

— **Legge e interpretazione nel 'sistema' di Dei delitti e delle pene***

Law and interpretation in the On Crimes and Punishments 'system'.

di Vincenzo Maiello

*Contributo pubblicato sulla Rivista [disCrimen](#) in data 18 novembre 2020 e contestualmente ripubblicato, in considerazione della sua rilevanza scientifica, sulla Rivista **Diritto Penale e Uomo (DPU) - Criminal Law and Human Condition**. Il contributo è soggetto ai criteri redazionali e di valutazione della Rivista [disCrimen](#).*

Abstract. *Ad oltre duecentocinquanta anni dalla sua pubblicazione, Dei delitti e delle pene ci appare ancora un'opera seminale che continua ad interrogare i fondamenti e le funzioni del più terribile dei poteri pubblici.*

L'importanza dell'opuscolo sta nel fatto di rappresentare un primo, embrionale programma di politica criminale orientato alla minimizzazione del diritto penale e discendente dalla centralità riconosciuta ai diritti naturali della persona.

Funzionale a questa prospettiva è l'edificazione di un sistema fondato sulla legge, qualificata dai caratteri di chiarezza e precisione e dalla dannosità sociale delle condotte vietate, e sul divieto di interpretazione, inteso quale divieto per il giudice di corrompere i limiti della decisione politica del sovrano.

Il lavoro analizza il senso e la portata dei concetti di legge e interpretazione emergenti dal libriccino, evidenziandone la coerenza con l'imprinting del progetto beccariano derivato dall'origine contrattualistica dello Stato e dal carattere limitato del potere di punire.

* Scritto destinato agli Studi in onore di Lucio Monaco.

Si tratta di un'impostazione che, in un tempo di crisi della legge e di straripamento dell'interpretazione, esprime uno spirito che chiede di essere recuperato in una moderna lotta per il diritto.

Abstract. *More than two hundred and fifty years after its publication, On Crimes and Punishments still appears as a seminal book still questioning the fundamentals and functions of the most terrible public authority.*

The importance of the pamphlet is that it represents a first, embryonic criminal policy program oriented towards the minimisation of criminal law, coming out from the recognised centrality of the natural rights. In this perspective it is build up a system based on the law, qualified by clarity and precision and by the harmful principle, with no interpretation, meant as a prohibition for the judge to corrupt the limits of the sovereign's criminal policies.

The work analyses the meaning and scope of the concepts of law and interpretation coming out from the booklet, highlighting their consistency with the imprinting of the Beccaria's project derived from the contractual origin of the State and the limited nature of the power to punish.

It is an approach that, in time of crisis of the law and overflow of interpretation, expresses a spirit which needs to be recovered in a modern struggle for the law.

SOMMARIO: 1. Dei delitti e delle pene e il suo valore di 'primo inizio'. – 2. La matrice contrattualistica della sovranità quale legittimazione della tutela delle libertà fondata sulla legge. – 3. Il 'contesto' della posizione beccariana sulla legge e l'interpretazione. – 3.1. L'origine della sovranità. – 3.2. L'origine del potere di punire. – 3.2.1. L'*extrema ratio* del diritto penale: l'immanenza non dichiarata. – 3.2.2. Il principio di proporzione. – 4. "Solo le leggi posson decretar le pene su i delitti": alle origini della riserva di legge. – 4.1. Il principio di legalità: ovvero la divisione di competenze tra sovrano e giudice. – 4.2. Il carattere testuale della legge penale. – 5. Il tema dell'interpretazione.

SUMMARY: 1. On Crimes and Punishments and its worth of 'first beginning'. – 2. The contractual origin of the sovereignty as a source of legitimation for a law-based protection of rights. – 3. The "background" of Beccaria's thoughts on law and interpretation. – 3.1. The origin of sovereignty. – 3.2. The origin of the power to punish. – 3.2.1. The *extrema ratio* of criminal law: the unstated immanence. – 3.2.2. The proportionality principle. – 4. "Only the law may decree punishment for crimes": the origin of the rule of law. – 4.1. The *nullum crimen* principle: i.e. the separation of powers between the sovereign and the judge. – 4.2. The textual dimension of criminal law. – 5. The topic of interpretation.

1. Dei delitti e delle pene e il suo valore di 'primo inizio'.

A distanza di oltre duecentocinquant'anni dalla sua pubblicazione, il capolavoro di Cesare Beccaria¹, padre spirituale del diritto penale moderno che si esprime nel

¹ Scrive F. COPPI, *Due nuove edizioni del libro "Dei delitti e delle pene" di Cesare Beccaria*, in *Arch. pen.*, 1966, 66: "l'importanza del tema, la vastità delle sue implicazioni ideologiche, l'indiscussa maestria con la quale è stato trattato, fanno veramente di quest'opera, come giustamente è stato detto, la "sintesi cristallina di un secolo". Secondo S. VINCIGUERRA, "Dei delitti e delle pene" di Cesare Beccaria. *Attualità a 250 anni dalla*

paradigma dell'*epistemologia garantista*², si conferma opera "dal cui inizio sono cominciate tante cose che non hanno *mai* cessato di cominciare"³. Capace, perciò, di alimentare l'insopprimibile bisogno della *ragione pubblica* di interrogarsi sulle radici della *civiltà del punire*⁴, nella consapevolezza che – fuori dal legame stretto coi fondamenti e i limiti di quest'ultima – la materia 'dei delitti e delle pene' si espone alla voracità delle componenti emotivo/irrazionali dell'agire dei suoi attori, con effetti micidiali sulle libertà individuali e gli equilibri istituzionali.

2. La matrice contrattualistica della sovranità quale legittimazione della tutela delle libertà fondata sulla legge.

Al tema della legge e dell'interpretazione, Cesare Beccaria dedica alcune tra le pagine più conosciute del 'libriccino'⁵, assurte a *topos* del suo pensiero e, con esso, della concezione illuministica dello Stato e del diritto penale.

Si tratta di argomenti che si situano al crocevia di questioni fondamentali, che riguardano, da un canto, i rapporti fra poteri, dall'altro, la disciplina di quella peculiare articolazione della sovranità (intesa sul versante dei rapporti 'interni' alla comunità politica) connotata da strutturale tensione autoritaria e, perciò, esposta al rischio di pulsioni degenerative. Su di essi si è, così, venuta imprimendo la dirompente carica di novità della proposta riformatrice del marchese milanese, che tanta parte ha giocato nelle dinamiche di incivilimento degli ordinamenti penali dell'occidente europeo⁶.

La crucialità di quei temi nella trama del discorso beccariano suggerisce il ricorso a criteri sistematici di analisi, funzionali a valorizzare il *contesto* dell'opera e

pubblicazione, in *Diritto penale XXI secolo*, 2016, 192, "Fu l'opera giusta pubblicata al momento giusto e per queste ragioni, non è retorico dirlo, ha cambiato il mondo".

² In questo senso, esplicitamente L. FERRAJOLI, *L'attualità del pensiero di Cesare Beccaria*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2015, 138. La genealogia tra pensiero illuministico e diritto penale moderno è sottolineata dalla gran parte della manualistica contemporanea italiana; fra i molti, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 5ª ed., 2007, XVI ess.; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale*, vol. I, Torino, 2004, 24 ss.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*. 1, Milano, 2001, 15 ss.; S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*. I, Padova, 2009, 200 ss. Sottolinea il debito storico della scienza penalistica europea verso l'influenza del pensiero illuministico italiano, rammentando che il libro di Beccaria viene ancora oggi continuamente ristampato in Germania, C. ROXIN, *I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1 ss. Un'equilibrata valutazione dell'opera di Beccaria è svolta, con accurata profondità, da F. COPPI, *op. cit.*, 58 ss.

³ G. MARINUCCI, *Beccaria penalista, nostro contemporaneo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 2025. Richiamando la frase di Bacone messa in epigrafe del testo, è Beccaria stesso a mostrare consapevolezza di questo carattere della sua opera.

⁴ Una ricognizione in W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012.

⁵ Così definito da suo nipote, Alessandro MANZONI, in *Storia della colonna infame* (1843), Milano, 2002, 55.

⁶ La centralità del libro di Beccaria nell'ambito del movimento riformatore dei sistemi di giustizia europei ha fatto dire che il periodo che va dalla sua pubblicazione alla Rivoluzione francese potrebbe essere etichettato come un vero e proprio "momento Beccaria": così M. PORRET, *Beccaria. Il diritto di punire* (2003), Bologna, 2014, 99.

l'inquadramento del problema penale ivi compiuto⁷. La giustificazione della scelta scaturisce dall'impronta filosofica di *Dei delitti e delle pene*⁸ in particolare dai nessi di circolarità configurabili tra la legittimazione delle istituzioni punitive e i singoli principi chiamati a regolarne specifici profili di disciplina.

Sembra questo un punto importante, che esige una sottolineatura nell'ottica di porre nella giusta luce i meriti storici della riflessione del grande illuminista.

Non si può mancare di rilevare che la centralità del contributo di Beccaria e il suo ruolo di fondazione del modello ideologico di diritto penale accolto dal pensiero moderno – ed alle cui linee di fondo i documenti costituzionali e buona parte della legislazione e delle pratiche di giustizia hanno conferito il crisma della validità formale⁹ – non si collegano solo alla dimensione liberale e umanizzante dei principi enunciati, ma investono la sua base scientifica, spianando la strada alla formulazione in chiave oggettiva delle questioni criminologiche e del loro campo di ricerca¹⁰.

Tra le qualità dell'opuscolo affiora la geniale (e, per il tempo, straordinaria) sua destinazione a porsi – all'interno di un *logos* intriso prevalentemente di passione politica perché rivolto "al mondo piuttosto che alla scuola"¹¹ e dove, perciò, sarebbe ingenuo e fuorviante ricercare ucroniche sensibilità e consapevolezze sistematico-epistemologiche – al servizio di visioni prescrittive del potere di punire, fondate sull'intreccio costitutivo tra sovranità e funzioni 'relative' della pena, *orientate a scopi*¹².

Due sono gli arnesi concettuali dei quali il filosofo lombardo si serve per ridefinire la legittimazione della 'fabbrica' punitiva: il contrattualismo e i diritti naturali dell'uomo.

Essi sono poli di una relazione di *biunivocità dialettica*, che identifica fondamento e limiti della *terribile* prerogativa nella cornice di una rinnovata concezione dell'*imperium* sovrano: in pratica, l'*alfa* e l'*omega* della tradizione di filosofia politica che, tra il Sei-Settecento, si impegna a traghettare gli Stati europei verso i lidi della Modernità.

⁷ Per un'analoga impostazione, L. PICOTTI, *Proporzion fra i delitti e le pene* (Dei delitti e delle pene § VI), in *Dir. pen. XXI sec.*, 2014, 261 ss.

⁸ L. FERRAJOLI, *op. loc. cit.*

⁹ Per A. CADOPPI, *Perché il cittadino possa "... esattamente calcolare gli inconvenienti di un misfatto"*, in *Ind. pen.*, 2015, "il libretto pubblicato nel 1764 cambiò il mondo del diritto penale"; nella medesima scia, tra i costituzionalisti, di recente, G. FONTANA, *Torniamo a Beccaria!*, in *Giur. cost.*, 2018, 2889 ss.

¹⁰ Ga. FORTI, *L'immane concretezza*, Milano, 2000, 201 ss. Sulla miniera di intersezioni tra diritto penale e criminologia, lo studio del Maestro insigne che onoriamo appare sempre più, per l'analiticità e l'acutezza dell'indagine, un imprescindibile strumento di obbligato approfondimento: L. MONACO, *Su teoria e prassi del rapporto tra diritto penale e criminologia*, in *Studi Urbinati*, 1980-81, 1-52 dell'estratto.

¹¹ G. MARINUCCI, *op. cit.*, 2032, che riporta il pensiero di Feuerbach. È stato anche sostenuto che l'opera di Beccaria si iscrive nel filone progettuale di cultura anti-dogmatica, volto ad abbattere i privilegi fondati sulle conoscenze dei pochi e, in quest'ottica, a sottrarre il diritto penale al sapere-potere degli iniziati; sul punto, P. AUDEGEAN, "Dei delitti e delle pene": *significato e genesi di un pamphlet giuspolitico*, in *La libertà attraverso il diritto*, a cura di D. Ippolito, Napoli, 2014, 87 ss.

¹² G. MARINUCCI, *op. loc. cit.*, rammenta come Anselm Feurbach avesse incoronato Beccaria "iniziatore della politica criminale". Esemplare resta la celebrazione dell'*idea dello scopo* in rapporto alla teoria della pena svolta dal L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena*, Napoli, 1984.

Da un canto, la base pattizia della pubblica autorità – la derivazione di quest’ultima, cioè, dal bisogno di superare il *bellum omnium contra omnes* che nello stato di natura aveva precarizzato le libertà individuali – produce la desacralizzazione dell’*officium* sovrano, recidendone il legame originario col mondo trascendente delle entità divine¹³ o col volontarismo assolutistico delle prerogative imperiali.

Dall’altro, i diritti naturali istituzionalizzano i vincoli teleologici della sovranità, calibrandola sui moduli di un potere conforme a determinazioni di scopo.

In sostanza, il *pactum unionis civilis* nasce dalle scelte politiche degli uomini – *omnes et singulatim* – ed opera a vantaggio dei loro interessi e valori, pre-esistenti (poiché collegati alla condizione naturale di individui) ed inviolabili. In tale prospettiva, il sovrano e le sue attribuzioni sono dunque ‘inventati’ dai contraenti dell’accordo e posti al servizio delle esigenze di protezione delle libertà e delle facoltà originarie del soggetto.

Edificando in chiave contrattualistica origine e legittimazione delle istituzioni sovrane (o, se si preferisce, del potere politico), Beccaria non si limita, peraltro, a ostracizzare le categorie del *divino* e dell’*assoluto*, espellendole dal circuito della produzione normativa, ma va oltre introducendo criteri limitativi della sovranità¹⁴.

Se è vero che Beccaria – in antitesi a Grozio¹⁵, ma sulla scia di Hobbes¹⁶, Pufendorf¹⁷ e in parte significativa di Locke¹⁸ – costruisce il diritto di punire come prerogativa ‘originaria’ della sovranità e non dei soggetti nella condizione pre-politica dello stato di natura, è altrettanto vero che ne fa un potere *de-finito*, sottoposto a limiti, diversamente da Hobbes e ancor più Rousseau.

Mentre il sovrano hobbesiano – quale *great Leviathan* o *Mortall God* – agisce da titolare di un *ius in omnia*, originato dalle deleghe in bianco conferitegli dai soggetti del patto in vista della loro sicurezza (*scilicet*, del loro diritto all’auto-conservazione nel quale il filosofo inglese risolve la prerogativa della condizione naturale degli essere umani) e quello rousseauviano – concepito dalla metafora *organicistica* ‘membro’ del (corpo costituente)la comunità sociale e politica degli uomini – assevera il dissolvimento delle garanzie individuali, sublimato dalla “famosa o famigerata tesi della ‘costrizione alla

¹³ Sulle genealogie della concezione secolarizzata del diritto penale e della responsabilità penale di Beccaria, cfr. M. CATTANEO, *Secolarizzazione e diritto penale*, Napoli, 1990, 29 ss. e 43 ss.

¹⁴ L’incidenza del contrattualismo sull’impostazione di Beccaria forma oggetto di approfondito esame, tra i penalisti, in F. COPPI, *op.cit.*, 78 ss.

¹⁵ Sul punto, densamente, P. COSTA, *Lo ius vitae ac necis alla prova: Cesare Beccaria e la tradizione contrattualistica*, in *Quad. fior.*, 2015, t. II, 822. ss.

¹⁶ T. HOBBS, *Leviatano*, tr.it., Roma-Bari, 1974, 28, 277.

¹⁷ S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium libri octo*, 1672.

¹⁸ I limiti nostri personali e la natura della presente riflessione impediscono di affrontare una tematica di grande complessità. Ci limitiamo ad osservare che la posizione di Locke appare mediana tra quelle di Grozio e di Hobbes: del primo egli condivide l’idea che il diritto di punire compare nello stato di natura; del secondo, la tesi che esso è elemento costitutivo della definizione del potere politico; in argomento, COSTA, *op. cit.*, 858 ss.

libertà”¹⁹, il sovrano di Beccaria gode dello spazio fondato dalle cessioni solo parziali – anzi minime – di libertà degli individui abitanti lo stato di natura²⁰.

In pratica, nei *Delitti* non si verifica “l’alienazione totale delle facoltà del soggetto nello Stato, tipica del *Contratto sociale* di Rousseau, né la consegna al principe di tutta la propria libertà in cambio della sicurezza e della pace, tipica di Hobbes”²¹.

Com’è stato osservato, nel patto sociale di Beccaria (ma lo stesso è a dirsi per Hobbes) i contraenti “hanno acconsentito a essere puniti non per diventare migliori, in vista della perfezione o della redenzione, ma con l’unico, minimo scopo di evitare la violenza”²².

È vero che l’impostazione del Nostro si presenta teoricamente semplicistica e per certi versi audace, ben lontana dalla complessità – a tratti tortuosa – della tradizione contrattualistica²³, ma è altrettanto indiscutibile che deve esserle riconosciuto il merito di averne tranciato parte delle non poche aporie²⁴, indicando con originalità e risolutezza quel nesso fondativo tra diritti inviolabili dell’uomo e sovranità che sarebbe stato valorizzato dal costituzionalismo novecentesco e che, perciò, colloca il suo contributo di idee sul trono incrollabile della storia del diritto penale e dell’evoluzione costituzionale dello Stato di diritto²⁵.

Trova, così, conferma il valore anche contemporaneo dell’opera, che ha assegnato alla *questione penale* la caratterizzazione tipica di *questione costituente*²⁶: in una stagione di ripensamento delle radici della convivenza sociale, Beccaria intuisce che un nuovo ordine istituzionale – legato al primato dei diritti individuali e sottratto all’ipoteca del principio di autorità – esige una preliminare riflessione sul senso della

¹⁹ Così, P. COSTA, *op. cit.*, 878. L’analogo tema della “costrizione alla virtù” fa da sfondo alla parabola del mito dei Trogloditi che C. L. MONTESQUIEU racconta nelle *Lettere Persiane* (1721), Milano, 1984, 76-83 (lettere XI-XIV).

²⁰ P. AUDEGEAN, *op. cit.*, 74 ss.

²¹ R. PASTA, *Beccaria ‘Philosophe’: alle origini del diritto penale come ‘scienza sociale integrata’*, in *Quad. fior.*, t. II, 2015, 900.

²² P. AUDEGEAN, *op. cit.*, 75, il quale lo riconduce al “pessimismo antropologico” che permea la visione di Beccaria (sull’onda di Hobbes).

²³ *Amplius*, G. FRANCONI, *Beccaria filosofo utilitarista*, in *Cesare Beccaria tra Milano e l’Europa*, Milano-Bari, 1990, 69 ss.

²⁴ In Grozio e Locke viene in evidenza, soprattutto, l’aporia della giustificazione della pena di morte in rapporto alla concezione delle leggi naturali e dei diritti dei soggetti, considerati questi ultimi anche quali detentori del potere punitivo nello stato di natura (che annovera gli ‘innocenti’ che agiscono secondo ragione e i ‘colpevoli’ che vi si allontanano e dove i primi possono punire i secondi), affidata all’*escamotage* della degradazione del criminale ‘nemico’ della società e alla conseguente sua espulsione dalla cerchia dei titolari di diritti valevoli *erga omnes* (e, dunque, anche verso il sovrano). In Hobbes rileva specialmente la difficoltà della coesistenza dello *ius in omnia* del sovrano (derivante dall’assolutezza dei relativi poteri) e del diritto dei singoli all’auto-conservazione a vantaggio del quale opera la costruzione artificiale del sovrano medesimo e dell’ordine politico; ma anche la distinzione tra *criminale* e *nemico*, associata a quelle tra *pena* e *atto di ostilità*, tra *processo* e *guerra* cui sono connesse le diverse soluzioni prospettate in rapporto al caso difficile della *punizione dell’innocente*. Su questi temi, approfonditamente, P. COSTA, *op. cit.*, *passim*.

²⁵ Preziosi percorsi di indagine su questa storia in M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, Torino, 1991; G. GOZZI, *Democrazia e diritti*, Roma-Bari, 1999; G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, 2005; G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017.

²⁶ L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 148 ss.

punizione, avendo coscienza che solo riportando le sue risorse ai dettami della ragione si sarebbe potuta svaligiare la cassaforte di attrezzi che, nella storia degli uomini, ha permesso all'assolutismo di trasformare il campo dei delitti e delle pene in uno spettacolo di orrori.

D'altronde, il carattere di rottura col passato rappresenta il marchio di fabbrica dell'illuminismo, grazie al quale esso assume i caratteri del "movimento di critica divulgativa e di polemica" che "conclude il ciclo di rinnovamento della cultura europea iniziatosi con l'Umanesimo, e svoltosi attraverso i grandi sistemi filosofici del Seicento, la nascita e il progresso delle scienze della natura, la Riforma protestante e la formazione dello Stato moderno"²⁷.

3. Il 'contesto' della posizione beccariana sulla legge e l'interpretazione.

In questa prospettiva campeggiano le considerazioni svolte sui temi della legge e dell'interpretazione.

Esse sono coerenti con una visione del diritto penale quale *istituzione di garanzia*, come luogo, cioè, ove si combinano funzioni di tutela del patto e funzioni di protezione dei singoli, in una prospettiva che vuole essere servente nei confronti di un programma di minimizzazione della violenza punitiva²⁸.

La legge è espressione e mezzo di questo complesso orizzonte teleologico di agibilità del diritto penale: partorisce dalla *razionalità strumentale* di quest'ultimo (corrispondente alla difesa dell'ordine politico, ma nel quadro di vincoli a tutela dei diritti naturali degli uomini) e opera in vista della sua attuazione.

Sul punto, la chiarezza del discorso beccariano si rispecchia nell'esemplare progressione topografica degli argomenti trattati.

3.1. L'origine della sovranità.

Il paragrafo primo mette a fuoco il nesso di derivazione tra sovranità e diritto penale: dopo aver puntualizzato che "*la sovranità di una nazione*" è formata dalla somma delle "*porzioni di libertà sacrificate al bene di ciascheduno*", l'aureo libriccino osserva che "*non bastava il formare questo deposito, bisognava difenderlo dalle private usurpazioni di ciascun uomo in particolare*" e, perciò, occorre "*motivi sensibili che bastassero a distogliere il dispotico animo di ciascun uomo dal risommergere nell'antico caos le leggi della società*": aggiungendo che tali "*motivi sensibili sono le pene stabilite contro agl'infrattori delle leggi*"²⁹.

²⁷ G. FASSÒ, *Illuminismo*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 179.

²⁸ L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 138 ss.

²⁹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (ed. 1766), a cura di F. Venturi, Torino, V ed., 1981, 11.

Siamo qui innanzi alla fondazione *istituzionale* sia del *diritto* (quale ordinamento) sia del *diritto penale*, nel senso che entrambi vengono connessi ad una base ontica che ne porta allo scoperto il carattere di apparati normativi col compito di indirizzare i comportamenti dei singoli e le relazioni sociali³⁰.

3.2. L'origine del potere di punire.

Il secondo paragrafo approfondisce i termini di tale legittimazione con riguardo al solo diritto penale, articolandola sul piano concettuale e (col linguaggio contemporaneo) politico-criminale.

“Ogni pena che non derivi dall'assoluta necessità, dice il grande Montesquieu, è tirannica”, specificando che il diritto del sovrano di punire i delitti si fonda *“sulla necessità di difendere il deposito della salute pubblica dalle usurpazioni particolari; e tanto più giuste sono le pene, quanto più sacra ed inviolabile è la sicurezza, e maggiore la libertà che il sovrano conserva ai sudditi”*³¹.

Si condensano in questi intrecci concettuali – pur coi limiti di una tessitura tecnicamente ‘grezza’, ma nutrita di *pathos* politico – i lineamenti di una sorta di ‘codice della ragion pratica politico-criminale’; in sostanza, un *vademecum* di criteri minimi di scienza della legislazione penale.

Vi si trovano enunciati il principio di necessità del(ricorso al)la pena (*l'extrema ratio, id est la proporzionalità esterna*) e il canone regolativo della proporzione (quale limite interno alla scala dei reati e delle comminatorie edittali)³².

Sbaglierebbe chi pensasse di poterne cogliere appieno la portata, arrestando l'indagine alla sola lettura di quei passi.

Seguendo questa strada, saremmo indotti a ritenere che Beccaria costruisca i rapporti tra *sicurezza* e *libertà* sbilanciandoli in favore di un'egemonia della prima, con l'effetto di corroborare una dialettica di tipo autoritario foriera di usi estensivi della punibilità³³.

Al contrario, dal complesso dell'opera si ricavano, invece, spunti che permettono di apprezzare la spiccata caratterizzazione garantistica dei principi indicati, che assevera una ben diversa modulazione delle dinamiche interne alle strategie normative di difesa della convivenza sociale.

³⁰ Sui passi riportati, D. SICILIANO, *Il potere dell'insetto e l'insetto del potere. Ovvero: la questione democratica in “Dei delitti e delle pene” di Cesare Beccaria*, in *Quad. fior.*, 2015, t. II, spec. 945 ss.

³¹ C. BECCARIA, *op. cit.*, 12.

³² L. PICOTTI, *op. cit.*, 268 ss.

³³ L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 141.

In quest'ottica, particolare rilievo 'designante' assume il brano – interno al paragrafo dedicato ai *processi* e alla *prescrizione* – ove si afferma che due sono i valori (da intendere, in coerenza alla *nervatura utilitaristica dell'opera*, quali *fattori di coesione sociale*) che occorre tutelare: *"la sicurezza e la libertà de' sudditi, essendo troppo facile che l'una sia favorita a spese dell'altra, cosicchè questi due beni, che formano l'inalienabile e ugual patrimonio di ogni cittadino, non siano protetti e custoditi l'uno dall'aperto o mascherato dispotismo, l'altro dalla turbolenta popolare anarchia"*³⁴.

Inoltre, è il caso di considerare che la dialettica tra *sicurezza* e *libertà* va declinata nel registro assiologico del *primato della persona* che Beccaria enuncia³⁵ ben prima che Kant ne facesse il cardine della propria filosofia morale fondata sugli imperativi categorici³⁶.

Non può, allora, che condividersi la posizione di chi ha autorevolmente affermato che siamo, qui, innanzi alla fondazione del carattere *bipenne* dell'istituzione penale, in virtù della quale quest'ultima è pensata (e agisce) come strumento di prevenzione dei delitti e, nel contempo, delle punizioni ingiuste³⁷.

3.2.1. L'extrema ratio del diritto penale: l'immanenza non dichiarata.

L'analisi coordinata dei paragrafi II, XLI, XLII, XLIII, XLIV e XLV consente di ricostruire la conformazione del diritto penale in chiave di *extrema ratio*, vale a dire quale dispositivo delle politiche pubbliche, *effettivamente* residuale.

Affermando: *i)* che prevenire i delitti anziché punirli "è il fine principale d'ogni buona legislazione, che è l'arte di condurre gli uomini al massimo di felicità o al minimo d'infelicità possibile"; *ii)* che "i mezzi impiegati fin'ora sono per lo più falsi ed opposti al fine proposto"³⁸; *iii)* che, a tale scopo, occorre promuovere lo sviluppo delle scienze, facendo in modo "che i lumi accompagnino la libertà", poiché "in faccia ai lumi sparsi con profusione nella nazione, tace la calunniosa ignoranza e trema l'autorità disarmata di ragioni, rimanendo immobile la vigorosa forza delle leggi"³⁹; *iv)* che "il più sicuro ma più difficil mezzo di prevenire i delitti si è di perfezionare l'educazione"⁴⁰, Beccaria scolpisce una sorta di *arché* dell'idea guida dello *Stato sociale di diritto* secondo cui "il diritto penale è 'l'estremo rimedio' della 'politica sociale' che resta la 'migliore politica criminale'"⁴¹.

³⁴ C. BECCARIA, *op. cit.*, 75.

³⁵ C. BECCARIA, *op. cit.*, 50: "non vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi di essere persona e diventi cosa".

³⁶ I. KANT, *La metafisica dei costumi* (1797), tr. it., Roma-Bari, 1996, 164.

³⁷ L. FERRAJOLI, *op. loc. cit.*

³⁸ C. BECCARIA, *op. cit.*, 96.

³⁹ C. BECCARIA, *op. cit.*, 98.

⁴⁰ C. BECCARIA, *op. cit.*, 102.

⁴¹ Così, G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, (1974), ora in *Studi di diritto penale*, a cura di G. Marinucci-E. Dolcini, Milano, 1991, 65 ss. Sul tema, di recente, G. MARRA, *Extrema ratio ed ordini sociali spontanei*, Torino, 2018.

L'obiettivo della prevenzione dei delitti, infatti, viene coltivato all'interno di un sistema di interventi non circoscritto ai congegni della giustizia penale – tra i quali soprattutto *l'instrumentum* della pena il cui fine *"non è di tormentare ed affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto già commesso"*, bensì *"d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali"*⁴² –, ma aperto all'azione di misure indirizzate alla bonifica dei fattori del rischio criminale⁴³.

Quindi, interventi di promozione culturale e orientamento ai valori della civile convivenza (tra cui l'educazione⁴⁴), reputati essenziali per sviluppare legami di appartenenza e vincoli di identità sociale che possano favorire il riconoscimento della giustizia e della vincolatività delle leggi, di cui si raccomanda che siano *"chiare, semplici"*⁴⁵, ma anche provvedimenti di *police* – quali l'illuminazione notturna *"a pubbliche spese, le guardie distribuite ne' differenti quartieri delle città, i semplici e morali discorsi della religione riserbati al silenzio ed alla sacra tranquillità dei tempi protetti dall'autorità pubblica, le arringhe destinate a sostenere gl'interessi privati e pubblici nelle adunanze della nazione, nei parlamenti o dove risieda la maestà del sovrano"*⁴⁶, ai quali Beccaria affida il compito di prosciugare la palude delle condizioni che predispongono al *"pericoloso addensamento delle popolari passioni"*⁴⁷.

La conclusione è *"che non si può chiamare precisamente giusta una pena di un delitto, finché la legge non ha adoperato il miglior mezzo possibile nelle date circostanze d'una nazione per prevenirlo"*⁴⁸.

Insomma, nella 'narrazione' *Dei delitti* la politica della prevenzione non ha nulla della sinistra distopia descritta circa due secoli dopo da Orwell; al contrario, essa risulta percorsa da una profonda e diffusa tensione umanitaria (diremmo oggi personal/solidaristica), che ha come obiettivo il 'miglioramento' dei singoli, vale a dire l'acquisizione da parte loro di una condizione di 'civiltà' in grado di contenere le ragioni di necessità che, uniche, qualificano come *utile* e, perciò, *legittimo* il ricorso al diritto penale⁴⁹.

In pratica, la prevenzione criminale è pensata come scopo che la comunità sociale si impegna a perseguire soprattutto – e in primo luogo – attraverso strumenti extra penali. Trova, così, indiretta, ma inequivoca, conferma che – nel pensiero di

⁴² C. BECCARIA, *op. cit.*, 31.

⁴³ M. PISANI, *Beccaria e la prevenzione dei delitti*, in *Quad. fior.*, 2015, t. II, 911 ss.

⁴⁴ C. BECCARIA, *op. cit.*, 102.

⁴⁵ C. BECCARIA, *op. cit.*, 97.

⁴⁶ C. BECCARIA, *op. cit.*, 29-30.

⁴⁷ C. BECCARIA, *op. cit.*, 30.

⁴⁸ C. BECCARIA, *op. cit.*, 103. Da questo passo S. VINCIGUERRA, *"Dei delitti e delle pene"* di Beccaria, *cit.*, 195, ricava implicita quell'idea del diritto penale come *extrema ratio* "che Beccaria non enuncia espressamente".

⁴⁹ Pur se espressa in altra parte del volume (§ XXXI *Delitti di prova difficile*), riassume bene il rapporto tra *necessità* e *legittimità/giustizia* del diritto penale (e della pena) la seguente affermazione: *"non si può chiamare precisamente giusta (il che vuol dire necessaria) una pena di un delitto, finché la legge non ha adoperato il miglior mezzo possibile nelle date circostanze d'una nazione per prevenirlo"*: C. BECCARIA, *op. cit.*, 78-79.

Beccaria (di cui costituisce suggello il congedo dell'opera)⁵⁰ – la pena viene in evidenza come concetto negativo, sinonimo di "male necessario, privo di ogni bontà intrinseca"⁵¹; e che, dunque, il diritto penale costituisce mero *ius exceptum*, operante in chiave di *deroga alla norma generale di libertà*⁵².

L'esito di questa complessiva articolazione di discorso sta nell'omologazione di un caposaldo della filosofia politica del liberalismo, per il quale l'istituzione punitiva è mero *limite* al potere sovrano, non invece agenzia deputata ad elaborare e diffondere un'*etica della giustizia* ed a propiziare il benessere individuale, costituendo questi obiettivi materia rimessa all'agire di comparti della legislazione.

Il predominio di una visione extrapenalistica della strategia generalpreventiva non può far dimenticare che il fine di impedire la commissione dei reati resta nell'opera di Beccaria affine anche del diritto penale, che anzi vi affida il nuovo corso della sua identità, avviando un processo che – riscattando l'autoreferenzialità degli assetti antichi – riconfigura il volto teleologico della penalità, con esiti saldamente insediati nell'odierna situazione spirituale della materia.

La peculiarità della prevenzione penale sta, con ogni evidenza, nel fatto che essa è costretta a muoversi negli spazi delimitati del diritto penale *necessario* (e perciò legittimo), di cui costituisce, nel contempo, fattore esterno di dimensionamento (attraverso la selezione primaria delle incriminazioni) e criterio interno di qualità delle leggi. Le sue sorti sono, dunque, legate all'ottimale adempimento degli oneri di una buona legislazione penale, qualificata da *sussidiarietà* e determinatezza delle figure di reato, dove in particolare "*la norma del giusto e dell'ingiusto, che deve dirigere le azioni sì del cittadino ignorante come del cittadino filosofo, non è un affare di controversia, ma di fatto*", permettendo al singolo "*di esattamente calcolare gl'inconvenienti di un misfatto*"⁵³.

3.2.2. Il principio di proporzione.

Anche rispetto alla *proporzione* deve osservarsi che la comprensione del significato più profondo passa attraverso la lettura di altre parti dell'opuscolo, tra cui i §§ VI, VII e VIII, il primo dei quali espressamente dedicato a quel principio⁵⁴.

Oltre all'utilità orientativo-didascalica, l'importanza della riflessione sta nell'incontro con un concetto chiave dell'illuminismo penale, che identifica nel *danno sociale* (per Beccaria "*il danno fatto alla nazione*") "*l'unica vera misura dei delitti*", in

⁵⁰ C. BECCARIA, *op. cit.*, 104, "*perché ogni pena non sia una violenza di uno o di molti contro un privato cittadino, dev'essere essenzialmente pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionata a' delitti, dettata dalle leggi*".

⁵¹ P. AUDEGEAN, *op. cit.*, 72.

⁵² Per una recente, vigorosa riaffermazione di questo carattere del diritto penale, F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli*, Pisa, 2019, 24 ss.

⁵³ C. BECCARIA, *op. cit.*, 17.

⁵⁴ In argomento, L. PICOTTI, *op. loc. cit.*

sostituzione del criterio “dell'intenzione di chi gli commette”⁵⁵, fallace perché talvolta “gli uomini colla migliore intenzione fanno il maggior male alla società; e alcune volte colla più cattiva volontà ne fanno il maggior bene”⁵⁶.

Concetto che l'esponente dell'Accademia dei Pugni prova a specificare, chiedendosi retoricamente – contro l'idea di chi vorrebbe far discendere la misura dei delitti dalla “gravezza del peccato” a sua volta collegata alla “imperscrutabile malizia del cuore” che solo la rivelazione potrebbe illuminare – come “dunque da questa si prenderà norma per punire i delitti? Potrebbero in questo caso gli uomini punire quando Iddio perdona, e perdonare quando Iddio punisce”⁵⁷.

Si tratta del punto di arrivo del percorso di riconfigurazione in chiave laica e secolarizzata del diritto penale costitutiva del suo impegno, per un verso, a definire le aree di illiceità penale alla luce del pregiudizio arrecato a terzi e alla convivenza sociale⁵⁸; per l'altro, a costruire forme e misure della colpevolezza individuale su parametri de-eticizzati, estranei a criteri di giudizio focalizzati sulle dinamiche del foro interno e della coscienza individuale.

La proporzione viene qui in rilievo quale sinonimo dell'*extrema ratio*, *limite esterno* e *criterio di legittimità* del diritto penale, in grado ri-comporre al suo interno la dialettica tra *auctoritas* e *ratio* che dovrebbe reggere ogni disciplina *ragionevole* e (perciò) *legittima* delle limitazioni dei diritti fondamentali.

Del resto, la rilevanza di quanto contenuto nei paragrafi VII e VIII del volumetto viene ben colta da Piero Calamandrei che vi scorge “in germe gran parte dei concetti dei quali la dottrina penale posteriore si è servita per arrivare alla definizione giuridica del reato”⁵⁹.

4. “Solo le leggi posson decretar le pene su i delitti”: alle origini della riserva di legge.

È nel §III che Beccaria introduce il lettore al tema della legge: “La prima conseguenza di questi principii è che le sole leggi possono decretar le pene su i delitti, e

⁵⁵ C. BECCARIA, *op. cit.*, 22. A questo riguardo, M. CATTANEO, *op. cit.*, 41 ss., osserva che la posizione di Beccaria si contrappone a quella che Kant assume “discutendo il problema della pena adeguata a tutti i complici del delitto di alto tradimento”, per il quale il criterio di riferimento è la “malvagità interna del colpevole” (*inneren Bösartigkeit Verbrecher*). Va rammentato che la prima netta enunciazione del principio di laicità, che limita la legittimità delle incriminazioni alle sole *azioni esterne dannose*, risale a Christian THOMASIIUS, *De Praesumptione Bonitatis*, Halle, 1700, e Id., *De Crimine Magiae*, Halle, 1701, § LVI. Sui caratteri degli illeciti vedettes del diritto penale teocratico, S. MOCCIA, *Carpozov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1979. Sui significati garantistici dell'oggettivismo beccariano, F. GIUNTA, *Addio Beccaria?*, in *Giust. pen.*, 2014, 252.

⁵⁶ C. BECCARIA, *op. cit.*, 22.

⁵⁷ C. BECCARIA, *op. cit.*, 23.

⁵⁸ L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 144 definisce questa declinazione dell'offensività *principio di stretta legalità* distinguendolo dal *principio di mera legalità*, entrambi accolti da Beccaria.

⁵⁹ P. CALAMANDREI, nell'edizione dell'opera da lui curata (Firenze, 1965, 304-305.)

*quest'autorità non può risiedere che presso il legislatore che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale; nessun magistrato (che è parte di società) può con giustizia infligger pene contro ad un altro membro della società medesima*⁶⁰.

La fecondità storico-sistematica del ragionamento non è sfuggita ai penalisti sensibili a letture teleologiche del principio di legalità, soprattutto alla sua anima istituzionale/democratica tutelata dalla riserva di legge.

Alcuni decenni or sono, è stato Giacomo Delitala a rivolgermi attenzione, individuandovi la *ratio* originaria della produzione parlamentare della materia penale⁶¹.

E tuttavia, l'*incipit* dei passi sopra riportati lascia sondare anche ulteriori e più raffinate genealogie.

In effetti, quando rivendica alla sede democratica la competenza a legiferare in *criminalibus*, Beccaria intende rimarcare non tanto un'istanza *ideologica* – l'intrinseca virtuosità dell'azione di chi rappresenta la *volonté générale* di ascendenza rousseauviana – bensì un'esigenza di *razionalità strumentale* ascrivibile alla logica dei rapporti di congruità tra *fini* e *mezzi*.

Secondo Beccaria, infatti, la previsione tramite legge (di matrice democratica) "*delle pene su i delitti*" è "*la prima conseguenza di questi principi*" (*necessità e proporzione*)⁶².

Dunque, la devoluzione al potere normativo di chi rappresenta il popolo unito in contratto non è concepita quale *a-priori* fondativo (espressione, cioè, di valori che attingono il piano dei *fini*), ma ripete una *razionalità di secondo livello* che interseca l'universo dei *mezzi*: la sua giustificazione è di tipo *strumentale* poiché nasce da valutazioni che investono l'idoneità funzionale ('conforme a scopi') dei *modi* di concretizzazione dei *fini*.

In questa dimensione, la legge di Beccaria non è puro *ius positum* e mera espressione di volontà sovrana, bensì dispositivo che *fonda* un ordine giuridico *legittimo* in quanto obbediente ai vincoli di disciplina scaturiti dal *pactum*. È in altri termini *nomos* che si fa veicolo della *dike* all'origine della sovranità⁶³.

⁶⁰ C. BECCARIA, *op. cit.*, 13-14.

⁶¹ G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 965. Per la sottolineatura che il fondamento storico del principio di legalità risiede nella *Staatsvertragslehre* dell'Illuminismo, H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. A.T.*, 5^a Auflage, Berlin, 1996, 132.

⁶² Secondo T. PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Napoli, 2014, il passo in questione sembra circoscrivere la competenza della legge alla sola "potestà di determinare le conseguenze sanzionatorie di illeciti – i delitti, appunto – che, apparentemente, si suppongono 'dati'", in quanto, ad avviso dell'insigne Maestro, collegati a strutture giusnaturalistiche (uno *jus non scriptum*) da cui scaturiscono pur sempre le origini del diritto penale moderno. Sennonché, connettendo quella frase al campo di senso del (parametro del) danno sociale, è possibile argomentare che l'area delle incriminazioni sia immanente al sistema del potere sovrano e, perciò, niente affatto 'presupposte' alla legge che la sanziona.

⁶³ Sulla dialettica tra *Dike* e *Nomos*, cfr. M. CACCIARI-N. IRTI, *Elogio del diritto. Con un saggio di Werner Jaeger*, Milano, 2019.

Si è, allora, nel perimetro di senso di una corretta ermeneutica se si afferma che, nella segnalata pagina di *Dei delitti e delle pene*, vengono gettati i semi della caratterizzazione in chiave *politico-criminale* della riserva di legge penale. Si tratta dell'approccio che vede in questo canone un *principio-mezzo* per l'attuazione del modello liberaldemocratico (oggi di rango costituzionale) del diritto penale, qualificato dalle direttive di *extrema ratio*, materialità/offensività, frammentarietà, proporzione e colpevolezza e dalla destinazione a fecondare prospettive di prevenzione positivo/integratrice della sanzione penale.

Sta in questa geniale intuizione la radice della fondazione democratico/funzionalista del principio di legalità⁶⁴. La medesima che il nostro giudice delle leggi ha celebrato nella sentenza n. 487/89⁶⁵, allorché ha trasferito sul terreno delle fonti la ricca elaborazione teorico/culturale delle celebri pronunce in tema di *error iuris* e di furto d'uso, così aggiungendo una tessera di grande rilievo al mosaico del diritto penale costituzionale.

Colpisce la simmetria tra il passo del *manifesto* beccariano (*"la prima conseguenza di questi principii è che le sole leggi possono decretar le pene su i delitti, e che quest'autorità non può risiedere che presso il legislatore che rappresenta la società unita"*) e la sottolineatura della strumentalità politico-criminale della riserva di legge che quella pronuncia costituzionale ha sapientemente argomentato⁶⁶.

Il *trait d'union* delle due visioni risiede nell'idea che solo l'organo al cui interno sopravvive la realtà plurale dei registri narrativi della vita e del mondo che si riconoscono nella Carta fondativa del patto sociale – e che continuano ad incarnarsi nelle dinamiche contemporanee della sua attuazione – possa determinare, meglio di altre istituzioni, le soluzioni di tutela penale coerenti con l'idealtipo di un diritto penale legittimo perché *necessario* e *ragionevole* (*alias*, permeato di scelte consentanee a vincoli di *proporzionalità*)⁶⁷.

In questa prospettiva – dalla Corte Costituzionale opportunamente colto nel suo nesso fondativo e sistematico – la legittimazione del parlamento quale organo esclusivo della nomopoiesi penale viene elaborata sull'interazione tra gli aspetti peculiari del procedimento legislativo – tra cui la *virtuosità discorsiva* (o la struttura 'dialettico-contraddittoria'), la *pubblicità* e la partecipazione delle minoranze –, da un lato, e i principi della *deontologia penalistica*, dall'altro⁶⁸.

⁶⁴ Sul fondamento della riserva di legge in rapporto ai diversi modelli di democrazia, ampiamente G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quad. fior.*, 2007, t. II, 1247 ss., spec. 1252 ss.

⁶⁵ Corte costituzionale 23-25 ottobre 1989, n. 487; nella medesima scia, pur in chiave di sintesi, ID. 23 novembre 2006, n. 394.

⁶⁶ Su cui, mi permetto di rinviare a V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, Napoli, 2007, 457 ss.

⁶⁷ Si prospetta in termini assonanti la ricostruzione della *ratio* della riserva di legge proposta da M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, Torino, 2019, 35 s.

⁶⁸ Si coglie, qui, il superamento della concezione kelseniana della democrazia come "compromesso o accordo tra maggioranza e opposizione", poiché la struttura dialettico-contraddittoria del procedimento legislativo non rappresenta uno strumento 'vuoto nei fini', bensì un fattore condizionante le decisioni in tema *iuris poenalis constitutionis*; spunti in G. FIANDACA, *op.cit.*, 1254 ss. Per una lettura della "democraticità procedurale della riserva di legge" come "democraticità dialogica e socialmente comunicativa, in cui le opzioni penali siano appunto delle scelte" che non obbediscono a soluzioni preconfezionate, F. PALAZZO,

Grazie alla specificità del suo contesto, la sede parlamentare continua a proporsi come l'istituzione che – con maggiori *chances* di efficacia – appare in grado di approntare risposte adeguate ai quesiti di *conformazione giustificante* del diritto penale, incarnati nell'*extrema ratio*, offensività, colpevolezza e proporzione (nella scelta delle sanzioni e nella relativa comminatoria edittale) rispetto al rango dei beni tutelati ed al grado del disvalore incriminato⁶⁹. Abbiamo altrove osservato che la caratterizzazione in chiave ermeneutico/argomentativa di gran parte di tali criteri e principi⁷⁰ rende la loro traduzione refrattaria alla logica delle 'rime obbligate', reclamando, invece, bilanciamenti e ponderazioni che solo il foro istituzionale deputato a garantire decisioni destinate a riconoscersi nella *ragione pubblica* – discorsiva e aperta⁷¹ – può elaborare nei loro intrecci di complessità⁷².

In un *milieu* così ricostruito, ci pare, allora, di poter dire che l'idea secondo cui la legge penale debba provenire da una sede democraticamente rappresentativa⁷³ sia tra le prove più significative di quel carattere 'seminale' di *Dei delitti e delle pene*, acutamente celebrato dall'acribia di Giorgio Marinucci.

4.1. Il principio di legalità: ovvero la divisione di competenze tra sovrano e giudice.

Vi è un altro aspetto della riflessione di Beccaria sulla legge penale, collegato al carattere innanzi esposto, che trova collocazione nella logica della divisione dei poteri.

L'illustre Autore lo fa emergere sia quando afferma che "*nessun magistrato (che è parte di società) può con giustizia infligger (da intendere quale sinonimo di stabilire – a.d.r.) pene contro ad un altro membro della società medesima*", sia laddove ammonisce che "*Il sovrano, che rappresenta la società medesima, non può formare che leggi generali che obblighino tutti i membri, ma non già giudicare che un abbia violato il contratto sociale*

Legalità penale: considerazioni su trasformazioni e complessità di un principio 'fondamentale', in *Quad. fior.*, 2007, t. II, 1295.

⁶⁹ Utile richiamare quanto Beccaria scrive sugli effetti criminogeni dei cataloghi sanzionatori che non rispettino la proporzione legata ai differenti disvalori dei reati: "*Se una pena uguale è destinata a due delitti che disugualmente offendono la società, gli uomini non troveranno un più forte ostacolo per commettere il maggiore delitto, se con esso vi trovino unito un maggior vantaggio*"; C. BECCARIA, *op. cit.*, 22; in proposito, L. PICOTTI, *op. cit.*, 271 ss.

⁷⁰ Sul tema ampiamente M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 25 ss.

⁷¹ J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), Milano, 1996.

⁷² V. MAIELLO, *op. loc. cit.*, ma anche C. CUPELLI, *La legalità delegata*, Napoli, 2012, 55 ss. e 73 ss. Sul ruolo della "discussione rettammente intesa" (di cui sono premesse "la disponibilità a farsi convincere, l'indipendenza dal legame di partito, l'imparzialità rispetto a interessi egoistici" e rispetto alla quale significanti sono "le garanzie della libertà di parola tipicamente ricorrenti e le prescrizioni relative alla pubblicità delle sedute") nell'ottica della legittimazione del parlamentarismo, restano insuperate le pagine di Carl SCHMITT, *La condizione storico-spirituale dell'odierno parlamentarismo*, (1923 e 1926), a cura di G. Stella, Torino, 2004, 6 ss.

⁷³ In argomento cfr. Corte cost. 8 dicembre 2012, in *Giur. cost.*, 2012, 3440 ss., con nota di V. MANES; sul punto, F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *Leg. pen.*, 29.01. 2016, 8.

(...) Egli è dunque necessario che un terzo giudichi della verità del fatto”.

Si tratta di scansioni che restituiscono, *in nuce*, l'archetipo dell'evoluzione costituzionalistica della divisione dei poteri che ha traghettato il modello giacobino di ordinazione verticale *del potere* – concepita quale declinazione interna della sovranità dello Stato-persona – verso una struttura orizzontale e diffusa *dei poteri*, espressione di un assetto *poliarchico* di organizzazione sociale e di una nozione 'oggettiva' di sovranità di cui è specchio un ordine *potiore* di valori che sfugge alla disponibilità della maggioranza politica⁷⁴.

A ben vedere, infatti, in quella pagina non fa la sua comparsa solo l'obbligo del sovrano di formare *leggi generali*, ma anche il divieto del medesimo di giudicare chi abbia violato il contratto. E tale divieto, dal suo canto, fa da *pendant* alla preclusione imposta al giudice di comporre la *regula iuris* dalla quale può estrarre il criterio di decisione della pronuncia di sua competenza. Può, quindi, dirsi che divieto giudiziale di *legis-latio* e divieto legislativo di *iuris-dictio* convergono nella funzione di presidiare la logica garantistica – di difesa dei diritti di libertà degli uomini – che permea l'agire di tali istituzioni, nel contesto della separazione dei rispettivi poteri⁷⁵.

4.2. Il carattere testuale della legge penale.

Collegate a tale impostazione, ma proiettate nell'orizzonte di senso connesso ai compiti politico-criminali del diritto penale, sono, poi, le considerazioni che il capolavoro del nobile lombardo riserva ai caratteri delle leggi penali.

Da esse si apprende come queste ultime non debbano essere oscure, vale a dire “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, o dei suoi membri, in una lingua che formi di un libro solenne e pubblico un quasi privato e domestico”⁷⁶. Ed ancora che “Quanto maggiore sarà il numero di quelli che intenderanno e avranno fralle mani il sacro codice delle leggi, tanto men frequenti saranno i delitti, perché non v'ha dubbio che l'ignoranza e l'incertezza delle pene aiutino l'eloquenza delle passioni”, ma anche – come abbiamo già ricordato – che “quando la norma del giusto e dell'ingiusto, che deve dirigere le azioni sì del cittadino ignorante come del cittadino filosofo, non è affare di controversia, ma di fatto, allora i sudditi non sono soggetti alle piccole tirannie di molti”⁷⁷.

⁷⁴ È quello che L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, 2001, definisce l'area della “indecidibilità politica”, sottratta al regime delle maggioranze di governo.

⁷⁵ L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Bologna, 2013, 57.

⁷⁶ C. BECCARIA, *op. cit.*, 18. Sul punto, cfr. S. VINCIGUERRA, *op. ult. cit.*, 207.

⁷⁷ C. BECCARIA, *op. loc. cit.* Sugli effetti che la molteplicità delle interpretazioni produce sul principio di eguaglianza, si veda S. VINCIGUERRA, *Sull'intralcio all'amministrazione della giustizia delle interpretazioni discordanti e il suggerimento di qualche rimedio*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2014, 196.

Il bisogno di avere norme scritte (con chiarezza e performatività semantica) al dichiarato fine di permetterne la conoscenza e la comprensione da parte dei destinatari assurge, nel sistema dell'opuscolo, a fattore avente la duplice funzione di prevenire i delitti e tutelare la libertà dei singoli.

Nell'una prospettiva, costituisce adempimento dell'onere del sovrano di apprestare le misure a protezione del *pactum unionis civilis*, con effetti rilevanti sia *ex parte societatis*, sia nelle sfere dei diritti dei mancati autori di delitti.

Nell'altra, l'esigenza beccariana esprime le potenzialità garantistiche proprie dei classici principi di *Magna Charta*.

Vi si legge l'esigenza politica alla base del modello personalistico di responsabilità penale che, oltre due secoli dopo, ha portato la nostra Corte costituzionale a dare corpo e sangue al principio di colpevolezza fondandone la dimensione funzionalistica intrecciata agli scopi (preventivo-positivi) della pena⁷⁸.

Non sembri, allora, azzardato intravedere negli asserti del *libriccino* l'embrione delle odierne consapevolezze teoriche che mettono in connessione l'oscurità precettiva della fattispecie col pregiudizio della relativa funzione comunicativa (in entrambe le dimensioni di norma *comando* e di norma *garanzia*), impedendo alla *minaccia legale di pena* e alla sua esecuzione di svolgere i rispettivi compiti di *dissuasione* e di *orientamento* dell'agire (di tutti i consociati) e di *riabilitazione emancipante* (del condannato)⁷⁹.

Qualche decennio dopo l'apparizione dell'opera, l'ampiezza politico-criminale di questa sua parte sarà sfruttata dalla sapienza speculativa di Anselm Feuerbach⁸⁰. Sperimentando un metodo teleologico di interazione dei rapporti tra *modo di disciplina* e l'universo dei compiti e dei fini legittimi perseguibili nel campo dei delitti e delle pene, il fondatore della scienza penalistica europea la utilizza per mettere a fuoco i nessi tra principio di legalità e minaccia edittale, sottolineando di entrambi il ruolo di componenti strutturali della funzione intimidativa della pena (la c.d. *psychologischer Zwang*)⁸¹.

Ci piace segnalare come proprio di recente, con la sentenza che ha posto fine alla c.d. *saga Taricco* e al suo "girotondo giurisprudenziale"⁸², la Corte costituzionale abbia inteso rilanciare la vocazione del principio di legalità a servire la causa dei compiti del

⁷⁸ D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 688 ss. Una recente messa a fuoco delle questioni rilevanti in M. DOMINI, *La personalità della responsabilità penale tra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale*, *ivi*, 2018, 1579 ss.

⁷⁹ Su queste dinamiche, cfr. GA. FORTI, *op. cit.*, 163 s.

⁸⁰ M. CATTANEO, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano, 1978, 379 ss.

⁸¹ In argomento, fondamentale F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, 88 ss. Per vero, in altro passo del suo opuscolo Beccaria sembra mostrare consapevolezza finanche del rapporto tra la qualità contenutistica della legge e la funzione di orientamento delle azioni umane, auspicando che "la norma del giusto e dell'ingiusto, che deve dirigere le azioni si del cittadino ignorante come del cittadino filosofo (non sia) affare di controversia, ma di fatto" (§4), intuendo che la chiarezza della legge dipenda dalla riconoscibilità sociale del disvalore del fatto incriminato.

⁸² Così, F. GIUNTA, *op. cit.*, 172.

diritto penale, riportando la dialettica tra legge e giudice nei territori disegnati dalla tradizione di *civil law*⁸³.

Arrestando una linea di tendenza che – abilitando il *diritto vivente* ad integrare, con interpretazioni additivo/stabilizzanti, disposizioni penali carenti di precisione – aveva finito per legittimare una sorta di funzione normativa della giurisprudenza, la sentenza n. 115/18 – col linguaggio assertivo al quale si affidano idee guida e convincimenti forti – ha riassegnato al *tipo legale tassativo* il tradizionale compito di architrave del sistema penale di *civil law*⁸⁴. Nel riscattarlo dalla condizione di arcaica anticaglia in cui l’avevano precipitato, da un canto, gli usi impropri e poco sorvegliati del lessico ermeneutico, dall’altro, la corritività del linguaggio legislativo, la Consulta ha riportato in auge la più genuina vocazione personal/garantistica della legalità penale; quella, cioè, che la identifica come *messaggio* normativo indirizzato alla comprensione diretta dei destinatari (senza cioè la mediazione interpretativa degli esperti) poiché strumentale a favorire, con l’*Appellfunktion*, la *motivabilità secondo norme* e l’autogoverno decisionale dell’agire umano⁸⁵.

Anche in Beccaria emerge che le funzioni di garanzia della legge penale non si collegano (non possono collegarsi) alla sola qualità del materiale linguistico, ma si intrecciano alle scelte in tema di incriminazioni coinvolgenti i beni e le tecniche della tutela, dalle quali possano ottenersi reati espressivi di strutture di anti giuridicità materiale riconoscibili nella *sfera parallela dei laici*.

La legge penale di Beccaria corrisponde, dunque, ad un’istituzione complessa, che rielabora il nesso costitutivo originario tra *sovranità* e diritto penale e ne fa lo specchio del confronto dialettico tra ragioni dell’autorità e istanze dei diritti naturali dell’individuo.

5. Il tema dell’interpretazione.

Strettamente connesso al tema della legge è quello della sua interpretazione.

Anche questa categoria ha un’anima composita, che erompe dalla sintesi tra la dimensione ‘costituzionale’ tramandata dalla lezione di Montesquieu e il significato di coerenza col paradigma garantistico del diritto penale che percorre la trama di *Dei delitti e delle pene*, costituendone l’obiettivo della proposta riformatrice.

Da un lato, essa riflette la questione della distinta collocazione della legge e dell’interpretazione nel quadro della separazione dei poteri. Sullo sfondo si stagliano le figure istituzionali del sovrano e del giudice: il primo deputato a stabilire, attraverso leggi

⁸³ F. GIUNTA, *La Consulta riafferma la tradizione culturale del diritto penale costituzionale: una sentenza davvero “rivoluzionaria”*, in *Giur. cost.*, 2018, 1311 ss.

⁸⁴ Volendo, V. MAIELLO, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, Napoli, 2020, 34 ss.

⁸⁵ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2018, 418 ss.

generali, i comportamenti punibili⁸⁶; il secondo investito dell'ufficio di verificare "se il tal uomo abbia fatto o no un'azione contraria alle leggi"⁸⁷.

Dall'altro, è parte del progetto che affida la tutela dell'individuo al sistema imperniato sulla centralità della legge, icasticamente espresso dal "dogma politico che dovrebb'essere dai poli creduto e dai supremi magistrati colla incorrotta custodia delle leggi predicato" secondo cui ciascuno deve poter fare "tutto ciò che non è contrario alle leggi senza temerne altro inconveniente che quello che può nascere dall'azione medesima"⁸⁸.

In questo contesto, per così dire *costituzionale*, la questione dell'interpretazione finisce per essere, soprattutto, un problema di *actio finium regundorum* col potere legislativo del sovrano.

Lo avrebbe chiarito un anno dopo la prima edizione del 'trattatello' Pietro Verri che di Beccaria fu amico, comune frequentatore dell'Accademia dei Pugni e revisore e modificatore della sua opera. In un saggio pubblicato su *Il Caffè*, egli afferma che "altra cosa è il legislatore, altra cosa è il giudice. Il legislatore è sempre il sovrano (...). Il giudice per lo contrario non può essere il sovrano (...): il legislatore comanda, il giudice fa eseguire il comando"⁸⁹.

L'*apriori* di questa posizione è l'idea illuministica di interpretazione, a cui è ancora una volta Pietro Verri a dare una veste di particolare chiarezza: "Interpretare vuol dire sostituire se stesso al luogo di chi ha scritto la legge, e indagare cosa il legislatore avrebbe verisimilmente deciso nel tale o talaltro caso, su cui non parla chiaramente la legge. Interpretare significa far dire al legislatore più di quello che ha detto, e quel più è la misura della facoltà legislatrice che si arroga il giudice"⁹⁰.

Quest'ultimo, corrisponde all'identico concetto espresso da Beccaria: "una pena accresciuta al di là dal limite fissato dalle leggi è la pena giusta più un'altra pena; dunque non può un magistrato sotto qualunque pretesto di zelo o di ben pubblico accrescere la pena stabilita ad un delinquente cittadino"⁹¹.

Nel contesto del fondamento *istituzionale* del divieto di interpretazione – *scilicet*, del divieto di dislocazione presso i giudici del potere di assumere decisioni politiche (implicanti l'an della tutela coercitiva) e ampliare i significati della legge – affiora la connotazione propriamente garantistico/penale del dogma.

⁸⁶ Per C. BECCARIA, *op. cit.*, 17, in particolare, sul sovrano grava l'obbligo di dare vita ad "un codice fisso di leggi" che "non lascia al giudice altra incombenza, che di esaminare le azioni de' cittadini, e giudicarle conformi o difformi dalla legge scritta allora i sudditi non sono soggetti alle piccole tirannie di molti".

⁸⁷ C. BECCARIA, *op. cit.*, 15.

⁸⁸ C. BECCARIA, *op. cit.*, 25.

⁸⁹ P. VERRI, *Sulla interpretazione delle leggi*, in *Il Caffè*, II, 1765, in *Ib.*, *Scritti vari di Pietro Verri ordinati da Giulio Carcano*, II, 1854, Firenze, 162-171.

⁹⁰ P. VERRI, *op. cit.*, 167.

⁹¹ C. BECCARIA, *op. cit.*, 14.

Il filo rosso che attraversa il discorso si avvolge tutto intorno al pregiudizio che l'interpretazione – *intesa come sopra*, dunque avente efficacia 'corruttrice' la portata della legge (e, dunque, equivalente all'*analogia legis*) – determina sulle libertà degli uomini.

*"In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza"*⁹².

In questo angolo visuale matura l'opposizione al criterio dello "*spirito della legge*", cui il pensatore milanese addebita la responsabilità di dare copertura giuridica al variegato universo delle pulsioni emotive del giudice o anche solo dell'anarchia logico/epistemica dei suoi ragionamenti: "*Lo spirito della legge – osserva – sarebbe dunque il risultato di una buona o cattiva logica di un giudice, di una facile o malsana digestione, dipenderebbe dalla violenza delle sue passioni, dalla debolezza di chi soffre, dalle relazioni del giudice coll'offeso e da tutte quelle minime forze che cangiano le apparenze di ogni oggetto nell'animo fluttuante dell'uomo*"⁹³.

In gioco c'è il bene supremo della libertà d'agire, che Beccaria vuole proteggere dall'"*errante instabilità delle interpretazioni*" (quelle che vedono "*la sorte di un cittadino cambiarsi spesso volte nel passaggio che fa a diversi tribunali, e le vite de' miserabili essere la vittima dei falsi raziocini o dell'attuale fermento degli umori d'un giudice*"⁹⁴) in mano alle "*piccole tirannie di molti*"⁹⁵ e che già Voltaire aveva plasticamente descritto osservando la realtà di funzionamento della giustizia parigina.

Le parole riservate all'interpretazione saldano il paradigma di legge delineato dall'illuminista milanese: ne rappresentano l'implicazione necessaria e il rovescio speculare grazie al quale si compie la strategia di tutela dell'individuo che orbita intorno all'esclusiva decisionale del sovrano-legislatore, espressiva di una scelta di campo in favore dello *Stato delle leggi* e contro quello *dei giudici*⁹⁶.

È soprattutto il principio di legalità – si è osservato – l'asse portante dell'intero modello", poiché "su di esso si fondano le libertà dei cittadini"⁹⁷. Sta qui la grandezza – che si converte in *limite* per gli esponenti delle correnti gius-realiste – della politica del diritto coltivata dagli illuministi e Beccaria⁹⁸.

Legge e interpretazione sono quindi termini che compongono una relazione di linearità dialettica coerentemente col neoclassicismo architettonico dell'edificio

⁹² C. BECCARIA, *op. cit.*, 15.

⁹³ C. BECCARIA, *op. cit.*, 16.

⁹⁴ C. BECCARIA, *op. loc. cit.*

⁹⁵ C. BECCARIA, *op. cit.*, 17.

⁹⁶ G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *op. cit.*, 119 s.

⁹⁷ L. FERRAJOLI, *L'attualità del pensiero di Cesare Beccaria*, cit., 143.

⁹⁸ Lo sottolinea M. BARBERIS, *Cosa resta del sillogismo giudiziale?*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2015, 166.

illuministico delle fonti⁹⁹; assai lontana dal corto circuito che, da qualche decennio a questa parte, ne ha ri-configurato il volto sia per effetto delle concezioni ermeneutico/relazionali del diritto¹⁰⁰, sia a causa degli inediti spazi di manovra che hanno fatto acquisire alla giurisdizione lo Stato costituzionale e il sistema *right-based multilevel*¹⁰¹.

Ed allora, sembra corretto affermare che la posizione del filosofo lombardo sull'attività del giudice non possa essere adeguatamente decifrata, negli appropriati significati storici e ideologici, al di fuori dei nessi di complementarità con la legge e i suoi caratteri: vale a dire, con la realtà di incriminazioni morfologicamente *insulari*, qualificate da contenuti di illiceità riconoscibili e non 'difficilmente provabili', affidate alle descrizioni di enunciati normativi costruiti con linguaggio chiaro e semplice.

Rischia, perciò, di apparire ingeneroso – ma anche fuorviante – osservare il pensiero di Beccaria con le lenti delle raffinate consapevolezze ermeneutiche testimoniate dall'esperienza giuridica contemporanea¹⁰²: come se esso esprima una pretesa di verità sull'essere della pratica interpretativa e sulla natura del giudizio deontico concreto¹⁰³, ovvero prospetti il tema dei nessi – di opposizione o di implicazione – tra *ontologia* ed *epistemologia* della comprensione ed applicazione della legge¹⁰⁴. Assai più semplicemente, invece, il Nostro intende affermare l'esigenza *politica* di garantire il cittadino nei rapporti con l'istituzione punitiva, enunciando, a tal fine, un parametro regolativo ideale/normativo¹⁰⁵.

Osservato nella sua *nudità ontica* il *topos* del "*sillogismo perfetto*" svela, all'evidenza, la sua improponibilità teorica e la sua contrarietà alla realtà storica di funzionamento delle operazioni di giustizia¹⁰⁶.

Se ne trae conferma finanche dal più autorevole fra i teorici analitici italiani del diritto penale, quando – in riferimento all'omologa tesi montesquieuiana del giudice *bouche de la loi* ed *être inanimé* – sostiene che "presa alla lettera o addirittura scambiata per una tesi descrittiva, essa è una formula ideologica, basata su una teoria del giudizio grossolana e insostenibile, che oltretutto rischia di servire a deresponsabilizzare i giudici,

⁹⁹ Per questa immagine G. SILVESTRI, *Il ruolo del giudice in un'epoca di crisi delle fonti del diritto*, in *I professionisti della giustizia*, a cura di F. PALAZZO-O. ROSELLI, Napoli, 2007, 27.

¹⁰⁰ Per tutti, M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, Torino, 2011.

¹⁰¹ M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 3/2016, 13 ss.; V. MANES, *Diritto penale no limits*, in *Quest. giust.*, 2019, 86 ss.

¹⁰² Per uno sguardo complessivo di questa esperienza, *ex multis*, G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012.

¹⁰³ Sulle molte, e impegnative, questioni legate alla dialettica tra 'elemento normativo' ed 'elemento fattuale', si rinvia alla ricapitolazione antologica contenuta in AA.VV., *L'ermeneutica giuridica tedesca contemporanea*, a cura di G. CARLIZZI-V. OMAGGIO, Pisa, 2016, 23 ss.

¹⁰⁴ Accenni in L. MENGONI, *A proposito della teoria generale dell'interpretazione di Emilio Betti*, in *Scritti I*, Milano, 2011, 218.

¹⁰⁵ Insiste sul carattere *politico* dello scritto di Beccaria, S. RODOTÀ, nella *Prefazione* all'edizione a cura di Burgio, Milano, 1991, per il quale "è questa la caratteristica a conferirgli forza e ad assicurarli una straordinaria fortuna".

¹⁰⁶ A. CADOPPI, *op. cit.*, 594 ss.; M. DONINI, *Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto*, in *Sistema Penale*, 20 dicembre 2019; F. GIUNTA, *Addio a Beccaria?*, cit., 250; F. PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in corso di pubblicazione.

occultandone le inevitabili scelte comunque determinate dal carattere opinabile dell'interpretazione della legge e dal carattere probabilistico dell'induzione probatoria¹⁰⁷.

Contestualizzato, invece, nel mondo delle meta-regole o condizioni stipulative del complessivo discorso dell'opuscolo e dello spirito utopico¹⁰⁸ che l'ispira, la teorica del sillogismo perfetto trasmette tutt'altro messaggio: anticipa la forma istituzionale che ancora oggi definisce il rapporto tra la legge penale e la sua interpretazione giudiziaria¹⁰⁹ e che continua a giustificare la mancata equiparazione sul piano della disciplina delle fonti e della loro efficacia nel tempo¹¹⁰.

L'asserto per il quale il giudice, innanzi a leggi *interpretabili* (e non denunciabili per difetto del requisito della precisione e della conoscibilità) non possa spingere la propria indagine conoscitiva oltre il campo semantico degli usi linguistici delle parole che compongono la dimensione di senso dell'enunciato normativo, resta un principio della *ragione pubblica costituzionale*, nonostante sia penetrato nello *spirito* e nelle *forme* dell'esperienza giuridica contemporanea la coscienza della natura circolare ed 'a spirale' dell'attività interpretativa¹¹¹. *A fortiori*, ove dovessi farsi coincidere – come sembra ricavarsi dal famoso libretto – il concetto di interpretazione con la pratica dell'*analogia legis* e, ancor più, *iusuris*, vale a dire con una forma di integrazione della legge e/o del diritto.

Sul punto, occorre ribadire con risoluta chiarezza che l'ingresso del pensiero ermeneutico nell'orizzonte dei processi di *enforcement* penalistico (*scilicet*, del passaggio dalla dimensione generale e astratta dell'enunciato legale alla decisione sulla singola *res iudicanda*) non può recare con sé – quale implicazione obbligata sul piano logico ed epistemologico – il congedo dai vincoli linguistici delle parole e del loro significato. Non può, in altri termini, accompagnarsi all'abbandono della tradizione interpretativa fondata sull'impegno a porre al centro di ogni strategia conoscitiva dei contenuti dei testi la difesa del senso letterale della loro formulazione¹¹².

Una matura presa d'atto che le operazioni gnoseologiche coinvolte nell'interpretazione (anche) dei documenti normativi (ovviamente, pure di quelli penali) hanno struttura ermeneutica non spinge affatto nella direzione di ampliare la manovra ricostruttiva (del tipo) da parte del giudice. Piuttosto, consente di neutralizzarne le derive

¹⁰⁷ L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 19. Con queste premesse, rischia di apparire viziata di *ultrapetizione* l'impetosa intransigenza con cui M. DONINI, *Interpretazione delle leggi* (Dei delitti e delle pene, § IV), in *Dir. pen. XXI sec.*, 2014, 245 ss. si sofferma nell'evidenziare – con argomenti e considerazioni peraltro ineccepibili – l'inattualità della posizione espressa nel celebre trattato.

¹⁰⁸ Il riferimento alla dimensione utopica nell'Europa dell'età moderna rinvia "all'idea di ri-voluzione in quanto instaurazione di un *novum ordo* radicale", così M. CACCIARI-P. PRODI, *Occidente senza utopie*, Bologna, 2016, 7.

¹⁰⁹ Così, G. MARINUCCI, *op. loc. cit.*

¹¹⁰ Corte cost. 8 ottobre 2012, n. 230, cit.

¹¹¹ In dottrina, G. FIANDACA-E. MUSCO, *op. cit.*, 123 ("Se da un lato è vero che il procedimento ermeneutico è aperto alle scelte valutative del giudice, dall'altro occorre circoscriverne lo spazio *entro limiti corrispondenti al significato letterale, sia pure teso all'estremo, del testo di legge*"), F. PALAZZO, *op. cit.*, 139 ("ammesso (...) che interpretazione ed analogia procedano entrambe "per somiglianze", la prima si avrà fino a che l'interprete (...) si muove *all'interno dell'uso linguistico del termine*").

¹¹² Per l'assunto che ogni impresa interpretativa deve assumere ad incipit U. Eco, *I limiti dell'interpretazione*, Milano, 1990, 127; in chiave adesiva, D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2017,

soggettivistiche e gli epiloghi potestativi, poiché rimuove quel “velo di ignoranza (o di ipocrisia)” che – come rileva Francesco Palazzo – impedisce ad una prassi ispirata ai dettami del giuslegalismo acritico di “scoprire i reali itinerari in cui prende forma il suo potere decisionale”¹¹³.

Il fatto è che, non di rado, si opera una confusa sovrapposizione del *problema ontologico della comprensione* con quello dei *metodi di interpretazione*, nel senso che la questione delle condizioni trascendentali della conoscenza viene convertita, con surrettizio automatismo, nell’obbligato riferimento a criteri di interpretazione giuridica dalla forte connotazione creativa, avallando estemporanee riconfigurazioni del rapporto tra *littera legis* e risultato interpretativo¹¹⁴.

Il rispetto dei significati letterali del testo non implica affatto il ripudio (inconcepibile soprattutto per esigenze di garanzia) di chiavi di lettura che spianano la strada al dovere di promuovere interpretazioni in prospettiva razionale e sistematica, volte, cioè, a mettere in comunicazione il senso della singola disposizione con il complessivo insieme normativo nel quale è inserita¹¹⁵.

Dunque, a noi sembra che la lezione di Beccaria continui a proiettare moniti significativi sia nella dimensione istituzionale che, pur nelle novità connesse alle peculiarità dello Stato costituzionale e segnatamente al sindacato di legittimità delle leggi qualifica il rapporto tra *legis-latio* e *ius-dictio*¹¹⁶, sia nel nocciolo duro del peculiare e privilegiato statuto dell’interpretazione penale, legato – per vincolo costituzionale – alla insormontabilità della dimensione linguistica del testo giuridico, nella funzione di barriera garantistica verso pratiche di dilatazione normativa *contra reum*¹¹⁷.

Siamo qui innanzi ad un profilo rispetto al quale il valore di testimonianza dell’illuminismo proietta l’onda lunga della dimensione ideologica del formalismo, ben lontana dalla caratterizzazione deteriore o spregevole impressa dalla cavillosità leguleia del causidismo¹¹⁸, essendo costitutiva delle ragioni più profonde del diritto punitivo, inteso quale luogo e strumento di *Magna Charta*¹¹⁹: luogo e strumento, cioè, nei quali la forma si fa scudo dei valori del garantismo, divenendo espressione e strumento e di una etica del *limite*.

A significativo riscontro della permanente fecondità dell’approccio, può rammentarsi la permanente struttura sillogistica della redazione delle sentenze che, com’è stato fatto rilevare, è l’insostituibile altra faccia del principio di legalità¹²⁰.

¹¹³ F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, cit., 9-10.

¹¹⁴ G. INSOLERA, *Oltre il giardino*, in ID., *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Pisa, 2019, 123 ss.

¹¹⁵ D. PULITANÒ, *op. ult. cit.*, 132 ss.

¹¹⁶ G. AMATO, *Il potere diviso e l’interpretazione della legge*, in *Quest. giust.*, 2003, 312 ss.

¹¹⁷ Sulla permanente attualità del nucleo garantistico della posizione di Beccaria in tema di interpretazione, cfr. G. AMARELLI, *Il giudice ed il rispetto della legge penale in sede interpretativa (obsolescenza apparente e attualità permanente del pensiero di Beccaria)*, in *Rivista AIC*, giugno 2015, 25 ss.

¹¹⁸ Su questi caratteri del formalismo, sia pure nel particolare contesto della militanza narrativa di Sciascia, cfr. G. FIANDACA, *La giustizia secondo Sciascia*, in *Todomodo*, 2019, 157 ss., spec. 160 ss.

¹¹⁹ F. VON LISZT, *L’idea dello scopo nel diritto penale*, (1902), Milano, 1962.

¹²⁰ M. BARBERIS, *op. cit.*, 172.

Naturalmente ad assai diversi esiti porta il discorso ove volessimo istituire un raffronto tra il modello normativo prefigurato da Beccaria e la realtà di funzionamento degli ordinamenti contemporanei e, fra essi, quello italiano in particolare.

Su questo piano, infatti, emerge la profonda divaricazione tra l'*utopia* prescrittivo/riformatrice di quel paradigma e la configurazione empirica e storico-fattuale in cui vive che nella prassi.

L'odierna vita del diritto cataloga, infatti, caleidoscopici repertori sia di disposizioni legislative incapaci di esprimere compiute decisioni sulla materia del divieto e, spesso, di costruire morfologie offensive circondate da un *previo* riconoscimento sociale; sia di indirizzi e prassi giudiziarie che, talvolta per reazione alla scarsa qualità delle leggi, stabilizzano assetti precettivi distanti dal senso immediato delle formulazioni normative.

Ha continuato, così, ad ispessirsi quel fenomeno di *perdita della buona coscienza* di cui oltre un secolo fa Gustav Radbruch faceva responsabile il diritto penale¹²¹, che appare rivestire i caratteri di metafora del nichilismo del pensiero occidentale di matrice heideggeriana¹²².

Ed allora, questa progressiva *perdita di epicità* del diritto penale agito, anziché formare oggetto di supina acquiescenza e fungere da *test* delle fallacie teoriche e dell'insostenibilità epistemica della posizione beccariana, dovrebbe indurre a maturare coscienza della distanza che separa le sue manifestazioni normative ed empirico/applicative dalla relativa dimensione ontica. Spingendo ad alimentare – innanzitutto nel foro della *discussione* e dell'*impegno pubblico* – forme moderne di una jheringhiana *lotta per il diritto* indirizzata al recupero di più elevati *standard* di razionalità assio/teleologica.

Vien fatto di osservare che, come il nichilismo ontico del pensiero occidentale “non annulla l'essere, ma considera l'essere come un nulla perché considera l'ente come il tutto”¹²³, così le politiche penali del nostro tempo non nascono dal ripudio dei valori fondativi e dei caratteri identitari della materia – che, anzi, risultano puntualmente ribaditi nelle varie occasioni di declinazione del discorso ufficiale – ma dal loro occultamento nel contesto di strategie contingenti volte all'affermazione opportunistica di una supremazia di contingenze (seppur con caratteri di reiterazione) teleologiche.

È possibile, allora, aprire un cantiere 'concretamente utopico' di una *Kampf um's Recht* ove coltivare l'auspicio che la legge penale arresti il processo di *dimenticanza* delle condizioni (storico-filosofiche e politico-ideologiche) del proprio costituirsi quale istituzione della democrazia rappresentativa e simbolo autorevole della sua funzione regolativa, capace di promuovere l'osservanza dei comportamenti conformi alla difesa degli interessi sociali maggiormente significativi con chiarezza e persuasività comunicativa, tanto nel discorso pubblico laico, quanto presso la comunità degli

¹²¹ G. RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto*, (1913), Torino, 1961, 224.

¹²² M. HEIDEGGER, *Introduzione alla metafisica*, (1935-1953), Milano, 1968, 207.

¹²³ Così, U. GALIMBERTI, *Heidegger e il nuovo inizio*, Milano, 2010, 13.

interpreti. E dove lavorare affinché quest'ultima sviluppi una rinnovata *deontologia ermeneutica* nel segno della cultura del *limite* e della sua strumentalità rispetto al carattere residuale del *diritto dei reati e delle pene*, segnatamente rispetto alla sua natura di disciplina *derogatoria* dalla *norma generale di libertà*¹²⁴.

In questa prospettiva, riesce arduo negare che l'eredità culturale di Beccaria sia tutt'altro che un fossile della storia¹²⁵!

¹²⁴ Non si può fare a meno di rammentare l'instancabile richiamo di Luigi Ferrajoli a tale paradigma; tra i molti suoi lavori, in chiave sinteticamente assertiva, cfr. *op.cit.* 19-20. Sulla necessità di sperimentare regole e criteri di razionalizzazione dell'attività ermeneutica, F. PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, cit.; V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Dir. pen. cont.*, 17 gennaio 2018.

¹²⁵ In questi limiti, anche M. DONINI, *op. ult. cit.*, 259 s. coglie elementi di attualità. Sottolinea come l'appello a Beccaria venga invocato in tempi di crisi S. RODOTÀ, *op. cit.*