è un oggetto diverso, nè vi è strada di mezzo. Negli oggetti del

(1) La parola *seperetus* significò *seprato*, ed in seguito degenerò a significare *arcano, nascosto* ec. Ma tutto degenera, e di tutto può dirsi

» *Iliacos intra muros peccatur et extra.*

Nel processo *quesitorio* l'orgoglio della interrogazione produsse la tortura, e tutti i suoi succedanei: nell'*accusatorio* produsse la *pena forte, e dura*, il cui nome solo fa inorridire: espediente il quale tuttora persevera nel processo inglese. Cottu *De l'administration de la justice en Angleterre pag. 81. in not.*

(2) Il lettore discreto si accorgerà, esser io ben lontano dall'aderire a quanto della necessità della *procedura segreta* scrisse su questo espediente Boucher d'Argis, la cui opera fu registrata da Brissot-de Warville nella sua *Bibliothèque philosoph. etc. vol. 10. pag. 333.*

pratico raziocinio, i quali si formano coll'esame de' fatti, de' bisogni degli uomini, e della società, questa esistenza assoluta apodittica non si verifica. Questi oggetti, sebben trasformati in idee della mente, conservano sempre il carattere della loro origine; e poichè i fatti, e i bisogni della natura umana, e della società non possono per sforzo d'ingegno ridursi al grado delle quantità astratte, sul computo delle quali le scienze esatte lavorano, è del pari impossibile che quegli oggetti non siano graduabili dal meno al più come la forza de' fatti e quella degli umani interessi lo sono.

La intelligenza umana aspira al vero assoluto, ma nella proporzione, che la cognizione esige il mezzo de' sensi, si alza quasi dal loro impasto una nebbia, che si frappone tra l'uomo ed il vero, e lo rende spesso difficile, talvolta impossibile a percepirsi. O si tratti degli oggetti della certezza *apodittica*, o si tratti di quelli della certezza *fisica*, o finalmente di quelli della *morale* ed *istorica*, un bisogno alla ragione dell'uomo connaturale gli dice, che un oggetto è nel bivio d'essere o vero o falso, nè lo può essere per una frazione maggiore o minore, lo che se fosse porterebbe a concludere che l'oggetto dovrebbe dirsi vero e falso nel tempo medesimo.

È questo un assioma di raziocinio speculativo, il quale è eminentemente vero perchè prescinde dalla cognizione pratica di tale o tale altro oggetto, che interessa o la umana curiosità o la umana condotta. Se questo assioma si volesse applicare alla prova, e dire che come una proposizione o un fatto o deve essere verità, o deve essere falsità, così la prova o deve esser completa, o se tale non è non può esser prova, siccome la prova non può esistere senza fatti, l'assioma incontrerebbe non poche difficoltà, e il raziocinio speculativo sarebbe convinto d'errore nella sua applicazione dal pratico.

È stato più volte osservato che l'esprimere una verità astratta generica o è inutile, o è spesso pericoloso. Un uomo semina in autunno per raccogliere nell'estate: che giova il dirgli essere nella assoluta verità delle cose che egli o raccoglierà, o non raccoglierà? Convien dirgli piuttosto quali probabilità vi sono o per raccogliere, o per non raccogliere onde egli semini se le probalità sono per la raccolta: non perda la fatica ed il tempo se sono contrarie, o prenda un temperamento qual la prudenza gli suggerisce il migliore nel caso che il calcolo delle probabilità sia più o meno perplesso (1).

---

(1) Il paragone è di Seneca *De beneficiis lib. 4. cap. 33.* il cui detto meriterebbe d'essere riferito tutto come di scrittore, il quale scorse la ne-

Nelle matematiche una proposizione è vera, o falsa, o vi ha la prova, o non vi ha perchè quelle scienze meditano sopra oggetti di loro natura invariabili, i quali diventano la cosa medesima delle idee, che la mente ne forma, nel che il ministero de' sensi non ha influenza di sorta alcuna (1). Se si parla d' oggetti, che per essere conosciuti abbian bisogno della testimonianza de' sensi il dire o l' oggetto è vero o l' oggetto è falso, o vera o falsa la proposizione che lo qualifica niente più vale, e la prova che l' uomo può averne, e il grado maggiore o minore di assenso che può prestarle assorbisce ogni altra considerazione. Interessa di sapere se un corpo in lontananza è di figura rotonda, o di quadra, e non è dato di accostarvisi in modo onde più da presso accertarsene. Che rileva dover essere quel corpo o quadro o rotondo se il mezzo per riconoscerlo o dell' una forma o dell' altra non permette di stabilirlo se non in modo più o meno probabile? L' offesa della sicurezza sociale, sulla esistenza o non esistenza della quale deve pronunziare il giudice, è un oggetto avvenuto fuor della sua presenza: che comparve e disparve. Poco rileva che quell' oggetto sia nell' alternativa o d' essere realmente avvenuto, o di non lo essere. L' autorità umana nella confessione del reo o nel deposto de testimonj; le congetture che sorgono dagli scritti, e da' fatti, che possono credersi avanzi d' un commesso delitto, sono i mezzi ch' egli ha per dirlo o non dirlo avvenuto. Se questi mezzi sono di loro natura più o meno credibili il fatto sarà vero o falso nella mente di Dio, ma nella mente dell' uomo dovrà essere necessariamente più o meno probabile.

Locke ha definita la prova tutto ciò che serve a dimostrare o confermare la verità d' una proposizione o d' un fatto (2): i Romani la definirono il dar d' alcuna cosa una certa notizia (3): i giuristi l' hanno definita tutto ciò che serve a far fede di cosa dubbia (4). La prima definizione è *dommatica*, e conviene agli oggetti ideologici, nella definizione dei quali, se la mente crede di possedere la verità mentre è nell' errore, il danno, e ben piccolo, è di chi si è ingannato. La terza definizione è *scettica*, e conviene agli oggetti mo-

---

cessità in cui è l' uomo di non aspettare nelle proprie determinazioni la esplorazione del *vero*, ma di contentarsi del *verisimile*.

(1) Eppure Filangieri ha addotti esempj di errori ritenuti come verità anco nelle matematiche. *Scienza della legislazione lib. 3. part. 1. cap. 13.*

(2) *An Essay on the hum. unterstand. b. 4. chapt. 2. §. 3.*

(3) Dig. *Lib. 48. tit. 10. l. ult. §. 1.*

(4) Renazzi *Elem. jur. crim. lib. 3. cap. 11. §. 1. num. 1.*, il quale non avvertendo la differenza de' due processi fa rimprovero ai pratici di non aver compresa la indole dialettica della prova.

rali che il giudizio penale dee definire o per assolvere, o per condannare un vivente: di guisachè se chi ne giudica è nell'errore il danno non è suo ma è di chi ne fu giudicato.

Varia dunque la definizione della prova col variar degli oggetti alla cognizione de' quali ella si applica e cogli effetti che ella produce. L'accusatore asserendo adotta la dommatica definizione della prova del Locke, e assume l'obbligo di provar pienamente, dal che avviene che il dritto romano imbevuto de' principj del processo accusatorio definisce la prova come l'ideologo dommaticamente; ma siccome l'indole della prova non dipende dall'accusatore ma deriva dalla tempra delle cognizioni umane, la legge dissimula per così dire questo difetto, e gli dà dei giudici, i quali dommaticamente colla loro intima convinzione, non già con metodi dialettici, pronunziano o l'assoluta verità, o l'assoluta falsità del fatto, di cui si disputa. Nella sola mente di Dio è l'assoluta verità delle cose. Il giudice popolare crede facilmente potersi porre in una diretta comunicazione con Dio, e ciò che crede con retta coscienza crede essere la verità. Sebbene il discernimento del vero sia una difficile operazione dell'intelletto, l'uomo quanto è meno istruito più è disposto a credere che dipenda da rettitudine di volontà. L'uffizio del giudice indaga non asserisce: alcuni barlumi gl'indicano il fatto delittuoso: questi barlumi acquistano ora un maggiore ora un grado minore di luce: e se questa luce non è la pienissima del sole che sorge dall'orizzonte chi potrà negarle l'attributo di luce?

Se gli oggetti morali a differenza degl'ideologici possono avere una esistenza più o meno probabile, e se i gradi della probabilità sono nella indole delle cognizioni dell'uomo, resta a vedersi se possono divenir giusti motivi delle sue determinazioni: vale a dire produrre effetti fuori di lui.

Nel processo accusatorio, essendo tutta la cura della sicurezza pubblica in ogni cittadino come la legge è indifferente o l'offesa sia accusata, o non sia, così è indifferente all'assoluzione o alla condanna dell'accusato. Per lo che in questo sistema l'accusatore non avendo avuta necessità d'agire non ha avuto neppur dritto di farlo sopra semplici probabilità: o egli avea la prova piena ed intera della propria asserzione ed avea dritto di agire: o non l'aveva e doveva astenersene, e se invece di avere a proprio appoggio la prova intera e perfetta ha la sola probabilità, egli è un accusator temerario, e il reo debb'essere assolto (1).

---

(1) Di qui la massima *actore non probante reus absolvitur*. Vedasi qui addietro a *pag. 86. n. 3.*

Quando l' uomo è nella necessità di agire sarebbe ridicolo il pretendere che egli lo facesse unicamente quando una verità mattematica lo autorizza a farlo. L' uomo nella vita attiva si muove, e si determina sulle probabilità, e se si dovesse determinare sulla certezza i moti umani cesserebbero a un tratto, e gli uomini tutti si cangerebbero nella famiglia di Niobe.

Divenuta tra gli uomini necessaria un autorità, la quale senza aspettare l' accusa volontaria assumesse l' incarico di vegliare sulla sicurezza pubblica, e di punire le offese, l' atteggiamento della prova variò col titolo della sua necessità, e variando d' atteggiamento dovette anco variare di effetti: succedendo al dritto della *certezza* che astringeva l' accusa volontaria quello della *probabilità*, di cui non potè far di meno la necessaria ricerca.

Il pensiero della pace pubblica nacque dagli effetti politici che la offesa produsse negli animi. Se per calmarli era necessario rintracciar l' offensore (1) aspettando la certezza per farlo sarebbe stato difficile sodisfare a questo urgente bisogno della opinione. Se si prescinda da' luoghi, ne' quali il processo accusatorio è una verità e non un vano apparato, con cui le leggi illudono i meno accorti (2), tutti i paesi intendono questa verità: tutti la praticano, e incarcerando il reo sopra semplici probabilità ne ammettono l' effetto giuridico.

Non è dunque da dire che il calcolo giuridico delle probabilità, onde conoscere gli effetti che esse debbon produrre a carico d' un imputato, siano un delirio di decretalisti, e legisti (3). Convien piuttosto con animo pacato, e tranquillo misurare gli effetti che esse debbono, o non debbon produrre, e se, avendo una dialettica, e politica esistenza nel primo lor sorgere quale, e quanta ne possono avere nell'esaurirsi (4).

La ricerca analitica non vede certezza se non nella confessione circostanziata del reo, e nella prova testimoniale. Questa certezza è circondata da tutti perchè ella è il risultato non delle probabilità del caso a cui si applica ma delle probabilità che la certezza morale ed istorica ha a proprio favore al confronto della fisica, e dell' apodittica. Ma la ricerca analitica, se quelle due specie di prova non si verificano in tutti i numeri della rispettiva lor perfezione, non

(1) Ved. il *lib. 2. cap. 5.*
(2) Ved. il seguente *cap. XIV.*
(3) Meyer *Esprit, origine etc. des instit. judiciair liv. 4. ch. 14.*
(4) Hennec. *Elem logic. cap. 3. sect. 3. §. 542.* dà alla certezza *morale* la denominazione promiscua di *politica*. L' indole politica della certezza, e de' suoi varî gradi nasce dagli effetti *giuridici*, che ella è destinata a produrre.

presta lor più fede: non vuole che esse altrimenti servan di titolo alla piena, e definitiva condanna del reo. Se quelle due specie di prove non sono quali ella sui dati della certezza morale ed istorica le ha concepite, subentra in lor luogo una nuova specie di prova vale a dir la indiziaria. Sù questa pruova si riuniscono i processi quasi per porsi l'uno e l'altro a confronto. Il processo accusatorio dà alla prova indiziaria il carattere di prova piena: l'inquisitorio lo nega, e negandoglielo onde esprimersi con intelligibil linguaggio ove l'accusatorio dice prova *piena* esso parla di prova *meno piena*: ove l'uno dice *pena ordinaria*: l'altro dice *pena straordinaria*: ove quello dice condanna *legittima* questo dice *decretoria* condanna.

La prova *semipiena*, la condanna *straordinaria* o come altri la chiamano *arbitraria* (1) con nomi generalmente aborriti indicano cose alla individuale libertà favorevoli: sono altrettanti ostacoli alla naturale inclinazione dell'uomo a gittar con buona e retta coscienza un accusato sulle sole apparenze di reità in un abbisso, a cui se la ragione si affaccia non vede che tenebre: sono le guarentigie della sua innocenza possibile onde un irreparabil condanna non lasci altro scampo che quello di piangere inutilmente sulla sua sorte (2).

È stato dunque assai male apprezzato fin qui il vero carattere dell'effetto giuridico della prova, della nomenclatura di semipiena, che ne dovea derivare, e della condanna straordinaria, che ne era una inevitabile conseguenza. I nomi hanno illuse le menti. Il nome di prova semipiena, d'altro lato inevitabile nelle materie della certezza morale ed istorica, avente un inoppugnabil carattere dialettico ha fatto immaginare un ardita operazione de' giuristi diretta a

---

(1) Un pessimo, e pericoloso comento di questa frase sarebbe quel che scrisse il De-Simoni dell'*Arbitrio de' giudici. Del furto, e sua pena* § 37. Egli cita *Tommaso Moro*. Ma dove sono i giudici, che sian come lui morti martiri della giustizia? E la *Utopia* sarebbe un buon codice pe' tempi nostri? Guida migliore onde conoscere l'arbitrio del giudice è Globig *Censura rei judicialis etc. part. 1. cap. 5.* almeno onde evitare gli eccessi, che quella formula può insinuar nelle menti.

(2) Il caso dell'applicazione della pena straordinaria come esclusiva della ordinaria, e così in un senso favorevole al reo è bene, e con tutta precisione indicato dall'autore degli *Elements de la proced. crimin. vol. 2. pag. 584. not. 16.* Il Cavalier Globig *Censura rei judicialis etc. part. 1. cap. 13. §. 4.* parlando della pena arbitraria, e credendo che il suo solo titolo sia la prova semipiena se le dichiara contrario. Infatti nel precedente *cap. 12.* egli forma la prova piena colle scritture pubbliche, e le private: colle relazioni de' periti: colle presunzioni, e gl'indizj. In questo sistema non vi può essere *pena straordinaria*, la quale nella sua primitiva formazione giuridica deve essere esclusione della pena ordinaria. Nel decremento della prova ella diviene quel che il Cavalier Globig desidera.

creare un arme, la quale non avesse altra tempra che una vana sottigliezza di chi si faceva adulator della forza. Il nome di pena *arbitraria* ha fatto credere ad una specie di pena, la quale altro carattere non avesse se non il capriccio di chi la creava. È stato creduto che questi nomi indicassero istituzioni malefiche, ed erano d'istituzioni benefiche: che aggravassero i mali della umanità in una forma di giudizio penale, il quale eccitava d'ogni lato la diffidenza, e ne erano un salutare temperamento: che si trattasse d'una operazione *costruttiva* d'un nuovo titolo di rigore, mentre trattatavasi d'una operazione *distruttiva* d'un rigore il quale avea la sua origine non nelle cognite forze dell'umano intelletto ma nella umana credulità: che si autorizzasse l'arbitrio del giudice mentre eragli posto un freno (1).

La pena straordinaria, tale essendo a favore dell'accusato e quasi retrocedendo dalla ordinaria, non rinunzia alla propria personalità ne' suoi passi retrogradi. Se ella trova un testimone invece di due: se incontra la confessione non giudiciale, ma emessa fuor di giudizio, non riduce alla metà la prova legittima come alcuni erroneamente suppongono, e crea per questo il nome di prova *semipiena* (2). La voce al pari di quella d'*indizio* denota un dato giuridico, e non un oggetto individuo, e il deposto d'un *testimone*, e una *confessione stragiudiciale* non producono effetti penali di tal gravità da meritare che per il loro titolo si aborrisca, e si distrugga un sistema giuridico il quale ha le sue basi sulla indole dialettica della prova, e sulla giustizia (3). Gli scrit-

---

(1) Avvi una pena arbitraria o straordinaria nel senso d'un potere, che si fa superiore alla legge. A Roma i giudici non potevano pronunziare se non la pena ordinaria, o dalla legge determinata. Il Senato poteva aumentarne il rigore. Averani Benedicti *Dissertationes etc. in Cic. 26. num. 5.* Sarebbe stato desiderabile che questo dotto scrittore avesse dato al suo detto l'appoggio d'un autorità. Quando il delitto era accompagnato da circostanze dalla legge non pervedute, il popolo se ne era riserbata la *cognizione*, che dicevasi *straordinaria*. Le attribuzioni del Senato sono state dottamente illustrate dal Darksen *Sulla giurisdizione criminale del Senato di Roma, Berlino 1820. v. 1. p. 93.* In Inghilterra talvolta il parlamento giudica di delitti dalla legge non preveduti. Russel *History of the English constitution London 1823. p. 100.*

(1) Brissot de Warville *Thèorie des loix criminel vol. 1. pag. 217.* preferisce alle citazioni de' grandi nomi, che si distinsero nella questione prò, e contro la prova semipiena, il satirico Rabner, il quale diceva che un paniere di granchi, che la villanella regala al giudice, è *probatio semiplena*, e che un gruppo d'oro donatogli da un finanziere è *probatio plena*.

(2) È stato disputato in Germania tra Schneider, Grolman, Goenner sul titolo, e sul computo della prova semipiena, altri volendo *aritmetico* come lo concepisce il signor Meyer *Esprit, origine etc. des instit. judic. liv. 2. chap. 14.* altri volendolo come nell'attentato *morale*, e dicendo prova *prossima*, o *remota* alla *piena*. Globig *Censura rei judic. part. 2. cap. 15. §. 2.* Procedendo così non è certo da sperarsi non che chiarezza linguaggio

*

tori i più amici della umanità hanno ammesso, che il sospetto, di cui l'accusato non ha potuto purgarsi sia titolo per cautelare la società da nuove offese possibili per la sua parte (1). Se il processo accusatorio sembra non valutar di dritto questo sospetto rari sono i paesi ne' quali questa massima francamente, e lealmente si pratichi. Pressochè in tutti si fa venire la *polizia* in soccorso della *giustizia*, e si dà al sospetto un valore assai più grande di quel che la giustizia consentirebbe. Or se esiste una regola dalla legge stessa determinata colla quale la pena straordinaria, modulandosi a tutto il decremento possibile della prova, nota, e segnala con espedienti che non eccedono la semplice cautela il più o men grave sospetto, sarà lecito domandare se abbia più torto un sistema che vuole il sospetto segnalato dalla giustizia o quello che confida questo delicato incarico alla polizia (2).

Nel modo perentorio, con cui il processo accusatorio sentenzia, modo che tanto sodisfa i parteggianti del vero assoluto, due gravi inconvenienti si manifestano l'uno di *difetto* l'altro di *eccesso*. Il primo consiste nel non poter valutare le probabilità intermedie tra la ignoranza, e la certezza quando altre non fossero che le idonee a suscitare un dubbio perchè in un sistema, che si propone di stabilire il vero assoluto, il modo di sentenziare non può contenere dichiarazione di dubbio, onde manca ogni titolo di cautelare la società dalla persona, la quale non ha interamente provata la propria innocenza. Il secondo inconveniente consiste nel dare un valore maggiore del giusto alle probabilità, lo che necessariamente esaspera il sistema penale moltiplicando i casi della irrogazione della pena ordinaria.

---

intelligibile in questa questione. La confusione è derivata da quella delle idee del processo accusatorio, e dell'inquisitorio. Se si perde di mira la regola, che questo processo non conosce se non due specie di prova *piena*, la confessione del reo, e il deposto de' testimonj, è impossibile formarsi idea della indole giuridica della prova *semipiena*, e degl'inferiori suoi gradi.

(1) Delitti e pene §. 15.

(2) Il Cavalier Globig *Censura rei judicialis etc. part. 2. cap. 13. §. 4.* dopo avere altrove esaminati i sistemi dell'Austria, della Francia, della Prussia, della Sassonia, e della Baviera conclude, che la cautela a cui autorizza la prova semipiena non possa eccedere il confino. Il sistema del legislatore Toscano bene apprezzato, del che è riserbato a discorrere nel seguente *cap. XV*, coincide con questa opinione, *Cod. Leop. art. 110. 111.* Alcuni negano, che la cautela (essi parlano di cauzione) debba avere un modulo proporzionato alla gravità del delitto, la qual cosa è fuori del calcolo *politico* della prova, e torna nel suo *dialettico* calcolo: due caratteri, che non possono essere mai disgiunti tra loro. Henke *Sposizione della procedura giudiciaria nelle materie penali §. 285. e segg.* Mittermaier *Teoria della confessione nel processo penale §. 497.*

Da questi due inconvenienti và esente il processo inquisitorio. La stima giuridica della prova, dopo esser nata e cresciuta fin dove lo stesso processo accusatorio l'ammette vale a dire fino alla carcerazione dell'imputato, si avanza più oltre: esclude la pena ordinaria nel concorso d'indizj: e quasi retrocedendo percorre una scala, i cui gradi sono segnati dal più o men grave sospetto fino a un assoluzione decretoria il cui effetto è quello di lasciar l'assoluto responsabile sempre delle nuove prove, che possono sopraggiungere a di lui carico: perocchè, se alla condanna definitiva è necessaria la prova testimoniale legittima, per una non ingiusta correspettività l'assoluzione definitiva non può avere altro titolo che quella prova medesima per istabire il fatto della innocenza (1).

Così il processo, muovendo nelle sue prime ispirazioni dalla necessità di provvedere alla pace pubblica, si esaurisce con questo pensiero. Così, togliendo alla pena una parte del suo rigore, assicura viemeglio la sua forza morale sugli animi avvalorando la idea della certezza della sua applicazione, Adottando questo sistema il legislatore Toscano, incredulo alla efficacia politica dell'acerbità de' supplizj, e di qualunque pena, la quale converta il condannato in vittima d'un offesa divinità: ponendo tutta la propria fiducia nella *preventiva* difesa costruì il suo processo penale animandolo di questo spirito. Egli ne collocò il primo anello in mano d'un agente di polizia di cui frenò o la malizia o la imprudenza possibile col timore della pena della calunnia (2), e ne fece ritornare l'ultimo anello tra le mani del supremo magistrato di polizia al solo effetto di vegliare o sull'indiziata, o sulla non defi-

---

(1) Il Cavalier Cremani *De jur. crimin. lib. 3 cap. 30. §. 7.* riportando le diverse formule d'assoluzione decretoria usate nel foro, e citando il Costant. *Vot. crimin. 6. num. 29.* dichiara non averci mai inteso niente. Il significato di queste formule è tutto pratico, e alcune son destinate ad esprimere lo stato d'incertezza in cui cui può trovarsi l'animo tra l'infimo grado di assoluzione, e il grado infimo di condanna. Se la cosa sembra essere dialetticamente contraddittoria, praticamente non lo è. Gli antichi chiamarono *ambusti* coloro, che accusati non aveano potuto interamente purgarsi da ogni indizo di reità quasi restassero *avvampati* se non bruciati, e consunti. Salmas. *In Solin. pag. 839. 840.*, Sculting *Jurispr. Ante-justinian. pag. 242. not. 24.* Ma la cosa non è dialetticamente contraddittoria se si tratta di prova non matematica, ma morale. A disinganno di chi deride la scala delle probabilità giudiciaria attribuendola col nome derisorio di *tariffa* ai *legisti*, e ai *decretalisti*, mi duole non potere riferir qui ciò che filosoficamente, e giuridicamente ne scrisse un uomo, il quale colla sua dottrina illustrò la Toscana magistratura nella decisione che porta il titolo *Cosmopolitana praetensae separationis thori de' 14 agosto 1807.* del signor Commendatore, e Presidente Aurelio Puccini.

(2) Cod. Leopold. *art. I.*

nitivamente assoluta persona (1). Questa lunga catena formata di provvedimenti, ai quali poneva il proprio suggello il calcolo giuridico della prova, non è in quel sistema interrotta che o dalla definitiva condanna, o dall' assoluzione definitiva per il titolo, della prova legittima (2). Pare che il legislatore dicesse alla preventiva difesa « *A te principium tibi desinet* ».

CAPITOLO XIV.

Alcuni punti di confronto tra il processo accusatorio antico, e il processo accusatorio moderno.

Le civili istituzioni d' un popolo; sorte originali e spontanee dalle vicende della forza, o della saviezza, che egli dovette tutta a se stesso senza che alcuna straniera influenza vi avesse parte, debbono formare quasi un insieme, un tutto coesistente colle sue politiche istituzioni. Roma tra i popoli antichi: la Inghilterra tra i moderni offre questo fenomeno: l' una isolata dagli altri popoli per la tempra delle sue istituzioni guerriere: l' altra dai mari che la circondano.

Il processo accusatorio apparve, e si mantenne ne' due paesi come istituzione nata, cresciuta, e innestatasi colle loro istituzioni politiche, e col carattere che esse dettero alla nazione. Questa forma di giudizio penale s' incontra per tutto nella infanzia della società, e presso le non ancora incivilite nazioni (3), e si scorge in seguito infievolirsi, e mischiarsi d' inquisitorio a più o meno forti dosi nel crescere della civiltà, e nel prender piede che fa la idea d' un autorità, la quale grado a grado sovrastando a tutte le forze private assume l' officio, ed il titolo di guarentigia della pubblica pace (4).

---

(1) Cod. Leopold. *art. III.*

(2) Il Poggi *Elem. jurispr. crim. lib. 1. cap. 4 §. 85. not. 37.* difendendo l' uso della pena *straordinaria*, quasi impaurito, che gli si dovesse obiettar la ingiustizia nega a questa pena uno scopo di polizia. Grande uomo in pratica come egli era sentiva i grandi vantaggi del sistema penale sotto il quale era stato educato: ma o fosse la celerità con cui scrisse facendo nella sua opera quasi l' ultimo suo scientifico testamento, o qualunque altra la ragione ne fosse, non mostrò comprendere lo spirito animatore di quel sistema, e il getto originale che il legislatore nella sua gran mente ne concepì. La pena straordinaria nel suo più elevato grado era tutta giustizia perchè esclusiva della ordinaria ove la prova legittima non concorreva: era ne' suoi gradi infimi tutta polizia, ma con segnali stabiliti dalla giustizia.

(3) Thomas. *Diss. de occas. concept. ae sentent. constit. crimin. Carolin. §. 7. diss. 89. vol. 1. pag. 447.*

(4) Thomasius *citat. diss. §. 36.* Il signor Meyer segue assai bene la storia delle costituzioni criminali dell' Imperatore Massimiliano, e del suo nepote Carlo V. in Germania. Ma se è giusto il rimprovero, che egli fa

Ma perchè questo cambiamento avvenga è necessario, che o nello stato si formi una forza capace di comprimere tutte le altre, o lo stato sia grado a grado quasi compenetrato dalle massime, e dai principj, i quali vanno progressivamente manifestandosi negli stati che lo circondano. Roma perdè il suo accusatorio processo per la prima cagione: niuna delle due cagioni ebbe potere di distruggerlo in Inghilterra.

Il processo accusatorio, naturale sintoma di una società nella sua infanzia, conseguenza delle istituzioni di due popoli, l'uno antico, l'altro moderno, non può avere in queste tre diverse sue origini lo stesso carattere: nè si sa comprendere come alcuni scrittori ravvisando il moderno *Jury* nelle antiche istituzioni di Grecia e di Roma, non l'abbiano pur ravvisato in quelle de' popoli primitivi, o uscenti dalla barbarie (1).

Il processo accusatorio nelle sue storiche origini è strettamente connesso col dritto pubblico della città e colle gelosie e colle diffidenze, le quali accompagnano sempre il potere politico quando più autorità, l'una rivale dell'altra, se lo dividono: nuova ragione perchè esso possa incontrarsi nella storia de' popoli, che ebbero la forma di governo, con cui si connette. Ma esaminato per questa sua relazione il processo accusatorio dee presentare più il carattere delle forze politiche lo formano di quello che il carattere più o meno razionale, che lo distingue; e poichè la ragione progredisce mentre sta per il più stazionaria la forza, un processo accusatorio, nato fra gli uomini allorchè la luce della vera religione illuminò la lor mente, non sembra poter aver lo stesso carattere che ebbe presso gli antichi Romani, e in mezzo ai pregiudizj alla umana natura funesti, pe' quali l'antica civiltà ebbe un carattere, che tanto dalla moderna la separa.

---

al Robertson di non aver dato cenno nella sua storia di quelle costituzioni, è pur giusto osservare di lui, che egli le esamina nel punto di vista politico del favore che il dritto romano concede alla prerogativa imperiale, nè scende a ponderare qual guarentigia il processo quesitorio possa fornire alla sicurezza individuale nella monarchia assoluta. *Esprit, origine etc. des instit. judic. liv. 6.*

(1) Il signor Aignan *Histoire du Jury chap. 3. 4 5.* immagina una prima costituzione del *Jury* presso i Greci, e una seconda presso i Romani. Prima di lui Pettingal *An inquiry in tho the use, and practice of juries among the Greecks, and Romans,* aveva sostenuto l'assunto medesimo fino al segno di credere, che il moderno *Jury* tragga la sua origine dai giudici *pedanei* di Roma trovati dai barbari conquistatori d'Europa nelle colonie Romane *in praefat.* opinione combattuta da Henr. Cock *Commentatio de Judicio Jurator. Lugd. Ratav. 1821. pag. 21.* Aignan confessò d'aver molto tratto dal Pettingal *pag. 154. not. 1.*

La nozione del delitto, e quella della sua giusta e politica punizione storicamente considerata nel suo svolgersi per le vicende della umana sociabilità, può apparire indipendente dallo stato morale, e civile d' un popolo: quella del metodo di giudicarne, cosa essenzialmente pratica, e strettamente connessa col dritto pubblico della città, e collo spirito pubblico che esso crea, è necessariamente più circostanziata, e locale. La immaginazione dell' uomo, ardita quanto i suoi desiderj, può lusingarsi di far passare una istituzione giudiciaria da un paese ad un altro, ma la storia, inesorabile nel fornir dati a più maturi giudizj, è pronta a mostrare come questi arditi tentativi senza poter donare ad un popolo il vantaggio, che si è pensato torre ad impresto da un altro, hanno distrutto que' pochi che un popolo avea nelle istituzioni sue proprie.

Il processo accusatorio di Roma antica non somiglia a quello della moderna Inghilterra, che nelle parti, senza le quali nè l' altro processo avrebbe potuto essere accusatorio. Il distintivo carattere di questo processo è che la società non vi prenda parte veruna, e che avendo il suo primo impulso nel popolo abbia nel popolo l' ultimo suo sospiro. In fatti in questo essenziale carattere i due processi si somiglian tra loro quanto la diversa forma di governo de' due paesi l' ha potuto permettere. Ma questa circostanza, e l' altra, che un più razionale principio venne a innestarsi nel processo inglese, lo hanno separato, e distinto dal processo di Roma antica per modo da non aver l' uno, e l' altro somiglianza alcuna tro loro (1).

---

(1) Nella sposizione delle parti principali, e caratteristiche del processo inglese molte opere potevano servir di guida: delle quali lungo troppo sarebbe il novero. Le più interessanti, e le più antiche, come le più recenti sono indicate dall' egregio Professor Birnbaum *Coup-d' oeil sur le droit criminel de la Grande-Bretagne Bibliothèque du jurisconsulte, et publiciste, Liege 1826. pag. 197. 238. 469. 528.* lavoro d' una squisita, e sorprendente erudizione in questa materia. Io ho preferito a ogni altra guida quella del signor Cottu *De l' administration de la justice crimin. en Angleterre, et de l' esprit du Gouvernement Anglais sec. ed. Paris 1822.* Il signor Cottu fu spedito a bella posta in Inghilterra per prendere cognizioni locali, ed esatte intorno al *Jury*. Il signor Rey *Des institutions judiciair. de l' Angleterre comparées avec celles de la France etc. Paris 1826.* gli fa rimprovero d'aver concepita una idea troppo favorevole dall' amministrazione della giustizia criminale in Inghilterra, e si compiace spesso di dire il contrario di quel che egli ha detto. Ma seguendo nelle sue critiche *Bentham*, e l' Irlandese signor *Ensor* segue nel primo una guida poco sicura nelle cose d' indole pratica, e nel secondo un uomo il quale spesso giudica con prevenzione. L' opera del signor Cottu ha avuto un annotatore Inglese, le osservazioni del quale si leggono nel conto che di quell' opera dettero gli *Annales de legislation etc. vol. 3. pag. 1.—55.*

Il processo inglese come il romano non ha pubblico accusatore: carattere senza del quale processo accusatorio non vi è (1). Ma le differenze de' due processi incominciano a scorgersi nel loro principio. L'acusato a Roma, almeno per dritto ordinario, non diveniva mai inferiore di condizione al suo accusatore: in Inghilterra l'accusatore ha una enorme forza sull'accusato, il quale sulla sola asserzione, non che esser citato, perde la sua libertà (2), espediente il quale ha la sua causa, e la sua origine nell'interesse, che il Re prende alla punizione del delitto appena n'è stata presentata l'accusa, e nella esclusione d'ogni ordigno o stabilimento di polizia: dimodochè non è lecito agli agenti della forza pubblica di arrestare alcuno tranne il caso di flagrante delitto (3).

I Romani sottoposero l'accusatore al giuramento della calunnia ma abbandonarono poi questa massima e l'obbligarono a fornire in *iscrizione* una guarentigia di verità che per il suo rigore divenne in seguito un grande impaccio all'accusa (4). La conseguenza di questo sistema era, che la

---

(1) *Lettres sur l'Angleterre par M. le* Baron Staël de Holstein *Lettr. 9. pag. 190.* ove osserva che non piacendo ad alcuni il politico carattere di certi scritti hanno formato delle società private onde promuover l'accusa contro gli autori che li pubblicano. Che in Inghilterra non siavi accusa d'uffizio ammette Meyer *Esprit, origine etc. des institutions judiciaires vol. 4. pag. 298.*, e lo conferma Cottu *De l'administration de la justice criminen Angleterre chap. 2. pag. 33. L'Attorney* non è se non una specie di causidico il quale presta il suo uffizio all'offeso, che si fa *prosecutor*, o accusatore in giudizio.

(2) La legge si contenta del *giuramento* dell'offeso: prestato il quale il giudice di pace rilascia al *constable* un ordine chiamato *Warrant* d'arrestar l'accusato, e perquisire le carte, o altri oggetti che possono servire a convincerlo. Cottu *De l'administrat. de la just. en Anglet. chap. 2. pag. 33.*

(3) La giustizia criminale si amministra in Inghilterra nel nome del Re. Ogni causa comincia da un proclama, che un agente della forza pubblica fa al piccolo *Jury*, dicendo agl'individui che lo compongono esser destinati a giudicare il processo tra il *sovrano*, e il *prigioniero*. Cottu. *De l'administr. de la juts. en Anglet. chap. 3. pag. 65.* Nell'opera *A treatise of police of Metropolis* citata nel *lib. 3. part. 3 pag. 332. not. 2* si osserva che gli ufficiali della forza pubblica non possono arrestare se non nel caso di sorpresa in flagrante.

(4) La influenza del principio religioso è visibile in molte parti del processo accusatorio. Ant. Math. *De criminib. ad lib. 48.* Dig. *lib. 48. tit. 13. cap. 8. num. 2.* cita i luoghi di Livio, di Cicerone, e di Asconio dai quali è provato l'uso del giuramento della calunnia e lo rigetta poi come reso inutile della iscrizione. Pare, che l'uno, e l'altro atto abbiano avuto epoche diverse: che il giuramento fosse in uso allorchè il processo accusatorio era in tutta la sua purità, e che la iscrizione fosse introdotta sotto gl'Imperatori per frenare l'audacia de' delatori, che essi accarezzavano da un lato, e dall'altro punivano. Alcuni rigettano il giuramento dell'accusatore perchè deve addurre prove più chiare della luce. Julii Frider. Malblanc *Docrina de jurejurando e genuinis legum, et antiquit. font. illustrata No-*

prova restava tutta a carico dell' accusatore nè la società prendeva parte veruna all' esame della sua sincerità. Il processo inglese adottò un diverso principio, il quale lo divise dal processo accusatorio antico per modo, che dall' accusa in poi l' uno, e l' altro divennero due cose essenzialmente diverse.

Il reo ed i testimonj a Roma non furono interrogati se non innanzi ai giudici, che doveano decidere della causa: in Inghilterra il reo è interrogato dal giudice di pace avanti al quale è tradotto (1): i testimonj sono interrogati da lui, e quindi dal *grande Jury* (2): ed in segreto sempre prima d' esserlo innanzi al *piccolo*. La legge inglese ha collocate nel *Jury* d' accusa tutte le guarentigie, che la legge romana avea poste nella *iscrizione del delitto*, ma con questa istituzione ha lasciato senza verun soccorso il reo nel caso possibile di calunnia del suo accusatore: almeno in quanto dipende dall' esito del giudizio (3).

I due processi divengono ancor più tra loro dissimili nelle liste, dalle quali scelgonsi i giudici, nel modo della scelta, nel lor numero, e nella loro ricusa. Lo stato non aveva a Roma alcuna influenza nella formazione delle liste dei giudici come l' ha in Inghilterra nello Sherif autorità dipendente dal governo (4): i giudici erano estratti a sorte non scelti dal cancelliere (5): il loro numero era mostruoso al confronto dei *dodici* che in Inghilterra conoscono, e decidon la causa: la ricusa era più libera onde i giudici rivestissero la qualità di arbitri tra le due parti, mentre in Inghilterra la legge si contenta che della sorte del reo decida il giudizio del paese al quale appartiene (6).

Non intervenendo nel processo accusatorio la società, es-

---

rimbergae 1781. lib. 3. §. 43. S' introdusse poi una parità di dritto tra i giuramento, e la iscrizione, assolvendo l' accusator pubblico da quello come era assoluto da questa. Il legislatore Toscano abrogò il primo, e ripristinò la seconda. *Cod. Leopold. art. 7.*

(1) Cottu *De l' administration de la justice en Angleterre chap. 2. pag. 34.*

(2) Cottu *Op. cit. chap. 3. pag. 67.* È un principio della legge inglese, che niun uomo può esser condannato se non che coll' assenso di ventiquattro de' suoi concittadini: dodici formanti la *maggiorità del grande Jury* dodici la *unanimità del piccolo.*

(3) Il giuramento della calunnia, e le sue conseguenze sono adottate in Scozia, come osserva Davide Hume, che è il Blackstone di quel paese. *Commentaires ou the laws of Scotlande respecting crimes 2. ed Edimburgh 1819.*

(4) Cottu *De l' administrat. de la justice en Angleterre chap. 3. pag. 45. 46.*

(5) Cottu *Ibid. pag. 61.*

(6) *Trial by the countroy, trial by bays, per patriam, judicium terrae,* Meyer *Esprit, origine etc. des institutions judiciaires vol. 2. pag. 164.*

sendo esso al pari del giudizio civile una guerra tra l'attore, ed il reo, la confessione dell'accusato dee farlo cessare. Se la legge inglese designa o le cagioni o gli effetti della confessione dell'accusato con nomi diversi da quelli, che il dritto romano adottava, le conseguenze sono le stesse nell'uno e nell'altro processo, e in Inghilterra come a Roma procede la massima che de' *confessi* si dee prender supplizio (1).

I Romani più vicini alla infanzia della società che gl'Inglesi non solo ravvisarono nel processo penale una guerra tra l'accusatore, ed il reo, ma grado a grado la convertirono in un'azione drammatica, nella quale il reo con quanto poteva intenerire, e commuovere il giudice, non ebbe la minor parte: la più splendida ve l'ebbero gli oratori: dal che avvenne che il Foro di Roma in preda allo scetticismo della nuova accademia fu un campo di battaglia nel quale la forza della parola, e gli strattagemmi retorici spesso decisero della vittoria.

Il processo inglese offre ad ogni atto l'austero linguaggio della religione, e della *coscienza*, e lo scopo, non che la lusinga, di giungere a toccare il *vero assoluto* (1). Laonde un consesso tenuto per decidere della sorte d'un reo è una specie di pubblico raccoglimento, dal quale ogni menoma cosa che possa avere il carattere di drammatica è severamentte bandita: Il reo non mostra agli spettatori la faccia, ma volta loro le spalle: i difensori non v'intervengono se non all'ef-

---

(1) Il Cancelliere domanda all'accusato se vuol discutere *guilty*, o *not guilty*. Se l'accusato si decide per il *guilty*, lo che equivale a confessare il delitto: il Cancelliere, il Carceriere, gli Avvocati anco quello del *prozecuter* lo esortano a correr l'evento dell'assoluzione. Sa egli persiste è ricondotto alla prigione, e sulla sua sola confessione mandato al supplizio. Cottu *De l'administration de la justice en Angleterre chap. 3. pag. 75.* Il reo confesso si considera come colpito dalla *mano di Dio*. Aignan *Histoire du jury chap. 18.* Merita d'esser letto il commovente ragguaglio di due giovani marito e moglie, i quali accusati alle assise di Old Bailey di avere scientemente spesi biglietti della banca falsificati discussero *guilty*, e fra le lacrime dell'uditorio furono mandati al supplizio. Prevost *Annal. de legisl. etc. vol. 3. p. 33. num. 19.* Alle assise di Strafford nel 1799. William Caffarel accusato di furto con effrazione nella casa del sig. Forman di Handsworth si ostinò a discutere *guilty*. Niuno non lo potè dissuadere finchè il giudice non lo minacciò di farlo impiccar nell'atto. Allora si determinò a discutere *not guilty*: andò innanzi il processo, e fu assoluto.

(1) *Veredictum* chiamasi la sentenza del *Jury* secondo l'antica formula. Meyer *Esprit, origine etc. des instit. judic. liv. 3. chap. 11.* cosa altrove avvertita da me. Il deposto del testimone è chiamato con frase legale *evidenza*, Cottu *Op. cit. chap. 3. pag. 91.* La formula, che la legge dirige ai giurati secondo la loro *sentenza*, e la *verità*. *Ibid. pag. 88.* Il grande *Jury* dichiara *vera* l'accusa. *Ibid. pag. 74.* Tutte si esprime col tuono assertivo, e dommatico dell'accusa.

fetto d' interpellare i testimonj o all' oggetto di far loro meglio esprimere il vero, o a quello di convincerli colle loro stesse parole di falsità: il reo non parla, non si appassiona, e per meglio dipingere la sua vera situazione è stato paragonato a un cappello sopra un bastone (1). L' accusatore non declama, non inveisce, non si sforza di eccitare le *antipatie* pubbliche contro di lui (2).

Il processo inglese volge affatto le spalle al romano nelle attribuzioni de' giudici limitate, e circoscritte nell' uno come onnipotenti furono nell' altro.

In Inghilterra non è il governo democratico come era a Roma in gran parte. Essendo la costituzione dello stato monarchica è stato necessario adottare temperamenti, i quali rappresentino la divisione dei poteri, o quanto al giudiciario adottarno uno onde fissare se esso spettasse al sovrano, o risiedesse nel popolo. La questione sarebbe stata ardua, e difficile ad esser composta, ma l' addita decisa la storia informandoci, che essendo stata concepita la questione penale divisa ne' suoi elementi di *fatto* e di *dritto*, la decisione di quelli fu conferita al *popolo*, e la decisione di questi fu conferita al *sovrano*.

Di qui la distinzione del *vereditto generale*, e dello *speciale*: il primo contenente la risposta a tutte le questioni che l' accusa presenta: il secondo esprimente risposta sopra i fatti specifici rilasciando ai giudici del dritto di decidere o sul *titolo* del delitto, o sul vario grado di *forza morale*, con cui fu commesso (3). È tale e sì fortemente scolpita nella legge questa divisione del fatto, e del dritto, che l' accusato, o assoluto, o condannato che sia, resta sempre a disposizione del Re e del suo consiglio (4).

Il modo di sentenziare è il punto che in un processo decide se esso sia una mera e pretta combinazione di forze, o sia piuttosto una razionale combinazione.

Il gran numero de' giudici a Roma, e la massima almeno la più generale, e costante di far dipendere la sentenza dalla pluralità de' suffragj mostrano il criterio della forza, non essendo bisogno d' alcun ragionamento per intendere che uno non può resistere a due (5).

---

(1) Cottu *Op. cit. chap.* 3. *pag.* 109.

(2) Cottu *Op. cit.*

(3) Cottu *Op. cit. chap.* 3. *pag.* 103. Blackstone *Comment. on the laws of Engel. b.* 2. *chapt.* 23. *pag.* 377. De Lorbe *Constit. d' Anglet. lib.* 1. *pag.* 158. Il signor Meyer non dà giusta idea dello *special verdict. Esprit, origine etc. des instit. judiciair. liv.* 3 *chap.* 10. *pag.* 150.

(4) Cottu *Op. cit. chap.* 3.

(5) Niccolò Machiavelli *Disc. sopra Tito Livio lib.* 1. *c.* 7. intese il criterio della forza nella maggiorità. La giurisprudenza del calcolo di Mi-

Il potere, di cui a Roma goderono i giudici di colpire colla pena o d' assolvere il reo rese inutile la separazione della questione di *fatto* da quella di *dritto* : la indivisibilità della pena stabilita dalla legge rese del pari inutile il porre la questione in un modo piuttosto che in un altro alla decisione de' giudici ; e risparmiò le dispute , che in seguito vennero suscitate sul modo di computare i suffragj nel medesimo consesso di giudici le opinioni si fossero divise per specie diverse, e per diversi gradi di pene (1).

Tutte queste questioni nascevano dalla maniera con la quale erano state costituite le attribuzioni di chi dovea conoscere, e decidere la controversia penale, e cessavano tutte ove il giudice era costretto a seguire nel modo di conoscere un metodo dalla legge in lettera determinato, e nel modo di decidere una regola dalla legge stessa e nella guisa medesima prestabilita.

La divisione del giudizio del fatto dal giudizio del dritto inerente al processo accusatorio moderno , la cui origine si perde nelle tenebre della età di mezzo , tra le quali ebbe quel processo la cuna , non potè essere suggerita nè per la epoca, alla quale appartiene, nè per la sua critica indole da razionali motivi. Fu altrove osservato , che la materia del giudizio penale in tutta la sua estensione , ed in tutti gli elementi che la compongono presenta oggetti di fatto, ed oggetti di dritto per tal modo tra loro intimamente connessi, che non è forse dato a ingegno umano di tentarne una sodisfa-

---

nerva , o la massima che in parità di suffragi dovesse dirsi il reo assoluto sembra non esser più antica del secolo d'Augusto in Roma. Beaufort *La rep. rom. vol. 4. pag. 298.* Il Boeclero , il Gronovio si son fatti a confutare il Meursio, il quale dice che Minerva nella causa d' Oreste gettò nascosamente un suffragio onde formare la parità , sostenendo che la Dea rompesse la parità aggiungendo il suo suffragio a quelli dell'assoluzione. Il Barbacovi *Della pluralità dei suffragi ne' giudizj criminali cap. 2.* refrica questa disputa archeologica non scorgendo che non si tratta d' un fatto storico, ma d' un principio adottato dalle leggi Ateniesi qualunque fosse il primo suo istitutore , o il modo con cui fu istituito.

(1) Questa ultima questione si manifestò , divenute le pene arbitrarie , e dopo che fu sentita la necessità di modulare la pena al diverso grado di forza morale con cui era stato commesso il delitto. I retori ne fornirono i primi esempj. Ne dà cenno Gellio *N. A. lib. 14. cap. 15.*, quindi Quintiliano *Declam. 365.*, in seguito Plinio *Epistol lib. 8. ep. 14.* La disputa fu rinnovata da Grot. *De jur. bell. et. pac. lib. 2. cap. 5. §. 17.*, e da Pufendorf *De jur. nat. et gent. lib. 7. c. 2. §. 18.* discussa poi con impegno maggiore dal Wolf , dal Cramer , e da altri fino al Barbacovi *Della pluralità de' suffragj ne' giudizj criminali*, il quale non vi portò maggior lume , non distinguendo in qual sistema di giudicare potesse affacciarsi. Sensatamente ne scrisse il Lampredi *Jur. pub. univ. theorem. part. 1. cap. 15. §. 1. art. 5.*

cente separazione (1). Nè il solo dritto compenetra a così dire nelle materie del giudizio penale il fatto per modo, che senza aver perizia di quello non sia dato ben giudicare di questo, ma spessissimo avviene che la perizia d'un arte sia necessaria a qualificare con rettitudine lo stato d'un fatto (2): e che per non confondere con pericolo della innocenza un oggetto coll'altro sia necessario di procedere con metodo analitico incompatibile certamente col sintetico, il quale nel sistema del processo accusatorio o sia antico, o sia moderno purchè accusatorio esser voglia, presenta tutti insieme ed in massa i mezzi di prova (3). Forse è questo il vero, e nascosto motivo delle imperfezioni inerenti al *Jury*, che tutti gli scrittori generalmente concordano, niuno avendo ancor suggerito il mezzo per farle cessare (4).

La più probabile ragione storica della divisione della questione del fatto, e del dritto è forse la responsabilità, che i circondarj comunali aveano presso ai popoli della Germania, e quindi presso gli Anglo-Sassoni verso il superiore politico di tutti i danni che l'offesa dell'ordine arrecava nel loro distretto (5). Se la più probabile origine del *Jury* è questa, facilmente s'intende che il giudizio del paese inte-

---

(1) Ved il *cap. 6. di questo libro.*

(2) Il *Jury* non ammette verificazione di materiale per via di relazioni, o perizie. Tutto in esso si risolve nella prova testimoniale. Cottu *loc. cit. pag. 92.* Ved. qui addietro a *pag. 138 n. 5.*

(3) Alle assise di Lincoln era un accusato per furto di pecore, delitto capitale in Inghilterra. Il pastore proprietario derubato si dichiarò capace di riconoscere le sue pecore al loro *contegno*. L'avvocato del reo si oppose a questa recognizione. Il giudice Buller disse di aver udito in altro processo un uomo dichiarare che *conosceva le sue pecore al loro viso.* il *Jury* dichiarò convinto l'accusato, che fu mandato al supplizio. Bibliothèque Britannique *Liter. 1796. vol. 3. varietates pag. 136.*

(4) La difficoltà è concordata da Aignan *Histoire du Jury chap. 34. 35.* nè si sa come egli nella bile che lo domina contro al dritto scritto l'attribuisca ai giuristi *chap. 35. in not.* È pur concordata dal Meyer *Esprit, a origine etc. des. instit. judiciair.*, il quale per toglierla progetta che si proponga la questione *in blocco*, vale a dire che si salti la difficoltà, e si lasci sussistere. Quanto alle imperfezioni della istituzione bastera citare il signor Meyer che ne è il più grande, e caldo encomiatore d'ogni altro. Egli confessa, che spesso i *Jurys* meglio costituiti si sono ingannati. *Esprit, origine etc. des instit. judiciair. vol. 5. p. 385.* Glob. *Censura rei judicialis etc. part. 1. cap. 8* dà la storia delle dispute che nella Prussia Romana si fecero pro, e contro al *Jury*, e ai §§. *15. 16.* enumera i difetti della istituzione per modo però che se emendar si volessero la istituzione resterebbe distrutta. La disputa sulla preferenza da darsi al giudice popolare, o al giudice giureconsulto si rinnovò più viva nell'opera del Bentham *De l'organisation judiciaire*, nella quale il suo ospositore Dumont divenne suo vero confutatore. Ved. l'*Introd. pag. 18. n. 2. 3. 4.*

(5) Il signor Meyer *Esprit, origine etc. des institutions judiciaires vol. 1. pag. 311. et seg. e vol. 2. pag. 171. et seg.* ha colla erudizione e colla fina critica che gli son proprie seguite le traccie storiche di questo uso.

ressato a rintracciare il colpevole, che aveva altrui danneggiato, doveva essere limitato al fatto soltanto, spettando al superiore politico il dritto di costringere il colpevole al pagamento del danno, o di sottoporlo in caso d'insolvenza a una pena afflittiva di corpo (1).

Ma questa distinzione del giudizio del *fatto*, e del giudizio del *dritto*, a cui la ragione umana non compartirebbe forse il suo voto, è d'una corrispondenza ammirabile col dritto pubblico della città, il quale spesso si forma per modo da non poterne la ragione dell'uomo darne una spiegazione (2): la qual cosa più specialmente si manifesta nel giudizio del delitto politico, e per connessione in quello del delitto di stampa.

Il delitto ordinario come fatale alla individuale sicurezza di tutti ha in tutti un giudice egualmente interessato a reprimerlo. Il giudizio del delitto politico ove delle materie politiche è libera la discussione trovasi implicato spesso in gravi perplessità. Nella monarchia mista il potere del principe, e quello del popolo sono due rivali l'uno sempre in presenza dell'altro, nè il giudizio penale ammette il temperamento d'un potere aristocratico il quale serva, come si crede, all'uno ed all'altro di equilibrio, e di pernio. Se il potere politico è diviso tra il principe e il popolo, nelle materie politiche il poter giudiciario dee perdere la sua unità razionale e tra l'uno e l'altro dividersi dando ad uno il giudizio del fatto ed all'altro il giudizio del dritto.

Può essere una ricerca storica di non lieve interesse il rintracciare come al numero di *dodici* fosse fissato quello de' giudici nel *Jury* (3), ma la critica, la ragione, e la

---

(1) Era questa la giurisprudenza in vigore. Meyer *Esprit. origine etc. des insit. judic. vol. 1. pag. 313.* Questo ingegnoso, e dotto scrittore non trae principio della responsabilità del *vicus*, *markt*, *pagus* la origine della divisione della questione del *fatto* da quella del *dritto*, forse perchè sulle tracce del Montesquieu la credè praticata anco presso i Romani. Il Globig *Censura rei judicialis etc. loc. cit. §. 9. in not.* sembra voler desumere la divisione del fatto dal dritto dai Romani fondandosi sull'uso del Pretore il quale giudice di dritto dava alle parti de' giudici che tra loro decidessero la questione di fatto. Egli non ha notato la differenza, che vi ha tra la partenza della questione dal giudice del fatto a quello del dritto, e la partenza dal giudice del dritto a quello del fatto.

(2) Vedasi la Ciceroniana epigrafe del libro primo.

(3) Blackstone con molto senno ravvisa le storiche origini del *Jury* avvolte nella impenetrabile nebbia de' tempi. *Comment. on the laws of Engl. loc. supr. cit.* Globig *Censura rei judicial. loc. cit.* ripetè il numero *dodenario* dai giudizj dell'areopago, notizia de' quali è difficile tra gli Anglo-Sassoni. Dagli scrittori sacri della religione nostra si raccoglie essere stato il numero *dodici* simbolo di perfezione S. August. *Enarrat. in psalm. 49. p. 450: num. 9. in psalm. 103. p. 1150. num. 2. in psalm. 108. p. 1222. num. 10.*

giustizia possono dichiararsi senza lor danno indifferenti a questa ricerca. La critica, la ragione, e la giustizia hanno un grande interesse a ponderare come in quella forma di giudizio penale la decisione dipende dalla perfetta unanimità de' suffragj: istituzione unica nelle legislazioni d'Europa, sulla cui origine storica varie, fluttuanti, ed incerte son le opinioni (1), e che ha potuto apparire indifferente cosa a chi non meditò con sufficiente ponderazione i problemi, alla retta soluzione dei quali ha la sicurezza individuale un grande interesse (2).

Tra le tenebre che ingombrano la storica origine del *Jury* un barlume di luce sembra render certo, che questo istituto sorgesse dall'uso generale de' *compurgatori*, o *giuratori* del medio evo (3). Dall'attestare con giuramento d'un fatto, essendovisi trovato presente chi ne attesta, e ne giura la verità, al giudicarne secondo la propria coscienza sulle prove che se ne hanno non essendovisi trovato presente chi ne dee giudicare il passo è facile, e breve. Ma siccome il fatto è nell'alternativa o d'esser vero, o d'esser falso, nè i testimonj, che vi si trovaron presenti e ne ricevettero le impressioni possono averle differenti tra loro, si può congetturare che, sostituiti ai testimonj i giudici, questi dovessero essere unanimi nel giudicare come quelli dovettero essere unanimi nell'attestare. A ciò si aggiunga la religione del giuramento, con cui la legge volle astringere i giudici, il quale essendo di sua natura individuo (4)

---

(1) Il signor Rulhieres *Histoire de l' anarchie de Pologne*, citato da Meyer *Esprit, origine etc. des instit. judic.* in due luoghi *vol. 1. pag. 53. in not., e pag. 397.* crede aver trovato le tracce della unanimità nelle assemblee generali dell'antica Germania; opinione che il signor Meyer non approva.

(2) Questa opinione è professata da Henr. Cock *Commentatio de judicio juratorum, Lugduni Batav. 1821. pag. 15.* Ma questo d'altro lato eruditissimo giovine non ha a dir vero considerato il *Jury* nel critico, e giuridico punto di vista nel quale come metodo giudiciario merita d'esser discusso. Nè so come gl'Inglesi i quali collocano l'*essenza* del *Jury* nella unanimità e la mettono al pari della loro *costituzione* abbiano udito, che il sig. Meyer la consideri *una vana formalità. Esprit., origine etc. liv. 3. chap. 10. pag. 163.*

(3) Bexon *Developpement de la théorie des loix crimin. etc. vol. 1. chap. 11. §. 4. pag. 304.* Le più verisimili origini storiche d'una istituzione nata in tempi d'ignoranza, e barbarie son quelle, che si traggono dalle opinioni religiose de' tempi ai quali si riferiscono. È stato osservato qui addietro a *pag. 16. n. 4.* come la prova per duello esiste tuttora nella istituzione del *Jury*. L'annotatore inglese al Cottu *Annal. de legislat. vol. 3. pag. 17. not. 9.* osserva, che avanti l'apertura della sessione destinata a giudicare degli accusati i giudici assistono a un solenne servizio di Chiesa, e ascoltano un sermone adattato alla circostanza.

(4) Bald. *In cap. 1. §. 1. num. 3. de controv. invest.*, Aym *Cons. 201.*

così individua doveva essere l'asserzione di chi giurava, e dodici essendo i giudici giuratori individua non poteva essere l'asserzione loro se unanimi non ne fossero stati i suffragj (1); nè dee recar meraviglia che questa intellettuale individuità abbia suggerito alla legge l'espediente di mezzi coattivi atti a farvi piegare la volontà di giudici giuratori (2).

Può esser questa la più o meno verisimile storia naturale della unanimità de' suffragj in quanto ella può rappresentare il natural risultato delle idee, e delle opinioni d'un oscuro e rozzo periodo della civiltà umana nella sua applicazione al giudizio sulla verità, o sulla falsità d'un fatto dall'accusatore asserito. Ma da' moti o della sensitiva, o della men culta natura dell'uomo la sua ragione, sebben per una non breve serie di deduzioni, di confronti, e di esami, giunge a scorgere le combinazioni necessarie alla sua sicurezza come a quella della società alla quale appartiene (3).

Gli antichi, imbevuti di men rette idee sulla natura dell'uomo per l'effetto della domestica, e politica schiavitù che era il domma fondamentale delle loro civili e politiche istituzioni, poterono nel giudizio penale abbandonar la sorte dell'accusato al capriccio, e alla forza de' suoi eguali ne' giu-

---

num. 17. Grammat. *Cons. 125. num. 14.*, De Franch. *Decis. 133. num. 6*, Sembrerà a taluno bizzarra cosa, che autori di questa tempra si trovano mischiati tra le indagini sul *Jury*. Le indole indubitatamente religiosa in parte di questa istituzione autorizza a citare autori, che per la età nella quale scrissero, e per i principj che professarono conobbero assai bene la giurisprudenza, che erasi generalmente introdotta onde spiegare la indole, e gli effetti del giuramento.

(1) Blackstone *Comment. etc. b. 3. chapt. 23.* si contenta di dire che la *unanimità* è particolare alla *costituzione inglese*; Chomprè suo traduttore *vol. 5. pag. 53. not. 1.* si avventura a indagare la origine di questa unanimità, e confondendo il numero de' suffragj del *grande Jurì* con quelli del *piccolo* dice che il voto della legge era quello di avere il numero di *dodici alla pluralità*. È stato osservato qui sopra, che il voto della legge è quello di avere *centiquattro* suffragj. Ma questo scrittore erra sulla storia del grande Jury. Ne' più remoti tempi esso era composto di soli dodici, in seguito poi il numero ne fu aumentato forse per render più facili le decisioni, sull'ammissione, o non ammissione dell'accusa. L'annot. al Cottu *loc. supr. cit. pag. 27. not. 15.*

(2) Se i giudicanti non si sono trovati unanimi nel tempo della sessione, i giudici reali *judices itinerentes* Meyer *Esprit, origine etc. vol. 2. pag. 192.* possono farli trasportar dietro a loro sopra un carro di città in città ove le loro incombenze gli chiamano. Blackstone *loc. cit.* s'ingegna di giustificare questa specie di violenza coll'autorità della Bolla d'oro. Ma nel medio evo quest'uso di ridurre un consesso di giudici, o di elettori a decidere cogli stimoli della fame, della sete, e del freddo era assai generale. *Cap. ubi periculum 3. de elect. et elect. potest.*, Rinald. *Annali Ecclesiastici vol. 3. an. 1274.*, Dal Borgo *Dissert. d'Istoria Pisana diss. 8. §. 35. not. 1.*

(3) Ved. il *lib. 1. cap. 2.*, e 3.

dici. La ragione umana, abbracciando colle proprie contemplazioni non un ceto d' uomini ma la umanità, dovette comprendere, che una regola da lei concepita, e ridotta in forma di legge poteva sola decidere della sorte degli accusati. La intima convinzione dell' uomo, che in un secolo d' ignoranza era l' unico calcolo delle probabilità, divenne come pur divenir doveva in una riunione d' uomini destinati a decidere della sorte dell' accusato una *brobabilità*; nel qual sistema se gl' individui componenti il collegio formarono altrettante separate e distinte probabilità, la riunione di tutte o per l' assoluzione o per la condanna poteva sola rappresentar la *certezza*: perocchè la certezza altro esser non può se non il complesso di tutte le probabilità che una data combinazione un complesso qualunque di certe determinate circostanze può dare (1).

Non è dunque nel *Jury* la unanimità de' suffragj qualunque esser possa il modo, ancorchè prepotente e tirannico con cui la legge la esige dai giudici che lo compongono, una istituzione di poco conto, venuta a caso tra gli uomini, e tale che essi la possano a lor capriccio abbandonare se vogliono sostituendovi o il criterio della maggiorità precisa, o quello de' due terzi, o quello che ne' due terzi sembra mostrare un desiderio semplice della unanimità (2). Questa istituzione è essenziale, caratteristica del *Jury*: perocchè ella è la formula colla quale la legge, che solo può e dee decidere della sorte dell' accusato, esprime la propria morale certezza qualunque esser possa quella dell' uomo nel giudice.

Nella legge della unanimità de' suffragj consiste appunto la capital differenza tra il processo accusatorio moderno, e l' antico. Fossero pur numerosi i collegj de' giudici degli antichi quando la credibilità della prova dipendeva dall' oscuro indefinibile dato della intima convinzione dell' uomo un sol giudice dissidente da tutti gli altri formava una probabilità contraria alla verità de' lor riuniti suffragj: il giudizio era in questo stato deciso dal capriccio degli uomini non dalle regole critiche della certezza: la sentenza era una forza umana non una forza legittima.

---

(1) Sopra altri critici dati ma co' risultati medesimi ragiona della necessità della unanimità de' suffragj nella questione del fatto il consiglier Sonnenfels *Sopra la maggioranza de' voti nelle cause criminali §. 4.* Memoria ingegnosa, alla quale non è da paragonarsi l' altra gravissima del Barbacovi *Sulla pluralità de' suffragj ne' giudizj criminali.*

(2) A certi effetti il dritto canonico esige i *due terzi* de' voti ma col dritto di *accedere* mostra il suo desiderio della unanimità. *Text. in cap. liceat 6. de elect. X.*

CAPITOLO XV.

Difetti del processo inquisitorio, e tentativi fatti in Toscana per emendarli.

Ove il popolo non può esser ammesso ad esercitare o in tutto o in parte il poter giudiciario, e dove l'autorità sovrana non ha altro temperamento a se stessa che il nobile e grande pensiero della più retta amministrazione della giustizia non vi può, nè vi dee esser forza la quale si spieghi da uomo ad uomo senzachè una regola dalla legge fissata sia il titolo della sua azione. Questo pensiero animò, e diresse il legislatore Toscano allorchè nella sua gran mente accolse, e maturò il progetto d'una riforma della giustizia penale nel suo paese. E poichè questo problema dal solo processo inquisitorio può essere sciolto, il legislatore Toscano disposto come pure era a fare alla umanità, ed alla giustizia qualunlunque sacrifizio, che la lor causa avesse potuto prescrivere, dette la preferenza a quella forma di giudizio penale.

Sia che la forma monarchica del governo per una di quelle forze della natura che spesso nelle cose pubbliche vince quella della ragione umana (1) meglio d'ogni altra sodisfi ai politici bisogni degli uomini, o qualunque esser ne possa il motivo, la teoria del poter giudiciario non ha termini di applicazione senza scomporsi, è senzachè i suoi elementi si trovino in contradizioni tra loro se non in una delegazione, che l'autorità, a cui compete nel suo primitivo concetto, fa del suo esercizio ad uomini già preparati o disposti per la loro educazione e pe' loro studj ad usarne nel solo suo scopo, ed altro delle lor forze private non mescolandovi se non le necessarie ad applicar la legge ai casi, che ella ha contemplati. In questo sistema l'autorità della legge garante della giustizia quasi dall'alto al basso, dal sovrano al suddito ed al cittadino discendendo forma quel precetto comune quel vicendevole patto che unisce insieme i membri tutti d'un' associazione politica (2).

Il processo inglese dimostra due cose: primieramente, che una serie di fortunate abitudini in chi lo guida può fornire le guarentigie, che in esso la legge non dà: che vi è un punto in cui la legge diffidando dell'uomo vuole che la sorte del reo dipenda da una combinazione, che ella sola ha anticipatamente prescritta.

---

(1) Ved. qui addietro a *pag. 143. not. 1.*
(2) Dig. *Lib. 1. tit. 3. l. 1.*

Il processo inquisitorio nella sua primitiva origine presupponeva in chi lo conduce quasi un sovrumano spirito di verità, e di giustizia; e forse vi fu un tempo, nel quale questo processo fu da quello spirito unicamente animato. Il punto nel quale la legge non si fidò dell'uomo, e volle ella stessa decidere della sorte dell'accusato fu quello della condanna, titolo della quale ella volle che fosse una prova nella cui tempra il privato raziocinio del giudice non avesse parte veruna.

È questo il punto, nel quale sebbene per vie diverse i due processi si congiungono, e sono animati dal voto medesimo.

Ma tutto si corrompe, e si guasta tra le mani degli uomini. La inconseguente e barbara giurisprudenza della tortura connettendosi colla interrogazione del reo, e del testimone, convertì il processo inquisitorio in un istrumento di tirannia, ed alterò il suo vero criterio: nè vi fu più mezzo onde discernere se gl'investigativi suoi metodi si dirigessero alla scoverta del vero, o piuttosto ad estorcere la confessione di quel che il giudice bramava che fosse il vero. Ma la tortura, nata dalle passioni, non fu senza vantaggio per la ragione ponendo in evidenza i difetti di un processo a cui erasi come pianta parasita innestata. Quanti non sono gli scogli, la scoperta de' quali è dovuta ai naufragj!

Il processo inquisitorio ha per la sicurezza pubblica il grande vantaggio di muoversi senza bisogno d'accusatore, e per la sola forza de' fatti, i quali costituiscono la offesa dell'ordine. Ma questo vantaggio ha allato a sè il danno gravissimo di lasciar l'innocente investito sopra apparenze ingannevoli dall'uffizio del giudice senza riparo: non essendo contro l'uffizio del giudice proponibile l'azione della calunnia. Il legislatore Toscano volendo conciliare i vantaggi della ricerca d'uffizio, e la riparazione dovuta alla innocenza o erroneamente, o maliziosamente perseguitata ordinò, che in tutti i processi dovesse essere il libello del privato, o del pubblico accusatore all'effetto di sottoporlo alle conseguenze della calunnia a prò dell'imputato (1). L'accusa in questo sistema non è l'atto motor del processo: l'uffizio del giudice lo regola sempre, ma quanto alle prove si contenta di ricevere quelle che l'accusatore ornisce, e se trova debole e imper-

(1) Cod. Leopold. *art. 1.* a cui non deroga l'*art. 3.* il quale parla dell'adesione della *parte offesa*. Poco rileva che il Paoletti spieghi altrimenti. *Istruz. per compilare i proc.*, e nelle *Instit. theor. pract. crimin. notion. theor. pract. pag. 19.* Il legislatore spiegò il proprio concetto da se medesimo. *Governo della Toscana sotto il Regno di S. M. il Re Leopoldo II. pag. 12.*

fetta la prova si contenta di assegnar termini all' accusatore onde ne fornisca se ne ha (1).

Nel suo primitivo getto l' inquisitorio processo è l' opera d'un solo giudice, che lo deve colla sentenza esaurire: abusivo sistema perchè investe un uomo d' uno smisurato potere, e perchè dà a lui la facoltà di dichiarare colla sentenza regolare, e legittimo ciò che egli fece compilando il processo. Il legislatore Toscano ha distinta la compilazione degli atti dalla lor decisione: incaricando della prima un *ministro processante*, e della seconda più *giudici decidenti* (2).

Dee sembrare a tutti esorbitante, e pericoloso lasciare il reo alla discrezione d' un *attuario*, e commettere la fede degli atti a un *testa-a-testa* perpetuo tra l' uno e l' altro. Fu già osservato esser questo un difetto inerente al processo inquisitorio, il quale così non facendo non potrebbe essere la investigazione analitica, che ne fissa il carattere. Gli oggetti morali e politici non concedono di essere esaminati o soli, o da un sol lato. Il processo accusatorio è quasi un ammasso di fila omogenee, o eterogenee che esse pur siano che la intima convinzione di più giudici ordisce in un tratto, e ne compone un drappo come meglio riesce. L' inquisitorio è una tela ordita ne' principali suoi fili, artistamente tessuta colle regole dell' analisi, nella quale il giudice ha da ravvisare ove l' attuario non le abbia fedelmente seguite, e la tessitura è tale, che se non se ne siano osservate le regole un occhio esercitato lo scorge a dispetto di tutto l' artifizio, e della più fina malizia del tessitore (3). Per trovare un pericolo in questo metodo o conviene appartenere ad un tempo in cui l' ar-

---

(1) Paoletti *Istruzioni per compilare i processi ec.* §. 12. *pag.* 63. A chi assegnare il termine se il solo uffizio del giudice ha introdotto, e giudicato il processo?

(2) *LL.* 26. *Maggio* 1777., 22. *Aprile* 1784., 22. *Febbrajo* 1788., di 13. *Settembre* 1788. Il poggi *Elem. jurispr. crim. lib.* 1. *c.* 2. §. 38. mostra di non aver ben compreso lo spirito della riforma criminale del 1786. Allorchè deplora la ignoranza degli *accusatori pubblici*, e suggerisce che essi ond' essere istruiti sulle prove da somministrare ricorrano ai Magistrati dell' *Uffizio Fiscale*: tanto è difficile alle menti più salde liberarsi dalle pregiudicate opinioni, che fanno nascere i *processi misti*.

(3) Vedasi quanto ne dice il Paoletti *Istruzioni per compilare i processi criminali da pag.* 1. *a pag.* 84. Senza la lettura di questo egregio Lavoro analitico il processo Toscano non può essere ben conosciuto. Ma chi può parlare del Paoletti, e del Biondi *Opuscoli, Firenze* 1801. or che siamo o tratti fuor di noi stessi dai sistemi filosofici in *dritto*, o entro noi rannicchiati dall' impero della *coscienza*? Mi sia lecito riferir qui quel che l' insigne Bacone diceva a un giovine viaggiatore tornato in patria « *Illud in eo sit perspicuum quod mores patrios cum moribus exteris cum commutaverit sed potius quod consuetudines patrias iis quas peregre didicit tamquam floribus asperserit* ». *Serm. fidel. num.* 18.

te di compilare, e di giudicare i processi è morta o è moribonda, o conviene non averne una idea, lo che più spesso accade in chi si fa conoscere di questo metodo. Se il processo inglese si regge sulle abitudini di chi lo guida, il Toscano non si regge meno su quelle di chi lo compila. Che se queste abitudini venissero disgraziatamente a mancare sarebbe difficile che il genio inventivo colle sue creazioni improvviso stampasse un processo, il quale col solo merito della invenzione divenisse modello da esser seguitato senza pericolo. Ma se l'uno o l'altro infortunio avvenisse mai il metodo Toscano potrebbe solo restaurar le sue perdite perchè fondato sulla scienza risorgerebbe con lei, o avendo scritti, e stampati modelli ben presto tornerebbe al suo primiero splendore facendone rivivere la venerazione, e lo studio. Infelice sentenza la quale ha contro di se da un lato la facilità che in ogni uomo presenta la libertà di dirsi intimamente convinto, e dall'altro la difficoltà, che nella più parte degli uomini incontra il servaggio, a cui lo studio condanna sempre lo spirito.

Se non è intesa guarentigia, che nella istruzione scritta offre la ricerca analitica (e per dimostrarla converrebbe scendere a tutti i ragguagli della sua pratica applicazione) saranno difficilmente intesi gli equivalenti, che il Toscano legislatore ha nel suo processo voluto fornire al confronto di qualsisia più liberale metodo giudiciario (1). Ma quasi egli non contento di aver formate le morali, e scientifiche abitudini che doveano fornire la miglior guarentigia del suo processo, temesse i rimproveri del suo secolo, di cui egli era l'ornamento migliore, per aver ritenuto il segreto, la cui necessità era stata ben ponderata da lui, raddoppiò di zelo onde nel suo sistema correggere il vizio, che gli era inerente.

Il processo penale trovasi per la forza, e per la indole delle cose nella inevitabile alternativa o di tessere presto, e alla rinfusa la propria tela se vuole evitare il segreto, o di adottare il segreto se vuole la sua tela a regola d'arte tessuta. Il processo accusatorio non dà *tempo*, e il quesitorio non dà *campo* all'accusato di alterare i mezzi di prova che esistono contro di lui. Incontransi in alcune recenti leggi i tentativi fatti per conciliare la cautela della prova *analitica* e la maggior possibile fedeltà nel raccoglierla. Alcuni scrit-

(1) Non si stancò mai d'inculcare essere il processo istituito per cercare la *verità* non un *reo*. Cod. Leopold. *art.* 32. Circolare 13 *Luglio* 1782. §. 34. Aggiungansi i metodi insegnati dal Paoletti *Istruzioni per compilare i processi criminali* il disprezzo de'quali esponeva il *processante* al biasimo, e dava al reo titolo d'assoluzione.

tori hanno proposta l' assistenza del difensore al *confronto* de' testimonj, e dell' accusato pendente la informazione (1). In un tempo, in cui tutta l' autenticità del testamento *nuncupativo* riposava sulla fede pubblica, che la legge concedeva a un notaro, si è potuto credere che altrettanto potesse farsi nell' esame de' testimonj, e del reo. È certamente desiderabile, che la legge imprima il carattere che per lei si può il più forte di autenticità a quell' atto: ma non è da credere che a tale effetto altro mezzo non siavi che quello di precipitare il processo penale in una specie di vortice in cui apparisce e sparisce in breve spazio di tempo, credendo che le guarentigie di critica e di giustizia sian fornite dal popolo che vi assiste.

Il processo inquisitorio come se fosse geloso delle conquiste fatte col suo segreto mostrava una ripugnanza invincibile a squarciarne una volta il velo (2). Il legislatore Toscano, formato appena il libello che colpiva l imputato come autor del delitto, volle che gli atti compilati fino a quel punto avessero una piena pubblicità, e nel loro originale fossero al reo, e a' suoi difensori comunicati, onde a loro agio ne esaminassero, e ne censurassero la struttura. Il qual giusto, salutare, e generoso espediente era la più grande espiazione che del segreto potesse fornire la legge (1).

Niente vi ha di perfetto nelle opere, che escono dalle mani degli uomini, ed ottimo è spesso quel che è meno cattivo (2). Il reo ed i testimonj nel processo accusatorio moderno sono l' uno una volta, gli altri due volte interrogati in segreto. La sola asserzione dell' accusatore ha deciso della perdita della libertà dell' accusato (3): la prova del *materiale* separata, e distinta dallo *speciale* non è una base inconcussa all' accusa (4). Le risposte del reo e de' testimonj qualora affatto libere state non siano posson pur formare un pregiudizio o maggiore, o minore a quel che debbon rispondere nell' esame pubblico della causa. Ma le interrogazioni nell' uno e nell' altro stadio della procedura sono sciolte, e libere da ogni analitica regola. Nel metodo del legislatore Toscano l' arresto del reo esige la prova del *materiale*: esige determinati indizj dello *speciale* (5): ne' delitti la pena dei

---

(1) Poggi *Elem. jurispr. crim. lib. 1. cap. 4. §. 90.*

(2) Sotto il governo Mediceo la giurisprudenza, e la pratica erano ondeggianti, varie, ed incerte su questo proposito. Sabelli *Pratica universale nella prefazione.*

(3) Cod. Leopold. *art. 13.*

(4) *Ille optimus est qui minimis urgetur* dissero gli antichi.

(5) Cottu *De l' administration de la justice en France chap. 3.*

(6) Vedasi qui sopra a *pag. 52. n. 2.*

(7) Questa regola fu in parte abbandonata dalla *L. 30. Agosto 1795.*

quali non eccede il confino, e sono i più, egli debb' esser citato, nè può essere catturato (1): se catturato egli debb' essere presentato al giudice immantinente (2) e tosto interrogato (3): le interrogazioni hanno il suggello della forma analitica, omessa la quale è nullo il processo, e sottoposto chi lo compila alle pene della prevaricazione (4): obbligato il processante a udire i testimonj che il reo nominasse nel corso della informazione, a verificare qualunque prova offerta da lui (5): e ciò non pertanto il reo, pubblicato il processo, divenuto padrone degli atti scritti, che lo compongono, può inalzare una voce libera e franca a' suoi giudici: e può colla stampa dare alla propria opinione l' appoggio di quella del pubblico (6), e sindacare come più gli aggrada l' opera contro di lui costruita o *ripetendo* i testimonj a suo carico, o *inducendo* nuovi testimonj a proprio discarico (7): è invigilato lo stato delle carceri,e carcerati (8): ridotto a sistema il render conto dello stato de' loro processi (9), inculcatane la spedizione sollecita (10):ammesso il reo a difendersi anco contro la confessione da lui emessa negli atti (11): se non ha difensore gli debb'esser nominato d' uffizio (12): se processato ingiustamente indennizzato da una

---

la quale seguì la più severa sentenza del Baldo nel suo *Rebert. verb. judex col. 2. vers. si judex crimin.*, e di Paolo di Castro compilatore degli statuti della Repubblica Fiorentina *Cons. 528. num. 2. lib.* Dopo le dottrine del Baldo, e del Castrense sugl' indizj e *cattura* meritano d' esser lette le osservazioni del Bentham su questa materia medesima. *Traités de legislat. civ. et penal. vol. 3. part. 4. chep. 115. pag. 115. 116.*

(1) L' *art. 15. della Riforma del 1786.* ritiene a questo proposito la opinione di Antonio Matheo contraria a quella del Claro, ed esclusiva della cattura nel solo caso di pena pecuniaria. L' *art. 18.* torna ad abbracciare la più equa sentenza de' pratici. Il Nani non ha fatta avvertenza a questo ondeggiamento del dritto.

(2) Cod. Leopold. *art. 17.*

(3) Cod. Leopold. *art. 31.* non annotato nè dal Condorcet nè dal Nani.

(4) Paoletti *Istruzioni ec.* §. *XI.* ancorchè il delitto fosse commesso sotto gli occhi del giudice. Poggi *Elem. jurispr. crimin. lib. 1. cap. 2. §. 44.* ove osserva, che l' uso contrario insegnato dal Sanzio non è compatibile cogli *art. 27 28.* della riforma.

(5) Cod. Leopold. *art. 24.*

(6) Una legge assai posteriore sottopose le difese criminali a stampa alla censura.

(7) Cod. Leopold. *art. 26.*

(8) Circol. *11. Gennajo 1782.*

(9) Cod. Leopold. *art. 29.*, Circol. *20. Dicembre 1775.* Il Nani osserva benissimo, non aver potuto il legislatore prescrivere un determinato stadio di tempo al processo.

(10) Cod. Leopold. *d. art. circ. cit.*

(11) Paoletti *Istruzioni per compilare i processi ec. §. 13. pag. 67.*

(12) Circol. *13. Luglio 1782.*

cassa, la quale dovrebbe venire in sussidio dell' insolvente autore del danno ad esso arrecato (1): i giudici, i compilatori de' processi sottoposti ad un sindacato allorchè lasciano il loro uffizio (2) nel quale lungamente non possono trattenersi (3).

La forza dell' uomo necessaria a somministrarla alla legge oltre all' essere dalla legge medesima regolata richiede la vigilanza dell' amministrazione pubblica, ond' è che niun processo potrà mantenersi imparziale se o la suprema autorità governativa, o uno spirito che una serie di felici e lunghe abitudini abbia infuse nella nazione non ne veglino l' andamento fedele. Il processo accusatorio moderno và schietto e leale al suo scopo per l' ajuto di queste forze, che divengon quasi alla legge ausiliare (4).

Nel sistema del legislatore Toscano il segreto inevitabile alla indagine analitica della prova è stato circondato di guarentigie nel suo *ingresso*, nel suo *progresso*, e nel suo *egresso*. Le sopercherie giudiciarie non si posson nascondere: perocchè troppi interessi stanno all' erta per scuoprirle, e denunziarle se accadono. Sarebbe certo una gran prova dei difetti del sistema adottato dal legislatore Toscano se una prevaricazione si potesse citare, la quale avesse avuta in quel sistema la sua causa, e la sua origine. Ma se nulla vi ha di sacro che la umana malizia non violi, e se le prevaricazioni s' incontrano anche ove il processo accusatorio è meglio, è più fortemente costituito (5), l' inserire sopra d' un apprensione, che niuna umana autorità può calmare, non è allegare contro un sistema legislativo argomenti i quali meritino confutazione (6).

Nel processo accusatorio moderno un accusator violento, giovandosi della superiorità della propria situazione a confronto di quella del reo non declama contro di lui la qual cosa deesi attribuire alla opinione d' imparzialità e di giu-

---

(1) Cod. Leopold. *art. 45.*

(2) Circol. *15. Maggio 1777.*

(3) Istruz. *28. Agosto 1781.* §. *78.*

(4) La verità di quest' asserzione è provata da quanto osserva l' annotatore Inglese dell' opera del signor Cottu *Annales de legislat. vol. 3. pag. 32. not. 18.*

(5) Le leggi inglesi hanno sanzione per la prevaricazione possibile d' un intiero Jury. Meyer *Esprit, origine etc. des instit. judic. liv. 3. chap. 11.*

(6) Il Poggi *Elem. jurisprud. crimin.* §. *80. in not.* tenta di calmar le apprensioni sulla prevaricazione possibile del compilatore del processo con altre ragioni, 1. il niun lucro che esso trae dal processo, e dalle condanne, 2. la scelta che il governo ne fa, e la educazione che egli acquista nel suo tirocinio, 3. la regola che lo esclude dal compilare il processo se un suo parente in quarto grado vi abbia interesse.

stizia di cui godono i giudici (1). Il legislatore Toscano interdisse all' accusatore d' intervenire nella discussione della causa: non vi ammesse altra forza che quella dell' accusato: volle che le sue ragioni o pronunziate o scritte giungessero senza contradizione alle orecchie, ed alla mente de' giudici (2); e volle da' giudici un ragionato, e dottrinato motivo della lor decisione: monumento perenne o della verità o dell' errore del loro giudicato, o della scienza, o della ignoranza che avesse loro servito di scorta nel pronunziarlo.

Quanto più l'esame d' una causa penale si avvicina a quello della causa civile, ove il dritto scritto sia la regola di comune ragione, più è da lusingarsi che la decisione sia giusta. Se il giudice può valutare il fatto a suo modo: se egli ha dritto di valutare come presunzione della legge una semplice presunzione dell' uomo, la sua intima convinzione ingoja la giurisprudenza, e l' accusato perde la guarentigia, con cui la legge ha voluto proteggerlo. In Inghilterra è generale opinione, che i giudici siano sempre, e costantemente propensi a favore del reo (1). È questo un sintoma del buon senso, dell' amore per la giustizia, e della indole generosa di quella nazione: del buon senso perchè chi non lo abbia affatto pervertito comprende, che la bilancia dee sempre piegare a favore dell' accusato: della giustizia perchè a dispetto di tutti i ragionamenti, che un erronea politica ha potuti inventare, la causa della pena sarà come fu sempre per se medesima odiosa: dell' indole generosa perchè cosa ha mai da temere una società fortemente costituita da un miserabile malvivente, il quale col cercar le tenebre per offenderla ha già mostrato temerla? Questo medesimo spirito animò il Toscano legislatore, il quale dichiaratosi inesorabile pe' condannati (2), volle che i giudici ragionassero sempre in favore de' rei: nè altro è in realtà la giurisprudenza se non una specie di controveleno con cui la scienza tempera, e mitiga quella inclinazione fatale, che spinge gli uomini a pensare sinistramente de' loro simili e a farli quasi loro schiavi coll' autorità della pena.

La decisione della causa penale colle scritte regole della legge è di sua natura incompatibile colla intima convinzione

---

(1) Questi sconvenevoli tratti de' declamatori per l' accusa sono ignoti in Inghilterra, e giustamente biasimati dal Cottu *De l' administration de la justice en Angleterre cap. 3. pag. 91. 93.* al confronto di quelli che cita. Osservazioni già fatta qui addietro a *pag. 141.*

(2) Non ammesse neppure una parte civile a parorare la causa del suo pecuniario interesse. Cod. Leopold. *art. 112.*

(3) Cottu *De l' administration de la justice en Angleterre chap. 3. pag. 94.*

(4) Cod. Leopold. *art. 119.*

di chi giudica: la giurisprudenza può incontrare la convinzione nella legge, ma non può al giudice somministrarla: ella manifesta il convinto ma non si dice, sensatamente parlando, convinta. Dal che avviene che il processo inquisitorio ha l'animatore suo spirito, e il suo distintivo carattere nel non conoscere convinzione per mezzo d'indizj: perocchè questo modo di prova se convince il giudice non può mai dirsi convincere l'accusato, la cui sorte è nelle mani della legge non in quelle dell'uomo. Il legislatore Toscano fissò bensì il grado di rigore con cui poteva il giudice sentenziare nel caso di prova indiziaria, ma non la dichiarò, nè potea se esser voleva coerente a se stesso dichiararla un modo di convinzione legittima (1).

Tra il finire del secolo decimosettimo, e il cominciare del decimottavo le politiche vicende d'Italia, e il frequente passaggio di squadre straniere furono circostanze, le quali determinarono i governi della pinisola a esasperare i loro sistemi penali. L'erronea massima che la facilità della prova è un mezzo efficace per aumentare il credito della pena (quasi la prova più facile e pronta sia la più vera); massima la quale è temprata al criterio del terrore, spinse alcuni governi, che aveano adottato il processo misto d'accusatorio, ad autorizzare i giudici ad applicare anco in caso d'indizj sulla loro intima convinzione la pena ordinaria (2). La non meno erronea massima che uno stato per provvedere efficacemente alla sua sicurezza deve tenere il suo sistema penale al livello di quello degli stati limitrofi fece adottare in Toscana lo stesso espediente (3).

Disposizioni simili uscendo dalla sfera del dritto ordinario divenivano altrettante *leggi d'eccezione*, il destino delle quali è quello di vivere quanto le circostanze che le suggerirono. Allorchè il legislatore Toscano dettò la sua riforma criminale il paese da lui governato era in perfettissima calma: il numero de' delinquenti era prodigiosamente diminuito (4): la sua mente paga degli effetti felici d'un attento, e lungo esperimentare della dolcezza delle punizioni non potea concepire o idea, o motivo d'esasperarle coll'accogliere una prova privilegiata che tutto il suo sistema smentiva.

---

(1) Cod. Leopold. *art. 110.*

(2) La prima a dare questo sventurato esempio fu la prammatica sanzione di Napoli del 20 *Dicembre 1621.* Ma quella sanzione sarebbe forse rimasta nella oscurità se un Pontefice, che illustrò colla sua grande dottrina la cattedra di San Pietro, Benedetto XIV. non avesse adottata la massima nel suo *chirografo* dal 1748. Gallucci *Ad De Amoeno observat. 23. num. 3.*

(3) *L. 15. Gennojo 1744.*

(4) Vedasi il *lib. 3. part. 2. cap. 4. in not.*

Una disputa giurisprudenziale (e tale è quella che si propone di fissare il vero senso d' un modo d' esprimersi , di cui si è prevalsa una legge) mal si addice a una legislativa teoria. Ma quando fa duopo afferrar lo spirito d' un metodo giudiciario, che per la saviezza, e per la perfezione, che lo distinguono , ha meritato d' esser posto al confronto d' un altro che gli amici della umanità, e della giustizia considerano come il Palladio della sicurezza individuale , l' assunto non appartiene altrimenti alla giurisprudenza , ma diviene una delle più importanti, e splendide parti della scienza della legislazione.

Spesso gli oggetti , che ci son più vicini sono i meno ben distinti da noi. Tra gli scrittori , che illustrarono co' loro comenti l' opera del legislatore Toscano uno si distinse tra gli stranieri il quale ne seppe discernere il vero spirito (1), nè mancò tra noi chi avendo veduto nascere sotto a' suoi occhj quella grand' opera , e avendo avuta parte alla sua pratica applicazione sapesse ben giudicarne (2).

Ma a quell' epoca la massima caratteristica del processo inquisitorio e contraria alla prova piena e perfetta per mezzo d' indizj era riputata giurisprudenza non legislativa, adottata dai pratici meno istruiti nella retta interpetrazione del dritto romano, e perciò men degna d' esser seguita da chi professava studj più elevati , e più culti. Lo spirito del secolo inalzavasi a cose più grandi sebbene d' indole indeterminata, e forse indeterminabile. Il grande Beccaria occupato a fissare i veri limiti distintivi della morale, e della legislazione: meditando la più vera nozione dell' offesa della sicurezza sociale: rivolto a combattere il criterio del dolor fisico nelle pene non prese con egual forza di mira la teoria del metodo giudiciario ed ondeggiò tra le guarentigie dell' accusatorio, e dell' inquisitorio processo senza discutere se potesse essere tra le une e le altre compatibilità (3). Il falso , e pericoloso criterio de' processi misti preoccupava le menti, e la erronea opinione che il legislatore Toscano altro merito non avesse che il coraggio d' essersi fatto discepolo del Beccaria fece per così dire passare inosservato il più luminoso concetto della sua legge.

Distingueva la legge i rei *convinti* dai rei *urgentissimamente* indiziati. La legge d' eccezione parlava di rei colpiti da indizj *indubitati* , ma con una petizione di principio ine-

---

(1) Nani *Osservazioni al Cod. Leopold. art. 110. animad.* ad Ant. Math. *Lib. 48. dig. tit. 13. cap. 7. num. 1.*

(2) Poggi *Annotazioni M. S. alle istituzioni teorico pratiche del Paoletti §. degl' indizj, o della certezza morale num. 7.*

(3) *Delitti, e pene §. 14.*

vitabile in questa infelice materia indiziaria faceva nascere l' indubitato carattere dell' indizio dall' intimo convincimento del giudice. Si suppose che il legislatore parlando di rei convinti designasse non tanto i *logicamente* tali o per la lor legittima confessione, e per la prova legittima per testimonj, lo che era coerente al metodo giudiciario ritenuto da lui, ma quelli ancora che tali apparivano per la forza d'indizj *indubitati* : lo che era al metodo giudiciario adottato da lui diametralmente contrario, deducendolo dalla sua maniera discretiva d'esprimersi quasi ritenesse come inoppugnabile la differenza tra gl' *indubitati* , e gli *urgentissimi indizj*.

Se l' indizio *indubitato* avesse avuto un carattere logico tutto suo proprio , e l' *urgentissimo* ne avesse avuto un diverso questo sistema d'interpetrazione non avrebbe incontrata difficoltà. Ma era un vaneggiamento, se altro mai ve ne fu, il pensare che l' indizio indubitato potesse avere un carattere logico il quale corrispondesse alla pretensione del nome ; e i pratici stessi volendo somministrare la idea di ciò che dovesse significare una terminologia caduta dalla penna di Triboniano (1) applicavano agl' indizj indubitati la regola della prova testimoniale esigendone due (2) di guisachè posti codesti indizj in compagnia tra di loro ne avveniva che l' uno facesse la satira del nome dell' altro.

In realtà trattavasi di nomi diversi indicanti la cosa medesima. Seguendo alla traccia l' origine , e il successivo incremento della nomenclatura d' *indubitato* data all' indizio si giunge a comprendere , che il foro la usurpava come sinonima d' *urgentissimo* (3). La differenza derivava tutta dalla situazione di chi doveva determinare il carattere dell' indizio. Gli scrittori per il processo misto preferivano la parola *indubitato* come la più favorevole alle pretensioni, ed al fasto di cui è sempre inclinata ad ammantarsi l' *accusa d' uffizio*. Gli scrittori per il processo inquisitorio nella sua semplicità preferivano la parola *urgentissimo* come denotante il sincero stato dell' animo del giudice costretto a cedere alla

---

(1) La parola *indubitato* uscì per la prima volta dalla stampa di Triboniano nella *L. ultima cod. lib. 22. tit. 3.* Il Vicat non registra neppur la voce nel suo vocabolario del dritto.

(2) D.g. *Lib. 22. tit. 5. l. 12.* ove il giureconsulto si esprime « *planis enim elocutio duorum numero contenta est* ». Gallucci *Ad. de Amoeno loc. supr. cit.*

(3) Vedasi tra gli altri Basilico uno de' più esatti alla materia *Decis. crim. decis. 1. in introd. et num. 1.* ove nella narrativa della causa spende le parola *urgentissimi*, e nel corpo della decisione la parola *indubitati* sempre parlando de' medesimi indizj. Il Voet *Ad pandect; lib. 22. tit. 4 num. 18. ad fin.* chiama *urgentissimi* gl' indizj che Triboniamo chiamò *indubitati*.

voce del proprio uffizio (1). Così il legislatore Toscano scrivendo la norma, che il giudice dovea seguire nel caso d'urgentissimi indizj aboliva quella che una precedente legge avea fissato nel caso d' indubitati.

I pratici se non erano competenti a stabilire il vero spirito dell' art. 110. della riforma criminale del Toscano legislatore aveano però tra le mani i mezzi onde giungervi battendo le vie, sulle quali abitualmente trovavansi. La giurisprudenza a quell' epoca considerava gl' indizj indubitati come vincenti il *merito della tortura*, e però come titolo di pena straordinaria (2). La legge d' eccezione avea rincarato il loro valore, e gli avea resi idonei a decretare la pena ordinaria. Se il legislatore Toscano avesse presupposto negl' indizj indubitati il valore giuridico che ad essi avea dato la legge d' eccezione, egli avendo degradata la pena ordinaria dalla morte ai lavori pubblici a vita: avendo dato agli indizj urgentissimi l' effetto d' un infimo grado di quella pena, avrebbe lasciato un gran vuoto tra l' effetto dell' indizio urgentissimo, e quello dell' indubitato, e per riempirlo di gradi intermedj sarebbe convenuto stabilir le frazioni della evidenza, la quale se tale è non può ammettere decremento di sorta veruna. Un amico dell' onore del proprio paese non può ammettere il possibile di questo irrazionale sistema.

Tutto nell' opera del Toscano legislatore respira diffidenza per la severità della difesa repressiva, e fiducia nella preventiva. Egli bandì le così dette prove privilegiate (3), e riservò a se stesso la facoltà di fare intervenire come testimonj necessarj in giudizio i congiunti nel caso di delitto commesso nell' interno delle mura domestiche (4). Non gli fu a cuore la severità della pena nè nella scelta del dolore, che doveva formarla nè nella facilità della prova per applicarla.

Co' due indicati provvedimenti egli si mostrava contrario alla intima convinzione del giudice, e favorevole alla prova dalla lettera della legge determinata. Infatti cosa è il dire, che non sia lecito ne' delitti atroci valutar le congetture più di quel che le abbia valutate la legge: il soggiungere che negli occulti non è lecito chiamar testimonj, ai quali la legge vieta di deporre contro dell' accusato se non negare al

---

(1) Questi scrittori usano le voci *veemente*, *violento*. Bald. in *Rub. cod. de probat.*, Farinacc. *De indiciis, et tortur. quaest. 36. num. 10. — 166.*

(2) Hieronim. Basilici *Decis. crimin. decis. 1. num. 3.*

(3) Cod. Leopold. *art. 27.*

(4) Cod. Leopold. *art. 28.*

giudice la facoltà di dirsi convinto in un modo, col quale non potrebbe esser convinta la legge? Quando un infimo grado della pena de' lavori pubblici era l'effetto legale della prova indiziaria il voto che il legislatore avea manifestato in tutta la opera sua era già soddisfatto perchè la difesa preventiva aveva in quel grado di pena ottenuto il suo scopo.

Parlò successivamente il legislatore di condannati in forza d'*indizj* (1), e volle che ne fosse passato il novero alla polizia; nè colla parola condannati distinse i *convinti, o i non convinti*: nè colla parola indizj distinse gl' *indubitati* e gli *urgentissimi*: nè parlando di condannati potè designare i colpiti da pena perpetua come sarebbero stati i convinti. Bisogna dunque credere che egli parlando di condannati *ex indiciis* parlasse di quelli che col titolo di questa prova sarebbero stati colpiti con un infimo grado della pena de' lavori pubblici, e non facendo distinzione di condannati mostrasse che gl' indizj abili a fornir titolo di condanna erano quelli de' quali avea precedentemente parlato.

Il legislatore Toscano avea abolita nel suo processo ogni traccia di accusatorio non ammettendo in esso mistura di sorta alcuna (2), riducendolo, tranne le emende necessarie alle guarentigie del reo, alla sua genuina indole d' inquisitorio. La legge d' eccezione era stata pubblicata in un tempo in cui il processo penale Toscano aveva l'accusa d' uffizio lo che lo rendeva modificabile dalla regola del processo accusatorio che ammette la prova piena per mezzo d' indizj, e l' ordigno a ciò necessario della intima convinzione del giudice. Non è dunque da credere, che il legislatore, allontanando dal suo processo l'accusa d'uffizio, e rendendolo inquisitorio puro, ignorasse che la fondamentale sua regola è di non ammettere nè prova piena indiziaria nè convinzione intima del magistrato (3).

È onorevole alla memoria del più grande, del più giusto, e del più benefico legislator de' suoi tempi il supporre, che egli concependo il suo processo penale avesse presente allo spirito le guarentigie che alla sicurezza individuale assicura il processo accusatorio moderno, e calcolasse, che l' inquisitorio emendato da lui potesse ne' propri stati offrire guarentigie quanto era possibile equivalenti.

Non è infatti difficile, confrontando i criterj regolatori dell' esito de' due processi (nel che realmente consiste la loro influenza sulla sorte del reo) scorgere la equivalenza dell' u-

(1) Cod. Leopold. *art. 111.*
(2) Vedasi il capitolo che segue.
(3) Ved. il *cap. 5.*

no e dell' altro, e come amendue giungano in modi in apparenza diversi ma con mezzi d' eguale natura a un fine medesimo.

In amendue è una regola dalla legge prestabilita, e non la privata forza dell' uomo nel giudice, che decide della verità dell' accusa: nel processo accusatorio moderno la *unanimità* voluta dalla legge, alla quale il privato giudizio dell' uomo è costretto a cedere suo malgrado, senza la quale l' accusatore trovasi obbligato a prendere col reo l' espediente, che la sola prudenza può a lui consigliare (1): nel processo inquisitorio moderno la regola della *prova legittima*, alla quale il giudice è costretto a sacrificare la sua privata opinione, e senza la quale comunque poderosi ed urgenti siano gl' indizj i quali convincano l' uomo della reità dell' accusato, l' uffizio del giudice non può adottare espediente, che la prudenza suggerisce di cautelare la società.

Perchè la equivalenza de' due processi divenga discernibile è necessario immaginare il regno della pena di morte nell' uno, e nell' altro come due leve che possono spingervi l' accusato; e ponderare come l' uno, e l' altro sia cauto di escludere il privato arbitrio dell' uomo nel fissare il valor della prova, che dee decidere alla irrogazione d' una pena per se medesima irreparabile.

Se si rifletta che il processo accusatorio moderno ha agito fin qui sotto il regno della pena di morte, e che il moderno processo inquisitorio ha agito lungamente in Toscana sotto il regno di riparabili pene, non sarà difficile stabilire quale de' due metodi chiamati al tribunale della umanità e della giustizia a render conto del loro operato escirà con gloria maggiore, e con più tranquilla coscienza da quella censura (2).

---

(1) Ciò avvenne a Londra nel Luglio 1821 nella causa della Carlile negoziante libraja. Il Globig *Censura rei judicialis part. 2. praef. pag. XX.* cita questo esempio in prova della insufficienza del metodo a rintracciare la verità. Miserabile petizione di principio! Sapeva egli forse da Dresda se l' accusato era colpevole, o innocente?

(2) Sebbene la esattezza nel confronto degli oggetti morali sia poco sperabile, pur può tentarsi di averla. I due punti luminosi del processo sono il suo *principio*, e il suo *fine*, ma questo prepondera a quello. Il processo accusatorio moderno tutto riduce ad indizio, ma lo riduce a prova piena colla unanimità de' suffragj. Il processo inquisitorio emendato non conosce prova completa per mezzo d' indizj. Il *Jury* mancando la unanimità manifesta la propria incertezza: il processo toscano bene inteso la manifesta nel concorso d' indizj. Il primo non ammettendo sussidio di polizia è costretto a parificare la sospetta alla non sospetta persona, e poco provvede ai bisogni della pace pubblica. Il secondo ammettendo il sussidio della polizia segnala con espedienti di preventivo carattere le probabilità. Nel primo il caso della incertezza è raro: nel secondo frequente. Giunti a

CAPITOLO XVI.

De' processi misti.

Sia che la forma accusatoria del giudizio penale fosse nella infanzia della società strettamente connessa con quella che assumeva la guerra che la privata vendetta suscitava tra l'offeso ed il proprio offensore: sia che questa forma si presentasse alla mente umana come la più naturale, e più semplice a decidere una controversia tra due l'uno de' quali asseriva l'altro o negava o asseriva inferita con dritto l'offesa, come nel giudizio civile per la natura medesima delle cose si manifesta tra chi asserisce il dritto, e colui che lo impugna: sia che questa forma voglia considerarsi come essenzialmente inerente alla democrazia, nella quale ogni individuo ha dritto di farsi persecutore dell'infrattore dell'ordine: è certo che questa forma di giudizio penale ha seco inseparabile il presupposto, che la difesa della pubblica sicurezza sia un sentimento, un bisogno il quale ha in tutti i cuori un'arme per mantenerla.

Appena questo dato viene a mancare la storia pittrice fedele de' fenomeni della morale natura dell'uomo mostra la decadenza del processo accusatorio, e il sorgere o più pronto o più tardo dell'inquisitorio sulle sue ruine. Ma questo cambiamento, come ogni altro che accada nelle forme costitutive del sicuro viver civile, abbandonato per lo più alle vicissitudini della forza, ed alle opinioni che s'imbevono dei pregiudizj che ella suole ispirare, si fa saltuariamente, di rado con saviezza, con danno or maggiore or minore della giustizia sempre. I bisogni de' misti governi, opere incensurabili della natura quando sono il frutto delle antiche vicende d'un popolo, lavori contraddittorj, ed aerei quando si presentano come parto di filosofici divisamenti d'uomini i quali si lusingano di combinare nello stato le forze colla facilità con cui combinarono nella lor testa le idee, esercitano una poderosa influenza sulle forme del giudizio penale alterandone la razionale struttura, ed intrudendovi quell'erroneo criterio il quale confonde tra loro le guarentigie politiche colle giuridiche.

---

questo punto convien fare un computo nuovo. Il primo valutando l'indizio si espone a mandar l'innocente al supplizio; e che il *Jury* cammini sull'orlo di questo precipizio la legge stessa lo dice dando al giudice magistrato il potere o di sospenderne le dichiarazioni, o di sospenderne le condanne. Cottu *De l'admin. de la justice en Anglet. chap. 3. pag. 70.* e il suo annotatore *pag. 62. not. 32.* Il secondo non valutando l'indizio, lascia sempre aperto il campo a dar riparo alla innocenza ingiustamente accusata.

Così il processo accusatorio antico nel suo declinare presenta le vicende medesime del moderno allorchè si è preteso di trasportar questo dal suo paese nativo in diverso paese facendolo succedere or con maggiore or con minore mistura all' inquisitorio, cui si è fatto il rimprovero d' essere invenzione di men culti giuristi diretta a servire un arbitrario potere.

Il più pronunziato, e segnalabil carattere dei processi misti consiste nel collocare tutta la forza del processo inquisitorio in chi accusa, e tutta la forza dell' accusatorio in chi giudica: combinazione funesta alla civil sicurezza, perocchè la inquisizione, di cui è investito l' accusatore non può essere in lui guidata dal rigor dell' analisi giuridica, e la convinzione intima, di cui è data al giudice magistrato la facoltà non può aver le guarentigie che ella ha nel giudice popolare.

Il più funesto donativo, che il dritto romano abbia fatto alla specie umana, che ne fu per tempo lunghissimo governata, è il misto processo, di cui quel dritto conserva ancora se non l' intero sistema almeno non affatto cancellate le tracce. La saviezza del dritto privato quale uscì dalla penna de' Romani giureconsulti non sarebbe congettura valevole di quella del pubblico configurato a norma de' loro temporarj interessi dagli Imperatori di Roma. L' impero romano non rappresentò mai con esattezza una forma certa, e stabile di governo. Il maggiore o minore valore guerriero degli uomini, che vestiron la porpora: il lor personale carattere quando più quando meno amico della umanità, e della giustizia: la diversità delle opinioni sul conto in cui erano da tenersi gli uomini al loro dominio soggetti: furono altrettanti principj di azione i quali per intervalli infusero l' anima del dispotismo nelle forme cadaveriche della repubblica. In questo sconvolgimento di cose nacquero quelle strane misture d' accusa, e d' inquisizione le quali più o meno servirono di modello ai misti processi della età nostra.

I due qui sopra divisati caratteri de' misti processi incominciarono a manifestarsi lentamente, e per gradi nel giudizio penale, che formò dritto sotto gl' Imperatori romani. Le lodi, che un grande scrittore ha date ai primi bagliori del processo inquisitorio a Roma allorchè ando gradatamente spengendosi l' accusa volontaria (1), debbonsi considerar

(1) Ved. il *lib. 1 cap. 14. §. 2. in not.* Il ministro Peel fece alla Camera de' Comuni la proposizione di ammettere nel processo penale un' accusator pubblico col nome di *Lord Avocate* come esiste in Scozia. Il Professor Birnbaum *Coup d' oeil sur le droit criminel de la Grande-Bretagne pag. 216. not. 1.* osserva, che non sarebbe stato questo introdurre il processo inquisitorio. Sarebbe stato però dare all' accusa tutta la

compartiti alla necessità non alla scelta: perocchè l'accusa *necessaria o d'uffizio* d'invenzione d'Augusto (1) e liberata in seguito dalla *iscrizione*, e perciò dalle conseguenze della calunnia, fu una forza mostruosa, e terribile, dalla quale la innocenza dovette a stento potersi salvare. L'*Irenarca*, il *curioso* lo *stazionario* libero nelle sue corse per le provincie: investito del formidabil potere di arrestare i rei, e di compilare a suo grado gli *elogj* (2) co' quali gl'inviava legati, e già divenuti quasi suoi schiavi gli accusava al Preside, ed al Proconsole, differiva poco da un mastino, che il padrone scioglie onde sia libero di afferrar col morso chiunque incontra per via. Il giudizio penale incominciando col moto di forza si smisurata esaurivasi in quello di una forza ancora più smisurata nel poter giudiciario che il principe aveva a se riservato (3). Come tra le produzioni micidiali della natura credesi che un veleno sia medicina d'un altro, la tortura colle regole di applicazione che ne introdussero i giureconsulti salvò dalla morte l'uomo, a cui ella aveva barbaramente infrante, e logorate le membra. Forse gli scempj, che la storia rimprovera ai delatori, ed ai principi, che più loro furono amici, debbonsi con miglior critica attribuire a questo mostro di giudizio penale, che andò progressivamente crescendo.

Quanto è facile per la semplicità delle sue forme a comprendersi il processo accusatorio altrettanto per la sua dottrinale struttura è difficile ad esser compreso l'inquisitorio. La necessità lo consiglia: la ragione ha gran fatica a ravvisarlo come sistema. Fino a' dì nostri è al processo inquisitorio rimproverata la contradizione di racchiudere l'accu-

---

forza della inquisizione senza i temperamenti, e le regole che la tengono in discreti confini. Ma il buon senso inglese non adottò questa novità legislativa. Ecco a che conduce la mania dello studio, e del confronto delle leggi degli altri paesi. Il Portogallo ha un *promotor di giustizia*. Pereira, e Sousa *Sobre e processo criminal.*, *Lisbon. 1820.* Il Brasile lo ha *Codigo Brasiliense Rio Janeiro 1812.*, La Spagna ha un *procurator fiscale. Gazett. des Tribunaux an. 1826. num. 463.* Un ministero pubblico è nelle colonie Francesi alla Guadaluppa *ibid. num. 464.* Un avvocato fiscale è stato stabilito nelle colonie Inglesi, una volta Olandesi. *Report on the criminal law at Demarara Lond. 1821.* Al Ceylan gl'Inglesi hanno aggiunta al Jury una carica eguale a quella del *Lord—Advocate* di Scozia *Revue Encyclop. vol. 31. pag. 5. et seq.* A che rilevano tutti questi esempj onde esaminare se la istituzione ha combinazioni di politica, e di giustizia? Mi duole d'andar contro alla opinione d'un uomo che io altamente stimo. Birnbaum *Coup d'oeil sur le droit crimin. de l'Anglet. Bibliothèque du jurisc. etc. pag. 203.* Ma non mi rimuovo da quel che io già dissi nell'*Introduzione pag. 15—17.*

(1) Vedasi qui addietro a *pag. 24. n. 3.*
(2) Ant. Math. *Ad lib. 48. dig. tit. 14. cap. 1. n. 2.*
(3) Vedasi qui addietro a *pag. 95. n. 2.*

satore, ed il giudice in una sola persona (1): rimprovero, il quale parte dalla petizione di principio, che il giudizio penale non possa avere altra forza impulsiva, che quella che ad esso comunica un accusatore: come il civile altra non ne può avere che quella che ad esso l'attore comunica.

A questa petizione di principio è dovuta la invenzione d'un uffizio fiscale, parto d'età, che poca illustrazione gli somministra: tentativo di una forma più regolare, e più nobile di quella che i Romani avean data all'accusa necessaria: istituzione, che il Toscano legislatore schiantò come pianta di semplice ingombro dal suolo ov' ella avea antiche, e venerate le sue radici (2).

Ma una istituzione più generosa, più sublime e più splendida nacque ad accreditare l'accusa necessaria, e a dar nuova vita al processo penale misto in un epoca, ed in mezzo ad un popolo ove la costituzione de' tribunali, che si reputavano fino a certo punto poteri politici nello stato, potè autorizzarla. In realtà, dato un consenso di giudici, i quali per il titolo della loro inamovibilità affettino parte del potere sovrano nel poter giudiciario riputandolo inerente alla lor carica, non resta al principe altro mezzo per non perder tutto che quello d' impadronirsi di tutta la polizia dello stato, e farsi padrone della iniziativa del giudizio penale (3).

In questo stato di cose scema in parte la contradizione,

---

(1) Birnbaum *Coup d' oeil sur le droit crimin. de la Grande Bretagne*, *Bibliothèque de jurisconsulte etc. vol. 1. pag. 624.*

(2) Fu soppresso il promotore fiscale *L. 26 Maggio 1777.* Il signor Cottu non ostante la sua ammirazione per le istituzioni inglesi, trova in esse il difetto di non avere un *pubblico accusatore. De l' administr. de la justice en Anglet. pag. 38.* Il signor Rey *Op. sopr. cit. vol. 1. pag. 130. vol. 2. pag. 184.* attribuisce all' assenza d' un accusator pubblico molti de' più importanti diritti de' quali godon gl' Inglesi. Il signor Goenner *Archivj del dritto crimin.* Mittermaier *vol. 7. pag. 466.* si dichiara contro l' accusator pubblico. Il signor Colquhoun *Police of the Metropolis pag. 539.* reclama questa istituzione. Niuno ne pondera le relazioni colla forma del giudizio penale.

(3) Non può ammettersi che romana sia la istituzione del *ministero pubblico*, e le leggi che a questo effetto vengono citate non ne presentano le tracce. Scrissero sulla origine storica di questa carica Pietro Dolce *Origine, e attribuzioni del pubblico ministero ec. Brescia 1813. pag. 19.*, Maurer *Histoire des instit. judiciaires d' Allemagne §. 14.*, Meyer *Esprit, origine etc. des instit. judiciaires vol. 3. pag. 360.*, il quale ne fa un grande encomio senza curarsi di ponderare se nel concetto di questa istituzione vi sia equilibrio tra il principio politico, e il principio di giustizia, Mueller in un' opera pubblicata a Lipsia nel 1825 di cui il *nuovo archivio del dritto crimin. vol. 8. pag. 187.* La sostiene creazione originalmente francese Henrion De Pansey *De l' autorité judiciaire dans les gouvernements monarchiques chap. 7.*

che il processo misto presenta sempre pel principe che accusa avanti giudici, i quali giudicano nel di lui nome, e fa grazia di quelle condanne, che egli medesimo come accusatore sollecitò: contradizione che nel processo inquisitorio non si ravvisa.

Partendo da questo punto giova considerare le molte, e varie misture, alle quali in un epoca fertile in legislativi progetti come la nostra, è stato esposto o forzato il processo accusatorio moderno: onde ponderare se ogni grado di quelle misture sia divenuto o un titolo di perfezionamento, o un titolo di degradazione per esso.

Il primo tentativo fu quello, il quale trasse il *Jury* da un paese di dritto *non scritto* a un paese di dritto *scritto* assegnandogli le sole materie penali, e interdicendogli le *civili* (1): di guisachè quel processo assuefatto a respirare un' aria dovette trovarsi costretto a respirarne una nuova del tutto, e nato con due polmoni dovette perderne uno. Ma poichè la libertà, che d' ogni lato il processo accusatorio respira, ha una grande superiorità sul tedio a cui lo studio del dritto scritto condanna, ella divenne il criterio di tutte le menti, le quali non si accorsero, che nel paese di dritto scritto il comporre per la più giusta e più comoda cognizione del giudice popolare le questioni miste di fatto, e di dritto del giudizio penale diveniva impresa più difficile, ed ardua di quel ch' ella sia in un paese regolato dai costumi e dagli usi (2). La natura mal tollera, sia nell'ordine fisico sia nel morale, che le sue leggi vengano alterate dal capriccio degli uomini. La introduzione del *Jury* nel paese di dritto scritto nocque alle guarentigie, che offre nel giudice lo studio della giurisprudenza, e non forni quelle, che a quella istituzione son proprie.

Ma quasi il processo accusatorio moderno uscito dal proprio elemento dovesse perdere una gran porzione della pro-

---

(1) Il signor Meyer *Esprit, origine etc. des instit. judiciaires vol. 4. pag. 449.* come avea dichiarata una *vana formalità* la unanimità così dichiara di poca importanza il togliere al Jury le materie civili. Anco il Globig col suo criterio de' processi misti ammette, con certa repugnanza però, il Jury nelle materie penali, ma lo vuol bandito dalle civili. *Censura rei judicialis etc. part. 1. cap.* 3. §. 20. Questo punto di controversia relativa al Jury è stato nuovamente discusso dal signor Royer Collard *Introd. aux lettr. sur la cour de la Chancell. en Anglet. pag. 43.*

(2) La ragione ne è evidente. Il costume è più docile del dritto a passare sopra a certe questioni, le quali per esser sottili non è meno necessario alla sicurezza individuale, e alla giustizia il risolvere rettamente. In Inghilterra la legge ha così poca influenza sulla sorte dell' accusato, che i giudici sono autorizzati a punire ancorchè non vi sia legge la quale dichiari il fatto punibile. Hume's *Comment. vol. 1. pag. 12.*

pria vitalità, appena giunto in paese non suo, si vide privo del suo criterio caratteristico: spogliato cioè del principio della unanimità de' suffragj, e mutilato dal diverso principio, il quale concedeva ai cinque sesti il vigor di sentenza (1): principio spurio contrario alle regole dell' aritmetica, ed a quelle del dritto: contrario alle prime perchè se nella eguaglianza de' numeri la legge si decide per la innocenza dell' accusato, essendosi adottato il principio della maggiorità non si sa comprendere come in dodici per vincere il due sia necessario il dieci, nè il sette debba vincere il cinque: contrario alle seconde perchè la indole delle questioni di dritto è tale, che conviene in esse per vederle decise contentarsi della semplice maggiorità (2).

Un potere nuovo nella città è di sua natura inclinato a ottenere coll' accortezza ciò che sarebbe imprudente troppo conquistar colla forza. Il *Juri* ha nella intima convinzione un' arme formidabile, che sotto regni tirannici ha spesso versato il sangue dell' innocente (3). Il primo tentativo, che un

---

(1) Aignan *Histoire du Jury chap. 28. pag. 266.* Il signor Cottu *De l' administration de la justice en Angleterre pag. 281.* osserva che nell'anno 5. s' incominciò a praticare il principio della unanimità, la quale perseverò fino al 1808.

(2) Il fatto ha un valore assoluto perchè se è fatto *fisico* i sensi ne fanno fede: se è fatto *storico* i presenti lo hanno potuto discernere qual esso è. Il dritto nella sua applicazione non può avere un valore assoluto. Quattro occhi vedono un fatto nel modo medesimo: due menti possono esser discordi nell' applicazione d' una regola di dritto. Hilliger *Ad Donell. lib. 1. cap. 16. not. 2.* Quindi il dritto romano adottò il principio della maggiorità. Dig. *Lib. 48. tit. 8. l. 20. 21.* Il giureconsulto Paolo *Recept. sent. lib. 4. tit. 12. §. 5.* non altera questo principio allorchè figurando il dissenso di due condomini sulla sorte del servo comune stabilisce che il più mite parere dell'uno de' due dee preferirsi onde il Nani *Principj di giurisprudenza criminale pag. 78.* mal si appoggia a quell' autorità per fissare la necessità del numero pari de'giudici. È stato già osservato che il calcolo di Minerva allora è adottabile quando le due questioni del fatto, e del dritto sono riunite insieme, e vengon decise da giudici i quali non son tenuti ad osservare ne' loro giudicati regola scritta di dritto. Sopra altri critici dati, ma con risultati medesimi conclude per la pluralità nelle materie di dritto il Sonnenfels *Sopra la maggiorità de' voti nelle cause criminali §. 4.*

(3) Si citano con orrore i regni di Eduardo IV, Enrico VII, e VIII, Maria, Elisabetta, Carlo II, Giacomo II, relativamente ai quali Hume si esprime « *Trials were mere formalities* ». *History of England vol. 3. p. 22. 26. 28. v. 4. pag. 31.* Nel regno di Enrico VIII settantaseimila individui furono mandati al supplizio, fra i quali è più specialmente compianta la sorte dell'infelice Tommaso Moro. La Regina Elisabetta, non avendo un Jury voluto fare a suo modo lo fece imprigionar tutto intero. Luden *Cours de droit crimin. etc. annales de legislation etc. vol. 1. p. 330.* ove in appoggio di questa trista verità si cita la raccolta *of remarquable trials* pubblicata a Londra nel 1765 in due volumi. I signori W. G. Russell, e E. Ryan hanno compilata la collezione de'casi riservati a' dodici giudici, e stati decisi dal 1799 al 1824. il signor W. Moody l'ha con-

poter nuovo si accinga a fare, è quello di trovare un addentellato, per il cui mezzo la intima convinzione de' giudici popolari incominci a comunicarsi ai giudici magistrati, lo che facilmente si ottiene mischiando gli uni cogli altri col pretesto che la *dottrina* di questi illumini la *coscienza* di quelli (1). Fatto questo primo passo, ed assicurato così in apparenza l'ascendente della dottrina, e della esperienza sulla ignoranza e la inesperienza è più pronto e più facile l'altro di avere una magistratura la quale supplendo il *Jury*, di cui si è il legislatore disfatto, si dimentichi la dottrina, e d'essa faccia agevol baratto colla libertà della intima convinzione (2).

Questo piano d'ognor più crescente perfezionamento può progredire più oltre e giungere al punto d'impiantare l'accusa necessaria con tutto lo splendore che la circonda nel tronco dell'inquisitorio processo, il quale legislativo divisamento merita un separato esame, e distinto.

CAPITOLO XVII.

Alcuni cenni sulla incompatibilità de' due processi accusatorio, ed inquisitorio.

Come la natura ha posti insuperabili limiti i quali impediscono che alcune specie, sebbene per la loro esteriore conformazione simili tra di loro, possano insieme promiscuarsi e formar razze neutre, così un eguale economia sembra impedire che alcuni legislativi sistemi possano insieme mischiarsi e fornire un genere nuovo colla speranza o di riunire le perfezioni dell'uno, e dell'altro, o di spogliarli nella loro mistura dei difetti che loro sono inerenti. La umana fantasia, di sua natura sintetica sempre, inclina a togliere agli esseri le lor qualità naturali, ed a formare

---

tinuata fino al mese di Luglio 1825. *Crown cases reserved for consideration et decided by the twelve judges of England. Lond. 1825.* In America prima della rivoluzione era nota la frase *innaffiare il giurato* per denotare il modo con cui si giudicava. Balknap *History of New-Hampshire etc.*

(1) Vedansi le osservazioni, che sul codice di procedura penale francese del 1808. hanno scritte Meyer *Esprit, origine etc. des instit. judiciaires vol. 4. pag. 452*, il quale giunge a chiamarlo *un tessuto di perfide insinuazioni*, Aignan *Histoire du Jury chap. 34. 35.*, Dupin *Observations sur plusieurs points importants de nôtre legislation criminelle*: lo stesso scrittore nell'altra opera *De la libre defense des accusés*: Berenger *De la jurisprudence criminelle en France.*

(2) Tutti conoscono la favola, la quale ha per titolo « *l'uomo, il cervo, e il cavallo* », si può dire relativamente a quest'ultimo artificio legislativo

« . . . *Quid rides? mutato nomine de te*
« *Fabula narratur.*

esseri nuovi che riuniscano le qualità più disparate tra loro: ma fatalmente la ragione umana tanto più và soggetta all'orrore quanto più si avvisa d' imitare la fantasìa.

Trattandosi di misti processi chi non si accorge, che le forme che essi fanno assumere o all' *accusatorio*, o all' *inquisitorio*, due specie del medesimo genere, e pur amendue di proprio e distintivo lor genere, non debbano necessariamente nelle loro innumerevoli e spesso fantastiche combinazioni o essere, o apparire essere in tale o tale altra legislazione Europea? O la scienza non ha dritto di parlare de' processi misti, o se lo ha non è da credere che ella, discutendo le lor varie combinazioni, e alcune d' esse fortuitamente in tale, o tale altro paese incontrandosi, abbia inteso abbandonare le veste di scienza ed abbia voluto indossar quella della censura.

Non è nuova la opinione, che l' *accusa* e la *inquisizione*, sebben possano formare alternativa tra loro, pur non possono o insieme cumularsi o l' una proseguire dove l' altra resti interrotta (1). Ma questa opinione, avendo la sua origine e il suo fondamento in un principio di equità favorevole all' accusato e non essendo desunta dalla indole propria de' due processi, non può avere un gran peso. Oltracciò i pratici che la professarono non poterono essegnarne le vere ragioni come quelli, che parlando dell' uno, e dell' altro processo ne conobbero lo sole forme esteriori, nè ne conobbero le spirito sempre o nel principio (2) o nel fine (3), erroneamente parlandone.

I due processi con difforme spirito non potrebbero aver compatibili forme, e il solo suono del nome ne persuade: imperocchè l' accusa è voce designativa di atto iniziale di *controversia* (4): la inquisizione è voce designativa di atto

---

(1) Carpzov. *Prax. rer. crim. Saxon. part. 3. quaest. 107. num. 44. 57* Aemil. Lud. Homberg Zu Vach *de diversa indole process. inquisit., et accusat. Marburgi 1754* §. 25.

(2) La discordanza de' pratici nel fissare il vero carattere dell' uno e dell' altro processo è notata dal Cavalier Cremani *De jur. crimin. lib. 3. cap. 6.*

(3) Homberg Zu Vach *De divers. indol. process. inquisit., et accusat.* §. 3. ammette la diversità de' due metodi eccetto il *fine*, che suppone ad amendue comune: errore gravissimo perchè all' opposto la differenza consiste appunto nel fine cioè nel modo di sentenziare. Birnbaum (*Coup d' oeil etc. pag. 523.* adotta la definizione del Glober, che dice ricevuta dai giureconsulti della Germania « *processus inquisitorius dicitur cum judex personam actoris, et judicis substinet* », errore più grave d' ogni altro conforme fu qui addietro notato *pag. 107. not. 3.*

(4) Se si dovesse seguire la etimologia di Prisciano e credere che accusa deriva da *cudo*, o *cuso* non vi sarebbe differenza di significato tra la parola *accusa*, e *inquisizione*. L' Hotomanno ristabilì la vera etimologia della

d' una *ricerca*, che non può avere nè controversia, nè lite. Il processo accusatorio si presenta e dice « *asserisco* » (1) l' inquisitorio si presenta e dice « *rintraccio* » (2). L' uno ha nell' animo la certezza: l' altro vi ha il dubbio. Come lusingarsi che due sistemi di sì diverso carattere possano fare alleanza tra loro.

Se l' accusatore asserisce il reo deve negare, dal che nasce appunto la controversia, la lite, la giudiciale battaglia tra l' uno e l' altro. Or questo inevitabile stato di cose presuppone eguaglianza tra i due litigatori. La invenzione d' un magistrato accusatore d' uffizio snatura totalmente l' accusa, altro non restandone che il nome o per derisione della cosa, a cui esso non è altrimenti più riferibile, o per meglio coonestare il nuovo oggetto a cui viene abusivamente applicato.

Il giudizio penale nel primo suo sorgere nel primo sintoma di moto, e di vita che dà è nell' alternativa o dell' accusa o della inquisizione: vale a dire o che l' accusatore ammassi le prove che può, o che il giudice istituisca analiticamente l' esame delle circostanze, che gli vengono denunziate come idonee a farne soggetto. Se l' alternativa è rotta per il primo espediente la sua influenza dee esercitarsi sull' andamento del processo fino alla fine: come dee pur avvenire se l' alternativa è rotta per il secondo.

Nel primo caso il giudice dee ricever la prova come l' accusatore gliela presenta, e sia pure ammassata, incomposta qual esser si vuole. Ridicolo in questo caso sarebbe il pretendere che sotto la influenza d' un magistrato che altro ufficio non ha che quel di accusare la prova fosse rintracciata con metodo, e con rigore analitico, espediente il quale esige la imparzialità, e la guarentigia della fede pubblica d' un redattore a ciò destinato. In fatti in alcuni luoghi ove sulla tela inquisitoria degli atti si è voluta innestar l' accusa d' uffizio, quasi siasi sentita la forza di queste ragioni, il magi-

---

parola derivandola da *causa*. Math. *De crim. ad lib. 48. dig. tit. 13. cap. 1. n. 1.* Comecchè niun si è occupato fin qui di stabilire i veri caratteri di differenza dell' uno, e dell' altro processo, e le idee delle lor forme vanno vagando promiscue nella mente de' più, queste etimologiche indagini sembreranno a taluno minuzie. È stato già osservato l' errore di chi confonde insieme l' *accusa d' uffizio*, e l' *uffizio inquirente* del giudice qui sopra *pag. 162.* Per apprezzare la confusione che regna in oggi in questa materia è da leggersi Birnbaum *Coup d' oeil sur le droit crim. de la Grande Bretagne Bibliotèque du juriscons. et du publiciste vol. 1. pag. 522—525.*

(1) La più precisa, e classica definizione dell' *accusa* è stata data da Cicerone ottimo discernitore in questa materia, e riferita da Ant. Math. *loc. sup. cit.*

(2) L' indole costitutiva dell' inquisizione stà in quella frase « *denunciante fama vel deferente clamore officii sui* » di cui l' autore dell' opera *Elements de la proced. crimin. vol. 1. pag. 126.* Vedasi addietro *pag. 40. num. 1.*

strato accusatore non può ingerirsi della compilazione del processo, nè in qualsivoglia maniera influirvi, lo che, sebbene generoso e giustissimo sia, produce l'inconveniente di renderlo spettatore impassibile di quel che altri fa finchè non giunga il momento in cui debba assumer *parlando* la parte di attore. Per le ragioni medesime è inutile la istruzione scritta: perocchè qual cosa esige la permanenza della scritta parola ove il giudice dee conoscere della prova come il magistrato accusatore a suo talento gliela esibisce?

Il processo accusatorio antico non conobbe giudizio intermedio tra l'accusa, e la sentenza, la quale doveva dar fine al giudizio. Il processo accusatorio moderno ha adottato nel grande *Jury* questo giudizio intermedio. Ma a quale oggetto? A quello di porre un limite alla libertà dell'accusa volontaria. Ove al grande *Jury* si è voluta sostituire una *Camera delle accuse* si è eretto un vano simulacro alla individual sicurezza: ma non si è fatto nulla di reale per la sua causa. Questa istituzione mostra la diffidenza della legge per una carica istituita da lei, e alla quale ella ha concessa una indefinita fiducia. Come non contraddizione siffatta? E crescerebbe la contradizione se la istituzione volesse innestarsi sul processo inquisitorio: perocchè ella farebbe supporre che il compilatore degli atti può togliere al *segreto* le guarentigie delle quali lo ha circondato la legge: che non esiste un metodo il quale religiosamente osservato conduce per le sue forze alla scoperta del vero: che un uomo può esser sottoposto al segreto a mero capriccio del propro simile, senza enumerare i più gravi inconvenienti di simile istituzione.

Nel secondo caso la serie degli atti, i quali esibiscono l'origine, e l'incremento della prova nell'ordine analitico delle circostanze idonee a fornirla contengono tutto ed intero il campo su cui la critica e la giurisprudenza del giudice si dee esercitare. Se l'ordine analitico viene interrotto: se vi s'intrude un atto, che ne rompa, e ne scompagini la orditura, tutto è alterato, e meglio era non cominciarla. L'indole della ricerca analitica esige la istruzione scritta, senza la quale non ne sarebbero discernibili le orme. Se fra mezzo alla istruzione *scritta* si frammischia la *orale*, e che il magistrato accusatore debba sostenere o la inquisizione generale, o la speciale colla parola, si collocano due incompatibili cose l'una allato dell'altra: la istruzione scritta, che vuol esser citata a ogni pagina: la istruzione orale, che non può soffrir quest'angustia. Se Cicerone, ed Ortensio avessero dovuto dissertare sopra un volume scritto anzichè sulla prova spiegata nella sua originalità al cospetto del giudice, la eloquenza latina non si glorierebbe di quei due grandi nomi. Altronde il giudice come potrebbe seguire la istituzione orale nella bocca dell'accusatore, e del difensore, se tutta la sua

attenzione è per così dire inchiodata all' esame analitico della prova nello scritto processo ? (1)

La incompatibilità dell' accusa colla inquisizione sussisterebbe pur sempre ancorchè questa conservasse la istruzione scritta fino alla decisione della causa. Il processo analitico presenterebbe nelle scritte sue pagine tutti gli elementi della prova dal primo loro presentarsi negli atti fino alla configurazione completa. L' esame *piano* gli presenterebbe nel loro primo stadio : l' *obiettivo* gli presenterebbe nel secondo (2). Gli *articoli inquisizionali* come posizioni di fatto , e come logico resultato dell' esame obiettivo stabilirebbero gli argomenti critici della reità dell' accusato : la inquisizione speciale ne stabilirebbe la conclusione contro di lui (3). Tutto in questo sistema quanto alla prova sarebbe condotto al suo termine per il convincimento del reo. Non vi sarebbe bisogno dunque che un accusatore si sforzasse di provare quel che il processo già prova , e che egli altro far non potesse se non dare un inutile urto alla spada, la quale ha già trafitto il petto dell' imputato. O conviene abbandonare affatto il processo inquisitorio , o bisogna abbandonare affatto l' accusa : perciocchè se il primo è bene ordito altro non lascia da fare, che ben ponderarlo nell' interesse della difesa qualora le strette, nelle quali pone il reo , non fossero in tutto legittime, e condotte come le regole di ragione prescrivono.

La incompatibilità dell' accusa d' uffizio , e della inquisizione si fa ancor più grande nel sistema del legislatore Toscano. In questo sistema l' accusator pubblico interviene nel processo inquisitorie come parte accessoria non come controparte del reo : v' interviene al solo effetto di rispondere della calunnia qualora nel caso di assoluzione dal delitto non sveli chi gli fornì le notizie per accusare (4). Se ad un accusator pubblico di questa tempra , tratto dalla classe degli agenti della polizia; si volesse aggiungere un accusator pubblico magistrato, e rappresentante la prerogativa del principe, come sarebbe sacrilego sospettar di calunnia il supremo capo della nazione così sarebbe inammessibile questo sospetto contro il suo delegato il quale cuoprendo colla autorità

---

(1) Di qui avviene che dove così si pratica la discussione orale è una vana formalità, e la causa debbe essere stata decisa da' giudici avanti che ella entri negli orecchi del pubblico.

(2) Queste voci sembreranno nuove per certo a chi non conosce il processo penale Toscano: ma queste voci dimostrano come tra noi alle *strette* nelle quali poneva il reo la *tortura* sono state sostituite quelle nelle quali lo pone il *ragionamento*. Vedasi Paoletti *Istruzione per compilare i processi ec. §. XI.*

(3) Il Paoletti non è sì esatto nella nomenclatura. Vedasi cosa io ne dissi *Element. jur. crimin. lib. 2. §§. 566—567.*

(4) Cod. Leopold. *art. 1.*

l' accusator subalterno lo renderebbe partecipe della propria immunità, e toglierebbe così all' accusato la guarentigia che gli concesse la legge.

Qualunque giudizio penale debb' esser finito dalla sentenza, ma il modo di sentenziare varia nella forma o accusatoria, o inquisitoria, che ad esso ha data la legge. L' asserzione dell' accusatore per la sua dialettica indole deve essere o vera o falsa: la ricerca può avere ottenuto un cumulo or maggiore, or minore di probabilità: l' accusa esige una sentenza *definitiva*: la ricerca può ammetterla *decretoria*. Non vi ha umano ingegno, il quale possa conciliare queste diverse cose tra loro. Se si ammette la sentenza decretoria per tenere in sospeso l' accusa oltre al violare le regole le più note del dritto (1) oltre all' implicarsi in un contrasenso, si tien sospesa sul capo dell' accusato la spada di Damocle se si rifletta all' enorme potere di cui nel processo misto è investita l' accusa, nè si sà se egli come sospetto debba passare sotto la vigilanza dell' accusatore il quale appartiene agli stabilimenti della giustizia, o sotto quella d' un magistrato di polizia. Se si ammette la sentenza definitiva come termine della inquisizione, sono in questo sistema perduti tutti i vantaggi di preventiva difesa che essa somministra colle varie formule indicative di tutti i gradi possibili del sospetto (2).

I mezzi di prova nell' uno e nell' altro processo presentano la stessa incompatibilità. Se il processo accusatorio ammettesse la sola prova *legittima* per la confessione del reo, e per il deposto di due classici testimonj contesti rari sarebbero i casi, ne' quali si potrebbe intraprendere con lusinga d' un esito favorevole. Per questo motivo l' accusa ha avuto bisogno d' una latitudine grande ne' mezzi di prova, e quindi della intima convinzione del giudice per darle se non un titolo almeno un pretesto qualunque. Agitandosi in questo sistema la questione tra l' attore, ed il reo, e non differendo il giudizio pubblico dal privato (3) la legge non ha dovuto curare tale o tale altro mezzo di prova, lasciandone a due litigatori la scelta. Se il reo aveva contro di se la prova *congetturale accumulativa* egli l' aveva anco a proprio favore: nè per concludere la propria innocenza gli era mestieri di addurre una prova perfetta e completa: perocchè indebolendo per qualunque via la prova addotta dall' accusatore contro di lui otteneva la sua assoluzione plenaria, nè la sua sorte restava in sospeso con una assoluzione decretoria. Se

(1) Vedasi qui addietro a *pag. 128. n. 1.*
(2) Vedasi il precedente *cap. XIII.*
(3) Vedasi qui addietro a *pag. 34.*

in questa forma di giudizio penale fossero adottati colle pene *straordinarie* temperamenti diretti ad ottenere colla certezza della punizione vantaggi veri e reali in luogo degl' imaginarj e fantastici che si sperano dal suo esemplare rigore, non potendosi aver negli atti, e nella loro analitica compilazione la prova di questo utile temperamento, nascerebbe il sospetto d' una capricciosa condanna e la pena straordinaria meriterebbe tutti i rimproveri che i parteggianti del vero assoluto le fanno. Se il processo inquisitorio ammettesse oltre alla prova legittima per la confessione del reo, e per il deposto di due testimonj anco quello per mezzo d' indizj, non potendo la legge avere nelle circostanze di fatto che gli somministrano una norma ricorrente, e costante su cui modellare una regola di fede giuridica, converrebbe che ella si abbandonasse alla intima convinzione dell' uomo, e così non potendosi nelle pagine del processo e nel loro confronto perpetuo colle massime di ragione leggere il motivo di condanna il reo verrebbe a perdere la guarentigia, che in questo metodo gli ha promossa la legge. Imperocchè chi legge la intima convinzione del giudice, e chi può stabilirne la rettitudine e la giustizia riducendola a massima critica, o razionale, lo che forma la indole della regola dalla legge prestabilita?

Non si può fare un passo in questa fantastica, e luttuosa materia de' processi misti che non s' incontri una contradizione. Fu altrove osservato, che ogni processo è una combinazione di forze più o meno temperate dalla giustizia: che il processo accusatorio rappresenta la forza delle *persone* e l' inquisitorio la forza degli *atti*. Le persone son le forze dell' uomo, e per equilibrarle conviene ben ripartirle. Gli atti altro non sono che le forze della legge, nè hanno bisogno di combinazioni che le equilibrino: concepiti come ordigni indagativi del vero: espressi in formule razionali, delle quali la giustizia si forma, restano sempre ed inalterabili nel modo con cui furono dalla mente creati.

Ma la forza ha una grande preponderanza sulla ragione. Il rumore, le forme regie sotto le quali la prima si spiega nell' accusa collocata nelle mani di un magistrato, illudon le menti le quali inclinano facilmente a credere che il colpir forte sia colpir giusto. Non si fa riflessione alla infallibilità de' metodi analitici nella ricerca d' una verità di fatto: si perde di mira il grande principio del Toscano legislatore, che val più la opinione della certezza della scoperta in tutti i gradi, co' quali il processo inquisitorio segnala l' indizio, o il sospetto, che quella del rigor della pena, che il processo accusatorio sempre promette, e dee per non screditarsi promettere sempre: perciocchè finir la causa con un colpo debole proporzionato alla prova scredita la forza che si è proposta di darlo forte, e proporzionato al titolo del delitto. A-

dottato una volta il criterio della forza, quello della saviezza è perduto. Le imponenti forme del processo accusatorio misto si reputano le sole adattate a supplire ai nuovi bisogni, che facilmente s' immaginano nella società umana. In un secolo, che sembrerebbe dover' essere il più favorevole a' metodi indagativi del vero, e alla dolcezza delle punizioni, accade tutto il contrario prevalendo le opinioni, le quali bene apprezzate altro non sono in realtà, che alla forza le più favorevoli.

Questo criterio della forza ne' processi misti si fa specialmente nella formazione del giudice. Il processo inquisitorio con procedimenti tutti di dritto si contenta di pochi giudici purchè essi siano giureconsulti di vaglia: perciocchè ogni lor possibile errore in materia di dritto è facilmente scoperto. Il processo misto crede di supplire la saviezza col numero: spediente necessario alla intima convinzione, la quale altro non è se non umana testimonianza onde un numero maggiore di testimonj dà miglior garantia che un minore. Ma questo sistema, miscuglio infelice del processo accusatorio, e dell' inquisitorio, del senso comune del giudice popolare e del senso legale del giudice magistrato e giureconsulto; unisce alle placide cose le immiti, e marita agli uccelli i serpenti, e gli agnelli alle tigri (1).

Questo sistema o dà in tutto la intima convinzione al giudice magistrato, o divenendo eziandio più mostruoso, e contraddittorio obbliga il giudice magistrato al calcolo giuridico della prova fino a certo suo grado, ed oltre a quello lo investe del potere di dirsi senza norma di legge convinto. Questo secondo e più mostruoso passo del processo misto si sarebbe verificato nel processo del legislatore Toscano se l'articolo 110 della sua riforma avesse lasciata sussistere la legge d' eccezione, la quale nel concorso d' indizj *indubitati* autorizzava la intima convinzione del magistrato (2).

Il giudizio delle cose *evidenti* non può in modo diverso essere concepito da due sani intelletti. Nelle cose *dubbie* mal si apporrebbe chi pensasse che il giudizio esser dovesse in qualsisia osservatore lo stesso. Gli uomini nel giudicare non partono tutti dal dato medesimo sicchè il loro animo possa supporsi simile alla tavola rasa, di cui ha parlato Aristotile, e il suo stato in equilibrio perfetto simile a quello della bilancia, che immaginò Cicerone. Le abitudini della vita esercitano una poderosa influenza sui giudizj degl' individui. Taluno si crede giudicare con le sole forze del proprio spirito, e giudica colle opinioni che lentamente, e per vie ignote

(1) « *Sed non ut placidis coeant immitia non ut*
« *Serpentes avibus geminentur tigribus agni.*

(2) Vedasi qui addietro a *pag.* 155.

s' insinuarono nel di lui animo. Un grande scrittore parlando del modo, col quale dovrebbe esser composto un consesso di giudici destinato a stabilire il valor degl' indizj preferisce la *sorte* alla *scelta* tenendo più sicura la *ignoranza*, che giudica per sentimento che la *scienza* che giudica per opinione (1). Condonando a quel grande scrittore l' aver egli ammesso e la piena credibilità dell' indizio, e il giudice popolare per averne la costruzione senza distinguere i diversi metodi giudiciarj tra di loro, lo che dee attribuirsi all' imperfetto stato in cui erano in sì implicata materia le cognizioni umane al suo tempo, il suo detto è un originale, e vivo lampo di luce, mostrando come il giudizio dell' uomo del popolo non può esser lo stesso che quello del giudice giureconsulto.

La legislazione inglese ha mostrato, che comunque *dotta* possa essere la intima convinzione dell' *ignorante*, la scienza ha dovuto mischiarsi in questa bisogna, e per salvar l' innocente da tal dottrina adottare il principio della unanimità. Ma finalmente o sia caso o sapere: sia ignoranza o sia scienza: sia effetto di consiglio o di forza: l' unanime consenso di dodici nel credere alla reità, o alla innocenza dell' accusato è un fenomeno, che non appartiene alla classe degli ordinarj, e nella spiegazione del quale il *senso comune*, e la *coscienza* dell' individuo o ha poca o non ha alcuna influenza.

Ma messa a parte la *coscienza*, senza la quale il giudice o popolare, o giureconsulto che sia diverrebbe o un mercenario, o un carnefice, ed esaminando il *senso comune*, dichiarato altrove necessario ad escludere l'alienazione di mente in qualsivoglia cervello (2), questo senso o indagatore, o fatidico sembra dover essere più un fatto che un ragionamento: ed un fatto morale in forza del quale il giudice popolare appartenendo alla condizione dell' accusato e de' testimonj, avendo una esatta cognizione del modo di comportarsi degli uomini della sua classe, possedendo così il segreto d' insinuarsi ne' più segreti recessi dell' animo di chi parla o come accusato o come testimone avanti di lui, ha in questo segreto il mezzo di scorgervi come in tersissimo specchio il vero o il falso di quel che dicono, e il significato infallibile d' ogni lor moto.

Ma questo o credibile,o incredibil segreto dipende tutto dalla *ignoranza*, colla qual voce è da credersi si voglia esprimere la *novità*, che per l' animo del giudice popolare offre ogni causa sottoposta al suo esame, e alla sua decisione.In fatti se egli è un giudice permanente l' uso che egli acquista nel giudicare

(1) *Delitti, e pene* §. 14.
(2) Vedasi il *lib.* 1.

caccia da lui il criterio della ignoranza, e vi sostituisce quello della giurisprudenza onde egli diviene un essere nuovo, nè altrimenti è più quello, che la legge presupponeva.

Le abitudini dello studio, d' una educazione scientifica, il conversare più co' libri che cogli uomini, e più specialmente la consuetudine di giudicare costituiscono il giudice *magistrato* un essere quasi d' una specie diversa da quella del giudice *popolare*. Non sono sperabili in lui i risultati felici della ignoranza, del senso comune, del *sesto* senso fatidico: perocchè egli è detto non ignorante: egli ha un senso particolare che lo studio gli ha infuso: egli ragiona o dommaticamente, o scetticamente, e non indovina.

Se questo stato di cose è inoppugnabile bisogna concludere, che la intima convinzione, essendo legalmente indefinibile: esistendo come fatto nel giudice popolare, è impossibile ad ottenersi come ragionamento nel giudice magistrato.

Niente è difficile all' umano volere: molte difficili cose si presentano all' umano intelletto. Potrà il legislatore se vuole pretendere di riempir la lacuna, che all' applicazione della pena ordinaria lascia la prova indiziaria compartendo l' unico mezzo che vi ha per comporla nella intima convinzione al giudice magistrato, ma così facendo, e volendo con questo mezzo esasperare il suo sistema penale creerà una forza, che niuno saprà definire.

Sonovi per certo alcuni egregj, e dottissimi magistrati, amici della umanità, e della giustizia, i quali, argomentando da sè agli altri, e dai loro personali principj ai legislativi sistemi, siccome meglio e più persuasi come uomini sentirono nel sistema dell' accusatorio processo, e nel modo libero, ed originale con cui esso fornisce la prova poter decidere colla libertà della intima convinzione citano se medesimi per sostenere la pretesa eccellenza di quel sistema. Ma essi comunque dottissimi non possono esser giudici nella lor causa, e la retta maniera, con cui in quel sistema decisero le cause è tutta loro non del sistema: onde per sostenerlo altro non posson citare che loro medesimi. Ma essi sono uomini, egregj invero ed atti a ben giudicare, e decidere in qualunque sistema: esseri mortali, e caduchi però: senza forza di dar guarentigie, che le loro intellettuali prerogative divengano eredità de' magistrati, che loro succederanno. La libertà ha grandi attrattive per tutti: ma ella è un mezzo, e il maneggio de' mezzi per giungere a un fine esige saviezza somma. Se la libertà della intima convinzione è presa come fine, e non come mezzo da uomini; i quali credono di *tutto sapere* allorchè *tutto possono*, niun dirà che quella libertà sia la cosa medesima nelle lor mani, ed in quelle d' uomini i quali misurano il loro potere dal saper loro nell' amministrar la giustizia. La libertà nel giudice popolare è una forza, la quale

ha i suoi temperamenti in un politico ordine di cose, che per tutto non è nè può essere. La libertà nel giudice magistrato diverrebbe una forza, la quale non può avere altro temperamento che ne' limiti che ad essa segna la scritta regola della legge. S' immagini un magistrato, giureconsulto sommo, in possesso della libertà della intima convinzione. Le sue decisioni daranno in *fatto* le guarentigie medesime che il legislatore dà in *dritto*. Il suo scetticismo scientifico nel calcolo della prova procederà come lo scetticismo giuridico della legge. Esso sarà il Pretore Romano, il quale aveva la spada nuda a' suoi piedi ma in tempo delle questioni perpetue non la insanguinava giammai. S' immagini un magistrato, il quale lealmente, e in buona coscienza prenda lo zelo in punire come il sommo apice della giustizia. La scena cambia in un tratto, e come cambj ogni mente può presagirlo.

Se è vero, che l' intimo convincimento caratteristico del giudice popolare tolto dal paese di dritto non scritto, e traslocato in un paese di dritto *scri to* ne infievolisce alla lunga, e ne estingue lo studio (1), è da temere che dando l' intimo convincimento al giudice magistrato questi giunga ad un punto in cui, oltre al credere lo studio del dritto inutile alla giustizia de' giudicati, lo reputi in ultimo anco fatale, e degno d' essere affatto bandito: il quale contagio si facile ad appigliarsi all' animo umano propagandosi dai penali ai giudizj civili può affatto estinguere in uno stato ogni traccia di antica celebrità, che esso abbia acquistata in giurisprudenza.

Ancor più mostruoso è il sistema, il quale obbligando il giudice magistrato al calcolo giuridico della prova onde ponderare se concorra la piena, e legittima nella confessione del reo, o nel detto de' testimonj autorizza il non giuridico della intima convinzione nella indiziaria.

Questo sistema dà alla giurisprudenza, come l' antica mitologia a Giano, due facce: l' una esprimente la fede giuridica: l' altra la certezza morale dell' uomo: con questa differenza però che, dominando la prova indiziaria pressochè tutta la materia del giudizio penale ove non concorrono i due mezzi di prova legittima riconosciuti dal processo inquisitorio, non si sa a qual parte questo essere anfibio o a meglio dir mostruoso debba rivolgere or l' una, ed or l' altra faccia.

Bene apprezzando questo sistema, nato come fu osservato altrove in circostanze calamitose e difficili, e perciò le più atte a sommuovere i più saldi intelletti, si scorge esser esso contrario al comune diritto, e sussistere come legge di eccezione: gettar la contradizione nell' animo del magistrato di

(1) Vedasi qui addietro *pag. 49. not. 4.*

retta coscienza: contener mostruose contraddizioni in se stesso, e nella sua costituzione medesima.

I pratici non soliti a dire che il processo accusatorio è di dritto *ordinario*, e l' inquisitorio di dritto *straordinario* (1), opinione, cui non si saprebbe come qualificare se *storica*, se *giuridica*, se di gius *positivo*, o di gius *razionale*: o se desunta dal confronto del *pubblico* col *privato* giudizio: tanto è vero aver essi ben maneggiato quel che mal conoscevano. Se per dritto straordinario si deve intendere la *legge d'eccezione* ciascuno de' due processi è regola separata, e distinta, nè l' uno forma eccezione dell' altro. Dritto straordinario lo formano i processi *misti* allorchè pretendono d'aumentar la forza dell' inquisitorio mischiandovi l' accusatorio, o il contrario facendo. La intima convinzione è forza del processo accusatorio: il calcolo giuridico della prova impotente a far dell' indizio un titolo di pena ordinaria è forza dell' inquisitorio. Queste due verità emanano incensurabili dal dritto dell' uno, e dell' altro processo, quelle del processo accusatorio trovandosi nelle leggi romane: quelle del secondo nelle leggi canoniche: formando amendue il dritto ordinario o comune dell' una, e dell' altra forma del giudizio penale. Laonde se una legge colloca la forza della convinzione intima, propria del processo accusatorio, nell' inquisitorio, ella forma un dritto straordinario, e induce così una eccezione al dritto comune di questo processo.

La contradizione, che questo sistema getta nell' animo del magistrato, non è meno evidente. Qual sarà nel caso, che egli si senta *convinto* il criterio di verità, sul quale possa riposare la sua coscienza? Egli crederà consultarla, e consulterà la sua scienza, e le proprie forensi abitudini. Ed allora ecco aperti due abissi. Si tratta d'un giudice di pochi lumi, e di molto zelo, di volontà forte, ed energica, mal prevenuto degli uomini, abituato alle condanne frequenti? Egli non consulterà nè la sua scienza, nè la sua coscienza, non avendo nè l' una nè l' altra. Consulterà le inclinazioni della sua volontà, che egli chiamerà giustamente zelo (onde probità, e non zelo è di mestieri alla legge) e condannerà sempre. Si tratta d'un giudice istruito, che abbia acquistato il savio, e moderato scetticismo, che sempre ispirano lo studio, e le scienze: che pianto abbia leggendo la storia dell' error giudiciario a danno dell' innocente: di carattere dolce, ed umano, inclinato a compatire le debolezze degli uomini, ed

(1) Damhoud. *Prax rer. crim. cap. 3. num. 12. 13.*, Carpzov. *Prax. rer. crim. Sax. part. 3. quaest. 103. num. 21.*, Clar. *Sent. lib. 5. §. fin. quaest. 3. num. 4. 5.*

a creder bene di loro? Egli consulterà la sua scienza: sarà dubitativo: e raramente condannerà.

Il sistema è in contraddizione con se medesimo e nutre in se discordanti elementi: per lo che le leggi, che in esso fondaronsi furono sempre fomento o pretesto d' una giurisprudenza interpetrativa contraddittoria, fluttuante, incerta: tale da fornire un' arme micidiale ai nemici del calcolo giuridico della prova il quale portato nella prova indiziaria non per *sottrazione*, ma per *accumulazione* non sa neppure come esprimersi.

Infatti tenendo dietro alla giurisprudenza da quel sistema introdotta ella appare or *mite* or *severa*, ora *incredula*, or *dotta* ora *indotta*, or compagna della *certezza morale della legge* or solitaria nella *certezza morale dell'uomo*, la quale ha talvolta deciso, che due indubitati richiedonsi, e talvolta, che basta un solo: talvolta che la specie del fatto d' onde traesi l' indizio debbe essere dalla legge, e dalla giurisprudenza determinata, talvolta che ciò non è necessario: talvolta, che il *materiale* dee aver la sua prova giuridica separata, e distinta dallo *speciale*, o talvolta, che la certezza morale può abbracciar tutto: talvolta, che l' indubitato tale dee essere *di per sè*, e talvolta che di più *dubitati* può costruirsi. Qual mostro esce da questo inestricabile labirinto? L' arbitrio del giudice senza l' autenticità della legge: onde chi va al patibolo sul testo d' una giurisprudenza: chi vi va sul testo d' una giurisprudenza diversa.

Nè il principio politico guadagna in queste incertezze del principio di giustizia: perocchè i due discordanti tra loro inconciliabili criterj della certezza morale e della fede giuridica, comunicandosi alla difesa o incensurabili titoli della sua buona fede, o pretesti impunibili della sua mala fede, servono ad essa d' arme nel promuovere quelle lunghe, ed intrigate questioni, alle quali la giustizia non può negar la parola, e finiscono col mostrar punito un delitto o dimenticato e reso problematico nella opinione.

CAPITOLO XVIII.

De' tribunali permanenti: del giudice interrogannte, e del giudice decidente: della istruzione orale, o scritta: della pubblicità, e delle sue varie specie.

Niuno di questi oggetti può essere separatamente discusso. Nel processo accusatorio un consesso permanente di giudici convertirebbe l' amministrazione della giustizia penale in una carica, in un privilegio e impedirebbe che il giudice fosse tratto dal popolo: se il reo, i testimonj non rispondessero alla presenza sua, la sua intima convinzione non avrebbe

con che formarsi: se la istruzione fosse scritta, oltrechè renderebbe troppo lungo il giudizio, ella sarebbe inutile per un giudice che deve decidersi su quanto al suo cospetto il reo ed i testimonj depongono: direbbe men dell'orale perchè non potrebbe dipingere la fisonomia, il contegno, il tuono di voce, e tutte quelle impercettibili cose le quali, fuggitive e di dominio più del sentimento che della ragione, scendono a formare la convinzione intima: se la discussione non si facesse al cospetto del popolo il giudizio non avrebbe l'unica guarentigia, che la legge concede al reo alla balìa di un giudice il quale non ha altra remora che la voce della coscienza a commettere una ingiustizia.

Al contrario vanno le cose nel processo inquisitorio e nel sistema della stima della prova, e de' suoi effetti secondo le regole dalla legge determinate. La necessità d'una giurisprudenza, la osservazione, che senza questo addobbo scientifico non è dato di valutare tutto ciò che il titolo del delitto, il suo grado, la sua prova hanno di dritto (1), ha indotto uno scrittore celebre per le sue opere sulle materie giudiciarie a dichiararsi per i giudici permanenti (2). Se la giurisprudenza è necessaria nel giudizio penale molto più lo è in quella sua forma in cui la regola della legge decide di tutto, e tutto riducendo a dritto esclude la divisione del giudizio di fatto dal giudizio di dritto. Questo sistema obbliga di sua natura alla istruzione scritta perchè come applicar la regola di ragione, che stà sempre a limitare la convinzione intima, a parole che fuggono? Di qui nasce una terza necessità. Se la istruzione debb' essere scritta (e scritta debb' essere perchè analiticamente ordita per la prova del *materiale*, e dello *speciale* del delitto, di cui si sono verificate le tracce) è inutile di vedere, o sentir parlare i testimonj ed il reo sia perchè l'udirli di nuovo scompaginerebbe le fila della tela analitica tessuta già nel processo: sia perchè divenuto il processo un opera storica non potrebbe essere altrimenti conculcata da quanto una scienza fisiognomonica potesse arguire dalla presenza, e dall'aspetto degli uni, e dell'altro. Ma sorge da queste premesse una nuova necessità. L'ordine analitico della interrogazione vorrebbe che nè il reo conoscesse ciò che dicono i testimonj, nè che i testimonj conoscessero ciò che ha detto il reo prima delle *contestazioni* che a quelli, e a questi è necessario di fare. Oltracciò la interrogazione scientifica non intesa che dal giureconsulto non può essere intesa dal popolo: onde la sua presenza alla compilazione degli atti, poco favorevole all'at-

(1) Vedansi qui addietro i *cap. VI — XI.*
(2) Bentham *De l'organisation judiciaires chap. 9. pag. 43.*

tenzione che dee prestarvi chi vi presiede, riuscirebbe a lui di poco profitto, di niuna curiosità, e tediosa eziandio, non si potendo nella istruzione scritta formare un processo in una sola sebben lunga seduta. Compilato il processo, se si volesse leggere a una congregata moltitudine che vi potrebbe intendere?

La difesa scritta non avendo come la parlata atteggiamento di guerra tra l'accusatore ed il reo, ma essendo tutta ragionamento, tutta giurisprudenziale, e diretta all'uffizio del giudice deve essere meditata da lui nel silenzio, e nella quiete non in presenza d'un pubblico, al quale per formalità converrebbe leggerla. La sentenza, dovendo essere un ragionamento, che applica una regola legale a tutti i particolari del caso, vuole anch'essa il ritiro del giudice, e qualora fosse letta alla moltitudine, non avendo ella preso interesse alla causa, che non conoscerebbe neppure, la lettura diverrebbe una formalità senza significato. Nè il doverla redigere alla presenza del popolo sarebbe compatibile collo studio scientifico necessario alla sua redazione. Nel processo accusatorio i giudici del fatto esprimono la sentenza con una sola proposizione: il giudice del dritto appena ha bisogno di parlare essendo un mero esecutor della legge (1). Nel sistema della presenza del popolo alla redazione della sentenza sopra un istruzione scritta, e ordita colle regole del calcolo giuridico della prova o converrebbe che i giudici la portassero al pubblico già compilata lo che screditerebbe l'apparato di tutti gli atti pubblici precedenti e contemporanei, o dovrebber i giudici portar seco una biblioteca, o sarebbero astretti a proferire una sentenza alla militare rapida come il fulmine che si fa vedere, ed uccide (2).

Queste considerazioni convincono che la istruzione scritta, se non debb'esser segreta, non può avere una popolare pubblicità. Il processo scritto, comunicato all'imputato quando la necessità del segreto è cessata: a' suoi difensori: a chiunque s'interessa per lui: depositato in luogo pubblico, nel quale chiunque voglia ne può prender notizia è reso pubblico nel significato legale della parola senza che la sua compilazione a guisa della rappresentazione d'un dramma sia avvenuta alla presenza d'un popolo spettatore (3).

---

(1) Vedasi qui addietro a *pag. 30. n. 2.*

(2) La regola di dritto dice, che non si può fulminar la sentenza. Sam. Stryk *Disp. vol. 3. disp. 33. cap. 6. num.* 2. Anco il Poggi disapprova questo precipitoso modo di sentenziare, *Elem. jurispr. crim. cap.* 2. §. 37.

(3) Non è logico ne giuridico contrapporre il *pubblico* al *segreto*. Logicamente parlando l'aggettivo *pubblico* indica una qualità che cambia di valore secondo gli oggetti ai quali si applica. Giuridicamente parlando *atti pubblici* sono tutti gli atti che servono a istruire il giudizio. Cod. *Lib.*

La superiorità della istruzione scritta sulla orale come mezzo d' indagare una verità di fatto, a cui debb' essere il dritto applicato fu già dimostrata da uno scrittore, il quale usò di parlar coraggioso a difesa degli accusati (1). In fatti tutti gli encomj, che si profondono alla istruzione orale, di cui è inseparabil compagna la popolare pubblicità, sono desunti da atomi i quali, necessarj forse a formare la intima convinzione che sente, e non ragiona, non son valutabili per la certezza giuridica, la quale ha nel ragionamento il suo appoggio.

I vantaggi, che vengono attribuiti alla istruzione orale si fanno consistere I. nell' essere l' attenzione storica del giudice penetrata da tutta la forza *naturale* della prova nel primo, e genuino suo nascere sulla bocca del testimone e del reo, II. nell' essere la sentenza proferita da quel giudice stesso che vide nascer la prova.

I vantaggi ausiliarj che alla istruzione orale credonsi prestati dalla popolare pubblicità si deducono quanto ai testimonj, I. dall' eccitamento della loro memoria, II. dal maggior grado di garentia della loro veracità in quanto può esser quasi sentita anzichè conosciuta nel lor volto, nel loro contegno; e quanto ai giudici dall' aver essi nella presenza del popolo un maggiore stimolo alla più pronta, e più retta amministrazione della giustizia (2).

Fu detto per quali ragioni la istruzione orale e pubblica è inseparabile dal processo che deve esser deciso dal giudice popolare. Se si tratta di porre a confronto i due metodi onde stabilire la relativa superiorità, questo assunto odioso per se medesimo non potrebbe esser tentato in parte del processo soltanto, e dovrebbe essere esteso a tutte, e ciò non pertanto il confronto riescirebbe sempre quanto alla esattezza impossibile perchè converrebbe atteggiare il corpo, e lo spirito dell' un processo, e dell' altro in modo da formarne quasi due fedeli ritratti sicchè lo spettatore potesse in questa loro delineazione trovare il mezzo di decidere della maggior perfezione dell' uno o dell' altro.

Asserire, che i due metodi sono incompatibili tra di loro non è giudicare della loro bontà relativa: nè sostenendo che

---

2. *tit.* 1. *l.* 2. Ora il giudizio può esser *pubblico* senza essere *popolare* vale a dir non *segreto*, e lo è quando vi sono ammessi tutti gli aventi interesse, e le persone che hanno titolo d' intervenirvi per ragione della lor professione come i causidici, gli avvocati *ec.*

(1) Dupaty *Memorie justificatif pour trois hommes condamnes à la roue*, *Barreau francois ancien vol.* 3. *pag.* 168.

(2) Bentham *Tactique des assemblées primaires chap.* 3. *num.* 1., *Traité des preuves judiciaires liv.* 2. *chap.* 10. Del signor Meyer *Esprit, origine etc. des institutions judiciaires liv.* 8. *chap.* 7. relativamente a Bentham può dirsi « *sequitarque patrem non passibus aequis* ».

i vantaggi della istruzione orale e pubblica nel processo accusatorio non sono altrimenti tali nell' inquisitorio, e che di vantaggi che sono nell' uno diverrebbero disvantaggi nell' altro non è censurarli : è mostrare piuttosto , che non ogni bel tratto ad ogni componimento si addice , e che la stessa bellezza deve obbedire alle regole della convenienza (1).

Queste promesse erano necessarie in un tempo, ed in un soggetto , nel quale le opinioni politiche prendono titolo di scientiche., e i desiderj il titolo di principj , salvo quanto è da dirsi sulla nozione giuridica del processo penale quale scientificamente la ragione umana può concepirla in qualsisia forma di regime politico: poste le quali premesse non potrà a chicchessiasi sembrare assunto temerario il discutere i vantaggi della istruzione *orale* con popolare *pubblicità*.

La prova non può avere altra forza *naturale* che quella che la sua indole dialettica le fornisce. Se per la forza naturale della prova si vuole intendere quel che il tuono della voce, l' atteggiamento del volto, il linguaggio degli occhi (2) aggiunge alla credibilità delle parole questo mezzo, eccellente per il giudice popolare che non ha altra critica che il suo intimo sentimento e sà porsi bene a contatto della persona che parla , è pericoloso per il giudice magistrato , a cui la legge rammenta che non quel che accade in un caso ma quel che più comunemente accade è la norma del suo giudizio. Se le regole della certezza morale ed istorica non tengono conto d' un semituono, d' una esitazione , d' un volger di sguardo , ma calcolano le verisimiglianze , e le probabilità degli eventi umani non possono quelle minuzie ingannevoli es ser valutate da un giudice, il quale si senta oracolo della giustizia non inquisitor del pensiero. L'assurda giurisprudenza indagatrice di quelle minuzie spregevoli presiedè alla tortura, e dovette morir con essa (3) Con qual pudore

---

(1) Non sempre , e non in tutte un baratto d' imperfezioni fra due persone produce la perfezione di amendue : nè a' due processi s' applica quel noto, e gentile epigramma

« *Lumine Acon dextro , capta est Leonilla sinistro*
« *Et posset forma vincere utergue deos.*
« *Blande puer , lumen quod habes concede puellae :*
« *Sic tu coecus Amor : sic erit illa Venus.*

(2) Espressione drammatica, usata da Britannico nella tragedia del Racine di questo nome

« *Les yeux sont ils muets ? n' ont ils pas leur langage ?*

(3) Dig. *Lib. 48. tit. 18. l. 10. §. 5.* « *Plurimum quoque in excutienda veritate etiam vox ipsa, et cognitionis* (forse *cogitationis*) *subtilis diligentia affert. Nam ex sermone, et ex eo qua quis constantia , trepidatione quis diceret . . . . . ad illuminandam veritatem in lucem emergunt* ». Il Paoletti *Istruzioni per compilare i processi crim. ec. §. IV. e §§. XI. XII.* non fa mai parola del linguaggio di *azione*, ma parla sempre di quel che la lingua o del testimone , o del reo può esprimere. Il desiderio di chi vorrebbe

un magistrato interrogato de' motivi che lo determinarono a un uomo alla morte potrebbe rispondere che ei ciò fece per que' motivi pe' quali gli astrologi dicono la buona o la mala ventura ?

Se il giudice magistrato non può decider la causa sugli atomi fuggitivi, ed equivoci sempre che elevandosi dal volto del testimone e del reo si convertono come quelli di Epicuro in idee al pari di loro soggette all'inganno: se egli maneggia la critica della storia, la quale si legge,e non si vaticina, siccome lo scritto non cambia dall' uscir dalla mano d'uno e passar sotto gli occhi d'un altro, non vi è alcuno svantaggio per lui nel non avere assistito alle interrogazioni,e alle risposte delle persone del detto delle quali egli dee colla sola critica giudicare.

Se la *legale* pubblicità è una guarentigia giuridica la *popolare* è una guarentigia interamente politica. Non si saprebbe comprendere come uno storico qual è il testimone potesse essere più veritiero narrando in pubblico che narrando in privato: come il reo il quale se è innocente non ha altro appoggio che la propria coscienza , e se è colpevole è tutto col pensiero concentrato nel piano di difesa che il suo animo concepì onde schermirsi dalle prove di reità che lo investono possa trovar nel popolo con che incoraggiarsi in un caso, o scoraggiarsi nell' altro. Il giudice, penetrato da quanto ha di sacro e difficile l' uffizio, che gli affida la legge , sà bene che il criterio del popolo non è sempre il migliore , e che per lo più i suoi giudizj non hanno altra misura che quella delle sue prevenzioni. La presenza del popolo è per il giudice magistrato un impaccio di più all' attenzione che richiede la causa dovendo spesso in lui le funzioni *coercitive* distrarre le *giurisdizionali* onde tenere in rispetto e in silenzio la moltitudine.

Ma tutta questa disputa si ristringe in brevi parole. L' indizio come fu dimostrato altrove determina il criterio dell' uno , e dell' altro processo. Tutto è indizio per il giudice popolare perchè tutto per esso è fatto. La confessione del reo , il deposto de' testimonj non hanno per questo giudice carattere di legittimità ma sono quel che gli sembrano , e quel che il suo intimo sentimento ne congettura. Tutto agendo sul di lui animo come fatto : niente essendo appreso da lui con attributo di dritto : il fatto è certamente meglio conosciuto avendolo sotto i proprj occhi che udendolo raccontare: dal che deriva la necessità che il giudice che senti sia

---

convertire il *ministro processante in pittore* è tendenza alla *convinzione intima*, o all' arbitrio illimitato il quale si contenta d' ogni apparenza, o pretesto di appoggio.

quello che col giudicato esprima quel che ha sentito. Non si può de' sentimenti far da un uomo ad un altro baratto e la prontezza con cui il giudice popolare sentenzia è un naturale, e necessario effetto della sua posizione mentre la espressione del sentimento tanto è più quanto è meno distante dal fatto che lo eccitò: a differenza del giudizio dell'intelletto il quale tanto è più retto quanto più lentamente vien pronunziato (1). Ove l' indizio, attesa la indole della fede giuridica, non è valutabile per quel che l'uomo ne sente ma dee valutarsi per quel che la legge ne giudica, cessa la necessità d' aver la prova nella sua naturale origine dalla bocca del testimone, e del reo. Quanto al primo è duopo ponderare la contestualità, e quanto al secondo le circostanze verificate della confessione emessa da lui, cose storiche non sentimentali, che udite sfuggono alla memoria con facilità, e fissate nella parola scritta più comodamente si studiano: e poichè quanto all' indizio esso debbe avere il giuridico carattere d' indubitato onde sia titolo del massimo della pena *straordinaria* (nè questo carattere può risultare o dal tuono della voce, o dal volger degli occhi, o dal contegno del testimone, e del reo) le stesse ragioni concorrono per preferire la istruzione scritta alla orale: la divisione del giudice decidente dall' interrogante, e registrante le risposte: la pubblicità legale alla popolare (2).

Il soggiungere che la istruzione orale, e popolarmente pubblica è mezzo idoneo a formare il pubblico spirito è ragione, che a tutte le forme di governo non si applica (3). La presenza del popolo al giudizio penale è ne' governi che hanno mistura di democratici quasi l' anello di una catena, la quale partendo dal luogo ove si rende giustizia si prolun-

---

(1) Il signor Meyer *Esprit., origine etc. des institutions judiciaires vol. 2. pag. 565.* sostiene che il giudice dee giudicare più col *cuore*, che collo *spirito*.

(2) Concordano la incompatibilità della istruzione scritta colla discussione orale, e colla popolare pubblicità Feuerbach nel suo *Trattato sulla procedura orale, e pubblica* annunziata dalla *Themis ou Biblioth. du jurisc. vol. 7. pag. 94—95.* Bexon *Developpement de la théorie des loix crimin. vol. 2. pag. 169.*, e lo stesso Meyer *Esprit, origine etc. des institutions judiciaires vol. 3. pag. 132.*

(3) Il signor Poggi. *Element. jurisprud. crimin. lib. 1. cap. 4. §. 80. num. 18.* accenna qualche svantaggio, che allo spirito pubblico può derivare dal merito della causa alla cui discussione il popolo assiste. A dir vero ben ponderando le cose, le osservazioni mie personali nel non breve esercizio della difesa nel sistema della popolare pubblicità, mi hanno convinto, che il popolo nè guadagna nè perde in morale nell' essere ammesso alla discussione della causa. Perchè un popolo arrivi a comprendere ciò che vi si tratta gli fa mestieri d' una lunga educazione, e se si stabilisse in un' udienza la proporzione tra gli uditori istruiti si vedrebbe che questi quasi formano l' intero computo.

ga, e finisce nelle assemblee pubbliche della nazione. Gli anelli intermedii di questa grande catena sono la libertà della stampa, i giornali, i quali danno al pubblico in tempo notizia delle discussioni giudiciali di un grande interesse, il dritto di suffragio, la facoltà di discutere in parziali assemblee i pubblici affari, e quella specie di magistero che per questi mezzi acquista la opinione pubblica sù tutti gli atti dell' esecutivo potere (1). L'ammissione del popolo ai soli atti o della penale, o della civile giustizia ne' governi, che per la loro natura altro non posson concedere, è incentivo d' una vana curiosità, e distrazione degli uomini da occupazioni più utili a loro, alle loro famiglie, e allo stato (2).

Laonde le quistioni, che si agitano: le opinioni che si dividono sugli oggetti del presente capitolo non sono quistioni le quali ammettono una decisione assoluta, e senza aver riguardo al dritto pubblico del paese per il quale si debbon risolvere: e chi pensa diversamente mostra di non avere ponderata quanto bisogna la influenza, che le forme del giudizio penale, secondochè il poter giudiciario o spetta con titolo di sovranità a chi lo esercita, o spettando ad un solo ne è a' magistrati delegato da lui l'esercizio, possono avere sulla sicurezza individuale del suddito, e del cittadino (3).

CAPITOLO XIX.

Del giudizio del delitto di polizia, e delle competenze.

Le prime quistioni di competenza nascono delle gelosie reciproche della materia *civile*, e della *penale* (4): prorompono in guerra più aperta là dove la infrazione della *pro-*

---

(1) *Lettres sur l' Angleterre par.* M. L. Baron De Stael *lettr. 12.*

(2) L' autore delle *Lettres sur la cour de la Chancellerie d' Angleterre etc. pag. 119.* osserva come a Westminster vi ha una sala, la quale (sebbene per ragioni diverse) chiamasi *la salle des pas perdus.*

(3) La popolare pubblicità è una specie di *predicato* il quale si applica a qualunque *soggetto* senza alterarne la natura Il Gibig. *Censura rei judicialis pert. 1. cap. 8. §. 1. in not.* osserva come presso gli Ebrei i buoni come i cattivi Re amministrarono la giustizia al cospetto del popolo: che gl' imperatori più tristi fecero altrettanto, e che in pubblico si amministra pur la giustizia in Turchia. Il signor Luden aderisce al Jury, ed alla pubblicità ma reputa tutto privo di garantia senza che il dritto pubblico della città la fornisca. *Annal. de legislation vol. 1. pag. 328—30.* La difficoltà de' problemi misti di giustizia, e di politica, e relativi alle materie penali fu vivamente sentita ma inesattamente discorsa da Grozio *De jur. bell. et pac. lib. 1. cap. 20. §. 37.* da Thomasio *Ad Hober. De jur. civil. lib. 1. sect. 6. not. 3. pag. 500.*, e moderatamente da Franc. Giust. Kortott *De just., et prud. poen. in sanct. poen. noviss. utriusque Circ. Rhen. in princ.*

(4) Ved. *il lib. 1. cap. 14. §. 2. e seg.*

sperità pubblica vuol distinguersi da quella della pubblica *sicurezza*: si agitano tra l'*amministrazione*, e la *giustizia*: non cessano in questa seconda materia per rivalità, le quali nascono trà l'*accusa*, e la *inquisizione:* e finalmente il lor fiotto continua per le false analogie del *pubblico*, e del *privato* giudizio o per i *privilegj* favorevoli, o odiosi, che la legge ha inteso compartire a certe persone: questioni per comporre le quali la *coscienza*, e il *senso comune*, le regole platoniche del *giusto assoluto* desunte da un fondamento *morale* della pena non bastano, ma è mestieri che una *scienza* legislativa pressochè tutta *politica* se ne occupi: imperocchè altro criterio non vi ha per deciderle se non o la *utilità* dell'ordine pubblico, o quella de' privati interessi.

Non è dato parlare di competenza senza ricorrere alla teoria del poter giudiciario: mentre questa forza, ritenendo questo come nella sua riunione colle altre le quali nel loro complesso costituiscono l'autorità sovrana, prende il nome di *dritto di territorio* allorchè dal sovrano è delegata ai magistrati quasi il suo scopo sia quello di contenere le passioni nemiche dell'ordine coll'ascendente della forza regolata dalla giustizia (1): assume quindi quello di *giurisdizione* nel pratico suo esercizio, e prende in ultimo quello di competenza o per ragione di *materia*, o per ragione delle *persone*, e de' *luoghi* (2).

L'autorità, sovrana creazione del dritto *politico*: necessaria al dritto della ragione, e però da questo dritto come sua tutrice riconosciuta, non può sorgere, ed esercitare la propria salutare prerogativa tra gli uomini se non quando i loro politici bisogni incominciano. Nata questa autorità colla società civile non ha potuto ad essa preesistere, ed ha dovuto crescere, e perfezionarsi colle sue fasi: verità comprovata dal ragionamento, e dal fatto. Che se il poter giudiciario è un elemento di quell'autorità, sebbene la storia lo mostri come il primo e più antico sintoma della sua vita e come il primo moto con cui essa agisce su i destini degli uomini, è indubitato però che esso abbia trovati preesistenti a lui umani interessi, i quali, nati in aggregazioni che hanno potuto formarsi, e sussistere senza la sua influenza, non hanno avuto bisogno della sua direzione.

Le famiglie formarono i municipj, ed i municipj diven-

---

(1) Dig. *Lib.* 50. *tit.* 16. *l.* 239. §. 8. « *Territorium dictum est ab eo quod magistratus intra fines ejus terrendi jus habet* ».

(2) Questa teoria è bene spiegata dal dotto Henrion de Pansey *De l'autorité judiciaire dans les gouvernements monarchiques cap.* 11. *et seq.* sebbene non noti la diversa terminologia, che il poter giudiciario assume nel suo passaggio dell'autorità sovrana a quella de' giudici.

nero le unità dello stato (1). L'autorità di una famiglia ad amministrare le sue proprietà, a rimuoverne tutto quello che potrebbe porne in pericolo la sicurezza, turbarne la quiete, corrompere la salubrità dell'aria del locale ov'ella risiede, e inceppare la libera circolazione degl'individui che la compongono, o de' beni che le appartengono è fondata nel dritto di proprietà, che più ogni altro ha la famiglia a ottenere, e mantenere questi vantaggi, e nella miglior cognizione de' mezzi nella loro applicazione ai luoghi i più proprj, e più pronti per conseguirli. Queste idee trasportate dalla famiglia al municipio hanno indotto pubblicisti di gran nome a pensare, che la giurisdizione a conoscere delle trasgressioni alla polizia economica non sia una diramazione del poter giudiciario, ma costituisca un diritto inerente alla indole primogenia del municipio (2).

La materia della polizia economica o edilizia forma quasi un'anomalia, se non vogliam meglio dire una cosa affatto separata, e distinta dalla materia del giudizio penale, e da quella del giudizio civile. Se nel rigore de' principj questa materia apparisce inerente alla indole della persona morale che l'autorità sovrana riconosce nel municipio, è erronea la opinione di chi pensò essere *straordinaria* la giurisdizione la quale decide le controversie di *polizia semplice* (3). Questa opinione deriva dal falso punto di partenza che prende, considerando questa specie di giurisdizione come un *eccezione* che il legislatore faccia al dritto ordinario con cui creò i magistrati delegando loro la pienezza del dritto di territorio (4): mentre nel rigor de' principj quella giurisdizione ap-

---

(1) Henrion de Pansey *Du pouvoir municipal cap. 1.* il quale porta il luminoso titolo « *que l'edifice social repose sur les municipalités* ». A questo principio deferì il legislatore Toscano co' regolamenti del *23 Maggio*, e *29 Settembre 1774*. Vedasi *Governo della Toscana ec. pag. 46—48.*

(2) Loiseau *Des offices chap. 6. num. 48.*, Domat *Les loix civil. etc. part. 2. liv. 2. tit. 1 sect. 2.*

(3) Henrion de Pansey *Du pouvoir municipal liv. 1. cap. 4.* Egli però non tocca l'analogia della famiglia, e del municipio: non spiega bene l'origine della giurisdizione municipale, e non la separa dagli oggetti che egli avea trattati nell'altra sua opera *Du pouvoir judiciaire dans les gouvernements monarchiques.* Se alle due opere qui citate del Presidente de Pansey, si aggiungano le altre due *De la competence des juges de paix. Paris 1813. Des biens communaux, et de la police rurale, et forestiere, Paris 1825.*, si avrà un trattato aureo originale, e completo delle materie giurisdizionali applicate ai municipj. Se Blackstone avesse lette le opere di questo scrittore avrebbe a lui dati gli elogj che nella sua opera dà a Riccardo Burne *The justice of the peace etc.*

(4) Henrion de Pansey *De la competence des juges de paix chap. 1.* il professor Brunatum concordando il principio dell'Henrion non concorda l'applicazione della distinzione del dritto romano *inter eos qui quasi magi-*

parisce avere un indole ed un origine interamente diversa. Ma il dritto feudale introducendo la massima che l'amministrazione della giustizia era inerente al dominio che il signore pretendeva di avere nel suolo padroneggiato da lui a titolo di feudo (1), alterò questo rigor di principj, e forse cancellò le massime del Romano diritto, che relativamente ai municipj gl'Imperatori avean lasciato sussistere (2).

Ma la connessione altrove notata tra gli oggetti della polizia *economica*, e della *governativa*, e quella che dopo questo primo passo si scorge tra l'uffizio della polizia *governativa*, e quello della *giustizia penale*, scompagina ciò che i principj additarono, e produce gravi perplessità nel dar sistema alle giurisdizioni destinate a conoscere del delitto di polizia, delle sue varie specie, e del proprio, e vero delitto.

Ne' paesi, ne' quali è in vigore il processo accusatorio moderno, sebbene l'analogia delle sue forme con quelle del giudizio civile potesse farlo sembrare applicabile a qualunque specie d'infrazione o della *prosperità* o della *sicurezza*, tutto sottoponendo a una *ordinaria* giurisdizione, pure considerando il punto luminoso e caratteristico di quel processo nel *Jury* è stata sentita la necessità di sottoporre a questa forma di giudizio le materie d'importanza maggiore dando alle meno gravi una giurisdizione diver-

---

stratus, et eos qui extra ordinem dicunt. Nel nuovo archivio di dritto criminale del signor Mittermaier *vol. 8. pag. 669.* Il altro luogo il medesimo Professore *Coup. d oeil sur les lois crim. de l'Anglet. p. 221.* trova analogia tra la giurisdizione *straordinaria*, con cui in Inghilterra in deroga alla legge comune si giudica con *convinzione sommaria*, e i *crimina extraordinaria* de' Romani sebbene l'analogia per niun lato sussista.

(1) Henrion de Pansey *Du pouvoir municipal liv. 1. chap. 2. pag. 10.* Allora la *giustizia* potè prendere il titolo di *baronessa*, o *contessa*. Era in uso in Germania la *giurisdizione fruttuaria*, o *patrimoniale*. Il giudice in luogo di salario riceveva i frutti della giurisdizione, ed affittavasi così la la giustizia. Globig *Censura rei judicialis etc. part. 1. cap. 2. §. 1. in not.* In Francia il principio delle *inamovibilità* de' giudici derivava dall'uso di comprarne la carica. Meyer *Esprit, origine etc. liv. 4. chap. 17 pag. 607.*

(2) Il principio della così detta *centralizzazione* fu dagl Imperatori romani tenuto ne' suoi giusti confini, ed altrettanto fecero i popoli conquistatori della Germania. Infatti estendendolo fin dove può andare la prerogativa governativa assorbirebbe non che gl'interessi municipali, anco i patrimoniali, e privati del suddito. La storia delle vicende del dritto de' municipj nelle conquiste romane, e barbariche ha fornito ai dotti un vasto campo di erudizione, e di critica illustrato da Gichkovn, Mittermaier, Hulmann, Gaupp, Savigny, Raynouard, Leber, Maurer, Neuman. *V. Thèmis ou Bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste. vol. 10. pag. 443.*

sa (1) e tra le più gravi ad alcune un diverso modo di applicazione dello stesso *Jury* (2).

Ponderando la origine, e il titolo delle attribuzioni della polizia *economica*, o *edilizia*, e confrontandola colle attribuzioni *maiestatiche* di segnalare le offese della sicurezza, e punirle non è possibile che la teoria non discerna una diversità grande tra le une, e le altre di guisachè sia dato di dedurle sistematicamente dal fonte medesimo: le prime derivando dal dritto di *proprietà*, le altre dal dritto di *territorio* nel senso giuridico della parola: le une essendo dirette alla conservazione delle *cose*: le altre alla protezione delle *persone*: le une essendo intimamente connesse coll' amministrazione municipale: le altre creandosi dalle combinazioni della mente sovrana.

Così essendo, la indicazione, e la repressione delle trasgressioni contrarie alla polizia edilizia, qualunque sia il moderno nome anco di *semplice polizia* che lor si voglia assegnare, teoricamente considerate son fuori della sfera d' azione della *difesa repressiva*, e dell' autorità che la esercita nell' interesse della politica aggregazione (3). Ma questa competenza speciale non si esime per questo dal soggiacere, come ogni altra azione da superiore a inferiore nello stato, dalla direzione dell' autorità suprema che ne guida tutti i moti, e tutte le forze: altro la teoria non proponendosi che indicare la diversità della sua origine, e del suo titolo.

La connessione del potere che giudica delle trasgressioni contro la polizia *edilizia* coll' amministrazione d' un patrimonio comune a certo numero di sudditi, e di cittadini, richiama ad esaminar quella che unisce la polizia *alla governativa*: connessione, la quale non bene apprezzata potrebbe produrre due effetti contrarj all' ordine, o di sottrarre l' una ad ogni vigilanza dell' altra, o di consigliare a questa ad assorbire totalmente quella.

---

(1) In Inghilterra conosconsi tre specie di giurisdizioni: quella delle *assise*: quella delle *quarter sessions*, e quella delle *petty sessions* fino a un certo punto corrispondenti alla francese divisione delle *Cort d' assise*, *Tribunali di semplice polizia* senza che però la legislazione abbia adottata la nomenclatura *sistematica di crimes*, *delits*, *contraventions*. Cottu *De l' administration de la justice en Angleterre chap.* 3., e più specialmente Birnbaum *Coup. d'oeil sur le droit crimin. de la Grande Bretagne pag. 994.*

(2) Nella procedura detta *by information* in Inghilterra diretta contro certi delitti sovvertivi della pace pubblica, l' accusato sull' autorità della Corte del *Banco del Re* è giudicato da un *piccolo Jury* senza la pronunzia del *grande*. L' annotatore al Cottu *loc. cit. pag. 27. not. 15.*

(3) Vedasi Henrion de Pansey *Du pauvoir municip. chap. 4.* sebbene egli non esamini sistematicamente la cosa.

La vigilanza, che la polizia governativa ha dritto di esercitare sulla edilizia non spetta al poter *giudiciario*, ma spetta piuttosto all' *amministrativo* amendue organi dell' *esecutivo* potere. Fu altrove ponderato come una polizia *amministrativa* altro non può essere se non la vigilanza dell' occhio sovrano su tutti i moti della macchina dello stato dal loro più alto al loro infimo punto. La delegazione che il sovrano fa dell' esercizio di questo potere di vigilanza suprema crea una forza, la quale diviene il momento regolatore, il criterio generale di tutte: onde la scienza ha in questa forza un legislativo fenomeno da contemplare.

Il vasto, ed implicato complesso delle attribuzioni di questa forza rende difficile d'apprezzarne teoricamente la vera indole. Ove è in uso il processo misto con accusa d' uffizio, essendo rivestita dello splendore della magistratura, la sua creazione è sistematicamente considerata come delegazione d' *impero* senza *giurisdizione* e perciò come titolo di *magistratura* (1). In questo sistema non potendosi concepire nel magistrato con accusa d' uffizio un amministratore, e d' altro lato avendo esso attribuzioni di polizia si è stabilita la differenza tra l' *amministrativa*, e la *giudiciaria*: distinzione inevitabile ove quel sistema si pratica: forse non ben definita ove le circostanze fecero nascere la necessità di discuterne il merito (2), e forse anco indefinibile per una specie di poter magico che in quella istituzione alcuni ravvisano (3).

Lasciando questa istituzione agli stati ne' quali la giurisdizione non è delegata a chi la esercita dal sovrano ma gli è inerente per il dritto pubblico della città (4), ed omettendo d' investigare come e quanto in quella istituzione il principio politico preponderi a quello di giustizia, un osservatore imparziale ravviserà nel sistema del legislatore Toscano i temperamenti i più acconci a fissare i limiti respettivi della *polizia*, e della *giustizia* nel governo monarchico (5).

---

(1) Loiseau *Des offices liv. 1. chap. 6. num. 64.* il quale parla della creazione degli uffiziali del ministero pubblico, e sulle tracce del quale va Henrion de Pansey *De l' autorité judiciaire etc. chap. 5.*

(2) La discussione, e viva assai si fece alla occasione di stabilire il sistema de' giudizj nella Prussia Renana. Globig. *Censura rei judicialis etc. part. 1. cap. 2. §. 2.*

(3) Henrion de Pansey *De l' autorité judiciaire etc. chap. 8.*

(4) Vedasi qui addietro a *pag. 161.*

(5) Discussero questi limiti il Conte P. W. Hoenikal *Diss. de ambitu politiae, ejusque a justitiae discrimine, Lipsiae 1774.* Sonnenfels *Principj della polizia ec. Vienna 1798.* Bergk *Manuale del dritto della polizia germanica, Hanov. 1799.* Lotz *Idea della polizia, ed estensione della polizia di stato, Hildburgh 1807.*

La creazione d' una suprema carica di polizia rappresenta la delegazione della più nobile, e salutare parte del potere *amministrativo*, che il principe, non potendo tutto colla sua scienza abbracciare (1), fa ad un individuo. Questa delegazione di *forza* la quale non ha regola dalla *legge* ma l' ha tutta dalla *prudenza* è certamente creatrice d' un *magistrato*. Il legislatore Toscano le ne conferì il nome (2) e volendo che il nome alla cosa che esso significa corrispondesse trasse dall' ordine giudiciario, e dai magistrati giureconsulti l' individuo destinato ad esercitarla: onde le abitudini della giustizia fossero il temperamento a una forza non guidata da legge.

La polizia è di sua indole *inquisitoria*, e questa sua indole apertamente si manifesta ne' paesi ove sono in uso i processi *misti*, sotto la influenza de' quali due forze di polizia si sviluppano, l' una negli ufficiali dell' *accusa* d'*ufizio*, l' altra in quelli di polizia *governativa*, la quale per distinguersi da quella è obbligata a prendere il nome di *generale* (3). La *inquisizione giuridica*, inerente al processo, a cui ella dà il nome, non facendo un passo il quale non debba avere il suggello d' una regola di legge scritta, tempera, e pone in doverosi confini l'arbitrio, senza del quale la polizia governativa dovrebbe rinunziare a sè stessa. Questa legislativa combinazione somministra i limiti, che debbono dividere la *polizia* dalla *giustizia*. Se il magistrato politico oltre ad avere la forza con titolo di *prudenza* ne avesse una con titolo di *giurisdizione*, e potesse stabilir la prova della offesa della sicurezza, e giudicarne applicandovi la legge penale, le sue attribuzioni sconvolgerebbero tutta la teoria delle competenze nella città invadendo quella che gli piacesse (4), o creando, ed applicando la legge a suo grado (5): le quali riflessioni dimostrano di quanta importanza sia una retta, e sistematica classazione delle offese (6).

---

(1) *Princeps non potest sua scientia omnia complecti.*
Tacit.

(2) *L. 22. Agosto 1784. Governo della Toscana ec. pag. 39.*

(3) Il signor Berenger *De la justice criminelle en France tit. 1. chap. 5.* ha pronunziato sulla indole, sui pericoli, e sulla inutilità di questa polizia *generale*.

(4) È un principio di dritto in Toscana, che ove si tratti di offesa preveduta dalla legge penale la polizia non può nè conoscerne, nè punirla.

(5) Il legislatore Toscano sentì questo inconveniente, e vi pose rimedio. Cod. Leopold. *art. 49. 56.*

(6) Il legislatore Toscano *riformando* non *codificando*: avendo bisogno di estirpare gli *abusi* non di crear gli *usi* aveva la classazione de'delitti nella *giurisprudenza* che, salve le sue riforme, lasciava sussistere.

Ma restano i delitti di polizia dichiarati altrove soggetto di contenziosa giurisdizione (1), relativamente ai quali, ed alla competenza di chi dee conoscerne, e giudicarne gravi, ed intricate controversie si suscitarono (2).

Stabilire come alcuni pretesero una differenza tra i meno, e più popolati luoghi del medesimo stato conferendo ne' primi a un solo magistrato il dritto di giudicare del delitto di polizia, e della offesa della sicurezza, e destinando ne' secondi due magistrature diverse (3) sarebbe render difforme la legislazione nello stato, e rompere la gerarchia che nell'ordine giudiciario le regole del pubblico dritto reclamano (4). La volgata distinzione delle competenze de' tribunali, che gli divide in giurisdizioni di *semplice polizia*, di *polizia correzionale*, e di *alto criminale* va soggetta a gravi, e forse inestricabili difficoltà (5).

Questa distinzione in Inghilterra è più pratica, che sistematica. Il grande arbitrio, che lascia ai giudici la *legge comune* come più complesso d'usi, che legge scritta (6) rende abituale e forse facultativo in quel paese il decidere quale azione contraria all'ordine sia di competenza delle *petty-sessions*, e delle *corti di assise* (7). Una regola sis te-

---

(1) Vedasi qui addietro a *pag. 186.*

(2) Globig *Censura rei judicialis etc. part. 1. cap. 2. §. 3.*

(3) Globig *Censura rei judicialis etc. loc. supr. cit.*

(4) Henrion de Pansey *De l'autorité judiciaire etc. chap. 10.*

(5) Questa questione è illustrata dagli scritti di *Mittermaier*, dell' *Oersted*, del *Weiland*, dell' *Hogendorp*, dell' *Homelsveld*, del *Meyer ec.* Essendo nel sistema di questi scrittori la controversia una specie di laberinto senza il filo d'Arianna, è inutile esporla nel modo con cui ciascuno la discute. Il Professor Birnbaum *Coup d' oeil etc. pag. 477. et seq.* osserva come il sistema delle *tre* giurisdizioni s'incontra presso ai Romani, presso agli antichi Germani, in Scozia ec. Egli ravvisa questo sistema presso ai Romani negli *judicia publica*, *privata*, *censoria*. I Romani conobbero i *giudizj pubblici* i quali erano o *ordinarj* o *straordinarj*: ordinarj se per le *questioni perpetue*, straordinarj se agitati in casi speciali innanzi al *popolo*; i giudizj *privati* erano i *civili*, ne' quali si disputava d'interessi patrimoniali. Conveniva dir piuttosto giudizj *pretorj* ne' quali si discutevano 1. gli affari patrimoniali, 2. i *delitti privati*, 3. le *azioni popolari*, le quali eran *pubbliche*. I giudizj *censorj* non entravano nella categoria delle giurisdizioni criminali.

(6) Chiamasi *dritto non scritto*, *legge consuetudinaria*, *costume*. Hume's *Comentaires on the law of Scotland etc. vol. 1. introd.*, e Erskine nelle sue istituzioni del dritto di Scozia citato da Birnbaum *Coup. d' oeil etc. pag. 220 not. 2.*

(7) Spesse volte i giudici di pace con una finzione, la quale non ha altro titolo che il loro arbitrio tolgono al *delitto* le circostanze *aggravanti*, che lo accompagnano per renderlo di competenza delle *quartersessions*. Cottu *De l'administration de la justice en Angleterre chap. 2. pag. 26.* Circostanza non notata dal Professor Birnbaum *Coup d'oeil sur le droit criminel de la Grande Bretagne pag. 492.* Questo fatto risponde a que' più imaginosi

matica onde definire con la legge scritta quale infrazione dell'ordine sia di *polizia semplice*, quale di *polizia correzionale*, e quale di *atto criminale*, dovendosi desumere o dal *titolo*, o dal grado *della offesa*, quanto sarebbe compatibile con un corrispondente reparto di giusisdizioni, avuto riguardo al *titolo*, altrettanto sarebbe incompatibile avuto riguardo al *grado*: essendo non che difficile impossibile a fissare se il titolo o il grado dovesse far nascere la competenza.

La opinione di coloro i quali vorrebbero che i tribunali di polizia conoscessero delle *trasgressioni* non solo ma anco de' delitti commessi con colpa, e di quelli contrarj al costume anzichè chiarire questa materia la rende più oscura (1). Considerando la offesa della sicurezza per la causa morale che la produce non solo è valutabile la colpa, ma è pure da valutarsi l'errore o di dritto o di fatto, e il possibile decremento del dolo per giusto dolore, per eccesso possibile di difesa, per ebrietà, e per impeto di passione (2). In tutti questi casi è impossibile, che il fatto si presenti o all'accusa, o alla inquisizione così liquido, e certo, che l'una o l'altra possa intitolarsi di quel preciso grado d'imputazione, che il delitto si merita, e spesso avviene, che il grado formandosi per la influenza di circostanze, le quali per essere apprezzate esigono lungo e maturo esame, non somministrerebbe un titolo pronto di competenza come è necessario perchè il delitto venga sollecitamente verificato. Tra i delitti contro al costume, se vi si collochino alcune illecite unioni tra i due sessi, un solo e medesimo fatto materiale può essere nell'alternativa o di delitto di polizia; o di delitto d'alto criminale (3). Le quali considerazioni dimostrano, che le tre indicate giurisdizioni non poggiano sopra basi sistematiche, ed invariabili.

Il legislatore Toscano, ammesse due sole specie di giurisdizione: quella de' *magistrati di polizia*: e quella de' *magistrati ordinarj* (4), partizione che più si avvicina al concetto che la gran mente del Beccaria si formò della classazione delle infrazioni dell'ordine (5).

La opinione de' più sensati è che la divisione delle giurisdizioni in *criminale*, *correzionale*, e di *polizia* dovrebbe

---

che ingegnosi scrittori, i quali per sostenere il *Jury* si sforzano di riferire il *dritto penale* al *giusto assoluto* e al raddrizzamento della morale stortura delle azioni umane.

(1) Globig. *Censura rei judicialis etc. part. 1. cap. 2. §. 3.*
(2) Ved. il *lib. 2. cap. X—XI.*
(3) Ved. il *lib. 3. part. 3. cap. 5.*
(4) Cod. Leopold. *art. 55. 56.*
(5) Ved. il *lib. 2. cap. 6.*

esser fondata sopra una razionale, e sistematica differenza delle azioni delittuose (1), mentre il fatto dimostra, che quella partizione non ha altra base se non la diversità delle pene (2).

Che il primo criterio sia falso è stato già dimostrato: che il secondo egualmente lo sia è facile dimostrarlo.

La distinzione delle pene d'*alto criminale*, *correzionali*, e di *polizia* è stata suggerita dal falso criterio del *pubblico esempio*, a cui si son riferite le prime (3), e dal non meno erroneo d'uno scopo correzionale nelle pene, il quale sistema ha dovuto lasciare quello di polizia senza scopo determinabile, onde questo sistema si riduce tutto a valutare come titolo di competenza la relativa gravità delle pene, petizione di principio, la quale ripropone sotto altri nomi l'errore già confutato del desunto da una sistematica distinzione della gravità de' delitti.

Tutta questa disputa deriva dal non aver ben fissato il criterio della classazione delle infrazioni dell'ordine. Se il vero criterio della *scienza della legislazione* in quest'opera consiste nel ben collocare i *titoli* osservando come il giudizio sul grado diviene attribuzione della giurisprudenza (4) le principali difficoltà spariscono, e poche ne restano ad adombrare questa non facil materia. Il tribunale investito della cognizione del titolo e per ragione di connessione investito pure di quella del grado, lo che esime dal formare una classe di delitti a parte se siano stati commessi con colpa, ed erigere per questi rarissimi casi una giurisdizione correzionale. Ne' paesi nei quali è stata creduta necessaria questa istituzione è stato commesso l'errore di valutare il delitto per il suo grado mentre dee esser valutato per il suo titolo, ed è stata ammessa la contradizione di dare ai magistrati di alto criminale la facoltà di stabilir pene correzionali (5).

---

(1) Weiland *Supplemento alla scienza de' principj della legge penale*, *Delft. 1726.* Hogendorp *nel magazzino della scienza del dritto del* S. Hamelfeld, *Delft. 1826. p. 313.* opere citate dal Prof. Barubaum *Coup d'oeil etc. pag. 496. not. 2.*

(2) Meyer *Esprit, origine etc des institutions judiciaires vol. 5. pag. 477.* il quale argomenta dai Tribunali alle carceri. Il Professor Barubaum facendosi contraddittore del signor Meyer pretende essere indifferente distinguere per il lor respettivo carattere le infrazioni dell'ordine e distinguerle per la gravità della pena *Coup d'oeil etc. pag. 485.* Questo modo di ragionare confonde la *teoria*, che può insegnare a ben *classarle*, colla *pratica* de' Tribunali costretti a desumere la classazione dalla gravità della pena: errore già da gran tempo rimproverato ai pratici e di cui fu già parlato *lib. 2. cap. 5. in not.*

(3) Ved il *lib. 3. part. 2. cap. 1.*

(4) Ved. il *lib. 2. cap. 7.*

(5) Code *d'instruction crim. Paris 1809. art. 365.*

L' errore è venuto dal seguir la scorta fallace del principio morale abbandonando la più critica del politico. La contradizione fu cagionata dal non aver bene apprezzata la indole della competenza, formando d' un solo e medesimo titolo per un tribunale la *regola*, e per un altro tribunale la *eccezione*. Questo sistema riempie la laguna di quello, che ammette come titolo di competenza la *colpa*, e dà campo alla giurisprudenza di valutare il *grado* qualunque ne possa esser la causa.

Le leggiere difficoltà che pur restano si verificano in quelle infrazioni dell' ordine, alle quali fu condisceso a dare il nome di delitti di *polizia correzionale* (1); e se si rifletta che il decremento del *grado* in certi gravissimi titoli di delitto dee essere per le cose osservate qui sopra valutato dai tribunali competenti a conoscere del titolo: che la pena in certi infimi gradi non può avere altro oggetto che quello di correggere il delinquente: queste riflessioni persuaderanno assai facilmente, che gli enunciati titoli di delitto per una nuova ragione di connessione debbono esser commessi alla cognizione de' tribunali ordinarj e non ne meritano uno a parte coll' epigrafe di correzionale.

Restano le trasgressioni contrarie alla *sicurezza*, delle quali fu detto convenire a reprimerle la pena *afflittiva*, e non essere adeguata la *pecuniaria* (2). Una nuova ragione di connessione induce a credere, che la cognizione, e la punizione di queste trasgressioni debba essere deferita ai tribunali ordinarj. Non è disprezzabil concetto quello il quale divide le leggi penali in scritte in termini *assoluti*, e in scritte in termini *condizionali*, distinzione in altro modo spiegata traducendola alle cose delle quali l' uomo può disporre, e a quelle delle quali non può disporre (3). Essendo il tribunale ordinario incaricato d' infliggere pene afflittive: non essendo giusto d' irrogarne alcuna sebben modica con altri metodi che con quelli dalla legge prescritti per le più gravi; essendo le trasgressioni alla polizia della sicurezza spesso simili in indole all' offese che ne sono un completo sovvertimento non si saprebbe scorgere perchè dalle prime non dovesse conoscere il tribunale ordinario incaricato di conoscere delle seconde (4).

Si ripresenta quì la necessità d' una completa, e metodica classazione de' delitti di polizia della *sicurezza* come si presentò parlando de' delitti di polizia *correzionale*. Le nozioni

---

(1) (2) Ved. il *lib. 3 part. 3. cap. 5.*

(3) Ved. il *lib. 3. part. 1. cap. 5. in not.*

(4) Questo è salve poche eccezioni il sistema adottato dal Toscano legislatore.

di questi due umani trascorsi si trovano in stretto contatto colla opinione al sommo di natura sua *suscettibile* che la forza si forma della sua sicurezza, e che l'autorità, la quale s'incarica della direzione degli uomini, si forma della loro moral perfezione: due *ragioni* d'agire troppo soggette a degenerare in *pretesti*.

Non si saprebbe comprendere come l'edifizio della *giustizia penale* costruito sopra certe e stabili basi, e quello della *polizia punitiva* eretto su i dati che la prudenza legislativa può suggerire i migliori non si credano bastanti a contener gli uomini ne'confini della disciplina sociale, e si reputi necessaria una forza, la quale, tutta arbitrio dell'uomo, crei delitti e trasgressioni a sua voglia: inventi le pene a que'delitti proporzionate, ed il metodo che più le sembra opportuno a giudicare degli uni, ed irrogare le altre. Questa, non istituzione ma usanza, ove la legge avesse completamente provvisto alla classazione delle offese, de'delitti, e delle trasgressioni, non avrebbe altro titolo che lo zelo segnalato altrove come passione per se stessa encomiabile ma troppo spesso alla giustizia pericolosa.

Se dalle trasgressioni che meritano pena *afflittiva* si passi a quelle che la meritano *pecuniaria* comecchè il giudizio di queste trasgressioni produce effetti simili a quelli del giudizio *privato* sebbene a favore del pubblico, potrebbe nascer la idea che per la loro persecuzione dovesse in quello procedersi per via di *accusa* come si procede in questo per via di *domanda* colla sola differenza, che nelle trasgressioni le quali consistono in uso o trasporto di certi determinati oggetti non fosse lecito di presentare accusa se non nel caso in cui il trasgressore fosse trovato in trasgressione flagrante verificabile per mezzo di testimonj chiamati a far fede della invenzione delle cose vietate indosso a lui (1). La ragione d'adottare in queste tragressioni il processo accusatorio in preferenza dell'inquisitorio è assai manifesta. L'esperimento a cui l'inquisitorio sottopone il reo negativo oltre all'essere espediente eccessivo in causa di denaro non ha il compenso che suole avere in causa di pena affittiva perchè al succombente non è abbuonata la carcere sofferta in conto di pena: nè vi ha relazione di sorte alcuna trà il denaro, e la libertà (2).

---

(1) L'accusa delle trasgressioni non può non esser pubblica, e però proponibile per mezzo di accusatori scelti tra gli agenti della polizia o *edilizia*, o *governativa* a seconda delle specie delle trasgressioni verificabili.

(2) « *Non bene pro toto libertas venditur auro.*
Il Poggi sembra coincidere con queste osservazioni. *Elem. jur. crim. lib. 1. cap. 2. §. 35. not. 17.* illustrando gli *art. 15. 19. del Cod. Leop.*

Se la pena pecuniaria ravvicina il giudizio penale al civile nel suo finire, non ve lo avvicina meno la pena stabilita dalla legge nell' interesse privato nel suo cominciare. Fu altrove osservato come la distinzione de' delitti in *privati*, ed in *pubblici* risparmia il moto soverchio, e troppo ripetuto dalla legge penale (1). Questa distinzione adottata dal legislatore Toscano (2) non si confà al processo misto con accusa di uffizio, nel qual processo una magistratura accusatrice tale deve essere esclusivamente, e in preferenza d'ogni altro: d' onde nacque la invenzione d' una *parte civile*, la quale in causa di sangue è obbligata a chiederlo per chieder denaro. Il processo accusatorio è ne' delitti *privati* preferibile all' inquisitorio sia perchè non essendo questo giustificabile che nell' interesse della sicurezza pubblica la legge si pone in contradizione con se medesima applicandolo a interessi privati: sia perchè altro non essendo l' accusa dell' offeso se non un' asserzione, che egli assume l' onere di provare o egli ha il mezzo di farlo o non l' ha: se lo ha è inutile, che il processo gli somministri una forza ausiliaria per farlo, e se non l' ha egli non ha il dritto di chiedere alla legge una forza implorando la quale confessa da se medesimo non aver avuto titolo di proporre l' accusa (3).

Il numero de' magistrati è strettamente connesso colla economia dello stato (4): nè ciò che una scientifica teoria può suggerire o ha il carattere della infallibilità, o può aver la pretensione d' essere accolto. Il legislatore Toscano, riformando non costruendo di nuovo, nè potette enumerare o classare i delitti di polizia, nè tra loro distinguere quelli che son creati dalla legge e quelli che son creati dall' autorità amministrativa per bisogni locali o di circostanza, nè trarre una linea divisoria tra i delitti di polizia, e le offese della sicurezza. Quindi nel piano della sua legge molte trasgressioni sono di competenza dei magistrati ordinarj, e quelle di competenza dei magistrati di polizia sono per quanto

---

(1) Ved. il *lib. 1. cap. 14.*

(2) Cod. Leopol. *art. 3. §. 3.*

(3) In Inghilterra l' adulterio volontario in tempo della repubblica nel 1650, fu dichiarato delitto pubblico, e fellonia senza privilegio clericale. Dopo la restaurazione divenne ingiuria privata al marito, Blackstone *Comentaires on the law of Engloud b. 4. chap. 4.* Il marito per il solito si consola chiedendo una forte somma a titolo di riparazione contro l' adultero *b. 1. chapt. 8.* e molti sono i motivi i quali lo fanno decadere dalla sua domanda. Christ. *Annot. a dett. cap.* Il nome dell' Alfieri si legge tra gli accusati celebri per adulterio in Inghilterra. Aignan *Histoire du Juri chap. 21. in fin.* Sulla congruità di ammettere la distinzione de' delitti *privati*, e *pubblici* fu già ragionato altrove *lib. 1. cap. 14. §. 1. pag. 230 — 232.*

(4) Globig. *Censura rei judicialis etc. part. 1. cap. 2. §. 11.*

sembra di creazione del loro savio, e prudente arbitrio salvo ricorso a lui. Oltracciò nel suo piano, eccettuati i casi ne' quali è vietato di proceder d'uffizio e il processo aspetta o il caso della sorpresa in flagrante delitto, o la querela dell'offeso (ai quali casi però la procedura ordinaria è dall'atto iniziale in poi generalmente applicata) la inquisizione e il solo metodo con cui si procede. È facile accorgersi che questo edifizio aspettava un perfezionamento futuro, al quale gli avvenimenti hanno poi sempre frapposto un'ostacolo, e che la mente legislativa avea potuto concepire la congruenza d'una divisione di attribuzioni di polizia *edilizia*, e di *polizia governativa*: la ingerenza ai magistrati di questo secondo titolo di tutte le trasgressioni di pena pecuniaria, e l'invio al giudice civile de' delitti il cui titolo era stato dichiarato privato, dando a tutti pena pecuniaria con arresto personale del condannato onde viemeglio assicurarne la esecuzione.

Il processo accusatorio antico presuppose una giurisdizione di appello, e a questo rimedio la legge sottopose i suoi giudicati (1). Il processo misto, che gli successe convertì salve poche eccezioni (2) in regola generale, e costante di dritto ciò che forse innanzi era in certi delitti una massima della costituzione dello stato (3). Il processo inquisitorio col tristo treno de' difetti che gli sono inerenti ammette pure come regola ordinaria di dritto l'appello dal giudice inferiore al superiore (4). Nè il processo accusatorio moderno nè il processo inquisitorio emendato conosce due giurisdizioni l'una di prima, l'altra di seconda istanza (5).

A questo punto i due processi sembrano di nuovo ricongiungersi insieme, e quasi allegrarsi d'essere posti a confronto tra loro. Nel processo accusatorio moderno la risoluzione da alcuni giustamente chiamata quasi divina della unanimità (6) inspira alla legge la opinione della incensurabilità del giudizio. Nel processo inquisitorio emendato l'analisi giuridica nel rintracciar la prova: il suo giuridico

---

(1) Ant. Math. *De criminib. ad lib. 48. dig. tit. 18, cap. 3. n. 1.*

(2) Math *loc. cit. num. 5. 6.*

(3) Cic. *De legibus lib. 3. cap. 3.*, Lamb. Dorbout *Diss. de provocat. ad populum rom. maxime sub Regibus, Groningae 1827. §. 2.*, Herman Tollius *Diss. de quaest. rer. capit, in civ. rom. variis temp. exercita, Hardevonii 1777. pag. 2.*

(4) Brunemann. *Tract. jurid. de inquisit. proc. cap. 11. num. 14. 10.* ove discute, e concilia le tra loro discordi opinioni.

(5) Quanto al processo inglese vedasi Globig. *Censura rei judicialis part. 1. cap. 2. §. 4. p. 19.* Quanto al processo toscano vedasi il Cod. Leopold. *art. 119.*

(6) Globig. *loc. supr. cit.*

calcolo, e il principio che a pena irreparabile non possa esser titolo la prova indiziaria inspira alla legge la opinione, che l'error giudiciario non avrà nell'innocente una vittima.

Così la scienza librando sopra giusta bilancia il dritto della società accusatrice, e quello dell'individuo accusato trova sempre ragionate, e uniformi le sue conclusioni.

CAPITOLO XX.

Nozione giuridica del processo penale: sua indole; conclusione dell'opera.

Le umane passioni restano tenaci, e inflessibili sempre al loro proposito, determinate come di loro natura sono a ravvisare l'oggetto a cui si dirigono nel modo, e nell'atteggiamento che meglio si addice al loro scopo presente. La gione calma, impassibile, che non dominata da simpatie o antipatie per gli oggetti che esamina, intenta ad apprezzarli per le sole relazioni che bene conosciute possono fornir la idea dell'ordine necessario a governare i lor moti, ad altro non mira che a rintracciare quest'ordine, e a renderlo arbitro de' terreni destini degli uomini.

Gittando lo sguardo sulla storia del giudizio penale scorgesi qual tristo governo ne fecero, e pur tuttora ne fanno le passioni selvagge, le barbare, le superstiziose, le politiche, le fantasie, le preconcepite opinioni, i capricci stessi della umana natura. Ancorchè in questo trambusto la ragione volesse scrutare i bisogni, e le leggi dell'ordine sembrerebbe a prima vista che il numero, la implicanza, il vario e spesso contrario carattere degli ordigni, i quali nel loro complesso, e nel moto loro costituiscono il giudizio penale rendano allo spirito umano impossibile una nozione razionale, esatta, invariabile della forma che esso deve assumere per giungere con la maggiore giustizia, e colla utilità maggiore al suo scopo:

Le cose esposte fin qui sulle relazioni che le forme di quel giudizio hanno col dritto pubblico della città, e sulla necessità che quasi lo costringe a prendere l'alternativa o dell'*accusa*, o della *ricerca d'uffizio*, secondochè o l'elemento *democratico* o il *monarchico* lo signoreggia, sembrano confermare la idea della necessaria inevitabile lor varietà.

Se l'alternativa in cui per le sue origini storiche trovasi il giudizio penale d'aver forma *accusatoria*, o di averla *quesitoria* fosse inerente alla sua indole, tutto il sistema diretto a stabilire la nozione della offesa, e della difesa della sicurezza sociale non sarebbe rappresentativo dell'ordine che la mente umana può concepirne: perocchè incontrerebbe un ostacolo nel processo accusatorio dominato da

capo a fondo dal criterio *istintivo* dell' uomo, e quindi di sua natura incompatibile con ogni qualunque siasi principio *scentifico*, e con qualunque regola di legge che lo avesse per base.

Dovrebbesi piuttosto da questo stato di cose arguire, che le politiche libertà, alle quali il processo accusatorio intende servire, non hanno nemico più fatale e irreconciliabile della scienza, e che in questa considerazione ha un nuovo, e più valevole appoggio il paradosso di coloro i quali insegnarono, non vi essere vera libertà se non dove tutti sono eguali nella ignoranza (1).

Lo stesso principio di giustizia adottato in tutta la sua purità nel giudizio civile sembrerebbe far causa comune coll' accusatorio processo e dar bando perpetuo all' inquisitorio, e scientifico. Infatti il giudizio civile, rappresentante legittimo della naturale giustizia, desume da' suoi oracoli le fondamentali sue basi. Ove un attore, e una domanda non vi può essere, e il processo accusatorio proclama la massima che niuno senza accusa può esser imputato come offensore della società (2). Il giudizio civile prescrive, che i due litigatori siano sempre e senza eccezione trattati con pari diritto, che ciò che ad uno non è lecito non sia lecito all' altro, e la stessa massima è professata dal processo accusatorio (3). Il giudizio civile esige una decisione definitiva: lo stesso esige l' accusatorio processo (4): quello ammette che l' attore in mancanza di prova sia in tutto rigettato dalla propria domanda: la stessa regola è adottata da questo (5): l' uno rigetta l' uffizio del giudice: l' altro professa il principio medesimo (6). La differenza del giudizio civile, e del processo accusatorio può tutta consistere nella tempra del giudice o dotto o indotto o giureconsulto o fornito di solo naturale criterio, la qual differenza deriva dal credersi, o non credersi il *Jury* alle materie civili applicabile (7).

---

(1) Rousseau *Discours sur l' origine de l' inegalite des conditions parmi les hommes.*

(2) È noto l'antico detto « *non possumus reum facere quem nullus accusat* », e l'altro « *meno sine accusatione damnandus* ». Vedasi il Dig. *Lib. 50. tit. 4. l. 6. lib. 48. tit. 5. l. 38.*

(3) Il supposto dell' *uffizio del giudice* finchè fu in vigore il processo accusatorio non ha appoggio nella *l. uti falsi 22. cod. ad. l. Corn. de fals.* ove anzi è notato doversi quanto ai litigatori starsi il giudice *medius inter utrumque.* Vedasi il Gotofredo *Coment. ad. cod. Theod. vol. 3. pag. 171.* Il signor Meyer *Esprit, origine des instit. judiciair. etc.* riprova a ragione *l' uffizio del giudice* nelle cause civili.

(4) Vedasi qui addietro a *pag. 39.*

(5) Vedasi qui addietro a *pag. 39.*

(6) Vedasi qui addietro a *pag. 10.*

(7) Vedasi il *lib. 1 cap. 15. in not.* Questa controversia è ingegnosa-

Tale essendo l'analogia tra il giudizio civile, e il processo accusatorio, ed essendo il giudizio civile modellato sulle più schiette regole della naturale giustizia, vale a dire del giusto assoluto, nasce qui una riflessione della più grande importanza. Non che le passioni o selvagge, o barbare, o superstiziose, o politiche della natura umana anco i principj, e le idee di giustizia cospirano a dare al processo accusatorio la preferenza sul quesitorio, e a farlo ravvisare come il più coerente ai voti della umana ragione.

E qui appunto occorre notare gli errori, nei quali la privata ragione facilmente s'illaquea, e la falsità non che il pericolo de' sistemi i quali fondano ogni lor base nel giusto assoluto quando voglionsi applicare alla società.

Le ragioni de' provvedimenti della legge nel giudizio civile, emanazioni immediate del principio di giustizia tra privato e privato, non si applicano nè applicar si potrebbero al giudizio penale, espediente politico, creazione interamente sociale, ed ignota al gius di natura (1): nato dalle relazioni che l'offesa fa nascere tra l'offensore, e la società.

Fu già indicato il diverso ufficio del dritto civile, e del dritto penale, e i limiti che gli dividono nel danno che l'offesa ha arrecato o al privato o alla società, restando il primo di dominio sempre del dritto civile, essendo il secondo d'assoluto, ed esclusivo dominio del dritto politico (2). L'applicazione di questi principj all'esame della forma di procedere, di cui il giudizio civile, e il giudizio penale ha bisogno, spiega come la strada dell'uno non può essere la strada dell'altro; e che in conseguenza le analogie del processo accusatorio colle forme del giudizio civile non forniscono un saldo, ed esatto criterio delle forme, le quali convengono al giudizio penale.

Ne' casi, i quali richiedono l'azione della legge civile, non essendovi nè titolo nè necessità di difesa, la società non ha dritto d'intervenirvi. Il dritto di cui si disputa interessa i litigatori e non altri; e se un di loro come attore non lo asserisse ed un altro come reo convenuto non lo impegnasse, la società non avrebbe motivo di suscitare un esame a cui niun la richiama. In questi casi ella interviene al giudizio come *arbitra* tra l'uno e l'altro litigatore onde cessi l'equivoco che muove l'uno contro l'altro a contesa.

---

mente discussa, e decisa contro al Jury dal sig. Royer Collard il quale esamina le più antiche opinioni del Tronchet, e del Duport, e le più moderne del sig. Bellot *Introd. aux. lettr. sur. le cour de la Chancelleria d' Anglet. pag. XLIII — VI.*

(1) Vedasi il *lib. 3. part. 2. cap. I.*

(2) Vedasi il *lib. 2. cap 5.*

Ne' casi, i quali richiedono l'azione della legge penale, l'annunzio solo della offesa della sicureza sociale risveglia l'officio di chi ha il dovere di difenderla. Fu già osservato che se l'offesa altro non contenesse che il danno privato la società dovrebbe abbandonare il pensiero di perseguitarlo all'offeso: che la sua vigilanza, e il suo ufficio son posti in moto da quanto nell'offesa vi ha di lesivo della sicurezza dell'aggregazione politica (1), Nè la difesa per questo caso è tale che o il privato abbia sempre interesse a reclamarla (non avendo esso altro interesse diretto se non al ripiano del privato suo patrimonio) o abbia forze a fornirla. La sola società ha interesse, e mezzi sufficienti al bisogno: perocchè ella è la sola danneggiata, ed ella sola può maneggiar la pena come difesa (2).

Esaminata per tal modo la cosa, è innegabile che la società, unica interessata all'offesa che ne viola la sicurezza, ha in tutto ciò che vi si riferisce due separati, e distinti caratteri: l'uno di persona offesa: l'altro di persona competente ad esserne giudice: senzachè ella possa come nel giudizio civile rivestire il carattere d'arbitro, come tale concordato da' due contendenti.

Questa singolar posizione della società *offesa* nella sua sicurezza, e *giudice* in un tempo del modo con cui provvedere alla propria difesa è la stessa che quella dell'individuo, il quale nel caso di aggressione presente è costituito dal dritto della ragione, sebbene offeso, giudice incensurabile dell'uso della forza che gli è nelle circostanze necessaria a difendersi (3).

Chi può concepire in questo giuridico stato di cose la necessità d'un *attore*, e d'una *domanda* onde nasca, ed abbia vita il giudizio? Ed è per questo che i due giudizj *civile*, e *penale* volgonsi l'un l'altro le spalle, e si muovono in direzioni affatto diverse: perocchè la società non può farsi *attrice* vale a dire *accusatrice* se ella è nella necessità d'esser *giudice*, e se ella delegasse ad alcuni de' membri che la compongono l'uffizio di accusare, e ad alcuni altri quello di giudicare, sarebbe questo un gioco miserabile di parole, e gli uni, e gli altri sarebbero sempre sebbene con nomi diversi una sola, e medesima cosa.

Essendo irregolare, ed ingiusto che chi dee giudicare accusi: essendo la società sola giudice delle offese della sicurezza: dovendone ella giudicare come l'individuo assalito da ingiusto aggressore vale a dire nel solo e vero caso

---

(1) Vedasi il *lib. 2. cap. 5.*
(2) Vedasi il *lib. 3. par. 2. cap. 5.*
(3) Vedasi il *lib. 3. part. 1. cap. 4.*

d' aggressione, entro i limiti della necessità, e senza eccesso, vale a dire con esatta, è rigorosa giustizia, più conseguenze derivano da queste premesse, tutte dirette a stabilire la nozione giuridica del processo penale.

I. La *ricerca d' uffizio*, rappresentando la società, la quale indaga la realtà dell' offesa per provvedere alla propria difesa è il vero e giuridico atto iniziale del processo penale, ed è anco il più logico perchè la ricerca prima prova o poi asserisce, mentre l' *accusa* prima asserisce e poi prova (1).

II. La ricerca d'uffizio indagando non asserendo considera la persona contro cui si dirige come mezzo di prova. Ma allorchè alla prova dee succedere l'asserzione, la ricerca d' uffizio, nascente dal dritto, con cui la società si difende, incontra nell' uomo, che si propone colpire coll' asserzione di reità, il dritto della natura, a cui ella deve lasciare libero il campo della difesa onde esso provi se può o che l' operazione della ricerca è erronea, o che il titolo della offesa non è quello di cui gli è fatto rimprovero, o che minore nè è il grado, o che da lui offendendo la legge è stato esercitato un dritto protetto o dalla natura o dalla società (2).

III. Dovendo la società come assalita nella sua sicurezza giudicare della realtà e della forza dell' aggressione con scrupolosa giustizia ella non può abbandonare questo giudizio al privato arbitrio dell' uomo ma dee provvedervi con regole le quali assicurino che il giudizio è suo non dell' uomo, lo che far non può se non con legge scritta la quale stabilisce con esattezza l' indole dell' offesa: i diversi gradi della maggiore o minore sua forza: i diversi caratteri, e i diversi momenti de' mezzi di prova necessarj a stabilirne la realtà (3).

---

(1) Di qui apparisce l'errore di chi caratterizza il processo quesitorio quello in cui il giudice *accusa*, *conosce*, *e decide*. Vedasi qui addietro a *pag. 168 not. 3.*

(2) Alcuni illudendosi sulla esattezza della ricerca analitica hanno sostenuta la inutilità della difesa, e l' hanno negata al reo come incentivo alle tergiversazioni e ai cavilli. Vedasi Boerio *Pratica del processo criminale pag. 113.* confutato dall Avv. Marocco *Difese criminali vol. 1. pag. 19.* Come rispondere a chi sostiene simili cose senza aver riconosciuto un dritto anteriore a tutte le politiche istituzioni degli uomini?

(3) Bentham preferì il dritto *statutario*, o legge scritta alla *legge comune*, o consuetudine in Inghilterra, ma ciò sostenne perchè parteggiante pe' *codici* gli era inevitabile sostenere la necessità della legge scritta. Il sig. Cooper nella sua bella, e dotta appendice sulla codificazione osserva come niente più prova la giustezza delle osservazioni della scuola storica quanto il formicolajo di codici penali comparsi e dispersi a' dì nostri. *Lettres sur la cour de la Chancel. d' Anglet. append. F. pag. 361. not. 1.*

IV. Dovendo la legge scritta individuare con precisione il titolo, il grado, il tenor della prova della offesa lo che spetta alla *scienza della legislazione* nè ciò dato essendo all'ingegno umano di fare in un tratto (1), apparisce la necessità d'una *giurisprudenza*, la quale, registrando i casi che avvengono, faccia tesoro di analogie onde meglio giudicare dei casi avvenire (2).

V. Dal che consegue, che il processo penale debbe essere opera di persone perite nel dritto, a ciò destinate, educate, e da lunga pratica rese abili al retto esercizio del lor difficile ministero (3).

VI. Il qual sistema conduce a far ravvisare il processo penale adottato dal legislatore Toscano con il migliore, che lo spirito umano tra le infermità che d'ogni lato circondano, e tra le perplessità, che spesso in questa materia s'incontrano abbia potuto inventare onde porre in concordia i voti spesso tra loro contrarj della giustizia, e della politica.

Se queste deduzioni son vere, la nozione del processo penale, che ne deriva apparirà essere *razionale*, *progressiva*, *invariabile*.

Ella presenta primo il carattere se si osservi la sua conformità alla situazione nella quale il dritto della ragione contempla l'individuo assalito, e alle regole, che in quella situazione quel dritto prescrive. Ella presenta il secondo mentre se il processo accusatorio è, nè altrimenti può essere, una combinazione di *forze*, per l'equilibrio delle quali la legge altro far non può se non dar loro tutta la libertà, e tutta la energia, che esse attinger possono dalla natura senza limiti razionali che le governino, e se il processo quesitorio è una combinazione di *atti* rintracciati dalla ragione come limiti delle prevenzioni sinistre, della precipi-

---

(1) I primi ordini che Napoleone dette per la compilazione d'un codice civile prescrivevano che fosse composto in *tre mesi*. Il signor Malleville *Analyse raisonnée de la discussion du cod. civil. etc. prefac.* osserva che egli e i suoi colleghi a forza di fatica riuscirono a fare un codice civile in quattro mesi, al qual detto il sig. Cooper pone tre punti ammirativi. *Lettres sur la cour de la Chancell. d'Anglet. pag. 194. in not.*

(2) Tra gli encomiatori delle *decisioni* motivate, e scritte trovasi il Bentham detto il Nestore de' parteggianti de' codici. *Papers relat. to the codif. pag. 37.* e tra gli spregiatori il sig. Meyer *Esprit, origin. etc. des inst. judic. vol. 2. pag. 5.* sebbene favorevole ai codici. Sulle *decisioni*, e sul miglior modo di compilarle, e raccoglierle è da vedersi l'autore delle *Lettres sur la cour de la Chancell. d'Anglet. lettr. 31.* colle erudite note del sig. Cooper.

(3) Cromwell sentì il pericolo di aver giudici ignoranti in giurisprudenza, e la necessità di sceglier magistrati che avessero coltivato lo studio delle leggi. *Lettr. sur la cour de Chancell. d'Anglet. pag. 149.*

tazione, e dell'arbitrio degli uomani giudizj, è evidente che il processo penale quanto più si avvicina a quel secondo modello più divien coerente ai bisogni della umana ragione, e più cammina parallelo colla civiltà: la qual cosa è dalla storia pur confermata, scorgendosi il *Jury* nascere e crescere selvaggio tra le foreste della Germania, e il processo quesitorio apparire co' primi albori del risorgimento delle scienze, e delle lettere in Europa. Ella presenta finalmente il terzo carattere: perciocchè se la nozione del processo penale apparisce dedotta da più puri e saldi principj del dritto increato, tale per le prerògative della ragione, indipendente dal fatto dell' uomo, ed applicato alla persona morale della società, la nozione avrà a proprio favore il voto della giustizia, la quale per variar di circostanze, e di forma di governo non varia.

In fatti se all' oggetto che la società giudichi dell' offesa inferita alla sua sicurezza è necessario, che il suo giudizio ne' suoi elementi di *dritto*, e ne' suoi elementi di *fatto* apparisca essere ciò che la legge preventivamente ha stabilito, che esser dovrà; ed è duopo a tal' oggetto che il sovrano troppo forte per far la legge e applicarla deleghi il poter giudiciario a' magistrati giureconsulti destinati ad essere leggi parlanti (1) questa delegazione del sovrano o al cittadino, o al suddito può facilmente esser concepita purchè il sovrano rappresenti tutte le forze sociali o in un solo individuo o in più, o in tutti i componenti l' aggregazione politica: tutto riducendosi al modo della scelta, e della nomina de' magistrati, lo che è atto amministrativo non legislativo come altrove fu detto (2).

Perchè questa nozione possa variare è necessario, che la offesa, di cui è da stabilirsi il giudizio da fornir titolo alla difesa non interessi la società, ma interessi il governo che la rappresenta lo che avviene nel delitto *politico*. In questo caso è duopo distinguere. O la forma del governo è pura come nella monarchia assoluta, o nella democrazia collettiva o rappresentativa che ella pur siasi, e non vi è titolo a cambiar metodo nella verificazione del delitto politico perchè il magistrato, il quale riconosce la sua delegazione da un fonte unico di potestà e rappresenta nel medesimo tempo il governo, e la società, può giudicare del delitto politico come d' ogni altro delitto. O la forma del governo è *mista* di monarchia, e di democrazia, lasciando a parte tutti i vocaboli palliativi della discordanza di questi due elementi posti a contatto tra loro, ed al-

(1) Vedasi qui addietro a *pag. 28. not. 2.*
(2) Vedasi qui addietro a *pag. 27.*

lora se il magistrato può rappresentare la società in tutti i delitti dell'ordine civile i quali interessano più l'uomo che il cittadino non può rappresentare due poteri rivali, ed in presenza l'uno dell'altro quali sono l'elemento monarchico, e l'elemento democratico ammessi a dividersi l'impero nella città. È duopo allora, che i due poteri rivali si concertino tra loro onde il giudizio del delitto politico non divenga o nelle mani dell'uno o nelle mani dell'altro un mezzo di supplantarsi reciprocamente.

Laonde il delitto politico forma non di sua natura ma per natura del misto governo della città una eccezione, che il dritto ordinario, destinato a fornire le migliori combinazioni del principio politico preservatore della umana sociabilità colla giustizia che ne è il primo ed essenziale bisogno, non può comporre; ed è duopo per darle sistema d'un dritto il quale, se pur ne merita il nome, tragga il suo titolo, e la sua origine dalla transazione che due forze rivali pattuiscono insieme.

Se la transazione ammette al giudizio del delitto politico giudici tratti dal popolo, ciò avviene perchè esso presume esser solo competente a decidere se l'atto denunziato come ostile contro lo stabilito governo ne presenti realmente il carattere, e non sia piuttosto un esercizio legittimo delle pubbliche libertà. Considerato in questo aspetto il delitto politico offre un oggetto di esame, che non rassomiglia in verun modo a quello del delitto ordinario, e siccome nel divisato stato di cose la sua entità dipende tutta dal confronto dell'atto in cui si dice consistere e le costituzioni della città, la pratica che il popolo ne ha per il mezzo delle discussioni pubbliche, e de' giornali lo pone in grado di conoscere senza ajuto di giurisprudenza ciò che decide; ed a questo caso forman corona tutte le istituzioni delle quali va superbo il *Jury*: la pubblicità, la discussione orale, la sentenza non scritta ma pronunziata, e sollecita, l'assoluzione definitiva, o la definitiva condanna (1).

Ma un eccezione se sia reclamata dalla specialità d'un caso, e d'un luogo non distrugge la regola che la scienza, delle sole generali cose occupandosi, ha stabilita. E col solo mezzo di questo caso contingibile di eccezione sono se non composte almeno in qualche modo spiegate le grandi, e calde controversie, che oggi si agitano sulla entità del delitto politico (2).

La necessità di giudicare in certe determinate circostan-

(1) Il sig. Feuerbach ha pur egli sostenuto che il delitto politico ammette il *Jury*. *Riflessioni sul tribunale del Jury*.

(2) Vedasi il *lib. 2. cap. 6.*

ze di pubblico dritto d' una certa e determinata offesa non conduce a' sacrificare alla ignoranza la scienza sotto pretesto di meglio assicurare le pubbliche libertà.

Che se la scienza è il solo, e vero criterio della giustizia tanto più un metodo giudiciario apparirà ingiusto quanto più apparisce atto ad esser guidato, ed esaurito da chi men la possiede. Nè la scienza destinata a esser guida al metodo giudiciario, declinando da' veri razionali suoi fonti, può con una petizione di principio che al suo carattere mal si addice prendere come generale bisogno degli uomini un bisogno di circostanza, e per meglio atteggiarvi un processo penale, il quale non sodisfa ai voti della giustizia, dargli origini ideologiche, immaginando la sua filiazione legittima dallo *spiritualismo*: denigrando il processo che gli è opposto quasi parto di *materialismo*: e coonestandolo co' nomi i più acconci a conciliarsi le simpatie degli uomini dabbene di *giusto assoluto*, di *buon senso*, di *senso comune*, e di *coscienza* o dell' individuo o della società, o della umanità intera.

Dura, e penosa è allora la condizione dell' amico della umanità, e della giustizia. Sebbene i sistemi ideologici sul grado di certezza delle cognizioni umane non abbiano cosa alcuna di comune col dritto egli dee necessariamente risalire alla discussione di que' sistemi: mostrare che il dritto n' è indipendente e per qual modo, o come in esso restino conciliati i *principj*, ed i *fatti*: come i *principj* servan di limite non di origine, e di guida ai *fatti*, che il progressivo sviluppamento della sociabilità umana presenta. Questo criterio applicato alla cognizione de' limiti che per la sicurezza comune la legge dee porre o alle libere azioni degli uomini o all' arbitrio di chi gli governa fornisce sempre le miglior combinazioni possibili della forza colla giustizia.

FINE DEL LIBRO QUARTO ED ULTIMO.

14761

Università degli Studi di Padova
Area delle biblioteche di Giurisprudenza
POL090015049