

L'APPROCCIO 'DI SISTEMA' NELL'ANALISI DEL 'DIRITTO CRIMINALE'.
UNA RIFLESSIONE SULLA MODERNITÀ DEI:
«PRINCIPI DEL CODICE PENALE» DI FRANCESCO MARIO PAGANO*

Mariangela Telesca** - Elio Lo Monte***

SOMMARIO: 1.- La ricerca di un 'metodo' nell'analisi del diritto criminale. 2.- La 'definizione' di delitto e pena. 3.- La 'misura' del delitto. Il concetto di dolo e la sua gradazione. 4.- L'imputabilità. 5.- I delitti casuali. 6.- I delitti colposi. 7.- I delitti dolosi. 8.- I delitti commessi con impeto delle passioni. 9.- La cooperazione e la complicità nei delitti. 10.- Il delitto tentato. 11.- Considerazioni sulla proporzione della pena. 12.- (segue) la pena di morte. 13.- La prescrizione e l'*indulgentia principis*. 14.- Le transazioni.

1.- La ricerca di un 'metodo' nell'analisi del diritto criminale

I '*Principi del codice penale*'¹ di F.M. Pagano manifestano rilevanti aspetti di modernità²; le poche, ma intense, pagine che compongono la parte dedicata al 'diritto criminale' – si tratta delle lezioni tenute all'Università di Napoli, dove insegnò, per un decennio, dal 1785 e pubblicate postume nel 1803 – offrono l'immagine di un giurista che si staglia come una delle figure di maggiore caratura nel panorama dell'illuminismo partenopeo, e non solo.

È stato sostenuto in proposito che «Mario Pagano appartiene a quella eletta schiera di uomini che di rado si riscontrano tra i popoli; e formano loro gloria e vanto»³.

Le influenze 'progressiste' dell'illuminismo (si pensi, ad esempio, a J.J. Rousseau – senza però mai accoglierle acriticamente⁴ – oppure a M.J.A.N. Condorcet) e, sul terreno del diritto penale, le idee di C. Beccaria e di G. Filangieri, soprattutto quest'ultimo, si colgono chiaramente nei '*Principi del codice penale*', con marcati tratti di originalità, in particolare

*Relazione, successivamente corredata da riferimenti bibliografici, svolta all'apertura del corso di Diritto penale su: «*Il ruolo dell'illuminismo nell'umanizzazione del diritto penale: il contributo di Francesco Mario Pagano con i 'Principi del codice penale'*», Università degli Studi di Salerno 26 settembre 2022

** Professoressa di Diritto penale dell'Ambiente per l'a.a. 2022-2023 - Assegnista di ricerca in Diritto penale - Dipartimento di Scienze Giuridiche (Scuola di Giurisprudenza) - Università degli Studi di Salerno, che ha redatto i §§ 1,2,3,4,5, 11,12,13,14.

*** Professore ordinario di Diritto penale - Dipartimento di Scienze Giuridiche (Scuola di Giurisprudenza) - Università degli Studi di Salerno che ha redatto i §§ 6.7.8.9.10.

¹ Il testo a cui si fa riferimento è «*Principi del codice penale e Logica de' probabili per servire di teoria alle prove nei giudizi criminali: opera postuma (1803) con alcune note*», (Torchi di Raffaello ed.) Napoli, 1828, pp. 1-134.

² Lo evidenzia chiaramente E. PALOMBI, *Mario Pagano e la scienza penalistica del XIX secolo*², Napoli, 1989, allorché nella *Premessa* dello stesso volume afferma che nel filone dell'illuminismo giuridico italiano che si prefiggeva, quale obiettivo primario, di combattere l'arbitrio giudiziario e la confusione legislativa, il Pagano assume una posizione di rilievo che, sotto alcuni profili, si presenta in termini anticipatori di fondamentali esigenze della moderna scienza penalistica.

³ A. TEDESCHI, *Il pensiero filosofico e sociale di Mario Pagano e le sue concezioni giuridiche fondamentali*, Milano, 1948, p. 1.

⁴ Evidenzia prese di posizione parzialmente diverse dalle teorie del Rousseau sul 'patto sociale', A. TEDESCHI, *Il pensiero filosofico*, cit., p. 23.

verso la ricerca di una teoria del diritto penale come tecnica di garanzia della vita e della libertà personale, in una visione repubblicana della convivenza civile e della giustizia sociale⁵.

La ricerca di un metodo per l'analisi del 'diritto criminale', anticipata nella parte finale dell'*Introduzione*, oltre a delineare il filo conduttore dell'intera opera, evidenzia l'approccio sistematico nella trattazione dei vari istituti, funzionale a combattere l'arbitrio giudiziario e la confusione legislativa, ed anticipa, sotto molti aspetti, le fondamentali esigenze della moderna scienza penalistica⁶.

Sul punto, riteniamo che una marcata influenza abbia avuto *La scienza della legislazione* di G. Filangieri, il cui terzo volume venne pubblicato nel 1783 ed in special modo il Capo XXV che apre la parte seconda dedicata a «Dei delitti e delle pene»⁷. È lo stesso Pagano che – dopo aver ricordato il contributo apportato da *Lo spirito delle leggi* (Montesquieu⁸) e dai *De' delitti e delle pene* (Beccaria) – così descrive il processo di *reductio ad unum* e, dunque, il ricorso all'analisi sistematica nella conoscenza del diritto criminale: «Una folla di scrittori seguirono le orme di questi galantuomini. Ma a dire il vero, benché molte vedute piene di filosofie e di umanità si sgorgano nelle opere loro; tuttavia non mostrano sempre molta cognizione delle leggi, e del foro, e sovente la di loro analisi non è molto esatta né molto profonda. Ma niuno di costoro ha tentato finora di *ridurre a costanti e dimostrati principi le diverse teorie* sparsamente toccate, né concatenate tra loro. Niuno dico ha tentato di *formare una scienza di*

⁵ Ulteriori approfondimenti in D. IPPOLITO, *Pagano, Francesco Mario*, (voce), *Dizionario biografico degli italiani*, 2014, 80, consultabile su [https://www.treccani.it/enciclopedia/francesco-mario-pagano_\(Dizionario-Biografico\)](https://www.treccani.it/enciclopedia/francesco-mario-pagano_(Dizionario-Biografico)). Per un inquadramento delle riflessioni di Pagano, nell'ambito di una vasta bibliografia, senza aspirazioni di completezza, si v. F. MASSA, *Elogio storico di Francesco Mario Pagano*, in *Opere Filosofico-politiche ed estetiche di F. Mario Pagano*, Napoli, 1848, p. VII ss.; B. GAMBA, *Notizie intorno alla vita e alle opere di Francesco Mario Pagano*, ivi, p. 1 ss.; E. ROCCO, *Cenni sulla vita e sulle opere di Francesco Mario Pagano. Introduzione alla «Considerazioni sul processo criminale»*, Napoli, 1833; P. COLLETTA, *Il pensiero sociale di F. Mario Pagano. Discorsi vari*, Napoli, 1912; V. MARADEI, *Il pensiero politico di Mario Pagano*, Napoli, 1937; F. CAMPOLONGO, *Le dottrine politiche e sociali di Francesco Mario Pagano e i suoi tempi*, in *Riv. dir. penit.*, 1939, p. 626 ss.; L. GRANATA, *Studi sul criminalista, patriota e martire della «Repubblica Partenopea» del 1799: Mario Pagano*, in *Riv. pen.*, 1961, p. 165 ss.; A. TEDESCHI, *Il pensiero filosofico e sociale di Mario Pagano e le sue concezioni giuridiche fondamentali*, cit., p. 17 ss.; S. MOCCIA, *Die Italienische Reformbewegung des 18. Jahrhunderts und das Problem des Strafrechts im Denken von Gaetano Filangieri und Mario Pagano*, in *GA* 1979, p. 208 ss.; R. RACINARO, *Introduzione a Francesco Mario pagano. Giustizia criminale e libertà civile*, Roma, 2000, p. 9 ss. Sul piano penalistico resta fondamentale il contributo di E. PALOMBI, *Mario Pagano e la scienza penalistica del XIX secolo*², cit., *passim*, a cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici.

⁶ Sul punto cfr. E. PALOMBI, *Mario Pagano e la scienza penalistica*, cit., p. 5.

⁷ Nel Capo XXV («Principj generali di questa parte della criminale legislazione») del terzo volume de *La scienza della legislazione*, (Andrea Santini e Figlio, tipografi ed editori), Venezia 1822, p. 111, G. FILANGIERI afferma: «Io restringo tutto il sistema legislativo di questa parte della criminale legislazione in una catena di pochi principi. Questi saranno il fondamento di tutte le idee che andremo a mano a mano sviluppando in questa complicata teoria *de' delitti e delle pene*».

⁸ Secondo OTTONE G., *Mario Pagano e la tradizione vichiana in Italia nel secolo scorso*, Milano, 1897, p. 5, si deve a Filangieri l'ammirazione che il Pagano nutriva per Montesquieu; quest'ultimo ebbe grande influenza su entrambi e, più in generale, sul movimento illuministico italiano, si v. in proposito R. AJELLO, *Preilluminismo giuridico e tentativi di codificazione nel Regno di Napoli*, Napoli, 1968, p. 20 ss.

questo importante dritto. Niuno ha paragonato le leggi e gli usi del foro colle teorie della ragione. *Ecco il nostro oggetto* (corsivi aggiunti): ecco il piano che ci abbiamo proposto: ed ecco lo stato del diritto criminale, e di ciò che in esso vien desiderato».

Sulla base di tali premesse vengono sviluppati i ‘*Principi del codice penale*’ che, arricchiti da una serie di definizioni (il Capo I è, infatti, rubricato ‘*Definizione del delitto, e della pena. Divisione de’ delitti*’), si sviluppano secondo una precisa impostazione metodologica principiando dall’analisi della *Misura del delitto* (Capo II), seguono poi la *Definizione e la gradazione del dolo* (Capo III), l’*Imputabilità* (Capo IV), i *Delitti colposi* (Capo VI), i *Delitti commessi con impeto delle passioni* (Capo VIII), *La Cooperazione e complicità ne’ delitti* (Capo XI), *Il Conato* (Capo XIII) ed, infine, le osservazioni sulla pena (con particolare approfondimenti relativi alla proporzione e agli effetti della pena scontata) (Capi XIV, XV e XVI), sulla *Prescrizione* (Capo XVII), e sulle *Transazioni* (Capo XIX).

Dalla semplice elencazione dei vari Capi è facile cogliere un *fil rouge* che, come si anticipava, lega le varie parti del diritto penale secondo una coerente lettura di ‘sistema’; tutto ciò al fine di evitare il rischio che i ‘forensi’, ancorché versati nella ‘scolastica filosofia’, pur dimostrando delle profonde vedute, agiscano «senza metodo, senza estensione di cognizioni» le stesse risultano «esposte colla barbarie del loro linguaggio (e) restano inutili a molti, e neglette dagli uomini eruditi» (p. 9).

Avendo presente le esigenze della pratica il Pagano elaborò un sistema penalistico articolato e completo tanto da abbracciare tutte le parti della ‘Ragion criminale’⁹; in questa sede ci limiteremo ad elencare alcuni spunti relativi all’umanizzazione del ‘solo’ diritto penale, ben lungi dall’esaminare l’intera produzione scientifica di F.M. Pagano, permeata del resto da profonde ‘invadenze’ filosofiche¹⁰.

2.- La ‘definizione’ di delitto e pena

Nell’ottica di rinvenire un comune denominatore nell’analisi del diritto criminale¹¹, F.M. Pagano definisce, nell’*Introduzione* (pp. 5-9), la legge e le partizioni della stessa, per poi

⁹ E. PALOMBI, *Mario Pagano e la scienza penalistica*, cit., p. 19.

¹⁰ Più in generale, sulle influenze filosofiche sulla moderna scienza penalistica si rinvia ad A. BARATTA, *Filosofia e Diritto penale. Note su alcuni aspetti del pensiero penalistico in Italia da Beccaria ai nostri giorni*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1972, p. 29 ss.

¹¹ In proposito, è stato evidenziato, che per Pagano, il diritto criminale ha tre oggetti: il primo si occupa dell’individuazione dei delitti e delle pene proporzionate; il secondo concerne le prove necessarie per determinare i delitti; il terzo riguarda l’ordine dei giudizi criminali vale a dire il processo. «Il che lascia intendere come, con le sue tre opere, Pagano intendesse studiare l’intera materia. *I principi del codice penale* riguardano la prima parte, la *Logica de’ probabili*, la seconda; alla terza parte sono dedicate le *Considerazioni sul processo criminale*», cfr. R. RACINARO, *Introduzione*, cit., p. 25.

indicare il ruolo del diritto criminale, «il quale principalmente è diretto a stabilire la pubblica tranquillità colla sicurezza dei privati. Le leggi criminali fissando le convenevoli pene ai diversi delitti che turbano l'ordine sociale, producono quella tranquillità, ch'è il principale oggetto della società» (p. 7).

Il delitto viene definito nei termini di una: «*violazione di un dritto o naturale, o civile dell'uomo; ovvero una mancanza dell'adempimento dell'obbligazione o naturale, o civile. Esso è una commissione di ciò che non devesi fare, o l'omissione di ciò convien fare*» (Capo I).

Dal delitto come violazione di un diritto naturale o civile discendono le rispettive categorie criminose: dei delitti naturali (le offese arrecate ai diritti naturali) e dei delitti civili (le offese dei diritti nati con la società). All'interno di questa bipartizione vengono enucleate quattro classi di reati: a) la prima racchiude i delitti «che gli essenziali dritti o pubblici o privati distruggono»; b) nella seconda vengono collocati i delitti «che al corpo sociale o all'individuo tolgono qualche parte, onde resta mutilato o imperfetto»; la terza comprende i delitti «che offendono l'esercizio de' nostri dritti»; nell'ultima «le violazioni della pubblica o privata proprietà».

Dalla definizione di delitto come *la violazione di un dritto* consegue, all'opposto, che la pena «è *la perdita di un dritto per un dritto violato, o per un dovere omesso*», con la differenza rispetto alla *pubblica vindicta* dei giureconsulti romani «avvegnacchè quella vendetta: che nello stato di natura apportò il privato braccio dell'offeso, nella città arreca la pubblica autorità de' magistrati»¹² (Capo I). E, dunque, una pena 'legittimamente' prevista da una data disposizione e irrogata dai magistrati i quali «rappresentano la pubblica forza, garante dei diritti, e dei doveri dei cittadini tutti»¹³.

Tale definizione di pena veniva ritenuta imperfetta perché il reo, punito per aver arrecato una mutilazione (ad esempio la perdita di un arto) al soggetto passivo, una volta scontata la pena (ai ferri oppure la prigionia a tempo) «riacquista(va) tutt'i suoi diritti, ma il cittadino non potendo più riacquistare il suo diritto per la perdita del braccio o della gamba, resta(va)

¹² F.M. PAGANO, nei *Saggi politici. De' principj, progressi e decadenza delle società (1791-1792)*³, Tomo II, Lugano, 1831, p. 288, esplicita in modo più approfondito questo principio, laddove afferma: «Avendo dunque il legislatore in mano il diritto di punire, alla violenza altrui questo potentissimo ostacolo delle pene oppone: allo spirito de' cittadini, che da fallaci piaceri vengono al misfatto invitati, propone un contrario motivo, che ne li richiami, propone il timor della pena, argine fortissimo, e potente ostacolo. In tal maniera prevedendo i delitti, prestando il suo soccorso, quando sia in tempo, al cittadino oppresso, o vindicandolo, col giusto gastigo de' rei, la libertà civile protegge, e fa nascere la civile sicurezza, e tranquillità».

¹³ F.M. PAGANO, *Saggi politici*, cit., p. 352.

eternamente con diritto violato: Dunque è inesatta la definizione di pena»¹⁴. La replica di Pagano verteva sulla proporzione della pena rispetto al fatto di reato; affermava, invero, che con la condanna il reo viene a perdere tutti i suoi diritti; «la perdita temporanea di tutti tali diritti, viene a compensare la perdita perpetua di un diritto solo cagionato al cittadino. Avvertasi inoltre, che la gravità della pena deve proporzionarsi non solamente alla somma o quantità, ma benanche alla qualità o importanza dei diritti violati».

3.- La 'misura' del delitto. Il concetto di dolo e la sua gradazione

La definizione del delitto in precedenza ricordata si arricchisce di ulteriori elementi: l'*anima* e l'*effetto*, con la conseguenza che la *gravezza* del delitto va commisurata in base al danno arrecato e al dolo del delinquente.

Occorre tenere presente che i delitti pubblici risultano più gravi di quelli privati e che i comportamenti che offendono i beni giuridici più importanti, siano essi pubblici o privati, «debbono per più atroci riputare».

La classificazione dei reati (nei quattro generi), però, non va intesa come un qualcosa di immutabile perché può verificarsi il caso che un delitto, quantunque collocato in una categoria più lieve, sia più atroce di un delitto che appartiene alla classe astrattamente più grave. Si pensi all'esempio del figlio che cagioni «con deliberato animo» una ferita al padre, rispetto a colui che nell'impeto di una rissa abbia dato la morte al suo nemico, dopo essere stato da quest'ultimo precedentemente provocato.

Ai fini della valutazione della gravità del fatto e, dunque, della quantizzazione della pena, oltre al danno arrecato e al dolo di colui che delinque, occorre tenere presente un ulteriore fattore rappresentato dalle *conseguenze dell'esempio*, perché «il veleno della corruzione che apporta l'esempio, è per la società bene spesso un male maggiore che il danno reale il quale segue dal delitto» (Capo II). In ordine all'apprezzamento delle conseguenze del delitto bisogna prendere in considerazione vari elementi: la persona del reo, il numero dei delinquenti, il luogo del commesso reato, le diverse circostanze.

Il danno cagionato e la volontà di commettere il fatto di reato sono gli elementi fondamentali per misurare la gravità del delitto: infatti, il dolo altro non è che «la volontà di nuocere e di offendere gli altrui dritti, stabiliti e garantiti dalla legge» e se manca la volontà l'offesa deve chiamarsi «disgrazia» e non delitto; se manca l'effetto pur in presenza di prava

¹⁴ A. LANZELOTTI, in nota ai *Principj del codice penale*, cit., p. 10.
Università di Salerno

volontà avremo un reo pensiero o, tutt'al più, un conato ma non un delitto. Essendo il delitto un fatto dannoso per la società «niuno debba del nudo pensiero soffrir la pena» (Capo III).

4.- L'imputabilità

Sulla base dell'assunto che in assenza di dolo non c'è delitto, viene affrontata la distinzione tra azioni volontarie e involontarie, con lo scopo di valutare i diversi gradi del dolo.

La volontà, secondo F.M. Pagano, «è la potenza, o sia la facoltà degli esseri attivi di muovere e determinare se stessi»; sono azioni volontarie quelle proprie e imputabili ad un soggetto e, dunque punibili; involontarie, invece, le «aliene e necessarie, né però punibili» (Capo IV).

La volontà così descritta ha tratti comuni con la libertà; quest'ultima definita come «la facoltà dell'anima di potere agire o non agire, di preferire un'azione all'altra», con la conclusione che l'azione libera è sempre volontaria.

La volontà libera deve tendere ad uno scopo e ciò presuppone che l'agente comprenda lo scopo a cui è finalizzata la sua azione; ne discende che solo gli esseri intelligenti «hanno volontà, cioè muovono e determinano se stessi; e perciò senza intelligenza non vi ha un'azione volontaria, e libera».

Per poter sussistere un'azione volontaria occorre che a monte vi sia una riflessione oppure un ragionamento; qualora, invece, l'agente agisce per passione ne scaturisce una sensazione piacevole o dolorosa dalla quale scaturisce «l'appetito che sospinge ad operare». Non si devono, pertanto, confondere i concetti di 'appetito' e di 'volontà': il primo «vien desso dalle sensazioni ed è necessario effetto di quello»; il secondo si verifica «dopo il ragionamento». Più specificamente l'appetito dipende «dagli esterni oggetti»; la volontà scaturisce «dalle ragioni e da' motivi che dentro se stessa formasi l'anima».

Tutto ciò può essere sussunto nella regola generale per cui: «*tanti sono i gradi di volontà, quanti i gradi di cognizione di ciò che si faccia, cioè dell'oggetto dell'operazione: e dell'operazione, e del rapporto che ha l'operazione colla legge*» (Capo IV). Chi non comprende questa regola agisce per ignoranza, senza volontà; ma ciò non significa, però, che per esservi delitto occorre che sia stato commesso di proposito o con una precedente deliberazione perché coloro che «delinquono con impeto, operano con dolo e sono rei, ma il di loro dolo e reità è minore».

Il dolo, pertanto, oscilla tra due estremi: la premeditazione e l'ignoranza; nel primo caso il dolo è massimo; l'azione posta in essere con ignoranza, invece «al caso e non già all'uomo attribuir si deve». Nel mezzo di questi due estremi si collocano i delitti commessi sotto l'influenza delle passioni che assumono vari livelli «secondo il dolo proporzionato sempre alla quantità della cognizione, ed al turbamento dell'effetto che minora sempre i gradi d'intelligenza».

Le passioni e, più in generale, i sentimenti incidono sulla forza di volontà per due motivi:

- a) offuscano la ragione incidendo sulla volontà e
- b) limitano i motivi interni accrescendo quelli esterni.

5.- I delitti casuali

Le azioni omesse in presenza di ignoranza sono esenti da dolo e come tali non punibili; all'ignoranza viene equiparato l'errore che dal punto di vista definitorio: «è un'ignoranza di quello che è; ed una cognizione di ciò che non è, la quale cognizione equivale al niente» (Capo V). Così, ad esempio, colui che, credendo di uccidere una belva, cagioni la morte di uomo, il quale «capricciosamente vada errando pel bosco coperto di pelle ferina non è per certo reo». Si tratta di delitti casuali e, come tali, non imputabili in quanto frutto di movimenti fisici non diretti dalla mente, non diversamente da coloro che commettono dei delitti nel sonno.

Nella stessa ottica vanno inquadrare le azioni delittuose poste in essere dai fanciulli «de' quali sviluppata ancor non è la ragione». In ordine ai minori occorre distinguere, però, tra età puerile (che essendo vicina all'infanzia «debbansi d'ordinario riputare incapace di dolo») ed età puberale che è invece capace di delinquere. In quest'ultimo caso, bisogna tenere nella debita considerazione il fatto che lo sviluppo della persona è legato a vari fattori (il clima, il temperamento, l'educazione, ecc.) onde «è necessario di lasciare all'arbitrio de' giudici l'estimare secondo gl'indizi, se il fanciullo delinquente abbia o no dolosamente commesso il delitto».

Con gli stessi parametri – in quanto incapaci di dolo perché privi di ragione – vanno trattati «i furiosi e mentecatti, cioè gli stupidi, ed imbecilli» con delle precisazioni: occorre che la follia sia di un livello tale da togliere completamente l'uso della ragione; la stupidità, a sua volta, dev'essere così rilevante da estinguere il senso comune e, dunque, non deve rapportarsi ad un semplice torpore che rallenta la mente umana o ne ritarda il ragionamento. Gli epilettici, ad esempio, non vanno esenti da pena qualora il delitto non sia stato commesso nell'eccesso

di epilessia, oppure «questa non abbia col continuo attacco istupidito interamente il cervello»; l'epilettico sarà punibile, allora, quando commette il fatto negli intervalli degli attacchi epilettici. Lo stesso discorso vale per i matti negli intervalli di lucidità.

Per quanto concerne l'ubriachezza – «che interamente spegne l'uso della ragione» – vanno tenute separate le figure degli *ebrei* dagli *ebriosi*; i primi che per un caso non preveduto quando commettono un delitto devono essere scusati; i secondi che «per abito e volontariamente immergono nel vino la di loro ragione» devono essere puniti più gravemente.

6.- I delitti colposi

Nell'individuazione della categoria del delitto colposo, F.M. Pagano muove da una premessa fondamentale per la quale l'ignoranza a volte può essere volontaria allo stesso modo dell'errore; ciò si verifica «quando l'una e l'altro si possa superare, adoperando attenzione e riflessione; ed allora propriamente esiste il delitto colposo». L'assenza o la scarsa considerazione e/o di ponderazione per quello che si fa dà vita al delitto colposo. A tal proposito vengono richiamate le leggi romane che qualificano la colpa come 'gran negligenza' (*magna negligenza culpa est*) che si caratterizza, appunto, per la «mancanza di previdenza di ciò che si poteva prevedere» (*culpam esse cum quod diligenter praevidiri potuerit, praevisum non fuerit*) (Capo VI).

Sia nell'azione che nell'omissione troviamo «una volontaria ignoranza, un volontario errore, onde sorge il misfatto»; la colpa, non diversamente dal dolo, è graduabile; si hanno così le tre tipologie della *levissima*, *lieve* e *grave* (detta anche *lata*).

La colpa *grave* si verifica quando un dato avvenimento «non si presenti alla mente senz'acchè essa adoperi una certa attenzione»; così, ad esempio, colui che getta una pietra dalla finestra uccidendo lo sventurato di turno che passava da lì per caso perché «la mente adoperando la debita attenzione, potea ben prevedere ed inscansare quel funesto avvenimento»; in sostanza alla mancata lieve diligenza corrisponde la colpa grave.

Per quanto concerne la colpa *lieve* occorre guardare anche alle probabilità dell'evento; più raro è il risultato della condotta, minori possibilità aveva la mente umana di prevedere l'accaduto; come nell'ipotesi di colui che dà una spinta ad una persona facendola cadere, la quale in seguito alla spinta muoia «avvegnacchè rarissimo vegasi tale sinistro avvenimento».

La terza specie, non diversamente dalla colpa lieve, va parametrata sull'evento, di modo che la straordinarietà dello stesso rende la colpa *levissima* perché pur «usata attenzione di

antiveder non abbiassi potuto, ma soltanto con estrema diligenza e riflessione sarebbesi evitato».

In ordine all'accertamento della colpa occorre tenere presente, però, che non tutti gli uomini hanno la stessa capacità di riflessione e di attenzione, che variano in base allo stato, alla condizione, all'educazione e al bagaglio culturale. Infatti, «ciocchè scusa un contadino, non iscusa un cittadino colto e istruito».

In conclusione: la rarità dell'avvenimento e il difetto di riflessione caratterizzano la colpa: «l'uno è nell'opposta ragione dell'altra; poiché il caso più raro richiede più riflessione (...) Più riflessione minor colpa; e per l'opposto».

7.- I delitti dolosi

Una prima ripartizione del dolo è quella tra diretto e indiretto; nella prima ipotesi «all'animo si rappresenta con distinzione l'effetto criminoso», nella seconda, l'evento si raffigura «implicitamente: ciocché accade quanto è possibile l'effetto, ma qualche volta soltanto avviene (...) Tal volontà indiretta, da' criminalisti vien detta *eventuale*».

Nell'ambito della classificazione dei delitti dolosi, Pagano ritorna sulle azioni poste in essere dai minori, che vanno collocate all'interno della forma meno grave di dolo e la quantizzazione della pena spetta alla discrezionalità dei giudici. L'arbitrio dei magistrati non è illimitato¹⁵ ma «si deve dalla ragione regolare» perché verso i minori si deve usare indulgenza «quando quella debole età fu raggiunta da inganno, e sedotta da errore». Inoltre, occorre tenere presente che lo sviluppo bio-psichico si compie normalmente con la maggiore età, pertanto, «la ragione e la libertà non essendo nel pieno vigore nell'età minore, i delitti allora commessi hanno il minor grado di dolo». Al giudice spetta, altresì, attraverso l'analisi delle varie circostanze, «estimare se la malizia supplisca l'età; ovvero se il minore sia stato dall'imprudenza dell'età, o dal raggio altrui trascinato nel delitto».

In relazione all'individuazione della maggiore età, le leggi del tempo («i patrij Statuti») la fissavano al diciottesimo anno; probabilmente tale limite era stato traslato dall'esperienza di altre Nazioni. In disaccordo con tale limite, Pagano evidenziava, seppure sotto forma di domande retoriche, che il riferimento non era condivisibile alla luce delle condizioni diverse; infatti, i Paesi settentrionali tra i quali «pregiandosi la sola virtù guerriera, il cittadino a XVIII. anni per uomo intiero veniva reputato, perché era già atto all'armi?»; oppure tale limite

¹⁵ Contro lo strapotere del giudice Pagano si esprime in termini ancora più netti nelle *Considerazioni del processo criminale*, Napoli, 1799, Capo III, p. 19, quando afferma: «Per custodir il più prezioso de' civili dritti, dico la libertà, egli è necessario il freno della regolarità del processo, che arresti l'illimitato arbitrio del giudice».

proveniva dai Paesi Arabi «che per tanto tempo signoreggiavano le nostre province, li quali usciti da un più caldo clima, avendo un prematuro sviluppo abbreviarono l'età minore?». Secondo Pagano, però, il limite della maggiore età andava rapportato a quello fissato dai giureconsulti romani (venticinquesimo anno) perché «a quella età si compisce lo sviluppo della macchina». Nonostante il limite di legge, il giudice deve tener conto del clima, del temperamento, dell'educazione e della cultura nazionale perché «tutte queste ragioni accelerano o ritardano lo sviluppo: ed il dolo corrisponde ai lumi dell'intelletto».

8.- I delitti commessi con impeto delle passioni

Proseguendo nell'analisi dei delitti commessi con dolo, Pagano si sofferma sull'incidenza delle passioni sul processo volitivo (Capo VIII).

Gli *umani affetti* e le *passioni*, non diversamente dall'ignoranza e dall'errore, hanno precise ricadute sulla mente della persona, perché la passione e la ragione sono due opposte forze dell'animo umano e «quanto più l'una cresce, l'altra si minora (...) L'una dunque l'altra distrugge».

Nell'ambito delle sensazioni occorre distinguere due cose: la rappresentazione, ossia l'immagine di un oggetto o di un'azione (e, dunque, l'idea) e l'affezione dello spirito piacevole o dolorosa che è propriamente la sensazione. La percezione di ogni idea arreca piacere o dolore, che sono due modificazioni del nostro spirito: «il piacere è il sentimento dell'esistenza o conservata, o migliorare ed il dolore è il sentimento della mancanza dell'esistenza».

Pagano indugia sulla distinzione tra piacere e dolore – richiamando anche l'inquietudine lochiana – e sugli effetti che producono nell'essere umano, ai fini della commissione di un delitto, le passioni e gli affetti, con la conclusione che tali sensazioni ridondano sulla qualificazione del dolo. I delitti che per «repentino movimento avvengano, sono più lievi di quelli, che premeditamento e con preparazione si commettono; ma pur sempre delitti. Quindi hansi a stabilire differenti gradi di dolo endocchè diversa è la forza dell'affetto che sospende o all'intutto o in parte la ragione» (Capo IX).

La differenza è data dal tempo che passa tra l'insorgenza del sentimento e la reazione: così i delitti *volontari e deliberati ex improviso* (in seguito ad un'improvvisa e turbolenta deliberazione, come avviene nella rissa) occupano un grado minore rispetto, ad esempio, al delitto commesso a distanza di ore dall'insorgenza dell'impeto, così come certamente più gravi sono i delitti posti in essere dopo aver premeditato il fatto per giorni.

Non tutte le passioni scusano ma solo quelle naturali e legittime, quelle cioè che hanno il fondamento «nei naturali sfoghi» e servono alla conservazione dell'essere stesso e dei propri diritti e, quindi, «al respingimento di ciocchè tende a distruggerli, ed al conseguimento di quelle cose che gli conservano, o migliorano» (Capo X).

9.- La cooperazione e la complicità nei delitti

Il capo XI affronta le questioni sottese alla compartecipazione criminosa; i delitti devono essere imputati non solo agli autori principali ma anche a coloro che, in qualunque modo, vi abbiano partecipato

Il contributo del complice in favore del delinquente principale può essere di due specie: «l'una di consiglio e l'altra di opera» (l'odierna distinzione tra concorso morale e materiale); nella prima ipotesi «si persuade al reo di commettere il delitto e se gli additano i mezzi»; si verifica il secondo caso quando «al delinquente darsi col denaro, o colla presenza, o colle armi, o per qualunque altra via coraggio e soccorso». Alcuna importanza riveste il fatto che l'aiuto o il soccorso venga apprestato prima, dopo o nell'atto stesso di commettere il delitto.

La responsabilità penale del complice (e la relativa entità della pena) dipende dall'apporto arrecato alla commissione del delitto («che tanto sia tenuto il complice, quando abbia conferito a produrre il delitto»). Ciò vale anche nel caso in cui l'evento sia il prodotto di molteplici contribuzioni causali («devesi l'attività di ciascuna calcolare, e tanto a ciascuna devesi dell'effetto imputare, quanto la sua forza n'adoperò»). Seppure in assenza di specifici riferimenti, F.M. Pagano richiama l'apporto causale alla consumazione del delitto ed in base all'entità del nesso eziologico dev'essere quantizzata la pena.

Il principio appena richiamato della quantizzazione della pena in base alla cooperazione fornita subisce un'eccezione quando il contributo (il «soccorso») prestato è stato fondamentale nel senso che «sena di quello non sarebbesi commesso il delitto»; in questi casi il complice dev'essere punito come l'autore principale.

10.- Il delitto tentato

Il delitto, secondo F.M. Pagano, è un fatto che offende la società; ne discende che il semplice pensiero («il nudo pensiero» del delinquente), in quanto tale, non potendo recare un danno alla società va esente da sanzione penale a meno che non venga esternato in determinate azioni. Quando il pensiero si concretizza in atti esterni allora dà vita al delitto, ma

quest'ultimo si configura solo con l'evento, mancando quest'ultimo si avrà un tentativo o conato di delitto (Capo XIII).

Non possono negarsi, a nostro avviso, le chiare anticipazioni dell'odierno principio di offensività o della concezione realistica del reato.

L'offesa arrecata all'interesse giuridico diventa il parametro per differenziare il delitto tentato dal consumato ; infatti, viene sostenuto, che il delitto perfezionato lede sempre i diritti altrui, il tentativo, invece, offende soltanto la tranquillità o la sicurezza della persona «ch'è pure un dritto» dev'essere anch'esso sanzionato ma con una pena che va commisurata alla 'prossimità degli atti' posti in essere alla consumazione; più vicini sono le azioni idonee a perfezionare il reato maggiore dev'essere la sanzione e, all'opposto, «per serbare la giusta proporzione delle pene ai delitti, bisogna punire con gastigo assai mite il pensiero manifestato in atti remoti, più gravemente quello estrinsecato in atti prossimi al delitto, e finalmente con maggior pena il delitto consumato».

Nell'ambito della quantizzazione della pena viene in rilievo anche il ravvedimento dell'agente rispetto al «favore della fortuna» per la mancata realizzazione del delitto. Il ravvedimento deve sicuramente «scemare la pena, poiché l'anima colla penitenza (per così dire) si rinnova, cangiandosi in buona la cattiva sua disposizione, e il delitto si estingue nella culla stessa».

Tale impostazione trova un preciso aggancio in ordine agli scopi della pena; ora, se la funzione della pena è bloccare la commissione dei delitti, l'indulgenza accordata al soggetto che si ravvede persegue le stesse finalità; «perocchè come la pena arresta i buoni sul principio del sentiero del delitto, siffatta indulgenza alletta i corrotti a ritornare indietro, e così l'una e l'altra minore del pari i delitti, rassicura la società».

11.- Considerazioni sulla proporzione della pena

Nei Capi XIV, XV e XVI vengono affrontate le questioni relative alla quantizzazione della pena; la definizione di pena, come la perdita di un diritto per un diritto violato o per un dovere omesso, comporta che la stessa, tenendo nella debita considerazione il dolo del delinquente, «perché sia giusta, corrisponder debba al delitto, sia per la qualità come per la quantità: vale a dire, che quel dritto il quale si sia violato, debbasi perdere: e tanto di quel dritto quanto se ne sia violato negli altri».

La definizione di pena reca con sé il principio di proporzione che deve caratterizzare l'entità della sanzione; principio di proporzione che trova un sicuro fondamento nel *diritto del taglione*.

Il diritto del taglione a cui fa riferimento Pagano, però, è solo ai fini della proporzione, essendo molto critico rispetto al normale uso che se ne faceva in passato in quanto «rozzamente eseguito». Più in particolare, le modalità esecutive della legge del taglione comportavano una serie di effetti ingiustificati sul piano della giustizia; invero, «al reo, il quale avesse rotto un braccio o cavato un occhio, se li faceva altrettanto, onde venivasi a serbare l'eguaglianza aritmetica, e non già la geometrica proporzione; la qual cosa offende dell'intutto la giustizia, sì perché non si ha ragione della diversità del dolo che nel commettere l'istesso delitto si può adoperare, sì perché non si può nell'esecuzione l'istessa misura serbare: addivenendo spesso, che volendosi p.e. ad un reo cavar gli occhi, se gli tolga la vita».

Del resto, verso una modificazione della legge del taglione spingono ragioni di 'utilità' in quanto conviene commutare, ad esempio, la pena della mutilazione delle membra nella perdita della libertà perché «l'uomo stroppio, mentrecchè offre alla società un disgustoso spettacolo, rendesi per tutta la sua vita a se ed alla patria inutile: laddove la natura della pena essere deve tale, che soddisfattasi dal cittadino, quello ritorna nel suo primiero stato». Lo stesso meccanismo della trasformazione delle pene corporali (mutilazioni) in sanzioni limitative della libertà si ebbero «nelle Costituzioni, e ne' Capitoli del regno, cangiandosi i barbari ne' più dolci e miti costumi».

La pena, essendo la perdita di un diritto per un altrui diritto violato, può essere suddivisa in base ai diritti offesi e, dunque, si avranno pene diverse rapportate ai diritti violati e qualificate dalle conseguenze che producono sul delinquente.

Le varie categorie di pene si trovano elencate, in modo particolareggiato, nel diritto romano; si avranno così pene capitali (che privano il condannato dell'esistenza naturale o civile) e non capitali (quelle che lasciano la vita e la cittadinanza illesa); nell'ambito di questa bipartizione si distingue tra pene:

- a) che tolgono i diritti essenziali dell'uomo e, cioè, la vita naturale o civile;
- b) che tolgono la libertà;
- c) che affliggono la persona;
- d) che tolgono la pubblica stima per mezzo dell'infamia;
- e) che tolgono la proprietà per mezzo della multa e della confisca.

La proporzione della pena non sempre veniva rispettata nelle leggi romane «e veggonsi con la morte sovente i più dei delitti espiati. Codesto disordine nacque colla corruzione dei costumi».

Allo stesso modo delle obiezioni venivano mosse all'applicazione della pena in base alla diversa condizione dei cittadini «per modo che la più grave colla più mite pena, non proporzionavasi alla maggiore o minore atrocità del delitto, ma alla condizione diversa del delinquente» (Capo XV).

Il reo che ha scontato la pena ritorna innocente, «perciocchè quanto egli oltrepassa la linea colla violenza commessa altrettanto retrocede con la pena onde si rimette nell'ordine»; ne discende il principio (di *ne bis in idem* sostanziale e processuale) che per quel delitto, per il quale sia stata sofferta la pena, «molestare non si può di nuovo il cittadino» (Capo XVI).

12.- (segue) la pena di morte

Per quanto concerne la pena di morte, Pagano è certamente più vicino a Filangieri che a Beccaria, schierandosi, infatti, per una sua umanizzazione sia nella scelta che nelle modalità esecutive senza, però, abiurarla.

In via del tutto schematica riteniamo opportuno un richiamo alle due diverse posizioni:

Beccaria, è noto, descrive la pena di morte nei termini di «inutile prodigalità di supplicii, che non ha mai reso migliori gli uomini» e, dunque, non è un diritto «ma è una guerra della nazione con un cittadino, perché giudica necessaria o utile la distruzione del suo essere».¹⁶

Nella sua posizione contro la pena di morte Beccaria illustra le ragioni che ne fanno uno strumento inutile e assurdo sul piano della lotta al delitto; scrive, infatti: «Non è l'intensione (*i.e.* intensità) della pena che fa il maggior effetto sull'animo umano, ma l'estensione di essa; perché la nostra sensibilità è più facilmente e stabilmente mossa da minime, ma replicate impressioni, che da un forte ma passeggero movimento»; il 'freno contro i delitti' si ricava non dal «terribile ma passeggero spettacolo della morte di uno scellerato, ma (dal) il lungo e stentato esempio di un uomo privo di libertà, che divenuto bestia di servizio, ricompensa colle

¹⁶ C. BECCARIA, *De' delitti e delle pene*, (1764), Milano, 1973, p. 69, che l'ammette solo in due specifici casi; ne riportiamo il passo: «La morte di un cittadino non può credersi necessaria che per due motivi. Il primo, quando anche privo di libertà egli abbia ancora tali relazioni e tal potenza che interessi la sicurezza della nazione; quando la sua esistenza possa produrre una rivoluzione pericolosa nella forma di governo stabilita. La morte di qualche cittadino diviene dunque necessaria quando la nazione recupera o perde la sua libertà, o nel tempo dell'anarchia, quando i disordini stessi tengono luogo di leggi: ma durante il tranquillo regno delle leggi, in una forma di governo, per la quale i voti della nazione sieno riuniti, ben munita al di fuori e al di dentro dalla forza e dalla opinione, forse più efficace della forza medesima, dove il comando non è che presso il vero sovrano, dove le ricchezze comprano piaceri e non autorità, io non veggio necessità alcuna di distruggere un cittadino, se non quando la di lui morte fosse il vero ed unico freno per distogliere gli altri dal commettere delitti; secondo motivo per cui può credersi giusta e necessaria la pena di morte».

sue fatiche quella società che ha offeso» (p. 70). Sul piano della prevenzione viene valorizzato il messaggio connesso alla trasformazione della pena capitale con l'ergastolo: «l'intensione della pena di schiavitù perpetua, sostituita alla pena di morte, ha ciò che basta per rimuovere qualunque animo determinato», anche in considerazione del fatto che, spesso, si verificano casi in cui «moltissimi riguardano la morte con viso tranquillo e fermo, chi per fanatismo, chi per vanità, che quasi sempre accompagna l'uomo al di là dalla tomba, chi per ultimo e disperato tentativo di non vivere o di sortir miseria» (p. 71).

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

Senza indugiare sull'evoluzione di Beccaria in ordine alle condizioni che portarono al contratto sociale, è sufficiente rimarcare che il contratto sociale non fu una libera, razionale definizione del bene pubblico, ma una rinuncia coatta ispirata dal timore, una formazione di compromesso per sfuggire alla guerra di tutti contro tutti; se gli uomini hanno acconsentito all'autorità con la morte nel cuore, si deve concludere che essi non abbiano accettato di compiere che il più piccolo sacrificio, concedendo cioè al sovrano il minimo potere possibile¹⁷.

Fu, dunque, scriveva Beccaria, «la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà; egli è adunque certo che ciascuno non ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzione possibile, quella sola che basti a indurre gli altri a difenderlo» (cap. II, p. 9).

Ponendo a base del proprio ragionamento il 'contratto sociale', G. Filangieri giunge a conclusioni opposte, favorevoli alla pena di morte.

In primo luogo, viene ripreso il ragionamento di Beccaria secondo cui, se l'uomo non ha diritto di uccidersi, il sovrano – quale depositario dei diritti trasferiti dai singoli alla società e quindi al sovrano che rappresenta quest'ultima – non può avere neppure il diritto di applicare la pena di morte e, dunque, uccidere l'individuo.

¹⁷ P. AUDEGEAN, *Beccaria, Cesare. Il contributo italiano alla storia del pensiero*, in https://www.treccani.it/enciclopedia/cesare-beccaria_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Filosofia%29/

Per Filangieri questo è un errore perché si tratta di «un sofisma che ha sedotti tanti giuristi, e che, se reggesse, potrebbe estendersi a tutte le altre specie di pene, delle quali la facoltà coattiva fa uso per reprimere i delitti», con la conclusione che lo stesso ragionamento varrebbe per le pene della galera, delle miniere, dell'infamia, del carcere perpetuo «delle quali la suprema autorità non può far uso, senza commettere un'ingiustizia. Poiché siccome niuno ha il diritto di uccidersi, così niuno ha il diritto di accelerarsi la morte, ciò che avviene a coloro che sono condannati a' lavori pubblici, alle miniere, alla galera, ecc.»¹⁸.

La premessa da cui origina la riflessione si fonda sullo stato di natura che riconosce all'uomo il diritto alla vita e si chiede «egli non può rinunciare a questo diritto, ma può egli perderlo? Senza ch'egli rinunzi a questo diritto, può egli esserne privato? Vi è mai un caso, nel quale un altro può ucciderlo, senzachè egli data gli abbia l'autorità di farlo?»

Nello stato di natura, nessuno dubita che si abbia il diritto di uccidere l'ingiusto aggressore con la conseguenza che: «Se io dunque ho questo diritto sulla sua morte, egli ha perduto il diritto alla sua vita, giacchè sarebbe *contraddittorio*, che due diritti esistessero nello stesso tempo». Nello stato di natura può verificarsi il fatto che un uomo possa perdere il diritto alla vita ed un altro uomo può accampare il diritto di togliere la vita senza che alcun accordo vi sia stato tra i due. Cosa succede si chiede Filangieri se il soggetto passivo muore in seguito all'aggressione; il diritto (di reazione e, quindi, anche di uccidere) da lui acquisito per effetto dell'attacco da parte dell'agente si estingue con la sua morte oppure si diffonde «sul resto degli uomini, ciascheduno de' quali è vindice e custode delle naturali leggi?».

Filangieri fornisce la risposta positiva richiamando Locke (il Governo civile), quando afferma che le leggi naturali sarebbero del tutto inutili se non ci fosse qualcuno che le facesse eseguire e, dunque, punire coloro che le violano; se esiste nello stato di natura il diritto di punire i delitti è chiaro che ciascuno deve avere questo diritto sopra tutti gli altri, perché tutti gli uomini sono naturalmente uguali. Ne discende che la legge di natura sarebbe una legge assurda se venisse negato questo diritto; se la moglie dell'infelice non trovasse chi fosse in grado di uccidere l'omicida e, quindi, se nessuno esercitasse il diritto di vendetta che spetta ad ogni uomo in seguito al delitto commesso, l'assassino «resterebbe sempre impunito ed ogni intrapresa contro di lui non farebbe altro che moltiplicare le vittime della sua perfidia, e gli esempi perniciosi della sua impunità» (p. 129). Il passaggio (per gradi e attraverso tempi lunghi) dallo stato di natura alla società civile, tramite il contratto sociale, ha reso sicuro il

¹⁸ *La scienza della legislazione*, cit., p. 125.

diritto di punire riconoscendo tale potere non al singolo ma all'intera società, la quale a sua volta si è spogliata di tale diritto trasferendolo al sovrano che la rappresenta.

In conclusione: il diritto di punire che ha la società e, in sua rappresentanza, il sovrano deriva secondo Filangieri dal fatto che la società, rappresentando i diritti che ognuno aveva nello stato di natura, ha, attraverso il contratto sociale, assunto su di sé il diritto di punire che ogni individuo aveva su un altro soggetto che aveva violato la legge naturale. Il singolo cedendo, con il contratto sociale, alla società il proprio diritto di punire ha determinato, contestualmente, che anche gli altri individui abbiano trasferito alla società il loro diritto di punire. Il fondamento del diritto di punire e, dunque, di infliggere anche la pena di morte come ogni altra pena, da parte del sovrano in rappresentanza della società, non va rinvenuto, pertanto, nella cessione dei diritti che «ciascheduno aveva sopra di sé medesimo, come alcuni hanno creduto, ma dalla cessione del diritto che ciascheduno aveva sopra gli altri. Nel mentre che io deposito nelle sue mani il diritto che io aveva sulla vita degli altri, gli altri gli hanno contemporaneamente trasferito quello ch'essi avevano sulla mia; ed ecco come io e gli altri, siamo esposti ugualmente a perderla, quando cadremo in quegli eccessi, contro i quali l'autorità legislativa ha minacciata la pena di morte» (p. 131).

F.M. Pagano, dopo aver elencato i vari tipi e le diverse modalità con cui era stata applicata anche in passato la pena di morte, sottolinea che: «qualsiasi la specie della morte. Arrecar si dee col massimo esterno apparato, e col minimo tormento del reo; poiché l'oggetto che deve aver proposta ogni pena, si è il freno ai malvagi imposto dall'esempio e dal timore» (p. 38).

13.- La prescrizione e l'*indulgentia principis*

La pena estingue il delitto «ma non la sola pena salva il delinquente»; le eccezioni che annullano o sospendono l'accusa da parte del giudice possono essere dilatorie e perentorie; la prescrizione del tempo è una causa perentoria di estinzione del delitto (Capo XVII).

Non diversamente dal diritto civile, che ha introdotto la prescrizione per evitare che la proprietà «non fosse in continuo ondeggiamento», anche il diritto penale ricorre all'istituto della prescrizione affinché «la sicurezza del cittadino col timore della perpetua accusa, non fosse in perpetua incertezza».

Non minori giustificazioni si rinvengono ragionando sulla funzione della pena e sull'accertamento processuale dei fatti: «la troppo tarda pena è un inutile esempio, ed il lungo tempo ricovre in un'oscura notte colla memoria del fatto la chiazza delle prove».

Accanto alla prescrizione che svolge, perentoriamente, la funzione di estinguere l'accusa per il delitto consumato vi sono forme di prescrizione dilatoria legate al decorso del tempo per la celebrazione del processo: «Ogni criminal giudizio deve essere terminato tra lo spazio di due anni, oltre del quale temine il giudizio prorogar non si può, e l'accusato rimane dal quel giudizio assoluto».

Un'altra forma di abolizione dell'accusa viene rinvenuta nell'*indulgentia principis*, che può essere generale o speciale. Sulle modalità dell'indulto occorre distinguere il caso in cui l'accusa non sia stata proposta dall'ipotesi di inizio del processo. Qualora l'accusa non sia stata ancora presentata «l'effetto dell'indulgenza è di abolire interamente il delitto» con la conseguenza che in futuro non si potrà dedurre una nuova accusa; se, invece, il processo sia iniziato «è necessario che l'accusato si presenti ed alleghi in giudizio l'eccezione dell'indulto, perché venga abolito il delitto» (Capo XVIII).

14.- Le transazioni

La transazione, definita come «una convenzione tra il reo e l'accusatore nell'incertezza dell'esito del giudizio, per cui si obbliga il reo di fare, l'accusatore di rimmettergli qualche cosa», sostiene F.M. Pagano sospende o estingue l'accusa (Capo XIX).

La transazione ha origini remote e risale ai tempi in cui si ricorreva alla forza privata – non essendosi ancora formata quella pubblica – quando la vendetta seguiva l'offesa ricevuta e lo stato di vendetta veniva sospeso per effetto della pace o di una transazione tra l'offeso e l'offensore.

Nel diritto romano il reo e l'accusatore transigevano tra loro; il reo pagava una certa somma e l'accusatore desisteva dal giudizio; «presso di noi il privato accusatore rimetter può, non già transigere col reo. L'avvocato fiscale transige o si concorda col reo; e la transazione o concordia vien poi confermata dalla sentenza del giudice. E di siffatta transazione l'effetto non è soltanto la sospensione dell'accusa, ma la totale abolizione del delitto». Si tratta, a ben vedere, dell'anticipazione, con le debite proporzioni, delle attuali forme, sempre più ampliate, di giustizia riparativa.

In ultimo va anche riportata una considerazione di F.M. Pagano sulla tecnica di normazione, che rappresenta una delle caratterizzazioni più negative della moderna legislazione fatta di esasperati tecnicismi e, spesso, di un linguaggio incomprensibile: «La lingua della filosofia parla soltanto agli animi elevati, la voce delle leggi deve intuir benanche l'orecchio della feccia del popolo. Quindi i filosofi colla bilancia dell'orafo, i

legislatori con quella del mugnajo, come i Toscani dicono, pesano le azioni degli uomini» (Capo III). Anche sul punto F.M. Pagano si presenta, dunque, molto più 'attento' del moderno legislatore e più in linea con i principi (costituzionali) alla base del diritto penale.

La chiarezza delle leggi, non diversamente da Beccaria, fornisce la garanzia al cittadino dall'arbitrio del giudice; la garanzia maggiore può venire unicamente dalle leggi e da norme redatte in modo chiaro e preciso oltre che da rispetto delle procedure che, in qualche caso, potranno sembrare inutilmente lunghe e formali, ma, di fatto, rappresentano un baluardo rispetto all'arbitrio, al capriccio, alle deroghe del magistrato¹⁹.

¹⁹ In tal senso cfr. R. RACINARO, *Introduzione*, cit., p. 21.