

LA GIUSTIZIA PENALE

Rivista mensile di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione

FONDATA NELL'ANNO 1893 da Gennaro ESCOBEDO e già diretta da Giuseppe SABATINI

COMITATO SCIENTIFICO

FERRANDO MANTOVANI

Emerito di diritto penale

GIOVANNI CONSO

Ordinario di procedura penale Pres. em. Corte Costituzionale

CORRADO CARNEVALE

Presidente di sezione della Corte di Cassazione

PAOLO DELL'ANNO

Ordinario di diritto amministrativo

ORESTE DOMINIONI

Ordinario di procedura penale

ANGELO GIARDA

Ordinario di procedura penale

FAUSTO GIUNTA

Ordinario di diritto penale

CARLO FEDERICO GROSSO

Ordinario di diritto penale

GIUSEPPE RICCIO

Ordinario di procedura penale

GIORGIO SANTACROCE

Primo Presidente della Corte di Cassazione

VINCENZO SCORDAMAGLIA

Ordinario di diritto penale

GIORGIO SPANGHER

Ordinario di procedura penale

NATALE MARIO DI LUCA

Ordinario di medicina legale

FRANCESCO BRUNO

Ordinario di pedagogia sociale

Direttore Responsabile

PIETRO NOCITA

REDAZIONE: ERCOLE APRILE, Magistrato; GIOVANNI ARIOLLI, Magistrato; GUSTAVO BARBALI-NARDO, Magistrato; FRANCESCO BUFFA, Magistrato; VITTORIO CORASANITI, Magistrato; DIANA CAMINITI, Magistrato; LUIGI CIAMPOLI, Magistrato; ANTONELLA DE BENEDICTIS, Avvocato; ALESSANDRO DIDI, Ricercatore procedura penale Univ. di Roma "Tor Vergata"; FILIPPO DINACCI, Professore associato procedura penale Univ. di Bergamo; FABIANA FALATO, Ricercatore procedura penale Univ. di Napoli "Federico II"; FRANCESCO FALCINELLI, Avvocato; ALESSANDRO LEOPIZZI, Magistrato; VANIA MAFFEO, Ricercatore procedura penale Univ. di Napoli "Federico II"; Dott.ssa ROBERTA MARRONI; MARCO MARIA MONACO, Dottore di Ricerca procedura penale; GIUSEPPE NOVIELLO, Magistrato; NITTO FRANCESCO PALMA, Magistrato; CATERINA PAONESSA, Dottore di Ricerca diritto penale Univ. di Firenze; PAOLO SIRLEO, Magistrato; DELIO SPAGNOLO, Magistrato; Dott.ssa TIZIANA TREVISSON LUPACCHINI, Università "Tor Vergata" di Roma; ROBERTO ZANNOTTI, Professore associato diritto penale Univ. LUMSA Roma.

Sede della Rivista: 00195 ROMA - Viale Angelico, 38

E-mail: giustpen@gmail.com

Telefono (06) 321.53.95 - Fax (06) 372.25.74

On line: www.lagiustiziapenale.org

webmaster e digital edition (ebook): Spolia - info@spolia.it

ISSN 1971 - 4998

I signori abbonati sono pregati di leggere le avvertenze e le condizioni di abbonamento. I signori abbonati sono pregati di effettuare i versamenti direttamente a mezzo del Conto Corrente Postale n. 00725002 o del conto corrente bancario IBAN IT 13 B 02008 05167 000401287612.

L'Amministrazione non risponde dei versamenti effettuati a mezzo di agenti, agenzie librerie o librerie. I cambi di indirizzo non possono avere effetto immediato, ma hanno effetto per la spedizione relativa al fascicolo successivo.

DIBATTITI

Addio Beccaria?*

1. A due secoli e mezzo dalla sua prima edizione, la celeberrima opera di Cesare Beccaria - *Dei delitti e delle pene* - continua a far discutere. A questo destino l'agile libriccino del giovane filosofo, all'epoca appena ventiseienne, è andato subito incontro.

Le critiche sono state, specie in passato, livorose e a volte veementi, tali da alimentare in Beccaria non infondati timori. Non si dimentichi che il potere dell'inquisizione era ancora forte nella seconda metà del '700 e non certo compiaciuto degli attacchi che Beccaria muoveva alla giustizia penale dell'*ancien régime* e al preteso fondamento teocratico delle *pratiche* del diritto comune. Si pensi al monaco Ferdinando Facchinei, uno dei suoi primi confutatori, il quale, imputando a Beccaria una visione immanentistica del diritto quale feno-

(*) È il testo della relazione svolta al "Terzo congresso giuridico distrettuale" degli Ordini degli avvocati di Bolzano, Rovereto e Trento (Riva del Garda, 29 maggio 2014).

meno esclusivamente sociale, lo additò in modo dispregiativo, con un neologismo allora agli esordi, come “socialista”.

Ma i critici di Beccaria non sono mancati nemmeno nel più vicino Novecento. Esemplificative sono le censure di Ugo Spirito, anch'esse rivolte, da un lato, alla propugnata concezione preventiva e dunque meccanicistica della pena, dall'altro, all'indifferenza di Beccaria per la dimensione valoriale ed etica della punizione. Le pagine di Ugo Spirito non mancano di ferire anche la persona dell'aristocratico Beccaria, attribuendogli meriti più di divulgatore che di pensatore, il dono di una penna felice al servizio di quanto concepito in realtà da quel laboratorio di idee che era il circolo culturale animato dai fratelli Verri. Scrive Spirito: “*Il carattere debole del Beccaria, la mancanza in lui di una vera e propria originalità di concezione e di iniziativa ci risultano oramai chiare da molte sue lettere e confessioni, e specialmente attraverso quella sua preziosa biografia che sono le lettere dei fratelli Verri (...). Così nacque il libro, e le idee in esso espresse, più che il frutto del pensiero dell'autore, sono il risultato di una intima collaborazione di tutti i componenti il gruppo del Caffè*”. E infine: “*il libro Dei delitti e delle pene, più che essere la creazione geniale di un uomo che apre nuove vie alla scienza, è l'espressione della comune mentalità dominante, di cui Beccaria è quasi uno strumento, che, come tale, avrebbe potuto essere sostituito più o meno bene da qualche altro pensatore illuminista dell'epoca*”.

A fronte di ciò, per intere generazioni di studiosi il *pamphlet Dei delitti e delle pene* ha rappresentato, a pieno titolo, il manifesto ideologico e metodologico di una concezione della giustizia criminale rivoluzionaria; a partire dagli illuministi francesi, tra cui Voltaire, che videro in Beccaria uno degli esponenti più autorevoli di un nuovo corso di pensiero. È largamente riconosciuto che l'opera di Beccaria segni la nascita del diritto penale moderno, secolare, codicistico, razionalistico, garantistico ed egualitario. Un modello di legislazione penale che oggi cede il passo ai segni disgregatori della postmodernità, quali la decodificazione, la differenziazione della disciplina per sottosistemi, il pluralismo selvatico delle fonti, l'imprevedibilità degli esiti dei processi decisionali; tutti segnali di quell'entropia giuridica labirintica e nebbiosa nella quale giuristi e cittadini vagano senza bussola.

Proprio per aver proposto una nuova visione, ad un tempo, laica e funzionalistica del diritto criminale, il libro *Dei delitti e delle pene* è divenuto un classico della letteratura penalistica; e dei grandi classici condivide la sorte di essere più citato che letto.

2. Per onorare l'invito che mi è stato rivolto oggi, tenterò una rilettura della più nota delle opere di Beccaria non da storico del diritto o del pensiero filosofico, quale non sono, ma da penalista, quale, però, non si sentiva di essere Beccaria, che non provava nemmeno a parlare da giurista nel senso tradizionale del termine, ostentando anzi un atteggiamento di sufficienza e disinteresse nei confronti dell'elaborazione dottrinale dei secoli precedenti al suo. Non può sfuggire il tono antiaccademico, sbrigativo e anche un po' irriverente con cui inizia la sua opera: in poche righe liquida l'elaborazione medievale latino-germanica e le sue origini giustiniane, bollandola come “*tradizione di opinioni (...) scolo de' secoli più barbari*”. Del resto, nel suo volume non ci sono che poche citazioni, dedicate peraltro al pensiero dei filosofi illuministi cui egli stesso si ispira. Ciò non meraviglia, se si considera che si tratta di un libro di rottura, di una riflessione sul diritto criminale che prescinde, forse deliberatamente, dalla lettera

tura in argomento.

Beccaria, dunque, non parla ai giuristi, ma in modo generale agli uomini. In Beccaria è del tutto assente, infatti, la dimensione dello *ius conditum*. Il suo discorso è rivolto, però, in modo privilegiato all'esclusivo facitore del diritto, individuato nel legislatore in nome del primato della legalità, che a partire da Beccaria diventa la base legittimante del sistema penale. Beccaria si occupa di scienza della legislazione e non distingue tra legge e diritto, convinto che la prima con la sua coerenza assorba ed esaurisca il secondo.

La dimensione dell'interpretazione - il pane quotidiano del giurista, la sua principale ragion d'essere - è addirittura negata in modo reciso. In uno dei primi e notissimi paragrafi, intitolato per l'appunto, “*Interpretazione delle leggi*” (§ IV), egli scrive: “*Nemmeno l'autorità d'interpretare le leggi penali può risiedere presso i giudici criminali per la stessa ragione che non sono legislatori*”. Il potere di interpretare le leggi spetta, secondo Beccaria, soltanto al sovrano, che è “*il depositario delle attuali volontà di tutti*”. In questo passo Beccaria dimostra di non amare il giudice e in generale il giureconsulto, al punto da affermare: “*Felice quella nazione dove le leggi non fossero una scienza!*” (§ XIV). Beccaria vede nell'alchimia del ragionamento giuridico e nell'abilità retorica il germe dell'arbitrio e della mistificazione. Si pensi al passaggio - che per la sua chiarezza ripropongo di seguito - che dedica a quella che definiamo oggi l'interpretazione teleologica: “*non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni (...). Ciascun uomo ha il suo punto di vista, ciascun uomo in differenti tempi ne ha uno diverso. Lo spirito della legge sarebbe dunque il risultato di una buona o cattiva logica di un giudice, di una facile o malsana digestione (...). Quindi veggiamo la sorte di un cittadino cambiarsi spesso volte nel passaggio che fa a diversi tribunali, e le vite de' miserabili essere la vittima dei falsi raziocini o dell'attuale fermento degli umori d'un giudice, che prende per legittima interpretazione il vago risultato di tutta quella confusa serie di nozioni che gli muove la mente*”.

3. Nel pensiero di Beccaria albeggia l'idea della “tipicità”, quale fondamentale criterio di identificazione dei reati. Per contro, egli trascura che la norma generale e astratta, posta a fondamento del sistema in nome della sua valenza egualitaria, per poter regolare i singoli fatti storici ha bisogno di essere concretizzata dall'interprete; attività, questa, tutt'altro che automatica e sillogistica. Al riguardo è difficile dissentire da Spirito quando accusa Beccaria di giungere a “*conclusioni assurde circa l'interpretazione delle norme giuridiche*”.

Detto ciò, alla luce di taluni e non infrequenti approdi ermeneutici cui ci sta abituando la nostra sempre più intraprendente giurisprudenza, mi sia consentito un rilievo non polemico: non si sta forse spingendo, in nome del carattere polisenso del linguaggio, la creatività del momento interpretativo al di fuori del suo alveo fisiologico? In realtà, la dimensione semantica degli enunciati normativi non sempre è ambivalente. Vi sono norme oscure, prodotto censurabile di un legislatore sciatto che viene meno al suo compito precipuo, e norme linguisticamente determinate, come tali pienamente rispondenti al modello di legislazione perito, auspicato da Beccaria quale condizione necessaria dell'interpretazione letterale.

Eppure anche le leggi penali chiare - come ben sappiamo - possono essere oggetto di interpretazioni che a volte sconfinano in autentiche riscritture del testo normativo, dando vita

a un'autentica legislazione giudiziaria. *Exempla docent*: è stata ravvisata la contravvenzione del getto pericoloso di cose (art. 674 c.p.) nella creazione di campi elettromagnetici (da ultimo, Cass. pen., Sez. IV, 24 febbraio, 2011, n. 23262, in *De Jure*), che non sono energie aventi di per sé valore economico e non sono suscettibili di essere gettate; è stato condannato per sostituzione di persona (art. 494 c.p.) colui che ha reso pubblico in una *chat* di incontri personali il numero di cellulare della sua datrice di lavoro con cui era entrato in contrasto, sebbene ciò non corrisponda alla condotta tipizzata, consistente nell'indurre taluno in errore sostituendo illegittimamente la propria all'altrui persona o attribuendo a sé o ad altri un falso nome (Cass. pen., Sez. V, 29 aprile 2013, n. 18826, in *Guida dir.*, 2013, n. 23, p. 63 s.); è stato condannato per tentativo di rapina impropria colui che ha provato a usare violenza o minaccia nel momento in cui non aveva ancora sottratto la cosa mobile (Cass. pen., S.U., 19 aprile 2012, n. 34952, in *De Jure*), là dove l'art. 628, comma 2, c.p. richiede che la coazione, quale nota caratterizzante del fatto tipico, avvenga dopo la sottrazione della cosa; è stato condannato per guida in stato di ebbrezza l'automobilista alticcio che stava in macchina con il motore acceso in un'area di sosta (Cass. pen., sez. IV, 27 ottobre 2011, n. 5404, in *Giust. pen.*, 2012, II, c. 332 s., con nota di Lucia Fratta, *Guida da "fermo": un insuperabile ossimoro*). Volendo, si potrebbe continuare.

Evidentemente c'è qualcosa che non funziona negli odierni sviluppi dell'ermeneutica giuridica, volta alla sistematica svalutazione del segno, ossia del testo di legge, in favore della valorizzazione del contesto sociale, economico e politico-criminale. Il brocardo "*in claris non fit interpretatio*" non può essere certo enfatizzato. Ma le parole della legge sono tutte e sempre così equivoche?

E ancora: può giustificarsi in nome della libertà ermeneutica, magari favorita dall'imperfezione del dato normativo, che la stessa sezione della Suprema Corte pronunci - con lo stesso collegio e nella stessa udienza - due sentenze in materia di bancarotta fraudolenta diametralmente opposte? Eppure è accaduto non molto tempo fa: l'una ha sostenuto la necessità di legare causalmente e colpevolmente il fallimento alla condotta distrattiva (Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, Corvetta, in *Ced. rev.* 253493); l'altra ha optato per la soluzione opposta di espungere il fallimento dallo specchio del fatto tipico (Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2012, n. 733, Sarno, in *De Jure*), come vuole la giurisprudenza largamente prevalente del tutto insensibile al principio di colpevolezza.

Di fronte a questi scenari non è affatto inutile la rilettura di Beccaria, quando richiama l'attenzione sui rischi che l'interpretazione nasconda giudizi arbitrari e soggettivi, come tali forieri di disuguaglianze e di punizioni che colpiscono ben oltre i confini dei significati espressi della legge. In fondo, se è vero che Beccaria aveva una visione ancora ingenua e primitiva della legalità, noi ne abbiamo oggi una eccessivamente relativizzata e dimentica del nocciolo oggettivo del linguaggio, negando il quale si aprono gli inquietanti scenari del solipsismo giudiziario.

4. Beccaria non mostra interesse per la struttura dell'illecito penale, essendo questa materia del giurista. Non deve meravigliare, dunque, che nella sua opera manchi una teoria del reato. Beccaria parla dei delitti come realtà fattuale, non ne propone un'analisi concettuale. Vero ciò, sono destinate a relativizzarsi le critiche tradizionalmente mosse a Beccaria, concernenti la sua ritenuta indifferenza per la dimensione soggettiva dell'imputazione.

In effetti, Beccaria è un oggettivista dichiarato: egli afferma che "*l'unica e vera misura dei delitti è il danno fatto alla nazione*" e soggiunge che "*errarono coloro che credettero vera misura dei delitti l'intenzione di chi li commette*". Ma il suo disinteresse per la sfera della colpevolezza, come per gli altri requisiti del reato, discende, come si diceva, dal suo non sentirsi giurista. L'oggettivismo di Beccaria non va inteso, invece, come preferenza per forme di responsabilità oggettiva. Egli ha ben presente la funzione fondante e addirittura selettiva del dolo, come emerge chiaramente dalla trattazione della disciplina dell'insolvenza (§ XXXIV), là dove distingue - sempre in prospettiva *de lege ferenda* - tra il fallimento doloso penalmente rilevante e quello innocente costitutivo solamente di un dovere risarcitorio. Da questo punto di vista Beccaria dimostra la necessaria sensibilità finanche per la graduazione della colpevolezza, distinguendo "*il dolo dalla colpa grave, la grave dalla leggiera e questa dalla perfetta innocenza, ed assegnando al primo le pene per i delitti di falsificazione, alla seconda minori, ma con privazione di libertà, riservando all'ultima la scelta libera dei mezzi di ristabilirsi, togliere alla terza la libertà di farlo, lasciandola ai creditori*".

Ciò aiuta a comprendere la ragione profonda del suo oggettivismo, che si ricollega a una duplice istanza garantistica. Da un lato, infatti, il requisito del danno dà sostanza al principio di legalità, onde evitare che quest'ultimo lieviti verso una dimensione puramente formale. Dall'altro lato, il fondamento oggettivistico del diritto penale mira ad avvertire letture eticheggianti del reato, ossia giudizi fondati sull'atteggiamento interiore, che, nella visione saldamente laica di Beccaria, devono sfuggire al raggio di azione della giurisdizione. "*Spetta a' teologi lo stabilire i confini del giusto e dell'ingiusto, per ciò che riguarda l'intrinseca malizia o bontà dell'atto; lo stabilire i confini del giusto e dell'ingiusto politico, cioè dell'utile o del danno della società, spetta al pubblicista*" ("*A chi legge*").

Sotto questo profilo, la lezione di Beccaria sembra tornare di attualità in un'epoca, come la nostra, che sta riscoprendo il pregiudizio soggettivistico, con buona pace delle oramai tralciate invocazioni del principio di offensività. Non sono pochi i casi - anche al di fuori del temibile terreno delle misure di prevenzione *ante delictum*, incentrate sulla logica del sospetto e dell'atteggiamento esteriore - in cui il rimprovero morale, anziché operare nella circonferenza del fatto materiale e lessivo, tende ad anticipare il giudizio di tipicità. Si pensi, in modo emblematico, a un recente caso su cui richiama l'attenzione Domenico Pulitanò (*Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, p. 138). È stato ritenuto responsabile a titolo di tentato delitto di fruizione di rapporto sessuale con minore (art. 600-bis, comma 2, c.p.) colui che aveva chiesto alla donna che organizzava l'attività di prostituzione di procurargli una ragazza infraquattordicenne, pur avendo avuto rapporti con una ragazza maggiorenne, presentatagli come minorenni (Cass. pen., sez. III, 27 aprile 2012, n. 1213, in *De Jure*). Come negare che la condanna poggia su un giudizio morale? Torna allora l'attualità del monito di Beccaria: l'"*imperscrutabile malizia del cuore*" (§ VII) compete a Dio, non alla giustizia degli uomini.

5. Anche sul versante del processo penale, Beccaria non discetta da tecnico, ma da filosofo interessato a correggere i difetti principali della tradizione inquisitoria, dimostrandone l'irrazionalità. Sotto questo profilo è ben vero che Beccaria dedica al processo più attenzione di quanta non ne riservi al

diritto penale sostanziale. Ciò accade, però, perché all'epoca in cui scriveva Beccaria la dimensione processuale era predominante su quella sostanziale. Il ribaltamento di questo rapporto si deve proprio alla rivoluzione illuministica inaugurata da Beccaria, intesa a contrastare il potere normativo del processo e la sua invadenza scenica. Da questo punto di vista, nell'impostazione di Beccaria la dimensione sostanziale del diritto criminale è invece prevalente per importanza, con la conseguenza che il processo viene a svolgere un ruolo puramente strumentale. Il diritto penale sostanziale di marca codicistica e legalistica nasce per irreggimentare il processo e la totipotenza del suo principale protagonista: il giudice. Da qui la preferenza di Beccaria per il giudice cittadino (ossia non professionale) e segnatamente per la presenza nel processo penale della giuria, come garanzia di un giudizio dei pari ispirato a quel buon senso ("meno fallace che il sapere di un giudice assuefatto a voler trovar rei": § XIV), il quale non si accresce con gli studi di diritto.

Le riflessioni di Beccaria non delineano compiutamente un preciso modello di processo penale, anche se affiora chiaramente la preferenza espressa per il processo che egli chiama informativo, fondato sulla presunzione di non colpevolezza, rispetto a quello c.d. offensivo, caratterizzato da forti poteri istruttori del giudice (§ XVII). Beccaria si preoccupa soprattutto di demolire alcuni capisaldi del processo inquisitorio, come la tortura, che è inutilmente brutale e priva di efficacia probatoria, e le accuse segrete, che rendono "gli uomini falsi e coperti" (§ XV). Egli, per contro, invoca la presunzione di innocenza, per la quale "Un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice" (§ XVI). Il processo costituisce il terreno privilegiato nel quale Beccaria inserisce alcune fondamentali garanzie in materia di prova. Anche qui Beccaria si rivolge al legislatore dal quale si aspetta una disciplina razionale delle regole di valutazione dei testimoni e degli indizi.

Sempre alla legge spetta - secondo Beccaria - il compito di stabilire i presupposti probatori del carcere preventivo, nella ferma convinzione che esso debba rispondere a criteri di assoluta necessità e vada ammesso esclusivamente per contrastare il pericolo di fuga e di inquinamento probatorio (§ XIX), avendo cura dell'esigenza di separare detenuti definitivi e persone in custodia preventiva. Come negare, tenuto conto dello stato delle nostre carceri, l'attualità del pensiero di Beccaria sul punto? E come non sottoscrivere l'affermazione (§ XXIX) che "Un uomo accusato di un delitto carcerato e assoluto non dovrebbe portar seco nota alcuna d'infamia"?

6. Chiarito dunque che Beccaria non propone un'autentica teoria giuridica del diritto criminale, né sostanziale né processuale, si accennerà adesso a due profili fondamentali del suo pensiero, nei quali affiora appieno la forza teorica dell'impostazione di Beccaria. Mi riferisco, per usare una terminologia dei giorni nostri, al Beccaria penologo e al Beccaria politologo.

Iniziando dal primo profilo appare evidente che l'opera di Beccaria consista principalmente in una riflessione sul fondamento, il funzionamento e la dosimetria della pena. Qui gli aspetti di modernità, l'impegno argomentativo e l'articolazione degli sviluppi sono davvero notevoli, contribuendo Beccaria, in modo decisivo, a un ribaltamento della impostazione retrospettiva tipica delle concezioni assolute della pena. Soprattutto, il merito di Beccaria è quello di avere laicizzato, insieme con la nozione di reato, anche la funzione della pena, che perde ogni trascendenza per abbracciare l'obiettivo seco-

lare della tutela della società (§ XII).

Come noto, Beccaria, mettendo da parte la tradizione retribuzionistica, propugna una concezione della pena autenticamente e puramente preventiva ("meglio prevenire i delitti che punirgli": § XLI), orientata al futuro e saldamente ancorata alla funzione di dissuasione-ammonimento: "Il fine [delle pene] dunque non è altro che d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali" (§ XII). Il funzionamento della prevenzione (sia generale, che speciale) è spiegato in termini di scelta razionale e calcolo utilitaristico da parte del cittadino, al punto da essere considerato ora l'anticipazione della dottrina della difesa sociale, ora l'antesignano dei più recenti sviluppi dell'analisi economica del diritto presenti soprattutto nella letteratura americana a partire dagli anni '60 del secolo scorso. Beccaria del resto passa alla storia anche per essere stato un apprezzato studioso di economia. Non solo. Secondo Beccaria alla legittimazione dello *ius puniendi* contribuisce anche l'impegno politico inteso a rimuovere o a contenere i fattori criminogeni: "non si può chiamare precisamente giusta (il che vuol dire necessaria) una pena di un delitto, finché la legge non ha adoperato il miglior mezzo possibile nelle date circostanze d'una nazione per prevenirlo" (§ XXXI).

Ciò spiega per quale ragione Beccaria è sì un umanizzatore della pena, ma non tanto e direttamente in nome del primato della persona del condannato, quanto in ragione del principio economicistico in base al quale la pena va utilizzata nella misura strettamente necessaria e sufficiente, non oltre. Beccaria dà qui sostanza al principio - marcatamente liberale - di sussidiarietà per il quale il diritto penale deve ispirarsi alla logica dell'*extrema ratio*, ma come principio autoregolativo. Siamo ancora lontani dalle impostazioni valoriali che pongono la persona e la sua colpevolezza come limite invalicabile dell'utilitarismo sociale sotteso alla logica strumentalizzante della prevenzione. Da qui le critiche, invero eccessive, di Foucault, secondo cui l'obiettivo di Beccaria non era punire meno, ma punire meglio. In realtà, Beccaria non era un abolizionista, ma un efficientista forse ingenuo, che credeva nella razionalità punitiva come guida e al contempo strumento di delimitazione dello *ius puniendi*. Ciò non toglie il valore dell'approdo cui ci conduce Beccaria, ossia la gradualità e la mitezza della risposta sanzionatoria: tutte le pene che oltrepassano la necessità di trattenere l'uomo dalla commissione dei delitti - dichiara senza indugio Beccaria - "sono ingiuste per lor natura" (§ II); "tutto il di più è (...) superfluo e perciò tirannico" (§ XXVII). È dunque innegabile l'intento di civilizzazione della pena che muove Beccaria, anche in considerazione all'evoluzione delle nazioni, cui si richiama in chiusura del suo libro: "Più forti e sensibili devono essere le impressioni sugli animi induriti di un popolo appena uscito dallo stato selvaggio. Ma a misura che gli animi si ammoliscono nello stato di società cresce la sensibilità e, crescendo essa, deve scemarsi la forza della pena, se costante vuol mantenersi la relazione tra l'oggetto e la sensazione".

Semmai è la spiegazione scienziata della funzione di prevenzione generale, offerta da Beccaria, che appare riduttiva ed eccessivamente aritmetica. L'agire dell'uomo non è riducibile al modello dell'attore razionale che compara costantemente costi e benefici, o per dirla con il sensismo di Beccaria piacere e sofferenza, quali "motori degli esseri sensibili". Nondimeno la teoria dell'agire razionale mette bene in luce una delle plausibili chiavi esplicative della efficacia preventiva, non a caso tuttora accreditata, nel cui ambito assume una spiegazione anch'essa razionale ed efficientistica il fonamen-

tale requisito della prontezza della risposta sanzionatoria, ossia la sua vicinanza al misfatto (§ XIX), considerata una condizione irrinunciabile di serietà del sistema repressivo nel suo complesso.

Dal punto di vista ideologico, lo spirito egualitario tipico dell'Illuminismo permea anche la logica della punizione, con la messa a bando delle pene dei nobili e del loro asserito fondamento giustificativo, ravvisato nella maggiore sensibilità del reo di rango. L'“*uguaglianza delle pene* - osserva Beccaria, dando ancora prova del suo approccio oggettivistico - *non può essere che estrinseca*” (§ XXI). Conseguentemente il criterio che governa l'individuazione delle tipologie punitive e la loro dosimetria vale indifferentemente per tutti i cittadini e risiede nell'efficacia sufficiente a prevenire il danno del reato: la preferenza va alla pena che impressiona in modo più efficace e durevole gli animi degli uomini risultando ad un tempo la meno tormentosa sul corpo del reo (§ XII). È anche vero che l'efficacia preventiva non sempre è direttamente proporzionale alla severità dei contenuti afflittivi. Per esempio, la legittimità della pena di morte (pure ammessa in via di eccezione - ma l'interpretazione del brano è controversa - quando è in gioco la libertà della nazione) viene contestata da Beccaria in nome della maggiore deterrenza della pena perpetua, in quanto più afflittiva. La qual cosa, naturalmente, non toglie a Beccaria il merito storico di avere contribuito a fondare una corrente di pensiero abolizionistica, che purtroppo fatica a trovare riscontro in talune, e pur evolute, legislazioni penali d'oggi.

Un'altra particolarità del pensiero di Beccaria è l'elaborazione di un sistema ispirato alla varietà delle tipologie punitive, assai lontano dal monopolio del modello carcerario totalizzante che si affermerà con l'avvento della modernità. Beccaria ammette - quali modelli sanzionatori autonomi - anche la pena pecuniaria, l'esilio, i lavori forzati, le pene corporali e le pene infamanti. Il tutto - secondo il *fil rouge* che attraversa l'opera - nel rispetto dell'irrinunciabile punto di equilibrio tra proporzione ed efficacia preventiva. Sotto questo profilo, la grande attualità del disegno di Beccaria appare evidente e si lega all'idea di una riforma del sistema sanzionatorio che si colleghi direttamente alla parte speciale e alla specificità, anche criminologica, dei singoli fatti di reato.

7. Passando adesso e conclusivamente alla teoria politica di Beccaria, non ci si diffonderà sui debiti che Beccaria contrae con Hobbes, nell'identificare lo stato di natura con la condizione di guerra. È sufficiente ricordare che da questa premessa trae origine - nel pensiero di Beccaria - l'esigenza di sicurezza, soddisfatta dal contratto sociale, quale patto costituzionale di marca liberale, come tale assai diverso da quello totalizzante proposto nel Leviatano. La porzione di libertà di cui Beccaria consente la cessione al sovrano è la minima possibile, quella strettamente necessaria alla difesa sociale. La lezione di Beccaria è chiara: il primato della legge e la separazione dei poteri pongono le basi per una rivoluzionaria legittimazione dal basso dello *jus puniendi*, che diviene espressione della scelta politica effettuata dal legislatore, come tale per definizione laica e secolare. Il principio di legalità prende chiaramente forma nella sua fondamentale funzione garantistica di limite alla giurisdizione; un limite formale e certo perché strettamente connesso al primato del diritto scritto. Per questa via il primato della politica si traduce e si cristallizza nella lettera della legge, separando e ponendo in posizione di soggezione la funzione applicativa del giudice. I significati del linguaggio scritto non sono sottratti alla legge

generale della trasformazione nel tempo. Quest'ultima, però, avviene di pari passo all'evoluzione del contesto sociale. Per questo il linguaggio svolge, oltre alla funzione denotativa, anche una funzione regolativa, impedendo che assumano rilevanza fatti atipici secondo il linguaggio comune. Come non riconoscere in questo impianto la tessitura garantistica dei principi penalistici contenuti nella nostra Costituzione? Beccaria - che non poteva conoscere lo stato della nostra legislazione - non temeva l'imperizia del legislatore e nemmeno l'arbitrio illiberale di cui è stato storicamente capace, cui porrà un limite il carattere sovraordinato e personalistico delle costituzioni postbelliche della metà del secolo scorso. Beccaria aveva davanti agli occhi lo strapotere del giudice che traccina in furore punitivo, contro cui si scaglia, preferendo al governo degli uomini il governo della legge, alle scelte punitive provenienti dal ristretto circolo dei giuristi quelle distillate da un legislatore illuminato. In questo senso l'opera di Beccaria rappresenta la rottura radicale con il passato, nella misura in cui delinea le moderne articolazioni del principio di legalità (comprensivo della riserva di legge e della determinatezza).

In un'epoca in cui declina la sensibilità per l'impianto garantistico della legalità penale di marca illuministica, questo profilo del pensiero di Beccaria può apparire il meno attuale. Ma non è così. L'importanza delle riflessioni di Beccaria scoliscono istanze garantistiche sostanziali, che vanno oltre il carattere transeunte delle categorie giuridiche utilizzate. Il riferimento è alla distinzione fondamentale tra *ius facere* e *ius dicere*, da un lato, e dall'altro alla concezione del divieto penale come regola di condotta, con il conseguente diritto del cittadino di conoscere preventivamente il confine tra lecito e illecito, quale alternativa al giudizio caso per caso.

In questa prospettiva assumono assoluta concretezza le due grandi metafore del pensiero di Beccaria, espressioni della sua concezione utilitaristica: l'*homo oeconomicus* e il contratto sociale, che disegnano le basi di un diritto penale imperniato sulla sacralità della libertà personale, la quale è tale, però, solo se è garantita *ex ante*.

L'odierna affermazione, anche nel campo penale, del diritto giurisprudenziale (ma per molti aspetti puramente giudiziario, perché instabile, disuguale e sovente non dialogante con la scienza del diritto) si sta rivelando compatibile con quegli ideali di certezza del diritto penale e partecipazione democratica alle scelte politico criminali, di cui parlava Beccaria? Si vedono all'orizzonte gli equivalenti garantistici destinati a sostituire i tradizionali principi costituzionali di matrice illuministica? Al momento parrebbe di no (cfr. il dibattito intitolato: *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*, con interventi di G. Fiandaca, A. Gargani e C.F. Grosso, in *Criminalia*, 2011, p. 77 s.). Solo l'avvento di un convincente nuovo assetto che risponda alle questioni di fondo affrontate da Beccaria ci consentirà davvero il superamento, si spera in meglio, della modernità penalistica. Solo allora, dopo aver detto, con Bruce Ackermann, “*Good-bye Montesquieu*” (in *Comparative Administrative Law*, Elgar, Cheltenham-Northampton, 2010, p. 128 s.), potremo prendere congedo da Cesare Beccaria.

FAUSTO GIUNTA