



Collana della Scuola di Giurisprudenza
dell'Università di Milano-Bicocca

Dialogando con Beccaria

Le stagioni del processo penale italiano

a cura di

Giovanni Chiodi e Loredana Garlati



G. Giappichelli Editore – Torino



Collana della Scuola di Giurisprudenza
dell'Università di Milano-Bicocca

Direttore:

Giovanni Chiodi

Comitato editoriale:

Patrizia Borsellino

Marta Cartabia, *Giudice della Corte Costituzionale*

Adolfo Ceretti

Diana Cerini

Giovanni Chiodi

Alessandra Daccò

Filippo Danovi

Loredana Garlati

Costanza Honorati

Bruno Inzitari

Alberto Maffi

Natascia Marchei

Oliviero Mazza

Claudia Pecorella

Margherita Ramajoli

Franco Scarpelli

Tullio Scovazzi

Francesco Tesauro

Dialogando con Beccaria

Le stagioni del processo penale italiano

a cura di

Giovanni Chiodi e Loredana Garlati



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2015 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-0162-3

Questo volume è stato pubblicato con il contributo del Dipartimento delle Scienze Giuridiche Nazionali e Internazionali dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca.

L'opera è stata oggetto di positiva valutazione da parte del Comitato editoriale, in conformità alle previsioni del Regolamento della Collana, consultabile nel sito www.giurisprudenza.unimib.it.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Gli Autori</i>	IX
250 anni... ma non li dimostra <i>Loredana Garlati</i>	XI
Beccaria: filosofo acclamato del passato e giurista misconosciuto del futuro <i>Loredana Garlati</i>	1
1. Dalla laurea in giurisprudenza alla conversione filosofica	1
2. Il diritto nella produzione scientifica di Beccaria	9
3. La storiografia di fronte a Beccaria tra l'omaggio al filosofo e la riconosciuta natura giuridica dell'opera	13
4. Beccaria giurista inconsapevole?	21
Il giudice e la prova: Beccaria, Filangieri, Pagano <i>Francesco Caprioli</i>	31
1. Libero convincimento, certezza morale, probabilità	31
2. «L'ignoranza che giudica per sentimento»	33
3. Nascita di un modello normativo	36
4. Prove imperfette e quasi-prove	40
5. <i>In atrocissimis leviores coniecturae sufficiunt</i>	41
Le garanzie processuali di Beccaria e la penalistica italiana dell'Ottocento: il contributo di Giovanni Carmignani <i>Giovanni Chiodi</i>	43
1. «Come i fili dell'oro nascosti nelle profonde viscere della miniera»	43

2. La certezza legale e l'oscuro indefinibile dato della intima convinzione dell'uomo	55
3. Il superamento del 'ferreo assioma' nei delitti di prova difficile	66
4. La prova testimoniale e la confessione	70
5. Arresto e custodia segreta dell'imputato	73
6. L'interrogatorio dell'imputato	78
7. Il <i>révirement</i> sulla promessa di impunità ai complici delatori	81
 La Scuola positiva e il pensiero di Beccaria: un dissenso nascosto dietro la «venerazione riconoscente»	85
<i>Ennio Amodio</i>	
1. La nascita della Scuola positiva di diritto criminale e lo scontro con i penalisti di tradizione illuminista e formazione liberale	85
2. Il conflitto fra le due culture sui temi di fondo: teoria dello Stato; funzione del giudice; metodologia della ricerca	87
3. Il compromesso ideologico patrocinato da Enrico Ferri: salvare il «piccolo libro immortale» di Beccaria archiviandone i contenuti	93
4. La presunzione di innocenza nella dottrina di Beccaria e il «morboso sentimentalismo per i delinquenti» nella visuale positivista	96
5. La libertà personale «carissima all'illuminato legislatore»: legalità, stretta necessità, minima coercizione temporale e modale. La reazione positivista: la libertà dell'imputato «perenne minaccia alla pubblica sicurezza»	100
6. L'opzione di Beccaria per il giuri che «giudica per sentimento» e l'avversione della Scuola positiva nei confronti dei laici non tecnici	103
 Oltre Beccaria? Le proposte della criminologia tra Otto e Novecento	107
<i>Michele Pifferi</i>	
1. Beccaria criminologo?	107
2. La legalità processuale e i poteri 'restituiti' al giudice	111
3. Il ruolo del giudice nel processo penale criminologico	118
4. Penologia e contraddizioni con lo stato di diritto: dalla legalità alla giurisdizionalità della pena	122
 Riletture di Beccaria nella processual-penalistica italiana del XX secolo	139
<i>Marco Nicola Miletti</i>	
1. Un antenato scomodo	139
2. La congiura del silenzio	141
3. «Ciò che è vivo e ciò che è morto»: la monografia di De Marchi	145
4. Un conforto per la «dolorante umanità»	147

5. I discernimenti del bicentenario:	149
a) Beccaria 'attuale'	150
b) Beccaria 'processualista'	153
6. Inquietudini di fine millennio	157
7. Le invarianze, la sfida	162
Riflessioni attuali su un passo di Cesare Beccaria a proposito dei delitti di prova difficile	169
<i>Renzo Orlandi</i>	
1. L'attualità di un dialogo a distanza con l'opera di Cesare Beccaria	169
2. Delitti di prova difficile perché atroci	170
3. Delitti di prova difficile perché "oscuri"	173
4. Conviene prevenire i delitti difficili da provare. Ma in che modo?	175
Un penalista a colloquio con Beccaria	179
<i>Domenico Pulitanò</i>	

GLI AUTORI

Ennio Amodio, Professore emerito di Diritto processuale penale, Università degli Studi di Milano

Francesco Caprioli, Professore ordinario di Diritto processuale penale, Università degli Studi di Torino

Giovanni Chiodi, Professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno, Università degli Studi di Milano-Bicocca

Loredana Garlati, Professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno, Università degli Studi di Milano-Bicocca

Marco Nicola Miletti, Professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno, Università degli Studi di Foggia

Renzo Orlandi, Professore ordinario di Diritto processuale penale, Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Michele Pifferi, Professore associato di Storia del diritto medievale e moderno, Università degli Studi di Ferrara

Domenico Pulitanò, Professore emerito di Diritto penale, Università degli Studi di Milano-Bicocca

COMITATO SCIENTIFICO DEL CONVEGNO

Giovanni Chiodi, Professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno, Università degli Studi di Milano-Bicocca

Loredana Garlati, Professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno, Università degli Studi di Milano-Bicocca

250 ANNI... MA NON LI DIMOSTRA

Loredana Garlati

1764-2014: a 250 anni dalla pubblicazione del *Dei delitti e delle pene*, quel *pamphlet* continua a scuotere le nostre coscienze e ad affascinare cultori di diverse discipline.

Il fiorire di celebrazioni per l'anniversario della prima edizione ha offerto nuove occasioni per scandagliare, sezionare, sviscerare il testo dell'illuminista milanese. Il volume che qui si pubblica ne offre una lettura "processualistica", nel pieno rispetto della dimensione storica e senza operare forzate attualizzazioni di ciò che appartiene a un'epoca e alla sua cultura (giuridica e filosofica).

Sin dall'impostazione si è inteso superare gli artificiosi steccati disciplinari. Le opzioni tematiche operate da ciascuno degli studiosi coinvolti prescindono dalle strette "competenze cronologiche". Ciò ha consentito di instaurare un *quid pluris* rispetto al mero (e pur sempre necessario) dialogo tra storici del diritto e giuristi "positivi" e di analizzare, ciascuno con il proprio bagaglio di formazione, di conoscenza, di sensibilità scientifica, il Beccaria processualista: un profilo che non aveva forse ricevuto dalla storiografia un'attenzione pari a quella riservata alla questione delle pene e del diritto di punire. Eppure, come ricordato in alcuni dei saggi qui presentati, è proprio sul terreno del rito penale che questo piccolo trattato proietta tuttora la sua potenza.

La rilevanza processualpenalistica del *Dei Delitti* è in fondo acquisizione recente. Una svolta può forse rinvenirsi nella "riscoperta" promossa da Piero Calamandrei, il quale valorizzò la portata etica dell'opera beccariana in un frangente drammatico della nostra storia. In anni appena più recenti, nel tortuoso cammino verso la riforma della giustizia penale, si confrontarono con la lezione del marchese lombardo indubbi maestri, quali Leone, Vassalli, Pisapia e Nuvoletto.

Il nome di Beccaria evoca, ancora oggi, non solo il momento di rottura degli stilemi inquisitori per secoli dominanti sulla scena europea, ma altresì valori metastorici e universali, ciclicamente minacciati o talora non pienamente attuati e per i quali si impone pertanto una costante vigilanza. Per questo il *Dei delitti* è

sopravvissuto alla polvere del tempo: esso parla all'uomo di sempre e che da sempre aspira alla giustizia.

In questo libro ci occupiamo di processo penale, e lo facciamo da giuristi, nella speranza di offrire chiavi di lettura non scontate di pagine che ancora oggi ci sfidano ad analizzare la realtà e, se possibile, a migliorarla.

I curatori del volume esprimono un sentito ringraziamento al dottor Andrea Massironi per il fondamentale contributo alla composizione e correzione del presente volume.

BECCARIA: FILOSOFO ACCLAMATO DEL PASSATO E GIURISTA MISCONOSCIUTO DEL FUTURO

Loredana Garlati

SOMMARIO: 1. Dalla laurea in giurisprudenza alla conversione filosofica. – 2. Il diritto nella produzione scientifica di Beccaria. – 3. La storiografia di fronte a Beccaria tra l'omaggio al filosofo e la riconosciuta natura giuridica dell'opera. – 4. Beccaria giurista inconsapevole?

1. *Dalla laurea in giurisprudenza alla conversione filosofica*

«Sorprendere la nascita di un nuovo modo di sentire e di pensare, cogliere il momento in cui un elemento nuovo entra a far parte di una civiltà e comincia a mutarla e trasformarla è forse la cosa più appassionante che uno storico possa tentar di fare»¹.

Così scriveva Franco Venturi in apertura dell'edizione del 1965 del *Dei delitti e delle pene*. Riconosceva inoltre Giuliano Vassalli che sono soprattutto gli storici del diritto a sapere «meglio d'altri di quante ansie, di quante fatiche, di quante lotte sia fatta la conquista del vero e da quanti contributi di studio e di meditazione sia determinato l'approdo dell'umano pensiero ad un determinato porto»². Fatti apparentemente neutri, se letti nel contesto del momento, possono acquistare diverso significato in una prospettiva di lunga durata, capace di trasformare un'opera, un fatto, un'idea, un gesto di 'ordinaria normalità' in eventi epocali. È quanto è accaduto con il *Dei delitti* di Cesare Beccaria, un libro e un uomo cui fu riservata una certa indifferenza *domi*³, ma che seppero cambiare il corso del diritto.

¹ F. VENTURI, *Introduzione* a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Torino 1965, p. VII.

² G. VASSALLI, *Cesare Beccaria nella storia del diritto penale*, in ID., *Scritti giuridici*, vol. IV, Milano 1997, p. 560.

³ Mi sia permesso di rinviare a L. GARLATI, *Utilità, esemplarità, certezza della pena. Il pensiero di Beccaria tra mito e realtà*, in *Archivio Storico Lombardo*, anno CXL, vol. XIX (2014), pp. 73-74 ed EAD., *Nemo propheta in patria. La proposta abolizionista di Beccaria nel dibattito italiano di fine Settecento tra tiepidi entusiasmi e tenaci opposizioni*, in *Un uomo, un libro. Pena di morte e*

Secondo Delitala per il *Dei Delitti* è accaduto ciò che si verifica per «tutte le grandi opere dottrinali di diritto penale [che] sono grandi nella misura in cui valgono oltre il tempo in cui furono scritte»⁴. Ed è indubbio che quel *pamphlet*, pubblicato anonimo nel 1764, abbia superato le coordinate geo-temporali della sua genesi per divenire, in qualche misura, immortale.

Per Delitala, dunque, il *Dei delitti* sarebbe *opera dottrinale di diritto penale*: un libro giuridico, quindi, da imputarsi a «uomo eloquente e d'immagini vivacissime» ma che nulla sapeva «dei nostri metodi criminali», secondo la *vulgata* diffusa da Pietro Verri⁵. Le parole di Pietro hanno finito per condizionare il giudizio dei posteri: infatti, quello che è considerato il manifesto programmatico della civiltà giuridica penale sarebbe in realtà, secondo una lettura prevalente, opera di un 'filosofo' privo degli strumenti propri del giurista. Una etichetta eccessivamente semplificata che rischia di far perdere di vista le sfumature della formazione culturale del suo autore, le cui spoglie intellettuali sono state contese a diverso titolo da letterati, filologi, filosofi, storici, economisti e giuristi.

Ed è così che Beccaria oscilla da sempre tra due possibili estremi: filosofo *tout court* prestato al diritto oppure giurista con la *forma mentis* del filosofo?⁶ Nel quesito non vi è sottesa la volontà di operare sterili schematismi (che risulteranno, e lo si vedrà alla fine, di poco significato) ma di comprendere appieno l'*habitus* del Gran Lombardo e, in fondo, la rilevanza delle sue enunciazioni: non già meri precetti teorici di derivazione filosofica, ma veicolo di questioni di rilevanza giuridica.

Il seme del dubbio, ispiratore di ambiguità, è instillato dallo stesso Beccaria nel *Dei delitti*. Nel corso dell'opera egli infatti si appella filosofo⁷, svalutando e

processo penale nel Dei delitti e delle pene di Cesare Beccaria, a cura di L. GARLATI e G. CHIODI, Milano 2014, pp. IX-XXXI.

⁴ G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Atti del Convegno Internazionale su Cesare Beccaria promosso dall'Accademia delle Scienze di Torino nel secondo centenario dell'opera «Dei delitti e delle pene»* (Torino 4-6 ottobre 1964), Torino 1966, p. 122.

⁵ Lettera del 1° novembre 1765, in *Lettere e scritti inediti di Pietro e Alessandro Verri annotati e pubblicati dal dottor Carlo Casati*, I, Milano 1879, pp. 183-190. La datazione della lettera è ritenuta falsa da G. FRANCONI, *Note al testo*, in C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria, vol. I, a cura di G. FRANCONI e L. FIRPO, Milano 1984, p. 222: per lo studioso essa va ricondotta al periodo successivo al soggiorno parigino di Cesare.

⁶ Ritroviamo questa tensione, ad esempio, nel titolo di uno scritto di Renato PASTA *Beccaria tra giuristi e filosofi* (sottotitolo: *aspetti della sua fortuna in Toscana e nell'Italia centro settentrionale*), in *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, Roma-Bari 1990, pp. 512-533.

⁷ «La voce di un filosofo è troppo debole contro i tumulti e le grida di tanti che son guidati dalla cieca consuetudine, ma i pochi saggi che sono sparsi sulla faccia della terra mi faranno eco nell'intimo de' loro cuori» (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XXVIII *Della pena di morte*, p. 94). Inoltre, in perfetta linea con il movimento illuministico, Beccaria attribuisce al filosofo (in alcuni casi identificato con il sovrano) il compito di promuovere il *progresso della ragione* (per citare Carlo Capra), traghettando l'uomo dall'oscurità della superstizione e dalla cieca obbedienza

rendendo quasi irrilevante quella laurea *in utroque iure* conseguita (svogliatamente) a Pavia nel 1758, a soli 20 anni⁸: un traguardo pressoché obbligato per la giovane nobiltà del tempo, una sorta di *passepourtout* per accedere al prestigio del foro o alle cariche più rilevanti dell'amministrazione pubblica.

Di quegli studi non troviamo traccia, né cenno, né sfoggio alcuno nel *Dei delitti*, costruito invece sulla base dell'incontro rivelatore con i maestri del pensiero elencati nella celebre lettera del 1766 a Morellet, in cui Beccaria confessava apertamente la sua avvenuta «conversione filosofica», risalente a cinque anni prima, grazie alla lettura delle *Lettres persanes* di Montesquieu, e proseguita poi, in un crescendo di entusiastica ammirazione, con Buffon, D'Alembert, Diderot, Helvétius, Hume, senza trascurare Rousseau, mai menzionato ma incisivo ispiratore dei fulcri ideologici dell'intera opera⁹.

alla tradizione verso la conoscenza. A titolo di mero esempio, si pensi ai seguenti passi: «i grandi monarchi, i benefattori della umanità che ci reggono, amano le verità esposte dall'oscuro filosofo con un non fanatico vigore» (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., *A chi legge*, p. 18); «e merita la gratitudine degli uomini quel filosofo ch'ebbe il coraggio dall'oscuro e disprezzato suo gabinetto di gettare nella moltitudine i primi semi lungamente infruttuosi delle utili verità» (dibattuto se il riferimento fosse a Rousseau o a Helvétius; cfr. sul punto C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., *Introduzione*, note di G. FRANCONI, p. 24, nt. 1); «un tal uomo, se sarà ambizioso, la gloria di tutti i secoli lo aspetta, se sarà filosofo, le benedizioni de' suoi cittadini lo consoleranno della perdita dell'autorità, quando pure non divenisse indifferente alla loro ingratitude» (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XXVI *Dello spirito di famiglia*, p. 83); «profondo e sensibile filosofo, lasci che gli uomini, che i suoi fratelli, godano in pace quella piccola porzione di felicità che lo immenso sistema, stabilito dalla prima Cagione, da quello che è, fa loro godere in quest'angolo dell'universo» (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XLVI *Delle grazie*, p. 128).

⁸ Una laurea che tuttavia «si poteva ottenere senza frequentare le aule universitarie» (C. CAPRA, *I progressi della ragione. Vita di Pietro Verri*, Bologna 2002, p. 103). Capra nel passo riportato fa riferimento in realtà a Pietro Verri, ma l'affermazione può essere estesa anche a Beccaria. Pietro, in particolare, era stato avviato dal padre Gabriele allo studio del diritto: era il vecchio senatore in persona ad impartire l'insegnamento al figlio con metodi tali da «non riconciliare l'animo del giovane [*sott. Verri*] a quest'arida materia» (ivi). Lo studio del diritto si era rivelato fin da subito ostico e poco adatto al Verri: «Sono tanto verbose e ripetute le spiegazioni, che mi stupirei se i banchi stessi della scuola [*sic*] non diventassero Dottori» (lettera del 20 dicembre 1748, in *Archivio Verri* presso la Fondazione Raffaele Mattioli per la storia del pensiero economico, p. 245).

⁹ Lettera del 26 gennaio 1766, in C. BECCARIA, *Carteggio (parte I: 1758-1768)*, Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria, vol. IV, a cura di C. CAPRA, R. PASTA e F. PINO PONGOLINI, Milano 1994, pp. 219-228, in particolare pp. 222-223. Non va trascurato tuttavia che l'entusiastica adesione agli scrittori francesi era diluita dall'interpretazione di matrice austriaca del giusnaturalismo e dell'illuminismo. Gli affiliati ai *Pugni* aspiravano ad operare in sintonia con il potere costituito, interlocutore privilegiato delle loro istanze, nel quale riponevano la speranza di un'evoluzione della società nel segno della ragione. Le istanze dell'illuminismo lombardo possono quindi essere comprese solo se inserite nel più generale flusso del riformismo asburgico, una sorta di «rivoluzione dall'alto» tesa a sovvertire le strutture d'antico regime. «Gli uomini dei Pugni chiesero con un'energia che non ritroviamo altrove nell'Europa di quegli anni che l'accordo tra il potere e i filosofi si facesse non soltanto nella lotta contro l'ignoranza e la miseria, ma nella comune volontà d'una radicale ricodificazione» (F. VENTURI, *Settecento riformatore. Da Muratori a Beccaria*, Tori-

Accanto a loro, Beccaria indicava alcuni tra gli artefici del pensiero politico e scientifico: Galileo, Machiavelli, Giannone¹⁰, al cui destino di perseguitati si sentiva accomunato, dopo gli strali lanciati dal monaco vallombrosano Ferdinando Facchinei¹¹, che aveva accusato l'anonimo autore del *pamphlet* di irreligiosità e di eresia¹².

Lo stesso Facchinei, che si ingannò¹³, credendo di ravvisare tra il *Dei delitti* e le *Meditazioni sulla felicità* una così stretta somiglianza da farli ritenere «due mostruosi gemelli»¹⁴ partoriti dallo stesso autore¹⁵, percepiva la logica di un fi-

no 1969, p. 726). Per questa ragione, si avverte in Beccaria una tensione tra la stesura di un programma *ex parte principis* e le conseguenze cui lo conduceva l'adesione al contrattualismo rousseauiano. Egli appariva, quindi, combattuto tra la compassione per gli umili e il cauto ossequio ai potenti, tra la sovranità popolare e l'autorità del monarca, descritto come un «benefattore dell'umanità» che sa amare «le verità esposte dall'oscuro filosofo», come si è ricordato in precedenza (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., *A chi legge*, p. 18).

¹⁰ «Nello scrivere l'opera mia ho avuto innanzi gli occhi Galileo, Machiavello e Gianone» (Lettera del 26 gennaio 1766, cit., p. 221).

¹¹ «Ho sentito scuotersi le catene della superstizione e gli urli del fanatismo soffocare i gemiti della verità. Ciò mi ha determinato e costretto ad essere oscuro e ad involgere in una sacra nebbia il lume del vero. Ho voluto essere difensore degli uomini senza esserne il martire» (Lettera del 26 gennaio 1766, cit., p. 221). Così scriveva Beccaria, a seguito degli attacchi furiosi del Facchinei, che non risparmiò strali velenosi all'autore e dure critiche all'impianto dell'opera, denunciata come un concentrato di pericolosi errori e travisamenti.

¹² Come ricordato da Pietro Verri all'amico Gianrinaldo Carli «un frate in Venezia ha vomitato contro questo libro un libello d'accuse d'eresia, di sedizione, d'empietà e simili» (Lettera del 25 gennaio 1765, in *Dei delitti*, a cura di F. VENTURI, cit., doc. 4, p. 189). Paradossalmente, si trattava delle stesse accuse rivolte al Facchinei dai confratelli a seguito della pubblicazione della sua *Vita di Newton* (Facchinei affermerà infatti di aver ricevuto l'infame e obbrobrioso titolo di eretico e di deista). Seguì un processo e una carcerazione cui il frate riuscì a sottrarsi solo con una ritrattazione (P. PRETO, *Facchinei, Ferdinando*, in *Dizionario biografico degli italiani*, XLIV, Roma 1994, pp. 29-31).

¹³ La confusione fu in un certo senso alimentata da Giuseppe Aubert, l'intelligente e colto direttore della tipografia livornese di Marco Coltellini, che pubblicò la prima edizione anonima del *Dei delitti*. Aubert ammetterà nella terza edizione che «una inavvertenza mi è sfuggita nel Manifesto, ed è di aver attribuito all'Autore di quest'opera le *Meditazioni sulla Felicità*; l'aver entrambi gli Autori voluto celare il nome loro è stata la cagione di questo sbaglio» (*Dei delitti e delle pene*, terza edizione, *Al lettore*, pp. 2-3, Lausanna 1765, ma sulla falsità del luogo di pubblicazione – non già Losanna ma di nuovo Livorno – cfr. L. FIRPO, *Le edizioni italiane del «Dei delitti e delle pene»*, in C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., pp. 411-435). L'errore aveva suscitato le ire di Pietro, il quale, in una lettera inviata allo stesso Aubert, si dichiarava dispiaciuto di vedersi privato della paternità delle *Meditazioni* e di vedersi attribuire quella del *Dei delitti*: «Vostra Signoria illustrissima sa che non le ho celato che della prima [il *Dei delitti*] l'autore è il marchese Cesare Beccaria, mio intimo e caro amico bensì, ma non identificato con me stesso» (cfr. L. FIRPO, *Le edizioni*, cit., p. 413).

¹⁴ Così si esprimeva il Facchinei nella lettera dedicatoria del 15 dicembre 1764 (*Meditazioni sulla felicità con un avviso e note critiche*, s.l. 1765, pp. 3-4). Il Facchinei individuava una somiglianza nello stile, nonché una inusitata e fuori luogo *vis* polemica che rasentava l'odio verso i principi della morale e della religione. Fu Pietro, insieme al fido Alessandro, a rispondere alle note

losofo più che di un giurista, precisamente di un socialista¹⁶, termine «coniato e usato allora, per la prima volta, come un'arma contro Beccaria»¹⁷. Il polemico monaco introduceva un lemma destinato a future, specifiche valenze e che per ora condensava il timore verso una società costituita da uomini liberi e uguali. Non a caso egli configurava quell'opera come figlia minore del *Contrat social* di Rousseau¹⁸.

L'auto-attribuzione del titolo di *filosofo* trovava consenso tra i contemporanei. Così, ad esempio, l'erudito fiorentino Orazio Arrighi Landini¹⁹, esaltando l'intraprendenza e il coraggio del giovane marchese, lo giudicava «il vero filosofo, lo scrittore originale ed il più risplendente modello della probità e del giusto»²⁰. I binomi di «vero filosofo» e di «sincero filantropo» diverranno una sorta di tributo usuale. Li troviamo riproposti da Cosimo Amidei, scrittore toscano che «viveva di pratica forense»²¹, il quale, in una lettera a Beccaria, precisava di

critiche del Facchini verso le *Meditazioni* (C. CAPRA, *I progressi della ragione*, cit., pp. 221-223), così come saranno sempre i Verri a scendere in campo a favore di Beccaria nuovamente contro Facchini (G.P. MASSETTO, *Pietro e Alessandro Verri in aiuto di Cesare Beccaria: la risposta alle Note del Facchini*, in *Pietro Verri e il suo tempo*, vol. I, Bologna 1999, pp. 289-351), “disinnescando” il pericolo contenuto nella denuncia di Facchini: «il nome di Rousseau era stato troppo spesso pronunciato. La carica politica contenuta nelle pagine di Beccaria era stata troppo chiaramente denunciata. Si trattava ora di riportar tutto nell'alveo delle riforme, della filosofica libertà, delle trasformazioni tecniche da apportare alla legislazione penale, senza farsi trascinare sul terreno dei principi primi dell'umana società» (F. VENTURI, *Beccaria e la sua fortuna*, in *Atti del Convegno Internazionale*, cit., p. 11).

¹⁵ L'identificazione o se si vuole la sovrapposizione tra Verri e Beccaria in fondo rappresentava (forse inconsapevolmente) un 'guizzo' intelligente di Facchini: quando «con tanta rabbia si pose a polemizzare contro l'uno e contro l'altro, contro anzi, come egli diceva, il “Rousseau dell'Italia”», aveva pienamente colto l'esistenza di una doppia identità e al tempo stesso di un unico 'modo di sentire' (F. VENTURI, *Settecento riformatore*, cit., p. 715).

¹⁶ F. VENTURI, *Contributi a un dizionario storico. “Socialista” e “socialismo” nell'Italia del Settecento*, in *Rivista storica italiana*, LXXV, I (1963), pp. 129-140.

¹⁷ F. VENTURI, *Introduzione*, cit., p. XII.

¹⁸ «Io mi pongo a notar quest'Operetta, tanto più volentieri, quanto ch'ella mi sembra una vera figliuola dirò così del *Contratto sociale di Rousseau*, e quanto più ancora la sua Lettura m'ha confermato ne' seguenti miei pregiudizi» (*Note ed osservazioni sul libro intitolato Dei delitti e delle pene*, s.l. 1765, p. 4). E ancora: «Si vede che [egli] ambisce di voler essere creduto il Rousseau degli Italiani» (ivi, p. 188). Le *Note* compaiono anche in *Dei delitti e delle pene edizione novissima di nuovo corretta ed accresciuta, tomo terzo che contiene le Note ed Osservazioni su lo stesso argomento*, Bassano 1797.

¹⁹ A. DOLCI, *Arrighi Landini, Orazio*, in *Dizionario biografico degli italiani*, IV, Roma 1962, pp. 313-315.

²⁰ O. ARRIGHI LANDINI, Lettera del 3 gennaio 1769 a Cesare Beccaria, in C. BECCARIA, *Carteggio, (parte II: 1769-1794)*, Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria, vol. V, a cura di C. CAPRA, R. PASTA e F. PINO PONGOLINI, Milano 1996, pp. 19-20.

²¹ Così A.V. MIGLIORINI, *Amidei, Cosimo*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, I, Bologna 2013, p. 54. Avvolta nelle nebbie la sua biografia (sappiamo che, figlio di un

potersi permettere la licenza di muovere alcune critiche all'opera sapendo di «parlare con un filosofo»²². Amidei rincarava la dose, sostenendo che «per la folla de' criminalisti esistenti nel suolo toscano crebbe il numero dei compratori [sott. del *Dei delitti*] in ragione inversa del numero degli esemplari, perché, trasportati semplicemente dalla intitolazione del libro, si lusingavano di trovare in esso piuttosto un sistema criminale rispondente alle loro mire che un sistema politico», restando delusi per un libro «superiore alle loro cognizioni»²³.

Non solo un giurista tutto sommato oscuro come l'Amidei, ma anche il ben più rinomato Karl Ferdinand Hommel, nella parte finale della sua corposa prefazione alla traduzione tedesca del *Dei delitti* del 1786, affermava che «Beccaria è essenzialmente filosofo e poco giurista», contrapponendolo a se stesso: «ed io invece sono fondamentalmente giurista e poco filosofo. Perciò il suo alto genio e la mia lunga esperienza potranno unirsi in un abbraccio fecondo: infatti l'uno possiede ciò che manca all'altro»²⁴.

notaio, si laureò a Pisa nel 1744 e vent'anni dopo era procuratore a Firenze), tanto da essere definito «una delle figure più sfuggenti della cultura toscana della seconda metà del Settecento» (*ibidem*). L'Amidei è ricordato per la fitta corrispondenza con Beccaria, di cui fu ammiratore entusiasta della prima ora, e per la pubblicazione nel 1770 del *Discorso filosofico-politico sopra la carcere de' debitori*, ispirato al § XXXIV del *Dei delitti* e alle impostazioni sociali di stampo rousseauiano (M. ROSA, *Amidei, Cosimo*, in *Dizionario biografico degli italiani*, II, Roma 1960, pp. 793-794). In lui si avverte non solo l'eco di Beccaria ma anche di quel riformismo settecentesco che chiedeva l'abolizione del carcere per i debitori; un riformismo sospeso tra utilitarismo, contrattualismo, principi egualitari, volontà di distinguere il fallimento doloso da quello innocente (secondo l'espressione di Beccaria). Scrive, tra l'altro, l'Amidei: «Se l'arresto del Debitore fosse un mezzo, per cui rimanesse soddisfatto il suo Creditore, converrei, che fosse interesse pubblico il tenere aperte le Carceri a' Debitori; ma perché la Carcere non serve ad altro, che aggiungere afflizioni all'afflito, ed aggiungere una pena esterna ad una pena interna, che lo divora, io dirò sempre, che è contro il sistema politico, contro la Economia pubblica, e contro i doveri dell'uomo verso gli altri» (C. AMIDEI, *Discorso filosofico-politico sopra la carcere de' debitori*, s.l. 1770, p. 25).

²² Lettera di Cosimo Amidei a Beccaria, 21 aprile 1766, in C. BECCARIA, *Carteggio I*, cit., doc. 92, p. 292.

²³ Ivi, pp. 290-291.

²⁴ *Introduzione alla versione di «Dei delitti e delle pene» di Karl Ferdinand Hommel*, in C. BECCARIA, *Dei delitti*, a cura di F. VENTURI, cit., pp. 623-624. In realtà, Hommel si compiacceva di ritrovare nell'opera di Beccaria le idee da lui stesso espresse il 13 aprile 1765 durante una pubblica disputa sostenuta alla presenza di Federico Augusto, futuro primo re di Sassonia (pubblicata quello stesso anno a Lipsia con il titolo *Principis cura leges*); idee che avevano tuttavia ricevuto a quel tempo tiepida accoglienza finché Beccaria non aveva espresso con parole «illuminate dalla luce dell'eloquenza ed esposte in parole degne del linguaggio degli angeli» quanto sostenuto da Hommel «nell'oscura lingua latina». Hommel dichiarava di non essere in grado «di attestare esattamente quando il libro del marchese Beccaria sia uscito per la prima volta alla luce; posso soltanto dire che nella versione tedesca apparsa ad Amburgo nel 1766, la prima che ebbi occasione di vedere, il traduttore lamenta nella sua prefazione di essere stato costretto, non essendo ancora giunto in Germania il testo originale italiano, a tradurre l'opera in tedesco non dall'italiano, ma dalla versione francese, uscita poco prima. Quasi nello stesso periodo mi sono risolto dunque ad esporre al livello più elementare, non dissimilmente da ciò che aveva compiuto il marchese di Beccaria

Hommel testimoniava così la necessità di possedere “due chiavi culturali” per penetrare a fondo l’essenza di quell’opera scritta in un idioma poco diffuso (l’italiano) eppure capace di farsi comprendere da tutti. Ragione e diritto: quelle due anime in fondo convivevano in Beccaria e ne facevano, a suo modo, una sorta di giurista inconsapevole e di filosofo a servizio del diritto.

Si richiamava all’inizio la formazione giuridica sottaciuta da Beccaria: quel silenzio rappresentava un’istintiva forma di rigetto verso un’educazione da lui stesso definita fanatica²⁵, subita più che scelta, come era accaduto anche all’amico Pietro, costretto dal padre Gabriele (il quale, al contrario, aveva fatto del diritto la propria missione) ad assimilare «pandette e codici e polverosi arcitemacci rancidi»²⁶, i testi che da secoli non solo erano oggetto di apprendimento nelle scuole ma anche le fondamenta d’un sempre più fragile sistema di diritto comune.

Pietro e Cesare erano accomunati dallo stesso desiderio di rivalse nei confronti dei rispettivi padri. L’astio e il ripudio verso l’apprendimento del *ius* (materia destinata a divenire arida e noiosa, se a impartirla era il patriarca Verri in persona, con le sue pedanti lezioni, volte, secondo Pietro, a null’altro se non ad umiliare il figlio-allievo, o se era appresa senza nessuna effettiva ‘vocazione’, come aveva sperimentato Beccaria) erano un segno di ribellione generazionale prima ancora che frutto di avversione verso il diritto in sé, la proiezione dell’ostilità e del rancore nutriti verso l’asfittico ambiente familiare.

Non è casuale che l’incontro ravvicinato di Beccaria con la filosofia avvenga nel 1761. In quell’anno si era celebrato il suo contrastato matrimonio con la giovanissima Teresa Blasco, un amore forse enfatizzato dall’ostracismo del padre Gian Saverio e pagato a caro prezzo: carcere domestico e abbandono della casa avita con modesto assegno alimentare, che costrinse i due sposi a vivere in condizioni di ristrettezze economiche²⁷. Per Cesare costituiva quasi un’urgenza in-

al livello più alto, alcune proposizioni del tutto simili ai principii di questo saggio italiano» (*Introduzione di Karl Ferdinand Hommel*, cit., pp. 601-602).

²⁵ Rivolgendosi a Morellet, Beccaria scriveva: «Non saprei esprimervi quanto io mi sono creduto onorato nel sentire la mia opera tradotta nella vostra lingua, che è la maestra dell’Europa e che è stata la mia col mezzo di eccellenti libri che hanno sviluppato nel mio animo sentimenti di umanità soffocati da otto anni di educazione fanatica e servile», riferendosi agli anni, compresi tra il 1747 e il 1755, trascorsi presso il gesuitico Collegio farnesiano di Parma (Lettera del 26 gennaio 1766, cit., p. 220). Era un *iter* educativo non molto diverso da quello seguito dall’amico Pietro Verri, anima ribelle e refrattaria ad ogni processo formativo patito tra una «disgraziata puerizia» (P. VERRI, *Pensieri miei pericolosi a dirsi*, in ID., *Memorie*, a cura di E. AGNESI, Modena 2001, pp. 170-171) e una disciplina severa fino ad apparire ‘crudele’.

²⁶ F. VENTURI, *Settecento riformatore*, cit., p. 661.

²⁷ Lettera di Beccaria a Carlo Giuseppe di Firmian, 19 maggio 1762: «Eccellenza, in pena di non aver voluto mancare alla parola data in matrimonio [...] mi trovo da più d’un anno esigliato dalla casa paterna e ridotto all’ultima mendicizia. Ho impiegati inutilmente diversi amici di mio padre per placarlo colle più sincere sommissioni; gli ho scritte inutilmente varie lettere dettate dai

sopprimibile contrapporsi alle scelte paterne, tranne poi vedersi smentito dalla vita stessa: non è un mistero infatti che, ricomposta la pace familiare grazie ai buoni uffici dell'amico Pietro, la passione travolgente per Teresa²⁸ sbiadì a poco a poco. E fu in fondo quel *ius* imposto a viva forza a rappresentare la fortuna di Beccaria, ricordato non già per i suoi precetti filosofici o economici (sui quali il tempo ha esercitato il ruolo di implacabile 'giustiziere') ma per quell'unico libro 'giuridico' a cui ancora si guarda come a una possibile fonte di ispirazione.

Ecco quindi che la scelta di diventare *filosofo* fu il modo per Cesare di affermare la propria personalità, la propria libertà di giudizio e di scelta, di svincolarsi dalla morsa paterna. Fu, come precisa Venturi, il modo per conoscere se stesso²⁹ e per accendere una fiammella di entusiasmo e di interesse che lo liberasse dalla schiavitù dell'ignavia e dalla depressione, da quella «letargia che mi tormenta», come scriverà lui stesso a Giambattista Biffi in una lettera del 1763. Malinconia, incapacità di perseguire progetti ambiziosi e un amore coniugale trasformatosi troppo presto in «stima sincera, vera amicizia, tenerezza inesprimibile», sentimenti nobilissimi, ma frutto di una «passione soddisfatta» che aveva fatto perdere «al loro oggetto quel bello d'immaginazione e quella dolcissima illusione che distingue l'amore dai bisogni naturali», permeavano l'animo di Cesare di tristezza. Ma poi «ho comperato dei libri, mi si sono risvegliate delle nuove idee e delle viste filosofiche [...]. Queste mi hanno agitato la mente, e tolta quella calma fatale, che intorpidiva tutte le facoltà della mia mente»³⁰.

Forse il disegno del *Dei delitti* cominciò a prendere corpo proprio in quell'istante.

più umili e affettuosi sentimenti d'un figlio abbattuto, somnesso, mendico. Ora mi trovo con la moglie vicino al parto, con mille lire annue di solo assegnamento per vivere, circondato dalla miseria e dalla disperazione: prendo l'unico partito che mi resta, ed è di presentarmi colla moglie a' piedi di mio padre e cercare se lo spettacolo della mia rovina e le mie lagrime possono far parlare la natura» (in C. BECCARIA, *Carteggio I*, cit., doc. 15, pp. 56-57). E così avvenne. Quello stesso giorno Pietro architettò l'improvvisa visita dei due giovani all'ora di pranzo, superando i divieti paterni. Teresa svenne al momento giusto: seguì il perdono e il ritorno nella casa dei genitori.

²⁸ Con un filo di coraggio, Beccaria, il 28 settembre 1760, prometteva solennemente a Teresa di «sposarla in qualunque maniera, e qualunque contrasto mi venga fatto dalla parte dei miei genitori», ma, dopo aver progettato un matrimonio clandestino, già a dicembre Cesare era pronto a rinunciare a Teresa, tranne poi fronteggiare nuovamente il padre ai primi di febbraio, assicurando che solo la morte lo avrebbe fatto recedere dall'impegno assunto con l'amata e dichiarandosi pronto ad affrontare il proprio destino: «mi contento di abbandonare la casa paterna e di soffrire quel tenue assegnamento si degnerà di farmi» (cfr. doc. da 3 a 9 in C. BECCARIA, *Carteggio I*, cit., pp. 22-42).

²⁹ F. VENTURI, *Beccaria e la sua fortuna*, cit., p. 6.

³⁰ I passi sono tratti da Lettera di Beccaria a Giambattista Biffi, circa 20 giugno 1763, in C. BECCARIA, *Carteggio I*, cit., doc. 26, p. 77).

2. Il diritto nella produzione scientifica di Beccaria

Alla luce di quanto fin qui esposto, si impone una prima considerazione. L'insofferenza di Beccaria (e di Verri) non era verso il diritto in sé, ma verso ciò che il diritto rappresentava (simbolica incarnazione delle autoritarie e vessatorie figure paterne) e verso il diritto così come vigeva nella Milano (e nell'Europa) del tempo (e per Pietro amministrazione della giustizia e *pater* erano una cosa sola).

Verri, dal canto suo, aveva compreso che la costruzione di una nuova società passava necessariamente attraverso la riforma giuridica e per questo aveva spinto un (a suo dire) indolente Beccaria ad occuparsi di un tema oggetto centrale delle riflessioni che si svolgevano tra gli amici dell'*Accademia dei Pugni*: la riforma del penale. Per ovviare alla presunta e già ricordata impreparazione di Beccaria, Pietro gli aveva affiancato il minore dei propri fratelli, Alessandro, che aveva svolto il ruolo di protettore dei carcerati³¹ (al pari di Pietro prima di lui), toccando con mano i mali e le distorsioni del diritto, nonché la disperazione e la sete di giustizia dei condannati.

Ad alimentare la 'taccia' di un Beccaria poco versato nelle materie giuridiche concorre la sua produzione scientifica. Il diritto rappresenta infatti una parentesi tra i molteplici interessi dell'imberbe marchese: durante la breve esperienza del *Caffè*, erano stati Pietro ed Alessandro gli autori di saggi giuridici³², mentre Cesare si era occupato soprattutto di economia con l'approccio di un matematico. Neppure il successo planetario del *Dei delitti* lo convinse a proseguire sulla via intrapresa. Come aveva velenosamente vaticinato Verri, egli non avrebbe mai più scritto un libro di impatto e di successo comparabili al *Dei delitti*³³.

Solo alla fine degli anni Ottanta del Settecento il marchese tornò ad impegnarsi su temi giuridici, quando, nelle vesti di Consigliere del Governo, dichiarava nelle *Brevi riflessioni intorno al Codice generale sopra i delitti e le pene per ciò che riguarda i delitti politici* di non essere «da lungo tempo versato nelle cri-

³¹ Il protettore dei carcerati aveva il compito di vigilare sul rispetto delle normative chiamate a regolare il trattamento dei detenuti nelle carceri milanesi, denunciando eventuali soprusi e anche prestando una sorta di 'consulenza legale' gratuita a quanti non potevano permettersi di sopportare le spese di un difensore. A metà del Settecento «i membri *pro tempore*» di questa antica congregazione erano otto: «tre dottori del Collegio dei nobili giurisperiti, tre nobili», *status* che consentì ai due Verri di ricoprire l'incarico (Pietro nel biennio 1751-1752, Alessandro, appunto, dieci anni dopo) e due causidici (cfr. C. CAPRA, *I progressi della ragione*, cit., p. 104). Si veda anche S. BIFFI, *Sulle antiche carceri di Milano e del Ducato milanese, e sui sodalizi che vi assistevano i prigionieri ed i condannati a morte*, Milano 1884, pp. 121-251.

³² Per un bilancio dei saggi pubblicati nel *Caffè* tra il giugno 1764 e il maggio 1766 cfr. F. VENTURI, *Settecento riformatore*, cit., p. 720.

³³ *Carteggio di Pietro e Alessandro Verri*, a cura di F. NOVATI ed E. GREPPI, II, Milano 1910, p. 135.

minali materie, delle quali mi è sempre mancata la pratica»³⁴. L'affermazione dice meno di quanto appare (o delle interpretazioni susseguitesi nel tempo): Beccaria da un lato si limitava a certificare il suo *status* più di teorico (del diritto) che di pratico; dall'altro precisava che era trascorso ormai molto tempo dalla sua ultima incursione nel penale. Entrambe le dichiarazioni corrispondevano al vero ed erano incontestabili: dati di fatto, dunque, che non bastano da soli a sconfessare il suo particolare modo di 'essere giurista'.

Da stanco funzionario asburgico, Cesare fu coinvolto nella vivace discussione circa l'introduzione del codice giuseppino del 1787 nei territori lombardi, fieramente ostacolata dal patriziato milanese che di quella normativa contestava l'eccessiva durezza delle pene nonché l'attribuzione della competenza dei cosiddetti delitti politici a organi governativi, con un «illiberale strapotere del governo in campo giudiziario» e una sorta di subordinazione della magistratura al potere politico³⁵.

Egli condensò le sue considerazioni nelle *Riflessioni*, da cui ben si evince che aveva colto appieno i termini della questione sulla quale era stato sollecitato a dare una risposta, ossia la validità della distinzione presente nel codice tra delitti criminali e politici (questi ultimi andavano dalle semplici infrazioni di polizia

³⁴ C. BECCARIA, *Brevi riflessioni intorno al Codice generale sopra i delitti e le pene per ciò che riguarda i delitti politici*, in ID., *Atti di governo* (serie IV: 1787), a cura di R. CANETTA, Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria, vol. IX, Milano 1998, p. 490, dove Beccaria precisamente scrive: «Ho scritte queste riflessioni unicamente perché mi faccio una gloria di ubbidire non solo ad ogni comando che Vostra Eccellenza mi faccia come mio superiore, ma anche ad ogni cenno che mi può fare come mio particolare padrone e protettore. Del resto, io la supplico di perdonare gli errori e le omissioni contenute in questo scritto, attribuendole alla debolezza del mio talento, al non esser da lungo tempo versato nelle criminali materie, delle quali mi è sempre mancata la pratica, e nelle attuali mie circostanze di ufficio e domestiche, ben note all'Eccellenza Vostra». Il testo era già stato edito da C. CANTÙ, *Beccaria e il diritto penale*, Firenze 1862, pp. 345-355 e poi in C. BECCARIA, *Opere*, a cura di S. ROMAGNOLI, vol. II, Firenze 1958, pp. 705-718 con datazione 1791, da quel momento comunemente accettata. Rosalba Canetta congettura invece un'anticipazione al 1787, basandosi sul poscritto di Kaunitz che, in una missiva a Wilczeck del 30 aprile di quell'anno, ricordava di aver inviato il Codice il 16 aprile per averne le eventuali osservazioni, corredando la lettera con l'*Istruzione per li Magistrati politici, sul modo dell'inquisizione, condanna, ed esecuzione contro i rei di delitti politici* (A.S.Mi, *Giustizia punitiva* p.a., cart. 3). Il 6 luglio il Supremo Tribunale di Giustizia, su sollecito dello stesso Wilczeck inviato il 30 maggio, faceva pervenire una propria consulta che sembra tenere conto, a detta della Canetta, di quanto precisato da Beccaria. Sul tema della datazione si veda la nota introduttiva di Rosalba Canetta a *Brevi riflessioni*, cit., p. 477, n. 1846.

³⁵ A. CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano 1987, p. 47. Come precisa Cavanna, le Intendenze Politiche erano formalmente incaricate della fase investigativa, per giungere all'arresto e alla consegna del presunto colpevole al giudice politico, ma in realtà «alla *Police* giuseppina, i cui poteri di strumento locale dell'autorità sovrana si presentavano davvero ampi, era attribuita tutta una serie di competenze discrezionali nelle quali si ravvisava un illiberale strapotere del Governo in campo giudiziario e il pericolo di indiscriminate vessazioni a danno dei privati» (*ibidem*).

alla bestemmia, all'eresia, all'adulterio, ai furti minori, alla sodomia).

Nell'occasione, senza nessun Verri al fianco, Beccaria svolse in poche pagine argomentazioni giuridiche che tutto sembrano tranne che osservazioni di un inesperto. Egli riconosceva la necessità di distinguere tra delitti criminali e altre ipotesi delittuose (quelle che noi oggi chiameremmo contravvenzioni)³⁶, ma su basi diverse da quelle proposte dall'imperatore asburgico. Beccaria contestava il metodo del codice giuseppino, ma non il principio ispiratore, anticipando, con il favore mostrato verso la bipartizione tra reati, «un orientamento uniforme della legislazione penalistica europea»³⁷. Inoltre, il codice del 1787, che pure accoglieva le istanze di Beccaria in termini di utilità ed esemplarità delle pene, ne aveva tralasciato la componente umanitaria creando un sistema repressivo di fredda ingegneria sociale³⁸. Sarà Cesare per primo a sottolineare come quelle impostazioni filosofico-illuministiche portate alle estreme conseguenze dessero luogo ad un esito opposto a quello perseguito: «un altro grave inconveniente che nasce dall'imporre pene troppo afflittive ed infamanti ai delitti politici si è il terrore e la costernazione che si spargerebbe nei cittadini

³⁶ Per Beccaria delitto criminale era «quello di cui l'indole è tale che tende direttamente alla distruzione del vincolo sociale, quando non fosse punito e represso; e che per delitto politico possa intendersi quella trasgressione e colpa che, rendendo imperfetta la società, non tende che indirettamente alla di lei distruzione». In base a tale distinzione, diverse dovevano essere sia la modalità che le finalità punitive, «perché nei delitti criminali si deve avere di mira più l'esempio che la correzione dell'individuo; per lo contrario, nei delitti politici si debbe piuttosto aver di mira principalmente la correzione che l'esempio». I delitti politici mostravano infatti un'inclinazione al crimine: rappresentavano una sorta di palestra preparatoria e richiedevano perciò l'irrogazione di sanzioni capaci di arrestare tali tendenze delittuose nel loro autore, ancora socialmente e individualmente recuperabile. Servendo «prima di correzione e poi d'esempio, devono essere commisurate in modo che l'esempio non nuocia alla correzione»: occorre che fossero più miti, più brevi e non infamanti rispetto alle pene criminali (C. BECCARIA, *Brevi riflessioni*, cit., pp. 478-479). Tali premesse spingevano l'autore a contestare la parificazione sanzionatoria contemplata dal codice per le due tipologie delittuose, la cui unica differenza si sostanziava nella diversa durata: castigo con bastone, berlina, lavoro pubblico ai ferri ecc. Tale equivalenza «ben lungi di correggere e trattenerne simili delinquenti, non farà che spingerli e stimolarli a commettere maggiori e veri delitti» (ivi, p. 481). Allontanandosi, ma solo in parte, dall'enunciata uguaglianza delle pene, irrogate indipendentemente dal ceto sociale di appartenenza, sostenuta nel § XXVII del *Dei delitti*, nelle *Brevi riflessioni* Beccaria asseriva che nei delitti politici, privi di «maliziosa intenzione e libera volontà» (ivi, p. 480), «mere colpe e non doli [...], si deve avere moltissimo riguardo alla condizione delle persone, perché il bastone che può correggere un facchino, avvilisce ed annienta un nobile, un onesto negoziante e qualunque civile persona, e involge tutta la di loro famiglia nella più luttuosa ignominia. La pena non è più proporzionata al delitto, ma di gran lunga maggiore» (ivi, p. 483).

³⁷ A. CAVANNA, *La codificazione penale*, cit., p. 121.

³⁸ Ivi, pp. 44-45. Mi sia consentito il rinvio a L. GARLATI, *La 'magnifica ossessione'. Il sistema delle pene nel codice Giuseppino: le contraddizioni di un sistema 'illuminato'*, in *Codice generale austriaco del delitti e delle pene (1787)*, rist. anast., Casi, Fonti e Studi per il diritto penale raccolti da S. Vinciguerra, s. II, Le Fonti, Padova 2005, pp. CXLI-CLXX.

colla pubblicazione di una tal legge punitiva»³⁹.

Appare evidente la cautela imposta a Beccaria dal ruolo di funzionario di governo: non troveremo qui la veemenza e il *pathos* del *Dei delitti*, quanto un'esitazione imbarazzata, che tuttavia non impedisce al Nostro di muovere critiche puntuali e argomentate.

Prudente, forse, ma non al punto di rinunciare a farsi portavoce dell'avversione della società lombarda al ferreo sistema repressivo introdotto da Giuseppe II, recuperando anche alcuni capisaldi della teorica sanzionatoria predicata nel *Dei delitti* (finalità, proporzione, utilità della pena) e suggerendo, per la seconda parte del codice, un diverso impianto: «le pene sarebbe conveniente il limitarle all'arresto o prigionia più o meno lunga [...]. I furti e le frodi, i scandali pubblici, la vera e manifesta seduzione delle oneste persone al corrotto costume, io li trovo registrati nel Codice politico, e siccome suppongono vera malizia, anderebbono registrate nel Codice criminale»⁴⁰.

Rispettoso e misurato, certo, sospeso tra onestà intellettuale e ossequiosa deferenza quando afferma che «scorrendo ciascheduno degli articoli del Codice politico si sarebbero potute fare molte altre osservazioni», impedito solo dalla mancanza di tempo e dalle «circostanze», osservazioni volte ad addolcire l'apparato punitivo ivi contemplato che aveva cagionato «un altissimo spavento presso ogni classe de' cittadini»⁴¹. Tuttavia le annotazioni critiche di quel 'pavido funzionario' unite alla contestazione degli organi giudiziari bastarono a trasformare la sfrenata corsa riformista di Giuseppe II in un percorso a ostacoli, fino a impedire l'introduzione del codice in Lombardia⁴².

Leopoldo II, succeduto al trono alla morte del fratello, cooptò Beccaria nella Giunta criminale incaricata nel 1791 di progettare la riforma penale: si trattava di una commissione formata da funzionari dell'amministrazione austriaca, diversi per «estrazione, educazione e posizione professionale, portatori di differente mentalità», ma tutti di formazione giuridica⁴³. Affidare la stesura di un codice a filosofi e non a giuristi non apparteneva al *modus operandi* dell'enclave austriaca. Rappresenterà invece una delle utopie della rivoluzione francese, destinata a scontrarsi con la dura realtà: il fallimento di ogni progettualità normativa o codificatoria che prescindesse dall'apporto dei giuristi.

Alla luce di quanto premesso, appare difficile ritenere Beccaria un filosofo *tout court*: quell'appartenenza alla schiera dei *philosophes* rivendicata con orgoglio esprimeva in realtà da un lato il desiderio di partecipare a pieno titolo

³⁹ C. BECCARIA, *Brevi riflessioni*, cit., p. 483.

⁴⁰ Ivi, p. 485.

⁴¹ Ivi, p. 487.

⁴² Cfr. A. CAVANNA, *La codificazione penale*, cit., pp. 60-68.

⁴³ Ivi, pp. 81-85, ma si veda nello specifico p. 89.

all'élite pensante del tempo e la consapevolezza della necessità di legittimare la battaglia riformista su solide basi logiche del pensiero, quasi a testimoniare l'impossibilità di scindere la riflessione axiologica dall'azione giuridica. Dall'altro, vi era la tenace volontà di prendere le distanze da quei giuristi pratici con cui Beccaria non ambiva a essere confuso: essi erano ormai universalmente considerati gli unici responsabili della rovinosa situazione in cui versava l'ordinamento giuridico, e in particolare il sistema penale.

Al tempo stesso, rinnegarne *in toto* le competenze giuridiche e privarlo dello *status* di giurista, così come considerare il *Dei delitti* opera di natura meramente filosofica impedisce di cogliere appieno la versatilità dell'autore, il significato profondamente riformista del suo capolavoro e la finalità di quest'ultimo di realizzare non già una costruzione dogmatica, ma una solida struttura concettuale per avviare un mutamento della realtà istituzionale.

3. *La storiografia di fronte a Beccaria tra l'omaggio al filosofo e la riconosciuta natura giuridica dell'opera*

L'indeterminatezza circa la 'natura' di studioso di Beccaria si è ciclicamente riproposta nella storiografia.

La critica forse più aspra esce dalla penna di Italo Mereu. Senza esitazione, egli proclama che Beccaria «non è un giurista, non è un tecnico, un addetto ai lavori. È un filosofo e un grande retore»⁴⁴ che aveva saputo trovare il tono giusto per esprimere le idee che altri avevano già formulato: «dal punto di vista tecnico non ha detto niente di nuovo, anzi è rimasto più indietro di qualche altro»⁴⁵. Per Mereu, Beccaria si era limitato a ripetere in modo chiaro e leggibile quanto già era stato enunciato in maniera però indecifrabile: imparagonabile il suo stile rispetto ai soporiferi Muratori, Verri, Filangieri, Pagano. Il merito di Cesare si sarebbe quindi ridotto, secondo questa ricostruzione, all'ingresso della prosa giuridica nella letteratura italiana: «si può benissimo non essere giuristi e capire quanto Beccaria dice e sostiene. Si possono non condividere le sue idee e trovarle non nuove o sfilacciate, ma si resta presi dal pathos umanitario con cui sono espresse»⁴⁶. Tuttavia, quel focalizzare l'attenzione sulla mera capacità

⁴⁴ I. MEREU, *La morte come pena*, Roma 2007, p. 107 (1ª ed. 1982).

⁴⁵ Ivi, p. 108.

⁴⁶ Ivi, p. 107. Di diverso avviso il Baretti, il quale annotava, a seguito della traduzione di Morellet, che stilisticamente il *Dei delitti* «in francese non è cattivo libro, comechè in italiano sia una cosaccia scritta molto bastardamente, perché il traduttore [sott. Morellet], quantunque *de minimis* tra i Francesi, ha saputo vestire d'un abito schietto quello che il marchese avea vestito da arlecchino e porre dell'ordine nelle cose scompigliatamente dette nell'originale» (lettera a Francesco Carcano, Genova 20 ottobre 1770, in G. BARETTI, *Scritti scelti inediti o rari*, II, Milano 1823,

espositiva, quasi fosse una *deminutio*, nell'intento di svilire il reale contributo di Beccaria, in forme che sembrano far rivivere le parole di Verri (il quale al fratello Alessandro tra amarezza, delusione e desiderio di vendetta scriveva che «in Montesquieu, Helvétius e Voltaire ed in Grevio posso radunare tanti passi analoghi ai suoi [sott. di Beccaria] da farlo comparire un plagiatario»⁴⁷), non rende giustizia all'opera e al suo autore. Proprio in quella capacità divulgativa, nella ricerca di una modalità espressiva comprensibile ai più e non riservata ai soli tecnici risiede parte della grandezza del lavoro beccariano⁴⁸. E ciò senza negare che il Lombardo appare spesso ostaggio di qualche ambiguità concettuale dovuta a una «prosa diseguale e variabile»⁴⁹. L'opera non può essere ridotta a mero esercizio di stile: un diritto monopolio dei giuristi appariva un arcano inestricabile, reso inaccessibile da tecnicismi aridi e involuzioni dialettiche. Beccaria enuncia in poche pagine (ed anche in questo risiede la sua forza⁵⁰) principi giuridici destinati a trasformare il penale (sostanziale e processuale). E, pur individuando nel legislatore un interlocutore privilegiato (è a lui, di fatto, che egli detta le azioni future), parla all'uomo, ad ogni uomo, trasformando il diritto da oggetto oscuro a precetto quotidiano di vita.

Mereu va oltre e si interroga stupito e incredulo sulla fortuna europea di Beccaria. L'illuminista milanese si era limitato, a detta dell'autore, a una riverniciatura razionalistica di un vecchio modello medievale, né originale, né rivoluzionario, dal momento che voci contro la pena di morte e la tortura (le due colonne portanti del *Dei delitti*) si erano nel tempo levate da ambienti teologici, filosofici e giuridici, con le stesse motivazioni riproposte poi da Beccaria. Si potrebbe rispondere a questa obiezione con le parole di Adriano Cavanna, per il

p. 189 e anche in *Lettere istruttive descrittive e familiari*, Messina 1825, p. 181). Irriso da Cantù per la superficialità con cui guardava alla forma, dimenticando i contenuti, sprezzando «tutto quanto è superiore alla sua intelligenza» (C. CANTÙ, *Storia della letteratura italiana*, Firenze 1865, p. 548), il torinese Baretto aveva nel 1763 fondato a Venezia (anche se il luogo denunciato è Rovereto), celandosi dietro lo pseudonimo di Aristarco Scannabue (nella finzione letteraria un vecchio soldato a riposo che, ritiratosi in campagna, trascorreva il tempo divertendosi a recensire e stroncare i libri in circolazione), un quindicinale (che restò in vita dal 1763 al 1765, gli stessi anni quindi de *Il Caffè*) dall'eloquente titolo *La frusta letteraria*, con il quale combattere quel flagello di libri cattivi (come avverte la prefazione) espressione della modernità e delle nuove mode illuministiche.

⁴⁷ Lettera di Pietro ad Alessandro Verri del 10 gennaio 1767, in *Viaggio a Parigi e Londra (1766-1767)*. *Carteggio di Pietro e Alessandro Verri*, a cura di G. GASPARI, Milano 1980, p. 157.

⁴⁸ «Scrive a meraviglia: prosa nervosa, a cadenze assiomatiche» (A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, 2, Milano 2005, p. 195).

⁴⁹ P. CALAMANDREI, *Prefazione* a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Firenze 1965², p. 48.

⁵⁰ «Voltaire, che di consumo dei prodotti della penna la sapeva lunga, diceva che venti volumi in folio non faranno mai una rivoluzione e che sono i libri tascabili da trenta soldi che debbono essere temuti. Mi pare che l'osservazione di Voltaire si adatti bene al libro di Beccaria» [A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno*, cit., p. 195. Ma cfr. anche dello stesso autore *Giudici e leggi nella Milano di Cesare Beccaria*, ora in ID., *Scritti (1968-2002)*, I, Napoli 2007, pp. 627-628].

quale, quand'anche di Beccaria possa ritenersi che «rumina riminiscenze di letture», le sue osservazioni a quelle letture «costituiscono spesso una rifusione originale»⁵¹.

In fondo lo stesso Beccaria rivendicava come proprio merito non la novità dei principi espressi quanto l'«aver presentato per primo all'Italia con qualche maggior evidenza ciò che altre nazioni hanno osato scrivere e cominciano a praticare»⁵². Timida affermazione, secondo Brissot de Warville, per il quale «Beccaria est trop modeste; je ne connais point de nation où l'on ait osé écrire avant lui en faveur de l'homme exposé aux faux principes et à l'atrocité des tribunaux. On n'a pas écrit en Angleterre, mais pratique»⁵³.

Mereu non è stato comunque il solo nella letteratura a tratteggiare l'immagine di un Beccaria agile narratore ma privo di guizzi di novità. Ci aveva pensato quasi un secolo prima Cesare Cantù, nemico degli enciclopedisti e critico del passivo atteggiamento degli intellettuali italiani verso le idee francesi⁵⁴, i quali

⁵¹ A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno*, cit., p. 195.

⁵² C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XI *Della tranquillità pubblica*, p. 54. Pascal Duprat, insistente nell'attribuire ai Francesi tutto il merito dell'ispirazione e della divulgazione del *Dei Delitti*, dopo aver descritto un Beccaria abbandonato a Milano in uno stato di solitudine e di prostrazione fisica e intellettuale, individuava nell'incontro con le *Lettere persiane* il compimento di un vero miracolo [P. DUPRAT, *César Beccaria ses écrits, sa doctrine et son influence*, in *Revue Moderne*, tome XXXV (1865), p. 7]. La notazione suscitò le perplessità di Amato Amati circa l'esclusività del ruolo dei filosofi francesi nella formazione di Beccaria, riconoscendo piuttosto in Bacone la vera fonte di ispirazione [A. AMATI, *Di un manoscritto finora ignorato di Cesare Beccaria*, in *Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, Classe di Lettere e Scienze morali e politiche*, vol. IV, fasc. I-II gennaio e febbraio (adunanza 7 febbraio 1867), Milano 1867, pp. 14-31]. Duprat, pur asserendo che «vers la fin de janvier 1764, un jeune Milanais, encore obscur, achevait d'écrire un petit livre d'une centaine de pages. Il pouvait y avoir de l'imprudence à imprimer ce livre à Milan», perché fu la Francia «qui décidait du sort des livres» (P. DUPRAT, *César Beccaria*, cit., p. 5), tuttavia affermava: «la plupart de ces idées peuvent sembler un peu vieilles de nos jours, parce qu'elles ont été reproduites sous une autre forme dans un assez grand nombre d'ouvrages, et qu'elles ont pénétré plus ou moins dans la législation des peuples les plus éclairés de l'Europe. Mais il n'en était pas de même quand Beccaria s'en fit l'interprète: elles se montraient alors en grande partie pour la première fois, et son livre, tout imprégné de jeunesse, s'il est permis de le dire, apparut comme une nouveauté: il était nouveau, en effet, dans le fond comme dans la forme» (ivi, p. 25). «Beccaria, pertanto, fu il primo, non in Italia soltanto, ma nel mondo civile, che abbia osato combattere apertamente tutto l'antico sistema penale, abatterlo e determinare una nuova dottrina legislativa con principii razionali» (A. AMATI, *Vita e opere di Cesare Beccaria*, in *Cesare Beccaria e l'abolizione della pena di morte*, Milano 1872, pp. 60-61).

⁵³ J.P. BRISSOT DE WARVILLE, *Bibliothèque philosophique du législateur, du politique, du jurisconsulte*, t. I, Berlin-Paris 1782, p. 63, nt. 1.

⁵⁴ Riferendosi a Beccaria e alla sua 'conversione filosofica', Cantù scriveva: «Facciasi pure larga parte alla riconoscenza, al complimento, al rimbalzo delle lodi, desta però una meraviglia dolorosa il vederlo confondere tutti que' filosofi in indiscreta ammirazione; attribuir la sua conversione ad un libro leggiero e ad uno scellerato; riconoscer tutto dagli Enciclopedisti, quasi non corra gran divario dal ricevere l'impulso al copiare. Trista condizione di paesi ove opinione pubblica si

applaudendo a Beccaria non facevano altro che applaudire a gara loro stessi⁵⁵. Egli evidenziava come Beccaria, «studioso senza smania», poco esperto di quella legge che avrebbe dovuto costituire il suo *humus* culturale⁵⁶, aveva saputo farsi ascoltare grazie al suo sermoneggiare, all'apoteigma, all'improvvisazione teatrale e declamatoria⁵⁷.

Tra paladini del Beccaria filosofo⁵⁸ e del Beccaria giurista si insinua la visione di Renato Pasta, il quale definisce il *Dei delitti* opera di politica criminale equiparabile al *De principatibus* di Machiavelli⁵⁹, da sottrarre «tanto a valutazioni di segno prevalentemente letterario quanto a interpretazioni d'impostazioni angustamente tecnico-giuridica». L'Autore, al tempo stesso, si premura di precisare che per la piena intelligenza dell'opera «la via del giure è preferibile alle pur raffinate letture dei critici letterari, senza con questo escludere l'esigenza di una disamina stilistico-semantica, storico-linguistica e filologica»⁶⁰.

Vassalli aveva già a suo tempo avanzato riserve su una simile qualificazione, ritenendo che Beccaria né da giovane né da anziano avrebbe pienamente capito e apprezzato questa locuzione di «politica criminale»: «mi pare che il saggio *Dei delitti e delle pene* non può essere, se non con un certo sforzo, classificato come un'opera di politica criminale almeno non nel senso che a questa espressione è stato attribuito quando essa è nata o ha cominciato ad aver corso»⁶¹. Semmai, può aver «influenzato scelte che possono essere qualificate anche di politica criminale»⁶².

Riflettendo sul capolavoro settecentesco, per Alberto Burgio invece si tratterebbe di un libro di lotta politica e «sul piano strettamente teorico, di un'opera

chiama il voto di pochi, ove si accetta l'inferiorità ancor più per mancanza di cognizione che di giustizia» (C. CANTÙ, *Beccaria*, cit., pp. 69-71).

⁵⁵ Cfr. G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, cit., p. 121.

⁵⁶ C. CANTÙ, *Beccaria*, cit., p. 20.

⁵⁷ Ivi, p. 64.

⁵⁸ Vd., da ultimo, il significativo titolo di PH. AUDEGEAN, *Cesare Beccaria filosofo europeo*, Roma 2014 e di R. PASTA, *Beccaria 'philosophe': alle origini del diritto penale come 'scienza sociale integrata*, in *Quaderni fiorentini*, 44 (2015), tomo II, pp. 897-909, o, più risalente nel tempo, la precisazione di Venturi riguardo alla trasformazione operata da Morellet in *traité* di quello che era «un *pamphlet* filosofico, che aveva toccato, attraverso il diritto penale, i nodi essenziali del pensiero politico dell'illuminismo» (F. VENTURI, *Introduzione*, cit., p. XXI).

⁵⁹ R. PASTA, *Cesare Beccaria*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma 2012, p. 250.

⁶⁰ R. PASTA, *Nugae academicae: divagazioni su Beccaria, le riforme e l'illuminismo*, in *Cesare Beccaria e la pratica dei lumi*, Firenze 2000, p. 140.

⁶¹ G. VASSALLI, *Spunti di politica criminale in Cesare Beccaria*, in *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy*, Milano 1990, p. 24, ma si veda anche p. 25 dove si ribadisce che al *Dei delitti* era estraneo un modello di politica criminale.

⁶² Ivi, p. 24.

di filosofia politica: tale non soltanto attraverso la mediazione del discorso giuridico ma anche immediatamente e senza schemi [...]. Alla luce di queste considerazioni deve essere letta la definizione di sé come *filosofo*», ossia di colui che cerca di concettualizzare il problema filosofico della politica⁶³.

Per Ugo Spirito, che al pari di Cantù, seppur in un diverso contesto politico in qualche modo 'ispiratore' di certe affermazioni⁶⁴, condannava il «supino riconoscimento della superiorità straniera»⁶⁵ nonché l'ideologia illuministica bollata come astratta e antistorica⁶⁶, l'autore null'altro fu se non «uno strumento che, come tale, avrebbe potuto essere sostituito più o meno bene da qualche altro pensatore dell'epoca». Egli ne svalutava ogni apporto di originalità e ne sottolineava una mancanza di personalità capace di elevarsi e di distinguersi dalla «comune mentalità dominante in quel periodo»⁶⁷. Era tuttavia costretto ad ammettere che poche altre opere avevano avuto un ruolo così fondamentale nella storia del diritto penale come il *Dei delitti*⁶⁸. Nelle parole di Spirito si annidava un altro *leitmotiv* ricorrente nella letteratura, tanto che Biagio Petrocelli, attribuendo il successo di Beccaria alla maturazione dei tempi, si esprimeva più o meno nei medesimi termini, affermando che il *Dei delitti* in null'altro si sostanzava se non in una «divulgazione enfatica e fortunata di idee che già da tempo erano patrimonio comune delle coscienze e che attendavano soltanto l'occasione per prorompere risolutamente ed affermarsi»⁶⁹.

⁶³ A. BURGIO, *L'idea di eguaglianza tra diritto e politica nel Dei delitti e delle pene*, in *Cesare Beccaria e la pratica dei lumi*, cit., p. 80.

⁶⁴ Va ricordato che Spirito scrisse e insegnò negli anni del fascismo, cui aderì dalla prima ora (si iscrisse al PNF nel 1925), tanto da subire un procedimento di epurazione, con conseguente sospensione dall'insegnamento, nel 1944; da questo fu prosciolto, giudicandosi l'accusa di apologia del fascismo mera espressione di una posizione dottrinale. Cfr. da ultimo M. FIORAVANTI, *Spirito, Ugo*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologna 2013, II, pp. 1907-1908.

⁶⁵ U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, Roma 1932², p. 30.

⁶⁶ Questa asserita mancanza di comprensione storica, che fu rimproverata a Beccaria come un demerito, ne rappresenta in parte un punto di forza: da un lato l'insofferenza verso il passato portò Beccaria a un ripudio totale della tradizione ricercando i nuovi dogmi della ragione, dall'altro la lettura metastorica ha consentito all'opera di sopravvivere alla polvere del tempo.

⁶⁷ U. SPIRITO, *Storia del diritto penale*, cit., p. 35.

⁶⁸ «Nella storia del diritto penale italiano l'opera di Beccaria assume un'importanza grandissima e diviene quasi il fondamento imprescindibile per la giusta comprensione e valutazione dei penalisti posteriori. Poche altre opere hanno avuto una ripercussione così grande nel campo della cultura italiana e straniera e hanno suscitato tanto entusiasmo quanto il libretto *Dei delitti e delle pene* di Cesare Beccaria. Né c'è stato, dopo di lui, studio di diritto penale che dalla sua opera non abbia preso spunto, sia per svilupparne ulteriormente le idee, sia per combatterle, sia per temperarle e modificarle» (U. SPIRITO, *Storia del diritto penale*, cit., p. 28).

⁶⁹ B. PETROCELLI, *Principi di diritto penale*, I: *Introduzione, la norma penale, il fatto*, Napoli 1955, p. 30. «A me pare tuttavia che la fortuna del libro non possa andar colta soltanto nel felice

Non è un caso che siano stati e siano soprattutto i giuristi a scorgere in Beccaria una colleganza, ravvisando nella filosofia un mero strumento di comprensione e discussione del diritto, elevato a vero e unico oggetto dell'opera.

Armando De Marchi, ad esempio, nella monografia in cui trasfuse la dissertazione di laurea svolta nell'Università di Torino il 2 dicembre 1927, ribaltava i termini della questione, sostenendo che «senza dubbio Cesare Beccaria oltretutto essere un criminalista è un filosofo»⁷⁰; preminente quindi e quasi scontato individuare in lui un 'penalista'; aggiuntiva invece e sussidiaria la qualità di filosofo. Ed Eugenio Florian, nella prefazione al testo, definiva lo studio di De Marchi «storico e dottrinale insieme, dedicato al pensiero del grande filosofo e penalista», riconoscendo quindi nella dottrina del marchese lombardo due nuclei centrali e complementari l'uno all'altro.

Non manca chi ha individuato in lui piuttosto uno scienziato della legislazione penale⁷¹ che un giurista tecnico e dogmatico⁷², «ma pur sempre giurista», forse non appassionato allo studio forense⁷³, ma «al di là delle sue inclinazioni ad approfondire tematiche culturali più familiari ai filosofi che ai legulei, il suo *curriculum* universitario [...] le opere e la sua esperienza di funzionario asburgico» sono senza dubbio «un attestato della sua appartenenza a pieno titolo al mondo dei giuristi»⁷⁴.

Volendoci addentrare in questo campo quanto mai scivoloso, possiamo dire che il *Dei delitti* è innanzitutto un'opera di giustizia⁷⁵, il prodotto di un'anima eclettica dai multiformi e variegati interessi, un «geniale alchimista» del pensiero illuminista, secondo la definizione di Michel Porret⁷⁶, un giurista nel significato

momento della sua pubblicazione» (G. VASSALLI, *Cesare Beccaria nel bicentenario del «Dei delitti e delle pene»*, in ID., *Scritti giuridici*, cit., pp. 515-516).

⁷⁰ A. DE MARCHI, *Cesare Beccaria e il processo penale*, Torino 1929, p. 2.

⁷¹ «La "scienza della legislazione", che in quel tempo si considerava come una disciplina giuridica, non era in realtà una scienza, nel significato di pura conoscenza teorica che oggi si dà a questa parola, né aveva niente a che vedere colla logica dei giuristi. Essa era in realtà la polemica contro l'*ius conditum*» (P. CALAMANDREI, *Prefazione*, cit., p. 67).

⁷² G. NEPPI MODONA, *L'utile sociale nella concezione penalistica di Cesare Beccaria*, in *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy*, cit., p. 82.

⁷³ Si trattava in fondo di «un giovane venticinquenne, privo di ogni altra diretta esperienza forense, negato agli studi giuridici e portato per certa sua natura indolente e schiva piuttosto a ozia-re fantasticando che a consumar gli anni in faticosi lavori d'erudizione. Bisogna infatti non dimenticare che il marchese Cesare Beccaria non ebbe vocazione di giurista [...] almeno per chi dia alla parola "giurista" quel senso tecnico che ha oggi, di sistematico conoscitore ed interprete della legislazione vigente» (P. CALAMANDREI, *Prefazione*, cit., pp. 27-29).

⁷⁴ G. DI RENZO VILLATA, *Beccaria e gli altri tra ieri e oggi. Alcune riflessioni a margine della relazione di Zagrebelsky*, in *Cesare Beccaria e la pratica dei lumi*, cit., pp. 26-27.

⁷⁵ Così G. VASSALLI, *Spunti di politica criminale*, cit., p. 24.

⁷⁶ M. PORRET, *Beccaria et sa modernité*, in *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Genève 1997, p. 13.

più alto del termine: non già l'azzeccagarbugli di manzoniana memoria, né l'erudito teorico o il retorico oratore o il formalista tecnico. Egli, come è stato osservato da Marco Miletti, «incarnò una specifica modalità intellettuale – tutt'altro che anomala nell'Europa colta del tardo Settecento – dell'essere giurista»⁷⁷. Ed anni prima Mario Sbriccoli, quasi in modo analogo, individuava in Beccaria «un intellectuel de formation complexe, aux compétences larges [...]. De même que Beccaria, il est difficile de les qualifier de simples criminalistes. Certainement *homo unius libri* en ce qui concerne le pénal, ce juriste nouveau, studieux, incarne la figure de l'intellectuel, politisé dans le meilleur sens du terme, et dont l'horizon conceptuel est vaste»⁷⁸.

Se pure le letture preferite da Beccaria furono quelle filosofiche, come confessò a Morellet, non va sottaciuto che «allora filosofia voleva dire enciclopedia [...] e nella filosofia potevano essere fatte rientrare le materie più disparate»⁷⁹, quasi in una vaga reminiscenza medievale di una filosofia *summa* delle conoscenze: in questo senso è allora possibile classificare Cesare un *filosofo*.

Beccaria è sì qualcosa di diverso da un dottore in diritto, ma non per questo egli non può godere di «un posto nella storia della scienza giuridica»⁸⁰. Beccaria «non si dava arie né di filologo né di giureconsulto: non scriveva manuali di cautele ad uso dei causidici, né poteva indugiarsi a pesare con meticolosità pedantesca le ragioni del passato, quando tutto il suo impegno morale era concentrato ad aprire il varco alle ragioni dell'avvenire»⁸¹.

La sua fu «un'opera dunque di filosofia e di diritto, e non di politica se non in senso latissimo»⁸², in grado di offrire «un arco vastissimo di proposizioni giuridiche di carattere innovativo»⁸³: senza l'armamentario filosofico l'analisi giuridica sarebbe risultata incomprensibile, ma di analisi giuridica pur sempre si tratta⁸⁴. Il *Dei delitti* non è un saggio di astratte enunciazioni teoriche, bensì uno smilzo breviario di buona azione legislativa e di politica, dal momento che la trasformazione radicale del diritto (perché così si profilava la proposta di Beccaria quando apparve sulla scena nel 1764) comportava condivisione e conseguen-

⁷⁷ M.N. MILETTI, *Beccaria e la fondazione della scienza penale. Origine settecentesca di un equivoco*, in *Criminalia*, 2013, p. 180.

⁷⁸ M. SBRICCOLI, *Beccaria ou l'avènement de l'ordre. Le philosophe, les juristes et l'émergence de la question pénale*, ora in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, I, Milano 2009, pp. 397-398.

⁷⁹ P. CALAMANDREI, *Prefazione*, cit., p. 36.

⁸⁰ G. VASSALLI, *Cesare Beccaria nel bicentenario*, cit., pp. 516-517.

⁸¹ P. CALAMANDREI, *Prefazione*, cit., p. 65.

⁸² G. VASSALLI, *Spunti di politica criminale*, cit., p. 25.

⁸³ S. ROMAGNOLI, *Prolusioni*, in *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, Roma-Bari 1990, p. 4.

⁸⁴ Sulla questione penale, Beccaria «contribua à établir un double registre de discussion: philosophique au sens large et juridique au sens strict» (M. SBRICCOLI, *Beccaria*, cit., p. 400).

ti interventi da parte di uno Stato vòlto a elevare il problema penale a oggetto centrale dei propri indirizzi politici. Ecco dunque che il libello «si colloca all'incrocio tra filosofia e diritto»⁸⁵.

Riconosce lo stesso Beccaria che quando i filosofi si erano avvicinati al diritto, avevano delineato sistemi di filosofia di diritto pubblico generale, ma «pochissimi hanno esaminata e combattuta la crudeltà delle pene, e l'irregolarità delle procedure criminali: [...] pochissimi annientarono gli errori accumulati di più secoli»⁸⁶.

Perfino «l'immortale presidente di Montesquieu ha rapidamente scorso su questa materia. L'indivisibile verità mi ha forzato a seguire le tracce luminose di questo grand'uomo, ma gli uomini pensatori, pe' quali scrivo, sapranno distinguere i miei passi dai suoi»⁸⁷: ecco lo scatto di orgoglio celato nel plauso. Qui Beccaria attribuisce a sé non solo un ruolo nuovo nel panorama culturale del tempo, ma anche pensieri innovativi.

Egli convogliò la luce della filosofia verso un unico obiettivo: la legislazione penale, e in fondo finì in tal modo per attribuire al problema penale la sua autonomia anche da un punto di vista logico. Questo gli varrà il tributo di un grande giurista quale Enrico Pessina (per Mereu uno dei colpevoli, insieme ad Ellero, del processo di beatificazione di Beccaria sopra ricordato), per il quale «due nomi rimarranno scritti a lettere d'oro nella storia del diritto penale. L'uno è quello di Cesare Beccaria [...] l'altro è quello di Pietro Leopoldo che al 1786 nel piccolo Stato della Toscana consecrò come legge nella sua *Riforma della legislazione criminale*, i voti di Beccaria»⁸⁸. Pessina vaticinava un Beccaria destinato a conseguire l'immortalità non nella storia della filosofia, ma nella storia del diritto penale, che, osserva lapidariamente Vassalli, «è cominciata nel 1764»⁸⁹.

⁸⁵ G. VASSALLI, *Cesare Beccaria nella storia del diritto penale*, cit., p. 565. Per Ferrajoli «la radicalità innovatrice dell'opera di Beccaria quale dottrina del potere punitivo limitato» si può spiegare grazie «all'assunzione di un punto di vista esterno al sistema della giustizia penale del suo tempo [...]. Il punto di vista dei giuristi, quello della scienza giuridica, era sempre stato un punto di vista interno al diritto, prevalentemente descrittivo pur se critico [...]. Il punto di vista adottato da Beccaria è invece un punto di vista filosofico-politico [...] un punto di vista normativo, sul dover essere del diritto, assunto non più come strumento di governo e di controllo sociale a vantaggio di pochi, ma come strumento di garanzia per tutti» (L. FERRAJOLI, *L'attualità del pensiero di Cesare Beccaria*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLV, n. 1, giu. 2015, pp. 149-150).

⁸⁶ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., *Introduzione*, p. 24.

⁸⁷ Ivi, p. 25.

⁸⁸ E. PESSINA, *Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del codice penale vigente (1764-1890)*, in *Enciclopedia del Diritto penale italiano*, Milano 1906, vol. II, p. 541.

⁸⁹ G. VASSALLI, *Cesare Beccaria nella storia del diritto*, cit., p. 562.

4. Beccaria giurista inconsapevole?

Difficile quindi credere che Beccaria fosse una sorta di giurista sprovveduto o, come afferma Antonio Marongiu, un critico del diritto penale privo di ogni salda cultura giuridica⁹⁰.

Beccaria non era digiuno di diritto: al di là della demotivata formazione universitaria, la sua personale biblioteca, oltre a restituirci l'immagine di un lettore onnivoro e appassionato, attesta la conoscenza di libri giuridici, alcuni centrali nella comprensione dello stato del diritto del suo tempo. Sappiamo che per acquisire con foga quasi maniacale libri di ogni genere Cesare sperperò ingenti somme fino a contrarre consistenti debiti. Svenderà parte di quel patrimonio bibliografico nel 1777, in coincidenza con un mutamento di interessi. Se non si può dire che nell'occasione si spogliò interamente della biblioteca illuministica formata dagli amati *philosophes*, non esitò tuttavia nel frangente a privarsi di Voltaire, Hobbes, Genovesi, Leibniz e Morellet, evidente prova di una svolta professionale e culturale, quasi un distacco dalla giovanile passione filosofica e letteraria per ripiegare in una dimensione privata.

Tra i libri di cui Beccaria decise di disfarsi troviamo la prima edizione degli Statuti di Milano del 1480, il *Mémoire et consultation sur le prétendu viol et la prétendu assassinat de la mademoiselle Rouge* (1770) dell'avvocato Jean Baptiste-Jacques Élie de Beaumont, amico di Voltaire e autore anche di una *Mémoire* per la vedova Calas e i suoi figli, e il *Discours sur l'administration de la justice criminelle* di Michel Antoine Servan, celebre avvocato del Parlamento di Grenoble. Egli possedeva anche libri di Johann Gottlieb Heinecke ma soprattutto il *Registro dei giustiziati* del 1764⁹¹, che documentava l'attività di conforto svolta dalla confraternita di S. Giovanni Decollato nei confronti dei condannati a morte⁹². È possibile supporre che quest'ultimo testo costituì una fonte di informazione e di

⁹⁰ A. MARONGIU, *Muratori, Beccaria, Pietro Verri e la scienza del diritto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n.s., XVIII (1975), pp. 773-774. Delitala, coinvolto in una rilettura dell'opera di Beccaria «con l'occhio del penalista moderno», invitava «gli storici del diritto penale italiano a rivedere il giudizio sul valore strettamente giuridico di *Dei delitti e delle pene*», alla luce proprio delle valutazioni negative espresse fino ad allora dai vari Schupfer e Marongiu (G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, cit., p. 122).

⁹¹ Sulla biblioteca personale di Beccaria cfr. M.F. TURCHETTI, *Libri e "nuove idee". Appunti sulla biblioteca illuministica di Cesare Beccaria*, in *Archivio storico lombardo*, s. 12, vol. XVIII (2013), pp. 183-214; EAD., *Cesare Beccaria lettore*, in *Da Beccaria a Manzoni. La riflessione sulla giustizia a Milano: un laboratorio europeo*, Milano 2014, pp. 53-65.

⁹² B.A., *Becc. B. 28. Sui Registri dei giustiziati*, «allucinante repertorio della giurisprudenza criminale del Senato di Milano», che si dipanano dal 1471 agli anni Ottanta del Settecento, «delineando bene l'immagine truce della *Dike lombarda*» (citazioni tratte da A. CAVANNA, *Giudici e leggi*, cit., p. 641), cfr. G. DI RENZO VILLATA, *Storie d'ordinaria e straordinaria delinquenza nella Lombardia settecentesca*, in *Acta Histriae*, 15, 2 (2007), pp. 521-564.

ispirazione per Beccaria: nomi, dati, statistiche, modalità esecutive erano impressi quasi a fuoco su quelle pagine fitte di dati scarni ed essenziali ma non per questo meno atroci. Ha tuttavia ragione Cavanna quando afferma che «per il suo secolo Cesare Beccaria non ha avvertito il bisogno di indirette testimonianze cartacee, perché una o due volte al mese, a Milano, ha avuto l'inferno giuridico a portata di mano»: dalla sua casa di via Brera poteva ben sentire i tre rintocchi di campana che nei giorni di esecuzioni battevano da piazza dei Mercanti «l'ora della giustizia»⁹³, quella giustizia spettacolo contro cui scriverà le sue forse più celebri pagine.

Condivisibile poi l'annotazione di Amati, per il quale è certo «che o da Montesquieu o da Bacone o da altri filosofi Beccaria ha desunto i principii generali della scienza; ma è parimenti da affermarsi che nella materia speciale dei delitti e delle pene lascia tutti i suoi predecessori a grande distanza»⁹⁴. E aggiungeva Hélie: «J'ai dit que ce livre n'avait été, en général, considéré que comme le premier cri de la conscience publique pour obtenir la réforme de la législation pénale, comme un puissant instrument de destruction dirigé contre cette législation, et destiné surtout à la renverser»⁹⁵.

Questo è il punto di snodo. Da una prospettiva filosofica il *Dei delitti* è una *summa* dell'illuminismo europeo⁹⁶, tanto che gli studiosi amano spesso cercare di ricondurre ora questo ora quel frammento all'uno o all'altro autore, avanzando talvolta interpretazioni discordi sulla paternità primigenia di alcuni precetti. In ogni affermazione essi avvertono l'eco del fior fiore dei pensatori riformistici del tempo: da qui l'accusa di assenza di originalità. Dal punto di vista giuridico, invece, Beccaria squarcia il velo della tradizione, si serve del pensiero illuministico per 'fare la rivoluzione' del penale, proiettandosi nel futuro in modo così radicale che ancora oggi, a 250 anni di distanza, le sue parole risuonano a volte come una bella incompiuta, direttive che attendono piena attuazione⁹⁷: «resta il

⁹³ A. CAVANNA, *Giudici e leggi*, cit., pp. 641-642.

⁹⁴ A. AMATI, *Di un manoscritto finora ignorato*, cit., p. 31.

⁹⁵ F. HÉLIE, *Introduction au Traité des délits et des peines de Beccaria*, in *Des délits et des peines par Beccaria*, Paris 1856, p. VIII.

⁹⁶ Si veda da ultimo R. PASTA, *Beccaria 'philosophe'*, cit., in particolare pp. 897-903. Il debito contratto con la filosofia sei-settecentesca e le tesi contrattualistiche quale fondamento del *ius puniendi* è stato di recente messo in rilievo anche da P. COSTA, *Lo ius vitae ac necis alla prova: Cesare Beccaria e la tradizione contrattualistica*, in *Quaderni fiorentini*, 44 (2015), tomo II, pp. 817-895. Sul punto mi sia consentito tuttavia il rinvio a L. GARLATI, *Utilità, esemplarità, certezza della pena*, cit., pp. 47-74 ed EAD., *Nemo propheta in patria*, cit., pp. IX-XXXI.

⁹⁷ Una breve riflessione sul punto: vero che le tematiche affrontate da Cesare, anche quelle cui siamo soliti ricollegare il maggior impatto riformista (si pensi all'argomentato rifiuto della pena di morte e della tortura, ma gli esempi si potrebbero moltiplicare) rappresentavano delle *vexatae quaestiones*, ma nessuno le aveva inserite in una cornice di così radicale innovatività, dove in un colpo solo laicità, legalità, eguaglianza, presunzione di non colpevolezza, utilità si combinavano

fatto che nella storia del diritto penale dell'occidente (e non soltanto dell'occidente) l'opera di Cesare Beccaria segna una svolta reale»⁹⁸. Scriveva Calamandrei all'indomani della buia stagione italiana del fascismo e della seconda guerra mondiale: «la nota distintiva che può cogliere il pensatore moderno, fresco dell'esperienza drammatica di quest'ultimo mezzo secolo, sta nella sostanziale validità che ancora posseggono tutte le principali enunciazioni di principio di Beccaria»⁹⁹. Difficile non ritenere tali parole valide tuttora.

Appare quindi impossibile negare che il *Dei delitti* sia (anche) un'opera giuridica. Lo stesso Gianrinaldo Carli, in risposta alle osservazioni critiche dell'Almici, sottolineava che il tema centrale dell'opera di Beccaria fosse «la giustizia criminale, ossia il codice criminale»¹⁰⁰.

Lo stesso titolo, secco, incisivo, diretto e chiaro, enuncia senza fraintendimenti che obiettivo dell'autore è occuparsi della legge penale e del sistema sanzionatorio: «la lotta contro il delitto è come un presupposto, l'inevitabile premessa, il sottinteso o talvolta espresso punto di partenza»¹⁰¹. E il *Giornale enciclopedico* di Milano, recensendo il saggio di Antonio Giudici, inefficacemente polemico nei confronti di Beccaria (non a caso la sua opera si intitolava *Apologia della giurisprudenza romana*, una sorta di rivalutazione del diritto romano sia nella dimensione culturale e formativa sia come diritto ancora applicabile e attuale)¹⁰², per rimarcare il divario intellettuale fra critico e criticato, si lasciava sfuggire che «Voltaire sarebbe stato un commentatore degno di Beccaria, se fos-

per restituire una visione del penale totalmente nuova. Beccaria non tratta singoli profili, ma, senza pretesa di una completa sistematizzazione, delinea i capisaldi su cui erigere il penale del futuro.

⁹⁸ G. VASSALLI, *Cesare Beccaria nella storia del diritto*, cit., pp. 561 e 564.

⁹⁹ G. DELITALA, *Cesare Beccaria*, cit., p. 123.

¹⁰⁰ *Lettera di Gianrinaldo Carli a Giammaria Mazzuchelli* del 27 aprile 1765, in *Dei delitti*, a cura di F. VENTURI, cit., p. 195. Nella lettera il Carli si rivolgeva a Mazzuchelli chiedendo se le *Osservazioni critiche di Callimaco Mili sul libro intitolato Dei delitti e delle pene*, pubblicate nel tomo XIII della *Nuova raccolta d'opuscoli scientifici e filologici* del 1765, pp. II-XLVII (la rivista apparteneva ad Angelo Calogerà, autorevole esponente della cultura veneta) fossero opera sua. In realtà solo l'*estratto* che precedeva le *Osservazioni* era del Mazzucchelli, ma i rilievi erano stati mossi dal teologo giansenista bresciano Pietro Camilli Almici. Nelle *Osservazioni* l'Almici muoveva accuse simili a quelle del Facchini: contestazione della teoria contrattualistica e dell'abolizione della pena di morte, rivendicazione di una derivazione del potere sovrano da Dio e non dal patto sociale tra gli uomini, rilevazioni di contraddizioni e quella 'manipolazione' della religione che sfociava nell'eresia. Sulla figura di Almici e il rapporto con Beccaria cfr. G.P. MASSETTO, *Il Dei delitti e delle pene: Cesare Beccaria sotto accusa (1764-1766)*, in corso di stampa.

¹⁰¹ G. VASSALLI, *Spunti di politica criminale*, cit., p. 25.

¹⁰² Cfr. L. GARLATI, *Molto rumore per nulla? L'abolizione della tortura tra cultura universitaria e illuminismo giuridico: le Note critiche di Antonio Giudici a Dei delitti e delle pene*, in *Formare il giurista. Esperienze nell'area lombarda tra Sette e Ottocento*, a cura di G. DI RENZO VILLATA, Milano 2004, pp. 263-322.

se stato un po' più giureconsulto»¹⁰³, quasi a evidenziare che il solo bagaglio filosofico impediva di comprendere appieno l'essenza dell'opera.

Che la forza ispiratrice dell'opera fosse giuridica lo attestano inoltre le pagine iniziali, in cui il quadro delle fonti è dipinto con colori netti e decisi e sono individuati con precisione gli obiettivi della battaglia da promuovere. Cade ogni venerazione per la compilazione giustiniana e viene meno qualsiasi volontà assolutoria verso un sistema fondato sull'*arbitrium*: per quanto il giudice affermasse di mitigare il proprio potere discrezionale con il ricorso all'equità, era evidente la degenerazione in atto, dal momento che l'equità era spesso un paravento per forzature ermeneutiche. Beccaria era poco sensibile ad una lettura 'storicistica' della questione (e in genere il suo fu l'atteggiamento antistorico assunto da buona parte dell'illuminismo, come si è detto) e non vedeva perciò in quell'arbitrio l'inevitabile motore costruttivo di un diritto di proprietà esclusivo dei giuristi.

Scopo del Nostro era quello di mettere in discussione il sistema stesso: occorreva superare i tentativi messi in atto da tempo di ovviare ai mali rimanendo all'interno dell'impianto normativo (dalla *communis opinio* alle proposte di Muratori). Beccaria affronta così i singoli problemi giuridici cercando di individuare il modo con cui dare una specifica, precisa e concreta risposta riformista, senza cadere nel pessimismo verriano o nell'utopia filosofica, ma rimanendo saldamente ancorato ai problemi del suo tempo.

Egli scrive sì da filosofo, ma con l'intento di interagire con il legislatore, a cui proponeva la realizzazione di un preciso programma. I punti centrali della sua proposta (laicizzazione, uniformità, certezza e chiarezza del diritto, pubblicità del giudizio e delle prove, rifondazione delle pene su basi di umanità e proporzionalità, presunzione di non colpevolezza e così via) richiedevano necessariamente l'intervento di chi era chiamato a varare la legislazione penale ed avevano il loro presupposto nell'accoglimento del principio di legalità¹⁰⁴.

Il Marchese condivideva con gli illuministi del suo tempo l'idea che fosse preferibile vivere sotto il governo di buone leggi che di buoni uomini (equazione ribaltata nei suoi termini da Manzoni). La visione legicentrica, preparatoria alla codificazione (il diritto è un affare esclusivo dello Stato, da condensare in un testo agile e breve, capace di spazzare via il particolarismo giuridico), si contrapponeva al diritto penale d'*ancien régime*, dottrinale e giurisprudenziale, e poggiava le basi sul ruolo centrale assunto, nel processo creativo del diritto, dal detentore della sovranità, declinato nella sua incarnazione monocratica o in quella di un'assemblea legislativa in rappresentanza della nazione.

Non va sottovalutata questa dimensione 'costituzionale' del diritto penale.

¹⁰³ *Giornale enciclopedico di Milano, Estratto della letteratura europea*, n. 8, 25 febbraio 1785, riprodotto in C. BECCARIA, *Dei delitti*, a cura di F. VENTURI, cit., p. 252.

¹⁰⁴ Definisce il *Dei delitti* un «manuale di pedagogia giuridica per il buon legislatore criminale» G. DI RENZO VILLATA, *Beccaria e gli altri*, cit., p. 27.

Essa si fonda sulla necessaria accettazione del principio della separazione dei poteri e propone in veste nuova il rapporto fondamentale tra giudice e legge e i rapporti di forza tra i poteri stessi in vista di un fine eudemonistico. In questo orizzonte i diritti dell'individuo, di ogni individuo, si collocano – in ragione di una presunzione di non colpevolezza – in una posizione di priorità rispetto all'interesse pubblico. La visione costituzionale dello Stato, centrale in Montesquieu, «in Beccaria è frutto di un'osservazione immediata e diretta della materia penale e delle esigenze di libertà che rampollano, naturalmente, dall'esercizio del magistero punitivo»¹⁰⁵.

È così che la nomea di un Beccaria impreparato a scrivere un testo giuridico e a parlare da giurista merita di essere rivista alla luce di un'approfondita lettura del testo¹⁰⁶, calato a questi fini nelle coordinate storiche, dal momento che forse tendiamo a giudicare lo scritto di Cesare applicando gli «schemi tecnico-giuridici e culturali perfezionati da più di due secoli di realizzazioni legislative e di speculazioni filosofiche»¹⁰⁷.

In realtà, le istanze riformistiche propugnate dal Lombardo potevano prendere le mosse solo da una precisa conoscenza della situazione coeva, non recitando vuote liturgie stereotipate, ma penetrando a fondo il sistema; al tempo stesso i propositi di innovazione dovevano inevitabilmente essere permeati da 'spirito giuridico' per divenire operativi.

Nel *Dei delitti* il diritto non è in posizione ancillare rispetto a contaminazioni economiche, storiche e filosofiche, che pure esistono: esso è la ragione ispiratrice dell'opera stessa, senza la quale ogni altra suggestione o strumento di misurazione o verifica della bontà delle soluzioni proposte non avrebbe ragione di essere. È evidente che l'impostazione contrattual-utilitaristica del pensiero beccariano non è fine a se stessa, ma è tesa a proporre la personale visione di Cesare della legge penale, seppure in accordo con i cardini del movimento illuministico europeo.

Basti pensare ai mirati suggerimenti di stampo processuale: il processo penale sembra essere fagocitato dalla trattazione delle pene, mentre in realtà rappresenta in filigrana il filo conduttore dell'opera, che, pur priva di una sistematicità

¹⁰⁵ G. DELITALA, *Cesare Beccaria*, cit., p. 123. Cfr. alcuni spunti in D. IPPOLITO, *Diritto e potere. Indagini sull'illuminismo penale*, Roma 2012, in particolare pp. 21-37. Lo definisce padre dell'odierno costituzionalismo garantista, oltre che padre del moderno diritto penale L. FERRAJOLI, *L'attualità del pensiero di Cesare Beccaria*, cit., pp. 137-138.

¹⁰⁶ Di recente si è scritto che «incredibilmente [l'opera] quasi mai [è stata] fatta oggetto di analisi specifiche da parte degli storici del diritto», in virtù, secondo l'autore, proprio della 'fama' di filosofo di Beccaria «che trattava *de iure condendo*, sprovvisto di strumentazione tecnica e quindi non in grado di parlare da giurista» [I. BROCCHI, *Beccaria, Cesare*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, I, cit., p. 201].

¹⁰⁷ G. NEPPI MODONA, *L'utile sociale*, cit., p. 77.

scientifico (scriveva di nuovo Hommel che «i suoi pensieri [sott. di Beccaria] sono fiori sciolti che giacciono ancora nel canestro, senz'essere intrecciati in graziosa ghirlanda»¹⁰⁸), è comunque dotata di una propria logica espositiva interna¹⁰⁹.

Come è stato scritto, è nel campo processuale che «la rivoluzione determinata dal Beccaria assume la sua imponenza»¹¹⁰, perché «nonostante il titolo apparentemente di diritto sostanziale, il contributo di “rottura” dell'opera di Beccaria si esplicò soprattutto sul piano processuale: ed è su questo terreno che essa mantiene tuttora la validità di perenne ammonimento»¹¹¹. «Grave errore», quindi, pensare che il *pamphlet* fosse esclusivamente dedicato al diritto penale sostanziale, trascurando il profilo processuale. Quest'ultimo viceversa, intrecciato a quello 'materiale', secondo un'impostazione tipica delle *pratiche criminali* del tempo¹¹², «occupa un posto importantissimo nell'economia generale dell'opera»¹¹³. «Il tema del processo, d'altronde, sta alla radice del libro, perché è alla radice della passione morale che animava lo scrittore Beccaria»¹¹⁴ ed è «il terreno centrale della lotta liberatrice di Beccaria»¹¹⁵.

Indizi, forma del giudizio, accuse segrete, fisco, premialità, complici, interrogazioni suggestive, grazie, prescrizione, custodia preventiva: si trattava di temi tecnici su cui pesava una disciplina accumulatasi in modo stratificato che non si sarebbe potuto ignorare. Occorrevano basi giuridiche per poter affrontare questa messe concettuale. L'aggressione condotta all'intero sistema processuale dimostra «la sensibilità del nostro autore ai più scottanti problemi del processo

¹⁰⁸ Introduzione alla versione di «*Dei delitti e delle pene*» di Karl Ferdinand Hommel, cit., p. 605.

¹⁰⁹ «Beccaria non costruì un 'sistema', ma fu certo dotato di *esprit systématique*» (R. PASTA, *Cesare Beccaria*, cit., p. 251).

¹¹⁰ G. LEONE, *Discorso inaugurale*, in Accademia Nazionale dei Lincei, Quaderno n. 71 (1965), *Secondo centenario della pubblicazione dell'opera "Dei delitti e delle pene" di Cesare Beccaria*, p. 19; cfr. anche ID., *I delitti e le pene*, in G. DE MENASCE, G. LEONE, F. VALSECCHI, *Beccaria e i diritti dell'uomo*, Roma 1964, p. 35.

¹¹¹ P. NUVOLONE, *Processo e pena nell'opera di Cesare Beccaria*, *Atti del Convegno internazionale*, cit., p. 306.

¹¹² Nei corposi tomi delle *pratiche criminali* diritto e processo costituivano un *unicum* inestricabile. È quanto accade anche nell'opera di Beccaria, che eredita tale impostazione e la riproduce nel suo scritto. Anzi nel *Dei delitti* tale connubio, anziché offrire una visione confusa del penale (come invece rilevava Gian Domenico Pisapia), evidenziava al meglio, secondo Pisani, le disfunzioni del sistema. A mio parere, inoltre, il libello mette a nudo il delicato meccanismo di interrelazione tra profilo sostanziale e processuale. Cfr. G.D. PISAPIA, *Presentazione* a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G.D. PISAPIA, Milano 1973, p. XXVII; M. PISANI, *Beccaria e il processo penale*, in ID., *Attualità di Cesare Beccaria*, Milano 1998, p. 10.

¹¹³ G.D. PISAPIA, *Presentazione*, cit., p. XXVII.

¹¹⁴ M. PISANI, *Beccaria e il processo penale*, cit., p. 9.

¹¹⁵ G. VASSALLI, *Spunti di politica criminale*, cit., p. 25.

penale e, soprattutto, il carattere profondamente liberale del suo pensiero». In tal modo il piccolo volume segnò una «tappa fondamentale nell'evoluzione del diritto penale e processuale»¹¹⁶, oltre a divenire «il capolavoro dell'Illuminismo italiano ed uno dei libri più importanti e significativi di tutto il XVIII secolo»¹¹⁷. Come si è detto, lo sforzo principale di Beccaria fu quello di stemperare la 'rudezza' del diritto in un messaggio di impatto immediato, fatto non di nozioni ma di 'una visione'.

Nell'ambito del processo Beccaria centellina sapientemente un sapere consolidato e le istanze di cambiamento, mostrandosi talvolta legato al passato, talaltra mirabile precursore dei tempi. In alcune situazioni Beccaria prende a prestito la terminologia usuale del processo inquisitorio per farne un utilizzo diverso. Ad esempio, il processo offensivo e informativo, che indicavano nel linguaggio dei *doctores* le due fasi che andavano a comporre il rito inquisitorio, vengono nel *Dei delitti* calati entro un originale paradigma. Al processo offensivo, dominante nell'Europa del tempo, egli contrappone, come «vero processo, l'*informativo*, cioè la ricerca indifferente del fatto»¹¹⁸. La coppia informativo-offensivo non integra un'ipotesi di antitesi tra modello accusatorio e inquisitorio (come molti hanno inteso), quanto piuttosto costituisce un invito a fare del processo una raccolta di prove, di elementi di informazione, di indagine, di conoscenza e non già un'arma da brandire o uno strumento di cieca e pervicace offesa.

Le poche pagine di cui si compone il paragrafo riassumono poi lucidamente i perversi automatismi del sistema inquisitorio e della prova legale: «senza [la confessione] un reo convinto da prove indubitate avrà una pena minore della stabilita, senz'essa non soffrirà la tortura sopra altri delitti della medesima specie che possa aver commessi. Con questa il giudice s'impadronisce del corpo di un reo e lo strazia con metodiche formalità, per cavarne come da un fondo acquistato tutto il profitto che può»¹¹⁹. Non è trattazione di un filosofo, ma di un giurista, il quale, oltre ad aver assimilato gli insegnamenti racchiusi negli amati libri filosofici, si mostra non digiuno della criminalistica imperante, di cui stigmatizza la prassi.

L'*escamotage* consiste nella terzietà del giudice, superamento di quella pericolosa coincidenza tra inquirente e giudicante che si radicava in capo al magistrato: nel *Dei delitti* quest'ultimo non solo è considerato indipendente dal potere esecutivo e, come si è già più volte ricordato, distinto da quello legislativo, ma non è più parte del processo. Le funzioni d'indagine e di giudizio dovevano essere esercitate da soggetti distinti e diversi, per evitare quella umanamente com-

¹¹⁶ G.D. PISAPIA, *Presentazione*, cit., pp. XXVIII-XXIX e V.

¹¹⁷ F. VENTURI, *Beccaria e la sua fortuna*, cit., p. 3.

¹¹⁸ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XVII *Del fisco*, p. 69.

¹¹⁹ *Ibidem*.

prensibile quanto giuridicamente deleteria infatuazione – da parte del magistrato – della linea accusatoria costruita e degli elementi probatori raccolti: un'attività pregressa che si traduceva in inevitabile pregiudizio in fase decisionale.

Lo sfondo su cui ogni cambiamento doveva operare era l'abbandono della concezione giurisprudenziale del diritto, sostituita da una legge certa e chiara, sottratta ad ogni interpretazione che non fosse quella letterale, in virtù di automatismi discutibili ma cari all'ideologia illuministica che mirava a strappare al giudice il ruolo di «fattore del diritto penale», per renderlo «mero ricostruttore di fatti»¹²⁰. E se i giudici non potevano né possono essere quegli «essere inanimati» vagheggiati dagli illuministi, è pur vero che Beccaria anticipa l'immagine di un giudice penale cui è proibito «estendere per analogia le norme incriminatrici: che è pur sempre un limite alla sua attività ermeneutica»¹²¹.

Tuttavia, il principio giuridico destinato più di tutti a scardinare la struttura processuale esistente fu l'enunciazione del principio di non colpevolezza, oggi consacrato tra i valori fondanti della nostra Costituzione¹²²: «un uomo non può chiamarsi *reo* prima della sentenza del giudice, né la società può togliergli la pubblica protezione, se non quando sia deciso ch'egli abbia violato i patti coi quali le fu accordata. Quale è dunque quel diritto, se non quello della forza, che dia la podestà ad un giudice di dare una pena ad un cittadino, mentre si dubita se sia reo o innocente?»¹²³. Nell'annunciare i nuovi fondamenti procedurali, Beccaria, ancora una volta, riveste di significato nuovo parole antiche. Nel processo inquisitorio *reus* (una sorta di estensione fonetica di *res*, lemma in grado di esprimere al meglio quella trasformazione da persona in *cosa* di chi aveva la sventura di cadere nelle maglie della giustizia, contro cui efficacemente tuonerà lo stesso Beccaria¹²⁴) era il mero imputato, l'accusato. Nel passo riportato reo è colui la cui responsabilità penale è stata provata: principio di presunzione di non colpevolezza, garantismo allo stato puro, rivoluzione attraverso le parole¹²⁵.

È uno sguardo libero da ogni pregiudizio il presupposto che induce a rifiuta-

¹²⁰ G. ZAGREBELSKY, *La legge secondo Beccaria e le trasformazioni del tempo presente*, in *Cesare Beccaria e la pratica dei lumi*, cit., pp. 14-15.

¹²¹ G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, cit., p. 125.

¹²² Armando De Marchi attribuiva a Beccaria il merito di aver enunciato per primo tale principio, convogliando in questo modo «gli studi attorno al carcere preventivo in un più sereno e libero campo di esame» (A. DE MARCHI, *Cesare Beccaria*, cit., p. 134).

¹²³ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XVI *Della tortura*, p. 62.

¹²⁴ «Non vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi di esser *persona* e diventi *cosa*» (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XX *Violenze*, pp. 72-73).

¹²⁵ Nel traghettare il passaggio dal passato al futuro Beccaria mostra ancora qualche incertezza, viaggiando sul crinale dell'ambiguità. Egli finisce per impiegare il termine reo in diversi significati, tra loro contraddittori. Si veda PH. AUDEGEAN, *Chi è il «reo»? Dei delitti e delle pene sotto la lente di un traduttore*, in *Quaderni fiorentini*, 43 (2014), pp. 1031-1036.

re la tortura, a concepire la carcerazione preventiva come una mera custodia, limitata nella durata e rispondente all'esigenza di evitare che l'imputato possa fuggire o inquinare le prove. È altresì il parametro per risolvere il contrasto tra deposizioni testimoniali «perché fintanto che uno asserisce e l'altro nega niente v'è di certo e prevale il diritto che ciascuno ha d'essere creduto innocente»¹²⁶.

Le indicazioni beccariane si tradussero, in tempi più o meno brevi a seconda delle varie regioni d'Europa, in precetti normativi, in congegni codificati o costituzionalizzati. Il libello non fu solo fonte di riflessione, ma divenne il *vademecum* di ogni governo e la guida di ogni coscienza. Le idee espresse potevano essere condivise o rigettate, ma costringevano al confronto e ad adottare un'azione, conforme o contraria.

Da 250 anni l'uomo di legge sente quel libro rivolto a lui, pronto a suggerirgli come il diritto dovrebbe essere e a coglierne ancora oggi l'insegnamento da tradurre tanto nella produzione legislativa quanto nel quotidiano esercizio di giustizia.

Come ricorderà Pasquale Stanislao Mancini nel discorso tenuto in occasione dell'inaugurazione del monumento milanese a Beccaria il 19 marzo 1871 «quel libro è immenso, non per apparato di erudizione, né per arguzia di scuola, o per riposta sapienza giuridica. Fu ingiuria di gelosi stranieri giudicarlo soltanto un'opera ardente di cuore e di buon senso. Benché scritto col candore d'ingenua semplicità, esso è sopra tutto l'opera di un intellettuale superiore, perché antiveggente con sicuro sguardo nella società umana l'indeclinabile bisogno e dovere di scuotere il ferreo giogo e l'autorità di istituzioni venerate, e tuttora generalmente considerate come palladio di sicurezza e di moralità»¹²⁷. Con inci-

¹²⁶ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XIII *Dei testimoni*, p. 56.

¹²⁷ Il passo è tratto da *Il discorso di P.S. Mancini per l'inaugurazione del monumento milanese a Beccaria (19 marzo 1871)*, pubblicato in M. PISANI, *Attualità*, cit., p. 89. In quell'occasione, l'*Osservatore cattolico*, quindicinale radicale pubblicato a Milano a partire dal 1864 e che mostrò sotto la direzione di don Davide Albertario (a partire dal 1869) il volto intransigente del cattolicesimo, espresse disappunto verso quel tributo. Il monumento, secondo il foglio editoriale, celebrava un uomo che, come avevano dimostrato Facchini prima e la messa all'indice poi, aveva dato prove inconfutabili della propria imbecillità [cfr. G. GRABINSKI, *Storia documentata dell'Osservatore Cattolico di Milano*, Milano 1887 (la dura requisitoria di Grabinski contro l'Osservatore si esprime nella prefazione, quando accusa l'Osservatore di non tenere in alcun conto «i documenti pontifici, gli sforzi del Papa di attirare a sé il mondo moderno», preferendo, al contrario, «promuovere la discordia, accendere viepiù le passioni e ribadire i pregiudizi che allontanano tanti da Dio e dalla verità», ivi p. 16); A. CANAVERO, *Albertario e l'Osservatore cattolico*, Roma 1988]. La richiesta di erigere un monumento a Beccaria era stata avanzata quasi un secolo prima da Pietro Verri, quando, chiamato a far parte della municipalità milanese dopo l'ingresso delle truppe francesi, nel tentativo di scuotere ancora una volta l'assopita coscienza dei suoi concittadini, indifferenti di fronte a Beccaria e alla sua opera, consegnava alla memoria storica «quel sublime genio [...] quell'uomo grande» grazie al quale «la tirannia impallidì; l'umanità palpitante fece ascoltar la sua voce: gli strazi, le torture, le atrocità furono o tolte affatto o diminuite in tutte le procedure criminali, e questa è l'opera di un libro solo» [*Termometro politico della Lombardia*, n. 47, 23 frimaio anno V

sività forse maggiore Piero Calamandrei, in una delle prefazioni più note, scritta all'indomani dei tragici eventi che avevano trascinato l'Italia e il mondo intero nella follia della guerra, riconosceva al *Dei delitti* il merito di aver contribuito a rompere il velo quasi sacrale del diritto e a diffonderne la conoscenza tra un volgo poco propenso ad affrontare la lettura di libri giuridici «non soltanto perché li ritiene scritti in un gergo incomprensibile [...] ma anche perché pensa che le astruse teorie in essi discusse abbiano valore soltanto in quell'astratto mondo fittizio che i giuristi si sono creati per loro uso [...]. Così i libri giuridici li leggono solamente i giuristi; e forse, a esser sinceri, neanche loro. Peggio avviene quando, come per questo del Beccaria, si tratta di libri antichi: dei quali i profani pensano che gli insegnamenti abbiano ormai perduto ogni valore [...]. Ma il profano di cose giuridiche [...] si accoggerà che i problemi discussi sono ancora, in gran parte, vivi e dolenti»¹²⁸.

E noi, oggi, ne siamo testimoni.

repubblicano (23 dicembre 1796); cfr. A. AMATI, *Vita e opere di Cesare Beccaria*, cit., p. 205 e *Carteggio di Pietro e Alessandro Verri*, a cura di S. ROSINI, VIII, 2, Roma 2008, p. 669].

¹²⁸ P. CALAMANDREI, *Prefazione*, cit., pp. 20-21, 23.

IL GIUDICE E LA PROVA: BECCARIA, FILANGIERI, PAGANO*

Francesco Caprioli

SOMMARIO: 1. Libero convincimento, certezza morale, probabilità. – 2. «L'ignoranza che giudica per sentimento». – 3. Nascita di un modello normativo. – 4. Prove imperfette e quasi-prove. – 5. *In atrocissimis leviores coniecturae sufficiunt.*

1. *Libero convincimento, certezza morale, probabilità*

Va ascritta naturalmente anche a Cesare Beccaria una delle più significative conquiste del pensiero giuridico illuministico. Alludo al superamento del metodo delle prove legali in favore del principio del libero convincimento del giudice – l'“*intime conviction*” che avrebbe trovato di lì a poco la sua consacrazione nella legislazione rivoluzionaria francese.

Il sistema della prova legale che imperava da cinque secoli nella tradizione processuale inquisitoria poggiava su premesse sostanzialmente irrazionalistiche, inaccettabili nel secolo dei Lumi. Beccaria lo fa notare denunciando la linea di continuità esistente sul piano epistemologico tra i processi dell'inquisizione (in cui la confessione assurge a indefettibile prova legale positiva della colpevolezza) e gli antichi riti ordalici della tradizione barbarica, benché questi ultimi, dal punto di vista strutturale, fossero ascrivibili al paradigma accusatorio, in quanto congegnati in forma di contesa tra le parti. In alcuni tribunali, egli scrive, «la confessione si esige come essenziale alla condanna», e ciò giustifica il ricorso alla tortura. Ma questo non è che «un monumento ancora esistente dell'antica e selvaggia legislazione, quando erano chiamati giudizi di Dio le prove del fuoco e dell'acqua bollente [...]. La sola differenza che passa fra la tortura e le prove del fuoco e dell'acqua bollente, è che l'esito della prima sembra dipendere dalla volontà del reo, e delle seconde da un fatto puramente fisico ed estrinseco: ma

* Nel presente contributo sono riprese e approfondite considerazioni già svolte dall'Autore in F. CAPRIOLI, *Intime conviction e prova indiziaria in Beccaria* (Dei delitti e delle pene, §§ XIV e XXXI), in *Diritto penale XXI secolo*, XIII, 2 (2014), pp. 365-376.

questa differenza è solo apparente e non reale», perché «è così poco libero il dire la verità fra gli spasimi e gli strazi, quanto lo era allora l'impedire senza frode gli effetti del fuoco e dell'acqua bollente»¹.

Ma più che attaccare il sistema della prova legale – dal quale, come vedremo, i processualisti settecenteschi non riuscirono mai ad affrancarsi completamente –, Beccaria offre, in positivo, una interessantissima teorizzazione del principio del libero convincimento. Discutendo nel capitolo XIV di prove e indizi, egli scrive che «quanto maggiori prove si adducono, tanto più cresce la probabilità del fatto». E immediatamente precisa: «io parlo di probabilità in materia di delitti, che per meritar pena debbono esser certi. Ma svanirà il paradosso per chi considera che rigorosamente la certezza morale non è che una probabilità, ma probabilità tale che è chiamata certezza, perché ogni uomo di buon senso vi acconsente necessariamente per una consuetudine nata dalla necessità di agire, ed anteriore ad ogni speculazione; la certezza che si richiede per accertare un uomo reo è dunque quella che determina ogni uomo nelle operazioni più importanti della vita»².

Per «accertare un uomo reo» occorre dunque nel giudice la «certezza morale» della sua colpevolezza. Diciannove anni più tardi, Gaetano Filangieri lo avrebbe definito «un principio universalmente ricevuto» tra i giuspubblicisti, nonché «adottato così dall'antica come dalla moderna giurisprudenza»³. Certezza e verità, osserva lucidamente Filangieri, non vanno confuse: «la verità o falsità è nella proposizione», mentre «la certezza, l'incertezza e il dubbio [sono] unicamente nell'animo»; «la certezza morale non è altro che lo stato dell'animo sicuro della verità di una proposizione che riguarda l'esistenza di un fatto che non è passato sotto i nostri occhi»⁴. Mario Pagano giunge ad analoghe conclusioni: il giudice deve «cercar la verità da tutti gli argomenti, e segni, infin che l'animo rimanga interamente persuaso»⁵.

Nell'anticipare questa linea di pensiero, Beccaria spiega anche *quando* il giudice può dirsi moralmente certo (ossia interamente persuaso, intimamente convinto) della colpevolezza dell'imputato. «La certezza che si richiede per accertare un uomo reo è quella che determina ogni uomo nelle operazioni più importanti della vita». È un criterio empirico che sopravvive, dopo un quarto di millennio, nella giurisprudenza statunitense in materia di colpevolezza *beyond any reasonable doubt*: il dubbio è ragionevole, dicono talvolta i giudici americani

¹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764). *Con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento*, Torino 1965, § XVI, p. 40s.

² Ivi, § XIV, p. 34.

³ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione* (1783), Parigi 1853, Libro III, Capo XII, p. 151.

⁴ Ivi, Libro III, Capo XIII, pp. 152-153.

⁵ F.M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale*, Napoli 1787, p. 108.

nell'istruire le giurie, quando fa venire meno la «sicurezza che sarebbe necessaria per assumere decisioni importanti per la propria vita»⁶. Del resto cos'è, la certezza morale, se non quella “convinzione incrollabile” circa la colpevolezza dell'imputato cui allude il par. 1096 del codice penale californiano, indicata ai giurati del processo O.J. Simpson come criterio per decodificare la regola del dubbio ragionevole? Beccaria è esattamente su queste posizioni, e non teme di accostare certezza morale e probabilità («la certezza morale non è che una probabilità»). La sua naturalmente non è la probabilità logica (o baconiana) di Michele Taruffo e della sentenza Franzese (il grado oggettivo di conferma che le prove forniscono all'ipotesi d'accusa), ma una probabilità che oggi definiremmo quantitativa (o pascaliana), ossia quel tipo di probabilità che nella sua versione personalistica coincide, appunto, con il grado di convincimento razionale di un soggetto in ordine alla circostanza che un determinato fatto si sia verificato o possa verificarsi⁷.

2. «L'ignoranza che giudica per sentimento»

«Questa morale certezza di prove – prosegue Beccaria – è più facile il sentirla che l'esattamente definirla. Perciò io credo ottima legge quella che stabilisce assessori al giudice principale presi dalla sorte, e non dalla scelta, perché in questo caso è più sicura l'ignoranza che giudica per sentimento che la scienza che giudica per opinione». Per accertare un fatto, per decidere circa la sua esistenza «non si richiede che un semplice ed ordinario buon senso, meno fallace che il sapere di un giudice assuefatto a voler trovar rei e che tutto riduce ad un sistema fattizio imprestato da' suoi studi»⁸.

In questo modo l'autore del *Dei delitti* interviene su un tema che in seguito sarebbe diventato cruciale nel dibattito processualistico nostrano: il giudice penale deve essere un tecnico o un comune cittadino? Deve essere un giudice “sapiente” o un giudice “saggio”? Beccaria la pensa come Jeremy Bentham, come Filangieri, come Voltaire – un giudice saggio –, ma è interessante notare come giunge a questa conclusione. Gli argomenti di Beccaria non sono gli argomenti addotti, ad esempio, da Filangieri: il rischio di un'eccessiva concentrazione di potere in capo ai giudici togati («la natura», scrive Filangieri, «non ci ha fatto per essere il trastullo di pochi uomini potenti») e la stretta connessione esistente

⁶ Cfr. F. D'ALESSANDRO, *L'oltre ogni ragionevole dubbio nella revisione del processo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, XLVII (2004), p. 689.

⁷ Sul punto, per ulteriori approfondimenti, rinviamo a F. CAPRIOLI, *L'accertamento della colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, LII (2009), pp. 56-78.

⁸ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), cit., § XIV, p. 35.

tra il giudice-funzionario e il ripudiato modello processuale inquisitorio (è inevitabile che sia un tecnico «questo magistrato che da solo riceve l'accusa, prende le informazioni, sente le parti, regola e dirige la costruzione del processo, mette tra' legami della giustizia l'accusato, e decreta in prima istanza così sulla verità dell'accusa come sulla pena da darsi»⁹). Nel *Dei delitti* queste riflessioni si intuiscono ma rimangono sottotraccia. Nel sostenere che al giudice basta un "ordinario buon senso", Beccaria concentra l'attenzione sulla logica del convincimento giudiziale. «La morale certezza della prova è più facile il sentirla che l'esattamente definirla»: «perciò» i giudici popolari si lasciano preferire a quelli togati; «è più sicura l'ignoranza che giudica per sentimento che la scienza che giudica per opinione».

Ignoranza, scienza, sentimento sono parole chiave. Più di cent'anni dopo le ritroviamo nel dibattito che divise la scuola classica e quella positiva sull'istituto della giuria e sul problema della motivazione dei verdetti penali. Per Francesco Carrara, ad esempio, la mancanza di motivazione era il «sommo vizio» addebitabile alla giuria¹⁰: ma l'obbligo di motivare le sentenze non poteva essere imposto ai giurati, perché «a [chi] si convince per sentimento non può chiedersi costoso conto»¹¹. Per i positivisti era invece la premessa che andava fermamente rigettata: in un processo penale concepito come una sorta di laboratorio scientifico, era impensabile che la giustificazione razionale del verdetto potesse attingere al patrimonio di conoscenze dell'uomo comune. La giustizia penale dei positivisti rinnegava i giudici saggi: occorrevano giudici colti, professionali, tecnicamente attrezzati. La polemica contro i giudici popolari assumeva talora connotati apertamente ideologici e classisti: i giurati, scriveva Garofalo, vengono dal popolo e non possono che rappresentarne «la qualità predominante, cioè l'ignoranza»¹². Lo stesso concetto usato da Beccaria (il giudicare "per ignoranza") viene posto a fondamento di un giudizio di assoluto disvalore anziché di un giudizio di valore.

Piuttosto, colpisce nel legalista e nel "matematico" Beccaria questa netta presa di posizione a favore della concezione sentimentale e irrazionalistica del principio del libero convincimento. Sul punto, infatti, occorre intendersi: sostenere che il giudice deve essere libero da vincoli legali nella valutazione della prova

⁹ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione* (1783), cit., Libro III, Capo XVII, p. 164.

¹⁰ F. CARRARA, *Sulla crisi legislativa in Italia. In risposta al quesito propostomi da S.E. il Ministro Pisanelli sulla progettata estensione delle leggi penali sarde alle province toscane*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. II, Lucca 1870, p. 167 (nonché in F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale, con una selezione dagli Opuscoli di diritto criminale*, Bologna 2004, p. 375).

¹¹ F. CARRARA, *Programma*, cit., p. 187.

¹² R. GAROFALO, *Ciò che dovrebbe essere un giudizio penale*, in *Archivio di psichiatria, scienze penali e antropologia criminale*, III (1882), p. 98.

(cioè affermare il principio della *intime conviction*) significa soltanto tracciare limiti *negativi* alle dinamiche di formazione del convincimento giudiziale; significa soltanto dire come *non* si deve pervenire al verdetto di colpevolezza o di innocenza. Ma rimane interamente aperto il problema di come quel convincimento debba formarsi *in positivo*, di quali siano le condizioni probatorie che lo giustificano¹³. Per molto tempo ha prevalso l'idea che convincimento "libero", "intimo", significasse proprio quel "decidere per sentimento" di cui parlavano Beccaria e Carrara: libertà e razionalità del decidere erano concepiti come i termini di un'antitesi. Solo sul finire del diciannovesimo secolo – grazie al pensiero di giuristi come Giandomenico Romagnosi o Emanuele Carnevale – si è fatta strada l'opinione contraria, ossia l'idea che la valutazione libera delle prove conservasse i caratteri dell'atto razionale, suscettibile, come scrive Massimo Nobile, di essere «analizzato e vincolato a un complesso di regole, anche se non di carattere normativo»¹⁴ (salvo ovviamente stabilire – e questo è un problema che rimane ancora irrisolto – *quali* siano queste regole, cioè *quando* una decisione giudiziale possa dirsi razionalmente giustificata).

Non c'è dubbio che un'opinione autorevole come quella di Beccaria possa avere rallentato e ostacolato questo percorso virtuoso di progressiva razionalizzazione del principio del libero convincimento. E la circostanza può apparire paradossale, perché in Beccaria, come scrive Stefano Rodotà, «il grande oggetto polemico» è proprio «l'arbitrio, nemico della ragione e degli uomini», è il «potere sciolto da vincoli»¹⁵. Sappiamo che Beccaria è il teorico del sillogismo giudiziario e del ripudio di ogni interpretazione delle leggi. Ma quando si tratta di analizzare le dinamiche del giudizio di fatto, cede a suggestioni irrazionalistiche che aprono la strada proprio all'arbitrio dei giudicanti (conosciamo tutti le derive anticognitive e antilegaliste cui condusse il principio dell'*intime conviction*).

Oggi siamo abituati a ragionare all'opposto di Beccaria. Niente più giudici "bocca della legge" nell'interpretazione delle norme giuridiche: ma sul terreno dei giudizi di fatto coltiviamo l'illusione di imbrigliare la funzione giudicante all'interno di canoni oggettivi e verificabili di giustificazione razionale del convincimento (lo dimostra l'art. 606 lett. e c.p.p., che sottopone la motivazione della sentenza a un vaglio di logicità, dando per scontato che esistano criteri razionali per distinguere i ragionamenti oggettivamente "buoni" da quelli "cattivi", i giudizi attendibili da quelli arbitrari). Eppure la questione, si sa, rimane aperta. Penso a Franco Cordero quando parla dell'"atto di fede" che è spesso necessario compiere nel valutare le prove dichiarative, o quando ricorda come il giudizio di fatto rimanga «disseminato di illuminazioni intuitive e di scelte emo-

¹³ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari 1991, pp. 118-119.

¹⁴ M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, Milano 1974, pp. 53, 70, 143.

¹⁵ S. RODOTÀ, *Prefazione*, in C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano 2012, p. 6.

tive», delle quali «è improbabile» (e, in fondo, poco importa) «che la motivazione sveli le vere origini»¹⁶. Oppure penso all'attuale disputa circa il sindacato di legittimità sull'applicazione del canone della colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio. Secondo me ha perfettamente ragione chi ritiene che esistono casi entro i quali – non sembri un gioco di parole – la Corte di Cassazione dovrebbe ritenere logica e ragionevole tanto la valutazione di ragionevolezza quanto la valutazione di irragionevolezza del dubbio¹⁷. Mi pare che questo equivalga a dire che esiste un luogo ideale del giudizio di fatto che rimane sottratto al controllo di razionalità, uno spazio valutativo governato dall'intuito o, per dirla con Beccaria, dal sentimento. Come nel giudizio di valore giuridico, anche nel giudizio di fatto il giudice si può trovare al cospetto di «alternative logicamente equivalenti», e anche qui la scelta può essere «ispirata dall'inconscio dell'operatore»¹⁸. Almeno in questo senso, le parole di Beccaria – la certezza morale «è più facile il sentirla che l'esattamente definirla», appartiene a una dimensione cognitiva «anteriore a ogni speculazione» – resistono, mi pare, a ogni critica.

3. *Nascita di un modello normativo*

Intendiamoci, però: Beccaria, Filangieri, Pagano, Tommaso Nani e gli altri sostenitori settecenteschi del principio della “certezza morale” non sottovalutarono affatto il rischio di favorire l'arbitrio nei giudizi di merito. Sarebbe «perniciosissima l'autorità del giudice», scrive ad esempio Filangieri, se «la sua moral certezza potesse bastare per determinare la verità di un fatto», perché in questo modo gli si lascerebbe «un illimitato e impunibile arbitrio sulla vita, l'onore e la libertà del cittadino»¹⁹. Non ci si può accontentare, ammonisce Pagano, «della sola convinzione del giudice»: occorre una prova «tale che ogni ragionevole uomo ne debba esser convinto», che «sia certa, stabile, permanente, che in perpetui e inalterabili monumenti consista»²⁰.

Nasce da queste premesse un modello teorico che in definitiva è quello che troviamo ancora oggi nell'art. 192 c.p.p.: libero convincimento temperato da regole legali di cautela nella valutazione della prova. La prova legale sparisce – almeno tendenzialmente – come prova legale *positiva* o *sufficiente* (l'unico tipo di condizionamento legale del convincimento del giudice contro cui si scagliarono realmente gli illuministi) ma sopravvive come prova legale *negativa* o *necessa-*

¹⁶ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano 1983, pp. 946, 957.

¹⁷ P. FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna 2012, pp. 255-256.

¹⁸ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 957.

¹⁹ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione* (1783), cit., Libro III, Capo XIV, p. 153.

²⁰ F.M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale* (1787), cit., p. 19.

ria²¹. Di qui tutto un reticolo di cautele valutative vincolanti per il giudice: i canoni di giurisdizione di Filangieri, le “verità che stabiliscono il valore degli indizi” di Mario Pagano, le *regulae* generali e speciali di Tommaso Nani e così via. Sorvolo sulle critiche molto severe che Isabella Rosoni ha recentemente rivolto a questo modello teorico, che avrebbe fatto registrare un progresso solo apparente rispetto al passato (un passato, quello della prova legale positiva, che la Rosoni giudica molto meno brutto di quanto lo dipingessero i suoi stessi detrattori settecenteschi)²². Comunque la si pensi al riguardo, le riflessioni di Beccaria sulla prova indiziaria mi sembrano inquadrabili nella medesima logica (del libero convincimento temperato “in negativo”) che gli studi di Filangieri, Pagano e Nani avrebbero in seguito reso esplicita.

Non è, ad esempio, che una regola di valutazione negativa il celebre canone di diritto comune *unus testis nullus testis* riaffermato da Beccaria nel capitolo XIII in accordo con Montesquieu («più d’un testimonio è necessario, perché fintanto che uno asserisce e l’altro nega niente v’è di certo e prevale il diritto che ciascuno ha d’essere creduto innocente»)²³ e condiviso, sia pure su premesse concettuali diverse, da Filangieri e Pagano²⁴; e lo è il «teorema generale molto utile a calcolare [...] la forza degli indizi di un reato» che Beccaria enuncia nel capitolo XIV («quando le prove di un fatto sono dipendenti l’una dall’altra, cioè quando gli indizi non si provano che tra di loro, quanto maggiori prove si adducono tanto è minore la probabilità del fatto, perché i casi che farebbero mancare le prove antecedenti fanno mancare le susseguenti. Quando le prove di un fatto tutte dipendono egualmente da una sola, il numero delle prove non aumenta né sminuisce la probabilità del fatto, perché tutto il loro valore si risolve nel valore di quella sola da cui dipendono. Quando le prove sono indipendenti l’una dall’altra, cioè quando gli indizi si provano d’altronde che da se stessi, quanto maggiori prove si adducono, tanto più cresce la probabilità del fatto, perché la

²¹ Sul punto L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 169, nt. 34; 178, nt. 72.

²² I. ROSONI, *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell’età medievale e moderna*, Milano 1995, pp. 40, 91, 343.

²³ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), cit., § XIV, p. 32.

²⁴ Cfr. G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione* (1783), cit., Libro III, Capo XV, p. 156, nt. 2 («la ragione sulla quale è fondato questo canone non è quella adottata da Montesquieu, cioè che, quando non vi è che un testimonio che afferma, ed il reo, che nega, la testimonianza del primo vien distrutta dalla testimonianza del secondo. Questo è falso: perché il reo ha un interesse di negare: ma il testimonio non ha alcun interesse di affermare. La ragione dunque di questo canone si è, ch’è molto difficile, che due testimoni, separatamente esaminati, possano entrambi convenire nella relazione delle circostanze che hanno accompagnato il supposto delitto, e che la sola verità può rendere uniformi le loro testimonianze»). Nel medesimo senso F.M. PAGANO, *Principi del codice penale e logica de’ probabili per servire di teoria alle pruove nei Giudizj Criminali* (1806), Napoli 1824, p. 123.

fallacia di una prova non influisce sull'altra»²⁵). Una regola, a dire il vero, alquanto sibillina: Vittorio Grevi vi scorgeva l'anticipazione di certi canoni attuali di valutazione della chiamata in correità (il riscontro individualizzante, l'autonomia delle chiamate²⁶); ma forse Beccaria intendeva semplicemente dire quello che avrebbe detto più chiaramente in seguito Filangieri nei suoi canoni di giudicatura secondo e quarto (le prove che conducono tutte alla dimostrazione di un unico fatto intermedio non offrono che un solo indizio²⁷).

Nessun dubbio, poi, che l'iper-legalista Beccaria avrebbe voluto che fosse la legge a stabilire simili regole (in questo senso dico che la logica è quella della prova legale negativa). Quando nel capitolo XXIX parla degli indizi sufficienti per la custodia preventiva del reo, Beccaria si spinge fino a sostenere che avrebbe dovuto essere la legge a indicarli tassativamente: «la pubblica fama, la fuga, la stragiudiciale confessione, quella d'un compagno del delitto, le minacce e la costante inimicizia con l'offeso, il corpo del delitto» sono prove «bastanti per catturare un cittadino», ma devono «stabilirsi dalla legge e non dai giudici», perché «i decreti [dei giudici] sono sempre opposti alla libertà politica, quando non sieno proposizioni particolari di una massima generale esistente nel pubblico codice» (e poi aggiunge una riflessione sacrosanta: ci si potrà accontentare di indizi più deboli per la cattura in corso di processo solo quando gli accusati e i condannati non saranno più «getta[ti] confusi nella stessa caverna»; la sua proposta era di riservare ai detenuti in attesa di giudizio le prigioni militari, se non altro meno disonorevoli²⁸).

È vero che Beccaria sembra talora indulgere allo schema concettuale della prova legale *positiva*. Così, quando, nel capitolo XIII, parla della credibilità dei testimoni e la parametra all'assenza di interesse a mentire (in linea con quelle «concezioni utilitaristiche certamente presenti, anche se non prevalenti», nel suo pensiero²⁹), sembra dire che i testimoni che non hanno alcun interesse a mentire *devono* essere creduti: fu lo stesso Diderot a suggerire questa lettura del testo (in un'edizione francese del *Dei delitti* del 1797 corredata di postille la cui attribuzione a Diderot rimane, a dire il vero, incerta³⁰). Di lì a poco Pagano avrebbe dissipato ogni dubbio al riguardo: «non è già, secondo la volgare credenza, che

²⁵ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), cit., § XIV, pp. 33-34.

²⁶ V. GREVI, *Prefazione*, in C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano 2010, pp. 11-12.

²⁷ Cfr. G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione* (1783), cit., Libro III, Capo XV, pp. 157-158, nt. 3. Questi i due canoni di giudicatura: gli argomenti non devono «dipend[ere] tutti da un solo argomento»; gli indizi devono essere «disgiunti tra loro, in maniera che l'uno non dipenda dall'altro».

²⁸ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), cit., § XIV, p. 70-71.

²⁹ M. PISANI, *Attualità di Cesare Beccaria*, Milano 1998, p. 21.

³⁰ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), cit., p. 400 (sul problema della paternità del rilievo, forse attribuibile a Marmontel, cfr. *ivi*, p. 398, nt. 12).

la legge ai giudici comanda, ma permette soltanto di poter con due testimoni condannar l'accusato»; «con un solo non può condannarlo, ma ben con due eziandio può assolverlo»³¹. Va detto però che gli stessi Pagano e Filangieri stentano a liberarsi dalla logica del vincolo probatorio positivo. Per Pagano, ad esempio, «un solo indizio morale di qualunque valore non può la certezza produrre» (in quanto, «per urgentissimo che sia l'indizio che concorre per un fatto, è sempre possibile che accada uno straordinario avvenimento, al quale si può benanche l'indizio rapportare»); ma «due indizi urgentissimi debbono produrre la certezza morale, poiché tutti e due indicando un avvenimento ordinario, viene ad essere escluso quel possibile straordinario caso»; «l'accoppiamento di tanti straordinari avvenimenti è contro l'ordine della natura a noi noto»³². In Filangieri, invece, la prova legale positiva sopravvive in stretta correlazione con la proposta di offrire al giudice una triplice alternativa decisoria (accusa falsa, accusa vera, accusa incerta): per l'autore della *Scienza della legislazione*, il giudice, «malgrado la sua morale certezza in favore dell'accusa, non può dire "l'accusa è vera" quando manca la prova legale»; ma, «malgrado la sua morale certezza in favore dell'accusato, non potrebbe [neppure] dire "l'accusa è falsa", quando esistesse la prova legale»³³.

Tornando al *Dei delitti*, anche Luigi Ferrajoli non esita a dire che Beccaria avrebbe accettato l'esistenza di «prove legali positive o sufficienti, idonee a trasformare l'induzione in deduzione»³⁴. Il riferimento è al passaggio in cui si introduce la distinzione tra prove perfette e imperfette: «chiamo perfette quelle che escludono la possibilità che un tale non sia reo, chiamo imperfette quelle che non la escludono. Delle prime anche una sola è sufficiente per la condanna, delle seconde tante son necessarie quante bastino a formarne una perfetta, vale a dire che se per ciascuna di queste in particolare è possibile che uno non sia reo, per l'unione loro nel medesimo soggetto è impossibile che non lo sia»³⁵. È qui che Ferrajoli coglie una concessione alla logica della prova legale positiva. Ma nel distinguere le prove perfette da quelle imperfette (distinzione che richiama quella tradizionale tra prove piene e semipiene³⁶), Beccaria intendeva forse alludere semplicemente al fatto che a volte è sufficiente una sola prova per fornire al giudice la certezza morale della colpevolezza, altre volte occorre invece un insieme di prove, ciascuna delle quali, presa singolarmente, non basterebbe a for-

³¹ F.M. PAGANO, *Principj del codice penale e logica de' probabili* (1806), cit., p. 123.

³² *Ibidem*.

³³ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione* (1783), cit., Libro III, Capo XIV, pp. 153-154, e Capo XV, p. 156, nt. 3.

³⁴ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 169, nt. 34.

³⁵ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), cit., § XIV, p. 34.

³⁶ I. ROSONI, *Quae singula non prosunt*, cit., p. 329.

mulare un simile giudizio (quell'«impossibile che non lo sia» può intendersi come riferito alla valutazione effettuata dal giudice nel caso concreto). *Quae singula non prosunt collecta iuvant*. Beccaria lo aveva già sostanzialmente detto qualche riga più sopra («quanto maggiori prove [indiziarie] si adducono, tanto più cresce la probabilità del fatto»), e il concetto sarebbe stato in seguito ribadito con forza dai soliti Filangieri, Pagano e Nani: la prova del delitto si può dedurre da un insieme di indizi esattamente come dalle prove testimoniali dirette del fatto.

4. Prove imperfette e quasi-prove

Di qui è nato, mi pare, qualche piccolo equivoco. Tutti conosciamo la feroce polemica illuministica contro l'«aritmetica dell'implicazione» sui cui si basava il sistema delle prove legali (un testimone = zero, due testimoni = uno: ma zero+zero fa zero!). Nel Commentario al libro di Beccaria, Voltaire descrive ad esempio una «singolare consuetudine» in uso nel Parlamento di Tolosa: ammettere non solo le mezze prove, ma perfino i quarti e gli ottavi di prova, e ritenere quindi sufficienti per la condanna anche otto flebili testimonianze per “sentito dire” («otto voci, che non sono che un'eco di un rumore mal fondato, possono diventare una prova completa»³⁷). Per alcuni, questa polemica sarebbe in contraddizione con l'idea, sostenuta con convinzione da Beccaria e dai suoi seguaci, che da una somma di indizi possa nascere una prova, ossia con l'idea che «la certezza si può frazionare, è raggiungibile progressivamente, passo dopo passo, indizio dopo indizio, presunzione dopo presunzione»³⁸. In realtà non mi sembra esistere alcuna contraddizione: un conto è riconoscere la validità, sul piano epistemologico, del principio *quae singula non prosunt collecta iuvant*, un conto è criticarne l'erronea applicazione, come fa Voltaire nel passo sul Parlamento di Tolosa. «Con cento conigli non potrai mai fare un cavallo, con cento sospetti non si avrà mai una prova», dice il giudice istruttore a Raskolnikov in *Delitto e castigo* citando un proverbio inglese, e su questo non ci sono dubbi³⁹: ma è con i mattoni che si costruiscono le case! Il problema è non confondere conigli e mattoni, ma a Beccaria, Filangieri e Pagano non si può rimproverare di avere commesso un simile errore. Applicando i canoni di giudicatura di Filangieri o le verità circa gli indizi di Pagano (o lo stesso teorema di Beccaria sugli indizi non indipendenti l'uno dall'altro), il Parlamento di Tolosa non avrebbe condannato Jean Calas.

Allo stesso modo, non mi sembra che Beccaria «cada in contraddizione con

³⁷ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene e Commento di Voltaire*, Roma 1994, p. 97.

³⁸ Cfr. I. ROSONI, *Quae singula non prosunt*, cit., p. 213.

³⁹ F. DOSTOEVSKIJ, *Delitto e castigo*, Milano 2005, p. 509.

se stesso» – nonostante il diverso avviso di Luigi Ferrajoli, sostanzialmente condiviso da Isabella Rosoni⁴⁰ – nell'ammettere, per un verso, che più prove imperfette possano formare una prova perfetta, e nel ritenere per altro verso inammissibili, in un passo celeberrimo del capitolo XXXI, «le tiranniche presunzioni, le quasi-prove, le semi-prove (quasi che un uomo potesse essere semi-innocente o semi-reo, cioè semi-punibile e semi-assolvibile)»⁴¹. Un conto è dire che tante quasi-prove possono formare una prova sufficiente per la condanna (se sono mattoni e non conigli, naturalmente), un conto è dire che una quasi-prova può bastare per la condanna quando il reato sia più atroce o più difficile da provare, o che una quasi-prova può bastare per infliggere condanne a pene più miti di quelle previste dalla legge. Sono queste le insensate regole del diritto comune contro le quali si scaglia Beccaria: senza in alcun modo contraddire, mi pare, le sue premesse teoriche in materia di prova indiziaria.

5. In atrocissimis leviores coniecturae sufficiunt

Piuttosto, colpisce l'argomento usato da Beccaria per contestare la più importante di queste regole: «*in atrocissimis leviores coniecturae sufficiunt, et licet iudici iura transgredi*».

Scriva Beccaria: «strano parrà, a chi non riflette che la ragione non è quasi mai stata la legislatrice delle nazioni, che i delitti o più atroci o più oscuri e chimerici, cioè quelli de' quali l'improbabilità è maggiore, sieno provati dalle conghietture e dalle prove più deboli ed equivoche [...] quasiché di condannare un innocente non vi sia un tanto maggior pericolo quanto la probabilità dell'innocenza supera la probabilità del reato»⁴². Il concetto era già comparso nel capitolo XIII, a proposito della credibilità dei testimoni: «la credibilità di un testimonia diviene tanto sensibilmente minore quanto più cresce l'atrocità di un delitto», come nel caso delle «azioni gratuitamente crudeli»⁴³. Anche Filangieri ragiona così: regola «assurda», questa valevole per i cd. delitti «privilegiati», perché «noi abbiamo una resistenza maggiore da superare per commettere un delitto più grave, che per commettere un delitto meno grave: tra due accuse, dunque, l'una di un delitto più atroce, l'altra di un delitto meno atroce, la legge dovrebbe piuttosto ricercare maggiori prove nella prima che nella seconda»⁴⁴.

⁴⁰ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 167, nt. 32, e 169 nt. 34; I. ROSONI, *Quae singula non prosunt*, cit., p. 213.

⁴¹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), cit., § XXXI, p. 76.

⁴² *Ivi*, § XXXI, p. 75.

⁴³ *Ivi*, § XIII, p. 32.

⁴⁴ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione* (1783), cit., Libro III, Capo IX, pp. 140-141 e nt. 5.

L'argomento presta il fianco a una scontata obiezione: se l'accusa riguarda un fatto la cui stessa sussistenza è dubbia, si può essere d'accordo con Beccaria e Filangieri (essendo un crimine statisticamente meno probabile, occorrono prove più certe); ma se il fatto pacificamente sussiste, perché mai dovremmo pretendere una *probatio maior* in ragione della maggiore improbabilità del delitto? Lo notava già acutamente Mario Pagano: sono ragioni («speciose, ma non vere») che valgono soltanto «quando il delitto non sia certo»; «quando sia chiaro che il misfatto sia stato commesso, è già svanita codesta presunzione»⁴⁵. È pur vero che Cicerone, in un celebre passo dell'orazione in favore di Sesto Roscio Amerino citato anche da Pagano, afferma che nel caso del parricidio, il misfatto è talmente grande che per essere credibile deve essere «quasi visibile». Ma l'esempio è fuorviante, perché qui il delitto è particolarmente atroce *in quanto sia l'imputato ad essere colpevole*: qui davvero al crescere dell'atrocità cresce anche l'improbabilità. Al di fuori di queste ipotesi – fatto incerto nella sua stessa sussistenza; fatto tanto più atroce in quanto commesso da un determinato soggetto –, il principio enunciato da Beccaria e sottoscritto da Filangieri non può essere condiviso. Oggi ragioneremmo, semmai, in altro modo: *in atrocissimis* è bene essere più cauti perché essendo le pene più severe, la condanna dell'innocente sarebbe ancora meno tollerabile.

⁴⁵ F.M. PAGANO, *Principj del codice penale e logica de' probabili*, cit., p. 163.

LE GARANZIE PROCESSUALI DI BECCARIA E LA PENALISTICA ITALIANA DELL'OTTOCENTO: IL CONTRIBUTO DI GIOVANNI CARMIGNANI

Giovanni Chiodi

SOMMARIO: 1. «Come i fili dell'oro nascosti nelle profonde viscere della miniera». – 2. La certezza legale e l'oscuro indefinibile dato della intima convinzione dell'uomo. – 3. Il superamento del 'ferreo assioma' nei delitti di prova difficile. – 4. La prova testimoniale e la confessione. – 5. Arresto e custodia segreta dell'imputato. – 6. L'interrogatorio dell'imputato. – 7. Il *révirement* sulla promessa di impunità ai complici delatori.

1. «Come i fili dell'oro nascosti nelle profonde viscere della miniera»

Seguire la fortuna del Beccaria processualista nell'Italia ottocentesca si prospetta come un compito affascinante, per gli echi che una lezione come la sua continua a diffondere anche nel secolo dei codici; ma è impresa anche ardua per una serie di ragioni, non ultima la varietà delle aree culturali e dei contesti sociali e politici da prendere in esame. L'avvento delle codificazioni, inoltre, rappresenta un ulteriore motivo di complessità della ricerca, operando un significativo cambio di marcia nell'approccio al diritto, del quale risente l'attività interpretativa dei giuristi. In questo lungo itinerario, scindibile in varie fasi, l'esperienza della Restaurazione non appare trascurabile e, tra i protagonisti del nuovo discorso intellettuale che si va formando intorno alla questione penale, e che pone al centro anche il processo, non c'è dubbio che un ruolo di assoluto rilievo spetti a Giovanni Carmignani. È con lui, infatti, che «la figura del penalista di professione [...] assume lineamenti definiti»¹. Non per caso, egli è il giurista italia-

¹ È il notissimo giudizio con cui M. SBRICCOLI sintetizza l'originalità del giurista pisano, prima di distinguere magistralmente i vari aspetti della sua personalità, in *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. SCHIAVONE, Roma-Bari 1990, pp. 147-232, pp. 148-152, ora anche in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia, Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano 2009, t. I, pp. 493-590, pp. 497-498.

no del primo Ottocento che forse ha coltivato con maggiore intensità il dialogo con Beccaria, al di là delle soluzioni di merito adottate e condivise. Proprio questo sembra l'aspetto peculiare dell'approccio di Carmignani. L'autore del manuale che rappresenta il culmine dell'esperienza dei giuristi post-beccariani, e di numerose altre pubblicazioni culminanti con la monumentale *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, conserva viva la memoria di Beccaria in modo diverso da ogni altro contemporaneo. Per non semplificare una lunga vicenda, incardinata in figure, ambienti e mentalità diverse, è opportuno dunque concentrare la nostra attenzione sul contributo di questo protagonista, anche per il nesso che lo lega (ma in modo assolutamente non lineare) alla posteriore penalistica civile liberale (in tutte le sue espressioni e sfumature).

Giovanni Carmignani, nel variegato panorama ottocentesco, è un caso estremamente interessante². Proveniva da una terra, la Toscana, nella quale la lezione di Beccaria era stata particolarmente apprezzata (e attuata)³. La sua ammirazione per lo scrittore milanese non ha limiti. Il suo consenso di fondo sullo stile e sulle caratteristiche del libro è pieno, tanto che egli non esita a tributargli i massimi elogi. Ecco solo alcuni degli epiteti più importanti: libro «meraviglioso»; libro che «benché piccolo di volume, è massimo per la verità e la importanza dei principj che racchiude»; opera «di volume piccolo, e di legislativo sapere grandissima»; libro che «ha più anima che corpo». Il maestro pisano non manca anche di

² Della vasta bibliografia su Giovanni Carmignani (1768-1847) è indispensabile consultare il ricco volume *Giovanni Carmignani (1768-1847), maestro di scienze criminali e pratico del fòro, sulle soglie del diritto penale contemporaneo*, a cura di M. MONTORZI, redazione di C. GALLIGANI e M.P. GERI, Pisa 2003, nel quale, tra l'altro, è ripubblicata (pp. 1-10) l'importante voce di A. MAZZACANE, *Carmignani, Giovanni*, in *Dizionario biografico degli italiani*, 20, Roma 1977, pp. 415-421. Da ultimo vd. l'autorevole profilo di M. MONTORZI, *Carmignani, Giovanni*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, dir. da I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONI, M.N. MILETTI, a cura di M.L. CARLINO, G. DE GIUDICI, E. FABBRICATORE, E. MURA, M. SAMMARCO, con la collaborazione della Biblioteca del Senato, I, Bologna 2013, pp. 451-453. Segnalo che, sulla figura del grande giurista di San Benedetto a Settimo, è in corso di stampa la monografia di M.P. GERI, *Il magistero di un criminalista di fòro. Giovanni Carmignani «avvocato professore di Leggi»*.

³ F. VENTURI, *Introduzione a C. BECCARIA, Dei delitti e delle pene. Con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento*, nuova ed., Torino 1965, pp. VII-XXXIX; R. PASTA, *Beccaria tra giuristi e filosofi: aspetti della sua fortuna in Toscana e nell'Italia centrosettentrionale*, in *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa. Convegno di studi per il 250° anniversario della nascita*, Bari 1990, pp. 512-533, pp. 520-525; ID., *Il «Dei delitti e delle pene» in Italia: appunti e riflessioni*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXV (1995), pp. 313-339, pp. 334-337. Ulteriori indicazioni in F. COLAO, "Iustitia est anima civitatis". *Note sugli studi sulla giustizia criminale toscana in età moderna*, in *Amicitiae pignus, Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, t. I, a cura di A. PADOA SCHIOPPA, G. DI RENZO VILLATA, G.P. MASSETTO, Milano 2003, pp. 545-590, p. 563, nt. 64, al quale saggio si rinvia anche per il quadro convincente del riformismo leopoldino (e altri richiami bibliografici).

esprimere il suo entusiasmo in versi: «*Siccome il Sol tra le minori Stelle*»⁴. Ma quali sono i meriti di quel libro? Non sono pochi i rilievi positivi di Carmignani, che nell'insieme formano un ritratto *sui generis* del suo autore.

Egli riconosce e rivendica a Beccaria, anche di fronte ad arroganti contraddittori (e in questo caso la sua prosa diventa tagliente) un posto di assoluto primo piano nel panorama della letteratura penalistica, in quanto autore di un libro originale e profondo (e perciò non sempre ben compreso da tutti). Un piccolo grande libro che aveva avuto il merito di aprire una strada nuova e da apprezzare per le seguenti caratteristiche, tutte messe puntualmente a fuoco in diversi luoghi della produzione del criminalista pisano: libro più di *scienza della legislazione* che di *giurisprudenza*; libro non contenente un *sistema* o una *teoria* già fatta, e tuttavia, mediante l'esplicitazione di «grandi verità nascoste», capace di far germogliare teorie e sistemi e in quanto tale definibile come libro «di dottrina»; libro scritto con stile *dialettico*, cioè di ragionamento, «di forte pensare», scientifico, distante dalla retorica; libro, infine, anche «di forte sentire», scritto cioè «con sentimento di umanità, di equità e di giustizia». Tali peculiarità del *Dei delitti*, che ne facevano un *unicum*, isolato e ancora ineguagliato nella produzione del primo Ottocento, erano acutamente colte in luoghi diversi della vasta produzione dello studioso pisano.

Carmignani ha piena coscienza del fatto che il *Dei delitti* si distingue per essere un libro di *scienza della legislazione* e non di *giurisprudenza*: la contrapposizione, letta all'interno delle varie prospettive dalle quali secondo il maestro pisano era possibile trattare del penale, non intende negare a Beccaria la qualifica di giurista, ma solo quella di 'pratico' espositore di usi e pratiche giudiziarie⁵.

⁴ Per i luoghi vd. *infra*, rispettivamente ntt. 6, 18, 19.

⁵ A dissipare l'equivoco che potrebbe sorgere da quanto scritto in G. CARMIGNANI, *Dissertazione critica sullo studio delle discipline criminali*, in *Raccolta di trattati e memorie di legislazione e giurisprudenza criminale*, t. V, Firenze, nella Tipografia di Luigi Pezzati, 1822, pp. 146-147 («L'opera del marchese Beccaria venne in giusta, e grande celebrità, sebbene essa di giureconsulto non fosse [...]») vd. infatti ID., *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, t. I, Pisa, presso i Fratelli Nistri e co., 1831, *Introduzione*, p. 7: «Parlando delle opere nella materia de' delitti, e delle pene, non sono da contar quelle de' pratici, rivolte tutte a meglio chiarire le leggi già fatte, e non a proporre modelli migliori per quelle da farsi: né le opere elementari, le quali, proponendosi l'insegnamento, non ebbero né motivo, né titolo di dar consiglio alla legge; ma meritano d'esser prese in esame quelle opere, le quali più alla scienza della legislazione, che alla giurisprudenza appartenendo, aprirono il campo alle teorie, e ai sistemi. Le numerose opere di questa tempra pubblicate dopo il libro del Beccaria ebbero la ragione della loro mossa in quel libro, il quale e per le edizioni moltissime, che se ne fecero, e per le traduzioni, che esso ebbe in pressoché tutte le lingue europee, se si eccettui quella dell'Alcorano, rimase *Siccome il Sol tra le minori Stelle*». Tale comparazione è usata anche da Claudio Todeschi in alcuni suoi versi sciolti (VI e VIII): *Opere*, t. III, in Roma, per il Casaletti, 1779, p. LI, p. LXIV.

Sul nuovo tipo di giurista rappresentato da Beccaria cfr. M. SBRICCOLI, *Beccaria ou l'avènement de l'ordre. Le philosophe, les juristes et l'émergence de la question pénale*, in *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Études historiques éditées et présentées par M. PORRET, Genève

Libro non contenente già un *sistema* o una *teoria* di princìpi (Carmignani non cade nell'inganno di altri lettori), ma rivelatore di «grandi verità», suscettibili di essere in futuro ordinate e sviluppate in modo da ricavarne un sistema, e in quanto tale definibile come un libro «di dottrina» destinato a durare e a condizionare i posteri.

Carmignani, già negli *Elementa* del 1808, definiva il *Dei delitti* come un piccolo grande libro: piccolo di mole, ma grande per l'importanza delle verità messe in luce⁶, dei princìpi in esso enunciati, anche se spesso più «presagiti» e «indovinati» che analiticamente dedotti, come scriverà nella *Dissertazione critica sullo studio delle discipline criminali* del 1822, coniando, a questo proposito, una metafora tra le più indovinate: «più come i fili dell'oro nascosti nelle profonde viscere della miniera, che come metallo ormai dalla fatica, e dall'arte all'uso della vita ridotto»⁷.

1997, pp. 177-187, anche in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, t. I, cit., pp. 393-405; e approfonditamente M.N. MILETTI, *Beccaria e la fondazione della scienza penale. Origine settecentesca di un equivoco*, in *Criminalia* (2013), pp. 179-201, in particolare p. 180, p. 181, nt. 9 (per la citazione poetica di Carmignani), p. 186, nt. 23 (per altra citazione del maestro pisano sul ruolo propulsivo di Beccaria, richiamata anche in ID., *Diritto e processo penale: storia di una dialettica tra antico e nuovo regime*, in *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, a cura di F. DANOVI, Milano 2015, pp. 9-53, p. 37, nt. 76); L. GARLATI, *Beccaria giurista riluttante?*, in *Da Beccaria a Manzoni. La riflessione sulla giustizia a Milano: un laboratorio europeo*, a cura di G. PANIZZA, Milano 2014, pp. 67-79 e il saggio *Beccaria: filosofo acclamato del passato e giurista misconosciuto del futuro*, in questo volume.

⁶ Il manuale di Carmignani, scritto in latino e con il titolo di *Juris criminalis elementa*, ebbe cinque edizioni (Firenze 1808, Pisa 1819, Pisa 1822-1823, Roma 1829, Pisa 1833-34), non prive di varianti sostanziali. Le citazioni sono tratte dalla prima e dalla traduzione italiana della quinta edizione, nell'edizione milanese curata da Filippo Ambrosoli. G. CARMIGNANI, *Juris criminalis elementa*, Florentiae, excudebant Molini, et Landi cum soc., 1808, *Juris criminalis politici scientia ab jurisprudentia criminali sejungitur*, § 9, p. 7, nt. a (dove il libro è definito «mole quidem parvus at principiorum vi maximus»); ID., *Elementi di diritto criminale...*, Traduzione italiana sulla quinta edizione di Pisa del prof. Caruana Dingli, Prima edizione milanese riveduta e annotata da FILIPPO AMBROSOLI, Milano, Francesco Sanvito, Editore, 1863, *Prolegomeni*, § 25, nt. 1, p. 11: «È di questa scienza [della legislazione criminale] assai benemerito l'immortale Beccaria, il cui libro *Dei Delitti e delle Pene*, benché piccolo di volume, è massimo per la verità e la importanza dei principj che racchiude, e quindi degno di essere dagli studenti del nostro diritto incessantemente meditato»; ID., *Saggio teorico-pratico sulla fede giuridica e sui suoi vari metodi nelle materie penali*. Lavoro per la riforma dell'ordine giudiziario toscano compilato nell'aprile 1826, in ID., *Scritti inediti*, vol. VI, Lucca, Tipografia di Giuseppe Giusti, 1852, CCLXXVII, pp. 293-294: opera «di volume piccolo, e di legislativo sapere grandissima».

⁷ G. CARMIGNANI, *Dissertazione critica*, cit., p. 144: «il libro del marchese Beccaria quanto a toglier gli abusi avea fatto ciò, che era possibile di fare, e quanto a viepiù rettificare gli usi, le utili e grandi verità, sebbene in quel libro non trascurate, vi erano indicate in un modo da apparir più presagi, che principj analiticamente, ed ordinatamente dedotti, più come i fili dell'oro nascosti nelle profonde viscere della miniera, che come metallo ormai dalla fatica, e dall'arte all'uso della vita ridotto [...]». Cfr. anche p. 145: «principj più indovinati [...] che dimostrati, e dedotti da Beccaria [...]».

Del resto, si potrebbe chiosare, era stato lo stesso Beccaria a scrivere «che la storia degli uomini ci dà l'idea di un immenso pelago di errori, fra i quali poche e confuse, e a grandi intervalli distanti, verità soprannuotano [...] le grandi verità, la durata delle quali non è che un lampo, in paragone della lunga e tenebrosa notte che involge gli uomini»⁸.

Proprio per la patente di *scientificità* attribuibile al lavoro di Beccaria, l'Italia, secondo Carmignani, come aveva espresso anche Bentham nel suo noto elogio dello scrittore milanese, poteva vantarsi di aver raggiunto un primato nel campo della scienza del diritto penale⁹. Proprio per questa sua qualità, Carmi-

⁸ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XXVIII *Della pena di morte*, Edizione Nazionale delle opere di Cesare Beccaria, a cura di G. FRANCONI e L. FIRPO, vol. I, Milano 1984, p. 94.

⁹ G. CARMIGNANI, *Teoria*, I, cit., lib. I, *Dell'origine, e del sistema delle cognizioni umane relative alle leggi della sicurezza sociale*, cap. XIV, *Delle scienze ausiliarie a quella della legislazione penale*, p. 252, dove, dopo aver criticato C. DE LACRETELLE (*Réflexions sur les écrivains qui ont traité de la législation pénale, et vues sur la réforme de cette législation*, à Paris, chez Cuchet, libraire, rue & hôtel Serpente, 1784, p. 330) e J.-P. BRISSOT DE WARVILLE (*Bibliothèque philosophique du législateur, du politique, du jurisconsulte...*, t. X, à Berlin... Paris... Lyon, 1785, *Discours de l'éditeur, servant de conclusion*, p. 349) per aver considerato l'Italia come un paese coperto da tenebre, loda J. BENTHAM (*Théorie des peines et des récompenses*, Ouvrage extrait des manuscrits de M. Jérémie Bentham, jurisconsulte anglois, par Et. Dumont..., troisième édition, t. premier, Paris, Bossange Frères, libraires..., 1825, Préface, p. XIII): «Fortunatamente un più recente, e più giudizioso scrittore si esprime, che dopo il Montesquieu, e dopo il Beccaria si può lasciare in pace una biblioteca di scritti più, o meno stimabili, i quali però non hanno alcun carattere di originalità. Laonde se la Francia ha la priorità nell'aver fatto accorto allo spirito umano onde si volgesse a rifondere in nuove, e più felici combinazioni questa parte de' suoi concetti, la Italia ha il vanto di aver gettati in un piccolo libro tutti i semi delle grandi scoperte, e delle grandi verità in questa materia».

Vd. già G. CARMIGNANI, *Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., p. 7, nt. a; *Elementi* [ed. Ambrosoli], cit., *Prolegomeni*, § 25, nt. 1, p. 11: «Paolo Risi ed il Cav. Filangieri estesero il campo di questa scienza; sicché possiamo a buon diritto gloriarci, che i principj della legislazione criminale ebbero quasi la culla in Italia. E sebbene alcuni pochi principj di Montesquieu avessero in certo modo aperta la strada al grande ingegno del Beccaria, che cosa possiamo noi invidiare agli stranieri intorno alla scienza criminale, checché abbia imprudentemente detto il Linguet contro il libro *dei Delitti e delle Pene?*». Il brano incriminato è in S.-N.-H. LINGUET, *Annales politiques, civiles et littéraires du dix-huitième siècle*, t. V, a Londres, 1779, *Anecdotes très-singulières sur le live intitulé: Traité des délits et des peines*, p. 401 (*Dei delitti e delle pene*, cit., ed. Venturi, pp. 495-499). Sul passo di Carmignani che mette in evidenza il primato italiano nelle scienze criminali vd. già A. CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde* [1975], rist. Milano 1987, p. 100, nt. 190. Negativo anche il giudizio su Linguet in G. CARMIGNANI, *Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., § 12, p. 9, nt. b, per il suo disprezzo del diritto romano.

Sull'antifrancesismo di Carmignani: A. MAZZACANE, *Carmignani, Giovanni*, cit., p. 418; F. COLAO, *Un codice per Carmignani tra «scienza della legislazione» e «dominio della giurisprudenza»*, in *Giovanni Carmignani (1768-1847)*, cit., pp. 57-79, p. 67; M.R. DI SIMONE, *Gaetano Filangieri e i criminalisti italiani della prima metà dell'Ottocento*, in *Diritti e Costituzione. Gaetano Filangieri e la sua fortuna europea* a cura di A. TRAMPUS, Bologna 2006, pp. 165-230, p. 185 (con riguardo anche a Luigi Cremani).

gnani arrivava al paradosso di suggerire ai giuristi di farsi tutti umili commentatori di Beccaria¹⁰.

Un'opinione, quella sulle grandi verità «sentite» e capaci di potenziali sviluppi, che Carmignani ribadisce e approfondisce soprattutto quando affronta la classificazione dei delitti proposta da Beccaria, che egli stima superiore, per esattezza scientifica, a quelle dei successori e parto originale dell'ingegno del grande lombardo, «massa di luce» rispetto ai timidi bagliori anche del principe dei *philosophes* transalpini: «Il Beccaria [...] da alcuni pochi bagliori, che s'incontrano nelle opere del Montesquieu, seppe svolgere una gran massa di luce nelle materie de' delitti, e delle pene, fu il primo a gettare le basi di una vera politica classazione de' delitti»¹¹. Egli ebbe il merito da un lato di sostenere la separazione tra diritto e morale (quello che oggi è denominato principio di offensività¹²), e dall'altro di distinguere i «delitti sovversivi di *sicurezza*» dai «delitti di *polizia* sovversivi di *prosperità*: distinzione concepita dal Beccaria, e letteralmente osservata dal Toscano legislatore»¹³. Il pensiero del giurista filosofo milanese si afferma quindi come punto di partenza di ulteriori svolgimenti teorici: «qui la scienza, prendendo in quel grande la propria guida, mentre egli, contento di aver gettato le fondamentali basi della classazione, lasciò ad altri il pensiero di svolgere più diffusamente, ed a seconda del pratico bisogno il suo luminoso concetto, è obbligata a determinare le differenze de' caratteri di quelle due classi»¹⁴.

¹⁰ G. CARMIGNANI, *Teoria*, I, cit., cap. XVII, *Del metodo*, p. 328: «Certamente tutta questa scena rassomiglia ai frantumi, che sopra un campo di battaglia un'arme vittoriosa vi ha sparsi, ma sotto questi frantumi si nascondono le grandi verità, che lo scrittore Italiano aveva finalmente sentite se non volle o non seppe tutte in una volta spiegare; e il miglior metodo per discutere le criminali materie sembra forse esser quello di farsi commentatori modesti di quel grande scrittore». Sulla frase hanno richiamato l'attenzione M.P. GERI, *L'epistolario di Carmignani tra letture e incontri professionali e culturali*, in *Giovanni Carmignani (1768-1847)*, cit., pp. 273-301, p. 283; F. COLAO, *Avvocati del Risorgimento nella Toscana della restaurazione*, Bologna 2006, p. 155.

¹¹ G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, t. II, Pisa, presso i fratelli Nistri e compagni, 1831, lib. II, *Dell'offesa della sicurezza sociale*, cap. VI, *Della classazione, e della nomenclatura pratica delle offese*, pp. 107-108. Sul pensiero del giurista pisano in materia: F. COLAO, *Un codice per Carmignani*, cit., p. 65; T. PADOVANI, *La teoria del reato in Giovanni Carmignani*, in *Giovanni Carmignani (1768-1847)*, cit., pp. 383-389; M.R. DI SIMONE, *Gaetano Filangieri*, cit., pp. 212-213.

¹² L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Pref. di N. BOBBIO, Roma-Bari 2011 [I ed. 1989], pp. 466-469; ID., *L'attualità del pensiero di Cesare Beccaria*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLV, n. 1, giugno 2015, pp. 137-161, pp. 143-144.

¹³ G. CARMIGNANI, *Teoria*, II, cit., cap. VI, p. 111.

¹⁴ Ivi, p. 113. Vd. anche cap. V, *Del criterio onde aver la misura della offesa sociale*, pp. 72-99, e i cenni alla questione presenti in ID., *Teoria*, I, cit., cap. XIV, *Delle scienze ausiliarie a quella della legislazione penale*, p. 253: «Il Presidente di Montesquieu, creatore di nuova luce sul giusto modulo della pena, non fece avanzar pur d'un passo la ragione ideatrice della vera indole del delitto col distinguerlo come offesa sociale da ogni altro umano trascorso [...] al solo scrittore Italiano si debbono gli originali, e profondi concetti sulla vera misura de' delitti, e sulla loro classazione me-

Un'opera dalla doppia prospettiva, quindi, critica e propositiva al tempo stesso: da un lato Beccaria aveva denunciato gli errori e gli abusi della giustizia penale, ma dall'altro aveva anche posto le salde fondamenta di un edificio nuovo, partendo dalle grandi verità, sulle quali altri avrebbero potuto innalzare nuove costruzioni scientifiche¹⁵.

Un libro, anche per questo motivo, tutt'altro che effimero e di circostanza. Carmignani, non a caso, si scaglia con veemenza con chi, soprattutto in Francia, aveva adottato questa errata opinione, equivocando sulla vera natura dell'opera.

La critica agli abusi della giustizia penale, infatti, non era stata affatto condotta da Beccaria con stile *retorico*, ma con abile *dialettica*, con ragionamenti sottili, tipici dello scienziato piuttosto che dell'oratore enfatico¹⁶.

Perciò coloro che avevano qualificato il *Dei delitti* con gli inopportuni epiteti di *pamphlet chaleureux*, *pamphlet eloquent* non avevano avvertito che «quel libro è scritto con uno stile di tutto il cielo distante dalla retorica, e che il dia-

todica, dal che le cognizioni umane relative a questi oggetti potevano unicamente ricevere aspetto, ed atteggiamento di scienza». Cfr. già ID., *Dissertazione critica*, cit., p. 152: «Un solo, grande, e luminoso principio, che regolar dovrebbe tutta la criminale legislazione, ignoto avanti il libro de' delitti, e delle pene, indovinato più che bene espresso in quel libro, basterebbe a meritargli la riconoscenza de' contemporanei, e la venerazione della posterità»; p. 153: «luminoso, e grande principio [...] primo raggio di luce, che dovea separar per sempre i principj della legge direttiva dell'uomo esteriore da quelli delle scienze direttive dell'uomo interiore». Per tutte queste ragioni, concluderà Carmignani in un'altra opera, «quel libro fu per i coltivatori delle scienze morali e politiche la scoperta d'un nuovo mondo» (ID., *Storia della origine e de' progressi della filosofia del dritto*, a cura e con Introduzione di E. RIPEPE, nota bio-bibliografica di M.P. GERI, Pisa 2005 [rist. anast. di ID., *Scritti inediti*, vol. IV, Lucca, Tipografia di Giuseppe Giusti, 1851], p. 208).

¹⁵ Avverte a ragione M.N. MILETTI, *Beccaria e la fondazione della scienza penale*, cit., p. 200, che «nel *Dei delitti* non si rinvencono né la bozza d'un futuro, autonomo 'penale sostanziale' né le coordinate d'un sistema 'scientifico'. Dell'uno e dell'altro esito il libello contiene tuttavia, *in nuce*, più d'una premessa».

¹⁶ G. CARMIGNANI, *Teoria*, I, cit., *Introduzione*, p. 7: «Quel libro non affrontava retoricamente gli abusi: non era un'opera, se così dir si può, parenetica, pressoché essa, con ragionamenti non facili a comprendersi da tutti gl'ingegni, minava piuttosto, ed aspettava dal tempo la ruina dei gotici, e rugginosi edifizj, che que' principi intendevano supplantare». Cfr. già ID., *Dissertazione critica*, cit., p. 147: «Altronde il libro de' delitti, e delle pene profondamente, e caldamente pensato, è scritto in uno stile, che ad ogni sillaba scintilla per così dire del fuoco sacro, che animò lo scrittore, senza avere il tuono declamatorio, e retorico di altre opere, che vennero di poi sebben male a proposito in grande celebrità, e senza dilungarsi giammai dalla guida sperimentale del calcolo delle umane passioni, a cui in luogo di procedimenti meramente ideologici l'autore quasi sempre riporta le sue più sottili, ed ingegnose ricerche».

ID., *Teoria*, I, cit., cap. XVII, *Del metodo*, pp. 325-326: «La più grande, ed utile impresa, che prima d'ogni altra abbia il dritto criminale ad assumere, è quella di dar bando definitivo ad ogni influenza del principio morale nelle provincie che gli appartengono: di far tacere la retorica, e far parlare la dialettica: di screditare i lavori di fantasia, e accreditar quelli di ragionamento» (ulteriori considerazioni sul metodo beccariano a pp. 326-328).

lettico, che lo distingue, tenta attingere nuova forza dalle formule delle scienze esatte»¹⁷.

Era un'etichetta che andava spesso in coppia con la qualifica di libello elaborato all'impronta, «nell'effervescenza dell'opinione pubblica»: una qualifica che Carmignani (dimostrandosi attento conoscitore della storia del penale) contestava severamente agli improvvidi critici¹⁸.

Infine, non sfuggivano a Carmignani altre specificità del libro di Beccaria. Esso faceva appello alla ragione, ma anche al sentimento; era espressione di «forte pensare», ma anche di «forte sentire», parlava con «uno squisito, ed irrecusabile senso di umanità, di moderazione, e di giustizia», dava ai principi una

¹⁷ G. CARMIGNANI, *Teoria*, I, cit., cap. XVII, *Del metodo*, p. 325, nt. 2.

¹⁸ Ivi, cap. XIV, *Delle scienze ausiliarie a quella della legislazione penale*, p. 254: «La giustizia, e la critica esigerebbero, che la gloria del Marchese di Beccaria fosse vendicata o da confronti poco convenevoli di questo scrittore con altri Italiani scrittori, o da estere opinioni recenti, le quali, senza intendere sé medesime, pretendono di avere inteso il libro de' delitti, e delle pene, e di spregiarlo come opera di circostanza». A p. 255, nt. 1 critica il professore di eloquenza Abel François VILLEMMAIN, già definito «scrittore senza competenza», per quanto da lui sostenuto nel *Cours de littérature française, Tableau du dix-huitième siècle*, deuxième partie, Paris, Pichon et Didier, Éditeurs, 1828, VII^e leçon, 27 mai 1828, p. 22, ma anche il «più competente» Eugène LERMINIER, autore della *Introduction générale à l'histoire du droit*, Paris, Alexandre Mesnier, libraire, place de la Bourse, 1829, per aver affermato (chap. XV, Filangieri-Beccaria, p. 219) che «il suo libro non è un *livre scientifique*, mais un *pamphlet chaleureux qui satisfait la juste effervescence de l'opinion*. Dov'era nel 1764 la *effervescenza della opinione*? A scenico personaggio è necessario un luogo di scena. Ed ecco come si giudica del *creator d'una scienza*, il quale non è stato bene inteso che da' Toscani legislatori. Fra l'Autore della *Introduzione alla storia del diritto*, e l'Autore del *Traité du droit penal* è incerto a chi spetti il *priorato* del giudizio su Beccaria. In Francia molte traduzioni furono fatte del libro de' delitti, e delle pene [...]. Ma il libro ha più anima che corpo». Sulla convinzione di Carmignani che Beccaria fosse da reputarsi «creatore di una scienza»: M.P. GERI, *L'epistolario*, cit., p. 282; F. COLAO, *Avvocati del Risorgimento*, cit., p. 155. Si può menzionare anche la testimonianza del procuratore Giuseppe Giusti, che nel 1821 definisce Beccaria «vero padre della nuova scienza»: F. COLAO, *Il processo penale toscano e la «nobile divisa» del difensore (1814-1849)*, in *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*. Atti del Convegno (Foggia, 5-6 maggio 2006), a cura di M.N. MILETTI, Milano 2006, pp. 79-134, p. 104.

L'intervento si chiude con un altro affondo polemico: «Quanto all'audace proposito di gettare il libro del Beccaria tra le effimere carte, che di giorno in giorno a comodo di circostanza si scrivono, sarebbe oltraggio a quel nome immortale il solo pensare, che una confutazione fosse necessaria a combatterlo». Il bersaglio (p. 255, nt. 3) è Pellegrino Rossi (p. 255, nt. 3): «Vuolsi alludere alle espressioni epigrammatiche, colle quali un rigeneratore della scienza del dritto penale designa il libro di Beccaria un'arme, non una dottrina, e un giornalista, che gli porge incensi, lo qualifica di *pamphlet eloquent*». P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, t. I, Paris, A. Sauteret et c^{ie}, libraires-éditeurs... Alexandre Mesnier, libraire..., 1829, liv. I, chap. IX, p. 224: «son livre, quoique revêtu de formes générales, avait le caractère et l'à-propos d'un ouvrage de circonstance. Il fallait y voir une attaque plus qu'une doctrine; il fallait s'en servir comme d'une arme pour détruire, non comme d'une base pour édifier. C'est là le tort des écrivains postérieurs».

Sull'avversione di Carmignani per il penalista carrarese: M.P. GERI, *L'epistolario*, cit., p. 283-285; F. COLAO, *Un codice per Carmignani*, cit., p. 67; EAD., *Avvocati del Risorgimento*, cit., pp. 133-135.

«evidenza di sentimento, la quale fa, per così dire, passar nell'animo di chi legge i convincimenti di chi lo scrisse»¹⁹. Beccaria, a differenza di altri, contemplava gli uomini²⁰. Guardava le cose, si potrebbe aggiungere, dal punto di vista dell'imputato, di colui che viene attratto nell'ingranaggio della macchina processuale, e non dal punto di vista dell'autorità²¹.

Emergeva la sua superiorità anche per un altro aspetto: la brevità e la sintesi stringente, quel laconismo, a volte misterioso, ma indubbiamente efficace²², rispetto all'esibizione di erudizione (e di oratoria) di altri scrittori, come Gaetano Filangieri²³.

¹⁹ G. CARMIGNANI, *Teoria*, I, cit., cap. XVI, *Del metodo*, pp. 327-328: «Oltracciò leggendo attentamente l'opera dei delitti, e delle pene, si resta spesso indecisi nel giudicare se in quel libro meraviglioso o più il forte sentire, o più il forte pensare abbia riportata vittoria sugli errori, e su i pregiudizi, che la cieca forza da un lato, e la ignoranza, e la scienza dall'altro, venute infelicemente in questa materia a far lega tra loro, vi avevano accumulati sopra. Talvolta in quel libro il sacro fuoco d'un irresistibile ragionamento fonde, e discioglie gli assiomi ferrei, de' quali la giurisprudenza penale si armava: talvolta uno squisito, ed irrecusabile senso di umanità, di moderazione, e di giustizia obbliga la legge a gettare a terra gl'istrumenti di terrore, e di strage, coi quali pensava poter meglio regnare».

Vd. anche ID., *Storia*, cit., II, p. 188: «Non vi fu opera al mondo, la quale, come il libro di Beccaria, esibisse la leale e sincera espressione de' sentimenti e de' principî professati dallo scrittore; ed uno de' suoi pregi, e forse non il minore, fu quello di dare ai principî un'evidenza di sentimento, la quale fa, per così dire, passar nell'animo di chi legge i convincimenti di chi lo scrisse».

²⁰ Cfr. il passo corrispondente della *Dissertazione critica*, cit., *infra*, nt. 23. Con le splendide parole di F. VENTURI, *Settecento riformatore*, I, *Da Muratori a Beccaria*, Torino 1998 (I ed. 1969), p. 708: «La logica lo guidava nello smantellamento che egli andava operando del passato e nella ricostruzione che egli suggeriva d'una società di eguali e di liberi. Ma Beccaria non sarebbe stato se stesso se questa sua logica non fosse stata accompagnata da una straordinaria sensibilità, da una preoccupazione che confinava con l'angoscia di fronte alle conseguenze d'ogni suo ragionamento. Era profondamente convinto che ogni sua conclusione avrebbe direttamente pesato sulla sorte dei suoi simili, avrebbe inciso sulla pelle del prossimo». Vd. anche ID., *Beccaria, Cesare*, in *Dizionario biografico degli italiani*, VII, Roma 1970, pp. 458-469: «la forza di queste pagine stava in una straordinaria capacità di trovare un punto d'incontro tra il calcolo razionale ed utilitaristico e la compassione profonda, umanitaria, sentimentale».

²¹ Ha scritto efficacemente L. FERRAJOLI, *L'attualità*, cit., p. 150, che Beccaria sta «non più *ex parte principis*, bensì *ex parte populi*, e ancor più precisamente dalla parte degli oppressi, dei soggetti più deboli, vittime di una giustizia disuguale e classista, modellata dai potenti contro di loro [...] dalla parte delle persone in carne ed ossa, e non solo delle vittime dei delitti ma anche delle vittime delle punizioni ingiuste o eccessive [...] dal basso anziché dall'alto». Questo dato è giustamente collegato con lo stile di Beccaria: «ne è un segno, tra l'altro, lo stile letterario del *Dei delitti*, appassionato, sferzante ed icastico, ben diverso dallo stile burocratico, criptico e causidico dei giuristi».

²² Lo stile laconico che «fa più viaggio di quel che pare, significa più di quel che suona, e talora non significa ciò che suona», secondo il felice e noto giudizio del filosofo pisano Giovanni Gualberto de Soria (*Dei delitti e delle pene*, cit., ed. Venturi, p. 199), su cui R. PASTA, *Il «Dei delitti e delle pene»*, cit., p. 334.

²³ G. CARMIGNANI, *Dissertazione critica*, cit., p. 151: «Beccaria scrivendo contemplò gli uomi-

Tanto entusiasmo sembrerebbe tuttavia smentito da quanto Carmignani osserva, in un passaggio cruciale della *Teoria* dedicato alle forme del processo penale, in merito all'atteggiamento di Beccaria in materia:

Il grande Beccaria occupato a fissare i veri limiti distintivi della morale, e della legislazione: meditando la più vera nozione dell'offesa della sicurezza sociale: rivolto a combattere il criterio del dolor fisico nelle pene non prese con egual forza di mira la teoria del metodo giudiziario ed ondeggiò tra le guarentigie dell'accusatorio, e dell'inquisitorio processo senza discutere se potesse essere tra le une e le altre compatibilità. Il falso, e pericoloso criterio de' processi misti preoccupava le menti, e la erronea opinione che il legislatore Toscano altro merito non avesse che il coraggio d'essersi fatto discepolo del Beccaria fece per così dire passare inosservato il più luminoso concetto della sua legge²⁴.

Un Beccaria, quindi, sicura stella polare, e perciò da condividere, sul piano del penale sostanziale, e invece da prendere con maggiore cautela, sul piano del diritto processuale, ferma restando la stima incontrastata. Un Beccaria che appare ondeggiante tra le garanzie del rito accusatorio e del rito inquisitorio: che non ha effettuato, a dire di Carmignani, una precisa scelta a favore di un modello e dei suoi corollari.

C'è poi una seconda obiezione che Carmignani rivolge al suo idolo, riguardante il metodo e condivisa anche da altri pionieri della scienza processual-penalistica del tardo Settecento (e della Restaurazione): il fatto che si possa prescindere dallo studio del diritto romano e dall'*interpretatio* storicamente elaborata e sedimentata nel tempo. Che si tratti dei giuristi romani o dei cultori del diritto comune, secondo il maestro pisano bisogna scindere le responsabilità

ni, e la lor condizione. Filangieri scrivendo contemplò più sé medesimo, e la sua letteraria riputazione. Nel primo si scorge tutta la modestia d'una scienza che indaga, e rintraccia: nel secondo tutta la pompa della scienza, che insegna. Il laconismo del primo fa un curioso contrasto collo stile ridondante, e retorico del secondo. L'uno diffida tanto dell'inesattezza del linguaggio della fantasia, che si getta sovente a quello delle scienze esatte: questi ha un linguaggio, in cui si scorge il lusso d'una immaginazione impaziente, e focosa». ID., *Storia*, cit., pp. 208-209: «Alle circostanze del Beccaria, ed a quelle del Filangieri, è da attribuirsi il diverso carattere delle loro opere. Il primo procurava di abbreviare quanto gli era possibile, ed adombrare con formule di non volgare intelligenza, i propri concetti. Il secondo gli esponeva in modo diffuso, e non di rado retorico. [...] egli diceva in modo da mostrare che gli restava ancor qualche cosa da dire: Beccaria diceva in modo da temere di aver detto troppo».

²⁴ G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, t. IV, Pisa, presso i fratelli Nistri e compagni, 1832, lib. IV, *Del giudizio della offesa, e della difesa*, cap. XV, *Difetti del processo inquisitorio, e tentativi fatti in Toscana per emendarli*, pp. 272-273. Per altri giudizi vd. *Teoria*, I, cit., p. 19, dove apprezza il fatto che «il Beccaria nella questione del metodo giudiziario ha tentata la riunione del metodo scientifico con quello abusivamente chiamato della coscienza del giudice popolare». Sulla stessa linea, ID., *Saggio teorico-pratico*, cit., CXLVIII, p. 248, dove dichiara che «il sistema Leopoldino [...] adotta il metodo razionale il più atto alla ricerca del vero, vale a dire l'analisi, metodo consecrato dall'inquisitorio processo, e raccomandato dal Beccaria».

della *giurisprudenza* da quelle dei *legislatori*: da una parte la legislazione, crudamente repressiva, dall'altra la dottrina, capace anche di moderare l'asprezza della giustizia penale e di esercitare i propri poteri ermeneutici con umanità ed equità²⁵. È qui che Beccaria, nella sua drastica visione anti-giurisdizionale, si era dimostrato troppo critico, nella sua esagerata reazione di netto rifiuto sia del diritto romano sia delle opinioni dei giuristi (quello che Mario Sbriccoli ha suggestivamente chiamato l'«errore strategico» del marchese lombardo²⁶).

Carmignani, invece, memore della lezione vichiana²⁷, crede al binomio inscindibile tra *scienza* della legislazione e *giurisprudenza*²⁸, al connubio tra sapere teorico e sapere pratico²⁹, al nesso tra ragione ed esperienza, all'importanza del-

²⁵ G. CARMIGNANI, *Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., *Juris romani scientia*, § 12; ID., *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., *Prolegomeni, Scienza del diritto romano*, § 28; ID., *Teoria*, I, cit., cap. XV, *Delle scienze ausiliarie alla giurisprudenza penale*, § I, *Connessione della scienza della legislazione colla giurisprudenza nelle materie penali*, pp. 272-273; § II, *Diritto romano*, pp. 278-287 e § IV, *Filologia, e letteratura*, pp. 295-296 (studio del diritto romano); § III, *Storia della giurisprudenza penale*, in particolare pp. 292-293: «il disprezzo, col quale gli scrittori filosofi, non escluso il Beccaria, affettarono di parlare de' criminalisti forensi, altro titolo, ed altro motivo non ebbe che il non aver lette le opere loro».

²⁶ M. SBRICCOLI, *Beccaria*, cit., p. 401 (e pp. 399-401 sulla novità del doppio registro filosofico e giuridico introdotto da Beccaria e la sua sottovalutazione della dimensione dogmatica e tecnica del penale).

²⁷ M. MONTORZI, *Presentazione*, in *Giovanni Carmignani (1768-1847)*, cit., pp. XIII-XXV, pp. XX-XXI; ID., *Giovanni Carmignani: vichismo e idéologie nella cultura giuridica toscana*, in ID., *Crepuscoli granducali. Incontri di esperienza e di cultura giuridica in Toscana sulle soglie dell'età contemporanea*, Pisa 2006, pp. 189-202, pp. 194-195, 198-199. Per più ampie considerazioni sulla cultura e sul metodo dei giuristi della Restaurazione è essenziale il saggio di L. LACCHÈ, *Il canone eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica italiana dell'Ottocento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 39 (2010), pp. 153-228.

²⁸ G. CARMIGNANI, *Dissertazione critica*, cit., p. 156: «Io non dirò, che porre la opera della legge nelle mani di pretti ed aridi giureconsulti sia utile, e lodevole cosa: dirò soltanto, che senza uso di giurisprudenza niuno può accingersi utilmente a trattare oggetti di legislazione, e che in un buono, e ragionato piano di studj la scienza della legislazione non dee esser mai dalla giurisprudenza divisa, né questa da quella»; p. 184: «la scienza della legislazione, e la giurisprudenza hanno la lor parte *razionale*, e *sperimentale* in principj affatto diversi tra loro, sebbene alla fine vengano essi a riunirsi, e a porgersi quasi insieme la mano nella configurazione degli oggetti, che elleno son destinate a creare». Sulle idee espresse in quest'opera a tal riguardo: F. COLAO, *Avvocati del Risorgimento*, cit., pp. 135-136. Vd. anche G. CARMIGNANI, *Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., *Juris criminalis politici scientia*, §§ 10-11; *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., *Prolegomeni*, §§ 26-27; ID., *Teoria*, I, cit., *Introduzione*, p. 23, dove dichiara che le opere «uscite tutte dalle scuole di dritto della Germania, della Olanda, e de' Paesi Bassi, mostransi ricche dell'antica, e della moderna dottrina, sicché con felice accordo conciliano l'uso critico del dritto Romano, e il filosofico esame delle produzioni legislative dell'età nostra». La valenza dei pratici accresce nella stima di Carmignani soprattutto con riferimento alle loro interpretazioni circa la valutazione della prova indiziaria.

²⁹ Escluso ogni riferimento a Beccaria, Carmignani non sopporta i «facitori di romanzi in legislazione», quelli che «si compiacciono di generalità: si spingono quanto più possono in alto, e da

la dimensione storica del diritto penale³⁰. Questo diverso approccio epistemologico comporta un riavvicinamento ai diversi strati dell'esperienza giuridica. Il nuovo penalista scienziato professionale, pertanto, non può e non deve rinunciare al patrimonio di idee elaborate nel passato e al sussidio delle opere forensi, anche se deve passare al filtro della ragione le opinioni altrui, dopo averle attentamente ricercate e lette³¹. Ma non può fare a meno di questa ineludibile dialettica. Di questo incessante, meditato, meticoloso dialogo con la storia e con gli interpreti (presenti nella sua ricca biblioteca) sono infatti piene le opere di Carmignani, che perciò assumono una cadenza inevitabilmente tecnica e dotta (anche se vivace, per il piglio critico e la prosa ricercata dello scrittore, che era anche un fine letterato), nel loro contrappunto con le voci anche dei pratici moderni e non solo di giusnaturalisti e illuministi. Si tratta perciò di costruire le fondamenta della scienza anche tenendo conto della giurisprudenza romana e delle riletture offerte dai giuristi culti³², ma anche delle opinioni dei criminalisti moderni (e dei pratici toscani), per quanto di equo e di umano essi abbiano

quell'altezza, come chi salisse al cielo dovrebbe considerar la terra quasi spregevole atomo di fango, si dichiarano, e si protestano non volere, né potere abbassare lo sguardo ai ragguagli umili della pratica» (G. CARMIGNANI, *Teoria*, IV, cit., cap. VIII, *Della prova per mezzo della confessione del reo*, p. 143).

³⁰ Su queste ed altre componenti della cultura di Carmignani, qui semplicemente accennate e meritevoli di ben altra considerazione, cfr. in particolare le osservazioni di M. MONTORZI, *Presentazione*, cit., pp. XX-XXI; F. COLAO, *Un codice per Carmignani*, cit., pp. 69-70, 74-75, 77-78; M.P. GERI, *L'epistolario*, pp. 285-286; A.A. CASSI, *Memoria e futuro delle «criminali riforme» per la «gente toscana»*. La Historisch juristische Darstellung di Giovanni Carmignani, in *Giovanni Carmignani (1768-1847)*, cit., pp. 39-56 (p. 47 per critiche a Beccaria); F. COLAO, *Avvocati del Risorgimento*, cit., pp. 132-136, 153-155.

Per considerazioni rilevanti sulla cultura giuridica toscana della Restaurazione e sulla sua aspirazione alla 'pratica sapiente' (per usare parole di Forti) anche nello studio del diritto civile, vd. almeno F. COLAO, *Progetti di codificazione civile nella Toscana della Restaurazione*, Milano 1999, pp. 54, 59, 103; EAD., *Francesco Forti, un civilista pubblico ministero nella Toscana del primo Ottocento*, in *Scritti per Marco Comporti*, a cura di S. PAGLIANTINI, E. QUADRI, D. SINESIO, Milano 2008, I, pp. 799-823, pp. 808, 810, 823; EAD., *Il 'cultore di discipline criminali' e pubblico ministero*, in *Lettere, diritto, storia. Francesco Forti nell'Italia dell'Ottocento*, con un'appendice di lettere inedite, Firenze 2009, pp. 31-46; EAD., *Pratica sapiente e codificazione dalla Toscana di Francesco Forti*, in *Sapere accademico e pratica legale fra Antico Regime ed unificazione nazionale*, a cura di V. PIERGIOVANNI, Genova 2009, pp. 85-109 (pp. 99-100 per Carmignani).

³¹ G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., *Prolegomeni, Metodo di quest'opera*, § 68, p. 26 (*Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., *Operis methodus*, § 26): «fonderemo inoltre tutti i nostri principj, non sulle pregiudicate opinioni dei volgari scrittori, né sopra chimeriche ipotesi di *ombratili* filosofi; ma sulla costante esperienza e sull'intimo senso di tutti gli uomini».

³² G. CARMIGNANI, *Storia*, II, cit., p. 203: «Il criterio pratico, la purgatezza, e la equità de' princîpi nel giudicar de' delitti e nell'applicazione delle pene, sono de' romani giureconsulti, e del lor dotto oracolo, Antonio Matheus». Sulla stima per la saggia moderazione di Servin e Carrard: p. 188.

espreso³³: senza rinunciare a fare uso della ragione, ma senza recidere i legami con la tradizione del pensiero giuridico, da vagliare e filtrare, ma non da dimenticare. Può accadere, pertanto, che una pagina di Beccaria possa essere citata accanto all'insegnamento di un pratico criminalista e che un principio enunciato da Beccaria venga estrapolato dal contesto e ritrovato (per così dire) già in autori del passato, ai quali viene ricondotto, piuttosto che alla sua matrice più recente.

2. *La certezza legale e l'oscuro indefinibile dato della intima convinzione dell'uomo*

Tutto ciò non fa di Carmignani un meccanico ripetitore delle idee di Beccaria, in materia di diritto processuale. Se molti sono i punti di contatto con il geniale scrittore milanese e gli sviluppi di idee beccariane, non mancano però le divergenze di pensiero.

Dobbiamo focalizzare immediatamente il fondamentale punto di distacco da cui si sono prese le mosse, che riguarda la forma del processo e le prove³⁴.

È noto che sul piano delle forme del processo, Carmignani si espresse decisamente a favore del mantenimento del processo inquisitorio, benché rivisto e integrato da opportuni innesti garantistici: un rito scritto, segreto, senza accusatore pubblico, con separazione delle funzioni di istruzione e di giudizio, demandato a giudici giuristi e non popolari, limitati nel loro arbitrio dalla conseguente conservazione del sistema di prova legale contro il libero convincimento del giudice, metodo che egli riteneva più consono al processo accusatorio che

³³ Ivi, p. 189: «ma chi legge attentamente le loro opere vi ravvisa talvolta un sentimento di umanità, di equità, e di giustizia, che ne onora le pagine. Ma Beccaria, leggendo le sentenze atrocemente condannatorie con citazioni, o di leggi romane, o di autorità del Carpzovio, del Claro, e del Farinaccio, non fece quanto alle prime distinzione fra i legislatori e i giureconsulti, e fece del torto de' legislatori solidali debitori i secondi»; p. 189: «i giureconsulti non meritavano di formar l'ombra che rendesse più viva la luce che il marchese di Beccaria si proponeva di fare spuntare dalle pagine dell'aureo suo libro. I legislatori, e non i giureconsulti, dovevano essere da lui citati a formarla».

³⁴ Un altro grosso elemento di distanza tra Carmignani e Beccaria (come per tutti i giuristi della generazione post-beccariana: cfr. *ex multis* A. CAVANNA, *La codificazione penale*, cit., pp. 225-253) riguarda il problema dei poteri interpretativi del giudice, sul quale, per la posizione del maestro pisano, cfr. F. COLAO, *Un codice per Carmignani*, cit., pp. 69, 78. Su questo terreno, il giudizio nei confronti del legalismo Montesquieu e Beccaria (debitamente citati) non è affatto tenero: cfr. G. CARMIGNANI, *Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., § 595; *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 681: «non è umanamente possibile che il testo delle leggi fornisca esso solo ai giudici una completa norma per tutti i casi che possono occorrere; né i giudici, checché altri ne abbiano pensato, possono sì materialmente eseguire ogni minima parola della legge, da essere ridotti a pure macchine senz'anima».

non al rito inquisitorio³⁵. Ed è altresì noto che Carmignani, avversario anche del processo misto, guardava con maggior fiducia al processo inquisitorio «alla Toscana», cioè ad un inquisitorio «emendato», ma sempre fondato sulla prova legale³⁶, con una stima che rasenta la venerazione per il modello leopoldino³⁷.

³⁵ Sulla dialettica tra intima convinzione e prova legale nell'età delle codificazioni, dopo gli studi di M. NOBILI, *La teoria delle prove penali e il principio della "difesa sociale"*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, IV (1974), pp. 419-445 (con severi giudizi su Carmignani a pp. 432-433, 449, 453); ID., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano 1974 (per il giurista pisano vd. pp. 5, 40 nt. 50, 51-52, 129-131); I. ROSONI, *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*, Milano 1995 (in particolare il cap. IV) sono fondamentali svariati contributi di E. DEZZA, tra i quali, con particolare riguardo all'interpretazione del pensiero di Carmignani: *Il Codice di procedura penale del Regno italico (1807). Storia di un decennio di elaborazione legislativa*, Milano 1983, pp. 338-339; ID., *Tommaso Nani e la dottrina dell'indizio nell'età dei lumi*, Milano 1992, pp. 127-128, e diffusamente ID., *"L'arme terribile". La polemica di Giovanni Carmignani sull'intima convinzione del giudice togato*, in *Giovanni Carmignani (1768-1847)*, cit., pp. 133-148. Sul tema vd. ora la esaustiva monografia di P. RONDINI, *Ex sententia animi tui. La prova legale negativa nell'età della codificazione*, Milano 2012, in particolare pp. 75-107.

Cenni anche in P. COMANDUCCI, *La scuola criminalistica pisana fra Sette e Ottocento*, in *Illuminismo e dottrine penali*, a cura di L. BERLINGUER e F. COLAO, Milano 1990 (La "Leopoldina". Criminalità e giustizia criminale nelle riforme del '700 europeo. Ricerche coordinate da L. Berlinguer, 10), pp. 241-304, pp. 302-304 (con riguardo al *Saggio di giurisprudenza criminale* del 1795); M.R. DI SIMONE, *Gaetano Filangieri*, cit., pp. 222-223; A. LANDI, *Diritto penale, diritto romano e poesia. Il massese Giuseppe Brugnoli, avvocato, giudice e poeta tra Restaurazione e Unità d'Italia*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, LXXXII (2009), pp. 36-93, ora in ID., *Storia giuridica per futuri giuristi. Temi e questioni*, Torino 2015, pp. 205-245, pp. 163, 217-218.

³⁶ Il tema è affrontato in diversi luoghi della sterminata produzione di Carmignani: sono importanti il *Saggio teorico-pratico*, cit., e, tra gli altri, il cap. XV della *Teoria*, IV, cit., *Difetti del processo inquisitorio, e tentativi fatti in Toscana per emendarli*, pp. 256-280.

Per il dibattito sulle forme del processo penale nella Toscana dell'Ottocento, vd. in particolare F. COLAO, *Il processo penale toscano*, cit., specialmente pp. 92, 96-100 (sul *Saggio teorico-pratico*), 104-115 (per il dibattito su *Antologia*; p. 111 per Carmignani), 122-123 (sul progetto di riforma pontificio); EAD., *Avvocati del Risorgimento*, cit., pp. 113-124, 124-132, 160-172; EAD., *Francesco Forti*, cit., pp. 806-807; D. EDIGATI, *Il dibattito sulla pubblicità e sull'oralità dei processi criminali in Toscana (1814-1838)*, in *Historia et ius*, 4/2013, paper 6 e ID., *Il Codice mancato. Tentativi di codificazione della procedura e riforma della giustizia criminale nella Toscana ottocentesca*, Roma 2013, specialmente pp. 21-23, 26-30, 46-47, 52 (sul *Saggio teorico-pratico*), 75-78, 173-177.

³⁷ Specchio di questo atteggiamento, ad esempio, è quanto scritto in G. CARMIGNANI, *Saggio teorico-pratico*, cit., p. 249; ID., *Teoria*, I, cit., cap. XV, pp. 273-274. La strategia di Carmignani ha ricadute anche pratiche. I caratteri del modello inquisitorio da lui propugnato si rinvergono anche nel *Progetto di codice di procedura penale per il Portogallo* (1835), in ID., *Scritti inediti*, vol. V, Lucca, Tipografia di Giuseppe Giusti, 1852: criterio legale (artt. 14-16); rifiuto dei giudici popolari (art. 17); istruzione scritta (art. 20); rifiuto della pubblicità (art. 21); presunzione d'innocenza (art. 26: ma solo «ad ogni uomo di precedente irreprensibile vita»); ripudio delle prove privilegiate (artt. 360, 363); una rete di prove legali che disciplinano l'acquisizione e la valutazione, in particolare della prova testimoniale (art. 376), della confessione (art. 384), della chiamata in correità (art. 390), della prova circostanziale (artt. 353, 400); prescrizioni sulla valutazione degli indizi sufficienti per l'arresto (art. 424); norme circostanziate sull'interrogatorio del reo, tra le quali il divie-

Da qui la conservazione del lessico elaborato in materia di prova legale e la sua risoluta avversione, maturata nel tempo, nei confronti della prova indiziaria, cioè della possibilità che il giudice condannasse alla pena ordinaria sulla base di indizi, al punto da fargli scrivere nella *Teoria* che la prova circostanziale o per mezzo d'indizi «esce [...] dalla provincia della ragione»³⁸.

Ne consegue anche la difesa della nozione di prova semipiena e della correlata pena straordinaria o arbitraria, vituperata invece da Beccaria e, sul suo esempio, da altri giuristi post-beccariani, quale emblema del disordine medievale e moderno in materia di diritto delle prove³⁹.

Se quindi anche il giurista pisano aderisce alla fondamentale distinzione tra certezza metafisica, fisica e morale, e all'idea che nell'accertamento dei fatti si possa conseguire la sola certezza morale, diversi sono alcuni dei corollari che egli fa discendere da questi postulati.

Prendiamo come punto di riferimento quanto Carmignani espone sistematicamente negli *Elementi di diritto criminale*⁴⁰.

In questa sede, dopo aver affermato che «oggetto della prova è la certezza, di ciò che è in questione», di «una proposizione [...] suscettibile d'un doppio giu-

to del giuramento (art. 532), gli effetti del silenzio (artt. 533-534), il divieto di domande suggestive (artt. 536, 540, 384), l'obbligo di verifica della confessione (art. 538). Per quanto concerne il *Pare-
re sopra un progetto di riforma del Regolamento di procedura penale vigente nello Stato Pontificio*
all'epoca dell'aprile 1838, in ID., *Scritti inediti*, VI, cit., pp. 109-191, rinvio all'indagine puntuale
di N. CONTIGIANI, *Il processo penale pontificio tra ancoraggi inquisitori e spettro riformista (1831-
1858)*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, LXXX (2007), pp. 189-314, in particolare pp. 269-
279. Si può ricordare, ad esempio, che Carmignani, dopo aver puntato il dito sul fatto che «il Re-
golamento, essendosi dato in balia all'intima convinzione de' giudici, non ha sillaba sul carattere
delle diverse specie di prova», messa a nudo la lacuna (p. 171), suggerisce di integrare il progetto
di regolamento di procedura penale pontificio con una buona dose di regole legali di valutazione
delle prove (pp. 168-174).

³⁸ G. CARMIGNANI, *Teoria*, IV, cit., cap. XI, *Della prova per mezzo d'indizj*, p. 187: «il suo apice, il suo punto *mistico*, il vero momento della sua forza, comunque voglia chiamarsi, è nell'intimo sentimento di chi ha la franchezza di costruirla. Ella esce allora dalla provincia della ragione [...]».

³⁹ Si legga il seguente passaggio di G. CARMIGNANI, *Saggio teorico-pratico*, cit., p. 321s.: «Poco vale il dire con una facile astrazione dello spirito che un uomo accusato o è *reo*, o è *innocente*, che la prova non è suscettibile di un valore aritmetico, che non vi è stato intermedio tra la reità e l'innocenza [...] Chi è lo stolto che vorrà dire che tali fatti non debbono essere nel pensiero della sicurezza pubblica valutati?». L'autore conosce benissimo Beccaria e la sua nota irrisione delle semi-prove (*Dei delitti e delle pene*, cit., § XXXI *Delitti di prova difficile*, p. 101), ma preferisce colpire un altro bersaglio, cioè J.D. MEYER, *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe*, t. IV, Paris, G. Dufour et Ed. D'Ocagne, libraires, 1823, chap. XI, *Introduction de la procédure secrète. Torture. Ordonnance criminelle de Charles-Quint*, p. 230.

⁴⁰ Le citazioni sono tratte dalla traduzione italiana della quinta edizione, nell'edizione milanese curata da Filippo Ambrosoli. Non è possibile, in questa sede, condurre un'approfondita collazione di tutte le edizioni dell'opera: nel prendere come base l'ultima edizione, ho segnalato tuttavia le convergenze (o le divergenze) con la I ed. del 1808.

dizio, potendo essere o vera, o falsa»; dopo aver distinto tra certezza, probabilità e dubbio della verità o falsità di una proposizione e aver chiarito che tre sono i possibili gradi degli stati d'animo corrispondenti alla certezza (metafisica, fisica e morale) e aver delimitato il campo della certezza richiesta in campo criminale alla certezza morale⁴¹, egli trae undici corollari.

Nel primo stabilisce che, poiché «la irrogazione della pena deve dipendere dalla disposizione della legge, non dalla opinione dell'uomo» (principio di legalità della pena), i criteri di prova devono essere *stabiliti dalla legge*⁴².

Egli distingue quindi tra certezza morale dell'uomo e certezza morale della legge. La prima dipende soltanto dalla «maniera di pensare del giudice, e dal suo arbitrio»; «dal solo intimo convincimento del giudice»; la seconda dalla «determinazione della legge»⁴³.

Nel secondo corollario, Carmignani afferma che la fondamentale garanzia della libertà civile, nel processo penale, si ottiene attraverso due vie: la separazione delle questioni di fatto da quelle di diritto e l'attribuzione della loro decisione a giudici distinti (come nel *jury* inglese) oppure, qualora siano affidate entrambe al magistrato, attraverso la prescrizione di «regole di critica forense» da

⁴¹ G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., §§ 497-498 (*Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., §§ 388-399).

⁴² G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 509 (*Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., § 401, cor. II: nella I ed. dell'opera i *consectaria ex natura criminalis probationis* sono nove e hanno una diversa sistemazione).

⁴³ G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., §§ 509-510 (*Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., § 401, cor. II).. La distinzione è desunta espressamente da Tommaso Nani, e precisamente dalla nota apposta al *De criminibus* di Matthes (1803), nella quale il giurista di Morbegno, ribadendo le giovanili posizioni espresse nel *De indiciis* (1781), asseriva che per la condanna alla pena capitale non potevano considerarsi sufficienti gli indizi: A. MATTHES, *Commentarius ad lib. XLVII. et XLVIII. Dig. de criminibus adiecta est brevis, et succinta iuris municipalis interpretatio*, Editio prima Ticinensis in duos tomos distributa et adnotationibus aucta Thomae Nani JC. In *Ticinensi Archigymnasio iuris criminalis antecessoris, tomus primus*, Ticini, sumptibus Ioannis Capelli et Balthasaris Comini, 1803, lib. XLVIII, tit. XV, *De probationibus*, cap. VI, *De argumentis, et indiciis*, p. 493, nt. 1: «probatio enim, quae per indicia conficitur, tota artificialis est, ac omnino abs iudicis ingenio atque arbitrio pendet, nec aliquam a lege determinationem recipere potest, quemadmodum probatio per testes et instrumenta. Non videtur itaque satis civili libertati consultum, ut poena, quae omnium maxima est, quaeque semel illata nullam admittit reparationem, illi irrogetur, de cuius reitate, conquisitis tantum probabilibus argumentis, sine testibus, sine tabulis, sine confessione constiterit». L'opinione di Nani era piuttosto conosciuta nella criminalistica dell'epoca (Carmignani la rammenta anche nella *Teoria*, IV, cit., cap. VII, p. 121, nt. 1). Sul brano (e sulla complessiva posizione) di Nani vd. G.P. MASSETTO, *Osservazioni sulla Leopoldina in Lombardia*, in *La Leopoldina nel diritto e nella giustizia in Toscana*, a cura di L. BERLINGUER e F. COLAO, Milano 1989, pp. 355-437 e in ID., *Saggi di storia del diritto penale lombardo (Secc. XVI-XVIII)*, Milano 1994, pp. 425-494, in part. pp. 477-481, p. 478, nt. 185. Sulla teoria probatoria del giurista valtellinese è specifico e rilevante lo studio di E. DEZZA, *Tommaso Nani*, cit., pp. 100-110 (ove altri richiami bibliografici).

parte della legge (come nell'art. 110 della Leopoldina, modello insuperato di legislazione razionale), perché altrimenti non vi sarebbe un limite all'arbitrio del giudice⁴⁴. Per questo motivo, Carmignani entra in aperto dissidio con Filangieri il quale, proprio per aver combinato «la certezza del giudice col criterio della legge», avrebbe agito contro quelli che, secondo lui, sono i «veri principii»⁴⁵.

Nel terzo corollario, Carmignani – con un'apodittica sicurezza che gli sarà rimproverata⁴⁶ – asserisce che, adottando il primo sistema, «la certezza morale dell'uomo dipende dal *solo* intimo convincimento ed esclude perciò interamente le regole di critica forense»⁴⁷. Adottando il secondo sistema (che è quello preferito dall'autore), si deve continuare a distinguere tra prova *piena e legittima* (corrispondente allo stato d'animo della certezza morale del fatto controverso), prova *semipiena* (corrispondente alla probabilità) e assenza di prova (corrispondente al dubbio).

Da questa conclusione vengono fatti discendere due ulteriori corollari, che reinterpretano in chiave garantistica l'istituto della prova *semipiena*.

Il quarto corollario, infatti, consta delle seguenti dichiarazioni: «la prova se-

⁴⁴ G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 510 (*Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., *De probatione per indicia*, § 464). Nel § 503 egli aveva sostenuto che «siccome la certezza morale non è altro che una opinione dell'uomo, fa di mestieri che le leggi medesime indichino quai mezzi debban indurre nell'animo del giudice la certezza del fatto in questione. Altrimenti la pena da esser applicata in ragione della prova, verrebbe irrogata non dalla legge, ma dall'arbitrio dell'uomo: di che nulla potrebbe immaginarsi di più ripugnante alle regole della civile libertà». Significativa la consonanza dichiarata con il pensiero di B. CARRARD, *De la jurisprudence criminelle ou Essai sur la question proposée par l'illustre Société économique de Berne pour la confection d'un Code criminel*, t. II, a Genève, chez Bonnant Imprimeur-Libraire, 1785, *Seconde partie, Qui traite de la nature & de la force des preuves & des présomptions, Introduction*, § 1, p. 101 (la legalità processuale come garanzia ulteriore rispetto alla legalità penale contro l'arbitrio del giudice).

⁴⁵ Sul punto, vd. anche G. CARMIGNANI, *Dissertazione critica*, cit., p. 178: «Quelli, che si decidono per le opinioni mezzane, e pretendono d'innestare l'intimo convincimento del giurato cogli uffizi del giudice magistrato, non apprendono i pericoli, che questo metodo avrebbe per la civil sicurezza». Sul dissidio con Filangieri vd. M.R. DI SIMONE, *Gaetano Filangieri*, cit., pp. 182-183, 185, 221-224.

⁴⁶ Da un critico autorevole come C.G.A. MITTERMAIER, *Teoria della prova nel processo penale*. Traduzione italiana eseguita sull'originale tedesco dal Dr. Filippo Ambrosoli, con molte aggiunte inedite dell'autore e con note del traduttore sulla legislazione austriaca, Milano, libreria di Francesco Sanvito, 1858, p. 43, e pp. 41-45 per altre obiezioni a colui che riconosceva essere «il più dotto e più vigoroso avversario di queste forme miste di procedura». Il giurista bavarese citava ampiamente Carmignani nel suo libro, pur essendo su posizioni diverse, ad esempio sul valore della prova indiziaria: a p. 515 lo annoverava tra gli «uomini di grande autorità, i quali son contrari alla prova circostanziale» e già a p. 16 aveva deplorato che l'art. 110 della Leopoldina – tanto caro, invece, a Carmignani – avesse seguito «l'erroneo pregiudizio, di non accordare forza di prova agli indizi».

⁴⁷ G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 511.

mipiena esibisce una semplice probabilità di ciò che è in questione: la certezza morale si induce unicamente da una prova piena»⁴⁸ e «niuno può essere giudicato veramente autore di un delitto, ove una prova piena tale non lo dimostri»⁴⁹. Il quinto teorema enuncia un altro cardine probatorio: «il concorso di più prove semipiene non può mai elevarsi a piena e perfetta prova, in modo da potersi concludere che il delitto sia completamente e legittimamente provato»⁵⁰.

Carmignani non trascura di rendere conto delle ragioni della sua impostazione.

Gli indizi non possono costituire prova piena e legittima perché, essendo la varietà dei medesimi infinita, «non è possibile fissarne il giusto valore senza affidarne la valutazione al prudente arbitrio del giudice». E poiché la legge non è in grado «di definire con precisione quali argomenti e sino a qual punto alla prova di ciascun fatto possano bastare» e «niuna prova debb'esser reputata piena, quando tale dalla legge medesima non sia dichiarata», si è costretti a concludere che «non si sa dunque come mai sopra indizi dalla legge anticipatamente non determinati si possa costruire una piena prova»⁵¹. Tutto ciò che non può essere determinato per legge non fa prova piena.

Carmignani non nega che da un *cumulo* di indizi possa nascere la certezza morale del delitto e del suo autore⁵², ma obietta che in tal caso la prova per indizi sarebbe fondata interamente sull'opinione dell'uomo. Gli indizi possono quindi produrre, secondo la sua nomenclatura, certezza morale dell'uomo, ma non anche certezza *legale*. È vero che anche la prova per testimoni è fallace: ma non per questo se ne deve derivare un argomento valido per aggiungere un'ulteriore causa di errori giudiziari e affidarsi alla discrezionalità del giudice, poiché, asserisce Carmignani con una citazione nascosta di Paolo Risi, «chi perisce per arbitrio del giudice, differisce poco da coloro che vengon trucidati dai ladroni»⁵³.

⁴⁸ G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 512 (*Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., § 400, cor. I). L'autore cita a supporto F.M. RENAZZI, *Elementa juris criminalis*, Liber III. *De judiciis criminalibus*, Editio altera romana et quinta italica recensita aucta et emendata, Romae, ex Typographia Vincentii Poggioli sumptibus Dominici Raggi Bibliopolae, 1802 [testo pubblicato per la prima volta a Roma nel 1781], cap. XI, *de criminum probationibus*, § V, nonché il prediletto B. CARRARD, loc. cit. nt. 44 (ma non del tutto a proposito).

⁴⁹ G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 512 (*Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., § 400, cor. I).

⁵⁰ G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 513 (*Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., § 402, cor. III).

⁵¹ G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 570 (*Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., § 459 e § 402, cor. III).

⁵² G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 571 (*Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., § 460).

⁵³ G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 573 (*Juris criminalis*

La conclusione appare, a questo punto, scontata: «ciò posto, chi vorrà più dar retta a coloro, che insegnano essere sufficiente alla irrogazione della pena ordinaria questo genere di prova fra quanti altri si possano immaginare il più fallace?»⁵⁴.

Carmignani prospetta comunque un'alternativa. La questione del valore probatorio da assegnare agli indizi dipende dalla forma di processo adottata: nel processo accusatorio, a certe condizioni e con determinate garanzie (separazione della questione di fatto da quella di diritto, accusa pubblica, diritto di ricusazione) argomenti e indizi possono fare piena prova, a differenza che nel processo inquisitorio⁵⁵.

Non manca l'approvazione di alcune regole beccariane di valutazione degli indizi, già apprezzate da altri giuristi coevi e comunque da Carmignani ricondotte anche ad esponenti di punta della criminalistica settecentesca⁵⁶.

elementa [ed. 1808], cit., §§ 460 e 462). Quella che S. SOLIMANO, *Paolo Risi e il processo penale* (1766), in *Studi di storia del diritto*, III, Milano 2001, pp. 419-519, p. 458, definisce «affermazione ad effetto» di Risi si incontra in esordio alle sue *Animadversiones ad criminalem jurisprudentiam pertinentes*, Mediolani, excudebat Joseph Galeatius regius typographus, 1766, *De probationibus ad capitalia judicia necessariis*, p. 2. La frase, che sarà ripresa da Francesco Carrara (p. 459, nt. 134), è dunque sfruttata già da Carmignani. Egli la impiega già in *Elementi*, cit., *Prolegomeni*, § 12, nt. 3 (*Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., *Criminalium legum objectum ac definitio*, § 1, p. 2, nt. a).

⁵⁴ G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 574 (*Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., § 463).

In questa sede, il maestro pisano, conscio di aver toccato un nodo nevralgico della materia, non omette di citare due giuristi che, dopo il capofila A. MATTHES, *Commentarius*, cit., lib. XLVIII, tit. XV, *De probationibus*, cap. VI, *De argumentis, et indiciis*, avevano riconosciuto valore di prova piena anche ad un cumulo di indizi: F.M. RENAZZI, *Elementa juris criminalis*, Liber III, cap. XIV, § XV (ma vd. anche § XVIII) e L. CREMANI, *De iure criminali libri tres*, vol. III, Ticini, apud haeredes Petri Galeatii, 1793, lib. III, cap. XXII, *De recto indiciorum usu, eorumque coacervatione, deque nonnullis indiciis speciatim*, § XVI, pp. 162-163. Il suo cuore batte però per l'art. 110 della Leopoldina, «il quale conferma la opinione dei prammatici» (Claro, Carpzov, Mascardi, Guazzini, Charondas). Tra i giuristi del tardo Settecento che sarebbero sulla sua stessa linea egli menziona prima di tutto (ma non correttamente) B. CARRARD, *De la jurisprudence criminelle*, cit., part. II, chap. V, e quindi J.-P. BRISSOT DE WARVILLE, *Théorie des lois criminelles*, nouvelle édition..., t. II, Paris, à la Librairie diplomatique, française et étrangère de P.J. Aillaud, 1836, sect. V. Per più ampie indagini sulla questione del valore probatorio degli indizi nella dottrina del periodo considerato, vd. E. DEZZA, *Tommaso Nani*, cit., pp. 113-129; ID., *L'arme terribile*, cit., pp. 142-148.

⁵⁵ G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 575 (*Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., § 464), con rinvio (nella V ed.) a G.A. POGGI, *Elementa iurisprudentiae criminalis liber primus*, Florentiae, ex Typographia Francisci Daddii..., 1815, lib. I, caput II, *De probatione delictorum*, § XLVI, pp. 50-51, sul valore degli indizi.

⁵⁶ G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., §§ 579-580 (*Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., §§ 467-469). 1. Gli indizi sono tanto più credibili quanto più spesso sono tali per esperienza. 2. Gli indizi sono tanto più credibili quanto meno riesce al reo di allegare una probabile causa del fatto, dal quale l'indizio si desume (il riferimento è a Beccaria, *Dei*

Nella riflessione del penalista toscano il rapporto tra prova legale e intima convinzione occupa uno spazio assolutamente centrale e il suo contributo alla discussione si arricchisce delle numerose pagine dedicate al problema anche in altre opere, dal *Saggio teorico-pratico sulla fede giuridica* del 1826 fino al capolavoro della maturità. In esse Carmignani riprende e sviluppa i capisaldi del suo pensiero, ribadendo alcune sue incrollabili convinzioni. Non è possibile, in questa sede, soffermarsi su queste ulteriori tappe del suo pensiero⁵⁷. Si possono, tuttavia, richiamare alcuni momenti particolarmente significativi di questa vicenda intellettuale.

Nel quarto volume della *Teoria delle leggi della sicurezza sociale* (1832), continua ad essere sottolineata la contrapposizione tra processo accusatorio e inquisitorio, nel senso che nel primo la certezza è data solo da una confessione circostanziata e dalla prova testimoniale; nel secondo anche dalla prova indiziaria, che può avere carattere di prova piena⁵⁸ e tuttavia non è assoggettabile (per le ragioni già dette) a regole legali.

Risulta confermata la preferenza per il processo inquisitorio e per le garanzie maggiori che esso, a parere di Carmignani, offrirebbe all'imputato, essendo fondato rigorosamente sulla prova legale, non attribuendo valore di prova piena, bensì di *semipiena*, alla prova indiziaria, e permettendo solo la condanna a una pena *straordinaria*. Qui Carmignani obietta da un lato che «la prova *semipiena*, la condanna *straordinaria* o come altri la chiamano *arbitraria* con nomi generalmente aborriti indicano cose alla individuale libertà favorevoli: sono altrettanti ostacoli alla naturale inclinazione dell'uomo a gittar con buona e retta coscienza un accusato sulle sole apparenze di reità in un abisso, a cui se la ragione si affaccia non vede che tenebre: sono le guarentigie della sua innocenza possibile»⁵⁹. D'altro canto, egli invita a tenere distinti i nomi delle categorie processualistiche (che possono risvegliare cattivi ricordi) dalla loro autentica e

delitti e delle pene, cit., § XIV, ma anche alle *Observationes* di Böhmer alla *Practica* di Benedikt Carpzov). 3. Gli indizi sono tanto più credibili quanto maggiore il numero, quanto meno la prova di un indizio dipenda da altri indizi e quanto più ciascuno di essi disgiuntamente considerato valesse a concludere il fatto medesimo che si vuole provare (con citazione di Böhmer e di Filangieri).

⁵⁷ L'analisi storica più significativa al riguardo è quella di E. DEZZA, *L'arme terribile*, cit. In questo contributo mi propongo di mettere in rilievo qualche altro tassello di questa vicenda.

⁵⁸ G. CARMIGNANI, *Teoria*, IV, cit., cap. XIII, pp. 226-227. Ma vd. già ID., *Teoria*, I, cit., *Introduzione*, p. 22, dove dichiara che «il punto il più pericoloso, e più critico della discesa delle teorie criminali dalle loro origini razionali alla loro pratica giacitura, è certamente il metodo giudiziario: perocché [...] in questo punto quasi in un prisma debbono riunirsi o in certo modo rifrangersi con modificazioni diverse tutti i loro pratici, e speculativi principi» e ribadisce «l'alternativa, nella quale indeclinabilmente dee trovarsi la legge o di tutto abbandonare alla coscienza, e al naturale criterio del giudice popolare, o di tutto far dipendere da un metodo scientifico, nel quale ella incarcera per così dire il privato arbitrio dell'uomo nel Magistrato giureconsulto».

⁵⁹ G. CARMIGNANI, *Teoria*, IV, cit., cap. XIII, p. 227.

reale funzione, dal loro spirito: «i nomi hanno illuse le menti [...] È stato creduto che questi nomi indicassero istituzioni malefiche, ed erano d'istituzioni benefiche [...] che si autorizzasse l'arbitrio del giudice mentre eragli posto un freno»⁶⁰.

Un altro argomento usato per difendere la prova legale contro l'intima convinzione è quello della sua maggiore conformità alla natura della «legge di *procedura penale*», come egli la chiama. Tale distinzione rispetto alla *legge penale*, proposta in esordio al IV volume della *Teoria*, è un punto fondamentale della dottrina di Carmignani. Entrambe le leggi sono «regole limitative della libertà dell'uomo», ma con una differenza essenziale: «la prima è costituita per frenare le passioni perturbatrici dell'ordine, e la seconda per frenar le passioni, e l'arbitrio del Giudice»⁶¹. Stando così le cose, Carmignani ha buon gioco nel sostenere, come difatti sostiene, che il legislatore sarebbe illogico se decidesse di non voler limitare il giudice anche nell'attività di valutazione degli elementi di prova: «se così fosse, la legge dopo aver regolato come la prova deve essere ammessa in giudizio: come vi debbe essere presentata, ed esaminata, giunta che fosse al criterio del giudice dovrebbe abbandonarla al suo intimo convincimento, come l'uomo che getta la pietra in una voragine senza poter sapere dov'ella cadrà»⁶².

A queste proposizioni è utile accostare quanto egli ha occasione di scrivere nel citato *Saggio teorico-pratico sulla fede giuridica* (1826), pubblicato postumo. Anche in tale contesto, infatti, Carmignani si produce in una difesa dei suoi criteri di prova legale, che non ammettono condanna alla pena ordinaria in presenza di un convincimento basato sugli indizi, ma solo una pena straordinaria

⁶⁰ Ivi, p. 228. Sulla necessità di distinguere il nome dalla vera sostanza del processo inquisitorio («bell'anima in un corpo deforme») Carmignani insiste anche altrove. Vd. ad esempio nel cap. V, p. 79, dove scrive che «questo processo per conciliarsi le simpatie degli amici della umanità e della giustizia aspettava un legislatore, che ne afferrasse lo spirito mutandogli il corpo in tutte le parti, che presentavano deformità: una specie di Prometeo il quale tolto un raggio dal sole lo infondesse in una massa di materia dalla sua mano maestrevolmente configurata».

Per la difesa del sistema della prova legale rispetto all'intimo convincimento del giudice vd. anche ID., *Teoria*, IV, cit., cap. VII, pp. 116-122. Per la difesa dei «forensi», autori di farraginosi volumi sulle prove, tenuto conto, osserva ironicamente Carmignani, che «il criterio istintivo dell'uomo non ha scritto neppure un libro, ed è rimasto come Narciso al fonte, solo, contento, ed innamorato di se medesimo» (p. 126), vd. pp. 126-129. Severi moniti nei confronti della prova indiziaria sono contenuti anche nel cap. XI, *Della prova per mezzo d'indizj*, pp. 176-198, dove fra l'altro Carmignani istituisce un collegamento tra l'intima convinzione, che sfugge al calcolo legale, e le prove privilegiate (p. 191, nt. 1).

⁶¹ G. CARMIGNANI, *Teoria*, IV, cit., cap. I, *Carattere delle leggi giudicarie penali*, p. 5. La distinzione è stata notata, e opportunamente valorizzata, da M.N. MILETTI, *Diritto e processo penale*, cit., p. 44.

⁶² G. CARMIGNANI, *Teoria*, IV, cit., cap. VII, *Della prova del fatto elevabile a regola di diritto*, p. 116. Su questa supposta incoerenza vd. anche M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., pp. 129-131.

(secondo il modello adottato anche dalla *Leopoldina*). Ebbene, in questa sede il suo tono si fa quanto mai sprezzante nei confronti degli oppositori: «Questa pena straordinaria non piace ai filosofi divenuti tutti criminalisti nel secolo decimo ottavo; onde il Principe più filosofo della terra non meritò, in questo, il loro suffragio. [...] Oggi la pena straordinaria ha contro di sé i campioni della *intima convinzione*, del braccio sciolto del giudice nel colpire, o nel sollevare, onde riserbo a più opportuno luogo il pensiero di difenderle»⁶³. E Beccaria? Come al solito, l'atteggiamento di Carmignani è pieno di riguardo nei confronti dell'illustre predecessore. Anche perché, a ben vedere, il gran lombardo, pur avendo preso una strada che Carmignani non poteva approvare, proponendo di assegnare la soluzione delle questioni di fatto ai giudici popolari, non aveva confuso i termini della questione: se ai giudici popolari si voleva ricorrere, era alla loro intima convinzione, basata più sul *sentimento* che sulla *opinione*, che occorreva affidarsi, poiché l'intima convinzione era assolutamente inconciliabile con la scienza (e questa era idea abbracciata anche da Carmignani). Finisce dunque che il toscano è l'interprete più fedele del pensiero del milanese (definito «pensatore profondo»), quando afferma che i giurati non possono giudicare che per *sentimento* e non per *opinione*, come invece i giudici magistrati. Dietro a questa frase di Beccaria, naturalmente, c'era tutta l'avversione per i togati abituati ad amministrare un complesso di regole che aveva prodotto numerosi errori giudiziari. Carmignani, invece, si serve del celebre detto di Beccaria per portare acqua al proprio mulino: meglio i giudici che giudicano scientificamente, dei giurati che giudicano per sentimento⁶⁴.

⁶³ G. CARMIGNANI, *Saggio teorico-pratico*, cit., § CXCI, p. 265.

⁶⁴ Si leggano in successione i seguenti paragrafi del cit. *Saggio teorico-pratico sulla fede giuridica*:

CCLXXVII, p. 294: «Il Presidente di Montesquieu, che aperse il primo la via alla moderna scienza della criminale legislazione, non ha cosa che a questo tema si riferisca. Il marchese di Beccaria, dall'opera del quale di volume piccolo, e di legislativo sapere grandissima, non sdegnò il Granduca Leopoldo di attingere i principi delle sue criminali riforme, preconcepisce l'ufficio del *giudice popolare*, non quello del *giudice magistrato*, nelle sue predilezioni per certezza morale dell'uomo».

CCLXXXIX, p. 297: «Il giudice magistrato ha il suo criterio da' propri studi, e dalle osservazioni, che la sua carica gli somministra. Il giudice popolare non ha pregiudizi scientifici, non ha né pratica, né osservazioni, né abitudini come giudice. Lo spirito del primo è un libro scritto: lo spirito del secondo è la *tavola rasa* di Aristotile».

CCXC, p. 297: «Quale certezza morale vuole la legge onde presieda alla credibilità della prova? Se ella vuole la propria morale certezza non la confidi al giudice popolare, il quale ne avrà la testa imbrogliata, e niente comprenderà: se ella vuole la certezza morale dell'uomo non la dia per ragion de' correlativi al giudice magistrato, perché ella avrà una certezza morale fittizia, parte della legge, e parte dell'uomo, e forse né l'una, né l'altra: tale essendo la natura di tutte le mostruose cose da non potersi distinguere a qual classe d'individui appartengono».

CCXCI, p. 297: «Infatti che dicono i pensatori più profondi sulla qualità de' giudici incaricati di decidere la questione di fatto? Esser più sicura la ignoranza, che giudica per *sentimento*, che la

Torniamo all'elaborazione presentata nella *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*. A conferma della contrapposizione instaurata tra forma accusatoria e inquisitoria del processo, l'una basata sull'intimo convincimento del giudice, l'altra sull'autorità della legge⁶⁵, viene ribadita anche l'idea che l'intimo convincimento del giudice – l'«oscuro indefinibile dato della intima convinzione dell'uomo»⁶⁶, il «criterio *istintivo*», il criterio «*naturale*» – non possa essere affidato che a giudici *popolari* i quali, in quanto privi di cognizioni giuridiche, non sono assoggettabili a regole probatorie legali e devono contare solo sulla propria coscienza, mentre i giudici *magistrati* devono decidere secondo criteri *scientifici* e sulla base di regole legali⁶⁷. Il processo accusatorio che, secondo questa visione, abbandona la sorte dell'imputato al criterio istintivo e alla coscienza del giudice popolare⁶⁸, cerca altrove le sue garanzie. Nel processo inquisitorio, invece, la garanzia sta nel fatto che il giudice è un magistrato, obbligato a formare il suo convincimento sulla base delle regole legali, frutto dell'esperienza di secoli, come un navigatore che solca il mare non su un tronco d'albero, ma su una stabile nave, e come un uomo che non giudica per la prima volta della credibilità di una prova, ma con il soccorso di regole ricavate con lungo studio⁶⁹.

scienza che giudica per *opinione*. Come è dunque criticamente conciliabile il calcolo della *ignoranza* col calcolo della *scienza*?».

CCXCIII, p. 298: «Finché sussisterà il civile diritto, le regole del quale perpetuamente come regole di equità, e di critica, sul diritto criminale influiscono: finché vi sarà una legge penale graduata nelle proprie sanzioni, come le regole della giustizia richiedono: finché vi saranno opere, e studi di diritto (e certamente pochi fautori son loro rimasti): finché vi sarà uno scienziato superstite al mondo, la inconciliabilità della certezza morale dell'uomo colle sue dottrine, e colle sue abitudini di magistrato, non potrà mai esser tolta di mezzo».

Notissima la conclusione, CCXCVI, p. 299: «Ecco il perché io non presto fede a quegli uomini, altronde egregi e dottissimi, che in Toscana reclamano l'arme terribile dell'intima convinzione nelle mani del magistrato, quando, volendo provare la eccellenza di questo legislativo espediente, citano sé medesimi, e la lor pratica sotto l'impero francese».

⁶⁵ Le differenze tra i due tipi di processo sono descritte da Carmignani specialmente nel cap. V, *Caratteri di differenza dell'un processo, e dell'altro* (pp. 65-79 per l'inquisitorio) e nel cap. XV, *Difetti del processo inquisitorio, e tentativi fatti in Toscana per emendarli*, pp. 256-280.

⁶⁶ G. CARMIGNANI, *Teoria*, IV, cit., cap. XIV, p. 255.

⁶⁷ Carmignani, in un passo della *Teoria*, IV, cit., cap. V, *Delle differenze dell'un processo, e dell'altro*, pp. 61-62, sostiene infatti che «se tutto l'archivio del criterio *istintivo* è nella mente dell'individuo [...] né conosce regole che lo guidino e lo determinino, l'archivio del criterio *scientifico* è il registro de' fenomeni i più generali, e costanti della natura umana: è la scritta redazione delle analogie, che questi fenomeni presentano tra di loro: è il risultato delle osservazioni, e delle meditazioni de' secoli sulle infermità, che la certezza morale circondano».

⁶⁸ G. CARMIGNANI, *Teoria*, IV, cit., cap. VII, pp. 110-112. A questa concezione 'istintiva' del libero convincimento del giudice, peraltro, era già opponibile quella 'logica' o 'razionale', sulla quale vd. ampi riferimenti in M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., pp. 50-66, 131-143. Da ultimo P. RONDINI, *Ex sententia animi tui*, cit., in particolare pp. 107-137.

⁶⁹ G. CARMIGNANI, *Teoria*, IV, cit., cap. VII, p. 106: «Il primo navigatore solcò il mare sopra

3. Il superamento del 'ferreo assioma' nei delitti di prova difficile

Dove Carmignani si afferma come vero giurista beccariano è nei successivi corollari settimo e ottavo⁷⁰ della parte che stiamo esaminando, dedicati a introdurre nel suo sistema dottrinale un caposaldo del nuovo garantismo processuale, come la ferma condanna della violazione delle regole probatorie in caso di delitti di prova difficile.

Il corollario settimo, infatti, assicura che «la legge consacra e difende a tutti i cittadini la presunzione della innocenza»⁷¹, che è l'architrova dell'intero sistema edificato dal giurista toscano⁷². Il corollario ottavo, finalmente, riproduce in forma di assioma scientifico una delle osservazioni più dirompenti del Beccaria processualista: «quanto più atroce sia un delitto, tanto maggior forza acquista la detta presunzione dell'innocenza. Quindi, ove ad alcuno venga obiettato un atroce misfatto, le ordinarie presunzioni o della legge o dell'uomo perdono gran parte del loro valore, ed un numero maggiore se ne richiede»⁷³.

Coerentemente, Carmignani aggiunge un nono corollario, allo scopo di chiarire che «le regole di critica non possono alcuna varietà subire né in ragione dei tempi, né dei luoghi: le presunzioni, e le congetture, comunque trattisi di manifesti o di occulti delitti, o di giorno o di notte commessi, debbono avere in tutti i casi lo stesso valore, e un invariabile grado di credibilità»⁷⁴.

uno scavato tronco dell'albero, e il navigatore de' giorni nostri ne sfida sopra ondeggiante fortezza la collera. Un uomo il quale giudichi per la prima volta della credibilità della prova non è da paragonarsi ad un uomo il quale abbia consumata la vita nel giudicarne, ed abbia avuto il soccorso di regole che l'arte ha potuto con lungo studio strappar come segreti dalle mani della natura per meglio guidare il proprio giudizio».

⁷⁰ Si consideri per completezza anche il sesto corollario: G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 514 «Ove si tratti di difficoltà che ammettano una fisica certezza, la certezza morale perde molto della sua credibilità» (*Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., § 403, cor. IV).

⁷¹ G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 515 (*Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., § 404, cor. V; *de testium fide, ac auctoritate aestimanda*, § 435; *de examine ordinario*, § 566).

⁷² Cfr. ad es. G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 434, § 439, § 546, § 434. Si noti, tuttavia, che egli non lo considera un principio assoluto e inderogabile, ma suscettibile di bilanciamento con le ragioni della sicurezza sociale. Cfr. ad es. § 604: «benché, avuto riguardo al diritto naturale, niuno possa esser considerato come reo, finché non sia stato legittimamente convinto, e per sentenza del giudice dichiarato autore d'un delitto; pure tali sono gl'inconvenienti del processo inquisitorio, che la trasmissione d'una inquisizione speciale suol pregiudicare di molto alla fama dell'inquisito. Egli, finché non abbia dimostrata la sua innocenza, vien provvisoriamente reputato reo».

⁷³ G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 516 (*Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., § 405, cor. VI).

⁷⁴ G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 517 (*Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., § 406, cor. VII).

Il cerchio si chiude con due ulteriori prescrizioni di garanzia: «le così dette presunzioni juris et de iure sono affatto ignote nei giudizi criminali»⁷⁵ «convien che la legge stabilisca quando [...] poter anche in caso di sola probabilità qualche cosa stabilire intorno al delitto»⁷⁶.

La netta avversione di Carmignani all'idea – un tempo dominante – che nei delitti di prova difficile il giudice sia autorizzato a derogare alle regole probatorie e a basare la condanna sopra indizi lievi o testimoni inidonei, ha origini beccariane. Si tratta di una delle pagine più celebri e ammirate del marchese lombardo, in cui egli aveva sprezzato sarcasticamente il principio, definito «ferreo assioma dettato dalla più crudele imbecillità»⁷⁷.

Era forse la più odiosa e la più irrazionale tra le eccezioni alle regole sulla prova, perché contraddiceva a tutta l'impalcatura di limiti posti dalla dottrina alla discrezionalità del giudice nella valutazione degli elementi di prova, in nome della ricerca di un colpevole ad ogni costo, proprio nei delitti che, per loro natura (tanto più il delitto è atroce, tanto meno è probabile), esigevano maggiore cautela nella valutazione dei testimoni e degli indizi. Beccaria, in quella sua nota, aveva smascherato impietosamente la logica sottostante all'eccezione, in palese contrasto con il modello cognitivo di processo penale da lui proposto, basato sulla «ricerca indifferente della verità» e sulla terzietà del giudice. Beccaria aveva acutamente smascherato la vera ragione sostanziale di quella eccezione.

Tale eccezione, tuttavia, era stata ancora tenacemente difesa alla fine del Settecento da un lettore attento (eppure critico) di Beccaria, come Alberto De Simoni, sulla base di argomenti identici a quelli usati nel sostenere l'utilità di alcune forme di tortura: la *salus rei publicae*, la difesa da parte del sovrano del suo Stato e della pubblica sicurezza, anche a prezzo del sacrificio dei diritti individuali⁷⁸.

Immediata era stata invece sul punto l'adesione a Beccaria dei più insigni rappresentanti dell'illuminismo meridionale. Mario Pagano aveva anteposto i diritti dell'uomo e il pericolo di condannare un innocente al supposto interesse della società⁷⁹. L'eccezione era stata attaccata con veemenza anche da Filangieri,

⁷⁵ G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 518 (*Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., § 407, cor. VIII).

⁷⁶ G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 519 (*Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., § 408, cor. IX).

⁷⁷ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XIII *Dei testimoni*, p. 56.

⁷⁸ A. DE SIMONI, *Del furto e sua pena*, Nuova edizione diligentemente corretta ed illustrata con note e con un cenno bibliografico intorno all'autore ed alle sue opere di Felice TUROTTI, Milano, per Borboni e Scotti, 1854 [I ed. Lugano 1776], § 26, *Degl'indizj, e pruove*, pp. 290-291. Sull'atteggiamento contrastante dell'autore nei confronti di Beccaria, vd. da ultimo I. BIROCCHI, *De Simoni, Alberto*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, I, cit., pp. 718-720; M.N. MILETTI, *Diritto e processo penale*, cit., pp. 28-29.

⁷⁹ F.M. PAGANO, *Principj del Codice penale e Logica de' probabili. Per servire di teoria alle*

che l'aveva definita «massima erronea, che ha sacrificati all'imbecillità de' nostri giureconsulti un immenso numero d'innocenti, e ch'è stata quasi generalmente adottata ne' tribunali dell'Europa come un assioma»⁸⁰.

Nel 1786 la Leopoldina era stata la prima legislazione moderna a respingere il ferreo assioma, poiché, spiegava l'art. 27, «dovendosi in tutti i delitti cercar la verità con li stessi mezzi, se questi non fossero abili a trovar la verità in un caso non lo possono essere neppure nell'altro».

È in tale contesto che si inserisce anche la condanna di Giovanni Carmignani che, in nome della presunzione di innocenza, trasforma in dogma scientifico il principio razionale beccariano, sostituendolo all'opposta regola difesa dalla criminalistica moderna.

Negli *Elementi di diritto criminale*, a Beccaria viene riservato l'onore di una citazione espressa, anche se l'assioma è da Carmignani ricondotto, in conformità al metodo professato, già a Pufendorf e a Böhmer⁸¹. È noto, precisa Carmignani, che i pratici la pensavano diversamente, ammettendo che i delitti atroci potessero essere provati anche con le congetture più leggere, e che «in siffatti casi i giudici potevano scostarsi dalle ordinarie regole del diritto»: «massima la quale venne dall'immortale Beccaria denominata ferreo assioma», barbaro principio che invece De Simoni aveva ancora difeso, mentre questo regime di eccezione (le cd. prove privilegiate) era stato spazzato via dall'art. 27 della Leopoldina.

L'argomento viene ripreso nella *Teoria*. Se da un lato Carmignani, opponendosi con decisione a Filangieri dando mostra di spirito garantista, nega recisamente che la difficoltà di prova di un reato possa ritenersi giusto criterio di proporzione della pena stabilita per esso (in questo caso: di aumento)⁸², d'altro can-

pruove nei Giudizj Criminali, Napoli, dalla tipografia di Raffaele di Napoli, 1819, capo XVI, *Delle pruove privilegiate*, p. 117: «Le prove posson esser minori; ma debbono sussistere. Quindi non mai per semplici sospetti permettesi condannar il cittadino. Niuno per sospetti può esser condannato».

⁸⁰ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, lib. III, p. I, *Delle leggi criminali. Della procedura*, Edizione critica, vol. III, a cura di F. TOSCHI VESPASIANI, Venezia 2004², capo IX, *Terza parte della criminale procedura, Delle pruove, e degl'indizj de' delitti*, p. 79.

⁸¹ G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 516. Cfr. J.S.F. BÖHMER, *Elementa jurisprudentiae criminalis*, Editio prima italica..., Mutinae, publica excedeat auctoritate Johannes Montanarius, 1769, sect. 1, § CC, p. 121, al quale è accostata un'analogia massima di A.-N. SERVIN, *De la législation criminelle, Mémoire fini en 1778, envoyé à la Société Économique de Berne en 1779, et retiré du Concours en Janvier de l'année présente 1782...*, Basle, chez Jean Schweighauser, 1782, *livre second, De la nature & de la force des preuves & présomptions*, p. 346.

⁸² G. CARMIGNANI, *Teoria*, IV, cit., cap. VII, p. 114. Vd. anche ID., *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, t. III, Pisa, presso i fratelli Nistri e Cc., 1832, cap. II, p. 115. Cfr. M.R. DI SIMONE, *Gaetano Filangieri*, cit., pp. 211-212. Si tratta di una rischiosa contaminazione tra diritto e processo penale: rischiosa e vischiosa, dal momento che risulta costantemente dibattuta anche dopo Carmignani.

to, sul piano del diritto processuale, manifesta la sua ripugnanza anche ad ammettere prove privilegiate. «Nel secolo decimottavo – osservava pungente Carmignani – il De-Simoni si fece il campione delle prove privilegiate: [...] avendolo confutato il Nani [...] malamente pretese schermirsi»⁸³. In realtà, già Pufendorf e Böhmer avevano insegnato che «quanto è più grave l'obbiettivo delitto, più forte [deve essere] la prova». Eppure la controversia si era prolungata fino ai tempi di Carmignani, al punto da costringerlo ad ammettere che «la scienza va brancolando, e il criterio istintivo va franco a versare il sangue dell'uomo»⁸⁴.

⁸³ G. CARMIGNANI, *Teoria*, IV, cit., cap. VII, p. 115, nt. 1. Il riferimento è a T. NANI, *De indicis, eorumque usu in cognoscendis criminibus liber singularis*, Ticini Regii, in typographeo monast. S. Salvat., 1781, p. 145 (ID., *Degli indizi e dell'uso dei medesimi per conoscere i delitti*, Versione dal latino di A. ASCONA ..., Milano, per Giovanni Silvestri, 1834, cap. ultimo, p. 108) e alla autopologia dello stesso A. DE SIMONI, *Dei delitti di mero affetto ...*, in Como, appresso Francesco Scotti, 1783, p. I, cap. XV, *Degli indizj, e presunzioni rispetto ai delitti di affetto*, §§ X-XI, pp. 386-391 (dove precisa di aver considerato indizi e prove più leggere sufficienti solo per catturare il sospettato e per condannare a una pena straordinaria). Cfr. E. DEZZA, *Tommaso Nani*, cit., pp. 88-89, 115; C. COGROSSI, *Alberto De Simoni tra diritto comune e illuminismo: nuove aperture ai concetti di certezza morale e di probabilità nella formazione del giudizio*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli 2011, pp. 2731-2769, p. 2765.

Una critica al ferreo assioma, con richiamo espresso di Beccaria, la troviamo svolta anche da F.M. RENAZZI, *Elementa juris criminalis*, cit., lib. III, cap. XI, *De criminum probationibus*, § VIII, *An in occultis, gravissimisque criminibus imperfectae probationes sufficiant?*, p. 139 (il quale cita anche l'opinione del giurista cinquecentesco Domenico Emilio Ferretti, che aveva definito «comune errore» la «comune opinione» dei criminalisti, in un passo conosciuto anche da G. CARMIGNANI, *Teoria*, I, cit., cap. XV, pp. 273-274) e diffusamente da L. CREMANI, *De iure criminali*, cit., lib. III, cap. XXXII, *De processu sommario, ubi quaedam de probationibus, ut iniquunt, privilegiantis*, p. 307.

⁸⁴ G. CARMIGNANI, *Teoria*, IV, cit., cap. VII, *Continuazione. Della prova del fatto elevabile a regola di diritto*, p. 115, nt. 1. Il principio ha un posto di rilievo anche nel *Progetto di codice di procedura penale per il Portogallo*, cit., art. 360: «La legge rigetta, e condanna alla esecuzione pubblica, le prove che la ignoranza, e la barbarie delle trascorse età, chiamò privilegiate. Il valore logico d'un mezzo di prova è assoluto, né cresce o per l'atrocità del delitto al quale si riferisce, o per il luogo remoto, o per le tenebre della notte nelle quali viene commesso». La discussione, in realtà, sarebbe rimasta viva, anche in età liberale, come dimostrano alcuni fondamentali contributi di Francesco Carrara sul tema, per i quali mi permetto di rinviare al mio *Beccaria e il processo penale: un itinerario attraverso le riflessioni degli uomini di legge dall'età dei Lumi all'Ottocento*, in *Un uomo, un libro. Pena di morte e processo penale nei Dei delitti e delle pene di Cesare Beccaria*, a cura di L. GARLATI e G. CHIODI, Milano 2015, pp. XXXIII-XLVIII, pp. 73-74.

Rimanendo nella penisola italiana nell'età della Restaurazione, in area pontificia, possiamo apprezzare quanto dell'eredità beccariana in materia sia traccia anche nel pensiero di un altro illustre penalista dell'epoca, Giuseppe Giuliani (1794-1878), pavese di nascita, maceratese di adozione, avvocato, giudice e professore, penalista moderato, che assorbe tantissimo dal magistero di Carmignani, nelle sue *Istituzioni di diritto criminale*. Anch'egli si sarebbe soffermato sul 'ferreo assioma' condannato da Beccaria e Carmignani, G. GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale col commento della legislazione gregoriana*, seconda edizione riveduta e accresciuta dall'autore, t. I, Macerata, co' tipi di Luigi Varchi, 1840 (la prima ed. è del 1833-36, la terza del 1856), pp. 611-612: «non lasciamoci illudere né da un falso zelo di vendetta né da una male intesa smania di dife-

4. *La prova testimoniale e la confessione*

Nel sistema di Carmignani, come delineato negli *Elementi*, Beccaria si trova ricordato anche a proposito di alcune regole relative ai singoli mezzi di prova.

Un appello beccariano accolto e sviluppato è quello rivolto alla semplificazione delle troppo numerose cause di inabilità a testimoniare⁸⁵, che conduce al riordino delle cause di incapacità in due fondamentali categorie; nel linguaggio di Carmignani: difetto di volontà e difetto d'intelletto, «possibilità di essersi egli stesso ingannato» e «volontà di ingannare». Nell'originale beccariano, la massima, come è noto, era formulata così: «ogni uomo ragionevole [...] può essere testimone. La vera misura della di lui credibilità non è che l'interesse ch'egli ha di dire o non dire il vero»⁸⁶.

Negli *Elementi*, infatti, il professore pisano afferma che «la base della credibilità dei testimoni è la probabilità desunta dalla esperienza, che niuno, il quale fosse idoneo a conoscere la verità, vorrebbe alterarla ove a mentire non fosse interessato»⁸⁷.

Carmignani preferisce richiamare Benjamin Carrard, ma la base è il *Dei delitti*. Ne discende l'ulteriore bipartizione delle cause di inidoneità (anch'essa tratta dal giurista elvetico): «poiché la idoneità dei testimoni risulta o dalla possibilità di essersi egli stesso ingannato o dalla sua volontà di ingannare», le cause di inidoneità «derivano o dal suo intelletto, o dalla sua volontà» e queste ultime discendono da difetti nella persona o nel detto (nella dichiarazione)⁸⁸.

Del tutto logica, e corrispondente al pensiero anche di Beccaria, è la conferma della regola *unus testis, nullus testis*: «la legale prova per via di testimoni (avuto riguardo alla morale certezza della legge) non si può indurre dal detto d'un solo testimone, del quale non dovremmo mai pienamente fidarci, qualun-

sa sociale. Persuadiamoci che la Società non è mai efficacemente difesa, se non quando s'applica la pena ov'è la certezza del reato. Il ripeterò anche una volta: *la condanna di un innocente è un'impunità canonizzata dalla solennità di un giudizio*». Sul personaggio vd. l'imprescindibile ritratto di M. SBRICCOLI, *Giuseppe Giuliani. La vicenda di un penalista moderato nell'Italia del XIX secolo*, ora in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, t. I, cit., pp. 430-466. Da ultimo vd. la voce di N. CONTIGIANI, *Giuliani, Giuseppe*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, I, cit., pp. 1029-1030.

⁸⁵ Carmignani, nella *Teoria*, IV, cit., cap. IX, *Della prova per mezzo di testimonj*, p. 152, si dimostra critico verso l'abbondante produzione dei criminalisti, i cui volumi «enumerando minutamente tutti i deboli lati della prova testimoniale ridussero a sistema il dubbio [...] e divennero una scuola di *scetticismo*».

⁸⁶ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XIII *Dei testimoni*, p. 55.

⁸⁷ G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 523 (*Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., § 412, cor. VI).

⁸⁸ G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 524 (*Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., § 413, cor. VI).

que possa essere la di lui dignità». Occorre dunque «la deposizione di due testimoni almeno, superiori ad ogni eccezione, e fra loro contesti»⁸⁹. Tanto più che, come scrive nella *Teoria*, «questo sistema oltre al giusto vanto di fregiarsi del titolo di scientifico ha pur quello di servire all'accusato di scudo contro un moto precipitoso troppo dell'arme, che la legge vibra contro di lui, e di essere una specie di contro-stimolo, o di sedativo alla febbre della intima convinzione»⁹⁰. Solo i testimoni idonei, tuttavia, possono fare piena prova: Carmignani blinda a chiare lettere questa regola che, se fosse derogata (ad esempio, in caso di delitti di prova difficile), attenterebbe alla verità processuale. Sul punto, invece, il suo insegnamento è fermo e costante⁹¹.

La vera ragione di questa regola, tuttavia, secondo il maestro toscano, che respinge le differenti ipotesi esplicative di Montesquieu e Filangieri, è l'esperienza, la quale «insegna che non si potrebbe, almen prudentemente, dubitare della verità d'un fatto da due testimoni degni di fede, e fra loro contesti asserito»⁹².

La dottrina della confessione di Carmignani è costituita da un abile intarsio, in chiave garantista, di spunti tratti dalla criminalistica moderna e di fine Settecento.

Scorrono prima di tutto davanti al lettore, con il consueto corredo di citazioni giurisprudenziali, i requisiti che servono per sostenere che una confessione possa fregiarsi del titolo di «legittima»⁹³.

⁸⁹ G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 535 (*Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., § 424, cor. VI).

⁹⁰ G. CARMIGNANI, *Teoria*, IV, cit., cap. IX, *Della prova per mezzo di testimonj*, p. 162.

⁹¹ G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 557, 540, 541 (*Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., §§ 429-430, cor. VI). Nel § 541 egli afferma inoltre che «i testimonj inidonei son tanto più facilmente *ammessi* a deporre, quanto sarebbe più difficile l'averne degli idonei: ma questa ragione non basterebbe ad aumentare la loro credibilità»: un altro degli insegnamenti che egli ricava dalle *Observationes* di Böhmer alla *Practica* di Carpzov. Nella *Teoria*, IV, cit., p. 163, aggiunge che il maggior numero di testimoni inabili è ininfluenza ai fini della verifica della loro credibilità. Un'opinione che a C.G.A. MITTERMAIER, *Teoria della prova*, cit., p. 440, nt. 5, sembrerà troppo recisa.

⁹² G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 536 (*Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., § 425). Era la spiegazione di Pufendorf. Contro la *ratio* quantitativa di Montesquieu si era già espresso A.-N. SERVIN, *De la législation criminelle*, cit., liv. III, § VII p. 403, la cui dottrina è ricordata dal maestro pisano. Nella *Teoria*, IV, cit., p. 155, nt. 1, la critica è estesa a Filangieri, e la vera ragione espressa più distesamente. Sul dibattito dell'epoca è basilare il saggio di A. PADOA SCHIOPPA, *Tre riforme dei Lumi*, 3. «Unus testis nullus testis» [1967], ora in ID., *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna 2003, pp. 460-484.

⁹³ La confessione, per poter esser considerata *legittima*, deve essere fatta: «1°. in giudizio [...] e non fuori giudizio [...]; 2°. in un giudizio non civile, ma criminale; 3°. in presenza d'un giudice competente; 4°. dietro la interrogazione fatta dal giudice; 5°. principalmente e non incidentalmente; 6°. con pieno intendimento, e piena libertà; 7°. spontaneamente, non cioè estorta dalla speranza del perdono né da suggestioni; 8°. *vestita*, non *nuda*, cioè da niuna circostanza del fatto accompagnata; 9°. preceduta dalla legittima prova del materiale del delitto; 10°. assertiva di cose possibi-

Ma è sulla valutazione della confessione che Carmignani gioca la partita sul terreno più scottante, dovendosi confrontare con il ridimensionamento che questo mezzo di prova aveva subito, dopo l'impulso di Beccaria, per opera dei criminalisti italiani post-beccariani di fine Settecento, a partire da Paolo Risi⁹⁴. Negli *Elementi*, ragionando in termini di prova legale, il maestro toscano contesta la massima, a suo dire enunciata sia dai pratici sia dai culti, che la confessione dei rei possa considerarsi – di per se stessa – la regina delle prove, sulla base di cinque argomenti, che costituiscono il suo personale contributo alla soluzione della questione⁹⁵. La regola, dunque, è che la confessione non possa «costituire una completa prova de' delitti, ove niun'altra prova concorresse ad istruire la coscienza di chi ne dee giudicare». L'approccio degli *Elementi*, all'apparenza, sembra ostile alla confessione⁹⁶, anche se l'autore intendeva soltanto richiamare l'attenzione sul fatto che la confessione doveva essere attentamente verificata dall'inquirente. Nella *Teoria*, Carmignani usa parole diverse per arrivare alla stessa conclusione: definisce infatti la confessione come una «testimonianza del proprio fatto», da considerarsi «assai più credibile di chi depone del fatto altrui»⁹⁷, anche se questo non significa che essa possa essere acriticamente accolta

li e verosimili; 11°. *univoca*, non per via di cenni o gesti, e in serietà, non per ischerzo; 12°. *costante*, non revocata; 13°. *espresa*, non *tacita*, né indotta da patto o transazione sul delitto; 14°. *vera*, non *finta*, cioè non desunta dalla contumacia del reo o dal suo silenzio alle legittime interrogazioni»: G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 549 (*Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., § 438).

⁹⁴ S. SOLIMANO, *Paolo Risi*, cit., pp. 463-489, anche per il dibattito successivo (per il quale vd. anche P. MARCHETTI, *Testis contra se. L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*, Milano 1994, pp. 254-290).

⁹⁵ G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 551-556 (*Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., §§ 440-446). Egli ritiene inoltre (§ 557) che contro il valore di prova della confessione si possa allegare anche il diritto romano: «che le confessioni dei rei non si debban accogliere come una prova del fatto in questione, si può abbastanza provare coll'autorità del diritto romano: perciocché l'imperatore Severo rescrisse che siffatte confessioni non dovrebbero costituire una prova completa dei delitti, ove niun'altra concorresse ad istruire la coscienza di chi dee giudicare». L'interpretazione è quella fornita da Nani contro A. MATTHES, nella nota al *De criminibus*, cit., lib. XLVIII, tit. XVI, *de quaestionibus*, caput I, nt. 1, p. 498.

Sono espressamente citati a sostegno della sua visione sul valore probatorio della confessione (§ 447, nt. c della ed. 1808, senza la menzione di Poggi): P. RISI, *Animadversiones*, cit., *De probationibus ad capitalia judicia necessariis*, § I, *de confessione*, pp. 11-40; B. CARRARD, *De la jurisprudence criminelle*, cit., par. II, chap. II; G. FILANGIERI, *Scienza della legislazione*, III, cit., p. I, capo X «e principalmente» G.A. POGGI, *Elementa*, cit., lib. 1, cap. II, *De probatione delictorum*, § XXXIX, p. 42.

⁹⁶ Al punto che la dottrina di Carmignani viene fraintesa da Filippo Ambrosoli (loc. cit., pp. 199 e 201), che per questo si attirerà le critiche di Francesco CARRARA, *Ambrosoli e Carmignani*, in *Opuscoli di diritto criminale*, II, Lucca, Tipografia di B. Canovetti, 1859-67, n. IX, pp. 8-11.

⁹⁷ G. CARMIGNANI, *Teoria*, IV, cit., cap. VIII, *Della prova per mezzo della confessione del reo*, p. 138.

come prova piena senza una previa attività di verifica delle sue qualità da parte del giudice. Essa deve apparire «alle prove risultanti dagli atti quasi un pezzo il quale per le sue geometriche qualità compie come culmine una figura piramidale che mancava»⁹⁸. Si spiega così come, nello stesso capitolo, Carmignani accenti la sua avversione per la confessione *suggesta* all'imputato, come si vedrà tra breve.

5. Arresto e custodia segreta dell'imputato

Per ritrovare un confronto più diretto con il pensiero del precursore lombardo, occorre compulsare la trattazione dedicata alla cattura e all'interrogatorio del reo.

Carmignani tratta diversi aspetti della carcerazione preventiva: tra questi prende in esame anche dei punti che stavano particolarmente a cuore a Beccaria, il quale tollerava la custodia preventiva, benché fosse già una pena. Ma proprio in relazione a ciò, ne fissava con cura i limiti: minima durata (come imponeva il principio della prontezza della pena); minima afflizione («deve durare il minor tempo possibile e dev'essere meno dura che si possa»); due soli presupposti basati sulla necessità («la strettezza della carcere non può essere che la necessaria, o per impedire la fuga, o per non occultare le prove dei delitti»); legalità degli indizi alla cattura⁹⁹.

Carmignani esordisce affermando che «la cattura dei rei è un modo di eseguire le citazioni, che più particolarmente conviene al processo inquisitorio» e che scopo della cattura è di impedire la fuga dei rei o la corruzione dei testimoni e delle altre prove, «od altre cose machinino in pregiudizio del fisco», sottolineando altresì che «il carcere, siccome è una delle più dure specie di custodia, non potrebbe essere con giustizia adoperato se non quando fosse strettissimamente necessario»¹⁰⁰.

⁹⁸ Ivi, p. 140. Il passo è stato notato da S. SOLIMANO, *Paolo Risi*, cit., p. 488. Cfr. anche G. CARMIGNANI, *Teoria*, IV, cit., cap. XII, p. 208: «la confessione ha bisogno di un critico sostegno ne' fatti, che son fuori di lei, lo stesso bisogno lo ha la prova testimoniale onde non sia un romanzo che le nude parole possono comporre, e scomporre a lor grado». Tra parentesi, è da notare che il maestro pisano, *Teoria*, IV, cit., cap. VIII, *Della prova per mezzo della confessione del reo*, p. 132, biasima anche «l'abuso della delazione del giuramento al reo», conseguenza deprecabile dell'«avidità del vero assoluto» connessa alla parola dell'imputato, anche se meno grave rispetto alla tortura «perché esso va in traccia della verità non della confessione del delitto». Sul punto vd. D. EDIGATI, *Il giuramento de veritate degli imputati fra isonomia processuale e inquisizione istituzionale*, Milano 2012, pp. 368-370.

⁹⁹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XXIX *Della cattura*, pp. 95-96.

¹⁰⁰ G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 614, § 616, § 628 (*Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., § 557).

Siamo nello spirito di Beccaria, anche se non è a lui direttamente che Carmignani ricorre per supportare tali principi. Né è all'autore da lui tanto ammirato che si rivolge, quando si tratta di delineare altri limiti che devono circondare i provvedimenti concernenti la libertà personale.

Che il circuito virtuoso entri in crisi, in questa materia, e il rapporto subisca una pausa di riflessione, è impressione confermata da quanto il maestro pisano afferma in merito alla questione degli indizi necessari per procedere all'arresto: un punto nevralgico della legalità processuale.

Beccaria, come detto sopra, si era mostrato alquanto esigente sul punto: colpito dal fatto che, nella procedura del suo tempo, «gl'indizi alla cattura sono in potere del giudice», aveva auspicato che la legge determinasse anche gli indizi necessari per procedere all'arresto di un uomo.

Carmignani si dichiara invece favorevole a una maggiore flessibilità: «non potendo le leggi nominatamente indicare in concorso di quali indizi possa il giudice ordinare l'arresto del reo, è d'uopo che tutto ciò si rimetta al prudente arbitrio del giudice». Qui è Anton Matthes a fare da guida. L'affermazione è coerente con quanto Carmignani aveva già insegnato in materia di prova indiziaria: anche gli indizi a cattura non gli sembrano tutti determinabili per legge, singolarmente e nella loro varietà. Bisogna ammettere che del resto, sul punto, Carmignani poteva contare sull'opinione conforme di De Simoni, Renazzi, Cremani e Nani, tutti favorevoli a lasciare la questione al libero apprezzamento del magistrato¹⁰¹. Malgrado le garanzie da Carmignani introdotte nel suo sistema probatorio, permane la contrarietà di fondo ad imbrigliare l'attività del giudice, quando si tratti di apprezzare elementi indiziari. Per giunta, sulla questione della qualità degli stessi, Carmignani si mostra propenso a seguire l'insegna-

¹⁰¹ Il critico più irriverente è A. DE SIMONI, *Del furto e sua pena*, cit., § XXIV, *Della cattura*, p. 259, che non vede pericoli per la libertà personale nell'affidarsi alla discrezionalità giudiziale e denuncia «l'impossibilità di mettere in pratica certi troppo metafisici e astratti progetti». F.M. RENAZZI, *Elementa juris criminalis*, cit., lib. III, cap. VI, *deprehendendis, et exhibendis reis*, § *Quae indicia prehensionem praecedere debeant*, p. 69, cita invece rispettosamente Beccaria, concordando sul fatto che sarebbe opportuno che la legge definisse gli indizi valevoli a cattura, ma poi finisce per allinearsi a De Simoni circa l'impossibilità di tale proposito. Né egli muta opinione nella *Synopsis elementorum juris criminalis*, Regii, apud Jos. Davolium, et filium regiminis typog., 1823, lib. III, cap. V, § XVII, p. 153 (al contrario di quanto sembra credere Turotti nelle note a A. DE SIMONI, *Del furto e sua pena*, cit., p. 259). L. CREMANI, *De iure criminali*, vol. III, cit., lib. III, cap. XV, *De citandis, prehendendis, custodiendisque reis, deque iis summarie interrogandis*, § VI, p. 81, si dichiara soddisfatto del § 16 della Leopoldina. T. NANI, *Annotationes ad A. MATTHES, Commentarius*, cit., lib. XLVIII, tit. XIV, *de custodia reorum*, cap. I, *de exhibendis, prehendendisque reis*, nt. 6, p. 457, giudica la proposta beccariana irrealizzabile, perché la legge non può eliminare *del tutto* la discrezionalità del giudice in questo campo, e perché essa si trova in contraddizione con altre idee di Beccaria (§ XIV: la certezza morale «è più facile il sentirla che l'esattamente definirla»; «è più sicura l'ignoranza che giudica per sentimento che la scienza che giudica per opinione»).

mento di quei dottori che consideravano sufficienti anche indizi «meramente verisimili»¹⁰². Viceversa, anch'egli ritiene indispensabile che la legge stabilisca per quali crimini l'arresto è lecito¹⁰³.

Al di là delle aperture dimostrate, che le idee di Carmignani sulla carcerazione preventiva non siano espressione di un garantismo integrale lo dimostra la sua strenua difesa del carcere segreto nel processo inquisitorio, come utile mez-

¹⁰² G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 619 e nt. 3, anche con riferimento alle modifiche apportate in questa materia dal § III della *Ferdinanda* del 1795, citato anche in ID., *Teoria*, IV, cit., cap. XV, *Difetti del processo inquisitorio, e tentativi fatti in Toscana per emendarli*, p. 264, nt. 5. Il pensiero di Carmignani sul punto è costante. Si deve però segnalare che nella prima edizione degli *Juris criminalis elementa*, §§ 546-548, egli riserva maggiore spazio al problema degli *indicia ad capturam*, all'interno del tit. V, *deprehendendis, et exhibendis reis*, non risparmiando frecciate a Beccaria, sulla scorta di De Simoni e dell'art. 18 della Leopoldina (vd. in particolare il § 546, p. 269). Ma già nella seconda edizione Carmignani ammorbidisce i toni: *Juris criminalis elementa, Editio secunda*, vol. I, Pisis, excudebat Raynerius Prosperi, 1819, § 559, p. 263.

Vd. inoltre ID., *Saggio teorico-pratico*, cit., CL, p. 248: «l'accusato è arrestato sopra semplici remoti indizi». A livello legislativo, vd. le proposte del *Progetto di codice di procedura penale per il Portogallo*, cit., art. 363: «Questa presunzione d'innocenza nell'uomo di onesta vita cresce in proporzione della gravità del delitto che gli viene obiettato, ed opera l'effetto che il giudice o per arrestarlo, o per condannarlo sopra semplici probabilità, debba usare una circospezione maggiore». L'art. 424 sul mandato di accompagnatura dispone: nei delitti di fatto permanente «che trattandosi d'informazione d'ufficio concorra, se non una probabilità, almeno una verosimiglianza, che l'individuo da arrestarsi sia l'autore del delitto»; nei delitti di fatto transeunte: «che esista non una verosimiglianza, ma una probabilità, che l'individuo contro il quale dee rilasciarsi il mandato, abbia commesso il delitto» (vd. anche le raccomandazioni dell'art. 425).

¹⁰³ Occorre ricordare che Giuseppe Giuliani (a differenza della sua abituale guida spirituale) non avrà dubbi nel preferire Beccaria a De Simoni, recependone il messaggio alla perfezione: «io trovo nella prima opinione l'umano filosofo che parla e suggerisce una massima onorifica al Sovrano, perché favorevole alla preziosa libertà de' sudditi. Trovo nella seconda un Pratico che si difende con una impossibilità non dimostrata»: G. GIULIANI, *Istituzioni*, I, cit., p. 489.

Il penalista maceratese, seguace dichiarato dell'«immortale Beccaria», laddove egli si manifesta favorevole a un sistema di legislazione penale rispettoso del principio di legalità, lo segue e lo difende strenuamente anche nella questione degli indizi per poter procedere all'arresto. Giuliani si lancia anche in una interpretazione estensiva del pensiero del marchese lombardo, la mente già proiettata verso un codice che ne recepisca i dettami: «Questo benemerito scrittore – così scrive a proposito del milanese – non ha forse inteso che la legge in ogni singolo delitto stabilisca gl'indizj a cattura, ma piuttosto che premessa una enumerazione di tutti o della massima parte degl'indizj contingibili prescriva in generale che il concorso di due di essi, o almeno di uno accompagnato sempre dalla prova generica del delitto costituisca il titolo legale della cattura. Io non oserei dire che questo tentativo sia impossibile. Uomini maturi nella pratica forense potrebbero esercitarvi il loro ingegno e rendersi così benemeriti della umanità».

Non era il solo a pensarla così, soprattutto negli ordinamenti ancora legati al sistema di prova legale: nel regno Lombardo-Veneto, Felice Turotti criticherà De Simoni nelle sue note al libello del valtellinese, ritenendo realizzabile il progetto «dell'illustre Beccaria», meravigliandosi che la Leopoldina avesse concesso al giudice «un sì pericoloso arbitrio» (A. DE SIMONI, *Del furto e sua pena*, cit., p. 260).

zo di ricerca della verità dalla bocca del reo, da non condannare in blocco, ma solo nei suoi abusi, come la tortura, «pianta parassita» che «innestata» nel processo inquisitorio lo ha trasformato in «istrumento di tirannia», alterandone «il suo vero criterio»¹⁰⁴.

Tra gli abusi da estirpare, è significativo che l'autore nomini come vera e propria specie di tortura *morale* non la segregazione in sé, ma solo quella consistente nello *sperimentare* gli imputati con il carcere attraverso mezzi non rispettosi della persona.

Carmignani non pensa affatto che il segreto sia un male, nel processo penale, e conserva altre tecniche inquisitorie ad esso legate, come la sperimentazione dei testimoni con il carcere segreto¹⁰⁵.

Egli vede una connessione necessaria tra processo inquisitorio e segreto, tra metodo inquisitorio e custodia segreta dell'imputato. Come scriverà anche nel *Parere sopra un progetto di riforma del regolamento di procedura penale vigente nello Stato Pontificio all'epoca dell'aprile 1838*, «il segreto in questo processo è un indeclinabile *criterio di verità*»¹⁰⁶.

La custodia segreta, afferma nella *Teoria*, è nell'indole del rito inquisitorio. L'imputato, infatti, in questa forma processuale, è visto come «mezzo di prova che è duopo sperimentare e come tale ne ordina la *custodia*»¹⁰⁷.

La custodia deve essere segreta per garantire l'accertamento della *verità*, che è lo scopo del processo inquisitorio¹⁰⁸. «Se il reo – sostiene ancora Carmignani – liberamente comunicando o potesse suggerire ad altri o altri potessero a lui suggerire un piano di circostanze, le quali dessero a una confessione nuda il carattere di circostanziata a suo danno, o un carattere di nuda a suo prò, la confessione non avrebbe più carattere critico di mezzo di prova

¹⁰⁴ G. CARMIGNANI, *Teoria*, IV, cit., cap. XII, *Del diverso modo in cui la prova sintetica, e la prova analitica si costruiscono secondo la diversa forma del giudizio penale*, p. 210. La metafora della pianta parassita ricorre anche in altri luoghi dell'opera.

¹⁰⁵ G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 644: «ove si abbia fondato sospetto che alcuno dei testimoni abbia occultata la verità, è lecito di fargli ad arbitrio del giudice *sperimentare* il carcere segreto». A fargli da guida sono due autorevoli pratici settecenteschi, l'uno toscano (Iacopo Maria Paoletti), l'altro romano (Filippo Mirogli).

¹⁰⁶ G. CARMIGNANI, *Scritti inediti*, VI, cit., p. 153.

¹⁰⁷ G. CARMIGNANI, *Teoria*, IV, cit., cap. V, *Caratteri di differenza dell'un processo, e dell'altro*, p. 68; p. 70. Vd. però ID., *Saggio teorico-pratico*, cit., CL, p. 248, dove lo stesso concetto è espresso, ma con l'aggiunta di una sfumatura inquietante (e assolutamente anti-beccariana): «L'accusato è arrestato sopra semplici remoti indizi. Egli è gelosamente custodito: cessa d'esser uomo, e diviene un mezzo di prova».

¹⁰⁸ G. CARMIGNANI, *Teoria*, IV, cit., cap. V, p. 67: «questo processo presuppone in chi lo conduce un puro e disinteressato amore del vero». Cfr. anche ivi, cap. XV, p. 262, nt. 1, dove esprime un giudizio sul legislatore toscano: «non si stancò mai d'inculcare essere il processo istituito per cercare la *verità* non un *reo*».

né si saprebbe qual conto doverne fare»¹⁰⁹.

Lo scopo cognitivo è all'origine di una prima classe di garanzie: infatti, proprio perché l'imputato è *mezzo di prova*, egli deve essere interrogato come tale e non come reo, perciò in modo corretto e leale, senza domande suggestive o altri artifici¹¹⁰.

Esistono, inoltre, altri limiti invalicabili da osservare nel trattamento dell'imputato.

Carmignani, infatti, ripudia fermamente la tortura, non solo fisica, ma anche *morale*, come attestano le seguenti parole: «se alla solitudine a cui convien condannare un uomo si aggiunga l'orrore, e la insalubrità del luogo del suo ritiro: la facoltà de' suoi custodi di trattarlo colla durezza, che le abitudini del loro mestiere converte in essi in istinto: la diuturnità del tempo in sì triste dimora, la solitudine è un mezzo di estorsione al pari della tortura»¹¹¹.

Se si evitano questi rischi, la custodia segreta non deve essere respinta: e perciò è errata l'opinione di chi ha scritto che «il segreto ha lo scopo di costringere il reo a confessare il delitto, ed è succedaneo della tortura»¹¹². Se «il segreto può non essere un mezzo di forza come era la tortura, ma è mezzo critico per distinguere il vero dal falso ne' detti degli uomini, i quali spesso prendono il colore de' loro interessi, e delle loro passioni»; se «il segreto può stare senza essere mezzo di estorcere la confessione del reo, e senza essere una tortura morale sostituita alla fisica»¹¹³ e quindi «se il segreto è un mezzo critico per più imparzialmente rintracciare una verità di fatto [...] non sarà lecito rigettarlo in modo perentorio, e assoluto»¹¹⁴.

Come nel caso della pena straordinaria, inoltre, non bisogna confondere i nomi con la vera sostanza delle cose: «il linguaggio del foro, per se stesso tradizionale, ed abitudinario, può esprimere che la carcere segreta si usa come esperimento o dell'imputato, o del testimone [il riferimento è a Paoletti]: può aver soggetto dottrinalmente, che l'esperimento della carcere segreta equivale

¹⁰⁹ Ivi, cap. XII, *Del diverso modo in cui la prova sintetica, e la prova analitica si costruiscono secondo la diversa forma del giudizio penale*, p. 208.

¹¹⁰ Ivi, cap. V, p. 69.

¹¹¹ Ivi, cap. XII, p. 205. Si può vedere anche ID., *Saggio teorico-pratico*, cit., CL, nt. 3, p. 249: «il processo inquisitorio purgato dalla tortura, e perfezionato dal Granduca Leopoldo, se è retamente condotto, non aspira alla confessione del reo, non la desidera, e mal fanno i ministri proccassanti che con pericolosa, e nefanda petizione di principio, vi anelano».

¹¹² G. CARMIGNANI, *Teoria*, IV, cit., cap. XII, p. 204. L'autore contestato è J.D. MEYER, *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe*, t. II, Amsterdam, G. Dufour et Ed. D'Ocagne, libraires, 1823, liv. IV, chap. XIV, *De la procédure secrète. Son origine. Son influence en France*, pp. 548-571.

¹¹³ G. CARMIGNANI, *Teoria*, IV, cit., cap. XII, p. 209.

¹¹⁴ Ivi, p. 211.

all'antica tortura [il riferimento è a Poggi]. Questi dannabili nomi non alterano la indole di non dannabili cose»¹¹⁵.

Neanche la durata del carcere segreto – causa prima di tortura *morale* – lo inquieta, e in fondo tutto il problema consiste nel fissare dei limiti affinché l'arbitrio del giudice non degeneri in abuso¹¹⁶.

In definitiva: non è l'uso del segreto che deve essere condannato, ma l'abuso: «se il reo pendente la ricerca ad altro non soggiacesse che a una vera, leale, e generosa custodia, resterebbe al segreto il suo solo carattere di mezzo analitico necessario a indagare la verità né il cuore dell'amico della umanità e della giustizia fremerebbe al suo solo nome»¹¹⁷.

6. L'interrogatorio dell'imputato

Carmignani torna ad essere più vicino a Beccaria nell'affrontare il tema dell'interrogatorio del reo. A questo proposito, infatti, egli esprime a chiare lettere non solo il divieto di interrogazioni suggestive, ma anche la tesi della *nullità* della confessione carpita attraverso domande illecite di questo tipo, continuando una battaglia che era stata combattuta in prima persona anche da Beccaria.

Come di consueto, Carmignani delinea un quadro di regole. L'interrogazione giudiziale è parte sostanziale del giudizio, avente come scopo quello di scoprire la verità. Il metodo da adottare è quello analitico: procedere dalle cose semplici alle complesse, dalle cognite alle incognite, dalle più remote e più generali circostanze del fatto principale in questione, gradatamente e insensibilmente verso il fatto stesso¹¹⁸.

L'interrogazione presuppone l'ignoranza del giudice. Deve riguardare fatti; deve essere articolata in termini chiari e gradatamente sulle diverse circostanze del fatto e non con inganno o confusamente; il verbale deve dare conto non solo

¹¹⁵ Ivi, p. 213.

¹¹⁶ Ivi, p. 215: «Se questa durata è nel sistema del processo inquisitorio all'arbitrio di chi lo compila, e però anco come semplice durata può degenerare in morale tortura, non è questo un vizio inerente al segreto, né vi ha metodo giudiziario il quale tra le mani degli uomini non possa degenerare in abuso. La saviezza del legislatore può trovar mezzi sufficienti ad impedire questo abuso, che le passioni forensi possono far del segreto, e la Toscana nostra ne è una convincente riprova».

¹¹⁷ Ivi, p. 218, con la presa di distanza da Boucher d'Argis. Gli spunti di Carmignani andranno a comporre una dottrina integralmente liberale nel pensiero di Francesco Carrara. Un brano significativo, sul quale misurare le differenze tra i due maestri, è quello del *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa...*, *Parte generale*, quarta ed. con aggiunte, Lucca, Tipografia Giusti, 1871, § 898 (riportato anche nella strenna *Un uomo, un libro*, cit., pp. 51-52).

¹¹⁸ G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 635, dove Beccaria viene allegato insieme a Flaminio Cartari (*Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., §§ 483-485).

della risposta dell'interrogato, ma anche di tutto ciò che è rimarchevole nel volto, negli occhi, nei gesti e nella voce.

Carmignani ritiene che la suggestione non sia stata definita dai giuristi «con bastante precisione»: in realtà, essa consiste nel «supporre certo nella interrogazione ciò che si questiona; e nel suggerire perciò in qualche modo, estorcere una risposta, che siffatta certezza confermi»¹¹⁹.

Il suggesto può verificarsi nel fatto o nelle parole. Nel *fatto*, «quando la interrogazione viene dalla irrogazione di qualche male accompagnata, in modo che l'interrogato atterrito dal dolore risponda non ciò che realmente è vero, ma ciò che all'interrogante piace»¹²⁰. Nelle *parole* «quando la interrogazione si concepisce in modo da sembrare che chi la fa sia certo del fatto in questione»¹²¹.

In entrambi i casi, la suggestione «pecca di petizione di principio: ma una petizione di principio è contraria allo scoprimento della verità; quindi la suggestione è affatto illegale»¹²².

¹¹⁹ G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 637 (*Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., § 487). Il giurista pisano, nella *Dissertazione critica*, cit., pp. 148-150, prendendo spunto dal § XXXVIII *Interrogazioni suggestive, deposizioni*, del *Dei delitti* di Beccaria, non aveva risparmiato neanche il suo modello: «Eppure quest'opera grande, e quasi incomprendibile per le verità difficili a ben discoprirsì, che ella racchiude, non presenta tutta l'esattezza desiderabile, quando ella si appressa ad oggetti, che son più del dominio della pratica di quello che il siano delle nude forze della ragione». Gli rimproverava, in particolare, di aver individuato il vizio logico dell'interrogazione suggestiva nell'interrogare nella specie e nel suggerire al reo un'immediata risposta, concludendo che «il suo logico vizio consiste nel presupporre noto ciò che è ignoto tuttora».

¹²⁰ Nella *Dissertazione critica*, cit., p. 148, Carmignani, contro Beccaria, sostiene che «non vi ha relazione giuridica di sorta alcuna tra la interrogazione, e la tortura». La specie del suggesto di fatto, però, è un recupero dell'intuizione beccariana.

¹²¹ G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 640 (*Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., § 489).

¹²² *Ibidem*, dove si basa anche sulla *Disputatio de iure suggestionis* di Theophil Ebert, promossa da J.S. Stryk. Stessa citazione nella *Teoria*, IV, cit., cap. V, p. 69, nt. 1. In quella sede loda invece Beccaria per avere «filosoficamente espresso» il «modo di porre, e condurre la interrogazione senza vizio suggestivo» («le interrogazioni secondo i criminalisti devono per dir così involuppare spiralmemente il fatto, ma non andare giammai per diritta linea a quello», ed. cit., p. 115). Ma è non meno prodigo di elogi per il pratico toscano Jacopo Biondi, per avere «maestrevolmente esaurita questa materia»: cfr. J. BIONDI, *Nozioni criminali teorico-prattiche*, p. I, *Del modo di ben fabbricare il Processo*, in *Opuscoli del P.J.B.*, Firenze, nella Stamp. del Giglio, 1801, in particolare XLV-LII, pp. 158-160. Un apprezzamento positivo rivolto a un altro pratico toscano, Iacopo Maria Paoletti (sul cui valore: G. CARMIGNANI, *Teoria*, I, cap. XV, p. 275), considerato migliore di Bentham in questa stessa materia, si legge in ID., *Teoria*, IV, cit., cap. IX, *Della prova per mezzo di testimonj*, p. 151, nt. 3. Il testo lodato sono le *Istruzioni per compilare i processi criminali e nuovo formulario criminale...*, in Firenze, nella Stamperia già Albizziniana Pietro Fantosini e compagni, 1791. Lusinghiere parole per il Paoletti anche in G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 640 *Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., *Juris romani scientia*, § 12, p. 8, nt. d; *De interrogandis reis*, § 567, p. 282, nt. e.

Nella *Teoria*, Carmignani nota che la questione è ancora molto discussa dalla dottrina più recente, ma a suo parere essa deve essere risolta nel senso della nullità assoluta della confessione “suggerita” dal giudice. Al posto delle distinzioni, che troviamo in altri processual-penalisti coevi, Carmignani si dichiara più intransigente: il valore cognitivo di verità del processo penale, così strenuamente difeso da Beccaria, fa breccia anche nel suo pensiero¹²³.

Anche Carmignani, comunque, al pari di Beccaria, non riconosce all'imputato il diritto al silenzio. Il rifiuto di rispondere alle domande del giudice – purché legittime – è classificato infatti come un delitto contro la giustizia pubblica: «chiunque venga legittimamente interrogato è tenuto di rispondere all'interrogante: il suo silenzio sarebbe un delitto contro la giustizia pubblica». Questo, com'è noto, era un punto debole anche del garantismo beccariano¹²⁴. Sul versante probatorio, invece, Carmignani insegna che sulla base del solo silenzio non si può condannare il reo, e va respinto ogni tentativo di applicare analogicamente una regola del processo civile (come già insegnato da Matthes): «abolita finalmente coll'aiuto del Cielo la tortura, il silenzio del reo non può altro effetto produrre che un indizio eguale a quello, che dalla contumacia di lui si desumerebbe»¹²⁵.

¹²³ G. CARMIGNANI, *Teoria*, IV, cit., cap. VIII, *Della prova per mezzo della confessione del reo*, p. 135: «In tutti questi casi la risposta del reo confidente non è legittima e però non credibile». In nt. 1: «Disputarono i dotti, fra i quali Quistorp, Danz, Kleinshrod, Mittermaier quando e per qual maniera la interrogazione suggestiva viziassse la confessione, né le opinioni furono a questo proposito concordi tra loro. [...] La legge a mio credere dovrebbe essere inesorabile. Nuoce meno alla opinione della sicurezza un delitto impunito che una giudiciale soperchieria». Cfr., al contrario, C.G.A. MITTERMAIER, *Teoria della prova*, cit., pp. 318-324. Molto passa, viceversa, della lezione di Carmignani, nella dottrina di Francesco Carrara: cfr. *Programma*, cit., § 939, § 942.

¹²⁴ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XXXVIII *Interrogazioni suggestive, deposizioni*, p. 117: «Finalmente colui che nell'esame si ostinasse di non rispondere alle interrogazioni fattegli merita una pena fissata dalle leggi, e pena delle più gravi che siano da quelle intime, perché gli uomini non deludano così la necessità dell'esempio che devono al pubblico». Vd. G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 642 (*Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., §§ 490-491). Sulla posizione di Beccaria, L. GARLATI, *Silenzio colpevole, silenzio innocente. L'interrogatorio dell'imputato da mezzo di prova a strumento di difesa nell'esperienza giuridica italiana*, in *Riti, tecniche, interessi*, cit., pp. 265-359, pp. 293-294 (anche con riguardo a Carmignani, ivi e p. 284).

¹²⁵ G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., § 642, nt. 3. Si può aggiungere, ad altro riguardo, che Carmignani ammette anche la sentenza di assoluzione dall'istanza, al pari di Beccaria. Cfr. ivi, lib. II, § 670 (*Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., §§ 501, 588-589); ID., *Teoria*, IV, cit., cap. XIII, *Dell'effetto naturale, e dell'effetto giuridico della prova secondo la diversità del processo, e del modo di sentenziare*, p. 230: «Gli scrittori i più amici della umanità hanno ammesso, che il sospetto, di cui l'accusato non ha potuto purgarsi sia titolo per cautelare la società da nuove offese possibili per la sua parte».

7. *Il révirement sulla promessa di impunità ai complici delatori*

Chiudiamo queste considerazioni su Carmignani processualista interprete di Beccaria richiamando alcune delle pagine più tormentate (e più travisate) del *Dei delitti*, ma anche tra quelle che meglio rivelano la sua vocazione di penalista civile, che considera il penale uno dei fondamenti del vivere sociale: quelle sulla promessa dell'impunità ai complici delatori. Carmignani ne tratta nella parte penale dei suoi lavori, quando si tratta di affrontare argomenti come le cause di mitigazione e remissione delle pene o la proporzione delle pene. Il marchese lombardo, come è noto, pur analizzando i vantaggi di provvedimenti del genere e dichiarando comunque la sua preferenza per una legge generale, anziché affidarsi alla discrezionalità del giudice, aveva confessato di sentire rimorso ad autorizzare «le sacrosante leggi, il monumento della pubblica confidenza, la base della morale umana, al tradimento ed alla dissimulazione»¹²⁶.

Il pensiero di Carmignani sul punto non è lineare. Nella prima edizione degli *Juris criminalis elementa* l'argomento è svolto ancora in una prospettiva da pratica criminale di antico regime. All'impunità il giurista toscano dedica un titolo autonomo (successivo a quello del confronto tra reo e testimoni) dell'apposita sezione sul processo inquisitorio e nella trattazione ciò che colpisce è l'ossequio nei confronti dell'*usus fori*. È d'uso non lasciare nulla di intentato per scoprire i complici di un delitto: perciò si ricorre anche alla promessa dell'impunità offerta al correo la cui colpevolezza sia accertata. La questione si pone – precisa Carmignani – quando il delitto è *valde occultum* e la *res publica* ha interesse a scoprirlo, come nel caso dei crimini atroci e contro la pubblica sicurezza. Carmignani scivola su un terreno sdruciolevole: «quidquid contra clarioris notae scriptores senserint, usu fori ubique fere locorum receptum est, ut impunitas concedatur utpotequae non parum commodi inquisitioni criminali afferat». Il dissenso con Beccaria è aperto, dichiarato, frontale. L'*usus fori*, in questa materia, riscuote approvazione: anche se, si soggiunge, l'impunità può essere autorizzata solo dal principe e non dal singolo giudice. Nella quinta edizione dell'opera, invece, questa parte è omessa: il problema è menzionato a proposito delle cause di remissione della pena: a questo riguardo, egli rammenta che nel novero delle stesse rientra anche la «importanza di scoprire gl'ignoti autori di atroci delitti, per la quale sia necessario accordare l'impunità al complice che manifestasse i rei principali», e nella nota riporta i rinvii dottrinali (a Beccaria ed altri), che provengono dalla parte a suo tempo scritta¹²⁷.

¹²⁶ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XXXVII *Attentati, complici, impunità*, pp. 114-115. Per una lettura ormai classica del tema vd. M. PISANI, *Beccaria e il diritto premiale* [1997], in ID., *Attualità di Cesare Beccaria*, Milano 1998, pp. 41-60.

¹²⁷ G. CARMIGNANI, *Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., *De impunitate*, § 572. Il passo scompare nella II edizione (loc. cit., p. 277), per lasciare il posto, simmetricamente, a un cenno nel-

È nella *Teoria* che la sua attenzione ridesta e il confronto con Beccaria si fa più urgente. Nel frattempo, di tale espediente Pellegrino Rossi, nel 1829, aveva scritto: «provvedimento che la necessità può scusare, ma che ripugna sempre alle anime oneste e dà alla giustizia il soccorso del tradimento»¹²⁸. Ma soprattutto il problema era passato al vaglio di un ragionatore come Jeremy Bentham, che aveva replicato punto per punto alle varie obiezioni sollevate da Beccaria, concludendo per l'ammissibilità del rimedio, considerato eticamente discutibile, ma vantaggioso per la pubblica utilità, come *extrema ratio*, in mancanza di altri mezzi di assicurarsi i colpevoli, e pronunciandosi inoltre a favore della discrezionalità del giudice¹²⁹.

Carmignani, invece, non nasconde la sua contrarietà. In primo luogo, non si tratta di una questione di *giustizia*, ma di sola *politica*¹³⁰. Se la scienza della sicurezza sociale consiste in un calcolo che combina le esigenze della giustizia con quelle della politica, in questo caso non può avvenire alcun bilanciamento e la scienza deve quindi tacere. Ma il giurista pisano interviene anche sulla questione dell'*utilità* della promessa dell'impunità ai fini dell'accertamento della verità, che era in fondo il punto forte del contrapposto modello. E qui Carmignani nega con decisione che si possa raggiungere lo scopo prefisso, con un paragone ardito tra tortura e promessa d'impunità: mezzi entrambi contrari al criterio di verità che deve informare il processo, benché da due prospettive diverse. La tortura, infatti, cerca la verità con il dolore, la promessa dell'impunità con il piacere: «l'una, e l'altra cercando il vero ne' suggerimenti dell'interesse corre il rischio di allontanarsene quando più crede d'essersi avvicinata»¹³¹. La spinta dell'in-

la parte generale delle pene, § 326, causa IX, p. 161. Così pure *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], cit., lib. I, § 377, causa IX, p. 139 (il passo corrispondente nell'ed. 1808, § 303, p. 150, si arrestava all'ottava causa).

¹²⁸ P. ROSSI, *Trattato di diritto penale...*, Nuova traduzione italiana con note ed addizioni dell'avvocato Enrico PESSINA, Napoli, presso Gabriele Rondinella Editore, 1853, cap. XXXIV, p. 223.

¹²⁹ *Théorie des peines et des récompenses*, Ouvrage extrait des manuscrits de M. Jérémie BENTHAM, jurisconsulte anglois, par ET. DUMONT..., Seconde édition, t. second, a Paris, chez Boscange et Masson... et a Londres..., 1818, chap. XIV, *Des récompenses pour délation, offertes aux complices*, pp. 129-135.

¹³⁰ Sui rapporti tra giustizia e politica, diritto naturale e diritto politico cfr. ad esempio G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [ed. Ambrosoli], *Prolegomeni*, § 47 (*Juris criminalis elementa* [ed. 1808], cit., § 23).

¹³¹ G. CARMIGNANI, *Teoria*, III, cit., cap. X, *Della proporzione delle pene ai delitti*, p. 241: «Se la giustizia conteggia ogni atomo del dolore dell'individuo onde chiedere alla politica una proporzionale diminuzione di pena, ella non concede la *impunità*, e il trafficarla è da lei alla politica interamente lasciato. La scienza della sicurezza sociale altro non è se non un calcolo combinatorio de' bisogni della politica con i bisogni della giustizia, ed ove quella intenda assorbir tutto il calcolo la scienza non può altrimenti occuparsene. Molte ed ingegnose ragioni furono immaginate o per ammettere, o per rigettare la impunità. La utilità di questo espediente, qualunque ella possa esse-

teresse, pertanto, induce a dubitare in astratto e quindi ad azzerare il valore della dichiarazione del complice. Aspro è il sarcasmo con cui Carmignani respinge, sul punto, l'opinione contraria di Bentham, che era stato in questo argomento forse il più influente oppositore di Beccaria, in un'ottica, per l'appunto, utilitarista. Il penalista toscano non si lascia sfuggire l'occasione per un'acida recriminazione anche nei confronti di Dumont, il traduttore francese di Bentham, che sull'argomento si era permesso di citare contro Beccaria anche Diderot, insigne (ma a suo avviso «indegno») commentatore transalpino dello scrittore milanese¹³².

Egli torna perciò, con questa mordace osservazione, a rimarcare un suo *leitmotiv*: la superiorità dello scrittore lombardo rispetto ad ogni altro contemporaneo¹³³, non scalfita neanche da divergenze di pensiero piuttosto robuste, come quelle che abbiamo visto.

Al termine di questa analisi, si possono distinguere, nel contributo di Giovanni Carmignani, due anime.

Da un lato, il fine interprete di Beccaria, che si traduce in letture che complessivamente, rispetto ad altri meno perspicaci esegeti, non ne travisano il pensiero, anche quando non lo condividono.

Dall'altro, il giurista con le sue personali convinzioni, che lo portano a costruire il nuovo edificio della scienza processuale conservando anche materiali

re, se sembra favorevole al bisogno del metodo giudiziario, questo bisogno non esiste se non nella petizione di principio, che informa la tortura: con questa differenza soltanto che la tortura aspira a convertire in criterio di verità il dolore, e la impunità aspira a ottener lo scopo medesimo col piacere: che la prima cerca la confessione, e la seconda l'accusa, l'una dannosa a chi la emette, e l'altra ad un terzo dannosa, e che l'una, e l'altra cercando il vero ne' suggerimenti dell'interesse corre il rischio di allontanarsene quando più crede d'essersi avvicinata». Sul brano vd. anche P. MARCHETTI, *Testis contra se*, cit., p. 273.

¹³² G. CARMIGNANI, *Teoria*, III, cit., cap. X, p. 241, nt. 3 «Tra le intemperanze d'ingegno di Bentham abbellite dallo stile epigrammatico del Dumont non è la minore quella d'essersi fatto a sostenere contro al Beccaria la impunità [...] Il Dumont cita a sostegno del Bentham il Diderot, che ebbe vaghezza di annotare il libro *de' delitti e delle pene*, rammaricando che poche fossero le sue note. Meglio era che non ve descrivesse pur una. Un uomo, che ha preteso sostenere la pena di morte col citare l'autorità d'un regolo caduto da un tetto sulla testa d'un uomo, era egli degno di commentare il Beccaria?». Su Dumont in Toscana richiami in F. COLAO, *Il processo penale toscano*, cit., p. 105, nt. 58.

¹³³ Il maceratese Giuseppe Giuliani si distaccherà invece da Beccaria nel giudizio sulla promessa dell'impunità ai complici in cambio delle loro rivelazioni. L'argomentazione presentata a questo riguardo da Beccaria, definito «rispettabile filosofo», viene diligentemente ed esattamente sintetizzata. Ma Giuliani, stavolta, non si sente di seguirlo: «Ma sarebbe mai questo per avventura uno di quei luoghi in cui l'Autore si è lasciato illudere dalla dolcezza del proprio cuore?» «Io non nego che l'impunità abbia i suoi inconvenienti [tra l'altro, precisa Giuliani, «la voce dell'impunitario non è una prova ma una mera guida a cercare la verità»], ma non è forse il massimo di essi lasciare esposta la Società agli attentati occulti dei collegati malvagi?» (G. GIULIANI, *Istituzioni*, I, cit., p. 344).

che Beccaria aveva buttato, nella convinzione che il processo inquisitorio, nella sua essenza, e il correlativo segreto fossero un metodo di accertamento della verità preferibile all'alternativa accusatoria.

In questa visione di fondo, tuttavia, nella difficile (e lunga) opera di *fondazione* del nuovo sui frantumi del vecchio, alla ricerca di «un nuovo edificio che avesse il giusto per base, il giusto per cemento, il giusto per vertice», per dirla con Francesco Carrara¹³⁴, si inseriscono anche non pochi spunti garantistici beccariani. Il personaggio, dunque, è complesso, e sarebbe riduttivo insistere solo sugli indubbi aspetti di conservazione, mettendo in ombra le aperture¹³⁵. Il garantismo inquisitorio di Carmignani, infatti, pur non rappresentando un momento di totale e radicale rottura con il passato, tiene conto di diverse esigenze illuministe di modernizzazione e umanizzazione del processo: la presunzione d'innocenza, l'inderogabilità delle regole probatorie anche nei delitti di prova difficile, la semplificazione delle incapacità testimoniali, l'avversione per la tortura sia fisica che morale, l'intransigenza nei confronti delle domande suggestive, l'esigenza del rispetto del rito, la limitazione dei poteri discrezionali del giudice. Sono tutti spunti di cui la penalistica liberale saprà fare tesoro, anche grazie alla mediazione di Carmignani.

¹³⁴ F. CARRARA, *Convenienza di una rivista scientifica indipendente della giurisprudenza penale*, in ID., *Opuscoli di diritto criminale*, vol. IV, *Progresso e regresso del giure penale nel nuovo Regno d'Italia osservato nella dottrina, nella legislazione e nella giurisprudenza...*, vol. I, Lucca, tipografia Giusti, 1874, pp. 359-378 [Pisa 24 dicembre 1871], p. 364.

¹³⁵ Come ha sostenuto con acume E. DEZZA, *L'arme terribile*, cit., p. 146, «l'adesione al modello inquisitorio di Giovanni Carmignani non [è] dipesa [...] dalla volontà di sostenere il sistema che meglio di ogni altro potesse assicurare la «difesa della società» e dunque, in un quadro di garanzie ridotte e depotenziate, la sicura punizione del reo». Anche F. COLAO, *Il processo penale toscano*, cit., p. 100, ha scritto che «il «moderato» Carmignani non sembrava voler combattere una battaglia di retroguardia, a difesa dei vecchi arnesi dell'inquisizione e del modello dispotico di statualità che quell'arsenale sembrava accompagnare».

LA SCUOLA POSITIVA E IL PENSIERO DI BECCARIA: UN DISSENSO NASCOSTO DIETRO LA «VENERAZIONE RICONOSCENTE»

Ennio Amodio

SOMMARIO: 1. La nascita della Scuola positiva di diritto criminale e lo scontro con i penalisti di tradizione illuminista e formazione liberale. – 2. Il conflitto fra le due culture sui temi di fondo: teoria dello Stato; funzione del giudice; metodologia della ricerca. – 3. Il compromesso ideologico patrocinato da Enrico Ferri: salvare il «piccolo libro immortale» di Beccaria archiviandone i contenuti. – 4. La presunzione di innocenza nella dottrina di Beccaria e il «morboso sentimentalismo per i delinquenti» nella visuale positivista. – 5. La libertà personale «carissima all’illuminato legislatore»: legalità, stretta necessità, minima coercizione temporale e modale. La reazione positivista: la libertà dell’imputato «perenne minaccia alla pubblica sicurezza». – 6. L’opzione di Beccaria per il giurì che «giudica per sentimento» e l’avversione della Scuola positiva nei confronti dei laici non tecnici.

1. *La nascita della Scuola positiva di diritto criminale e lo scontro con i penalisti di tradizione illuminista e formazione liberale*

Al suo nascere, tra il 1876 e il 1880, la nuova corrente penalista di stampo empirista, tutta calata nell’universo del sapere scientifico¹, che il suo fondatore aveva denominato “Scuola positiva di diritto criminale”², si trovò subito a dover

¹ Come è noto, nel 1876 viene pubblicata a Torino l’opera di C. LOMBROSO, *L’uomo delinquente in rapporto all’antropologia, giurisprudenza e disciplina carceraria*, cui fa seguito nel 1878 la tesi di laurea di E. FERRI, *La teoria della imputabilità e la negoziazione del libero arbitrio*. Nel 1880 il programma del positivismo criminale è delineato nella prolusione bolognese di E. FERRI, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, pubblicata a Bologna nel 1881.

² E. FERRI, *I nuovi orizzonti*, cit., che enuncia la dottrina della nuova Scuola.

Nel presente scritto si fa riferimento agli orientamenti di quello che potrebbe essere denominato il «primo positivismo», che va dalla fondazione della corrente (1880) al *Progetto di codice penale* di E. Ferri (1921). Il «secondo positivismo» i cui esponenti di spicco furono Florian, Grispi-gni, Frosali, Ranieri e Santoro, continua a mantenersi idealmente fedele al pensiero di Ferri, ma avvia un lavoro più in sintonia con quello del tecnicismo giuridico dominante nella penalistica de-

fare i conti con la cultura dominante di quegli anni, che aveva metodi ed obiettivi profondamente diversi. I penalisti dell'accademia, non meno dei pratici impegnati all'interno della magistratura o nel foro, vedevano in Cesare Beccaria il padre fondatore del diritto penale moderno. E si sentivano paladini di una comune ideologia, quella liberale, che concepiva lo studio del diritto penale anzitutto come impegno politico per la riforma del sistema del neonato Regno di Italia, con gli occhi puntati alla difesa dell'individuo dagli abusi della autorità³.

Il confronto tra le due culture, l'una animata dal credo scienziata, l'altra sorretta dalla passione civile per la libertà, si trasformò ben presto in uno scontro che non può essere liquidato come «una incresciosa e rumorosa zuffa»⁴. Al di là del merito, che metteva in gioco visioni del diritto penale radicalmente contrastanti, quanto ai modi espressivi si deve tener conto che i positivisti e i loro interlocutori di fede illuminista e liberale avevano tutti alle loro spalle una formazione professionale in campo giudiziario o forense. Ciò che può oggi stupire alla luce dell'attuale stile accademico paludato appare invece ben comprensibile nell'ambito della aspra dialettica di chi è abituato al confronto in sede processuale dove l'ironia e la *vis* polemica sono indispensabili per far valere la propria tesi.

È una vicenda di grande interesse sul piano storico almeno per due ragioni. Anzitutto, dal punto di vista ideologico, si scorgono i segni di una operazione condotta dai positivisti per far convivere il culto di Beccaria con il marcato dissenso nei confronti del suo pensiero. Inoltre, nella prospettiva di più lungo periodo, pur sottolineando che «nel campo scientifico il nostro sistema non importa già una riforma, ma una mutazione *ab imis fundamentis*», si fissava l'obiettivo della nuova scuola entro precisi confini: «nel campo pratico noi limitiamo le nostre domande a qualche esperimento»⁵.

gli anni Trenta e Quaranta del secolo scorso: vd. in questo senso G. NEPPI MODONA, *Diritto penale e positivismo*, in *Il positivismo nella cultura italiana*, a cura di E. PAPA, Milano 1985, p. 51.

Per una sintesi degli schieramenti degli studiosi che, nella prima fase, da un lato, aderirono alla nuova scuola e, dall'altro, si impegnarono nella difesa della penalistica tradizionale, vd. E. PESSINA, *Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del codice penale vigente*, Milano 1906, p. 729.

³ M. SBRICCOLI chiama il gruppo dei giuristi liberali del periodo postunitario «penalistica civile»: vd. *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. SCHIAVONE, Roma-Bari 1990, p. 155s. nonché ora in *Storia del diritto penale e della giustizia*, Tomo I, *Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano 2009, p. 502s.; *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia. Annali*, 14: *Legge Diritto Giustizia*, Torino 1998, pp. 494s., ora in *Storia del diritto penale*, I, cit., p. 600s.

⁴ Così M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti*, cit., p. 611.

Vd. invece, per un corretto inquadramento del pensiero positivista come indirizzo radicalmente agli antipodi dei principi della scuola classica, G. NEPPI MODONA, *Diritto penale e positivismo*, cit., p. 56.

⁵ R. GAROFALO, *Criminologia. Studio sul delitto e sulla teoria della repressione*, Torino 1891, p. 493.

Compromesso ideologico e ripiegamento programmatico sono gli esiti, in casa positivista, del conflitto con la cultura illuminista e liberale. Ed è giusto rilevare, come è stato fatto autorevolmente⁶, che non si è trattato di una disputa tra “scuole”. Mentre infatti esisteva una solida piattaforma metodologica e programmatica condivisa dagli studiosi della cerchia di Enrico Ferri, al contrario “scuola classica” era una etichetta creata dallo stesso Ferri per designare, a fini dialettici, tutti i penalisti che non condividevano il nuovo verbo positivista.

Lo avverte con chiarezza Luigi Lucchini quando rivendica di non essere un seguace «di quella che, per diletto, fu chiamata la “scuola classica” del giure penale» perché «è una gratuita asserzione che i giuristi, nelle discipline penali, si siano come chiusi in un sinedrio e composto un *confiteor* di dommi e formule»⁷. Il vero contrasto di fondo – osserva giustamente il maestro bolognese – è quello sul metodo, definito “sperimentale” dagli adepti del positivismo criminale⁸. Da qui la conclusione: l’aggettivo “classica” non designa altro che «la scuola giuridica, che è quanto dire l’unica scuola ammissibile in materia che appartiene essenzialmente al diritto»⁹.

Le contrapposizioni e le convergenze tattiche tra i due fronti sono spesso fuorvianti perché nascono dal fuoco della polemica. Bisogna quindi chiedersi che cosa effettivamente divideva la dottrina positivista dai principi e dai valori enunciati nel «libro immortale» di Beccaria, poi ereditati dai penalisti liberali dell’Italia postunitaria che avevano il loro pontefice nel sommo Carrara.

Si tratta di una analisi che è finora mancata nelle indagini storiche, pur attente e fruttuose, con non trascurabili fraintendimenti sull’effettivo grado di consonanza o incompatibilità tra le due correnti del pensiero penalistico.

2. Il conflitto fra le due culture sui temi di fondo: teoria dello Stato; funzione del giudice; metodologia della ricerca

Se si esamina il profilo pubblicistico che investe l’assetto costituzionale dei poteri, la filosofia di Cesare Beccaria svela la convinta adesione ad una *teoria dualistica*. Il diritto di punire è fondato sull’aggregato delle minime porzioni di

⁶ M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti*, cit., p. 612, che mette in luce tutte le forzature conseguenti all’uso della denominazione “scuola classica”.

⁷ L. LUCCHINI, *I semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale*, Torino 1886, p. XXIV.

E. FERRI, *Principii di diritto criminale*, Torino 1927, p. 36, attribuisce alla «generosa ed eloquente iniziativa di Cesare Beccaria» il formarsi di una «grande corrente scientifica che dovunque si chiamò e si chiama la scuola classica criminale da quando così io la denominai».

⁸ L. LUCCHINI, *I semplicisti*, cit., pp. XXVII-XXIX.

⁹ Ivi, p. XXV.

libertà che ciascun cittadino conferisce in deposito al sovrano per veder tutelata la «salute pubblica». Tutto ciò che va al di là di questa autolimitazione, basata sul contratto sociale, si trasforma in un abuso¹⁰.

Ne consegue una concezione della legge penale come trincea posta a difesa dell'individuo per sottrarlo alla «crudeltà delle pene e alla irregolarità delle procedure»¹¹.

È dunque ben chiaro nel pensiero dell'illuminista milanese che il cittadino è titolare di un diritto di libertà, per la parte non concessa in deposito per il bene pubblico, che rischia continuamente di essere travolta dai «barbari tormenti con prodiga e inutile severità moltiplicati per delitti o non provati o chimerici»¹². Ed è ricorrente lo spettro del giudice «assuefatto a voler trovare rei»¹³ ovvero che «diviene nemico del reo ... non cerca la verità del fatto, ma cerca nel prigioniero il delitto»¹⁴.

Viene così in evidenza il dualismo tra il sovrano, che rappresenta la società, e l'individuo su cui si concentrano tutte le esigenze di tutela per il pericolo di errori e abusi da parte dei giudici. Quasi cento anni dopo, Francesco Carrara raccoglierà gli esiti di queste riflessioni elaborate sulla traccia dei *philosophes* e in particolare di Montesquieu, affermando che «la scienza criminale ha per sua missione di moderare gli abusi della autorità»¹⁵.

L'orientamento dei positivisti è invece del tutto antitetico. Per la nuova corrente «Stato e società sono sostanzialmente un'unica cosa»¹⁶ e, conseguentemente, ad essere privilegiata non è la prospettiva dell'imputato vittima dello strapotere della autorità perché «la difesa sociale contro la delinquenza è la ragione d'essere della giustizia penale»¹⁷.

Siamo quindi di fronte ad una *teoria monistica* che vanifica la posizione dell'individuo come titolare di diritti di fronte allo Stato. L'unica vera vittima è la società che, proprio come un organismo vivente, rivendica il suo diritto alla conservazione.

Inevitabile, dunque, la parabola del garantismo. In una visuale collettivista

¹⁰ *Dei delitti e delle pene*, § II Diritto di punire.

¹¹ Ivi, Introduzione.

¹² *Ibidem*.

¹³ Ivi, § XIV Indizi e forme di giudizio.

¹⁴ Ivi, § XVII Del Fisco.

Sul punto vd. M. PISANI, *Attualità di Cesare Beccaria*, Milano 1998, p. 15, che trae da questo rilievo la conferma della attenzione di Beccaria per il principio di terzietà del giudice.

¹⁵ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, prefazione 5^a ed., Bologna 1993, pp. 31-32.

¹⁶ E. FERRI, *Uno spiritista del diritto penale*, in *Archivio di psichiatria e scienze sociali*, Torino 1887, vol. VIII, fasc. 1 e 2, e poi in *Studi sulla criminalità ed altri saggi*, Torino 1901, p. 354.

¹⁷ E. FERRI, *Principi di diritto criminale*, cit., p. 41.

come quella della Scuola positiva alle garanzie di libertà e di difesa del cittadino spetta un ruolo subordinato rispetto al rango primario riconosciuto alla difesa della società dal delitto. Siamo agli antipodi del pensiero di Cesare Beccaria.

Non meno netta è la cesura che contrassegna le due culture dal punto di vista delle funzioni attribuite al giudice penale. Al riguardo Beccaria rivela la sua piena consonanza con la dottrina di Montesquieu. Senza riproporre la nota formula dell'illuminista francese secondo cui il giudice è nient'altro che la *bouche de la loi*, il filosofo lombardo afferma che «nemmeno l'autorità d'interpretare le leggi penali può risiedere presso i giudici criminali per la stessa ragione che non sono legislatori»¹⁸. E la messa al bando delle «interessate e capricciose opinioni» dei magistrati al pari dello «spirito della legge» bollato come «risultato di una buona o cattiva logica di un giudice, di una facile o malsana digestione», rende sferzante e persino drammatica la rappresentazione del cittadino in balia dei «falsi raziocini o dell'attuale fermento degli umori d'un giudice»¹⁹. Ne consegue l'opzione per un regime giuridico sottratto a queste forme di tirannia e di dispotismo: «felice quella nazione dove le leggi non fossero una scienza»²⁰, quest'ultima intesa come quella somma di operazioni del giudice che vanno al di là del puro sillogismo legge-fatto-conseguenza (libertà o pena).

Volendo utilizzare una moderna nomenclatura sociologica, si potrebbe dire che per Beccaria il giudice penale è un *attore debole* sulla scena del processo, destinato come è a chinare la testa davanti alla legge in cui si esprime la volontà generale.

Al contrario, per la Scuola positiva il giudice è un *attore forte* che non è certo impegnato nella interpretazione della legge, una attività che poco interessa, ma ha il compito di capire le cause che hanno forgiato la personalità del delinquente. È un giudice tecnico che conosce l'antropologia, la psicologia e la sociologia. Il processo diventa così una sorta di laboratorio scientifico in cui i giudici in camice bianco definiscono la personalità del delinquente e stabiliscono la giusta terapia al fine di preservare la società dalla sua condotta pericolosa²¹.

Resta infine da segnalare la grande differenza sul piano del metodo. Per i positivisti il reato non è un ente giuridico. Oggetto della scienza penale sono l'uomo delinquente e la sua personalità. L'uso del metodo "sperimentale" e delle

¹⁸ *Dei delitti e delle pene*, § IV Interpretazione delle leggi.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Ivi, § XIV *Indizi e forme di giudizi*: il riferimento è alla «scienza» quale prodotto della chiusa corporazione dei giudici che con le sue opinioni si sovrappone alla legge corrompendola.

²¹ E. FERRI, *Sociologia criminale*, vol. II, 5^a ed. a cura di A. SANTORO, Torino 1930, pp. 395-396, nonché ID., *Uno spiritista del diritto penale*, cit., p. 348. Sul programma processuale dei positivisti enfatizzando il fine della «classificazione dei delinquenti» basato sulla ricerca concreta della tipologia criminale, vd. A. BERENINI, *Dell'unità organica del diritto e della procedura penale*, in *Scuola pos.*, X (1900), p. 710.

scienze biologiche e sociali, estranee all'ambito normativo, mette bene in evidenza che quella positivista è una dottrina realista, secondo la definizione moderna che ha condotto a mettere a fuoco le peculiarità del realismo americano e di quello scandinavo²². Lo studio del diritto penale per Ferri e i suoi seguaci non mette capo ad un discorso sul piano normativo, ma si esaurisce nell'analisi del fatto: dalle cause della delinquenza alla personalità del criminale e alle misure da applicare per difendere la società dagli attacchi che insidiano la sua conservazione²³.

Al contrario quella degli illuministi, e in particolare di Beccaria, è una dottrina riconducibile all'area del formalismo giuridico²⁴ in quanto privilegia il punto di vista legislativo mettendo al centro dell'ordinamento le norme²⁵. La legalità è esaltata non solo come freno all'arbitrio dei giudici nell'accertamento del reato, ma anche in funzione di tutela nella materia delle prove e in quella della libertà personale²⁶.

Ciò consente di asserire che in Beccaria la tematica processuale ha una cen-

²² Alla luce degli studi filosofico giuridici moderni (vd. l'ormai classico lavoro di G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano 1962) si può ben dire che la Scuola positiva di diritto criminale fosse figlia di un *realismo ontologico* in quanto escludeva che il diritto penale potesse risolversi in un insieme di entità astratte (norme e valori), essendo invece identificabile nei fatti sociali rivelatori delle cause della delinquenza e della personalità del criminale. Inoltre nella dottrina di Ferri si colgono anche i segni di un *realismo metodologico* perché essa ignora quasi del tutto i problemi dell'interpretazione delle norme e riduce la dogmatica giuridica ad un ruolo ancillare rispetto alle scienze sociali.

²³ Aveva colto bene questo aspetto L. LUCCHINI, *I semplicisti*, cit., p. 272, vedendo nella dottrina positivista la «scomparsa di ogni limite differenziale fra sociologia e diritto». Nel confutare questa critica E. FERRI, *Uno spiritista*, cit., p. 339, si era arroccato su una replica debole e inconcludente sostenendo che il penalista deve sì «determinare le norme giuridiche», ma andando al di là dei criteri tecnici della «scienza criminale astratta e sillogistica» per attingere ai dati e alle induzioni generali della sociologia relativa ai fenomeni criminosi.

²⁴ Esempio è il formalismo kelseniano che è impostato sulla netta distinzione tra la sfera dell'*essere*, che riguarda la realtà empirica oggetto delle scienze sociali impiegate sul principio di causalità, e quella del *dover essere* di cui si occupa la scienza del diritto: vd. N. BOBBIO, *Sul formalismo giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. penale*, I (1958), p. 977s.; ID. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Bari 2011.

La dottrina illuminista di Beccaria si può definire formalista perché considera il diritto una scienza formale che si esaurisce nelle prescrizioni legislative ed è caratterizzata anche dal formalismo interpretativo più stretto, a differenza di quella di Kelsen, perché postula il dovere del giudice di attenersi alla lettera della legge.

²⁵ Vd. M.A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milano 1966, p. 15, che sottolinea come il primato della legge nella concezione illuministica significa liberazione dell'uomo da ogni dipendenza da persone che possano esercitare un potere arbitrario.

²⁶ Vd. *Dei delitti e delle pene* (edizione Milano, Regia Stamperia, 1871), rispettivamente, § VIII *Dei testimoni*, nota 3, nella quale si esclude che la prova dei delitti più atroci possa essere raggiunta violando i limiti posti dalla legge, e § XIX *Della Cattura*, in cui si afferma che le prove della cattura «devono stabilirsi dalla legge e non dai giudici».

tralità così marcata da assumere un rilievo forse ancora più innovativo di quello del diritto sostanziale²⁷ per il quale l'opera *Dei delitti e delle pene* è passata alla storia per la tesi abolizionista della pena di morte e della tortura e per la elaborazione della filosofia della pena.

Di contro la Scuola positiva muoveva da una prospettiva focalizzata sul diritto sostanziale, relegando la procedura tra i temi di contorno, con una scelta ben comprensibile se si pensa che al centro dell'universo penalistico c'era l'uomo delinquente e non l'imputato²⁸. Tanto che nelle sue sciabolate contro i positivisti, Lucchini osservava che le dottrine processuali della nuova corrente non erano lontane da quelle degli apologeti dell'inquisizione che avevano «impugnato» le tesi di Beccaria²⁹. Tutta la polemica sul «sentimentalismo» per l'imputato come vittima del processo esemplifica in modo eloquente la scarsa considerazione dei positivisti per le garanzie processuali³⁰.

Alla luce del raffronto fin qui condotto, che fa emergere la forte divaricazione tra la Scuola positiva e il pensiero di Beccaria su tre argomenti centrali come la teoria dello Stato, la funzione del giudice e il metodo di studio del diritto penale, non si vede davvero con quale fondamento si sia potuto affermare che la corrente positivista rappresentava «un'espressione storicamente aggiornata della penalistica civile italiana» al punto da inserirsi in una «tradizione centenaria»³¹.

Questo assunto deriva probabilmente da un duplice errore prospettico. Da un lato, si è attribuito eccessivo peso alle ingannevoli parole con cui Enrico Ferri presentava talvolta la sua dottrina definendola «uno svolgimento ulteriore di questa stessa scienza criminale», alludendo alla cultura illuminista e liberale³².

²⁷ Per la sottolineatura del particolare rilievo rivestito in Beccaria dalla revisione critica e dalle proposte in campo processuale vd. M. PISANI, *Attualità di Cesare Beccaria*, cit., p. 8s. che richiama anche il contributo di P. NUVOLONE, *Processo e pena nell'opera di Cesare Beccaria* (1964), ora in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Padova 1969, p. 431.

²⁸ Al riguardo non va dimenticato che, almeno per la classe dei delinquenti definiti atavici, il determinismo che escludeva il libero arbitrio rendeva inevitabilmente marginale la posizione del giudicabile, destinata ad essere presa in considerazione nel processo solo per la messa a punto dei profili di personalità e la scelta della misura adeguata a prevenirne la pericolosità.

Non va peraltro dimenticato che alla riforma del processo penale il positivismo criminale ha dedicato un progetto predisposto dall'ala più conservatrice della Scuola. Vd. R. GAROFALO e L. CARELLI, *Riforma della procedura penale in Italia. Progetto di un nuovo codice*, Torino 1889.

²⁹ Così L. LUCCHINI, *I semplicisti*, cit., p. 247. Anche E. PESSINA, *Il diritto penale in Italia*, cit., p. 728, in una sintesi delle dottrine processuali della nuova scuola, osserva che le garanzie dell'imputato sono considerate «esagerazioni artificiali a pro dei malfattori» (il corsivo è dell'autore).

³⁰ Sulle «soverchie esagerazioni contrarie alla suprema necessità della difesa sociale», vd. E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., vol. II, p. 306.

³¹ M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti*, cit., pp. 615-616. In senso contrario, pur senza prendere in esame i temi processuali, vd. G. NEPPI MODONA, *Diritto penale e positivismismo*, cit., p. 56.

³² E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., vol. I, Torino 1929, p. 14.

Dall'altro, si è sovrapposto l'esito dello scontro tra le due correnti – che ha condotto alla progressiva penetrazione delle scienze biologiche e sociali in funzione integrativa rispetto al sapere giuridico penalistico³³ – all'originaria missione del movimento positivista come indirizzo alternativo alla cultura penalistica postunitaria.

Né si può sostenere che almeno una venatura «sociologica» sia percepibile in *Dei delitti e delle pene* per la descrizione realistica e a tinte forti delle atrocità insite nella giustizia dell'antico regime. Al di là di questa indubbia vocazione ad osservare la prassi, è generalmente riconosciuto che il filosofo lombardo non ha indagato sul sistema giudiziario penale con i metodi delle scienze sperimentali³⁴.

Non meno infondato sarebbe far leva sull'utilitarismo di Beccaria³⁵ per sostenere che l'apertura al metodo scientifico fosse già presente nella sua opera. È bensì vero che proprio dalla famosa formula «la massima felicità divisa nel maggior numero» Jeremy Bentham ha ricavato il principio della c.d. «aritmetica morale»³⁶. Anche qui siamo comunque sempre nei cieli alti della politica legislativa,

³³ Così M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti*, cit., p. 615, che parla anche di «funzione concorrente» rispetto alla scienza giuridica.

Con grande lungimiranza A. GABELLI, *Sulla «Scuola positiva» del diritto penale in Italia*, in *Riv. pen.*, XXIII (1886), p. 526, rilevava come «per l'edificio che la nuova Scuola vuol erigere è troppo grande l'impalcatura» e auspicava che, abbandonate le velleità di abbattere le teorie penali ormai consolidate, i seguaci di Ferri si impegnassero sul piano della pratica su temi specifici come ad esempio quello della recidiva.

³⁴ Vd., ad esempio, R. TREVES, *Introduzione alla sociologia del diritto*, Torino 1980, p. 31, che indica quali precursori della sociologia del diritto solo E. Amari, G. Romagnosi e C. Cattaneo. In questo stesso senso, per quanto attiene alla intuizione di Romagnosi e Cattaneo sulla esigenza di prevenire il delitto a fini di difesa della società, vd. E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., vol. I, p. 29, nt. 1.

Per uno specifico giudizio sul metodo di Beccaria dall'angolo visuale della criminologia moderna, vd. L.W. SHERMAN, *Reasons for Emotion: Reinventing Justice with Theories, Innovations and Research - The American Society of Criminology 2002 Presidential Address*, in *Criminology*, 41, nr. 1 (2003), p. 4, secondo cui Beccaria ha ridefinito i valori della giustizia privilegiando la prevenzione in luogo delle istanze retributive «but failed to open the values of justice to the methods of experimental science».

³⁵ È ben noto come l'utilitarismo sia considerato una delle linfe vitali del pensiero espresso in *Dei delitti e delle pene*. Vd., ad esempio, F. VENTURI, *Settecento riformatore. Da Muratori a Beccaria*, Torino 1968, p. 706, secondo cui nella concezione del diritto penale dell'illuminista milanese erano «intimamente connessi ed inscindibili» l'utilitarismo di Helvetius e l'egualitarismo di Rousseau.

³⁶ Vd. H.L. HART, *Bentham and Beccaria*, in *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford 1982, p. 40, secondo cui Bentham prese spunto dalla frase di Beccaria (*Dei delitti e delle pene*, Introduzione) per elaborare su un piano più generale una teoria delle «dimensioni» non solo della pena, ma anche di ogni tipo di piacere e di sofferenza.

Anche recentemente lo studioso francese P. AUDEGEAN, *La philosophie de Beccaria. Savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Paris, 2010, p. 186, ha messo in luce che l'illuminista lombardo ha riformulato i fondamenti della retorica nell'opera *Ricerche sulla natura dello stile*, Milano 1770,

ben lontani dalla analisi del modo di funzionare della giustizia penale.

3. *Il compromesso ideologico patrocinato da Enrico Ferri: salvare il «piccolo libro immortale» di Beccaria archiviandone i contenuti*

Chiariti i termini dell'insanabile conflitto tra l'indirizzo positivista e la dottrina di Beccaria, merita di essere analiticamente ripercorso l'iter argomentativo che ha consentito ad Enrico Ferri di praticare una delicata operazione di chirurgia ideologica. È un vero capolavoro di finezza "politica". Ferri non può fare a meno di prestare ossequio alla figura carismatica dell'illuminista milanese pur rinnegando interamente il suo insegnamento.

Si è già definito più sopra questo singolare processo di elogio-rifiuto come "compromesso ideologico". Esso attesta l'enorme prestigio raggiunto dall'aureo volume di Beccaria definito «piccolo libro immortale» dallo stesso caposcuola dei positivisti³⁷. Ferri non può sottrarsi al rituale del culto nei confronti dell'opera ed esprime la sua «venerazione riconoscente»³⁸ senza esitare a definire la "scuola classica", formata sulla scia del pensiero di Beccaria «come un edificio di classica maestà e bellezza»³⁹.

Questa sacrale devozione non poteva essere figlia di un conformismo di maniera. La statura imponente dell'illuminista milanese, al di là della fama e del consenso entusiastico riscosso negli anni successivi alla pubblicazione del volume⁴⁰, era ancora intatta nell'Ottocento in Italia⁴¹ e all'estero. Apprezzandolo anche per la capacità di tenere distinta la sfera della critica riformatrice (*censorial law*) dall'esposizione del diritto vigente (*expository law*), Bentham parlava di

ricorrendo ad un modello matematico. Lo storico francese peraltro riconosce che la genialità di Beccaria sta nell'aver proposto una concezione radicalmente nuova dell'arte di legiferare in materia penale riconducendola non già alla disciplina dell'ordine pubblico, ma all'arte della felicità realizzata mediante la riduzione delle pene e la umanizzazione del trattamento carcerario.

³⁷ E. FERRI, *Da Beccaria a Carrara*, cit., p. 390.

³⁸ Ivi, p. 406.

³⁹ E. FERRI, *Principi di diritto*, cit., p. 36, riferendosi a tutti i grandi criminalisti della tradizione illuminista e liberale, da Filangieri a Romagnosi, da Pagano a Rossi, da Carmignani a Carrara.

⁴⁰ Tra i molteplici esempi vd., sulla «ammirazione totale e senza riserve» di Voltaire nei confronti di Beccaria, M.A. CATTANEO, *Cesare Beccaria e l'illuminismo giuridico europeo*, in *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, Milano 1989, p. 201.

⁴¹ Sulla figura di Beccaria nell'Ottocento italiano vd., tra le numerose testimonianze, E. AMARI, *Quadro storico della Scienza, e delle Legislazioni criminali da Beccaria insino a Noi, Prolusione inedita al corso di Diritto e Codice di procedura penale, anno accademico 1840-41*, in G. BENTIVEGNA, *Filosofia civile e diritto comparato in Emenco Amari*, Napoli, 2003, p. 176 («dei delitti e delle pene parve una rivelazione del cielo; parve che nella legislazione penale Beccaria avesse detto *fiat lux* e la luce fu fatta»).

un Beccaria accolto dalle persone intelligenti come sarebbe stato ricevuto dai fedeli un angelo venuto dal cielo⁴². E si rivolgeva a lui chiamandolo «mio maestro, primo evangelista della ragione, tu che hai saputo far elevare l'Italia ben al di sopra dell'Inghilterra»⁴³.

Enrico Ferri aveva dunque perfettamente compreso che non sarebbe riuscito ad abbattere il monumento del filosofo milanese con la sola spallata delle sue dottrine antropologiche, psicologiche e sociologiche. Occorreva mettere a punto una manovra ben calibrata per motivare il superamento del pensiero "classico", mantenendo intatta l'immagine di Beccaria nella cornice dorata dell'album penalistico italiano.

Procedendo con cautela e per gradi, il caposcuola dei positivisti tenta anzitutto di escludere la portata eversiva della sua dottrina: «la Scuola positiva non vuole fare *tabula rasa* delle precedenti dottrine, così luminosamente affermate da Cesare Beccaria e Francesco Carrara. Ma pretende soltanto di accettarne le parti che l'esame positivo dei fatti dimostrerà certo ammissibili perché consone a realtà»⁴⁴.

È la *retorica della continuità*, manifestata ancor più chiaramente nell'affermazione secondo cui la nuova corrente «è uno sviluppo ulteriore della scuola classica, iniziata da Beccaria» perché il positivismo criminale «non si presentò già per abbattere d'un colpo tutto quanto si era fatto finora nella scienza e nella pratica»⁴⁵.

È una evidente affabulazione tenuto conto che, come si è già più sopra osservato (§ 1), erano gli stessi positivisti a riconoscere che la nuova scuola imponeva in campo scientifico di imboccare non già la strada del riformismo, ma quella della «mutazione *ab imis fundamentis*» del diritto penale elaborato dalla "scuola classica"⁴⁶.

La retorica della continuità sfocia poi nella logica della attenuazione del *novum*. Il pensiero positivista – questo il proclama del suo *leader* – vuole conservare lo spirito del sistema accusatorio «pur temperandone le esagerazioni evidenti» così da garantire i diritti dell'innocente «pur non rendendo la società zimbello dei più pericolosi ed astuti delinquenti»⁴⁷. La presunzione di innocenza va «limitata ma non abolita» e così anche la pubblicità dei giudizi, la cui restrizione

⁴² Vd. H.L. HART, *Bentham and Beccaria*, cit., p. 41.

⁴³ La frase da me tradotta nel testo è tratta da É. HALÉVY, *The Growth of Philosophic Radicalism*, translated by M. Morris, Londra 1934, p. 21, ed è citata da M.A. CATTANEO, *Cesare Beccaria e l'illuminismo europeo*, cit., p. 212.

⁴⁴ E. FERRI, *Da Beccaria a Carrara*, cit., p. 405.

⁴⁵ E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., vol. I, pp. 14 e 27.

⁴⁶ R. GAROFALO, *Criminologia*, cit., p. 493.

⁴⁷ E. FERRI, *Uno spiritista del diritto penale*, cit., p. 348.

si rende necessaria per evitare che «diventi scuola di delitto ai *minorenni* e ai *pregiudicati*»⁴⁸.

Dal “ripiegamento programmatico” il revisionismo di Ferri passa alla critica dell’opera di Beccaria con apparente prudenza, ma con accenti a dir poco velenosi. *Dei delitti e delle pene* sarebbe frutto di una «fiammata sentimentale» ispirata dall’ardore giovanile di abbattere le procedure dell’antico regime e fare *tabula rasa* delle leggi penali vigenti a quel tempo⁴⁹.

C’è poi un addebito ancor più pesante che investe il metodo del filosofo milanese viziato da «affermazioni gratuite e disordinate» e sorretto da uno «stile talvolta declamatorio». Il pur immortale libro «dà libero sfogo alle proteste del sentimento» sottratte al filtro della riflessione connaturale ad uno studioso maturo. Vi si trova tutto, dal diritto penale alla procedura, ma solo «in embrione, talvolta per il solo accenno fugace e quasi inconscio di una frase»⁵⁰.

Insomma, l’opera tanto venerata si rivela a poco a poco fragile, senza robustezze sul piano logico e sistematico, persino priva di consapevolezza sulla portata di ciò che si sostiene. Il giudizio di Ferri è impietoso: le «commoventi intuizioni sentimentali di Cesare Beccaria» sono un seme che si sviluppa e acquista dignità scientifica solo nelle «inesorabili dimostrazioni logiche di Francesco Carrara»⁵¹.

Ma non basta. C’è il tocco finale con il quale Ferri chiude la partita con il filosofo lombardo. La pubblicazione del suo libro – egli argomenta – «determinò veramente un fremito universale, che guadagnò perfino i troni di Leopoldo di Toscana, di Giuseppe II in Austria, di Caterina in Russia». Da qui la conclusione: «la scienza dei delitti e delle pene di Cesare Beccaria e Francesco Carrara ha compiuto il suo ciclo, esaurendo la sua missione storica e scientifica»⁵².

Al “Beccaria venerato” si sostituisce alla fine il “Beccaria archiviato”, un padre nobile da imbalsamare perché la vitalità delle sue idee si è spenta per il carattere effimero del suo messaggio, più emotivo che costruttivo, e comunque tale da aver raggiunto la meta della consacrazione legislativa. Si apre così per la Scuola positiva la nuova era del sapere scientifico in campo penalistico che reclama l’abbandono dell’ingannevole luccichio dei diritti dell’uomo e il conseguente ripristino del primato della difesa sociale dal delitto.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ E. FERRI, *Da Beccaria a Carrara*, cit., p. 395.

⁵⁰ *Ivi*, p. 392.

⁵¹ *Ivi*, p. 397.

⁵² *Ivi*, pp. 395 e 401.

4. *La presunzione di innocenza nella dottrina di Beccaria e il «morbo sentimentale per i delinquenti» nella visuale positivista*

Se si estende l'analisi ad alcuni tra i temi processuali di maggiore rilievo, il contrasto tra le due culture appare ancor più netto di quanto risulta dall'esame dei profili più generali fin qui esaminati.

Una posizione di primo piano spetta, come è ovvio, alla presunzione di innocenza. E se è vero che in *Dei delitti e delle pene* non c'è una trattazione sistematica di questa pietra angolare della procedura penale, è proprio su questo fronte che viene in evidenza l'*humus* radicalmente antigarantista del nuovo indirizzo che esibisce resistenza e persino fastidio all'idea stessa di qualificare come innocente l'imputato sottoposto al processo penale.

Si tratta di due climi processuali agli antipodi, l'uno fortemente preoccupato di lasciare l'individuo in balia degli arbitri del giudice, l'altro propenso a respingere come insopportabile il «morbo sentimentale per i delinquenti»⁵³. Per i positivisti è una stortura dell'individualismo illuminista e della Rivoluzione francese considerare il delinquente come vittima della giustizia, così da proteggerlo «giungendo spesso a sacrificare i diritti, pur sacri, della difesa sociale degli onesti che sono i più»⁵⁴.

Nel proclamare ad altissima voce la condanna della tortura come strumento crudele e insensato, Beccaria afferma invece «che un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice, né la società può togliergli la pubblica protezione se non quando sia deciso che egli abbia violato i patti con i quali le fu accordata»⁵⁵.

All'interno della Scuola positiva, scavalcando così la posizione di Ferri che dichiarava di patrocinare un orientamento solo riduttivo e non abolizionista in tema di presunzione di innocenza, due autorevoli esponenti della corrente sperimentale scrivevano, a commento di un Progetto per un nuovo codice di procedura penale: «che prima del giudizio definitivo l'incolpato, chiunque e sempre, si debba presumere un cittadino onesto e scevro di ogni macchia, è una esagerazione, un paradosso dottrinario, dal quale rifuggono il buon senso e la

⁵³ Questa espressione, oggetto di una polemica reazione di L. LUCCHINI, *I semplicisti*, cit., p. 245, diventerà così emblematica del livore antigarantista dei positivisti da essere poi elevata a paradigma del rito autoritario anche da parte del regime fascista. Sul punto vd., *infra* § 6, specialmente note 89 e 90.

⁵⁴ E. FERRI, *Da Beccaria a Carrara*, cit., p. 404.

⁵⁵ *Dei delitti e delle pene*, § XVI Tortura.

Sul punto vd. M. PISANI, *Attualità di Cesare Beccaria*, cit., p. 18, che osserva come Beccaria attribuisca alla presunzione di innocenza anche la funzione di regola di giudizio in caso di conflitto tra prove.

coscienza dei cittadini che si sentono veramente onesti»⁵⁶.

Nell'orizzonte positivista c'è quindi qualcosa di più del ripudio della presunzione di innocenza. C'è l'inconcepibilità stessa della qualifica dell'inquisito come innocente perché egli è l'uomo delinquente, reso tale dalle cause sociali, biologiche e individuali che lo hanno determinato a commettere il reato⁵⁷.

Assume altresì rilievo in questa tematica l'antitesi tra le teorie dello Stato accolte, come si è visto più sopra (§ 2), dalle due correnti. Il pensiero di Beccaria mostra bene che la presunzione di innocenza ha il suo fondamento nel contratto sociale di derivazione rousseauiana. La pubblica protezione non può essere tolta prima della sentenza definitiva perché il cittadino ne ha acquisito il diritto cedendo al sovrano la minima porzione della libertà da conservare in deposito per la «salute pubblica». Alla luce di questa teoria dualistica, l'inquisito ha la garanzia di non poter essere privato della sua libertà se non quando il giudice avrà accertata la sua colpevolezza.

Nella dottrina monistica della nuova scuola, invece, i diritti del cittadino sono affievoliti perché il primato spetta alla società che richiede di esser protetta dall'attacco della delinquenza.

Si spiegano così tutti i distinguo avanzati anche da chi mostrava di non essere allineato alla più radicale tesi abolizionista della presunzione di innocenza. Enrico Ferri la riteneva applicabile solo nel corso della fase istruttoria, fuori dei casi di flagranza e confessione *aliunde* confermata, ma sostanzialmente superflua nel dibattimento e del tutto esclusa dopo la sentenza di condanna anche solo di primo grado⁵⁸.

Alla tematica del diritto di difesa il pensiero di Beccaria non dedica particolari riflessioni anche se tutta la sua opera è un grido di dolore contro l'irregolarità delle procedure che trasmodano in dispotismo a danno del cittadino. Su questo terreno, con la sensibilità propria del pensatore che ben conosce l'esperienza del diritto comune, egli mette in guardia dalla irrazionalità del diritto delle prove penali del suo tempo. Il tema, da un lato, è quello dei divieti di testimonianza correlati alle qualità personali e sociali ovvero conseguenti alla condanna⁵⁹, con proposte volte a rimuovere i limiti contrastanti con i principi di uguaglianza e con il buon senso comune. Dall'altro lato, però, là dove la *practica*

⁵⁶ Così R. GAROFALO e L. CARELLI, *Riforma della procedura penale*, cit., p. CCXXXV.

⁵⁷ Vd. E. FERRI, *Da Beccaria a Carrara*, cit., p. 404: «mentre il Medio Evo vedeva soltanto il delinquente e la scuola classica soltanto l'uomo, l'indirizzo vero, sperimentale sarà di considerarlo come "uomo delinquente"».

⁵⁸ E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., vol. II, p. 306, che ne negava comunque la operatività nei casi di delinquenza «atavica e antiumana». A proposito della fase successiva alla sentenza di condanna non definitiva, il caposcuola del positivismo criminale riteneva incomprensibile voler «continuare in una presunzione così problematica, pericolosa e scandalosa».

⁵⁹ *Dei delitti e delle pene*, § XII Testimoni.

criminalis continuava ad insegnare che nei delitti più atroci è consentito al giudice far uso di prove meno persuasive e persino di trasgredire i divieti normativi, il filosofo lombardo si fa paladino di una tesi restrittiva che impone il rispetto dei limiti probatori⁶⁰.

Sul fronte del positivismo, così poco interessato alle garanzie processuali, anche la funzione della difesa dell'imputato risulta molto ridimensionata. Da un lato, si insiste nel richiedere che gli avvocati, come gli accusatori pubblici, siano esperti in psicologia, criminologia e sociologia, respingendo persino l'idea della partecipazione del difensore all'interrogatorio istruttorio per gli intralci che ne potrebbero derivare alla scoperta della verità a causa della scarsa coscienziosità degli avvocati e dell'indole degli imputati italiani che potrebbero prestarsi ad essere pilotati nei colloqui con gli inquirenti⁶¹. Dall'altro, arrivando a proporre una avvocatura penale come ufficio pubblico con il pretesto della sua funzione sociale e la conseguente scomparsa del libero foro⁶².

Resta infine da considerare un argomento solo indirettamente collegato alla presunzione di innocenza. Beccaria ne discute nel § XXXVIII, dedicato alle «Interrogazioni suggestive, deposizioni», tracciando una originale e compiuta sintesi sulle «formalità e cerimonie» nella amministrazione della giustizia. Può darsi che vi siano trattazioni di questo tema nei contributi dei *philosophes* o di altri pensatori del Settecento, anche se le recenti ricerche sociologiche e di *law and literature* che hanno delineato i contorni dell'estetica della giustizia penale⁶³ fanno propendere per la risposta negativa. Mancano infatti nella letteratura con-

⁶⁰ Sul punto vd. M. PISANI, *Attualità di Cesare Beccaria*, cit., pp. 21-22.

La frase nella quale Beccaria si esprime nel senso di ritenere vincolanti i limiti probatori anche nell'accertamento dei delitti più atroci è contenuta nella nota 3 apposta al § VIII *Dei testimoni* (p. 109) nella edizione *Dei delitti e delle pene* edita a Milano con i tipi della Regia Stamperia nel 1871.

⁶¹ E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., vol. II, p. 366 in nota e 367.

Osservava E. BRUSA, *Sul nuovo positivismo della giustizia penale. Riflessioni di un criticista che preferisce il vecchio*, Torino 1887, p. 26, che i positivisti non volevano sentir parlare di contraddittorio nella fase istruttoria poiché, tenuto conto della fiducia che doveva essere riconosciuta al giudice istruttore per la sua imparzialità, «sarebbe fargli un grave torto permettere alla difesa dell'imputato l'assistenza» agli atti di istruzione.

⁶² E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., vol. II, p. 366 in nota e 367.

⁶³ Alludo ai contributi di A. GARAPON, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, ed. it. a cura di D. BIFULCO, Milano 2007; S. ANDRINI, *Le miroir du réel. Essais sur l'esthétique du droit*, Paris 1997; M. STRAZZERI, *Il teatro della legge. L'enunciabile e il visibile*, Bari 2007.

Sembra che la riflessione sociologica e filosofica moderna abbia smarrito il filo del raccordo con la cultura illuminista che concepiva le forme processuali come garanzia contro l'arbitrio del giudice e si perda così nei labirinti di uno sterile gioco letterario presentando il rito come è nelle deviazioni delle prassi da cui affiora il simbolismo dell'imputato come capro espiatorio: su queste deformazioni vd. H. GARFINKEL, *Condizioni di successo delle cerimonie di degradazione*, in E. SANTORO, *Carcere e società liberale*, Torino 1998, p. 272.

temporanea rinvii a fonti del Settecento europeo ed è persino ignorato il contributo di *Dei delitti e delle pene* alla teoria delle forme del processo.

Beccaria mette in primo piano il profilo della *necessità* del rituale giudiziario come aspetto connaturale alla funzione stessa del giudicare. Ciò che del processo appare all'esterno non è orpello o sovrastruttura. È intimamente compenetrato nell'esercizio della giurisdizione.

E sulla ragion d'essere dei cerimoniali giudiziari il suo pensiero è strettamente correlato al principio di legalità: essi «niente lasciano all'arbitrio dell'amministratore». Il procedere nelle forme regolate dalla legge è garanzia oggettiva della prevenzione dei soprusi.

Le forme processuali inoltre – osserva ancora con grande sensibilità Beccaria – «danno l'idea al popolo di un giudizio non tumultuario ed interessato, ma stabile e regolare» e quindi rassicurano i cittadini che non vi sono deviazioni contro o a favore dell'inquisito ancor prima e indipendentemente dalla decisione che sarà resa nota con la sentenza⁶⁴.

Infine conclude Beccaria, con una notazione da profondo conoscitore dell'animo umano, il rituale giudiziario è efficace in quanto colpisce l'immaginazione, ben al di là della soglia della razionalità, della gente comune, propensa più ad adeguarsi a schemi reiteratamente riproposti che a formarsene dei nuovi⁶⁵.

L'esame dell'estetica giudiziaria si chiude con una considerazione in chiave di tutela giuridica del bene primario del processo: la ricerca della verità. Le forme processuali non possono risolversi nella creazione di lacci e barriere capaci di nuocere ai fini dell'accertamento dei fatti. L'indagine processuale sui reati è, a seconda dei casi, o troppo semplice o troppo complessa. Di qui l'esigenza di dare supporto all'esito del processo mediante «qualche esterna pompa» che assicuri il consenso popolare⁶⁶.

Al di là del linguaggio che appare a volte poco lineare, il filosofo lombardo enuncia un principio di grande importanza per la dottrina processuale moderna. Le forme del processo sono necessarie per garantire la legalità e il consenso dei cittadini ai modi di esercizio della giurisdizione, ma non possono soffocare i

⁶⁴ Nella tradizione di *common law* questo principio, considerato espressione della *natural justice*, è racchiuso nella formula «justice must not only be done, it must also be seen to be done». Sul punto R. v. Sussex, ex parte Mc Carthy ([1924] 1 KB 256, [1923] All. ER Rep. 233) nonché la famosa sentenza della House of Lords sul caso Pinochet: R. v. Bow Street Metropolitan Magistrate, ex Parte Pinochet Ugarte, 17 December 1998, [1999] UKHL52.

⁶⁵ Così si esprime Beccaria: le forme del processo sono necessarie «perché sugli uomini imitatori e schiavi dell'abitudine fanno più efficace impressione le sensazioni che i raziocinii».

⁶⁶ La formulazione letterale del pensiero di Beccaria è la seguente: le forme processuali «senza un fatale pericolo non possono mai dalla legge fissarsi in maniera che nuocano alla verità, la quale, per essere troppo semplice o troppo composta, ha bisogno di qualche esterna pompa che le concilii il popolo ignorante».

congegni necessari ad accertare il fatto perché ne deriverebbe la perdita di efficacia dell'accertamento così come il venir meno del consenso popolare.

5. *La libertà personale «carissima all'illuminato legislatore»: legalità, stretta necessità, minima coercizione temporale e modale. La reazione positivista: la libertà dell'imputato «perenne minaccia alla pubblica sicurezza»*

Le pagine dedicate alla libertà personale dell'inquisito sono tra i gioielli dell'opera di Beccaria, appena al di sotto, per intensità di forza innovativa, a quelle su pena di morte, tortura e dolcezza delle pene. L'interesse del filosofo è interamente rivolto alle riforme, che sono delineate con una lucida messa a punto dei principi su cui costruire un sistema idoneo a garantire la più efficace protezione del cittadino. Benché disseminata in differenti paragrafi del libro, la trama del suo messaggio è così nitida e ben strutturata da offrire una piattaforma concettuale di impressionante modernità.

L'illuminista milanese colloca anzitutto in una posizione di primissimo piano la libertà personale definendola «carissima all'uomo, carissima all'illuminato legislatore»⁶⁷. E ribadisce con perentorietà il rilievo di questo valore: «non vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che, in alcuni eventi, l'uomo cessi di essere persona e diventi cosa»⁶⁸.

Poste in tal modo le fondamenta della libertà come diritto dell'uomo, *Dei delitti e delle pene* delinea la nozione di misura coercitiva in una chiave cristallina e neutra: «la carcere è dunque la semplice custodia d'un cittadino finché sia giudicato reo»⁶⁹. C'è *in nuce* la consapevolezza della provvisorietà e strumentalità del provvedimento custodiale rispetto all'esito del giudizio sulla responsabilità.

In ordine logico la regola primaria fissata da Beccaria è quella della legalità. Il pericolo dell'arbitrio e del dispotismo dei giudici lo induce a privilegiare la tassatività nella disciplina legislativa di quei presupposti che modernamente riconduciamo al *fumus* della misura cautelare. Poiché è un errore «lasciare arbitro il magistrato esecutore delle leggi d'imprigionare un cittadino» e la «prigionia è una pena che per necessità deve, a differenza di ogni altra, precedere la dichiarazione del delitto», occorre che «la sola legge determini i casi nei quali un uomo è degno di pena»⁷⁰. Ciò significa che spetta alla legge persino elencare gli

⁶⁷ *Dei delitti e delle pene*, § XL *False idee di utilità*.

Sul punto vd. l'efficace sintesi di M. PISANI, *Attualità di Cesare Beccaria*, cit., p. 23.

⁶⁸ *Dei delitti e delle pene*, § XX *Violenze*.

⁶⁹ Ivi, § XIX *Prontezza della pena*.

⁷⁰ Ivi, § XXIX *Della cattura*.

indizi del delitto dai quali può scaturire la custodia del reo (pubblica fama; fuga; confessione stragiudiziale; confessione di un complice; minacce costanti; inimicizia con l'offeso; corpo del delitto).

Beccaria ripudia la discrezionalità insita nei provvedimenti dei magistrati che «sono sempre opposti alla libertà politica quando non siano proposizioni particolari di una massima generale esistente nel pubblico codice»⁷¹. Fedele all'insegnamento di Montesquieu, il filosofo lombardo ritiene che anche la valutazione della natura attenuata o grave di un delitto debba dipendere dalla «cieca e imparziale legge, non dalla pericolosa e arbitraria prudenza dei giudici»⁷².

Si intuisce subito come la dialettica tra legalità e discrezionalità in materia di misure cautelari personali sia di grande attualità per l'esperienza processuale contemporanea. Nel nostro Paese dopo il codice del 1989 che aveva costruito un sistema apparentemente rigido in materia di misure cautelari personali per eliminare o circoscrivere la discrezionalità in sede applicativa, una prima correzione legislativa si è resa necessaria ed è stata attuata con la legge n. 332/1995 che ha cercato di impedire gli straripamenti della prassi nella interpretazione delle esigenze cautelari. Peraltro solo dopo che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha imposto all'Italia con la sentenza Torreggiani del 2013 di ridurre il sovraffollamento delle carceri anche con riguardo agli imputati in custodia cautelare, il legislatore è corso ai ripari mediante modifiche che hanno introdotto sbarramenti più ampi nell'uso delle misure coercitive (art. 280 c.p.p.)⁷³.

Difficile negare che il recente orientamento del sistema italiano sia nella direzione di una espansione dell'area riservata al legislatore con conseguente riduzione degli spazi di discrezionalità⁷⁴, proprio come auspicato dal grande filosofo milanese.

Al di là del principio di legalità, *Dei delitti e delle pene* pone l'accento su una ulteriore regola: «la privazione della libertà personale essendo una pena, essa non può precedere la sentenza se non quando la necessità lo chieda». E precisa meglio: «la strettezza della carcere non può essere che la necessaria, o per impedire la fuga, o per non occultare le prove dei delitti»⁷⁵.

È dunque compito del legislatore disciplinare la materia in base al principio

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Ivi, § XXXIV *Dei debitori*, a proposito del delitto del debitore fallito.

⁷³ Vd., rispettivamente, la legge 9 agosto 2003, n. 94, che ha modificato l'art. 280 c. 2 c.p.p. elevando da 4 a 5 anni il tetto della pena che autorizza, sul piano della proporzionalità, la misura della custodia cautelare in carcere, nonché la legge 11 agosto 2014, n. 117, che ha inserito nell'art. 275 c. 2 bis c.p.p. la previsione che impone di escludere la custodia in carcere quando il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva non sarà superiore a tre anni.

⁷⁴ Sul punto rinvio al mio *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in *Cass. Pen.*, LIV (2014), p. 13.

⁷⁵ *Dei delitti e delle pene*, § XIX *Prontezza della pena*.

di stretta necessità in modo che il giudice sia vincolato a casi tassativi e per finalità che non possono essere diverse dall'esigenza di fronteggiare il pericolo di fuga ovvero il rischio di inquinamento delle prove.

Infine, viene affrontata la tematica delle modalità e dei tempi della custodia in carcere, un capitolo in cui Beccaria esprime tutta la sua indignazione e dà sfogo all'ardore del suo sentimento umanitario. Anzitutto prendendo spunto dalle condizioni esibite dalle procedure del suo tempo in cui la «prigione è piuttosto un supplizio che una custodia del reo» al punto che «si gettano confusi nella stessa caverna gli accusati e i convinti»⁷⁶. Poi passa al piano progettuale osservando che la custodia «essendo essenzialmente penosa, deve durare il minor tempo possibile e dev'essere meno dura che si possa»⁷⁷.

C'è tutto quanto basta a fissare il traguardo di un sistema in cui il trattamento dell'inquisito in carcere sia diverso da quello del condannato e limitato nel tempo per non trasformarsi in una anticipazione della pena.

Come è evidente, il pensiero di Beccaria esibisce una tavola di valori così ricca e completa da apparire come una enunciazione anticipatrice di quanto sancito dall'art. 13 della nostra Costituzione. Certo, i nostri costituenti non hanno tratto diretta ispirazione dall'opera dell'illuminista milanese, ma legalità, stretta necessità e minima coercizione temporale e modale coincidono con la riserva di legge, la tassatività e l'inviolabilità dettate dalla norma costituzionale. Il percorso che ha portato all'art. 13 Cost. trae origine dalla reazione all'esperienza fascista e dall'*humus* delle culture liberale, socialista e cattolica. Certo è però che la convergenza non può che corroborare ulteriormente la straordinaria capacità dell'autore di *Dei delitti e delle pene* di progettare un moderno sistema di giustizia penale.

Tornando al confronto tra le due culture, il pensiero della Scuola positiva mette subito in evidenza una fin troppo scontata marginalità della libertà personale, bruciata dalla «sacra fiamma» della difesa sociale⁷⁸ che alimenta la dottrina di Enrico Ferri e dei suoi seguaci. Osserva Luigi Lucchini nella polemica con gli esponenti del nuovo indirizzo penalistico: nella libertà personale dell'imputato essi non vedono che una «perenne minaccia alla pubblica sicurezza»⁷⁹.

La proposta della nuova scuola nel senso della maggior estensione del carcere preventivo e della diminuzione dei casi di libertà provvisoria⁸⁰ confermano

⁷⁶ Ivi, § XXIX *Della cattura*.

⁷⁷ Ivi, § XIX *Prontezza della pena*.

⁷⁸ Vd. L. LUCCHINI, *I semplicisti*, cit., p. 251.

⁷⁹ *Ibidem*.

Sulla tendenza dei positivisti a privilegiare esigenze di prevenzione sociale in tema di custodia cautelare vd. L. LACCHE', *La giustizia per i galantuomini. Il dibattito sul carcere preventivo (1865-1931)*, Milano 1990, p. 133.

⁸⁰ Vd., ad esempio, G. ALBANO, *Carcere preventivo e libertà provvisoria*, in *Scuola pos.*, I

che il positivismo criminale rappresenta una radicale alternativa all'indirizzo penalistico che dall'illuminismo di Beccaria sfocia nella cultura liberale dei giuristi dell'Italia postunitaria e non costituisce certo l'«aggiornamento» sul piano scientifico dei valori acquisiti da quest'ultima.

6. *L'opzione di Beccaria per il giurì che «giudica per sentimento» e l'avversione della Scuola positiva nei confronti dei laici non tecnici*

C'è un ulteriore terreno di conflitto, tra i numerosi che caratterizzano la dialettica tra le due correnti, che assume un rilievo particolarmente significativo.

È ben noto che nel discutere il tema della prova e del convincimento del giudice, Cesare Beccaria aderisce con entusiasmo all'istituto della giuria divenuto ben presto la bandiera della cultura giuridica illuminista, affascinata dal modello britannico per la sua forza di contrapposizione al sistema giudiziario continentale imperniato sulla magistratura professionale ritenuta prevaricatrice e corrotta⁸¹.

È anzitutto un problema di filosofia della conoscenza ad attrarre l'autore di *Dei delitti e delle pene*: «la morale certezza di prove è più facile il sentirla che l'esattamente definirla». C'è nella *moralis certitudo* di Beccaria un'aura di indeterminazione che fa pensare alla intuizione, anche se il convincimento viene poi ricondotto ad una forma di probabilità tale da raggiungere la soglia della certezza perché «ogni uomo di buon senso vi acconsente necessariamente per una consuetudine nata dalla necessità di agire»⁸².

È la dottrina del senso comune che sta al centro della filosofia dell'illuminismo scozzese. Ancor più esplicitamente essa viene ripresa dal pensatore lombardo là dove conclude che, per giudicare del risultato delle prove, si richiede soltanto «un semplice e ordinario buon senso»⁸³. La fiducia nella ragione

(1891), p. 426, che si schiera contro i limiti della custodia cautelare e a favore dei divieti di libertà provvisoria; R. GAROFALO, *La detenzione preventiva*, in *Scuola pos.*, II (1892), p. 199, il quale, nell'escludere la presunzione di innocenza, ritiene che «molte volte il giudizio è anticipato e la condanna pronunciata dal tribunale della pubblica opinione»; E. FLORIAN, *Il carcere preventivo e la scuola positiva*, in *Scuola pos.*, VII (1897), p. 342, secondo cui «il carcere preventivo viene considerato come il corrispettivo dei sospetti legittimi destando dall'imputato». Florian confuta il *favor libertatis* di Beccaria sostenendo che, a fronte del diritto dell'imputato a non essere trattato come colpevole prima della sentenza di condanna, «sorge forte e gagliardo il diritto della società alla conservazione di sé» che deve prevalere (p. 344).

⁸¹ Sul fermento di idee che ha condotto al trapianto della giuria nel continente europeo rimane fondamentale il contributo di A. PADOA SCHIOPPA, *I philosophes e la giuria penale*, in *Nuova rivista storica*, LXX (1986), p. 154s.

⁸² *Dei delitti e delle pene*, § XIV *Indizi e forme di giudizi*.

⁸³ *Ibidem*.

alimenta la persuasione circa la razionalità del conoscere in sede processuale da parte del cittadino non esperto della tecnica giudiziaria.

Il “sentimento” del giurato, che oscilla tra la folgorazione intuitiva del semplice accostamento alla prova e la razionalità che sfocia nel giudizio di probabilità, garantisce la correttezza dell’opzione per il giurì: «io credo ottima legge quella che stabilisce assessori al giudice principale, presi dalla sorte e non dalla scelta perché in questo caso è più sicura l’ignoranza che giudica per sentimento che la scienza che giudica per opinione»⁸⁴.

Al di là del discorso svolto sul piano gnoseologico, c’è però anche una scelta politica. Il buon senso del giurato è «meno fallace che il sapere di un giudice assuefatto a voler trovare rei e che tutto riduce a un sistema fattizio imprestato dai suoi studi»⁸⁵. A dominare è la diffidenza politica verso la magistratura professionale e la sua “scienza” che con l’interpretazione tradisce la volontà generale ispiratrice della legge penale⁸⁶.

Beccaria ritiene infine che la giuria consenta di rendere effettivo il principio di uguaglianza perché ogni uomo è giudicato dai suoi pari. L’imperativo è ineludibile: «dove si tratta della libertà e delle fortune di un cittadino, debbono tacere quei sentimenti che ispira la disuguaglianza; e quella superiorità con cui l’uomo fortunato guarda l’infelice e quello sdegno con cui l’inferiore guarda il superiore, non possono agire in questo giudizio»⁸⁷.

Gnoseologia del senso comune, diffidenza politica, giustizia dei pari. Sono questi i pilastri che per l’illuminista lombardo sorreggono l’edificio della giuria. Ed è proprio questo impianto concettuale a suscitare l’avversione dei positivisti.

Una corrente che puntava sul giudice penale come tecnico esperto di antropologia, psicologia e sociologia non poteva certo guardare con favore una istituzione come la giuria imperniata sul primato del senso comune. Né poteva essere condivisibile la preoccupazione per la prevenzione da parte dei giudici in un orientamento culturale che, al contrario, vedeva incarnarsi nei giurati una troppo facile inclinazione assolutoria tale da lasciare sguarnita di difesa la società nei confronti della «dilagante delinquenza». Quanto poi all’ugualitarismo della giustizia dei pari, esso era del tutto incomprensibile per studiosi che avevano

Il filosofo scozzese THOMAS REID aveva pubblicato proprio nel 1764 una *Inquiry into the Human Mind on the Principles of Common Sense*. Sulle riflessioni di Beccaria con P. Verri con riguardo alle indagini degli scozzesi, vd. F. VENTURI, voce *Beccaria, Cesare*, in *Dizionario biografico degli italiani*, 1970.

⁸⁴ *Dei delitti e delle pene*, § XIV *Indizi e forme di giudizi*.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ Sul punto rinvio alla analisi svolta in *Giustizia popolare, garantismo e partecipazione*, in *I giudici senza toga*, Milano 1979, p. 1s.

⁸⁷ *Dei delitti e delle pene*, § XIV *Indizi e forme di giudizio*.

costruito il processo come laboratorio terapeutico cui sottoporre l'uomo delinquente⁸⁸.

Purtroppo il coro della avversione positivista preparò il terreno alla eliminazione della giuria, intervenuta con la riforma fascista del 1930. Del resto, come ebbe puntualmente a rilevare Enrico Ferri, proprio «la insopprimibile necessità della difesa sociale contro il delinquente» fu la ragione fondamentale della convergenza tra positivismo penale e dottrina fascista⁸⁹.

Così non solo l'attacco alla giuria, ma anche le bordate lanciate contro la presunzione di innocenza e la tutela della libertà personale hanno spianato la strada all'imporsi della concezione autoritaria del codice Rocco, che ha spento persino le timide aperture garantistiche contenute nel codice processuale Finocchiaro Aprile del 1913⁹⁰.

Se Enrico Ferri esibisce, come abbiamo visto, una «venerazione riconoscente» verso Cesare Beccaria pur continuando a portare avanti un programma di riforme processuali agli antipodi di quello contenuto in *Dei delitti e delle pene*, Alfredo Rocco dismette la maschera del culto e respinge la dottrina illuminista che considerava l'autorità «come insidiosa sopraffattrice del singolo»⁹¹. È ormai

⁸⁸ È significativo che fin dal suo primo numero (1891) la rivista *Scuola Positiva* abbia pubblicato un articolo di R. GAROFALO, *Sull'abolizione dei giurati*. Sullo stesso periodico si insiste poi continuamente «sulle bestialità commesse dai giurati» (nota non firmata *Ancora e sempre gli spropositi dei giurati*, in *Scuola pos.*, I [1891], p. 233) e si fa leva sulle critiche espresse dalla magistratura (A. RIGHI, *Il giurì nei discorsi dei Procuratori generali*, in *Scuola pos.*, 1895, p. 53) per esprimere all'inizio del Novecento, nel corso dei lavori preparatori del codice processuale entrato in vigore nel 1913, un orientamento favorevole alla istituzione in assise del collegio misto di togati e giudici popolari (vd. A. MOSCHINI, *Il giudizio per giurati*, in *Scuola pos.*, XI [1901], p. 212).

Nel senso della urgenza di una profonda riforma dei giurati vd. anche F. MANDUCA, *La giuria nel momento presente*, in *Scuola pos.*, VI (1896), p. 610 e A. ANGIOLINI, *Recenti studi sul giurì*, in *Scuola pos.*, VI (1896), p. 618.

⁸⁹ E. FERRI, *Fascismo e Scuola Positiva nella difesa sociale contro la criminalità*, in *Studi sulla criminalità*, 3^a ed., Torino 1929, pp. 696-737.

Sulle affinità di alcune mete dell'indirizzo positivista con il «pathos giustizialista del regime» vd. M.N. MILETTI, *Ritorno all'inquisizione. Scuola positiva e pulsioni autoritarie nel processo penale italiano*, in *Diritto penale XXI secolo*, X, n. 2, 2011, pp. 483-490.

⁹⁰ Per l'influenza della Scuola positiva sulla riforma di Alfredo Rocco, prescindendo peraltro dal versante processuale, vd. G. NEPPI MODONA, *Diritto penale e positivismo*, cit., p. 57, secondo cui alcuni dei suoi principi «sono divenuti patrimonio della cultura penale». Al contrario, M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti*, cit., p. 631 anche nt. 85, svuota di rilevanza l'apporto della cultura positivista nel codice penale del 1930.

⁹¹ Alfredo ROCCO, *Relazione al progetto preliminare di un codice di procedura penale*, Roma 1929, p. 7.

Da rilevare che in questo passo della Relazione Alfredo Rocco usa la locuzione «sentimentalismo aberrante e morboso» verso i delinquenti che replica quasi alla lettera il modulo espressivo denigratorio nei confronti del garantismo coniato dai positivisti: sul punto vd. L. GARLATI, «Contro il sentimentalismo». *L'impianto inquisitorio del sistema delle prove nel c.p.p. del 1930*, in *Criminalia*, 2012, p. 182.

tempo di edificare il sistema penale del nuovo regime che esclude in radice i diritti di libertà e di difesa ripudiando l'ideologia fondante dello Stato liberale. L'immagine di Beccaria viene staccata dall'album dei padri nobili della scienza penalistica

OLTRE BECCARIA? LE PROPOSTE DELLA CRIMINOLOGIA TRA OTTO E NOVECENTO

Michele Pifferi

SOMMARIO: 1. Beccaria criminologo? – 2. La legalità processuale e i poteri ‘restituiti’ al giudice. – 3. Il ruolo del giudice nel processo penale criminologico. – 4. Penologia e contraddizioni con lo stato di diritto: dalla legalità alla giurisdizionalità della pena.

1. *Beccaria criminologo?*

Nel 1954 Robert Harvey Gault, capo redattore del *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, annuncia sulla prima pagina della rivista la pubblicazione di una serie di articoli dedicati ai «Pioneers in Criminology», con lo scopo di divulgare il pensiero dei padri fondatori della criminologia e analizzarne l’influenza nella cultura giuridica americana¹. Tra gli undici ‘pionieri’ scelti figura anche Cesare Beccaria, il cui profilo è affidato a Elio Monachesi². Le idee del giurista lombardo, scrive il direttore del Dipartimento di Sociologia del Minnesota, sembrano ormai un dato acquisito nel mondo moderno, e tuttavia occorre ricordare come proprio le sue critiche alla barbarie e all’umanità del diritto criminale abbiano avuto un ruolo fondamentale nel formare le attuali pratiche penali. Non è, dunque, un’esagerazione considerare l’opera di Beccaria «as being of primary importance in paving the way for penal reform for approximately the last two centuries», considerando che nel suo libro sono proposte «practically all of the important reforms in the administration of criminal justice and in penology which have been achieved in the civilized world since 1764»³.

¹ GAULT 1954. Sull’utilità della ricerca storica di tale *Series*, cfr. JEFFERY 1959, p. 3, secondo il quale, pur riconoscendo le profonde differenze tra scuola classica e positiva, «Twentieth century criminology is a product of the theories of the eighteenth and nineteenth centuries».

² MONACHESI 1955. Gli altri dieci sono Raffaele Garofalo, Willem Adriaan Bongers, Stanley Hall, Gustav Aschaffenburg, Dorado Montero, John Wigmore, Raymond Saleilles, Isaac Ray, Cesare Lombroso e Gabriel Tarde.

³ Ivi, pp. 448-449.

L'ascrizione di Beccaria tra i fondatori della criminologia e della penologia moderna rinvia, in primo luogo, ad un problema terminologico-concettuale: le definizioni di tali due ambiti del sapere (giuridico, ma non solo) non furono univoche al momento della loro genesi e una certa ambiguità ha contraddistinto il loro sviluppo e la loro interpretazione storiografica. Nel 1838 Francis Lieber conia il termine 'penology', definendola come quella scienza che, riducendo a coerente e rigoroso sistema il variegato insieme di regole riguardanti la pena individuandone i soli principi essenziali, «will necessarily treat of punishment theoretically, practically and historically; of its relation to the political community as well as to the psychologic state of the offender»⁴. In realtà, scrive Frederick Howard Wines nel 1895, «the limits of penology are incapable of exact definition»⁵, poiché abbraccia, in pratica, «all knowledge which has man for his subject or object» ed in particolare tutte le indagini filosofiche in tema di *prison question* che cercano di spiegare l'attività umana, individuale o sociale, nelle sue origini e conseguenze. Più specificamente, continua Wines, i nuovi studi sul criminale che ne analizzano i caratteri ereditari e lo sviluppo biologico, nel tentativo di trovare efficaci metodi di riforma del detenuto che superino gli insuccessi dei modelli auburniano, filadelfiano e di Elmira, hanno assunto il nome di *criminology* e *criminal anthropology*⁶.

Per coloro che, tra fine Ottocento e inizio Novecento, si considerano esponenti del movimento criminologico, la figura di Beccaria è ambigualmente considerata il simbolo dell'ideale riformista dell'Illuminismo e l'espressione paradigmatica di un modello teorico da superare. Se, come nel caso di Maurice Parmelee, si afferma che il libro del 1764 rappresenta il momento genetico della scuola classica cui va riconosciuto il merito di aver fondato la «science of criminology», occorre però precisare che a fine Ottocento il contributo delle scienze biologiche, dell'antropologia e della sociologia criminale, ha portato allo sviluppo di una «new science of criminology», la quale non rinnega i principi fondamentali di umanità e legalità della pena affermatasi a partire da Beccaria, «but it may modify in certain respects the way in which these latter principles are to be applied»⁷. Se, infatti, il pensiero di Beccaria ha avuto il merito di influenzare le

⁴ LIEBER 1838, p. iii.

⁵ WINES 1895a, p. 4.

⁶ PARMELEE 1918, p. 4, definisce così la criminologia: «Criminology is not one of the fundamental sciences, but is a hybrid product of several sciences. Zoology, anthropology, history, and sociology contribute to the description of the nature, origin, and evolution of crime. Meteorology, demography, and the special social sciences, such as economics, politics, etc., contribute to the analysis of the environmental causes of crime. Anatomy, physiology, psychology, and psychiatry furnish the facts and methods for the study of the traits and types of criminals. Comparative jurisprudence and law contribute to the study of the penal treatment of crime and the criminal. Consequently, many scientific methods are applied in criminological research».

⁷ PARMELEE 1908, pp. 3-4.

codificazioni penali liberali nel ridurre l'indiscriminato arbitrio del giudice di Antico Regime, sottoponendo ogni provvedimento penale alla rigida predeterminazione della legge, la nuova scienza non pretende che il trattamento del criminale sia indipendente dalla legge, ma «would replace the rigid regulation of the law by more flexible and scientific standards, which will permit of the individualization of punishment»⁸.

Nello stesso senso Frederick Howard Wines intitola un suo scritto del 1904 *The New Criminology*, per segnare la distanza tra il *nuovo* approccio riabilitativo proteso alla riforma del criminale attraverso un «expert treatment»⁹ flessibile e personalizzato, e il *vecchio* modello strettamente legalistico post-illuminista, retributivo e basato su una pretesa (ed illusoria) proporzionalità tra reato e pena, che era stato tratteggiato nel *Dei delitti e delle pene* e poi legislativamente attuato nella Francia rivoluzionaria. Il fallimento della vecchia criminologia, se così la si vuol chiamare, apre la strada a quella nuova, votata allo studio del delinquente, del suo contesto sociale, della sua condizione psico-antropologica. Nelle fonti criminologiche Beccaria rappresenta, per un verso, il fondatore delle scienze criminologica e penologica grazie alla sua definitiva critica della criminalistica medievale e all'avvio di una riflessione filosofico-giuridica sulla funzione della pena, i diritti dell'imputato e del reo, la legittimità e i limiti dell'intervento punitivo dello stato, la riforma penitenziaria; per altro verso, invece, costituisce l'iniziatore della scuola liberale classica che ha ormai «chiuso il glorioso ciclo scientifico»¹⁰ e della quale il positivismo criminologico propone un deciso superamento. Nella ricostruzione storico-evoluzionista di Puglia, Beccaria è il campione del risorgimento penale dei tempi moderni che getta «le fondamenta delle più serie ed indispensabili riforme», ma i progressi avviati dal *Dei delitti e delle pene* e dalla Rivoluzione Francese «non sono gli ultimi a cui abbia potuto arrivare la scienza del diritto e del procedimento penale, perocchè radicali riforme nelle leggi, si reclamano da per tutto, e nuove dottrine pullulano dirette a stabilire principi più solidi, idee più positive intorno ai delinquenti, al delitto, alla pena ed al procedimento penale a fine di ottenere una giustizia criminale più compiuta e nel tempo stesso più conforme al movimento scientifico dell'età nostra»¹¹.

Ambiguità che si ritrova anche nella storiografia. Alcune interpretazioni pongono l'accento sulla visione pre-sociologica del rapporto tra crimine e organizzazione sociale, sull'ostilità alla dottrina del libero arbitrio e sul determinismo del pensiero beccariano, tanto da vedere nel *Dei delitti* «a very rudimentary at-

⁸ *Ibidem*.

⁹ WINES 1904, p. 14.

¹⁰ FERRI 1900, p. 5.

¹¹ PUGLIA 1882, pp. 129, 132, 202.

tempt to forge some key concepts of an embryonic criminology»¹². Le riflessioni sul delinquente e sulle cause del crimine, l'accento a una classe pericolosa di criminali, sommate alla nozione di delitto, segnerebbero dunque un passaggio dalla riduttiva prospettiva di come punire l'*homo poenalis* ad un più comprensivo interesse di tipo 'criminologico' per la situazione dell'*homo criminalis*¹³. Altre letture, pur evidenziando le contraddizioni teoriche interne al trattato e l'intreccio tra utilitarismo e retributivismo¹⁴, affermano che l'importanza del libro di Beccaria non va ricercata tanto nella sua logica, quanto nel suo spirito liberale. Coloro che si considerano *liberals*, infatti, condividono sia il generale umanesimo beccariano a favore di pene più miti sia l'assunto utilitarista che l'inflizione di dolore e sofferenza sui criminali sia di per sé un male, da evitare o minimizzare ove possibile. In questo senso il 'mito' di Beccaria è andato ben oltre i veri contenuti del *Dei delitti*, animando l'ideale riabilitativo e il modello penologico trattamentale di fine Ottocento. Secondo tale lettura le stesse contraddizioni del pensiero beccariano, infatti, si riproporrebbero, ed anzi si accentuerebbero, negli argomenti dei sostenitori del correzionalismo: alle giustificazioni utilitaristiche che, da Beccaria a Bentham, difendono la pena minima, si affiancano le ragioni deterrenti e preventive che legittimano, invece, un intervento imponente dello stato nelle politiche criminali¹⁵. Anche in questo caso non ci sarebbe una contrapposizione tra Beccaria e le correnti criminologiche, ma, piuttosto, una possibile continuità.

Per quanto la ricerca di una 'genealogia' della scienza criminologica possa far risalire a Beccaria il momento fondativo, sembra troppo forzato retrodatare alle pagine del *Dei delitti* idee e metodi che si sarebbero compiutamente affermati solo nell'ultimo trentennio del XIX secolo. Pur nella varietà di approcci meto-

¹² BEIRNE 1991, p. 810.

¹³ Se si mette in evidenza il contributo di Foucault allo svelamento del «dark side of Beccaria's treatise» (cfr. HARCOURT 2014, p. 59), la 'dolcezza delle pene' viene considerata una strategia punitiva che va al di là dell'afflato umanitario ed esalta invece la costruzione di una «ragionevole estetica della pena» (FOUCAULT 1976, p. 115) da parte di un legislatore 'abile architetto'. Beccaria è dunque inteso come l'espressione di una nuova 'economia della repressione' che non agisce più sul corpo ma sulla libertà del condannato. Lo stesso Foucault, però, in *La verità e le forme giuridiche* (1997, p. 135) coglie la netta distanza che separa Beccaria dalla criminologia ottocentesca: «il grande principio della penalità era per Beccaria quello per cui non doveva esserci punizione senza una legge esplicita e senza un comportamento che esplicitamente violasse questa legge [...] Tutta la penalità del XIX secolo diviene un controllo, non tanto di quello che fanno gli individui – è conforme o no alla legge? –, ma di quello che possono fare, di quello che sono capaci di fare, di quello che sono inclini a fare, di quello che sono in procinto di fare. Così la grande nozione della criminologia e della penalità, verso la fine del XIX secolo, è stata la scandalosa nozione, in termini di teoria penale, di *pericolosità*».

¹⁴ Sul punto cfr. YOUNG 1983.

¹⁵ Così NEWMAN, MARONGIU 1990, specie pp. 340-344.

dologici e nell'elettismo teorico, dal più teorico positivismo scientifico europeo al più pragmatico riformismo penologico americano, la criminologia di fine Ottocento e inizio Novecento si pone consapevolmente in contrapposizione con quella che viene da allora definita scuola classica e di cui Beccaria rappresenta il fondatore. Definire 'criminologia' l'opera di Beccaria, così come di Voltaire, Bentham e Blackstone è dunque – sostiene Garland – «altogether misleading», poiché «their work is essentially the application of legal jurisprudence to the realm of crime and punishment, and it bears no relation to the 'human sciences' of the nineteenth century that were to form the basis of the criminological enterprise»¹⁶. I riformisti di fine Ottocento riconoscono a Beccaria, assieme a John Howard, il merito di aver avviato una radicale trasformazione del sistema carcerario: a differenza del contemporaneo inglese, non ha impegnato tutta la sua vita nello sforzo di migliorare le misere condizioni dei detenuti, «but he perhaps did even more for the world, in winning its ear and altering the whole current of its criminal jurisprudence»¹⁷. Il contributo delle scienze umane e sociali nello studio dell'uomo criminale, tuttavia, ha portato ad un cambio di paradigma¹⁸.

L'antitesi tra teoria classica e positivismo criminologico riguarda, come noto, i fondamenti del diritto punitivo, dal conflitto tra libero arbitrio e determinismo (biologico o sociale), alla funzione retributiva e deterrente o special-preventiva della pena, alla sostituzione del concetto di imputabilità con quello di pericolosità. In questo contributo si propone una sintetica analisi di come la criminologia abbia radicalmente modificato uno dei temi chiave del pensiero di Beccaria: quello dell'assoluta predeterminazione legale dei poteri del giudice non solo nel processo, ma anche nell'irrogazione della pena.

2. La legalità processuale e i poteri 'restituiti' al giudice

Il § IV del *Dei delitti e delle pene* sull'interpretazione delle leggi è sicuramente uno dei passi più fortunati del testo. Il giudice deve operare con un perfetto sillogismo avente nella legge la premessa maggiore e nel fatto la minore, e non può mai «consultare lo spirito della legge [...] argine rotto al torrente delle opinioni». È «l'errante instabilità delle interpretazioni» la causa dell'iniquità per cui «veggiamo gli stessi delitti dallo stesso tribunale puniti diversamente in diversi tempi». Solo, dunque, «quando un codice fisso di leggi, che si debbono osservare alla lettera, non lascia al giudice altra incombenza che di esaminare le

¹⁶ GARLAND 1985, pp. 14-15.

¹⁷ WINES 1895a, pp. 93-94.

¹⁸ WINES 1919, p. 270: «Modern humanitarian movements, beginning with Beccaria and John Howard, have tended to force attention more and more upon the individual, while Lombroso gave a pseudo-scientific prominence to him».

azioni de' cittadini, e giudicarle conformi o difformi alla legge scritta, quando la norma del giusto o dell'ingiusto [...] non è un affare di controversia, ma di fatto, allora i sudditi non sono soggetti alle piccole tirannie di molti». Il valore della certezza, la legalità sia della norma sia della pena, offrono al cittadino la garanzia di un giudizio imparziale, di una pena uguale per uguali reati perché rigidamente predeterminata dal legislatore. Neppure la quantità o la modalità della sanzione, in questo modo, potrebbero essere condizionate dal «punto di vista» del magistrato o essere «il risultato di una buona o cattiva logica di un giudice, di una facile o malsana digestione», né dipendere «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»¹⁹.

Queste pagine sono all'origine di una stretta legalità processuale che crede nella giustizia di una sanzione la cui commisurazione al reato sia prestabilita in modo generale e astratto dalla norma, così da evitare ogni possibile ineguaglianza, privilegio, disparità di trattamento sanzionatorio e abuso di pene arbitrarie. Il modello legalistico della pena proporzionata al reato, decisa dal giudice in base alla legge e rigorosamente eseguita senza alcun margine discrezionale da parte dell'autorità amministrativa negli istituti detentivi, domina l'Europa continentale a partire dal codice penale rivoluzionario del 1791 e dal codice penale napoleonico del 1810, ma viene accolto anche nella cultura giuridica inglese²⁰ e in quella nord americana, soprattutto grazie all'influenza esercitata da Beccaria su Thomas Jefferson²¹. Se il modello napoleonico di codificazione 'a pene fisse' attribuisce al legislativo il compito di stabilire astrattamente e in via generale la proporzione tra pena e colpa, la maggior parte delle legislazioni degli Stati americani fa gravare tale responsabilità sul giudiziario, seppur in misura variabile²², e comunque sempre entro i limiti predeterminati dalla legge.

Il ruolo (più o meno) meccanico del giudice nell'applicazione della sanzione rappresenta uno dei pilastri del classicismo penale di età liberale²³ ma si rivela,

¹⁹ BECCARIA 1984, pp. 36-37.

²⁰ Cfr. MILL 1824, p. 387: «This we may assume as an indisputable principle; that whatever punishment is to be inflicted, should be determined by the judge, and by him alone; that it should be determined by its adaptation to the crime; and that it should not be competent to those to whom the execution of the sentence of the judge is entrusted, either to go beyond the line which he has drawn, or to fall short of it».

²¹ Cfr. KONIG 2001.

²² WINES 1895b, specie p. 8. Cfr. anche LEWIS 1899, pp. 17-18: «Our penal codes assign imprisonment as a penalty for nearly every act they forbid, but by specifying a maximum and a minimum term, leave it to the trial judge to fix the duration of imprisonment within these limits according to his view of the criminal's deserts».

²³ Cfr. ad es. TUROTTI 1858, p. 52: «Non basta per la validità della pena, ch'ella sia giusta in sé medesima, ma fa d'uopo altresì che sia legale o giuridica. Ora, perché una pena sia riputata giuri-

tuttavia, un'illusione che mostra, già poco dopo la sua formalizzazione, di rendere il sistema punitivo eccessivamente rigido, non funzionale, ingiusto nel trattare indistintamente tutti i condannati allo stesso modo senza alcun riguardo alle condizioni personali del reo e alle circostanze del caso. L'introduzione con la legge 28 aprile 1832 in Francia della possibilità per il giudice di valutare le circostanze attenuanti e aggravanti è un primo riconoscimento dell'impossibilità di azzerare il potere interpretativo del giudice. L'annullamento di ogni spazio valutativo giudiziale auspicato da Beccaria è, scrive Cantù nel 1862, «un'altra delle esagerazioni, a cui lo portava il desiderio di riparar l'abuso che delle interpretazioni si faceva»: cento anni dopo le pagine del *Dei delitti*, continua lo storico brianzolo, c'è ancora chi «vorrebbe tolto ogni arbitrio ai giudici nel ponderare le circostanze del delitto, facendo la legge tale, che il giudice vi trovasse la sentenza già bella e formulata, e che ciascuno anche senza tribunali potesse *far il conto* della pena in cui incorre. Ma tali particolarità non potrebbero mai estendersi a tutti i casi, e abbracciar tutte le circostanze che introducono somma varietà nell'applicazione delle pene»²⁴.

Il principio beccariano secondo cui «le sole leggi possono decretar le pene su i delitti» e «una pena accresciuta al di là del 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»²⁵, diviene una regola costituzionale essenziale nello stato di diritto²⁶. La nuova criminologia critica duramente proprio tale assunto, attaccandone sia il fondamento teorico sia la pratica attuazione, e propone di restituire al giudice o, in alcuni casi, al potere amministrativo, un ruolo determinante. La convinzione che il legislatore ed il giudice possano prestabilire la giusta scala penale commisurando le sanzioni al grado di colpevolezza dell'agente e alla gravità del fatto «is as completely discredited, and is as incapable of a part in any reasoned system of social organization, as is the practice of astrology or the police against witchcraft»²⁷. Le cause del fallimento di legislatori e giudici consistono nel fatto

dica, esigonsi principalmente tre cose: 1° che la medesima sia prescritta dalla legge; 2° che sia pronunciata dal giudice; 3° che finalmente venga inflitta giusta le forme stabilite dalle leggi del regno»; per DEVINE 1981, p. 21, l'incarcerazione per un rigido periodo di tempo è uno delle «theoretical foundations of the new penal jurisprudence known today as classical criminology».

²⁴ CANTÙ 1862, p. 82, nt. 1.

²⁵ BECCARIA 1984, pp. 33-34.

²⁶ Cfr. in questo senso GLASER 1966, specie pp. 51-52.

²⁷ LEWIS 1899, p. 18. Per la durezza dell'invettiva merita di essere riportata una citazione più estesa: «This terrible indictment of the penal code in its traditional form has never been answered. It admits of no answer, and while many jurists and legislators still cling to the notion of graduated penalties, and strive in vain to develop it in harmonious systems of laws, while it defaces our statute-books, and its administration disgraces our courts, misnamed halls of justice, no intelligent man ventures to defend it as a principle. Its frightful inequalities, its tangled absurdities, its mis-

che entrambi hanno avuto come scopo quello di stabilire una proporzione matematica tra la colpevolezza di ogni reato e la pena appropriata, determinando una corrispondente misura della responsabilità e della sofferenza, «but no such common measure exists»²⁸. Il modello beccariano presuppone l'idea di umanità «comme un ensemble de types abstraits», tutti liberi e uguali e, di conseguenza, non ammette alcuna forma di individualizzazione giudiziaria che differenzi la sanzione in ragione della peculiarità dei casi e dei caratteri del condannato²⁹.

L'utopia di pene fisse per punire libertà identiche si dimostra però impraticabile e si ritiene necessario un graduale accrescimento dei poteri del giudice per stabilire una proporzione più esatta tra pena e responsabilità morale. È proprio questo uno dei temi chiave del riformismo criminologico, che, nel ripensare l'immagine beccariana del giudice bocca della legge, mette in discussione un caposaldo costituzionale dello stato di diritto liberale e richiede una complessiva ridefinizione dei rapporti tra poteri, dei limiti e delle garanzie nell'amministrazione della giustizia penale. Molto limitati ad inizio secolo, afferma Cuche, i *pouvoirs du juge* sono in continua espansione: se la legge del 1832 segna una tappa importante con l'estensione della valutazione della attenuanti a tutte le categorie d'infrazione, negli ultimi anni la tendenza legislativa è favorevole «à l'élargissement de l'initiative, et je puis presque dire de l'arbitraire du juge», come dimostra la legge sul *sursis* (*loi Bérenger* 26 marzo 1891) che sostanzialmente abolisce il minimo di pena e consente di sospenderne l'esecuzione con la condanna condizionale. In sostanza, secondo il giurista francese, «l'histoire moderne du droit pénal pourrait avoir un chapitre intitulé: l'abdication progressive du législateur entre les mains du juge, aujourd'hui cette abdication est presque entière»³⁰. Il legislatore del 1810, infatti, aveva adottato come fondamento della pena l'idea utilitarista della prevenzione collettiva attraverso l'intimidazione, e come misura della pena una reazione morale, ovvero la soddisfazione del sentimento di giustizia per mezzo di una pena proporzionata alla responsabilità: il suo errore, tuttavia, è stato credere «qu'il pouvait d'avance organiser cette satisfaction»³¹, mentre il compito e gli strumenti per poter misurare tale reazione devono appartenere all'autorità giudiziaria.

L'opinione di Cuche sintetizza uno dei punti programmatici del movimento criminologico, secondo il quale per poter individualizzare la pena e adeguare la sanzione (nel senso ampio di pena e di trattamento preventivo-educativo) al de-

leading and pernicious influence on the popular mind, would but be made more conspicuous and repulsive by any candid apologist».

²⁸ WINES 1904, p. 11.

²⁹ CUCHE 1905, p. 19.

³⁰ Ivi, p. 21.

³¹ Ivi, p. 22.

linquente e alla sua pericolosità, occorre inevitabilmente restituire al giudice quella discrezionalità che Beccaria (e dopo di lui tutto il classicismo penale) gli aveva tolto in modo assoluto. La stessa idea di Cuche l'aveva espressa qualche anno prima lo spagnolo Bernaldo de Quirós, secondo il quale le due principali conquiste della rivoluzione francese, la protezione del cittadino contro abusi del giudiziario e il controllo dei giudici attraverso leggi esplicite che misurassero e definissero tutto in modo da rendere l'attività del magistrato meccanica, «*va deshaciéndose*», poiché «*el arbitrio judicial gana lo perdido y se despoja de la antigua nota desfavorable, según el tipo del magistrado adquiere á la vez ciencia y conciencia*»³².

Considerate ormai acquisite alla cultura giuridica ed istituzionale di fine Ottocento le garanzie per le quali l'Illuminismo aveva lottato, la sfida della modernità penale è ora come ridare discrezionalità al giudice per poter individualizzare la pena in funzione special preventiva, senza tuttavia rinunciare alle garanzie individuali. Il problema dell'inquadramento costituzionale della funzione del giudice nel diritto penale 'in formazione' è considerato cruciale anche da Florian. Se nel sistema classico «condannare od *assolvere* erano le colonne d'Ercole del giudice»³³, ora le competenze non si esauriscono qui ma comprendono anche i provvedimenti imposti dalle ragioni della difesa sociale: dai surrogati della pena come la condanna condizionale³⁴, alle misure di sicurezza per prosciolti pericolosi come l'ordine di ricovero nei manicomi criminali³⁵, ai complementi di pena per i soggetti ancora temibili dopo l'esecuzione. Capire la qualificazione giuridica delle nuove funzioni giudiziali, «non è», precisa il giurista veneziano, «una quisquilia dottrinale o sottigliezza differenziale tra le varie funzioni dello Stato; bensì esso tocca, da un lato, la concezione fondamentale della pena e, corrispondentemente, della funzione del giudice, dall'altro, la concreta e diretta difesa sociale contro la delinquenza ed interessa altresì la libertà dei singoli»³⁶.

In realtà, ciò che nelle proposte della criminologia più si contrappone alle idee di Beccaria e mette in discussione l'assetto di poteri e garanzie costruito dal penale liberale, non è tanto la maggiore estensione dei poteri del giudice, ma il trasferimento di potere valutativo e decisionale, in merito alla durata e alle modalità esecutive della pena, in capo ad organi amministrativi. Ancora Cuche, infatti, precisa che il giudice è in grado di individualizzare la pena legale sotto l'in-

³² DE QUIROS 1898, p. 280.

³³ FLORIAN 1910, p. 737.

³⁴ L. 24 giugno 1904, n. 267.

³⁵ Art. 46 co. 2, C.P. Zanardelli.

³⁶ FLORIAN 1910, p. 738; cfr. anche FLORIAN 1914, p. 63, dove afferma che una delle conseguenze necessarie della concezione pubblicistica del processo penale sostenuta dai positivisti, orientata alla difesa della società, è «l'estensione dell'oggetto di esso e cioè della materia cui si applica la attività del giudice».

fluenza di considerazioni utilitarie e non di reazioni morali, solo nei confronti dei criminali più spietati e di quelli meno malvagi. Per i delinquenti più numerosi che non appartengono né all'una né all'altra delle opposte categorie, il giudice non ha altri criteri che la sua impressionabilità morale, l'intensità dell'allarme e del sentimento di rivolta provocati in lui dall'infrazione, che sono tutti riconducibili al carattere retributivo della pena. Se, invece, si vuole una pena che sia riabilitativa, capace di emendare il condannato in funzione della personalità individuale, è impossibile chiedere al giudice di effettuare una valutazione anticipata dei tempi necessari per la riforma del soggetto, «on abandonnerait ce soin à l'administration par une sentence indéterminée»³⁷. È, in sostanza, il cambio di paradigma punitivo invocato dal riformismo criminologico, da retributivo a preventivo-riabilitativo, il fattore che mette in crisi i fondamenti costituzionali del penale liberale, svela l'inconsistenza teorico-pratica del modello beccariano fondato sulla legalità della pena (il suo essere predeterminata, certa, uguale) e trasferisce in capo al giudiziario e, soprattutto, all'amministrativo, compiti e funzioni che prima erano rigorosamente riservati al legislativo. In questa auspicata trasformazione sta forse la ragione più profonda dello scontro tra teoria liberale e teoria criminologica (o, in altri termini, tra scuola classica e scuola positiva).

«La fixation judiciaire de la peine – afferma ancora Cuche – n'est plus désormais la dernière phase de la répression: il en est une autre qui commence avec l'exécution de la peine et qui peut aboutir à sa fixation administrative»³⁸: la nuova frontiera della penologia consiste nella ridefinizione dei ruoli, dei limiti e delle garanzie della fase esecutiva, da demandare, almeno per i criminologi, ad organi amministrativi. Tale ripensamento costituzionale della pena riguarda sia l'Europa sia gli Stati Uniti: «of the three coordinate branches of the government», afferma Frederick Wines nel 1904, «two have attempted to establish and secure penal justice, namely the legislature and the judiciary. Neither had succeeded. Obviously, the only remaining alternative is to impose this duty upon the executive department»³⁹. Il problema non è più, ripetono in coro i riformisti, architettare una macchina della giustizia penale che offra garanzie al cittadino contro i possibili abusi dell'esecutivo o gli arbitri del giudiziario, come al tempo in cui Beccaria scrisse il suo trattato. L'urgenza della modernità è, piuttosto, quella di difendere la società dai criminali, e lo strumento della prevenzione, che assume in questo senso una dimensione prioritaria, può essere più efficacemente gestito da organi amministrativi.

Per comprendere la distanza che separa l'eredità del pensiero di Beccaria dall'approccio criminologico basta leggere le pagine di Leon Radzinowicz scritte

³⁷ CUCHE 1905, p. 26.

³⁸ Ivi, p. 29.

³⁹ WINES 1904, p. 11.

in occasione della celebrazione del bicentenario del *Dei delitti e delle pene*. Secondo il criminologo polacco, fondatore nel 1959 dell'*Institute of Criminology* all'Università di Cambridge, il contrasto emerso tra la concezione di giustizia criminale di Beccaria e quella sviluppata dalla scuola positiva è tanto netto quanto il contrasto che differenziava Beccaria dal sistema che lo precedette. Se la dottrina di Beccaria fosse rimasta incontrastata, il diritto penale avrebbe certo continuato ad essere la Magna Carta del delinquente; esso, tuttavia, deve essere inteso anche nella sua funzione di difesa sociale e, se la prima concezione ponendo l'accento su «tradition» e «definition» può portare ad un approccio «formal and sterile», la seconda, con l'enfasi su «prevention and reformation» può invece produrre «social aggression and administrative interference to the point where the very concept of justice is jeopardised»⁴⁰. Tuttavia, continua Radzinowicz, se il sistema di diritto criminale fosse rimasto ancorato ai principi di Beccaria, praticamente tutte le conquiste penologiche dell'ultimo secolo «of which we are most proud would have been excluded»: non ci sarebbero state variazioni delle pene pecuniarie in relazione ai mezzi dell'offensore, né liberazione condizionale, né condanna condizionale, né libertà vigilata o *parole*, né metodi speciali per trattare i delinquenti minori, i recidivi e quelli affetti da malattie mentali. Tutte queste riforme, infatti, «clash with Beccaria's insistence that punishment should be equal for all, varying only with the objective gravity of the offence», sarebbero state incompatibili con la sua enfasi sulla determinatezza delle leggi penali e della loro esecuzione.

In termini di esistenza collettiva, il futuro – chiude il professore di Cambridge – dipende in gran parte dalla misura in cui i concetti di *rule of law* e di *social justice* saranno mescolati assieme «into a harmonious and workable whole»: per certi versi il messaggio di Beccaria deve, dunque, essere «re-affirmed», per altri, invece, deve essere «re-shaped»⁴¹. La testimonianza di un criminologo del calibro di Radzinowicz, attento studioso della storia del diritto penale e della criminologia, fa capire quanto l'eredità dell'illuminista lombardo sia stata «scomoda» per i novatori. Le distanze che separano la criminologia dal testo simbolo di Beccaria sono rilevantisime, ma il problema di non smantellare tutto l'impianto di garanzie che a partire da esso è stato costruito resta ineludibile. Nello spazio di questo contributo interessa offrire qualche riflessione sulle questioni suscitate, tra fine Ottocento e primi decenni del Novecento, dalla proposta del riformismo criminologico di ridistribuire i poteri legislativo, giudiziario e amministrativo in merito sia alla decisione della pena da infliggere, sia all'organizzazione della fase esecutiva, sulla quale ricadono molte delle responsabilità rieducative e preventive. Tali proposte, come vedremo, incidono profondamente anche sulla procedura penale.

⁴⁰ RADZINOWICZ 1966, p. 66.

⁴¹ *Ibidem*.

3. *Il ruolo del giudice nel processo penale criminologico*

La ‘scoperta’ del delinquente obbliga a ripensare il processo penale: servono strumenti, regole, prove, competenze per consentire al giudice di conoscere la personalità e la storia dell’imputato. Il ruolo del giudice non può più essere, evidentemente, quello di applicare semplicemente la legge, ma si amplia per poter soddisfare il nuovo scopo che la politica criminale assegna alla pena. Per riconfigurare i poteri giudiziari, l’ordinamento americano e quelli europei seguono due strade inizialmente molto diverse che tendono poi ad uniformarsi intorno agli anni Trenta del Novecento. Negli Stati Uniti, a partire da fine Ottocento, la scelta prevalente è quella del *biphasic trial*, ovvero di una netta separazione tra il processo vero e proprio che porta al verdetto di condanna, nel quale permangono tutte le consuete garanzie del *due process* (contraddittorio, *trial by jury*, regole probatorie), e la fase del *sentencing* nella quale, invece, il giudice cede il posto ad una commissione di esperti nelle discipline criminologiche, forniti delle necessarie conoscenze per una vera individualizzazione della sanzione. In questa tendenza il giudice quasi ‘scompare’ dall’esecuzione, non servendo più allo scopo riabilitativo-preventivo le sue competenze tecnico-giuridiche, mentre assume un ruolo dominante l’organo amministrativo. Dopo alcuni decenni di sperimentazione, tuttavia, la delusione per il funzionamento del *reformatory system* e per gli esiti dell’arbitrio concesso ai *prison boards*, induce anche la criminologia americana a riflettere sulla necessità di un controllo giurisdizionale nella fase del *sentencing*, o attraverso la costituzione di appositi tribunali a composizione mista nei quali ci sia anche un magistrato (*disposition tribunal*)⁴², o ricorrendo al sistema del *judicial review* delle decisioni assunte da *administrative bodies* che caratterizza il diritto americano d’inizio secolo⁴³.

Nel 1930 Thorsten Sellin scrive con soddisfazione che la filosofia dell’individualizzazione sembra avere vinto la battaglia contro le dottrine retributive e la *modern criminal law*, in piena sintonia con quanto avevano già detto Cuche e de Quirós, affida nelle mani della *trial court* sempre più ampi poteri nella scelta della pena: «the result has been the restoration to the judiciary of some of that arbitrary power of which it was robbed by the classical school»⁴⁴. Queste più estese responsabilità hanno, però, posto in evidente rilievo l’inadeguatezza della formazione del giudice: «the determination of guilt requires a thorough knowledge of the law and the rules of evidence secured in part through the cus-

⁴² È la tesi sostenuta, per es., da WARNER, CABOT 1936 (specie pp. 170-174), e da CANTOR 1938.

⁴³ In questo senso cfr. GLUECK 1928, p. 479, nt. 32.; MANNHEIM 1946, p. 217: «Perhaps the most crucial question is that of Court Control over decisions of administrative bodies».

⁴⁴ SELLIN 1930, p. 102.

tomary legal training», ma questo non basta più, perché «the sentencing function demands of him not only a knowledge of psychology but of the social sciences and most of all of criminology and penology»⁴⁵. Raramente la corte ha a disposizione adeguate informazioni sulla vita passata dell'offensore, ed anche qualora la *probation department* o agenzie d'investigazione fornissero dati sul carattere del reo, il giudice è posto di fronte ad un *serious dilemma*: la pena dovrebbe essere orientata ad uno scopo e non decisa in modo casuale, ma ancora ciascun giudice segue diverse concezioni sul fine della sanzione e mancano riscontri statistici sulla riuscita delle misure rieducative o sul funzionamento dei vari istituti, capaci di fornire al magistrato elementi utili per decidere il tipo (ed il luogo) della punizione. La legge, per un verso, ha restituito al giudice discrezionalità senza però fornirgli i criteri per indirizzarla⁴⁶; per altro verso, ha conferito poteri sul *sentencing* ad un nuovo organo amministrativo senza dotarlo di strumenti uniformi di valutazione e scelta⁴⁷. Negli anni Trenta diviene sempre più urgente il problema dei limiti al potere decisionale della *prison board*, da ricercare di nuovo o nei paletti imposti dalla legge che definisca tipi e forme del *treatment* o nella garanzia della giurisdizione, per impedire che la *sentencing phase* sia governata da un *rule of men* anziché da un *rule of law*⁴⁸.

Il *judge's dilemma* sul confine della propria sfera di operatività ha radici giuridiche, filosofiche e storiche nel principio della separazione dei poteri, ed è

⁴⁵ Ivi, p. 104.

⁴⁶ WARNER, CABOT, 1936, p. 159: «The law gives the judge wide discretion in sentencing, but furnishes him no assistance in exercising that discretion».

⁴⁷ GLUECK 1936 p. 105, descrive l'architettura della pena nell'ordinamento americano come una piramide con il picco vendicativo e deterrente, un primo lato rieducativo, un secondo proporzionalistico 'a la Beccaria' con i ridicoli rifacimenti della discrezionalità del giudice entro i limiti della sentenza indeterminata, un terzo con i consolidamenti dell'*indeterminate sentence* attraverso le regole che governano il *parole* ed un quarto che incorpora le aspirazioni dei tribunali minorili con il supporto della psichiatria e delle scienze sociali. Un edificio «disharmonious, unesthetic, illogical and ineffective», che si riflette poi nell'attitudine di chi amministra la legge, negli operatori penitenziari o nei *parole boards*. Le stesse accuse d'incongruenza sono sollevate anche da CANTOR 1935.

⁴⁸ Significativa è l'opinione di Roscoe Pound: nella prefazione al volume di Saleilles (POUND 1911), considerava con ottimismo l'*individualization of punishment* americana come una «phase of this general movement for individualizing the application of all legal rules», in sintonia con la generale «reaction against administration of justice solely by abstract formula» che caratterizzava il modernismo francese o la *freie Rechtsfindung* tedesca (pp. XVI, XV). Nel 1929 (POUND 1929, p. 298) riconosce, invece, che il movimento riformatore ha provocato una reazione critica, in particolare, contro i modi di pensare e le procedure adottate dalla *administrative justice*. Nata per assicurare ad un tempo difesa sociale e riforma individuale, l'individualizzazione ha indebolito entrambi, trasmettendo la sensazione di una giustizia troppo indulgente verso le più pericolose condotte antisociali, e contemporaneamente troppo minacciosa dei diritti del soggetto «by committing too much to the discretion of administrative officers», rimettendo, così, in discussione le certezze scientifiche della criminologia.

acuito dalla tendenza che tra fine Ottocento e primi decenni del Novecento induce a trasferire compiti «of a truly judicial character from the Courts to the administrative authorities»⁴⁹. È una delle contraddizioni del modello correzionalista, che, nell'intento di ridisegnare i rapporti tra poteri in modo da non irrigidire il momento applicativo-esecutivo della pena, sembra trasferire al giudiziario prerogative del legislativo, ma, in realtà, sposta la responsabilità di scelte valutative discrezionali in capo ad organi amministrativi, ponendo, almeno nelle interpretazioni più prudenti, seri dubbi per la tenuta delle garanzie individuali. Il vero, insoluto *dilemma* che grava sul giudice, provocato dall'individualizzazione, consiste proprio nel rapporto tra *verdict* e *sentence*, nei meccanismi che bilanciano la distribuzione di ruoli tra giudiziario e amministrativo in questi due stadi concettualmente distinti ma necessariamente connessi del processo, nella costruzione di sufficienti garanzie che tutelino l'imputato/condannato in entrambe le fasi, nell'impossibilità logica di prevedere in anticipo il tempo della rieducazione contrapposto al rischio di trasformare il fine dell'emenda in una giustificazione per incontrollabili arbitrii, nel difficile connubio tra diritto e scienza, nell'assenza di metodi scientifici certi e condivisi per decretare la pericolosità o la riformabilità di un criminale: consiste, in altri termini, nel confine sottile che separa lo Stato di diritto da quello di polizia, il *rule of law* dal *rule of men*.

Nell'esperienza europea la scelta del processo bifasico sul modello americano è, in un primo momento, scartata per il rifiuto di attribuire ad organi amministrativi poteri incontrollati sulle condizioni e i tempi della detenzione. Molte proposte di riforma mirano piuttosto a trasformare in senso criminologico tutto il processo penale, riconfigurando quindi il ruolo del giudice e della difesa nell'istruzione, in modo che già dall'avvio del procedimento si raccolgano attendibili elementi probatori sulla personalità dell'imputato. L'individualizzazione, per così dire, invece di essere spostata alla fine del giudizio, in una fase a sé stante, dovrebbe caratterizzare tutto il rito fin dal suo inizio⁵⁰. La garanzia della giurisdizione, in questo modo, non solo non verrebbe mai meno, ma sarebbero anche assicurate continuità di decisioni e coerenza di tutele.

Vi è però anche chi vede con favore uno sdoppiamento del giudizio in due fasi, in modo da distinguere la parte di processo che ha come scopo l'accertamento della responsabilità da quella che si occupa dello studio del criminale e della scelta della sanzione (nel senso ampio di pena o misura di sicurezza) più adatta alle sue condizioni. In tempi diversi, solo per fare qualche esempio, questa posizione è sostenuta da Paul Cuche nel 1905, da Silvio Longhi nel 1911 e

⁴⁹ MANNHEIM 1939, p. 174.

⁵⁰ In questo senso cfr. FRANCHI 1900, su cui cfr. MILETTI 2007, p. 327; FRANCHI 1906 specie pp. 385-423; CONTI 1906; FLORIAN 1910.

da Ernst Rosenfeld nel 1930⁵¹. In tutti emerge la consapevolezza del cambiamento apportato dalle discipline criminologiche nel processo penale, ma è evidente anche la ricerca di nuove forme di garanzia per l'imputato/condannato che scongiurino il rischio di un ritorno alla pura discrezionalità senza controlli. L'errore di metodo degli innovatori, scrive Longhi nel 1911, «fu quello di non aver saputo distinguere i due momenti, e di aver preteso che sulle braccia del giudice gravasse d'un tratto, e durante lo stesso procedimento dichiarativo, anche l'enorme peso della catena sillogistica riferentesi all'esecuzione della pena, quasi non fossero già gravi gli anelli delle questioni pregiudiziali, della valutazione probatoria e della dichiarazione di reità o d'incolpabilità. Occorreva pertanto distinguere la procedura di dichiarazione ai fini della dichiarazione, dalla procedura di esecuzione ai fini della garanzia»⁵². Vi potrebbe essere un giudizio cumulativo sia sulla responsabilità sia sulla pericolosità, ma poiché gli elementi di accertamento di quest'ultima sono spesso incompleti, «sarebbe opportuno consentire che il giudice avesse facoltà di spezzare, a così dire, il giudizio in due parti, e di pronunciarsi prima sull'esistenza obbiettiva e subbiettiva, o obbiettiva soltanto, del reato, e di rinviare ad altra udienza successiva il giudizio di pericolosità [...] Ma il giudizio di *pericolosità* dovrebbe svolgersi con tutte le forme e garanzie, proprie del giudizio di *responsabilità*»⁵³.

Anche questa seconda fase del processo preventivo, come quello repressivo che la precede, sarebbe sempre giurisdizionale, ma dovrebbe avere regole diverse dal processo di cognizione ed una sorta di tutela attenuata: non sarebbe necessaria la pubblicità, la quale anzi potrebbe danneggiare lo stesso condannato, sarebbero ammesse prove sulla personalità del reo desumibile da circostanze ed eventi non connessi con il fatto punito, la presunzione d'innocenza non servirebbe più⁵⁴ ed anche il principio dell'autorità del giudicato cadrebbe di fronte

⁵¹ Il dibattito in Germania è suscitato in particolare dalla composizione e dalle funzioni del *soziale Gerichtshilfe*, sulla cui vicenda cfr. ROSENBLUM 2008, pp. 165-199.

⁵² LONGHI 1911, p. 922.

⁵³ Ivi, p. 923.

⁵⁴ L'attacco alla presunzione d'innocenza è uno degli argomenti più rivoluzionari del positivismo criminologico, e dunque uno dei più controversi, per il valore simbolico che da Beccaria in avanti tale principio ha rappresentato. Garofalo (1880, p. 24) ne critica gli eccessi poiché porta «il sistema di procedura» ad offrire «troppe sfuggite ed alee favorevoli al reo». LONGHI 1914 (p. 16) lo ritiene un «principio che spiega la sua massima efficienza nel *momento legislativo*, nel momento cioè della *costituzione e organizzazione* delle norme di diritto processuale penale. È dunque un criterio di *politica legislativa*: in questo senso il giudice non potrebbe ricorrere a questa regola per modificare a favore dell'imputato in via interpretativa una disposizione di legge; «essa tuttavia può continuare a sopravvivere anche nel *momento giudiziario o processuale*, le quante volte il conflitto tra l'individuo e lo Stato, in ordine a determinate situazioni, anziché essere espressamente risolto con norma generale, sia stato abbandonato alle facoltà discrezionali del giudice». Per una difesa convinta del principio, richiamando Beccaria, cfr. ad es. LUCCHINI 1886, pp. 246-251, CARNEVALE 1903, che difende il concetto unitario della procedura penale rispetto al dualismo soste-

alle esigenze di rivedere periodicamente la condizione di permanente pericolosità o di avvenuta risocializzazione del condannato, le competenze del giudice dovrebbero essere molto più specializzate nelle discipline criminologiche, sarebbe – infine – indispensabile la partecipazione di un collegio peritale⁵⁵.

Al di là delle proposte che cercano di trovare comunque meccanismi di garanzia anche in questo tipo di procedimento ‘di prevenzione’ (giudizio di sicurezza, o giudizio di temibilità) e negli organi, giurisdizionali o a carattere misto, incaricati di accertare non un fatto ma le condizioni personali di un soggetto, è evidente, scrive Radbruch nel 1928, che la garanzia somma del contraddittorio viene meno, per lasciare spazio ad esperti, psicologi, criminologi. Così facendo, però, il processo assume connotati inquisitori, «hier ragt unvermeidlich ein inquisitorisches Organ in den Parteiprozess hinein»⁵⁶. La scoperta della personalità come scopo del processo penale stravolge le regole probatorie ed estende i poteri del giudice, introducendo regole che si pongono in aperta contraddizione «mit dem Geiste unseres Strafprozesses»⁵⁷. Occorre, dunque, trovare forme che mettano in armonia gli organi inevitabilmente inquisitori, portato del riformismo criminologico, con le forme accusatorie del processo, per non minare la tenuta costituzionale del sistema punitivo.

4. *Penologia e contraddizioni con lo stato di diritto: dalla legalità alla giurisdizionalità della pena*

Il cuore della rivoluzione concettuale caldeggiata dalla criminologia può essere sintetizzato nel passaggio dalla centralità dell’individuo alla preminenza della società. «La scuola classica – scrive Ferri nella *Sociologia criminale* – sorgeva in nome dell’individualismo, per rivendicarne i diritti esageratamente soffocati dallo Stato nel medio evo; così la scuola positiva cerca ora di porre un limite alla prevalenza, talvolta soverchia, di questo individualismo, e tende a ristabilire l’equilibrio fra l’elemento sociale e l’elemento individuale»⁵⁸. È un tema, questo,

nuto dai positivisti (lo scontro tra i due opposti obiettivi della punizione dei rei e della protezione degli innocenti); STOPPATO 1893, specie pp. 318 ss.

⁵⁵ Anche ROSENFELD 1930, pp. 121-123, riconosce, infatti, che nella fase processuale dedicata all’indagine sulla personalità del reo, nella quale hanno un ruolo fondamentale medici, psicologi ed altri esperti, si deve ammettere una certa «Minderung der Garantien»: le regole probatorie non potrebbero essere così stringenti come per l’accertamento della colpevolezza, sarebbe opportuna una limitazione dei principi della pubblicità (*Öffentlichkeit*) e dell’immediatezza (*Unmittelbarkeit*), ed il giudice avrebbe una più estesa discrezionalità nell’assunzione delle prove.

⁵⁶ RADBRUCH 1928, p. 305.

⁵⁷ Ivi, p. 306.

⁵⁸ FERRI 1900, p. 23.

trasversale alle diverse correnti e presente in autori sia americani sia europei. Li accomuna una visione della modernità penale che non corrisponde più a quella dell'Illuminismo, delle rivoluzioni francese ed americana, delle costituzioni giuridiche e delle codificazioni basate su un più o meno marcato assolutismo giuridico. La società d'inizio Novecento è cambiata, le condizioni economiche e sociali sono più complesse, i rapporti tra individui, gruppi e autorità non sono più rappresentabili in forme semplificate e anche la criminalità, o almeno la percezione che ne hanno i cittadini, è diversa. L'immagine di un modello di giustizia penale di stampo individualista, tutta orientata alla tutela del singolo e alla chiara formulazione di garanzie che lo tutelino contro ogni possibile abuso dell'autorità esecutiva o giudiziaria, viene continuamente criticata come non più corrispondente alle reali esigenze sociali.

L'epoca del risorgimento del diritto penale avviata da Beccaria ha orientato anche la procedura penale «alla maggiore protezione dell'umana *personalità*, ed all'affermazione rigorosamente giusta del *potere sociale* sull'arbitrio individuale»⁵⁹, attraverso l'istituzionalizzazione di rigorose regole e formalità procedurali che il giudice deve rispettare a pena di nullità degli atti, tra cui in particolare i principi di oralità, pubblicità e contraddittorio delle parti. Tuttavia, «se dopo la rivoluzione francese il *principio riformatore* del diritto penale fu l'affermazione dell'*autonomia individuale* di ricontra all'*assorbente onnipotenza* del *potere sociale*, oggi il *principio riformatore* che a quello si connette, sta nel *riconoscimento della vera natura intima* o meglio, *morale* del delinquente»⁶⁰. Criminologia, scienza criminale positiva, studio del delinquente sono espressioni diverse che identificano un comune nuovo approccio metodologico alla scienza penale, sostanzialmente fondato sul fatto che, come nota Puglia, «oggi il principio dell'individualismo comincia ad essere profondamente modificato, poiché i concetti di individuo e di stato cominciano a divenire positivi»⁶¹. All'opposizione fra individuo e stato ed alla concezione negativa di quest'ultimo, ragione delle disposizioni penali iper-garantistiche, si va sostituendo l'idea che lo stato sia la società nella sua unità organica, sia un'associazione etico giuridica che «ha il dovere di prevenire i delitti impiegando tutti i mezzi che sono necessari, dovere che sarebbe impossibile ammettere o almeno riconoscere in tutta la sua estensione, tutte le volte che si sostenesse che lo Stato fosse un organismo puramente giuridico»⁶².

Lo stesso ragionamento lo ritroviamo, solo a mo' di esempio, in Pedro Dorado Montero e, negli Stati Uniti, in Roscoe Pound. Poiché i diritti individuali

⁵⁹ PUGLIA 1882, p. 201.

⁶⁰ Ivi, p. 219..

⁶¹ Ivi, p. 294, nt. 1.

⁶² *Ibidem*.

formano ora «el patrimonio de las conquistas hechas por los pueblos civilizados», tanto che la loro esistenza e il loro rispetto è garantito dalla stessa coscienza giuridico-sociale, la garanzia formale ed esteriore che le Costituzioni hanno loro assicurato contro possibili abusi tirannici del potere non è più necessaria⁶³. L'adeguamento della coscienza dei giudici ai valori sociali di giustizia ormai radicati e condivisi rappresenta un argine sufficiente contro i possibili pericoli dell'arbitrio giudiziale. La sociologia moderna, dunque, non si preoccupa più dei diritti individuali dati ormai per acquisiti, ma si interessa dell'elemento collettivo, solidaristico: «la antigua sociología liberal, cuya exclusiva preocupación era el individuo y sus derechos *absolutos y inalienables, imprescriptibles*, etc., va cediendo el puesto á la sociología socialista, que afirma la existencia de intereses *comunes* á todos los miembros de cada grupo humano y aun á todos los hombres»⁶⁴. La rigidità del codice non serve più, il principio di legalità può essere superato, perché la vera garanzia penale sarà scritta in modo indelebile «en el corazón de la sociedad y en el de todos sus individuos» e i tribunali non oseranno oltrepassare le loro funzioni commettendo arbitri o ingiustizie, sia perché a loro stessi ripugnerà di farlo, sia perché andrebbero incontro alla protesta di tutta la comunità che potrebbe destituirli⁶⁵. In modo simile Pound afferma più volte che le nuove scienze penologiche e criminologiche, esaltando la prevenzione, il delinquente, le cause sociali del crimine e la difesa sociale piuttosto che la repressione, il delitto, il libero arbitrio e i diritti individuali, hanno dimostrato che «our whole apparatus of juristic thinking on this subject must be overhauled» e che occorre un «readjustment of our legally received ideals» in modo da trovare un nuovo «workable balance between the general security and the individual life»⁶⁶. «People now feel very acutely the demands of general security. A century ago the stress was upon the individual life, upon humanity, not upon security. Men now are afraid of anything that seems to have any flavour of humanity»⁶⁷: la dimensione securitaria della giustizia criminale segna un cambio di mentalità che porta a concepire, e dunque a progettare, il campo del penale non più come il luogo delle garanzie individuali ma come lo spazio della *social security*, del controllo della pericolosità, della prevenzione della devianza.

Rispetto al quadro istituzionale e al giudice automa di Beccaria la contrapposizione è evidente. Nel diritto penale moderno, sia dottrinale sia legislativo, si stanno diffondendo istituti che, afferma apertamente Montero, sono incompatibili con le restrizioni interpretative imposte ai magistrati ed anzi richiedono un

⁶³ DORADO MONTERO 1895, p. 38.

⁶⁴ Ivi, pp. 40-41.

⁶⁵ Ivi, p. 43.

⁶⁶ POUND 1929, pp. 198, 215, 213, 214.

⁶⁷ POUND 1930, p. 176.

loro sempre più esteso potere discrezionale. La liberazione condizionale, la pena a tempo indeterminato, la sostituzione della pena detentiva breve con misure alternative, le case di correzione per i minori delinquenti, sono tutte misure che si fondano sulla concezione della pena come mezzo di prevenzione, «como un *bien*, y por tanto, en una concepción opuesta a la que ha dado lugar al principio *nullum crimen*»⁶⁸. È evidente che l'attribuzione al giudice di libertà interpretative ai fini dell'individualizzazione della pena, rappresenta «una reacción contra la anterior tendencia á impedir al Juez todo movimiento libre e toda espontaneidad, por temor á que cometería abuso»⁶⁹. Il riformismo criminologico riapre un dibattito, quello sull'arbitrio del giudice nell'applicazione della pena, che si pensava ormai definitivamente chiuso dalle pagine di Beccaria, Feuerbach e Carrara. Le certezze 'costituzionali' del penale liberale sono attaccate da due fronti: da un lato si dice ormai tramontato, alla luce anche dei provvedimenti legislativi diffusi a livello internazionale, il mito del giudice automa, dall'altro si invoca la delega di poteri agli organi amministrativi incaricati dell'esecuzione. Su entrambi i fronti, i difensori del modello classico⁷⁰ o gli esponenti della terza scuola alla ricerca di mediazioni concilianti⁷¹, non mancano di ribadire la bontà dei principi che proprio a Beccaria si fanno risalire.

Un primo livello dello scontro teorico tra esponenti del movimento criminologico e difensori del modello liberale si svolge, dunque, sul piano costituzionale. Negli Stati Uniti, dove a partire dagli anni Ottanta dell'Ottocento le *indeterminate sentence laws* sono progressivamente adottate in quasi tutti gli stati e per un numero sempre più esteso di fattispecie, il problema è rappresentato dalla compatibilità delle competenze assegnate al *board of prison*, organo amministra-

⁶⁸ DORADO MONTERO 1895, p. 43.

⁶⁹ Ivi, p. 44.

⁷⁰ Tra questi cfr. per es. LUCCHINI 1886, specie pp. 273-277; BRUSA 1887, pp. 14-15: «Al vedere con quanta denigrazione taluni oggi parlano del processo accusatorio domandando come unica tavola di salvamento per la sicurezza sociale i poteri più estesi e sconfinati del giudice e dello stesso pubblico accusatore, parrebbe che per costoro tale esperienza non siasi anche troppo a lungo fatta o che per essi la storia non esista punto».

⁷¹ In questo senso si può leggere il contributo di Emanuele CARNEVALE (1897), il quale continua a difendere la limitazione dell'arbitrio del giudice e il *nullum crimen*, pur precisando che «il punto di vista dell'individualismo non sia sufficiente a risolvere con nettezza la questione», perché, oltre alla limitazione legale, storicamente è possibile risalire anche ad una limitazione data dalla dottrina e dalla pratica stessa, come peraltro avviene nell'esercizio del libero convincimento per la valutazione delle prove (pp. 335-336). Anche in riferimento al campo dell'arbitrio nella quantità di pena da irrogare in concreto, dunque, «noi diciamo che anche qui la libertà di convincimento, sul grado particolare di repressione che la specialità del caso richiede, altro non significa che il giudice non è vincolato a una valutazione prestabilita dal legislatore, ad una scala o ad una tariffa da lui minutamente formata; ma non significa che la sua convinzione sia indipendente dalle norme e discipline razionali. Qui pure noi diciamo: tanto minore o nulla è l'ingerenza del codice, e altrettanto maggiore ed esauriente deve essere quella della scienza» (p. 345).

tivo, con la tripartizione dei poteri prevista nella Costituzione federale e nelle costituzioni dei singoli stati. L'ideale riabilitativo, nella sua duplice versione di riforma del reo e di neutralizzazione preventiva, svuota sostanzialmente il ruolo sia del legislatore nel definire la pena (che avrebbe margini edittali così ampi da risultare di fatto assolutamente indefinita), sia del giudice nell'adeguare al caso concreto (chiamato solo a scegliere se applicare la pena indeterminata), trasferendo tutta la responsabilità e la discrezionalità dell'individualizzazione in capo ad un *administrative body*, costituzionalmente non previsto, composto da esperti vari del trattamento (psicologi, operatori sociali, sociologi, personale religioso, criminologi etc.)⁷². Solo in questo modo, sostengono convintamente i *progressives* seguiti dalle prevalenti interpretazioni delle corti, si può davvero adeguare il *treatment* alla personalità del reo, monitorarne costantemente l'efficacia, verificarne periodicamente l'opportunità di proroga o la possibilità di concedere la libertà *on parole*. Il rischio che la libertà individuale possa essere compressa per un tempo indeterminato in base a valutazioni assolutamente discrezionali di 'esperti', non guidate da regole certe né da assodate conoscenze scientifiche, né, tantomeno, sottoposte alle garanzie della giurisdizione (difesa, contraddittorio, appello), è che il *rule of law* si trasformi, come accusa James Kerr, in *rule of men*⁷³.

A sessant'anni dall'apertura del riformatorio di Elmira, primo ad applicare il sistema dell'*indeterminate sentence* nel 1876, il criminologo Sheldon Glueck analizza con lucidità come l'arbitrio concesso a giudici e *prison boards* nell'individualizzazione della pena sia (e sia stato) una tra le principali cause della *blindness of justice*. Nel *sentencing* vi sono due estremi: o le corti applicano pene uniformi a tutti gli autori di reati simili, secondo «the method of Beccaria's Classical School of penology», o concentrano l'attenzione sul delinquente differenziando le pene per reati analoghi. «In America today courts have in most states been given considerable discretion in imposing sentences»⁷⁴: tuttavia l'analisi delle pene imposte mostra una varietà così ampia da giudice a giudice e da corte a corte che sembra imputabile più a inefficienze e ragioni discutibili che ad una saggia discrezionalità. Le *wide variations in sentences* non sono conseguenza di una *scientific individualization* del condannato sulla base della sua personalità e dei suoi bisogni, ma del fatto che la «judicial discretion is, if not

⁷² Il sistema presente della *criminal jurisprudence* e della *prison administration* basato su modelli classici, afferma BARNES (1926, p. 35-36), si è dimostrato un «grotesque failure», ed è dunque probabile «that the new criminal science will go even further than the present principle of the indeterminate sentence, in that the disposition of the criminal will not be left to the determination of the judge at all, but will rather be vested in a body of combined experts whose conduct and procedure will be properly safeguarded and authorized from a legal point of view».

⁷³ KERR 1921.

⁷⁴ GLUECK 1936, p. 116.

entirely unrestricted, at least so unchecked as to permit of unfairness and inefficiency»⁷⁵.

In assenza di metodi scientifici d'individualizzazione, è ragionevole aspettarsi, continua Glueck, che finché i giudici avranno una discrezionalità praticamente incontrollata, le pene saranno dettate, in misura più estesa del necessario, dal loro *cultural background* e dai loro pregiudizi. Certo la discrezionalità giudiziale non si può eliminare, è indispensabile al funzionamento del sistema, ma la sfida continua ad essere quella di sviluppare formule e tecniche per cui l'arbitrio sia concesso in termini ampi ma sia tuttavia soggetto ad una corretta disciplina. Nonostante mezzo secolo di sperimentazione del *reformativ system*, secondo Glueck vi sono tre fattori che testimoniano come la *judicial discretion* sia ancora così incontrollata da causare inefficienza, parzialità e, occasionalmente, venalità. Il primo fattore è che «sentences are not as a rule reviewed by a controlling tribunal»⁷⁶, il secondo è la «manipulation of cases by political lawyers»⁷⁷, il terzo è che i giudici abitualmente non scrivono pareri in cui motivano e giustificano le pene che impongono, non solo impedendo un controllo sull'uso della loro discrezionalità, ma rendendo anche impossibile lo sviluppo di un «body of experience from which scientific sentencing principles might be developed»⁷⁸. Il criminologo di Harvard riconosce in modo chiaro i difetti del sistema che ha abbandonato il modello beccariano, ma crede che il rimedio sia non un ritorno al passato ormai definitivamente superato, bensì un affinamento degli strumenti di indirizzo della discrezionalità giudiziale, attraverso metodi scientifici di individualizzazione e *standards* attendibili di prevedibilità del grado di pericolosità del reo⁷⁹.

⁷⁵ Ivi, p. 117. La cecità della giustizia è evidente proprio nelle modalità di funzionamento della *indeterminate sentence*: nel caso, per esempio, di aggressione con arma pericolosa con l'intento di furto o omicidio, la previsione legislativa può essere una pena variabile compresa tra i due anni e mezzo e i venti anni; entro questo ampio margine tocca al giudice individualizzare la sanzione. Egli può, in due casi diversi, fissare una pena tra due anni e mezzo tre, lasciando in questo modo pochissimo spazio di manovra alle *parole authorities*, oppure può fissare una pena compresa tra due anni e mezzo e venti, affidando loro una notevole libertà d'azione. Tuttavia, anche ammesso che siano fornite al giudice tutte le informazioni necessarie sulla vita precedente e il carattere del reo per poter esercitare in modo consapevole tale discrezionalità, egli non potrà mai sapere in anticipo, al momento della condanna, se un condannato potrà essere 'recuperato' in un termine breve o lungo, e ogni sua decisione risulterà irrazionale rispetto sia all'idea di giustizia del detenuto e della pubblica opinione, sia ad una realistica individualizzazione della pena.

⁷⁶ GLUECK 1936, p. 127. Nei casi dove è previsto un *retrial* in una corte superiore, le corti inferiori sono inclini ad applicare pene più severe sapendo che le corti superiori tendono invece a ridurle.

⁷⁷ Ivi, p. 128.

⁷⁸ Ivi, p. 129.

⁷⁹ Cfr. GLUECK-GLUECK 1929.

Nel contesto europeo continentale la graduale introduzione di misure alternative alla pena fissa come la liberazione condizionale, la sospensione della pena, le misure di sicurezza nei confronti di soggetti pericolosi, accende il dibattito dottrinale sulle garanzie della fase esecutiva e sulla discrezionalità da riconoscere al giudice o agli organi amministrativi degli istituti detentivi. Una volta abbandonato il principio della stretta legalità della pena e dell'applicazione meccanica e uguale da parte del giudice, emerge la necessità di individuare altri limiti a tutela dell'individuo, di predisporre altre forme di bilanciamento tra poteri e diritti. L'assetto costituzionale dello stato di diritto si trasforma inevitabilmente, ma i suoi principi ancora devono continuare a conformare il sistema penale. Berthold Freudenthal, esaminando nel 1918 le condizioni del diritto penale e dell'esecuzione della pena *im modernen Rechtsstaat*, individua nella delimitazione della sfera di libertà del detenuto la nuova frontiera delle garanzie penali costituzionali. Il modo in cui le autorità amministrative prendono decisioni in merito alla forma e ai modi d'esecuzione della pena detentiva, agendo entro margini di potere privi di fondamento giuridico, non chiari ed inadeguati, richiama, infatti, le condizioni dello stato di polizia⁸⁰. Il 'diritto carcerario' (*Gefängnisrecht*) deve, in relazione allo scopo della pena detentiva, essere limitato e purificato di ogni aspetto riconducibile ad un modello autoritario pre-liberale e non garantistico.

Nelle varie forme di privazione di libertà in istituti di pena (casa di lavoro, carcere, istituti per delinquenti minorenni, asili per gli ubriachi abituali, istituti per i delinquenti abituali e professionali pericolosi ecc.), il detenuto non può mai subire un'incondizionata sottomissione alla volontà incontrollata dell'autorità carceraria. Il modo per rendere conforme allo stato di diritto ogni potere decisorio valutativo sulle sorti del condannato, dalle sanzioni disciplinari alla concessione e revoca di benefici, consiste nella giustiziabilità dell'amministrazione (*Justizförmigkeit der Verwaltung*), non necessariamente nei tribunali ordinari ma anche in tribunali amministrativi (o in commissioni miste di giudici laici) che offrano comunque garanzie d'indipendenza e imparzialità. È, dunque, la tutela della giurisdizione in tema di libertà individuale ciò che deve caratterizzare «der rechtsstaatlichen Entwicklungslinie» nella sua veste moderna e ciò che ancora manca al diritto dell'esecuzione penale d'inizio secolo: «dem Wesen des Rechtsstaates entspricht der jetzige Stand nicht. Es dürfen in ihm nicht Verwaltungsorgane ohne die Gewähr richterlicher Unparteilichkeit und Unabhängigkeit entscheiden»⁸¹.

⁸⁰ FREUDENTHAL 1918, p. 503.

⁸¹ Ivi, p. 508. In questo senso, per esempio, può essere interpretato anche il dibattito della penalistica italiana sulla natura giurisdizionale o amministrativa del provvedimento di revoca della condanna condizionale, su cui cfr. per es. ROCCO 1907; ZIRONDA 1910; CIVOLI 1910; ANDREOTTI 1911.

Una delle questioni discusse al Congresso penale e penitenziario internazionale di Berlino del 1935 riguarda l'estensione dei poteri del giudice nella fase d'esecuzione della pena. Il tema, evidentemente, è ancora sentito come urgente dalla scienza penale e i giuristi europei insistono sulla necessità di estendere le garanzie della giurisdizione, e dunque il ruolo attivo del giudice, anche oltre la pronuncia della condanna. Secondo Ugo Conti, la concezione tradizionale per cui *iurisdictio in sola cognitione consistit* ed è, quindi, nettamente definita la differenza tra l'attività svolta dal giudice per accertare il reato e applicare la pena e l'attività speciale dell'organo amministrativo per dare esecuzione alle sanzioni, risulta superata alla luce delle moderne dottrine penali. L'idea classica che, dopo il giudicato, il giudice sparisca di scena e la concreta gestione della sanzione sia rimessa *in toto* agli organi dell'amministrazione penitenziaria, si scontra con le istanze riformatrici che mirano ad assegnare «un caractère juridictionnel prononcé à l'exécution»⁸². Il nuovo orientamento è determinato da più fattori concorrenti: la considerazione dell'imputato/condannato non come *oggetto* della procedura penale e dell'esecuzione, ma come *soggetto* di un rapporto giuridico che, stabilito nella procedura d'istruzione, si prolunga fino all'esecuzione, «un sujet d'obligations juridiques et en même temps de droits qui, eux aussi, méritent la protection juridictionnelle»; il principio «fécond» dell'individualizzazione della pena, ispirato dal fine riabilitativo, che si realizza attraverso modalità esecutive della pena graduale e progressive, le quali richiedono inevitabilmente di attribuire una maggiore ampiezza all'attività del giudice «comme organe de surveillance et de contrôle»; l'introduzione delle misure di sicurezza come strumenti giuridici di lotta contro la criminalità; l'applicazione in alcuni ordinamenti di misure relativamente indeterminate, gli istituti della liberazione e della condanna condizionale, tutti provvedimenti che hanno ulteriormente contribuito ad «accentuer l'intervention du juge» rispetto al campo delle pene tradizionali, poiché, giustificandosi sullo stato attuale di pericolosità, richiedono periodiche verifiche, modifiche, eventuali sostituzioni e dichiarazioni di cessazione da parte di un giudice⁸³.

La consolidazione, secondo Conti, del 'rapporto giuridico esecutivo' spiega come, nelle moderne legislazioni, in gradi diversi, spetti al giudice decidere sulle questioni esecutive, attraverso una serie di garanzie formali, il contraddittorio ed il riconoscimento del diritto d'opposizione, in misura compatibile con il carattere delle decisioni da assumere e con il tipo di procedura adottabile. Nella misura in cui la *personalità* dell'uomo penetra nelle istituzioni penali, afferma Jiménez De Asua all'inizio del suo rapporto, «la tâche du juge devient de plus en plus compliquée, de plus en plus ardue»⁸⁴; mentre, secondo la teoria giuridica pura,

⁸² Così CONTI 1935, p. 2.

⁸³ Ivi, pp. 2-3; ma nello stesso senso cfr. anche CORNIL, 1935 pp. 11-12.

⁸⁴ DE ASUA 1935, p. 39.

il giudice esaurisce il suo intervento pronunciando la pena, per i correzionalisti tedeschi, i riformisti americani e i positivisti italiani favorevoli alla pena indeterminata, «le fonctions du juge se sont amplifiées», e, con l'istituzione delle misure di sicurezza per ragioni di politica criminale, il dovere del giudice di non disinteressarsi del soggetto che ha condannato «est devenu indispensable»⁸⁵. Il ruolo del giudice nell'esecuzione del trattamento, sia penale sia di sicurezza, deve estendersi, secondo il professore spagnolo, dal momento stesso in cui la sanzione è irrogata fino a quando non è terminata, così da comprendere vari compiti: la sorveglianza assidua del regime, mai definitivo, imposto con la sentenza; il controllo costante dello stato di pericolosità del soggetto, delle variazioni sopravvenute e della sua scomparsa; la facoltà di sostituire le misure di sicurezza con altre più adatte alle modificazioni eventuali della pericolosità; la decisione sulla cessazione, provvisoria o definitiva, delle pene e delle misure di sicurezza di durata indeterminata⁸⁶.

La scelta tradizionale di affidare l'esecuzione all'amministrazione penitenziaria, sostiene il belga Cornil, presenta degli inconvenienti cui si tenta di porre rimedio, perché giudice e corpo amministrativo sono guidati da idee diverse sullo scopo della pena (intimidazione e generalprevenzione l'uno, specialprevenzione l'altro) e da differenti strumenti di conoscenza e valutazione del soggetto, così che la pronuncia e l'esecuzione «se juxtaposent sans harmonie comme deux pièces d'un habit d'arlequin»⁸⁷. Il problema è, soprattutto, quello delle garanzie del condannato, perché mancano regole precise che guidino l'amministrazione nell'esecuzione delle misure repressive individualizzate. Certe formalità proprie della giurisdizione, come l'interrogatorio, il mandato d'arresto dell'accusato, la motivazione dei giudizi, la facoltà di appello o di fare opposizione riconosciuta in certi limiti e forme al condannato, pur rappresentando un ostacolo alla scorrevolezza della giustizia, rappresentano, per l'accusato e per la società tutta, «une garantie contre les possibilités d'arbitraire et surtout contre la négligence éventuelle de certains magistrats»⁸⁸. L'amministrazione penitenziaria, invece, si vede attribuire poteri sempre più estesi senza che sia definita in modo preciso la procedura che deve seguire.

L'ideale special-preventivo apre un conflitto con i principi dello stato di diritto, una contrapposizione tra scopi di politica criminale e necessità di regole giuridiche, che trovano nell'arbitrio del giudice, tanto nel processo quanto nella fase esecutiva, il punto di maggior tensione⁸⁹. La sfida innescata dalla crimino-

⁸⁵ Ivi, pp. 39, 40.

⁸⁶ Ivi, p. 44.

⁸⁷ CORNIL 1935, p. 13.

⁸⁸ Ivi, p. 14.

⁸⁹ Cfr. DROST 1930, specie pp. 198 ss.

logia consiste proprio nel far convivere le misure specialpreventive con le garanzie dello stato di diritto, e, scrive Drost nel 1930, non è superfluo ribadire tale ovvietà in contrappunto all'entusiasmo riformatore di alcuni criminalisti. Il problema, anzi, inizia proprio «wo sich die kriminalpolitische Ziele an den staatspolitisch gewonnenen Grenzen stoßen»⁹⁰. Occorre che i giudici e gli organi amministrativi agiscano sempre entro le coordinate definite dal legislatore, che ne limitano e definiscono gli ambiti di operatività, e non va sottovalutato il fatto che ogni decisione presa dal giudice discostandosi o derogando dalla minaccia generale della legge penale, indebolisce l'efficacia generalpreventiva della stessa. Lo svuotamento dei poteri giudiziari a favore di quelli amministrativi nella fase esecutiva della pena e la fusione di funzioni giudiziarie e amministrative va contro l'assioma della separazione dei poteri su cui lo stato di diritto si regge.

La scelta di spostare l'attenzione dal reato al delinquente, e di misurare l'intensità della pena preventiva sul modo di sentire, sull'inclinazione a delinquere (*verbrecherische Gesinnung*) dell'autore, è, secondo Drost, equivoca, politicamente pericolosa e sbagliata dal punto di vista della politica criminale⁹¹. Così come una delimitazione legislativa delle fonti di prova della pericolosità del delinquente, concetto attorno al quale ruotano tutte le misure preventive di sicurezza e le pene nella visione riformatrice, è una richiesta ineludibile «der Rechtsstaatsgedanke»⁹². La politica criminale moderna, sintetizza dunque Drost, vive di un conflitto: la dilatazione dell'arbitrio processuale per amore d'individualizzazione da una parte, il vincolo legale degli organi discrezionali per la sicurezza dei diritti individuali dei cittadini dall'altra. Tanto nel diritto materiale quanto in quello processuale la politica criminale spinge verso un pensiero dominante riformatore, le idee dello stato di diritto, invece, sono portatrici del principio del limite⁹³.

Il conflitto di fondo ben descritto da Drost rimarrà il nodo irrisolto del pensiero peno-criminologico anche nel dopoguerra. Se, infatti, le conquiste del movimento riformatore, nelle sue diverse anime correzionale-riabilitativa (i provvedimenti speciali per i minorenni, la sospensione condizionale della pena, la libe-

⁹⁰ Ivi, p. 199.

⁹¹ Ivi, p. 212: «Wir behaupten aber, dass diese Verwendung der Gesinnung als Maßstab der Präventivstrafen missverständlich, staatspolitisch gefährlich und kriminalpolitisch unrichtig ist».

⁹² Ivi, p. 215.

⁹³ Ivi, p. 226. Nella recensione al libro di Drost, RADIN 1931-32, p. 633, evidenzia come la tesi beccariana ed illuminista di una giusta proporzione legislativa delle pene che tolga ogni arbitrio giudiziale è ormai superata, «and the "Free Law" movement in Germany and France took as its principle the cardinal doctrine of modern criminology that acts cannot be standardized and that punishment must be individual», ma precisa anche come le teorie criminologiche non significhino certo un ritorno ad un modello bre-beccariano, puntualizzando come «it is scarcely necessary to point out that there is no sympathy or affinity between the theories that issued in the torture chamber and the stake, and the ideas that animated von Liszt and Saleilles, Lombroso and Ferri».

razione condizionale) e preventiva per ragioni di difesa sociale (le misure di sicurezza a tempo indeterminato), sembrano ormai irrinunciabili, la cultura penalistica, ancor più dopo il conflitto mondiale, è consapevole della necessità di bilanciare tali riforme con la fermezza di alcuni principi del liberalismo classico, in particolare sui limiti all'arbitrio giudiziale e amministrativo. Sempre nel convegno per il bicentenario del *Dei delitti e delle pene*, Pietro Nuvolone sottolinea come soprattutto sul piano processuale l'opera di Beccaria «mantiene tuttora la validità di un perenne ammonimento, perché ancor oggi frequenti sono i ricorsi a barbarie e le tentazioni inquisitorie che turbano le menti dei teorici e dei pratici del processo penale»⁹⁴. La contrarietà di Beccaria al principio di discrezionalità giudiziale, «punto di vista, evidentemente, antistorico e irrazionale, ma che si spiega come una reazione al dominio dell'arbitrio nei processi penali», è ancora d'invariata attualità⁹⁵. È evidente, scrive pochi anni prima, che la concezione così ristretta di Beccaria riguardo all'estensione dei poteri del giudice si spiega storicamente come reazione agli eccessi di arbitrio del suo tempo, che «sono ormai solo dei ricordi», ma rimane il problema di fondo, evidente soprattutto nel campo delle sanzioni, «dell'alternativa e dei rapporti tra *discrezionalità* e *legalità*»⁹⁶. L'idea moderna di giustizia processuale ammette il principio, sul piano dell'esecuzione, che *a uguale sentenza e a uguale personalità uguale trattamento penitenziario*, mostrando come «la giustizia penale oggi sia profondamente mutata rispetto a quella, per esempio, propugnata dal Beccaria, e che era essenzialmente riferita alla gravità oggettiva del fatto»: oggi, infatti, «non si può prescindere dal principio dell'individualizzazione della pena, nel momento giudiziario e nel momento esecutivo», che pone in primo piano la personalità del delinquente⁹⁷.

La ricerca del giusto equilibrio tra garanzie penali e riforme criminologiche, carattere peculiare nel pensiero del penalista bergamasco, segue un filo rosso che – così almeno sembra a chi scrive –, tiene insieme le riflessioni qui analizzate di Cuche, Florian, Freudenthal, Longhi, Glueck, Cantor, Sellin, Conti e De Asua, e che potrebbe essere sintetizzato nell'idea del passaggio dalla legalità processuale alla giurisdizionalità, poiché «il principio di giurisdizionalità deve subentrare per la tutela della libertà del cittadino là dove le istanze della difesa sociale non permettono di applicare il principio di legalità»⁹⁸. «Il principio di *giurisdizionalità* – scrive Nuvolone nel 1961 – consiste, nel suo fondamento, nell'obbligo della garanzia giurisdizionale per ogni atto limitativo della libertà

⁹⁴ NUVOLONE 1966, p. 306.

⁹⁵ Ivi, p. 307.

⁹⁶ NUVOLONE 1962-63, p. 447.

⁹⁷ Ivi, p. 451.

⁹⁸ NUVOLONE 1957, p. 317, ma *passim*.

personale»⁹⁹: da esso, «e, più in alto dalla stessa struttura dello Stato di diritto, che presuppone un rapporto di alterità tra Stato e cittadino, e quindi piena soggettività giuridica del cittadino stesso di fronte allo Stato (e, perciò, anche di fronte allo Stato-giurisdizione), derivano pertanto il diritto alla *contestazione*, il diritto alla *difesa*, l'obbligo per il giudice penale di *motivare* i suoi provvedimenti»¹⁰⁰. Nell'impossibilità logica, pertanto, di prevedere il rigoroso rispetto del principio di legalità tradizionale nella predeterminazione, per esempio, di tutti i caratteri delle misure di sicurezza, il discrimine per la loro accettabilità in conformità allo stato (costituzionale) di diritto sta proprio «nell'istituzione di un processo di sicurezza, separato dal processo ordinario di cognizione (che gli è pregiudiziale), e organizzato con tutte le garanzie di un normale processo»¹⁰¹.

Non tocca certo a uno storico del diritto proseguire oltre nella valutazione della persistenza di tale conflitto tra discrezionalità e legalità, ma il richiamo al testo di Beccaria sembra poter ancora rappresentare un indispensabile ancoraggio, almeno ideale se non più storicamente accettabile nella sua rigidità, per evitare derive anti-garantistiche¹⁰².

⁹⁹ NUVOLONE 1962, p. 166.

¹⁰⁰ Ivi, pp. 166-167.

¹⁰¹ Ivi, p. 175. La stessa idea è ripresa anche, ad es., in NUVOLONE 1960-61, p. 707: «Quanto, poi, alla indeterminatezza della misura di sicurezza, una volta accettato il principio di un diritto penale della pericolosità, non potrebbe concepirsi una predeterminazione aprioristica della durata di un trattamento, la cui finalità è l'eliminazione della pericolosità sociale. Difesa sociale e legalità *stricto sensu* non sono termini interamente conciliabili tra loro: se si persegue un fine utilitario, la misura può cessare solo quando il fine è raggiunto. Ciò che si può chiedere è la vera e propria giurisdizionalizzazione del processo di sicurezza, in modo da fornire sul piano processuale quelle garanzie del diritto di libertà del prevenuto, che attualmente sono purtroppo evanescenti»; NUVOLONE 1962-63, p. 453: «Per ovviare, nei limiti del possibile, a questi conflitti e a queste discrasie, bisogna accentuare, sotto certi aspetti, le garanzie di libertà: e, quindi, estendere il principio di contestazione e di contraddittorio a tutti gli accertamenti di personalità».

¹⁰² Cfr. NEGRI 2014.

BIBLIOGRAFIA

- A. ANDREOTTI, *Natura, forma e limite del procedimento per la revoca della condanna condizionale*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, II, p.te 2^a (1911), pp. 498-501.
- C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. FRANCONI, in *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, diretta da L. Firpo, vol. I, Milano 1984, pp. 13-129.
- P. BEIRNE, *Inventing Criminology: The "Science of Man" in Cesare Beccaria's Dei delitti e delle pene (1764)*, in *Criminology*, 29, 4 (1991), pp. 777-820.
- E. BRUSA, *Sul nuovo positivismo nella giustizia penale. Riflessioni di un criticista che preferirebbe il vecchio*, Roma-Torino-Napoli 1887.
- N. CANTOR, *Conflicts in Penal Theory and Practice*, in *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, 26, 3 (1935), pp. 330-350.
- C. CANTÙ, *Beccaria e il diritto penale*, Firenze 1862.
- E. CARNEVALE, *L'arbitrio del giudice nell'applicazione della pena*, in *Rivista Penale*, XLVI (1897), pp. 109-132; 333-349.
- E. CARNEVALE, *L'ideale giuridico della procedura penale*, in *Rivista penale*, LVII (1903), pp. 5-25.
- C. CIVOLI, *Del procedimento per la revocazione della condanna condizionale*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, I, p.te 2^a (1910), pp. 822-824.
- U. CONTI, *Ciò che dovrebbe essere un giudizio penale*, in *Rivista penale*, LXIII (1906), pp. 5-19.
- U. CONTI, *Rapport sur la première question*, in *Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin, Août 1935. Rapports sur les questions du programme de la première section: Législation*, vol. II, Berne 1935, pp. 1-9.
- P. CORNIL, *Rapport sur la première question*, in *Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin, Août 1935. Rapports sur les questions du programme de la première section: Législation*, vol. II, Berne 1935, pp. 12-16.
- P. CUCHE, *Traité de science et de législation pénitentiaires*, Paris 1905.
- J.L. DE ASUA, *Rapport sur la première question*, in *Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin, Août 1935. Rapports sur les questions du*

- programme de la première section: Législation*, vol. II, Berne 1935, pp. 39-46.
- B. DE QUIROS, *Las nuevas teorías de la criminalidad*, Madrid 1898.
- F.E. DEVINE, *Cesare Beccaria and the Theoretical Foundations of Modern Penal Jurisprudence*, in *New England Journal on Prison Law*, 7 (1981), pp. 8-21.
- P. DORADO MONTERO, *Problemas de derecho penal*, Madrid 1895.
- H. DROST, *Das Ermessen des Strafrichters. Zugleich ein Beitrag zu dem allgemeinen Problem Gesetz und Richteramt*, Berlin 1930.
- B.H. ELMER, *The Repression of Crime. Studies in Historical Penology*, New York 1926.
- E. FERRI, *Sociologia criminale*, Torino 1900⁴.
- E. FLORIAN, *Sulla natura giuridica di talune nuove facoltà del giudice penale*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, I, p.te 1^a (1910), pp. 737-748.
- E. FLORIAN, *Le nuove esigenze del processo penale*, in *La Scuola Positiva*, XXIV (serie III – vol. V) (1914), pp. 62-66.
- M. FOUCAULT (1974), *La verità e le forme giuridiche*. (IV Conferenza) (trad. di A. Petrillo), ora in *Archivio Foucault. Interventi, colloqui, interviste*. 2. 1971-1977. *Poteri, saperi, strategie*, a cura di A. DAL LAGO, Milano 1997, pp. 83-165.
- M. FOUCAULT (1975), *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (trad. di A. Tarchetti), Torino 1976.
- B. FRANCHI, *Il principio individualizzatore nell'istruttoria penale*, in *La Scuola Positiva*, X, 11 (1900), pp. 641-670.
- B. FRANCHI, *La dottrina e l'esecuzione delle pene prima e dopo Cesare Lombroso*, in *La Scuola Positiva*, XVI (1906), pp. 149-170; 273-285; 385-423; 598-620.
- B. FREUDENTHAL, *Strafrecht und Strafvollzug im modernen Rechtsstaat*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 39 (1918), pp. 493-511.
- D. GARLAND, *Punishment and Welfare. A History of Penal Strategies*, Aldershot 1985.
- R. GAROFALO, *Di un criterio positivo della penalità*, Napoli 1880.
- R.H. GAULT, *Announcement: Pioneers in Criminology*, in *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, 45, 1 (1954), pp. 1-2.
- S. GLASER, *Beccaria et le concept de l'Etat de Droit*, in *Atti del Convegno Internazionale su Cesare Beccaria*, Torino 1966, pp. 43-56.
- S. GLUECK, *Principles of a Rational Penal Code*, in *Harvard Law Review*, 41, 4 (1928), pp. 453-482.
- S. GLUECK, *Crime and Justice*, Boston 1936.
- S. GLUECK, E. GLUECK, *Predictability in the administration of criminal justice*, in *Harvard Law Review*, 42, 3 (1929), pp. 300-329.

- B.E. HARCOURT, *Beccaria's On Crimes and Punishments: A Mirror on the History of the Foundations of Modern Criminal Law*, in *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, a cura di M.D. DUBBER, Oxford 2014, pp. 39-60.
- C.R. JEFFERY, *Pioneers in Criminology. The Historical Development of Criminology*, in *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, 50, 1 (1959), pp. 3-19.
- J.M. KERR, *The Indeterminate-Sentence Law Unconstitutional*, in *American Law Review*, 55, 5 (1921), pp. 722-742.
- D.T. KONIG, *Legal Fictions and the Rule(s) of Law*, in *The Many Legalities of Early America*, a cura di C.L. TOMLINS, B.H. MANN, Chapel Hill and London 2001, pp. 97-117.
- C.T. LEWIS, *The Indeterminate Sentence*, in *Yale Law Journal*, vol. 9, 1, 1899, pp. 17-30.
- F. LIEBER, *A Popular Essay on Subjects of Penal Law and on Uninterrupted Solitary Confinement at Labor...*, Philadelphia 1838.
- S. LONGHI, *Repressione e prevenzione nel diritto penale attuale*, Milano 1911.
- S. LONGHI, *Il principio della presunzione d'innocenza nella organizzazione del nuovo codice di procedura penale*, in *La Scuola Positiva*, XXIV, 11 (Serie III, vol. V) (1914), pp. 961-976.
- L. LUCCHINI, *I semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale. Saggio critico*, Torino 1886.
- H. MANNHEIM, *The Dilemma of Penal Reform*, London 1939.
- H. MANNHEIM, *Criminal Justice and Social Reconstruction*, London 1946.
- M.N. MILETTI, *La follia nel processo. Alienisti e procedura penale nell'Italia postunitaria*, in *Acta Histriae*, 15, 1 (2007), pp. 321-346.
- J. MILL, *Prison and Prison Discipline*, in *Supplement to the Fourth, Fifth, and Sixth Editions of the Encyclopaedia Britannica. With Preliminary Dissertations on the History of the Science*, vol. VI, Edinburgh 1824, pp. 385-395.
- E. MONACHESI, *Pioneers in Criminology. IX. Cesare Beccaria (1738-1794)*, in *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, 46, 4 (1955), pp. 439-449.
- D. NEGRI, *Delle procedure criminali: parte di legislazione così principale e così trascurata*, in *Cassazione penale*, LIV, 11, (2014), pp. 3946-3962.
- G. NEWMAN, P. MARONGIU, *Penological Reform and the Myth of Beccaria*, in *Criminology*, 28, 2 (1990), pp. 325-346.
- P. NUVOLONE, *Il controllo del potere discrezionale attribuito al giudice per la determinazione delle pene e delle misure di prevenzione*, in *Atti del VII Congress-*

- so *Internazionale di diritto penale* (1957), ed ora in ID., *Trent'anni di diritto e procedura penale. Studi*, vol. I, Padova 1969, pp. 307-318.
- P. NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie sostanziali e processuali della libertà del cittadino*, in *Stato di diritto e misure di sicurezza*. Convegno di diritto penale – Bressanone 1961, Padova 1962, pp. 161-179.
- P. NUVOLONE, *Processo penale: legalità, giustizia e difesa sociale*, in *Bollettino dell'Istituto di Diritto e Procedura Penale*, Università degli Studi di Pavia, 1962-63, ed ora in ID., *Trent'anni di diritto e procedura penale. Studi*, vol. I, Padova 1969, pp. 446-455.
- P. NUVOLONE, *Processo e pena nell'opera di Cesare Beccaria*, in *Atti del Convegno Internazionale su Cesare Beccaria*, Torino 1966, pp. 305-315.
- M. PARMELEE, *The Principles of Anthropology and Sociology in their Relations to Criminal Procedure*, New York 1908.
- M. PARMELEE, *Criminology*, New York 1923.
- R. POUND, *Introduction to the English version*, in R. SALEILLES, *The Individualization of Punishment*, Boston 1911, pp. XI-XIX.
- R. POUND, *Criminal Justice in America*, New York 1929.
- R. POUND, *Foreword*, in S. GLUECK, E. GLUECK, *Predictability in the Administration of Criminal Justice*, in *Harvard Law Review*, 42, 3 (1929), pp. 297-299.
- R. POUND, *The Individualization of Justice* (1930), ora in *Roscoe Pound and Criminal Justice*, a cura di S. GLUECK, Dobbs Ferry 1965, pp. 169-176.
- F. PUGLIA, *L'evoluzione storica e scientifica del diritto e della procedura penale*, Messina 1882.
- G. RADBRUCH, *Strafrechtsreform und Strafprozessreform* (1928), ora in ID., *Gesamtausgabe*, a cura di A. KAUFMANN, Band 9, *Strafrechtsreform*, bearbeitet von R. Wassermann, Heidelberg 1992, pp. 304-306.
- M. RADIN, *Review of Das Ermessen des Strafrichters by H. Drost*, in *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, 22, 4 (1931), pp. 631-633.
- L. RADZINOWICZ, *Cesare Beccaria and the English System of Criminal Justice: a reciprocal relationship*, in *Atti del Convegno Internazionale su Cesare Beccaria*, Torino 1966, pp. 57-66.
- A. ROCCO, *Riabilitazione e condanna condizionale*, in *Giustizia Penale*, XIII (1907), cc. 1563-1575.
- W. ROSENBLUM, *Beyond the Prison Gates. Punishment and Welfare in Germany, 1850-1933*, Chapel Hill 2008.
- E. ROSENFELD, *Welche Folgerung ergeben sich aus der Strafrechtsreform für den Strafprozess?* in *Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung*, Neue Folge 4. Band (23. Tagung der Deutschen Landesgruppe zu Bre-

slau am 24. und 25. Mai 1929), Berlin und Leipzig 1930, pp. 113-127.

T. SELLIN, *The Trial Judge's Dilemma: a Criminologist's View*, in *Probation and Criminal Justice. Essays in Honor of Herbert C. Parsons*, a cura di S. GLUECK, New York 1930, pp. 99-108.

A. STOPPATO, *Sul fondamento scientifico della procedura penale*, in *Rivista Penale*, XXXVII (1893), pp. 305-328.

F. TUROTTI, *Cesare Beccaria*, in *Dei delitti e delle pene di Cesare Beccaria*, a cura di F. TUROTTI, Milano 1858, pp. 7-277.

S.B. WARNER, H.B. CABOT, *Judges and Law Reform*, Cambridge 1936.

F.H. WINES, *Punishment and Reformation. An historical Sketch of the Rise of the Penitentiary System*, New York 1895a.

F.H. WINES, *Possible Penalties for Crime or the Inequality of Legal Punishment*, Concord 1895b.

F.H. WINES, *Punishment and Reformation. A Study of the Penitentiary System*, New York 1919.

D.B. YOUNG, *Cesare Beccaria: Utilitarian or Retributivist?*, in *Journal of Criminal Justice*, 11 (1983), pp. 317-326.

G. ZIRONDA, *L'obbligo della motivazione in tema di condanna condizionale*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, vol. I, p.te 2^a (1910), pp. 267-272.

RILETTURE DI BECCARIA NELLA PROCESSUAL-PENALISTICA ITALIANA DEL XX SECOLO

Marco Nicola Miletti

SOMMARIO: 1. Un antenato scomodo. – 2. La congiura del silenzio. – 3. «Ciò che è vivo e ciò che è morto»: la monografia di De Marchi. – 4. Un conforto per la «dolorante umanità». – 5. I discernimenti del bicentenario: a) Beccaria ‘attuale’; b) Beccaria ‘processualista’. – 6. Inquietudini di fine millennio. – 7. Le invarianze, la sfida.

1. *Un antenato scomodo*

Nel *Trattato di diritto processuale penale italiano* Vincenzo Manzini non spendeva parole di encomio per Cesare Beccaria. Lo declassava a «fortunato sintetizzatore e divulgatore delle dottrine filosofico-sociali del secolo XVIII». A suo parere il *Dei delitti*, emerso dalla «nebbia delle divagazioni filosofiche», aveva forse giovato, «malgrado i suoi sofismi», ad alcune riforme legislative, «ma nulla [aveva apportato] alla scienza del diritto, che non deve essere confusa con la politica penale». I fulmini del professore friulano si abbattevano, per la verità, sull’intera criminalistica «politico-filosofica» di fine Settecento, tacciata di asistematicità e di non aver saputo scindere il penale sostanziale dal processuale¹.

¹ V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*. Con prefazione di Alfredo ROCCO ministro della Giustizia. *Volume Primo* [...], Torino 1931, n. 5 *ter*, pp. 16-17. Per sminuire ulteriormente l’originalità delle idee beccariane, l’A. segnalava che alcune di esse, nel momento in cui furono formulate, si erano già attuate, «specialmente in Toscana» (ivi, p. 16). Identiche le locuzioni adoperate da ID., *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Torino 1949³, I, n. 5 *ter*, p. 19. Più benevolmente, ID., *Trattato di diritto penale italiano. Volume I*, Torino 1908, n. 37, p. 39 (dunque in una sede ‘sostanzialistica’) aveva riconosciuto a Beccaria d’aver innestato «nella sua mirabile concezione le idee degli enciclopedisti con le essenziali varianti dell’abolizione della pena di morte e con l’esclusione dell’arbitrio dalle leggi». Solo incidentale, e *de relato*, era stata invece la citazione riservata al marchese da ID., *La crisi presente del diritto penale. Discorso inaugurale pronunciato per l’apertura dell’Anno accademico 1899-1900 nell’Università di Ferrara*, in ID., *Scelta di scritti minori*, Torino 1959, p. 292 in polemica con la prolusione pisana di Enrico Ferri (sulla quale vd. *infra*, nt. 7).

I pregiudizi compendati nel passo manziniano si nutrivano del disprezzo con il quale l'indirizzo tecnico-giuridico esorcizzava le contaminazioni tra scienza penale e altri saperi: da quest'ottica Beccaria, teorico e divulgatore anziché scienziato del diritto, diventava un antenato del quale non menar vanto. L'insofferenza, però, non rimase circoscritta alla cerchia dei Manzini, Massari, Arturo Rocco. Nel corso del Novecento le pagine beccariane, che pure affascinarono stuoli eterogenei di intellettuali, vennero non di rado percepite dai giuristi² come il parto d'una mente magari geniale e profetica, eppure poco versata nelle pandette; una miniera di *principi* – si direbbe con un'abusata dicotomia della filosofia del diritto contemporanea – ma improduttiva di *regole*³. Il preconetto

² Tra i giuristi novecenteschi occupatisi di Beccaria, oltre agli autori – in larga misura penalisti – che verranno citati nel testo, basti ricordare privatisti di ampi orizzonti come F. LUZZATTO, *Cesare Beccaria e la politica agraria*, Torino 1927 (sul quale vd. A. MATTONE – E. MURA, *Luzzatto, Fabio*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani [XII-XX secolo]*, diretto da I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI, Bologna 2013 [d'ora in avanti: *DBGI*], II, pp. 1217-1218) e S. RODOTÀ, Prefazione a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*. Prefazione di S. RODOTÀ. Cura di A. BURGIO (1991), Milano 2014¹⁸, pp. 5-10; filosofi del diritto come A. MARTINAZZOLI, *La metafisica e il positivismo di C. Beccaria. Nota*, in REALE ISTITUTO LOMBARDO DI SCIENZE E LETTERE, *Rendiconti*, ser. II, XXXIX (1906), pp. 1053-1070; A. CRESPI, *Il pensiero filosofico-giuridico di Cesare Beccaria (Le fonti di Cesare Beccaria)*, in *Rivista di filosofia e scienze affini*, X (1908), pp. 92-97, 214-232, 693-708; U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai nostri giorni*. Terza edizione riveduta e ampliata, Firenze 1974, pp. 41-58; M.A. CATTANEO, *La difesa sociale nel pensiero di Cesare Beccaria*, Bologna 1975; ID., *Cesare Beccaria e l'illuminismo giuridico europeo*, in *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*. Prolusioni di S. ROMAGNOLI e G.D. PISAPIA, Milano-Roma-Bari 1990, pp. 196-224; A. BARATTA, *Filosofia e Diritto Penale. Note su alcuni aspetti dello sviluppo del pensiero penalistico in Italia da Beccaria ai nostri giorni*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IV ser., XLIX (1972), pp. 31-32; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Prefazione di N. BOBBIO, Roma-Bari 1990, *ad indicem*; costituzionalisti come G. ZAGREBELSKY, *La legge secondo Beccaria e le trasformazioni del tempo presente*, in *Cesare Beccaria e la pratica dei lumi*. IV giornata Luigi Firpo. Atti del Convegno 4 marzo 1997, a cura di V. FERRONE e G. FRANCONI, Firenze 2000, pp. 13-22; storici del diritto (Italo Mereu, Antonio Marongiu, Adriano Cavanna, Gigliola di Renzo Villata, Gianpaolo Massetto, Loredana Garlati, Italo Birocchi, sui quali mi permetto di rinviare a M.N. MILETTI, *Beccaria e la fondazione della scienza penale. Origine settecentesca di un equivoco*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2013, pp. 179-181).

³ F. DE DOMINICIS, «*I delitti e le pene*» di Cesare Beccaria e il loro fondamento sociale, in *Rivista Internazionale di scienze sociali e discipline ausiliarie*, XIX, vol. 55, fasc. 219 (mar. 1911), p. 368 definiva Beccaria un «filantropo», non un giurista. Per B. PETROCELLI, *Principi di diritto penale. Volume I. Introduzione – La norma penale – Il fatto*. Nuova edizione riveduta e aumentata, Napoli 1955, p. 30 il marchese non fu «mai» un giurista e il suo successo si deve più alla «attualità politica» del messaggio che al «valore scientifico». D'una doppia identità beccariana di filosofo e di giurista era persuaso P. LANZA, *Cesare Beccaria*, in *Atti dell'I.R. Accademia di scienze lettere ed arti degli Agiati di Rovereto*, Rovereto 1912, p. 75, a cui avviso mancavano al marchese le conoscenze della dottrina giuridica e della giurisprudenza, ma non certo «un fine e squisito intuito giuridico». Sul tema si rinvia al contributo di L. GARLATI, *Beccaria: filosofo acclamato del passato e giurista misconosciuto del futuro*, pp. 1-30 nel presente volume. Sulla dicotomia tra principi e regole vd. R. DWORIN, *Taking Rights Seriously* (1977), tr. it. *I diritti presi sul serio*, Bologna 2010, pp. 37-79

si è attenuato soltanto nel secondo dopoguerra, quando l'urgenza di un'interpretazione dei codici Rocco costituzionalmente orientata ha indotto i penalisti ad attingere al patrimonio giusfilosofico illuministico valori fondativi quali la certezza, la legalità, l'umanità del trattamento giudiziario e sanzionatorio.

Movendo da questa ipotesi, ci si prefigge qui di esaminare, senza alcuna pretesa di esaustività, le principali riletture novecentesche del *Dei delitti* nella processual-penalistica italiana, privilegiando i generi editoriali (manuali, trattati, relazioni di alta divulgazione) di maggior impatto formativo e culturale⁴.

2. La congiura del silenzio

Una prima constatazione balza subito in evidenza: Beccaria è poco presente nelle opere di sintesi di diritto processuale penale. Certo, gli autori della scuola 'classica' se ne proclamavano diretti discendenti. Gli *Elementi di procedura penale* di Luigi Lucchini (I edizione 1895), una sorta di «battesimo scientifico» della disciplina, lo annoveravano tra i «precursori della nuova scienza processuale, che si va svincolando dalle antiche pastoie e tende a nuovi ideali e a un proprio organismo»⁵. L'omaggio però restava episodico, estrinseco, e non si traduceva in riscontri nel merito degli istituti.

Una prima, quantunque non conclamata, de-mitizzazione del riformatore lombardo risale alla scuola positiva, la quale indirettamente gli addebitava la primogenitura di quelle teorie che, anziché plasmare il processo in funzione di difesa della società dal crimine, lo avevano svilito a fiacco strumento di accertamento della responsabilità morale. Un garantismo inaccettabile dagli allievi di Lombroso. Costoro – rilevava acutamente Lucchini – ambivano a «un ritorno puro e semplice all'inquisizione» intesa come ricerca «imparziale» della verità:

e le critiche mosse da L. ALEXANDER – K. KRESS, *Against Legal Principles*, in *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*, a cura di A. MARMOR, Oxford 1995, tr. it. *Contro i principi del diritto*, in L. ALEXANDER – K. KRESS, *Una critica dei principi del diritto*, Napoli 2014, pp. 19-99.

⁴ Non saranno, per contro, presi in considerazione gli studi sul libello – talora pregevoli – condotti da giuristi 'positivi' in chiave squisitamente storiografica: per un es. recente vd. M. PISANI, *Cesare Beccaria e l'Index Librorum Prohibitorum*, Napoli 2013.

⁵ L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze 1895, n. 56, p. 69 (corsivo dell'A.). Lo scritto di Beccaria, aggiungeva Lucchini (*ibidem*), «segnò la rovina di tutto un passato» sia nel diritto che nella procedura penale. A definire «battesimo scientifico» gli *Elementi* lucchiani fu G. BELLAVISTA, *Sullo stato attuale della scienza del diritto processuale penale in Italia*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, I, Milano 1952, p. 155. Un carrariano 'dialogante' come P. LANZA, *Cesare Beccaria*, cit. in nt. 3, p. 59 riconosceva a Beccaria il merito d'aver trasmesso «alcune idee del nuovo sistema» alla «moderna scuola penale giuridica» (ossia alla penalistica liberale) tuttora «dominante, prospera e rigogliosa». Ivi, pp. 70 e 76 l'A. ribadiva che Beccaria andava considerato «il fondatore della scuola giuridica». Per la peculiare posizione dello studioso siracusano nel dibattito tra le scuole vd. M.N. MILETTI, *Lanza, Pietro*, in *DBGI*, cit. in nt. 2, I, p. 1148.

lo stesso frasario, aggiungeva beffardo l'autore de *I semplicisti*, col quale sino a un secolo addietro «s'impugnavano le dottrine di Beccaria e di Filangieri»⁶.

In effetti Enrico Ferri, se per il «diritto penale statuento» era propenso ad ammettere che la scuola classica e *in primis* Beccaria avevano valorosamente avversato le logiche repressive 'medievali', non riconosceva al celebre illuminista uno specifico contributo nella procedura. Rispetto a questo settore, per di più, la «missione» dei positivisti preannunciata dal Ferri, ossia un riequilibrio tra «diritti individuali e sociali» che «rimedia[ss]e alle soverchie esagerazioni» liberali, confliggeva frontalmente con la lezione del *Dei delitti*, alla quale, non a caso, il capitolo processualistico di *Sociologia criminale* riservava pochi e scontati cenni⁷.

«Anche per le procedure» la «nuova scuola» *demoliva* dunque «i principii» beccariani. Essa, come spiegò Pietro Lanza in una conferenza del 1912, «censura[va] come una rilassatezza le guarentigie» vigenti e «consiglia[va] di condannare con criteri molto elastici, in base a presunzioni e a divinazioni pericolosissime». Il saggio del professore siciliano culminava nell'accorato appello anti-positivistico a restar «fedeli alle dottrine fondamentali del sommo Beccaria», sviluppate dai maestri del secolo XIX e tuttora in grado di assicurare «il primato» alla penalistica italiana⁸.

⁶ L. LUCCHINI, *I semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale*, Torino 1886, p. 247. Il brano ha attirato l'attenzione di E. AMODIO, *La Scuola positiva e il pensiero di Beccaria: un dissenso nascosto dietro la «venerazione riconoscente»*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, LVII, fasc. 4 – 2014, p. 2060, anche nel presente vol., p. 91. Per Amodio (ivi, p. 89) la priorità, predicata dalla scuola positiva, della difesa sociale rispetto alle garanzie dell'individuo si poneva «agli antipodi del pensiero» di Beccaria (vd. anche ivi, p. 103). Altrettanto distanti erano la concezione del giudice (ivi, p. 89) e le specifiche finalità riconnesse al processo (ivi, p. 91).

⁷ E. FERRI, *Sociologia criminale*. Quarta edizione. Con due tavole grafiche, Torino 1900, p. 728 (e già ID., *Sociologia criminale*. Terza edizione completamente rifatta dei *Nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Torino 1892, pp. 506-507) per la citazione di Beccaria a proposito del «diritto penale statuento» e per la «missione» positivistica in materia di processo; ID., *Sociologia*⁴, cit. in questa nt., p. 762 per la stoccata ai «giudici misonoisti» che non avevano perdonato a Beccaria la critica alla tortura. Ivi, p. 554 l'affermazione su Beccaria *iniziatore* della scuola classica; ivi, nt. 1 la deplorazione che l'«accenno» beccariano alle leggi quali strumenti del privilegio di «pochi» (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. FRANCONI con *Le edizioni italiane del «Dei delitti e delle pene»* di L. Firpo [Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria diretta da L. FIRPO, I], Milano 1984, § XLI *Come si prevenano i delitti*, pp. 121-122; sul brano vd. F. CORPACI, *Ideologie e politica in Cesare Beccaria*, Milano 1965, pp. 4-5) non fosse stato ripreso dalla «scuola classica». Già in precedenza E. FERRI, *Da Cesare Beccaria a Francesco Carrara*. Prolusione nell'Università di Pisa – 13 gennaio 1890, in *Archivio giuridico*, XLIV (1890), p. 498 aveva individuato in Beccaria e Carrara i «due termini fulgenti» d'una scuola classica che (ivi, p. 499) aveva ormai compiuto la propria «evoluzione». Egli si era detto più ottimista sul grado di sviluppo raggiunto nel processo e nei sistemi carcerari (ivi, p. 512). Su questa prolusione pisana era sferzante V. MANZINI, *La crisi presente*, cit. in nt. 1, p. 292. La «venerazione» manifestata da Ferri nei confronti di Beccaria, effetto della «retorica della continuità» e contraddetta, nella sostanza, dalla pesante critica al «sentimentalismo», è considerata da E. AMODIO, *La Scuola positiva*, cit. in nt. 6, pp. 93-95 frutto di «compromesso ideologico».

⁸ P. LANZA, *Cesare Beccaria*, cit. in nt. 3, p. 78 (propositi demolitori dei positivisti e dissensi da

Intanto sul *Dei delitti* incombeva una ben più drastica *damnatio memoriae*, e stavolta senza neppure l'onore delle armi. L'indirizzo tecnico-giuridico stava infatti allestendo la sua crociata non solo contro il 'sentimentalismo' garantista⁹, ma anche nei riguardi di quelle che avvertiva come fastidiose divagazioni filosofiche o derive di politica criminale. Uno dei testi pionieristici nell'applicazione del tecnicismo alla procedura, il *Manuale di procedura penale italiana* (1912) di Manzini, ignorava l'apporto dei Lumi alla transizione dal processo *arbitrario* a quello *legale* e ne respingeva recisamente il principio-chiave della presunzione d'innocenza (un criterio «errato»)¹⁰. Nulla avevano da spartire con Beccaria, per stile e contenuti, le compassate *Dottrine generali del processo penale* di Eduardo Massari, debentrici della pandettistica processual-civilistica e dei pubblicisti italiani di primo Novecento assai più che del retaggio tardo-illuministico¹¹. Parimenti disinteressati apparivano manuali tra loro eterogenei come quelli di Ugo Aloisi del 1932; di Ottorino Vannini del 1952; di Silvio Ranieri, piuttosto diffuso nella seconda metà degli anni Cinquanta; di Girolamo Bellavista, che pure dischiudeva qualche finestra sulla storia; di Alessandro Malinverni, uscito nel 1970¹².

Beccaria); ivi, p. 87 (invito a restare nel solco beccariano). A suggello dell'esposizione d'un caso studiato da Lombroso, Lanza esclamava (ivi, p. 81): «Alla larga da quel paese desiderato dal Lombroso, ove si condanna la gente senza prove!».

⁹ Come avrebbe osservato, anni dopo, U. ALOISI, *Manuale pratico di procedura penale*, Milano 1932, p. 3, il c.p.p. del 1913 aveva cercato di «reagire» alla «degenerazione di quei canoni individualistici, che avevamo ereditato dai filosofi e dagli uomini politici della fine del secolo XVIII e della prima metà del secolo scorso». Aloisi era ormai un seguace del tecnicismo giuridico (cfr. R. ORLANDI, *Aloisi, Ugo*, in *DBGI*, cit. in nt. 2, I, pp. 45-46), ma è indubbio che nella 'reazione' del 1913 cui egli accennava il positivismo avesse giocato un ruolo attivo: vd. A. BATTAGLIA, *Processo alla giustizia*, Bari 1954, p. 22 (ove il ripristino dell'inquisitorio voluto nel 1913 dai positivisti viene letto anche come una sconfessione di Beccaria, Filangieri e Pagano); M.N. MILETTI, *Un processo per la Terza Italia. Il codice di procedura penale del 1913. I: L'attesa*, Milano 2003, pp. 315-359.

¹⁰ V. MANZINI, *Manuale di procedura penale italiana*, Torino 1912, cap. I *Svolgimento storico del processo penale*, p. 10 (transizione dalla «arbitrarietà» alla legalità del processo); ivi, pp. 55 (presunzione d'innocenza), 58 (libero convincimento), 69 (ufficialità dell'azione penale). L'intero riformismo settecentesco era stato già liquidato in una battuta («le artificiose e anacronistiche finzioni dell'enciclopedia francese») dallo stesso V. MANZINI, *Paleontologia criminale. Contributo alle ricerche sulla genesi del diritto e della procedura penale*, in *Rivista Penale*, XXIX (1903), vol. LVII, p. 270. A proposito della presunzione d'innocenza, insanabile era già il divario tra Beccaria e la scuola positiva: E. AMODIO, *La Scuola positiva*, cit. in nt. 6, pp. 96-97.

¹¹ E. MASSARI, *Il Processo Penale nella nuova Legislazione Italiana. Libro I. Le dottrine generali del Processo Penale*, Napoli [1932]. La I ed. risaliva al 1928; ma l'A. aveva già pubblicato il corso di lezioni 1926-27 con il titolo *Lineamenti del processo penale italiano*, Napoli 1927. Cfr. M.N. MILETTI, *Massari, Eduardo*, in *DBGI*, cit. in nt. 2, II, pp. 1302-1304.

¹² U. ALOISI, *Manuale pratico*, cit. in nt. 9; O. VANNINI, *Manuale di diritto processuale penale italiano. Nuova edizione riveduta e ampliata tenuto conto della nuova legge sul Riordinamento dei giudizi di Assise*, Milano 1952; S. RANIERI, *Manuale di diritto processuale penale. Aggiornato con le*

La convergenza tra scuole favorì, dunque, una sorta di congiura del silenzio sulle implicazioni processualistiche del *Dei delitti*. Le retroguardie della falange positivista vi cooperarono a pieno titolo. Non interloquiva con Beccaria l'«austera costruzione sistematica» imperante nei manuali di Enrico Altavilla, se si eccettuano minimi accenni in quello di psicologia giudiziaria. I sintetici *Principi* processual-penalistici di Eugenio Florian, del 1927, relegavano l'illuminista milanese nelle poche righe dei *fondamenti storici* della disciplina e precisamente tra i *riformatori*, riconoscendogli il merito specifico d'aver denunciato «i vizi profondi del processo comune». Nel capitolo sulle prove del medesimo volume suonava di maniera l'elogio al «sommo Beccaria» che aveva discettato dell'argomento «con filantropica veemenza»¹³.

Colpisce però che nell'immediato dopoguerra un positivista non ortodosso come Filippo Grisignini fissasse nel *Dei delitti* il *dies a quo* del penale moderno e soprattutto ne rimarcasse i risvolti processuali, a cui quel testo aveva riservato – a detta dell'allievo di Ferri – non solo «una parte notevole» ma anche «le critiche più fondate e gli insegnamenti» più duraturi. Non può escludersi che la valutazione di Grisignini, il quale non a caso salutava in Beccaria un coraggioso «interprete della coscienza universale»¹⁴, risentisse di quell'*humus* forgiatosi nella resistenza che aveva innalzato il piccolo libro del Settecento a manifesto d'una nuova civilizzazione giuridica.

Ciò nonostante, gli strumenti didattici e sistematici approntati dalla processual-penalistica non si affrancarono, neppure nei primi decenni della Repubblica, da una grammatica prettamente tecnicistica: maglie strette, che toglievano

modificazioni al codice di procedura penale del 18 giugno 1955, Padova 1956² (nel 1948 erano apparse, dello stesso A., le *Istituzioni di diritto processuale penale*); G. BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale penale*. Ristampa emendata della terza edizione, Milano 1966 (vd. spec. p. 17 per l'origine tardo-settecentesca del sistema misto e p. 46 per le denunce anonime); A. MALINVERNI, *La riforma del processo penale (appunti dalle lezioni)*, Torino 1970.

¹³ E. ALTAVILLA, *Manuale di procedura penale*, Napoli 1935; ID., *Lineamenti di diritto processuale penale*, Napoli [1946] (ivi, *Premessa*, p. 7 la professione di «austera costruzione sistematica»); ID., *La psicologia giudiziaria*. Con Prefazione di E. FERRI, Torino 1925, p. 197, ove si segnalava l'opposizione di Beccaria alla tortura; E. FLORIAN, *Principi di diritto processuale penale*, Torino 1927, pp. 13 (denuncia dei difetti del processo d'antico regime) e 235-236 (prove); ID., *Diritto processuale penale*. Terza edizione riveduta ampiamente ed aggiornata, Torino 1939, p. 21, ove si ripeteva che Beccaria aveva «denuncia[to] i vizi profondi del processo comune» (il *Dei delitti* non era invece menzionato a proposito del principio di legalità: ivi, pp. 4-5); ID., *Delle prove penali* (I ed. 1917). III edizione a cura dell'avv. prof. P. FREDAS [...], Varese-Milano 1961, p. 29 (e già nell'ed. Milano 1924, p. 35), ove si precisava che Beccaria si era occupato di prove «frammentariamente a proposito degli argomenti, che al tempo suo reclamavano più urgente riforma». Non citava Beccaria A. SANTORO, *Fondamenti della esecuzione penale*, Roma 1931, già stretto collaboratore di Ferri.

¹⁴ F. GRISIGNINI, *Diritto processuale penale con l'indicazione di tutte le modificazioni legislative posteriori all'8-9-1943, fino al 28-2-1945*, Roma [1946], I, p. 40.

ossigeno a quanto esulasse dall'esegesi o dalla dogmatica. Basti pensare che Beccaria non figurava nell'indice dei nomi collocato in chiusura del *Trattato* di Giovanni Leone (1961)¹⁵. Un'unica citazione gli dedicava il manuale a firma d'uno studioso di comprovata sensibilità storiografica come Franco Cordero, e solo in contrappunto a Pierre-François Muyart de Vouglans, apologeta della tortura. Poco più di una comparsa era Beccaria in *Criminalia*, dov'era raffigurato a tinte fosche: «P'ingue, 'morusus', spento, immobile»; fautore di detenzioni spietate; piuttosto reazionario e comunque abulico nella commissione del 1791¹⁶. Tranne rare eccezioni, l'eclisse del *Dei delitti* pare perpetuarsi nei manuali del nuovo millennio, forse anche per effetto della compressione dei *curricula* universitari che dissuade dagli *excursus* diacronici¹⁷.

3. «Ciò che è vivo e ciò che è morto»: la monografia di De Marchi

Dalla lunga rimozione appena descritta il periodo fascista non avrebbe potuto deviare: esso infatti, per dirla con Calamandrei, *ripudiò* «lo spirito del Beccaria»¹⁸. Peraltro la distanza valoriale era parzialmente accorciata dal desiderio dei penalisti più organici al regime di ancorare al marchese l'*incipit* d'una *gloriosa* avventura che stava trovando nella codificazione Rocco il degno coronamento¹⁹.

Pur non sfuggendo a questa sorta di finalismo agiografico, spicca per originalità il volumetto di Armando De Marchi *Cesare Beccaria e il processo penale*, rielaborazione d'una tesi di laurea (discussa all'Università di Torino nel dicembre del 1927, relatore Eugenio Florian) dal titolo crociano *Ciò che è vivo e ciò che è*

¹⁵ G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale. III. Impugnazioni. Processo di prevenzione criminale. Esecuzione*, Napoli 1961, p. 624.

¹⁶ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano 1993², n. 5.9, p. 27 (polemica di Muyart de Vouglans); ID., *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Bari 1986, p. 54 (medesima cit. del manuale); ivi, pp. 509-510, 515-518 (a p. 517 la descrizione fisica di Beccaria); 540 (detenzioni); 562-563 (vicende del 1791). ID., *Guida alla procedura penale*, Torino 1986, pp. 60-64 non inseriva Beccaria tra i 'riformatori' del sistema giudiziario d'antico regime.

¹⁷ Cfr. ad es. G. RICCIO – G. SPANGHER, *La procedura penale*, con la collaborazione di A. DE CARO, L. FILIPPI, A. FURGIUELE, A.A. MARANDOLA, T. BENE, V. MAFFEO, S. MAROTTA, S. MONTONE, Napoli 2002; M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, Torino 2007³. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano 2013¹⁴, p. 18 riepiloga stringatamente i nuclei processualistici del *Dei delitti*.

¹⁸ P. CALAMANDREI, *Avvertenza alla seconda edizione*, in C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di P. CALAMANDREI. Seconda edizione riveduta e accresciuta, Firenze 1950, p. 8.

¹⁹ A Beccaria, secondo S. LONGHI, *Corso di procedura penale*, Roma 1930, pp. 48-50, «spettava [...] la gloria» d'aver applicato «al diritto penale i principi della nuova filosofia». Longhi, in verità, aveva in mente soprattutto il penale sostanziale, mentre accennava fugacemente ai passi processuali del *Dei delitti*.

morto delle idee di Cesare Beccaria sul processo penale. La ricerca – avvertiva Florian nella breve prefazione – colmava «un vuoto» concernente il versante processualistico del *Dei delitti*. L'*Introduzione* di De Marchi, datata agosto 1928, si compiaceva del fatto che, nonostante gli inevitabili scostamenti dalle idee del grande illuminista, gli «attuali» codici penali («e, per quel che ci è dato conoscere, anche quelli venturi») ne avessero «accettato, svolgendoli, i principii fondamentali». Banalizzante nello sforzo di sceverare, a chiusura quasi d'ogni capitolo, il duraturo dall'effimero, ingenuo nel sottintendere uno sviluppo unilineare della criminalistica a partire dal riformismo tardo-settecentesco, velleitario nella pretesa di dimostrare che i propositi del lombardo si stessero definitivamente inverando grazie al rito penale già vigente e a quello in preparazione, il neo-laureato torinese non defletteva dal *credo* positivista. Favorevole alla pena indeterminata e individualizzata, egli contestava il Beccaria anti-giurisprudenziale e proporzionalista; gli rimproverava di non essersi avveduto della «tecnicità» del processo né della contraddizione tra limitazione del potere giudiziario e apertura al libero convincimento; non ne condivideva l'idiosincrasia per la *clemenza*, sembrandogli l'«equità» una irrinunciabile valvola di giustizia; auspicava una «provvida e sapiente revisione» dell'istituto della giuria. E però, al netto da queste dissonanze, il suo giudizio restava largamente lusinghiero quanto all'apporto beccariano alla modernizzazione del processo, specialmente in virtù della teorica sulla testimonianza, della critica alla tortura, della pubblicità delle prove e dei relativi criteri di valutazione, del nesso tra limitazione 'legale' della carcerazione preventiva e presunzione d'innocenza. De Marchi apprezzava che Beccaria avesse *intravisto* «lo squisito carattere pubblicistico del processo penale» e avesse spostato dall'istruzione al dibattimento il fulcro del congegno probatorio. In sede di bilancio, egli ribadiva che «la parte più vitale» della lezione beccariana era stata *oggi* «svolta e attuata nel nostro sistema processuale»²⁰.

²⁰ A. DE MARCHI, *Cesare Beccaria e il processo penale*. Con prefazione di E. FLORIAN, Torino 1929, *Avvertenza*, p. IX (titolo della tesi; ringraziamenti a Ferri e Zerboglio); *ivi*, *Introduzione*, pp. 2 (aspetti di Beccaria forse superati ma riprova del genio italico) e 3 (svolgimento delle idee beccariane nei codici); *ivi*, pp. 125-132 (continuità tra la tesi beccariana sulla carcerazione preventiva e la successiva criminalistica italiana); *ivi*, pp. 82 e 130-131 (*avveramento* delle aspirazioni di Beccaria in tema di denunce e – grazie all'art. 330 c.p.p. 1913 – di custodia preventiva; fiducia, quanto alle residue *lacune*, nell'imminente codificazione). Per le influenze positivistiche vd. *ivi*, pp. 45 e 52 (individualizzazione della pena e pena indeterminata); *ivi*, p. 149 («tecnicità» del processo e contraddizione tra limitazione del potere giudiziario e libero convincimento); *ivi*, pp. 150 e 56 (*clemenza*, giuria). Gli apprezzamenti si trovano *ivi*, pp. 104 e 115 (testimonianza e prove in generale; tortura); *ivi*, pp. 118-119 (pubblicità nell'assunzione delle prove e criteri certi di valutazione); *ivi*, p. 129 (nesso tra carcerazione preventiva e presunzione d'innocenza); *ivi*, pp. 143 e 145 (natura pubblicistica del rito penale; speditezza, pubblicità, contraddittorio); *ivi*, p. 153 (avvenuta attuazione delle idee beccariane). Del fatto che l'allievo colmasse un «vuoto» si compiaceva E. FLORIAN, *Prefazione* ad A. DE MARCHI, *Cesare Beccaria*, cit. in questa nt., p. VII (ove era indicata la data della seduta di laurea). Il titolo della tesi di De Marchi echeggiava B. CROCE, *Ciò che è*

4. Un conforto per la «dolorante umanità»

A prescindere da monografie come quella del De Marchi, d'impatto peraltro piuttosto modesto, perché si profilasse una radicale rimeditazione del *Dei delitti* bisognò attendere l'edizione Le Monnier (1945) curata da Piero Calamandrei. In un'Italia «brancolant[e] tra le macerie»²¹, che aveva sperimentato la drammatica reversibilità delle conquiste processuali post-illuministiche, mentre autorevoli studiosi s'industriavano ad accreditare *ex post* la tesi d'una presunta impermeabilità della penalistica nazionale alle sirene del totalitarismo²², la cultura giuridica d'ispirazione azionista individuò nel volumetto beccariano non più il generico precipitato d'un *ethos* nazionale declinabile sotto i cieli di qualsiasi politica, bensì un serbatoio di rigorosi valori meta-storici da ripristinare e, appena possibile, blindare in una carta costituzionale.

La *Prefazione* di Calamandrei, redatta nei mesi anche esistenzialmente convulsi tra il dicembre del 1943 e quello dell'anno seguente, esortava alla «lettura consolatrice ed edificante» del libello e lo porgeva ai non specialisti come «un rifugio e un conforto della loro dolorante umanità». Anziché indugiare sui tecnicismi del testo, il giurista fiorentino preferiva magnificarne l'intrinseca eticità. Non ne disconosceva qualche menda storiografica (ad esempio, l'incapacità di comprendere che la dottrina di diritto comune «teorizzando la tortura aveva contribuito a limitarne l'applicazione»), ma in tale «demerito» coglieva la «forza di rompere bruscamente» con lo *status quo*²³.

vivo e ciò che è morto della filosofia di Hegel. Studio critico seguito da un saggio di bibliografia hegeliana, Bari 1907. Sull'inconciliabilità del pensiero di Beccaria con l'impostazione positivista in tema di giuria vd. E. AMODIO, *La Scuola positiva*, cit. in nt. 6, pp. 103-105.

²¹ L'espressione è di P. CALAMANDREI, *Avvertenza*, cit. in nt. 18, p. 7 ed evocava il clima (1943-44) in cui era maturata la sua prima *Prefazione* al *Dei delitti*.

²² P. PIASENZA, *Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato: il dibattito sulla riforma del codice penale e della legge di pubblica sicurezza*, in *Politica del diritto*, X (1979), n. 3, spec. pp. 270-285 (con taglio fortemente critico); R. ORLANDI, *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana. Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 12-13 novembre 2010*, a cura di D. NEGRI e M. PIFFERI, Milano 2011, p. 60; L. GARLATI, *Novità nel segno della continuità. Brevi riflessioni sulla processual penalistica italiana di ieri e di oggi*, ivi, pp. 286-297; F. COLAO, *Giustizia politica. Il processo penale nell'Italia repubblicana*, Milano 2013, pp. 19-24 (con ampia bibliografia). La questione della 'legalità' del regime fu discussa (e contrastata) da Calamandrei soprattutto nel dibattito tra costituzionalisti, come ricorda S. MERLINI, *Piero Calamandrei e la ricostruzione della democrazia in Italia*, in Piero Calamandrei rettore dell'Università di Firenze. *La democrazia, la cultura, il diritto*, a cura di S. MERLINI, Milano 2005, pp. 29-30.

²³ P. CALAMANDREI, *Prefazione* a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di P. CALAMANDREI, Firenze 1945, pp. 9 (conforto); 119 («religione laica» di Beccaria, più 'cristiano' di Fachi nei); 104-105; 121 («anche la tortura è tornata»); 52-55 («incomprensione del passato» e pratiche criminali). La *Prefazione* fu pubblicata il 17 gennaio 1945 (S. LUZZATTO, *Introduzione* a P. CALAMANDREI, *Uomini e città della Resistenza. Discorsi, scritti ed epigrafi*, a cura di S. LUZZATTO. Prefa-

La digressione sulla tortura, fantasma inaspettatamente non più 'inattuale' nel cuore della civiltà europea, assurge a chiave di volta dell'iniziativa editoriale Le Monnier. E pensare che, nel 1912, Pietro Lanza aveva asserito: «Ai nostri giorni sembra incredibile che i nostri padri non comprendessero l'iniquità e la vanità» dell'utilizzo processuale dei tormenti. Nel 1928 De Marchi aveva plaudito all'«impressionante evidenza» della critica beccariana ma si era affrettato a tranquillizzare che non se ne sentiva più l'impellenza, «essendo ormai caduta la tortura come mezzo di prova»²⁴. Ora, nel 1943-44, la *Prefazione* di Calamandrei si chiudeva con un'incredula constatazione: «Ed ecco che, dopo quasi due secoli, queste pagine, che fino a trent'anni fa si potevano leggere colla distaccata curiosità con cui si senton narrare remote costumanze di evi barbari, hanno ritrovato per noi tale un accento di vivente umanità, che ce le fa sentire come dettate dall'angoscia di un contemporaneo». Rammentando Henri Bergson, che «morente» nella Parigi occupata dai nazisti si era detto sarcasticamente fortunato per aver potuto rivedere *l'uomo preistorico*, il processual-civilista fiorentino confermava che «tutto è tornato vero», inclusa la tortura, riapparsa in dimensioni («carneficina d'Europa») che sarebbero sembrate surreali persino ai giuristi d'antico regime²⁵. Alla mostruosa *réapparition* dei tormenti nel secolo XX – aggiungeva l'*Avvertenza* calamandreiana del 1949 – l'avvocato parigino Alec Mellor aveva addirittura dedicato un volume²⁶.

La comparazione diacronica sarebbe riaffiorata in un'altra pregevole *Intro-*

zione di C.A. CIAMPI, Roma-Bari 2011, p. XXXVI) e riprodotta nell'ed. Le Monnier 1950, cit. in nt. 18, pp. 17-139. Sul contesto in cui essa nacque vd. A. GALANTE GARRONE, *Calamandrei*, Milano 1987, pp. 216-217; B. SORDI, *Piero Calamandrei rettore*, in *Piero Calamandrei rettore*, cit. in nt. 22, p. 9; ID., *Piero Calamandrei: un arduo esempio di biografia intellettuale*, in *Lavorando al cantiere del 'Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX sec.)*, a cura di M.G. DI RENZO VILLATA, Milano 2013, p. 415; *Piero Calamandrei e la costruzione dello Stato democratico. 1944-1948*, a cura di S. MERLINI, Roma-Bari 2007; S. LUZZATTO, *Introduzione*, cit. in questa nt., pp. XXXVI-XXXVII. Richiami a Beccaria si susseguono anche negli appunti (1944) ora pubblicati nel volumetto P. CALAMANDREI, *Non c'è libertà senza legalità*, Roma-Bari 2013, pp. 19 (certezza), 21 (giustizia delle leggi), 23 (clemenza), 26 (retroattività).

²⁴ P. LANZA, *Cesare Beccaria*, cit. in nt. 3, p. 19; A. DE MARCHI, *Cesare Beccaria*, cit. in nt. 20, p. 115. Per il notissimo § XVI *Della tortura* vd. C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit. in nt. 7, pp. 62-68.

²⁵ P. CALAMANDREI, *Prefazione*, cit. in nt. 23, pp. 119-122. L'A. rimarcava provocatoriamente (ivi, pp. 121-122) la sapienza della criminalistica d'antico regime nel fissare parametri «intangibili» che avevano permesso di schivare gli orrori novecenteschi. Come osserva S. LUZZATTO, *Introduzione*, cit. in nt. 23, pp. XXXVI-XXXVII, la *Prefazione* di Calamandrei fu capace d'intuire la reale dimensione della «carneficina» nazifascista prima che il mondo ne avesse piena contezza.

²⁶ P. CALAMANDREI, *Avvertenza*, cit. in nt. 18, pp. 7 e (per la tortura) 12. Il riferimento riguardava il volume di A. MELLOR, *La torture. Son histoire, son abolition, sa réapparition au XX^e siècle*, Paris 1949. Sulla persistenza della tortura in rapporto al magistero beccariano P. CALAMANDREI ritornava anche nello scritto *L'inchiesta sulle carceri e sulla tortura (Dal resoconto dei discorsi pronunciati alla Camera dei deputati nelle sedute del 27-28 ottobre 1948)*, in *Il Ponte*, 5 (1949), n. 1, pp. 228-236; cfr. anche la nota redazionale de IL PONTE, *Bisogna aver visto*, ivi, pp. 225-227.

duzione al *Dei delitti*, quella firmata nel 1980 da Arturo Carlo Jemolo, intellettuale affine, per molti versi, a Calamandrei. Nelle battute conclusive l'insigne ecclesiasticista rifletteva che «un lettore del 1910 avrebbe probabilmente provato minore interesse» per il capolavoro beccariano rispetto ad un «lettore d'oggi». Il primo vi avrebbe annesso un «valore puramente storico», sorpassato da «conquiste definitive, irrinunciabili (e questo stesso termine di conquista definitiva suona male allo storico)». Al secondo, mediamente più *sensibile* all'efficienza della giustizia, l'abolizione della tortura sembrava sempre meno una «conquista definitiva», come dimostravano i tormenti inflitti 'a fin di bene' durante la guerra d'Algeria²⁷.

A cinque anni di distanza dalla citata *Prefazione*, Calamandrei, nel congedare la seconda edizione del *Dei delitti* a sua cura, si premurava di segnalare le norme della nuova Costituzione repubblicana nelle quali «l'accento» di Beccaria risuonava «riconoscibilissimo»: per i profili processuali gli articoli 13 (sulla carcerazione preventiva, e in particolare il divieto, al quarto comma, di usare violenza sui soggetti che vi sono astretti) e 27 (che «ristabili[va] la presunzione d'innocenza»). Lo studioso era conscio che la costituzionalizzazione delle utopie beccariane aveva semplicemente innescato una dinamica ancora tutta da realizzare, ma ciò non ne sminuiva, ai suoi occhi, la poderosa valenza simbolica²⁸. Qualche anno dopo, nel 1954, un altro avvocato azionista, Achille Battaglia, invitava a ritessere il filo di quel «grande moto di libertà promosso da Cesare Beccaria nel campo delle procedure»: una trama, a suo parere, spezzata nella stagione post-rivoluzionaria dall'introduzione del processo misto²⁹.

5. I discernimenti del bicentenario

Approdo di questa palingenesi del *Dei delitti* può considerarsi il bicentenario

²⁷ A.C. JEMOLO, *Introduzione* a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*. Introduzione di A.C. JEMOLO. Premessa al testo e note di G. CARNAZZI (Milano 1981), Milano 1995, pp. 20-21. M. MAESTRO, *Cesare Beccaria and the Origins of Penal Reform* (1973), tr. it. *Cesare Beccaria e le origini della riforma penale e Dei delitti e delle pene di Cesare Beccaria*, Milano 1977, p. 173 chiudeva la presentazione del *Dei delitti* osservando che «nessuna conquista è peraltro definitiva» e che questa era la ragione della «perenne attualità di Beccaria»: attualità accentuata dal ritorno alla barbarie del XX secolo e dalle interrelazioni inevitabili in un mondo «più piccolo».

²⁸ P. CALAMANDREI, *Avvertenza*, cit. in nt. 18, pp. 8-11, 15. Scettico circa una diretta influenza beccariana sull'art. 13 Cost. si dichiara E. AMODIO, *La Scuola positiva*, cit. in nt. 6, p. 102.

²⁹ A. BATTAGLIA, *Processo alla giustizia*, cit. in nt. 9, p. 17. Il *fil rouge* tra l'illuminismo italiano e la liberal-democrazia del Novecento costituisce il presupposto dell'analisi di G. ARMANI, *Un'idea di progresso. Da Beccaria a Galante Garrone*, Reggio Emilia 2005. Com'è noto, per P. CALAMANDREI, *Appunti sulla legalità* (1944), in ID., *Opere giuridiche. III: Diritto e processo costituzionale*, con presentazione di C. MORTATI, Napoli 1968, p. 56 il «secolare travaglio» del costituzionalismo, transitato dall'illuminismo allo Stato di diritto, era stato bruscamente interrotto dal ventennio fascista.

dell'*editio princeps*. Va subito notato che, a fronte delle perduranti reticenze della dottrina accademica e delle sue propaggini didattiche, l'ideario riformatore di Beccaria proruppe principalmente nei circuiti non specialistici, spesso ad opera degli stessi studiosi che nei manuali, nei trattati, nella saggistica *stricto sensu* universitaria soffrivano forse i paludamenti esegetico-dogmatici della disciplina. Per ironia della sorte, la ricorrenza del secondo centenario coincise con i convegni di studio "Enrico De Nicola" organizzati a Lecce e a Bellagio nella primavera e nell'autunno del 1964 e ancor oggi ricordati come momenti di fertile dialettica sulla riforma del rito penale: ma, salvo errori e senza sopravvalutare la circostanza, le serrate sessioni congressuali non recano traccia dell'anniversario³⁰.

A pochi giorni dalla conclusione del convegno leccese, il 18 giugno del 1964 Giuliano Vassalli ammoniva dalla *Salle des Actes* della *Faculté de droit et des sciences économiques* di Parigi: «Può [...] e deve [...] essere proseguita nel nome di Beccaria la lotta contro tutte le barriere che ancora si oppongono ad un diritto punitivo e a una procedura veramente ispirati alla ragione e alle esigenze morali dell'umanità». Convinzione che, più avanti, Vassalli associava al disdoro per la sopravvivenza di sistemi processuali «criticabili», esposti a «tentazioni irrazionali e inumane ricorrenti»³¹.

Le accurate riletture stimulate dal bicentenario invogliarono a distillare all'interno del *Dei delitti* – con metodologia a volte discutibile – sia le parti tuttora 'attuali', sia quelle attinenti al diritto processuale. Il primo discernimento poggiava sulla sempre più condivisa promozione del *pamphlet* nel *pantheon* dei classici. Il secondo si giovava dell'ormai compiuta separazione accademica del diritto processuale penale, la quale induceva i cultori della giovane disciplina ad una sorta di appropriazione *ratione materiae* di taluni paragrafi del libello.

a) *Beccaria 'attuale'*

Nella prima cernita si cimentarono maestri di chiara fama della penalistica

³⁰ CONVEGNI DI STUDIO "ENRICO DE NICOLA" – *Problemi attuali di diritto e procedura penale* del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, IV. *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Milano 1965.

³¹ G. VASSALLI, *Cesare Beccaria nel bicentenario del «Dei delitti e delle pene»*, in *Scuola positiva*, 1964, pp. 572-601, ora in ID., *Scritti giuridici*. Volume IV. *Il codice penale e la sua riforma. Criminologia, politica criminale e legislazione straniera. Giuristi del passato*, Milano 1997, pp. 521 (barriere); 532-533 (sistemi processuali «criticabili» e appello agli ideali umanitari beccariani). L'intervento parigino, incentrato sul soggiorno transalpino di Beccaria (ivi, pp. 501-507), stabiliva un parallelismo tra Milano e Parigi (ivi, pp. 507-512) e si soffermava sui decenni successivi alla pubblicazione del *Dei delitti* (ivi, pp. 517-521). La relazione sarebbe stata contestualizzata da ID., *Spunti di politica criminale in Cesare Beccaria, in Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy* [Milano, 15-17 dicembre 1988], Milano 1990, pp. 23-35, ora in ID., *Scritti giuridici*, cit. in questa nt., pp. 649-650.

italiana. Giandomenico Pisapia, nella *Presentazione* all'edizione Giuffrè approntata per i duecento anni del *Dei delitti*, sottolineava come molti dei «principi [ivi] enunciati» fossero «entrati ormai a far parte di tutte le legislazioni civili», mentre «per altri continua la lenta ma inesorabile marcia del progresso contro l'oscurantismo, contro i pregiudizi, contro le compressioni della libertà». Tra i punti dolenti Pisapia includeva la permanenza della tortura, pur *clandestina* e «mascherata»; e l'«esasperante lentezza dei processi»³². Anche Vassalli, nella citata relazione parigina del 1964, scorporava gli insegnamenti di Beccaria divenuti così «ovvii» da valere come «memoria storica» da quelli che invece esigevano una perdurante vigilanza. Tra i primi, inerivano al processo l'irrilevanza dell'estrazione sociale nel misurare la credibilità del teste (che invece Beccaria avrebbe voluto far dipendere dall'interesse a mentire); la pubblicità e la legalità del giudizio; l'imparzialità del giudice; il contingentamento della detenzione preventiva in subordine all'accertamento di sufficienti indizi di colpevolezza (che però Beccaria avrebbe preferito determinare per legge); il libero convincimento. Grazie a queste bussole il *Dei delitti* – notava Vassalli – aveva segnato un punto di non ritorno del penale moderno perché aveva «finalmente considerati» imputato e condannato «come uomini e non come cose»³³. Mònito, quest'ultimo, che Leone reputava «nucleo centrale» del pensiero beccariano, un vero e proprio «messaggio cristiano»³⁴.

³² G.D. PISAPIA, *Presentazione* a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G.D. PISAPIA. Ristampa, Milano 1973, p. XXIX (l'A. prendeva spunto dalla carcerazione preventiva).

³³ G. VASSALLI, *Cesare Beccaria nel bicentenario*, cit. in nt. 31, pp. 522-523. L'invito a guardare all'imputato come persona e non come cosa era tratto da C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit. in nt. 7, § XX, pp. 72-73; ivi, § XIII, p. 57 quanto alla misura della credibilità dei testimoni; ivi, § XXIX, pp. 95-96 le considerazioni sul carcere preventivo. L'interesse a dichiarare il vero quale parametro di credibilità del teste era considerato da P. NUVOLONE, *Processo e pena nell'opera di Cesare Beccaria*, in MEMORIE DELL'ACCADEMIA DELLE SCIENZE DI TORINO, Classe di scienze morali, storiche e filologiche, Serie 4^a, n. 9, *Atti del Convegno internazionale su Cesare Beccaria promosso dall'Accademia delle scienze di Torino nel secondo centenario dell'opera "Dei delitti e delle pene"*, Torino, 4-6 ottobre 1964, Torino 1966, p. 309 effetto del rifiuto beccariano di qualsiasi presunzione probatoria; M. PISANI, *Beccaria e il processo penale*, in *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy*, cit. in nt. 31, pp. 109-120; poi in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1989, pp. 44-54; ora in M. PISANI, *Attualità di Cesare Beccaria*, Milano 1998, p. 21 lo connetteva invece all'utilitarismo. Ad ascoltare Vassalli a Parigi vi era anche Pisapia: cfr. G. VASSALLI, *Spunti*, cit. in nt. 31, p. 650.

³⁴ G. LEONE, *Discorso inaugurale*, in ACCADEMIA NAZIONALE DEI LINCEI, Anno CCCLXII – 1965, Quaderno n. 71, Problemi attuali di scienza e di cultura, *Secondo centenario della pubblicazione dell'opera "Dei delitti e delle pene" di Cesare Beccaria*. Atti delle celebrazioni indette, sotto l'alto patronato del Presidente della Repubblica, dall'Accademia Nazionale dei Lincei e dalla Commissione Nazionale Italiana dell'Unesco, Roma, Villa della Farnesina, 15-16 giugno 1964; Milano, Palazzo Marino, 18 giugno 1964, Roma 1965, p. 24. Il *Discorso* fu pubblicato anche con il tit. *I delitti e le pene*, in G. DE MENASCE, G. LEONE, F. VALSECCHI, *Beccaria e i diritti dell'uomo*, Roma 1964 (ove l'affermazione nel testo è a p. 42); e parzialm. con il tit. *La fortuna del «Dei delitti*

Accanto alle proposte riformatrici più o meno concretizzatesi, il libello del 1764, secondo Vassalli, ne conteneva altre che, accettate in teoria, restavano però «soggette a ricorrenti aggressioni nei fatti e nella pratica criminale o di polizia o a sentimenti di bassa crudeltà o di illusoria severità repressiva». Il pensiero correva, come al solito, alla tortura, troppo spesso, nel corso del XX secolo, somministrata dalle polizie in forme paralegali o clandestine. Critiche cicliche (e, ad avviso di Vassalli, ingiustificate) colpivano poi l'istituto della giuria³⁵.

La disamina vassalliana lambiva infine un terzo gruppo di riforme che avevano trovato accoglimento solo locale o parziale. Nella procedura, in particolare, residuavano il segreto istruttorio, le accuse segrete (nella versione 'aggiornata' delle informative di polizia giudiziaria), e persino, in qualche ordinamento, l'obbligo del giuramento a carico dell'imputato³⁶.

Al di là dei *distinguo*, il libriccino di Beccaria tornava dunque pienamente spendibile nell'agone penalistico, come rilevò Delitala nei due interventi presentati nel bicentenario all'Accademia dei Lincei e all'Accademia delle scienze di Torino. Per lo studioso sassarese la «sorprendente attualità» del *Dei delitti* era segno della «vocazione metastorica» insita nei principi-chiave dei «sistemi penali». Egli verificava la fondatezza dell'assunto passando in rassegna quasi esclusivamente gli aspetti 'sostanzialistici' dell'opuscolo, ma non trascurava qualche riflessione sulla tortura: in particolare, non lo convinceva l'esecrazione basata sul «pretto utilitarismo umanitario», perché un argomento così debole rischiava di dar ragione a Carnelutti e cioè di legittimare l'eventuale impiego di *mezzi di coercizione* (come, ad esempio, le droghe di polizia) che consentissero di estorcere la verità senza eccessivi danni fisici per l'imputato³⁷. In velato dissenso da

e delle pene» di Cesare Beccaria, in *Synteleia* Vincenzo Arangio-Ruiz, a cura di A. GUARINO e L. LABRUNA, Napoli 1964, II, pp. 1166-1172.

³⁵ G. VASSALLI, *Cesare Beccaria nel bicentenario*, cit. in nt. 31, pp. 523-524.

³⁶ G. VASSALLI, *Cesare Beccaria nel bicentenario*, cit. in nt. 31, pp. 524-525. L'ultima parte del saggio era dedicata al magistero di Beccaria in rapporto alla pena di morte e alle misure di sicurezza (ivi, pp. 525-531). Alla diagnosi vassalliana circa i punti irrisolti del *Dei delitti* può affiancarsi quella, coeva, di P. NUVOLONE, *Processo e pena*, cit. in nt. 33, p. 311, il quale indicava come tali la detenzione preventiva, le istruttorie «scritte e segrete», la ricerca 'poliziesca' della confessione «con mezzi non leciti». Conveniva sull'attualità del monito beccariano contro le accuse segrete G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in MEMORIE DELL'ACCADEMIA DELLE SCIENZE DI TORINO, *Atti*, cit. in nt. 33, p. 130. Sul punto vd. da ultimo A. CAMON, *Accuse segrete* (Dei delitti e delle pene, § XV), in *Diritto penale XXI secolo*, XIII, 2/2014, pp. 285-296.

³⁷ G. DELITALA, *Attualità del pensiero penale di Cesare Beccaria*, in ACCADEMIA NAZIONALE DEI LINCEI, *Secondo centenario*, cit. in nt. 34, p. 75; ID., *Cesare Beccaria e il problema penale*, cit. in nt. 36, p. 122 (meta-storicità dei valori penali fondativi); ivi, pp. 128-130 (confutazione della tesi carneluttiana). La citazione era tratta da F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, II, Roma 1947, p. 168. Ad avviso di quest'ultimo A., la critica alla tortura andava confinata sul «terreno tecnico» e non estesa a quello «morale», dal momento che il suo difetto consisteva nell'inattitudine a garantire la verità: sicché, se fosse esistito «un mezzo di coercizione» in grado di assicurare tale ri-

Delitala, Nuvolone, nello stesso convegno torinese, sostenne invece che sulla tortura Beccaria avesse «scritto proposizioni definitive» e che l'avesse combattuta non già in nome dell'umanitarismo bensì dell'inefficacia³⁸.

b) Beccaria 'processualista'

Il secondo 'disvelamento' databile alle celebrazioni del 1964 riscoprì un Beccaria non solo *attuale* ma anche *processualista*.

Per meglio apprezzare la portata della novità³⁹ conviene anzitutto tener presente che, per effetto di disinvolute proiezioni a ritroso delle partizioni disciplinari post-codicistiche, e forse anche sull'onda del titolo equivoco, il libello beccariano era stato censito sin dal secolo XIX sotto l'etichetta del penale 'materiale'. Faustin Hélie, dopo averne minuziosamente analizzato ed elogiato le pagine sostanzialistiche, asseriva che esso «n'aborde que quelques points de la procédure criminelle»: quei pochi *points*, secondo Hélie, non meritavano approfondimento perché ormai consacrati dalle legislazioni ottocentesche e dunque di valore puramente retrospettivo, sebbene rispecchiassero anch'essi lo spirito umanitario che permeava l'intera opera⁴⁰.

In alternativa al *Dei delitti*, la penalistica italiana post-unitaria identificò la prima scintilla d'un sistema *scientifico* di procedura penale nelle *Considerazioni sul processo criminale* di Mario Pagano. Nessuno – ragionava Giovanni Bovio nel 1876 – avrebbe osato disconoscere che, «come la riforma del contenuto penale [era] dovuta al Beccaria, così quella del processo al Pagano: riforme solenni a breve distanza, le quali testimoniano non potersi mai delle cose toccare il contenuto senza trasmutare la forma». In una prolusione del 1888, fiduciosa che anche l'Italia stesse finalmente per dotarsi d'una scienza del rito penale, Raffaele Nulli, allievo di Antonio Buccellati a Pavia e incaricato presso l'Università di Siena, ripeteva: «L'immortale opera delle *Considerazioni sul processo criminale* eleva [Pagano], per quel che riguarda la riforma razionale del proces-

sultato «senza cagionare notevoli danni al corpo dell'inquisito, non vi sarebbe [stata] alcuna ragione perché non fosse adottato». Su questa teoria e sulla relativa evoluzione vd. O. MAZZA, *L'illusione accusatoria: Carnelutti e il modello dell'inchiesta preliminare di parte*, in *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L. GARLATI, Milano 2010, pp. 162-163.

³⁸ P. NUVOLONE, *Processo e pena*, cit. in nt. 33, p. 309.

³⁹ Per la verità già F. SCADUTO, *Cesare Beccaria. Saggio di storia nel diritto penale*, Palermo 1913, pp. 96-106 aveva dedicato una specifica e separata analisi alla trattazione della *procedura* nel *Dei delitti*, soffermandosi sull'abolizione della «cattura», sulle prove perfette e imperfette, sulla giuria e sull'«infamia della tortura».

⁴⁰ F. HÉLIE, *Introduction au Traité des délits et des peines de Beccaria*, in C. BECCARIA, *Des délits et des peines [...]*. Nouvelle édition. Précédée d'une Introduction et accompagnée d'un Commentaire par M. F. HÉLIE, Paris 1856, p. LXV.

so penale, al livello medesimo, in cui il libro *Dei delitti e delle pene* pose Cesare Beccaria in rapporto a quella del diritto penale»⁴¹.

Nell'affresco storico abbozzato da Enrico Pessina il confronto tra i due numi tutelari si arricchiva di ulteriori pennellate. Beccaria, agli occhi di Pessina, si era limitato a desumere dal diritto inglese le principali regole di procedura penale: brevità della custodia preventiva, pubblicità del giudizio e delle prove, ricusazione, testimonianza, diritto alla difesa e soprattutto la critica alla tortura. L'illuminista lombardo, inoltre, «disconoscendo la trama storica della civiltà umana [aveva] stigmatizz[ato] con tutto il passato il Diritto romano». Pagano al contrario, e Pessina gliene dava atto, non aveva rinnegato il valore teoretico della giurisprudenza romana e aveva anzi adoperato la cifra storicistica anche nella sfera del processo, riuscendo così a consegnare «ai posteri moniti rilevanti sulle intime attenenze» tra procedura, libertà e civiltà⁴².

Pessina, verosimilmente, raccolse e rilanciò una tradizione 'meridionalista' la quale concedeva a Beccaria il primato nel penale sostanziale⁴³ ma rivendicava orgogliosamente i meriti del martire di Brienza nella nascita della procedura moderna. Il *tópos*, da prendere con le dovute approssimazioni, ebbe vita lunga. Girolamo Bellavista apriva il saggio *Processo penale e civiltà* del 1955 con una usurata citazione di Pagano: «Se ti sospinga mai la fortuna su i lidi d'un popolo ignoto e se brami» di conoscere se vi prevalga «il giorno della coltura» o «le tenebre dell'ignoranza e della barbarie [...], apri il suo codice penale: e se ritrovi la sua libertà civile garantita dalle leggi, la sicurezza e tranquillità del cittadino al coverto della prepotenza e dell'insulto, francamente conchiudi ch'egli sia già colto e polito»⁴⁴. Negli stessi anni il *Manuale* processual-penalistico di Silvio Ra-

⁴¹ Rispettiv. G. BOVIO, *Saggio critico del diritto penale* [...]. Seconda edizione, Napoli 1876 (I ed. 1872), pp. 95-96; R. NULLI, *Gli studi del processo penale. Prolusione al corso di Procedura penale dettato nell'Università di Siena, Milano-Napoli 1887*, p. 27 (il quale citava l'ed. Napoli 1883 del testo di Bovio).

⁴² E. PESSINA, *La riforma del diritto penale in Italia nella seconda metà del secolo decimottavo. Memoria letta all'Accademia*, in SOCIETÀ REALE DI NAPOLI, *Atti della Reale Accademia di scienze morali e politiche*, 36, Napoli 1906, pp. 336-338 (principali canoni processualistici di Beccaria); ivi, pp. 351-353 (confronto tra Beccaria e Pagano sullo storicismo). La memoria riflù nel studio dello stesso E. PESSINA, *Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del codice penale vigente (1764-1890)*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano. Raccolta di monografie* a cura di E. PESSINA, Milano 1906, II, pp. 552 e 560-561.

⁴³ E. MASSARI, *Le dottrine generali del diritto penale. Corso di lezioni universitarie*. Ristampa della II edizione, Napoli 1930, p. 23 citava Beccaria a proposito degli argini eretti dagli autori di fine Settecento all'arbitrio interpretativo. ID., *Il Processo Penale*, cit. in nt. 11, non menzionava invece il *Dei delitti*.

⁴⁴ F.M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale* (1787), a cura di F.M. PALADINI. Prefazione di V. FERRONE, Venezia 2009, *Al lettore. Introduzione*, p. 30. Il brano è riportato, tra gli altri (e con alcune varianti), da G. BELLAVISTA, *Processo penale e civiltà*, in *Rivista di diritto processuale penale*, 1955, fasc. 3, ora in ID., *Studi sul processo penale. II (1953-1960)*, Milano 1960, p. 213. Cfr.

nieri, positivista invero non meridionale, faceva decorrere la bibliografia della disciplina dalle paganiene *Considerazioni sul processo criminale* e dalla *Procedura penale* di Niccola Nicolini⁴⁵. I tre volumi del *Trattato* di Giovanni Leone, apparsi nel 1961, non rinviano mai al *Dei delitti*, mentre assumevano la *Logica de' probabili* del Pagano addirittura a prioritario testo di riferimento in materia di valutazione degli indizi⁴⁶. Lo stesso Leone, illustrando, in veste di presidente del Consiglio, il disegno di legge-delega per il nuovo codice di rito presentato dal suo guardasigilli Bosco, evocava i nomi di Pagano e Filangieri (e non di Beccaria) per rimarcare la necessità che il processo del futuro si aprisse, sì, alle istanze garantistiche ma non dimenticasse di contemperarle con le esigenze di sicurezza collettiva⁴⁷.

Arrivava dunque come un *revirement* la perentoria affermazione di Leone all'inaugurazione lincèa del 1964: «Ma dove la rivoluzione determinata dal Beccaria assume la sua imponenza è nel campo processuale». Al coevo convegno dell'Accademia torinese delle scienze Pietro Nuvolone esordiva: «Nonostante il titolo apparentemente di diritto sostanziale, il contributo di “rottura” dell'opera del Beccaria si esplicò soprattutto sul piano processuale: ed è su questo terreno che essa mantiene tuttora la validità di un perenne ammonimento» dinanzi ai frequenti «ricorsi di barbarie» e alle «tentazioni inquisitorie»⁴⁸.

anche ID., *Lezioni di diritto processuale penale*, cit. in nt. 12, p. 9; ivi, p. 10 la teoria paganiana veniva posta agli antipodi di quella del Manzini (su cui vd. *infra*, § 7 e nt. 88) secondo il quale l'«ordinamento processuale penale» non sarebbe mai frutto di filosofi, né di scuole, né del costume o della politica.

⁴⁵ S. RANIERI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit. in nt. 12, p. 12. Sull'A. cfr. A. MASSIRONI, *Ranieri, Silvio*, in *DBGI*, cit. in nt. 2, II, p. 1654.

⁴⁶ G. LEONE, *Trattato*, cit. in nt. 15, II. *Svolgimento del processo penale. Il processo di prima istanza*, Napoli 1961, pp. 160, nt. 9; pp. 163-164, ntt. 22, 23, 25; p. 166, nt. 29 (lunghe citazioni dalla paganiana *Logica de' probabili* a proposito del confronto tra testimoni e della valutazione degli indizi); ivi, p. 239, nt. 188 (testimonianza); ivi, p. 171, nt. 41 (capacità del testimone); ivi, p. 174, nt. 48 (prova generica e specifica); ivi, p. 186 e nt. 77 (chiamata in correità); ivi, p. 187 e nt. 79 («nomina del socio vestito»). Lo stesso A., *Trattato*, cit. in nt. 15, I. *Dottrine generali*, Napoli 1961, p. 657, nt. 3, per sostenere la rilevanza del formalismo processuale, attribuiva invece erroneamente a Pagano il celebre «canone di giudicatura» di G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*. Edizione critica. Volume terzo, a cura di F. TOSCHI VESPASIANI, Venezia 2003, lib. III, pt. I, capo XV, r. 3, p. 126: «L'interesse che ha la società nel garantire l'innocenza, combinato coll'interesse che ha di non lasciare impuniti i delitti». Va peraltro segnalato che G. LEONE, *Discorso inaugurale*, cit. in nt. 34, p. 20 ammetteva che la *Logica de' probabili* di Pagano avesse sviluppato spunti, concernenti il processo indiziario, già presenti in Beccaria.

⁴⁷ G. LEONE, *Profili generali della riforma del codice di procedura penale*, in *Homo*, 1964, p. 7ss., poi in G. LEONE, *Scritti giuridici*, Napoli 1987, I, pp. 279-280. La recentissima sintesi di G. SPANGHER, *Considerazioni sul processo “criminale” italiano*, Torino 2015, p. 1 vuol rendere sin dal titolo un «sentito omaggio» a Pagano, riportandone brani dalle *Considerazioni* in calce a ciascun capitolo.

⁴⁸ G. LEONE, *Discorso inaugurale*, cit. in nt. 34, p. 19; P. NUVOLONE, *Processo e pena*, cit. in

Entrambi gli studiosi suffragavano l'asserzione di principio con rapidi sondaggi di merito. Leone, riconosciuto nel *Dei delitti* «il primo motore» d'una «graduale e potente rivoluzione» e ammiratane la «geometrica [...] consequenzialità» dei principi portanti, ne sciorinava i tratti processualistici salienti: il libero convincimento («conquista di civiltà», quantunque problematica); la denuncia dell'*assurdità* non solo *morale* ma anche *giuridica* della tortura, «strumento insicuro e fallace»; le considerazioni sul processo indiziario, e in particolare la distinzione tra prove perfette e imperfette nonché l'appello al *buon senso*, «forse la svolta più decisiva» verso un rito moderno. La «concezione processuale del Beccaria» aveva poi generato, ad avviso di Leone, «un complesso di corollari»: pubblicità del giudizio e dell'assunzione delle prove, divieto di domande suggestive, credibilità del testimone quale esclusivo parametro per soppesarne la deposizione, demolizione delle prove legali, limiti normativi alla detenzione preventiva, diritto alla difesa da bilanciare con la prontezza della pena⁴⁹.

Anche Nuvolone stilava un catalogo delle richieste procedurali beccariane. Esso contemplava il divieto d'interpretazione giudiziale; la *legalità processuale*, con ricadute sulla custodia preventiva e la tutela della libertà; l'opposizione all'inquisitorio; la pubblicità e libertà delle prove, al fine di coniugare la compressione dell'arbitrio giudiziale e il superamento della prova legale; la demolizione di accuse segrete e tortura, stranamente però consentendo (forse per un «tributo» alla «tradizione» pre-scientifica) che si sanzionasse penalmente il silenzio dell'imputato; l'istituzione d'una forma di scabinato, in virtù della quale giudici-assessori selezionati per sorteggio giudicassero «per sentimento» («preludio di romanticismo»)⁵⁰.

nt. 33, p. 306 (cfr. anche ivi, p. 311, ove l'A. osservava che l'attualità dei 'nodi' processuali irrisolti – sui quali cfr. *supra*, nt. 36 – rendeva meno rilevante l'apporto beccariano al penale sostanziale).

⁴⁹ G. LEONE, *Discorso inaugurale*, cit. in nt. 34, pp. 17-19 («rivoluzione»; logica deducibilità tra i principi generali, nei quali Leone inseriva l'«intransigenza contro l'interpretazione» e la terzietà del giudice); ivi, pp. 19-21 (principi e corollari processuali). I riferimenti riguardavano C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit. in nt. 7, § XI, p. 54 («precisione geometrica»); ivi, § XVI, pp. 62-63 (limiti della tortura); ivi, § XIV, p. 58 (prove perfette e imperfette e «buon senso»). Sulla terzietà del giudice nel *Dei delitti* avrebbe insistito anche M. PISANI, *Beccaria e il processo penale*, cit. in nt. 33, pp. 15-16, con particolare riferimento a C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit. in nt. 7, § III, p. 35 («egli è dunque necessario che un terzo giudichi della verità del fatto»); e ivi, § XVII, p. 69 (giudice «nemico del reo»). Sul libero convincimento vd. F. CAPRIOLI, *Intime conviction e prova indiziaria in Beccaria* (Dei delitti e delle pene, §§ XIV e XXXI), in *Diritto penale XXI secolo*, XIII, 2/2014, pp. 365-376; ID., *Il giudice e la prova: Beccaria, Filangieri, Pagano*, pp. 31-42 nel presente volume.

⁵⁰ P. NUVOLONE, *Processo e pena*, cit. in nt. 33, pp. 307-311. Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit. in nt. 7, § XXXVIII, p. 117 riguardo alla sanzione da infliggere a colui che «si ostinasse di non rispondere alle interrogazioni fattegli»; ivi, § XIV, pp. 58-59 circa la preferenza per giurati «assessori» scelti per sorteggio e chiamati a giudicare «per sentimento».

Ecco perché nel fatidico 1964 a Pisapia pareva davvero «un grave errore» l'aver confinato il *Dei delitti* al penale sostanziale. «Che, anzi, la parte relativa al diritto processuale penale, benché confusa o alternata con quella di diritto penale, occupa un posto importantissimo nell'economia generale dell'opera»⁵¹. D'altronde, la commistione tra 'formale' e 'materiale', per due secoli insormontabile diaframma tra il capolavoro settecentesco e la modernità penale, ne diveniva ora un formidabile pregio⁵². Il bicentenario si stava rivelando per i processualisti una *chance* di riscossa disciplinare. La «preminenza» della procedura, insisteva Leone parlando ai Lincei, nasceva dall'intimo nesso tra *civiltà* di un ordinamento giuridico e integrità del «sistema processuale». Nella procedura «prima di tutto» – gli faceva eco da Torino Nuvolone – si realizza la difesa della libertà e della dignità di fronte al «prepotere dello Stato»⁵³. Si deve a questa vigorosa presa di coscienza se l'afferenza del *Dei delitti* anche al diritto processuale penale può oggi considerarsi pacifica⁵⁴.

6. *Inquietudini di fine millennio*

In questa nuova prospettiva, gli anni Settanta e Ottanta proiettarono sull'eredità di Beccaria le inquietudini d'un sistema penale in precario equilibrio tra le esigenze repressive imposte da croniche emergenze (terrorismo e criminalità organizzata) e le istanze garantistiche e libertarie reclamate da una democrazia più avanzata. Le contrastanti tensioni si rispecchiavano nel dibattito scientifico e parlamentare, di fatto rallentando l'*iter* verso la ri-codificazione del rito penale.

Intanto la stratigrafia filologica del *Dei delitti* segnava decisivi progressi, come registrava puntualmente Vassalli in un incontro lincèo del maggio 1975 avente ad oggetto le *nuove idee* del Settecento italiano. Lo stesso Vassalli, presentando nel febbraio del 1987, presso il Suor Orsola Benincasa di Napoli, i primi due volumi dell'Edizione Nazionale beccariana diretta da Luigi Firpo, ri-

⁵¹ G.D. PISAPIA, *Presentazione*, cit. in nt. 32, pp. XXVII. Per esemplificare la rilevanza processualistica del *Dei delitti* l'A. segnalava (ivi, pp. XXVII-XXIX) la trattazione della tortura, delle accuse segrete, della custodia preventiva, della testimonianza, del giuramento dell'imputato, della segretezza.

⁵² P. NUVOLONE, *Processo e pena*, cit. in nt. 33, p. 315 sottolineava l'«inscindibile unità storica, logica e politica» nella quale il libro di Beccaria aveva saldato processo e pena.

⁵³ Rispettiv. G. LEONE, *Discorso inaugurale*, cit. in nt. 34, p. 26; P. NUVOLONE, *Processo e pena*, cit. in nt. 33, p. 307.

⁵⁴ M. PISANI, *Beccaria e il processo penale*, cit. in nt. 33, pp. 8 e 10; G. RICCIO, *La procedura penale. Tra storia e politica*, Napoli 2010, p. 17 (per il quale solo «un lettore distratto» relegherebbe Beccaria, Pagano e gli altri illuministi al penale sostanziale); E. AMODIO, *La Scuola positiva*, cit. in nt. 6, p. 90 (con particolare riguardo all'attenzione di Beccaria per la materia probatoria e la libertà personale).

modellava – in un intervento rimasto inedito – la fisionomia del filosofo o «piuttosto» del giurista⁵⁵.

Il duecentocinquantenario della nascita del lombardo, celebrato con il convegno milanese *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy* (dicembre 1988), cadde nell'imminenza dell'entrata in vigore del nuovo codice – già approvato – di procedura penale. A questa sincronia la relazione congressuale di Vassalli, all'epoca guardasigilli, faceva molteplici riferimenti, specie nella parte conclusiva e, per così dire, di merito: ad esempio con riguardo alle amnistie e al fenomeno del pentitismo. Il ministro avanzava perplessità circa la possibilità di rinvenire nel *Dei delitti* anacronistici spunti di *politica criminale*, sintagma a suo parere non retrodatabile a prima delle teorie tardottocentesche di Franz von Liszt. Egli considerava, invece, prioritaria la battaglia beccariana per l'«umanizzazione della pena» a beneficio di *perseguitati ed oppressi*: una «lotta liberatrice» che non poteva non assumere, quale «terreno centrale», il «processo penale», dal quale la ragion politica veniva opportunamente bandita⁵⁶.

Nello stesso consesso milanese del 1988 Mario Pisani rilevava come il fulcro del Beccaria processualista risiedesse, oltre che nell'invocazione di 'regole', nella chiara predilezione per l'*informativo*, inteso come «ricerca indifferente del fatto», rispetto all'*offensivo*, ossia ad un rito che addossava al reo l'onere di dimostrarsi innocente⁵⁷. La precisazione assumeva, in quell'ora storica, uno speciale valore ove si consideri che, secondo una *vulgata* forse semplificante ma certo non infondata, l'essenza originaria del codice Pisapia-Vassalli del 1988 stava proprio nella virata verso l'accusatorio.

Eppure sembrerebbe che la manualistica dell'epoca sorvolasse sulla matrice anche beccariana del principio⁵⁸. Volendo scorgere in questo ennesimo silenzio

⁵⁵ G. VASSALLI, *Spunti*, cit. in nt. 31, p. 650 (incontro lincèo); ivi, p. 651 (cenno all'intervento napoletano).

⁵⁶ Ivi, pp. 652-653.

⁵⁷ M. PISANI, *Beccaria e il processo penale*, cit. in nt. 33, pp. 12 (legalità), 13-14 (offensivo / difensivo). Gli altri profili processualistici di Beccaria segnalati da Pisani erano la tortura (ivi, pp. 17-18), il giuramento del reo (ivi, p. 19), la credibilità dei testimoni (ivi, pp. 20-21), le congetture per condannare gli imputati di delitti atrocissimi (ivi, p. 21), la libertà personale rapportata alla «prontezza della pena» (ivi, pp. 23-24 e 26-28), la pubblicità dei giudizi e delle prove (ivi, pp. 25-26), la *certezza* richiesta nella valutazione delle medesime (ivi, p. 22), la rapidità del processo non a discapito dei diritti di difesa (ivi, p. 27). Gli ultimi due aspetti erano desunti da C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit. in nt. 7, § XIV, p. 58; ivi, § XXIV, p. 79: brano, quest'ultimo, confrontato da L. GARLATI, *Il volto umano della giustizia. Omicidio e uccisione nella giurisprudenza del Tribunale di Brescia (1831-1851)*, Milano 2008, pp. 72-73, nt. 196 con la dottrina coeva e con la successiva codificazione asburgica. Sulla prontezza della pena cfr. D. VICOLI, *Processi e prescrizione* (Dei delitti e delle pene, § XXX), in *Diritto penale XXI secolo*, XIII, 2/2014, pp. 353-363.

⁵⁸ A. NAPPI, *Guida al nuovo Codice di Procedura Penale. Seconda Edizione*, Milano 1991, pp. 5-14, pur prospettando in una sintesi problematica l'alternativa tra i due *metodi* processuali, non ci-

una valenza culturale, esso nascondeva forse la consapevolezza che – diversamente da quanto ipotizzato dal Calamandrei – la coppia concettuale offensivo / informativo adoperata nel *pamphlet* non coincidesse con quella, di più recente conio, inquisitorio / accusatorio⁵⁹. Peraltro già nel 1928 De Marchi, presentando il clima dei codici Rocco, aveva notato che Beccaria «non parlò mai esplicitamente di processo ‘accusatorio’» e che quest’ultimo concetto discendeva semmai dall’interrelazione stabilita nel *Dei delitti* tra pubblicità, contraddittorio, libero convincimento e oralità: dunque il marchese – azzardava De Marchi – aveva *preparato* «il terreno per il nuovo processo»⁶⁰. Nel 1964, in un contesto teoricamente meno imbevuto di logica inquisitoria, Delitala aveva invitato i «fautori del sistema in vigore», persuasi che l’accusatorio fosse estraneo alla tradizione penalistica italiana, a rileggersi le pagine di Beccaria sulle accuse segrete e sulla pubblicità dei giudizi, sebbene lo studioso sardo non nutrisse fiducia nell’effettiva disponibilità dei colleghi ad una revisione serena e non ideologica del passato⁶¹. E in effetti le rëmure verso un accesso integrale all’accusatorio restavano forti, come dimostra inequivocamente la produzione – incluso il diffuso *Manuale* – di Giovanni Leone⁶².

Non era questo, per i processual-penalisti che si apprestavano al varo del codice Vassalli-Pisapia, l’unico nodo ‘scomodo’ dell’eredità beccariana. Gli studiosi si domandavano se il rito abbreviato e l’applicazione della pena su richiesta delle parti, ossia due istituti qualificanti del nuovo rito, potessero trovare una

tava Beccaria. Nessun cenno a quest’ultimo né al riformismo settecentesco compare nel paragrafo dedicato al *tendenziale* transito verso l’accusatorio da N. CARULLI, C. MASSA, G. ESPOSITO, A. PALUMBO, *Lineamenti del nuovo processo penale. Dai soggetti al giudizio di primo grado*, con la collaborazione di A. CINQUINA. Seconda edizione riveduta ed aggiornata, Napoli 1993, pp. 108-112.

⁵⁹ M. PISANI, *Beccaria e il processo penale*, cit. in nt. 33, pp. 13-14, in dissenso da P. CALAMANDREI (in C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit. in nt. 23, pp. 369-370, nt. 1), il quale, pur contestando la ricostruzione storiografica di Beccaria (e precisamente l’ipotesi secondo cui l’*offensivo* sarebbe nato da una generalizzazione della procedura adottata nelle sole cause fiscali), dava però per certa la doppia equivalenza semantica tra l’*offensivo* del *Dei delitti* e l’*inquisitorio* della «dottrina moderna», da una parte; e, dall’altra, tra l’*informativo* beccariano e il moderno *accusatorio*.

⁶⁰ A. DE MARCHI, *Cesare Beccaria*, cit. in nt. 20, p. 149.

⁶¹ G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, cit. in nt. 36, pp. 130-131. Con qualche variante le medesime considerazioni si leggono nel testo presentato da ID., *Attualità*, cit. in nt. 37, pp. 79-80 all’Accademia dei Lincei.

⁶² Nessun accenno polemico, ma solo la presa d’atto dell’inevitabile opzione dello Stato moderno per il «sistema misto» si rinviene in G. LEONE, *Manuale di procedura penale*, Napoli 1960, pp. 8-9. Negli anni seguenti il tono dello studioso napoletano mutò. Cfr. ID., *Garanzie nel processo penale*, in *Iustitia*, 1962, p. 353ss., poi in ID., *Scritti giuridici*, cit. in nt. 47, I, p. 317 (ove si esortava al «dosaggio» tra accusatorio e inquisitorio e ad evitare «salti nel buio»); ID., *Profili generali*, cit. in nt. 47, pp. 276-277; ID., *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli 1975⁹, p. 11; ID., *Manuale di diritto processuale penale*, a cura di F. MENCARELLI, Napoli 1979¹⁰, p. 11.

sponda nelle sanzioni *pronte e dolci* agognate da Beccaria. Ma, come osservava Guido Neppi Modona, «le resistenze culturali» all'applicazione dei nuovi congegni lasciavano presagire un perdurante rigetto dei criteri di utilità sociale e prevenzione generale combinati nel *Dei delitti*⁶³.

Analoghe esitazioni suscitava il tentativo di intestare a Beccaria l'abolizione – verso cui il nuovo codice si stava indirizzando – della formula dell'assoluzione per insufficienza di prove. L'abrogazione incontrava la ferma opposizione di Leone. Questi aveva da tempo definito ipocrita l'illusione che il giudizio potesse dissipare ogni dubbio e riuscisse sempre a eliminare lo iato tra «realtà umana» e «giudiziaria». Nell'inaugurazione lincèa del 1964 lo studioso aveva stabilito un ardito raffronto tra la formula dubitativa, grazie alla quale, a suo parere, si evitava di ritorcere l'incertezza «in danno dell'imputato»; e la pena straordinaria d'antico regime, figlia della «terribile inventiva della prassi»⁶⁴. Alla pervicacia di Leone alludeva probabilmente Pisani quando, nel 1988, rispolverava le ancor penetranti ironie beccariane sulle *quasi-prove* e le *semi-prove* per rintuzzare i nostalgici («alcuni titolati proceduristi» e il «Palazzo della Consulta») dell'assoluzione per insufficienza di prove⁶⁵.

Negli ultimi lustri la processual-penalistica storiograficamente più provveduta ha continuato a compulsare i paragrafi beccariani non solo per insistere sull'intangibilità di valori non derogabili (l'allarme per una reviviscenza della tortura, ad esempio, non è mai del tutto rientrato⁶⁶), ma anche per trarne lumi su aspetti puntuali e controversi della procedura vigente. Così il *Dei delitti* è stato 'impiegato' per perorare criteri di legge più dettagliati sulla comminatoria

⁶³ G. NEPPI MODONA, L'utile sociale nella concezione penalistica di Cesare Beccaria. Relazione al Congresso Internazionale su Cesare Beccaria e la politica criminale moderna (Milano, 15-17 dicembre 1988), in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n.s., XXXII, fasc. 2 (apr.-giu. 1989), p. 504.

⁶⁴ G. LEONE, *Un processo più moderno* (Discorso al Senato, 17 giugno 1970, sulla legge-delega per il nuovo c.p.p.), ora in ID., *Scritti giuridici*, cit. in nt. 47, I, pp. 348-349 (ipocrisia e iato irriducibile: qui l'A. richiamava in senso adesivo una presa di posizione di Arturo Carlo Jemolo); ID., *Discorso inaugurale*, cit. in nt. 34, p. 16 (inaugurazione ai Lincei); ma vd. già ID., *L'insufficienza di prove*, in *Il Mattino*, 15 marzo 1963, poi in ID., *Scritti giuridici*, cit. in nt. 47, I, pp. 387-389.

⁶⁵ M. PISANI, *Beccaria e il processo penale*, cit. in nt. 33, p. 22.

⁶⁶ G.D. PISAPIA, *Presentazione*, cit. in nt. 32, p. XXVII; M. PISANI, *Beccaria e il processo penale*, cit. in nt. 33, p. 18, il quale coglieva l'originalità della trattazione beccariana sulla tortura nell'aggancio alla presunzione d'innocenza. Da altro versante A.C. JEMOLO, *Introduzione*, cit. in nt. 27, p. 13 definiva la critica di Beccaria «capitolo memorando». Cfr. ora G. FORNASARI, *La tortura nel libro «Dei delitti e delle pene». Spunti per la costruzione di un contesto nella storia e nell'attualità* (Dei delitti e delle pene, §§ XII e XVI), in *Diritto penale XXI secolo*, XIII, 2/2014, pp. 297-311 (ivi, p. 306 l'A. parla di «rinnovata bruciante attualità»); S. CARNEVALE, *I fatali inconvenienti della tortura giudiziaria. L'insegnamento di Beccaria come antidoto contro i ritorni alle fredde atrocità* (Dei delitti e delle pene, § XVI), ivi, pp. 313-325.

delle misure cautelari⁶⁷; ovvero per orientarsi nel campo minato della legislazione premiale.

A quest'ultimo proposito Beccaria, com'è noto, aveva riconosciuto l'efficacia preventiva d'una legge che assicurasse l'impunità ai complici di *gravi delitti*, ma aveva confessato che un simile espediente, autorizzando per vie legali il «tradimento» e la «dissimulazione», gli procurava il «tormento» del «rimorso»⁶⁸. Alla fine degli anni Ottanta Vassalli aveva contrapposto al brano beccariano l'empirica soluzione del Bentham, il quale consigliava di accordare «ricompense» o «perdono» al complice-delatore soltanto laddove mancassero *altri mezzi* «per identificare i delinquenti»: in ogni caso, ad avviso del filosofo inglese, la scelta premiale andava rimessa alla «discrezione del giudice» e non ad una «legge generale»⁶⁹. Per Vassalli il suggerimento benthamiano di avvalersi dei pentiti solo come *extrema ratio*, se aveva avuto un senso nella fase iniziale di contrasto al terrorismo o di fronte alle stragi di mafia, si era perniciosamente inflazionato, giacché gli inquirenti erano soliti promettere premi immediati ai collaboratori di giustizia riservandosi di riscontrare in un secondo momento la veridicità delle relative dichiarazioni⁷⁰. A Vassalli rispondeva nel 1997 Mario Pisani il quale teneva ferma l'opportunità d'una *regola* e suggeriva di affidarne l'applicazione alla «prudente discrezionalità del magistrato», con il *caveat* di evitare «lassismi approssimati fin verso l'impunità»⁷¹. Al di là delle diverse opinioni di merito, la

⁶⁷ E. AMODIO, *La Scuola positiva*, cit. in nt. 6, pp. 100-101. M. PISANI, *Beccaria e il processo penale*, cit. in nt. 33, p. 24 ammetteva che la «pretesa» beccariana di fissare mediante legge gli indizi idonei alla detenzione preventiva apparisse «ingenua» ma la considerava sintomo della «sfiducia» verso la discrezionalità della magistratura settecentesca. Per una rilettura attualizzante delle notazioni beccariane sul tema vd. M. CAIANIELLO, *Prontezza della pena. Profili processuali* (Dei delitti e delle pene, § XIX), in *Diritto penale XXI secolo*, XIII, 2/2014, pp. 327-336.

⁶⁸ C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit. in nt. 7, § XXXVII *Attentati, complici, impunità*, p. 115. Di recente M. PISANI, *Cesare Beccaria e la sua missione universale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, LVII, fasc. 4, ott.-dic. 2014, *Speciale 250° anniversario dell'opera di Cesare Beccaria* «Dei delitti e delle pene», pp. 2049-2050 ha inserito questo punto tra quelli lasciati 'aperti' da Beccaria. Nel meritorio «tormento» beccariano P. CALAMANDREI, in C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit. in nt. 23, p. 231, nt. 1 leggeva una *memorabile* «protesta contro le leggi che sono scuola di immoralità». Cfr. G. VASSALLI, *Spunti*, cit. in nt. 31, p. 663.

⁶⁹ J. BENTHAM, *Teoria delle pene e delle ricompense. Parte generale*. Introduzione di G. MARINI, *Rassegna della Giustizia Militare – Quaderni 3, Supplemento al n. 6, nov.-dic. 1987*, Velletri, s.d., t. II, lib. I, cap. XIV, pp. 110-111; ivi, pp. 111-113 per la confutazione di Beccaria.

⁷⁰ G. VASSALLI, *Spunti*, cit. in nt. 31, pp. 663-665, a parziale correzione dell'affermazione di G. MARINI, *Jeremy Bentham: alle radici del diritto penale premiale*. Introduzione a J. BENTHAM, *Teoria*, cit. in nt. 69, p. 8 che aveva schierato Bentham tra i decisi fautori del «pentitismo».

⁷¹ M. PISANI, *Beccaria e il diritto premiale*, in ISTITUTO LOMBARDO – ACCADEMIA DI SCIENZE E LETTERE, *Rendiconti. Classe di lettere e scienze morali e storiche*, vol. 131 (1997), fasc. 2, pp. 282-291, ora in M. PISANI, *Attualità di Cesare Beccaria*, cit. in nt. 33, p. 55. «Fermissimo diniego» Beccaria opponeva invece al meccanismo della *taglia*: ivi, p. 56. Per contro, egli appariva di nuovo esitante a proposito di estradizione: M. PISANI, *Beccaria e l'extradizione*, ivi, p. 71.

discussione tra i due studiosi confermava quanto Beccaria fosse oramai reso 'partecipe' del dibattito dottrinale e non soltanto delle dispute sui massimi sistemi.

7. *Le invarianze, la sfida*

Dalle variegata letture processual-penalistiche del *Dei delitti*, susseguitesesi nel Novecento a ritmo discontinuo e qui sinteticamente esaminate, emergono alcune costanti.

La prima consiste nell'insistenza sulla *italianità* di Beccaria. Un vanto comprensibile nel 1912, quando a Rovereto Pietro Lanza illustrava ai trentini «questa gloria autentica e sublime della patria nostra»⁷²; del tutto coerente con l'autarchia culturale fascista⁷³; ancora plausibile nel 1964, allorché Leone chiudeva la relazione inaugurale lincèa rilevando come «la riconoscenza della patria» verso l'esimio milanese costituisse «motivo di orgoglio, ma anche di trepidante responsabilità»⁷⁴.

La sintonia semantica celava accezioni pressoché inconciliabili. Se nel ventennio i cantori della *patria* penalistica la evocavano come un prodromo dei fasti del regime, durante la resistenza il medesimo concetto servì a corroborare l'indignazione per la *devastazione spirituale* perpetrata dal fascismo, che aveva reciso le radici della criminalistica autoctona simulando di onorarle. Calamandrei si dichiarava *offeso* dal fatto che la *patria di Beccaria* (non certo «del Fachinei»), espressione «cara agli oratori forensi di mezzo secolo fa», si fosse resa «complice» delle torture di massa e, nel contempo, avesse «guardat[o] con sospetto e messi in disparte, quando addirittura non si tentò, per maggior oltraggio, di ca-

⁷² P. LANZA, *Cesare Beccaria*, cit. in nt. 3, p. 11. L'A. aggiungeva ivi, p. 25 che «l'idea che un italiano possa essere stato maestro di qualche cosa al mondo intiero sembra un fenomeno troppo strano a certi nostri compatriotti sistematici denigratori di ciò che è nostro». Lanza negava comunque (ivi, p. 87) che la sua stima verso Beccaria fosse dettata da un «patriottismo [...] ridicolo e insensato».

⁷³ E. FLORIAN, *Prefazione* ad A. DE MARCHI, cit. in nt. 20, p. VII definiva Beccaria «il grande umanista del diritto penale, gloria nostra». Il suo allievo A. DE MARCHI, *Cesare Beccaria*, cit. in nt. 20, p. 155 vi scorgeva «un restauratore della civiltà italiana», un testimone (ivi, pp. 2-3) del «coraggio» e dell'«ingegno di un italiano», un 'classico' da coltivare nella terra «madre del diritto». Cfr. anche S. LONGHI, *Corso*, cit. in nt. 19, p. 48. Può aggiungersi che Alfredo ROCCO, *Relazione*, in MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Volume VIII. Progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale con la relazione del guardasigilli on. Alfredo Rocco*, Roma 1929, *Considerazioni generali*, p. 7 enunciava programmaticamente «la coscienza della superiorità storica e presente dell'Italia nelle scienze penali, che ci deriva da otto secoli di ininterrotta gloriosa produzione scientifica e legislativa».

⁷⁴ G. LEONE, *Discorso inaugurale*, cit. in nt. 34, p. 29.

muffarli da “precursori”», gli autori nei quali alitava il «respiro di fraterna generosità» tipicamente italiano⁷⁵. Delitala si rammaricava nel 1964 della vanità di «ogni richiamo alla tradizione e allo spirito della nazione [...], dopo lo scempio» che ne avevano praticato «i nazionalismi di ogni genere». Il professore sassarese pensava proprio alla *mistificazione* «tremendamente istruttiva» che di Beccaria aveva fatto il fascismo, sino ad annoverarlo «quasi tra i fautori della pena di morte»: un travisamento cessato – si rallegrava Delitala – con la Carta costituzionale del 1948⁷⁶.

Una seconda invarianza attiene alla pretesa della processual-penalistica di scovare nel *Dei delitti* presunte anticipazioni di istituti o di idee più tarde. Alla forzatura non si sottrasse Calamandrei, convinto, ad esempio, della sinonimia tra processo *offensivo* e *inquisitorio*; ovvero che il «germe» del concetto di *pubblicità* dell'azione penale si annidasse nel brano in cui, per scoraggiare il ricorso al ‘perdono’ dell’offeso quale forma di remissione del reato, Beccaria osservava che «il diritto di far punire non è di un solo, ma di tutti i cittadini o del sovrano»⁷⁷. La ricerca dei ‘precedenti’ testuali raggiunse l’acme, come s’è visto, nelle celebrazioni del bicentenario⁷⁸.

Alle affannose ‘attualizzazioni’ ha fatto da inevitabile contrappunto la frequente constatazione della inservibilità di talune pur brillanti intuizioni disseminate nel *Dei delitti*. Così, per ricordare il caso forse più vistoso, la penalistica italiana del Novecento si è unanimemente dissociata dal miraggio dell’interpretazione letterale, con la quale Beccaria s’era illuso di vincolare i giudici al «sillo-gismo perfetto»⁷⁹ ma che non avrebbe retto l’urto di apparati normativi e istituzionali più complessi. D’accordo con Manzini, per il quale «le norme giuridiche non sono cataplasmi e francobolli, che si possano applicare senza un precedente e indispensabile processo logico»⁸⁰, Massari si diceva certo, proprio nella pagina

⁷⁵ P. CALAMANDREI, *Prefazione*, cit. in nt. 23, pp. 123-125.

⁷⁶ G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, cit. in nt. 36, p. 131; ID., *Attualità*, cit. in nt. 37, pp. 79-80.

⁷⁷ L’espressione di C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit. in nt. 7, § XXIX *Della cattura*, p. 98 si trova diversamente collocata nell’ed. Le Monnier (C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit. in nt. 23, § XX *Certerza delle pene. Grazie*, p. 276; ivi, nt. 1 l’osservazione di P. CALAMANDREI). Quanto alla doppia equazione offensivo / inquisitorio e difensivo / accusatorio, vd. P. CALAMANDREI in C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit. in nt. 23, pp. 369-370, nt. 1 (cfr. *supra*, nt. 59). Un altro «germe» delle successive «idee» in materia di «custodia preventiva» era individuato da Calamandrei (ivi, § VI *Della cattura*, p. 177, nt. 1, corrispondente nell’ed. naz. a C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit. in nt. 7, § XXIX *Della cattura*, p. 96) nel brano in cui Beccaria deplorava, tra l’altro, che «si gettano confusi nella stessa caverna gli accusati e i convinti».

⁷⁸ G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, cit. in nt. 36, pp. 128-130; P. NUVOLONE, *Processo e pena*, cit. in nt. 33, p. 311; G. LEONE, *Discorso inaugurale*, cit. in nt. 34, pp. 19-21.

⁷⁹ C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit. in nt. 7, § IV *Interpretazione delle leggi*, pp. 36-38.

⁸⁰ V. MANZINI, *Della interpretazione delle leggi penali*, in *Giustizia Penale*, XIII (1907), fasc. 16,

in cui citava Beccaria, che «l'interpretazione costituisce un processo irresistibile, nonostante tutti i divieti». De Marchi liquidava come «conclusione assurda» e «fortunamente [...] superat[a] per sempre», persino dalla scuola positiva, la tesi beccariana dell'interpretazione meccanica della legge penale⁸¹. Non sono peraltro mancati studiosi che, più rispettosi delle periodizzazioni, hanno contestualizzato la teoria ermeneutica del *Dei delitti*⁸².

Non si è invece riverberata nella processual-penalistica la diatriba – che viceversa ha diviso i ‘sostanzialisti’ – tra chi ha degradato il libello beccariano a mero *abrégé* di idee altrui all'epoca circolanti⁸³ e chi, sulla scia dell'autorevole riconoscimento di Faustin Hélie rilanciato dal Pessina⁸⁴, vi ha scorto l'atto

estr. Prato 1907, p. 15. Il brano, che non si riferiva specificamente a Beccaria (citato, invece, criticamente a proposito della «esagerata reazione» contro l'analogia penale: ivi, p. 25), rifluisce poi in V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit. in nt. 1, I, p. 206 con riguardo all'applicazione giurisdizionale di norme internazionali.

⁸¹ Rispettivamente E. MASSARI, *Le dottrine generali del diritto penale*, cit. in nt. 43, p. 23; A. DE MARCHI, *Cesare Beccaria*, cit. in nt. 20, pp. 40-41 («processo irresistibile»); ivi, pp. 47-49 (la scuola positiva restituiva discrezionalità al giudice).

⁸² Comprensivo verso «qualche esagerazione» di Beccaria sul tema dell'interpretazione letterale si mostrava già E. FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*. Terza edizione rinnovata, Milano 1926, I, p. 191. Per Calamandrei (in C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit. in nt. 23, § IV *Interpretazione delle leggi*, pp. 161-162, nt. 2) la teoria beccariana dell'interpretazione, «che oggi a noi sembra assurda», nel Settecento aveva costituito una «reazione storicamente comprensibile» agli abusi della giurisprudenza e una «difesa della legalità». Il giudizio di Calamandrei fu ripreso quasi alla lettera da P. NUVOLONE, *Processo e pena*, cit. in nt. 33, p. 311. Invitavano alla contestualizzazione anche G. LEONE, *Discorso inaugurale*, cit. in nt. 34, p. 18 (che alludeva, in particolare, all'introduzione – di dubbia paternità – *A chi legge*: C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit. in nt. 7, p. 17); G.D. PISAPIA, *Presentazione*, cit. in nt. 32, p. XXIII; G. NEPPI MODONA, *L'utile sociale*, cit. in nt. 63, p. 499. Come quest'ultimo A. ha osservato in linea generale (ivi, pp. 476-477), induce talvolta delusione nel lettore contemporaneo la difficoltà di «distinguere tra ciò che effettivamente Beccaria ha scritto e ciò che gli è stato fatto dire nel corso di una ininterrotta e fecondissima utilizzazione delle sue idee».

⁸³ U. SPIRITO, *Storia del diritto penale*, cit. in nt. 2, p. 48 (ma vd. la secca replica di G. LEONE, *Discorso inaugurale*, cit. in nt. 34, p. 24); S. LONGHI, *Corso*, cit. in nt. 19, p. 51; G. MAGGIORE, *Diritto penale. Volume I: Parte generale (Art. 1 – Art. 240). Tomo Primo*, 5ª edizione accresciuta e aggiornata, Bologna 1949, pp. 61-62; B. PETROCELLI, *Principi di diritto penale*, cit. in nt. 3, p. 30; A. BARATTA, *Filosofia e Diritto Penale*, cit. in nt. 2, pp. 30-31.

⁸⁴ F. HÉLIE, *Introduction*, cit. in nt. 40, p. LXXXVII osservava come fosse «de remettre en lumière les services, un peu trop dédaignés de nos jours», resi da Beccaria «à la science du droit pénal». Il marchese, proseguiva Hélie, è stato «le vrai réformateur de nos lois pénales. Si son livre n'a pas l'appareil d'une œuvre scientifique [...], sa puissance, pour avoir moins de grandeur, n'en est pas moins réelle». L'audace lavoro di Beccaria, per Hélie (ivi, pp. LXXXVIII-LXXXIX), non si era limitato, «comme on le pense trop généralement», ad «abattre les vieilles législations» già precarie: se egli disseminò il suolo di rovine e non ricostruì in prima persona, tuttavia preparò «la reconstruction du nouvel édifice de la législation moderne»; nello svelare gli eccessi della pratica giudiziaria rivelò «les grandes lois morales» quali basi eterne della giustizia penale. In luogo di esporre le sue idee con chiarezza e di dedurle «logiquement les unes des autres», Beccaria – concludeva Hélie – le enunciò solo a metà e parve compiacersi di lasciarle intravedere piuttosto che

fondativo della scienza penale moderna⁸⁵. La questione è stata tematizzata soprattutto dai cultori del penale sostanziale perché si situa alle origini della costruzione dell'*Allgemeiner Teil* e d'un sistema 'geometrico': due precondizioni decisive per l'elaborazione dei futuri codici e di quella scienza penale *astratta* tanto vagheggiata da Francesco Carrara quanto disprezzata da Arturo Rocco⁸⁶. Per i processualisti, invece, il *Dei delitti* è stato anzitutto un «libro militante», come lo si è definito di recente, che ha scosso le secolari categorie della giustizia criminale europea: sicché bisognava anzitutto capire se esso si fosse accontentato di demolire, come supponeva Florian, o se al contrario, come riteneva Pisapia, avesse architettato anche «le linee di una concreta riforma»⁸⁷.

mostrarle. Il brano di Hélie, tradotto in italiano, era citato da E. PESSINA, *Il diritto penale in Italia*, cit. in nt. 42, pp. 556-557, il quale da Beccaria e da Pietro Leopoldo, «due grandi benefattori del genere umano» (ivi, p. 541), faceva decorrere la storia della penalistica italiana moderna.

⁸⁵ Così P. LANZA, *Cesare Beccaria*, cit. in nt. 3, pp. 21-25; E. FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, cit. in nt. 82, I, pp. 42 e 44 (e con lui A. DE MARCHI, *Cesare Beccaria*, cit. in nt. 20, p. 154); G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, cit. in nt. 36, pp. 121-122; P. NUVOLONE, *Processo e pena*, cit. in nt. 33, pp. 306 e 315; G. LEONE, *Discorso inaugurale*, cit. in nt. 34, p. 21 (richiamandosi a Hélie e a Pessina e pur non nascondendosi [ivi, p. 26] il rischio che nel *Dei delitti* l'«afflato emotivo» oscurasse l'«impostazione razionale e scientifica»); G.D. PISAPIA, *Presentazione*, cit. in nt. 32, pp. v e vii; G. VASSALLI, *Cesare Beccaria nella storia del diritto penale*, in *Nuove idee e nuova arte nel '700 italiano*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma 1977, pp. 454-479, ora in ID., *Scritti giuridici*, cit. in nt. 31, pp. 562-563. Più cauto M. PISANI, *Beccaria e il processo penale*, cit. in nt. 33, p. 11, per il quale Beccaria, benché «tutt'altro che privo di spirito scientifico, nel senso» delle scienze esatte, non aveva inteso «fare opera di scienza» penalistica ed aveva prescelto, piuttosto, «una prospettiva critica». Sul tema mi permetto di rinviare a M.N. MILETTI, *Beccaria e la fondazione*, cit. in nt. 2, pp. 179-201.

⁸⁶ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale [...]. Parte generale*. Terza edizione con aggiunte, Lucca 1867, *Prolegomeni*, p. 25: «Ecco la scienza del diritto penale che noi dobbiamo studiare: astraendo sempre da ciò che può esser piaciuto dettare nei vari codici umani, e rintracciando la verità nel codice immutabile della ragione». Al maestro lucchese Arturo ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale* (1910), poi in ID., *Opere giuridiche*, III *Scritti giuridici vari*, Roma 1933, p. 268 contestò proprio la pretesa di costruire un penale «assoluto, immutabile, universale» che prescindesse da quello «consacrato nelle leggi positive dello Stato». A lungo dibattuta fu la «sistematicità» del *Dei delitti*. L'opera ne appariva priva a F. DE DOMINICIS, «*I delitti e le pene*», cit. in nt. 3, p. 369. Di opposto parere U. SPIRITO, *Storia del diritto penale*, cit. in nt. 2, p. 56 (vd. anche ivi, p. 59), in parte contraddicendo quanto sostenuto a p. 48 (su cui vd. *supra*, nt. 83); G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, cit. in nt. 36, p. 121; ID., *Attualità*, cit. in nt. 37, p. 75. G. VASSALLI, *Cesare Beccaria nella storia*, cit. in nt. 85, p. 568 escludeva che con Beccaria fosse nata «una sistematica scientifica delle materie penali», che invece risaliva almeno a due secoli prima; e tuttavia ne segnalava la «più alta aspirazione scientifica» consistente nel «riportare tutto il giure di punire a principii filosofici». Ricostruisce la genesi del fraintendimento che condusse a ravvisare nel *Dei delitti* un trattato penalistico P. ANDRÉS IBAÑEZ, *Introducción a C. BECCARIA, De los delitos y de las penas*. Prefacio de P. CALAMANDREI. Edición bilingüe al cuidado de P. ANDRÉS IBAÑEZ. Texto italiano establecido por G. FRANCONI, Madrid 2011, pp. 16-18, ripreso di recente da L. FERRAJOLI, *L'attualità del pensiero di Cesare Beccaria*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLV, n. 1, giu. 2015, p. 158 e ivi, nt. 50.

⁸⁷ Rispettiv. E. FLORIAN, *Principi di diritto processuale penale*, cit. in nt. 13, p. 13 (cfr. anche

Nell'intervento lincèo del 1975 Vassalli sposava con franchezza quest'ultima tesi: «Dal punto di vista sistematico e di fondazione di una scienza giuridica, le pagine processuali di Beccaria non sono certo da meno delle altre e si sottraggono all'aspra svalutazione di chi relega i filosofi del Settecento al rango di declamatori di principii già elaborati dai giuristi dei secoli anteriori e giunti ormai a maturazione nella coscienza sociale». Tra gli 'svalutatori' Vassalli additava esplicitamente in nota il Manzini il quale, in un passo del *Trattato* processual-penale in cui peraltro non degnava il marchese nemmeno d'una menzione, dipingeva maliziosamente il riformismo del secolo XVIII come frutto politico di «lunga esperienza», di «ragioni sentimentali» e dell'«autorità dei giureconsulti» e non certo delle «elucubrazioni filosofiche»⁸⁸.

Ma a dispetto dei denigratori Beccaria, enigmatico e sornione come lo immaginò un ispirato Calamandrei, ha continuato per l'intero Novecento a «far risentire la sua voce»: la quale, specie nelle celebrazioni (inclusa quella appena trascorsa), emana ancora potenti suggestioni⁸⁹. In tempi di disillusione verso l'effi-

ivi, p. 235); G.D. PISAPIA, *Presentazione*, cit. in nt. 32, p. VII. Già F. DE DOMINICIS, «*I delitti e le pene*», cit. in nt. 3, p. 369 aveva ritenuto il *Dei delitti* «impacciato» nella *pars construens*. Per P. LANZA, *Cesare Beccaria*, cit. in nt. 3, p. 58 Beccaria aveva rivelato, oltre alla celebrata chiarezza demolitoria, una «meno decantata e meno glorificata» capacità costruttiva, visibile sia nella promozione di pene «moderate e proporzionate al delitto» e di «procedure serene», sia nella trasmissione di idee embrionali a beneficio della «moderna scuola penale giuridica». Di «libro militante» parla P. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Introducción*, cit. in nt. 86; vd. in proposito le acute considerazioni di L. FERRAJOLI, *L'attualità*, cit. in nt. 86, pp. 157-161.

⁸⁸ G. VASSALLI, *Cesare Beccaria nella storia*, cit. in nt. 85, pp. 574-576 e ivi, nt. 88 (ma si vd. anche ivi, p. 574 per la «precedenza», nell'opera beccariana, dei temi processualistici) citava polemicamente V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, ed. 1949, cit. in nt. 1, n. 8, p. 72. Questi, nell'ed. 1931 del *Trattato di diritto processuale penale italiano*, cit. in nt. 1, I, n. 8, p. 63, aveva più cautamente parlato di «energie filosofiche» (anziché di *elucubrazioni*). Ad avviso di L. FERRAJOLI, *L'attualità*, cit. in nt. 86, p. 159, nt. 52, mediante le considerazioni affidate al *Trattato* processual-penalistico Manzini intendeva argomentare il proprio mutamento d'opinione rispetto a scritti più risalenti (ad es. la voce *Diritto penale* ne *Il Digesto italiano*, Torino 1899, IX/3, p. 60) nei quali aveva rivendicato, in polemica con Emanuele Carnevale, l'opportunità d'un respiro filosofico per la fondazione del diritto penale.

⁸⁹ P. CALAMANDREI, *Prefazione*, cit. in nt. 23, p. 63 per l'immaginifica descrizione d'un Beccaria assopito in poltrona ma in grado di farsi ascoltare. Ad un ulteriore interessamento 'tecnico' verso il *Dei delitti* si è assistito sulle riviste penalistiche in occasione del duecentocinquantesimo anniversario del capolavoro: si vd. B.E. HARCOURT, «*Dei delitti e delle pene*» di Beccaria: uno strumento di riflessione sulla storia delle fondamenta del diritto penale moderno, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2013, pp. 149-177; M.N. MILETTI, *Beccaria e la fondazione*, cit. in nt. 2, pp. 179-201; *Penalisti del XXI secolo leggono «Dei delitti e delle pene» nel 250° anniversario della prima pubblicazione e ne discutono l'attualità*, in *Diritto penale XXI secolo*, XIII, 2/2014, pp. 229-389; lo *Speciale. 250° anniversario della pubblicazione dell'opera di Cesare Beccaria «Dei delitti e delle pene»*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, LVII, fasc. 4 (ott.-dic. 2014), pp. 2025-2114 (con scritti di G. MARINUCCI, M. PISANI, E. AMODIO, S. LARIZZA, H. FENG). Sul ciclico richiamo all'attualità di Beccaria cfr. M.R. DI SIMONE, *Percorsi del diritto tra Austria e Italia (secoli XVII-XX)*, Milano 2006, pp. 119-121, 133-134. M. PISANI, *Cesare Beccaria e la sua mis-*

cacia e la stessa funzione della giustizia, il *Dei delitti* sfida gli studiosi a ripensare il processo penale con il coraggio della passione civile⁹⁰.

sione universale, cit. in nt. 68, p. 2051 invita a vedere un segno di «sobrietà» nella scelta di Beccaria di limitarsi a lanciare spunti che i posteri avrebbero riordinato.

⁹⁰ A.C. JEMOLO, *Introduzione*, cit. in nt. 27, p. 6 esclude che Beccaria fosse un *innovatore* o un *ardimentoso*: «non era uomo di molto coraggio». Gliene riconosce invece, e anzi vorrebbe ricorrervi per affrontare i problemi del presente, E. PALOMBI, *Beccaria oggi. La giustizia penale agli inizi del terzo millennio*. Prefazione di V. GALGANO, Napoli 2013, p. 151. M. PISANI, *Cesare Beccaria e la sua missione universale*, cit. in nt. 68, p. 2050 ritiene che Beccaria si sentisse investito d'«una sorta di missione universale». S. RODOTÀ, *Prefazione*, cit. in nt. 2, p. 7, pur professandosi *diffidente* «verso la “attualizzazione” di opere classiche», si dichiara pronto – in un'«epoca di passaggio» come la presente – a fare un'eccezione per l'«appello al diritto» lanciato dal *Dei delitti*.

RIFLESSIONI ATTUALI SU UN PASSO DI CESARE BECCARIA A PROPOSITO DEI DELITTI DI PROVA DIFFICILE

Renzo Orlandi

SOMMARIO: 1. L'attualità di un dialogo a distanza con l'opera di Cesare Beccaria. – 2. Delitti di prova difficile perché atroci. – 3. Delitti di prova difficile perché “oscuri”. – 4. Conviene prevenire i delitti difficili da provare. Ma in che modo?

1. L'attualità di un dialogo a distanza con l'opera di Cesare Beccaria

Dialogare con Beccaria è esercizio utile e doveroso per un giurista consapevole dei rischi liberticidi che, in ogni tempo, gli abusi della giurisdizione e, più in generale, le pratiche delle pubbliche autorità portano con sé.

Il dialogo con l'autore dei *Delitti* costringe a uscire dalle strettoie del tecnicismo e dell'iperspecializzazione, notoriamente insensibili alle variabili umane dell'esperienza giuridica. Il pensiero dogmatico rende eccellenti servigi al dibattito scientifico, ma diventa sterile accademismo, quando perde di vista lo sfondo politico-sociale sul quale si stagliano le questioni giuridiche e, in particolare, quelle penalistiche.

Come avverte Luigi Ferrajoli, l'opera di Beccaria evoca le grandi personalità del pensiero politico quali Locke, Hobbes, Montesquieu, Rousseau, più che i criminalisti dei secoli passati o i tecno-giuristi del XX secolo¹. Dialogare con Beccaria significa insomma confrontarsi sui temi della penalità, guardando dall'alto il paesaggio sociale. Invita a misurarsi con un pensiero del quale è facile e persino gradevole cogliere le cadenze e gli sviluppi. Avendo ripudiato – sulle orme di Francis Bacon – il principio di autorità, Beccaria si affida a principi di ragione, muove da postulati resi evidenti dall'esperienza sensibile e offre pertanto argomenti facilmente accessibili anche al pubblico dei non giuristi.

Ma la brillantezza dello stile non deve illudere. Non è facile rileggere gli au-

¹ L. FERRAJOLI, *Two hundred and fifty years since the publication of On Crimes and Punishments: The currency of Cesare Beccaria's thought*, in *Punishment & Society*, XVI.5 (2014), p. 508.

tori dei secoli passati senza farsi condizionare dal filtro delle odierne categorie concettuali. Non lo è specialmente per il giurista positivo, privo di quelle abilità che formano l'abito mentale dello storico. Questo non è però motivo sufficiente per desistere dal tentativo. Molte delle riflessioni di Cesare Beccaria si prestano a fecondi raffronti con il tempo presente, con l'evoluzione, le tendenze dei sistemi penali contemporanei e con le relative teorizzazioni dottrinali. Vale la pena accettare la sfida, se non altro per l'intimo piacere che può venire dall'accresciuta consapevolezza associata a ogni comparazione.

La scelta cade qui sul cap. XXXI dedicato ai delitti di prova difficile, dove questioni, che oggi definiremmo di diritto processuale, si intrecciano con problemi di diritto sostanziale e con riflessioni socio-criminologiche. I delitti di prova difficile costituiscono – secondo Beccaria – un insieme nel quale si trovano sia delitti “atroci”, sia delitti per così dire “oscuri”, tutti uniti, per l'appunto, dalla frapposizione di ostacoli che ne rendono arduo l'accertamento.

2. *Delitti di prova difficile perché atroci*

I delitti atroci sono difficili da provare in ragione della loro rarità e, dunque, improbabilità. A questo riguardo Beccaria denuncia una sorta di paradosso in quel passaggio dove afferma: «strano parrà a chi non riflette che la ragione non è quasi mai stata la legislatrice delle nazioni, che i delitti o più atroci o più oscuri e chimerici, cioè quelli de' quali l'improbabilità è maggiore, sieno provati dalle conghietture e dalle prove più deboli ed equivoche; quasichè le leggi e il giudice abbiano interesse non di cercare la verità, ma di provare il delitto; quasichè di condannare un innocente non vi sia un tanto maggior pericolo quanto la probabilità dell'innocenza supera la probabilità del reato».

È assurdo – questo il succo della posizione beccariana – che per accertare questa specie di delitti si esiga un *minus* di prova, quando logica imporrebbe accertamenti più rigorosi per delitti improbabili in quanto gravi, posto che l'ingiustizia di una condanna cresce con l'aggravarsi della pena.

Non è un argomento nuovo, va detto. Lo ritroviamo, più di un secolo prima (1631) già nella *Cautio criminalis* di Friedrich von Spee il quale, citando a sua volta un criminalista del Cinquecento (Ippolito da Rimini), affermava che «Quanto più atroce è il delitto, tanto più gravi e probanti devono essere gli indizi, dal momento che esiste un rischio maggiore» (*Quaestio XXXVII*). Anche prima di Beccaria, evidentemente, qualche giurista, sia pur dietro l'anonimato, osava criticare le pratiche criminali in uso, affidandosi a principi di ragione.

Nuove e originali sono tuttavia le riflessioni che Beccaria ne trae sul piano di quelle che oggi definiremmo scelte di politica criminale.

Fa da sfondo a queste prese di posizione il noto brocardo *in delictis atrocissimis, leviores conjecturae sufficiunt*, verso il quale Beccaria (come già von Spee)

rivolge la sua critica affilata. Una critica tuttora attuale, considerata la tendenza – riscontrabile anche nelle moderne legislazioni processuali – ad attenuare il quadro delle garanzie nel procedimento di formazione della prova, quando l'accertamento riguarda delitti gravi e allarmanti. A titolo di esempio si può citare l'art. 190-bis del nostro c.p.p., soprattutto nella versione precedente la riforma che, nel 2001, ha attuato i principi del giusto processo enunciati nel revisionato art. 111 Cost. E appartiene allo stesso ambito problematico l'inclinazione legislativa a confezionare apposite fattispecie incriminatrici per sanzionare atti preparatori di gravi delitti, come accade col terrorismo. Una tendenza chiaramente dettata dalla opportunità di agevolare il compito dell'autorità giudiziaria, rendendo meno "difficile" la prova del delitto.

Beccaria non evoca – nemmeno per via implicita – la seconda parte del brocardo, ancor più pericolosa della precedente, che pur ispirava le pratiche criminali della sua epoca e secondo la quale *propter criminis enormitatem iura transgredi licet*. Un'eco di tale principio parrebbe oggi sopravvivere nelle norme processuali che giustificano la commissione di reati per finalità investigative o di sicurezza (si pensi agli agenti provocatori o agli appartenenti ai servizi di *intelligence*) o, più semplicemente, alle norme che ammettono l'uso di tecniche d'indagine eccezionalmente limitative di diritti individuali, quando si tratta di contrastare temibili fenomeni criminosi (si pensi a talune eccezionali limitazione di garanzie difensive nei procedimenti per fatti di terrorismo o di criminalità organizzata presenti anche nella legge processuale italiana).

Va però segnalata un'importante differenza fra questi "eccessi" della nostra attuale procedura e le licenze ammesse grazie al brocardo *in atrocissimis*. Quasi tutti gli odierni ordinamenti demo-costituzionali (incluso quello italiano) pongono un argine invalicabile alla liceità dell'*iura transgredi*, quando riconoscono i diritti inviolabili della persona. Sono sì ammessi "doppi binari" e modalità di accertamento particolarmente invasive per rendere effettivo il contrasto a gravi manifestazioni di delinquenza. Non è però concesso oltrepassare la soglia del costituzionalmente lecito: soglia che non può essere arbitrariamente fissata dal legislatore.

Più precisamente – stando quanto meno alle dichiarazioni di principio espresse nelle costituzioni moderne, così come in patti, carte e convenzioni internazionali – non è consentito l'uso di mezzi o tecniche lesive della dignità umana, da intendere, quest'ultima, quale nucleo incomprimibile presente in ciascun diritto di libertà. Libertà personale, libertà domiciliare, libertà e segretezza della comunicazione e della corrispondenza sono definite inviolabili nelle costituzioni moderne non perché siano insuscettibili di compressione², ma perché la

² Così non è, posto che ciascuno di tali diritti può essere compresso o limitato alle condizioni previste dalla legge.

loro limitazione non può arrivare al punto di annullare del tutto il diritto garantito. È compito delle Corti costituzionali e delle alte Corti internazionali individuare e precisare, valorizzando la casistica, il perimetro di quel nucleo incompressibile che dà un senso all'aggettivo "inviolabile". Ed è compito del legislatore, sulla scorta del criterio di proporzionalità, trovare il punto di equilibrio accettabile – nel contesto storico dato – fra massima tutela del diritto individuale e sua compressione per ragioni di sicurezza e di giustizia.

La dottrina dei diritti inviolabili si è tradotta per noi in una sorta di giuridificazione o positivizzazione dei diritti naturali che si suppongono esistenti oltre allo (e, si può dire, a prescindere dallo) Stato. Essa rappresenta una conquista recente ed è caratteristica comune alle democrazie occidentali, nate sulle ceneri delle esperienze dittatoriali che nel secolo scorso hanno funestato quasi tutti gli Stati dell'Europa continentale. Quelle stesse esperienze che – come sosteneva Piero Calamandrei nella sua splendida introduzione ai *Delitti* – hanno contribuito a rendere di grande attualità l'umanesimo beccariano³. Non bastano i principi di ragione ad assicurare l'osservanza di diritti considerati naturali. Ci sentiamo più al sicuro – come individui – se quei principi sono espressi in norme e se c'è un giudice che ha il compito di farli rispettare.

Ed è forse la mancata elaborazione di un'esperienza autoritaria sul terreno della cultura giuridica che ha spinto, e tuttora spinge taluni ordinamenti di *common law* (penso in particolare agli USA), ad attuare il principio *in atrocissimis iura transgredi licet*, con l'occasionale pretesto di un efficace contrasto al terrorismo di matrice islamica. Penso, in particolare, alle tecniche di *Waterboarding*, sperimentate nelle pratiche delle *Military Commissions* contro i *Public Enemies* o alle *Extraordinary Renditions*, spesso finalizzate all'esecuzione di torture "su commissione". Bisogna riconoscere che, talvolta, le ferite prodotte nel corpo sociale da esperienze sociali estreme (come le esperienze totalitarie dell'Europa continentale, ma il discorso potrebbe forse valere anche per le dittature sudamericane) possono produrre vaccini capaci di riabilitare le libertà individuali e preservarle, almeno per un certo lasso di tempo, finché dura la memoria della barbarie vissuta.

Ogni epoca ha i propri *crimina excepta* ed è perciò naturalmente esposta alla tentazione di usare mezzi illeciti o lesivi della dignità umana, pur di averla vinta sul "male".

Beccaria ci insegna che ogni irrigidimento autoritario del sistema penale, lungi dall'accrescere la sicurezza dei cittadini e dal far diminuire la quota dei reati, accresce il distacco fra autorità e cittadini e rende gli autori di "delitti atroci" più forti e determinati nel perseguimento dei propri scopi. Basta leggere quanto scrive nel cap. XVII dedicato alla dolcezza delle pene: «L'atrocità stessa

³ P. CALAMANDREI, *Prefazione a Dei delitti e delle pene*, Firenze 1945, p. 119.

della pena fa che si ardisca tanto più per ischivarla, quanto è grande il male a cui si va incontro; fa che si commettano più delitti, per fuggir la pena». Non c'è dunque da sorprendersi se i regimi politici contrassegnati da pene atroci sono quelli che al contempo registrano una maggior quantità di delitti gravi.

La ragione pratico-politica invocata da Beccaria non è tuttavia sufficiente a evitare l'imbarbarimento del sistema penale, poiché lascerebbe aperta la strada a "trattamenti inumani e degradanti" tutte le volte che la *salus rei publicae* esigesse di pagare quel prezzo.

Ben più risolutivo, a questo riguardo, l'argomento che fa leva su una tutela incondizionata della dignità della persona, quale limite invalicabile al potere invasivo dell'autorità pubblica, come insegna la giurisprudenza delle nostre Corti costituzionali (il pensiero va soprattutto ai raffinati risultati cui è pervenuta la Corte costituzionale tedesca, sul terreno della *Menschenwürde*).

3. *Delitti di prova difficile perchè "oscuri"*

Oltre ai delitti atroci, altri ve ne sono, meno gravi e tuttavia difficili da provare. Li si può definire delitti "oscuri", in ragione del velo che naturalmente copre le corrispondenti condotte.

Beccaria porta al riguardo tre esempi, tutti, in qualche maniera collegati ad asserite sregolatezze della vita sessuale: l'adulterio, l'omosessualità (detta "attica venere") e l'infanticidio.

Secondo l'autore dei *Delitti* sarebbe ragionevole, da un punto di vista diciamo di politica criminale, equiparare la difficoltà di prova a una probabilità di innocenza: un tratto che accomuna delitti oscuri e delitti atroci.

La frequenza di codesti delitti oscuri dipende non tanto dal senso di impunità che deriverebbe dal loro limitato perseguimento, bensì *dall'abuso di un bisogno costante e universale*, vale a dire, da una forza naturale difficilmente controllabile e vincibile, che finisce con l'imporsi sulle convenzioni e sui divieti sociali. Risulta illuminante, a questo riguardo, quanto Beccaria afferma a proposito dell'adulterio. «L'azione di un tal delitto è così istantanea e misteriosa, così coperta da quel velo medesimo che le leggi hanno posto (velo necessario, ma fragile, e che aumenta il pregio della cosa, invece di scemarlo), le occasioni così facili, le conseguenze così equivoche, che è più in mano del legislatore il prevenirlo che correggerlo».

Più in generale si può dire che vi sono nell'uomo istinti naturali che, come nel caso della pulsione sessuale, sono alla base dello sviluppo e della convivenza sociale o hanno comunque un valore socialmente apprezzabile, come, ad esempio, l'impulso a migliorare la propria condizione economica, l'aspirazione a coltivare relazioni sociali grazie alla libertà di associazione, lo *ius peregrinandi* reclamato da chi desidera affrancarsi da situazioni di estrema povertà. Solo l'abu-

so va evitato: e l'abuso è tale solo quando ne derivi un danno socialmente apprezzabile. Ad esempio, quando il desiderio di migliorare la propria situazione economica si traduce in aggressioni al patrimonio altrui; quando la libertà di associazione viene usata per organizzare reati; quando lo *ius peregrinandi* diventa occasione per speculare sulle miserie altrui.

Occorre molta cautela nel fissare convenzioni che facciano apparire dannose condotte in realtà socialmente innocue; condotte destinate a ripetersi frequentemente e, in ragione del loro carattere per così dire "naturale", destinate a restare altrettanto frequentemente impuniti.

Minacciare pene per condotte frequenti, ma di difficile accertabilità, si traduce in un incentivo alla trasgressione e finisce col delegittimare il sistema penale, condannandolo all'inefficienza. Si impone un'indagine sull'origine dell'asserita devianza, sulle motivazioni che stanno alla base del comportamento criminoso, prima di stabilire se e in che misura convenga attivare dispositivi punitivi.

Il ragionamento non ha certo perso di attualità.

La difficoltà di prova si riverbera anche oggi sulla scelta dei fatti da punire, pone – diremmo oggi – il problema di adeguare la formulazione delle fattispecie incriminatrici alle esigenze dell'accertamento. Va punito ciò che è realisticamente suscettibile di prova.

Eppure il legislatore (anche odierno) non sempre tiene conto di questa elementare verità. Ne è riprova l'uso simbolico del diritto penale, particolarmente diffuso nell'epoca del populismo penale. Sanzioni o esemplari aggravamenti di pena sono minacciati per corrispondere a supposti "desideri di penalizzazione" che serpeggiano nell'elettorato, anche per effetto di campagne informative capaci di catalizzare la rabbia popolare, incanalandola verso tipi d'autore (il pervertito sessuale, il clandestino, il corrotto), scelti quali esempi di devianza minacciosa per la coesione sociale. Ma spesso si tratta di minacce destinate a rimanere in larga parte ineffettive, proprio per l'impossibilità di perseguire e provare in concreto le corrispondenti condotte illecite.

Merita poi di essere qui segnalata la tendenza – a sua volta tipica delle legislazioni penali moderne – di anticipare la soglia della punibilità, introducendo nel sistema reati di pericolo presunto o astratto. Tendenza nella quale affiora il tentativo già accennato di adeguare le norme del diritto penale sostanziale alle esigenze dell'accertamento giudiziario. Mi pare che soprattutto i reati di pericolo astratto si caratterizzino, dal punto di vista processuale, per la particolare facilitazione che le relative fattispecie incriminatrici offrono sul piano probatorio, quando l'accertamento della correlativa situazione di danno si presenterebbe ardua. Questo modo di legiferare, oggi assai diffuso, segna un deciso allontanamento dal diritto penale del fatto, convintamente propugnato da Beccaria e si distanzia altresì dall'illuminata idea di prevenzione rintracciabile nei *Delitti*.

4. *Conviene prevenire i delitti difficili da provare. Ma in che modo?*

Il capitolo XXXI dei *Delitti* si chiude con una frase ad effetto: «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». Massima davvero impegnativa: stando ad essa, lo Stato non sarebbe legittimato a punire un delitto, in assenza di adeguate misure tese a prevenire l'insorgere della corrispondente condotta.

Quali siano i mezzi di prevenzione ai quali qui si allude e che la legge dovrebbe predisporre non viene espressamente detto, nemmeno nel capitolo XLI dedicato precisamente a *Come si prevenzano i delitti*.

Da un lato, Beccaria si affida all'efficacia preventiva naturalmente associata al varo di un sistema penale come quello da lui preconizzato: leggi chiare, pene certe a breve distanza dal delitto commesso, dovrebbero contribuire a far diminuire la quota dei delitti.

Per il resto, egli sembra affidarsi all'attitudine preventiva di politiche e regole di convivenza civile che – attenuando le ingiustizie sociali, prendendo atto di talune tendenze naturali dell'indole umana e curando l'educazione dei cittadini – risolvano alla radice molti problemi di devianza, facendo venir meno lo stesso impulso alla condotta riprovevole. Soprattutto l'istruzione, intesa come educazione intellettuale, occupa uno spazio importante nell'idea beccariana di prevenzione. Un vero e proprio inno all'intellettualismo etico apre il cap. XXXII: «Fate che i lumi accompagnino le libertà. I mali che nascono dalle cognizioni sono in ragione inversa della loro diffusione, e i beni lo sono nella diretta. Un ardito impostore, che è sempre un uomo non volgare, ha le adorazioni di un popolo ignorante e le fischiate di uno illuminato».

In realtà, non sempre intelligenza e cultura predispongono naturalmente al bene e al socialmente utile. L'esperienza successiva ha infatti smentito gli ingenui auspici che hanno ispirato il passo appena citato. Non è poi così infrequente l'uso criminale delle migliori abilità mentali e delle più acute doti intellettuali. L'idea di prevenzione è stata così costretta a percorrere altre vie, affermandosi principalmente sul terreno della penalità, piuttosto che su quello delle politiche sociali o delle regole di civile convivenza. Non già prevenire (le condotte criminose) per evitare la pena, bensì inibire le situazioni di pericolo (e i danni conseguenti a quelle condotte) attraverso la pena e, precisamente, attraverso un uso più esteso della stessa.

Mi pare che i maggiori ostacoli alla prevenzione "extrapenale" vagheggiata da Beccaria derivino dall'intreccio che continua a caratterizzare i rapporti fra etica (non solo religiosa) e diritto penale.

L'esigenza di proteggere i fondamenti storicamente dati di un assetto sociale porta inevitabilmente a tutelare con sanzioni penali la trasgressione dei valori

incorporati in quei fondamenti e ciò indipendentemente dalla possibilità pratica di provare le condotte assunte come illecite.

Intendiamoci. Una componente ideologica e simbolica del diritto penale va realisticamente messa in conto. Il fondamento etico-culturale della punizione appare obsoleto e arbitrario solo quando il simbolo o il valore che essa intende tutelare perdono la pregnanza e, con essa, l'adesione sociale che in precedenza li caratterizzava. I valori meritevoli di tutela penale oscillano nel tempo e nello spazio. Dei tre delitti che Beccaria menziona come "di prova difficile", due (adulterio e omosessualità) non sono più tali nel nostro ordinamento, mentre continuano ad essere illeciti sanzionati anche gravemente in altri ordinamenti contemporanei. C'è insomma una relatività della simbologia sottesa alle scelte di penalizzazione. Un fenomeno crescente nel mondo occidentale, sia per quantità sia per qualità, in ragione dei movimenti migratori che mescolano popolazioni ed etnie spesso caratterizzate da autonome opzioni valoriali.

Dall'accennata componente simbolico-ideologica scaturisce un'idea di prevenzione di chiara marca penalistica, la cui manifestazione più evidente è oggi individuabile nella già accennata tendenza ad anticipare le soglie di punibilità e a trasformare condotte di mero pericolo in fattispecie incriminatrici.

E rientra, a ben vedere, nella stessa fenomenologia, la diffusione di pratiche negoziali come il patteggiamento, a sua volta caratterizzato proprio dall'intento di facilitare il compito probatorio del giudice, facendo leva sul timore dell'imputato di essere punito più severamente all'esito della procedura ordinaria.

Con riguardo poi a talune distorsioni della nostra pratica giudiziaria, divenute ormai espressione costante di una paradossale "patologica fisiologia" del sistema, può essere qui ricordato anche l'uso in funzione marcatamente preventiva delle misure cautelari (sia personali sia reali), oltre che la tendenza a regolare con procedure amministrative pratiche di controllo della pericolosità sociale, limitative di diritti fondamentali della persona (penso alle norme che l'Italia s'è data negli ultimi quindici anni per contrastare l'immigrazione).

Ritroviamo un elemento comune in questa multiforme varietà di risposte normative e di pratiche giudiziarie di fronte al problema dei delitti di prova difficile: la propensione dei sistemi penali – di quelli moderni come di quelli antichi – a superare o ad aggirare le difficoltà di provare condotte indesiderate in nome di esigenze di sicurezza individuale o sociale.

In definitiva, atrocità e oscurità del delitto sono realtà problematiche anche per gli ordinamenti contemporanei.

Ma le atrocità, per quanto insopportabili e imperdonabili, non sono motivo sufficiente a legittimare l'introduzione di regole e pratiche preventive o repressive che perdono di vista la dignità della persona.

L'oscurità del delitto, dal canto suo, non è motivo sufficiente a estendere in misura abnorme l'area del penalmente illecito, attraverso discutibili anticipazioni delle soglie di punibilità e la creazione di una miriade di fattispecie di perico-

lo astratto, soprattutto quando lo Stato omette di predisporre quelle politiche sociali e quelle iniziative solidaristiche che appaiano adeguate a prevenire se non tutte almeno una parte delle condotte punibili.

UN PENALISTA A COLLOQUIO CON BECCARIA

Domenico Pulitanò

In questo intervento (non ‘conclusioni’, che mal si addicono a un convegno scientifico, ma breve intervento conclusivo) toccherò alcuni fra i tanti profili d’interesse contenuti nelle relazioni, selezionati nell’ottica del penalista che studia e che pratica in concreto il diritto penale nelle aule di giustizia. Nelle relazioni il dialogo con Beccaria (collocato nel suo tempo, di fronte ai suoi problemi di allora) si è allargato a confronto con una storia successiva che unisce ossequio e prese di distanza, retorica della continuità e mutamenti di prospettive. Il mio interesse va a problemi di oggi, della attuale situazione spirituale, e al senso che ha oggi continuare a leggere Beccaria come interlocutore su nostri problemi.

1. Beccaria giurista o filosofo? La domanda può essere sdoppiata: una domanda storica sull’autore e sulla sua cultura (oggetto della bellissima relazione di Loredana Garlati) e una domanda su caratteristiche obiettive dell’opera. Se l’aureo libretto di Beccaria sia un lavoro da giurista o da filosofo mi sembra fondamentalmente un problema di definizione concettuale. Il contenuto dell’opera è quello che è: è un lavoro che noi giuristi definiremmo di giurista?

Io direi sì senz’altro, partendo da una concezione del lavoro del giurista che non è soltanto di ricognizione di ordinamenti giuridici vigenti ma innanzitutto di attenzione a problemi che nascono dal mondo della realtà, il mondo dei fatti e della convivenza umana. Problemi che chiedono risposte anche normative, interpellano l’etica, la politica, il diritto. Come giuristi, dobbiamo essere innanzitutto studiosi di problemi, prima che di norme¹.

L’opera di Beccaria ci pone davanti a un mondo pieno di problemi, e a idee che hanno aperto nuovi territori per l’evoluzione del diritto penale.

Beccaria ha scritto (così è stato detto) un libro di scienza della legislazione. Ha proposto soluzioni giuridiche innovative *a problemi* della giustizia penale del suo tempo, mettendo in discussione i termini stessi del problema penale. Ci in-

¹ È l’indicazione di un compianto maestro del nostro mondo penalistico: F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano 2001, p. 45.

teressa ancora oggi come giurista, perché ha parlato di problemi del diritto.

La c.d. scienza della legislazione non è puramente scienza; è (anche e soprattutto) politica: politica del diritto. La produzione di norme non è riducibile a questioni di verità; dà spazio alla *doxa*, alla discussione, è esercizio della libertà politica dei cittadini, contro il mito (fra l'altro) del platonismo democratico (in versione moderna, il governo dei tecnici)². Ma anche la dimensione 'politica' è un oggetto legittimo della scienza giuridica. «Il giurista, come tale, conosce non una, ma tutte le risoluzioni dei c.d. più importanti problemi del diritto penale»³: il suo sapere – di scienziato *rerum humanarum* – è necessario per la ricerca di possibili soluzioni dei problemi che interessano la *polis*, la civile convivenza.

Il diritto penale ha a che fare con il problema *hobbesiano* di assicurare protezione e sicurezza: il *primo* problema della politica (e del diritto) perché «risolverlo è la condizione per poter risolvere, anzi per poter porre, qualsiasi altro problema»⁴. Anche per Beccaria sta qui la radice del diritto di punire: la «necessità di difendere il deposito della salute pubblica dalle usurpazioni particolari». L'elemento di novità sta nella risposta al problema. «Fu la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà: è adunque certo che ciascuno non ve ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzione possibile, quella sola che basti ad indurre gli altri a difenderlo. L'aggregato di queste minime porzioni possibili forma il diritto di punire; tutto il di più è abuso, e non giustizia, è fatto, ma non già diritto»⁵.

Nel 'teorema' che Beccaria enuncia a conclusione (§ 47) ritroviamo espressa in felice sintesi l'idea del penale come *extrema ratio*, che la dottrina penalistica presenta come idea base dell'approccio liberale al problema penale: perché la pena non sia *violenza* deve essere «pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionata a' delitti, dettata dalle leggi».

Al punto in cui siamo arrivati, dopo due secoli e mezzo, quale interesse può avere per il penalista di oggi l'aureo libretto di Beccaria? Un interesse sostanzialmente storico, di sguardo indietro, o vi troviamo elementi ancora di attualità? Naturalmente continuiamo a onorare e citare Beccaria nel mondo degli studi giuridici (non solo di storia). E nel mondo della vita del diritto penale, delle professioni penalistiche? Può avere senso (che non sia di mero sfoggio retorico) citare Beccaria nell'agone forense?

Paradossalmente, sarebbe bello poter dire che non ha senso e non accade. Se accade, non è forse la spia di problemi posti da un mondo che non corrisponde

² N. URBINATI, *Democrazia sfigurata*, Milano 2014.

³ R. DELL'ANDRO, *Il dibattito delle scuole penalistiche*, in *Arch. pen.*, XIV (1958), p. 184.

⁴ B. WILLIAMS, *In principio era l'azione*, Milano 2007, p. 6

⁵ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § 2 (p. 12 dell'edizione a cura di F. VENTURI, Torino 1978).

al disegno che Beccaria ha tracciato? Posso portare una testimonianza personale, su come e perché abbia ritenuto utile citare Beccaria in contesti processuali delicati; invocarlo per così dire a sostegno.

2. La citazione da me più usata in sede didattica e scientifica (ha un posto d'onore nel mio manuale) è tratta dal § 2, la «necessità di difendere il deposito della salute pubblica» come criterio e *limite* del diritto penale («tutto il di più è abuso, e non giustizia»). Questo riferimento a Beccaria è un *topos* corrente in argomentazioni di politica del diritto. Un'idea guida fondamentale per le politiche del diritto penale: non vincolo univoco, ma criterio regolativo, la cui attuazione è affidata innanzi tutto al principio di legalità, cioè, nel nostro sistema costituzionale, alle procedure e forme della democrazia politica.

L'idea generale espressa da Beccaria, calata nel nostro ordinamento, acquista contenuti più specifici e più precisi nel principio del *sacrificio minimo necessario*, espressamente affermato dalla Corte costituzionale in materia di misure cautelari personali⁶ e di misure di sicurezza⁷, in sentenze che hanno invalidato la rigidità di talune disposizioni che imponevano l'adozione di una misura più gravosa, senza lasciare alcuno spazio alla discrezionalità giudiziale. Come principio che vale a tutto campo per l'attività di giustizia penale è stato richiamato dal Primo Presidente della Corte di Cassazione, nella relazione presentata nell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2015: «La regola secondo cui pena detentiva e carcere costituiscono rimedio estremo da applicare secondo il criterio del minimo sacrificio necessario va applicata con rigore, e indipendenza da condizionamenti di sorta, sia nella fase delle indagini, sia nel momento del giudizio, sia ancora nella regolazione delle modalità di esecuzione della condanna».

Nell'agone forense, rivolta al giudice, la citazione di Beccaria può servire (la ho adoperata) per sottolineare la pertinenza dell'idea della stretta necessità in relazione a problemi ermeneutici concernenti il confine di un tipo d'illecito, o all'esercizio di poteri discrezionali nella applicazione di istituti del sistema sanzionatorio.

Le considerazioni di Beccaria relative alle pene sono spesso citate in discussioni di politica del diritto penale, in chiave polemica contro indirizzi che puntano sulla severità punitiva (su una elevata, crescente severità) quale asserito strumento di maggiore tutela. Beccaria condivide una concezione del *fine delle pene* (§ 12) che è strumentale alla prevenzione di reati: le pene stabilite dalle leggi sono *motivi sensibili* che dovrebbero bastare a «distogliere il dispotico animo di ciascun uomo dal risommergere nell'antico caos le leggi della società»

⁶ Sentenze n. 265/2010, 164/2011, 231/2011, 119/2012, 57/2013, 232/2013, 331/2011.

⁷ Sentenze n. 253/2003, 367/2004.

(§ 1); il loro fine «dunque non è altro che d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali» (§ 12). Gran freno dei delitti «non è la crudeltà delle pene, ma l'infallibilità di esse» (§ 27) e la loro prontezza: «Quanto la pena sarà più pronta e più vicina al delitto commesso ella sarà tanto più giusta e più utile» (§ 19).

Anche l'esigenza di *proporzione fra i delitti e le pene* (§ 6) rispecchia l'esigenza di graduare «gli ostacoli che risospingono gli uomini dai delitti a misura che sono contrari al ben pubblico ed a misura delle spinte che gli portano ai delitti». All'idea di proporzione viene qui data una fondazione utilitaristica, più che di giustizia; oggi preferiremmo una fondazione collegata al principio d'eguaglianza-ragionevolezza. D'altro canto, l'argomento utilitaristico rafforza la polemica contro torsioni autoritarie, che pretendano di accrescere la tutela inasprendo le pene. È vero il contrario: «i paesi e i tempi dei più atroci supplizi furono sempre quelli delle più sanguinose e disumane azioni, poiché il medesimo spirito di ferocia che guidava la mano del legislatore reggeva quella del parricida e del sicario» (§ 27). Questo sguardo realistico su come va il mondo suona forte critica dell'idea che la severità o ferocia delle pene possa essere uno strumento di migliore difesa della società e dei diritti delle persone. Il troppo penale non è giustizia, ma produzione di violenza che genera violenza.

L'attualità delle considerazioni di Beccaria in materia di pene è tanto maggiore, quanto più la politica legislativa penale continua ad essere piegata a strumento di autorappresentazione politica (populistica) di fermezza contro la criminalità o talune sue forme. Contro tutte le varianti del *politically correct* di destra e di sinistra, Beccaria è più che mai attuale proprio perché le sue idee guida, recepite a parole, *non* sono a tutt'oggi divenute cultura condivisa nella nostra società.

3. Nel paragrafo intitolato *Errori nella misura delle pene* (§ 7), Beccaria svolge considerazioni che oggi collocheremmo su un piano più radicale, quello dei limiti del campo d'intervento penale: considerazioni relative al rapporto fra il diritto penale e quella che si supponga essere la volontà divina: se l'Essere perfetto e creatore si è riservato il diritto di essere legislatore e giudice, e ha stabilito pene eterne a chi disobbedisce alla sua onnipotenza, «qual sarà l'insetto che oserà supplire alla divina giustizia, che vorrà vendicare l'Essere che basta a se stesso», costruendo un diritto penale a ciò finalizzato? Così si chiude questo paragrafo: «Se gli uomini possono essere in contraddizione con l'Onnipotente nell'offenderlo possono esserlo anche con il punire».

Nel nostro mondo così segnato da fondamentalismi intolleranti e sanguinari, mi sembra un monito ancora paradossalmente attuale. Drammaticamente attuale, ha mostrato l'aggressione contro Charlie Hebdo del gennaio 2015. Oggi gli insetti che pretendono di supplire alla giustizia divina stanno dalla parte avversa

ai nostri ordinamenti liberali. Ieri, all'epoca di Beccaria, stavano dalla parte dei nostri ordinamenti illiberali. Abbiamo fatto (nel nostro pezzo di mondo) un sostanzioso cammino di laicità, ma nel mondo globalizzato ci troviamo ancora davanti ai problemi dell'intolleranza (e dei limiti – eventuali – alla tolleranza).

4. Più relatori si sono soffermati sulle pagine dedicate da Beccaria al principio di legalità e alla terzietà del giudice: è «necessario che un terzo giudichi della verità del fatto. Ecco la necessità di un magistrato, le di cui sentenze siano inappellabili e consistano in mere asserzioni o negative di fatti particolari» (§ 3).

Le conseguenze sono tratte nel paragrafo successivo, intitolato alla *Interpretazione delle leggi*: «Nemmeno l'autorità di interpretare le leggi penali può risiedere presso i giudici criminali, per la ragione che non sono legislatori». Non vi sarebbe «cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge»: sarebbe «un argine rotto al torrente delle opinioni»; dovremmo «tutto temere, se lo spirito di tirannia fosse componibile con lo spirito di lettura»; «un disordine che nasce dalla rigorosa osservanza della lettera di una legge penale non è da mettersi in confronto coi disordini che nascono dalla interpretazione» (§ 4).

Dai padri nobili illuministi del pensiero penale moderno, l'interpretazione è guardata con sospetto: «Interpretare significa far dire al legislatore più di quello che ha detto, e quel di più è la misura della facoltà legislativa che si arroga il giudice. Dunque l'interpretare la legge fa diventare legislatore il giudice, e confonde le due persone del legislatore e del giudice, dalla assoluta separazione delle quali dipende essenzialmente la libertà politica di una nazione»⁸.

Queste citazioni sono riportate e discusse in scritti dedicati ai problemi dell'interpretazione della legge penale. Nel linguaggio cui siamo abituati, non diremmo che interpretare significa far dire al legislatore più di quello che ha detto; diremmo invece che *interpretare significa comprendere correttamente ciò che il legislatore ha detto*. Il nostro concetto di interpretazione non è connotato negativamente. Qualsiasi messaggio, qualsiasi testo richiede di essere interpretato. I giudici – per definizione, diremmo noi oggi – interpretano le leggi anche quando l'interpretazione è univoca ed indiscutibile.

Al di là del senso attribuito alle parola 'interpretazione', la sostanza del problema è quella che Beccaria enuncia nel § 5, intitolato alla *Oscurità delle leggi*: «Se l'interpretazione delle leggi è un male, egli è evidente esserne un altro l'oscurità che strascina seco necessariamente l'interpretazione». Le leggi debbono es-

⁸ P. VERRI, *L'interpretazione della legge*, in *Opere varie*, Firenze 1947, p. 208s. Da queste citazioni prende le mosse L. SCARANO, *Il problema dei mezzi nell'interpretazione della legge penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, V (1952), p. 145s.; le ho riprese in D. PULITANO, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano 2006, p. 658.

sere chiare, così che i giudici non abbiano spazio per interpretazioni soggettive; essi accertano la verità del fatto e devono essere terzi imparziali in questo giudizio. «Quando un codice fisso di leggi, che si debbono osservare alla lettera, non lascia al giudice altra incombenza che di esaminare le azioni dei cittadini, e giudicarle conformi o difformi alla legge scritta, quando la norma del giusto e dell'ingiusto, che deve dirigere le azioni si del cittadino ignorante come del cittadino filosofo, non è un affare di controversia, ma di fatto, allora i sudditi non sono soggetti alle piccole tirannie di molti [...]» (§ 4).

In epoca recente ho introdotto questa inusuale citazione in un contesto processuale segnato da una forte contrapposizione fra accusa e difesa sull'interpretazione di una fattispecie di grave delitto. La riduzione del modello ideale del giudizio (del problema del giusto e dell'ingiusto) a giudizio di fatto – sullo sfondo di una valutazione normativa del giusto e dell'ingiusto che sia chiara ed indiscutibile – è collocato da Beccaria sul piano del dover essere del diritto: per quanto utopistica la si possa valutare, può ritenersi un'idea tuttora interessante proprio perché viviamo in un mondo in cui le norme del giusto e dell'ingiusto, così come le ha scritte il legislatore, presentano (talora, spesso) aspetti controversi. Nell'agone giudiziario si intrecciano problemi di fatto e di diritto, e questo costituisce un problema serio, se, seguendo i nostri padri illuministi, riteniamo essenziale «non confondere le due persone del legislatore e del giudice, dalla assoluta separazione delle quali dipende la libertà politica».

Nel suo significato più elementare, il principio di legalità significa certezza della legge generale e astratta, la «sola forma logica che possa permettere al legislatore di trasformare in diritto, in una sintesi di tutte le correnti politiche che fanno capo a lui, l'interesse collettivo, purificato da ogni considerazione individuale [...]». Nel principio della legalità c'è il riconoscimento della uguale dignità morale di tutti gli uomini». Questa apologia della legge generale e astratta è di Piero Calamandrei⁹; è stata pronunciata in anni bui, subito dopo l'entrata dell'Italia in guerra e la di poco precedente emanazione delle leggi razziali. Può suonare amara e paradossale, vista sullo sfondo di leggi fasciste che erano – pur mantenendo e specificando la forma generale e astratta – «giusto il contrario del riconoscimento della uguale dignità morale di tutti gli uomini»¹⁰. Inteso come pura forma, il diritto può fallire tragicamente. Ma la certezza della *lex previa* è comunque un argine, sia pure minimo. L'idea della legalità come garanzia

⁹ P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto*, Roma-Bari 2008, p. 83, p. 105. Si tratta di una conferenza del gennaio 1940, rimasta a lungo inedita; pubblicata con interventi di G. Zagrebelsky, P. Rescigno, G. Alpa.

¹⁰ Sulle leggi razziali del regime fascista, un quadro d'insieme in G. SPEZIALE, *Giudici e razza nell'Italia fascista*, Torino 2007. La facoltà giuridica di Milano-Bicocca vi ha dedicato un convegno nel 70° anniversario: *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto. A 70 anni dalle leggi razziali*, a cura di L. GARLATI e T. VETTOR, Milano 2009.

dall'arbitrio ci ricollega all'illuminismo liberale di Beccaria e Verri. In ordinamenti di democrazia liberale, la legge è anche *espressione e garanzia di un potere 'democratico'*.

Quanto più forte il ruolo del diritto giurisprudenziale, tanto più la nobilmente ingenua idea dell'azzeramento dell'interpretazione si presenta come un ideale cui dovremmo cercare di (asintoticamente?) avvicinarci. Addita un modello ideale di legislazione, che è anche idea guida per la giurisprudenza, le cui decisioni hanno «fondamento solamente nella loro autorevolezza o plausibilità sostanziale, e non già in una qualche loro autorità formale quale è quella che compete al potere legislativo»¹¹. Il diritto vivente nella giurisprudenza non ha valore formale di legge¹².

5. Concettualmente arcaica nel versante negativo (l'impossibile azzeramento del problema dell'interpretazione) l'immagine del giudizio che Beccaria propone è, in positivo, l'essenza della giurisdizione: «dove le leggi siano chiare e precise l'ufficio di un giudice non consiste in altro che di accertare un fatto» (§ 14, *Indizi e forme di giudizi*). L'accertamento del fatto c'è in ogni caso, ci sia o non ci sia qualcosa d'altro che sarebbe meglio non ci fosse.

Nel mondo giudiziario correva un tempo l'idea che il giudice civile si occupa di diritto (l'aspetto più nobile della professione) e il giudice penale si occupa di fatti. I problemi del penale sono radicati in un mondo di fatti, spesso di fatti bruti e brutali.

Sul giudizio di fatto Beccaria esprime un'esigenza di certezza: «la certezza che si richiede per accertare un uomo reo è quella che determina ogni uomo nelle operazioni più importanti della vita» (§ 14). È una caratterizzazione meno adeguata di quanto sembri a prima vista: la vita è costellata di decisioni (anche importantissime) prese in condizioni di incertezza. Anche il giudizio penale può dover fare i conti con una incertezza irriducibile, ed è su questo sfondo che si pone il problema della «certezza che si richiede per accertare un uomo reo».

Il criterio del giudizio non è questione meramente processuale, relativa alle forme del procedere, ma ha a che fare col principio sostanziale di legalità. Sta appunto nel principio di legalità il fondamento del principio dell'oltre il ragionevole dubbio. Accontentarsi di un accertamento 'probabilistico' significherebbe aprire la strada all'affermazione di responsabilità in casi in cui sia possibile «non

¹¹ L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari 2013, p. 135.

¹² Corte Cost. n. 230 del 2012. I giudici della Consulta ci hanno ricordato che anche l'orientamento delle Sezioni Unite ha valore "essenzialmente persuasivo", e può essere disatteso «in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione». La stesse Sezioni Unite possono «trovarsi a dover rivedere le loro posizioni»; sono dentro, e non sopra, il dispiegarsi del confronto sulle interpretazioni della legge.

esservi stato delitto nessuno»¹³ o l'imputato possa essere innocente. Da esiti siffatti, il principio sostanziale di legalità verrebbe svuotato del suo significato garantista, di limite invalicabile della potestà punitiva: la sentenza di condanna sarebbe pronunciata *in assenza* dell'accertamento dei presupposti legali della responsabilità.

La connessione fra il piano della legalità (della certezza legale) e il piano dell'accertamento emerge nella dottrina penalistica in alcuni punti cruciali: in relazione a taluni presupposti della responsabilità (come la causalità e il dolo) il cui accertamento presenta problemi particolari e richiede una specifica elaborazione concettuale. Il profilo epistemologico dell'accertamento giudiziario non è questione puramente processuale, relativa ai modi del procedere, ma è questione relativa ai criteri del decidere, e quindi alla tenuta della legalità sostanziale. Importanti sentenze della Corte di Cassazione hanno enunciato, in forma di principi di diritto, criteri che attengono alla struttura logica del ragionamento probatorio in tema di causalità.

Sulla via che possa condurre alla certezza, Beccaria svolge considerazioni che oggi suonano *discutibili*, nel senso letterale del termine: interessanti perché meritevoli di discussione. La «morale certezza di prove è più facile il sentirla che l'esattamente definirla». Su questa premessa, reputa *ottima legge* l'affidare alla sorte la scelta degli assessori al giudice principale, perché «è più sicura l'ignoranza che giudica per sentimento che la scienza che giudica per opinione [...]». Se nel cercare le prove di un delitto richiedesi abilità e destrezza, se nel presentarne il risultato è necessaria chiarezza e precisione, per giudicarne dal risultato medesimo non vi si richiede che un semplice ed ordinario buon senso meno fallace che il sapere di un giudice assuefatto a voler trovare rei e che tutto riduce ad un sistema fattizio imprestato da' suoi studi».

Nella parte propositiva, il discorso di Beccaria appare debole¹⁴: «l'ignoranza che giudica per sentimento» non è un buon modello, non è un modo di *esattamente definire* una plausibile certezza morale. La parte critica è solida: si rivolge contro una «scienza che giudica per opinione», e quindi non è scienza. Beccaria addita uno scenario da combattere: il «sapere di un giudice assuefatto a voler trovare rei e che tutto riduce ad un sistema fattizio imprestato da' suoi studi». Era, secoli addietro, lo scenario di un'inquisizione che non rifuggiva dalla tortura. È in opposizione a questi scenari, che Beccaria addita preferibile un «semplice ed ordinario buon senso».

Questo discorso pone problemi che valgono anche per l'oggi: riguardano la cultura e le *precomprensioni* dei giudicanti, il rischio insito in approcci che siano

¹³ F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, III, Firenze 1910, p. 59. Cfr. anche, per un particolare approfondimento di questo tema, F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit.

¹⁴ Questo giudizio riguarda l'argomentazione, non la questione del giudice non professionale, che è estranea alle mie riflessioni.

pregiudizialmente orientati a *voler trovare rei*, o a fini comunque non coincidenti con la ricerca di verità fattuali, per quanto *fastidiose*¹⁵ possano essere. È ancora attuale, questa direzione critica? Certamente è pertinente di fronte a concezioni unilaterali, fortemente radicate, del penale quale *strumento di lotta*; ma importante anche se la presente situazione spirituale fosse migliore di quella che è. I rischi additati da Beccaria sono immanenti alla tensione costitutiva del problema penale, fra i poli opposti della tutela mediante la coercizione legale, e della tutela dalla coercizione legale. Il giudizio sul caso singolo – affidato al giudice imparziale nelle forme del giusto processo – è l'ultimo anello di una catena istituzionale, di un'istituzione di *giustizia* che deve essere rigorosamente neutrale in ciascun singolo processo (è giustizia, allo stesso titolo, la condanna del colpevole e l'assoluzione dell'innocente) ma nell'insieme dovrebbe risultare funzionale al *law enforcement*, alla tutela degli interessi penalmente protetti, con l'applicazione della legge *penale* agli autori di reato. Ha radice nella struttura stessa del *law enforcement* penalistico il rischio che l'ideologia reale e le prassi della magistratura penale siano sbilanciate verso il polo del contrasto alla criminalità, o, più in generale, verso un *autoritarismo bene intenzionato*¹⁶, in vista di obiettivi di tutela di interessi ritenuti importanti.

6. In uno dei grandi testi della cultura occidentale, del periodo di poco successivo all'aureo libretto di Beccaria, troviamo una scena che può valere da ironica introduzione agli studi universitari, segnatamente (ma non solo) di diritto. Uno studente si reca nel laboratorio-studio di Faust per chiedere consiglio su quali studi intraprendere. Invece che Faust trova Mefistofele, il diavolo travestito da Faust, che ironizza sullo stato del sapere del tempo e può dare buone indicazioni. Fra le varie ipotesi che l'aspirante studente universitario pone vi è quella degli studi giuridici (*Rechtsgelehrsamkeit*: alla lettera, erudizione giuridica), ma dice di non essere incline a tale scelta. Mefistofele non gli dà torto («Ich kann es Euch so sehr nicht übel nehmen»): testi normativi e tradizioni interpretative si ereditano come una eterna malattia («Es erben sich Gesetz und Rechte / wie eine ew'ge Krankheit fort»), la ragione diviene assurdo, il bene tormento («Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage»). Dietro il paradossale (diabolico?) «*fai bene a non coltivare l'erudizione giuridica*», c'è l'invito di Goethe a riflettere su qualcosa di cui nelle facoltà giuridiche *purtroppo non si fa questione* («ist, leider!, nicht die Frage»): un diritto *nato con noi*, dice Goethe-Mefistofele in un'epoca in cui si parlava di diritto naturale. Non si riferisce strettamente al penale ma al mondo del diritto in genere; mette in discussione le leggi, la cultura

¹⁵ H. ARENDT, *Verità e politica*, Torino 2003, p. 50.

¹⁶ Ho usato questa formula per la prima volta in D. PULITANO, *Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato*, in *Quaderni costituzionali*, II (1982), p. 93s.

giuridica, le interpretazioni, le tradizioni. Problemi sempre aperti anche nel nostro mondo che pensa di essere illuminato.

Lo sfondo giusnaturalistico lo abbiamo superato, in qualche modo introiettandolo. Oggi parleremmo di valori di ragionevolezza e giustizia che interpellano innanzi tutto i legislatori che pongono il diritto, ed anche la cultura giuridica. Ravvisiamo nelle costituzioni moderne una sorta di traduzione del diritto naturale, il riconoscimento di diritti umani su cui l'edificio normativo non può non poggiare.

Di fronte ai problemi del penale c'è più che mai bisogno di *Vernunft*, di razionalità e ragionevolezza. Sentimento e buon senso sono *meno fallaci* di una falsa scienza, ma non sono (non sempre sono) garanzia sufficiente. Beccaria ci ha aiutato ad affrancarci da eredità (legislative e culturali) malate, ma abbiamo ancora molta strada da percorrere.

Finito di stampare nel mese di novembre 2015
nella Stampatre s.r.l. di Torino – Via Bologna, 220

Collana della Scuola di Giurisprudenza
dell'Università di Milano-Bicocca

Per i tipi Giuffrè

1. Luigi Fumagalli, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, 2000.
2. Paolo Bonetti, *Ordinamento della difesa nazionale e costituzione italiana*, 2000.
3. Marco Antonioli, *Comunicazioni della Commissione europea e atti amministrativi nazionali*, 2000.
4. Bruno Bosco, *Pianificazione e mercato nell'economia cubana contemporanea. Analisi delle innovazioni in un sistema socialista*, 2000.
5. Aldo Chiancone, *Scritti di economia, istituzioni e finanza pubblica*, 2000.
6. Chiara Valsecchi, *Oldrado da Ponte e i suoi consilia. Un'auctoritas del primo Trecento*, 2000.
7. Nicola Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, 2001.
8. Giulio Enea Vigevani, *Stato democratico ed eleggibilità*, 2001.
9. Marco Antonioli, *Mercato e regolazione*, 2001.
10. *The protection of the environment in a context of regional economic integration. The case of the European Community, the Mercosur and the Nafta*, edited by Tullio Scovazzi, 2001.
11. Claudio Martinelli, *L'insindacabilità parlamentare. Teoria e prassi di una prerogativa costituzionale*, 2002.
12. Barbara Biscotti, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'Editto giuliano*, 2002.
13. *The protection of the underwater cultural heritage. Legal aspects*, edited by Guido Camarda and Tullio Scovazzi, 2002.
14. Chiara Buzzacchi, *L'abuso del processo nel diritto romano*, 2002.
15. Margherita Ramajoli, *La connessione nel processo amministrativo*, 2002.
16. Nicola Rondinone, *Storia inedita della codificazione civile*, 2003.
17. Ettore Scimemi, *La vendita del voto. Nelle società per azioni*, 2003.
18. *La protezione del patrimonio culturale sottomarino nel Mare Mediterraneo*, a cura di Tullio Scovazzi, 2004.
19. Roberta Garabello, *La convenzione Unesco sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo*, 2004.
20. Ubaldo G. Nannini, *Valori fondamentali e conflitto di doveri*, 2004.
21. Gabriella Citroni, *L'orrore rivelato. L'esperienza della Commissione della Verità e Riconciliazione in Perù: 1980-2000*, 2004.
22. *Dal Tribunale per la ex-Iugoslavia alla Corte penale internazionale*, a cura di Gianmaria Calvetti e Tullio Scovazzi, 2004.

23. Nicola Bassi, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, 2004.
24. Matteo Gatti, *OPA e struttura del mercato del controllo societario*, 2004.
25. *La sicurezza negli aeroporti. Problematiche giuridiche ed interdisciplinari*. Atti del Convegno – Milano, 22 aprile 2004, a cura di Guido Camarda, Marco Cottone, Monica Migliarotti, 2005.
26. Irini Papanicolopulu, *Il confine marino: unità o pluralità?*, 2005.
27. *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland*. Atti del Convegno in onore di David Garland – Università di Milano-Bicocca, 1° marzo 2004, a cura di Adolfo Ceretti, 2005.
28. Barbara Moretti, *La violenza sessuale tra conoscenti. Analisi giuridica e criminologica di un fenomeno poco indagato*, 2005.
29. *Quale diritto nei conflitti armati?* Relazioni e documenti del ciclo di conferenze tenute nell'Università di Milano-Bicocca (marzo-maggio 2005), a cura di Irini Papanicolopulu e Tullio Scovazzi, 2006.
30. Giovanni Iorio, *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, 2006.
31. Natascia Marchei, *“Sentimento religioso” e bene giuridico. Tra giurisprudenza costituzionale e novella legislativa*, 2006.
32. *Il dominio di Venezia sul mare Adriatico nelle opere di Paolo Sarpi e Giulio Pace*, a cura di Guido Acquaviva e Tullio Scovazzi, 2007.
33. *Laicità e stato di diritto*. Atti del IV Convegno di Facoltà – Università di Milano-Bicocca, 9-10 febbraio 2006, a cura di Adolfo Ceretti e Loredana Garlati, 2007.
34. Carmela Leone, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa. Tra operatività dell'organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, 2007.
35. *Ordinamento penale e fonti non statali. L'impatto dei vincoli internazionali, degli obblighi comunitari e delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale*. Atti delle sessioni di studio tenutesi a Milano il 21 novembre 2005, il 10 marzo e il 24 marzo 2006, a cura di Carlo Ruga Riva, 2007.
36. *Conflitti armati e situazioni di emergenza: la risposta del diritto internazionale*. Relazioni al ciclo di conferenze tenuto nell'Università di Milano-Bicocca (marzo-aprile 2006), a cura di Irini Papanicolopulu e Tullio Scovazzi, 2007.
37. *Il tribunale per la ex-Iugoslavia: l'attività svolta e il suo prossimo scioglimento*, a cura di Gianmaria Calveti e Tullio Scovazzi, 2007.
38. Giovanni Iorio, *Le clausole attributive dello ius variandi*, 2008.
39. Claudio Martinelli, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato. Recenti sviluppi e nuove prospettive*, 2008.
40. Loredana Garlati, *Il volto umano della giustizia. Omicidio e uccisione nella giurisprudenza del tribunale di Brescia (1831-1851)*, 2008.
41. *Immunità costituzionali e crimini internazionali*. Atti del Convegno – Milano, 8 e 9 febbraio 2007, a cura di Aldo Bardusco, Marta Cartabia, Micaela Frulli e Giulio Enea Vigevani, 2008.
42. Marco Antonioli, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, 2008.

43. Mariangela Ferrari, *La compensatio lucri cum damno come utile strumento di equa riparazione del danno*, 2008.
44. Nicola Bassi, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale. La circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo*, 2008.
45. Delfina Boni, *Accordi OMC norme comunitarie e tutela giurisdizionale*, 2008.
46. Roberto Cornelli, *Paura e ordine nella modernità*, 2008.
47. Edoardo Dieni, *Diritto & religione vs. «nuovi» paradigmi. Sondaggi per una teoria postclassica del diritto ecclesiastico civile*, a cura di Alessandro Albisetti, Giuseppe Casuscelli, Natascia Marchei, 2008.
48. Maria Cristina Vanz, *La circolazione della prova nei processi civili*, 2008.
49. *Atti del V incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche*, a cura di Irini Papanicolopulu, 2008.
50. *La sécurité collective entre légalité et défis à la légalité*, sous la direction de Maurizio Arcari et Louis Balmond, 2008.
51. *Saggi in ricordo di Aristide Tanzi*, 2009.
52. Elena Marinucci, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, 2009.
53. Sabrina Urbinati, *Les mécanismes de contrôle et de suivi des conventions internationales de protection de l'environnement*, 2009.
54. Alessandro Albisetti, *Tra diritto ecclesiastico e canonico*, 2009.
55. *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto. A 70 anni dalle leggi razziali*, a cura di Loredana Garlati e Tiziana Vettor, 2009.
56. *La giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento*, a cura di Giovanni Chiodi, 2009.
57. Tomaso Greco, *Le violenze psicologiche nel mondo del lavoro. Un'analisi sociologico-giuridica del fenomeno mobbing*, 2009.
58. *Le ragioni dell'uguaglianza. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Milano-Bicocca, 15-16 maggio 2008*, a cura di Marta Cartabia e Tiziana Vettor, 2009.
59. *I diritti umani di fronte al giudice internazionale. Atti della giornata di studio in memoria di Carlo Russo*, a cura di Tullio Scovazzi, Irini Papanicolopulu e Sabrina Urbinati, 2009.
60. Giovanni Iorio, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, 2010.
61. Lorena Forni, *La laicità nel pensiero dei giuristi italiani: tra tradizione e innovazione*, 2010.
62. *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processual-penalistica italiana*, a cura di Loredana Garlati, 2010.
63. Guido Camarda, Salvatore Corrieri, Tullio Scovazzi, *La formazione del diritto marittimo nella prospettiva storica*, 2010.
64. Matteo Fornari, *Il regime giuridico degli stretti utilizzati per la navigazione internazionale*, 2010.
65. Oliviero Mazza, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, 2011.

66. *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*, 2 Tomi. Atti del Convegno internazionale – Università degli Studi di Milano-Bicocca, 16-18 giugno 2010, a cura di Paolo Bonetti, Alessandro Simoni e Tommaso Vitale, 2011.
67. Aldo Cenderelli, *Scritti romanistici*, a cura di Chiara Buzzacchi, 2011.
68. *Questions de droit international autour de l'Avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur le Kosovo*. International Law Issues Arising from the International Court of Justice Advisory Opinion on Kosovo, sous la direction de/edited by Maurizio Arcari et Louis Balmond, 2011.
69. Andrea Massironi, *Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (secoli XIV-XVI)*, 2012.
70. *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente. Il caso dell'India*, a cura di Mariarosa Cutillo, Rebecca Faugno e Tullio Scovazzi, 2012.
71. *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, a cura di Tullio Scovazzi, Benedetta Ubertazzi e Lauso Zagato, 2012.
72. Alfredo Marra, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, 2012.
73. *Diritto internazionale e bombardamenti aerei*, a cura di Massimo Annati e Tullio Scovazzi, 2012.
74. *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di Barbara Biscotti, Patrizia Borsellino, Valerio Pocar e Domenico Pulitanò, 2012.
75. Carmela Leone, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, 2012.
76. Valentina Piccinini, *I debiti di valore*, 2012.
77. Carlo Ruga Riva, *Diritto penale, regioni e territorio. Tecniche, funzione e limiti*, 2012.
78. Paolo Rondini, *Ex sententia animi tui. La prova legale negativa nell'età della codificazione*, 2012.
79. Giovanni Iorio, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, 2012.
80. Mariagrazia Rizzi, *Imperator cognoscens decrevit. Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età classica*, 2012.
81. Giandomenico Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, 2012.
82. *Friedrich Carl von Savigny. Le questioni di principio concernenti un nuovo regolamento del processo penale*, edizione e traduzione italiana a cura di Paolo Rondini, 2012.
83. *Processo e informazione*, a cura di Loredana Garlati e Giulio Enea Vigevani, 2012.
84. Diletta Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, 2012.
85. Alessandra Donati, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, 2012.
86. Diana Cerini, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, 2012.
87. Federico Furlan, *Presidente della Repubblica e politiche di sicurezza internazionale tra diarchia e garanzia*, edizione emendata, 2013.
88. Alessandra Daccò, «*Diritti particolari*» e recesso dalla s.r.l., 2013.

89. *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di Giovanni Chiodi e Domenico Pulitanò, 2013.
90. Alessandro Squazzoni, *Declinatoria di giurisdizione ed effetto conservativo del termine*, 2013.
91. Guido Acquaviva, *La repressione dei crimini di guerra nel diritto internazionale e nel diritto italiano*, 2014.
92. Michele Saporiti, *La coscienza disubbidiente. Ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, 2014.
93. Ilario Alvino, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, 2014.
94. *Il lavoro nei trasporti. Profili giuridici*, a cura di Marco Cottone, 2014.
95. *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente: il caso del Perù*, a cura di Mariarosa Cutillo, Fabián Novak e Tullio Scovazzi, 2014.
96. *La restituzione dei beni culturali rimossi con particolare riguardo alla pratica italiana*, a cura di Tullio Scovazzi, 2014.

Per i tipi Giappichelli

- 96.bis *L'eredità di Uberto Scarpelli*, a cura di Patrizia Borsellino, Silvia Salardi, Michele Saporiti, 2014.
97. Silvia Salardi, *Discriminazioni, linguaggio e diritto. Profili teorico-giuridici. Dall'immigrazione agli sviluppi della tecno-scienza: uno sguardo al diritto e al suo ruolo nella società moderna*, 2015.
98. Simone Varva, *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, 2015.
99. Lorenzo Natali, *Green criminology. Prospettive emergenti sui crimini ambientali*, 2015.
100. *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, a cura di Filippo Danovi, 2015.
101. *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Elisabetta Lamarque, 2015.
102. Nicola Ferri, *Conflicts over the conservation of marine living resources: third states, governance, fragmentation and other recurring issues in international law*, 2015.
103. Elena Depetris, *La responsabilità civile delle agenzie di rating del credito nella disciplina italiana ed europea*, 2015.
104. Barbara Biscotti-Elisabetta Lamarque (a cura di), *Cibo e acqua. Sfide per il diritto contemporaneo. Verso e oltre Expo 2015*, 2015.
105. Giovanni Chiodi-Loredana Garlati (a cura di), *Dialogando con Beccaria. Le stagioni del processo penale italiano*, 2015.