

**COSA PUNIRE?  
SCOPI E LIMITI DELLE  
PROIBIZIONI PENALI  
NELLA FILOSOFIA  
DI BECCARIA**

**DARIO IPPOLITO**



Cosa punire?

Scopi e limiti delle proibizioni penali nella filosofia di Beccaria

What to punish?

Purposes and limits of criminal prohibitions in Beccaria's philosophy

DARIO IPPOLITO

Professore associato, Dipartimento di Giurisprudenza, Università Roma Tre.

E-mail: [dario.ippolito@uniroma3.it](mailto:dario.ippolito@uniroma3.it)

ABSTRACT

Necessarie alla convivenza civile, le norme penali possono facilmente travalicare il limite della necessità. Oltre quale soglia è inammissibile la compressione legale della libertà individuale? Dove fissare il confine tra il lecito e l'illecito? In base a quali parametri valutare la legittimità delle proibizioni? La risposta di Beccaria a queste domande cruciali rompe con la tradizione della cultura giuridica e della morale teologica. La sua filosofia civile, sviluppata nel solco dottrinale del contrattualismo moderno, ridimensiona drasticamente il potere punitivo dello Stato. In questo saggio, propongo un'analisi del discorso normativo di Beccaria circa le azioni meritevoli di sanzione, con particolare riguardo al rapporto tra diritto penale e morale sessuale.

Criminal rules are undoubtedly necessary for civil coexistence, but their extension may well exceed the criterion of necessity. Where to draw the line between the licit and the illicit? Which prohibitions are legitimate? Beyond what extent does the legal compression of freedom become unacceptable? Faced with these crucial questions, Beccaria rejects the traditional answers of moral theology and legal culture. His civil philosophy, rooted in the doctrine of the social contract, drastically reduces the scope of the power to punish. This article examines Beccaria's discourse on the justification of prohibitive norms, with particular regard to the problem of the penal regulation of sexual life.

KEYWORDS

Beccaria, diritto penale, contratto sociale, libertà, controllo della sessualità

Beccaria, criminal law, social contract, freedom, control of sexuality

# Cosa punire?

## Scopi e limiti delle proibizioni penali nella filosofia di Beccaria

DARIO IPPOLITO

*Introduzione* – Parte I. «Non può essere chiamata delitto...» – 1. *Governare e proibire* – 2. *Le astuzie della retorica* – 3. *Actio finium regundorum* – 4. *Assiologia delle proibizioni* – Parte II. *Diritto penale e morale sessuale* – 5. *Coordinate topografiche* – 6. *Antropologia dell'adulterio* – 7. *Lo stigma di Sodoma* – 8. *Madri che uccidono i figli*

### *Introduzione*

La parola *decriminalizzazione* non appartiene al lessico giuridico del secolo XVIII. Ciononostante, le dottrine penali dei Lumi sono accomunate e contraddistinte dall'istanza politica designata da quella parola. *Decriminalizzare*: restringere la classe delle azioni proibite; ridimensionare l'area del disciplinamento penale; delimitare il raggio del potere punitivo. È un'istanza dirompente, che infrange dogmi, credenze e valori tradizionali; che scardina i nessi tra religione e politica, tra diritto e morale. È un'istanza di libertà: dalla superstizione e dall'ortodossia, dall'inquisizione dei pensieri e dal controllo oppressivo sulle parole. Parole che, in mancanza della libertà rivendicata, vestono spesso l'abito della prudenza nell'espressione di quell'istanza: serpeggiano tra le righe, si affacciano mascherate, fingono di preterire e dicono di non dire. Ma, nel dire, sono penetranti e feraci, tanto da giungere a improntare, nell'eversione dell'Antico regime, la nuova legalità della Rivoluzione.

Quando nel maggio 1791, dinanzi all'Assemblea nazionale, Louis-Michel Le Peletier (1760-1793) presenta il progetto di codice penale elaborato dai Comitati di Costituzione e di Legislazione criminale, il suo discorso vibra d'orgoglio nell'annunciare ai deputati la riduzione del catalogo dei reati:

Vous allez enfin en voir disparaître cette foule de crimes imaginaires qui grossissait les anciens recueils de nos lois.

Vous n'y retrouverez plus ces grands crimes d'hérésie, de lèse-majesté divine, de sortilège et de magie, dont la poursuite vraiment sacrilège a si longtemps offensé la divinité, et pour laquelle, au nom du ciel, tant de sang a souillé la terre<sup>1</sup>.

Dal novero delle proibizioni penali spariscono anche il suicidio e l'omosessualità, insieme a numerosi atti che l'assolutismo monarchico sanzionava come delitti di lesa maestà. È l'esito politico di una profonda elaborazione culturale; l'approdo rivoluzionario di un secolare movimento riformatore.

Le immagini evocate da Le Peletier, i principi ispiratori del codice penale, la decriminalizzazione operata dalla Rivoluzione si collegano a una riconoscibile genealogia intellettuale. Tra le sue ramificazioni, spiccano le polemiche di Thomasius (1655-1728) contro la penalizzazione dell'eresia e della magia<sup>2</sup>, le critiche oblique di Montesquieu (1689-1755) alle degenerazioni dispotiche del potere punitivo<sup>3</sup>, le audaci battaglie di Voltaire (1694-1778) per la laicizzazione del diritto penale<sup>4</sup>. Ma

<sup>1</sup> LE PELETIER 1791, 321.

<sup>2</sup> Cfr. CATTANEO 1976; HUNTER 2007.

<sup>3</sup> Cfr. CHARRITHERS 1997; SPECTOR 2012; IPPOLITO 2019.

<sup>4</sup> Cfr. GROFFIER 2011.

a stagliarsi in posizione centrale, forte del suo straordinario riverbero intellettuale e del suo profondo impatto civile, è il «miracoloso libretto»<sup>5</sup> di Beccaria (1738-1794): discusso, tradotto, commentato, citato, imitato ed emulato in tutti i centri culturali della *République des Lumières*.

Alcuni decenni fa, Giovanni Tarello ha rimarcato che «in nessun periodo come nella seconda metà del secolo XVIII è stato intensamente dibattuto il problema penale»<sup>6</sup>. Più di recente, Michel Porret, traendo ispirazione da una celebre monografia di Pocock<sup>7</sup>, ha usato l'espressione «Momento Beccaria» per designare quella stagione germinale della modernità giuridica<sup>8</sup>. Evocativa, calzante e pregnante, la formula è diventata il titolo di un'opera innovativa pubblicata da Philippe Audegean e Luigi Delia: *Le Moment Beccaria. Naissance du droit pénal moderne*<sup>9</sup>. Se il nome di Beccaria si presta (e si presta bene) a simboleggiare una costellazione di dibattiti e lotte civili, di polemiche e proposte operative, di riflessioni e realizzazioni che hanno caratterizzato un'epoca di «distruzione creatrice»<sup>10</sup>, è perché *Dei delitti e delle pene* – dal momento della sua apparizione (1764) – ha stimolato quei dibattiti e innescato quelle lotte, ha rafforzato la contestazione dell'ordine vigente e ispirato progetti di riforma radicale, ha alimentato la riflessione sulla legislazione e orientato l'azione dei legislatori.

Alla celebrazione del duecentocinquantesimo anniversario della pubblicazione *Dei delitti* (2014) ha corrisposto un'impressionante fioritura di studi sull'illuminismo penale e la sua eredità culturale<sup>11</sup>. Dall'America Latina al Giappone, il pensiero di Beccaria è oggi (forse più che nel secolo scorso) oggetto di una diffusa e sfaccettata riflessione: attira l'attenzione dei filosofi e degli storici; suscita ripensamenti e polemiche tra i giuristi; sollecita il dialogo interculturale, il superamento delle barriere disciplinari, l'interazione e l'integrazione tra le scienze umane. Significativamente, il nome di Beccaria è diventato, nel 2015, il titolo di una rivista dagli ampi orizzonti umanistici: «Beccaria. Revue d'histoire du droit de punir»; e tante altre riviste, in tempi recenti, hanno dedicato all'opera beccariana interi fascicoli, dossier monografici o sezioni tematiche: dalla «Rivista internazionale di Filosofia del diritto» (2014, 91), ad «Antigone» (2014, 3); dai «Materiali per una storia della cultura giuridica» (2015, 1) allo «Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte» (2015, 16); da «Diciottesimo Secolo» (2019, 4) a «Dix-huitième siècle» (2021, 53). Sarebbe facile accrescere l'elenco: si avverte ormai la necessità di una nuova bibliografia degli studi su Beccaria e sulla circolazione internazionale della sua ideologia del diritto penale. Gli strumenti di lavoro di cui ci siamo serviti fino a ieri sono repentinamente invecchiati.

La qualità dei risultati conseguiti da questa effervescente produzione scientifica è – nelle sue vette – decisamente elevata: in termini di originalità di analisi, di approfondimenti tematici, di acquisizioni conoscitive e di proposte interpretative. Tra i molti elementi di novità, tuttavia, risalta un dato di continuità rispetto alla tradizione degli studi: la dottrina *dei delitti* di Beccaria riceve molta meno attenzione rispetto alla dottrina *delle pene*. Anzi, non raggiunge neppure il livello di interesse suscitato dalla dottrina *del processo*<sup>12</sup>.

Vasta e varia è la letteratura su Beccaria e la pena di morte, così come su Beccaria e la tortura. Lo stesso può dirsi per quanto riguarda la concezione del contratto sociale, della prevenzione generale, dell'attività giudiziale e della mitezza penale. Per contro, delle pagine dei *Delitti* dedicate ai delitti, solo in pochi si sono occupati. Certo, tutti sappiamo che Beccaria traccia una linea di

<sup>5</sup> CALAMANDREI 2019 [1948], 206.

<sup>6</sup> TARELLO 1997 [1976], 383.

<sup>7</sup> Cfr. POCOCK 1975.

<sup>8</sup> Cfr. PORRET 2003.

<sup>9</sup> Cfr. AUDEGEAN, DELIA 2018.

<sup>10</sup> Riprendo l'efficace formula di SCHUMPETER 1975 [1942], 83, mutandone il riferimento empirico.

<sup>11</sup> Nell'impossibilità di dar conto dell'intera bibliografia, mi limito a segnalare pochi contributi imprescindibili: COSTA 2014 e 2015; AUDEGEAN 2015, 2016, 2019 e 2021; FRANCONI 2016.

<sup>12</sup> A titolo esemplificativo, si può notare che nell'importante volume di AUDEGEAN et al. 2017, il solo contributo concernente la problematica dei delitti è quello (notevolissimo) di IMBRUGLIA 2017.

demarcazione tra i reati e i peccati; e tutti abbiamo imparato, dalla dogmatica giuridica, a riconoscere nelle sue pagine i principi di materialità e di offensività. Ma un confronto ermeneutico, filologico e filosofico sulle tesi beccariane in materia di delitti deve ancora iniziare.

Ciò non significa che manchino i punti di partenza. Philippe Audegean e Michel Porret hanno esaminato la questione sotto diversi angoli visuali<sup>13</sup>. Alla luce dei loro contributi, tenterò di approfondire la riflessione sulla filosofia dei *Delitti*, ancorando l'interpretazione analitica del testo alla sua contestualizzazione politica, giuridica e culturale. Nella prima parte del saggio, fornirò un inquadramento generale della tematica e proporrò un'interpretazione del discorso di Beccaria sulla legittimità delle norme proibitive. Nella seconda parte, mi soffermerò su un paragrafo poco frequentato dagli studiosi, «Delitti di prova difficile»<sup>14</sup>, elucidando le argomentazioni critiche e i principi normativi in forza dei quali Beccaria mette in questione il disciplinamento penale dell'adulterio, dell'omosessualità e dell'infanticidio.

Parte I. «Non può essere chiamata delitto... »

### 1. Governare e proibire

Nel sistema dei reati si riflette il sistema dei valori di una società politica. Dei valori dominanti, ovviamente: non necessariamente i più diffusi, bensì quelli di chi esercita il dominio politico nella società. La proibizione penale è verticale: scende dall'alto della sovranità a ordinare e dirigere le condotte dei soggetti (*sub-iecti*). È la regola per antonomasia; l'archetipo dell'eteronomia. Parla scopertamente il linguaggio dell'intimidazione. Induce all'obbedienza, sfruttando la minaccia come tecnica di motivazione<sup>15</sup>. La sua forza cogente è carica di pregnanza politica. Dispositivo irrinunciabile del potere, ne definisce l'identità, i principi e gli scopi. È decisione in senso etimologico: taglio di quelle libertà incompatibili con l'ordine su cui riposa l'autorità. Nella profondità e nella larghezza di quel taglio, si manifesta con la massima evidenza la natura di un regime politico.

Il diritto penale d'Antico regime è esigente. Impone ai destinatari la sottomissione intellettuale all'ordine statale: la prosternazione silenziosa dell'individuo ai piedi del trono e dell'altare. L'espressione giuridica di questa pretesa autoritaria si configura nei *crimina lesae maiestatis*: eterogenea classe di proibizioni disposte a tutela del potere (temporale e spirituale); fattispecie di reato elastiche e duttili indirizzate a inibire atteggiamenti nocivi al sistema di governo<sup>16</sup>. Governo delle coscienze oltre che delle relazioni; quindi, criminalizzazione non soltanto di azioni contro persone dotate di autorità (o cose strumentali al suo esercizio), ma anche dell'anticonformismo religioso e del dissenso politico<sup>17</sup>.

Nei trattati dei *doctores iuris* questa congerie di delitti è classificata sotto due specie, in base alla maestà offesa dall'azione: quella di Dio o quella di chi, per sua volontà, governa gli uomini. In linea di massima, sono qualificati come *crimina lesae maiestatis divinae* la basfemia, la magia, l'idolatria, l'apostasia, lo scisma, l'eresia, l'ateismo e vari tipi di sacrilegio (l'oltraggio ai chierici, la violenza sulle monache, la simonia, la profanazione delle chiese e dei cimiteri, etc.). Nella categoria espansiva della lesa maestà umana (articolata in diverse classi di gravità), sono generalmente incluse – oltre alla ribellione e alla prodizione pubblica – le offese alla persona del re, dei

<sup>13</sup> Cfr. AUDEGEAN 2010; PORRET 2003. Di Audegean apparirà a breve – per i tipi de Il Mulino – una nuova monografia sul pensiero giuridico di Beccaria.

<sup>14</sup> BECCARIA 2009 [1764], 250-257.

<sup>15</sup> Cfr. CORDERO 1978, 900.

<sup>16</sup> Si veda la fondamentale monografia di SBRICCOLI 1974.

<sup>17</sup> Una catalogazione sistematica dei *crimina lesae maiestatis* si trova in MUYART DE VOUGLANS 1781, 81-148.

suoi più stretti familiari e dei suoi principali ministri; le offese verso l'autorità del sovrano nell'amministrazione della giustizia e delle finanze; le offese all'onore e alla dignità della corona.

Qualche esempio specifico sarà utile a dar la misura della portata di questo dispositivo penale. Possiamo attingere al puntuale catalogo compilato da Daniel Jousse (1704-1781) nel terzo libro del *Traité de la Justice Criminelle*. Tra i malfattori punibili per crimine di primo grado egli annovera «ceux qui vont par les provinces du Royaume pour solliciter le sujets du Roi d'entrer en ligue, associations ou enrrollements, verbalement ou par écrit»; «ceux qui détournent les sujets du Roi de l'obéissance qu'ils lui doivent»; «ceux qui composent ou distribuent des libelles contre l'Etat»; etc. Alla lesa maestà di secondo grado egli riconduce le azioni di «ceux qui injurient le Prince, ou qui tiennent des discours injurieux à son honneur et à sa dignité»; «ceux qui refusent de payer les impôts au Souverain»; «ceux qui fabriquent de la fausse monnaie»; «ceux qui sortent du Royaume pour passer en pays étranger»; «ceux qui transportent des bleds, farines et autres grains hors du Royaume sans [...] permission»; etc.

Ben si confanno alla lesa maestà le parole utilizzate da Stefano Rodotà in riferimento alla proprietà: è un «concetto prensile, capace di impadronirsi delle situazioni più diverse»<sup>18</sup>. Situazioni che mutano nel tempo e nello spazio, in base ai regimi politici e ai sistemi giuridici. Sullo sfondo del diritto comune, infatti, si stagliano scelte normative e prassi giurisdizionali differenti: «non è materia che in tutto riceva una stessa regola generale ed uniforme», avverte Giovanni Battista De Luca (1614-1683) nel *Dottor Volgare*, «per la diversità non solamente delle leggi, ma ancora degli stili e de' costumi de' Principati e de' paesi»<sup>19</sup>. Tuttavia, al di là delle diversità sostanziali e procedurali, al di là del numero più o meno esteso di proibizioni attratte nella sua orbita repressiva, la lesa maestà figura ovunque tra le qualificazioni criminali di maggior gravità: onusta dei peggiori disvalori, comporta i massimi castighi. Il suo sostrato ideologico, modellato dalla dottrina religiosa, appare in piena luce nella trattazione di Jousse, che ne reitera la giustificazione tradizionale: «Le crime de Leze-Majesté est un des plus atroces qui puissent se commettre; parce que c'est une offense qui se fait aux Rois et aux Souverains, qui sont les images de Dieu et qui représentent dans le gouvernement de leurs Etats l'autorité que Dieu exerce dans le gouvernement de l'Univers»<sup>20</sup>.

Dove i detentori della sovranità utilizzano il diritto penale per contrastare la critica del potere (che si ammanta della legittimazione divina), criticare il diritto penale significa esporsi alle sanzioni minacciate dal potere. L'esposizione è maggiore quando la contestazione invade il campo dei delitti: denunciare l'ingiustizia di una proibizione penale equivale a mettere in discussione l'ordine etico-politico che in essa trova protezione. È questo il contesto in cui dobbiamo comprendere il testo dei *Delitti*, nel detto e nel non detto. È questo lo sfondo in cui vanno inquadrare le strategie discorsive di Beccaria. Dissentire su cosa è legittimo punire ha implicazioni più gravi che polemizzare sulle modalità punitive e sulle forme del giudizio. Nel 1764, un suddito del Ducato di Milano può combattere a viso aperto «la crudeltà delle pene e l'irregolarità delle procedure criminali»<sup>21</sup>, ma non l'esorbitanza dei divieti. Su questo fronte della battaglia riformatrice, Beccaria *larvatus prodit*.

## 2. Le astuzie della retorica

Anche «l'immortale Presidente di Montesquieu» – di cui Beccaria segue le «tracce luminose»<sup>22</sup> – era stato assai cauto nel rimarcare le storture del sistema dei reati. Le sue osservazioni sull'abuso della categoria della lesa maestà, sull'indeterminatezza del linguaggio penale e sul carattere dispotico dei

<sup>18</sup> RODOTÀ 2003, 2.

<sup>19</sup> DE LUCA 1740 [1673], XV, II, 5, 131.

<sup>20</sup> JOUSSE 1771, III, IV, 681.

<sup>21</sup> BECCARIA 2009 [1764], «Introduzione», 144.

<sup>22</sup> BECCARIA 2009 [1764], «Introduzione», 144.

reati d'opinione sono accortamente circonfuse da una cortina fumogena di riferimenti a leggi lontane nel tempo e nello spazio<sup>23</sup>. Il suo affondo polemico contro la persecuzione dell'eresia, rappresentata quale spada di Damocle incombente sulla libertà e l'innocenza dei cittadini, si chiude con una rapida mossa difensiva tesa a parare in anticipo l'accusa di tollerantismo (delitto equiparato alla blasfemia<sup>24</sup>): «Je n'ai point dit ici qu'il ne fallait point punir l'hérésie; je dit qu'il faut être très circonspect à la punir»<sup>25</sup>.

Sbaglieremmo a inferire da questa frase che Montesquieu ammetta «come necessaria»<sup>26</sup> la repressione dell'eresia. Allorquando le opinioni sono criminalizzate, esprimere il proprio pensiero comporta dei rischi. Chi decide di esporsi a tali rischi, nella misura del possibile cerca di minimizzarli. È il coraggio, non la temerarietà, la cifra morale degli illuministi. La loro critica è spesso dissimulata. La loro sagacia polemica si manifesta anche nelle tattiche prudenziali. Per questo, i loro scritti vanno letti tra le righe. L'interpretazione letterale non basta. Anzi, può essere addirittura fuorviante.

Nell'arte funambolica della scrittura a doppio fondo, Beccaria non è meno abile del suo precettore in filosofia<sup>27</sup>. Se sceglie – come si vedrà – di tenersi alla larga dal rovelto della lesa maestà (limitandosi a rilevarne la crescita abnorme e infestante), dedica invece una pagina scintillante d'intelligenza mordace alla criminalizzazione dell'eresia. Una pagina da antologia del nicodemismo politico, cesellata da un sapiente *labor limae* e giocata sul filo dell'ironia<sup>28</sup>. Allusioni, ipallagi, anafore, antifrasi, paralessi: Beccaria colpisce e spiazza; sorride complice al lettore simpatetico e si fa beffe del censore. L'apologia della libertà di pensiero e della tolleranza religiosa, la delegittimazione del disciplinamento penale della vita spirituale, l'esecrazione degli orrori prodotti dal dogmatismo, l'evidenziazione dell'incompatibilità tra il messaggio cristiano e la coartazione delle coscienze si annodano nelle linee di un discorso che, alla lettera, accredita non solo come «necessaria una perfetta uniformità di pensieri in uno stato»<sup>29</sup>, bensì come «indispensabile» «l'impero della forza sulle menti umane»<sup>30</sup>. Sbrigliando la sua maestria retorica, Beccaria finge di aderire alle tesi che respinge; si oppone a ciò che afferma; propugna ciò che nega: quel che scrive è sovversivo, ma il modo in cui scrive lo schermisce dall'accusa di averlo scritto.

Ferdinando Facchinei (1725-1824), zelatore del diritto penale confessionale, scovò in questa pagina il «nemico del Cristianesimo» e il «cattivo Filosofo»<sup>31</sup>; si impegnò a smascherare la «perfidia dissimulazione» addentrandosi nella «maligna oscurità»<sup>32</sup> dell'argomentazione. Eppure, non poté accusare Beccaria di propagandare la decriminalizzazione dell'eresia:

Confessa quest'Autore che il metodo di punire i Delitti contro la Religione è *necessario*, ed *indispensabile* e che ciò deve credersi *evidentemente provato e conforme ai veri interessi degli uomini*; e non di meno inveisce furiosamente contro questo giusto, e necessario rigore, peggio che se fosse affatto inutile, ingiusto, e contrario alla ragione. Ma se le sue arrabbiate invettive sono un effetto della sacrilega avversione ai giudici, della Chiesa, e a dogmi del Cristianesimo; questa sua confessione è

<sup>23</sup> Cfr. IPPOLITO 2019, 69-75.

<sup>24</sup> Cfr. MUYART DE VOUGLANS 1781, 87-90.

<sup>25</sup> MONTESQUIEU 2014 [1748], XII, 5, 1290.

<sup>26</sup> TARELLO 1997 [1976], 456.

<sup>27</sup> «L'epoca della mia conversione alla filosofia fu cinque anni fa leggendo le *Lettere persiane*», scrive Beccaria nella nota lettera a André Morellet (1766), che si può leggere in appendice a BECCARIA 1965 [1764], 361-378.

<sup>28</sup> Cfr. BECCARIA 2009 [1764], XXXIX, 278-281 (e le importanti note del curatore alle pagine 392-394). Si confronti il testo stampato con BECCARIA [«Prima redazione»] 1984, 189-190.

<sup>29</sup> BECCARIA 2009 [1764], XXXIX, 278.

<sup>30</sup> BECCARIA 2009 [1764], XXXIX, p. 280.

<sup>31</sup> FACCHINEI 1765, 155.

<sup>32</sup> FACCHINEI 1765, 156.

l'effetto della forza dell'efficacissima verità, anzi della permissione dell'Altissimo, che à sempre saputo estrarre dalla bocca de' suoi più ciechi nemici, le più terribili verità<sup>33</sup>.

In una reazione di questo genere possiamo misurare l'efficacia tattica del discorso di Beccaria. La frase che non colpisce difende. Nel giungere a segno, gli attacchi spuntano le armi dell'avversario. Emblematica, da questo punto di vista, è proprio la diatriba sui delitti di prova difficile. Beccaria, come vedremo, si sofferma sul problema della penalizzazione dell'adulterio. La sua postura è visibilmente critica, ma egli non si sbilancia in un'aperta contestazione. Facchinei commenta indispettito: «dice delle gravissime cose in commiserazione di questo delitto; ma vi frammette delle proteste tanto scaltre che non si sa cosa dirli»<sup>34</sup>.

### 3. Actio finium regundorum

Prima di considerare in modo puntuale le «gravissime cose» che suscitano l'indignazione del censore, dobbiamo esaminare la problematica generale della legittimità delle proibizioni penali. Cos'è un delitto dal punto di vista di Beccaria? Quali sono le azioni che egli chiama *delitti*? Come è definita e come è utilizzata questa parola nei *Delitti*? Qual è l'atteggiamento di Beccaria di fronte alle norme sanzionatorie che – in base ai suoi criteri di giustizia – non dovrebbero esistere?

La ricerca delle risposte a questi interrogativi non può che partire dal paragrafo 6, dove Beccaria espone la propria filosofia dei delitti, determinando l'assiologia dei beni che meritano la protezione della legge penale. Un delitto, egli afferma, è un'azione contraria al bene pubblico: cioè, un'offesa alla società. Nella prospettiva del contrattualismo beccariano (che non concede nulla all'organicismo politico), la società è concepita come un'unione di individui<sup>35</sup>. Di conseguenza, le azioni che vengono qualificate come delitti sono quelle che producono un danno al consorzio civile o agli individui che lo compongono:

Data la necessità della riunione degli uomini, dati i patti, che necessariamente risultano dalla opposizione medesima degl'interessi privati, trovasi una scala di disordini, dei quali il primo grado consiste in quelli che distruggono immediatamente la società, e l'ultimo nella minima ingiustizia possibile fatta ai privati membri di essa [...]. Qualunque azione non compresa tra i due sovraccennati limiti non può essere chiamata delitto, o punita come tale [...]<sup>36</sup>.

Dobbiamo fare attenzione a non confondere questo criterio di legittimazione/delegittimazione delle proibizioni penali con una stipulazione semantica relativa all'uso del termine *delitto*. In questo passaggio, Beccaria non definisce il significato di una parola: definisce la frontiera del potere di punire. Egli non dice: «attenzione, signor lettore, chiamerò delitto soltanto le azioni socialmente offensive». Esclama invece: «attenzione, signor legislatore, le azioni socialmente inoffensive non possono essere penalizzate». Questa annotazione serve a evitare un possibile equivoco interpretativo. Benché Beccaria affermi che le azioni che non arrecano danno alla comune utilità non possano essere chiamate delitti, egli parla di delitti a proposito delle azioni qualificate come tali dal diritto positivo. Ciò non deve disorientarci: come contestarne la penalizzazione senza menzionarne il *nomen iuris*? La nozione assiologica di delitto quale azione che produce un danno sociale è quindi utilizzata come principio di *legis latio* che orienta la critica delle *leges latae*: precisamente, delle figure giuridiche di reato. Deter-

<sup>33</sup> FACCHINEI 1765, 156.

<sup>34</sup> FACCHINEI 1765, 151.

<sup>35</sup> Cfr. IPPOLITO 2022a.

<sup>36</sup> BECCARIA 2009 [1764], VI, 160.

minando la sfera dei divieti legittimi, questo principio evidenzia l'ingiustizia delle norme penali che fuoriescono da quella sfera.

Non basta, però, l'ancoraggio ai concetti di azione, di danno e di società a caratterizzare la posizione di Beccaria di fronte al diritto d'Antico regime. Non è sufficiente il riferimento ai principi di materialità e offensività per situare la filosofia dei *Delitti* nell'ambito della cultura giuridica e delle dottrine penalistiche. La definizione di delitto come azione che danneggia la società è infatti compatibile con diverse ideologie del potere punitivo. Ideologie le cui differenze non sono sfumature ma netti contrasti di colore politico.

Prendiamo ad esempio le tesi di un ammiratore e di un avversario di Beccaria: Manuel de Lardizábal y Uribe (1739-1820), autore di un *Discurso sobre las penas* nel quale circola l'aria dei Lumi, e Pierre-François Muyart de Vouglans (1713-1791), tipico criminalista d'Antico regime che reagisce ai *Delitti* con una serrata *Réfutation*. Lardizábal scrive che la legge penale, originando dalla necessità di conservare la società, può sanzionare soltanto le «acciones externas, que directa o indirectamente turban la tranquilidad pública, o la seguridad de los particulares»<sup>37</sup>. Questa delimitazione del campo del proibibile è preceduta e seguita da un'insistita critica della confusione tra peccato e reato<sup>38</sup>. Tutto il discorso si svolge in un fitto dialogo con Montesquieu e Beccaria. Ciononostante, nella classe delle azioni dirette a turbare o distruggere la società (cioè dei delitti che meritano le pene più gravi), Lardizábal include l'eresia<sup>39</sup>: la religione, dal suo punto di vista, è «el vínculo más fuerte y el mas firme apoyo de la sociedad»<sup>40</sup>.

L'ordine politico richiede l'omogeneità confessionale del corpo sociale: quindi, la fede individuale, nelle sue manifestazioni esteriori, dev'essere disciplinata dal potere punitivo. È un'idea risalente, diffusa e tenace: è la stella polare di Muyart de Vouglans, tetragono alfiere della monarchia di diritto divino e pugnace apologeta del sistema penale generato dal connubio tra diritto canonico e diritto secolare. Alla ragione riformatrice dei Lumi, egli oppone le ragioni dell'autorità e della tradizione, sollevando lo scudo della *scientia iuris* contro le armi della critica filosofica. La sua replica a Beccaria è immediata<sup>41</sup>; la condanna di Montesquieu arriva postuma<sup>42</sup>. A entrambi, Muyart rimprovera di aver suffragato il principio di tolleranza e di aver osato affermare che i delitti di lesa maestà divina non sono punibili dalla giustizia umana. L'argomento secondo il quale Dio non ha bisogno di vendette terrene è liquidato come irricevibile e fallace<sup>43</sup>. Eppure, se andiamo a confrontarci con la sua visione del delitto, ritroviamo una limpida enunciazione dei principi di materialità e offensività (congiunti, peraltro, a quelli di colpevolezza e legalità). «Le Crime [...] », egli scrive, «c'est un Act défendu par la Loi, par lequel on cause du préjudice à un tiers par son dol ou par sa faute»<sup>44</sup>: «ce tiers est ou le Public ou le Particulier, ou, en même tems l'un et l'autre»<sup>45</sup>.

*Pregiudizio, danno, lesione, offesa* sono termini valutativi; il campo semantico di *azione* e di *atto* non è privo di zone d'ombra; *sicurezza, società, individuo* designano concetti eminentemente controversi, nei quali si rispecchiano le differenze di fondo tra le concezioni dell'uomo e del mondo.

<sup>37</sup> LARDIZÁBAL Y URIBE 2001 [1782], 166. Desidero ringraziare Perfecto Andrés Ibáñez per avermi fatto scoprire questo interessantissimo testo.

<sup>38</sup> « Hay [...] entre el delito y el pecado una verdadera diferencia, y es muy importante no perderla de vista en la legislación criminal » (LARDIZÁBAL Y URIBE 2001 [1782], 167).

<sup>39</sup> LARDIZÁBAL Y URIBE 2001 [1782], 172

<sup>40</sup> LARDIZÁBAL Y URIBE 2001 [1782], 167: «Cuando digo que sólo las acciones externas, que directa o indirectamente turban la tranquilidad pública o la seguridad de los particulares, son delitos, y que sólo ellas están sujetas a la censura de la leyes humanas, estoy muy distante de excluir de esta clase las acciones externas perturbativas de la religión, porque esta es el vínculo más fuerte y el mas firme apoyo de la sociedad; pues como sabiamente dice Plutarco, más fácil sería edificar una ciudad sin suelo que establecer o conservar una sociedad sin religión».

<sup>41</sup> MUYART DE VOUGLANS, 1767.

<sup>42</sup> MUYART DE VOUGLANS, 1785. Di quest'operetta polemica propone un'acuta lettura PORRET 1997.

<sup>43</sup> Cfr. MUYART DE VOUGLANS 1767, 106-108; MUYART DE VOUGLANS 1785, 14.

<sup>44</sup> MUYART DE VOUGLANS, 1757, 2.

<sup>45</sup> MUYART DE VOUGLANS, 1757, 5.

Per mettere a fuoco la filosofia penale di Beccaria, dunque, occorre comprendere cosa sia, dal suo punto di vista etico-politico, un'azione socialmente dannosa.

#### 4. Assiologia delle proibizioni

L'essere umano, secondo l'antropologia di Beccaria, agisce allo scopo di evitare il dolore e cercare il piacere. Per questo abbandona lo stato di natura. Capisce che la possibilità di far tutto non gli è di nessuna utilità: anzi, gli nuoce; rendendo imprevedibili i comportamenti degli altri, gli impedisce di calcolare come raggiungere i propri obiettivi. Lo spoglia del dominio sulle sue azioni per la paura e il pericolo delle interazioni. Lo schiaccia sull'orizzonte del presente, esponendolo alle angustie di un conflitto permanente. Ogni individuo, potenzialmente, è una minaccia per gli altri. Nessuno può mettere a frutto come vorrebbe le facoltà di cui è dotato. Così, tutti decidono di cambiare condizione; di vivere meglio accordandosi sulle regole del convivere. Regole vincolanti per tutti i contraenti: decise da un'autorità delegata, a cui è conferito il monopolio della forza nella repressione degli inosservanti. Ma la delega di potere che costituisce la sovranità è strettamente condizionata alla ragione del patto. Associandosi nello Stato e assoggettandosi alle sue norme, gli individui non cercano la sicurezza al prezzo della libertà, bensì la sicurezza della libertà. Una libertà-sicurezza che non si dà là dove è sregolato l'esercizio di ogni facoltà. Una libertà-sicurezza il cui presupposto è la rinuncia alla prevaricazione; la cui condizione è la legge; la cui garanzia è la pena<sup>46</sup>.

L'individuo beccariano accetta la legge penale come necessità perché vuole essere sicuro di essere libero. Ma accetta solo le leggi penali indispensabili alla preservazione dell'ordine su cui è fondata la libertà. Prodotto dal contratto sociale (che è in primo luogo un patto di non belligeranza), quell'ordine è del tutto artificiale: riflette la concorde volontà degli associati, non un paradigma di giustizia naturale o sovranaturale. I fondatori della società politica pretendono l'uno dall'altro di astenersi dalle azioni offensive, non di attenersi ai precetti edificanti di una morale, né, tantomeno, ai comandamenti salvifici di una religione. Il potere che istituiscono dispone di un'unica forma di normatività: il diritto positivo, la cui coattività è vincolata e limitata dalle finalità di tutela soggettiva poste alla base del patto. Perciò, ogni sanzione collegata a un divieto che esorbita da quelle finalità è un'illegittima compressione della libertà: un atto di tirannia<sup>47</sup>.

È questa concezione eteropoietica dello Stato; è questa interpretazione non giusnaturalistica del contratto sociale; è questa visione strumentale del diritto penale a qualificare la filosofia di Beccaria e a riempire di significato gli elementi connotativi della sua nozione di reato.

In base a questa configurazione dottrinale, quali sono le classi di azioni a cui si addice il nome *delitto* e la comminazione penale?

Un sommario censimento tra le pagine del testo consente di rispondere a questo interrogativo.

Nei *Delitti*, sono designati come delitti – e giudicati meritevoli di sanzione – gli atti che offendono la vita, l'integrità, i beni e l'onore degli individui: alle offese contro la persona convengono pene corporali; alle offese contro il patrimonio pene servili; alle offese contro l'onore la pena dell'infamia<sup>48</sup>. Da questo insieme di atti lesivi della «privata sicurezza di un cittadino»<sup>49</sup> (comprendente anche «le ingiustizie de' magistrati»<sup>50</sup>), sono distinte, per minore gravità, «le

<sup>46</sup> Cfr. IPPOLITO 2022b.

<sup>47</sup> Cfr. BECCARIA 2009 [1764], I-II, 147-151. Sul contrattualismo non giusnaturalistico di Beccaria e sui principi penali che ne derivano sono fondamentali i saggi di Audegean citati nelle note 11 e 13.

<sup>48</sup> Cfr. BECCARIA 2009 [1764], VIII, 166-169; XX, 208; XXII, 212; XXXIII, 212-215.

<sup>49</sup> BECCARIA 2009 [1764], VIII, 166.

<sup>50</sup> Nel manoscritto originario dei *Delitti*, leggiamo: «Gli attentati [...] contro la sicurezza de' cittadini sono uno de' maggiori delitti, e sotto questa classe cadono non solo i furti e gli assassinii, ma le *ingiustizie de' magistrati*, l'influenza delle quali agisce ad una maggiore distanza e con maggior vigore, distruggendo ne' sudditi le idee di giustizia e di dovere» (BECCARIA [«Prima redazione»] 1984, 153 [corsivo aggiunto]). Nel testo dato alle stampe (in seguito all'incisiva

azioni che ciascuno è obbligato dalle leggi di fare, o non fare, in vista del ben pubblico»<sup>51</sup>. Si tratta di una categoria dai contorni imprecisi, che Beccaria tratta sommariamente ricorrendo all'esemplificazione.

Al suo interno ritroviamo, innanzitutto, le condotte «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 [...]» o «i fanatici sermoni, che eccitano le facili passioni della curiosa moltitudine [...]»<sup>52</sup>. Sulla disciplina giuridica di questa classe di azioni, Beccaria appare incerto. In primo luogo, indica la strada della prevenzione non penale, proponendo il ricorso a un'eterogenea serie di «mezzi efficaci»: «La notte illuminata a pubbliche spese, le guardie distribuite ne' differenti quartieri delle città [etc.]»<sup>53</sup>. Nella redazione manoscritta dell'opera, individua in un secondo momento le modalità punitive adeguate: «le azioni che offendono la tranquillità possono essere punite colla temporale privazione di libertà, quelle che offendono semplicemente le leggi colla la privazione di quel bene che si propone il contravventore e col fargli il male opposto»<sup>54</sup>. L'eliminazione di questo brano nel testo stampato è spiegabile alla luce della sua incongruenza con la tesi espressa nel capoverso immediatamente successivo: «chi turba la tranquillità pubblica, chi non ubbidisce alle leggi [...] dev'essere escluso dalla società, cioè dev'essere bandito»<sup>55</sup>. A quest'ultima direttiva sanzionatoria segue l'inclusione, in questo genere di delitti, del parassitismo sociale di chi «acquista senza giammai perdere»: implicitamente, Beccaria promuove la messa al bando degli ordini religiosi che, vivendo nell'«ozio politico», non contribuiscono «alla società né col travaglio, né colla ricchezza»<sup>56</sup>.

Il gradino più alto della scala criminale disegnata da Beccaria è occupato dalle azioni che «distraggono immediatamente la società o chi la rappresenta»<sup>57</sup>: i delitti da contrastare con «la massima pena»<sup>58</sup> poiché «più dannosi»<sup>59</sup> all'utilità comune. Malgrado tale posizionamento apicale, lo spazio del discorso che vien loro riservato è comparativamente il più limitato. Mentre i delitti contro la sicurezza dei privati sono trattati nei paragrafi VIII, IX, X, XX, XXII e XXIII; mentre i delitti di minore entità sono trattati nei paragrafi VIII, XI e XXIV; ai «massimi delitti»<sup>60</sup> è dedicato un solo capoverso del paragrafo VIII: una manciata di considerazioni generiche, allusive ed elusive. La reticenza, del resto, è perfettamente comprensibile: Beccaria si sta affacciando oltre le mura della città proibita della lesa maestà. Nel deprecarne l'eccessivo allargamento, egli non può certo permettersi di indicare puntualmente e affermare *apertis verbis* cosa dovrebbe restarne fuori. Ma le tesi normative implicite nell'argomentazione sono inequivocabili. La netta distinzione categoriale tra peccato e reato, connessa alle basi contrattualistiche della sua filosofia civile, comporta la radicale delegittimazione dei *crimina lesae maiestatis divinae*: sacrilegi, blasfemia, apostasia etc. sono estromessi dai fini mondani dell'ordine legale e dal dominio normativo del potere punitivo.

revisione di Pietro Verri), la locuzione «ingiustizie de' magistrati» è sostituita dalle parole «quelli ancora dei grandi e dei magistrati» (BECCARIA 2009 [1764], VIII, 168). Evidentemente, il pronome dimostrativo «quelli», rimandando a «i furti e gli assassinii», banalizza l'enunciato classificatorio: è del tutto ovvio che l'assassinio compiuto da un magistrato ricada nei delitti contro la sicurezza dei cittadini. La tesi normativa di Beccaria, invece, è più pregnante: rapportato alla distruzione delle «le idee di giustizia e di dovere», il riferimento generico alle «ingiustizie de' magistrati» evoca i reati specifici degli uomini di potere: corruzione, peculato, malversazione etc.

<sup>51</sup> BECCARIA 2009 [1764], VIII, 166.

<sup>52</sup> BECCARIA 2009 [1764], XI, 174.

<sup>53</sup> BECCARIA 2009 [1764], 176.

<sup>54</sup> BECCARIA [«Prima redazione»] 1984, 162.

<sup>55</sup> BECCARIA [«Prima redazione»] 1984, 162 (nel testo a stampa questo passaggio costituisce l'apertura del paragrafo XXIV)

<sup>56</sup> BECCARIA 2009 [1764], XXIV, 216.

<sup>57</sup> BECCARIA 2009 [1764], VIII, 166.

<sup>58</sup> BECCARIA 2009 [1764], VIII, 168.

<sup>59</sup> BECCARIA 2009 [1764], VIII, 166.

<sup>60</sup> BECCARIA 2009 [1764], VIII, 166.

La nozione di crimenlese è integralmente laicizzata: la *maiestas* che il diritto penale deve difendere dalle offese è solo quella umana. Tuttavia, neppure questa categoria – nella sua configurazione storico-giuridica – riceve l’approvazione di Beccaria. Con il verbo *distruggere*, con l’avverbio *immediatamente*, con i predicati *società* e *chi la rappresenta*, egli restringe drasticamente il campo denotativo della lesa maestà, esprimendo un’istanza di riforma orientata alla depenalizzazione: «La sola tirannia e l’ignoranza, che confondono i vocaboli e le idee più chiare, possono dar questo nome, e per conseguenza la massima pena, a’ delitti di differente natura»<sup>61</sup>.

Dopo aver identificato tre classi di azioni offensive, distinguendole in base al criterio del bene lesa e associandole a differenti tipi di pena, Beccaria discute altresì di singole figure di reato, come il fallimento doloso, assimilato alla falsificazione monetaria, e il contrabbando. Nel paragrafo in cui prende in considerazione le caratteristiche e la pena confacente a quest’ultimo, qualificandolo significativamente come «vero delitto»<sup>62</sup> (per contrasto con il suicidio, la cui penalizzazione è delegittimata nel paragrafo immediatamente precedente<sup>63</sup>), è possibile scorgere i lineamenti di una classe di crimini distinta tanto dalla lesa maestà quanto dalle offese alla sicurezza privata e alla tranquillità pubblica: le azioni che danneggiano il sovrano e la nazione senza mirare alla loro distruzione<sup>64</sup>.

Nell’insieme delle azioni contemplate da Beccaria come meritevoli di punizioni non figurano quelle esaminate nel paragrafo sui delitti di prova difficile: l’adulterio, l’omosessualità e l’infanticidio. Eppure, nei *Delitti*, essi sono chiamati *delitti* al pari delle violenze e dei furti. Torniamo così a constatare l’oscillazione semantica già rilevata: Beccaria usa la parola *delitto* anche in riferimento ad azioni di cui non approva la proibizione penale. La sua perorazione della libertà di coscienza, ad esempio, si apre con questa evocazione dell’eresia: «Chiunque leggerà questo scritto accorgerassi che io ho omesso un genere di delitti che ha coperto l’Europa di sangue umano»<sup>65</sup>. Delitto secondo il diritto positivo, l’eresia non è tale agli occhi di Beccaria: a coprire l’Europa di sangue non sono state le opinioni degli eretici, bensì la criminalizzazione di quelle e la repressione penale di questi (il vero delitto denunciato nella geniale antifrasi del paragrafo XXXIX). Ovviamente, il discorso sulle fattispecie catalogate come delitti di prova difficile non è assimilabile a quello concernente l’eresia. Se questa è una figura di reato che penalizza l’espressione di credenze religiose difformi dall’ortodossia della fede dominante, il tradimento delle fedeltà coniugale, i rapporti erotici tra persone di sesso maschile e l’infanticidio sono azioni materiali produttive di effetti. Ciò, tuttavia, non riduce l’agibilità della critica filosofica: è giusto che il potere politico proibisca e punisca atti di questo tipo?

## Parte II. *Diritto penale e morale sessuale*

### 5. *Coordinate topografiche*

È semplice e lineare il paragrafo dedicato ai «Delitti di prova difficile» (XXXI). La sua costruzione paratattica, nettamente scandita sugli snodi tematici, non pone alcuna difficoltà di comprensione. I primi due capoversi, il cui bersaglio polemico sono le storture del sistema delle prove legali, costituiscono un ponte tra la questione procedurale trattata nel paragrafo precedente e la problematizzazione delle figure di reato connesse al controllo dei rapporti sessuali. È proprio la categoria dei delitti di prova difficile che consente questo slittamento discorsivo. Ad essa per-

<sup>61</sup> BECCARIA 2009 [1764], VIII, 166.

<sup>62</sup> BECCARIA 2009 [1764], XXIII, 262.

<sup>63</sup> Cfr. DELIA 2021.

<sup>64</sup> BECCARIA 2009 [1764], XXXIII, 262-265.

<sup>65</sup> BECCARIA 2009 [1764], XXXIX, 278.

tengono, infatti, l'adulterio, su cui vertono il terzo e il quarto capoverso, e l'omosessualità maschile, presa in considerazione nel quinto. Di seguito, nel sesto capoverso, Beccaria si occupa dell'infanticidio. Infine, egli conclude il discorso enunciando, nell'ultimo capoverso, un corollario del principio normativo di economia punitiva.

La collocazione del paragrafo all'interno dell'opera ci pone di fronte al problema della difformità tra il testo concepito da Beccaria e il testo dato alle stampe. Grazie alla magistrale edizione critica di Gianni Francioni, conosciamo l'ordine del discorso sviluppato nel manoscritto autografo di *Dei delitti e delle pene* (*rectius*, «Delle pene e delitti»: questo è il titolo del manoscritto)<sup>66</sup>. Poche pagine introduttive sull'importanza della questione penale conducono a un primo capitolo, intitolato «Su che sia fondato il diritto del sovrano di punire i delitti». Successivamente, troviamo un secondo capitolo: «Della proporzione fra le pene i delitti». Da qui, il testo procede senza altre partizioni titolate. Tuttavia, come nota Francioni, è chiaramente individuabile un terzo blocco tematico, il cui inizio corrisponde alla riflessione sugli scopi della pena e la cui conclusione è esplicitamente rimarcata da Beccaria, nel momento in cui passa a discutere dei fattori culturali, politici e sociali della prevenzione dei delitti. Il testo, pertanto, risulta scandito in quattro parti<sup>67</sup>.

Tra questo manoscritto e l'opera stampata, c'è il lavoro geniale di Verri<sup>68</sup>, che, con l'autorevolezza del mentore e la sensibilità dello scrittore, rimodellò liberamente il testo, intervenendo sulla successione tematica e le sue partizioni: al posto di quattro corpose sezioni, tanti paragrafi snelli e affilati, resi ancor più attraenti dalla scelta di titoli brevi ed eloquenti. L'incisività, la nettezza, il ritmo percussivo dei *Delitti* sono indubbiamente il risultato di questa riorganizzazione, che ha trasformato un trattatello filosofico in un fiammeggiante *pamphlet* giuspolitico. La versione originale, tuttavia, è un documento imprescindibile del pensiero di Beccaria. Confrontarsi con essa, e tener conto del suo ordine logico, aiuta a comprenderlo meglio. La contestazione delle «false idee d'utilità» (LX), ad esempio, costituiva originariamente un momento della riflessione sulle proibizioni illegittime: agganciata alla polemica contro le pene criminogene (che ritroviamo alla fine del paragrafo VI), preludeva all'impiego della nozione di «utilità commune»<sup>69</sup> quale criterio di misurazione della gravità dei reati. Letta in questa sequenza logica, essa perde l'aspetto eccentrico della digressione filosofica *in limine operis* e diventa chiaramente comprensibile.

Ora, se ci limitiamo a considerare il testo stampato, la collocazione del paragrafo «Delitti di prova difficile» appare poco significativa (in quanto non fornisce indicazioni rilevanti all'attività interpretativa). Prima di esso compaiono «Della pena di morte» (XXVIII), «Della cattura» (XXIX), «Processi e prescrizioni» (XXX); poi «Suicidio» (XXXII), «Contrabbandi» (XXXIII) e «Debitori» (XXXIV): questioni, come si vede, alquanto disparate. Tuttavia, se cerchiamo nella prima redazione dell'opera la porzione di testo che Verri ha posto sotto il titolo «Delitti di prova difficile», troviamo che la sua collocazione è interessante e rivelatrice. Inserita nella terza parte, dopo la polemica contro la pena di morte e la tortura (che sono logicamente associate in ragione della loro crudeltà), essa costituisce l'apertura di una sezione tematica dedicata ad azioni proibite di cui Beccaria contesta la penalizzazione<sup>70</sup>.

L'individuazione della *sedes materiae* è un elemento importante nell'interpretazione sistematica di un testo; e l'interpretazione sistematica è indispensabile alla comprensione di testi eterodossi pubblicati sotto un regime di repressione della libertà di opinione. «*De Deo parum, de rege nihil*»<sup>71</sup>: nello Stato assoluto e confessionale – conviene ricordarlo – la deontologia dell'obbedienza raccomanda al

<sup>66</sup> BECCARIA [«Prima redazione»] 1984, 135.

<sup>67</sup> FRANCONI 1984, 229-246.

<sup>68</sup> Icastica è l'immagine di Venturi secondo cui il libriccino di Beccaria porta «i segni del forcipe che lo trasse a vita, per mano dell'imperioso e puntiglioso Pietro Verri» (in BECCARIA 1965 [1764], IX).

<sup>69</sup> BECCARIA [«Prima redazione»] 1984, 149.

<sup>70</sup> Cfr. BECCARIA [«Prima redazione»] 1984, 179-182.

<sup>71</sup> DE SANCTIS 1988 [1870], vol. 2, 135.

suddito di parlare con prudenza. Gli illuministi rigettano questo monito, mettendo in discussione l'indiscutibile: l'egemonia della religione e l'assetto del potere. La critica filosofica investe tutte le istituzioni, le gerarchie, le prassi, le convinzioni e i modelli di comportamento sprovvisti di giustificazione razionale. Ma lo spazio della critica non è un prato verde dove passeggiare liberamente. È un terreno pericoloso, interdetto e presidiato. Chi ha il coraggio di percorrerlo non può avanzare allo scoperto; deve sfruttarne gli anfratti, evitando i precipizi; deve sapere dove nascondersi e calcolare quando osare. La pagina scritta è il risultato di questi movimenti: per afferrarne il senso, occorre una visione topografica.

## 6. Antropologia dell'adulterio

Negli ultimi cinque capoversi dei «Delitti di prova difficile», Beccaria sviluppa un discorso antiproibizionista, che affronta in primo luogo il problema della disciplina penale dell'adulterio: delitto di lussuria, punito con sanzioni differenti a seconda del sesso e del ceto degli autori.

«[P]armi toutes les Nations raisonnables, l'adultère a toujours été regardé comme un crime odieux et punissable», constatava Claude Henrys (1615-1662) nella sua *Dissertation historique et légale sur le crime et la peine de l'adultère*<sup>72</sup>. Un secolo prima, nel trattato *De legibus connubialis et iure maritali*, André Tiraqueau (1480-1558) aveva compilato un'erudita rassegna delle modalità di «adulterij poena apud diversas gentes»: supplizi capitali, mutilazioni corporali, incapacitazioni giuridiche, umiliazioni pubbliche etc.<sup>73</sup> Il variegato campionario delle punizioni è aggiornato nella voce «Adultery» della *Cyclopaedia* di Ephraim Chambers (1680-1740); il quale, all'inizio del Settecento, registra la mitigazione della giurisprudenza penale in materia di relazioni extrconiugali<sup>74</sup>. La scarsa effettività delle sanzioni è deprecata da Muyart de Vouglans<sup>75</sup>, che – col solito zelo repressivo – insiste sulla gravità del crimine, ribadendo l'argomento tradizionalista del *consensus gentium*: «il a été puni dans tous les tems et dans toutes les Nations»<sup>76</sup>.

A legittimare la criminalizzazione dell'adulterio, convergevano i principali formanti della cultura giuridica e del sistema penale d'Antico regime: la religione, con le sue sacre scritture; la dottrina del diritto naturale, con le sue certezze etico-cognitivistiche; il diritto romano, concepito come *ratio scripta*; il diritto canonico, matrice di regole e principi anche nei luoghi in cui l'autorità dei suoi testi era stata ripudiata. Un limpido specchio di questa composita ideologia della giustizia penale è la dissertazione di Henrys, in cui il richiamo alla legge divina, «qui doit être la règle de toutes les autres» e che «condamne les adultères à la mort»<sup>77</sup>, si accompagna alla celebrazione della razionalità del diritto romano<sup>78</sup>, base positiva del trattamento differenziato della donna adultera rispetto all'uomo. Alla Bibbia e al *Corpus iuris civilis* è parimenti ancorato il discorso di Muyart sull'adulterio, nel cui orizzonte giusnaturalistico la rivelazione e la ragione si compenetrano secondo le linee ortodosse del paradigma tomista<sup>79</sup>.

È alla teologia di Tommaso, in effetti, che dobbiamo guardare per comprendere la sistemazione dogmatica dei delitti di lussuria e lo sfondo religioso della disciplina penale dei rapporti

<sup>72</sup> HENRYS 1738.

<sup>73</sup> TIRAQUEAU 1546, XIII, 2-8, 103-106

<sup>74</sup> Cfr. CHAMBERS 1728, I, 37. (Al testo di Chambers attinge Diderot nella composizione della voce «Adultère» dell'*Encyclopédie*: Diderot 1751)

<sup>75</sup> Cfr. MUYART DE VOUGLANS 1757, 478 e 481.

<sup>76</sup> MUYART DE VOUGLANS 1757, p. 479.

<sup>77</sup> HENRYS 1738, 727, dove l'autore rinvia a Levitico 20,10 e Deuteronomio 22,22.

<sup>78</sup> «C'est avec raison que l'on appelle les Lois des Romains le Droit Civil, car outre qu'elles sont plus civiles que celles de toutes les autres Nations, elles sont plus étenduës et plus universelles. Ce peuple étoit né pour donner des Lois à toute la Terre. Dieu l'avoit choisi pour gouverner et pour instruire tous les autres peuples» (HENRYS 1738, 727).

<sup>79</sup> Cfr. MUYART DE VOUGLANS 1757, 478-482; MUYART DE VOUGLANS 1781, 197-202.

sessuali. Nelle architetture concettuali della *Summa Theologiae*, la lussuria figura come vizio contrario alla virtù cardinale della temperanza: precisamente, a quella dimensione specifica della temperanza che è la castità. Concernendo il piacere sessuale, che è il massimo piacere corporale, la lussuria costituisce un vizio capitale, cioè una cattiva inclinazione che induce alla commissione di vari atti peccaminosi<sup>80</sup>. L'adulterio (trasgressione del dovere di fedeltà coniugale) rientra nel novero dei peccati generati dalla lussuria insieme alla fornicazione (sesso tra non coniugati), allo stupro (sesso con una ragazza vergine fuori dal matrimonio), al ratto (rapimento di una donna a scopo di libidine), all'incesto (sesso tra parenti o affini) e al peccato contro natura (ogni atto sessuale inidoneo alla procreazione)<sup>81</sup>. Tra tutti i peccati di lussuria, quest'ultimo è il più grave, poiché chi lo commette disattende il fine riproduttivo al quale è naturalmente ordinata la sessualità. Subito dopo si colloca l'incesto, che ripugna ai naturali sentimenti che si devono nutrire verso i congiunti. Vengono poi – in ordine di gravità decrescente – il ratto di sposa, l'adulterio, il ratto di vergine, lo stupro e la fornicazione: contravvenzioni ai dettami della retta ragione, che prescrive all'uomo di non commettere ingiustizie e di accudire i propri figli<sup>82</sup>.

È in forza di quest'ultimo precetto che anche l'accoppiamento consensuale tra persone libere, cioè la fornicazione, rientra nella classe dei peccati mortali, al pari di tutte le azioni contrarie alla vita dell'uomo. I rapporti sessuali sregolati, infatti, espongono l'eventuale prole al nocimento derivante dall'assenza delle cure paterne. L'unione stabile del maschio e della femmina è dunque necessaria al bene della specie umana. Pertanto, il matrimonio è un istituto di diritto naturale che le legge positiva deve regolare e tutelare<sup>83</sup>. Ecco perché fuori dal matrimonio ogni atto sessuale è peccaminoso. Ecco perché il diritto penale confessionale modella le figure dei reati di lussuria: «depuis l'établissement de la Loi de Grace», esplicita Muyart, «tout commerce charnel avec autre qu'une Epouse légitime est devenu absolument illicite et prohibé»<sup>84</sup>.

Rispetto agli altri atti illeciti compiuti per lussuria, l'adulterio presenta una specificità, che dipende dalle sue differenti combinazioni. Potendo essere commesso da un uomo sposato con una donna non sposata, da una donna sposata con un uomo non sposato, da un uomo sposato con una donna sposata, i suoi effetti dannosi si prestano a valutazioni distinte<sup>85</sup>. Il tipo di adulterio che Tommaso considera più grave dello stupro è quello che coinvolge una donna sposata. La giustificazione di questa gerarchizzazione, infatti, è che possedere una vergine soggetta alla tutela paterna è ingiuria minore che possedere una donna «alterius potestatis subiecta ad usum generationis»<sup>86</sup>. Nell'adulterio dell'uomo sposato con una donna non sposata, evidentemente, questo profilo di ingiustizia è assente: il bene offeso, oltre alla fedeltà coniugale, è la vita dei potenziali discendenti. Gli altri due tipi di relazione adulterina, invece, producono un disordine maggiore: in caso di procreazione, risultano danneggiati gli interessi dei figli legittimi dell'adultera e la sicurezza del marito rispetto alla paternità<sup>87</sup>.

La discriminazione penale tra adulterio femminile e adulterio maschile, radicata nel diritto romano, deriva da valutazioni morali di questo genere. A fronte dell'equiparazione del marito adultero e della moglie adultera, egualmente colpevoli davanti a Dio secondo i canoni della Chiesa, la giurisprudenza d'antico regime accoglie ed esprime le ragioni del trattamento differenziato:

<sup>80</sup> Cfr. TOMMASO D'AQUINO 1985 [1265-1273], II-II, q. 153.

<sup>81</sup> Cfr. TOMMASO D'AQUINO 1985 [1265-1273], II-II, q. 154.

<sup>82</sup> Cfr. TOMMASO D'AQUINO 1985 [1265-1273], II-II, q. 154, a. 12.

<sup>83</sup> Cfr. TOMMASO D'AQUINO 1985 [1265-1273], II-II, q. 154, a. 2. co.

<sup>84</sup> MUYART DE VOUGLANS 1757, 490.

<sup>85</sup> «Questo delitto propriamente cade nella copula carnale, la quale segua con persone legate al vincolo del Matrimonio, cioè tra l'uomo, e la donna, ciascuno dei quali abbia moglie, o marito, o veramente tra l'uomo ammogliato, e la donna libera, o (all'incontro) tra l'uomo libero, e la donna maritata» (DE LUCA [1673] 1740, XV, II, 5, 60).

<sup>86</sup> TOMMASO D'AQUINO 1985 [1265-1273], II-II, q. 154, a. 12 co.

<sup>87</sup> Cfr. TOMMASO D'AQUINO 1985 [1265-1273], II-II, q. 154, a. 8 co.

Dans le for intérieur, un mari qui viole la foi conjugale, est coupable devant Dieu, mais il l'est moins devant les hommes, parce que son péché ne blesse point l'ordre de la société civile, ne trouble point le repos des familles, et ne change point l'ordre des successions; au lieu que l'infidélité de la femme introduit un enfant étranger dans la famille de son mari, qui ôte les biens aux véritables héritiers; ainsi l'adultère de la femme [...] est beaucoup plus criminel que celui que commet le mari, quand il a commerce avec une fille ou une veuve; car quand il pêche avec une femme mariée, son péché est égal à celui de la femme<sup>88</sup>.

Se si considerano le inerenze dell'adulterio alla sfera del dominio sulle cose e del potere sulle persone all'interno della famiglia, da sempre concepita come società naturale, ben si comprende che la penalizzazione dell'adultera e del suo amante possa essere rappresentata come norma di diritto naturale: «le trouble que ce crime cause dans les Mariages, par le mélange et la confusion qu'il répand dans les Générations qui en proviennent l'ont toujours fait regarder comme des plus énorme, même dans la Loi de Nature»<sup>89</sup>.

D'altronde, se teniamo conto che la depenalizzazione dell'adulterio femminile appartiene alla storia civile del XX secolo – e se ricordiamo che, nell'Europa delle democrazie, la Corte costituzionale di uno Stato repubblicano ha potuto legittimare quella discriminazione giuridica ritenendola conforme al principio di uguaglianza<sup>90</sup> –, non dobbiamo stupirci nel constatare che, duecento anni prima, la sua giustificazione etica era largamente condivisa anche tra i filosofi dell'Illuminismo.

Dal punto di vista di David Hume, la riprovazione morale, lo stigma sociale e la sanzione penale dell'infedeltà femminile sono garanzie della paternità necessarie all'ordine della società:

Men are induced to labour for the maintenance and education of their children, by the persuasion that they are really their own; and therefore it is reasonable, and even necessary, to give them some security in this particular<sup>91</sup>.

[...] Men have undoubtedly an implicit notion, that all these ideas of modesty and decency have a regard to generation; since they impose not the same laws, *with the same force*, on the male sex, where that reason takes not place.

[...] It is contrary to the interest of civil society, that men should have an entire liberty of indulging their appetites in venereal enjoyment: But as this interest is weaker than in the case of the female sex [...].

And to prove this we need only appeal to the practice and sentiments of all nations and ages<sup>92</sup>.

<sup>88</sup> HENRYS 1738, 741. Nel caso di adulterio commesso tra una donna maritata e un uomo di Chiesa, quest'ultimo era soggetto alla pena canonica della reclusione perpetua in carcere o in monastero: «sopra di che», punge De Luca, «l'eruditissimo Giurista Alciato va scherzando; che, se ciò si praticasse, molti pochi Preti, e Religiosi, si vedrebbero nelle Chiese, e per le Città» (DE LUCA 1740 [1673], XV, II, 5, 60)

<sup>89</sup> MUYART DE VOUGLANS 1757, 478.

<sup>90</sup> Cfr. la sentenza 64/1961 della Corte costituzionale della Repubblica italiana, dove – tra l'altro – si legge: «l'ordinamento giuridico positivo non può del tutto prescindere, e di fatto non prescinde, dalle valutazioni che si affermano, spesso imperiosamente, nella vita sociale. Ora, che la moglie conceda i suoi amplessi ad un estraneo è apparso al legislatore, in base, come si è detto, alla prevalente opinione, offesa più grave che non quella derivante dalla isolata infedeltà del marito. Al di fuori di ogni apprezzamento, che non spetta alla Corte di compiere, trattasi della constatazione di un fatto della vita sociale, di un dato della esperienza comune, cui il legislatore ha ritenuto di non poter derogare. Da solo esso è idoneo a costituire quella diversità di situazione che esclude ogni carattere arbitrario e illegittimo nella diversità di trattamento».

<sup>91</sup> HUME 2007 [1739-1740], 365.

<sup>92</sup> HUME 2007 [1739-1740], 366 (il corsivo è nel testo).

Montesquieu, il cui giusnaturalismo *sui generis* si esprime non di rado nei termini di un discorso conservatore<sup>93</sup>, utilizza gli ingredienti della ricetta tradizionale per impastare la sinossi del pensiero dominante:

[...] les lois politiques et civiles de presque tous les peuples ont [...] demandé des femmes un degré de retenue et de continence, qu'elles n'exigent point des hommes; [...] parce que la femme, en violant les lois du mariage, sort de l'état de sa dépendance naturelle; parce que la nature a marqué l'infidélité des femmes par des signes certains, et que les enfants adultérins de la femme sont nécessairement au mari et à la charge du mari, au lieu que les enfants adultérins du mari ne sont pas à la femme, ni à la charge de la femme<sup>94</sup>.

Rousseau assegna a una donna, Julie, il compito di tirare a lucido gli argomenti a favore della repressione dei rapporti extraconiugali, in un *climax* patetico che attraversa l'estasi di un'invocazione divina, per poi curvare nella refutazione infiammata dei discorsi che indulgono a sminuire la nequizia dell'adulterio:

Je veux être fidèle, parce que c'est le premier devoir qui lie la famille et toute la société. Je veux être chaste, parce que c'est la première vertu qui nourrit toutes les autres. Je veux tout ce qui se rapport à l'ordre de la nature qui tu as établie, et aux règles de la raison que je tiens de toi.<sup>95</sup>

[...] Ce n'est pas seulement l'intérêt des époux, mais la cause commune de tous les hommes, que la pureté du mariage ne soit pas altérée [...]<sup>96</sup>.

Si je considère mon sexe en particulier, que de maux j'aperçois dans ce désordre qu'ils prétendent ne faire aucun mal! Ne fût-ce que l'avilissement d'une femme coupable à qui la perte de l'honneur ôte bientôt toutes les autres vertus<sup>97</sup>.

Con il vigore della sua indipendenza intellettuale e l'audacia anticonformista della sua giovinezza, Beccaria si sbarazza del peso di questo apparato discorsivo. Libero dall'eteronomia della religione, del diritto naturale e dell'opinione comune, egli sposta il discorso sull'adulterio dal piano deontico al piano fenomenico. Anziché valutare le ragioni del divieto, indaga i motivi della condotta vietata:

L'adulterio è un delitto che, considerato politicamente, ha la sua forza e la sua direzione da due cagioni: le leggi variabili degli uomini e quella fortissima attrazione che spinge l'un sesso verso l'altro. [...] Egli nasce dall'abuso di un bisogno costante ed universale a tutta l'umanità, bisogno anteriore, anzi fondatore della società medesima, laddove gli altri delitti distruttori di essa hanno un'origine più determinata da passioni momentanee che da un bisogno naturale<sup>98</sup>.

La prospettiva esplicativa adottata da Beccaria è quella dell'eziologia comportamentale. Accanto al dato biologico dell'attrazione sessuale, egli individua, quale causa dei rapporti adulterini, il dato sociologico-giuridico delle «leggi variabili» create dagli uomini: «La fedeltà coniugale è sempre proporzionata al numero e alla libertà de' matrimoni. Dove gli ereditari pregiudizi gli reggono, dove la domestica potestà gli combina e gli scioglie, ivi la galanteria ne rompe secretamente i legami»<sup>99</sup>. Dalla riflessione sui fatti erompe la critica delle norme: il bersaglio polemico è

<sup>93</sup> Cfr. IPPOLITO 2014, 96-103.

<sup>94</sup> MONTESQUIEU 2014 [1748], XXVI, 8, 1870.

<sup>95</sup> ROUSSEAU 1823 [1761], III, XVIII, 157

<sup>96</sup> ROUSSEAU 1823 [1761], III, XVIII, 162.

<sup>97</sup> ROUSSEAU 1823 [1761], III, XVIII, 164.

<sup>98</sup> BECCARIA 2009 [1764], XXXI, 252.

<sup>99</sup> BECCARIA 2009 [1764], XXXI, 252.

l'impianto patriarcale del diritto di famiglia (al cui autoritarismo Beccaria si era ribellato scegliendo una sposa non gradita al padre). Sono le leggi civili, non le proibizioni penali, a incidere sul comportamento sessuale dei coniugi. Per contenere il fenomeno dell'adulterio, dunque, occorre immunizzare le scelte matrimoniali dei figli dal potere costrittivo dei padri.

Attraverso il diritto penale, invece, l'obiettivo non è raggiungibile. Il ragionamento di Beccaria si impernia su un'osservazione psicologica: «Ella è proprietà della nostra immaginazione che le difficoltà, se non sono insormontabili [...] eccitano più vivamente l'immaginazione ed ingrandiscono l'oggetto»<sup>100</sup>. Nella scienza della legislazione questa consapevolezza si traduce in una regola generale «in ogni delitto che per sua natura dev'essere il più delle volte impunito, la pena diviene un incentivo»<sup>101</sup>. Il sesso extraconiugale rientra in questa classe: la legge penale anziché frenarlo, lo stimola. L'oggetto – cioè la persona desiderata – attrae; la difficoltà – cioè il divieto legale – è tutt'altro che insormontabile (essendo la pena altamente improbabile); di conseguenza, la minaccia del legislatore aumenta la forza attrattiva dell'oggetto.

La delegittimazione del delitto di adulterio, benché implicita, è inequivocabile: poiché le punizioni legali si giustificano come mezzo di prevenzione dei delitti, una legge penale che produce l'effetto contrario al suo fine è ingiustificabile. Così, l'utilitarismo di Beccaria restringe ulteriormente la sfera delle proibizioni legittime. Solo le azioni che danneggiano la società possono essere punite, ma non tutte le azioni che danneggiano la società devono essere punite. Le azioni dannose che non possono essere scoraggiate attraverso la minaccia della pena, non devono essere disciplinate dalla legge penale<sup>102</sup>.

## 7. *Lo stigma di Sodoma*

Il secondo tipo di atto illecito preso in esame nel paragrafo XXXI è l'omosessualità maschile: peccato che esclude dal regno dei cieli; delitto che esclude dal mondo degli uomini. Anche in questo caso, risalta la coesione profonda tra i sistemi normativi che disciplinano la società d'antico regime: «Lex naturalis damnat illum vitium», scrive Jacques Desombes nella sua *Moralis Christiana*; «Lex Mosaica morti addixit sodomitas»; «Lex Evangelica impuros illos homines Caelorum Regno privat»; «Lex civilis eos flammit addicit»<sup>103</sup>.

Nella teologia di Tommaso, i rapporti omosessuali ricadono nella peggior specie di lussuria: il peccato contro natura, ossia il godimento dei piaceri venerei attraverso atti che non consentono la procreazione. A questa composita categoria appartengono – in ordine crescente di gravità –, l'autoerotismo, la masturbazione di coppia e i rapporti oro-genitali, i rapporti anali eterosessuali, i rapporti omosessuali maschili e femminili, l'accoppiamento con animali. Sulla base della legge rivelata, tutta la tradizione cristiana – da Paolo di Tarso ai padri della Chiesa – esecra questi atti come offese contro Dio, creatore della natura<sup>104</sup>.

La matrice religiosa del divieto penale di relazioni omosessuali è trasparente sin dal *nomen criminis*: delitto contro natura (specularmente alla classificazione teologica) o sodomia (con riferimento antonomastico al racconto biblico). Come il corrispondente peccato, il delitto contro natura comprende diverse specie. La giurisprudenza di diritto comune lo definisce per denotazione, oscillando tra l'inclusione e l'esclusione delle figure estreme: la bestialità e la masturbazione solitaria. Vi rientrano i rapporti eterosessuali «fuor del vaso naturale»<sup>105</sup> e ogni «atto vene-

<sup>100</sup> BECCARIA 2009 [1764], XXXI, 254.

<sup>101</sup> BECCARIA 2009 [1764], XXXI, 254.

<sup>102</sup> Questo principio metalegislativo è espresso con chiarezza in BECCARIA 2009 [1764], XXXII, 256-258.

<sup>103</sup> DESOMBES 1745, XIII, V, 381-382.

<sup>104</sup> Cfr. TOMMASO D'AQUINO 1985 [1265-1273], II-II, q. 154, aa. 11-12.

<sup>105</sup> SAVELLI 1733, 7, 318.

reo» compiuto fra donne, «sfricandosi, o con qualche stromento materiale»<sup>106</sup>. Il caso tipico, comunque, è la congiunzione carnale tra uomini: «Sodomia propriamente si dice quella che si commette tra maschi, nominata così dalla nefandissima città di Sodoma»<sup>107</sup>. Oltre che nel nome, la dimensione religiosa della criminalizzazione dell'omoerotismo si palesa chiaramente nella simbologia della pena: l'ira divina distrusse Sodoma col fuoco, la giustizia umana brucia gli omosessuali sul rogo.

Comprensibilmente, l'irrogazione della pena comminata dalla legge era episodica. «Sebbene nella fama, e nell'opinione del Mondo», scrive De Luca «questo delitto sia frequente, più, o meno, secondo la diversità dei secoli, e de' paesi», la rarità delle denunce e la difficoltà della prova comportava la scarsa effettività della sanzione. Negli sporadici processi in materia, istruiti soprattutto contro «gente plebea», che «inavvedutamente, e senza cautela alcuna» compiva «queste sporchezze», i giudici solevano «portare minor castigo nel paziente, che nell'agente», risparmiando al primo la «pena ordinaria, per l'età tenera, o minore, soggetta a questo delitto»<sup>108</sup>.

Prima di Beccaria, a porre in discussione la disciplina penale dell'omosessualità maschile era stato Montesquieu. Con le distinzioni prudenziali di rito, il «delitto contro natura»<sup>109</sup> è da lui esaminato in un apposito capitolo dell'*Esprit des lois* sotto tre punti di vista: processuale, punitivo e preventivo. In primo luogo, egli segnala i rischi connessi alle modalità del suo accertamento probatorio: la deroga al principio *unus testis nullus testis* espone l'innocenza alla calunnia. In secondo luogo, critica implicitamente la modalità punitiva vigente: una violazione dei costumi non giustifica la pena di morte. In terzo luogo, argomenta che per contenere la devianza dalla norma eterosessuale, ch'egli considera naturale, è sufficiente incidere sulle consuetudini sociali e le situazioni relazionali che la occasionano (come le pratiche ginniche della Grecia antica e le istituzioni pedagogiche moderne).

Il riverbero di questa pagina di Montesquieu si avverte chiaramente nel paragrafo XXXI dei *Delitti*. Beccaria, però, avanza in autonomia:

L'attica venire così severamente punita dalle leggi e così facilmente sottoposta ai tormenti vincitori dell'innocenza ha meno il suo fondamento su i bisogni dell'uomo isolato e libero che sulle passioni dell'uomo sociale e schiavo. Essa prende la sua forza non tanto dalla sazietà dei piaceri, quanto da quella educazione che comincia per rendere gli uomini inutili a se stessi per fargli utili ad altri, in quelle case dove si condensa l'ardente gioventù, dove essendovi un argine insormontabile a ogni altro commercio, tutto il vigore della natura che si sviluppa si consuma inutilmente per l'umanità, anzi ne anticipa la vecchiaia<sup>110</sup>.

L'immagine della giovinezza che prefigura la vecchiaia è tratta dall'*Esprit des Lois*. Ma Beccaria la ripulisce dall'aggettivazione spregiativa attraverso cui Montesquieu aveva reso omaggio alla *damnatio* tradizionale dell'amore omosessuale<sup>111</sup>. Se in luogo della riprovazione morale emerga un sentimento di umanità è questione opinabile, pertinente più alla critica letteraria che non all'analisi filosofica. Comunque sia, l'alterità del discorso di Beccaria non si misura nelle sfumature di tono. L'aspetto che importa rilevare è che la qualificazione giuridica dell'omosessualità scompare. Non è l'assenza della parola *delitto* che si vuol sottolineare, bensì un dato concettual-

<sup>106</sup> SAVELLI 1733, 7, 318.

<sup>107</sup> SAVELLI 1733, 7, 317. Nell'illustrare la disciplina penale delle diverse forme di sodomia, Savelli attinge alle opere di Giulio Claro, Giacomo Menochio, Domenico Toschi e Prospero Farinacci.

<sup>108</sup> DE LUCA 1740 [1673], XV, II, 5, 166-167.

<sup>109</sup> MONTESQUIEU 2014 [1748], XII, 5, 1291.

<sup>110</sup> BECCARIA 2009 [1764], XXXI, 254.

<sup>111</sup> «Il faudroit le proscrire, quand il ne feroit que donner à un sexe les foiblesses de l'autre, et préparer à une *veillesse infame* par une *jeunesse honteuse*» (MONTESQUIEU 2014 [1748], XII, 5, 1290. Il corsivo è aggiunto).

mente più pregnante. Alieno dalla fede nel diritto di natura, Beccaria non si piega al dogma biologico del delitto contro natura. La sua antropologia utilitarista lo emancipa dalla teologia secolare del giusnaturalismo. L'omosessualità è riguardata come fatto sociale e non come aberrazione da una norma naturale.

«Attica venere», «greca libidine»<sup>112</sup>: sono queste le inusuali antonomasie con cui Beccaria libera il discorso sull'omosessualità tanto dalla gabbia del delitto contro natura quanto dallo stigma del nome *sodomia*. È una scelta lessicale carica di significato. Al sacro subentra il profano; alla narrazione biblica la storia umana; all'assolutezza della volontà divina la relatività della cultura; all'evocazione della città dannata quella di una civiltà imperitura; all'immagine inquietante della folla violenta che minaccia la casa di Lot, quella serena di un simposio nell'Atene di Socrate. Beccaria combatte l'egemonia culturale della religione finanche sul piano linguistico. L'omosessualità è sottratta alla rappresentazione confessionale. *Silete theologi in munere alieno*: consentaneo al precetto di Alberico Gentili<sup>113</sup>, Beccaria colpisce il principale contrafforte ideologico della criminalizzazione degli uomini che amano gli uomini.

«In Beccaria non appariva neppure il germe di un ribelle; non era uomo di molto coraggio»<sup>114</sup>, ha scritto – insistendo su un luogo comune – un grande giurista italiano. Ma è bene non dimenticare il sapido avvertimento di Orazio: talvolta anche i grandi sonnacchiano<sup>115</sup>.

## 8. Madri che uccidono i figli

Dopo aver rimarcato, à *mots couverts*, il legame tra i seminari ecclesiastici e le iniziazioni omosessuali, Beccaria passa a discutere problematicamente di un'altra azione punita dal diritto vigente:

L'infanticidio è parimenti l'effetto di una inevitabile contraddizione, in cui è posta una persona che per debolezza o per violenza abbia ceduto. Chi trovasi tra l'infamia e la morte di un essere incapace di sentirne i mali, come non preferirà questa alla miseria infallibile a cui sarebbero esposti ella e l'infelice frutto? La migliore maniera di prevenire questo delitto sarebbe di proteggere con leggi efficaci la debolezza contro la tirannia, la quale esagera i vizi che non possono coprirsi del manto della virtù.

Alcuni tra i più autorevoli studiosi dei *Delitti* ipotizzano che l'oggetto di queste osservazioni sia la criminalizzazione del procurato aborto. Il riferimento a un essere incapace di sentire i mali della morte indirizza verso questa interpretazione. La sensibilità del lettore odierno spinge nella medesima direzione. Tuttavia, leggendo il testo della prima redazione dell'opera, scopriamo una diversa immagine della vittima del delitto in questione. Con i colori caldi dell'empatia, Beccaria rappresenta la situazione della donna «costretta a scegliere tra l'infamia e la schiavitù, che la rende infelice per tutta la vita, e la crudeltà su di un essere incapace di sentire i mali della morte, più prodotti

<sup>112</sup> BECCARIA 2009 [1764], XXXI, 250. Troviamo ipotesi interessanti sulla genealogia di queste espressioni nel bel saggio di Mazza 2021, 238-247.

<sup>113</sup> GENTILI 1598, I, XII, 92.

<sup>114</sup> JEMOLO 1981, 6.

<sup>115</sup> Un anno dopo la pubblicazione dei *Delitti*, giunse a termine la grande impresa editoriale dell'*Encyclopédie*. Il quindicesimo tomo comprende la voce «Sodomie». L'autore non è un esponente d'avanguardia del movimento dei Lumi, ma il giurista Boucher d'Argis. Ai suoi contributi lessicografici in materia giuridica (meramente illustrativi del diritto positivo), Diderot affiancava spesso il controcanto di Louis de Jaucourt, per dare espressione al punto di vista riformatore della *philosophie* (cfr. DELIA 2015). All'articolo «Sodomie», tuttavia, non segue alcuna disamina critica. La parola stigmatizzante è associata a un significato eloquente: «crime de ceux qui commettent des impuretés contraires même à l'ordre de la nature» (BOUCHER D'ARGIS 1765, 266). A venticinque anni, Beccaria ebbe il coraggio di pensare diversamente: sfidare l'ortodossia è un atto di ribellione.

dal raziocinio che dai sensi, e che sarebbe esposto alla miseria e alle ingiurie da quelle persone stesse che dovrebbero aiutarlo»<sup>116</sup>. L'inciso è eloquente: l'assenza di sofferenza per la fine della vita non è messa in relazione all'insensibilità al dolore, bensì al difetto di coscienza razionale. Non possiamo escludere, dunque, che Beccaria stia parlando del neonato. Per giunta, in una nota del manoscritto originale troviamo il seguente *pro memoria*: «aborti, infanticidi, adulteri: occulti, difficili»<sup>117</sup>. Evidentemente, con le parole *aborto* e *infanticidio* Beccaria non denota la medesima classe di azioni. Del resto, negli ordinamenti giuridici dell'età del diritto comune, il sistema dei reati distingue l'*abortum* (che riguarda il feto) dall'*infanticidium* (il cui caso tipico è la soppressione del neonato da parte della madre). Nei trattati di diritto penale, questi delitti sono correlati in un rapporto di genere a specie: l'aborto è una specie di infanticidio e l'infanticidio è una specie di omicidio. Non c'è ragione, dunque, per sostenere un'interpretazione restrittiva del brano appena citato: le considerazioni di Beccaria riguardano le madri che dopo il parto uccidono i figli; *a fortiori* valgono per le interruzioni volontarie di gravidanza.

In una società patriarcale, in cui la morale positiva è determinata da una religione fortemente repressiva, in cui il sesso non coniugale è censurato come peccato ed è punito come reato, in cui le donne sono assoggettate al dominio dei padri e dei mariti, diventare madri senza essere mogli significa precipitare nel disonore e nella povertà; comporta l'umiliazione e l'emarginazione; espone a un'esistenza precaria e degradata. L'infanticidio è il reato delle ragazze nubili e delle giovani vedove la cui gravidanza illecita non trova riparazione nel matrimonio: donne sedotte e abbandonate; o vittime di violenza; o prede dell'arroganza di un padrone<sup>118</sup>. È su questa realtà che vertono le considerazioni di Beccaria: nell'avversare la punizione delle infanticide, egli protesta contro l'ordine sociale, morale e legale di cui l'infanticidio è il precipitato. La richiesta di «proteggere con leggi efficaci la debolezza contro la tirannia» è una denuncia del dispotismo domestico e un'istanza di trasformazione della condizione giuridica della donna<sup>119</sup>.

La radicalità della critica di Beccaria si manifesta appieno nell'ultimo capoverso del paragrafo, che retrospettivamente illumina tutti i passaggi del discorso, attraverso l'enunciazione di un principio di politica del diritto e di giustizia della pena.

Io non pretendo diminuire il giusto orrore che meritano questi delitti; ma, indicandone le sorgenti, mi credo in diritto di cavarne una conseguenza generale, cioè che non si può chiamare giusta (il che vuol dire necessaria) una pena di un delitto, finché la legge non ha adoperato il miglior mezzo possibile nelle date circostanza d'una nazione per prevenirlo<sup>120</sup>.

<sup>116</sup> BECCARIA [«Prima redazione»] 1984, 181-182.

<sup>117</sup> BECCARIA [«Prima redazione»] 1984, 177.

<sup>118</sup> Cfr. MATTHEWS GRIECO 1991.

<sup>119</sup> Le considerazioni di Beccaria sull'infanticidio trovano sviluppo in una vibrante pagina di Bentham: «Les lois contre ce délit, sous prétexte d'humanité, en ont été la violation la plus manifeste. Comparez les deux maux, celui du crime et celui de la peine. Quel est le crime? ce qu'on appelle improprement la mort d'un enfant qui a cessé d'être avant d'avoir connu l'existence, dont l'issue ne peut pas exciter la plus légère inquiétude dans l'imagination la plus craintive, et qui ne peut laisser des regrets qu'à celle même qui, par un sentiment de pudeur et de pitié, a refusé de prolonger des jours commencés sous de malheureux auspices; et quelle est la peine? on inflige un supplice barbare, une mort ignominieuse à une malheureuse mère dont le délit même prouve l'excessive sensibilité, à une femme égarée par le désespoir, qui n'a fait de mal qu'à elle seule en se refusant au plus doux instinct de la nature: on la dévoue à l'infamie, parce qu'elle a trop redouté la honte, et on empoisonne, par l'opprobre et la douleur, l'existence des amis qui lui survivent! Et si le législateur était lui-même la première cause du mal, si on pouvait le considérer comme le vrai meurtrier de ces créatures innocentes, combien sa rigueur paraîtrait plus odieuse encore! C'est pourtant lui seul qui, en sévissant contre une fragilité si digne d'indulgence, a excité ce combat déchirant dans le cœur d'une mère entre la tendresse et la honte» (BENTHAM [1829] 1830, I, XIII, 48-49).

<sup>120</sup> BECCARIA 2009 [1764], XXXI, 254-257.

Sapevamo già che le azioni non offensive non devono essere criminalizzate. Sapevamo anche che le azioni offensive non suscettibili di prevenzione penale non devono essere criminalizzate. Ora apprendiamo che nemmeno le azioni offensive suscettibili di prevenzione non penale devono essere criminalizzate. Si tratta di un principio metalegislativo – di sussidiarietà del diritto penale – che deriva dalle premesse assiologiche del contrattualismo di Beccaria. Stipulando il patto sociale, abbiamo accettato la pena come male necessario. Ma il male penale accettabile è solo quello necessario a proteggerci da mali più grandi: quelli causati dalle azioni offensive. Quando la legge penale non è necessaria a proteggerci da un certo tipo di azione (poiché è possibile adoperare altri strumenti di prevenzione), essa produce un male privo di giustificazione<sup>121</sup>.

Con questa tesi Beccaria arricchisce l'arsenale argomentativo della battaglia per la decriminalizzazione e introduce un nuovo criterio di valutazione dell'esercizio del potere punitivo. Contro la scorciatoia del panpenalismo, che in realtà è un vicolo cieco, egli afferma un'idea di giustizia esigente e liberale, in cui l'intervento penale non è un rimedio legittimo alle carenze della politica sociale. «La società punitiva»<sup>122</sup>, a ben vedere, è lontanissima dal «progetto giuridico» di Beccaria<sup>123</sup>.

<sup>121</sup> Cfr. AUDEGEAN 2014.

<sup>122</sup> Cfr. FOUCAULT [1972-1973] 2013.

<sup>123</sup> Cfr. COSTA 1974.

### Riferimenti bibliografici

- AUDEGEAN Ph. 2010. *La philosophie de Beccaria. Savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Vrin.
- AUDEGEAN Ph. 2014. “*Dei delitti e delle pene*”: significato e genesi di un pamphlet giuspolitico, in IPPOLITO D. (ed.), *La libertà attraverso il diritto. Illuminismo giuridico e questione penale*, Editoriale Scientifica, 71-92.
- AUDEGEAN Ph. 2015. *Beccaria et la naissance de la prison*, in «L'Irascible» [*Prison et droit. Visages de la peine*, a cura di L. DELIA], 5, 2015, 47-68.
- AUDEGEAN Ph. 2016. *Correggere e punire. Beccaria e la funzione rieducativa delle pene*, in FERRONE V., RECUPERATI G. (eds.), *Il caso Beccaria*, il Mulino, 61-86.
- AUDEGEAN Ph. 2019. *Droit naturel et droit à la vie. Beccaria lecteur de Hobbes*, in «Diciottesimo secolo», 4, 2019, 33-45.
- AUDEGEAN Ph. 2021. *Utilitarismo e umanitarismo in Cesare Beccaria*, in COSPITO G., MAZZA E. (eds.), *Nell'officina dei Lumi. Studi in onore di Gianni Francioni*, Ibis, 163-178.
- AUDEGEAN Ph. et al. (eds.), 2017. *Le bonheur du plus grand nombre. Beccaria et les Lumières*, École Normale Supérieure Éditions.
- AUDEGEAN Ph., DELIA L. (eds.), 2018. *Le Moment Beccaria. Naissance du droit pénal moderne (1764-1810)*, Oxford University Studies in the Enlightenment.
- BECCARIA C. 1965. *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. VENTURI, Einaudi (1764).
- BECCARIA C. 1984. «Prima redazione», in Id., *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. FRANCONI, in *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, diretta da L. FIRPO, Mediobanca, vol. 1, 135-199.
- BECCARIA C. 2009. *Des délits et des peines. Dei delitti e delle pene*, a cura di Ph. AUDEGEAN, ENS Éditions (1764).
- BENTHAM J. 1830. *Principes du code penal*. In Id., *Traité de législation civil et pénale*, a cura di É. DUMONT, Renouard, vol. 2 (1829).
- BOUCHER D'ARGIS A.G. 1765, *Sodomie (Gram. & Jurisprud.)*, in *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Samuel Faulche, vol. 15.
- CALAMANDREI P. 2019. *Inchiesta sulle carceri e la tortura (dal resoconto dei discorsi pronunciati alla Camera dei deputati della Repubblica italiana nella seduta del 27 ottobre 1948)*, in GONNELLA P., IPPOLITO D. (eds.), *Bisogna aver visto. Il carcere nella riflessione degli antifascisti*, Edizioni dell'Asino, pp. 204-218 (1948).
- CATTANEO M.A. 1976. *Delitto e pena nel pensiero di Christian Thomasius*, Giuffrè.
- CHAMBERS E. 1728. *Adultery*, in *Cyclopaedia: or, An Universal Dictionary of Arts and Sciences [...]*, James and John Knapton [...], vol. 1.
- CHARRITHERS D. W. 1997. *La philosophie pénale de Montesquieu*, in «Revue Montesquieu», 1, 1997, 39-63.
- CORDERO F. 1978. *Diritto*, in *Enciclopedia*, Einaudi, vol. 4, 895-1003.
- COSTA P. 1974. *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Giuffrè.
- COSTA P. 2014. *Beccaria e la filosofia della pena*, in DAVIS R., TINCANI P. (eds.), *Un fortunato libriccino. L'attualità di Cesare Beccaria*, Edizioni L'Ornitorinco, 33-50.
- COSTA P. 2015. *Lo “ius vitae ac necis” alla prova: Cesare Beccaria e la tradizione contrattualistica*, in «Quaderni Fiorentini», 44, 2015, 917-895.
- DE LUCA G.B. 1740. *Il Dottor Volgare ovvero il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale e municipale nelle cose più ricevute in pratica*, Fenzo (1673).

- DE SANCTIS F. 1988. *Storia della letteratura italiana*, Casini (1870).
- DELIA L. 2015. *Droit et philosophie à la lumière de l'Encyclopédie*, Oxford University Studies in the Enlightenment.
- DELIA L. 2021. "Un délit qui ne semble pas pouvoir admettre une peine", in «Dix-Huitième Siècle», 53, 2021, 699-709.
- DESOMBES J. 1745. *Moralis Christiana ex Scriptura Sacra, Traditione, Conciliis, Patribus, et Insignioribus Theologis excerpta*, Occhi.
- DIDEROT D. 1751. *Adultère (Morale)*, in *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Briasson, David, Le Breton, Durand, vol. 1.
- GROFFIER E. 2011. *Crier et qu'on crie! Voltaire et la justice pénale*, Presses de l'Université Laval.
- FACCHINEI F. 1765. *Note ed osservazioni sul libro intitolato Dei delitti e delle pene*, s.e. [Zatta].
- FOUCAULT M. 2013. *La société punitive*, a cura di F. EWALD, A. FONTANA et B.E. HARCOURT, Seuil-Gallimard (1972-1973).
- FRANCIONI G. 1984. *Nota al testo*, in BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. FRANCIONI, in *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, diretta da L. FIRPO, Mediobanca, vol. 1, 215-368.
- FRANCIONI G. 2016. *Ius e potestas. Beccaria e la pena di morte*, in *Beccaria. Revue d'histoire du droit de punir*, 2, 2016, 13-49.
- GENTILI A. 1598. *De iure belli*, Guglielmo Antonio.
- HENRYS C. 1738. *Dissertation historique et légale sur le crime et la peine de l'adultère*, in Id., *Oeuvres*, Brunet, vol. III.
- HUME D. 2007. *A Treatise of Human Nature*, a cura di D. FATE NORTON e M. J. NORTON, Clarendon Press (1739-1740).
- HUNTER I. 2007. *The Secularisation of the Confessional State. The Political Thought of Christian Thomasius*, Cambridge University Press.
- IMBRUGLIA G. 2017. *Beccaria, l'opinion publique et Diderot. À propos de la contrebande dans Des délits et des peines*, in *Le bonheur du plus grand nombre. Beccaria et les Lumières*, a cura di Ph. AUDEGEAN et al., École Normale Supérieure Éditions, 155-176.
- IPPOLITO D. 2014. *Montesquieu et le droit naturel*, in *(Re)Lire l'Esprit des Lois*, a cura di C. VOLPI-LHAC-AUGER e L. DELIA, Publications de la Sorbonne, 83-103.
- IPPOLITO D. 2019. *L'esprit des droits. Montesquieu et le pouvoir de punir*, pref. di M. RUEFF, trad. di Ph. AUDEGEAN, École Normale Supérieure Éditions.
- IPPOLITO D. 2022a. *La società degli individui. Beccaria filosofo contrattualista*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 1, 2022, 103-117.
- IPPOLITO D. 2022b. *La libertad como artificio jurídico. Sobre la filosofía de Beccaria*, in «Jueces para la democracia», 103, 2022, 70-80.
- JEMOLO A.C. 1981. *Introduzione a C. Beccaria, Dei delitti e delle pene (1964)*, BUR.
- JOUSSE D. 1771. *Traité de la justice criminelle de France*, Debure, vol. 3.
- LARDIZÁBAL Y URIBE M. 2001. *Discurso sobre las penas*, a cura di A. MORENO MENGÍBAR, Universidad de Cádiz (1782).
- LE PELETIER L.-M. 1791. *Rapport sur le projet de code pénal fait au nom des comités de Constitution et de législation criminelle*, in «Archives parlementaires», t. XXVI [23 maggio 1791].
- MATTHEWS GRIECO S.F. 1991. *Corpo, aspetto e sessualità*, in *Storia delle donne dal rinascimento all'età moderna*, a cura di N. ZAMON DAVIS e A. FARGE, Laterza.

- MAZZA E. 2021. "L'esercizio del giorno e la meditazione della notte". *Beccaria e la metafisica di Hume*, in *Nell'officina dei Lumi. Studi in onore di Gianni Francioni*, a cura di G. COSPITO e E. MAZZA, Ibis, 217-248.
- MONTESQUIEU Ch.-L. 2014. *Lo Spirito delle leggi*, In Id., *Tutte le opere [1721-1754]*, a cura di D. FELICE [con testo francese a fronte], Bompiani (1748).
- MUYART DE VOUGLANS P.-F. 1757. *Institutes au droit criminel [...]*, Le Breton.
- MUYART DE VOUGLANS P.-F. 1767. *Réfutation du Traité des Délits et des peines*, s.e.
- MUYART DE VOUGLANS P.-F. 1781. *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, Société typographique.
- MUYART DE VOUGLANS P.-F. 1785. *Lettre sur le système de l'auteur de L'Esprit des lois touchant la Modération des Peines*, s.e.
- POCOCK J.G.A. 1975. *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton University Press.
- PORRET M. 1997. *Les 'lois doivent tendre à la rigueur plutôt qu'à l'indulgence'*. *Muyart de Vouglans versus Montesquieu*, in «Revue Montesquieu», 1, 1997, 65-76.
- PORRET M. 2003. *Beccaria. Le droit de punir*, Michalon.
- RODOTÀ S. 2003. *Proprietà: una parola controversa*, in «Parolechiave», 30, 2003, 1-12.
- ROUSSEAU J.-J. 1823. *Julie, ou la Nouvelle Heloïse*, Dabo (1761).
- SAVELLI M.A. 1733. *Pratica universale [...]*, Monti.
- SBRICCOLI M. 1974. *Crimen lesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Giuffrè.
- SCHUMPETER J.A. 1975. *Capitalism, Socialism and Democracy*, Harper (1942).
- SPECTOR C. 2012. *Souveraineté et raison d'État. Du crime de lèse-majesté dans L'Esprit des lois*, in «Lumières» [*Penser la peine à l'âge des Lumières*, a cura di L. DELIA et G. RADICA], 20, 2012, 55-72.
- TARELLO G. 1997. *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, il Mulino (1976).
- TIRAQUEAU A. 1546. *De legibus connubialis et iure maritali*, Odoëum Parvum.
- TOMMASO D'AQUINO 1985. *Somme théologique*, a cura di A. RAULIN e A.-M. ROGUER, Cerf (1265-1273).