

PER NON SMARRIRE LA CIVILTÀ DEL DIRITTO PENALE
(A PROPOSITO DEGLI SCRITTI PENALISTICI DI G.P. MASSETTO)

Francesco Palazzo
Emerito di diritto penale nell'Università di Firenze
francesco.palazzo@unifi.it

Sommario: 1. Storici e vigentisti del diritto penale. – 2. Vigentisti dinanzi alla complessità della storiografia giuridica. – 3. Illuminismo penale e processo di civilizzazione: il *corpus* principale degli scritti penalistici di G.P. Massetto. – 4. *Segue*. “Empietà” e “sedizione” di Beccaria. – 5. Altri scritti penalistici di G.P. Massetto.

1. *Storici e vigentisti del diritto penale.*

L'occasione di contribuire alla presentazione degli *Scritti di storia giuridica* di Gian Paolo Massetto non può che essere altamente lusinghiera per chi, come lo scrivente, è giurista di formazione vigentista, anzi cultore di una plaga del diritto come quella del diritto penale, in cui la schiavitù dell'attualità può facilmente trasformarsi nel concreto rischio di non riuscire ad alzare lo sguardo dal quotidiano ed incessante incalzare della produzione legislativa e giurisprudenziale. Oltre all'onore di essere chiamato qui a interloquire con studiosi che, come gli storici del diritto, quasi per necessità professionale hanno un orizzonte culturale assai vasto e ricco, quest'occasione mi dà anche il modo di appagare un bisogno che avverto sempre più imperiosamente.

Non saprei dire se è un bisogno condiviso in pari misura anche dai cultori degli altri rami del diritto positivo, ma certamente il penalista odierno deve rifuggire – io credo – da due pericoli apparentemente opposti ma in realtà complementari. Da un lato, il pericolo di rimanere bloccati sulla fissità – anche se fissità mutevole – del testo legale delle norme, considerate quasi come espressione esclusiva ed esaustiva dell'esperienza giuridica, complice talvolta una fideistica o polemica (polemica specie nei confronti dei giudici) contemplazione della stretta legalità penale. Dall'altro lato, non meno incombente è il pericolo di rimanere invischiati nel movimento perpetuo che caratterizza oggi la legislazione e la giurisprudenza penali in un continuo farsi

e disfarsi all'inseguimento di esigenze spesso più apparenti che reali, alle quali quotidianamente sono incatenati legislatore e giurisdizione.

L'uno e l'altro pericolo congiurano nel produrre l'effetto finale di far perdere il senso profondo e prospettico dell'esperienza giuridica, che imporrebbe invece la forte consapevolezza di un certo qual relativismo delle opzioni giuridiche che – per un verso – tendono a non essere mai uniche, immutabili o insensibili alla concretezza del reale umano e sociale e – per altro verso – tendono a riproporsi nel tempo anche se sotto diverse spoglie.

Ecco che allora per noi vigentisti le occasioni di confronto con la storia del diritto e di dialogo con i suoi cultori, lungi dal costituire momenti per rifugiarsi nel silenzioso e rassicurante isolamento della biblioteca polverosa, rappresentano invece salutari bagni di vero e proprio realismo, che ci immergono appunto nella realtà più autentica dell'esperienza giuridica senza la conoscenza della quale rimaniamo alla superficie della tecnica giuridica.

Tutto questo io credo valga a fortiori per il penalista, che in effetti non può non sentire tutta la feconda contraddizione di essere stretto tra la irrinunciabile legalità e le insondabili profondità umane del delitto e della pena.

2. Vigentisti dinanzi alla complessità della storiografia giuridica.

Se è dunque con entusiasmo e gratitudine che mi accingo a questo confronto con gli scritti penalistici di Gian Paolo Massetto, non posso però nascondere un certo timore per un forte senso di inadeguatezza al compito. È facile, almeno per me, rimanere sgomenti dinanzi alla vastità della storiografia giuridica e giuridico-penale, non foss'altro prima di tutto per la estrema varietà dei "generi letterari" che sono praticati dagli storici. E così, si va dagli studi dedicati a singoli istituti più o meno delimitati e specifici ai medaglioni biografici dei protagonisti, o comprimari, dell'esperienza giuridica. Per arrivare poi agli studi sulla legislazione o sull'amministrazione della giustizia, finendo con le analisi del pensiero giuridico che a sua volta può essere ripercorso per così dire dall'interno di una determinata disciplina, cioè seguendo l'evoluzione delle sue categorie generali e principi fondamentali (come potrebbero essere per i penalisti la legalità o la colpevolezza), oppure dall'esterno, cioè rintracciando le linee del pensiero giuridico nel suo "farsi" a contatto e sotto la spinta di quelle forze sociali e culturali

che sono poi i veri formanti del diritto (e qui potrebbe essere esemplare il pensiero giuridico sulla pena, sul suo essere e dover essere).

La complessità dell'approccio del vigentista alla storiografia giuridica è poi accresciuta dall'ovvia constatazione che alla varietà dei generi letterari praticati si aggiunge la varietà delle periodizzazioni prescelte di volta in volta dagli studiosi anche in ragione delle proprie predilezioni personali. Certo, soprattutto nell'area del diritto penale che solo da pochi secoli ha assunto la sua compattezza e sistematicità, più frequente si fa il dialogo tra vigentisti e storici allorché si tratta di storiografia dell'età contemporanea o al più moderna. Ma mi sembrerebbe di poter dire, da profano, che specie oggi non mancano motivi per intensificare lo scambio d'idee tra penalisti e storici che si sono occupati di età più risalenti del diritto penale, quando ancora non si era consolidato il monopolio assoluto della legge e ancora non si era imposta la compattezza codicistica. Quel monopolio e quella compattezza che ancora oggi pervadono e rinserrano la cittadella penalistica mentre, però, sono ormai numerosi i segnali di crisi (di disfacimento?) che evocano per contro taluni caratteri dell'antico regime.

Ebbene, Gian Paolo Massetto, nel volume di scritti penalistici, pratica indifferentemente tutti questi generi letterari, e anche le periodizzazioni prescelte sono varie. Non mancano studi tematicamente monografici, come quelli sul tentativo o sulla sentenza, così come non mancano studi sulla legislazione e soprattutto sull'amministrazione della giustizia da parte del Senato milanese. Ma la cifra che mi pare emerga prevalente dagli scritti raccolti nel volume penalistico, e che in definitiva mi pare più congeniale allo stile di ricerca di Massetto, è quella molto particolare e davvero felice di saper coniugare il medaglione biografico con la storia "esterna" del pensiero giuridico-penale: la conciliazione dei due generi letterari forse estremi. Attraverso il *particolare* costituito dalla vita e dalle opere di un determinato personaggio Massetto ci fa scorgere l'*universo* di pensiero in cui quella figura opera, ci mostra come quell'universo di pensiero si riflette nel personaggio studiato, ci fa comprendere come quest'ultimo sia ad un tempo debitore e facitore del pensiero giuridico e culturale in cui egli opera. Viene qui in considerazione il corposo insieme di saggi su Cesare Beccaria, su Melchiorre Gioia, su Carlo Cattaneo e naturalmente sui fratelli Verri e altri ancora, dei quali tornerò a dire un po' più analiticamente tra poco. Qui

e ora mi preme piuttosto segnalare una caratteristica in certo modo stilistica di questi saggi di tipo latamente biografico.

Si tratta invero di scritti solitamente assai estesi, che si sviluppano lungo molte pagine in quanto densi di una grande quantità di dati informativi molto minuziosi e dettagliati e invece poco inclini a formulazioni generali, di principio e men che meno assiomatiche. Ne risultano così ampi affreschi lussureggianti di concretezza e di vita, ricchi di particolari e – starei per dire – di “colore”, in cui si delineano vividamente i “luoghi” non solo culturali ma anche fisici ove si forgiavano e si scontrano le *idee penali* rese non tanto nella astrattezza della storia delle idee quanto nella concretezza quasi di una rappresentazione cinematografica.

3. *Illuminismo penale e processo di civilizzazione: il corpus principale degli scritti penalistici di G.P. Massetto.*

Ma è ora giunto il momento di approssimarsi un po' di più alle tematiche affrontate nel volume degli scritti penalistici di Massetto. E non c'è dubbio che la parte più consistente, rivelatrice anche delle preferenze dell'Autore, è quella dei saggi dedicati a quella sorta di “secolo d'oro” che va dalla metà del Settecento alla metà dell'Ottocento, dall'Illuminismo al Risorgimento, in cui si fonda il diritto penale moderno nel quadro di un più generale paradigma culturale che guarda all'Europa. Come ho già ricordato, ne sono protagonisti Beccaria, i Verri, Gioia, Cattaneo. Per il diritto penale, questo secolo e questi uomini significano l'uscita dall'oscurità di quell'arcaismo in cui la penalità era riassorbita nel mito o nel mistero dell'ineluttabilità del male, del peccato e del castigo; significa uscire dalla brutalità cruenta dell'esercizio di un potere punitivo oramai totalmente pubblico e utilizzato in larga misura come strumento di affermazione della volontà sovrana, quasi interamente riconducibile al *crimen laesae maiestatis*.

Quel secolo e quegli uomini, più pensatori che tecnici del diritto penale, significano uscire dall'arcaismo nel quale è ancora immersa la giustizia penale amministrata dal Senato milanese, per avviarsi verso un diritto penale gravitante su due principi fondativi: razionalità ed umanità. Tutto ciò nel presupposto, forse anche sociologico e non solo filosofico, che la storia dell'umanità sia segnata dal progressivo, anche se non lineare, incivilimento dei costumi. E la penalità, con la sua forte radicazione nelle profondità

più insondabili dell'essere umano, è un ottimo indicatore del faticoso processo di civilizzazione.

Volendo ora cercare di precisare meglio l'intonazione culturale della svolta che il secolo d'oro ha prodotto nel pensiero (e nella realtà) penalistico, farei l'annotazione seguente. Se il *diritto* penale è sempre esistito *ab immemorabile* quale insieme di norme e istituti giuridici, e dunque in qualche modo è sempre esistita anche una *scienza penale*, seppure allo stato embrionale, concentrata su norme e istituti, non così per la *scienza del crimine*. Quella che oggi diciamo "criminologia", attenta più e prima ai *fatti* che alle norme, ha una nascita davvero recente. Convenzionalmente la criminologia nasce con la Scuola positiva e possiamo anche formalmente, nominalisticamente individuare un preciso momento in cui la parola "criminologia" assume il significato odierno, allentando la sua dipendenza dalla dimensione puramente normativa della penalità: è il 1875, l'anno in cui vede la luce il trattato del Garofalo. Ma l'approccio razionale al crimine, alle sue cause e agli strumenti – giuridici e non – per fronteggiarlo si ha ben prima, proprio con quegli straordinari personaggi così vividamente fatti rivivere da Massetto.

Credo dunque che si possa ben dire che quella aperta da Beccaria sia una fase almeno prescientifica della criminologia, e comunque una fase in cui il pensiero penalistico si apre razionalmente a interrogativi nuovi. Questi pensatori tanto amati – mi pare – da Massetto non maneggiano strumenti giuridici e men che meno normativi, ma forniscono spiegazioni, chiarificazioni – ingenuie e insufficienti quanto si vuole ma pur sempre nell'orizzonte radicalmente innovativo della modernità – sul crimine, sulle sue cause, sui suoi rimedi. La famosa idea-immagine beccariana della forza di gravità delle passioni che spingono verso il delitto e la contropinta della minaccia punitiva, è certamente un astratto schematismo ma costituisce uno sforzo per ancorare la giustificazione della pena al "naturalismo" quantunque semplificato della criminogenesi. Il collegamento che Melchiorre Gioia instaura tra economia e penalità si spinge fino a scorgere un rapporto tra scelta delle colture e cause di certe manifestazioni criminose (dando, fra l'altro, adito alla polemica con Vincenzo Cuomo proprio sulla funzione e sull'uso delle norme cogenti in materia di regolazione delle colture). Così come non meno significativo e "modernissimo" è il richiamo (perennemen-

te inascoltato, almeno in penale) all'utilità delle statistiche per una buona ed efficace legislazione.

L'approccio di questi pensatori alla penalità è razionale-scientifico e, proprio perché tale, diventa poi necessariamente un approccio anche razionale-politico-civile: una volta "scoperto" il metodo scientifico anche nella conoscenza dei fenomeni sociali, una politica che pretenda di disciplinarli su basi esclusivamente volontaristiche si espone fatalmente alle accuse di arbitrarità. Dunque, da questo punto di vista, i pensatori del secolo d'oro si rivelano degli antesignani di quella *penalistica civile* così magistralmente illustrata da Mario Sbriccoli. E sono così qualificabili almeno da due punti di vista. In primo luogo, da un punto di vista ideale, ideologico e di pensiero, la loro visione politica della penalità sembra ispirata a quell'insieme di principi riassumibili in quello che oggi diremmo principio di *ultima ratio* della pena. In secondo luogo, da un punto di vista pratico, prasseologico e di azione, molti di questi uomini – a cominciare dallo stesso Beccaria – tendono a tradurre in azione o quanto meno in indicazioni operative il loro pensiero: c'è in questa osmosi tra elaborazione teorica e impegno civile, in questa appartenenza o inerenza dell'uomo di pensiero alla sfera dell'agire politico un segno forse di aristocrazia politica ma certamente anche una causa di quel progresso penalistico che oggi spesso rimpiangiamo quando la nostra democrazia degenera in populismo.

4. Segue. "Empietà" e "sedizione" di Beccaria.

Indubbiamente gli enunciati scientifico-razionali e anche i principi di politica penale razionale formulati da questi pensatori sono spesso ingenui, semplicistici e talvolta, soprattutto le indicazioni politiche, assomigliano più a massime di buon senso che ad articolati programmi di legislazione. E ciò probabilmente fa sì che – come è stato osservato da Gigliola di Renzo Villata – le nuove idee dei *philosophes* coesistano a lungo con il lento declino del diritto dell'antico regime. Sotto questo profilo, le critiche del Lazzeri e del Facchini al Beccaria appaiono invero assai più pertinenti, taglienti ed affilate di quanto lo sia la difesa tutto sommato debole allestita dai Verri. Già si è detto dell'astratto meccanicismo in cui si risolve l'idea della spinta e contropinta criminosa. Così come altrettanto schematica e astratta è l'idea della proporzione concepita come una meccanica di forze morali (che

il Cattaneo avrà invece la consapevolezza critica di mettere nella giusta luce). Incontestabilmente irrealistica è poi l'idea di azzerare il potere interpretativo del giudice. Ma i Verri hanno profondamente ragione quando, organizzando in due grandi capitoli le accuse mosse al libretto del Beccaria, individuano implicitamente i due punti di forza di quel manifesto: le accuse sono classificabili come di *empietà* oppure di *sedizione*. Empietà e sedizione scolpiscono invero l'intonazione profonda e gli obiettivi ultimi della rivoluzione beccariana.

Le accuse di *empietà* si riferiscono chiaramente a quell'operazione culturale di Beccaria, ingenua quanto si vuole ma senza dubbio efficace, di affrancamento del diritto penale dai retaggi antichi del peccato, del castigo e della vendetta per condurlo ad un piano di razionalità, di ragionevolezza e di secolarizzazione. Le accuse di *sedizione* si riferiscono alla grande svolta impressa da Beccaria al diritto penale, non più concepito al servizio del potere quale duro ed efficace *instrumentum regni*, ma orientato invece a diventare mezzo di tutela dei diritti individuali e dei beni sociali: insomma, non più al servizio del potere ma dell'uomo.

Dell'ingenua spiegazione del crimine, delle sue cause e dei suoi rimedi fornita da Beccaria oggi non è praticamente rimasto nulla, in questo "popoloso deserto" che sono attualmente la criminologia e il diritto penale dei disincantati tempi nostri: un deserto in cui si affollano tali e tante teorie eziologiche, pretenziosamente giustificazioniste o scetticamente sociologico-descrittive da lasciarci pur sempre alla fine nella solitudine del nostro smarrimento di fronte al fenomeno criminale. Rimangono, invece, alti e forti quei moniti, quella ispirazione civile che gli valsero, appunto, le accuse di empietà e di sedizione. Oggi, noi dobbiamo tornare ad essere "empi" contro gli idoli vecchi e nuovi del diritto penale: l'idolo, prima di tutto, dell'onnipotenza della deterrenza della pena come rimedio o soluzione a buon mercato per qualunque problema o fenomeno sociale; l'idolo, soprattutto, di una pena che – enfatizzata dai mass media – viene invocata come inesorabile ed esemplare per appagare così un umano bisogno di vendetta sotto le mentite spoglie di una "giustizia" in realtà moralmente opinabile e socialmente inefficace. Insomma, dobbiamo essere empî contro i miti dell'inasprimento sanzionatorio, che ci distoglie dalle reali cause della criminalità (purtroppo strutturali e molto resistenti ad essere estirpate).

E dobbiamo tornare ad essere sediziosi contro un “potere” che, quantunque ormai lontano dall’incarnarsi nella definita figura fisica del sovrano, si espande ancor più pericolosamente proprio attraverso la degenerazione del diritto in genere e del diritto penale in particolare: sotto la pressione della moderna società del rischio, la “rete disciplinare” del diritto diventa a maglie sempre più strette, finendo per essere onnipervasiva ed asfissiante col suo proliferare di norme, vincoli, limiti, obblighi ed onori sui quali il diritto penale stende spesso il suo mantello sanzionatorio. Dobbiamo essere sediziosi contro il mito dell’iperpenalizzazione come strumento di controllo sociale e di governo della società.

Orbene, Gian Paolo Massetto non cosparge i suoi densi lavori di proclami, arringhe, mōniti o allocuzioni, come invece sta facendo lo scrivente queste note. Egli piuttosto ci fa fare la conoscenza di questi uomini illuminati, ce li mostra nel loro agire, nella concretezza di un pensiero che si svolge e si converte sovente in azione. Massetto, dunque, ci fornisce degli *esempi*, umanissimi e quasi in carne ed ossa di come il processo di civilizzazione del diritto penale s’incarna – appunto – nella storia. Ed è ben noto che il valore pedagogico dell’esempio è molto più alto ed efficace di quello di enunciazioni assiomatiche e teoriche. E questo è un grande contributo che lo storico che qui onoriamo ci reca con le sue opere e il suo stile.

5. *Altri scritti penalistici di G.P. Massetto.*

Se i grandi medaglioni biografici degli uomini del secolo d’oro sono i lavori per i quali noi vigentisti siamo maggiormente debitori a Gian Paolo Massetto, non vorrei tuttavia omettere di ricordare brevemente taluni degli altri saggi pubblicati nel volume degli scritti penalistici.

Innanzitutto, il saggio sull’attività e sulla giurisprudenza del Senato milanese costituisce una sorta di lavoro propedeutico al nucleo centrale dei lavori sull’illuminismo penale, poiché delinea l’arbitrarietà delle pratiche giudiziarie che favorirono la reazione verso il diritto dell’antico regime e la successiva svolta.

Particolarmente felice e straordinariamente attuale è l’ampia “voce” enciclopedica dedicata alla *sentenza* nel diritto intermedio. Essa è esemplare – almeno ai miei occhi – per come la storia di una categoria centrale del diritto e dell’esperienza giuridica viene svolta non già nella sequenza mec-

canica di concezioni teoriche astratte bensì nell'evoluzione delle sue radici sociali e politiche più sostanziali capaci di forgiare ed esplicitare il senso di questo decisivo momento della vita del diritto costituito dalla sentenza.

La sentenza, che segna la concretizzazione della *voluntas iuris* e il suo quasi misterioso tramutarsi da enunciato deontico ad atto di cogenza fisica, ha un'esigenza fortissima di *legittimazione*. Anzi, ha bisogno di una duplice legittimazione per potersi accreditare quale strumento "finale" di regolazione dei rapporti sociali.

La prima legittimazione si direbbe "a monte", per usare un'espressione di un gergo un po' datato. È la legittimazione che riguarda la derivazione del potere espresso nel *dictum* giudiziale: donde viene questo potere, davvero terribile specie nel campo penale? Ed ecco che vengono in gioco, quale possibili risposte di volta in volta prevalenti, la *auctoritas principis*, la legge, la *consuetudo iudicandi*. Parole antiche di straordinaria attualità: lasciata da parte l'*auctoritas principis* perché ormai lontana dall'odierna concezione spersonalizzata del diritto, non c'è dubbio che oggi è viva e potente la tendenza a scivolare sempre più dalla legge alla *consuetudo iudicandi*. L'autorevolezza della decisione giudiziaria sembra progressivamente essere sempre meno mutuataria della legittimazione democratica della legge, invero non di rado assai screditata, per divenire sempre più autoreferenziale e fondarsi sulla capacità di fornire risposte adeguate alle esigenze sociali e, in particolare, risposte prevedibili, calcolabili dai cittadini. La *consuetudo iudicandi* finisce addirittura per riempire di contenuto quella legalità penale sempre più erosa dalla cosiddetta crisi della legge. Ne sono testimonianza incontestabile sia l'accezione europea della legalità penale, come elaborata dalla Corte di Strasburgo, nel senso appunto della prevedibilità, sia la recentissima riforma dell'art. 618 c.p.p. sul valore tendenzialmente vincolante del precedente giurisprudenziale proveniente dalle Sezioni unite della Cassazione.

La seconda legittimazione la sentenza la deve trovare "a valle", cioè nel momento in cui essa è sottoposta al banco di prova della sua accettazione da parte dei destinatari e della comunità, senza della quale il diritto vede pregiudicata la sua stessa funzione di stabilizzazione sociale. E qui viene in gioco il ruolo fondamentale della motivazione. Una problematica attualissima, se è vero come è vero che sul piano della motivazione si gioca in fondo il carattere democratico della giurisdizione e s'invera l'enunciazione costituzionale per cui la «la giustizia è amministrata in nome del popolo»

(art. 101.1 Cost.). Con la motivazione il “potere” giudiziario si autolimita nel consentire l’esercizio del diritto di difesa e nel sottoporsi al controllo diffuso da parte della comunità dei chierici e dei laici del diritto, con ciò entrando nel circuito democratico di produzione complessiva del diritto vivente.

È tutt’altro che un caso, dunque, che la “voce” di Masetto sia articolata in soli due grandi e lunghi paragrafi, quello sul *precedente* e quello sulla *motivazione*.

Nell’avviarmi ormai a concludere queste noterelle, non vorrei privarmi del piacere di accennare ad un ultimo scritto di Gian Paolo Masetto che mi ha molto colpito. Si tratta del saggio sulla giustizia in Italia nell’età del Don Chisciotte. Il lavoro si apre con un riferimento ad un episodio del grande romanzo cervantiano e con un richiamo ad un pensiero di Miguel de Unamuno, che mi paiono esprimere con la forza espressiva dell’arte i sempre irrisolti nodi del diritto penale. L’episodio è quello in cui Don Chisciotte, il castigatore, il fustigatore, si fa pietoso e libera i galeotti che venivano condotti alla galera in catene. Il richiamo a de Unamuno è per spiegare la contraddizione apparentemente manifestata da Don Chisciotte nell’episodio dei galeotti: dice il grande poeta ricordato da Masetto che quella contraddizione si spiega con la contrapposizione tra la pena che, da un lato, sgorga dall’umanità, anche collerica talvolta, violenta, immediata, istintiva, ma che può sempre convertirsi in perdono, e la pena pubblica, dall’altro, la pena statale, pubblica, fredda, meccanica, inesorabile in quanto espressione di un potere razionalmente calcolatore. Ecco, mi pare che qui affiori chiaramente la grande contraddizione che la modernità ha messo implacabilmente in luce: la contraddizione tra le radici più irrazionali della punizione, ma comunque contrassegnata da umanità, e lo sforzo di razionalizzazione della pena, che finisce però per consegnarla nelle esclusive mani dello Stato alimentando così le tentazioni di un suo uso a vantaggio del “potere” (e realizzando così una sorta di vera e propria mistificazione potrebbe dire qualcuno). Ebbene, Masetto con questo suo sorprendente *incipit* del lavoro sulla giustizia nell’età del Don Chisciotte mostra di conoscere bene le più profonde ed eterne contraddizioni della pena e rivela così la sua autentica sensibilità di penalista. E lo fa senza alcuna prosopopea: tutto al contrario, egli con grande sobrietà e – direi – signorilità si aggira nei meandri più riposti e oscuri di questa area del diritto, alla quale mi pare di poter dire egli abbia dato un prezioso contributo con le sue instancabili ricerche.