

CONFRONTO DI IDEE

DAVID BRUNELLI

Pena e moralismo penale nella rilettura di Cesare Beccaria¹

1. Il messaggio più attuale che prorompe dalla rilettura del libro di Cesare Beccaria - perenne e avveniristico generatore di perle di sapienza senza tempo e senza spazio² - è, naturalmente, quello che riguarda la funzione della pena e dunque del diritto penale.

L'argomento è centrale ed è trattato con incedere serrato, senza pause; lo scrittore conduce per mano il lettore alle sue conclusioni con una logica ferrea e la forza di una (più volte evocata) geometria euclidea; le conclusioni sono quasi sempre agli antipodi di ciò che in quel momento veniva praticato e veniva sostenuto, cioè con lo spirito del tempo³!

Il pensiero di Beccaria è compendiato dal noto passo iniziale del paragrafo intitolato «dolcezza delle pene» (§ XV).

«(...) Il fine delle pene non è tormentare ed affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto già commesso. (...) Le strida di un infelice richiamano forse dal tempo, che non retrocedere, azioni già consumate? Il fine dunque non è altro, che di impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini, e di rimuovere gli altri dal farne uguali».

Esso è ripreso nella ancor più nota conclusione (§ XLII).

«(...) perché ogni pena non sia una violenza di uno o di molti contro un privato cittadino, deve essere essenzialmente pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionata a delitti, dettata dalle leggi».

Moltissimo si è scritto dell'incrocio potente e non scontato tra utilitarismo e umanità in Beccaria, palesemente emergente nelle epigrafi riportate⁴, da cui si

¹ Testo rivisitato della Relazione svolta a Narni (TR) il 14 ottobre 2014, nel seminario dedicato a "Dei delitti e delle pene 250 anni dopo (1764-2014)", nell'ambito dei Laboratori di criminologia, criminalistica e investigazione dell'Università di Perugia.

² Per la sottolineatura della portata "metastorica" dell'opera, tra i tanti, DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, Atti del Convegno internazionale su Cesare Beccaria, Torino, 4-6 ottobre 1964, ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, II, Milano, 1976, 686.

³ È forse per questo motivo che il libello sin dall'inizio venne combattuto più con le contumelie che con la forza degli argomenti: basti ricordare quelle che gli rivolse FACCHINEI, *Note ed osservazioni sul libro intitolato "Dei delitti e delle pene"*, (Venezia) 1786, 3 ss., che lo colloca tra le opere «orribili mostruose», la cui «rivoltante novità» consisterebbe unicamente nello «strepito» che è stato in grado di sollevare.

⁴ Tra i tanti, ZARONE, *Etica e politica nell'utilitarismo di Cesare Beccaria*, Napoli, 1971, *passim*, nonché il celebre saggio di H.L.A. HART, *Bentham and Beccaria*, riprodotto in *Essays on Bentham: jurisprudence and political philosophy*, Oxford, 1982, 40 ss. Per l'influenza sulla scienza giuridica inglese, A.J. DRAPER, *Cesare Beccaria's influence on English discussions of punishment, 1764-1789*, in *History on*

ricava in sostanza che l'umanità delle pene (la loro «dolcezza») costituisce un traguardo non soltanto ideale, perché, sul piano puramente razionale, tale carattere è semplicemente ciò che più «conviene» all'autorità costituita. Il sapiente equilibrio tra i due ingredienti (utilità e umanità) distanzia la posizione di Beccaria da quella di Pietro Verri, che taluno considera, oltre che il Maestro, il vero «motore» del pensiero del giovane. Verri guarda alla razionalità della legge e alla necessità di ridurre o confinare il potere discrezionale-arbitrario della giurisprudenza più che per il conseguimento di un obiettivo di garanzia dei consociati, come strumento per ottenere da costoro comportamenti consoni alle pretese dell'ordinamento, dunque più per l'implicazione utilitarista⁵.

In questo senso, almeno nelle prime affermazioni dell'illuminismo penale il Maestro ha avuto ben più consensi dell'Allievo, se è vero che i primi codici penali europei hanno sì messo la legge al centro del sistema, proprio per marginalizzare il potere dei giudici e affermare la sovranità dell'Imperatore, ma contemporaneamente si sono ben guardati dal contenere la severità della pena, anzi preferendo rimarcare il suo carattere di reazione terribile e severa nei confronti dei disobbedienti. In tali codici la pena «utile» è quella che incute terrore e paura, che mira a spaventare più che convincere.

Basta vedere in proposito il primo in ordine cronologico dei codici penali europei, quello asburgico del 1787, dovuto all'iniziativa dell'imperatore Giuseppe II. Passato sinistramente alla storia come un sofisticato congegno di razionalizzazione dell'assolutismo e del terrore punitivo, a causa della sublime alchimia con cui dosa la pena delle bastonate con quella del marchio a fuoco, o della berlina o del traino coatto dei battelli, nel codice Giuseppino questo impressionante arsenale sanzionatorio convive tuttavia con le altisonanti proclamazioni del principio di legalità e con una apprezzabilissima tecnica di descrizione del fatto di reato che realizza in modo encomiabile il moderno principio di «precisione»⁶.

Anche nella stessa Lombardia, nel lavoro di codificazione, frutto del pensiero

European ideas, 2000 (26), 177 ss.

⁵ Sui rapporti tra Beccaria e Pietro Verri, nel quadro di una puntuale e documentata ricostruzione storica delle fortune dell'opera beccariana e della sua influenza su tutto il diritto penale europeo, rimando alle splendide pagine di COPPI, *Due nuove edizioni del libro "Dei delitti e delle pene" di Cesare Beccaria*, in *questa Rivista*, 1966, 58 ss. L'A. sostiene, tra l'altro, che, per esempio, «la polemica contro la tortura resta nel Verri conclusa negli schemi di un meccanico utilitarismo, mentre in Beccaria si allarga in un più ampio respiro che attinge i principi stessi del problema penale» (75) e che «il rispetto della libertà e della dignità della persona portano Beccaria ben al di là delle soglie dell'utilitarismo verriano» (76).

⁶ Mi permetto il rinvio a BRUNELLI, *La sorgente dei codici penali e l'odierna ricodificazione*, in *"Per saturari"*, *Studi per Caprioli*, a cura di Diurni, Mari, Treggiari, Spoleto, 2008, 129 ss.

di giuristi illuminati, non si rinunciava al terrore; emblematico il c.d. Progetto sostituito di Gian Domenico Romagnosi del 1806, in cui si dimostrava la necessità di introdurre la pena del flagello con apposita macchina, studiata per garantire parità di trattamento fra coloro che la dovevano scontare o l'opportunità di superare l'appellativo di «pene correzionali», indiziante di un fine della pena che lo studioso giudicava «del tutto infondato»⁷.

2. Ma torniamo a Cesare Beccaria e al catalogo di virtù alle quali a suo giudizio deve attenersi il legislatore penale nel ricorrere alla pena, per constatare come quei connotati della pena, così poco accattivanti per i sovrani illuminati che si misero a scrivere codici penali, si sono dimostrati nel corso del tempo anche così scarsamente “popolari” presso la nostra moderna democrazia, al punto che quasi nessuna di quelle raccomandazioni può dirsi oggi attuata.

Quanto al carattere “pubblico” della pena, se si intende con tale qualifica escludere la configurabilità di pene “private”, cioè comminate, applicate ed eseguite da soggetti privati, non c'è dubbio che simile scenario non ha né potrebbe avere alcuna legittimazione nel nostro ordinamento. Ma, se si guarda alla possibilità di far dipendere la pena, soprattutto nella fase della sua applicazione e della sua esecuzione, dalla valutazione di interessi privati e dalle decisioni di soggetti coinvolti dal reato, le conclusioni sono opposte, poiché la tendenza odierna è quella di incrementare il più possibile, anche nella prospettiva “deflazionistica” del carico processuale le possibilità di interlocuzione della vittima sulle sorti del reo. Dal grande potenziamento dell'istituto della querela, un tempo limitata a pochi casi, e oggi largamente utilizzata anche nella speranza di ingenerare una percorso di “depenalizzazione” in concreto del sistema penale, all'introduzione di meccanismi processuali di estinzione o di “gestione” privatistica del processo – primo fra tutti il c.d. patteggiamento sulla pena – si può senz'altro affermare – con buona pace degli auspici beccariani – che la pena (o meglio: la giustizia penale) esibisce una vistosa dinamica di privatizzazione.

Difficile – però – nel tempo presente scorgervi necessariamente un male, perché se è vero che la “relativizzazione” della risposta sanzionatoria può essere intesa come un momento di debolezza e di perdita di autorevolezza da

⁷ Il testo del Progetto è pubblicato in Dir. pen. XXI sec., 2006, 131, con presentazione di ISOTTON, *Il Progetto sostituito di codice penale per il Regno d'Italia di G.D.Romagnosi*, 119 ss., in cui si sottolinea come, rispetto al Beccaria, qui si rompeva l'equilibrio tra garantismo e statalismo, ponendo l'accento esclusivamente sull'esigenza della difesa sociale; volendo, sullo stesso testo, BRUNELLI, *Gian Domenico Romagnosi e il “Progetto sostituito” di codice penale del 1806: tra centralità della legge e spazi di discrezionalità giudiziale*, in *Scritti in memoria di Marini*, a cura di Vinciguerra, Dassano, Napoli, 2010, 85 ss.

parte degli organi pubblici chiamati a orientare i consociati, occorre pur sempre considerare l'aspetto - non estraneo agli insegnamenti del Beccaria - della massimizzazione dell'utilità sociale della pena. Se, talvolta, tale prospettiva richiede il coinvolgimento di interessi strettamente individuali, per definizione particolari e di mera convenienza, ciò non sembra intaccare né l'aspetto della garanzia dei consociati, né quello della umanità della pena. Si potrebbe discutere del rispetto letterale del principio di uguaglianza, poiché il prodotto di valutazioni individuali ed egoistiche non può che comportare esiti distonici da quelli della parità di trattamento di soggetti in posizioni uguali. Sotto questo profilo, tuttavia, la maturazione del pensiero classico degli illuministi, passato al setaccio dell'esperienza e dell'applicazione concreta dei principi, comporta la perdita dell'assolutezza di talune affermazioni, avendo quell'esperienza dimostrato che non sempre la loro indefettibilità è garanzia di equità e di soddisfazione dei bisogni umani. Alle volte, insomma, la parziale rinuncia alla "purezza" dei principi è il costo razionale da pagare per ottenere risultati accettabili.

Quando invoca il carattere "pubblico" della pena, invero, Beccaria allude più specificamente alla messa al bando delle accuse e delle pene "segrete" (§ IX), vale a dire alla necessaria "trasparenza" del processo e dell'esecuzione della pena, in collegamento con la garanzia della legge e con la funzione deterrente della pena. Anche sotto questo aspetto, tuttavia, seppure il sistema odierno costruisca la giustizia penale come uno strumento eminentemente aperto, soprattutto nella fase del giudizio, indubbiamente gli strumenti di gestione "privatistica" di cui si è fatta menzione finiscono per incidere anche sulla "tracciabilità" complessiva del processo; mentre è, al contrario, evidente che la diffusione dei mass-media e il loro grado di penetrazione sociale instaura in alcuni casi l'opposto problema dell'eccesso di attenzione pubblica sul processo, con marcati riflessi distorsivi sul suo corretto andamento, legati alla spettacolarizzazione delle vicende e alle aspettative giustizialiste.

3. È, poi, sin troppo facile commentare l'altro auspicio relativo alla "prontezza" della pena, intesa come una delle condizioni perché essa possa costituire un freno alla delinquenza.

«Quanto più la pena sarà pronta e più vicina al delitto commesso, ella sarà tanto più giusta e tanto più utile» (§ XIX).

Vero che lo stesso Beccaria ha ben presente che la prontezza non deve andare a detrimento della garanzia e che, dunque, tale esigenza va attentamente calibrata con le necessità di un equo processo, così come il regime della prescrizione - rinuncia alla potestà punitiva per decorso del tempo dal commesso reato - va attentamente calibrato in relazione alla diversa "natura" dei delitti.

ti; egli non avrebbe però immaginato che la durata del processo sarebbe stata ai nostri giorni inversamente proporzionale al suo corretto andamento e che la prescrizione del reato sarebbe stata l'elemento regolatore del funzionamento della giustizia penale, anche se aveva già ben chiaro che occorre scongiurare sia che la vicenda processuale si concluda con il nulla di fatto per spirare del termine, sia che la pena venga applicata a distanza di molti anni dalla commissione di un fatto, per il quale il termine di prescrizione è lungo o lunghissimo.

Le giuste esigenze di garanzia si sono coniugate alle drammatiche condizioni operative di un sistema processuale ormai ingestibile ed elefantico, facendo diventare l'obiettivo logico e naturale della "prontezza" della pena una chimera irraggiungibile. Oggi la pena, quando arriva ad essere inflitta, arriva tardi e male, nella maggioranza dei casi colpisce inutilmente o chi ha già rivisto il suo vissuto o chi non ha più nulla da perdere, tradendo sia una possibile funzione deterrente, sia una prospettiva di concreta rieducazione. Quando non arriva, perché il processo si conclude con la prescrizione o con l'assoluzione, l'imputato ha già comunque subito una pena, altra e diversa da quella comminata dalla legge, più subdola, strisciante e indefinita, più insidiosa e pervasiva: la pena del processo.

Le implicazioni derivate dal tempo del processo e dal tempo che separa la commissione del delitto dalla pronuncia che infligge la pena e che poi la fa eseguire sono ben presenti in Beccaria, il quale indicando nella "prontezza" uno dei caratteri indefettibili della pena aveva scorto nella "lentezza" delle procedure e nel "ritardo" della risposta al delitto i naturali nemici della garanzia e della efficienza del diritto penale.

«Il processo medesimo deve esser finito nel più breve tempo possibile. Qual più crudele contrasto, che l'indolenza di un giudice e le angosce di un reo? I comodi e i piaceri di un insensibile magistrato da una parte e dall'altra le lagrime e lo squallore di un prigioniero» (§ XIX).

È un monito su cui ai nostri giorni sembra non si rifletta abbastanza, o, forse, si rifletta troppo rispetto a ciò che concretamente poi si fa per eliminare o attenuare il «crudele contrasto» stigmatizzato da Beccaria.

4. La pena deve, inoltre, essere "necessaria". Ciò significa che il ricorso a tale strumento deve costituire l'*extrema ratio*, potendosi legittimare solo quando hanno fallito altri mezzi preventivi, che devono comunque essere sperimentati. Anche sotto questo profilo Beccaria si conferma un grande anticipatore. Quello che solo nella seconda metà del '900 verrà denominato e studiato come "principio di sussidiarietà" era ben chiaro nella mente dello scrittore. E, tuttavia, anche in relazione all'invocata "necessità", si deve riscontrare che la

realtà del sistema penale odierno risulta basata su opposte pulsioni e su antitetici criteri. Assistiamo da decenni, ormai inermi e fiaccati, ai fenomeni di “panpenalizzazione”; ci rassegniamo alla cultura che evoca il diritto penale in funzione simbolica e di assicurazione sociale, generando una deriva inflazionistica smisurata e incontrollabile; inutilmente imprechiamo contro il populismo penale, che consente di riscuotere consensi politici a bassissimo costo, semplicemente minacciando pene ai consueti “nemici” sociali, senza minimamente verificare se tali strategie abbiano riscosso un qualche risultato nella lotta alla criminalità, diverso dalla condivisione dell’umore del “popolo”. Paradossalmente, più la pena è in crisi, di identità e di funzionamento, più vi si fa ricorso da parte di un legislatore che mostra di non conoscere neppure lontanamente il principio di sussidiarietà. Il messaggio di Cesare Beccaria risuona invano, da duecentocinquanta anni, quasi come una forma di sberleffo!

Ma la pena necessaria è anche la pena che consegue necessariamente al delitto, quindi la pena «certa ed infallibile». Per Beccaria, la clemenza del sovrano, invocata ed applicata nel singolo caso, è soltanto dannosa in un sistema che preveda unicamente pene dolci e in cui il «metodo di giudicare sia regolare e spedito», mentre «il perdono e le grazie sono necessarie in proporzione dell’assurdità delle leggi e dell’atrocità delle condanne» (§XX).

L’enunciato, nella sua assolutezza, esprime efficacemente l’utopia illuminista e la sua “purezza” è direttamente proporzionale alla ingenuità del ragionamento. Se l’esperienza ha dimostrato che l’esigenza rieducativa richiede non indefettibilità, ma una adeguata flessibilità esecutiva, anche qualora la pena fosse non severa o atroce, rimane attuale la descrizione dello scenario comunque da evitare: che il legislatore sia costretto a riparare ai danni derivati dal «disordine del sistema criminale (...) con leggi parziali e con rimedii tumultuosi».

Oggi è facile scorgere ognuno degli inconvenienti segnalati: al disordine incontrollato delle leggi, con comminatorie edittali tutt’altro che “dolci” e ben ponderate, fa da contraltare un regime esecutivo della pena dove regna l’incertezza e dove ogni singolo caso è peculiare ed irripetibile, dove l’unica costante è la diseguaglianza e l’arbitrio.

5. Altro principio evocato dalle massime scolpite nel libello beccariano è quello di proporzione delle pene, la cui misura deve essere individuata in quella “minima delle possibili”, risultando tutto il *surplus* “ingiusto” ed “inutile”.

Sotto questo profilo, la distanza tra gli auspici del filosofo e l’odierno sistema sanzionatorio italiano, non solo quanto alle norme attualmente in vigore, ma anche quanto al *trend* che caratterizza ed ispira gli interventi normativi più

recenti, è in assoluto la più marcata. Ciò che spinge il legislatore non è la vocazione all'equilibrio del sistema, attraverso il rigido controllo del rapporto tra la gravità del fatto di reato - anche nella sua percezione sociale - e la risposta sanzionatoria, bensì l'esemplarità e la severità in assoluto della pena. La corsa verso l'alto, tuttavia, è naturalmente soltanto sulla carta, perché conta la "propaganda" che il messaggio penale contiene, più che la sostanza della sua ricaduta. Così, la dosimetria delle comminatorie non viene costruita attorno al baricentro del fatto di reato come raccomandato dal principio di proporzione, poiché i criteri determinanti sono ravvisati nella necessità di "stroncare il fenomeno" e nella preoccupazione di scongiurare il rischio della prescrizione. Ne sortisce un sistema completamente irrazionale, con l'abbandono non solo del rapporto tra "delitto" e "pena" (proporzione interna), ma anche della possibilità di trovare spiegazione del divario che si instaura tra le singole incriminazioni (proporzione esterna).

L'occasionalità e la settorialità degli interventi, nonché la "volatilità" degli impulsi che sospingono le scelte del ricorso alla pena, lasciano sul terreno brandelli di norme incriminatrici dove è impossibile ricostruire una trama o un disegno: la pena è una variabile impazzita degli umori della piazza o dei sentimenti di rabbia, sfiducia, sdegno, indignazione che in un moto circolare pervadono l'opinione pubblica e sono intercettati dalla politica del consenso a tutti i costi. Infarcita di tali strumenti, la sapiente dosimetria delle pene si trasforma da auspicio illuminato a pia illusione, luogo popolato dalla casualità e dalla precarietà.

Si dirà che è impossibile professare una rigida proporzione fra delitti e pene, oltretutto mancando un univoco criterio misuratore. In effetti nello stesso Beccaria, per la verità, si affacciava in proposito una qualche apertura "realistica".

«Se la geometria fosse adattabile alle infinite ed oscure combinazioni delle azioni umane, vi dovrebbe essere una scala corrispondente di pene, che discendesse dalla più forte alla più debole; se vi fosse una scala esatta in universale delle pene e dei delitti, avremmo una probabile e comune misura dei gradi di tirannia e di libertà; del fondo di umanità o di malizia delle diverse nazioni: ma basterà al saggio legislatore di notarne i punti principali, senza turbar l'ordine, non decretando ai delitti del primo grado le pene dell'ultimo» (§ XXIII).

Si accontentava, il filosofo, di un legislatore non completamente scellerato, forse immaginando che il «saggio» protagonista della riforma da lui patrocinata sarebbe potuto rimanere sulla carta. Ma certamente non avrebbe potuto immaginare che neppure quei «punti principali» sarebbero stati rispettati e che l'unica geometria esibita dalle nostrane leggi sarebbe stata quella che pri-

vilegia l'arabesco, strumento non proprio ortodosso a garanzia di proporzione tra delitti e pene.

6. Anche la pena, come il delitto, deve essere per Beccaria “dettata dalle leggi”, perché «nessun magistrato (che è parte di società) può con giustizia infligger pene contro ad un altro membro della società medesima» e perché «una pena accresciuta al di là del limite fissato dalla legge, è una pena giusta, più un'altra pena» che nessun magistrato potrebbe irrogare neppure «sotto qualunque pretesto di zelo o ben pubblico» (§ III). I tempi sono cambiati, indubbiamente. In quelle frasi si avverte la preoccupazione di dover sostituire un sistema legale all'anarchia e all'arbitrio di un “governo” giudiziale, all'epoca saldamente in auge. Oggi nessun magistrato si sognerebbe di “accre-scere una pena” oltre il limite edittale; e tuttavia neppure può dirsi che quelle applicata al reo sia la pena “dettata dalle leggi”. Non solo perché è fisiologico che il magistrato possa agire «sotto qualunque pretesto di zelo o ben pubblico», magari non avvertito come tale, bensì come nobile proposito; ma, soprattutto, perché sono le “leggi” ad aprirsi alla smisurata e non controllabile discrezionalità giudiziale.

Sono state le leggi a tradire l'auspicio del filosofo, che non pensava necessariamente che la comminatoria delle pene dovesse essere “fissa e determinata” – come sperimentato con immediato e definitivo insuccesso dal primo codice della rivoluzione francese nel 1791⁸ –, ma riteneva che la politica delle pene fosse di esclusivo appannaggio del legislatore, dovendo il giudice unicamente concretizzare una valutazione che già in astratto aveva compiuto il legislatore circa la quantità e qualità del bisogno e della meritevolezza della pena. Oggi il legislatore, dimostrandosi tutt'altro che quel «saggio» (§ XX) e «abile architetto» (§ XXIII) alla cui cura Beccaria affidava la costruzione del sistema penale, ha semplicemente consegnato al giudice un coacervo di strumenti applicativi affastellati uno sull'altro senza alcun criterio e senza alcuna indicazione, in un percorso di progressiva evaporazione del contenuto legale della pena, a partire dalla fase comminatoria, che talvolta presenta eccessive escursioni fra minimo e massimo, incapaci di designare in astratto a quale “fascia” di gravità appartenga il reato e talaltra prevede alternative nella specie della pena, dai contenuti più disparati.

Il trionfo dell'arbitrio e del “mistero” si celebra, tuttavia, nella fase esecutiva, in cui la sorte del singolo condannato è rimessa ad una specie di *roulette* rus-

⁸ Su come la soluzione esibita dal c.d. codice *Lepelletier* fosse destinata a provocare inconvenienti pratici e arbitri ancor più deplorabili, cfr. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 2005, 486 ss.

sa, dove ciò che conta è solo la fortuna e il destino. Analoghe pene irrogate con la sentenza di condanna possono aprire vicende esecutive le più disparate, stante la vastità delle prospettive che aprono, da un lato, le giuste esigenze della rieducazione, d'altro lato, le altrettanto reali esigenze della deflazione carceraria. Se la comminatoria è priva – come accennato – di qualsiasi bussola con la quale misurare un minimo di razionalità nel confronto tra le varie incriminazioni; se la fase della irrogazione è aperta alla sfrenata discrezionalità del giudice, nella fase della esecuzione il principio di uguaglianza è un mito irraggiungibile, completamente disperso nelle nebbie dell'arbitrio. È in questa fase, soprattutto, che può comparire a scapito di un qualunque malcapitato quel «pretesto di zelo o ben pubblico» che tanto preoccupava Beccaria, e che può rendere la pena, se non illegittima, quanto meno altra da quella “giusta”.

7. Sono temi cruciali, trattati con chirurgica precisione da Beccaria e con sconcertante lucidità.

Basta leggerlo, per esempio, quando scredita il legislatore che si lascia travolgere dalla mania sociale per la pena e dalla ansia di riversare sul popolo la comunicazione del messaggio rassicurante.

«Queste si chiamano leggi non ovviatrici, ma paurose dei delitti che nascono dalla tumultuosa impressione di alcuni fatti particolari, non dalla ragionata meditazione degli inconvenienti ed ha vantaggi di un decreto universale» (False idee di utilità, § XXXVIII).

Oppure quando illustra il “male” dell'interpretazione e i suoi corollari.

«Se l'interpretazione delle leggi è un male, egli è evidente esserne un altro l'oscurità che strascina seco necessariamente l'interpretazione, e lo sarà grandissimo se le leggi siano scritte in una lingua straniera al popolo, che le ponga nella dipendenza di alcuni pochi, non potendo giudicar da se stesso quale sarebbe l'esito della sua libertà, o dei suoi membri, in una lingua che formi di un libro solenne e pubblico un quasi privato e domestico» (§ V).

Si intravede in queste parole chirurgiche, ancora una volta, un eccesso di “ottimismo”, probabilmente indotto dalla giovane età dello scrittore, che gli studiosi con maggiore sensibilità storica considerano il difetto principale dell'opera di Beccaria, così come il limite delle rigorose concezioni giusnaturalistiche⁹: mi riferisco, in particolare, all'idea del cittadino che aderisca all'appello della legge penale e uniformi il proprio comportamento alla (chiar) pretesa normativa per scansare una pena che sente giusta e che non avver-

⁹ Per COPPI, *Due nuove edizioni*, cit., 97, «il suo pensiero giuridico finisce per risolversi in una teorica alquanto astratta della norma e, con la sua fede nella ragione, in un'apologia dell'assolutismo legislativo e della maestà della legge che, a lungo andare, scavava nuovamente tra la legge e la realtà quell'abisso che aveva preteso di colmare».

te come una insopportabile sovrachieria, che non sente come un arbitrario comando da osservare momentaneamente, ma come uno stimolo e una guida (tra gli altri).

Taluno oggi finisce addirittura per scorgere in questo dinamismo una intrinseca e censurabile vena populistica che affliggerebbe inesorabilmente lo stesso diritto penale¹⁰.

Al di là della fondatezza di una simile preoccupazione, i ragionamenti contenuti in proposito nel libello beccariano, letti oggi, con il disincanto e la disillusione dell'odierno studioso, rotto a tutte le esperienze e provato dai sempre maggiori insuccessi della pena e dell'utopia punitiva, non possono che stimolare la domanda cruciale: serve ancora il diritto penale, dobbiamo ancora giurarci come faceva il Beccaria, oppure è solo una necessità sociale puramente simbolica, basata sull'irrazionalità dei sentimenti più che su serena e lucida analisi razionale?

8. Ho rievocato passaggi tra i più noti del libro. Ora vorrei però sottolineare come la vera rivoluzione del costume che indusse l'opera riguarda più che il contenuto dell'argomentare, il metodo con il quale si guarda alla pena e al diritto penale, tutto imperniato sulla dimensione laica del discorso, sulla ripulsa di qualsiasi tipo di moralismo, più o meno strisciante, che non sia quello del rispetto della legge; approccio, questo, che più di ogni altro ha suscitato le reazioni "scomposte" degli studiosi cattolici dell'epoca e la "scomunica" del libro.

Intanto sui contenuti del diritto penale, che è strumento legittimo di esercizio del potere solo se limitato ai «delitti che emanano dalla natura umana e dal patto sociale, e non dei peccati» (§ XXXVII), che non può chiamare delitto ogni azione sol perché taluno ha «interesse nel così chiamarla» (§ XXV) e che in ordine a certi delitti che somigliano a peccati (ad es. l'adulterio, l'infanticidio) può essere azionato solo «finché la legge non ha adoperato il miglior mezzo possibile, nelle date circostanze di una nazione, per prevenirlo» (§ XXXIV).

Poi, ancora, sulla distanza che separa il delitto dal peccato, perché il peccato è materia di Dio intangibile dagli uomini: «la gravezza del peccato dipende dall'imperscrutabile malizia del cuore; questa da esseri finiti non può senza rivelazione sapersi: come dunque da questa si prenderà norma per punire i delitti? Potrebbero in questo caso gli uomini punire quando Iddio perdona,

¹⁰ FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 102 ss., secondo il quale «la materia dei delitti e delle pene intrattiene - pressoché da sempre - rapporti di strettissima vicinanza o contiguità, sino a farsene in qualche modo specchio, con la dimensione comunitaria e con il profilo identitario propri di una determinata popolazione in un determinato momento storico».

e perdonare quando Iddio punisce. Se gli uomini possono essere in contraddizione con l'Onnipotente nell'offenderlo, possono anche esserlo nel punire».

E poi sulla descrizione impietosa dell'atteggiamento di magistrati non sereni funzionari pubblici, ma assatanati vendicatori chiamati a crociate contro la delinquenza.

«Il giudice diviene nemico del reo, di un uomo incatenato, dato in preda allo squallore, ai tormenti, all'avvenire il più terribile; non cerca la verità del fatto, ma cerca nel prigioniero il delitto, e lo insidia, e crede di perdere se non vi riesce, e di far torto a quell'infallibilità che l'uomo si arroga in tutte le cose» (§ XL).

Anche sotto questo profilo (messa al bando di ogni moralismo) i moniti del Beccaria dovrebbero sempre costantemente risuonare e anche nelle aule di giustizia oltre che in quelle dell'accademia, e non ogni cinquantennio quando si ricorda il suo monumentale, leggendario capolavoro.

In effetti, il tema si presenta più che mai attuale. L'influenza della "morale" nel modo di comprendere e valutare gli accadimenti del mondo esterno, sembra aver trovato nel diritto penale la sua "casa" naturale, perché destinata a contenere indirizzi e valutazioni dei comportamenti dei consociati e, per di più, a concentrarsi sulle "azioni negative" degli esseri umani, tralasciando quelle positive.

Il "moralismo", così inteso, pretende di proporsi come una scorciatoia capace di individuare esattamente la ragione e il torto, il bene e il male, a prescindere dalle ambiguità e dalle articolazioni del diritto vigente; è virtù della quale sono investiti taluni "*sacerdotes*", interpreti e custodi privilegiati di quei precetti, abilitati ad imprimere patenti e bolle, a dispensare lodi e castighi, a selezionare le battaglie "giuste" accantonando quelle "sbagliate".

Il deviante è innanzitutto un inosservante, che merita riprovazione e non comprensione.

Il "moralismo" che combatteva Beccaria tende a concepire la legge e il diritto positivo come una "sovrastruttura", talvolta inutile se non dannosa; per suo tramite non si pretende di intercettare il sano sentimento del "popolo" e interagire con esso, bensì si aspira addirittura a forgiarlo laddove sia carente.

Al giorno d'oggi le prospettive non sono troppo cambiate, rispetto alla visione del Beccaria. Se il populismo è vizio primario della politica, al moralismo sembra più incline la magistratura, sempreché non si rinvenga coincidenza tra le due sfere; non necessariamente la dottrina - a differenza che nel "populismo" - vi scorge una degenerazione. Si è rilevato, di recente, che «nelle tendenze espansive e rigoriste della giurisprudenza è leggibile la moralità di esigenze di responsabilizzazione, delle quali la magistratura penale tende a farsi

portatrice, tanto più quando altri modi e luoghi di responsabilizzazione non funzionano o funzionano male». Né si tratta, peraltro, della consueta giagulatoria sulla c.d. supplenza giudiziaria, frammento che si iscrive sovente nella stantia tematica dei limiti dell'interpretazione estensiva; qui si parla di un atteggiamento spirituale, di una predisposizione dell'anima: «il punto di vista morale prevalente (forse) nella giurisprudenza si lega alla riprovazione morale dei fatti portati a giudizio»¹¹.

L'analisi indica che non solo la responsabilità penale presuppone e comporta la riprovazione morale, ma che la stessa responsabilità morale (e politica) si misura alla stregua della responsabilità penale: un connubio che genera crepe pericolose sul sistema delle garanzie, sicuramente facilitato dalla "complessità" del diritto vigente¹².

Al riguardo, sebbene il tema dei rapporti tra diritto penale e morale era già vivo - come si è visto - al tempo di Beccaria, oggi, da un lato, si deve considerare che tale degenerazione sia principalmente da riconnettere alla mancanza di *accountability* morale e politica tipica dei nostri giorni¹³, d'altro lato, sarebbe interessante indagare se non si debba anche ravvisare una specifica inclinazione "interna" al diritto penale a generare e impiegare parametri "moralì", certamente poco in linea con i fondamenti "liberali" e "laici" della materia¹⁴, così marcatamente descritti nel libro che celebriamo.

9. Confronti, raffronti, sviluppi e affinamenti: tutto risale a "Dei delitti e delle pene", pilastro concettuale del nostro cammino. Tutto, con i dovuti distinguo imposti dalla storia, sembra tornato all'epoca in cui si cimentava Cesare Beccaria, brandendo la spada della legge e della ragione contro una giustizia penale dominata dalla logica del "particolare" e in cui l'assolutismo del potere si sposava con il relativismo del prodotto giudiziario, incapace di soluzioni che

¹¹ PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 143.

¹² Nota DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014, 13, che «dove è il delitto a stabilire il lecito - ciò che delitto non è! - abbiamo una società già compromessa o dal troppo penale (anche il non penale appare spesso di difficile o incerta definizione), o da una mancanza di valori autonomi di etica socio-politica (manca un'etica non legale e non penalistica di comportamento), in quanto frammentata nell'individualismo di singoli o di gruppi le cui ideologie sono oggi un non valore per la generalità».

¹³ PULITANÒ, *Populismi e penale*, cit., 145, segnala l'instaurarsi di un circolo vizioso originato dalla carenza di *accountability* morale e politica, la quale produce un eccesso di penale, che ponendosi come unico criterio di responsabilizzazione tende ulteriormente a ridurre lo spazio proprio di un autonomo giudizio etico e/o politico.

¹⁴ Ancora DONINI, *Il diritto penale*, cit., 28, ammette che «chi dagli anni Settanta del XX secolo in poi, è cresciuto con l'imperativo categorico di evitare l'eticizzazione del diritto penale, si ritrova ora, a mente più lucida, a dover ridiscutere molto di questi *slogans*».

non fossero strumentali alle estemporanee, occasionali esigenze del momento e della contingenza.

A rileggere Beccaria, avendo sullo sfondo la “situazione spirituale” dell’attuale giustizia penale italiana, viene da chiedersi se la sconfitta storica di quelle idee e di quel metodo non sia definitiva e irrecuperabile; se, in particolare, il “tradimento” del legislatore storico, che, invece di dimostrarsi quel saggio e brillante “architetto” del sistema a cui pensava il filosofo, si è comportato come un mercante da strapazzo, pronto a vendere la sua merce d’occasione al migliore offerente, senza sentirsi guidato dalla “moralità” di una strategia di lungo respiro o da un disegno coerentemente perseguito, contrassegni un destino ineluttabile con cui realisticamente confrontarsi, ovvero costituisca un mero accidente della storia, a cui con impegno ed energia si possa anche sperare di porre rimedio.

La predisposizione di uno strumento di garanzia e di uguaglianza come la “legge” non è stata misura assolutamente in grado di riempire la giustizia penale dei contenuti indicati da Beccaria. La sottoposizione dei giudici a leggi e codici, da osservare da parte di tutti senza deroghe, si è presto dimostrata come un traguardo velleitario e solo parziale. Una legge obsoleta, ingiusta, farraginoso, diseguale, oltre che “tradire” le aspettative di chi l’aveva idealizzata come un obiettivo, si mostra incapace di farsi rispettare, mancando di autorevolezza e di una base di consenso. Una legge screditata e dileggiata non ha alcun ascendente “morale” sul quale poter contare, esibisce la “mollezza” di un corpo sfibrato e consunto, lancia fendenti che colpiscono nel vuoto, si esercita con parole scritte sulla sabbia.

Quando Beccaria metteva in guardia contro l’«oscurità delle leggi», identificando come un male «grandissimo» quello di leggi «scritte in una lingua straniera al popolo, che lo ponga nella dipendenza di alcuni pochi, non potendo giudicar da se stesso quale sarebbe l’esito della sua libertà, o dei suoi membri, in una lingua che formi di un libro solenne e pubblico un quasi privato e domestico» (§ V), alludeva ad una tecnica normativa inadeguata; ma la storia è andata ben oltre, perché oggi non solo siamo circondati da leggi “oscuere” nel contenuto, bensì siamo di fronte al tramonto della “forma” legge, alla completa erosione della sua capacità di “fare” diritto.

È tuttavia difficile rinunciare a Beccaria, e rassegnarsi a convivere con il relativismo di una giustizia penale d’occasione, dialogando con la contingenza dei problemi e delle emergenze, nella logica del sano pragmatismo.

Il ritorno a Beccaria sembra, invece, non tanto figlio di un’aspirazione intellettuale fine a se stessa, un velleitario affacciarsi alla finestra ove respirare aria buona per poi ripiegare a svolgere le ordinarie occupazioni. Il ritorno a Beccaria è oggi molto più seriamente una vera e propria “necessità”.

Non perché si debba ancora giurare sulla bontà del “patto sociale” o si debba credere che (solo) di fronte a pene miti si ottiene l’adesione dei consociati alla proposta di non arrecare “danno” ai consociati; semplicemente perché, per esclusione, ogni altra prospettiva risulta catastrofica, in primo luogo la mera “gestione” realistica dell’esistente.

10. In definitiva, dunque, poco importa stabilire se Beccaria fu davvero solo un fortunato sintetizzatore e divulgatore del pensiero altrui¹⁵, più che uno scrittore autenticamente originale, cosa che sarà sempre controversa. Celebrando ancora oggi l’evento della venuta alla luce del libello, più che sulla grandezza dello scrittore ci dobbiamo fermare sullo straordinario contenuto di quelle tavole, assumendole come l’oggettiva realtà di una testimonianza epocale dello sviluppo del pensiero dell’uomo¹⁶.

¹⁵ È questa, testualmente, la sprezzante opinione espressa da MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Torino, 1967, 22. Curiosa la metamorfosi del giudizio di Manzini su Beccaria. Nel Trattato di diritto penale italiano sotto il codice Zanardelli, egli definiva Beccaria come il «genio italiano» che era riuscito a combinare nella sua «mirabile concezione» l’utilitarismo con «il principio mistico dell’espiazione» (*Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1920, 47); nell’omologo trattato sotto il codice Rocco il “merito” della sintesi di principi inconciliabili viene ascritto a Mario Pagano, mentre il Beccaria è soltanto l’autore del «fortunatissimo opuscolo Dei delitti e delle pene [in cui egli] sintetizzò e divulgò le idee filosofico-penali degli enciclopedisti» (*Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, Torino 1933, 61).

¹⁶ La letteratura su Beccaria e su Dei delitti e delle pene è immensa, essendo l’Autore e il suo libro stati studiati da molti punti di vista, in molte discipline e in molti paesi. Per una recente lettura dell’influenza di Beccaria sulla scienza penalistica, in prospettiva storica, MILETTI, *Beccaria nella fondazione della scienza penale. Origine settecentesca di un equivoco*, in *Criminalia*, 2013, 179 ss.