



Alle radici del diritto penale moderno: l'illuminismo giuridico di Cesare Beccaria di fronte al potere di punire

Atti della sessione penalistica del Convegno
Attualità e storicità di «Dei delitti e delle pene»
a 250 anni dalla pubblicazione
(Verona, 24 ottobre 2014)

a cura di
Lorenzo Picotti



Edizioni Scientifiche Italiane

Pubblicazione edita con il contributo finanziario del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona. Progetto finanziato nell'ambito del programma Joint Project 2011 promosso dall'Università di Verona.

PICOTTI, Lorenzo (*a cura di*)

Alle radici del diritto penale moderno:

l'illuminismo giuridico di Cesare Beccaria di fronte al potere di punire

Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona
sezione ricerche, raccolte e atti di convegno, 11

Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015

pp. VIII+120; 24 cm

ISBN 978-88-495-3051-3

© 2015 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7

Internet: www.edizioniesi.it

E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Indice

LORENZO PICOTTI, <i>Presentazione</i>	VII
SERGIO VINCIGUERRA, <i>Qualche parola sull'attualità di «Dei delitti e delle pene» (e per migliorare la nostra giustizia penale)</i>	1
MICHELE PAPA, <i>«A chi legge»: l'incipit visionario Dei delitti e delle pene</i>	9
ALBERTO CADOPPI, <i>Perché il cittadino possa «esattamente calcolare gl'inconvenienti di un misfatto». Attualità e limiti del pensiero di Beccaria in tema di legalità</i>	27
LORENZO PICOTTI, <i>Il principio di proporzione fra delitti e pene quale limite di legittimazione del potere punitivo nel pensiero di Cesare Beccaria</i>	63
GABRIELE FORNASARI, <i>L'attualità dell'invettiva di Beccaria contro la tortura</i>	87
JOHN D. BESSLER, <i>Beccaria in America: How the Italian Enlightenment Shaped American Law</i>	99
<i>Sugli Autori</i>	115

Presentazione

I contributi raccolti in questo volume riprendono le relazioni svolte nel Convegno interdisciplinare intitolato «Attualità e storicità di *Dei delitti e delle pene* a 250 anni dalla pubblicazione» (organizzato a Verona il 23 e 24 ottobre 2014 presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche), in particolare nella terza sessione, dedicata al diritto penale.

L'iniziativa era caratterizzata, per vero, da un approccio interdisciplinare fra storici, filosofi e penalisti, tutti cultori, sotto diversi profili, dell'opera di Beccaria, oggetto di una riconsiderazione alla luce degli sviluppi, soprattutto del diritto e della procedura penale, nel passaggio dall'Illuminismo all'epoca attuale.

Per ragioni editoriali, non è stato possibile giungere alla pubblicazione in un unico volume dei contributi delle tre sessioni, come sarebbe stato auspicabile; ma questo non fa venir meno il raccordo ideale fra le tre discipline e l'interesse scientifico per un approccio comune, che viene spiritualmente mantenuto con questa pubblicazione.

Verona, ottobre 2015

LORENZO PICOTTI

LORENZO PICOTTI

Il principio di proporzione fra delitti e pene quale fonte e limite di legittimazione del potere punitivo nel pensiero di Cesare Beccaria¹

SOMMARIO: 1. Le premesse teoriche e sistematiche del principio di proporzione. – 2. Natura materiale e funzione preventiva delle pene. – 3. La proporzione fra pene e delitti: lettura e suddivisione in quattro parti del § VI. – 3.1. L'enunciazione generale del principio di proporzione. – 3.2. Sui criteri di misura della proporzione. – 3.3. La scala dei delitti. – 3.4. La scala delle pene. – 4. Gli «errori nella misura delle pene» ed il criterio oggettivo del danno sociale. – 5. Le applicazioni «alla parte speciale» del principio di proporzione. – 6. Proporzione e tipologie di pene. – 7. Conclusioni: sull'attualità del pensiero di Beccaria.

1. Le premesse teoriche e sistematiche del principio di proporzione

Il tema della proporzione fra delitti e pene si collega strettamente a quello della legalità². Infatti rappresenta, per Beccaria, l'altra faccia – di natura sostanziale – dei limiti di legittimazione del potere punitivo. Rapporto che emerge già dalla successione topografica dei primi paragrafi dell'opera, nei quali – pur non potendosi dire se egli l'abbia personalmente decisa o se sia stata scelta solo a seguito della revisione operata con Pietro Verri³ – si nota un evidente stacco fra i contenuti dei §§ I e II, che affrontano il tema dell'«origine delle pene»

¹ Testo rielaborato e corredato di note bibliografiche della Relazione tenuta al Convegno «Attualità e storicità del Dei delitti e delle pene a 250 anni dalla pubblicazione», Verona 23-24 ottobre 2014. Per una precedente esposizione dell'argomento v. già L. PICOTTI, *Il principio di proporzione fra i delitti e le pene. Lettura del § VI di «Dei delitti e delle pene» di Cesare Beccaria*, nella raccolta di scritti: *Penalisti del XXI secolo leggono «Dei delitti e delle pene nel 250° anniversario della prima pubblicazione e ne discutono l'attualità»*, in *Dir. Pen. XXI secolo*, 2014, n. 2, p. 261 s.

² Cfr. al riguardo la relazione di A. CADOPPI, *Perché il cittadino possa «esattamente calcolare gli inconvenienti di un misfatto»*. *Attualità e limiti del pensiero di Beccaria in tema di legalità*, in questo volume, p. 27 s.

³ Sulla ricostruzione della genesi dell'opera si rinvia alla relazione di G. Rossi, *Il «Dei delitti e delle pene» nelle prime stesure (1764-1766): un work in progress*, in corso di pubblicazione negli atti della sessione storica del convegno citato in nota 1.

e, quindi, del fondamento *sostanziale* di legittimazione del «diritto di punire», e quello dei successivi §§ III, IV e V, dedicati invece alle fonti *formali*, da ravvisare esclusivamente nelle leggi, con aspra critica alla loro eventuale «oscurità» e connesso bisogno di «interpretazione». Ebbene, con il § VI, dedicato specificamente alla «proporzione fra i delitti e le pene», Beccaria torna sul tema del fondamento e della legittimazione – e, correlativamente, dei limiti *sostanziali* – del potere punitivo, che deve attenersi al principio di «proporzione» proprio *in quanto* nasce dall'assoluta «necessità» di difesa della società: per cui «ogni pena che non derivi dall'assoluta necessità è tirannica», come aveva ricordato nell'esordio del § II, citando «il grande Montesquieu»⁴. Per cui il parametro della «necessità» deve determinare anche il *quantum*, non solo l'*an* della sanzione penale.

L'andamento «intrecciato» della trattazione di questi due massimi principi regolatori del potere punitivo – uno di natura formale: la legalità, l'altro di natura sostanziale: la proporzione – ha una sua logica se si considerano i presupposti filosofici del contrattualismo e dell'utilitarismo da cui muove Beccaria⁵. Da un lato, infatti, la legittimazione (l'«autorità») ad emanare le leggi, che «sole» possono «decretar le pene su i delitti», «non può risiedere che presso il legislatore che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale»⁶; dall'altro, la necessità di «difendere dalle private usurpazioni» la «sicurezza e tranquillità» di tutti, porta ciascheduno «a cedere parte della propria libertà», ma soltanto la «minima porzion possibile, quella sola che basta ad indurre gli altri a difenderlo», conferendola in un «pubblico deposito» od «aggregato di queste minime porzioni» che «forma il diritto di punire»⁷.

Il principio di *proporzione* fra pene e delitti è, in definitiva, il logico sviluppo di queste premesse: il legislatore (non il giudice) deve

⁴ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (rist. ed. 1766 a cura di F. Venturi, Torino 1994), § II, p. 12, che così puntualizza la sua posizione: «E per giustizia io non intendo altro che il vincolo necessario per tenere uniti gl'interessi particolari, che senz'esso si scioglierebbero nell'antico stato d'insociabilità; tutte le pene che oltrepassano la necessità di conservare questo vincolo sono ingiuste di lor natura» (ivi, p. 13).

⁵ Il primo recepito dall'illuminismo francese, il secondo dalle correnti di pensiero inglesi risalenti a Bacone ed all'illuminismo scozzese. Al riguardo si rinvia – fra i moltissimi contributi – a quelli pubblicati in questo volume, specie nelle sezioni filosofica e storica. Nella dottrina penale italiana si veda in specie G. NEPPI MODONA, *L'utile sociale nella concezione penalistica di Beccaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 477 s.

⁶ C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § III, p. 14.

⁷ C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § II, p. 13.

stabilire, per ciascun delitto, la «misura» concreta di pena che corrisponde alla «necessità» che la legittima.

2. *Natura materiale e funzione preventiva delle pene*

Per concretizzare questa giusta «misura» delle pene, bisogna muovere dalla loro *natura* e dalla loro *funzione*. Secondo Beccaria, esse non sono nient'altro che dei «motivi sensibili» capaci di «distogliere il dispotico animo di ciascun uomo dal risommergere nell'antico caos le leggi della società»⁸, perché «immediatamente percuotono i sensi e [...] di continuo si affacciano alla mente *per controbilanciare* [corsivo agg.] le forti impressioni delle passioni parziali che si oppongono al bene universale»⁹.

La pena è così vista in termini rigorosamente utilitaristici, quale «ostacolo politico» e «sensibile» che ha il solo fine *preventivo* «d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali»¹⁰; senza alcuna pretesa di retribuzione, capace di «ripagare» il male col male, secondo una «misura» assoluta o metafisica. Al contrario, poiché l'idea del delitto va contrapposta a quella del peccato, di cui solo la legge divina può occuparsi, e la cui misura la giustizia umana non può conoscere, la proporzione rispetto al male che il reo arreca con il delitto è semplicemente quella *necessaria* a distogliere, lui e gli altri, dal commetterlo.

Come precisa nella premessa «A chi legge»¹¹, è infatti ad un livello inferiore rispetto alla «legge divina» che opera la «legge umana», senza interferire con la prima, che va rispettata dal legislatore positivo al pari della «legge naturale», non scritta, che ne promana e che coincide sostanzialmente con la razionalità utilitaristica¹². In questa prospettiva, la pena deve «controbilanciare» il delitto non in termini di retribuzione, ma di prevenzione.

Con qualche reminiscenza di Hobbes e del suo stato di natura, secondo cui gli uomini sarebbero in eterno conflitto senza il con-

⁸ C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § I, p. 11.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § XII, p. 31

¹¹ Premessa aggiunta all'edizione del 1766, per rispondere alle aspre critiche del monaco vollombrosiano F. FACCHINEL, *Note ed osservazioni sul libro intitolato 'Dei delitti e delle pene'*, Venezia, 1765, di cui ampi stralci sono riportati in appendice al volume (a cura di F. Venturi), C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., Torino 1994, p. 164 s. In argomento cfr. M. PAPA, 'A chi legge': critica di un incipit visionario, in questo volume, p. 9 s.

¹² Cfr. in specie C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., p. 4 s.

trollo dello Stato e delle sue leggi, le pene devono e possono contrapporsi – in quanto «motivi sensibili» – alla «spinta criminale» (nozione che verrà ripresa non molti anni dopo da Gian Domenico Romagnosi¹³), che porterebbe l'individuo al delitto per soddisfare il proprio interesse «particolare» a scapito di quello «universale». La contropartita «sensibile» della pena deve, pertanto, essere *proporzionata* all'interesse da difendere, proprio per non violare l'ordine che intende preservare, fondato sul contratto sociale, il quale richiede il rispetto delle libertà degli individui: per cui il sovrano dispone solo di quelle «porzioni minime» depositate nelle sue mani, al fine di garantire il bene comune, in conformità alle leggi.

In tal modo, la proporzione condivide e soddisfa, assieme alla legalità, anche l'esigenza razionalistica della *prevedibilità* delle conseguenze del comportamento di ciascuno, indispensabile per conseguire le finalità di prevenzione della pena¹⁴. Non basta, infatti, che sia conosciuto il divieto o il precetto come tale, ma occorre che la stessa sanzione, stabilita per la sua violazione, corrisponda ad una proporzione razionale, seppur nei limiti della giustizia umana: per cui all'offesa più grave deve conseguire una pena più grave, a quella meno grave una conseguenza meno grave.

3. *La proporzione fra pene e delitti: lettura e suddivisione in quattro parti del § VI*

Sviluppando questi principi, il tema della «proporzione» è specificamente affrontato ed analizzato da Beccaria nel § VI, che per una migliore lettura si può suddividere in quattro parti, da esaminare parzialmente.

3.1. *L'enunciazione generale del principio di proporzione*

In esordio Beccaria enuncia la necessità generale che vi sia «una

¹³ G.D. ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale* (1791), 2^a ed. Milano 1807, in specie vol. III, p. 13 s., p. 136 s.

¹⁴ Sottolinea l'esigenza di «conoscibilità» della legge penale quale carattere essenziale del diritto penale liberale, A. CADOPPI, *Perché il cittadino*, cit., p.; e già ID., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, 2^a ed., Torino 2014, in specie p. 60 s. Per un commento attualizzato a Beccaria in argomento vedi ora M. DONINI, *Interpretazione delle leggi (Dei delitti e delle pene, § IV)*, nella raccolta di scritti: *Penalisti del XXI secolo leggono «Dei delitti e delle pene»* cit., in *Dir. Pen. XXI secolo*, 2014, n. 2, p. 245 s.

proporzione fra i delitti e le pene», per quello stesso motivo per cui occorre difendere il vincolo o contratto sociale. Riprendendo infatti il discorso lasciato in sospenso nel § II (per affrontare il tema della legalità), egli muove dall'osservazione che è «interesse comune che non si commettano delitti» ed anzi «che siano più rari *a proporzione del male* [corsivo agg.] che arrecano alla società»¹⁵. E da questa osservazione desume il primo criterio generale da applicare: «più forti debbono essere gli ostacoli che rispingono gli uomini dai delitti *a misura che sono contrari al bene pubblico*» [corsivo agg.], aggiungendo però poi, dopo una virgola, un secondo criterio: «ed *a misura delle spinte* che gli portano ai delitti» [corsivo agg.]¹⁶.

In modo lapidario, com'è capace Beccaria, sono così individuati i due criteri essenziali che devono convergere per determinare la giusta «misura» della pena edittale da parte del legislatore, ma che a ben vedere dovrebbero essere considerati anche dal giudice nella sua commisurazione concreta: da un lato, la dimensione *oggettiva* del contrasto con il bene pubblico, che rappresenta il primo parametro di misura, sul quale porranno poi l'accento gli esponenti della c.d. Scuola classica del diritto penale¹⁷; dall'altro, in una posizione accessoria e complementare, la «spinta» *oggettiva* al delitto, che verrà invece messa in primo piano dagli esponenti della Scuola positiva, ben oltre i limiti entro cui vi aveva dato rilievo il Romagnosi (il più positivista dei classici, secondo la nota affermazione di Enrico Ferri¹⁸): tanto da fare del «motivo a delinquere» ed, a monte, della tipologia *oggettiva* dell'autore, che nel motivo si riflette, la pietra angolare dell'intero sistema di difesa sociale da essi delineato¹⁹.

Per Beccaria è invece chiara la preminente posizione del parametro *oggettivo*, che nel § VII verrà concretizzato nel concetto di «danno» arrecato alla nazione (*infra*, par. 4), mentre qui è sintetizzato nell'idea più generica di «contrarietà» al bene pubblico. Per cui un ruolo solo secondario ed accessorio viene attribuito al parametro *oggettivo*.

¹⁵ C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § VI, p. 19.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ In argomento si rinvia alle conclusioni di questo intervento, *infra*, par. 7, con relativi rilievi ed indicazioni bibliografiche.

¹⁸ Cfr. E. FERRI, *Sociologia criminale*, 3^a ed., Torino 1892, p. 473.

¹⁹ Sull'acceso dibattito fra le due Scuole del diritto penale dell'Ottocento si veda sinteticamente, nella vasta letteratura non solo italiana, U. Spirito, *Storia del diritto penale in Italia*, 3^a ed., Firenze 1974; più di recente anche A. CADOPPI, *Storia del diritto penale*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (dir.), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, I, Torino 2012, p. 7 s.; e per notazioni conclusive, con relative indicazioni bibliografiche, *infra*, par. 7.

tivo, costituito dalla «spinta al delitto», intesa peraltro in un significato non tanto psicologico o personalistico, quanto per il rilievo che suo tramite può essere dato all'interesse «particolare» perseguito dal soggetto agente, che lo «spinge» appunto ad agire in conflitto con gli interessi altrui ed, in specie, con quello pubblico. La nozione di delitto è infatti tenuta distinta da quella di peccato, come si vedrà anche nell'analisi del § VII, dedicato agli «errori nella misura delle pene» (*infra*, par. 4), non interessando alla giustizia penale l'interiorità dell'animo individuale, né tantomeno la sua malvagità morale, quanto la maggior o minor possibilità di danno alla società, che dipende anche dalla forza e peculiarità dell'interesse, o di altre circostanze che possono «spingere» la persona al reato.

3.2. Sui criteri di misura della proporzione

Da questa limpida e sintetica enunciazione del principio generale di proporzione e dei due criteri che devono essere considerati per determinare la giusta misura della pena, Beccaria sviluppa, nella seconda e per vero un po' più farraginoso delle quattro parti in cui può suddividersi il § VI, alcuni spunti per l'ideale «tecnica» di governo dei rapporti sociali ed il più efficace contrasto alle «spinte» criminose.

È stato osservato, che Beccaria era vittima dell'ingenua convinzione di tutta la cultura europea dei lumi²⁰. In effetti in alcuni passi egli esprime l'illusione di poter dominare «geometricamente» o matematicamente la materia anche della pena e della penalità: come quando rimanda alla metafora dell'«abile architetto» che il legislatore dovrebbe avere a modello, «di cui l'ufficio è di opporsi alle rovinose direzioni della gravità» – rappresentate dagli interessi particolari alla cui soddisfazione mira ciascun individuo – facendo invece «conspirare quelle che contribuiscono alla forza dell'edificio»²¹. Allo stesso modo, le pene devono controbilanciare le «spinte» a ricercare il benessere individuale, che va a scapito del bene comune.

²⁰ Cfr. P. ALVAZZI DEL FRATE, *Interpretazione giudiziale e Illuminismo da Beccaria al Code civil*, nel volume degli atti della sessione storica, cit. *supra*, nota 3, in corso di stampa. In argomento sottolinea la predilezione di Beccaria per le scienze matematiche anche M. PAVARINI, *Introduzione al libro «Dei delitti e delle pene». L'origine delle pene (Dei delitti e delle pene, § 1)*, che apre la citata raccolta di scritti *Penalisti del XXI secolo leggono «Dei delitti e delle pene»*, in *Dir. Pen. XXI secolo*, 2014, n. 2, p. 233 s., in specie p. 236-237.

²¹ C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § VI, p. 20.

In altri passi però, anche del medesimo § VI, prevale una visione più realistica, che lo porta a riconoscere che «all'esattezza matematica bisogna sostituire nell'aritmetica politica il calcolo delle probabilità»²². E questo (anche) perché vi sono variabili «storiche» che rendono mobile e modificano, secondo le culture ed i tempi, «la spinta verso i delitti» (...) «e perciò la necessità di aggravare le pene», che andrebbe «sempre più aumentando»²³, così da condizionare, in definitiva, il contenuto stesso della proporzione. Beccaria indica, quale motivo di questo fenomeno, l'espansione degli «imperi», che farebbe crescere, con i disordini, la spinta individuale a commettere delitti, stante il diminuire del sentimento nazionale che tiene uniti i cittadini di una singola comunità locale²⁴. È un'affermazione senz'altro discutibile, nelle conclusioni, e priva di oggettivi riscontri, nelle premesse. Ma interessa qui sottolinearne il significato di emblematico riconoscimento che non bastano criteri astrattamente utilitaristici, occorrendo invece *storicizzarli* concretamente, per stabilire la giusta «proporzione», in ogni caso superando l'approccio moralistico o religioso, che pretenderebbe di stabilire, sul piano etico o metafisico, una misura «assoluta» ed astorica della retribuzione penale, cui la pena invece resta estranea, essendo – come detto – solo un «ostacolo politico» e «sensibile» avente la funzione eminentemente *pratica* di prevenire i delitti, si può aggiungere: in un determinato contesto storico-politico.

3.3. *La scala dei delitti*

Se è in primo luogo in relazione alla gravità del «male» da contrastare, che si deve determinare la scala delle pene che deve corrispondervi, Beccaria è consapevole della difficoltà di stabilire – una volta respinta l'idea di una retribuzione metastorica – una corrispondenza biunivoca tra i due termini. Infatti, dopo aver enunciato la necessità di osservare la proporzione fra i delitti e le pene, egli stesso riconosce che è impossibile stabilire un'assoluta «scala dei disordini», potendosi solo riconoscere che essi non sono tutti uguali.

Di conseguenza il legislatore – che dispone delle pene e della loro misura, ma non sa o non può determinare con precisione quale sia invece la «misura» ed il metro stesso di definizione della gravità del male che ciascun delitto arreca – deve limitarsi a garantire una pro-

²² Ibidem.

²³ Ibidem.

²⁴ Ibidem.

porzione «interna» alla scala dei delitti, rispetto a cui sia coerente quella delle pene che li sanzionano.

La pragmatica e lucida conclusione di Beccaria, che possiamo considerare anche molto laica ed attualmente valida, impone semplicemente di distinguere in termini decrescenti, secondo il male che arrecano, i diversi «disordini» — dal più grave al minimo — determinando una corrispondenza con gli «estremi» della scala delle pene, che non deve essere incoerente rispetto a quella²⁵.

Al primo grado, quindi, pone i delitti «che distruggono immediatamente la società» ed all'ultimo la «minima ingiustizia possibile fatta ai privati membri di essa»²⁶. Infatti, argomenta, è preminente «la necessità della riunione degli uomini» fondata sul patto sociale, rispetto all'opposizione degli «interessi privati». E tra questi due «estremi sono comprese tutte le azioni opposte al bene pubblico» che si chiamano delitti e che «vanno per gradi insensibili decrescendo dal più sublime al più infimo»²⁷.

L'analisi dei singoli gruppi di delitti, che si collocano in questa decrescente scala di gravità, è però rimandata a successivi paragrafi, in cui non svilupperà affatto un esame completo e sistematico. Qui conclude con una digressione generale sulla variabilità storica, nei luoghi e nel tempo, dei concetti stessi di «vizio» e di «virtù», di «buon cittadino» e di «reo», sottolineando che le azioni non comprese nei sopradetti limiti estremi non possono neppure definirsi «delitti»: tuttavia la loro «incertezza» crea contraddizioni tra la morale e la legislazione, per le «passioni» e gli «errori» che «agitarono i diversi legislatori», tanto che — osserva — spesso «le passioni di un secolo sono la base della morale dei secoli futuri» e le «passioni forti, figlie del fanatismo e dell'entusiasmo, indebolite e röse [...] dal tempo, che riduce tutti i fenomeni fisici e morali all'equilibrio, diventano a poco a poco la prudenza del secolo [...]»²⁸.

²⁵ Questa è infatti la conclusione raggiunta da Beccaria: cfr. pp. 20-21; ed alla fine del § VI, pag. 22, su cui cfr. *infra*, par. 3.4.

²⁶ C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § VI, p. 20.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § VI, p. 21, in cui conclude, facendo palesemente emergere il fascino per le scoperte della fisica e della geografia, scienze cui anche quella morale e sociale dovevano ispirarsi: «In questo modo nacquero le oscurissime nozioni di onore e di virtù, e tali sono perché si cambiano colle rivoluzioni del tempo che fa sopravvivere i nomi alle cose, si cambiano coi fiumi e colle montagne che sono ben spesso i confini, non solo della fisica, ma della morale geografica».

3.4. *La scala delle pene*

Se è difficile stabilire la scala dei delitti, è teoricamente più facile, per il legislatore, graduare la scala delle pene, di cui egli dispone. Il problema, come detto, è però di stabilire la «corrispondenza» fra quest'ultima scala e la prima, non essendovi alcun criterio assoluto od aggancio oggettivo fra le due, che possa applicarsi.

Al riguardo è nota la polemica sollevata dalla Scuola positiva nei confronti della Scuola classica, con gli strali feroci lanciati da Garofalo²⁹ contro la pretesa di stabilire una dosimetria certa delle pene conforme alla qualità, alla quantità ed al grado dei delitti, che Francesco Carrara aveva tentato di delineare con un'analisi sistematica di mirabile e logica simmetria, sviluppando gli scarni principi e le sparse indicazioni di Beccaria³⁰.

Con un ben diverso scopo e metodo, rispetto all'ampio trattato giuridico e dogmatico di Carrara, Beccaria si indirizza ad offrire generali indicazioni, diremmo, di politica criminale per il legislatore, usando nell'analisi il modo condizionale dei verbi, con periodi ipotetici dell'irrealità, contrariamente alla sua solita abitudine di esprimere con l'indicativo, in tono assertivo, affermazioni in stile di denuncia o di manifesto polemico. Dunque osserva: «Se la geometria fosse adattabile alle infinite ed oscure combinazioni delle azioni umane, vi dovrebbe essere una scala corrispondente di pene, che discendesse dalla più forte alla più debole»³¹, aggiungendo poco dopo: «Se vi fosse una scala esatta ed universale delle pene e dei delitti, avremmo una probabile e comune misura dei gradi di tirannia e di libertà, del fondo di umanità o di malizia delle diverse nazioni»³². Ma così non è. Per cui la «proporzione» può variare da nazione a nazione, da periodo storico a periodo storico. Tuttavia resta ferma l'esigenza di fondo, che alla decrescente gravità dei delitti e alla diversa spinta a delinquere che esprimono, corrisponda una coerente scala delle pene. Se il diritto penale e la pena hanno una funzione strumentale alla necessità della difesa sociale, il rispetto del principio di proporzione serve a rispondere *efficacemente e razionalmente* allo scopo di prevenzione dei reati.

È dunque il «calcolo utilitaristico» che deve guidare il legislatore

²⁹ R. GAROFALO, *Criminologia*, Torino 1885, p. 238 s.

³⁰ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale* (1863), 7^a ed., Lucca, 1889, in specie § 130, p. 156 s., e *passim*.

³¹ C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § VI, p. 20.

³² C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § VI, p. 21.

nello stabilire la misura della pena³³, sulla presunzione che esso determina anche le azioni degli uomini, orientate alla scelta del «piacere».

Si può infatti pervenire ad una dosimetria riconoscibile, seppur non «assoluta», che rende *prevedibile* la pena conseguente al delitto, se viene rispettata l'esigenza essenziale indicata da Beccaria, di non contrastare «l'invisibile legislatore», cioè la legge naturale non scritta, che si conosce mediante la ragione, e si colloca al livello intermedio fra la giustizia divina (di cui il legislatore non si occupa) ed il terreno dei patti fra gli uomini, di cui si occupano le leggi positive³⁴. Poiché gli uomini si orientano, operando le loro scelte di azione, al calcolo razionale dell'utilità, è questo che il legislatore deve applicare. Ed infatti, in un successivo, celebre passo – inserito nel § XXVII, dedicato alla «dolcezza delle pene» – Beccaria esplicita la «regola aritmetica» dell'utilitarismo illuminista (poi ben sviluppata da Bentham)³⁵, cui il legislatore deve attenersi: perché la pena «ottenga il suo effetto» basta che il suo male «ecceda il bene che nasce dal delitto, e in questo eccesso di male» – la «perdita del bene che il delitto produrrebbe» – va calcolata «l'infallibilità» della pena, che è più gran freno ai delitti, della sua crudeltà³⁶.

Se il legislatore invece ignora questa regola, ad esempio contrastando con pene sproporzionatamente gravi mali irrisori, o viceversa, lungi dal trattenere dal delitto, le leggi ne diverrebbero esse stesse la causa: sarebbero – in termini moderni – criminogene.

Sintetizza infatti Beccaria, che «dall'inesatta distribuzione [delle pene] nascerà quella tantomeno osservata contraddizione, quanto più comune, che le pene puniscano i delitti che hanno fatto nascere», perché, prosegue: «Se una pena uguale è destinata a due delitti che di-

³³ L'approccio «aritmetico» verrà ripreso e sviluppato da Bentham, che con aggiunte ed intergazioni proprie indicherà addirittura una serie di dieci «regole» per il legislatore (cfr. in specie J. BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses* (1811), tr. franc. a cura di E. Dumont, 3^a ed., Paris 1885, in specie p. 24). L'idea di ricorrere anche ad un sistema di «ricompense» è però già di Beccaria, che vi dedica (ed intitola) il pur breve ma originale § XLIV: «Un altro mezzo di prevenire i delitti è quello di ricompensare la virtù. Su di questo proposito osservo un silenzio universale nelle leggi di tutte le nazioni del dì d'oggi» (p. 101).

³⁴ Così C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., p. 4 s., nella menzionata premessa «A chi legge».

³⁵ Per il rilievo che «Beccaria radicalizza l'approccio matematico all'utilitarismo, fondamentale per proporre una teoria «materialista» della prevenzione generale negativa come *deterrence* marginale», cfr. M. PAVARINI, *Introduzione*, cit., in specie p. 237 s. Sulle «dieci regole» proposte da Bentham cfr. supra nota 33.

³⁶ C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § XXVII, p. 59.

segualmente 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»³⁷.

4. *Gli «errori nella misura delle pene» ed il criterio oggettivo del danno sociale*

La trattazione del principio di proporzione non si conclude con il § VI, in cui è introdotto quale enunciazione generale, ma percorre molta parte dell'opera, fino alla «conclusione» contenuta nel § XLVII. Di grande rilievo è in particolare il § VII, intitolato «errori nella misura delle pene», in cui Beccaria sviluppa il criterio guida della proporzione, appena enunciato: quello del male *oggettivo* – o «danno al bene pubblico» – che deve essere *preminente* rispetto a quello della «spinta criminosa», per determinare la «misura» dei delitti. Questo il passo d'esordio: «Le precedenti riflessionj mi danno il diritto di asserire che 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»³⁸.

La polemica di Beccaria è dunque contro le correnti *soggettivistiche*, che egli divide in tre filoni, solo il primo dei quali può dirsi ancora vivo nel pensiero penalistico contemporaneo.

Critica, innanzitutto, quello che fa leva sulla «intenzione» interiore dell'autore, perché si basa su un elemento assolutamente sfuggente ed incerto, che «varia[...] in tutti gli uomini e in ciascun uomo, colla velocissima successione delle idee, delle passioni e delle circostanze»: per cui sarebbe «necessario formare non solo un codice particolare per ciascun cittadino, ma una nuova legge ad ogni delitto». E così chiude il discorso: «qualche volta gli uomini con la migliore intenzione fanno il maggior male alla società; e alcune volte con la più cattiva volontà ne fanno il maggior bene»³⁹.

In secondo luogo critica il criterio, molto praticato nel diritto dell'epoca, ma oggi largamente superato, almeno a livello normativo, della diversa «dignità della persona offesa»: criterio *soggettivistico* nel senso che pone la «soggettiva» condizione personale e sociale della vittima quale misura dell'entità della pena, anziché «l'importanza [del

³⁷ C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § VI, p. 22.

³⁸ C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § VII, p. 22

³⁹ *Ibidem*.

delitto] riguardo al bene pubblico»⁴⁰. A questo proposito non occorre spendere molte parole, se non osservare come qui emerga quell'egualitarismo che costituisce un altro presupposto essenziale, e per l'epoca rivoluzionario, del pensiero di Beccaria, accanto al contrattualismo ed all'utilitarismo⁴¹.

Infine, il terzo criterio *soggettivistico* che egli critica è quello che fa entrare nella misura dei delitti «la gravezza del peccato». Due sono al riguardo le obiezioni di Beccaria: la prima, di natura sostanziale, che riguarda il suo stesso contenuto, la seconda, di taglio processuale, che attiene alla difficoltà o impossibilità di prova, per vero estensibile anche al primo criterio dell'intenzione, sopra esaminato. Infatti, sottolinea Beccaria, «la gravezza del peccato dipende dalla imperscrutabile malizia del cuore» che «da esseri finiti non può senza rivelazione sapersi», per cui non potrà prendersi quale «norma per punire i delitti»⁴².

Più importante è considerare qui la critica di natura sostanziale, che rimanda alla natura dei «rapporti tra uomini e uomini» – distinta da quella dei rapporti «tra uomini e Dio» – su cui soltanto interviene il potere punitivo: dei primi soltanto si occupa il diritto penale, proprio in quanto sono «rapporti di *uguaglianza*» [corsivo agg.], nel cui ambito la «necessità ha fatto nascere dall'urto delle passioni e dalle *opposizioni degli interessi* l'idea dell'*utilità comune*, che è la base della *giustizia umana*» [primo corsivo agg.]. I secondi, invece, sono «rapporti di dipendenza da un Essere perfetto e creatore» che può essere «legislatore e giudice nel medesimo tempo», per cui di essi si occupa solo la «*giustizia divina*»⁴³.

Il metro di misura *oggettivo* del «danno sociale» si correla così strettamente al *principio di eguaglianza*, che deve reggere i rapporti tra gli uomini e impone criteri uniformi e riconoscibili da tutti, dai quali esula la valutazione delle intenzioni interiori o degli atteggiamenti morali, mentre assume preminente rilievo l'*oggettivo conflitto degli interessi* da regolare, in coerenza con la legittimazione contrattualistica ed utilitaristica del potere punitivo.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Presupposto culturale acquisito direttamente dall'Illuminismo francese cui, nel contesto filosofico del circolo del «Caffè» e dei fratelli Verri, Beccaria attinse la sua formazione filosofica: cfr. per tutti F. VENTURI, *Introduzione a C. BECCARIA, Dei delitti*, cit., p. VII s., in specie p. X s., XII s.

⁴² C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § VII, p. 23.

⁴³ Ibidem, secondo una prospettiva laica di netta distinzione del piano su cui opera il diritto penale, esplicitata – anche ad evitare le pesanti accuse di eresia – nella premessa «A chi legge» aggiunta all'edizione del 1766 (cfr. supra, nota 11).

La proporzione strettamente «oggettiva» presuppone insomma l'assenza (od il superamento) di *privilegi* soggettivi, come espressamente esposto nel § XXI dedicato alle «pene dei nobili» (aggiunto nell'edizione del 1766 in replica alle note polemiche del Facchinei⁴⁴). Qui Beccaria critica in modo veemente le pene più miti applicate ai nobili, «i privilegi dei quali formano gran parte delle leggi delle nazioni»⁴⁵, non potendo essere diversa la pena verso il più umile o verso il più nobile, perché le pene «esser debbono le medesime pel primo e per l'ultimo cittadino»⁴⁶. Ribadito così il nesso fra criterio oggettivo del danno sociale e principio d'uguaglianza, egli conclude: «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 spannesi su di un'illustre famiglia, risponderai che *la sensibilità del reo non è la misura delle pene*, ma il *pubblico danno* [corsivo agg.] tanto maggiore, quanto è fatto da chi più è favorito»⁴⁷.

5. *Le applicazioni alla «parte speciale» del principio di proporzione*

Seppur nell'estrema concisione che caratterizza la sua opera, Beccaria tratta – in modo non sistematico – molti profili della «parte speciale» del diritto penale, che è interessante ricostruire, ricomponendo le varie notazioni sparse nei differenti paragrafi in cui sviluppa e dà applicazione concreta al principio di proporzione con riferimento a singoli delitti o gruppi di delitti.

Si può muovere dal § VIII, intitolato alla «divisione dei delitti», in cui delinea una sorta di schema «gerarchico» – per gravità decrescente – della parte speciale, o meglio degli interessi o diritti (non parlandosi ancora di beni giuridici) rispettivamente offesi, alla stretta del richiamato criterio oggettivo del «danno sociale». Ma si possono esemplificativamente richiamare anche il § XI che concerne la «tranquillità pubblica», e poi più in specifico il seguente § XXII che riguarda i «furti» (correlato in parte al § XX dedicato alle «vio-

⁴⁴ Nel paragrafo intitolato sarcasticamente «Il Rousseau degli italiani» Facchinei scriveva: «Quasi tutto quello che avanza il nostro autore in questo suo libro non è appoggiato che su i due falsi ed assurdi principii che tutti gli uomini nascono liberi e siano naturalmente uguali (...)» (F. FACCHINEI, *Note ed osservazioni sul libro intitolato «Dei delitti e delle pene»* [Venezia 1765], ivi, p. 164 s. p. 173).

⁴⁵ C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § XXI, p. 50.

⁴⁶ *Ivi*, p. 51.

⁴⁷ *Ibidem*.

lenze») ed il § XXIII che considera l'«infamia», quale pena per le ingiurie.

La gerarchia delineata nel § VIII – che si apre ribadendo ancora che «la vera misura dei delitti [è] il danno della società»⁴⁸ – muove da una *summa divisio* fra i delitti che «distruggono immediatamente la società, o chi la rappresenta» e i delitti che invece «offendono la privata sicurezza di un cittadino nella vita, nei beni, o nell'onore». Viene però poi menzionata anche una terza categoria, in cui confluiscono le «azioni contrarie a ciò che ciascuno è obbligato dalle leggi di fare o di non fare, in vista del ben pubblico»⁴⁹, di più incerta collocazione.

I primi sono considerati «i massimi delitti, perché più dannosi», e vengono chiamati con il tradizionale, ma invero ambiguo nome di «lesa maestà»⁵⁰.

Mentre poi tratta quelli «contrarii alla sicurezza di ciascun particolare» [corsivo agg.], in quanto «la violazione del diritto di sicurezza acquistato da ogni cittadino» – con l'essere membro della società – merita «alcuna delle pene più considerabili stabilita dalla legge»⁵¹.

Sotto questa classe Beccaria riconduce altresì gli attentati alla *libertà* dei cittadini, che pone sullo stesso piano di quelli alla sicurezza, precisando ancora – con richiamo all'esigenza egualitaria – che non si devono considerare «solo gli assassini e i furti degli uomini plebei, ma quelli ancora dei grandi e dei magistrati, l'influenza dei quali agisce ad una maggior distanza e con maggior vigore, distruggendo nei sudditi le idee di giustizia e di dovere, e sostituendo quella del diritto del più forte, pericoloso del pari in chi lo esercita e in chi lo soffre»⁵².

Viceversa dei «delitti della terza specie» torna a parlare solo nel § XI, dedicato alla «tranquillità pubblica», e rispetto ad essi Beccaria si limita a sottolineare che «turbano la pubblica tranquillità e la quiete de' cittadini, come gli strepiti e i bagordi nelle pubbliche vie destinate al commercio ed al passeggio de' cittadini, come i fa-

⁴⁸ C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § VIII, p. 23.

⁴⁹ C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § VIII, p. 24.

⁵⁰ Ibidem. E poi Beccaria precisa: «Ogni delitto, benché privato, offende la società, ma ogni delitto non ne tenta la immediata distruzione» (ivi, p. 25).

⁵¹ C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § VIII, p. 25, in cui sottolinea che garantire la sicurezza di ciascun membro è «il fine primario di ogni associazione».

⁵² C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § VIII, p. 25-26, con un evidente richiamo a quell'egualitarismo, rivoluzionario per l'epoca, che è uno dei presupposti del suo pensiero: a tal proposito cfr. anche supra, riguardo alle «pene dei nobili» (§ XXI) ed infra sui furti (§ XXII).

natici sermoni, che eccitano le facili passioni della curiosa moltitudine (...)»⁵³. Per cui non è chiaro se si collochino realmente al grado *minimo* della scala di gravità dei delitti, come sembrerebbe dall'ordine di trattazione, ovvero ad un livello intermedio, in quanto egli aveva riservato il grado minore di offesa alla «minima ingiustizia possibile fatta ai *privati* membri» della società⁵⁴ [corsivo agg.]. Qui viceversa sembra venire in rilievo un interesse in qualche misura pubblico o collettivo, seppur di rango minore, anziché strettamente privato⁵⁵.

Ma la coerenza e completezza sistematica non sono da cercare nell'opera di Beccaria. Tanto che egli devia subito il discorso, con una digressione sulla necessità che si determini con certezza il confine fra lecito ed illecito⁵⁶, lasciando senza risposta la domanda: «quali saranno le pene convenienti per questi delitti?». Anzi, ad essa fa seguire ulteriori domande (retoriche) di carattere generale, alle quali solo nei paragrafi successivi del libro darà risposte motivatamente negative: «La morte è ella una pena veramente *utile e necessaria* per la sicurezza e pel buon ordine della società? La tortura e i tormenti sono egli *giusti*, e ottengono egli *il fine* che si propongono le leggi?»⁵⁷.

Seguono ulteriori osservazioni sulla relatività storica e culturale dei sistemi penali e sull'esigenza di affrontare razionalmente questi importanti problemi «con quella precisione geometrica a cui la nebbia dei sofismi, la seduttrice eloquenza e il timido dubbio non possono resistere»⁵⁸.

Per cui anche se la risposta allo specifico quesito concernente «le

⁵³ C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § XI, p. 29.

⁵⁴ C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § VI, p. 20. Al riguardo cfr. supra, par. 3.2.

⁵⁵ Che peraltro Beccaria sottolinea coinvolga sempre un'offesa anche alla società: *Dei delitti*, cit., § VIII, p. 25.

⁵⁶ C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., p. 30, in cui ribadisce che non si giustifica «eccezione alcuna a quest'assioma generale che ogni cittadino deve sapere quando sia reo o quando sia innocente».

⁵⁷ *Ibidem*. Sulla pena di morte si veda l'articolato § XXVIII, p. 62 s. c, per un suo recente commento, S. CANESTRARI, M. CELVA, *Della pena di morte (Dei delitti e delle pene, § XXVIII)*, in *Penalisti del XXI secolo leggono «Dei delitti e delle pene»*, cit., *Dirpen. XXI secolo*, 2014, n. 2, p. 337 s., cui adde, in questo volume, il contributo di J.D. BESSLER, *Beccaria in America: How the Italian Enlightenment Shaped American Law*, p. 99 s., in cui ne sottolinea l'importanza per l'evoluzione degli orientamenti sulla pena di morte negli Stati Uniti. Sulla tortura si veda C. Beccaria, *Dei delitti*, cit., § XVI, p. 38 s. ed al riguardo l'intervento di G. FORNASARI, *L'attualità dell'invettiva di Beccaria contro la tortura*, in questo volume, p. 87 s.

⁵⁸ *Ibidem*.

pene convenienti» per i delitti contro la tranquillità pubblica non viene data, e sull'applicazione esatta (o «geometrica») del principio di proporzione a ciascun delitto non troviamo altre indicazione (salvo quanto si dirà nel paragrafo seguente), è naturale andare al criterio generale sopra richiamato (cfr. par. 3.4), secondo cui la pena – per ottenere il suo «effetto» – basta che consista in un male che «ecceda il bene che nasce dal delitto»⁵⁹.

In conformità al «fine della pena», enunciato nel celebre § XII (cfr. *supra*, par. 2), che «non è di tormentare ed affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto già commesso» bensì «d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali»⁶⁰, la pena «giusta» è dunque soltanto quella «efficace» rispetto allo scopo di prevenzione, generale e speciale, alla cui stregha deve determinarsene la «misura» e – come vedremo – anche la «natura» concreta.

6. *Proporzione e tipologie di pene*

Più che sulla «quantità» od entità numerica delle pene, Beccaria offre ulteriori interessanti indicazioni sulla loro «natura» o *tipologia* – ed indirettamente sul loro corrispondente grado di *gravità* – allorché ritiene vadano modulate in «analogia» con il delitto, in una sorta di possibile contrappasso, che dia rilievo alle particolari circostanze, che sono significative della «qualità» del danno.

Esemplari sono i casi del furto, anzi «dei furti», con l'uso o meno di violenze, cui dedica il § XXII, e delle ingiurie personali, cui dedica il § XXIII, intitolato «infamia».

Del primo sono famosi alcuni passaggi, in cui emerge, innanzitutto, la forte denuncia della diseguaglianza sociale e la non celata contestazione del «sacro» diritto di proprietà⁶¹. Ma qui va sottolineata soprattutto la moderna indicazione di politica criminale, secondo cui – quando non siano uniti a violenza – i furti «dovrebbero esser puniti con pena pecuniaria»⁶².

Infatti, argomenta Beccaria, «chi cerca di arricchirsi dell'altrui do-

⁵⁹ C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § XXVII, p. 59.

⁶⁰ C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § XII, p. 31.

⁶¹ Cfr. di recente M. PAVARINI, *Introduzione*, cit., p. 242, che parla di «una delle pagine più lucide mai scritte sulla natura di classe della questione criminale e sul ruolo che ha la selettività del sistema di giustizia criminale nella conservazione della realtà diseguale».

⁶² C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § XXII, p. 52.

vrebbe esser impoverito del proprio»⁶³. Poiché però, nella realtà sociale, il furto «non è per l'ordinario che il delitto della miseria e della disperazione, il delitto di quella infelice parte di uomini a cui il diritto di proprietà (terribile, e forse non necessario diritto) non ha lasciato che una nuda esistenza», l'applicazione delle pene pecuniarie a siffatti rei toglierebbe «il pane agl'innocenti per toglierlo agli scellerati» e porterebbe così all'effetto criminogeno di accrescere il numero dei delitti⁶⁴. In questi casi la pena più opportuna diverrà allora per Beccaria «quell'unica sorta di schiavitù che si possa chiamare giusta, cioè la schiavitù per un tempo [determinato: *NdA*] delle opere e della persona alla comune società, per risarcirla colla propria e perfetta dipendenza dell'ingiusto dispotismo usurpato sul patto sociale»⁶⁵. La valutazione umanitaria si innesta sul principio razionalistico, riconoscendo che la distribuzione non eguale della proprietà e della ricchezza condiziona la definizione della stessa «*natura*» (se si vuole: «proporzionata») della pena, che non può essere quella corporale, né tantomeno quella di morte, ma neppure quella detentiva, bensì solo quella che contribuisce a ripristinare il patto sociale, con le opere e la messa a disposizione della persona stessa del reo, in questo senso dovendosi intendere il pur odioso termine «schiavitù».

Per cui solo «quando il furto fosse misto di violenza, la pena avrebbe dovuto essere parimenti un misto di corporale e di servile»⁶⁶, in conformità all'affermazione contenuta nel precedente § XX, dedicato alle «violenze», secondo cui – per il medesimo criterio del contrappasso – gli «attentati contro la persona» (a differenza di quelli «contro le sostanze») «debbono infallibilmente esser puniti con pene corporali»⁶⁷. E questo in una logica che nel contesto storico dell'epoca significava non solo una mitigazione rispetto alla pena di morte od ai supplizi, ma soprattutto realizzare un'esigenza *egualitaria*, per cui «né il grande né il ricco debbono poter mettere

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ Ibidem. La precisazione è aggiunta nell'edizione del 1766.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ Ibidem. Al riguardo Beccaria non fa che ribadire quanto esposto nel § XX, p. 49 seg., dedicato alle «violenze», per le quali – se attentano alla «persona», e non alle «sostanze» – ritiene si debba ricorrere alla «pene corporali», che avrebbero il pregio di un pari trattamento delle persone, indipendentemente dal ceto e dalla ricchezza, applicandosi in modo eguale al «grande» ed al «ricco», da un lato, ed al «debole e povero», dall'altro: «altrimenti – conclude – le ricchezze, che sotto la tutela delle leggi sono il premio dell'industria, diventano l'alimento della tirannia» (ivi, p. 50).

⁶⁷ C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § XX, p. 49-50.

a prezzo [diremmo: monetizzare *NdA*] gli attentati contro il debole ed il povero»⁶⁸.

È interessante notare come in questi, ed in altri passaggi relativi a singoli delitti, Beccaria estenda dunque l'idea di proporzione oltre il mero parametro *quantitativo* dell'entità della pena, nel cui dettaglio più non entra, per parametrarla piuttosto agli specifici *interessi* offesi ed ai peculiari caratteri *qualitativi* dei delitti da punire.

Analoghi spunti si rinvengono a proposito delle «ingiurie personali e contrarie all'onore», di cui si occupa nel § XXIII. Dopo aver definito il concetto di *onore* quale «giusta porzione di suffragi che un cittadino ha diritto di esigere dagli altri» (portando a conclusione l'ampia digressione sul concetto stesso di «onore» cui è dedicato il § IX, nel quale ne sottolinea la grande mutevolezza e dipendenza dal tipo di ordinamento sociale e politico), Beccaria rileva che l'«infamia» è la pena adeguata ai delitti che lo offendono, in quanto è «segno della pubblica disapprovazione che priva il reo de' pubblici voti, della confidenza della patria e di quella quasi fraternità che la società ispira»⁶⁹.

In definitiva, la ricerca di pene anche *qualitativamente* più miti, non solo rispetto a quella di morte, ma anche rispetto a quelle corporali e detentive, dimostra che il principio di proporzione per Beccaria deve fungere da guida costante del legislatore fin dal momento della scelta del *tipo* o «natura» della sanzione, portandolo a ridurre al «minimo necessario» l'intervento punitivo, secondo l'ulteriore principio che enuncia a conclusione del § XIX (per vero dedicato alla «prontezza della pena», di cui appresso si dirà): «Un *altro principio* serve mirabilmente a stringere sempre più l'importante connessione tra 'l misfatto e la pena, cioè che questa *sia conforme* quanto più possa *alla natura del delitto*. Questa analogia facilita mirabilmente il contrasto che dev'essere tra la spinta al delitto e la ripercussione della pena, cioè che questa allontani e conduca l'animo ad un fine opposto di quello dove cerca d'incamminarlo la seducente idea dell'infrazione alla legge»⁷⁰.

⁶⁸ Ibidem. Aggiunge Beccaria: «Non vi è libertà ogni qualvolta le leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi di esser *persona* e diventi *cosa*».

⁶⁹ C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § XXIII, p. 53, in cui aggiunge (nell'edizione del 1766): «Le pene corporali e dolorose non devono darsi a quei delitti che, fondati sull'orgoglio, traggono dal dolore istesso gloria ed alimento, ai quali conven-gono il ridicolo e l'infamia, pene che frenano l'orgoglio dei fanatici coll'orgoglio degli spettatori (...). Così forze opponendo a forze ed opinion ad opinion il saggio legislatore rompa l'ammirazione e la sorpresa del popolo cagionata da un falso principio....».

⁷⁰ C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § XIX, p. 49 (corsivi agg.).

Attorno al principio di proporzione, così ampiamente inteso ed articolato, ruotano in effetti tutte le qualità essenziali della pena, sinteticamente riassunte nella «conclusione» dell'opera, quel famoso § XLVII (aggiunto all'edizione del 1766) in cui enuncia il «teorema generale» che il legislatore dovrebbe seguire: «perché ogni pena non sia una violenza di uno o di molti contro un privato cittadino, dev'essere (...) essenzialmente pubblica, pronta, *necessaria*, la *minima delle possibili* nelle date circostanze, *proporzionata a' delitti*, dettata dalle leggi»⁷¹.

La «pubblicità» e la «prontezza» attengono, a ben vedere, al modo di comminarla ed eseguirla, nonché alla celerità del processo; la previsione da parte della legge rimanda alla legittimazione *formale* della fonte (cfr. *supra* par. 1). Ma sul piano dell'*entità* e dei *contenuti* sostanziali, compresa la sua tipologia, domina il canone della «stretta necessità» della pena, che assorbe l'esigenza che sia la «minima delle possibili» – anche sotto il profilo della sua natura o tipologia – e trova nel principio di «proporzione», per l'appunto, il criterio per realizzarsi in concreto.

La proporzione *concretizza* infatti la «stretta necessità» della pena per ciascun delitto, segnando nel contempo il *limite* della sua legittimità: se essa non è giustificata da precetti trascendentali o da dogmi assoluti, ma dalla sola «necessità» della difesa sociale, la «proporzione» al delitto significa correlazione al rango degli interessi meritevoli di tutela, tenuto conto dell'interesse che «spinge» il reo. Per cui *basta* che il «male» in cui consiste la pena superi il «bene» che nasce dal delitto, mentre ogni eccesso, rispetto a questa «misura», in quanto superfluo, sarebbe «tirannico»⁷².

Tuttavia, per assicurare con il minimo sacrificio possibile per il reo la massima efficacia alla pena, il legislatore deve creare anche le condizioni favorevoli alla sua «pronta» ed «infallibile» applicazione: «quanto minore è la distanza del tempo che passa fra 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 *inmancabile*»⁷³.

⁷¹ C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § XLVII, p. 104 (corsivi agg.).

⁷² C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § XXVII, p. 60. Ma confronta anche *supra*, par. 1

⁷³ C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § XIX, p. 48.

7. Conclusioni: sull'attualità del pensiero di Beccaria

L'attualità del pensiero di Beccaria non si può negare, come prova se non altro il fatto che si continua a ricordarlo e menzionarlo, da parte di penalisti, processualisti, costituzionalisti, filosofi, storici, che non mancano alcun anniversario per organizzare congressi scientifici e convegni di studio, in Italia ed all'estero⁷⁴. Guardando ai contenuti, si trovano infiniti spunti e sfaccettature, che tutt'oggi stimolano l'interesse non solo scientifico degli studiosi, ma anche più in generale degli attori della politica del diritto e della politica criminale, oltre che la riflessione dei giuristi e dei contemporanei⁷⁵.

Sul tema penalistico trattato basti sottolineare l'importanza del contributo di Beccaria per l'elaborazione del concetto di «danno criminale» od «offesa» (penale), essenziale alla costruzione della moderna teoria generale del reato, su cui si è impegnata da allora – ed ancora si impegna – la penalistica italiana, e non solo⁷⁶.

A partire da Carmignani, Carrara ed – oltre i confini nazionali – Bentham, per indicare i penalisti a lui più vicini, il pensiero di Bec-

⁷⁴ Sull'impatto enorme dell'opera di Beccaria sui suoi contemporanei, in Italia ed all'estero, basti rinviare all'ampia documentazione raccolta da F. VENTURI, *Storia e dibattiti in Italia e in Europa*, in C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., p. 111 s.

⁷⁵ Per una rilettura nella prospettiva contemporanea si vedano in dottrina, a titolo meramente esemplificativo, G. VASSALLI, *Spunti di politica criminale in Cesare Beccaria*, in *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy* (International Congress – Milan, Castello Sforzesco December 15th-17th, 1988), a cura del Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Milano 1990, p. 23 s.; G. Zagrebelsky, *Le legge secondo Beccaria e le trasformazioni del tempo presente*, in V. FERRONE, G. FRANCONI (cur.), *Cesare Beccaria. La pratica dei Lumi* (IV giornata Luigi Firpo, Atti del Convegno 4 marzo 1997), Firenze 2000, p. 13 s.; e per un'attenta contestualizzazione storica, M.G. DI RENZO VILLATA, *Beccaria e gli altri tra ieri e oggi. Alcune riflessioni in margine della relazione Zagrebelsky*, *ivi*, p. 23 s. cui *adde* – quale introduzione alla sezione penalistica del convegno veronese – S. VINCIGUERRA, *Qualche parola sull'attualità di «Dei delitti e delle pene» (e per migliorare la nostra giustizia penale)*, in questo volume, p. 1 s. Vedi altresì di recente, con accenti critici, F. GIUNTA, *Addio a Beccaria*, in *Giust. Pen.*, 2014, 248 s. e, nel contesto internazionale, J.L. DE LA CUESTA, *Attualità del discorso penale illuministico: il principio di umanità*, in *Scritti in onore di Alfonso Maria Stile*, Napoli, 2014, p..

⁷⁶ Basti citare G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale* (1964), in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Milano 1976, II, p. 683 s., in cui dopo avere sottolineato il merito di Beccaria di «aver reso consapevole il pensiero moderno dell'esigenza di una vera scienza del diritto penale» e riconosciuto la sua «ricchezza di temi e di indicazioni anticipatrici», evidenzia, accanto alla «nota dominante» rappresentata «dall'esigenza di una assoluta, intransigente legalità nella material penale» (p. 687), lo svolgimento dell'altra «fondamentale esigenza»: che le pene siano proporzionate ai delitti, e cioè «strettamente ed evidentemente necessarie» (p. 691 s.).

carrara ha gettato le basi del principio di necessaria «offensività» del reato per il bene giuridico protetto e, correlativamente, della pena come *extrema ratio* sanzionatoria, che deve essere strettamente *proporzionata* all'offesa. Mentre sul fronte per così dire opposto, nel dibattito dell'Ottocento, la Scuola positiva ha valorizzato l'idea della «spinta criminosa» parimenti enunciata da Beccaria, dandone però una lettura in chiave «soggettivistica», che si è tradotta nelle diverse categorie dei «moventi determinanti» (o motivi a delinquere) e dei «tipi» delinquenti, posti a base del sistema di prevenzione da essa propugnato per contrastare la «pericolosità sociale» del reo⁷⁷.

Nonostante i *distinguo* e le divergenze opportunamente segnalate⁷⁸, si può allora affermare una linea di sostanziale continuità fra Beccaria e l'elaborazione della c.d. Scuola classica, da cui sono stati accolti gli assunti fondamentali di Beccaria per delineare un sistema *giuridico* penale razionale, basato sul «danno sociale», che Carrara ha esplicitamente considerato quale vera e giusta «misura», rigorosamente oggettiva, dei delitti: «la più esatta e razionale», e soprattutto l'unica «strettamente giuridica»⁷⁹.

Nel contempo, il concetto di «danno sociale» è stato sviluppato ed articolato, valorizzando alcune scarse enunciazioni di Beccaria sul riflesso che esso spande sulla società, superandone una riduttiva nozione esclusivamente materiale o fisica. Come già Bentham⁸⁰ e Carmignani⁸¹ avevano indicato, anche Carrara distingue i due connessi

⁷⁷ Si vedano per tutti, fra le opere del massimo esponente della Scuola positiva, E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., in specie p. 563 s.; Id., *Principii di diritto criminale. Delinquente e delitto nella scienza, legislazione e giurisprudenza*, Torino 1928, in specie sul programma e sul metodo positivista p. 42 s., p. 80 s.

⁷⁸ M. PAVARINI, *Introduzione*, cit., in specie p. 238 s. segnala che una lettura in chiave deterministica della dottrina di Beccaria, discendente dall'utilitarismo e materialismo da cui muoveva nell'approccio alla questione criminale, contraddice la tradizionale tesi della sua appartenenza alla c.d. Scuola classica, «in verità mai esistita», vista la distanza da termini come «libero arbitrio, retribuzionismo legale, meritevolezza del castigo legale, ecc.» In verità, nella lettura che qui si propone, l'accento è posto sul contenuto *oggettivo* di «offesa» (o dannosità sociale), che deve avere il reato, testualmente condiviso e posto come fondamento basilare del sistema «classico» del reato da Giovanni Carmignani, da Francesco Carrara e dai loro allievi, li si chiami o meno «Scuola» (come gli esponenti stessi della Scuola positiva, per contrapposizione polemica, la denominarono).

⁷⁹ F. CARRARA, *Programma*, cit., § 187, p. 192.

⁸⁰ J. BENTHAM, *Principes du code pénal*, in *Traité de législation civile et pénale*, (1802), in *Oeuvres* (tr. franc. a cura di P. Dumont e B. Laroche), Bruxelles 1829, rist. Aalen 1969, I, in specie p. 32 s.

⁸¹ G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Pisa, II, 1831, si richiama espressamente a Beccaria, in polemica con le posizioni soggettivistiche, per

fattori che lo compongono: il danno *immediato*, o «male di prim'ordine» che direttamente si produce sulla vittima o sulle cose e beni attinti dal reato; ed il danno *mediato* (o «male politico» o di second'ordine, nella terminologia di Bentham), che si irradia sulla società per la combinazione fra la «forza oggettiva» del danno in sé e la «forza morale soggettiva», che è l'elemento psicologico del reato, secondo la terminologia di Carrara: l'intenzione, il dolo, la colpa per il fatto commesso. Diversa è l'incidenza sociale di un fatto cagionato dal caso, o dall'oggettivo prodursi degli elementi naturali, rispetto a quello riconducibile invece ad una volontà colpevole, alla decisione umana di realizzare una certa condotta, od anche solo di correre un certo rischio. È da questa combinazione della forza morale soggettiva con il danno (o forza fisica oggettiva), che nasce l'allarme sociale per il reato commesso, da un lato, ed il timore di ripetizione futura, dall'altro: per cui – come sottolineava già Bentham – diventa interesse di tutta la società, e non solo della singola vittima individuale, la punizione da parte dello Stato, o dell'autorità pubblica, perché è tutta la società che – oltre al «danno immediato» della vittima – è «mediatamente» offesa ed ha quindi interesse alla difesa e prevenzione contro ripetizioni da parte dello stesso reo o di altri soggetti motivati dal «malo esempio».

Ma la difesa sociale e, dunque, la pena deve sempre essere *proporzionata* all'attenta dosimetria delle varie «forze» (oggettive e soggettive, fisiche e morali), di cui il reato è costituito, secondo la mirabile costruzione di Francesco Carrara, che ha consolidato, nella nostra tradizione penale, un concezione fondamentalmente «oggettivistica», ma non ciecamente materiale, del reato.

Non si può qui certo ripercorrere o anche solo richiamare la storia dei passaggi dottrinali, normativi e giurisprudenziali attraverso cui il nostro diritto penale è pervenuto a bilanciare, fino ad oggi, il principio di offensività (oggettiva) ed il principio di colpevolezza (soggettiva): basti sottolineare che è la combinazione di questi due fondamenti del diritto penale moderno che ne assicura la natura «garantista», vale a dire il rispetto dei diritti fondamentali della persona e dei principi democratici dello Stato di diritto. Mentre l'esigenza di «proporzione», espressa così tenacemente da Beccaria, deve fungere da principio regolativo e limitativo delle contrapposte istanze di di-

affermare la preminenza oggettiva del «danno sociale», quale «primo ed essenziale carattere dell'offesa» (in specie p. 42 s.), distinguendolo però fra «danno immediato» e «danno mediato» (ivi, p. 90 s.); cfr. anche Id., *Elementa juris criminalis* (1808), 5^a ed. it. (tr. da F. Ambrosoli), Milano 1865, p. 46 s., 52 s.

fesa della società e di garanzia della «personalità» della responsabilità penale del reo.

Se il legislatore – anche contemporaneo – si discosta dal principio di proporzione, è perché spesso segue linee di politica criminale demagogiche, dettate dal fine di raccogliere un immediato consenso sociale e politico, inasprendo le sanzioni di reati che destano al momento più allarme sociale.

Ma ad importante conferma dell'attualità e rilevanza del principio così fortemente affermato e sviluppato da Beccaria, basti il rilievo conclusivo che nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea il principio di proporzione fra i delitti e le pene trova solenne menzione, accanto al principio di legalità, quale espressione di un'esigenza irrinunciabile della giustizia penale.

Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche
dell'Università di Verona

sezione ricerche, raccolte e atti di convegno, 11

801509215

Alle radici del diritto penale
moderno
ESI

Questo volume, sprovvisto del tal-
loncino a fronte, è da considerarsi
copia saggio gratuito esente da IVA
(art. 2, c. 3, lett. d, DPR 633/1972)

€ 14,00

