



Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

Comitato di direzione

Stefano Canestrari, Giovanni Canzio,
Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie,
Luciano Eusebi, Alberto Gargani,
Fausto Giunta, Renzo Orlandi, Michele Papa,
Ettore Randazzo, Francesca Ruggieri

Coordinatore

Fausto Giunta

Comitato di redazione

Alessandro Corda, Dario Micheletti,
Daniele Negri, Caterina Paonessa
Vito Velluzzi

Coordinatore

Dario Micheletti

Direttore responsabile

Alessandra Borghini

www.edizioniets.com/criminalia

Registrazione Tribunale di Pisa 11/07 in data 20 Marzo 2007

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2014



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

© Copyright 2015
EDIZIONI ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com
www.edizioniets.com

ISBN 978-884674304-6
ISMN 1972-3857

INDICE

Primo Piano

MARTA BERTOLINO
*Dall'organizzazione all'individuo: crimine economico e personalità,
una relazione da scoprire* 15

MICHELE TARUFFO
Aspetti del precedente giudiziale 37

DIRK VAN ZYL SMIT
La pena dell'ergastolo in un mondo globalizzato 59

THOMAS WEIGEND
Dove va il diritto penale? Problemi e tendenze evolutive nel XXI secolo 75

I grandi temi *Garanzie e garantismo*

ALBERTO DI MARTINO
Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte 91

LUIGI FERRAJOLI
Cos'è il garantismo 129

FRANCESCO MORELLI
*Le garanzie processuali nella morsa dell'ambiguità:
contro la giurisprudenza delle interpretazioni mancate* 143

GIORGIO PINO
L'insostenibile leggerezza della legalità penale 167

I grandi temi *Il discorso di Papa Francesco
all'Associazione internazionale di diritto penale*

FILIPPO MAGGI
Una convergenza (laica) tra sacro e profano 187

LUCIANO VIOLANTE
Populismo e plebeismo nelle politiche criminali 197

Tavola rotonda

Il processo penale italiano a venticinque anni dalla riforma del codice
Nota introduttiva di Renzo Orlandi 211

Ne discutono:

ANTONELLA MARANDOLA

DANIELE NEGRI

LUCA PISTORELLI

FRANCESCO SBISÀ

FRANCESCO ZACCHÈ

Opinioni a confronto

I molti volti del disastro
Nota introduttiva di Alberto Gargani 251

DAVID BRUNELLI
Il disastro populistico 254

STEFANO CORBETTA
*Il "disastro innominato": una fattispecie "liquida" in bilico tra vincoli
costituzionali ed esigenze repressive* 275

GAETANO RUTA
Problemi attuali intorno al disastro innominato 293

Il punto su... Problematiche penali della sicurezza sul lavoro

JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC
*La responsabilità colposa per gli infortuni sul lavoro
 nell'ordinamento penale spagnolo* 307

DARIO MICHELETTI
*La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio.
 Studio sulla tipicità passiva nel reato colposo* 323

OSCAR MORALES
*Questioni fondamentali riguardo al trattamento
 degli infortuni sul lavoro nel diritto penale spagnolo* 365

CARLO PIERGALLINI
Colpa e attività produttive: un laboratorio di diritto "cedevole" 387

CATY VIDALES RODRÍGUEZ
I reati contro la sicurezza e l'igiene sul lavoro nella legislazione spagnola 401

Il punto su... Segretezza della camera di consiglio e diritto all'informazione

RENATO BRICCHETTI
La segretezza della camera di consiglio tornata d'attualità 421

MARGHERITA CASSANO
Il segreto della camera di consiglio 425

Dibattito Il vilipendio al Capo dello Stato, oggi

ANTONIO GULLO
*Eguaglianza, libertà di manifestazione del pensiero e tutela differenziata
 dell'onore: un equilibrio ancora sostenibile?* 435

CATERINA PAONESSA
*Né critiche, né scherzi sul Quirinale? Brevi riflessioni a margine delle
 "offese all'onore o al prestigio del Presidente della Repubblica"* 455

PAOLO VERONESI
*L'offesa all'onore e al prestigio del Capo dello Stato:
sui chiaroscuri di una normativa e di una giurisprudenza da ricalibrare* 483

Diritto vivente *Il luogo pubblico e aperto al pubblico "virtuale"*

GIULIA CHECCACCI
*Facebook come un luogo pubblico:
un caso di "analogia digitale" in malam partem* 503

GIOVANNI TUZET
Luoghi, siti, bacheche. Un caso di interpretazione estensiva 513

Antologia

CRISTIANO CUPELLI
*Equivoci trionfalistici e letture correttive.
Ancora sulle recenti questioni di costituzionalità in malam partem* 521

OMBRETTA DI GIOVINE
A proposito di un recente dibattito su "verità e diritto penale" 539

FAUSTO GIUNTA
*Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali
e regole di giudizio* 561

GIANFRANCO MARTIELLO
*L'uso delle armi da fuoco da parte della polizia nell'attuale
esperienza giuridica tedesca* 589

RENZO ORLANDI
*Il metodo della ricerca. Le istanze del formalismo giuridico e
l'apporto delle conoscenze extranormative* 619

MICHELE PAPA
"A chi legge": l'incipit visionario Dei delitti e delle pene 637

MARIO PISANI
La crudeltà: variazioni sul tema 653

TABLE OF CONTENTS

On the front page

MARTA BERTOLINO

*From the organisation to the individual: economic crime and personhood,
a relationship to be discovered* 15

MICHELE TARUFFO

Some aspects of the judicial precedent 37

DIRK VAN ZYL SMIT

Life imprisonment in a globalised world 59

THOMAS WEIGEND

*Where is the criminal law heading toward?
Problems and evolutionary trends in the 21st century* 75

Big themes *Guarantees and guarantism*

ALBERTO DI MARTINO

*A principle of legality for two? Statute monopoly, EctHR legality
and the judge as a source of law* 91

LUIGI FERRAJOLI

What guarantism really is 129

FRANCESCO MORELLI

*Procedural guarantees caught in the grips of ambiguity:
against case law of missed interpretations* 143

GIORGIO PINO

The unbearable lightness of penal legality 167

Big themes *Pope Francis' speech to the delegation
of the International Association of Penal Law*

FILIPPO MAGGI
A (lay) convergence between sacred and profane 187

LUCIANO VIOLANTE
Populism and proletarianism in penal policies 197

Roundtable

*The Italian criminal trial twenty-five years after the reform
of the Code of Criminal Procedure*
Foreword by Renzo Orlandi 211

Discussants:

ANTONELLA MARANDOLA

DANIELE NEGRI

LUCA PISTORELLI

FRANCESCO SBISÀ

FRANCESCO ZACCHÈ

Confronting opinions

The many facets of the crime of disaster
Foreword by Alberto Gargani 251

DAVID BRUNELLI
The populist disaster 254

STEFANO CORBETTA
*The "nameless disaster": a "liquid" offence hanging in the balance
between constitutional restrictions and demands for repression* 275

GAETANO RUTA
Current issues regarding the offence of nameless disaster 293

Focus on... *Current issues regarding the relationship
between the criminal law and workplace safety*

JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC
*Liability for criminal negligence regarding workplace accidents
in the Spanish legal system* 307

DARIO MICHELETTI
*The exclusive liability of the worker for his own injury.
A study on 'passive actus reus' in crimes of negligence* 323

OSCAR MORALES
*Fundamental questions on the treatment of workplace injuries
in the Spanish criminal law* 365

CARLO PIERGALLINI
*Criminal negligence and manufacturing activities:
a laboratory of "collapsing" law* 387

CATY VIDALES RODRÍGUEZ
Offences against workplace safety and health in the Spanish legislation 401

Focus on... *The secrecy of the deliberation room and the right to information*

RENATO BRICCHETTI
The revamped attention to the secrecy of the deliberation room 421

MARGHERITA CASSANO
The secrecy of the deliberation room 425

Opinion exchange on *Contempt of the Head of State, today*

ANTONIO GULLO
*Equality, freedom of speech and differentiated protection of honor:
a still defensible balance?* 435

CATERINA PAONESSA
*No criticism or joke on the Quirinal? Brief remarks on the criminal offence
of "contempt of the honor and prestige of the Head of State"* 455

PAOLO VERONESI <i>Contempt of the honor and prestige of the Head of State: on lights and darks of a statutory regulation to be fine-tuned</i>	483
Case law <i>The public space open to the “virtual” public</i>	
GIULIA CHECCACCI <i>Facebook as a public space: a case of extension of the application of the criminal law in malam partem by “digital analogy”</i>	503
GIOVANNI TUZET <i>Sites, websites, and walls. A case of extensive interpretation</i>	513
Anthology	
CRISTIANO CUPELLI <i>Triumphalist misinterpretations and remedial interpretations. Some additional remarks on recent questions of constitutionality in malam partem</i>	521
OMBRETTA DI GIOVINE <i>Observations on a recent debate on “truth and the criminal law”</i>	539
FAUSTO GIUNTA <i>Scientific questions and scientific evidence between categories of substantive criminal law and standards of decision-making</i>	561
GIANFRANCO MARTIELLO <i>The use of firearms by police in the current experience of the German legal system</i>	589
RENZO ORLANDI <i>The research method. The instances of legal formalism and the contribution of extra-legal knowledge</i>	619
MICHELE PAPA <i>“To the reader”: the visionary introduction to On Crimes and Punishments</i>	637
MARIO PISANI <i>Cruelty: variations on the theme</i>	653

Antologia

MICHELE PAPA

“A CHI LEGGE”: L’INCIPIT VISIONARIO DEI DELITTI E DELLE PENE ^(*)

«Alcuni avanzi di leggi di un antico popolo conquistatore fatte compilare da un principe che dodici secoli fa regnava in Costantinopoli, frammischiate poscia co’ riti longobardi, ed involte in farruginosi volumi di privati ed oscuri interpreti, formano quella tradizione di opinioni che da una gran parte dell’Europa ha tuttavia il nome di leggi; ed è cosa funesta quanto comune al dì d’oggi che una opinione di Carpzovio, un uso antico accennato da Claro, un tormento con iraconda compiacenza suggerito da Farinaccio sieno le leggi a cui con sicurezza obbediscono coloro che tremando dovrebbero reggere le vite e le fortune degli uomini. Queste leggi, che sono uno scolo de’ secoli i più barbari, sono esaminate in questo libro per quella parte che riguarda il sistema criminale, e i disordini di quelle si osa esporli a’ direttori della pubblica felicità con uno stile che allontana il volgo non illuminato ed impaziente».

C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, “A chi legge” (edizione a cura di F. Venturi, Torino, 1978, 3)

SOMMARIO: 1. Un mirabile *début d’oeuvre*. – 2. La ghigliottina dimenticata. – 3. I criminalisti dell’*ancien régime* nello specchio preparato per “chi legge”. – 4. Attraverso lo specchio: il volto sempre crudele del diritto penale. – 5. L’attualità di Beccaria: una questione non scontata. – 6. Una ricetta buona per ogni tempo?. – 7. Considerazioni conclusive.

1. *Un mirabile début d’oeuvre*

Sono parole di straordinario realismo grafico quelle con cui inizia, a partire dall’edizione del 1776, *Dei delitti e delle pene*¹. Cesare Beccaria apre il sipario e

^(*) Testo della relazione al convegno «Attualità e storicità dei Delitti e delle pene», Verona, 23 e 24 novembre 2014.

¹ “A chi legge” compare solo a partire dalla V edizione del 1776. Si tratta di un’aggiunta motivata dal desiderio di replicare alle reazioni suscitate dall’uscita del volume; particolarmente livorosa era stata quella del monaco veneziano Ferdinando Facchinei (*Note ed osservazioni sul libro Dei delitti e delle pene*, consultabile, nei passaggi più significativi, in C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, *Con una raccolta di lettere e documenti*, a cura di F. Venturi, Torino 1978, 164 ss.). Nelle nuove note introduttive redatte da Beccaria si sente forte il pensiero dei fratelli Pietro e Alessandro Verri, già espresso nella loro personale replica al Facchinei (*Risposta ad uno scritto che s’intitola Note ed osservazioni sul libro Dei delitti e delle pene*, ivi, 178 ss.). Anche rispetto all’aggiunta “A chi legge” si è dunque dubitato che la penna fosse quella di Cesare. Per approfondimenti sulla genesi

mette in scena il sistema penale dell'*ancien régime* in tutta la sua sanguinosa, arbitraria crudeltà. "Chi legge" passa rapidamente dal testo alla visione: davanti agli occhi scorre una rappresentazione drammatica, sapientemente creata con immagini, metafore, di forte fisicità: "avanzi di leggi", "frammischiate", "involve" "farrauginosi volumi", "tormento", "tremando", "scolo de secoli i più barbari"²; addirittura iconografica è la visione di Prospero Farinacci – possiamo figurarcelo nelle carceri papaline di Tor di Nona – che guida, con "iraconda compiacenza", la tortura degli inquisitori³.

L'*incipit* è giustamente celebre; e benché l'immediato seguito del discorso di Beccaria possa deludere, sviluppandosi in quella che – a distanza – può apparire una poco coraggiosa *excusatio* da sospetti di eresia e sovversione, l'iconismo di quelle parole iniziali ha scolpito la memoria e il senso comune dei penalisti, segnando la condanna lapidaria e irrevocabile di un mondo, quello appunto del diritto penale preilluministico⁴. Una condanna che spesso non si limita al periodo dell'*ancien régime*, ma unisce, nel buio della barbarie, tutto ciò che venne prima la c.d. svolta dei Lumi⁵.

dell'*incipit* e delle connesse pagine introduttive, v. *Edizione Nazionale delle opere di Cesare Beccaria, Dei delitti e delle pene*, a cura di Gianni Francioni, con *Le edizioni italiane del «Dei delitti e delle pene»* di Luigi Firpo, Milano, 1984, 301 s.; G. FRANCONI, *Notizia sul manoscritto della seconda redazione del Dei delitti e delle pene* (con una appendice di inediti di Pietro Verri relativi all'opera di Beccaria), in *Studi settecenteschi*, 1985-86, 7-8, 273 s.

² Queste brevi osservazioni riguardano la retorica di Beccaria. Per un'analisi linguistica propriamente condotta, v. G. CARTAGO, *La lingua "dei delitti e delle pene"*, in *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa. Atti del Convegno di studi per il 250° anniversario della nascita promosso dal Comune di Milano*, Bari, 1990, 138 ss.

³ Sulla controversa figura di Prospero Farinacci avremo modo di tornare brevemente. Per una accurata biografia, con allegati vari ed interessanti documenti, v. N. DEL RE, *Prospero Farinacci, Giureconsulto romano (1544-1618)*, Roma 1999.

⁴ A proposito di immagini che scolpiscono la memoria: la comparazione semiotica tra quelle prodotte dal linguaggio e quelle rappresentate dalle arti figurative è sempre di grandissimo interesse. Talora è proprio il realismo della parola scritta a sollecitare l'illustrazione pittorica: è interessante notare che il più significativo volume celebrativo del 250° anniversario della nascita di Beccaria presenta, nelle pagine iniziali e a beneficio di "chi legge", una serie di tavole illustrative: esse riproducono disegni e quadri aventi ad oggetto tipiche icone di crudeltà riconducibili al diritto penale *ancien régime*. L' "A chi legge" del volume celebrativo sviluppa le suggestioni iconografiche di Beccaria passando dalle sue parole alla diretta rappresentazione visuale di quella barbarie. V. *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa, Atti del Convegno di studi per il 250° anniversario della nascita promosso dal Comune di Milano*, Bari, 1990, "Illustrazioni", 25 ss.

⁵ A di là dei luoghi comuni, non mancano ovviamente, anche nella dottrina penalistica recente, analisi ponderate e documentate circa l'evoluzione del diritto penale prima di Beccaria, cfr. A. CADOPPI, *Storia del diritto penale*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, *Parte generale*, I, Torino 2012, 7 ss., cui si rimanda anche per esaustivi riferimenti bibliografici.

La prosa realista, come si sa, è molto efficace nel rendere il discorso verosimile, credibile: per questo ha suscitato, nel corso dei secoli, una ciclica diffidenza, a partire dagli indirizzi di pensiero di matrice platonica che, è altrettanto noto, mettono in guardia dagli inganni dell'imitazione⁶. Ma a parte le riserve di carattere filosofico, ciò che qui preme ricordare è che il realismo non ha solo (anzi, non ha quasi mai) finalità informative⁷. Sia che rappresentino direttamente fatti, sia che diano un corpo alle metafore, le forme del mondo naturale possono essere efficacemente utilizzate, come è notissimo, per proiettare valori, opinioni morali, posizioni politiche; il realismo non serve solo per informare dunque, ma per argomentare, insegnare, convincere. Non è dunque solo veicolo di pensiero cognitivo, ma spesso di pensiero emotivo: esso vuol “spingere chi legge verso una scelta o una azione”⁸.

L'incipit di Beccaria mette in scena, magistralmente come si diceva, la sanguinaria fisionomia di un sistema criminale crudele e caotico, ma ne è chiaro l'intento argomentativo: l'iconografia realista di Beccaria *non è specchio del vero* ma, principalmente, *strumento espressivo dell'ingiusto*⁹.

Beccaria, insomma, vuol “spingere chi legge verso una scelta o un'azione”.

2. La ghigliottina dimenticata

Proprio una ventina di anni prima che Beccaria scrivesse la sua celebre opera, David Hume aveva notato:

⁶ La mimesi del reale insita in molte forme di rappresentazione artistica è, non a caso, vista come inganno e dunque con diffidenza sin dall'antichità greca; *in primis*, come è noto, nel pensiero di Socrate e Platone. Per chi fosse interessato, una buona sintesi storica sulla genesi e la funzione della mimesi del reale operata nella creazione letteraria e sulle critiche che nel tempo l'hanno accompagnata è offerto da: F. BERTONI, *Realismo e letteratura. Una storia possibile*, Torino, 2007, 37 ss. Mai dimenticare, ovviamente, la pietra miliare posta, in argomento, dall'opera magistrale di E. AUERBACH, *MIMESIS, Il realismo nella letteratura occidentale (1942-1945)*, edito in Italia da Einaudi, Torino, voll. I e II, 1972.

⁷ Tra le innumerevoli possibili citazioni, segnaliamo: K.L. WALTON, *Mimesis as Make-Believe. On the foundation of the representational arts*, Cambridge (Mass)-London, 1990.

⁸ Efficacissimo, nel descrivere la differenza tra il pensiero informativo e quello emotivo, S. BLACKBURN, *Essays in Quasi-Realism*, New York-Oxford, 1993, 3.

⁹ Non si ha certo intenzione di biasimare Beccaria per aver effettuato scelte stilistiche e di retorica efficaci (e peraltro ancora così diffuse). A parte ogni altra considerazione, basti ricordare che Beccaria scrive quando neppure la letteratura aveva ancora sviluppato la poetica – che sarà Ottocentesca – della narrazione realista. Si fosse chiesto a lui cosa voleva dire il termine “realismo”, avrebbe probabilmente risposto richiamando la disputa filosofica sugli “universali”, disputa che opponeva i “realisti”, cioè coloro che ritenevano esistente un rapporto “reale” tra i nomi e gli oggetti denominati e i “nominalisti”, cioè coloro che aderivano, piuttosto, ad una visione convenzionalistica, del linguaggio. Siamo dunque lontani dalla piena consapevolezza circa la funzione che una rappresentazione letteraria “visionaria” può avere, proprio perché animata da fini ideologici, nella disputa sui valori morali e politici.

«In ogni sistema morale in cui finora mi sono imbattuto, ho sempre trovato che l'autore va avanti per un po' ragionando nel modo più consueto, e afferma l'esistenza di un Dio, o fa delle osservazioni sulle cose umane; poi tutto a un tratto scopro con sorpresa che al posto delle abituali copule è o non è incontro solo proposizioni che sono collegate con un *deve* o un *non deve*; si tratta di un cambiamento impercettibile, ma che ha, tuttavia, la più grande importanza. Infatti, dato che questi *deve*, o *non deve*, esprimono una nuova relazione o una nuova affermazione, è necessario che siano osservati e spiegati; e che allo stesso tempo si dia una ragione per ciò che sembra del tutto inconcepibile ovvero che questa nuova relazione possa costituire una deduzione da altre relazioni da essa completamente differenti»¹⁰.

Hume stigmatizza la contaminazione tra essere e dover essere, tra fatti e valori, che affligge così spesso l'argomentazione. Secondo il filosofo scozzese, tale contaminazione inficia, da un lato, la corretta informazione sui fatti e, dall'altro la trasparenza della discussione sul dover essere, impedendo che dei valori si possa dialogare a viso aperto. Contro tale errore – o dolo – dell'argomentazione, detto della “fallacia naturalistica”, sarebbe opportuna, secondo Hume, una netta, leale, scissione metodologica tra la fedele descrizione di “ciò che è” e la chiara proposizione di “ciò che deve essere”. È quella che verrà detta “legge di Hume” o anche “ghigliottina di Hume”: una rivoluzionaria macchina ortopedica dell'argomentazione; una macchina che, per la crudeltà del destino, ha lavorato assai meno della ghigliottina sanguinaria di cui costituisce metafora.

La fallacia naturalistica, l'indebita contaminazione argomentativa tra descrizione dei fatti e proposizione di valori, è rimasta – anche oggi – caratteristica diffusa dell'argomentazione, anche di quella penalistica; spesso non si distingue il discorso su “ciò che è” da quello su “ciò che dovrebbe essere”; anzi: la diffusa abitudine a mescolare l'analisi dei fatti e la proposizione di valori da realizzare, la descrizione dell'essere e quella del dover essere, porta a sospettare di deviazione valoriale chi tenti semplicemente di separare i due piani di indagine.

Beccaria ammirava l'empirismo di Hume profondamente: “*la métaphysique profonde de M. Hume, la vérité et la nouveauté de ses vues m'ont étonné, et éclairé mon esprit*”¹¹, ma non è forse la citata “ghigliottina” ciò che più lo interessò nel pensiero del filosofo scozzese¹². Come si diceva sopra, la prosa realista di Beccaria non è specchio del vero ma, principalmente, strumento espressivo dell'ingiusto.

¹⁰ D. HUME, *Opere filosofiche*, I: *Trattato sulla natura umana*, (1739), Bari, 2008, 496 s.

¹¹ C. BECCARIA, *Lettera a A. Morellet*, Milano 26 gennaio 1766, riprodotta in *Dei delitti e delle pene* (a cura di F. Venturi), Torino, Einaudi, 1973, 365

¹² In merito all'influenza di David Hume sull'Illuminismo italiano e su Beccaria in particolare, M. BALDI, *David Hume nel Settecento italiano: filosofia ed economia*, Firenze, 1983, spec. 40 s., 165 s. Sulle premesse psicologiche e gnoseologiche del pensiero di Beccaria, G. ZARONE, *Etica e politica nell'utilitarismo di Cesare Beccaria*, Napoli, 1971, 15 ss.

3. *La criminalistica dell'ancien régime nello specchio preparato per “chi legge”*

Sulla scia di quanto rilevato, si può dunque innanzitutto sottolineare che il giudizio sul diritto penale preilluminista non può essere costretto nella semplificazione operata dall'espressionismo di Beccaria.

Sicuramente ingenerosa è la sua opinione sulla scienza criminale del Cinque-Sei-Settecento: una “inutile calunnia”, ha scritto Piero Fiorelli¹³; parole di “ingenerosa veemenza”, disse –pur nel contesto di una apologia commemorativa di Beccaria – Giacomo Delitala¹⁴. È infatti appena il caso di ricordare che sono proprio i criminalisti citati – assieme a altri, come Tiberio Deciani, risparmiati dall'invettiva di Beccaria – ad aver posto le basi della scienza penale moderna: “almeno per quanto riguarda la delimitazione tra lecito e illecito”, sottolineò sempre Delitala.

Il ruolo fondamentale svolto da quella scienza giuridica è incontestabile: si pensi alla grande influenza che essa ebbe, prima attraverso le varie *Practicae rerum criminalium* e poi grazie ad autori come Tiberio Deciani, nella costruzione delle fondamentali categorie dogmatiche del diritto penale moderno¹⁵, ma anche, molto concretamente, al suo decisivo influsso sulle prime “codificazioni” positive del diritto e della procedura penale (ad esempio, la *Constitutio Criminalis Carolina* del 1532 ma anche nelle varie Ordinanze, Consolidazioni e Ricapitolazioni del diritto penale promulgate in Europa nel corso di quei secoli) e poi sulle stesse codificazioni propriamente dette.

È peraltro utile ricordare come nel mondo pre-illuministico non manchino, assai prima di Beccaria, personalità capaci di esprimere una straordinaria sensibilità per i profili umanitari della giustizia penale e per la mitezza dei castighi. Al frequente richiamo a Tommaso Moro¹⁶, possiamo aggiungere quello a Friedrich Von Spee, gesuita tedesco che scrive nella prima metà del Seicento¹⁷. Anche grazie a recenti, pregevoli, traduzioni della sua opera, un vasto pubblico può oggi leggere agevolmente le pagine di Von Spee, ove si trova una acuta e appassionata

¹³ P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, Milano, 1954, 249, nota 9.

¹⁴ G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Atti del convegno internazionale su Cesare Beccaria*, Torino, 1966, 122.

¹⁵ V per tutti, M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia*, vol. I, Milano 2009, spec. 13 ss., 18 ss., 225 ss.; v. anche M. PIFFERI, *Generalia delictorum, Il tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la “parte generale” di diritto penale*, Milano, 2006, spec. 93 ss., 355 ss.

¹⁶ V., ad esempio, I. MEREU, *La morte come pena*, cit., 65 ss., 108 s.

¹⁷ L'opera principale di Von Spee, uscita nel 1631 e più volte ripubblicata, è stata oggetto, a metà degli anni Ottanta del Novecento, di una nuova, ottima, traduzione italiana (di Mietta Timi) v. F. VON SPEE, *I processi contro le streghe* (*Cautio criminalis*), a cura di A. Foa, 1986, 2^a ed., Roma, 2004.

critica contro il livore oscurantista della caccia alle streghe e contro l'uso della tortura; pagine che anticipano di oltre un secolo gli argomenti di Beccaria¹⁸.

Ma torniamo a Farinaccio e agli altri "cinici" criminalisti dell'*ancien régime*. Quei giuristi, disprezzati da Beccaria e sempre ritenuti a lui "eticamente inferiori", erano forse privi di afflato umanitario, ma erano anche pienamente e sapientemente immersi nell'esperienza giuridica del loro tempo. Erano consapevoli della geografia reale, anche periferica, del sistema penale, delle innumerevoli variazioni concrete delle tipologie criminose, dello strettissimo rapporto tra la descrizione astratta dei reati e i modi attraverso cui gli stessi vengono provati in giudizio. Desiderosi di andare a tracciare, anche nei territori più remoti e per le evenienze più improbabili, come ricordava Delitala, "il confine tra il lecito e l'illecito".

Ma per chi ha davvero a cuore la legalità, molto, se non tutto, sta proprio qui: nel tracciare chiaramente "la delimitazione tra il lecito e l'illecito".

"Tracciare chiaramente" e, aggiungiamo, "efficacemente": in modo cioè che quel confine sia definito e difeso in modo vincente: non solo, dunque, con velleitarie proclamazioni o con le sole parole del diritto positivo, ma attraverso forme e strumenti realmente capaci di "mantenere fermo" il *limes* che separa il lecito dall'illecito: nell'esperienza giuridica concreta, nell'applicazione quotidiana del potere di punire.

Certo, il problema della legittimazione a tracciare il confine tra il lecito e l'illecito penale, il problema del fondamento del potere di criminalizzare questo o quel comportamento viene sentito in modo molto diverso nelle varie epoche storiche.

Oggi avvertiamo come ineliminabile la ricerca della necessaria legittimazione democratica del potere di punire. Ma è una idea dei nostri tempi; estranea a Farinaccio come lo era, in qualche misura, a Beccaria. Certamente Beccaria, a differenza dei criminalisti a lui antecedenti, ha ben ferma l'idea del contratto sociale, ha fede nel valore della volontà generale e dell'utile sociale: "...le sole leggi possono decretar le pene sui delitti, e quest'autorità non può risiedere che presso il legislatore che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale"¹⁹. Ma, evidentemente, quando parla del legislatore, di colui che pone le leggi cui i giudici si devono supinamente adeguare, Beccaria non ha chiara l'idea della rappresentanza politica che si svilupperà nel Novecento. La legalità di Beccaria è sì vincola-

¹⁸ Anche quella della lingua è una barriera che ci separa dalla conoscenza diretta del pensiero pre-illuminista: è paradossale come sia molto agevole leggere i classici del mondo antico – tutti pubblicati in bella, e graficamente accessibile, traduzione italiana – mentre Claro, Deciani, Farinaccio e in generale tutti i giuristi del Cinque, Seicento e Settecento sono sempre confinati nell'originario testo latino; un testo che alla distanza linguistica somma spesso l'osticità dei caratteri originari di stampa, oggi accentuata dalla cattiva (distratta, sciatta) scannerizzazione anastatica delle copie fruibili *on-line*. Lo sottolineiamo, ovviamente, senza dimenticare la bellezza impagabile dei libri antichi e della lingua latina.

¹⁹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § III.

ta, anche nei contenuti, dal contrattualismo e dall'utilitarismo, ma rimane legata alla certezza dei comandi del sovrano: è infatti “il sovrano, che rappresenta la società medesima...”²⁰.

Quali che fossero le ambiguità, i vizi morali, e il cinismo dei giuristi dell'*ancien régime* biasimati da Beccaria, resta insomma la parzialità evidente del suo giudizio. Prospero Farinacci²¹, nelle carceri romane – sia Tor di Nona che Corte Savelle – ci passò sicuramente: forse da carnefice²², come immagina Beccaria; certamente da detenuto, quando fu arrestato²³: difficile che in tali circostanze avesse voglia di pontificare sull'efficacia dei tormenti; difficile non avesse chiarissima, *verum ipsum factum*, la sofferenza umana generata dalla macchina inquisitoria.

Le parole che Beccaria rivolge “A chi legge”, insomma, non paiono affatto rappresentare realisticamente il diritto penale del suo tempo e quello precedente. Le immagini non sono quelle di una *web-cam*, di un periscopio, che riprende ciò che accade in un remoto scenario. La prospettiva non è “visuale”, ma piuttosto, “visionaria”; l'iconografia prodotta dal linguaggio di Beccaria è, come si diceva, generata per fini ideologici: essa non mira ad informare, ma a convincere. Essa vuol “spingere chi legge verso una scelta o una azione”.

Questa contaminazione “visionaria” tra rappresentazione del sistema penale e proposizione di un credo valoriale (fatto di principi, morale, politica, visione dei

²⁰ C. BECCARIA, *ibidem*

²¹ “*Homo nequissimus moribus sed doctrina eximia*”, così lapidariamente lo definì ROBERT-JOSEPH POITIER (*Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae*, V, Napoli, 1825, X, citato da N. DEL RE, *Prospero Farinacci, giureconsulto romano*, cit., 71 nota 2, Prospero Farinacci impersonò, nella sua vita, tutti i ruoli del teatro penalistico: insigne trattatista, Procuratore fiscale dello Stato pontificio, avvocato, nonché, imputato e detenuto. Sulla vita e le opere, v. N. DEL RE, *op.cit.*. V. anche con una colorita rassegna di epiteti negativi, F. CORDERO, *Criminalia, Nascita dei sistemi penali*, Bari, 1986, 339 ss.

²² Come segnalato nella nota precedente, Prospero Farinacci fu anche Procuratore fiscale dello Stato pontificio, dunque a capo, potremmo dire, della macchina accusatoria. Per i riferimenti alla sua condizione di inquisito, v. N. DEL RE, *op.cit.*,

²³ Come riferisce N. DEL RE (*op.cit.*, 14 ss.) Prospero Farinacci, che già aveva perso un occhio in una rissa, fu arrestato a Ponte Sisto alle due e mezza di notte del 29 ottobre 1584 per porto abusivo di arma proibita e tradotto nelle carceri di Corte Savella. Interrogato varie volte, fu poi tradotto nel carcere di Tor di Nona, dove fu rinchiuso nel settore delle segrete per ben cinque mesi. Fu scarcerato solo accidentalmente: dopo la morte del papa Gregorio XIII ebbe la possibilità di evadere in seguito alla “rottura” del carcere ad opera degli stessi detenuti, come accadeva tradizionalmente all'inizio di ogni sede pontificia vacante.

Nel 1595, Prospero Farinacci fu poi investito – ma questa volta senza essere arrestato – anche dell'accusa di sodomia omosessuale. Nel corso del processo contro un tal Bernardino Rocchi, arrestato per violenza sessuale ai danni di un bambino di tenera età, l'imputato raccontò di aver subito, a sua volta, atti di sodomia ad opera di Farinacci. Fu solo grazie alla interposizione di un cardinale che Farinacci riuscì a sottrarsi al processo e alla pena, ottenendo grazia dal papa Clemente VIII. Fu proprio in tale occasione che il pontefice avrebbe detto, giocando sul nome, “la farina è buona, ma assai sporco è il sacco che la contiene”; particolari e riferimenti in N. DEL RE, *op.cit.*, 23 ss.

rapporti civili) rappresenta – nel tanto che ha di bene e in un pochino che ha di “male” – un tratto della scienza penale il cui sviluppo e la cui persistenza dipendono – crediamo – anche da Beccaria.

4. *Attraverso lo specchio: il volto sempre crudele del diritto penale*

Quanto appena rilevato dà modo di passare a qualche breve considerazione sul tema umanitario, un altro tema proposto “A chi legge” con l’efficacia iconografica sottolineata. L’indignazione di fronte alla arbitraria violenza dell’*ancien régime* non può, ovviamente, che essere condivisa; il sistema penale di quei tempi grondava senza dubbio di sangue: il sangue dei corpi straziati, amputati, squartati, torturati²⁴. Questo volto sanguinario e crudele è innegabile; a Beccaria va il merito immenso di aver contribuito in modo determinante al suo superamento. Farinaccio, che pure aveva, come ricordato, sperimentato più volte il carcere da detenuto, non ebbe mai parole anche solo lontanamente paragonabili a quelle di Beccaria.

Ma, anche proposito del tema umanitario e dell’arbitrarietà del diritto penale, bisognerebbe forse distinguere meglio, nel comparare i sistemi penali dell’*ancien régime* e quelli successivi, la diagnostica dei fatti dalle premesse ideologiche che condizionano la nostra valutazione.

Non ci occupiamo di storia, ma, quanto ai fatti, è utile ricordare come l’impatto quantitativo della sanguinaria macchina inquisitoria sia stato, con riferimento ad esempio alla c.d. caccia alle streghe e alla persecuzione dell’eresia, recentemente, e senza *animus* reazionario, da più parti ridimensionato²⁵. D’altro canto, è addirittura un luogo comune constatare con quale efficienza i patiboli abbiano lavorato da Beccaria in avanti, a cominciare dalla poco successiva Rivoluzione francese. Patiboli operanti sia nelle forme delle esecuzioni capitali regolari e ufficiali, sia nel lavoro degli apparati extra-giudiziali, spesso collegati ai vari “stati di emergenza ed eccezione”, succedutisi nel corso dell’Ottocento, del Novecento, e ancora oggi. Tutto ciò anche all’interno di sistemi penali che si professavano e si professano totalmente devoti ai principi umanitari della svolta illuminista²⁶. Ma in fondo, lo stesso Beccaria aveva detto: “io non veggo alcuna necessità di distruggere un cittadino, se non quando la di lui morte fosse il vero e unico

²⁴ Tra le ricostruzioni storiche del diritto penale dell’*ancien régime*, v., da ultimo, A. CADOPPI, *Storia del diritto penale*, cit., 16 ss.

²⁵ V. ad esempio, A. DEL COL, *L’inquisizione in Italia*, Milano, 2006, spec. 193-211, cui si rimanda anche per ulteriori citazioni bibliografiche.

²⁶ Per tutti, I MEREU, *La morte come pena*, cit., 121 ss.

freno per distogliere gli altri dal commettere delitti...motivo per cui può crearsi giusta e necessaria la pena di morte”²⁷.

Non si può dimenticare, inoltre, la radicale demistificazione che dell’umanitarismo illuminista e di Beccaria in particolare, è stata operata a partire dall’opera di Michel Foucault²⁸. Come è noto, l’abolizione dei supplizi atroci, delle pene crudeli, della tortura, e la loro sostituzione con il lavoro forzato e il carcere, entrano, secondo Foucault, in un programma che mira alla “regolazione disciplinare” dei corpi, programma fortemente condizionato dalle nascenti esigenze di manodopera, micro-fisicamente educata, proprie della rivoluzione industriale che viene avviata in Europa a partire dalla metà del Settecento²⁹.

5. L’attualità di Beccaria: una questione non scontata

Ma cerchiamo di indirizzare più direttamente il nostro discorso verso i profili penalistici della questione. Non vi è difatti, in queste pagine, alcuna intenzione di sottoporre Beccaria ad un giudizio storico, cioè ad una valutazione della figura nel confronto con la realtà del tempo e con l’opera dei predecessori³⁰.

Come opportunamente si ricorda, l’opera di Beccaria segna la nascita del diritto penale secolare, razionalistico, garantistico e egualitario³¹. Che il progetto fosse buono, che gli strumenti fossero idonei, che, conseguentemente, sia stato effettivamente capace di realizzare quegli obiettivi poco importa: Beccaria la storia l’ha già giudicato e meritatamente coperto di gloria. Si tratta di un giudizio irrevocabile che è arduo mettere in discussione: a parte la difficoltà di riconsiderare premesse ideologiche ormai tabuizzate, occorrerebbero strumenti metodologici, competenze e un gusto revisionista che non ci appartengono.

Neppure, lo si è chiarito sopra, si vuole sostenere che la rappresentazione della giustizia penale *ancien régime*, da lui effettuata, sia frutto di totale mistificazione. Anche qui, nessun revisionismo è plausibile: la sanguinaria crudeltà, l’arbitrarietà, di quel mondo non l’ha certo inventata Beccaria. Poiché tuttavia il fine ideologico della sua descrizione è evidente, bisogna anche stare molto attenti a non farsi immobilizzare in una visione semplicistica, grottesca e demonizzante

²⁷ C. BECCARIA, op. cit., § XXVIII.

²⁸ Il riferimento è ovviamente alla sua opera, *Sorvegliare e punire. Nascita delle prigioni*, Torino, 1976, spec. 113 ss.

²⁹ B. HARCOURT, “Dei delitti e delle pene” di Beccaria: uno strumento di riflessione sulla storia delle fondamenta del diritto penale moderno, in questa *Rivista*, 2013, 2014, 173 ss.

³⁰ V, da ultimo, M.N. MILETTI, *Beccaria e la fondazione della scienza penale. Origine settecentesca di un equivoco*, in questa *Rivista*, 2013, 2014, 179 ss.

³¹ Efficacemente, F. GIUNTA, *Addio Beccaria?*, in *Giust. pen.*, 2014, 248 ss.

di quel mondo. L'esperienza dei sistemi penali antecedenti la svolta illuministica è complessa, affascinante: quei sistemi presentano evidenti aspetti di postmodernità. Certamente quell'esperienza non corrisponde, come propone una certa vulgata, ad un'era di plurisecolare terrore: come se, fino all'arrivo di Beccaria, il genere umano avesse vissuto in un enorme e duraturo campo di concentramento.

Ma lasciando da parte tutto ciò, che come dicevamo fa parte della valutazione storica, le nostre riflessioni si muovono nell'ottica più limitata del penalista, avendo come riferimento alcune categorie e modelli adottati da Beccaria per affrontare il problema penale e proporre, al suo interno, la realizzazione dei fondamentali valori di garanzia. Indipendentemente dalla valutazione di Beccaria come filosofo e giurista, come "letterato dei suoi tempi", possiamo affermare che la visione e le ricette del suo fortunatissimo libro possano ancora indicare il cammino ai penalisti d'oggi?

La domanda, molto diretta, pare legittima: chi non è storico del diritto può in fondo valutare con animo più esigente l'attualità di una celebrata figura del passato e della sua opera. Lo storico contestualizza, collocando personaggi ed idee nel loro tempo; il giurista del diritto vigente (meglio chiamarlo così che coll'attributo – riduzionistico – di cultore del diritto positivo), tributata la dovuta reverenza ai padri del passato, può porsi più immediatamente il problema della attualità di ciò che da loro è stato scritto, chiedendosi, ad esempio con riferimento a Beccaria, se gli schemi, le forme ordinanti, i principi, gli strumenti di garanzia proposti siano ancora utili per guidare, oggi, la comprensione e la progettazione del sistema penale.

Per sviluppare proficuamente il nostro discorso, occorre dimenticare, per un momento, il contesto celebrativo, le ricorrenze e le cornici dei tanti convegni organizzati a ridosso dei 250 anni dalla pubblicazione *Dei delitti e delle pene*.

Torniamo alla nostra quotidianità accademica e scientifica; difficile negare la presenza di un tratto fondamentale che caratterizza, anche emotivamente, la riflessione e il lavoro di tanti: la consapevolezza, o almeno la convinzione, di vivere un tempo che ha caratteristiche di inedita "unicità", un'epoca senza precedenti, ove l'accelerazione improvvisa della storia pone ai giuristi sfide del tutto nuove, sia sul piano dell'*intelligere* sia sul piano della proposizione di valori e norme. Lo sviluppo tecnologico e scientifico, le nuove forme di comunicazione, le reti economiche globali, i profondissimi mutamenti sociali, l'indecifrabile riassetarsi del rapporto tra individuo e autorità, l'evolversi rapido dello stesso concetto di persona umana, tutto pare muoversi verso la richiesta di nuovi strumenti per comprendere, ordinare, valutare e governare la realtà.

Per quanto riguarda più in particolare il diritto penale, il tema della "modernizzazione" è, come si sa, in discussione almeno dagli anni Novanta del Novecen-

to³². Da allora, la percezione di vivere un tempo di frontiera ha pervaso la dottrina e la giurisprudenza più sensibili, accomunandole nella preoccupazione che la nostra “società della frontiera” sia compresa e guidata, anche al fine di prevenire, nei limiti del possibile, l’anarchia di un nuovo “Ovest selvaggio”.

Non è necessario dilungarsi sul punto, se non per ricordare come tutti i temi fondamentali del diritto penale siano fortemente perturbati dalle trasformazioni contemporanee; tutti gli istituti sono investiti dal mutamento e dalla necessità di ripensamento: dalle fonti del diritto, alla forma codice; dai fondamenti della legalità penale alla ricerca di equivalenti funzionali per alcuni dei suoi corollari (ad esempio, la riserva di legge); dal ventaglio dei “soggetti penalmente responsabili”, con l’ampliamento della responsabilità dalle persona fisiche agli enti, alla personalizzazione delle responsabilità attraverso una profonda rivisitazione del concetto di imputabilità (anche alla luce delle neuroscienze) e di quello di colpevolezza. L’elenco, come dicevamo, potrebbe continuare agevolmente: si pensi al tema delle sanzioni o al principio delle rieducazione, finendo per coincidere, come nella mappa dell’impero scala 1:1., ipotizzata da Borges, con l’intero diritto penale come si presenta ai nostri occhi³³.

Come è stato recentemente notato, proprio sottolineando la distanza tra il diritto penale di oggi e quello auspicato da Beccaria: “siamo nel tempo della decodificazione, del pluralismo selvatico delle fonti, degli ordinamenti multilivello; siamo, si dice, nel tempo degli esiti giurisprudenziali imprevedibili... Tutti segnali di una “entropia giuridica labirintica e nebbiosa, nella quale giuristi e cittadini vagano senza bussola”³⁴. Torna in mente l’affresco di Beccaria: “*Alcuni avanzi di leggi involte in farruginosi volumi di privati ed oscuri interpreti.....frammischiate poscia....*”.

Ma dunque: siamo nuovamente prigionieri di un’ansa degenerata della storia? La nostra convinzione di vivere un tempo unico e inedito non è altro che lo smarrimento di chi è ricaduto in quello stesso caos che Beccaria mostrava iconograficamente “a chi legge” duecento cinquanta anni fa?

³² Per tutti, HASSEMER, *Kernzeichen und Krisen des modernen Strafrecht*, in ZRP, 1992, 378 ss.; PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. di dir. proc. pen.*, 1994, 1238 ss.; PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004, spec. 33 ss, 469 ss. ; STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2003.

³³ Il paradosso di JORGE LUIS BORGES relativo alla Mappa dell’Impero in scala 1:1 è contenuto nel racconto, *Del rigore della scienza*, in *Storia universale dell’infamia*, ora in J.L. BORGES, *Tutte le opere*, I, Milano, 1986, 1253.

³⁴ F. GIUNTA, *Addio Beccaria?*, cit., 250.

6. *Una ricetta buona per ogni tempo?*

Le domande appena formulate sono, come si intuisce, provocatorie e ad esse non si può dare agevole risposta. Ma servono per operare una scelta fondamentale tra due alternative: la riproposizione della ricetta di Beccaria, oppure la ricerca di nuove categorie ordinanti e di nuove forme di garanzia.

Non sfugge, ovviamente, la straordinaria complessità del discorso sull'alternativa delineata. Ma ciò che qui rileva è solo evidenziare i limiti della prima soluzione, quella che si riduce ad invocare un ritorno a Beccaria, inteso non solo come faro morale, ma anche come architetto di un modello di diritto penale valido anche per i nostri tempi, un modello attuale a prescindere da ogni variabile storico-geografica.

Volendosi soffermare brevemente sull'argomento, si può certamente ammettere che l'esperienza giuridica contemporanea, pur nella sua menzionata "unicità", presenti vari profili di somiglianza con quella pre-illuministica che Beccaria aveva sotto gli occhi. Ad esempio, la frammentazione delle fonti, anche penalistiche, l'instabilità e confusione dei dati normativi costituiscono un dato che certamente accomuna le due epoche. Ma anche se fosse così, possiamo ancora riproporre i rimedi che Beccaria indicò nel suo libro, esortando anche oggi ad una analoga rivolta morale contro il disordine delle fonti, l'incertezza delle pene, l'arbitrio dei giudici e poi all'adozione dei medesimi rimedi invocati duecento cinquanta anni fa? Occorre esortare i contemporanei a ritrovare non solo la retta via dei valori perduti, ma anche le vie di quella antica politica criminale ormai smarrita?

Crediamo di no. Non solo perché le soluzioni di Beccaria risultano oggi, al di là dell'anelito morale che esprimono, molto semplicistiche e riduzioniste. Ma anche e soprattutto perché, a parte questo o quel profilo di analogia, le somiglianze tra il tempo dell'*ancien régime* e il nostro non vanno assolutamente sopravvalutate. Le diversità dei contesti sociali, politici, culturali sono profondissime: come assimilare, ad esempio, l'antico antagonismo tra diritto positivo e diritto naturale con le questioni del costituzionalismo contemporaneo, oppure il ruolo dell'*arbitrium judicis* con l'odierno protagonismo creativo dei giudici? Oppure, ancora, la pluralità degli ordinamenti nell'età del diritto comune e la complessità dei rapporti che oggi caratterizzano gli ordinamenti multilivello? L'elenco potrebbe agevolmente continuare.

Un secondo ordine di considerazioni riguarda una questione più profonda che condiziona la comparazione storica, e più in particolare il distinguere, ad esempio, tra epoche in cui imperverserebbe "il caos", il disordine selvatico delle fonti, ed epoche in cui invece regnerebbe l'ordine armonico e cristallino delle leggi. Riducendo ai suoi termini più banali una questione filosofica molto complessa (che ha ad oggetto niente di meno che la possibilità di conoscere effettivamente la realtà) resta il

fatto che, in certa misura, la percezione del disordine giuridico non dipende dallo stato delle cose, ma da una serie di altre variabili. Variabili oggettive e soggettive.

Innanzitutto, tra quelle oggettive, possiamo ricordare come a seconda dei tempi e dei luoghi, muti il rapporto tra regole giuridiche verbalizzate (cioè quelle contenute nelle leggi, nei codici, e, ove ammesso, nel diritto espresso dalle decisioni dei giudici) e quelle regole che la dottrina comparatistica chiama “operazionali”, cioè le regole della prassi, regole in parte sconosciute che governano il determinarsi fattuale dei rapporti sociali e giuridici³⁵. In alcuni sistemi, le regole verbalizzate rispecchiano abbastanza fedelmente le regole operazionali e viceversa; in altri sistemi, le regole verbalizzate si scostano invece notevolmente da quelle effettivamente praticate. Si scostano perché, ad esempio, hanno natura fortemente ottativa, propulsiva; perché esprimono un alto livello di “dover essere”, un auspicio forte verso la realizzazione di valori e principi.

Ma la cognizione, la percezione di un particolare sistema penale come selva disordinata o come armonica architettura è condizionata anche dalla maggiore o minore disponibilità dell’osservatore a separare fatti e valori, dati reali e desideri su come si vorrebbe che il sistema penale fosse.

In qualche misura, vediamo o non vediamo un “sistema penale ordinato” a seconda del mondo che guardiamo: ma la variabile decisiva non è tanto il *dove* o il *quando*, ma il *quale*.

Il cielo, per così dire, è sempre in ordine; la terra è sempre in disordine.

Se guardiamo alla realtà storica della giustizia penale, cioè alla terra, se guardiamo l’esperienza giuridica nel suo svolgersi oltre lo schermo delle verbalizzazioni normative ufficiali, probabilmente troveremo sempre il “disordine”, ad esempio nel conflitto tra fonti formali e sostanziali, nella concorrenza tra poteri, nell’uso arbitrario della pena, nell’imprevedibilità degli esiti processuali etc. Se invece guardiamo al cielo, cioè alla rappresentazione ideale del dover essere giuridico, immaginando che la realtà del mondo coincida con il diritto positivo e con i valori ufficialmente proclamati, allora troveremo sempre lo stesso “ordine”. Ma sarebbe veramente illusorio pensare che alcuni sistemi siano “meno selvatici”, meno disordinati di altri, solo perché più capaci di rimuovere, dall’immaginario, dai discorsi dei giuristi e dallo stesso diritto positivo, la realtà delle cose, deviando l’attenzione sul solo piano ottativo di ciò che deve essere. Non è nascondendo la polvere sotto il tappeto che si fa pulizia.

Insomma, il contrasto così netto tra il diritto penale dell’*ancien régime* e il diritto penale dell’Illuminismo, come quello tra l’ordine delle codificazioni ottocentesche e il caos dei nostri tempi, rispecchia certamente una evoluzione dei sistemi

³⁵ In merito a tale distinzione rinviamo a F. PALAZZO-M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, 3^a ed., Torino, 2013, 41 ss.

stessi – sarebbe folle negarlo – ma costituisce anche, e forse principalmente, un radicale contrasto tra rappresentazioni morali, tra valori professati o taciuti, tra ideologie declamate, tra concezioni della persona e dei rapporti sociali, tra diversi modi di predicare la funzione delle norme e la loro necessaria aderenza alla prassi concreta.

7. Considerazioni conclusive

L'avvertenza che Beccaria indirizza “a chi legge” non pare rappresentare obiettivamente –come abbiamo visto – la realtà del suo tempo; le immagini non sono quelle di una *web-cam*, di un periscopio, che riprende ciò che accade in un remoto scenario. La prospettiva non è “visuale”, ma piuttosto, “visionaria”; l'iconografia prodotta dal linguaggio di Beccaria è generata per fini ideologici: essa non mira ad informare, ma a convincere. È una posizione che si muove sul piano della filosofia morale.

La contaminazione “visionaria” tra rappresentazione del sistema penale e proposizione di un credo valoriale (fatto di principi, morale, politica, visione dei rapporti civili) rappresenta –nel tanto che ha di bene e in un pochino che forse ha di “male” – un tratto della scienza penale il cui sviluppo e la cui persistenza dipendono –crediamo – anche da Beccaria. La tensione morale, encomiabile nei suoi scopi etici, può assecondare, tuttavia, come nell'incipit paradigmatico di Beccaria, una confusione cognitiva tra fatti e valori, confusione che può essere nociva tanto per la disamina dei primi quanto per la efficace promozione dei secondi.

Di fronte alle sfide poste dalla odierna “società della frontiera”, di fronte alla “nuova” caoticità della giustizia, possiamo occuparci del mondo che vorremmo, dell'idea di giusto che desidereremmo si realizzasse, e parlare solo o prevalentemente di questo. Beccaria ha indicato proprio tale direzione e i suoi meriti sono stati, per questo, immensi. Ma la sua –lo diciamo con reverente rispetto – è la ricetta di un filosofo morale³⁶. Non è solo di questo che abbiamo bisogno.

Forse, più che l'accento sui valori, più che la descrizione del dover essere, ciò che oggi merita maggiore attenzione è la visione della realtà. La diagnosi sullo sta-

³⁶ Si ricorda spesso che Beccaria è un utilitarista (cfr., G. NEPPI MODONA, *L'utile sociale nella concezione penalistica di Beccaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 477 ss., *amplius*, G. ZARONE, *Etica e politica nell'utilitarismo di C. Beccaria*, cit.) Senza poter entrare qui nella questione, si può tuttavia sottolineare che non si tratta di un utilitarismo fondato su basi realiste. L'utilitarismo di Beccaria è una ideologia razionalistica degli assetti sociali, una visione morale giustamente preoccupata di imporre, all'individuo, il minor prezzo possibile per la realizzazione del bene comune. Ma anche qui: è il gradimento emotivo per una certa, auspicata, visione dei rapporti sociali che lo anima, non la diagnosi sulla reale praticabilità ed efficacia del sistema delineato.

to fattuale della giustizia penale, sui meccanismi fattuali di imputazione della responsabilità. Abbiamo bisogno di comprendere, anche da questo punto di vista, in che cosa “è unico” il nostro tempo e di elaborare, sulla scia di tale diagnosi, nuove categorie ordinanti dell'esperienza giuridica.

Insomma, bisogna mettere finalmente al lavoro la ghigliottina.

Quella di Hume, ovviamente.

Separando fatti e valori, e interessandoci, ma veramente, anche dei primi. Provando a comprendere, a de-costruire la realtà dei sistemi penali. Per poi elaborare nuove forme giuridiche che assicurino, con efficacia empiricamente fondata, i valori da realizzare, *in primis* quelli fundamentalissimi di garanzia.

L'inattualità di ciò che abbiamo ereditato, da Beccaria come da tutti i grandi del passato, segna il campo del nostro impegno nell'oggi. Non sempre l'insegnamento dei maestri antichi può offrire una paterna e rassicurante ala protettiva, ove ciclicamente cercare riparo. Quel pensiero serve spesso per comprendere quali sono i termini esatti della solitudine con cui dobbiamo affrontare le sfide del nostro tempo.

Il discorso necessita di qualche precisazione finale.

Il desiderio di conoscere empiricamente “lo stato delle cose”, nel nostro caso: *lo stato di fatto di un sistema penale*, costituisce innanzitutto una opzione epistemologica. Tale opzione, che è essenzialmente di metodo, mira alla comprensione del diritto come fenomeno storico, come esperienza concreta e fattuale. Essa non esclude affatto che, dopo tale comprensione, e proprio sulla base di essa, il discorso si sposti sul piano del dover essere e dunque sul piano della progettazione, anche tecnica, di un sistema di norme positive capaci di orientare le condotte dei cittadini e di vincolare le decisioni dei giudici. Insomma: *l'intelligere* si pone come attività preliminare rispetto alla discussione sui valori e sui modi della loro realizzazione, cioè su ciò che si auspica debba essere³⁷. Anche attraverso il diritto positivo.

L'approccio che mira a conoscere la realtà dell'esperienza giuridica come ambito separato e preliminare rispetto alla discussione sul suo dover essere non è mai stato molto popolare nella scienza penalistica. Non è tema da poter sviluppare qui, ma si può notare come l'approccio realista si ponga contemporaneamente in conflitto con vari indirizzi di pensiero che hanno dominato a lungo il panora-

³⁷ Ovviamente, non si vuole con ciò negare la componente necessariamente valutativa del processo conoscitivo. È parimenti noto che la possibilità di distinguere nettamente fatti e valori è a sua volta una premessa filosoficamente contestata. Basti pensare, tra le correnti recenti, alla fenomenologia o all'ermeneutica. Senza toccare minimamente il problema, si può qui sottolineare come la inevitabile componente valutativa che caratterizza ogni interazione con il reale non pregiudichi comunque il tentativo di mantenere l'oggettività del momento conoscitivo e – ciò è molto importante – l'autonomia della successiva discussione sui valori.

ma della scienza penale. Il realismo è visto con ostilità sia nella visione giusnaturalistica del diritto, sia in quella giuspositivista.

In particolare nel giuspositivismo estremo, l'interesse per il diritto come esperienza, e per il chiarimento dei suoi tratti concreti, fattuali (dunque anche: irrazionali, imprevedibili, abnormi, anomici, privi di senso) è sentito un credo antagonista. La scelta in favore del realismo appare una scelta che nega l'importanza del diritto positivo e, di conseguenza, le regole, i principi e i valori lapidariamente indicati dalle norme vigenti. Si tratta tuttavia di una accusa frettolosa e ingiusta: dare infatti la priorità al momento conoscitivo del reale non vuol dire affatto compiacersi per lo stato delle cose e, in particolare, per il fatto che il diritto positivo, ad esempio quello penale di fonte legislativa, non riesca a dominare le decisioni dei giudici e comunque l'esperienza storica. Essere "realisti" è, come si diceva, principalmente una scelta epistemologica; non implica – o almeno non da subito – una opzione sui valori. Neppure, in diritto penale, su quello della stretta legalità. Dubitare che le norme positive vigenti abbiano, nella prassi, l'effettiva capacità di vincolare l'ascrizione della responsabilità penale non vuol dire riconoscere il valore del *nullum crimen sine lege* e sostenere il diritto libero. Una simile accusa ricorda quella dell'Inquisizione romana che, di fronte a chi dubitava che il sistema tolemaico riflettesse il vero, vedeva in tale posizione non una critica gnoseologica, ma un attacco diretto ai valori trascendenti che al sistema tolemaico erano attribuiti.

Quello con chi mescola inestricabilmente fatti e valori è d'altronde, già lo si notava, un dialogo difficile³⁸.

³⁸ Lo stesso Galileo Galilei, come si ricorderà, non la spuntò di certo sostenendo la distinzione tra il piano conoscitivo del reale e quello dei valori religiosi (e cioè provando a usare quella che sarebbe stata la "ghigliottina di Hume"); abiurando chiari piuttosto di non aver mai pensato al sistema copernicano come ad una rappresentazione realistica del cosmo; ma solo come una fantasiosa ipotesi di scuola.

HANNO COLLABORATO AL VOLUME

MARTA BERTOLINO – Professore ordinario nell’Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

RENATO BRICCHETTI – Presidente di Sezione della Corte di Appello di Milano

DAVID BRUNELLI – Professore ordinario nell’Università di Perugia

MARGHERITA CASSANO – Consigliere della Corte di Cassazione

GIULIA CHECCACCI – Perfezionata presso la Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa

STEFANO CORBETTA – Magistrato del Tribunale di Milano

ALESSANDRO CORDA – Post-Doctoral Research Fellow presso la University of Minnesota Law School (USA)

EMANUELE CORN – Research fellow nell’Università di Antofagasta (Cile)

CRISTIANO CUPELLI – Ricercatore nell’Università di Roma “Tor Vergata”

OMBRETTA DI GIOVINE – Professore ordinario nell’Università di Foggia

ALBERTO DI MARTINO – Professore straordinario nella Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa

LUIGI FERRAJOLI – Professore emerito nell’Università di Roma Tre

ALBERTO GARGANI – Professore ordinario nell’Università di Pisa

FAUSTO GIUNTA – Professore ordinario nell’Università di Firenze

JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC – Professore nell’Università di Valencia (Spagna)

ANTONIO GULLO – Professore associato nell’Università di Messina

ALESSANDRA MACILLO – Dottoranda di ricerca nell’Università di Trento

FILIPPO MAGGI – Cultore della materia nell’Università di Ferrara

ANTONELLA MARANDOLA – Professore ordinario nell’Università LUM Jean Monnet

GIANFRANCO MARTIELLO – Ricercatore nell’Università di Firenze

DARIO MICHELETTI – Professore associato nell’Università di Siena

OSCAR MORALES – Avvocato presso lo Studio legale Uría Menéndez

FRANCESCO MORELLI – Ricercatore nell’Università di Ferrara

DANIELE NEGRI – Professore associato nell’Università di Ferrara

RENZO ORLANDI – Professore ordinario nell’Università di Bologna

CATERINA PAONESSA – Dottore di ricerca nell’Università di Firenze

MICHELE PAPA – Professore ordinario nell’Università di Firenze

CARLO PIERGALLINI – Professore ordinario nell’Università di Macerata

GIORGIO PINO – Professore associato nell’Università di Palermo

MARIO PISANI – Professore emerito nell’Università di Milano

LUCA PISTORELLI – Consigliere della Corte di Cassazione

GAETANO RUTA – Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di
Milano

FRANCESCO SBISÀ – Avvocato del Foro di Milano

MICHELE TARUFFO – Professore nell’Università di Girona (Spagna)

GIOVANNI TUZET – Professore associato nell’Università Bocconi di Milano

DIRK VAN ZYL SMIT – Professore nell’Università di Nottingham (Regno Unito)

PAOLO VERONESI – Professore associato nell’Università di Ferrara

CATY VIDALES RODRÍGUEZ – Professore nell’Università Jaume I di Castellón de
la Plana (Spagna)

LUCIANO VIOLANTE – Professore nell’Università di Camerino

THOMAS WEIGEND – Professore nell’Università di Colonia (Germania)

FRANCESCO ZACCHÈ – Professore associato nell’Università di Milano “Bicocca”

Criteri per la pubblicazione

1. Al fine di assicurare la qualità scientifica degli studi pubblicati, il Comitato di direzione di *Criminalia* si avvale del giudizio di Revisori esterni ai quali sono inviati, in forma anonima, gli scritti destinati alla pubblicazione. Ogni scritto pubblicato è stato valutato favorevolmente da due Revisori che lo hanno giudicato l'uno all'insaputa dell'altro.
2. Sono esclusi dall'anzidetto sistema di valutazione preventiva di qualità: a) gli studi già pubblicati in riviste italiane o straniere classificate in fascia A; b) gli studi dei componenti del Comitato di direzione; c) le relazioni, le comunicazioni e gli interventi a convegni; d) gli scritti non giuridici; e) le recensioni di libri e i resoconti dei convegni; f) i contributi richiesti a studiosi o esperti di comprovata competenza e pubblicati nelle rubriche intitolate "*Opinioni a confronto*", "*Tavola rotonda*" o similari.
La pubblicazione di tutti i contributi non sottoposti al giudizio dei revisori di cui al punto 1, è comunque subordinata all'unanime parere positivo del Comitato di Direzione.
3. La documentazione relativa alla procedura di revisione di ciascun lavoro e all'approvazione unanime del Comitato di Direzione è conservata a cura della Redazione di *Criminalia*.

Revisori

Elio R. Belfiore	Giulio Illuminati	Vania Patanè
Marta Bertolino	Gaetano Insolera	Paolo Patrono
Alberto Cadoppi	Sergio Lorusso	Massimo Pavarini
Giampaolo Demuro	Vincenzo Maiello	Davide Petrini
Alberto di Martino	Ferrando Mantovani	Carlo Piergallini
Vittorio Fanchiotti	Luca Marafioti	Tommaso Rafaraci
Giovanni Fiandaca	Enrico Marzaduri	Lucia Risicato
Giovanni Flora	Oliviero Mazza	Placido Siracusano
Luigi Foffani	Nicola Mazzacuva	Luigi Stortoni
Désirée Fondaroli	Alessandro Melchionda	Paolo Veneziani
Gabriele Fornasari	Sergio Moccia	
Roberto Guerrini	Vito Mormando	

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di settembre 2015