

Attrezzeria

L'EREDITÀ DI BECCARIA: SEGMENTI DI UN PROFILO INTRODUTTIVO (*)

Riccardo Conte (**)

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Sui limiti all'interpretazione della legge – 3. I criteri di interpretazione previsti dalla legge. L'applicazione della legge per analogia e il divieto di tali modalità alle leggi penali – 4. Determinatezza della norma penale – 5. Sulla correlazione necessaria tra sanzione penale e pericolosità sociale del fatto – 6. Sulla proporzionalità delle pene rispetto al fatto commesso – 7. Conclusioni.

Introduzione

I manuali di storia della filosofia, riferendo in estrema sintesi (come è inevitabile, data la loro struttura) le teorie espresse da Cesare Beccaria in quel capolavoro che è il famoso libriccino intitolato *Dei delitti e delle pene* (pubblicato nel 1764), mettono, in primo luogo, in particolare evidenza i passi dedicati dal filosofo lombardo¹ contro la *pena di morte* (§ XXVIII) e contro la *tortura* (§ XVI). Fanno, inoltre, riferimento alle tesi da lui sostenute in merito alla necessità della *prevenzione dei delitti*, e non solo alla loro punizione (§ XII e XXVII e XXXI ult. cpv.), all'«eterna» questione della *certezza del diritto*, a cui si correla quella dei *poteri interpretativi* della legge da parte del giudice (§ IV).

Temi importantissimi la cui attualità risulta evidente a tutti solo che si pensi al dibattito politico (in senso lato) attuale².

Quella della morte è pena prevista in moltissimi ordinamenti giuridici nel mondo e non solo negli Stati non democratici. In Italia, come è noto, non è ammessa giusta la previsione dell'art. 27, comma 4, della Costituzione, benché ogni tanto qualcuno ne propugni la reintroduzione³. Analogo divieto è previsto dall'art. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

(*) Questo articolo è recentemente apparso sulla rivista «Prismi» del Liceo scientifico Galileo Ferraris di Varese: www.liceoferrarisvarese.gov.it/prismi/2018/pdf/CONTE-beccaria.pdf. Lo mettiamo qui a disposizione dei Soci di Mechrì per gentile concessione dell'Autore.

(**) Dottore in Giurisprudenza e in Scienze filosofiche. È avvocato in Milano dal 1982. Già docente di diritto processuale civile presso la Scuola di specializzazione delle professioni forensi dell'Università di Milano (2002-2012) e della Scuola forense del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Milano (1997-2015), è autore di tre monografie di diritto processuale civile e di numerosi saggi in diritto civile, processuale civile, fallimentare e costituzionale. È autore del libro di racconti *Quando la giustizia arriva tardi. Storie di ordinaria (in)giustizia civile*, ediz. ilmiolibro.it. È componente del comitato scientifico dell'Associazione Mechrì – Laboratorio di filosofia e cultura di Milano.

¹ Sull'importanza della cultura filosofica in Beccaria, v. Audegean, *Critica della ragion penale*, in https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1461680750AUDEGEAN_2016a.pdf.

² Sul punto cfr. Ferrajoli, *L'attualità del pensiero di Cesare Beccaria*. Lectio magistralis, in Aa.Vv., *Il caso Beccaria. A 250 anni dalla pubblicazione del «Dei delitti e delle pene»*, a cura di Ferrone e Ricuperati, Il Mulino, Bologna, 2016, 339 e segg.; Neppi Modona, *Attualità del pensiero di Cesare Beccaria e crisi del sistema penale*, ivi, 386 e segg.

³ Per un'efficace sintesi del dibattito rinvio il lettore interessato al saggio di Bobbio, *Penà di morte*, pubblicato nell'antologia di scritti del filosofo torinese *Elementi di politica*, Einaudi, Torino, 2010, p. 282 e segg., e al saggio di Moro, *Contro la pena capitale. Fondamenti e limiti della concezione abolizionista in Cesare Beccaria*, in Aa.Vv., *Attualità e storicità del «Dei delitti e delle pene» a 250 anni dalla pubblicazione*, a cura di Rossi e Zanuso, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, 155 e segg. Sulla diffusione della pena di morte v. anche Mazzarese, *Garantismo (penale) di Beccaria e costituzionalismo (inter)nazionale a confronto*, ivi, 141 e segg., spec. 143, note 7 e 8.

La tortura è pratica purtroppo attuata in molte situazioni e, come per la pena di morte, non solo negli Stati non democratici (si pensi a tutte le polemiche insorte a proposito del trattamento dei prigionieri a Guantanamo), nonostante sia vietata da numerose norme internazionali⁴.

La *prevenzione dei delitti* è questione che potremmo definire sempre all'ordine del giorno; s'intreccia, tra l'altro, con le problematiche inerenti la sicurezza, la diffusione della cultura, l'eliminazione delle cause sociali dei reati, l'effettività della funzione rieducativa della pena⁵.

Le tematiche inerenti la *certezza del diritto* ed i limiti dell'*interpretazione della legge* da parte del giudice costituiscono argomento che spesso è portato, per così dire, agli onori della cronaca ogni qualvolta è pubblicato un provvedimento giudiziario che non è gradito a qualche parte politica, vuoi perché tocca temi eticamente sensibili, vuoi perché tocca personalmente qualche uomo politico. E in tali casi, puntualmente, chi dissente dal provvedimento, immediatamente incentra la propria critica sull'«invasione di campo» operata dal giudice, che aveva ecceduto dai propri poteri e dalle proprie funzioni. Si assume che il giudice è la *bouche de la loi*, secondo la famosa espressione adottata da Montesquieu nell'opera *Esprit des lois* (pubblicata nel 1755)⁶.

Beccaria – lo vedremo – aderiva a questa concezione e riteneva che il giudice non potesse interpretare le leggi; ma tale pensiero (per noi non accettabile) va contestualizzato: occorrerà ben capire che cosa si volesse intendere col termine «interpretazione».

Tuttavia, prima di soffermarmi, *à vol d'oiseau*, su questi aspetti, vorrei precisare che l'«eredità» di Beccaria non si esaurisce in questi punti. Il suo «lascito» (che riassume un diffuso dibattito dell'epoca illuminista) è ben più ampio ed è alla base di scelte legislative odierne. Il suo insegnamento⁷ ha lasciato una traccia indelebile, almeno in Occidente, sol che si considerino i suoi riferimenti ai principî: a) del *nullum crimen nulla poena sine lege* (§ III)⁸, sancito dalla nostra Costituzione all'art. 25, 2° comma, col suo importante corollario, rappresentato dalla necessità che il precetto di legge sia ben determinato; b) della correlazione necessaria tra la sanzione penale e la pericolosità sociale del fatto commesso (§ II); c) della proporzionalità della pena rispetto alla gravità del

⁴ L'art. 5 della Dichiarazione universale dei diritti umani, approvato dall'Assemblea generale dell'ONU il 10 dicembre 1948, dispone che «nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamento o a punizione crudeli, inumani o degradanti». Analoga disposizione è contemplata dall'art. 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (ratificata dalla Repubblica italiana con L. 4 agosto 1955, n. 848). Secondo la Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, approvata dall'Assemblea generale dell'ONU il 10 dicembre 1984, «il termine “tortura” designa qualsiasi atto con il quale sono inflitti a una persona dolore o sofferenze acute, fisiche o psichiche, segnatamente al fine di ottenere da questa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che ella o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimidirla od esercitare pressioni su di lei o di intimidire od esercitare pressioni su una terza persona, o per qualunque altro motivo basato su una qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o tali sofferenze siano inflitti da un funzionario pubblico o da qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale, o sotto sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o tacito». In Italia l'art. 613 *bis* cod. pen., introdotto con la L. 14 luglio 2017, n. 110, prevede: «Chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, è punito con la pena della reclusione da quattro a dieci anni se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona».

⁵ Benché Beccaria non si ponesse il problema della funzione riabilitativa della pena: sul punto cfr. Audegean, *Correggere e punire: Beccaria e la funzione rieducativa delle pene*, in Aa.Vv. *Il caso Beccaria*, cit. 61 e segg.

⁶ «Potrebbe accadere che la legge, la quale è al tempo stesso chiaroveggente e cieca, fosse, in certi casi, troppo rigorosa. Ma i giudici non sono, ..., se non la bocca che pronunzia le parole della legge, degli esseri inanimati che non ne possono moderare né la forza né la rigidità» (Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, libro XI, cap. VI. La frase si trova a p. 287 dell'edizione Utet dell'opera, Torino, 2005). Spetta al potere legislativo «moderare la legge in favore della legge stessa, pronunziandosi meno rigorosamente di essa» (Montesquieu, *op. loc. cit.*), poiché «se [i giudici] fossero il frutto delle opinioni particolari dei giudici, si vivrebbe in una società senza sapere con precisione quali impegni, vi si contraggono» (Montesquieu, *op. cit.*, 279).

⁷ Cfr. sul punto anche la sintesi di Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, Il Mulino, Bologna, 1976, 462 e segg., spec. 468 e segg.

⁸ Sul punto v. Ferrajoli, *op. cit.*, 347.

fatto commesso; c) della presunzione di non colpevolezza (§ XVI)⁹; oppure sol che si considerino i criteri da lui enunciati in ordine ai casi in cui si può far ricorso alla carcerazione preventiva dell'imputato (§ XIX)¹⁰ e all'extradizione (§ XXXV)¹¹: tutti aspetti che (come si è evidenziato nelle note a piè di pagina) trovano puntuali riscontri nella nostra Costituzione, prima ancora che nelle norme ordinarie (quali il codice penale e quello di procedura penale).

Non posso, ovviamente, soffermarmi su tutti questi temi (che, peraltro, nemmeno esauriscono le questioni affrontate nel *Dei delitti e delle pene*). Mi limiterò, pertanto, ad offrire al giovane paziente lettore delle informazioni, a carattere divulgativo, allo scopo di evidenziare l'attualità di solo alcune delle considerazioni di Beccaria.

Sui limiti all'interpretazione della legge

Nel § IV dell'opera Beccaria scriveva:

«... Nemmeno l'autorità d'interpretare [*sic*] le leggi penali può risiedere presso i giudici criminali per la stessa ragione che non sono legislatori. I giudici ... ricevono [le leggi] dalla vivente società, o dal sovrano rappresentatore di essa, come legittimo depositario dell'attuale risultato della volontà di tutti; le ricevono ... come effetti di un tacito o espresso giuramento, che le volontà riunite dei viventi sudditi hanno fatto al sovrano, come vincoli necessari per frenare e reggere l'intestino fermento degl'interessi particolari. Chi sarà dunque il legitti-

⁹ Come è noto, l'art. 27, comma 2, Cost. sancisce che «l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva». Nel § XVI (lo stesso in cui tratta della tortura), Beccaria scrive: «Un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice, né la società può toglierli la pubblica protezione, se non quando sia deciso ch'egli abbia violati 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? Non è nuovo questo dilemma: o il delitto è certo o incerto; se certo, non gli conviene altra pena che la stabilita dalle leggi, ed inutili sono i tormenti, perché inutile è la confessione del reo; se è incerto, e' non devesi tormentare un innocente, perché tale è secondo le leggi un uomo i di cui delitti non sono provati».

¹⁰ L'art. 13, comma 5, Cost. prevede che «la legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva», cioè quello stato di detenzione che precede la sentenza di condanna e che viene applicato laddove vi sia pericolo d'inquinamento delle prove, pericolo di fuga dell'imputato, ovvero pericolo di commissione di reati (art. 274 cod. proc. pen.). Beccaria scriveva (§ XIX) in proposito: «... la privazione della libertà essendo una pena, essa non può precedere la sentenza se non quando la necessità lo chiede. La carcere [cioè, *la carcerazione preventiva* – n.d.a.] è dunque la semplice custodia d'un cittadino finché sia giudicato reo, e questa custodia essendo essenzialmente penosa, deve durare il minor tempo possibile e dev'essere meno dura che si possa. Il minor tempo dev'esser misurato e dalla necessaria durata del processo e dall'anzianità di chi prima ha un diritto di esser giudicato. La strettezza della carcere non può essere che la necessaria, o per impedire la fuga, o per non occultare le prove dei delitti. Il processo medesimo dev'essere finito nel più breve tempo possibile. Qual più crudele contrasto che l'indolenza di un giudice e le angosce d'un reo? I comodi e i piaceri di un insensibile magistrato da una parte e dall'altra le lagrime, lo squallore d'un prigioniero? In generale il peso della pena e la conseguenza di un delitto dev'essere la più efficace per gli altri e la meno dura che sia possibile per chi la soffre, perché non si può chiamare legittima società quella dove non sia principio infallibile che gli uomini si sian voluti assoggettare ai minori mali possibili». Sulla correlazione con Beccaria del disposto dell'art. 13 Cost., v. Amodio, *La scuola positiva e il pensiero di Beccaria: un dissenso nascosto dietro la «venerazione riconoscente»*, in Aa. Vv., *Dialogando con Beccaria*, cit. 85 e segg., spec. 102.

¹¹ Nel § XXXV, Beccaria afferma che «dentro i confini di un paese non dev'esservi alcun luogo indipendente dalle leggi». Tuttavia nello stesso capitolo Beccaria è perplesso sulle extradizioni, in particolare verso paesi retti da governi tirannici. Si noti – tanto per evidenziare come le norme vengano da lontano – che non soltanto la nostra Costituzione vieta l'extradizione dello straniero per reati politici (art. 10, comma 4, Cost.), così come quella del cittadino (art. 26, comma 2, Cost.), ma in materia l'attuale codice di procedura penale, all'art. 698, prescrive: «1. Non può essere concessa l'extradizione per un reato politico né quando vi è ragione di ritenere che l'imputato o il condannato verrà sottoposto ad atti persecutori o discriminatori per motivi di razza, di religione, di sesso, di nazionalità, di lingua, di opinioni politiche o di condizioni personali o sociali ovvero a pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti o comunque ad atti che configurano violazione di uno dei diritti fondamentali della persona. // 2. Se per il fatto per il quale è domandata l'extradizione è prevista la pena di morte dalla legge dello Stato estero, l'extradizione può essere concessa solo se il medesimo Stato dà assicurazioni, ritenute sufficienti sia dall'autorità giudiziaria sia dal ministro di grazia e giustizia, che tale pena non sarà inflitta o, se già inflitta, non sarà eseguita».

mo interprete [*sic*] della legge? Il sovrano, cioè il depositario delle attuali volontà di tutti, o il giudice, il di cui ufficio è solo l'esaminare se il tal uomo abbia fatto o no un'azione contraria alle leggi?».

Più in particolare, *riguardo alla legge penale*¹², Beccaria precisava:

«In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza. // Non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni. ... Le nostre cognizioni e tutte le nostre idee hanno una reciproca connessione; quanto più sono complicate, tanto più numerose sono le strade che ad esse arrivano e partono. Ciascun uomo ha il suo punto di vista, ciascun uomo in differenti tempi ne ha un diverso. Lo spirito della legge sarebbe dunque il risultato di una buona o cattiva logica di un giudice, di una facile o malsana digestione, dipenderebbe dalla violenza delle sue passioni, dalla debolezza di chi soffre, dalle relazioni del giudice coll'offeso e da tutte quelle minime forze che cangiano le apparenze di ogni oggetto nell'animo fluttuante dell'uomo. Quindi veggiamo la sorte di un cittadino cambiarsi spesse volte nel passaggio che fa a diversi tribunali, e le vite de' miserabili essere la vittima dei falsi raziocini o dell'attuale fermento degli umori d'un giudice, che prende per legittima interpretazione il vago risultato di tutta quella confusa serie di nozioni che gli muove la mente. Quindi veggiamo gli stessi delitti dallo stesso tribunale puniti diversamente in diversi tempi, per aver consultato non la costante e fissa voce della legge, ma l'errante instabilità delle interpretazioni».

Beccaria evidentemente non negava che un'applicazione rigida della norma potesse avere delle conseguenze negative, ma riteneva che un confronto tra i vantaggi e gli svantaggi della possibilità di consentire al giudice di interpretare la norma dovesse portare alla soluzione di precludergli tale potere:

«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. Un tal momentaneo inconveniente spinge a fare la facile e necessaria correzione alle parole della legge, che sono la cagione dell'incertezza, ma impedisce la fatale licenza di ragionare, da cui nascono le arbitrarie e venali controversie. Quando un codice fisso di leggi, che si debbono osservare alla lettera, non lascia al giudice altra incombenza che di esaminare le azioni de' cittadini, e giudicarle conformi o difformi alla legge scritta, ... allora i sudditi non sono soggetti alle piccole tirannie di molti, tanto più crudeli quanto è minore la distanza fra chi soffre e chi fa soffrire, più fatali che quelle di un solo, perché il dispotismo di molti non è correggibile che dal dispotismo di un solo e la crudeltà di un dispotico è proporzionata non alla forza, ma agli ostacoli. Così acquistano i cittadini quella sicurezza di loro stessi che è giusta perché è lo scopo per cui gli uomini stanno in società, che è utile perché gli mette nel caso di esattamente calcolare gl'inconvenienti di un misfatto ... ».

In un'introduzione al libriccino di Beccaria, Carlo Arturo Jemolo scriveva che «chi legge attentamente il libro ... si accorge che l'autore non ha mai praticato l'avvocatura né svolto funzioni di magistrato; c'è un'ingenuità comparabile a quella del Muratori allorché scriveva *Dei difetti della giurisprudenza*, nel credere nella possibilità di sceverare il giusto dall'ingiusto, il lecito

¹² Non così per la legge civile: cfr. Tarello, *op. cit.*, 376, con riferimento al pensiero di Pietro Verri.

dall'illecito»¹³. Sottolineava l'insigne studioso che in Beccaria «c'è l'assurda idea che ai giudici non debba essere concesso d'interpretare le leggi penali (...) ... Evidentemente qui Beccaria è fuori della realtà, ed equivoca anche sul senso d'interpretazione, che è un risalire all'intendimento del legislatore, ai fini che questo si è proposto ...»¹⁴.

Tuttavia si deve tener conto anche di un altro dato, messo in evidenza da Calamandrei secondo il quale «questa concezione, che oggi a noi sembra assurda, del giudice ridotto ad una specie di apparecchio automatico fatto per applicar la lettera delle leggi senza interpretarne lo spirito ... fu una reazione storicamente comprensibile contro gli abusi di un sistema in cui le sentenze, anziché basarsi su leggi chiare e certe, si fondavano sulle confuse e contraddittorie *opiniones doctorum*, e si riducevano quindi ad essere quasi sempre espressione del più sconfinato arbitrio personale del giudicante»¹⁵.

Del resto, il contesto in cui scriveva Beccaria è ben delineato nell'avvertenza che egli scrisse alla terza edizione dell'opera:

«Alcuni avanzi di leggi di un antico popolo conquistatore fatte compilare da un principe che dodici secoli fa regnava in Costantinopoli, frammischiate poscia co' riti longobardi, ed involte in farruginosi volumi di privati ed oscuri interpreti, formano quella tradizione di opinioni che da una gran parte dell'Europa ha tuttavia il nome di leggi; ed è cosa funesta quanto comune al dì d'oggi che una opinione di Carpzovio, un uso antico accennato da Claro, un tormento con iracunda compiacenza suggerito da Farinaccio¹⁶ sieno le leggi a cui con sicurezza obbediscono coloro che tremando dovrebbero reggere le vite e le fortune degli uomini. Queste leggi, che sono uno scolo de' secoli i più barbari, sono esaminate in questo libro per quella parte che riguarda il sistema criminale, e i disordini di quelle si osa esporli a' direttori della pubblica felicità con uno stile che allontana il volgo non illuminato ed impaziente».

Il problema che preoccupava Beccaria era costituito dal fatto che i giudici non decidevano le controversie sulle leggi *stricto sensu*, ma su una tradizione di opinioni che si riteneva fossero leggi.

La nostra realtà, oggi, è diversa, come già emerge dalle ricordate parole di Jemolo: *l'interpretazione della norma è momento essenziale dell'attività dell'operatore del diritto* (giudice, avvocato, notaio, ecc.). L'antico brocardo «*in claris non fit interpretatio*», che pure ogni tanto qualcuno usa ancora (lo si trova anche in qualche sentenza) è un puro nonsenso; è un modo un po' pomposo di liquidare questioni poste nel corso di un processo. Talvolta rivelano il fastidio del giudice rispetto ad argomentazioni ed eccezioni pretestuose, ma altre volte rivelano anche una certa neghittosità. Come ben aveva colto Renzo Tramaglino¹⁷, spesso le citazioni del *latinorum* servono per eludere questioni spinose.

Un grande maestro del diritto penale scriveva a proposito del brocardo citato che esso non poteva «accogliersi ..., sia perché ciò che appare chiaro ad una persona, può non essere tale per un'altra, sia perché in ogni caso l'interprete non deve arrestarsi al risultato che si desume immedia-

¹³ Jemolo, *Introduzione a Beccaria, Dei delitti e delle pene*, Rizzoli, Milano, 1981, 9. Sulla rilevanza della cultura giuridica di Beccaria v. Garlati, *Echi del passato e istanze riformiste: Beccaria e il processo penale*, in https://www.penalecontemporaneo.it/upload/GARLATI_2016a.pdf.

¹⁴ Jemolo, *op. cit.*, 10.

¹⁵ Il passo di Calamandrei è riportato nella nota 11 a piè di pagina al § IV del testo del Beccaria, note a cura di Carnazzi per l'edizione della Rizzoli citata a nota 14. Sul punto v. anche Tarello, *op. cit.*, 376 e Audegean, *Critica della ragion penale*, § 3 (questo saggio insiste molto sulla concezione critica di Beccaria verso la cultura giuridica del tempo).

¹⁶ Benedict Carpzov (1595-1666) era un criminalista tedesco; Giulio Claro (1525-1573) fu senatore a Milano, pretore a Cremona, Pres. del Magistrato straordinario e infine membro del Supremo Consiglio d'Italia; Prospero Farinacci (1544-1618), era un giurista ed avvocato romano. Come ricorda Garlati, *op. loc. cit.*, furono autori di influenti opere teorico-pratiche. Garlati sottolinea che forse nell'ambiente di Beccaria la critica a questi giuristi ne sottovalutava gli «"squarci" di umanità e garantismo».

¹⁷ Cfr. Manzoni, *I promessi sposi*, cap. II.

tamente dalle parole, vale a dire al significato apparente, ma deve ricercare il senso più intimo e profondo della disposizione e l'effettiva portata di essa»¹⁸.

Prendiamo, per esempio, l'art. 578 cod. pen. sul reato di infanticidio, come modificato con la legge del 1981 che soppresse la rilevanza penale della causa d'onore (in virtù della quale reati gravissimi venivano puniti con pene quasi irrisorie¹⁹): «*La madre che cagiona la morte del proprio neonato immediatamente dopo il parto, o del feto durante il parto, quando il fatto è determinato da condizioni di abbandono materiale e morale connesse al parto, è punita con la reclusione da quattro a dodici anni*».

Non penso che sia difficile definire l'espressione «durante il parto»; ma che cosa significano le parole «immediatamente dopo il parto»? In altri termini: come si quantifica in termini temporali l'avverbio di tempo «immediatamente». Un minuto? Cinque? Dieci, quindici? ... Un'ora, due ore ... un giorno o due? La questione non è oziosa: poiché se il fatto non è commesso in quel lasso di tempo che può rientrare nell'espressione «immediatamente dopo il parto», l'infanticidio si trasforma in omicidio, reato per il quale il codice prevede una ben più grave pena non inferiore ad anni 21. La Suprema Corte penale ha ritenuto che la soppressione del bambino commessa oltre due giorni dopo il parto non è infanticidio, ma omicidio (Cass. pen., 12 giugno 1989) e ciò perché si sarebbe al di fuori «di quella situazione di turbamento psichico che costituisce la ragione del diverso trattamento sanzionatorio rispetto all'omicidio volontario».

Non mette conto soffermarsi sui limiti di questa interpretazione, né sulla mia critica alla norma, che, a mio modo di vedere, non tiene sufficientemente in conto i tempi di esplosione di fenomeni psichici. Né del resto – penso – che il legislatore potesse determinare *a priori* il lasso di tempo *de quo*: se il turbamento psichico è l'elemento cruciale, il fattore discriminante tra infanticidio ed omicidio (ovvio: nella situazione di abbandono materiale e morale della donna), non è possibile predeterminare un tempo da 1 secondo dopo il parto a – che so? – un'ora, due ... sei ... *Tuttavia ciò che voglio sottolineare è che per determinare in termini di quantità temporale l'avverbio «immediatamente» occorre compiere un'opera d'interpretazione.* Come un'opera d'interpretazione va fatta riguardo alla determinazione di che cosa sono le «condizioni di abbandono materiale e morale connesse al parto», poiché queste inevitabilmente possono mutare in ragione di fattori culturali ed ambientali, di età, ecc.

Nel corso di miei studi su istituti giuridici del processo civile ho avuto modo di constatare che nuove interpretazioni che si manifestarono cinquant'anni fa, sollevando l'indignazione di alcuni, ebbero un merito: posero delle questioni nuove, evidenziarono l'esigenza di un ampliamento delle garanzie nel processo civile (es., l'impugnabilità di un provvedimento non contemplata dalla legge) o di una maggiore *effettiva* tutela di un diritto (a fronte di un pregiudizio attuale del quale non sempre la legge prevedeva forme d'intervento immediato); diedero vita ad un serrato dibattito a seguito del quale la nuova interpretazione della legge fu accolta (divenne «dominante», come si suol dire, nella giurisprudenza e nella dottrina o addirittura divenne *ius receptum*) o portò a riforme legislative²⁰.

L'interpretazione della norma è un momento essenziale dell'attività dell'operatore del diritto e se, talvolta, può dar luogo anche ad abusi, è in generale un momento di arricchimento, uno stru-

¹⁸ Antolisei, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, Giuffrè, Milano, 1975, 59 e segg. Sul punto v. anche Pulitanò, *Un penalista a colloquio con Beccaria*, in Aa. Vv., *Dialogando con Beccaria: le stagioni del processo penale italiano*, a cura di Chiodi e Garlati, Giappichelli, Torino, 2015, 179 e segg., spec. 183.

¹⁹ Si pensi, per es., alla previsione dell'abrogato art. 587 cod. pen.: «*Chiunque cagiona la morte del coniuge, della figlia o della sorella, nell'atto in cui ne scopre la illegittima relazione carnale e nello stato d'ira determinato dall'offesa recata all'onore suo o della famiglia, è punito con la reclusione da tre a sette anni. // Alla stessa pena soggiace chi, nelle dette circostanze, cagiona la morte della persona, che sia in illegittima relazione carnale col coniuge, con la figlia o con la sorella*».

²⁰ Non mi è possibile – dato il carattere del presente articolo – entrare nel dettaglio. Mi permetto di rinviare il lettore interessato al mio studio *Tutela d'urgenza tra diritto di difesa, anticipazione del provvedimento ed irreparabilità del pregiudizio*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1995, 213 (con l'avvertenza, tuttavia, che trattasi di scritto destinato agli «addetti ai lavori» per la cui lettura sono necessarie competenze di diritto civile e processuale civile).

mento indispensabile, che permette il necessario adattamento della norma stessa anche ai mutamenti sociali.

Ritengo opportuno chiudere questo paragrafo ricordando un passo di una sentenza della Corte costituzionale:

«L'assoluta, "illuministica" certezza della legge sempre più si dimostra assai vicina al mito: la più certa delle leggi ha bisogno di "letture" ed interpretazioni sistematiche che (dato il rapidissimo succedersi di "entrate in vigore" di nuove leggi e di abrogazioni, espresse o tacite, di antiche disposizioni) rinviano, attraverso la mediazione dei c.d. destinatari della legge, ad ulteriori "seconde" mediazioni. La completa, in tutte le sue forme, sicura interpretazione delle leggi penali ha, oggi, spesso bisogno di seconde, ulteriori mediazioni: quelle ad es. di tecnici, quanto più possibile qualificati, di organi dello Stato (soprattutto di quelli istituzionalmente destinati ad applicare le sanzioni per le violazioni delle norme, ecc.)»²¹.

Peraltro, non dobbiamo nemmeno dimenticare che Beccaria scriveva in un tempo in cui non si poneva quella che è oggi una delle grandi questioni del diritto: l'interpretazione del diritto nazionale in relazione con quello sovranazionale (si pensi al diritto dell'Unione europea ed ai trattati internazionali, richiamati dagli artt. 10 e 117 Cost.)²², che dà luogo a molte, rilevanti interferenze.

Non si pensi, tuttavia, che Beccaria non abbia più niente da dire sotto il profilo fin qui esaminato. Se il giudice non può essere considerato la *bouche de la loi*, nondimeno il suo potere interpretativo, incontra alcuni limiti. E, per quanto concerne il diritto penale, in particolare gli è fatto divieto di far ricorso ad applicazioni analogiche delle norme. Il che sarà oggetto del prossimo paragrafo.

I criteri di interpretazione previsti dalla legge. L'applicazione della legge per analogia e il divieto di tale modalità alle leggi penali

Partiamo da un punto fermo. La stessa legge detta dei criteri per la sua interpretazione (in tal senso si veda l'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale²³) ed attribuisce al giudice per risolvere un caso, che essa non disciplina direttamente, la potestà di far ricorso all'analogia (salvi casi particolari, e, *in primis*, come si è detto, per la legge penale).

Nel diritto civile (quello che regola, per esempio, i rapporti di famiglia, di eredità, il diritto di proprietà, la materia dei contratti, delle società...) per risolvere un caso non espressamente previsto dalla legge il ricorso all'analogia è normale.

Facciamo un esempio: le parti di un rapporto commerciale possono stipulare un contratto che non rientra nelle ipotesi tipiche (es., la vendita, la locazione, il trasporto, il mutuo, l'appalto, ecc.) disciplinate dal codice civile. Ne consegue un problema laddove nasca un conflitto tra le parti del contratto atipico: il giudice secondo quali regole deciderà la causa? Egli potrà trarre i criteri per risolvere il caso non disciplinato direttamente dalla legge da quanto la stessa legge prevede per casi coi quali quello di cui è causa presenta delle affinità²⁴, o, come ha affermato la Suprema Corte, un «rapporto di similitudine»²⁵.

²¹ Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364 (su cui v. *infra* a nota 35).

²² Sul punto v. Mazzarese, *Garantismo (penale) di Beccaria e costituzionalismo (inter)nazionale a confronto*, cit., 152.

²³ La norma citata dispone: «Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. // Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato».

²⁴ Un problema di questo genere, ad esempio, si pose a partire dagli anni Settanta del secolo scorso a proposito del contratto di *leasing*, tipologia che la legge italiana, all'epoca, non conosceva ancora (ora una definizione è prevista dall'art. 1, comma 136, della L. 124 del 2017). Il *leasing*, come è noto, è un contratto trilaterale: vi è un soggetto (l'*utilizzatore*) che vuole acquistare da un altro (il *fornitore*) un bene (es., un immobile, un impianto, ecc.), ma per farlo ha necessità di (o preferisce ricorrere a) un finanziamento. Il finanziatore (la società di *leasing*) non dà all'utilizzatore la somma per

Il ricorso all'analogia – e qui, evidentemente, Beccaria *docet* – è espressamente vietato solo in determinati casi e, innanzi tutto, come si è già detto, in materia penale (art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale²⁶). *La legge penale, dunque, non può applicarsi oltre i casi espressamente da essa previsti.*

È chiaro che se così non fosse, il principio costituzionale *nullum crimen nulla poena sine lege*, che rappresenta una delle più alte conquiste della civiltà giuridica e che trovò affermazione in fondamentali legislazioni del sec. XVIII²⁷, sarebbe un mero *flatus vocis*.

Cito, a mo' d'esempio, un caso da cui si ricaverà meglio che cosa comporti il divieto d'analogia nel diritto penale.

Una nota casa produttrice di calzature, la T., aveva prodotto un modello di scarpa che aveva immesso sul mercato europeo. Ad un certo punto decise che quel modello non era più idoneo al predetto mercato. Lo ritirò e decise di venderlo su mercati extra-europei, nella fattispecie in Sud Africa, con divieto all'acquirente dello stock di rivenderlo sul mercato europeo. Sennonché, un imprenditore italiano acquistò parte di questo stock e lo rivendette in Italia. Per questo fatto la T. lo denunciò per contraffazione di marchio e per introduzione in Italia di prodotti con segni falsi. *In nuce*: la T. e il P.M. che sostenne la tesi accusatoria ritenevano di poter far rientrare, in via interpretativa, nel concetto di contraffazione di marchio anche l'ipotesi di circolazione di un prodotto con un marchio legittimamente apposto perché detta circolazione avveniva contro il volere del titolare del marchio. Ma i giudici²⁸ che si occuparono della vicenda ebbero facile gioco ad assolvere l'imputato, richiamandosi al principio dell'art. 25 Cost. In tal senso, ricordato che il principio *nullum crimen nulla poena sine lege* «è funzionale ad esigenze di garanzia primaria di libertà dell'individuo e deve estrinsecarsi anche mediante una definizione sufficientemente precisa e determinata del reato, nonché deve essere correlata al principio di tassatività, ossia al divieto di estendere la disciplina contenuta nelle norme incriminatrici oltre i casi in esse espressamente previsti», ex art. 14 disp. sulla legge in generale, assolsero l'imputato perché il fatto contestatogli non costituiva reato. Infatti precisarono che se «la contraffazione consiste nella riproduzione integrale, in tutta la sua configurazione

acquistare il bene, ma provvede egli stesso a comprare il bene, che poi concede in locazione finanziaria al predetto utilizzatore, con la previsione che alla scadenza del rapporto, col versamento di una somma, quest'ultimo potrà acquistarlo. Si hanno, dunque, due contratti collegati: uno di compravendita tra il un soggetto (fornitore) e la società di *leasing* (finanziatore/concedente); il secondo, denominato di locazione finanziaria, tra la società di *leasing* e l'utilizzatore. Il corrispettivo della locazione finanziaria (cioè il corrispettivo del godimento del bene da parte dell'utilizzatore) è costituito non da un «normale» canone di locazione, ma da una somma che ha la funzione sia di corrispettivo di una futura vendita del bene stesso dal finanziatore all'utilizzatore, sia di remunerazione alla società finanziatrice del danaro erogato. Nella pratica si posero molti problemi: se l'immobile presenta dei vizi, chi deve agire nei confronti del fornitore? La società di *leasing* che quel bene ha acquistato o l'utilizzatore/ conduttore (che, però, non ha avuto col fornitore un rapporto giuridico diretto: non è lui che ha acquistato il bene)? E se l'utilizzatore/conduttore è insolvente al pagamento dei canoni nei confronti del finanziatore, quest'ultimo potrebbe riprendersi il bene e trattenere tutti i canoni nel frattempo percepiti (come era previsto nei contratti) o si sarebbe dovuto provvedere ad un diverso temperamento? Le risposte a tali quesiti non furono date dal legislatore, ma dalla giurisprudenza, che fece applicazione di varie norme previste in relazione ad altri contratti (vendita e locazione). E ciò fece legittimamente in virtù del citato disposto dell'art. 12, 2° comma, delle disposizioni sulla legge in generale. E' ovvio che le soluzioni furono inizialmente le più disparate. Il legislatore poi è intervenuto – nella fattispecie in modo settoriale (in relazione cioè a particolari fattispecie, come nella legge fallimentare, art. 72 *quater*) – a disciplinare i conflitti, sulla base di alcune soluzioni offerte dalla giurisprudenza.

²⁵ Cfr. Cass. pen., 27 febbraio 2003, n. 21168, in *Giur. It.*, 2004, 1926.

²⁶ «Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati».

²⁷ Senza alcuna pretesa di esaustività, ricordo che la Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789 all'art. 8 disponeva: «*La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée*». Le Costituzioni del 1793 e del 1795 prevedevano analoghe disposizioni. L'art. I, sez. 9 della Costituzione degli USA del 1787 prevede l'irretroattività della legge penale. Il principio – ripeto: senza alcuna pretesa di esaustività – fu sancito anche dalle Costituzioni delle repubbliche cisalpina e cispadana del 1797, nonché – sebbene con una dizione non altrettanto chiara a mio giudizio – dalla costituzione napoletana del 1799. Fu sancita *expressis verbis* dallo Statuto albertino del 1848 all'art. 26. Sul punto cfr. anche Ferrajoli, *op. cit.*, 348.

²⁸ Cass. pen., 27 febbraio 2003, n. 21168, cit.

emblematica e denominativa, di un marchio o di un segno distintivo» e se «l'alterazione [altra ipotesi di reato prevista dalla norma] ricorre quando la riproduzione è parziale, ma tale da potersi confondere col marchio originario o col segno distintivo», non è possibile punire penalmente il commercio di beni con marchi genuini, ma senza il consenso del titolare del marchio: la legge penale non prevede il caso come reato e, quindi, siamo, semmai, al cospetto di un illecito civile (che potrà dar luogo ad un risarcimento del danno), ma non penale²⁹.

Determinatezza della norma penale

E passiamo a quello che è il corollario del precetto costituzionale appena richiamato: la necessità che la norma sia chiara.

Nell'*incipit* del § V del *Dei delitti e delle pene*, Beccaria scriveva:

«Se l'interpretazione delle leggi è un male, egli è evidente esserne un altro l'oscurità che strascina seco necessariamente l'interpretazione, e lo sarà grandissimo se le leggi sieno scritte in una lingua straniera al popolo, che lo ponga nella dipendenza di alcuni pochi, non potendo giudicar da se stesso qual sarebbe l'esito della sua libertà, o dei suoi membri, in una lingua che formi di un libro solenne e pubblico un quasi privato e domestico. Che dovremo pensare degli uomini, riflettendo esser questo l'inveterato costume di buona parte della colta ed illuminata Europa! Quanto maggiore sarà il numero di quelli che intenderanno e avranno fra le mani il sacro codice delle leggi, tanto men frequenti saranno i delitti, perché non v'ha dubbio che l'ignoranza e l'incertezza delle pene aiutino l'eloquenza delle passioni».

L'ammonimento di Beccaria (e non solo di Beccaria, ovviamente), *mutatis mutandis* (il problema non è l'uso di una lingua straniera, ovviamente), è attualissimo³⁰. Non sempre le norme sono chiare. Potrei citare vari casi, ma mi limiterò qui, per ragioni di spazio, a due, di cui il primo particolarmente famoso, relativo al *reato di plagio*. Beninteso: non sto parlando del plagio di un'opera letteraria o musicale o scientifica. Sto parlando di un'ipotesi di reato del tutto particolare che fu introdotta dal legislatore nel codice penale del 1930 (il famoso codice Rocco, tuttora in vigore per buona parte). Il reato di plagio era contemplato dall'art. 603 del cod. pen., il quale disponeva che «*Chiunque sottopone una persona al proprio potere, in modo da ridurla in totale stato di soggezione, è punito con la reclusione da cinque a quindici anni*».

Mi consta che per questo reato in Italia vi sia stata una sola condanna alla fine degli anni Sessanta del secolo scorso, ai danni del dott. Braibanti, un insegnante di filosofia. In realtà dietro questa condanna c'era solo una storia di un amore omosessuale, contro la quale reagì la famiglia del compagno del dott. Braibanti. Braibanti fu condannato ingiustamente ed in virtù di una norma che presentava non pochi profili critici tanto che, alcuni anni dopo (ma Braibanti aveva già scontato la

²⁹ In linea di sommaria spiegazione. Non tutti gli illeciti civili sono reati (e non tutti i reati sono illeciti civili). Se Tizio, adiratosi con Caio, per dispetto, con un martello rompe il parabrezza dell'auto di quest'ultimo, compie il reato di danneggiamento. Non ricorre un'ipotesi di reato (ma solo un illecito civile, che dà luogo a risarcimento del danno) se la rottura del parabrezza dell'auto di Tizio si verifica per l'accidentale caduta del martello usato da Caio, che sta inchiodando delle tavole di legno, nella vicinanza dell'autovettura. Il danneggiamento per colpa di una cosa mobile o immobile (cioè, per una condotta negligente, imperita o anche contraria alla legge – es.: Caio non ha rispettato una precedenza nella guida dell'auto) non è reato, ma solo illecito civile; è reato se c'è la volontà di danneggiare (dolo). Si risponde penalmente (cioè anche con una sanzione che incide sulla libertà personale di colui che ha agito) anche per sola condotta colposa (cioè per negligenza, imperizia o violazione di norme) solo laddove la legge lo preveda, come nel caso di investimento di un pedone per mancato rispetto di norme del codice della strada. Con la precisazione che se l'investimento è per condotta colposa (es.: violazione delle norme sulla velocità) si ha una determinata pena; se l'investimento fosse doloso (Sempronio ha voluto investire Caio perché voleva fargli male), il reato sarebbe doloso e la pena maggiore.

³⁰ Cfr. sul punto Neppi Modona, *op. cit.*, 389.

sua pena), fu dichiarata incostituzionale³¹. Quel caso indubbiamente rappresentò una lesione al principio costituzionale *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Ripercorriamo alcuni passaggi della sentenza che dichiarò l'incostituzionalità della norma.

La Corte partì dalla riaffermazione di un principio di civiltà giuridica: a fondamento del principio costituzionale *nullum crimen nulla poena sine lege* «sta in primo luogo l'intento di evitare arbitrii nell'applicazione di misure limitative di quel bene sommo ed inviolabile costituito dalla libertà personale»³².

Prendendo le mosse da tale presupposto, la Corte ritenne «che, ..., onere della legge penale sia quello di determinare la fattispecie criminosa con connotati precisi in modo che l'interprete, nel ricondurre un'ipotesi concreta alla norma di legge, possa esprimere un giudizio di corrispondenza sorretto da fondamento controllabile. Tale onere richiede una descrizione intellegibile della fattispecie astratta, sia pure attraverso l'impiego di espressioni indicative o di valore [si pensi al concetto di *atti osceni*, e di *agevolazione e di sfruttamento della prostituzione*»³³] e risulta soddisfatto fintantoché nelle norme penali vi sia riferimento a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiano verificabili».

In altri termini, l'art. 25 Cost. «impone espressamente al legislatore di formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell'intelligibilità dei termini impiegati», sicché «deve logicamente ritenersi anche implicito l'onere di formulare ipotesi che esprimano fattispecie corrispondenti alla realtà».

Sul punto la Corte fu chiarissima: «sarebbe infatti assurdo ritenere che possano considerarsi determinate in coerenza al principio della tassatività della legge, norme che, sebbene concettualmente intelligibili, esprimano situazioni e comportamenti irreali o fantastici o comunque non avverabili e tanto meno concepire disposizioni legislative che inibiscano o ordinino o puniscano fatti che per qualunque nozione ed esperienza devono considerarsi inesistenti o non razionalmente accertabili ».

Ora, riguardo al reato di plagio, la Corte compì un'analisi della storia della legislazione evidenziando che «nel diritto antico e sino all'inizio dell'età moderna il reato di plagio era inerente all'istituto giuridico della schiavitù ...: la sua repressione nelle varie legislazioni mira[va] a proteggere da invasioni illecite da parte di terzi il diritto di proprietà dei padroni degli schiavi nonché a colpire la riduzione in schiavitù o in condizione di fatto analoga di un uomo libero». E questo secondo profilo, cioè la riduzione in schiavitù, restò anche successivamente alla soppressione dell'istituto della schiavitù.

Non possiamo soffermarci su tutto l'*excursus* storico compiuto dalla Corte. In estrema sintesi – e tralasciando alcuni dettagli – basti qui evidenziare che la Corte concluse che la fattispecie criminosa chiamata plagio era sempre stata concepita come un'azione umana esclusivamente fisica, idonea a porre la vittima in una condizione materiale di dipendenza. E' solo col codice penale del 1930 che il reato di plagio fu definito in modo affatto diverso, *distinguendolo dalla riduzione in schiavitù* (disciplinata da altra norma), nonostante la contrarietà espressa dalla maggioranza dei membri della commissione parlamentare, che segnalavano il pericolo di definire con termini antichissimi istituti nuovi.

Venivano allora in rilievo alcune questioni: se la nozione di plagio nel codice del 1930 non coincideva più con quella di riduzione in schiavitù, che cosa doveva intendersi col termine «plagio»? Che cosa significa, dunque, sottoporre «una persona al proprio potere, in modo da ridurla in totale stato di soggezione»? Quale condotta rientrava nella locuzione usata dal legislatore?

La Corte diede atto che nei primi trent'anni di vigore della nuova norma si era cercato invano di determinarne la vera portata. Precisava che, stando all'analisi letterale del testo di legge, il reato poteva «essere attuato ... attraverso un'attività psichica del plagiante esercitata direttamente

³¹ Cfr. Corte cost., 8 giugno 1981, n. 96 (tutte le sentenze della Corte costituzionale sono pubblicate sul sito della stessa Corte).

³² Sul punto cfr. anche Pulitanò, *op. cit.*, 184.

³³ Su questi due concetti v. Corte cost., 16 dicembre 1970, n.191 e Id., 16 giugno 1964, n. 44.

sul plagiato. L'effetto dell'attività psichica del plagiante dovrebbe essere ... quello di ridurre la vittima da persona capace a persona in totale stato di soggezione ... [che] ... annienterebbe il determinismo della vittima sostituendo il determinismo del plagiante a quello del plagiato in guisa da ridurre questo ultimo nello stato di cosa che pensa e agisce come pensa e agisce il plagiante. ...».

Osservava, peraltro, la Corte che «non si conoscono né sono accertabili i modi con i quali si può effettuare l'azione psichica del plagio né come è raggiungibile il totale stato di soggezione che qualifica questo reato»; e, sulla base dei risultati della scienza medica, precisò: «fra individui psichicamente normali, l'esternazione da parte di un essere umano di idee e di convinzioni su altri esseri umani può provocare l'accettazione delle idee e delle convinzioni così esternate e dar luogo ad uno stato di soggezione psichica nel senso che questa accettazione costituisce un trasferimento su altri del prodotto di un'attività psichica dell'agente e pertanto una limitazione del determinismo del soggetto. Questa limitazione, come è stato scientificamente individuato ed accertato, può dar luogo a tipiche situazioni di dipendenza psichica che possono anche raggiungere, per periodi più o meno lunghi, gradi elevati, come nel caso del rapporto amoroso, del rapporto fra il sacerdote e il credente, fra il Maestro e l'allievo, fra il medico e il paziente ed anche dar luogo a rapporti di influenza reciproca. Ma è estremamente difficile se non impossibile individuare sul piano pratico e distinguere a fini di conseguenze giuridiche – con riguardo ad ipotesi come quella in esame – l'attività psichica di persuasione da quella anche essa psichica di suggestione. Non vi sono criteri sicuri per separare e qualificare l'una e l'altra attività e per accertare l'esatto confine fra esse».

Sottolineò, infine, la Corte che «dai testi psichiatrici, psicologici e psicoanalitici e dalle ampie descrizioni mediche di condizionamento psichico risulta che ogni individuo è più o meno suggestionabile, ma che non è possibile graduare ed accertare in modo concreto sino a qual punto l'attività psichica del soggetto esternante idee e concetti possa impedire ad altri il libero esercizio della propria volontà ...».

Alla luce di quanto fin qui detto, emerge già con chiarezza l'indeterminatezza della norma ed il suo contrasto col precetto costituzionale.

Non si pensi che la questione qui affrontata sia relativa solo a norme approvate in una lontana epoca storica, come nel caso del reato di plagio.

Valga un esempio in senso contrario. La Corte costituzionale con sentenza 13 febbraio 1995, n. 34 dichiarò l'incostituzionalità, per violazione dell'art. 25, 2° comma, Cost., dell'art. 7-bis, comma 1, del decreto legge 30 dicembre 1989 n. 416, (contenente, fra le altre, norme in materia di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato) nella parte in cui puniva con la reclusione da sei mesi a tre anni lo straniero destinatario di un provvedimento di espulsione che non si fosse adoperato «per ottenere dalla competente autorità diplomatica o consolare il rilascio del documento di viaggio occorrente», ritenendolo in contrasto con il principio di determinatezza del precetto penale. La Corte affermò che non risultava in alcun modo possibile stabilire – data la generica indicazione della fattispecie incriminatrice – nel comportamento dello straniero espulso che «non si adoperava per ottenere», il grado dell'inerzia punibile, e tanto meno il tempo entro il quale la condotta doverosa ipotizzata dal legislatore dovesse essere compiuta³⁴.

Non possiamo indugiare sul tema, né, purtroppo, soffermarci su un'altra importante questione che a quanto qui detto si correla. Mi riferisco al problema dei limiti del principio *ignorantia iuris*

³⁴ La Corte ritenne anche che dall'indeterminatezza della previsione normativa conseguiva la violazione del diritto di difesa, poiché, da un lato, venendo in rilievo la contestazione di una condotta omissiva, il soggetto era esposto alla possibilità della contestazione per il solo fatto di essere destinatario di un provvedimento di espulsione, e, dall'altro, poiché si faceva carico al soggetto stesso dell'onere di fornire nel processo la prova di «essersi adoperato» per ottenere il documento di viaggio senza neppure essere in grado di stabilire in che cosa tale prova dovesse consistere. Di qui la violazione anche dell'art. 24, 2° comma, Cost. che sancisce l'invulnerabilità del diritto di difesa. Per un altro caso di dichiarazione d'incostituzionalità per indeterminatezza della norma v. Corte cost., 2 novembre 1996, n. 370 che ha colpito l'art. 708 cod. pen.

non excusat, che pure ha dato luogo a declaratorie d'incostituzionalità a fronte della giustificabilità dell'ignoranza della norma penale³⁵.

Sulla correlazione necessaria tra sanzione penale e pericolosità sociale del fatto

Scriveva Beccaria nel § II del *Dei delitti e delle pene*:

«Ogni pena che non derivi dall'assoluta necessità, dice il grande Montesquieu, è tirannica; proposizione che si può rendere più generale così: ogni atto di autorità di uomo a uomo che non derivi dall'assoluta necessità è tirannico. Ecco dunque sopra di che è fondato il diritto del sovrano di punire i delitti: sulla necessità di difendere il deposito della salute pubblica dalle usurpazioni particolari; e tanto più giuste sono le pene, quanto più sacra ed inviolabile è la sicurezza, e maggiore la libertà che il sovrano conserva ai sudditi».

Il tema è purtroppo sempre attuale. Nella nota 35 ho ricordato il caso di leggi che comminavano addirittura una sanzione penale a chi avesse tenuto, senza avere l'autorizzazione amministrativa, un flipper in un bar.

Qui voglio parlare di un caso vieppiù eclatante di contrasto di una norma di legge col principio enunciato da Beccaria e che ha dato luogo alla dichiarazione d'incostituzionalità della norma stessa.

Nel maggio 2008 il nostro legislatore introdusse una nuova ipotesi generalizzata di aggravante dei delitti³⁶ e cioè «l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trovava illegalmente sul territorio nazionale».

Con sentenza n. 249 dell'8 luglio 2010, la Corte costituzionale dichiarò l'illegittimità costituzionale di tale previsione, per violazione dell'art. 3 (principio d'uguaglianza) e dell'art. 25, comma 2, Cost., affermando che: «il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili implica l'illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti “del tutto estranei al fatto-reato”, introducendo così una responsabilità penale d'autore “in aperta violazione del principio di offensività (...)”». La Corte precisò, inoltre, che, da un lato, «il principio costituzionale di eguaglianza in generale non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero»; dall'altro che «ogni limitazione di diritti fondamentali deve partire dall'assunto che, in presenza di un diritto inviolabile, “il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante”».

La Corte sottolineò, inoltre, che «l'aggravante di cui alla disposizione censurata non rientra nella logica del maggior danno o del maggior pericolo per il bene giuridico tutelato dalle norme penali che prevedono e puniscono i singoli reati. // Non potrebbe essere ritenuta ragionevole e suffi-

³⁵ Cfr. Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364: ai sensi dell'art. 27, 1° e 3° comma, Cost. e degli artt. 2, 3, 73 comma 3, e 25 comma 2, Cost. si richiede ai fini della responsabilità penale dell'imputato anche l'«effettiva possibilità di conoscere la legge penale», «possibilità» che rappresenta ulteriore necessario presupposto della «rimproverabilità» dell'agente. Da ciò derivò l'incostituzionalità dell'art. 5 cod. pen. – cioè la norma che sancisce *tout court* che l'ignoranza della legge non scusa – nel momento in cui disconosceva ogni collegamento tra l'obbligo penalmente sanzionato e la sua «riconoscibilità» ed equiparando all'ignoranza evitabile della legge penale l'ignoranza non colpevole, e, pertanto, inevitabile: esso violava lo spirito dell'intera Costituzione ed i suoi essenziali principi ispiratori, che pongono la persona umana al vertice della scala dei valori. Si noti – a scanso da equivoci – che nei processi in cui fu sollevata l'eccezione d'incostituzionalità, poi accolta dalla Corte, *i reati ignorati non avevano un particolare disvalore sociale*: in un caso, il reato consisteva nell'esecuzione di opere di bonifica di un terreno agricolo senza autorizzazione (in un contesto di incertezza interpretativa) e, nell'altro, nell'aver tenuto in un bar una radio, un videogame ed un flipper, senza l'autorizzazione amministrativa, la cui necessità, peraltro, era stata negata da pubblici impiegati del locale Comune. Sul tema *ignorantia iuris non excusat* v. anche Corte cost., 24 febbraio 1995, n. 61.

³⁶ Il nostro codice penale prevede all'art. 61 un aumento di pena generale in alcuni casi: es., aver agito per futili motivi; l'aver operato sevizie o aver agito con crudeltà verso le persone; l'aver commesso il fatto con abuso di poteri; l'aver commesso il fatto contro un pubblico ufficiale, ecc.

ciente, d'altra parte, la finalità di contrastare l'immigrazione illegale, giacché questo scopo non potrebbe essere perseguito in modo indiretto, ritenendo più gravi i comportamenti degli stranieri irregolari rispetto ad identiche condotte poste in essere da cittadini italiani o comunitari. Si finirebbe infatti per distaccare totalmente la previsione punitiva dall'azione criminosa contemplata nella norma penale e dalla natura dei beni cui la stessa si riferisce, specificamente ritenuti dal legislatore meritevoli della tutela rafforzata costituita dalla sanzione penale».

Proporzionalità delle pene rispetto al reato commesso

Ed arriviamo, quindi, all'ultimo punto di questo iniziale approccio alle tematiche penalistiche di Beccaria.

Dopo aver trattato dell'oscurità delle leggi, nel § VI del *Dei delitti e delle pene*, il filosofo lombardo passava a trattare della «proporzione fra i delitti e le pene», affermando:

«Non solamente è interesse comune che non si commettano delitti, ma che siano più rari a proporzione del male che arrecano alla società. Dunque più forti debbono essere 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. Dunque vi deve essere una proporzione fra i delitti e le pene».

Ebbene, anche questo profilo ha una sua attualità³⁷. Nel corso della sua attività, la Corte costituzionale è intervenuta a dichiarare l'incostituzionalità di norme penali che prevedevano una pena sproporzionata rispetto alla gravità del fatto commesso.

Ciò è accaduto in particolare in relazione ad alcune norme del codice penale militare di pace. In tal senso, e procedendo per esempi, nel 1979 la Corte costituzionale dichiarò incostituzionali alcune norme di questo codice che punivano l'insubordinazione con omicidio del superiore allo stesso modo in cui punivano l'insubordinazione con omicidio tentato o addirittura preterintenzionale³⁸. La Corte³⁹ stigmatizzò lo «stravolgimento dell'ordine dei valori messi in gioco»: la tutela della disciplina militare in tempo di pace, «intesa nel senso riduttivo di obbedienza e di rispetto dell'inferiore verso il superiore» diventava l'elemento più importante ai fini della condanna, mentre era indifferente ciò che si accompagnava all'insubordinazione, un omicidio volontario, ovvero tentato, ovvero preterintenzionale, che nel diritto penale comune danno luogo a diverse graduazione di pena.

Altre declaratorie d'incostituzionalità hanno interessato, peraltro, norme del codice penale comune⁴⁰. Vorrei ricordare, tra le altre, proprio una questione posta – con successo⁴¹ – dal Tribunale della nostra città, che denunciò l'incostituzionalità dell'art. 567 cod. pen. nella parte in cui puniva con maggior severità l'alterazione dello stato civile di un neonato, *mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità*, nella formazione di un atto di nascita, rispetto al caso dell'alterazione dello stato civile, *mediante sostituzione di un neonato*.

³⁷ Sul punto cfr. anche Pulitanò, *op. cit.*, 182.

³⁸ L'omicidio è *doloso* se è voluto; è *colposo* quando è dovuto ad un comportamento negligente od imprudente o contrarie a norme (si pensi al caso della morte di un lavoratore per mancato rispetto da parte del datore di lavoro di norme sulla sicurezza o alla morte del paziente per negligenza di un chirurgo che lo sta operando); è *preterintenzionale* quando va oltre l'intenzione (Tizio dà un pugno a Caio, che, colpito, cade a terra, e muore poiché batte violentemente la testa).

³⁹ Corte cost., 24 maggio 1979, n. 26.

⁴⁰ In tal senso Corte cost., 25 luglio 1994, n. 341 (a proposito della pena prevista per l'oltraggio a pubblico ufficiale); Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 68 (incost. art. 630 cod. pen. in materia di sequestro di persona a scopo di estorsione nella parte in cui non prevedeva la possibilità di una riduzione di pena per fatti di lieve entità, come previsto per il sequestro a scopo terroristico ben più grave). V. anche Corte cost., 20 giugno 1984, n. 173, in relazione a norme del cod. pen. mil. di pace.

⁴¹ Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236 (in senso difforme v. in precedenza Corte cost., 23 marzo 2007, n. 106).

Conclusione

Termino qui questo brevissimo *excursus* su alcuni aspetti del pensiero di Beccaria. Spero di aver contribuito, pur nell'estrema sinteticità e pochezza di questo scritto, a fornire a giovani studiosi alcuni elementi per constatare, anche alla luce di importanti pronunce giurisprudenziali, l'attualità del pensiero del filosofo lombardo, messo in evidenza, del resto, sotto molteplici aspetti da tante autorevoli voci.

Con questo pensiero continuiamo a confrontarci, poiché i principî da lui espressi non possono mai ritenersi affermati una volta per tutte, a dispetto del recepimento in norme giuridiche anche di rango costituzionale. Proprio la giurisprudenza menzionata ce lo insegna.

Spero di aver contribuito, inoltre, entro certi limiti, a mettere in luce una circostanza da non dimenticare: la formazione delle leggi ha lontane, antiche radici, che dobbiamo sempre tener presenti. Il che è ovvio: come è stato esattamente detto, noi siamo nani sulle spalle di giganti, cioè di coloro che son passati alla storia perché han saputo parlare, in qualche modo, alle generazioni future⁴².

A queste generazioni il compito di raccogliere il testimone passatoci da questi giganti e di proseguire, oggi, il loro cammino intellettuale, non sempre lineare, certo, non privo di contraddizioni, ma che in vari modi, si pone comunque a fondamento della nostra civiltà. Civiltà che trova espressione, in particolare, nei principî espressi nella nostra Costituzione e nella Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., e specificamente nei due che, a mio modesto avviso, riassumono tutti gli altri (anche quello del *nullum crimen nulla poena sine lege*). Mi riferisco qui ai principî sanciti dall'art. 2 Cost., che impegna la Repubblica a riconoscere e garantire «i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità» e che ci «richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale», e dall'art. 3 Cost. per cui «tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione; di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali».

E il consolidamento di questi principî (da non considerare mai, come ho detto, affermati una volta per tutte: le minacce sono sempre tanto ripetute quanto subdole, e ne abbiamo visto, entro certi limiti, alcuni esempi) è il compito delle generazioni a cui il testimone di quei giganti è stato consegnato.

E non sarà fatica da poco!

(8 giugno 2018)

⁴² Si pensi, ad es., come ancora oggi alcuni principi enunciati da Aristotele siano alla base di nostre norme giuridiche. Mi permetto di segnalare sul punto, al lettore interessato, un mio risalente scritto (a struttura divulgativa) sull'*Etica Nicomachea*. Cfr. *Atti volontari ed atti involontari in Aristotele. Una lettura in chiave giuridica contemporanea*, in *Nóema – Rivista online di filosofia*, in <https://riviste.unimi.it/index.php/noema/article/view/974>.