



Vol. V, fasc. 1/2016

Data di pubblicazione: 1° giugno 2016

Cesare Beccaria. Note per una lettura costituzionale su “Dei delitti e delle pene”*

di

Antonio D’Aloia*

1. C’è sempre il rischio, quando si ricorda un grande pensatore del passato, e di un passato anche lontano, di forzare un po’ la mano e di trovare riflessi, insegnamenti, riferimenti attuali anche dove non ci sono, o dove il tempo e il mutamento dei contesti hanno prodotto una discontinuità molto marcata.

Mi sento di dire che con Beccaria questo rischio è molto attenuato. 250 anni sembrano quasi scomparire di fronte alla sorprendente modernità di alcune riflessioni e intuizioni di questo Autore, la cui massima espressione è proprio in questo libro giustamente celebrato, e che ha avuto, in occasione del suo ultimo importante anniversario (appunto, 250 anni), l’onore inconsueto, per un’opera giuridica, di un programma radiofonico dedicato ad esso su una delle principali reti nazionali (quando si dice “Servizio Pubblico”).

2. La rilevanza del pensiero di Beccaria, la sua eredità (non solo) teorica, superano i confini ‘nazionali’.

“The Birth of American Law. An Italian Philosopher and the American Revolution”, è il titolo di un intenso e accurato volume del giurista americano John Bessler, dedicato proprio all’importanza e all’influenza dell’elaborazione

* Il presente scritto riproduce con una serie di modifiche e di aggiunte, per lo più bibliografiche, un intervento come discussant al Seminario di John D. Bessler, Beccaria and the Birth of American Law, Parma, 23 ottobre 2014. Le citazioni di Beccaria riportate nel testo sono riprese da un’edizione del 1991 a cura di A. Burgio, pubblicata dalla casa editrice Feltrinelli di Milano.

** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale, Università di Parma.

di Cesare Beccaria (il cui libro è stato tradotto in inglese per la prima volta nel 1767 dall'editore John Almon) nel dibattito politico e giuridico che ha accompagnato l'esperienza fondativa del costituzionalismo americano, fin dalla fase della Dichiarazione di Indipendenza del 1776.

Come spiega John Bessler, i riflessi dell'elaborazione di Beccaria non investono solo l'ambito del diritto penale (dove, come mostra l'A., tracce esplicite della dottrina del Maestro milanese si evidenziano ad esempio sia nei lavori di riforma del Codice penale della Pennsylvania del 1786, sia nel dibattito sul famoso e controverso II emendamento della Costituzione del 1787, secondo cui "the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed"), ma più in generale il tema della libertà, della ricerca di un diritto umano e ragionevole, della costruzione di un nuovo patto di cittadinanza fondato su leggi più giuste e coerenti con gli interessi del popolo, influenzando in modo profondo la cultura politica americana soprattutto negli anni a cavallo tra la Dichiarazione di Indipendenza e la Convenzione di Philadelphia (cfr. J. Bessler, op. cit., 75 ss., 124 ss., 219 ss., 391 ss.).

3. Il libro di Beccaria è comunemente (e giustamente) considerato come una sorta di testo sacro del diritto penale moderno, e, più in generale, "la bandiera di uno dei più vari e profondi movimenti di riforma del secolo" (F. Venturi, *Settecento riformatore*, tomo V*, Torino, 1987, 443).

Il pensiero penale illuministico (penso anche a Verri, Pagano, Filangieri, e prima dello stesso Beccaria al toscano Giuseppe Pelli, ricordato per una sua dissertazione inedita "Contro la pena di morte" di tre anni precedente il volume di Beccaria proprio da uno dei massimi studiosi dell'intellettuale milanese, vale a dire Philippe Audegean, in *La Philosophie de Beccaria. Savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Paris, 2010), pur nella diversità talvolta profonda delle premesse culturali che ispirano le diverse posizioni, supera tuttavia i confini

della disciplina specifica del diritto penale per configurarsi come una teoria generale del diritto incentrata sui diritti umani e sul primato della persona, e una proposta di rinnovamento degli assetti politici e istituzionali.

Diritto penale e diritto costituzionale si fondono in un unico, complessivo programma di civiltà giuridica. Alcune affermazioni di Beccaria sono quasi integralmente trascritte in quello che è considerato uno dei documenti fondativi del costituzionalismo moderno, vale a dire la Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789. E' soprattutto l'eguaglianza (per i delitti e le pene "degli uomini plebei" e dei "grandi e dei magistrati", "per primo e per l'ultimo cittadino", §§ VIII e XXI) il filo conduttore del progetto di un nuovo diritto penale.

4. Voglio dedicare questo breve scritto ad illustrare i principali riflessi costituzionali di questo libro, considerato "il primo capolavoro europeo del nuovo umanesimo illuministico (V. Ferrone, Storia dei diritti dell'uomo. L'illuminismo e la costruzione del linguaggio politico dei moderni, Roma-Bari, 2014, 234), e la sua capacità quasi profetica di parlare con spunti davvero attuali di alcuni problemi di oggi. Lo farò con riferimento soprattutto all'esperienza costituzionale italiana, anche se alcune considerazioni hanno una portata costituzionale che trascende un singolo ordinamento statale.

La premessa sulla origine delle pene è in realtà una perfetta descrizione del "mistero" del diritto, e del fondamento 'contrattualista' del potere (come ricorda M. Luciani, Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico, in Rivista AIC, 2006, "il potere, per un verso, è un nemico dal quale difendersi erigendo garanzie a protezione dei diritti; per l'altro è il soggetto che a quelle garanzie consente di esistere e di funzionare, tanto è vero che dove non vi è potere non vi è rimedio alle "ingiustizie").

Per Beccaria, “le leggi sono le condizioni, con le quali gli uomini indipendenti e isolati si unirono in società, stanchi di vivere in un continuo stato di guerra e di godere di una libertà resa inutile dall’incertezza di conservarla. Essi ne sacrificarono una parte per goderne il restante con sicurezza e tranquillità. La somma di tutte queste porzioni di libertà sacrificate al bene di ciascheduno forma la sovranità di una nazione, ed il sovrano è il legittimo depositario ed amministratore di quelle...” (§ 1, 37).

In altri termini, sono i diritti, in fondo, a giustificare la prescrittività stessa della regola giuridica e dell’ordinamento giuridico come sistema organizzato di regole.

In sostanza, il “mistero” del diritto e della sua vincolatività risiede su una sorta di principio di non contraddizione, nel senso che l’uomo si sottomette alla regola giuridica per convivere, più o meno pacificamente, con altri uomini, mentre se rifiuta l’osservanza della regola giuridica, non può poi pretendere di essere difeso nei confronti della altrui inosservanza che si ripercuote negativamente sui suoi interessi (come scrive Angiolini in uno scritto su “Il diritto degli individui” (Torino, 2005, 6), “non sono le regole dell’ordinamento, supposte come sovraordinate, a concedere o ad accordare diritti soggettivi agli individui, ma sono viceversa questi stessi individui che, per ricevere protezione delle loro posizioni soggettive, soggiacciono e non si sottraggono alle regole dell’ordinamento”).

Qui trova la sua giustificazione e il suo fondamento anche il principio di legalità, il fatto che “le sole leggi possono decretare le pene su i delitti, e quest’autorità non può risiedere che presso il legislatore che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale” (§ III) (su questa considerazione di Beccaria, v. le acute riflessioni di G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976, 468).

Questa frase di Beccaria viene quasi integralmente ripresa in una sentenza della Corte Costituzionale del 1989 (la n. 487), nella quale la Corte conferma che le leggi penali possono essere adottate solo dal Parlamento nazionale, e che quando la Costituzione riserva alla legge la potestà di stabilire reati e pene, si riferisce solo ed esclusivamente alla legge statale.

Questo è ovviamente un punto forte di distinzione tra il nostro assetto costituzionale e quello di un Paese federale come gli USA. Da loro gli Stati, che sono il livello di Governo 'locale', hanno una competenza legislativa che può spingersi anche sul terreno del diritto penale: basti pensare alla differenziazione delle politiche statali in tema di pena di morte o di trattamento delle recidive.

L'Italia non è un Paese federale, al di là di qualche 'manomissione' propagandistica che di questa parola è stata fatta negli ultimi anni, coinvolgendo lo stesso legislatore (penso alla legge n. 42 del 2009, intitolata "Delega al Governo in materia di federalismo fiscale ...").

Il diritto penale è uno dei contenuti irrinunciabili dell'unità. Oggi questo principio è esplicitamente affermato nell'art. 117 Cost. Non era così (almeno non esplicitamente) all'epoca della sentenza prima citata.

il Giudice costituzionale, mentre riconosce che la "dottrina e giurisprudenza che, in assoluta maggioranza, limitano la riserva di legge penale alla sola legge statale (in sede di vicende costitutive della punibilità) e che, pertanto, escludono ogni legittimità (nella stessa sede) di leggi penali regionali, appaiono a disagio allorché si tratta di scegliere la disposizione costituzionale sulla quale fondare la pur comune conclusione...", àncora il carattere statale della legge penale alla particolare natura del Parlamento come organo che "vede riunito, attraverso i suoi rappresentanti, tutto il popolo sovrano: e questo non può legiferare <contro se stesso> [...] é la società tutta che attende che l'esercizio del potere legislativo penale, direttamente od attraverso i suoi rappresentanti, non avvenga arbitrariamente bensì <per il suo bene e nel suo interesse>".

E qui la Corte riporta la frase di Beccaria (“tutta la società unita per un contratto sociale”, §III, 39), senza nemmeno citare la fonte. Non c’è bisogno di farlo.

5. Legalità e determinatezza della fattispecie penale: in Beccaria, questo legame, che è centrale nelle attuali formulazioni costituzionali sui delitti e sulle pene, è particolarmente rafforzato.

La stessa facoltà di interpretazione delle leggi non “può risiedere presso i giudici criminali per la stessa ragione che non sono legislatori [...] In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore deve essere la legge generale, la minore l’azione conforme o no alla legge; la conseguenza la libertà o la pena” (§ IV, 41); per Beccaria, l’obiettivo da realizzare è quello di “un codice fisso di leggi, che si devono osservare alla lettera, [che] non lascia al giudice altra incombenza che di esaminare le azioni dei cittadini, e giudicarle conformi o difformi alla legge scritta”.

Non c’è dubbio che questa visione della legalità appare troppo chiusa in un sillogismo irrealistico, ed è oggi superata dalla progressiva scoperta dell’ampio e necessario spazio interpretativo del giudice. Secondo una autorevole dottrina costituzionalistica (R. Balduzzi –F. Sorrentino, *Riserva di legge*, in *Enc. Dir.*, vol. XL, Milano, 1989, 1216-1217), la riserva di legge in materia di determinazione dei reati è assoluta nei confronti del potere esecutivo, ma inevitabilmente relativa nei confronti del potere del giudice di adattare il diritto al caso, e di attribuire significati concreti alle parole della legge.

Voglio richiamare per una conferma solo la recente sentenza della Corte Costituzionale sul reato di stalking (la n. 172 del 2014).

La Corte ha ritenuto conforme al principio di determinatezza delle fattispecie penali, codificato dall’art. 25, secondo comma, della Costituzione, l’art. 612 bis del codice penale, che appunto punisce «chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di

ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita».

La Corte richiama la sua giurisprudenza, secondo la quale per verificare il rispetto del principio di determinatezza, «occorre non già valutare isolatamente il singolo elemento descrittivo dell'illecito, bensì collegarlo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa s'inserisce» (da ultimo, sentenza n. 282 del 2010).

“L'esigenza costituzionale di determinatezza della fattispecie, ai sensi dell'art. 25, secondo comma, Cost., non coincide necessariamente con il carattere più o meno descrittivo della stessa, ben potendo la norma incriminatrice fare uso di una tecnica esemplificativa (sentenze n. 79 del 1982, n. 120 del 1963 e n. 27 del 1961), oppure riferirsi a concetti extragiuridici diffusi (sentenze n. 42 del 1972, n. 191 del 1970), ovvero ancora a dati di esperienza comune o tecnica (sentenza n. 126 del 1971). Il principio di determinatezza non esclude, infatti, l'ammissibilità di formule elastiche, alle quali non infrequentemente il legislatore deve ricorrere stante la «impossibilità pratica di elencare analiticamente tutte le situazioni astrattamente idonee a “giustificare” l'inosservanza del precetto e la cui valenza riceve adeguata luce dalla finalità dell'incriminazione e dal quadro normativo su cui essa si innesta» (sentenze n. 302 e n. 5 del 2004)”.

D'altro canto, Beccaria si mostra perfettamente consapevole che interpretare è un po' legiferare. Per lui, però, i giudici non possono interpretare perché altrimenti rischierebbero di diventare legislatori.

6. Scrive ancora Beccaria che “l'oscurità strascina seco necessariamente l'interpretazione” (§ V, 43).

Ora, a prescindere dalla posizione troppo rigida, e oggi inaccettabile (almeno nella sua versione estrema), sull'interpretazione come malattia del diritto (quando invece ne è un fattore di dinamismo), questo è un tema straordinariamente moderno e ancora oggi (o dovremmo dire soprattutto oggi) fondamentale.

Beccaria collega la prevenzione dei delitti all'impegno a scrivere leggi "chiare", "semplici", e non "scritte in una lingua straniera al popolo, che lo ponga nella dipendenza di alcuni pochi, non potendo giudicar da se stesso qual sarebbe l'esito della sua libertà..." (§ V) (sul collegamento tra scrittura normativa e sillogismo giudiziario nell'interpretazione di Beccaria, v. G. Tarello, *Storia*, cit., 469; e John M. Kelly, *Storia del pensiero giuridico occidentale*, Bologna, 1996, 372).

Una delle più dense e importanti sentenze della Corte Costituzionale nel campo del diritto penale è quella sul principio della inescusabilità dell'ignoranza della legge penale (sent. 364/1988).

Per arrivare alla conclusione che in alcuni casi l'ignoranza è inevitabile, non può essere addossata al cittadino, perché è l'effetto di norme oscure, contraddittorie, farraginose, la Corte svolge un ragionamento molto profondo sulla dimensione contrattualistica che lega il principio di riserva di legge penale e l'obbligatorietà della legge penale: "lo Stato assicura i cittadini che non li punirà senza preventivamente informarli su ciò che è vietato o comandato ma richiede dai singoli l'adempimento di particolari doveri" (primo fra tutti il dovere di informazione) "mirati alla realizzazione dei precetti <principali> relativi ai fatti penalmente rilevanti".

Ma appunto, dietro lo schema dell'obbligatorietà della legge per effetto della sua pubblicazione, c'è "il contemporaneo adempimento da parte dello Stato di altri doveri costituzionali: ed in prima, di quelli attinenti alla formulazione,

struttura e contenuti delle norme penali. Queste ultime possono essere conosciute solo allorchè si rendano «riconoscibili»”.

Secondo la Corte, “il principio di «riconoscibilità» dei contenuti delle norme penali, implicato dagli artt. 73, terzo comma e 25, secondo comma, Cost.”, richiede che il diritto penale “costituisca davvero la extrema ratio di tutela della società, sia costituito da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di <rilievo costituzionale> e tali da esser percepite anche in funzione di norme <extrapenali>, di civiltà, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare”.

E' una sentenza di grande impatto sul sistema penalistico, le cui implicazioni non sono ancora completamente esplorate e applicate.

La conoscibilità e la qualità della legge (non solo) penale come diritto fondamentale, e come impegno delle istituzioni riconducibile al principio dell'eguaglianza sostanziale: una legge oscura è infatti, secondo la formula del secondo comma dell'art. 3, un ostacolo alla piena ed effettiva libertà del cittadino e alla sua partecipazione alla vita politica, economica e sociale.

Non solo le leggi devono essere chiare e semplici, ma 'poche', e le due cose sono sicuramente collegate.

Diverse volte la Corte Costituzionale (v. ancora la sent. 487/89) ha stigmatizzato l'inflazione di una normazione penale ipertrofica e disordinata, che invece, secondo la Costituzione, “dovrebbe esser ridotta al minimo indispensabile al raggiungimento (attraverso l'incriminazione di gravi modalità di lesione di beni costituzionalmente significativi od almeno socialmente rilevanti) delle elementari condizioni del vivere democratico”.

7. Beccaria, come Romagnosi, Mario Pagano, Pietro Verri, avvia il processo di attrazione del diritto penale nella sfera dell'umanità, della moderazione e

proporzione della pena, della dignità umana, dei diritti fondamentali: in una parola, del discorso costituzionale (v. ancora John M. Kelly, *Storia*, cit., 330).

La sua contestazione della tortura e del carattere disumano delle pene cade in un momento storico in cui la pena –in molti casi- è ancora spettacolo cruento, esibizione del corpo del condannato, rappresentazione della sofferenza come vendetta, una sorta di ‘teatro dell’atroce’ (M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, Milano, 1976, p. 69). Michel Foucault (1976, p. 5-11) descrive questo contesto all’inizio del suo libro “*Sorvegliare e punire*” con il racconto di un supplizio esemplare e spaventoso di un parricida sulla pubblica piazza di Amsterdam nel 1757, appena 7 anni prima dell’opera che oggi celebriamo e discutiamo; e sottolinea il paradossale scambio di ruoli che questo modo di gestire la pena rischia di innescare: “quel rito che concludeva il crimine viene sospettato di mantenere con questo losche parentele: di eguagliarlo, se non sorpassarlo, nell’essenza selvaggia, di abituare gli spettatori a una ferocia da cui si voleva invece distoglierli...”.

Lo fa proprio richiamando Beccaria quando dice: “l’assassinio, che ci viene presentato come un crimine orribile, noi lo vediamo commettere freddamente, senza rimorsi”.

Uno studioso americano, George Fisher (*The Birth of the Prison Retold*, in 104 *Yale L.J.*, 1995, 1235 ss. (1995), collega la fama di Beccaria in America all’epoca della guerra di indipendenza, proprio al fatto che nelle riflessioni del pensatore milanese c’era un’alternativa netta, radicale, al carattere violento e arbitrario della legislazione penale inglese applicata nelle colonie.

Più in generale, la pena non deve essere eccessiva o sproporzionata (rispetto ai delitti), secondo un indirizzo ben tracciato da Montesquieu e ripreso poi da Blackstone (John M. Kelly, *Storia*, cit., 371), ma pronta, certa, “la minima delle possibili nelle date circostanze” (§ XLVII, 115). Il diritto penale non deve minacciare conseguenze esemplari che poi non riesce a mantenere, ovvero

ricercare una 'equivalenza di orrore' (Vedi ancora M. Foucault, op. cit., 1976, 101, che ricorda l'interrogativo retorico di Beccaria: "Le grida di un disgraziato nei tormenti, possono richiamare, dal seno del passato che non ritorna più, un'azione già commessa?": § XII, 54) con il crimine perpetrato. Ma deve invece essere capace di imprimere certezza e rapidità al suo versante applicativo, al processo.

Dice Beccaria che "quanto minore è la distanza del tempo che passa tra la pena e il misfatto, tanto è più forte e più durevole nell'animo umano l'associazione tra queste due idee, delitto e pena..." (§ XIX, 67-68).

Siamo ancora oggi, dopo 250 anni, dentro questi problemi, tra durata irragionevole dei processi, e casualità e paradossi dell'impunità collegati alla disciplina della prescrizione.

Sono davvero tanti gli echi, non sempre consapevoli o dichiarati, delle riflessioni di Beccaria sui passaggi che hanno accompagnato l'evoluzione costituzionale del diritto penale italiano.

Come non ricordare, ad esempio, le considerazioni sull'inutilità del giuramento religioso nel processo: non siamo ancora, ovviamente, al principio di laicità che ritroveremo nelle sentenze della Corte Costituzionale che hanno dichiarato illegittime costituzionalmente le formule che imponevano ai testimoni di giurare davanti a Dio, o semplicemente di giurare.

Però si legge in un passo che "gli affari del cielo si reggono con leggi affatto dissimili da quelle che reggono gli affari umani. E perché compromettere gli uni con gli altri?" (§ XVIII, 67).

8. La pena di morte ('la più politica delle pene', come scrive nel titolo del suo libro D. Galliani, Assisi, 2012) è il simbolo di quel programma di ridefinizione in senso 'mite' o 'dolce' della pena. Di certo, all'opera di Beccaria si ispirò la prima legislazione abolizionista della pena di morte, quella del Granducato di

Toscana nel 1786 (Sul codice leopoldino, che sostituiva la pena di morte con la pena dei lavori pubblici in perpetuo, v. G. Tarello, *Storia*, cit., 551).

Il rifiuto della pena di morte, pur non assoluto perché Beccaria ne ammette la legittimità in alcuni casi estremi (“La morte di qualche cittadino diviene dunque necessaria quando la nazione ricupera o perde la sua libertà, o nel tempo dell’anarchia, quando i disordini stessi tengon luogo di leggi”, § XXVIII, 80), è però netto e costruito su molti e solidi argomenti, tra cui soprattutto la sua irreversibilità ed irreparabilità, il suo carattere non meno violento (anzi “perpetrato a freddo, premeditato, a volte posto in essere a distanza di molti anni dal fatto”, v. P. Veronesi, *A proposito di Il diritto di uccidere. L’enigma della pena di morte* (a cura di P. Costa), in *Il delitto della pena*, a cura di F. Corleone e A. Pugiotto, Roma, 2012, 41), il paradosso per cui “parmi un assurdo che le leggi, che sono l’espressione della pubblica volontà, che detestano e puniscono l’omicidio, ne commettono uno esse medesime, e, per allontanare i cittadini dall’assassinio, ordinino un pubblico assassinio”. Ed è una ‘proposta clamorosa’ (V. Ferrone, *Storia dei diritti dell’uomo*, cit., 235-237) per quel tempo, fortemente criticata da Kant, Hegel, Filangieri. Come ricorda Franco Venturi, nella sua monumentale opera “Settecento riformatore” (tomo V*, Torino, 1987, 314), in quegli stessi mesi, un Editto del Cardinale Camerlengo dello Stato Pontificio, sanzionava con la pena di morte l’ esportazione di pane fuori dalle mura, in un periodo di gravissima carestia: “il contrasto tra quelle pagine e l’impaurito editto del cardinale camerlengo misura tutta la distanza che correva tra le speranze dei filosofi e la realtà dello Stato pontificio”.

L’art. 27, comma 4, della nostra Costituzione, recentemente modificato con l’eliminazione totale della possibilità della pena di morte anche nell’ordinamento militare o nelle situazioni di guerra (l. cost. 1/2007, su cui v. A. Pugiotto, *Nessuno tocchi Caino, mai: ragionando attorno alla legge costituzionale n. 1 del 2007*, in *Il delitto della pena* (a cura di F. Corleone e A.

Pugiotto), cit., 45 ss.), ha una derivazione diretta dalla riflessione di Beccaria. Ci sono precisi riferimenti alle ‘voci ammonitrici del passato’ (e tra queste, soprattutto a Beccaria) in molti interventi nel dibattito in Assemblea Costituente.

La stessa Corte Costituzionale, nella famosa sentenza sul caso Venezia (223/96) ha parlato di “un principio «che in molti sensi può dirsi italiano»” - richiamando “parole tratte dalla relazione della Commissione dell’Assemblea costituente al progetto di Costituzione, nella parte dedicata ai rapporti civili”; principio che “si configura nel sistema costituzionale “quale proiezione della garanzia accordata al bene fondamentale della vita, che è il primo dei diritti inviolabili dell’uomo riconosciuti dall’art. 2”. In questo senso, il divieto della pena di morte è un ‘principio supremo’ dell’ordinamento costituzionale, ormai non più modificabile nemmeno con una legge costituzionale (D. Galliani, *La più politica*, cit., 77).

L’art. 27, quarto comma, letto alla luce dell’art. 2 della Costituzione, diventa un ostacolo insuperabile ad ogni normativa che dia esecuzione a trattati internazionali di estradizione e di assistenza giudiziaria. Già in una precedente sentenza del 1979 (la n. 48), il Giudice costituzionale aveva affermato che il concorso, da parte dello Stato italiano, “all’esecuzione di pene che in nessuna ipotesi, e per nessun tipo di reati, potrebbero essere inflitte in Italia nel tempo di pace” è di per sé “lesivo della Costituzione” (sentenza n. 54 del 1979).

Oggi la riflessione costituzionalistica è oltre questo livello del problema. Almeno da noi, e in Europa, è così. Com’è noto, invece, ancora molti Stati americani prevedono (e applicano) la pena capitale; nel tempo, la Corte Suprema Federale, pur con decisioni molto controverse, è arrivata a dichiarare incostituzionale la pena di morte per i ritardati mentali (*Atkins v. Virginia*, del 2002), i minori prima di anni 16 (*Thompson v. Oklahoma* del 1998), poi di anni 18 (*Roper v. Simmons*, del 2005) al momento del delitto, in quanto (almeno in queste

specifiche circostanze) costituisce un “cruel and unusual punishment” (vietato dall’VIII emendamento), e lede la clausola del due process (XIV emendamento): in quest’ultima decisione, come era già successo in un altro caso molto controverso (*Lawrence v. Texas*, del 2003, sulla illegittimità costituzionale delle sodomy laws), l’opinione di maggioranza sente il bisogno di confrontarsi con gli orientamenti della cultura giuridica europea, e in particolare con le posizioni della Corte EDU, perché “the opinion of the world community, while not controlling our outcome, does provide respected and significant confirmation for our own conclusions” (in argomento v. L. Tribe, *The invisible Constitution*, Oxford-New York, 2008, 183).

Il ripudio della pena di morte viene esteso ad altre pene che manifestano una natura simile. Il riferimento è all’ergastolo, al carcere a vita, ritenuto riconducibile alla stessa categoria dell’Ultimate Punishment (per usare l’espressione che dà il titolo al libro di Scott Turow sulla pena di morte): come dice A. Pugiotto (Una quaestio sulla pena dell’ergastolo, in *Volti e maschere della pena*, a cura di F. Corleone e A. Pugiotto, Roma, 2013, 322), “entrambe sono privazione di vita perché cancellazione di futuro, azzeramento di ogni speranza, amputazione dal consorzio umano. Attraverso l’ergastolo, infatti, lo Stato si prende la vita del condannato senza togliergliela [...] Entrambe esprimono un assolutismo retributivo che esige la vita di chi ha soppresso una vita, rivelando così l’assenza di ogni valenza risocializzativa”.

9. Analogamente, la ricerca moderna di una ‘dolcezza delle pene’ trova la sua espressione più significativa e controversa nel tema dello statuto giuridico dei detenuti, e della conformità della condizione carceraria, così come è effettivamente configurata, con il principio costituzionale secondo cui la pena deve tendere alla rieducazione del condannato.

Come ha affermato con parole di grande spessore valoriale Gaetano Silvestri (in *La dignità umana dentro le mura del carcere*, Roma, 2014, paper dell’intervento

svolto al Convegno “Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torregiani della CEDU”, 3) la nozione di ‘rieducazione del condannato’ implica “l’aiuto al soggetto perché si possa predisporre ad un nuovo inserimento nella società, sulla base del recupero del significato della convivenza e della legalità. Non solo quindi sono vietati i trattamenti “contrari al senso di umanità” (aspetto negativo, coperto da un divieto), ma è giuridicamente necessario che la struttura carceraria fornisca strumenti concreti perché il detenuto eserciti tutti i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione (il riferimento è soprattutto a lavoro, salute, istruzione), potendosi escludere solo le modalità di esercizio incompatibili con la sicurezza della custodia”. Per la Corte Costituzionale (sent. 349 del 1993), “chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l’ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale”.

Se i diritti inviolabili dell’uomo sono il punto di identificazione e di riconoscimento di un ordinamento costituzionalmente orientato, le misure che limitano o comprimono lo spazio di tali diritti devono essere strettamente proporzionate (e mai eccessive rispetto) alla tutela dell’interesse che le giustifica, nel caso dei detenuti senza alcun “valore afflittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà personale”, poiché questa rappresenta “il limite massimo di punizione non oltrepassabile per alcun motivo” (cfr. ancora G. Silvestri, u.l.c.).

Sempre il terzo comma dell’art. 27 della Costituzione vieta le pene che consistano in trattamenti contrari al senso di umanità. A questa prescrizione corrisponde l’art. 3 CEDU, che vieta la tortura e le pene che consistano in trattamenti inumani e degradanti, ed una norma simile è inserita nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, oggi incorporata nel Trattato di Lisbona.

Proprio la Corte di Strasburgo, nella nota sentenza Torreggiani dell'8 gennaio 2013, ha ritenuto che le condizioni di sovraffollamento carcerario – rilevate negli istituti di pena italiani – provocano una situazione di sofferenza nei detenuti, che va ben oltre il naturale disagio di chi non dispone più della sua libertà personale. Secondo il Giudice europeo dei diritti, poiché la persona umana consiste nell'unione inscindibile di corpo e spirito, ogni situazione di estrema costrizione fisica, di mancanza di beni essenziali per una vita decente si converte in una lesione della dignità.

La “disumanità” della pena deve ritenersi in radicale contrasto con il rispetto della dignità umana, la quale “non si acquista per meriti e non si perde per demeriti” (G. Silvestri, *La dignità umana*, cit., 12).

Umanità delle pene e carattere rieducativo delle stesse sono due facce della stessa medaglia. Ancora la Corte Costituzionale, in una risalente sentenza (n. 12/1966) ha sottolineato che “un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato”.

10. Infine, in Beccaria c'è la consapevolezza della dissociazione tra eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale, ovvero tra il principio della parità di trattamento astrattamente affermato dalla legge e il problema irrisolto delle ineguaglianze legate alle condizioni materiali di vita delle persone, alle privazioni, alla miseria.

Anche il diritto penale rischia di diventare, in un contesto profondamente diseguale, “tributo di tutti al comodo di pochi”.

Le sue riflessioni sui “delitti della miseria e della disperazione”, su una giustizia che punisce le colpe inevitabili del povero, sull'equivalenza tra i delitti degli uomini plebei e dei grandi e dei magistrati, ovvero sulla necessità di pene eguali per il primo e per l'ultimo cittadino, sono una importante anticipazione di quella questione sociale che conquisterà l'evoluzione del costituzionalismo solo a partire dalla seconda metà del XIX secolo, per diventare il tratto più

autentico e qualificante delle esperienze costituzionali del cd. secolo breve, cioè del novecento.

In altri scritti Beccaria sottolinea l'emergere in Europa di un impulso verso l'eguaglianza più forte di quanto non fosse in passato. E i suoi 'dubbi' sulla necessità del 'terribile' diritto di proprietà (espressione ripresa nel titolo di uno splendido volume di Rodotà sulla proprietà privata, appunto configurata come "il terribile diritto") rivelano una sensibilità inquieta e uno sguardo non limitato all'orizzonte strettamente penale.

Come Turati attribuirà a Romagnosi venature socialiste ante litteram, così queste riflessioni di Beccaria saranno accostate (a volte anche in modo fortemente polemico) alle teorie di poco successive di un Babeuf o di un Robespierre (S. Rodotà, Prefazione a C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di A. Burgio, Milano, 1991, 9, secondo cui "Beccaria intuisce e anticipa il gran tema del secolo successivo").

In realtà, Beccaria non contesta la rilevanza del diritto di proprietà come strumento di costruzione e mantenimento del patto sociale. In *Elementi di Economia Pubblica* Beccaria ha scritto che "la proprietà è figlia primogenita e non madre della società": una frase indubbiamente non chiarissima, ma che sembra appunto tenere insieme la necessità del diritto di proprietà e al tempo stesso la critica alla diseguale distribuzione delle ricchezze.

Un dibattito che è proseguito nel tempo e che trova una sua proiezione anche nell' art. 42 della nostra Cost., in cui il riconoscimento e la garanzia della proprietà privata convive con lo scopo di assicurare alla stessa una funzione sociale.

Da un diverso punto di vista, alcune affermazioni di Beccaria richiamano l'attenzione sul potenziale selettivo e discriminatorio del diritto penale (le leggi che rischiano di tramutarsi in privilegi, "tributo di tutti al comodo di alcuni pochi", § XLI, 108), e questo vale soprattutto per un diritto penale che sempre

più usa l'emergenza come fattore di orientamento, un'emergenza però continuamente riproposta, che si trasforma in elemento ordinario.

Les prisons de la misère, è il titolo di uno splendido e inquietante libro di Loïc Wacquant, che contesta una politica punitiva e carceraria che riflette e alimenta programmaticamente l'esclusione dei ceti poveri e marginali. In Italia è Ferrajoli a sostenere recentemente che il diritto penale "luogo dell'eguaglianza formale davanti alla legge, sta così diventando il luogo nel quale sono enfatizzate disuguaglianze e discriminazioni. Esso non solo riproduce le disuguaglianze presenti nella società, introiettandone gli stereotipi classisti e razzisti del delinquente sociale oltre che naturale, ma ha ormai codificato discriminazioni e privilegi con politiche legislative tanto severe con la delinquenza di strada quanto indulgenti con quella del potere".

Si ritorna a Foucault, ma anche a Kirchheimer, sui "metodi punitivi non come semplici conseguenze di regole di diritto o come indicazioni di strutture sociali, ma come tecniche aventi una loro specificità nel campo più generale degli altri processi del potere" (M. Foucault, 1976, 26; è ancora V. Ferrone, 2003, 7, a ricordare che le opere del pensiero giuridico illuministico si ponevano esplicitamente l'obiettivo comune di rivelare la natura autenticamente politica prima che tecnica del gran tema della giustizia).

Mezzo secolo prima dell'opera di Beccaria, Bernard Mandeville, nella Favola delle api, scriveva versi che sottolineavano in modo chiarissimo il carattere discriminatorio della legislazione penale e dell'ordinamento processuale: "La sacra spada della Giustizia colpiva solamente i disperati. Delinquenti per necessità. Per i loro delitti non meritavano la corda ma ci finivano appesi per dar sicurezza a ricchi e potenti" (i versi appena citati sono riportati in A. Prospero, *Giustizia bendata. Percorsi di storia di un'immagine*, Torino, 2008, 208).

Pensiamo all'introduzione del reato di clandestinità (bocciato dalla Corte di Giustizia UE in quanto «può compromettere la realizzazione dell'obiettivo di instaurare una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio nel rispetto dei diritti fondamentali» (sent. 28 aprile 2011 sul caso Hassen El Dridi, alias Soufi Karim)), o della circostanza aggravante della clandestinità, quest'ultima dichiarata incostituzionale dalla nostra Corte Costituzionale con una sentenza del 2010 (n. 249).

In questa sentenza, il Giudice costituzionale, ricorda innanzitutto che i “diritti inviolabili, ... spettano «ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani»” (sentenza n. 105 del 2001). La condizione giuridica dello straniero non deve essere pertanto considerata – per quanto riguarda la tutela di tali diritti – come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi, specie nell'ambito del diritto penale, che più direttamente è connesso alle libertà fondamentali della persona, salvaguardate dalla Costituzione...”

Per la Corte, “Il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili implica l'illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti «del tutto estranei al fatto-reato», introducendo così una responsabilità penale d'autore «in aperta violazione del principio di offensività [...]»” (sentenza n. 354 del 2002).

E ancora, “le «condizioni personali e sociali» fanno parte dei sette parametri esplicitamente menzionati dal primo comma dell'art. 3 Cost., quali divieti direttamente espressi dalla Carta costituzionale, che rendono indispensabile uno scrutinio stretto delle fattispecie sospettate di violare o derogare all'assoluta irrilevanza delle “qualità” elencate dalla norma costituzionale ai fini della diversificazione delle discipline. Questa Corte ha più volte applicato tale metodo nel campo del diritto penale”, e in questo senso “comportamenti pregressi dei soggetti non possono giustificare normative penali che

attribuiscono rilevanza – indipendentemente dalla necessità di salvaguardare altri interessi di rilievo costituzionale – ad una qualità personale e la trasformino, con la norma considerata discriminatoria, in un vero “segno distintivo” delle persone rientranti in una data categoria, da trattare in modo speciale e differenziato rispetto a tutti gli altri cittadini”. [...]Le qualità della singola persona da giudicare rifluiscono nella qualità generale preventivamente stabilita dalla legge, in base ad una presunzione assoluta, che identifica un «tipo di autore» assoggettato, sempre e comunque, ad un più severo trattamento”.

Analogamente, il Beccaria che definisce il furto (almeno ‘per l’ordinario’) come “il delitto della miseria e della disperazione, il delitto di quella infelice parte di uomini a cui il diritto di proprietà (terribile, e forse non necessario) non ha lasciato che una nuda esistenza”, riecheggia nelle parole della Suprema Corte di Cassazione, che poche settimane fa (maggio 2016), ha annullato una condanna per furto, anche in considerazione del fatto che “la condizione dell’imputato e le circostanze in cui è avvenuto l’impossessamento della merce dimostrano che egli si impossessò di quel poco cibo per far fronte ad una immediata e imprescindibile esigenza di alimentarsi, agendo quindi in stato di necessità”.

12. Un’ultima osservazione.

Molti hanno scritto dell’utilitarismo di Beccaria. Celebre, e non nuova, la frase sullo scopo di una legislazione moderna e razionale: “favorire il massimo della felicità divisa per il maggior numero dei soggetti”.

Indubbiamente, c’è nell’opera che oggi ricordiamo, come pure in altri lavori (penso all’articolo intitolato “Tentativo analitico sui contrabbandi”, sempre del 1764), un costante legame tra potestà punitiva, legge penale, struttura economica e sociale. Quasi un abbozzo di analisi economica del diritto, diremmo oggi con una terminologia moderna.

Può essere utile ricordare, e chiudere così, che per Beccaria “i principi politici dipendono in gran parte dal risultato di molte e particolari volontà e da variissime passioni, le quali non possono con precisione determinarsi, ridicola sarebbe una politica tutta tessuta di cifre e calcoli”.

Fuori dal contesto del diritto penale, mi sembra un utile suggerimento per un Paese (e una politica) che da troppo tempo appare bloccato solo su cifre e calcoli.