

UNIVERSITÀ CARLO CATTANEO
CASTELLANZA
SCUOLA DI DIRITTO
CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA
SCHEMI DI STORIA DEL DIRITTO
A.A. 2014-2015

SCHEMI DI STORIA DELLE CODIFICAZIONI PENALI

Materiale riservato esclusivamente ai frequentanti

Parte I

N.B. I presenti schemi hanno una funzione meramente riassuntiva degli argomenti svolti e non sostituiscono gli appunti raccolti durante le lezioni

I

IL DIRITTO PENALE D'ANTICO REGIME

L'esempio emblematico della giustizia penale nel Ducato di Milano (XVIII sec.)

Particolarismo giuridico oggettivo

Fonti vigenti:

Nuove Costituzioni (1541)
Statuti criminali (medievali)
Diritto penale comune (*interpretatio*)

Il tutto filtrato attraverso l'arbitrio equitativo del Senato di Milano (giustizia oracolare) per **superare** le barriere rappresentate dal **sistema delle prove legali**

Caratteri del diritto penale comune:

- 1) Non umanità: uso massiccio della pena di morte, spesso con esacerbazioni
- 2) Non proporzionalità: **pene esemplari** (ad es. forca per furto aggravato)
- 3) Non finalità di Prevenzione speciale: natura **retributiva-intimidatoria** della sanzione
- 4) Non uguaglianza: particolarismo giuridico soggettivo
- 5) Non laicità: repressione dei crimini di coscienza (eresia, magia etc.)
- 6) Non legalità: attraverso l'arbitrio equit. possibilità di ampliare i casi suscettibili di pena capitale (meccanismo delle aggravanti)

II L'ILLUMINISMO GIURIDICO PENALE

Intorno alla metà del '700, sorge il 'problema penale'
intorno a:

- fondamento
- limiti
- finalità
- modalità di esecuzione

del diritto di punire

Precedenti nel giusnaturalismo del XVII secolo: **separazione moralità-legalità**

Hobbes: «Un reato è sempre anche un peccato ma non ogni peccato è un reato»
(*Leviathan*, 1651)

Pufendorf (*De iure naturae et gentium*, 1672. *De officio hominis et civis*, 1675):

Non colpire comportamenti

- solo moralmente illeciti
- di scarso rilievo
- molto diffusi

Le ragioni del punire non risiedono più necessariamente solo nella *immoralità* delle azioni ma nella *necessità di conservazione* della società

Emergono tre 'ideologie' penalistiche [Tarello] (meglio parlare di *tendenze*)

- 1) **Utilitarismo**: promozione delle azioni che recano *utilità* alla società
(massima felicità per il maggior numero di individui)

Aspetti negativi: emerge una concezione della giustizia non *assoluta* ma, appunto, *utilitaristica* (v. oltre)

- 2) **Umanitarismo**: promozione del rispetto della persona umana (es. *Pamphlets* di Voltaire)

N. B. Sono due *tendenze* (potenzialmente) *confliggenti* che si ritroveranno a convivere in un rapporto problematico nel pensiero del più illustre esponente dell'illuminismo giuridico penale, Cesare Beccaria (v. oltre)

3) **Proporzionalismo**: (tendenza tributaria soprattutto del pensiero di Montesquieu). Quella proporzionalistica non appare tuttavia una tendenza *autonoma* in quanto la sua origine, come si vedrà, può essere sostanzialmente ricondotta alle due precedenti

III

L'ILLUMINISMO PENALE IN FRANCIA

A) Montesquieu

De l'esprit des lois (1748)

La libertà politica è raggiungibile attraverso determinate caratteristiche delle leggi penali

La libertà consiste nella possibilità di fare senza paura ciò che (tali) leggi non vietano

Perciò: principio della **legalità del diritto penale** (nullum crimen, nulla poena sine lege)

Poi le leggi penali devono essere buone (non tiranniche), cioè

- utili, che colpiscono condotte socialmente dannose (es. non reati di coscienza)
- non crudeli
- proporzionate al delitto (ma prop. solo qualitativa: es. tentativo)

B) Voltaire

Idea della codificazione penale: «un codice criminale è assolutamente necessario per i cittadini e per i magistrati. I cittadini non avranno mai da lamentarsi delle sentenze e i magistrati non dovranno temere di incorrere nell'odio; perché non sarà la loro volontà a condannare, sarà la legge».

L'artefice deve essere il **sovrano illuminato** (V. crede nella conciliazione fra *garantismo* e *statualismo*)

Principi della codificazione penale:

Legalità

Utilità delle pene

«Che i castighi dei criminali siano utili. Un uomo impiccato non è buono a niente, mentre un uomo condannato ai lavori pubblici è ancora utile al suo paese oltre ad essere un esempio vivente» (*Dizionario filosofico, Leggi civili ed ecclesiastiche*).

Mitezza e proporzionalità delle pene

«Nei paesi in cui un piccolo furto domestico viene punito con la morte, questo castigo sproporzionato non è forse dannosissimo alla società? Non è forse un invito al furto? (...) I padroni derubati, non volendo coprirsi di obbrobrio, si accontentano di cacciar via i loro domestici, che vanno a rubare altrove e si abitano al brigantaggio. Essendo la pena di morte la stessa sia per un furtarello che per un furto considerevole, è evidente che cercheranno di rubare molto. Potranno persino diventare assassini» (*Commentario al libro Dei delitti e delle pene*, 18)

Laicità: battaglia per la secolarizzazione del diritto penale

«Fu essenzialmente la tirannia la prima ad infliggere la pena di morte a coloro che dissentivano su alcuni dogmi (...). Si dimostrò che Dio esige che gli eretici fossero bruciati a fuoco lento (...). Fino ai nostri giorni si sono bruciati coloro (...) che sono sembrati essersi macchiati del delitto di un'opinione erronea» (*Commentario*, 3)

(es. scritti per la riabilitazione di Jean CALAS e del cavaliere di LA BARRE)

Umanità delle pene

«I sofisticati supplizi, nei quali si vede che l'uomo si è veramente impegnato per rendere orrenda la morte, sembrano inventati dalla tirannia più che dalla giustizia» (*Commentario*, 2)

Pena di morte: V. non è abolizionista: si limita a chiedere una drastica riduzione dei reati colpiti da sanzione capitale (solo se non vi sia altro modo di salvare la vita del maggior numero)

IV CESARE BECCARIA

Viene qui analizzato il pensiero di B. poiché la sua opera (*Dei delitti e delle pene*, 1764) è da considerare il vero e proprio *monumento* dell'illuminismo penale, il punto di riferimento per la riflessione criminalistica dei successivi due secoli.

Origine dell'opera

Il racconto di Pietro Verri:

«Prima di chiudere vi soddisferò sul proposito del libro *Dei delitti e delle pene*. Il libro è del marchese Beccaria. L'argomento gliel'ho dato io, e la maggior parte dei pensieri è il risultato delle conversazioni che giornalmente si tenevano fra Beccaria, Alessandro [n.b.: Alessandro Verri, fratello di Pietro], Lambertenghi [Luigi Lambertenghi, collaboratore del "Caffè"] e me. Nella nostra società [l'Accademia dei Pugni] la sera la passiamo nella stanza medesima, ciascuno travagliando. Alessandro ha per le mani la *Storia d'Italia*, io i miei lavori economici-politici, altri legge, Beccaria si annoiava e annoiava gli altri. Per disperazione mi chiese un tema, io gli suggerii questo, conoscendo che per un uomo eloquente e d'immagini vivacissime era adattato appunto. Ma egli nulla sapeva dei nostri metodi criminali. Alessandro, che fu il protettore dei carcerati, gli promise assistenza. Cominciò Beccaria a scrivere su dei pezzi di carta staccati delle idee, lo secondammo con entusiasmo, lo fomentammo tanto che scrisse una gran folla d'idee, il dopo pranzo si andava al passeggio, si parlava degli errori della giurisprudenza criminale, s'entrava in dispute, in questioni, e la sera egli scriveva; ma è tanto laborioso per lui lo scrivere, e gli costa tale sforzo che dopo un'ora cade e non può reggere. Ammassato che ebbe il materiale, io lo scrissi e si diede un ordine, e si formò un libro. Il punto stava, in una materia tanto irritabile, il pubblicare quest'opera senza guai. La trasmisi a Livorno al signor Aubert (...). Il manoscritto lo spedii in aprile anno scorso e da me se ne ricevette il primo esemplare in luglio 1764. In agosto era già spacciata la prima edizione senza che in Milano se ne avesse notizia, e questo era quello ch'io cercavo. Tre mesi dopo solamente il libro fu conosciuto in Milano, e dopo li applausi della Toscana e d'Italia nessun osa dirne male». (*Lettera agli amici milanesi, 1 novembre 1765*)

Finalità dell'opera

Sono descritte nel celeberrimo brano introduttivo 'A chi legge' [parzialmente di altra mano (P. Verri?) e aggiunto dopo la prima edizione]:

«Alcuni avanzi di leggi di un antico popolo conquistatore fatte compilare da un principe che dodici secoli fa regnava in Costantinopoli, frammischiate poscia co' riti longobardi, ed involte in farruginosi volumi di privati ed oscuri interpreti, formano quella tradizione di opinioni che da una gran parte dell'Europa ha tuttavia il nome di leggi; ed è cosa funesta quanto comune al dì d'oggi che una opinione di Carpzovio, un uso antico accennato da Claro, un tormento con iraconda compiacenza suggerito da Farinaccio sieno le leggi a cui con sicurezza obbediscono coloro che tremando dovrebbero reggere le vite e le fortune degli uomini. Queste leggi, che sono uno scolo de' secoli i più barbari, sono esaminate in questo libro per quella parte che riguarda il sistema criminale, e i disordini di quelle si osa esporli a' direttori della pubblica felicità con uno stile che allontana il volgo non illuminato ed impaziente. Quella ingenua indagine della verità, quella indipendenza delle opinioni volgari con cui è scritta quest'opera è un effetto del dolce e illuminato governo sotto cui vive l'autore. I grandi monarchi, i benefattori della umanità che ci reggono, amano le verità esposte dall'oscuro filosofo con un non fanatico vigore, detestato solamente da chi si avventa alla forza o alla industria, respinto dalla ragione; e i disordini presenti da chi ben n'esamina tutte le circostanze sono la satira e il rimprovero delle passate età, non già di questo secolo e de' suoi legislatori.

Chiunque volesse onorarmi delle sue critiche cominci dunque dal ben comprendere lo scopo a cui è diretta quest'opera, scopo che ben lontano di diminuire la legittima autorità, servirebbe ad accrescerla se più che la forza può negli uomini la opinione, e se la dolcezza e l'umanità la giustificano agli occhi di tutti. Le mal

intese critiche pubblicate contro questo libro si fondano su confuse nozioni, e mi obbligano d'interrompere per un momento i miei ragionamenti agl'illuminati lettori, per chiudere una volta per sempre ogni adito agli errori di un timido zelo o alle calunnie della maligna invidia.

Tre sono le sorgenti delle quali derivano i principii morali e politici regolatori degli uomini. La rivelazione, la legge naturale, le convenzioni fattizie della società. Non vi è paragone tra la prima e le altre per rapporto al principale di lei fine; ma si assomigliano in questo, che conducono tutte tre alla felicità di questa vita mortale. Il considerare i rapporti dell'ultima non è l'escludere i rapporti delle due prime; anzi siccome quelle, benché divine ed immutabili, furono per colpa degli uomini dalle false religioni e dalle arbitrarie nozioni di vizio e di virtù in mille modi nelle depravate menti loro alterate, così sembra necessario di esaminare separatamente da ogni altra considerazione ciò che nasca dalle pure convenzioni umane, o espresse, o supposte per la necessità ed utilità comune, idea in cui ogni setta ed ogni sistema di morale deve necessariamente convenire; e sarà sempre lodevole intrappresa quella che sforza anche i più perversi ed increduli a conformarsi ai principii che spingon gli uomini a vivere in società. Sonovi dunque tre distinte classi di virtù e di vizio, religiosa, naturale e politica. Queste tre classi non devono mai essere in contraddizione fra di loro, ma non tutte le conseguenze e i doveri che risultano dall'una risultano dalle altre. Non tutto ciò che esige la rivelazione lo esige la legge naturale, né tutto ciò che esige questa lo esige la pura legge sociale: ma egli è importantissimo di separare ciò che risulta da questa convenzione, cioè dagli espressi o taciti patti degli uomini, perché tale è il limite di quella forza che può legittimamente esercitarsi tra uomo e uomo senza una speciale missione dell'Essere supremo. Dunque l'idea della virtù politica può senza taccia chiamarsi variabile; quella della virtù naturale sarebbe sempre limpida e manifesta se l'imbecillità o le passioni degli uomini non la oscurassero; quella della virtù religiosa è sempre una costante, perché rivelata immediatamente da Dio e da lui conservata.

Sarebbe dunque un errore l'attribuire a chi parla di convenzioni sociali e delle conseguenze di esse principii contrari o alla legge naturale o alla rivelazione; perché non parla di queste. Sarebbe un errore a chi, parlando di stato di guerra prima dello stato di società, lo prendesse nel senso hobbesiano, cioè di nessun dovere e di nessuna obbligazione anteriore, in vece di prenderlo per un fatto nato dalla corruzione della natura umana e dalla mancanza di una sanzione espressa. Sarebbe un errore l'imputare a delitto ad uno scrittore, che considera le emanazioni del patto sociale, di non ammetterle prima del patto istesso.

La giustizia divina e la giustizia naturale sono per essenza loro immutabili e costanti, perché la relazione fra due medesimi oggetti è sempre la medesima; ma la giustizia umana, o sia politica, non essendo che una relazione fra l'azione e lo stato vario della società, può variare a misura che diventa necessaria o utile alla società quell'azione, né ben si discerne se non da chi analizzi i complicati e mutabilissimi rapporti delle civili combinazioni. Sí tosto che questi principii essenzialmente distinti vengano confusi, non v'è più speranza di ragionar bene nelle materie pubbliche. Spetta a' teologi lo stabilire i confini del giusto e dell'ingiusto, per ciò che riguarda l'intrinseca malizia o bontà dell'atto; lo stabilire i rapporti del giusto e dell'ingiusto politico, cioè dell'utile o del danno della società, spetta al pubblicista; né un oggetto può mai pregiudicare all'altro, poiché ognun vede quanto la virtù puramente politica debba cedere alla immutabile virtù emanata da Dio.

Chiunque, lo ripeto, volesse onorarmi delle sue critiche, non cominci dunque dal supporre in me principii distruttori o della virtù o della religione, mentre ho dimostrato tali non essere i miei principii, e in vece di farmi incredulo o sedizioso procuri di ritrovarmi cattivo logico o inavveduto politico; non tremi ad ogni proposizione che sostenga gl'interessi dell'umanità; mi convinca o della inutilità o del danno politico che nascer ne potrebbe dai miei principii, mi faccia vedere il vantaggio delle pratiche ricevute. Ho dato un pubblico testimonio della mia religione e della sommissione al mio sovrano colla risposta alle Note ed osservazioni; il rispondere ad ulteriori scritti simili a quelle sarebbe superfluo; ma chiunque scriverà con quella decenza che si conviene a uomini onesti e con quei lumi che mi dispensino dal provare i primi principii, di qualunque carattere essi siano, troverà in me non tanto un uomo che cerca di rispondere quanto un pacifico amatore della verità».

CONTENUTI DELL'OPERA

a) *Fondamento del diritto penale nell'origine contrattuale dello Stato*

1 Le leggi sono le «condizioni colle quali uomini indipendenti isolati si uniscono in società» (§ 1)

2 Gli uomini unendosi in società sacrificano una parte della loro libertà «per goderne il restante con sicurezza e tranquillità» (§ 1)

3 La somma delle porzioni di libertà cedute dei singoli forma il *deposito della salute pubblica* e dà origine alla *sovranità* (§ 1)

4 Dal dovere di difendere questo deposito dall'aggressione di individui privati nasce il dovere del sovrano di punire i delitti (§ 2)

5 Le pene sono «sensibili motivi» per scoraggiare i possibili «infrattori delle leggi» (§ 1)

b) *Limiti al diritto di punire*

Poiché con il contratto sociale la cessione di libertà è stata la minima necessaria, anche il diritto penale è concepito come *minimale*

La sanzione deve ridursi al *minimo necessario* per la difesa sociale

Corollari:

- devono essere puniti *solo gli atti effettivamente dannosi* per la società
- la pena deve *eccedere il vantaggio* che il delinquente si propone di conseguire *solo di quel tanto che basti* a scoraggiarlo

c) *Funzione della pena*

1) esclusa una funzione *retributiva* (compenso del male col male)

«(...) il fine delle pene non è di tormentare ed affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto già commesso. Può egli in un corpo politico, che, ben lungi di agire per passione, è il tranquillo moderatore delle passioni particolari, può egli albergare questa inutile crudeltà stromento del furore e del fanatismo o dei deboli tiranni? Le strida di un infelice richiamano forse dal tempo che non ritorna le azioni già consumate?» (§ 12)

2) abbracciata una concezione *preventiva* della pena

«Il fine dunque non è altro che di impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali» (§12)

La pena guarda perciò *al futuro*, non al passato, con funzione di *prevenzione*

- generale
- speciale

Efficace sarà la pena che «serbata la proporzione, farà un'impressione più efficace e più durevole sugli animi degli uomini, e la meno tormentosa sul corpo del reo» (§12)

Inoltre, la pena ha un'efficacia non solo attraverso la sua *inflizione effettiva* ma anche semplicemente mediante la *minaccia* della sua applicazione

3) esclusa una funzione di *emenda* (funzione *rieducativa* della pena), in quanto

- contrasta con il principio della certezza del diritto (durata necessariamente indeterminata della pena)
- non rientra fra i compiti di uno Stato laico

La prevenzione deve svolgersi piuttosto mediante l'*educazione* (premi alla virtù) che attraverso la *repressione* (castighi ai misfatti): v. §§ 41-45.

In Beccaria quindi la *prevenzione* risponde a motivi *utilitaristici*, ma la concezione *minimale* del diritto penale introduce anche un motivo *umanitario*

Qui il binomio utilità/giustizia si scioglie

Secondo una concezione preventiva della sanzione criminale ispirata ad una concezione radicalmente utilitaristica può essere infatti ammessa:

- una pena esemplare
- la punizione dell'innocente

Beccaria *rifiuta* questa impostazione e prevede una serie di *principi a fondamento della pena* che, pur basandosi su un'impostazione utilitaristica, ne limitano frequentemente la portata a favore delle esigenze di umanità.

Essi sono un vero e proprio «prontuario del diritto penale moderno» (Cavanna) e meritano di essere qui sinteticamente descritti:

a) legalità (del reato e della pena)

È l'assioma fondamentale dell'opera beccariana:

« le sole leggi possono decretar le pene su i delitti » (§3)

- non declinato come in Hobbes e nei codici dell'area germanica (es. *Josephina*: v. oltre) come strumento di rafforzamento del potere del sovrano
- ma proclamato essenzialmente in funzione di
 - prevenzione generale (efficacia deterrente della preventiva conoscenza, da parte dei cittadini, delle conseguenze delle loro azioni: *aspetto utilitaristico*)

« Così acquistano i cittadini quella sicurezza di loro stessi che è (...) utile perché gli mette nel caso di esattamente calcolare gl'inconvenienti di un misfatto » (§ 4)

— garanzia (contro le degenerazioni arbitrarie dell'esercizio della potestà punitiva: *aspetto umanitario*)

—
«quando la norma del giusto e dell'ingiusto, che deve dirigere le azioni sí del cittadino ignorante come del cittadino filosofo, non è un affare di controversia, ma di fatto, allora i sudditi non sono soggetti alle piccole tirannie di molti» (§ 4)

Ad esso è connessa l'idea

— della *codificazione* del diritto penale

«un codice fisso di leggi...»: § 4

— dell'attività del giudice come meramente *dichiarativa*

«...che si debbono osservare alla lettera»: § 4

(chiara matrice montesquieuviana, che ritorna nel richiamo alla celebre definizione di libertà fornita dal giurista francese: «L'opinione che ciaschedun cittadino deve avere di poter fare tutto ciò che non è contrario alle leggi senza temerne altro inconveniente che quello che può nascere dall'azione medesima, questo è il dogma politico che dovrebb'essere dai popoli creduto e dai supremi magistrati colla incorrotta custodia delle leggi predicato; sacro dogma, senza di cui non vi può essere legittima società, giusta ricompensa del sacrificio fatto dagli uomini» (§ 8))

L'attività meramente dichiarativa del giudice è descritta nelle sue modalità e nei suoi vantaggi all'inizio del § 4:

«In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza. Non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni (...) Ciascun uomo ha il suo punto di vista, ciascun uomo in differenti tempi ne ha un diverso. Lo spirito della legge sarebbe dunque il risultato di una buona o cattiva logica di un giudice, di una facile o malsana digestione, dipenderebbe dalla violenza delle sue passioni, dalla debolezza di chi soffre, dalle relazioni del giudice coll'offeso e da tutte quelle minime forze che cangiano le apparenze di ogni oggetto nell'animo fluttuante dell'uomo. Quindi veggiamo la sorte di un cittadino cambiarsi spesse volte nel passaggio che fa a diversi tribunali, e le vite de' miserabili essere la vittima dei falsi raziocini o dell'attuale fermento degli umori d'un giudice, che prende per legittima interpretazione il vago risultato di tutta quella confusa serie di nozioni che gli muove la mente. Quindi veggiamo gli stessi delitti dallo stesso tribunale puniti diversamente in diversi tempi, per aver consultato non la costante e fissa voce della legge, ma l'errante instabilità delle interpretazioni. Un disordine che nasce dalla rigorosa osservanza della lettera di una legge penale non è da mettersi in confronto coi disordini che nascono dalla interpretazione. Un tal momentaneo inconveniente spinge a fare la facile e necessaria correzione alle parole della legge, che sono la cagione dell'incertezza, ma impedisce la fatale licenza di ragionare, da cui nascono le arbitrarie e venali controversie».

Tutto ciò, per essere possibile, richiede che il codice delle leggi penali sia fornito dei caratteri della *chiarezza* e della *conoscibilità* (riecheggiano qui, in altra funzione, idee hobbesiane):

«Se l'interpretazione delle leggi è un male, egli è evidente esserne un altro l'oscurità che strascina seco necessariamente l'interpretazione, e lo sarà grandissimo se le leggi sieno scritte in una lingua straniera al popolo, che lo ponga nella dipendenza di alcuni pochi, non potendo giudicar da se stesso qual sarebbe l'esito della sua libertà, o dei suoi membri, in una lingua che formi di un libro solenne e pubblico un quasi privato e domestico. Che dovremo pensare degli uomini, riflettendo esser questo l'inveterato costume di buona parte della colta ed illuminata Europa! Quanto maggiore sarà il numero di quelli che intenderanno e avranno fralle mani il sacro codice delle leggi, tanto men frequenti saranno i delitti, perché non v'ha dubbio che l'ignoranza e l'incertezza delle pene aiutino l'eloquenza delle passioni» (§ 5).

b) proporzionalità

La *necessaria proporzione* della pena al reato è dettata, in pari tempo,
— da esigenze di *difesa sociale* (utilitarismo).

V. il § 6, di cui qui si riproducono l'inizio e la fine, che si presenta come un vero e proprio trattato di morale utilitaristica:

«Non solamente è interesse comune che non si commettano delitti, ma che siano più rari a proporzione del male che arrecano alla società. Dunque più forti debbono essere gli ostacoli che rispingono gli uomini dai delitti a misura che sono contrari al ben pubblico, ed a misura delle spinte che gli portano ai delitti. Dunque vi deve essere una proporzione fra i delitti e le pene (...). Se il piacere e il dolore sono i motori degli esseri sensibili, se tra i motivi che spingono gli uomini anche alle più sublimi operazioni, furono destinati dall'invisibile legislatore il premio e la pena, dalla inesatta distribuzione di queste ne nascerà quella tanto meno osservata contraddizione, quanto più comune, che le pene puniscano i delitti che hanno fatto nascere. Se una pena uguale è destinata a due delitti che disugualmente offendono la società, gli uomini non troveranno un più forte ostacolo per commettere il maggior delitto, se con esso vi trovino unito un maggior vantaggio».

— da esigenze *umanitarie*: per evitare che in nome dell'utilità sociale vengano comminate pene eccessivamente severe (concezione minimale del diritto penale: v. sopra)

Da notare, qui, una 'falla' nel pensiero di Beccaria, che in questa valutazione proporzionalistica della misura della risposta repressiva tende a *svalutare* l'elemento *soggettivo* del reato: «l'unica e vera misura dei delitti è il *danno* fatto alla nazione, e però errarono coloro che credettero vera misura dei delitti l'*intenzione* di chi li commette» (§ 7)

Questa affermazione è stata criticata soprattutto dai criminalisti italiani 'post-beccariani' (Cremani, Renazzi, De Simoni, Carmignani etc.); essa non va però enfatizzata: in altri punti dell'opera B. mette in luce il ruolo dell'elemento soggettivo del reato (ad es. in tema di tentativo, § 37).

Probabilmente la presa di posizione radicalmente 'oggettivistica' di B. vuole semplicemente rappresentare una reazione all'altrettanto radicale 'soggettivismo' tipico del diritto penale d'antico regime

v. ad es. la critica di P. Verri contenuta nell'*Orazione panegirica sulla giurisprudenza milanese*: «Vorrebbe la corrotta natura che la legge punisse gli atti esterni e non i soli pensieri, ma la Nuova Costituzione vuole che i Milanesi sieno buoni nel fondo del loro cuore, per ciò condanna provvidamente a morte chi ha semplicemente pensato d'uccidere, anzi di più chi è stato informato di questo pensiero».

c) prontezza e infallibilità

«Quanto la pena sarà più pronta e più vicina al delitto commesso, ella sarà tanto più giusta e tanto più utile» (§ 19).

Anche questi due principi rispondono

— ad una motivazione utilitaristica: tanto maggiore l'efficacia deterrente della pena quanto più pronta la sua applicazione

«Ho detto che la prontezza delle pene è più utile, perché quanto è minore la distanza del tempo che passa tra la pena ed il misfatto, tanto è più forte e più durevole nell'animo umano l'associazione di queste due idee, delitto e pena, talché insensibilmente si considerano uno come cagione e l'altra come effetto necessario immancabile. Egli è dimostrato che l'unione delle idee è il cemento che forma tutta la fabbrica dell'intelletto umano, senza di cui il piacere ed il dolore sarebbero sentimenti isolati e di nessun effetto. Quanto più gli uomini si allontanano dalle idee generali e dai principii universali, cioè quanto più sono volgari, tanto più agiscono per le immediate e più vicine associazioni, trascurando le più remote e complicate, che non servono che agli uomini fortemente appassionati per l'oggetto a cui tendono, poiché la luce dell'attenzione rischiarava un solo oggetto, lasciando gli altri oscuri. Servono parimente alle menti più elevate, perché hanno acquistata l'abitudine di scorrere rapidamente su molti oggetti in una volta, ed hanno la facilità di far contrastare molti sentimenti parziali gli uni cogli altri, talché il risultato, che è l'azione, è meno pericoloso ed incerto. Egli è dunque di somma importanza la vicinanza del delitto e della pena, se si vuole che nelle rozze menti volgari, alla seducente pittura di un tal delitto vantaggioso, immediatamente riscuotasi l'idea associata della pena. Il lungo ritardo non produce altro effetto che di sempre più disgiungere queste due idee, e quantunque faccia

impressione il castigo d'un delitto, la fa meno come castigo che come spettacolo, e non la fa che dopo indebolito negli animi degli spettatori l'orrore di un tal delitto particolare, che servirebbe a rinforzare il sentimento della pena» (§ 19).

— ad una motivazione umanitaria: il processo penale è di per sé una pena

«Dico più giusta, perché risparmia al reo gli inutili e fieri tormenti dell'incertezza, che crescono col vigore dell'immaginazione e col sentimento della propria debolezza; più giusta, perché la privazione della libertà essendo una pena, essa non può precedere la sentenza se non quando la necessità lo chiede. La carcere è dunque la semplice custodia d'un cittadino finché sia giudicato reo, e questa custodia essendo essenzialmente penosa, deve durare il minor tempo possibile e dev'essere meno dura che si possa. Il minor tempo dev'esser misurato e dalla necessaria durata del processo e dall'anzianità di chi prima ha un diritto di esser giudicato. La strettezza della carcere non può essere che la necessaria, o per impedire la fuga, o per non occultare le prove dei delitti. Il processo medesimo dev'essere finito nel più breve tempo possibile. Qual più crudele contrasto che l'indolenza di un giudice e le angosce d'un reo? I comodi e i piaceri di un insensibile magistrato da una parte e dall'altra le lagrime, lo squallore d'un prigioniero? In generale il peso della pena e la conseguenza di un delitto dev'essere la più efficace per gli altri e la meno dura che sia possibile per chi la soffre, perché non si può chiamare legittima società quella dove non sia principio infallibile che gli uomini si sian voluti assoggettare ai minori mali possibili» (§ 19).

Notare che qui utilità e giustizia (umanità) sono esigenze in equilibrio, ma concettualmente separate

d) uguaglianza

Altro caposaldo del pensiero beccariano, a fronte di un sistema penale ancora marcato da un forte *particolarismo soggettivo* (diversi diritti e giurisdizioni penali a seconda dello *status* del reo: es. nobiltà, clero)

«[Le pene] esser debbono le medesime pel primo e per l'ultimo cittadino. Ogni distinzione sia negli onori sia nelle ricchezze perché sia legittima suppone un'antecedente uguaglianza fondata sulle leggi, che considerano tutti i sudditi come egualmente dipendenti da esse. Si deve supporre che gli uomini che hanno rinunciato al naturale loro dispotismo abbiano detto: *chi sarà più industrioso abbia maggiori onori, e la fama di lui risplenda ne' suoi successori; ma chi è più felice o più onorato spera di più, ma non tema meno degli altri di violare quei patti coi quali è sopra gli altri sollevato (...)*. A chi dicesse che la medesima pena data al nobile ed al plebeo non è realmente la stessa per la diversità dell'educazione, per l'infamia che spandesi su di un'illustre famiglia, risponderci che la sensibilità del reo non è la misura delle pene, ma il pubblico danno» (§ 21).

e) personalità

È nota la battaglia di Beccaria (ispirata da motivi di umanità) per la soppressione dell'istituto della *confisca*, per impedire l'estensione degli effetti della condanna agli incolpevoli familiari del reo

«Ma chi è bandito ed escluso per sempre dalla società di cui era membro, dev'egli esser privato dei suoi beni? Una tal questione è suscettibile di differenti aspetti (...). Se alcuni hanno sostenuto che le confische sieno state un freno alle vendette ed alle prepotenze private, non riflettono che, quantunque le pene producano un bene, non però sono sempre giuste, perché per esser tali debbono esser necessarie, ed **un'utile ingiustizia non può esser tollerata** da quel legislatore che vuol chiudere tutte le porte alla vigilante tirannia, che lusinga col bene momentaneo e colla felicità di alcuni illustri, sprezzando l'estermio futuro e le lacrime d'infiniti oscuri. Le confische mettono un prezzo sulle teste dei deboli, fanno soffrire all'innocente la pena del reo e pongono gl'innocenti medesimi nella disperata necessità di commettere i delitti. Qual più tristo spettacolo che una famiglia strascinata all'infamia ed alla miseria dai delitti di un capo, alla quale la sommissione ordinata dalle leggi impedirebbe il prevenirgli, quand'anche vi fossero i mezzi per farlo!» (§ 25)

(notare, nel passo in grassetto, lo scioglimento dell'equazione utilità=giustizia)

f) pubblicità

Questo principio vale

- ad escludere ogni forma di *remissione privata* della pena (all'epoca frequente per i delitti di minore gravità): siamo al compimento di un processo di pubblicizzazione del diritto penale che ha preso avvio, in realtà, alla metà del XIII secolo.
- ad affermare l'esigenza della celebrazione di un *processo pubblico*, sottoposto a controllo esterno «pubblici siano i giudizi e pubbliche le prove» (§ 14)
v. anche il § 15 contro le delazioni

g) laicità

Quello della separazione peccato/reato è tema caro a diversi esponenti del giusnaturalismo e dell'illuminismo giuridico (v. sopra), con la esclusione della punibilità di

- comportamenti non conformi alla morale sessuale: v. § 31 (adulterio)
 - suicidio: v. § 32
 - reati di coscienza (eresia, magia, bestemmia: lesa maestà divina): v. 'A chi legge'.
- V. anche l'atteggiamento prudente di B. al § 39

h) umanità

È questo un altro tema dominante dell'opera beccariana, a fronte di un diritto penale spesso ispirato all'idea dell'esemplarità dalla pena, ad un uso frequente della pena di morte (spesso accompagnata da orribili e spettacolari esacerbazioni)

L'idea che la pena debba essere «la meno tormentosa sul corpo del reo» è ispirata ancora una volta anche da una motivazione utilitaristica — poiché secondo Beccaria

non è l'intensità delle pene a garantirne la deterrenza — ma anche in questo caso, nella mai sciolta dialettica fra utilità e umanità, è pur sempre quest'ultima a prevalere (cfr. §§ 12, 16)

L'esempio più evidente è rappresentato dalla

BATTAGLIA DELL'ILLUMINISTA MILANESE CONTRO LA PENA DI MORTE (§ 28)

Tre motivazioni:

1) ARGOMENTO CONTRATTUALISTICO — riunendosi in società di uomini rinunciano alla minima porzione necessaria di libertà, non è perciò pensabile che essi vogliano affidare allo Stato la possibilità di togliere loro il bene più prezioso, cioè la vita

« Qual può essere il diritto che si attribuiscono gli uomini di trucidare i loro simili? Non certamente quello da cui risulta la sovranità e le leggi. Esse non sono che una somma di minime porzioni della privata libertà di ciascuno; esse rappresentano la volontà generale, che è l'aggregato delle particolari. Chi è mai colui che abbia voluto lasciare ad altri uomini l'arbitrio di ucciderlo? Come mai nel minimo sacrificio della libertà di ciascuno vi può essere quello del massimo tra tutti i beni, la vita? »

(argomento debole, solamente logico, il contratto sociale non è storicamente provato)

2) ARGOMENTO UTILITARISTICO — la pena di morte non è *né utile né necessaria*

I due casi in cui Beccaria la ammette **non si verificano praticamente mai**

a) nel tempo dell'anarchia, nello stato di guerra, ma in questo caso cessa la convivenza sociale e quindi il problema del diritto di punire

«La morte di un cittadino non può credersi necessaria che per due motivi. Il primo, quando anche privo di libertà egli abbia ancora tali relazioni e tal potenza che interessi la sicurezza della nazione; quando la sua esistenza possa produrre una rivoluzione pericolosa nella forma di governo stabilita. La morte di qualche cittadino divien dunque necessaria quando la nazione ricupera o perde la sua libertà, o nel tempo dell'anarchia, quando i disordini stessi tengon luogo di leggi»;

b) quando può credersi l'unico freno per distogliere gli altri dal commettere delitti

«ma durante il tranquillo regno delle leggi, in una forma di governo per la quale i voti della nazione siano riuniti, ben munita al di fuori e al di dentro dalla forza e dalla opinione, forse più efficace della forza medesima, dove il comando non è che presso il vero sovrano, dove le ricchezze comprano piaceri e non autorità, io non veggo necessità alcuna di distruggere un cittadino, se non quando la di lui morte fosse il vero ed unico freno per distogliere gli altri dal commettere delitti, secondo motivo per cui può credersi giusta e necessaria la pena di morte».

ma lo stesso Beccaria afferma che la pena di morte **non ha mai distolto dal crimine**: non è l'intensità della pena a prevenire i reati, ma l'estensione di essa

«Quando la speranza di tutt'i secoli, nei quali l'ultimo supplicio non ha mai distolti gli uomini determinati dall'offendere la società, quando l'esempio dei cittadini romani, e vent'anni di regno dell'imperatrice Elisabetta di Moscovia, nei quali diede ai padri dei popoli quest'illustre esempio, che equivale almeno a molte conquiste comprate col sangue dei figli della patria, non persuadessero gli uomini, a cui il linguaggio della ragione è sempre sospetto ed efficace quello dell'autorità, basta consultare la natura dell'uomo per sentire la verità della mia asserzione. Non è l'intensione della pena che fa il maggior effetto sull'animo umano, ma l'estensione di essa; perché la nostra sensibilità è più facilmente e stabilmente mossa da minime ma replicate impressioni che da un forte ma passeggero movimento. L'impero dell'abitudine è universale sopra ogni essere che sente, e come l'uomo parla e cammina e procaccia i suoi bisogni col di lei aiuto, così l'idee morali non si stampano nella mente che per durevoli ed iterate percosse. Non è il terribile ma passeggero spettacolo della morte di uno scellerato, ma il lungo e stentato esempio di un uomo privo di libertà, che, divenuto bestia di servizio, ricompensa colle sue fatiche quella società che ha offesa, che è il freno più forte contro i delitti».

3) ARGOMENTO MORALE — la pena di morte è un **assassinio pubblico**, la vita umana è sacra. Questo è l'argomento più importante: infatti Beccaria si propone, con la sua battaglia per l'abolizione, di vincere «la causa dell'umanità»

«Se le passioni o la necessità della guerra hanno insegnato a spargere il sangue umano, le leggi moderatrici della condotta degli uomini non dovrebbero aumentare il fiero esempio, tanto più funesto quanto la morte legale è data con istudio e con formalità. Parmi un assurdo che le leggi, che sono l'espressione della pubblica volontà, che detestano e puniscono l'omicidio, ne commettono uno esse medesime, e, per allontanare i cittadini dall'assassinio, ordinino un pubblico assassinio».

Nel 1791-92, in occasione della discussione del progetto di codice penale fatto compilare per la Lombardia austriaca da Leopoldo II, B. avanzerà anche un ulteriore argomento 'processuale', basato sull'idea della irreparabilità dell'errore giudiziario.
