

L'OPINIONE

MAURO RONCO

Alle origini del diritto penale moderno: dalla (falsa) proposta di un diritto penale dolce alla realtà di un diritto penale di ferro

Il contributo si prefigge lo scopo di “rileggere” l’opera di Beccaria, mettendone in luce la “radice” storica e la reale “filosofia”. Si osserverà, allora, che la matrice di *Dei Delitti e delle Pene* è rappresentata dalla necessità di adeguamento del sistema penale alle evoluzioni del contesto sociale dell’epoca, segnata dalla decadenza dell’*ancien régime*. Si illustrerà, dunque, come l’idea di fondo del *pamphlet* sia rappresentata da un sistema penale fortemente orientato alla general prevenzione negativa, che successivamente, e cioè dopo la Rivoluzione francese, verrà ripresa a piene mani dalle più importanti codificazioni europee, quale *instrumentum regni*, e cioè quale mezzo per tutelare lo Stato borghese rispetto a condotte antisociali, specie contro la proprietà, diffuse nelle classi inferiori.

The origins of modern criminal law: from the (false) proposal of a soft criminal law to the reality of an iron criminal law

The paper aims to “re-read” Beccaria’s work, highlighting its historical “root” and real “philosophy”. It will be observed, then, that the matrix of Dei Delitti e delle Pene is represented by the need to adapt the penal system to the evolutions of the social context of the time, marked by the decline of the ancien régime. It will be illustrated, therefore, how the basic idea of the pamphlet is represented by a penal system strongly oriented towards general negative prevention that, after the French Revolution, will be fully taken up by the most important European codifications, as instrumentum regni, to protect the Borghese state from anti-social conduct, especially against property, widespread in the lower classes.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La condizione del diritto criminale nella seconda metà del ‘700 in Europa. - 3. Lo stato della legislazione criminale in Francia. - 4. L’ideologia di Beccaria. - 5. Il plagio delle idee libertine. - 6. Il rovesciamento della “dolcezza” beccariana nella durezza dell’utilitarismo penale. - 7. La vittoria dell’utilitarismo penale. - 8. Conclusione.

1. *Premessa.* Molti studiosi di diritto penale ascrivono l’origine del diritto penale moderno all’opera *Dei Delitti e Delle Pene* del marchese italiano Cesare Beccaria Bonesana, apparsa nel 1764¹.

¹ Nel presente scritto è citato il testo italiano *Dei delitti e delle pene* stabilito da Gianni Francioni e pubblicato in BECCARIA, *Des délits et des peines - Dei delitti e delle pene, introduction, traduction et notes de Philippe Audegean, texte italien établi par Gianni Francioni*, Lyon, 2009, 136-296. Il nuovo testo si discosta in parte da quello pubblicato sempre da FRANCIONI nel volume I dell’*Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, a cura di Firpo, Francioni (BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di Francioni, Milano, 1984, 13-214), che era basato sulla quinta edizione del 1766 dell’opera (per le differenze tra i due testi v. FRANCIONI, *Note sur l’établissement du texte italien*, in *Des délits et des peines*, cit., 125-133). Il testo da ultimo stabilito è il risultato degli studi critici e filologici di Gianni Francioni sul processo di trasformazione dell’opera di Beccaria: il primo manoscritto, redatto tra il marzo 1763 e il

Ciò è vero soltanto in parte. Piuttosto si dovrebbe dire che l'opera di Beccaria è un ordigno distruttivo del diritto penale delle monarchie assolute di *ancien régime*, scagliato con particolare violenza e abilità contro le istituzioni vigenti, soprattutto in Francia, ma con scarso spirito di discernimento in ordine a ciò che sia il problema penale nel concreto contesto storico. Dal punto di vista costruttivo, poi, l'opera di Beccaria, con il suo spiccato utilitarismo, pone le premesse ideologiche per un diritto penale imperniato sulla prevenzione generale negativa, i cui modelli principali sono stati il codice francese napoleonico del 1810 e il codice della Baviera del 1813, ispirato dal criminalista tedesco Anselm Feuerbach. Codici che, invero, furono tutt'altro che dolci, bensì draconiani nelle pene e con effetti volti a realizzare un generalizzato e soffocante controllo statale sull'intera società con lo strumento della pena, invasivo al massimo grado dei beni esistenziali più importanti.

È mio intento in queste brevi note contestualizzare, anzitutto, l'opera di Beccaria e, in secondo luogo, mostrarne i fondamenti filosofici, che appartengono, sul piano epistemologico, al sensismo e, sul piano ontologico, al materialismo predicato dall'illuminismo francese; opera, dunque, incentrata su Diderot e sulla scuola dei "Lumi" che dominò la cultura francese e, in parte, europea nella seconda metà del XVIII secolo. I rilievi che farò inducono a demitizzare la figura di Beccaria, cogliendo le aporie inerenti al suo pensiero, nonché a rilevare che lo sbocco delle sue tesi fu un utilitarismo penale marcatamente confliggente con il principio della dignità insopprimibile della persona umana.

2. La condizione del diritto criminale nella seconda metà del '700 in Europa.

Nella seconda metà del '700 il diritto penale conosceva ancora in larga scala la pena di morte. La tortura, come mezzo di ricerca della verità nel processo, era ancora praticata in vari Stati europei, anche se in alcuni di essi le autorità giudiziarie tendevano a non più praticarla, pur se tale strumento era ancora previsto negli statuti normativi e nelle ordinanze procedurali.

gennaio 1764, subì una prima, profonda revisione, nella struttura e nel contenuto, ad opera di Pietro Verri nello stesso 1764 e fu pubblicato anonimo, senza indicazione di luogo e di editore, nel luglio 1764; a fine novembre 1764 fu pubblicata una edizione pirata con la falsa indicazione di Monaco come luogo di edizione, ma stampata a Firenze e presentata come la seconda edizione riveduta e corretta; la terza edizione, rivista, corretta e implementata, approvata da Beccaria, fu quindi pubblicata con la falsa indicazione di Losanna nel marzo 1765; la quarta edizione, pirata e stampata nel 1765, che riprendeva il contenuto della seconda edizione, fu pubblicata con la falsa indicazione di Monaco 1764; infine, la quinta e ultima edizione italiana dell'opera fu pubblicata nel marzo 1766.

Nel Regno di Napoli, per esempio, che si poneva all'avanguardia della riforma del diritto e della procedura penale, già a metà del '700 la tortura era disapplicata. La pena di morte, inoltre, prevista dalle leggi criminali, era applicata in misura estremamente contenuta, come ha dimostrato con acribia filosofica un grande criminalista napoletano, Niccola Nicolini², che fu forse, insieme con Giovanni Carmignani³ e con Francesco Carrara⁴, il più insigne studioso italiano di diritto penale nella prima metà del secolo XIX.

Lo stesso è a dirsi per il Granducato di Toscana degli Asburgo-Lorena, che conobbe una riforma organica del diritto e della procedura penale nel 1786 per opera del Granduca Pietro Leopoldo I. Egli, nel promulgare la riforma, nell'abolire la pena di morte - primo nel mondo - e nel decretare l'abolizione della tortura, dà atto che nei suoi Stati la tortura non era più applicata da molti decenni⁵. Né si può dire, come spesso è scritto nei manuali, che la riforma leopoldina sia debitrice esclusivamente di Beccaria. In realtà, esaminandola a fondo, ci si rende conto che essa è il frutto di un razionale adeguamento del diritto penale alle mutate condizioni dei tempi nell'ambito di una tradizione spiritualistica del pensiero giuridico.

² Niccola Nicolini (1772-1857) fu primo presidente della Corte di cassazione del Regno di Napoli, professore di diritto e procedura penale nell'Università di Napoli e ministro senza portafogli dal 1841 al 1848. Della sua grandezza scientifica riferì Enrico Pessina (E. PESSINA, *Enciclopedia del diritto penale italiano*, vol. II, Milano, 1902, 597), nonché Ortolan (M. ORTOLAN, *Criminalistes italiens: Niccola Nicolini*, in *Revue de législation et jurisprudence*, 1845, 322). Eugène Flotard espresse la sua ammirazione per Nicolini in E. FLOTARD, *Principes philosophiques et pratiques de droit pénal. Extraits et traduits des oeuvres de Niccola Nicolini*, Paris, 1851. Tra le opere principali si ricorda N. NICOLINI, *Della procedura penale del Regno delle Due Sicilie*, voll. 1-3, Napoli, 1828-1832; ID., *Le questioni di diritto*, vol. I-II, Napoli, 1870.

³ Per l'approfondimento delle opere e del pensiero di Giovanni Carmignani si rinvia agli scritti pubblicati in *Giovanni Carmignani (1768-1847). Maestro di scienze criminali e pratico del foro, sulle soglie del Diritto Penale Contemporaneo*, a cura di Mario Montorzi, Pisa, 2003. Per la biografia v. A. MAZZACANE, *Giovanni Carmignani: un profilo intellettuale*, in *Giovanni Carmignani (1768-1847)*, cit., 1-10, che riprende, salvo brevi ritocchi, la voce *Carmignani* redatta per il *Dizionario biografico degli Italiani* (vol. 20, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1977). Da ultimo si veda la fondamentale monografia di GERI, *Il magistero di un criminalista di foro. Giovanni Carmignani «avvocato professore di Leggi»*, Pisa, 2015.

⁴ Sulle opere e il pensiero di Francesco Carrara si rinvia agli scritti contenuti in *Francesco Carrara nel primo centenario della morte. Atti del Convegno internazionale, Lucca-Pisa 2/5 giugno 1988*, Milano, 1991. Per le notizie biografiche v. MAZZACANE, *Dizionario Biografico degli Italiani*, Volume 20, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1977.

⁵ Giusta il dettato del Granduca nel paragrafo XIII della legge di riforma: "Confermiamo colla Nostra Sovrana Autorità, e con speciale determinazione l'abolizione della tortura, già da più tempo con Nostra approvazione messa in disuso nei tribunali del Gran Ducato, siccome non eccettuando verun caso, né meno degli effetti per i quali era stata nei processi criminali per l'addietro praticata".

In definitiva, soprattutto negli Stati italiani, il diritto e la procedura penale, pur ancora in parte mantenendo le norme di ferro dei tempi antichi, si erano aperti a una maggiore comprensione in chiave umanitaria dei problemi della giustizia penale. La giurisprudenza in particolare, in sinergia con la classe degli avvocati, era avanzata nell'elaborazione di un diritto criminale più rispettoso della dignità degli accusati e più attento alle garanzie procedurali.

3. Lo stato della legislazione criminale in Francia. La legislazione e la giurisdizione criminale si trovavano in Francia in una condizione più deplorabile che negli Stati italiani, anche se – come hanno insegnato gli storici francesi del diritto penale André Laingui e Arlette Lebigre⁶ – essa non giaceva in una situazione così oscura come hanno sostenuto i *philosophes*, soprattutto dopo l'apparizione del *pamphlet* di Beccaria e il commento che ne ebbe a fare negli anni immediatamente successivi Voltaire⁷.

La crisi penale in Francia fu il riflesso della drammatica crisi politica dell'assolutismo. Il regime monarchico assolutista aveva, per un verso, distrutto la struttura per ordini tramite il processo di centralizzazione del potere. Per altro verso, però, aveva lasciato invariate le competenze e le regole criminali che reggevano la struttura feudale e corporativa. L'istanza di uguaglianza è ricorrente nei *Cahiers de doléances* presentati agli Stati Generali convocati da Luigi XVI nel 1788. Le richieste principali riguardavano la moderazione delle pene e la loro revisione secondo il principio di uguaglianza con riferimento agli appartenenti ai diversi ordini sociali, rimediando alle discriminazioni a favore della nobiltà.

L'istanza di uguaglianza è invero cruciale. La struttura sociale per ordini non è più in grado di assicurare la sicurezza comune: “*Le système aristocratique ne semble plus à même de garantir la sûreté que les citoyens attendent, les institutions juridiques sont devenues plus menaçantes que protectrices*”⁸. Tale istanza, presente nell'opera di Beccaria, ha un significato prima politico che giuridico; la richiesta di legalità delle pene esprime il rifiuto dell' “*arbitraire*” dei giudici governato dai *coutûmes* tradizionali ed esercitato in gran parte dalle autorità locali, feudali e corporative.

⁶ LAINGUI, LEBIGRE, *Histoire du droit pénal*, I, *Le droit pénal*, Paris, 2000.

⁷ VOLTAIRE, *Commentaire sur le livre des délits et des peines, par un avocat de province* (1766), tr. it. *Commentario sul libro Dei delitti e delle pene*, a cura di G. FRANCONI, Como-Pavia, 2016.

⁸ P. LASCOURMES, P. PONCELA, P. LENOËL, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, Paris, 1989, 51.

Sarebbe peraltro antistorico ridurre il diritto criminale della Francia – regolato dall’*Ordonnance* del 1670 di Luigi XIV – ad arbitrarietà e illegalità, come parrebbe invece essere stato alla luce della lettura compiuta dalla cerchia degli illuministi che si fecero entusiasti banditori del libro di Beccaria, esaltandone il significato epocale.

Gli storici del diritto penale André Laingui e Arlette Lebigre hanno messo in luce che il diritto penale si è retto in Francia per secoli sulla ‘*légalité coutûmière*’, che i filosofi del XVIII secolo hanno completamente trascurato in quanto ignoranti delle competenze e delle procedure giurisdizionali⁹. In tale regime la pluralità delle fonti corrispondeva alle condizioni particolari della ripartizione dei poteri. A partire dal XVI secolo, dalla rinascita umanistica del diritto penale, la dottrina e la giurisprudenza furono le vere autorità che elaborarono il diritto con estrema acribia nella ricerca di una giustizia non arbitraria né casuale¹⁰. La diffusione dell’ “*arbitraire*” delle pene era avvenuta nei due secoli precedenti sotto l’influenza della dottrina che aveva attenuato la severità delle pene fisse previste dagli statuti e dai *coutûmes*. Il movimento filosofico del XVIII secolo, non senza equivocare la parola “*arbitraire*”, avrebbe predicato la stretta legalità sino a sfociare, sia pure per breve tempo, al regime delle pene fisse introdotto dalla riforma della Costituente del 1791, senza rendersi conto che l’ “*arbitraire*”, sfociava normalmente nel *favor* verso l’accusato.

Peraltro la *crudeltà* delle pene aveva trovato la sua causa nei secoli precedenti per la *recrudescenza* della violenza criminale. Gli Stati Generali, riuniti a metà del ‘500, avevano richiesto al Re una maggiore efficacia nella repressione, accogliendo con favore le disposizioni più severe dell’ordinanza Villers-Catterests del 1539¹¹ e proclamando la necessità “*d’épargner les bons en châtiant les méchants*”¹², secondo un criterio di saggezza popolare intriso di moralità tradizionale. Le classi popolari erano state capofila nel reclamare una giustizia criminale più severa, poiché – come accade in ogni tempo – sono esse le vittime designate a subire la violenza generalizzata contro cui non hanno la capacità di difendersi¹³.

Ancora nel XVIII secolo, accanto al diffondersi degli scritti dei filantropi/giureconsulti, che riprovavano con sdegno l’antico sistema della giustizia

⁹ LAINGUI, A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal*, I, cit., 10.

¹⁰ LAINGUI, A. LEBIGRE, *op. cit.*, 13 ss.

¹¹ Sulle ordinanze regali che regolarono la procedura penale nel Regno di Francia cfr. ORTOLAN, *Elementi di diritto penale*, Napoli, 1857, t. I, 52-71.

¹² LAINGUI, A. LEBIGRE, *op. cit.*, 15.

¹³ SCHNAPPER, *Les peines arbitraires du XIII au XVIII siècle*, Paris, 1974, 42.

criminale, proponendo riforme soprattutto nel settore procedurale, e che spesso si limitavano a trattare i massimi sistemi dell'origine del diritto di punire avvalendosi dell'ipotesi convenzionale del contratto sociale, si riscontrano veri giuristi, soprattutto magistrati e avvocati, che, nella misura del possibile, rendono umano il diritto penale “*dépourvu de légalité stricte mais non de bases juridiques légitimes*”¹⁴. Tra questi giureconsulti spicca, a metà del secolo, la figura di Daniel Jousse, che, alieno tanto dall'apologia cieca del sistema vigente, quanto dall'atteggiamento di voler rimettere tutto in discussione, svolge un'opera preziosa di ragionamento giuridico interpretando l'ordinanza del 1670, per fornire “*une information vaste mais précise, de discussions serrées et de jugement d'une grande clareté*”¹⁵. La dottrina e la giurisprudenza avanzavano senza clamori in un percorso di ammodernamento anche del sistema delle fonti, rivedendo la classazione dei crimini e moderando, proprio grazie all'*arbitraire*, la severità delle pene¹⁶.

4. L'ideologia di Beccaria. Lo scritto *Dei Delitti e Delle Pene* ottenne una grande eco soprattutto in Francia, in ragione tanto della particolare condizione della legislazione e della giurisdizione criminale, che si è prima brevemente descritta, quanto, soprattutto, per due ulteriori ragioni, meritevoli di approfondimento.

La prima è strettamente legata all'immedesimazione dell'opera con il pensiero della cerchia illuministica riunita intorno al progetto dell'*Encyclopédie* nel suo massimo splendore. A questa immedesimazione contribuì la traduzione immediata in francese dell'opera, scritta in italiano, compiuta dall'Abbé André Morellet, che la rielaborò e la adattò alle esigenze politico-giuridiche del proprio Paese¹⁷, nonché il commento, più aneddoticamente che giuridico, di Voltaire, che ne fece un libello contro lo stato di cose politiche in Francia¹⁸. Morellet, stretto collaboratore della cerchia illuminista, riunita intorno a Diderot, D'Alambert e Voltaire, modificò da cima a fondo la struttura dell'opera di

¹⁴ LAINGUI, A. LEBIGRE, *op. cit.*, 13.

¹⁵ LAINGUI, A. LEBIGRE, *op. cit.*, 16.

¹⁶ LAINGUI, A. LEBIGRE, *op. cit.*, 13 ss, in particolare 16. Tra questi giureconsulti vanno ricordati almeno Daniel Jousse e François Serpillon, il primo favorevole al sistema tradizionale e il secondo più venato di tendenze liberali. Va anche ricordato nella categoria dei giuristi tradizionali il tanto disprezzato Muryat de Vouglans perché si oppone con forza alle tesi di Beccaria e dei suoi seguaci in Francia.

¹⁷ Cfr. AUDEGEAN, *L'autre Beccaria. 1766-1794*, in BECCARIA, *Des délits et des peines - Dei delitti e delle pene*, cit., 61-92; nonché ID., *L'ombre de Morellet. Les premières traductions françaises de Beccaria (1765-1822)*, in *Cesare Beccaria. La controversie pénale XVIIIe-XXIe siècle*, a cura di Porret, Salvi, Rennes, 2015, 119-132.

¹⁸ VOLTAIRE, *Commentaire sur le livre des Délits et des Peines (1766)*, cit.

Beccaria allo scopo di rendere “*l’ouvrage plus utile à notre nation, en lui donnant une forme plus analogue à celle qui nous est familière*”¹⁹. In definitiva il *pamphlet* di Beccaria divenne il libro di punta che la cerchia illuministica, animata dall’ideologia materialistica di contestare un potere ancora incline a proteggere una società intrisa di valori morali antichi, lanciò in Francia e nell’Europa intera per far collassare le istituzioni tradizionali.

La seconda ragione attiene alla contraddizione flagrante tra la mollezza dei costumi dell’alta società francese nel XVIII secolo e la severità dei castighi. In nessun Paese europeo come nella Francia il pensiero libertino era divenuto il substrato etico delle classi più elevate.

La contraddizione è messa in luce da Beccaria nel paragrafo V del suo scritto, che rivela il fondo libertino del suo pensiero: “Oscurità delle leggi”. La severità delle pene sarebbe tipica di una società che si ritiene ispirata “a torto”²⁰ dai valori della “semplicità”²¹ e della “buona fede”²². L’effetto di tale conformazione sociale sarebbe stato – secondo Beccaria: “l’umanità gemente sotto l’implacabile superstizione”²³. Confrontando, invece, l’epoca presente con quella di due o tre secoli prima, si “potrà vedere che dal seno del lusso e della mollezza nacquero le più dolci virtù, l’umanità, la beneficenza, la tolleranza degli errori umani”²⁴.

In questo passo è evidenziata la scelta di campo di Beccaria a favore dell’ideologia libertina, che tanto influsso aveva avuto in Francia alle origini del pensiero illuminista: dal lusso e dal piacere nascono le virtù; dai valori antichi, dalla semplicità e dalla buona fede nascono, invece, le superstizioni e le sofferenze per l’umanità. Il diritto penale è il luogo ove si consumano contro i rei sventurati le ignominie delle virtù austere degli antichi.

5. Il plagio delle idee libertine. L’ideologia di Beccaria è moneta corrente tra gli scrittori libertini di metà Settecento. Valga l’esempio del libro erotico *Thérèse philosophe*, di Boyer d’Argens²⁵, in cui l’abate che inizia al libertinaggio la sua sciocca (falsa) devota fornisce un concetto di pena che Beccaria avrebbe pochi anni dopo pressoché integralmente ribadito.

¹⁹ MORELLET, *Préface du traducteur*, in *Traité des délits et des peines*, 1765, 32.

²⁰ BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § V *Oscurità delle leggi*, 158.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ BOYER D’ARGENS, *Thérèse philosophe*, 1733, ripubblicato in edizione anastatica per FB Edition, dall’edizione del 1910, 39.

Dopo aver spiegato alla penitente che ciò che si chiama bene o male morale non è che relativo all'interesse delle società costituite dagli uomini e che non vi è alcun male del mondo che offenda la divinità perché tutto è dio e la natura è un ente di ragione privo di senso, l'*abbé* abborda il tema penale con espressioni che anticipano le invettive di Beccaria.

Se un uomo ruba, non fa altro che del bene per se stesso, del male alla società e qualcosa di totalmente indifferente per la divinità. Tuttavia "*cet homme doit être puni, quoiqu'il ait agi nécessairement, quoique je sois convaincu qu'il n'a pas été libre de commettre ou de non commettre son crime*"²⁶. Questo sciagurato, pur incolpevole perché non è libero, deve subire la pena per la sua infrazione in quanto la pena "*doit contribuer au bonheur général qui est préférable dans ce cas au bien particulier*"²⁷. Vero che egli non è libero di non commettere il crimine, ma deve essere ugualmente punito "*parce que la punition d'un homme qui trouble l'ordre établi fait mécaniquement, par la voie des sens, des impressions sur l'âme, qui empêchent les méchants de risquer ce qui pourrait leur faire mériter la même punition*"²⁸.

Il passo di Boyer d'Argens descrive perfettamente lo statuto antropologico che sta alla base del pensiero di Beccaria. Il bene e il male sono definizioni nominalistiche degli interessi sociali; l'uomo non è libero; egli è portato meccanicamente a realizzare il 'bene' individuale cui è spinto dall'amore di sé per la spinta sensibile alla ricerca dei piaceri materiali.

A tale statuto antropologico corrispondono le pene secondo Beccaria. Dapprima esse agiscono come "motivi sensibili"²⁹ "stabilite contro gli infrattori delle leggi"³⁰. Soltanto i "sensibili motivi"³¹ possono valere, in quanto "la speranza"³² ha dimostrato che efficace è solo ciò che immediatamente percuote i sensi. Tali motivi sono in grado di distogliere la moltitudine "da quel principio universale di dissoluzione che nell'universo fisico e morale si osserva"³³. Le pene rappresentano appunto i motivi sensibili atti "a distogliere il dispotico animo di ciascun uomo dal risommergere nell'antico caos le leggi della società"³⁴.

²⁶ *Ibidem*, 39.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § I *Origine delle pene*, 146.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*, corsivo nell'originale.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

In secondo luogo, la pena deve agire come esempio per gli altri. L'ostacolo al delitto non scaturisce dal contenuto del precetto. Il precetto dialoga con la ragione; indica la direzione della scelta tra il bene e il male. Ma se bene e male non esistono e la legge è meramente convenzionale, il precetto non può esercitare alcun effetto sulla ragione (che è cieca di fronte al bene e al male) e sulla volontà (che è determinata meccanicisticamente). Infatti, incalza Beccaria, "nè l'eloquenza, nè le declamazioni, nemmeno le più sublimi verità sono bastate a frenare per lungo tempo le passioni eccitate dalle vive percosse degli oggetti"³⁵.

L'esempio del male subito con la pena dal condannato somministra il motivo sensibile che impressiona i sensi e distoglie l'animo dispotico dal soddisfare il suo desiderio. La pena subita dal condannato fornisce efficacia alla legge. In questa guisa la pena contribuisce con il suo esempio alla felicità generale, secondo il criterio per cui le leggi sono buone quando sono dirette a realizzare "la massima felicità divisa nel maggior numero"³⁶. D'altra parte, le "rozze menti volgari"³⁷ della moltitudine si lasciano distogliere dalla "seducente pittura"³⁸ del delitto vantaggioso per sé soltanto in forza dell'esempio sensibile del male inflitto a un qualsivoglia infrattore della legge.

Beccaria svela l'arcano della pena che i libertini, a causa dei tempi ancora non maturi, avevano tenuto celato. L'abate iniziatore al libertinaggio nel *pamphlet* di Boyer d'Argens spiega alla sua (falsa) devota che la prova della falsità della religione deve essere somministrata a poche persone, poiché le sue regole hanno il pregio di trattenere il popolo dal violare le leggi penali. Il che, in fondo, è utile alla società³⁹.

La concezione della pena di Beccaria si radica in una cultura che da lungo tempo ha conquistato il favore delle classi privilegiate. La mollezza dei costumi, scaturita da quella cultura, si dichiara scandalizzata, nell'interesse di tutti, per la persistenza di istituzioni penali nate in epoche di ferro, quando i costumi erano incomparabilmente più severi.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ BECCARIA, *Dei delitti*, cit., *Introduzione*, 142, corsivo nell'originale.

³⁷ BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § XIX *Prontezza della pena*, 206.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ BOYER D'ARGENS, *Thérèse philosophe*, cit., 47: "Mais gardons-nous bien de révéler aux sots des vérités qu'ils ne sentiraient pas ou desquelles ils abuseraient. Elles ne doivent être connues que par les gens qui savent penser et dont le passions sont tellement en équilibre entre elles qu'ils ne sont subjugués par aucune. Cette espèce d'hommes et de femmes est très rare : de cent mille personnes, il n'y en a pas vingt qui s'accoutument à penser ; et de ces vingt, à peine en trouverez-vous quatre qui pensent, en effet, par elles-mêmes ou qui ne soient pas emportées par quelque passion dominante. De là, il faut être extrêmement circonspect sur le genre de vérités que nous avons examinées aujourd'hui ».

Questa cultura si accredita presso l'intera società presentandosi come riformatrice. Nella conclusione del paragrafo XLVIII Beccaria ribadisce il concetto della proporzione inversa tra mollezza dei costumi e severità delle pene: "ma a misura che gli animi si ammoliscono nello stato di società, cresce la sensibilità, e crescendo essa deve scemarsi la forza della pena, se costante vuol mantenersi la relazione tra l'oggetto e la sensazione"⁴⁰.

Mai contraddizione forse fu più scandalosa di questa. La cultura libertina aveva abituato la nobiltà alla mollezza dei costumi. A tale cultura fa da contrappunto radicalmente contraddittorio la severità del sistema penale, rimasto fermo alle ordinanze criminali di secoli di ferro. La contraddizione spiega la radicalità della protesta e, in qualche modo, la successiva violenza della Rivoluzione contro le vestigia dell'ordine antico: violenza che si scatena inarrestabile quando anche alla moltitudine "rozza" viene svelato finalmente l'arcano che le leggi della moralità, conosciute per via della dottrina religiosa, sono non soltanto false e fraudolente, ma insegnate in modo strumentale proprio allo scopo di trattenerla dal perseguire senza freni il proprio 'bene' individuale.

6. *Il rovesciamento della "dolcezza" beccariana nella durezza dell'utilitarismo penale.* Non appena, però, la protesta contro l'Antico Regime passa dall'empireo abitato dai filosofi dei "Lumi" alle classi popolari, anche l'atteggiamento verso il diritto penale e la pena muta rapidamente negli studiosi che si ispirano al sensismo epistemologico e al materialismo ontologico degli illuministi. In pochi anni il clima, caratterizzato da forti tinte umanitarie dei primi anni '80 del secolo cambia radicalmente a causa dei traumatici eventi del Terrore rivoluzionario. Sintomo del mutamento sul piano culturale è rintracciabile nella condotta contraddittoria di un esponente di punta del processo rivoluzionario, J. P. Marat, scrittore accesamente abolizionista della pena di morte in epoca prerivoluzionaria e implacabile propugnatore di assassinii giudiziari prima di essere lui stesso assassinato, anche se per via non giudiziaria⁴¹.

L'umanitarismo penale dette vita al Codice della Costituente del 1791, ispirato fortemente alle idee di Beccaria, soprattutto in ordine al carattere fisso delle pene e all'esempio che esse debbono fornire all'utilità pubblica incidendo sulla sensibilità popolare. Esso non abolì la pena di morte, ma si limitò sem-

⁴⁰ BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § XLVII *Conclusiones*, 296.

⁴¹ MARAT, *La Constitution, ou projet de Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, 1789, pubblicato in *Oeuvres politiques*, t. I, Bruxelles, 1989, 69-105.

plicemente a unificarne l'esecuzione tramite la modalità del taglio della testa⁴². Trascorso il periodo di Terrore della Convenzione e del quasi-terrore termidoriano, e, poi, delle guerre di sterminio di Napoleone per l'intero continente⁴³, ci si rende conto che il corpo sociale dei vari paesi è stato squassato da cima a fondo e che necessita di un forte raddrizzamento autoritario.

Il problema cruciale non riguarda più l'abolizione della pena di morte per un circoscritto numero di malfattori o per i sospetti attentatori della maestà della rivoluzione, ma diventa il controllo di un corpo sociale sfiancato dalle violenze che avevano mietuto innumerevoli vittime non soltanto sui campi di battaglia, ma anche nelle città e nelle campagne. Le guerre e gli eccidi avevano impoverito la società; trasformato gli equilibri sociali, arricchendo enormemente quella parte di borghesia che aveva acquistato i beni feudali, ecclesiastici e demaniali; immiserito i contadini e gli artigiani, cancellando la laboriosità delle classi subalterne; diffuso il desiderio di avidità di guadagno immediato come motore dello sviluppo sociale tramite la concorrenza spietata.

Il decennio 1789-1799 in Francia fu descritto da osservatori imparziali, favorevoli in via di principio alla rivoluzione, come caratterizzato da uno sconvolgente imbarbarimento della società. Benjamin Constant, simpatizzante della rivoluzione nei suoi inizi, lamenta che la legislazione rivoluzionaria fosse stata un percorso verso la barbarie esplosa ferocemente nel Terrore. Egli scriveva nel 1793: "*Jamais on n'a vu un peuple dans cet état. La férocité, la cannibalité n'est pas dans la nature. Serait-il possible que les Français fissent seuls exception?*"⁴⁴. E Madame de Staël, simpatizzante pure della rivoluzione, acuta osservatrice dei fatti accaduti in Francia nel decennio 1790-1800, scriveva nel

⁴² Cfr. Assemblée constituante, 3 giugno 1791, Code pénal, 1ere Partie, titre 1, article 3: «*Tout condamné à mort aura la tête tranchée*», cit. in X. MARTIN, *Beccaria, Voltaire et Napoléon ou l'étrange humanisme pénal des Lumières (1760-1810)*, Mayenne, 2018, 75.

⁴³ I crimini di guerra di Napoleone, comandante dell'armata di Italia nel 1796-1798, non sono stati oggetto di studi scientifici accurati. Tuttavia, le notizie, pur edulcorate, che Bonaparte forniva al Direttorio sono sufficienti per ritenere senza ombra di dubbio che la sua condotta militare sia stata ispirata al medesimo concetto di terrore salutare cui avrebbe dovuto conformarsi sul piano della repressione criminale il codice penale del 1810 (cfr. G.J.B. Target che fu il principale redattore, *Observation sur le projet de Code criminel* 1801, dans Locré ed., *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 29 (1831), 1-38). Nelle zone conquistate le istruzioni di Bonaparte erano di bruciare i villaggi e fucilare le persone sospette. Si possono ricordare all'inizio della campagna i crimini compiuti a Binasco (presso Pavia) con lo sterminio di un centinaio di contadini e l'incendio del villaggio (Lettera di Bonaparte al Direttorio, 13 prairial an IV, 1° giugno 1796, cit. in MARTIN, *Beccaria, Voltaire et Napoléon*, cit., 158, n. 4) e nell'Appennino genovese nel giugno 1796, con la fucilazione sommaria di tutti i sospettati di opposizione all'Armée davanti alle loro case e all'incenerimento del villaggio di Arquata (Lettera di Bonaparte al Direttorio, 3 messidor an IV, 21 giugno 1796, cit. in MARTIN, *op. cit.*, 158, n. 5).

⁴⁴ Lettera di Constant a M^{me} de Charrière 16 ottobre 1793, citata in MARTIN, *Voltaire méconnu. Aspects cachés de l'humanisme des Lumières (1750-1800)*, 302, n. 38.

1800: “*Ah! Qu’ou’était heureux il y a dix années, lorsque entrant dans le monde [...] on ne rencontrait ni des partis injustes ni des haines envenimées, ni des rivaux, ni des jaloux*”⁴⁵.

Lo sconvolgimento dell’intera società europea, quasi annientata dalla violenza interna, e dell’Italia, sconvolta dalla violenza omicida delle armate francesi che sopraffecero le generose insurrezioni popolari contro le razzie, gli stupri e gli assassini, impone un ritorno all’ordine sociale e giuridico per la cui imposizione appare indispensabile anche la forza proveniente da un nuovo codice penale. La ripulsa della pena di morte vacilla.

7. *La vittoria dell’utilitarismo penale.* Proseccutori dell’ideologia sensistica degli illuministi ottimisti che declamavano libertà e pace nel periodo ’60 -’90 del secolo precedente sono gli ideologi del periodo termidoriano, tra cui spiccano i nomi di Destutt de Tracy e di Cabanis. Essi restano rigorosamente materialisti, ma invertono il senso dell’ideologia, mettendo il materialismo individualistico dei “Lumi” al servizio dello Stato.

Il riduzionismo antropologico resta invariato: si ribadisce la pura passività della mente umana in forza delle sensazioni provenienti dagli oggetti e dalle passioni; si conferma la radicale negazione della libertà del volere. Si rende, tuttavia, necessario – per restaurare l’ordine – un rimodellamento delle sensazioni per l’impulso che parte dal potere politico e si concentra nella legge che da quello promana. Per virtù della legge il materiale informe e passivo di cui l’uomo è costituito – impropriamente scatenato dall’utopia della libertà e dell’uguaglianza nel periodo intenso della rivoluzione – va ricondotto sotto il controllo della legge dello Stato. Allo scopo è funzionale un codice criminale improntato a severità draconiana, che rimetta al centro del sistema la pena di morte e focalizzi nella pena prevista dalle leggi la minaccia con cui il potere intimidisce il cittadino e lo trattiene dal crimine.

Vengono così promulgati, quasi contemporaneamente tra loro, i due codici della prevenzione generale negativa, quello napoleonico del 1810, esteso nel 1811 al Regno d’Italia, e quello bavarese del 1813, che costituisce il precipitato della scienza giuridica di Anselm Feuerbach, entrambi espressivi della perfetta congruenza funzionale tra ordinamento politico statalistico e sistema penale, ove la pena diventa strumento di controllo sociale e non più riprovazione etico-giuridica per un’azione malvagia.

⁴⁵ ME DE STAEL, *De la littérature considérée dans ses rapports avec les institutions sociales (1800)*, 2 vol., Genève-Paris, 1959, t. 2, 428.

Come ha scritto Adriano Cavanna, con riferimento al codice napoleonico: “il principio di legalità e i suoi corollari sono funzionalizzati a un rigoroso disegno statualistico: siamo di fronte a una macchina da guerra al servizio del cesarismo napoleonico e insieme a uno strumento imperialistico di impressionante potenza”⁴⁶. Lo stesso è a dirsi per il codice bavarese la cui teoria della pena come coazione intimidatrice dei cittadini è funzionale all’idea dello Stato liberale che assicura coattivamente la reciproca compatibilità di uguali libertà autonome e arbitrarie, prescindendo dalla libertà del volere e dall’intrinseca moralità dell’azione. Anche Feuerbach concepisce gli esseri umani, alla maniera degli ideologi francesi, non come essenze razionali, ma soltanto come soggetti empirici contro il cui appetito sensuale occorre reagire con un’analoga spinta sensuale per “neutralizzare le inclinazioni con inclinazioni opposte, gli impulsi primari a realizzare il fatto con altri impulsi primari”⁴⁷.

Il nuovo astro degli ideologi francesi è Bentham. Le pene utili ed efficaci sono quelle esemplari, che commisurano l’intensità dell’intimidazione col criterio dell’utilità. “Addio umanitarismo” - osserva Cavanna -⁴⁸“E addio Beccaria”⁴⁹. Per vero Cavanna dimentica che Bentham aveva riconosciuto in Beccaria il suo maestro, l’ispiratore del suo utilitarismo geometrico e senz’anima!⁵⁰ Per Target, il principale esponente del progetto napoleonico, Beccaria: “Non ha consultato che il suo cuore”. Ma “la ragione del legislatore” - egli dice - “non si nutre di astrazioni. Le lezioni della filosofia le accoglie, ma le modifica badando ai fatti che lo circondano”. Per Target i diritti dell’uomo si subordinano alle esigenze dell’ordine pubblico⁵¹: “le società alle quali si danno leggi devono essere considerate per ciò che sono e non quali potrebbero essere”. La società reale è popolata da una quantità innumerevole di soggetti che non

⁴⁶ CAVANNA, *Il codice penale napoleonico. Qualche considerazione generalissima*, in *Codice dei Delitti e delle pene per il regno d’Italia (1811)*, con scritti vari raccolti da Vinciguerra, Padova, 2001, XI.

⁴⁷ BSANCHEZ, *Retribución y Prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*, Montevideo-Buenos Aires, 2006, 135.

⁴⁸ CAVANNA, *Il codice penale napoleonico*, cit., XVII.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ È lo stesso Bentham a riconoscere con gratitudine che il suo ispiratore è stato Beccaria, rivolgendogli questa ardente apostrofe: “*Ô mon maître, premier évangéliste de la raison, toi qui as élevé ton Italie si au-dessus de l’Angleterre, et j’ajouterais de la France, si Helvétius, sans écrire sur les loi [...] ne t’avait pas fourni tes idées fondamentales*” (citato di seconda mano da MARTIN, *Beccaria, Voltaire e Napoléon*, cit., 184, che a sua volta cita da un manoscritto inedito redatto da Bentham in francese. Per ulteriori indicazioni v. *ivi* n. 15).

⁵¹ CAVANNA, *Il codice penale napoleonico*, cit., XVI.

obbediscono se non alle loro più “grossolane sensazioni” e che sono “nemici inconciliabili della saggezza e del lavoro, dell’economia e della proprietà”.

Lo stesso sviluppo avviene in Feuerbach che, abbandonando il liberalismo astratto di Kant e riallacciandosi alla dottrina dello Stato di Fichte³², generalizza la teoria di costui sulla costrizione psicologica come doveroso strumento di riconduzione delle volontà anomiche alla volontà dello Stato. Anche in area germanica la pena si subordina funzionalmente alle esigenze dello Stato nell’incipiente identificazione del diritto con lo Stato. Il principio di legalità statuisce una volta per tutte il primato dello Stato sull’arbitrio dei giudici, come bene è scolpito da Feuerbach nell’*Einleitung* della sua *Revision*, ove appare con chiarezza che l’arbitrario dei giudici di Antico regime si esprimeva nella mitigazione delle pene, non affatto nel loro aggravamento, severamente impedito dai costumi. Ecco le parole di Feuerbach: “La legge comanda la pena contro colui che osa violarla: e la legge è sacra, fintanto che è legge. Il giudice è suo servitore e soltanto e intanto è degno di questo nome, fin quando lo segue strettamente. Lo Stato, il benessere pubblico, la giustizia offesa e che chiede soddisfazione – questo è il punto che egli deve avere sempre davanti agli occhi, questo è il punto che soltanto deve guidarlo nella ricerca e nella punizione del reato – non però l’uomo, che tremante e malinconico sta davanti a lui, non il reo sventurato, il quale, quali che possono essere stati in ogni caso i motivi a compiere il suo fatto, però è soltanto reo: non la compassione e i sentimenti di umanità, che lo onorano come uomo privato, ma che lo rendono sospetto come giudice ed esecutore della giustizia punitiva, e – se egli obbedisce ad essi più che alla legge – lo abbassano a offensore dello Stato, al livello di un reo non punibile. – Può essere utile allo Stato che un certo reo sia risparmiato! Cause fortuite lo hanno trascinato al reato, egli potrebbe solo essere ammonito, soltanto punito, ed egli diventerebbe il cittadino più rispettoso della legge; se anche incorre nella pena della legge, egli è per sempre perduto, un membro utile, forse necessario è per sempre sottratto allo Stato”³³.

8. *Conclusioni*. Il percorso da Beccaria a Napoleone e a Feuerbach è istruttivo. La pena utile ed efficace – di cui Beccaria è stato espositore originale ed eminente – si rovescia in sorveglianza invasiva e opprimente. Il quadro uma-

³² ZACZYK, *Das Strafrecht in der Rechtslehre J.G. Fichtes*, Berlin, 1981, 77.

³³ FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Erstel Teil, Erfurt 1799; Zweiter Teil, Chemnitz, 1800, XXV-XXVI.

nitario si rovescia completamente. Alla denuncia apparentemente generosa delle pene e delle procedure incivili non è forse sottostante un retropensiero meno nobile e più pratico?

La pena non mira ormai più ad annientare il corpo del singolo condannato, bensì a distendere su tutto il corpo sociale una pervadente minaccia punitiva. Lo scopo è di sorvegliare, in modo indiretto, tramite il timore della punizione, la società intera, non più ad annientare violentemente qualche malfattore. Lo scopo è di schiacciare, in modo ugualmente dispotico, l'immanente devianza sociale delle classi subordinate.

Le vecchie pratiche sono divenute troppo costose per il potere. Per allestire una scenografia che ricavi dai supplizi uno splendore che soddisfi l'aspettativa popolare i costi sociali sono molto elevati e non sempre i ritorni a vantaggio del potere sono sicuri. La crudeltà della pena, in primo luogo, rischia di attirare la simpatia del popolo verso il condannato. Se il castigo è sproporzionato, il reo diventa una vittima. Tenendo conto di ciò, il potere deve autolimitarsi nelle punizioni, riservarle esclusivamente ai grandi malfattori o a coloro che riesce a rappresentare come nemici giurati della sacralità del potere e delle sue leggi eterne. In secondo luogo, il potere, attendendo a questa pratica costosa, si lascia sfuggire di mano la punizione di una miriade di violazioni minute che incidono sul benessere delle classi possidenti, ma che non disturbano più di tanto l'antico potere politico. In questo modo il potere rinunciava a esercitare una sorveglianza efficace sulla devianza sociale. La pena è scarsamente efficace e tutt'altro che utile. Anzi, è disfunzionale al benessere collettivo, *rectius*: alla felicità del maggior numero, soprattutto alla tranquillità dei possidenti nella fruizione dei loro diritti. La legge risulta imbecille contro l'indisciplina delle classi subalterne che pretendono di partecipare al godimento dei beni collettivi praticando impunemente il furto campestre, poiché non lo ritengono furto; che sottraggono ai proprietari una parte eccessiva del valore aggiunto ai prodotti dal loro lavoro; che non restituiscono i prestiti negoziati a condizioni di usura per acquistare le sementi necessarie per le coltivazioni annuali. Grazie al nuovo tipo di pena – soprattutto quando si sarebbe completato, peraltro piuttosto rapidamente, l'universo concentrazionario della prigione⁵⁴ - il potere organizza una rete a maglia più fitta, che intercetta me-

⁵⁴ All'inizio del XIX secolo la prigione penale entra a pieno titolo nel novero delle istituzioni fondamentali del diritto penale. Sul punto v. DEYON, *Le temps des prisons. Essai sur l'histoire de la délinquance et les origines du système pénitentiaire*, Lille et Paris, 1975. Beccaria ne aveva enunciato empiricamente i principi ispiratori (BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § XXIX, *Della cattura*). Sul rapporto tra Beccaria e la nascita della prigione v. AUDEGEAN, *Beccaria et la naissance de la prison*, in *L'Irascible. Revue de l'Institut Rhône-Alpin de sciences criminelles*, 5, *Prison et droits: visages de la peine*, 2015, 47-68.

glio la devianza minuta, colpendo in modo certamente più attenuato, ma sistematico e pervasivo, le classi subalterne affinché percepiscano sensibilmente la forza del potere: esso li vuole operosi – anche l'oziosità e la mendicizia vanno colpite – e disciplinati.

La trasformazione epocale del diritto penale messa in luce da Foucault, in apparenza paradossale, manifesta plausibilmente una nuova gestione degli illegalismi funzionale agli interessi della borghesia. È certo che il nuovo assetto del potere proprietario, l'assolutizzazione del diritto di proprietà e la scomparsa delle variegate modalità di possedere e di godere dei beni, innescarono un processo di implementazione della tutela dei beni patrimoniali. Nascono – sotto l'insegna del principio di legalità – due grandi categorie di reati contro la proprietà, con riferimento a condotte in precedenza tollerate ovvero non previste espressamente come reato. Le illegalità minori compiute contro la proprietà individuale nelle campagne divengono, dopo l'assolutizzazione del vincolo proprietario, delitti veri e propri di furto, punibili anche senza doglianza espressa di parte. Nelle aree urbane le illegalità nei rapporti di prestazione d'opera, in precedenza scolorate penalmente in virtù della loro discutibile ricomprensione nel delitto di furto, divengono il delitto, analiticamente descritto e specificamente punito, di appropriazione indebita.

Il processo che Foucault descrive sul terreno degli interessi di classe della borghesia uscita vincitrice dalla Rivoluzione si coniuga con il nuovo assetto della sovranità organizzata secondo i criteri razionali dell'utilità e dell'efficacia. Nel quadro descritto non si può non riconoscere che la legalità, con il corollario dell'uguaglianza, ha un prezzo nell'implementazione della sfera di prescrizione della norma penale sui fenomeni sociali. L'illegalismo che in precedenza veniva lasciato a forme di composizione conciliatrice tramite l'intermediazione dei poteri minori diventa oggetto di procedura pubblica obbligatoria per iniziativa dell'azione centralizzatrice dell'ufficio del Ministero Pubblico, nuova figura cruciale del diritto penale europeo, soprattutto in Francia e, sull'esempio di questa, anche nell'Italia dopo l'unificazione del Paese.