

MARIO SBRICCOLI

Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano
(1860-1990)

Il sistema penale italiano si sviluppa dentro una lunga storia di coerenza e continuità. Sottoposto ad una chiave di lettura che tenga unite le sue diverse fasi, piuttosto che separarle o scandirle secondo articolazioni scolastiche tratte e ormai trite, esso mostra una sostanziale unitarietà. Ci sono *costanti* nel modo del suo sviluppo e *caratteri originari*, acquisiti fin dai primi decenni che seguirono all'Unità, che hanno impresso su di esso alcuni *tratti permanenti* capaci di dettare ancora oggi la cifra di lettura storica utile per ricostruirne correttamente l'evoluzione.

Questo scritto vuole ripercorrere gli aspetti salienti dell'esperienza penalistica italiana lungo centotrent'anni di vita unitaria, mostrando come la vicenda storica di questo Paese abbia modellato un sistema penale dai lineamenti riconoscibili e ormai stabilmente acquisiti. Dirò subito a cosa penso, indicando quelle che sembrano le componenti strutturali, storicamente stratificate, del modo d'essere dell'ordinamento penale italiano. Riprenderò poi più in là l'analisi diacronica delle singole questioni che innervano e sostengono lo sviluppo della questione penale dagli anni Sessanta del secolo scorso fino agli Ottanta di questo.

I. *L'impronta delle origini.*

I.1. Sotto il segno dell'emergenza.

Il Regno d'Italia nasce sotto il segno di una mortale emergenza. L'insurrezione di una parte delle popolazioni meridionali mette in pericolo da subito, ed in modo assai serio, l'unità dello Stato appena realizzata, e getta drammaticamente il Regno appena proclamato in una difficilissima condizione politica ed istituzionale. Il modo in cui quella classe dirigente reagì, sul piano normativo e su quello delle pratiche di giustizia, impresse indelebilmente nel sistema penale italiano un segno che si sarebbe rivelato praticamente incancellabile: un *imprint* originario destinato a durare e a colora-

re di sé la politica penale dello Stato lungo l'intero arco della sua esistenza: una costituzione materiale penale si sarebbe affiancata stabilmente a quella formale, finendo per metterla sovente in ombra, o perfino per soppiantarla, quando le condizioni politiche sarebbero state tali da consentirgli o addirittura pretenderlo. L'affermazione non sembri enfatica. In ragione di quella emergenza¹, si dette vita ad una legislazione eccezionale² dalla quale pullularono, su di un terreno peraltro già preparato ad accoglierli³, prassi e principi che si installarono permanentemente nell'ordinamento penale⁴, con il fine di prevenire l'ordinario e di fronteggiare l'emergente.

¹ Non mi fermo sui limiti e sulle inadeguatezze, sulle buone ragioni e sui cattivi calcoli che condussero governo, Parlamento e classe dirigente a ridurre la risposta istituzionale al solo versante della legge, dell'ordine e della mano militare. Posso rinviare, oltre che al classico studio di F. MOLFESE, *Storia del brigantaggio dopo l'Unità*, Milano 1964, alla buona sintesi di D. ADORNI, *Il brigantaggio*, in L. VIOLANTE (a cura di), *La criminalità*, vol. XII di *Storia d'Italia. Annali*, Torino 1997, pp. 282-319, che pur tiene in ombra le conseguenze che quella vicenda ebbe sul sistema punitivo del Regno appena nato.

² La legge Pica, del 15 agosto 1863, introdusse per la prima volta nel sistema punitivo italiano alcuni istituti e diversi principi che poi, perpetuatisi con il passaggio in successive leggi di pubblica sicurezza e quindi nei numerosi testi unici che si susseguirono dagli anni Settanta in poi, mutati di nome e adeguati nei contenuti, restarono nell'ordinamento arrivando, in alcuni casi, fino ai giorni nostri. I tribunali militari di guerra vennero incaricati di applicare le norme penali straordinarie introdotte dalla legge (per i «briganti» colti con le armi in pugno si prevedeva la morte, mentre si promettevano diminuzioni di pena a quelli che si fossero spontaneamente presentati alle autorità). La giustizia militare era stata individuata come la più garantita delle giustizie rapide, ma quella rapidità fu troppo spesso trasformata in sommarietà. I militari giudicavano sovente con la costituzione di un tribunale straordinario sul posto: senza assicurare alcuna difesa agli accusati, spesso senza attenersi al rito, eludendo così il principio che voleva che ci si riferisse ad un vero tribunale di guerra. La legge dava poi al governo la facoltà di assegnare, per non più di un anno, un domicilio coatto agli oziosi, vagabondi, sospetti, camorristi e manutengoli, introducendo così nell'ordinamento un istituto che vi sarebbe restato a lungo, sia pure con i diversi nomi di confino di polizia o di soggiorno obbligato.

³ Seguendo un vento che veniva dalla Francia, il Regno Sardo piemontese aveva già introdotto nel 1852, e poi prorogato, una legge provvisoria che puniva i sudditi privi di un lavoro, di un tetto o di qualche risorsa per vivere ogni giorno (oziosi, vagabondi, mendicanti ed altre persone sospette), in omaggio ad un'aperta concezione soggettivistica e sostanzialistica della devianza quale condizione personale e sociale (così L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 1989, p. 818, che discute nelle pagine successive la lunga sequela delle leggi di prevenzione prodotte sul terreno dell'ordine pubblico, dall'Unità fino ai nostri anni Ottanta).

⁴ C'è da dire che la cultura giuridica italiana venne colta impreparata dalla vicenda legislativa innescata dall'emergenza meridionale. Non solo perché in quella fase i penalisti, provenienti da esperienze disparate, in gran parte giovani in via di costruirsi un'autorevolezza che ancora non possedevano, dispersi in sedi universitarie alle quali accedevano per la prima volta, non erano oggettivamente in grado di far sentire la loro voce; ma anche perché i più autorevoli tra i giuristi che avevano fatto del penale terreno di battaglia civile nelle loro esperienze preunitarie (penso a Pasquale Stanislao Mancini, Enrico Pessina, Raffaele Conforti, Giuseppe Pisanelli) si trovarono coinvolti in responsabilità parlamentari e di governo che li condizionarono fortemente: essi temevano seriamente per la sopravvivenza stessa del Regno appena nato, che era effettivamente e gravemente minacciata. Pensavano, di conseguenza, che una tale emergenza potesse giustificare ciò che si stava facendo, e che non ci fossero altre vie da seguire. Altri, come Francesco Carrara, erano portatori di un dissenso che non intendevano apertamente manifestare, nella convinzione di non dover

In primo luogo il principio stesso della *legge d'eccezione*, che, in ragione di un sopraggiunto stato di necessità e di pericolo (come si comprende, non c'è differenza, per questi effetti, tra un pericolo reale ed un pericolo creduto), e sia pure per un tempo determinato, consente di stravolgere scale penali, aggravare procedure, sospendere o comprimere garanzie, varcando i limiti della legalità costituzionale. Procedure speciali, penalità aggravate, norme straordinarie costellano l'esperienza penalistica italiana e si impongono come una delle sue stabili peculiarità, così come lungamente si sono usate indulgenza o noncuranza nei confronti di pratiche abusive o illegali di apparati pubblici, per la sola ragione che esse venivano applicate a soggetti ritenuti pericolosi, sospetti o magari colpevoli, ma senza che se ne fosse potuta provare la responsabilità.

Quale stabile complemento legato alla legislazione di emergenza, anch'esso per così dire incistato *à jamais* nell'ordinamento punitivo del Regno in occasione dell'insurrezione meridionale (e poi ereditato dalla Repubblica), va aggiunto quello che potrebbe essere chiamato il *paradosso del fallimento* della legislazione d'emergenza, in forza del quale le leggi eccezionali, di regola introdotte in via provvisoria, vengono di regola prorogate o rinnovate per la sorprendente ragione che il problema per il quale erano state pensate è rimasto irrisolto. Il loro scacco è la giustificazione della loro conferma. Ed è norma che anche una volta uscite di vigore esse lascino nell'ordinamento pesante traccia di sé, introducendovi principi destinati a durare ed a perpetuarne lo strumentario, quando non lo spirito.

1.2. Un duplice livello di legalità.

Entra così nell'ordinamento, frutto quasi di una ineluttabile fisiologia, un *duplice livello di legalità*. L'emergenza legittima la *prevenzione* e la prevenzione si vale soprattutto del *sospetto*; la libertà dei sospettati, dei 'pericolosi', dei *disturbers*, può essere costretta o diminuita con l'uso di *istituti di polizia preventiva*, con pratiche arbitrarie e con abusi tolle-

intralciare una risposta che andava pur data e nella speranza che i cruciali confini della legalità costituzionale non sarebbero stati varcati. Sul significativo atteggiamento di Carrara, chi volesse potrebbe far riferimento a M. SBRICCOLI, *Politica e giustizia in Francesco Carrara*, in AA. VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte. Atti del Convegno internazionale, Lucca-Pisa, 2-5 giugno 1988*, Milano 1991, pp. 441-49.

⁵ Com'è noto, si trattava di istituti a carattere principalmente amministrativo, provvisti di un marginale grado di giurisdizionalità, peraltro cresciuto nel tempo, disciplinati nella legge di pubblica sicurezza ed impiegati a fini di oppressione e prevenzione nei confronti - agli inizi - di oziosi, vagabondi, mendicanti, pregiudicati per reati contro la proprietà, poi sempre più estesi ad altre

za e lungimiranza, si distrae, sottovaluta e delega¹³, salvo poi tornare a battersi ogni volta che il livello non garantito, per l'effetto di qualche evenienza politica, finisca per inquinare in qualche modo l'area presidiata dai codici e dall'ordinaria giurisdizione.

1.3. Evidenza e centralità del problema penale nella vita politica italiana.

Talora in modo evidente e perfino rumoroso, talaltra con minore percepibilità, il dibattito sul problema penale¹⁴ è rimasto costantemente tra le questioni centrali della vita politica italiana. Diverse, e talvolta opposte le ragioni, dettate dalle condizioni di volta in volta di arretratezza o, al contrario, di crescita politica e civile, che il Paese ha conosciuto durante la sua storia unitaria. Ho più volte insistito su questa condizione caratterizzante della nostra esperienza storica¹⁵, perché sarebbe sbagliato ridurla a quel tanto di scontato che pur contiene, e trattarla con la noncuranza che si riserva alle ovvietà: essa rappresenta un carattere originario e permanente della maniera penale italiana perché ha colorato di sé qualità e limiti delle politiche penali che abbiamo conosciuto; ha contribuito alla formazione di giuristi attenti al diritto ma sensibili anche ai suoi contesti, rendendosi leggibile fin nelle opzioni tecniche degli orientamenti dottrinali che si sono man mano succeduti; ha fatto del penale strumento e terreno, insieme, di un confronto che ha coinvolto politica e società, andando spesso molto al di là della mera dimensione giuridica.

¹³ Così nell'occasione del 1863, quando di fatto ammutolì, così nel 1871, e così nel 1888, quando si discusse il progetto di legge Crispi sulla pubblica sicurezza destinato a divenire la legge di pubblica sicurezza che avrebbe affiancato il codice Zanardelli (cfr. L. MARTONE, *La difesa dell'ordine. Il dibattito parlamentare del 1888 sulla legge di pubblica sicurezza*, in ID. (a cura di), *Giustizia penale e ordine in Italia tra Otto e Novecento*, Napoli 1996, p. 189).

¹⁴ Il 'problema penale' ci viene dalla fondante discussione che se ne fece nel secondo Settecento: tiene insieme la riflessione sui diritti coinvolti, sui limiti della legge, sulla qualità del processo, sulla natura, funzione e civiltà delle pene, sui caratteri che deve avere la giustizia penale, sulla quantità di penalità che una società può mettere in campo per difendersi, ma anche su quanta può tollerarne per restare libera, sui criteri dell'incriminazione, sui limiti che deve darsi il potere punitivo e su quelli che necessariamente incontra chi agisce in mezzo a 'beni' meritevoli di tutela. «Una discussione – ha scritto G. TARELLO, *Il «problema penale» nel secolo XVIII*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», n. 5 (1975), p. 16 – che i due secoli successivi hanno continuato a condurre (nei termini settecenteschi), e che fa fatica ancora oggi a rinnovarsi nelle sue linee fondamentali per adeguarsi a realtà che sono radicalmente altre rispetto a quella che l'ha vista nascere».

¹⁵ M. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale, 1883 - 1912*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», I (1974-75), n. 3-4, pp. 563 sgg; ID., *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari 1990, pp. 152 sgg.

Il problema penale emerse certamente come problema cruciale nei primi decenni che seguirono l'Unità, quando un incerto e contrastato movimento di riforma e modernizzazione investì la società e lo Stato. Si vide in concreto che gran parte del rinnovamento del sistema finiva per attraversare il penale, e che col penale avevano a che fare la crescita delle libertà, l'ammodernamento dei rapporti tra Stato e cittadini, la maturazione civile della società nel suo complesso. Così come erano affare primario del momento punitivo le pratiche di disciplinamento da imporre ad una popolazione 'diseducata', si diceva, dal paternalismo indulgente tipico di un rapporto di sudditanza che nelle esperienze di molte regioni italiane non era mai passato attraverso lo Stato.

Mettere le mani nel penale significava dunque entrare nel vivo della vita del Paese, e porre mano alla costruzione del Paese significava passare inevitabilmente anche per il penale. Si può dire che ogni questione aperta in materia di libertà, di crescita civile, di giustizia, trovasse un suo necessario riferimento in primo luogo nel sistema penale. Per converso, e lungo l'intera storia dello Stato italiano, apparati repressivi e istituzioni giudiziarie, legislazione e diritto penale tornarono in prima linea ogni volta che si trattò di fermare o di far regredire livelli di libertà e legalità che sembravano ormai raggiunti e acquisiti. Una costante, dunque. Assai visibile nelle fasi maggiormente caratterizzate, meno avvertita, ma ugualmente operante in alcuni lunghi periodi non attraversati, per diverse ragioni, da conflitti manifesti. Ed è indicativo il fatto che proprio nei momenti di maggiore difficoltà per il Paese, che si sia trattato dell'emergenza brigantaggio, o della crisi di fine secolo, del triennio di sangue che precedette il fascismo o della crisi Matteotti, dell'emergenza terrorismo o di quella mafiosa, ovvero del ritorno al centro della scena del rapporto tra politica e giustizia dopo la vicenda detta di «Mani pulite», il momento penale sia immediatamente balzato ogni volta al centro della scena: in quanto *strumento* primario della risposta e quindi *terreno* inevitabile dello scontro.

La centralità del penale sta innanzitutto nella rilevanza politica delle questioni che i penalisti si trovano a trattare, anche quando si tratta di aspetti della loro riflessione che sembrano puramente tecnici o dogmatici. Ma esistono problemi, tra quelli che essi affrontano, che hanno un immediato riflesso sulla società, implicando opzioni che sono in primo luogo politiche, culturali, di civiltà: si va dalle questioni che riguardano la politica criminale – specie nella lunga fase in cui si è stati convinti che lo strumento sanzionatorio fosse il più efficace nel governo della criminalità – a quelle che investono la pena, speciale indicatore dei livelli di civiltà di un ordinamento giuridico (si pensi, in particolare, al-

la questione della pena di morte); fino a quelle che coinvolgono il ruolo della giustizia passando per il processo, la funzione dei magistrati, i diritti dei cittadini, la salvaguardia della legalità o le esigenze di difesa della società.

Esemplare, in questo quadro, è la dialettica ordine-libertà. Essa attraversa tutta la riflessione penalistica ottocentesca e si ripropone fino ai giorni nostri, in forme appena aggiornate (efficacia *versus* garanzia), tenendo aperta una insopprimibile contraddizione. Il conflitto potenziale e spesso attuale tra un bene politico (la sicurezza dello Stato, la tranquillità della società, la protezione dei singoli) ed i diritti di libertà, civili e politici, dei cittadini, mantiene infatti nel sistema penale una perenne questione di equilibri e confini: gran parte della storia di quel sistema è segnata da questo stabile carattere di continuità, e gira intorno alla ricerca di quegli equilibri e di quei confini.

1.4. L'impegno civile dei penalisti.

Una caratteristica permanente dell'esperienza penalistica italiana sta dunque nella durevole centralità delle questioni penali nelle diverse fasi della vita politica del Paese. Ad essa si correla un tratto distintivo che riguarda la vocazione, per così dire, della scienza e della cultura giuridica penali, impegnate con un loro spirito peculiare, storicamente caratterizzato, intorno alle ragioni ed ai modi del proibire, del prevenire, del giudicare e del punire. Si tratta di quella specifica attitudine dei penalisti italiani (di recente visibilmente riapparsa, dopo quella che è potuta sembrare una lunga eclissi) che ho già avuto modo di designare come *penalistica civile*¹⁶.

La dottrina penalistica postunitaria, in ragione del suo oggetto e delle radici che essa affondava nel più significativo riformismo settecentesco, era quella che più di ogni altra, nel campo giuridico, aveva conservato un ancoraggio a referenti filosofici, a progetti e programmi, a punti di riferimento esterni alla dimensione del giuridico. Ricerca e discussione si articolavano assai più sui presupposti e sui fini del sistema punitivo che non sul versante tecnico della sua gestione. All'indomani dell'Unità l'obiettivo primario sembrò ai penalisti che avevano fatto una lunga esperienza di opposizione sotto regimi illiberali, quello di assicurare libertà e garanzia nell'agire politico, di creare uno spazio efficace per la 'giustizia' nella vita sociale, ma soprattutto di arricchire il processo di incivilimento, del quale la centralità del diritto penale li rende-

¹⁶ SBRICCOLI, *La penalistica civile* cit., pp. 155 sgg.

va protagonisti primari. Enrico Pessina attribuiva questa attitudine originaria della penalistica italiana al fatto che lo spirito scientifico del Paese si era risvegliato nel vivo delle nuove questioni politiche e pratiche che lo avevano investito. «A ciò si aggiunsero – scriveva nel 1868¹⁷ – altre due cagioni assai efficaci. L'una di esse fu la libertà politica [...]. L'altra fu l'aggrandirsi della nazione innanzi a se stessa con la coscienza della sua personalità civile [...] e da quello che si è fatto nei pochi anni decorsi dal 1859 sino ad oggi, egli è facile desumere a qual grado si innalzerà la scienza del diritto penale in Italia come più l'orizzonte politico che ci sta d'intorno sarà rasserenato»¹⁸. Ancora una volta, dunque, un *carattere originario*, in aggiunta segnato dalla particolarità dell'esperienza giuridica penale.

A differenza di quanto sarebbe rapidamente avvenuto nel campo civilistico ed in quello pubblicistico, infatti, il penale non era programmaticamente avviato verso una progressiva autonomizzazione¹⁹, o – meglio ancora – verso una deliberata autoreferenzialità sistematica. Esso non alzava steccati che lo rendessero impenetrabile da parte degli altri sistemi del sapere sociale e dalle dinamiche della vita politica del Paese: non si leggeva come apolitico, non si considerava avalutativo, ed i paradigmi elaborati dai penalisti si mantenevano fortemente ancorati ad una assiologia esterna al giuridico che continuava a dare senso e centralità politica alla questione penale.

La dimensione filosofica del diritto penale è allo stesso tempo il fondamento ed il limite nel quale i penalisti della prima 'scuola' italiana collocano la loro scienza²⁰: l'apertura che da essa deriva fa del penale un sapere complesso, nel quale il momento giuridico mantiene la sua priorità (perché fornisce la logica e la lingua), ma contenuti, ragioni e fini si rap-

¹⁷ E. PESSINA, *Dei progressi del diritto penale in Italia nel secolo XIX*, Firenze 1868, p. 147. Questa pagina si ritrova nel saggio *Del Diritto Penale nel Regno d'Italia dal 1859 sino al 1857* (1868), poi ripubblicato nei *Discorsi vari*, VII, Napoli 1916, pp. 87-169, ed infine rifuso in *Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del codice penale vigente*, in E. PESSINA (a cura di), *Enciclopedia del diritto penale italiano*, vol. II, Milano 1906, p. 671.

¹⁸ *Ibid.*, p. 148.

¹⁹ Sul processo ottocentesco di progressiva autonomizzazione della scienza del diritto, dentro un disegno antilluministico teso a mettere diritto e Stato al di sopra e al di là delle contingenti vicende politiche, che solo tardi coinvolge anche il diritto penale, si legga la lucida sintesi di L. FERRAJOLI, *Scienze giuridiche*, in C. STAJANO (a cura di), *La cultura italiana del Novecento*, Roma-Bari 1996, pp. 559-97.

²⁰ Appartiene ai prodromi di quella fase (1840-43) la discussione che Terenzio Mamiani e Pasquale Stanislao Mancini impegnarono intorno al *diritto di punire*, tema rischioso perché logorato da un'usura eccessiva che lo aveva fatto scadere di tono e di senso (T. MAMIANI e P. S. MANCINI, *Fondamenti della filosofia del diritto e singolarmente del diritto di punire. Lettere*, Torino 1853¹). Ma la lezione fondamentale, su questo terreno, veniva dall'impianto filosofico che Gian Domenico Romagnosi e Giovanni Carmignani avevano dato alla loro visione del diritto penale.

portano a opzioni politiche, a programmi di riforma, a obiettivi sociali attinti in ambiti che giuridici non sono.

La penalistica civile ha questa apertura. Essa si fonda su saperi complessi e integra programmaticamente nella scienza giuridica una visione critica e colta che assume dalla società e dalla storia. Costruisce così una sua fisionomia, in termini di cultura giuridica, fondata sul *sistema penale come deve essere*. In questa prospettiva, il diritto penale che essa viene elaborando tende a confondersi progressivamente con ciò che oggi chiameremmo politica del diritto. Ma, se posso dire, senza scendere di livello. Innanzitutto conservando una attenzione costante e rigorosa per la dogmatica, della quale si conoscono le rassicuranti virtù in termini di tenuta della scienza giuridica quando questa è chiamata a farsi legislazione. Il governo della dogmatica consente infatti alla scienza criminale di svolgere – secondo l'espressione di Francesco Carrara²¹ – «la sua missione di moderare gli abusi dell'autorità», perché è in grado di opporre ragioni inalterabili quando si tratti di «frenare le aberrazioni dell'autorità sociale nel divieto, nella repressione e nel giudizio, onde questa si mantenga nelle vie di giustizia e non degeneri in tirannia»²². È in omaggio a questo originario punto programmatico che gran parte dell'opera della penalistica civile consisterà nel tentare di convertire in principi e precetti dogmatici i risultati della sua complessa riflessione. Si trattava infatti di rinnovare la legislazione, partendo dalla critica dell'esistente e mettendo in opera strumenti che non si limitassero allo specifico giuridico; poi però tutto doveva essere ricondotto nei limiti, nella logica e nella lingua del diritto. L'elaborazione di una dogmatica adeguata avrebbe garantito il senso e l'esito di questi difficili passaggi.

Ma la vocazione all'apertura culturale, alla permeabilità politica ed alla sensibilità civile che caratterizza la penalistica italiana, non si esaurisce nello sforzo di dare forma tecnica a opzioni politiche, facendo entrare la società, se si può dire, nell'esperienza della scienza giuridica. Con diversa intensità e segno diverso, i penalisti italiani, o quelli tra loro più attenti alla dimensione civile della loro funzione, hanno sovente realizzato l'operazione inversa. L'hanno fatto, talora con autentico spirito militante, con gli scritti o dalle cattedre, lavorando come avvocati o testimoniando come giudici, rivestendo rilevanti ruoli istituzionali o impegnandosi materialmente nelle riforme legislative. Lo hanno fatto penalisti che appartenevano all'*establishment* ed altri che militavano nelle opposi-

²¹ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, 3 voll., Prato 1886⁶, ristampata a cura di F. Bricola e M. Nobili, Bologna 1993, *Prefazione* alla 5^a ed., p. 31.

²² *Id.*, *Programma. Parte generale. Prefazione* cit., p. 31.

zioni, studiosi lontanissimi tra loro per opzioni metodologiche e scientifiche, mossi da ragioni talora inconciliabili, ma tutti in omaggio ad una verità: *le leggi penali sono indissolubilmente legate alle vicende delle pubbliche libertà*.

Valga un esempio solo. Quasi ottantenne, nel 1925, Luigi Lucchini subì da quel regime fascista che, per 'l'orrore del sovversivismo', aveva invocato ed applaudito solo pochi anni prima, la violenza di una perquisizione nella redazione della sua «Rivista Penale», il sopruso del primo sequestro e l'onta di un processo per oltraggio al capo del Governo. Ricorda allora, solo colpo che gli sia consentito restituire, alcune sue battaglie del passato, quando difendeva valori e principi che erano già diventati a loro volta sovversivi nell'Italia fascista. Il suo è un lungo elenco, indicativo di quanto certi giuristi abbiano saputo fare per obbedire all'idea che avevano della loro funzione:

Le prime avvisaglie si ebbero illustrando i provvedimenti e le decisioni concernenti gli stati d'assedio e i tribunali di guerra, istituiti da una cieca reazione governativa in alcune provincie del Regno. Si proseguì attraverso gli scandali della «banca romana», le leggi eccezionali di p.s. e le inchieste sulla magistratura e sulla sottrazione di certi documenti politici, e poi attraverso le megalomanie crispine, i disordini del 1898 e i provvedimenti politici del Gabinetto Pelloùx, che noi prenderemo particolarmente ad analizzare; e fece capo alla *diagnosi dolorosa* del regicidio, che fu alla sua volta l'epilogo di una situazione anormalmente cronica, diagnosi e analisi che ebbero pure una ripercussione negli annali giudiziari e parlamentari. Tutto questo a dimostrare la verità di quanto rilevammo inaugurando la quarta serie della *Rivista*, che cioè «*le leggi penali sono indissolubilmente legate alle vicende delle pubbliche libertà*» e come «le funzioni di magistrato da me assunte nel frattempo non mi avessero fatta smarrire la linea retta del compito scientifico»²³.

2. La vicenda penale dell'Italia unita.

La fase fondante del sistema penale italiano, quella che va dall'Unità al fascismo, va riletta con corretto metodo storico e con l'adozione di chiavi interpretative adeguate²⁴. Una simile ovvietà mi viene suggerita dalle condizioni in cui è stata tenuta per decenni la storia penale di

²³ L. LUCCHINI, *Inaugurando il 2° Cinquantennio della Rivista*, in «Rivista Penale», LI (1925), n. 101, pp. 11-12.

²⁴ Il corretto metodo storico non sta in altro che nell'andare direttamente alle fonti: in primo luogo alla dottrina, che fu ricca, fitta, articolata; quindi alla produzione normativa, particolarmente sensibile, in quella fase, al contributo dei giuristi; infine, al sistema in atto, che esige la valutazione degli effetti, in termini di funzionamento della giustizia, andamento del fenomeno criminale, incidenza del penale sul complesso della vita politica e civile dell'Italia di quegli anni. Le chiavi interpretative adeguate sono quelle che servono a collocare quelle fonti nei loro contesti storici perché assumano senso e ne diano alla ricostruzione storica.

quella fase cruciale. Coltivata nel genere letterario delle *Premesse storiche*, con le quali ancora oggi si continua ad ornare i manuali di diritto penale²⁵, quella storia ha conosciuto una sorte che non esito a definire paradossale.

Una vicenda di accalorato scontro dottrinale, dispiegatasi negli anni Ottanta del XIX secolo, si è impossessata di essa e, invece di divenire – come avrebbe dovuto – semplice oggetto di riflessione storica, le si è imposta ed ha finito per dominarla, prescrivendole un assillante paradigma: quello delle ‘scuole’ come criterio metodologico assoluto. La storia del penale ha così assunto, in quelle ricostruzioni, un andamento convenzionale, ripetitivo, tralattizio, ma prima di tutto fuorviante²⁶. Ha vietato a se stessa ogni possibilità di cogliere gli elementi unificanti dell’esperienza postunitaria, ha semplificato le complessità, ha reso invisibili le vicende trasversali²⁷ e dimenticato le personalità non riducibili agli schemi di schieramento, che pure hanno enormemente contato nella penalistica italiana. Si è allontanata dalle fonti – con rare, recenti

²⁵ Occorre dire che solo da una ventina d’anni gli storici del diritto, insieme ad alcuni penalisti che vi si sono applicati con metodo adeguato, hanno cominciato ad indagare la storia del diritto penale dell’Italia unita. Prima di allora, soltanto le *Premesse* dei manuali di diritto penale (nulla, significativamente, nei manuali di procedura penale): altra cosa sono i percorsi storici che precedono alcune trattazioni monografiche, che – a patto di non consistere in pura maniera accademica – sono spesso momento decisivo, quando sono ben fatti, per la ricostruzione della fisionomia dogmatica di questo o quell’istituto. Una rassegna delle *Premesse storiche* dei manuali, alla ricerca di quanto resta nella memoria dei giuristi del contributo dato dalla scuola positiva sta in G. NEPPI MODONA, *Diritto penale e positivismo*, in E. R. PAPA (a cura di), *Il positivismo e la cultura italiana*, Milano 1985, pp. 49 sgg. I suoi esempi si spingono fino al 1982, ma da allora le cose non sono cambiate. Sia le riedizioni di manuali classici, sia i nuovi manuali, contengono, secondo il rito, la sintetica indicazione dei caratteri distintivi di scuola classica, scuola positiva, terza scuola e così via, arrivando di norma fino all’entrata in vigore del codice Rocco. Sempre più spesso, ora, arrivano più in qua, ma il discorso storico sul diritto penale del dopoguerra diviene subito – come è giusto – premessa politica di profili dogmatici.

²⁶ Ha enormemente contribuito ad avvalorare questo metodo e a dare questa linea il volume di U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai nostri giorni*, pubblicato nel 1924 e poi ancora a Torino nel 1932 ed a Firenze nel 1974. Le ‘scuole’ come paradigma, i singoli autori promossi a capitoli della storia del penale, la chiave ricostruttiva dell’eclettismo ogni volta che le ‘scuole’ si rendono irrimediabilmente inafferrabili, la sistematica trasfigurazione di ogni metodo di approccio giuridico o di politica del diritto in *scuola-tendenza-indirizzo*, sono da lì legittimati. Schieramento, dialettica, composizione fanno da chiave e criterio ricostruttivo, per giungere infine a Giovanni Gentile, al quale «deve volgersi il criminalista che voglia pervenire ad una cognizione sempre più profonda e sistematica di quei problemi» (ed. 1974, p. 220). Tutto ciò risuona nella letteratura delle *Premesse storiche* e vengono da lì, dall’idealismo assoluto degli anni Venti, molti schemi interpretativi ancora circolanti.

²⁷ Le esperienze trasversali, non le sincretistiche o le eclettiche, che son rimaste fin troppo visibili. Quanto alle prime, c’è voluto un penalista attento ai contenuti e che si era già cimentato nella ricerca storica, come Guido Neppi Modona, per vedere di nuovo una presenza trasversale come quella del socialismo giuridico penale, messo in ombra per quasi un secolo dalla vulgata storica di matrice positivista (mi riferisco a G. NEPPI MODONA, *Una «scuola» dimenticata: il socialismo giuridico nel diritto penale*, in «Giustizia e Costituzione», II (1971), n. 4, pp. 29-33).

eccezioni²⁸ – appagandosi di un canovaccio tramandato, manuale dopo manuale, nel quale la storia del penale postunitario è ossificata nella triade Carrara, Ferri, Lombroso, a loro volta ridotti a maschere o costretti a forza dentro una *silhouette* che semplifica la loro difficile complessità, restituendoci un banale stereotipo. Ha fatto delle ‘scuole’, come dicevo, il primo criterio metodologico, ma ha poi ridotto la cosiddetta scuola classica alla sola figura di Francesco Carrara²⁹, con ciò adottando, come dirò qui sotto, uno dei cardini della polemica ferriana.

2.1. La bufera dottrinale degli anni Ottanta.

La storiografia che ha adottato il paradigma delle scuole penali, ha perpetuato, avendone peraltro persa la cognizione, i termini della battaglia ingaggiata da Enrico Ferri, agli inizi degli anni Ottanta, contro l’*establishment* della penalistica di allora.

Il mozzo del bastimento penale³⁰, dichiara l’esistenza degli schieramenti, ed indica il suo come quello che si vale della scienza e sta col progresso; poi fonda di fatto la formazione avversa – che non sapeva di esistere, né intendeva costituirsi – gli impone il nome di ‘scuola classica’³¹ e ne regola i confini culturali e storici³².

²⁸ Penso principalmente agli studi sulla figura e l’opera di Francesco Carrara realizzati non solo in occasione della celebrazione lucchese del 1988, ma anche in ricerche speciali diverse, ad esempio da Mario A. Cattaneo o da Tullio Padovani. A quelli suscitati da Sergio Vinciguerra sul codice Zanardelli, a quelli sulla pena di morte di Mario Da Passano, o sul reato politico di Floriana Colao; a quelli sul rapporto tra diritto penale, politica e legislazione condotti da tempo da Guido Neppi Modona o ai contributi sulle ideologie giuridiche penali prodotti da Luisa Mangoni. Malgrado la presenza di questi pur iniziali studi, che certo hanno arricchito la storia delle dottrine penali postunitarie, il paradigma delle scuole è adottato senza residui anche nella recente sintesi di C. F. GROSSO, *Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano tra Ottocento e Novecento*, in VIOLANTE (a cura di), *La criminalità cit.*, pp. 7-34, che rinvia a Ugo Spirito per la ricostruzione storica dei principi della scuola classica.

²⁹ Con cenni – anche questo fa parte del rito – alla sequela Beccaria, Romagnosi, Carmignani, Rosi, che non è affatto una sequela omogenea e contiene i prodromi di orientamenti ben diversi e destinati a dividersi, perfino dentro la penalistica postunitaria mentre era sotto la ‘tutela’ di Francesco Carrara.

³⁰ «... ultimo venuto, io sono come il mozzo di bastimento, cui tocca di stare a vedetta sull’albero maestro, essendo i piani inferiori della nave occupati già dai primi venuti. Ad essi noi dobbiamo perenne riconoscenza per esserci sostegno e guida; ma intanto la stessa età giovanile ci dà il vantaggio di potere, appunto, guardare dall’alto e coi nuovi strumenti il mare infinito della scienza» (E. FERRI, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna 1881, p. 3).

³¹ L’operazione avviene tra il 1881 e il 1882. L’espressione «scuola classica» compare nella prolusione senese del 18 novembre 1882, di E. FERRI, *La Scuola positiva di diritto criminale*, Siena 1883, p. 11, e poi nella conferenza *id.*, *Le ragioni storiche della Scuola positiva di diritto criminale*, in «Rivista di filosofia scientifica», II, 1882-83, p. 5. Non l’aveva usata invece in *id.*, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna 1881, che è il primissimo ‘manifesto’ della Scuola positiva.

³² L’operazione consiste nel dire che la ‘scuola classica’ arriva fino a Carrara e che dopo non c’è niente. La sua funzione è dunque conclusa, la sua ideologia è quella del Carrara ‘spiritualista’

Enrico Ferri, ancora giovanissimo, aveva saputo cogliere elementi di novità che erano, per così dire, nell'aria, e li aveva composti in una sorta di manifesto programmatico³⁴ dai contenuti dirompenti, dando l'avvio ad una corrente di studi da lui designata come 'scuola positiva di diritto criminale'³⁵. Alcuni fondamenti della scienza del diritto penale e molti dei principî che stavano entrando nel processo legislativo in corso per dare all'Italia il suo codice penale, erano aggrediti e scossi da quelle idee nuove. Basterebbe pensare alla responsabilità penale, i cui presupposti venivano capovolti; alla prospettiva retributiva, rovesciata in una tendenziale prevalenza della prevenzione; al delitto, guardato come un fenomeno umano, naturale e sociale, che postula la conoscenza del-

e dei suoi maestri 'filosofi'. Con ciò si evita di fare i conti con il diritto penale liberale a forte impronta realistica e storica che la generazione successiva a Carrara stava costruendo in Italia. Enrico Ferri comincia ad insinuare l'idea secondo cui «il venerando Professore di Pisa segna il limite più alto della scuola classica di diritto criminale, e dopo di lui il lavoro scientifico si assie ridotto a sole [...] innovazioni parziali» nello scritto di FERRI, *Le ragioni storiche della scuola positiva di diritto criminale* cit., pp. 321-37; svilupperà organicamente questa affermazione nella più nota prolusione pisana del 13 gennaio 1890, pubblicata in «Archivio giuridico», XLIV (1890), pp. 497-514 e poi in ID., *Studi sulla criminalità ed altri saggi*, Torino 1901, pp. 389-406, dal titolo *Da Cesare Beccaria a Francesco Carrara*, per poi ripeterla mille volte in altrettante occasioni.

³⁴ Nel 1881 Enrico Ferri, professore incaricato nell'Università di Bologna, pubblica la 1ª ed. de *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale* presso l'editore Zanichelli, delineandovi il suo programma scientifico. Quel primo scritto conoscerà una 2ª ed. nel 1884, interamente rifatta. La 3ª ed., anch'essa completamente ristrutturata, prenderà il nuovo titolo di *Sociologia criminale*, Torino 1892. La *Sociologia criminale* conoscerà poi altri rifacimenti nel 1900 (4ª ed.) e nel 1929 (5ª ed., in due volumi, riveduta e annotata da A. Santoro).

³⁵ Il programma della scuola positiva di diritto criminale viene enunciato da Ferri nella prolusione bolognese del 6 dicembre 1880 e pubblicato - con ampliamenti - in ID., *I nuovi orizzonti* (1881) cit. Chiamato dall'Università di Siena, Ferri vi pronuncerà, nel novembre del 1882, un'altra famosa prolusione con la quale 'fonderà' la scuola positiva di diritto criminale. La prolusione senese venne pubblicata col titolo *Le ragioni storiche della Scuola positiva di diritto criminale* in «Rivista di filosofia scientifica», vol. 2, II (1883), fasc. 2, e poi, con qualche rimaneggiamento, a Siena, nello stesso anno, dall'editore Torrini, col titolo *La Scuola positiva di diritto criminale*. Lo stesso testo, con diversi aggiustamenti, verrà poi rifiuto nella *Introduzione* della citata 2ª ed. dei *Nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna 1884. Non sarà inutile, anche per valutare evoluzioni e revisioni, fare riferimento ai principî della scuola che Ferri delinea nella *Relazione al Progetto preliminare di Codice penale italiano (libro I)* (il 'Progetto Ferri' del 1921), in «La scuola positiva», XXXI (1921), pp. 1 segg., poi ristampata con E. FERRI, *Principi di diritto criminale*, Torino 1928, pp. 602-755. Sulla scuola positiva indico i due contributi coevi di A. GABELLI, *Sulla «Scuola positiva» di diritto penale in Italia*, in «Rivista Penale», XII (1886), n. 23, pp. 505-27, e di A. FRASSATI, *La nuova scuola di diritto penale in Italia ed all'estero*, Torino 1891, che si segnalano per intelligenza e completezza. Tra i contributi storiografici recenti quello di NEPPI MODONA, *Diritto penale e positivismo* cit., pp. 47-61, costruito ragionando sulle fonti. Per una valutazione del contributo positivista allo sviluppo complessivo del penale in quella fase e per una valutazione delle discussioni penalistiche in quegli anni Ottanta, chi volesse potrebbe fare riferimento a SBRICCOLI, *La penalistica civile* cit., pp. 194-212; sulle numerose articolazioni di opinioni e di tendenze all'interno dell'orientamento positivista si può vedere ID., *Il diritto penale sociale* cit., pp. 557-642. Sul versante antropologico-criminale delle discussioni di quegli anni c'è ora il contributo di L. MANGONI, *Introduzione alla sezione: Etiologia di una nazione*, in D. FRIGESSI, F. GIACANELLI e L. MANGONI (a cura di), *Delitto, genio, follia. Scritti scelti di C. Lombroso*, Torino 1995, pp. 685-709.

la società, e non più solo quella della legge e del diritto; all'autore del reato - il delinquente, come ormai si diceva - che andava ad occupare il centro del sistema prendendo il posto del reato e della pena.

Per impostare una adeguata politica penale - frangia di questo tessuto - si propugnavano lo studio e la classificazione dei delinquenti (che portavano con sé l'apertura del penale alle nuove scienze mediche, antropologiche, sociologiche), un radicale ripensamento del criterio e della funzione della pena, la centralità del momento preventivo: la *pericolosità* irrompeva sulla scena, installandosi nel livello garantito e giurisdizionalizzato del sistema punitivo, senza peraltro abbandonare quello più basso, fatto di arbitrio e di polizie, dal quale proveniva. In questo quadro, tutto il sistema penale avrebbe dovuto ruotare e riposizionarsi, facendosi strumento della difesa della società, mezzo per combattere delitto e delinquenti, lungo una linea di prevenzione speciale fatta di misure di sicurezza, trattamenti terapeutici, sanzioni eliminative.

Come è evidente, un simile programma postulava una radicale torsione del diritto penale. Peraltro, nelle dichiarazioni di Ferri, esso non viene proposto con spirito antagonista, né si presenta come una inconciliabile alternativa:

... la scuola positiva di diritto criminale, si noti bene, non si presenta già per abbattere tutto quanto si è fatto finora nella scienza, ma si presenta invece come uno svolgimento ulteriore di questa stessa scienza criminale, di cui essa accetta quella parte di principî e di teoriche, che sia riprovata vera dalla osservazione dei fatti, che è il criterio unico di quella scuola³⁵.

Uno svolgimento ulteriore della scienza criminale. Questo dichiarava di voler essere il nuovo orientamento scientifico, questo avrebbe potuto pacificamente essere e questo in effetti finì alla lunga per essere, malgrado le contrarie intenzioni dei protagonisti dell'irriducibile e non tanto ragionevole scontro che stava per avere luogo. E dire che l'ingresso di Enrico Ferri sulla scena era stato salutato favorevolmente da Luigi Lucchini, già allora esponente di primissimo piano della cultura penale liberale, direttore della prestigiosa «Rivista Penale», impegnato tra i primi nella elaborazione del nuovo codice penale di cui sarebbe stato riconosciuto, dieci anni dopo, come il primo ed autentico autore³⁶: all'apparizione del primo libro del giovane laureato bolognese, *La teorica dell'im-*

³⁵ FERRI, *Le ragioni storiche della Scuola positiva* cit., pp. 4-5.

³⁶ Su Luigi Lucchini, sul suo ruolo di leader dei penalisti di orientamento realistico e liberale a partire dagli anni Ottanta, sul suo lavoro per il codice penale del 1889 e su come condusse la battaglia contro «gli invasori delle scienze sociali» e gli «sproposti» dei positivisti si veda M. SBRICCOLI, *Il diritto penale liberale. La «Rivista Penale» di Luigi Lucchini, 1874-1900*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 16 (1987), pp. 105-83.

putabilità e la negazione del libero arbitrio, pubblicato a Firenze nel 1878, Luigi Lucchini, pur dissentendo in parte, non aveva esitato a considerare quel lavoro «di grande importanza ed interesse, degno di tutta l'attenzione del filosofo e del giureconsulto. Il suo autore – aveva aggiunto con parole che sarebbero state impensabili di lì a poco – benché giovanissimo vi rivela una potenza di mente non comune, e promette di divenire efficace cooperatore del rinnovamento della nostra scienza»³⁷. Efficace cooperatore del rinnovamento della nostra scienza. Questo, un uomo come Luigi Lucchini, l'assertore della 'scienza penale'³⁸, diceva che avrebbe potuto essere il giovane, intelligente innovatore del diritto penale. In effetti, svolgimenti ulteriori della scienza penale ci furono, ed Enrico Ferri, insieme ai suoi seguaci, avrebbe notevolmente cooperato al rinnovamento della scienza, misurando il suo programma sui corrispondenti assunti della 'tradizione' penalistica allora imperante, e postulando l'avvento di un diritto penale alternativo.

Il contrasto tra la 'tradizione' (rappresentata in quella fase da una robusta schiera di penalisti liberali, realisti e concreti³⁹) e le nuove idee nate nel clima positivista che percorreva l'Europa⁴⁰, fu aspro, fragoroso e quasi mai di buona qualità. La carica puramente agonistica che lo dominò portò alla ribalta, di una polemica che avrebbe potuto essere fertile, più che altro il chiasso e la veemenza. Prevalse un manicheismo che produsse solo incomunicabilità, e conquistarono il centro della scena i

³⁷ L. LUCCHINI, *Recensione* (n. 21) a E. FERRI, *La teorica dell'imputabilità*, in «Bollettino bibliografico della Rivista Penale», V (1878-79), 1ª serie, vol. unico, 1878-84, p. xvii. Solo tre anni dopo, di fronte ai *Nuovi orizzonti*, il giudizio è totalmente diverso: «Il giurista à disertato il campo, e si è dato, armi e bagaglio, [agli] invasori delle scienze sociali [...]» (p. cclxxi); quel che propugna Ferri, aggiunge Lucchini, è una somma di prevenzione e repressione che «verrebbe a subordinare tutte le funzioni dello Stato e della società alle penali discipline. Le quali invece, pare a noi, devono reclamare il governo della prevenzione diretta, ma non immischiarsi che sussidiariamente in quella indiretta...» (L. LUCCHINI, *Recensione* (n. 389) a E. FERRI, *I nuovi orizzonti*, in «Bollettino bibliografico della Rivista Penale», VII (1880-81), p. cclxxiii).

³⁸ «Per me – avrebbe scritto Lucchini – di scuole non ce ne può essere che una sola *in diritto penale*: la scuola, ossia la "scienza giuridica". La quale non è né vecchia né giovane, né bigotta né atea, né tenera pei delinquenti né in collera con essi; la quale soltanto si propone lo studio dei reati per impedirne quanto più sia possibile la perpetrazione, apprestando uno dei mezzi all'uopo vellevoli cioè la minaccia, la commisurazione e l'applicazione ai delinquenti delle sanzioni penali; la quale ha cominciato naturalmente bambina, ora sembra che siasi fatta più grandicella, e forse non ha raggiunto ancora la maturità» (L. LUCCHINI, *I Semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale*, Torino 1886, pp. xxvi-xxvii).

³⁹ SBRICCOLI, *La penalistica civile* cit., pp. 185 sgg.

⁴⁰ Merito indubbio di Ferri, più ancora che di Lombroso, fu di innestare nel clima culturale del positivismo le teorie penali. Su quel clima europeo e sul suo raccordo con la morale e il diritto, con la trasgressione, la responsabilità e la punizione, integrate in contesti sociali, si veda ora CH. DEBUYST, *Les savoirs diffus et pré-scientifiques sur les situations-problèmes au XVIII^e siècle*, in CH. DEBUYST, F. DIGNEFPE, J.-M. LABADIE e A. P. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, I: *Des savoirs diffus à la notion de criminel-né*, Bruxelles 1995, pp. 69-135.

più accalorati tra i protagonisti dei due fronti (che non sempre erano i più pensosi): la discussione scientifica si ridusse ad una incresciosa e rumorosa zuffa. Eppure l'oggetto della contesa era serio, e c'era autentica materia di discussione.

2.2. Un conflitto fuorviante dentro una funzione concorrente.

Sono due i piani sui quali si svolge il conflitto tra orientamenti penalistici negli anni Ottanta. Uno è politico, ha per oggetto il *codice penale che è in formazione* e vede schierati da un lato alcuni penalisti liberali guidati da Luigi Lucchini, dall'altro una agguerrita schiera di giovani seguaci di Enrico Ferri che però, assai presto, disarticolano le loro posizioni, si distanziano in certi casi dal maestro, e lo fanno per ragioni politiche: sono i giovani penalisti socialisti dei quali avrò modo di riparlare più avanti. Questo piano dello scontro è poco esplicitato, dall'una e dall'altra parte, ma è quello che rende meglio la sua concretezza e la realtà di quella fase: i penalisti liberali temono le conseguenze delle impostazioni positiviste (temono l'idea di una società difesa col penale, la prospettiva di una prevenzione generalizzata, una penalità gravosa e regressiva); i positivisti sentono di non avere la forza (culturale, accademica, politica) per far entrare gli elementi di politica penale che propugnano nel codice che sta nascendo. Grande parte delle ragioni della rissa, al di là del cattivo carattere di Ferri e Lucchini, sta qui: un'ansia contro una frustrazione.

L'altro piano dello scontro è 'scientifico', ha per oggetto *il metodo della scienza penale*, ed è quello meglio visibile, ma è il meno affidabile, nella prospettiva di una corretta ricostruzione storica. Le posizioni in campo sono infatti ampiamente falsate dalla polemica, e più di ogni altra viene deformata la condizione reale di quella che Ferri aveva deciso di chiamare 'scuola classica'.

La prima forzatura sta nella 'invenzione' della 'scuola classica'⁴¹. C'era in Italia, certamente, una tradizione di pensiero penalistico che può essere fatta risalire anche più indietro dell'illuminismo e di Beccaria, ma niente che possa essere assimilato ad una 'scuola', specie nel senso in cui la parola suona nel discorso ferriano. Gli illuminismi penali erano stati almeno tre, in Italia, e c'erano notevoli differenze tra Napoli, Firenze e Milano: quelle differenze, insieme a molto altro, spiegano i diversi orientamenti della filosofia penale di uomini come Gian Domenico Ro-

⁴¹ A questa 'invenzione' si ribellarono in particolare Luigi Lucchini e Aristide Gabelli (cfr. SBRICCOLI, *La penalistica civile* cit., p. 186).

magnosi, Giovanni Carmignani, Pellegrino Rossi o Carlo Cattaneo, che sono alle origini dell'articolazione teorica conosciuta dalla penalistica italiana all'indomani dell'Unità ed anche della più grave divaricazione che la investe negli anni Ottanta. Ad esempio, una linea ideale che può essere tracciata tra Pietro Verri, Romagnosi e Cattaneo non è estranea, a mio parere (ma la cosa andrebbe bene indagata e discussa) al fatto che proprio in Italia la temperie positivista che attraversava l'Europa va a dare i suoi frutti – più che in ogni altro campo – precisamente nel diritto penale. In Italia, poi, non c'era stato solo l'illuminismo: la tradizione di diritto comune era fortissima, radicata in Toscana⁴², meno in Lombardia, quasi per niente a Napoli, e questo aveva colorato di toni differenti l'insegnamento e la pratica del penale nei diversi centri della penisola. Infine, i diversi spiritualismi, i giusnaturalismi, le filosofie civili e i più vari eclettismi ci hanno dato penalisti a tutto tondo come Giuliani e Ambrosoli, Buccellati, Arabia o Zuppetta; oppure 'filosofi penali' di occasione come Guerrazzi e Cantù, Pisanelli e Tommaseo, Conforti, Minghetti o Mamiani, Rosmini o Mancini, e magari Carlo Cattaneo: uomini che nessuno mai potrebbe riuscire a mettere sotto l'egida di un'unica scuola⁴³.

La seconda forzatura sta nella mera identificazione della 'scuola' con il pensiero di Francesco Carrara, operazione compiuta, peraltro, isolando il Carrara 'filosofo penale' da tutto il resto della sua opera, quella dogmatica, quella professionale, quella politica, e semplificando oltre il vero la sua complessa, ricca, ed anche contraddittoria, personalità⁴⁴. È così che è stato possibile comprimere una 'scuola' che non esisteva dentro un penalista solo, e il penalista dentro un formulario di mera creazione, peraltro anch'esso di rigorosa provenienza positivista: fondandosi su di un astratto giusnaturalismo – si è detto e tralattivamente ri-

⁴² Un esempio: la tradizione di diritto comune, così avvertibile nella maniera della dottrina penale toscana, è stata certamente decisiva, ma trascurata fino ad ora, nella formazione di Francesco Carrara. Vuole suggerircelo con un aneddoto anche E. FERRI, *Francesco Carrara e l'evoluzione del diritto penale*, in «Nuova Antologia», 16 settembre 1899, p. 669, poi in ID., *Studi sulla criminalità ed altri saggi* (1901) cit., p. 408.

⁴³ «La vecchia Scuola – avrebbe scritto Aristide Gabelli, forse l'osservatore più attento delle vicende penalistiche di quegli anni – parole che nulla significano, perché la vecchia Scuola ha i miti e ha i severi, ha i mistici e i politici, gli idealisti e i pratici, ha tutti fino a ieri e fino a oggi, che confondendosi insieme, si cominciarono a chiamare così» (GABELLI, *Sulla «Scuola positiva» del diritto penale in Italia* cit., p. 524).

⁴⁴ Francesco Carrara è stato seriamente riletto, studiato, e nuovamente valutato negli ultimi dieci anni. Un grande Convegno per i cento anni della sua morte celebrato tra Lucca e Pisa nel 1988 ha prodotto seri studi ora pubblicati in AA.VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, cit. In particolare, i saggi di T. DELOGU, «Vivo e morto» nell'opera di Francesco Carrara (pp. 59-182), e T. PADOVANI, *Francesco Carrara e la teoria del reato* (pp. 253-98), restituiscono un profilo convincente del penalista lucchese.

petuto – il diritto penale 'dei classici' ha carattere metafisico, è trascendente, viene da Dio, oppure discende dalla Ragione immortale, assoluta ed impassibile, è quindi antistorico, viene dedotto da verità immutabili che promanano dalla legge di natura, prescinde dal diritto positivo, lo trascende, poggia su leggi eterne, è astratto⁴⁵. Non si può dire che niente di questo sia vero, anche se mi sento di aggiungere che quanto ci fosse di vero non sarebbe comunque granché rilevante⁴⁶. Il fatto è che io non trovo niente di tutto questo nel codice Zanardelli, che sarebbe il capolavoro di quella 'scuola classica' e quindi il prodotto squisito del pensiero di Francesco Carrara.

Qui sta la terza forzatura: il referente dialettico eletto dagli innovatori positivisti è una poco definita 'scuola classica' che, iniziata con Beccaria, sarebbe culminata nell'opera di Francesco Carrara, chiudendo lì la sua vicenda storica⁴⁷. Il referente reale, quello non dichiarato, è invece un gruppo di penalisti che molto hanno imparato dal Carrara liberale, dalla dogmatica carrariana, dal suo modo di ragionare, dalla capacità di far lavorare i principî per creare un sistema penale razionale, che funzioni, che svolga il suo ruolo di garanzia per i cittadini e per la *civitas*⁴⁸; ma sono penalisti che è difficile schierare in una inesistente squadra di 'carrariani': per le loro diverse storie⁴⁹ e per lo spirito con cui guardano

⁴⁵ Si vedano i puntuali ridimensionamenti presenti in DELOGU, «Vivo e morto» nell'opera di Francesco Carrara cit., pp. 64 sgg.

⁴⁶ Chiunque abbia lavorato su Carrara sa che i suoi scritti si prestano straordinariamente a rassicuranti rinvenimenti e plausibili obliterazioni. Ci si possono trovare tutte queste cose, ed altre che le possono negare o correggere.

⁴⁷ Vedi sopra la nota 32; DELOGU, «Vivo e morto» nell'opera di Francesco Carrara cit., pp. 61 sgg., rimette nella giusta prospettiva questa ed altre distorsioni dovute al dispiegarsi di quella polemica.

⁴⁸ Voglio rinviare ancora all'ultima parte del saggio *ibid.*, pp. 170 sgg., dove vengono delineati con grande precisione ed efficacia i punti essenziali del metodo dogmatico di Francesco Carrara e la qualità di «opera di diritto penale generale di ispirazione liberale» rivestita dal suo *Programma*.

⁴⁹ Pur riferendosi ad un sistema condiviso che li teneva insieme dentro un comune lavoro, e pur riconoscendosi in una prospettiva strategica comune, nessuno di loro sentiva di stare dentro una logica di appartenenza. E quanto al merito delle questioni (le 'pratiche applicazioni', come si diceva allora) i dissensi erano frequentissimi. Così Lucchini: «...io non vado incontro alla 'nuova scuola' come un seguace, più o meno ortodosso, di quella che, per diletto, fu chiamata la 'scuola classica' del giure penale. Pieno di riverenza per gli insigni rappresentanti delle dottrine tradizionali e prevalenti, non mi presto tuttavia ad un culto dommatico o ad una soggezione incondizionata, come si esige dai credenti in chiesa o dai soldati in caserma. [...] Laonde, se per 'scuola classica' s'intenda una 'scuola giuridica', che è quanto dire l'unica scuola ammissibile in materia che essenzialmente appartiene al diritto, certamente io ambisco e mi onoro di appartenervi. Se volesse invece total predicato affibbiarsi a quell'assieme, o meglio a quella parte delle dottrine dominanti che ancora non sono svincolate dai sillogismi della vecchia metafisica (badisi bene, della vecchia metafisica), ovvero ad un complesso di postulati professati dall'uno o dall'altro anche dei più autorevoli criminalisti, allora, dico, non regge più la solidarietà, ed io mi permetterei, senza atteggiarmi per nul-

a lui: deferenza, rispetto, ammirazione, ma autonomia, ed anche distanza. Questi penalisti, 'militanti', se posso dire, del diritto penale liberale³⁰ e di una concezione realistica della scienza giuridica e della legislazione (voglio dire Luigi Lucchini ed Enrico Pessina, Pietro Nocito, Emilio Brusa e Giovan Battista Impallomeni, processualisti come Luigi Casorati e filosofi penali come Aristide Gabelli) sono quelli che hanno effettivamente fatto il codice che prese il nome di Zanardelli. Ciononostante, se si esclude Lucchini che deve la memoria di sé al fatto di essere stato l'antagonista di Enrico Ferri, essi sono stati praticamente dimenticati nelle ricostruzioni che la letteratura delle *Premesse storiche* ha riservato alla vicenda dottrinale degli ultimi decenni dell'Ottocento.

Quelle ricostruzioni, come ho già detto, riproducendo uno schema e nutrendo stereotipi, fecero ciascuna eco alle altre, finendo per semplificare ogni volta di più le precedenti semplificazioni. In esse si sono perdute le distinzioni e le articolazioni, pur presenti nei due 'schieramenti', presentati, per necessità di scena, come monolitici ed irriducibili. Ma soprattutto si è perduta la percezione delle omologie di fondo che la penalistica italiana conservava, al di là dei conflitti che pure s'erano determinati. Così, dando rilievo a quei conflitti, non ci si avvide che essi erano probabilmente una manifestazione, ed anche una condizione, della permanenza e dello sviluppo di quelle omologie. Non si può negare, infatti, che il nuovo indirizzo positivo, per la sua vocazione a stare culturalmente dentro il suo tempo, per la volontà di riforma che lo animava, per la visione integrata della scienza penale di cui era portatore, per la preoccupazione tecnica che qualche sua componente coltivava, esercitava in rapporto al diritto penale di ispirazione liberale, una vera e propria *funzione concorrente*, se non altro nel mantenere la scienza penale, con tutta la sua specificità di *scienza giuridica*, nell'ambito delle altre scienze sociali e sul terreno del confronto con la politica e con la società. La corrente positivista, con le sue utili innovazioni, ma anche con i suoi limiti culturali e politici, con gli errori strategici che coltivava, rappresentava dunque, tuttavia, *un'espressione storicamente aggiornata della penalistica civile italiana*, e si inseriva, checché pensasse di se stessa, in una tradizione centenaria.

la a rinnovatore o riformatore della scienza, di pensare con la mia testa e di reclamare la mia parte di libera opinione e di libero esame» (LUCCHINI, *I semplicisti* cit., pp. XXIV-XXV; i corsivi sono miei).

³⁰ Un'illustrazione più distesa della funzione svolta da questi giuristi, insieme ad una discussione più ravvicinata dei criteri di politica penale e dei principi dogmatici che essi introdussero stabilmente nel nostro sistema penale, si possono trovare in SBRICCOLI, *La penalistica civile* cit., specie pp. 160-94.

2.3. Il codice penale del 1889 e lo sviluppo del diritto penale in Italia.

Ho detto che agli inizi degli anni Ottanta, i penalisti che operavano nelle più importanti sedi universitarie della penisola, pur con le loro varie sensibilità e le loro diverse ispirazioni, facevano riferimento ad un complesso di opzioni teoriche e ad una base metodologica sostanzialmente accettate. Dalla condivisione di un comune terreno scientifico erano poi passati ad un più omogeneo sentire politico, raccolto intorno a tre punti fondamentali: un orientamento liberale, una volontà di aggiornamento dei contenuti del sistema penale che viene conseguito con l'affinamento della dogmatica, una *attitudine realistica*³¹ nell'adeguarsi al nuovo che viene, ancorandosi a principi segnati nella costituzione dello Stato³². Principi che riguardavano la funzione del diritto penale, i limiti dell'incriminazione, la responsabilità del reo, la preminenza del valore della libertà individuale tutelata soprattutto nelle sue sfere espressive (pensiero, parola, scritti), le garanzie processuali, la chiarezza e la tassatività degli enunciati normativi raccolti in un *corpus* organico, le diverse funzioni della pena, il principio di adeguazione, quelli di inesorabilità e certezza, accompagnati tuttavia ad una esigenza di generale adolcimento della penalità. Poi, alcuni fondamentali principi/valori quali potevano essere il principio di legalità e la non retroattività delle norme penali, il divieto di procedere per analogia o la presunzione di non colpevolezza.

È su questo terreno che vede la luce, dopo un lavoro durato quasi trent'anni, il codice penale che prese il nome dal ministro Zanardelli. La lunghissima gestazione che ebbe potrebbe essere ripercorsa come la

³¹ È un 'pensiero di realtà', ripeteva continuamente Luigi Lucchini, quello che impone un ricordo con «le condizioni vere e concrete dei fatti», contro le ubbie dei metafisici e le aberrazioni dei pretesi novatori (LUCCHINI, *I semplicisti* cit., pp. XXIV-XXV).

³² «È comune sentenza - scriveva agli inizi di quegli anni Luigi Casorati - che nuove leggi politiche esigono nuove leggi penali. Ed invero ora è una grande istituzione per lo addietro non ammessa, che viene reclamata dal bisogno di porre in accordo il novello diritto pubblico col diritto penale. Ora è una formalità, o per dir meglio una garanzia che prima non era conosciuta, o non abbastanza apprezzata, o che forse non credevasi prudente di accordare, la quale diventa nel nuovo ordine di cose una necessità. Ora è un potere che nel sistema anteriore sembrava indispensabile al magistrato per l'efficace esercizio dell'azione punitrice, il quale diventa incompatibile con lo spirito delle nuove leggi politiche, onde conviene farlo cessare o mitigarlo almeno con opportuni temperamenti. Ma il legame riesca ancora più evidente presso le nazioni in cui i rapporti tra i cittadini e il potere sovrano sono esplicitamente consacrati da un patto fondamentale, come avviene nei paesi retti a forma rappresentativa. Allora non occorrono considerazioni, ma basta guardare lo statuto per farsi capaci della verità del nostro asserto» (*Il processo penale e le riforme. Studi*, Milano 1881, p. 6).

storia della sprovvincializzazione, della crescita culturale, della modernizzazione del sistema penale italiano, così come era stato consegnato – realtà e tradizione – dagli stati preunitari al Regno d'Italia. Il contenuto dei primi progetti, il tenore delle prime discussioni, mostrano quanta sia stata lunga e difficile la strada da percorrere per arrivare a quella che fu la più rilevante espressione della penalistica civile di orientamento liberale. Un codice frutto di una lunga riconsiderazione del passato, dunque, che avrebbe però avuto anche un lunghissimo futuro, capace, come fu, di imporsi come 'misura', adempiendo implicitamente ad una funzione di 'indirizzo', se non di modello, ben oltre i quarant'anni della sua vigenza.

Il codice detto di Zanardelli, al di là di ogni possibile difetto o inadeguatezza, può essere considerato una pietra angolare del sistema penale italiano di lunga durata. La sua funzione è stata insieme innovatrice e moderatrice. Al momento del suo avvento ha praticamente costretto il Paese a misurarsi con un livello di civiltà penale più elevato di quello che la società nel suo complesso sapeva esprimere. Il vigore della sua concezione, ha imposto alla dottrina giuridica italiana una cifra tecnica alta, con ciò svolgendo una funzione nettamente positiva: funzione non estranea, a mio avviso, alla crisi di identità che il diritto penale italiano, intriso di sociologismi di lega non sempre buona, ha conosciuto negli anni a cavallo tra Otto e Novecento. Quella qualità tecnica, fatta di buon metodo e di rigore nelle classificazioni, ma anche di principi coerentemente dedotti in norme ordinate, si è fatta vettore di scelte normative realistiche, plausibili e razionali. Ha promosso una maturazione dottrinale che ha investito la ricerca ed i suoi metodi, la consapevolezza degli operatori pratici, il foro, le cattedre ed anche il legislatore, condotto a muoversi in un ambito segnato da limiti e fondamenti resi stabili dalla loro scientifica *gravitas*. Quel codice avrebbe perciò fatto anche da argine – non tanto e non solo da sé, ma per la 'cultura' che aveva suscitato – in quei non rari, difficili frangenti che nei decenni successivi avrebbero messo a rischio non solo la legalità e la garanzia, ma la stessa civiltà del sistema penale italiano.

Molti sono i contenuti innovatori del codice Zanardelli³³, e molti quel-

³³ Al codice penale del 1889 è stato dedicato, nel suo primo centenario, un Convegno genovese i cui atti sono ora pubblicati in S. VINCIGUERRA (a cura di), *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova 1993. Alcuni dei suoi più significativi contenuti sono illustrati da P. NUVOLONE, *Giuseppe Zanardelli e il codice penale del 1889*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano 1984, II, pp. 961-85, che riproduce numerosi passi della *Relazione ministeriale* del 1887 e brevemente li commenta, attribuendo al ministro Zanardelli meriti politici che ebbe e meriti tecnici che furono di altri. Limpida ed equilibrata resta tuttora la (pur breve) sintesi che si può leg-

li destinati a durare nel nostro sistema penale, fin dentro ed oltre l'esperienza del fascismo, che avrebbe posto termine alla sua vigenza. Basterà, qui, accennarne qualcuno. Innanzitutto l'abolizione della pena di morte («il rossore del nostro governo», diceva Carrara), con gli effetti che essa ebbe sulla scala penale del codice e nell'intero suo impianto punitivo³⁴. Poi l'opzione per il sistema di bipartizione dei reati (delitti, contravvenzioni), che aveva un isolato precedente toscano nella tradizione italiana³⁵, e che resterà un punto fermo di non piccolo rilievo nel nostro sistema penale³⁶. Accanto alla bipartizione (faccio parlare Luigi Lucchini³⁷), l'unità delle specie penali, le norme sul concorso delle pene, il sistema penitenziario progressivo e la soppressione dei gradi penali, i succedanei della riprensione giudiziale e della malleveria di buona condotta, insieme al severo trattamento dei recidivi; le nozioni rinnovate sulla imputabilità e sulla responsabilità e poi quelle sulla partecipazione; la classificazione dei reati e la loro nozione obiettiva, l'eliminazione della 'casuistica' ed un modo nuovo per la commisurazione delle sanzioni e per la valutazione delle circostanze dei reati. Il principio di stretta legalità – è stato osservato³⁸ – e quello di irretroattività della legge penale sono stabiliti con chiarezza e definitivamente acquisiti; il concorso di persone nel reato viene attentamente tipizzato nelle sue diverse forme, in specie sul punto della punibilità dei concorrenti morali. Il tentativo, viene rivisto con spirito garantista, con la previsione di un inizio di ese-

gere in G. VASSALLI, «Codice penale», in *Enciclopedia del diritto*, vol. VII, Milano 1960, pp. 268 sgg. Faccio rinvio infine a SBRICCOLI, *Il diritto penale liberale* cit., pp. 134-56, e ID., *La penalistica civile* cit., *passim* e pp. 189-94, nei quali ho cercato di leggere quel codice in un contesto di vicende dottrinali, politiche e legislative capaci insieme di definirlo, descriverlo e connotarlo storicamente.

³⁴ Cfr. SBRICCOLI, *La penalistica civile* cit., pp. 163 sgg., ma soprattutto M. DA PASSANO, *La pena di morte nel Regno d'Italia, 1859-1889*, in VINCIGUERRA (a cura di), *I codici preunitari e il codice Zanardelli* cit., pp. 579-651.

³⁵ Si veda T. PADOVANI, *La tradizione penalistica toscana nel codice Zanardelli*, in VINCIGUERRA (a cura di), *I codici preunitari e il codice Zanardelli* cit., pp. 405 sgg.

³⁶ La tripartizione (crimini, delitti, contravvenzioni) era stata adottata dal codice penale francese e rispondeva alla tradizione di quasi tutti gli Stati italiani preunitari. La bipartizione (delitti, contravvenzioni), sembrava rispondere meglio alla logica giuridica ed alla economia degli strumenti normativi (L. LUCCHINI, *Ancora e sempre contro la tripartizione dei reati nel Progetto di Codice penale*, in «Rivista Penale», XI (1885), n. 22, pp. 429-39). Prevalse la bipartizione, e da questa scelta discese l'altra, relativa alla collocazione delle contravvenzioni. La soluzione più ragionevole sembrò quella di mantenere nel codice penale sia le norme generali sulle contravvenzioni, sia le disposizioni speciali relative a quelle tra di esse che sembravano avere un carattere di maggiore stabilità. Su questa vicenda e sulle sue 'diverse vite' nella storia dei rapporti tra diritto penale e politica criminale, si veda T. PADOVANI, *Il binomio irriducibile. La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni, fra storia e politica criminale*, in G. MARINUCCI e E. DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Milano 1985, pp. 421-64.

³⁷ L. LUCCHINI, *La terza serie della Rivista Penale*, in «Rivista Penale», XVI (1890), n. 31, p. 5.

³⁸ G. NEPPI MODONA, *Legislazione penale*, in F. LEVI, U. LEVRA e N. TRANFAGLIA (a cura di), *Il mondo contemporaneo. Storia d'Italia*, Firenze 1978, II, p. 592.

cuzione del delitto e l'idoneità dei mezzi; l'imputabilità è posta a fondamento della punibilità, ed i delicati rapporti tra dolo, colpa e responsabilità oggettiva vengono disciplinati con l'introduzione di criteri certi e tassativi di imputazione soggettiva dei reati. Se si aggiungono poi alcune significative novità introdotte quanto al merito delle scelte repressive⁵⁹, ci si renderà conto dell'imponenza conseguita da questo *opus magnum* della penalistica civile di ispirazione liberale.

Questo codice, peraltro, si segnala come passaggio cruciale della crescita del sistema penale italiano perché ha saputo avviare, sia pure *in nuce*, soluzioni capaci di far fronte al nuovo modo di presentarsi del fenomeno criminale ed alle esigenze punitive nuove che una simile trasformazione faceva emergere. Non ha lavorato soltanto sul passato ed ha posto una sicura attenzione al presente. Una gran parte del futuro gli è sfuggita, com'è naturale, se non altro perché ai codici si deve accordare – per rispetto della loro natura – di nascere vecchi. Ciò non ha impedito, tuttavia, ai penalisti che lo costruirono, di insinuare nel codice (liberale 'e quindi' retribuzionista) rilevanti elementi di correzionalismo, non ridotto ai soli modi dell'esecuzione ma ispirato ad una esigenza di 'emenda' che a quei penalisti era familiare, per averla ospitata da sempre nelle loro file. Così come non ha impedito che il codice ponesse le premesse di un sistema sanzionatorio variamente orientato, con la previsione di sanzioni alternative, sostitutive, o assimilabili a misure di sicurezza, con l'adozione di profili di prevenzione speciale a livello del codice, con un'articolazione attenta del trattamento quando si tratti di in-

⁵⁹ Nella parte speciale venne introdotto il nuovo titolo dei delitti contro la libertà. I diritti e la sensibilità dei credenti vengono salvaguardati da un titolo sui delitti contro la libertà di culto mentre viene cancellato quello – assai risalente e denso di tradizioni e valore simbolico – intitolato ai delitti contro la religione dello Stato. Un largo intervento di laicizzazione estende l'area del comportamento lecito, col rendere indifferenti per la legge penale molti comportamenti rilevanti sul solo piano morale o sociale. Cresce dunque lo spazio accordato alla visione liberale, il che non vuol dire che il codice del 1889 non conosca difetti e contraddizioni anche sotto il profilo della garanzia per la libertà. Il liberalismo italiano non era quello dei libri e dei classici: esso si ispirava ad una dottrina statualistica dei diritti e delle libertà che era quella degli Stati liberali di diritto in Europa. La storia ci ha detto che era piuttosto un liberalismo di proprietari poco borghesi, fragile nella consistenza, dubbioso negli intenti, con un fondo di insopprimibile autoritarismo. Solo per fare qualche esempio, mentre si cancellano i reati di opinione si continua a coltivare e far funzionare il duplice livello di legalità (il Testo Unico di pubblica sicurezza coordinato al nuovo codice col r.d. 30 giugno 1889, n. 6144, mantiene la vecchia linea, e non cambia le cose) lasciando alla polizia l'interdizione dell'azione delle opposizioni; i reati politici ottennero una sistemazione ben più rigorosa e garantita che in passato (SBRICCOLI, *La penalistica civile* cit., pp. 173 sgg.), ma alcune formulazioni normative consentiranno tuttavia di mantenere le inveterate prassi di repressione rivolte specialmente a socialisti, anarchici e sindacalisti (NEPPI MODONA, *Legislazione penale* cit., p. 592). Scomparvero però le «norme del sospetto», quelle che ancora nel codice del 1859 punivano i vagabondi e gli oziosi (peraltro mantenuti, come sappiamo, nelle mani della polizia dalla legge di pubblica sicurezza).

fermi di mente, minori non imputabili, ubriachi, semimputabili⁶⁰. Se si guarda all'adozione del *principio di gradualità*, destinato ad avere molto futuro⁶¹, e se si guarda alla coppia reclusione/detenzione, vi si scorgono i nuclei di una apertura estremamente innovativa. Così come per gli arresti domiciliari, il lavoro a vantaggio delle amministrazioni pubbliche senza privazione della libertà, la riprensione giudiziale.

Trovo difettose le analisi di coloro che, analizzando le scelte normative del codice Zanardelli, tornano (credo, ormai, senza più intenzioni né consapevolezza) ad evocare il paradigma delle scuole. L'additamento degli elementi 'presi' ai positivisti nel codice del 1889 è stato in grande auge nei decenni che lo seguirono: appropriazioni, si diceva, mentre altri parlavano di intrusioni, oppure di cedimenti. Si è persino detto che il codice doveva essere attribuito alla terza scuola⁶² (che peraltro non c'era ancora quando il codice uscì), credo sulla scorta di chi ne indicava il carattere eclettico⁶³, per via di venature positiviste che avrebbero ombreggiato il nitore classico che ci si aspettava da esso⁶⁴. Ma l'importanza di quel codice nella storia del penale sta proprio in quel suo carattere realistico, e nel respiro che la cultura penalistica che lo produsse pur possedeva e riuscì a metterci. Non c'era bisogno dei positivisti perché il legislatore penale pensasse a sanzioni che oggi assimileremmo alle misure di sicurezza, perché esse erano presenti da decenni nel sistema e da più di un secolo nella cultura della prevenzione e della pena; non è necessario evocare i positivisti ogni volta che appare, sia pure in trasparenza, la 'pericolosità' dei soggetti⁶⁵, perché questo era senso comune,

⁶⁰ Su questi temi valgono le considerazioni di S. MOCCIA, *Ideologie e diritto nel sistema sanzionatorio del codice Zanardelli*, in VINCIGUERRA (a cura di), *I codici preunitari e il codice Zanardelli* cit., specie pp. 565 sgg., già impostate in parte da NUVOLONE, *Giuseppe Zanardelli e il codice penale del 1889* cit., pp. 965 sgg.

⁶¹ «Appare, così, nella legislazione italiana, quel principio della *gradualità* destinato ad avere attraverso i tempi il più grande sviluppo. Ad esso si collega il regime progressivo attenuato di cui all'art. 14 del codice penale, nel quale si prevede che il condannato che abbia scontato metà della pena e non meno di trenta mesi, e abbia tenuto buona condotta, può essere ammesso a scontare il rimanente della pena in uno stabilimento penitenziario, agricolo o industriale (*stabilimenti intermedi*) o anche lavorando in opere pubbliche o private sotto la potestà della pubblica amministrazione» (NUVOLONE, *Giuseppe Zanardelli e il codice penale del 1889* cit., p. 967).

⁶² F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano 1947, I, p. 78.

⁶³ U. SPIRITO, *Il nuovo diritto penale*, Venezia 1929, p. 19.

⁶⁴ A mostrare quanto la forza dell'inerzia possa talora sulla realtà e l'intelligenza, qualcosa del genere accadrà anche a proposito del codice fascista del 1930, quando i superstiti dell'inveterata contesa si posero a misurare gli apprezzamenti di codice di loro spettanza. Giustamente G. NEPPI MODONA e M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in VIOLANTE (a cura di), *La criminalità* cit., pp. 784-85, vedono nelle 'rivendicazioni di paternità' una occasione di incomprensione delle ragioni autentiche di quel codice.

⁶⁵ NUVOLONE, *Giuseppe Zanardelli e il codice penale del 1889* cit., p. 963.

tra la gente e per gli scienziati, nel secolo XIX: senso comune al punto di comparire, senza contraddizione né scandalo, nelle sentenze dei giudici, in piena vigenza del codice del 1889 che avrebbe dovuto essere incompatibile con quella prospettiva⁶⁶; né si può dire che lo spazio accordato alla recidiva, per fare un esempio concreto, sarebbe mancato se i positivisti non l'avessero tanto valorizzata, come pure meritevolmente fecero.

Il codice Zanardelli – e voglio dire la sapienza giuridica e civile che lo espresse – è entrato nella nostra cultura penale e vi è rimasto. Anche la ‘sublimazione autoritaria’⁶⁷ che ne dovette fare il fascismo, là dove sembrò mantenerne i principî nel codice suo, fu segno della sua impossibile circoscrizione: e così pure i suoi ‘ritorni’, qualche volta adombrati⁶⁸, ma storicamente insostenibili, sono segno del suo essersi stratificato nei caratteri stabili della penalistica italiana.

3. *La crisi della cultura penalistica a cavallo del secolo.*

3.1. Il diritto penale tra ingiustizie sociali e pubbliche libertà.

Quegli anni di preparazione e poi di prima vigenza del nuovo codice, gli anni della penalistica civile, furono cruciali per lo sviluppo del sistema penale italiano. Ne rappresentarono lo stato nascente: vi si fondarono la presa di coscienza della funzione del penale, i principî orientatori della scienza, le ideologie dei sistemi sanzionatori, la dogmatica,

⁶⁶ Guido Neppi Modona riferisce che nel corso di un seminario dedicato all'esame di sentenze emanate dal tribunale penale di Mondovì tra il 1898 e il 1900, si è visto «che i richiami ad alcuni dei postulati della scuola positiva nella determinazione in concreto della misura della pena, quali ad esempio la personalità dell'imputato, la sua estrazione sociale e la sua pericolosità, sono molto frequenti. E ciò in un periodo in cui, vigente il codice penale Zanardelli del 1889, a livello legislativo non vi era ancora alcuna indicazione di tali parametri, teorizzati appunto della scuola positiva ai fini della determinazione della durata delle misure di difesa sociale» (NEPPI MODONA, *Diritto penale e positivismo* cit., p. 48).

⁶⁷ L'espressione, che coglie una verità, è di PADOVANI, *La sopravvivenza del codice Rocco* cit., p. 90.

⁶⁸ Il ministro della Giustizia Tupini, l'8 gennaio del 1945, insediando due commissioni per la riforma della legislazione penale, espresse la sua personale preferenza per un immediato ritorno ai codici penale del 1889 e di procedura del 1913. La prima commissione, nella sua *Relazione al Guardasigilli sulla riforma della parte generale del codice penale* (in «Archivio penale», 1945, p. 399) fece presente di essersi «posto innanzi tutto il quesito del se fosse necessario un ritorno al codice penale Zanardelli, procedendo a un lavoro di aggiornamento e di integrazione dello stesso», ma di avere poi optato per l'emendazione e l'aggiornamento del codice vigente. Su questa vicenda si veda 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), pp. 262, 290-91.

le politiche penali e criminali. Vi trovarono spazio articolazioni dottrinali ed opzioni politiche divaricate, che si intrecciarono trasversalmente, perché la materia penale, con la sua centralità, suscitava ed invocava, inevitabilmente, pluralità di scelte e di strategie. Ed anche perché quei giuristi, giudici, avvocati, non potevano evitare di far entrare nel dibattito penale, così legato alle questioni politiche di fondo che si agitavano nel Paese, le esperienze decisive che molti di loro venivano facendo nella vita politica concreta. Una vita politica attraversata, sul finire del secolo, da una gravissima crisi sociale, dall'avvento di protagonisti nuovi – i lavoratori con le loro organizzazioni politiche e sindacali –, da una svolta che si stava preparando, che sarebbe approdata alla fase giolittiana del primo Novecento. Questi mutamenti determinavano tensioni e scontri nei quali il momento penale veniva necessariamente coinvolto, e su piani diversi: nell'azione legislativa ispirata dall'emergenza, negli interventi giudiziari che spesso aggiravano le garanzie del codice, nell'opera della polizia che svolgeva compiti di interdizione del dissenso politico.

È da questo punto di vista, e solo da questo, che mi sembra utile qui dare uno sguardo all'esperienza dottrinale, che non fu solo dottrinale, del socialismo giuridico penale. Di questo orientamento politico-giuridico, molto si è detto in questi ultimi venticinque anni⁶⁹. Una rinnovata sensi-

⁶⁹ Sul socialismo giuridico penale, dopo l'avvio dato da NEPPI MODONA, *Una «scuola» dimenticata* cit., e dopo il saggio di SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale* cit., sono usciti diversi studi che hanno in vario modo ripreso e sviluppato la questione. Penso, ad esempio, a U. GUERINI, *Socialismo giuridico e diritto penale*, in «Politica del diritto», V (1974), pp. 431-74; N. MAZZACUVA, *La questione penale nella «Critica sociale» (1898-1910)*, in «La questione criminale», III (1976), pp. 139-165; G. NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, in «Democrazia e diritto», XVII (1977), fasc. 4, pp. 666 sgg.; ID., *Legislazione penale* cit.; ID., *Diritto penale e positivismo* cit., pp. 58 sgg.; G. NEPPI MODONA e L. VIOLANTE, *Poteri dello Stato e sistema penale*, Torino 1978, pp. 177 sgg.; C. CARINI, *Cultura e politica del socialismo giuridico (1890-1910)*, in «Annali della Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Perugia, Materiali di storia», XVIII (1981-1982), n. 6, pp. 54-100; ID., *Giacomo Matteotti. Idee giuridiche e azione politica*, Firenze 1984, specie pp. 19 sgg.; F. COLAO, *Cultura e ideologie penalistiche fra Ottocento e Novecento*, in ID., *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento* cit., pp. 107-23; M. L. GHEZZI, *La questione penale nella Critica sociale*, in PAPA, *Il positivismo e la cultura italiana* cit., pp. 405-13; ID., *Devianza tra fatto e valore nella sociologia del diritto*, Milano 1987, pp. 83-110; R. TREVES, *Il rinnovato interesse per il socialismo giuridico in Italia*, *ibid.*, pp. 391-403; M. CASCAVILLA, *Il socialismo giuridico italiano. Sui fondamenti del riformismo sociale*, Urbino 1987; J. VERVAELE, *La naissance de l'Etat-Providence et le modèle des sciences pénales intégrées (gesamte Strafrechtswissenschaft)*, in «Déviance et Société», XIII (1989), n. 2, pp. 141-54; C. GUARNIERI, *L'ordine pubblico e la giustizia penale*, in R. ROMANELLI (a cura di), *Storia dello Stato italiano dall'Unità ad oggi*, Roma 1995, pp. 365-405; R. ZANGHERI, *Ancora a proposito di socialismo e criminalità. Una lettera di Turati a Costa*, in AA. VV., *Ricerche di storia in onore di Franco Della Peruta. Politica e Istituzioni*, I, Milano 1996, pp. 327-33. Quanto alla produzione scientifica dei principali protagonisti, chi volesse potrebbe fare riferimento a M. SBRICCOLI, *Elementi per una bibliografia del socialismo giuridico italiano*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 3-4 (1974-75), pp. 873-1035, poi ripubblicato in volume con lo stesso titolo dall'editore Giuffrè a Milano nel 1976.

bilità ai contenuti politici del diritto penale, nel riaffacciarsi di una penalistica che all'inizio dei nostri anni Settanta riscopre il senso della testimonianza civile e ritrova ragioni di impegno politico negli avvenimenti che maturavano nel Paese, ha reso allora di nuovo interessante, se non 'attuale', la lezione di quella lontana esperienza. Si trattava di giovani penalisti, seguaci in maggioranza dell'insegnamento di Enrico Ferri, e di altri, di ispirazione diversa – liberali zanardelliani, radicali, repubblicani, ma anche liberali moderati e crispini⁷⁰ – che finirono per ritrovarsi in una corrente di pensiero politicamente composita, scientificamente trasversale, a suo modo effimera, nata insieme e cresciuta accanto alle prime organizzazioni politiche del movimento operaio⁷¹. I punti d'incontro della loro ispirazione stavano nella coscienza del valore politico del diritto penale e della possibilità di orientarne i contenuti con una dottrina in qualche modo schierata, militante; si trovavano nel riconoscimento dei 'difetti sociali' del codice penale e, per alcuni di loro, nella natura apertamente classista delle leggi penali esistenti⁷²; riposavano nella convinzione che quel sistema, se pur non era rovesciabile, fosse tuttavia riformabile⁷³ e che andasse riformato; si riassumevano infine nella loro resistenza – politica, morale, culturale, dottrinale e pra-

⁷⁰ I nomi che per primi vengono in mente sono quelli di Eugenio Florian e Adolfo Zerboglio, socialisti, apertori del nucleo teorico più coerente e convinto per l'individuazione di un 'programma' del socialismo giuridico penale. Quelli di altri socialisti come Luigi Majno, Agostino Berenini, Alberto Borciani, di democratici come Alfredo Pozzolini e Giovan Battista Impallomeni, legato a Zanardelli, radicali come Ugo Conti, di un crispino come Michele Angelo Vaccaro, di moderati come Pietro Nocito. Su questi giuristi e sulla loro opera, relativamente alla fase in cui si impegnarono sul terreno politico di una riforma 'sociale' del diritto penale, rinvio a SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale* cit., specie pp. 577 sgg.

⁷¹ Una discussione tra Filippo Turati, Enrico Ferri e Napoleone Colajanni, seguita ad un saggio di Turati intitolato *Il delitto e la questione sociale. Appunti sulla questione penale*, Milano 1883, va posta alle origini della presenza culturale del socialismo giuridico nella penalistica italiana. È da essa che inizia, in Italia, la riflessione sui caratteri classisti del diritto, non solo della legislazione, penale. La si può vedere ricostruita in SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale* cit., pp. 367 sgg.

⁷² La denuncia, quasi una scoperta, della natura di classe del diritto penale viene iniziata da un «darwinista sociale» non socialista, M. A. VACCARO, *Genesi e funzione delle leggi penali*, Torino 1889, e poi ripresa con vigore da E. FLORIAN, *Le ingiustizie sociali del codice penale*, in «La scienza del diritto privato», IV (1896), pp. 47-55, 81-95 e da A. ZERBOGLIO, *La lotta di classe nella legislazione penale*, in «La scuola positiva», VI (1896), pp. 68-79. La svilupperanno, correggendola ed attenuandola, A. POZZOLINI, *L'idea sociale nella procedura penale. Appunti critici*, in «Archivio giuridico», LX (1898), pp. 305-19, e LXI (1898), pp. 30-62, 279-303, e G. B. IMPALLOMENI, *Funzione sociale del diritto punitivo*, Roma 1905 (poi riassunto in «Critica sociale», XV (1905), pp. 237-38), che sottolinea piuttosto i caratteri di 'neutralità' del diritto penale. Quando ormai l'esperienza del 'socialismo giuridico' era chiusa da tempo, venne pubblicato il mediocre compendio di C. MANES, *Capitalismo e criminalità. Saggio critico di sociologia criminale*, Milano 1912.

⁷³ «Certo, la radice delle disuguaglianze che si deplorano è nelle viscere del sistema e perciò le disuguaglianze rimarranno fino a che durerà il sistema; ma ciò non toglie che si possano lenire ed attenuare, seguendo ed affrettando l'evoluzione, con l'opera assidua e vigilante» (FLORIAN, *Le ingiustizie sociali del codice penale* cit., p. 49).

tica – all'involuzione autoritaria che l'Italia conobbe nella seconda metà degli anni Novanta.

Il loro impegno si svolge, secondo le linee classiche della penalistica civile di cui assumevano l'eredità, sui libri, dalle cattedre, nei tribunali, in Parlamento. Valorizzano prima di tutto il rapporto che esiste tra scienza e società e rivolgono la loro attenzione a due momenti: in particolare: quello legislativo – che per essi implica l'inchiesta sociale e lo studio del fenomeno criminale⁷⁴ –, e quello di una riflessione sul penale che non sia solo tecnica o solo metodologica. Tenendo ferma l'attenzione a tecniche e metodi, essi guardano ai contenuti del diritto ed alle conseguenze sociali della sua applicazione. Badano ai contraccolpi che il penale può avere sulle condizioni di vita dei cittadini, sulle loro libertà, sulla possibilità di organizzarsi e di crescere del movimento politico alternativo che li vede militanti e che sta loro principalmente a cuore. Si propongono, in effetti, senza professioni scientifiche esplicite e senza pubblicare manifesti, come gli iniziatori della sociologia penale italiana: mediocri iniziatori, bisogna aggiungere (per sincretismo di metodi, debolezza di analisi, implausibilità di paradigmi), di una disciplina che, peraltro, ha conosciuto, *et pour cause*, ben poca fortuna.

Nella (breve) fase in cui maggiormente si concentrò la loro battaglia ideale e pratica – dalla metà degli anni Novanta ai primi inizi del secolo nuovo – essi si mossero su due terreni, quello scientifico e quello politico, e su due versanti, nelle università e nei partiti politici: l'insegnamento e gli scritti (non solo tecnici, ma spesso militanti, nelle riviste di tendenza o in quelle di partito), si mescolarono ai comizi, all'apostolato – come allora si diceva – delle riunioni politiche, alle battaglie parlamentari.

È difficile affermare con certezza, come ho già detto, se quei socialisti della cattedra stessero semplicemente conducendo una lotta politi-

⁷⁴ Seguivano in questo la lezione del positivismo (non solo giuridico) che ispirava la maggior parte di essi, esprimendo anche un bisogno di concretezza e di aderenza ai fatti ed ai problemi che difettava nella tradizione penalistica italiana. Attenti ai problemi propri delle classi più deboli, rivolgono in quella direzione le loro 'inchieste sociali': Florian e Cavaglieri si occupano di vagabondaggio (*I vagabondi. Studio sociologico giuridico*, Torino 1897-1900); Zerboglio, Ferri e Colajanni di alcolismo; ancora Zerboglio, Florian e Cavagnari di prostituzione. Studiano il carcere come luogo elettivo in cui si raccordano le istituzioni borghesi e la gestione classista del fenomeno criminale con interventi, tra altri, di Ferri, Nocito, Laschi, Florian, De Luca, e dello stesso Turati (famoso il suo discorso *I cimiteri dei vivi. Per la riforma carceraria*, che è del 1904). In altra direzione, ma con lo stesso spirito, Rodolfo Laschi studia fenomenologia e storia della 'delinquenza bancaria', facendone occasione di riflessione sui rapporti tra potere economico e affarismo politico, così come erano stati messi in luce dal recente *affaire* della Banca Romana. Colajanni, Vaccaro e De Luca studiano il fenomeno mafia, del quale colgono, grazie allo sguardo politico, elementi che all'osservazione meramente giuridica sfuggivano interamente.

ca, o se il loro vero scopo fosse innanzitutto la riforma del diritto e della legislazione penale. Si direbbe che s'erano dati entrambi gli obiettivi, ma quel che accadde fu che la qualità politica della loro battaglia finì per assorbirne la componente giuridica, mettendola in ombra e togliendole autorevolezza. Solo negli anni terribili di fine secolo, dal 1894 al 1900, quando venne messa a rischio la libertà, i due versanti della loro testimonianza lavorarono l'uno ad arricchimento dell'altro. Furono anni in cui tornarono sulla scena la legislazione eccezionale ed i provvedimenti speciali contro gli oppositori politici, anarchici e socialisti. Le libertà statutarie vennero praticamente sospese, mentre il movimento operaio delle città industriali subiva una sanguinosa repressione. La borghesia tentò, come fu detto, un 'colpo di Stato' che non riuscì, anche per l'opera politica, scientifica e giudiziaria di questi giuristi e dei loro alleati liberali. Si trattò, come ho già scritto una volta, di una battaglia civile difficile, rischiosa, costosa, ma fu combattuta con dignità e coraggio, apertamente e senza risparmi. Le riviste scientifiche, la stampa quotidiana, i tribunali, il Parlamento, e perfino le piazze furono il teatro di uno scontro nel quale il ruolo di quei penalisti fu insieme decisivo ed esemplare. Fu certo quella l'ultima grande testimonianza della penalistica militante: un modo degno, se non altro, di uscire di scena.

Il socialismo giuridico penale perse poco a poco sostenitori e ragioni, per diversi e complessi motivi. Esso mancava, innanzitutto, di una adeguata strategia per la realizzazione del sistema penale che aveva, seppur confusamente, prefigurato. Nelle sue stesse premesse ideologiche c'era la condizione preliminare di un cambiamento radicale della società e dello Stato, ma questo cambiamento non ci fu. Né l'elaborazione tecnica che i giuristi socialisti fecero delle loro idee di riforma fu all'altezza del compito: gli obiettivi erano individuati, ma mancò la via per raggiungerli. La corrente aveva svolto un grande lavoro difensivo, ottenendo qualche successo che consisté innanzitutto nell'impedire il pieno successo altrui; sul piano dell'iniziativa, invece, quando si trattò di tradurre in soluzioni di politica penale la denuncia delle 'ingiustizie sociali' del sistema, mostrò tutta la sua inadeguatezza culturale. Perché di questo si trattava: di un difetto di cultura che sarebbe stato pagato di lì a poco con una storica emarginazione.

Tutto questo non toglie che il socialismo giuridico abbia lasciato nella storia del sistema penale italiano una sua piccola, o forse grande, eredità. Ha testimoniato la necessità di mantenere sotto giudizio critico i fondamenti del sistema penale e le sue grandi ispirazioni di fondo; ha mostrato che, all'occorrenza, la critica politica radicale può svolgere una funzione di freno, costringere alla riflessione, contribuire alla correzio-

ne di un sistema condotto a riconoscere i suoi difetti⁷⁵. Ha offerto, infine, un esempio di intellettuali impegnati nel campo che era precipuamente il loro, per la salvaguardia dei livelli vitali di libertà e di civiltà dell'intera società, attraverso una battaglia condotta sul terreno penale. Nella vicenda unitaria dell'esperienza penale italiana non è mai venuta meno la presenza di uomini capaci di testimonianza, franca o appartata, palese o latente, a seconda dei tempi, o della qualità dei protagonisti: occorre dire che quei giuristi ne diedero prova notevole, pur se per un tempo breve, e in un frangente di grande rilievo.

3.2. La cultura penale italiana agli inizi del xx secolo.

Uscita dalla dura prova degli ultimi anni del secolo, la penalistica italiana attraversa una fase difficile. La grande tradizione liberale e realistica ha ormai da tempo perso i suoi maestri, sente di avere esaurito gran parte della sua funzione e vive un momento di disorientamento, politico⁷⁶ e scientifico. È in corso un profondo mutamento dei contesti, indotto da una straordinaria accelerazione economica e da una conseguente ricomposizione sociale⁷⁷ che pretende, tra le altre cose, anche politiche

⁷⁵ Mai come ora, scriveva R. LASCHI, *Prefazione a ID., I delitti contro la libertà del lavoro*, Torino 1903, in una situazione mutata, quando la bufera era passata e si intravedeva la possibilità di un 'patto' tra ceti nuovi e classi dirigenti «... l'arte di governo si trovò di fronte alla necessità di mutar rotta, né più maturo ne fu il momento per noi, da che un periodo di operosità industriale sembra sostituirsi alle inquietudini politiche, chiamando a raccolta le sane energie della nazione. Disciplinare queste con una legislazione non ispirata al terrore ma alla necessità dei nuovi rapporti economici, sì che essa segua se non preceda, l'evoluzione sociale per non venire rimorchiata e travolta: tale il compito delle classi che si dissero, fin qui dirigenti e sembrano smarrite di fronte alle nuove responsabilità che l'epoca attuale loro impone. Pure non è più lecito ad esse ignorare od illudersi: a loro spetta opporre alla formula della lotta di classe una tattica più saggia più generosa, e che per questo appunto sarà la più forte. L'arma civile delle leggi è ancora nelle loro mani: sappiano usarne con prudente larghezza, impugnandola contro il privilegio, voglia esso imporsi dall'alto o dal basso: diversamente l'arma cadrà loro inutile dal pugno, o, peggio, verrà strappata a forza. E sarà, allora, per sempre».

⁷⁶ Le vicende di fine secolo hanno insinuato divisioni e provocato fratture. Uomini come Lucchini, Impallomeni, o Brusa s'erano molto impegnati in difesa delle garanzie e delle libertà pubbliche (SBRICCOLI, *Il diritto penale liberale* cit., pp. 176 sgg.), ed erano stati lasciati soli. Un'invettiva di Impallomeni, in occasione delle discussioni sul caso Frezzi (un anarchico abusivamente arrestato e misteriosamente morto in carcere, a Roma, nel 1897) dà la misura della durezza dello scontro: «La legge - scrive G. B. IMPALLOMENI, *Responsabilità ministeriale e responsabilità comune a proposito del caso Frezzi*, in «La giustizia penale», III (1897), pp. 821-22 - ha posto limiti rigorosi all'adempimento degli ordini arbitrari, affinché ciascuno impari quanto importi porre la legge al di sopra dell'arbitrio. Dica chi vuole che questo è *dottrinarismo liberale*: questo è semplicemente la legge. E sappiano ai putridi, vecchi e nuovi arnesi di reazionarismo autoritario, che i più pericolosi nemici delle istituzioni sono quelli che le vorrebbero puntellate di violenza e di arbitrio, poiché, scosso in basso il rispetto della legge manomessa dall'alto, esse precipitano sopra gli improvvidi e farisaici loro sostenitori»: tra gli arnesi di cui parla c'erano anche alcuni dei suoi colleghi penalisti.

⁷⁷ Sul rapporto tra crescita economica e politiche penali negli anni a cavallo del secolo si veda

penali adeguate. In particolare, bisogna far fronte ad una criminalità che sempre meno risponde ad uno schema 'agricolo'⁷⁸ e sempre di più si commisura alla società in espansione, tenendo in scacco i cittadini e lo Stato⁷⁹. Ai criteri della repressione e della prevenzione si chiede di mettersi al passo con il nuovo livello della minaccia ed è qui che i penalisti inseriti nella tradizione giuridica che ha prodotto il codice si avvertono inadeguati. Quelli tra loro che hanno vigore di ingegno – Arturo Rocco, Vincenzo Manzini, Bernardino Alimena, per fare qualche nome – aggiorneranno i loro metodi cogliendo e sviluppando spunti fertili nel realismo di Luigi Lucchini o nelle revisioni di Eugenio Florian e Alfredo Pozzolini. Gli altri testimonieranno con la loro mediocrità l'esistenza di una crisi culturale che coinvolge tutta la penalistica italiana.

Sembrirebbe dunque giunto il momento dei penalisti formati nel contesto della cultura antropologica diffusa dall'opera di Cesare Lombroso, ed alla scuola di Enrico Ferri. Non è così. Il lombrosismo è in crisi di prestigio e di credibilità, contestato oltre confine⁸⁰ e ormai disertato dai penalisti italiani. Le teorie penali ferriane, dal canto loro, conoscono una diversa forma di ridimensionamento.

Alcuni degli elementi presenti nella dottrina positivista (l'attenzione al delinquente ed alla sua pericolosità, l'idea di una prevenzione speciale, la pena riadattativa, in una parola il nucleo cruciale che si raccoglieva intorno alla *ossessione della recidiva*⁸¹) circolano e si impongono facilmente nel sistema penale, in ragione della loro sostanziale compatibilità con la tradizione penalistica italiana; e così è anche per le prospettive generali di difesa sociale. Si tratta in buona sostanza di *senso comune* che ha già prodotto *da tempo* figure penali, istituti preventivi, pratiche repressive di polizia e percorsi interpretativi di giudici. La recidiva è entrata nel sistema penale senza alcuna difficoltà, in tutte le

DAVIS, *Conflict and Control* cit., trad. it. cit., pp. 375 sgg. Tra il 1896 e il 1906 l'economia italiana si sviluppa a un tasso senza precedenti, dopo aver effettuato una scelta protezionista agli inizi degli anni Novanta che finì per avere effetti sulla stessa concezione liberale del ruolo e della funzione dello Stato.

⁷⁸ F. COLETTI, *La popolazione rurale in Italia e i suoi caratteri demografici, psicologici e sociali*, Piacenza 1925, pp. 73 sgg.

⁷⁹ Queste, almeno, sono le linee ispiratrici di E. FORNASARI DI VERCE, *La criminalità e le vicende economiche d'Italia dal 1873 al 1890*, Torino 1894, suffragate dalle serie pubblicate poi da F. COLETTI, *Classi sociali e delinquenza in Italia nel periodo 1891-1900*, Roma 1910.

⁸⁰ E. R. PAPA, *Criminologia e scienze sociali nel dibattito europeo sulla «scuola italiana» di antropologia criminale (1876-1900)*, in ID. (a cura di), *Il positivismo e la cultura italiana* cit., pp. 21 sgg.

⁸¹ Per tutti, l'eccellente studio di B. SCHNAPPER, *La récidive, une obsession créatrice au XIX^e siècle*, in AA.VV., *Le récidivisme*, Atti del XXI Congresso della Association Française de Criminologie (1982), Poitiers 1986, pp. 25-64.

sue possibili articolazioni⁸². Non passano invece i capisaldi strategici del sistema dottrinale positivista, quelli che avrebbero trasformato il Paese in un immenso riformatorio: l'episodio del progetto Ferri⁸³ dimostrerà l'incompatibilità di quella visione col sistema penale sostenibile, e bisognerà attendere il fascismo per vedere nel codice penale elementi che fanno pensare alle idee dei positivisti. Ma si tratterà delle idee e delle soluzioni del fascismo: non una opzione dottrinale attinta alla scuola di Ferri, ma la scelta repressiva illiberale, politicamente motivata e mirata, di un regime totalitario che ha finito per servirsi, tecnicamente parlando, di ciò che c'era. Una strumentalizzazione politica, si è giustamente ripetuto di recente⁸⁴. Varrà la pena ricordare, tra l'altro, che i penalisti che misero mano alla codificazione del fascismo venivano, dottrinalmente, da un'altra storia⁸⁵.

Inadeguatezze e incertezze, dunque. Esse provenivano da due fronti: da una debolezza interna, culturale e dogmatica, della scienza giuridica penale nel suo complesso, e da una forza esterna, provvista di grande attrattiva, rappresentata dal paradigma 'scientifico' del diritto da tempo dominante nella cultura giuridica italiana⁸⁶, con i suoi corollari

⁸² La recidiva era forse il terreno sul quale, oggettivamente, i positivisti avevano dato un contributo di 'invenzione del problema' di tutto riguardo. L'errore stava semmai nel pensare che la sua presenza nella legislazione rappresentasse una contraddizione, o un cedimento, dei penalisti 'classici'. Aveva detto bene Aristide Gabelli: «Anche quando [la nuova Scuola] si sarà persuasa che alle teorie penali c'è poco da aggiungere, mentre pur tanto rimane a fare nella pratica, *serberà il merito di aver dato una certa scossa salutare a una scienza che fra noi alcun poco sonnecchiava*. Ma inoltre, avviata a un intento più determinato e più utile, *diverrà principalmente uno studio della recidiva*, studio del quale ha le condizioni e i caratteri e di cui non è necessario di provare l'opportunità in un paese, dove i recidivi giungono a più della metà dei malfattori» (*Sulla «Scuola positiva» del diritto penale in Italia* cit., pp. 526-27).

⁸³ Qualche cenno in SBRICCOLI, *La penalistica civile* cit., pp. 227-29.

⁸⁴ NEPPI MODONA e PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo* cit., p. 785.

⁸⁵ Questo punto di vista può dare ragione anche del fatto che l'incidenza della scuola positiva nella cultura penalistica e nel diritto penale italiano sembrerebbe avere avuto un andamento contraddittorio: grande influenza nei due decenni successivi al suo apparire e poi un destino di irrilevanza e di oblio (così NEPPI MODONA, *Diritto penale e positivismo* cit., pp. 47 sgg.). Forse siamo in presenza di un *trompe-l'œil*, lasciato anch'esso del clamoroso scontro tra le 'scuole', come ho detto più sopra. In realtà la scuola positiva ha avuto influenza (era impossibile che non ne avesse) ma non successo. I suoi limiti culturali e l'impresentabilità di molte sue 'teorie' furono rilevati da subito. Usando le metafore militari che essa amava, si può dire che essa venne sbaragliata in occasione del codice Zanardelli, fallì nel tentativo Ferri, non fu praticamente presente nella codificazione Rocco; molti tra i migliori dei suoi disertarono alla fine degli anni Novanta o presero grandi distanze non solo da Lombroso ma anche da Ferri; e di tutti coloro che ne rielaborarono alcune idee, rendendole compatibili e portandole a qualche successo, nessuno era positivista. L'irrilevanza e l'oblio sono la conseguenza dalla qualità di quella cultura e del suo insostenibile segno complessivo. Solo il suo *côté* lombrosiano sembra aver lasciato tracce ancora vive nel mondo degli stereotipi: qualcuno pensa ancor oggi che delinquenti si nasce, altri si aspettano che i criminali si segnalino con la loro faccia, o almeno con i loro modi, molti li ritengono incorreggibili e nutrono nei loro confronti un'attitudine eliminativa.

⁸⁶ Sulla formazione e la presa di egemonia di un paradigma civilistico nella cultura giuridica italiana si legga FERRAJOLI, *Scienze giuridiche* cit., pp. 564 sgg.

fondamentali: l'autonomia del giuridico e la dislocazione del *focus* penalistico sullo Stato.

La debolezza interna era innegabile e dichiarata più o meno apertamente ogni volta che si rifletteva sullo stato del diritto penale⁸⁷ o se ne invocava uno nuovo⁸⁸. Ricorrente era il proposito di lasciarsi alle spalle «l'urto sistematico fra i classici ed i positivisti», individuato come uno dei fattori di crisi della scienza penale, impaccio alla sua crescita, ostacolo ad una riflessione corale della penalistica italiana sulle ragioni della sua scienza. Ma la spinta agli eclettismi ed ai sincretismi che spira ovunque in quel torno di anni⁸⁹ non era che un altro segno della sua impotenza culturale.

Quella che ho chiamato la 'forza esterna' è, in concreto, la realtà stessa della cultura giuridica italiana tra Otto e Novecento. La forza di attrazione che essa era capace di esercitare era tale che si resta sorpresi nel vedere quanto a lungo la penalistica italiana abbia indugiato nei suoi metodi e mantenuto i suoi legami con la dimensione filosofica, con la società e con la politica: in una parola con la sua connotazione civile. Ma anche nell'ambito penale, progressivamente, quel contesto aveva indotto una avvertibile destabilizzazione.

I fondamentali punti di riferimento della penalistica civile del secolo XIX si erano gradualmente dissolti o erano seriamente degenerati. La deriva antilluministica del liberalismo ottocentesco aveva poco a poco sottratto alla penalistica liberale il suo fondamentale punto di appoggio: l'esistenza, cioè, di una giustificazione esterna del diritto penale che dava fondamento alla difesa della libertà contro l'arbitrio distruttivo, facendo del penale il luogo della tutela giuridica, della garanzia, della legalità e della certezza. Il 'nuovo liberalismo' si incardina invece su un'idea di Stato costruito come «ente originario, 'personale', capace di volontà»⁹⁰, nato da una complessa operazione che mescolando tecnica

⁸⁷ Significative le riflessioni di E. FLORIAN, *La fase odierna del problema penale*, Prelezione letta a Padova il 20 gennaio 1900, in «Rivista di diritto penale e sociologia criminale», I (1900), pp. 4-21, e di G. B. IMPALLOMINI, *Funzione sociale del diritto punitivo*, Prelezione letta a Roma il 1° febbraio 1905, Roma 1905.

⁸⁸ A. POZZOLINI, *Verso il nuovo diritto penale*, Prelezione letta a Pisa il 10 novembre 1908, Pisa 1908.

⁸⁹ Una 'scuola', la terza, si presenta sulla scena con l'intento programmatico di conciliare le due tendenze della penalistica italiana. Bernardino Alimena, allievo di Enrico Pessina, principale promotore del nuovo tentativo, avrebbe voluto chiamarla 'Scuola critica', ma l'inesorabile paradigma delle scuole la inchiodò sul nome di 'Terza'. Sull'altra riva, respingendo l'idea che stessero «fantasticando di terze o quarte scuole», anche Zerboglio e Pozzolini, entrambi di provenienza positivista, fanno precedere da un programma di stampo 'antologico' la loro nuova «Rivista di diritto penale e sociologia criminale» che inizia le pubblicazioni nel 1900.

⁹⁰ P. COSTA, *La giuspubblicistica dell'Italia unita: il paradigma disciplinare*, in SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica* cit., p. 119.

giuridica, immagini, metafore e miti, lo ha restituito come «soggetto, persona, centro di volontà [...] non trasformabile, stabile, perenne»⁹¹. Questo spostamento di centro ha valore strategico e forza irresistibile. Esso determina una sorta di disorientamento nella scienza penale che s'era formata sui principi di derivazione illuministica ed avverte ora che le si assegna un nuovo compito: quello di costruire un diritto penale che deve prodursi da sé operando su se stesso. Cadono infatti i riferimenti esterni (la società, la politica, ma anche la ragione, la libertà) e resta, unico referente, uno Stato che per il suo carattere originario, non costituito, non vincolato da contratti, ha il potere di dare origine, legittimandola con una qualificazione giuridica oggettiva, a quella stessa scienza giuridica che lo legittimerà a sua volta attraverso la sua permanente autopoiesi.

Si tratta dell'effetto combinato di una serie di spoliticizzazioni che investono il giuridico, cominciando dalla considerazione dello Stato come entità naturale e perciò neutrale, passando a quella del diritto come a sua volta neutrale e perciò avalutativo. È l'abbandono dell'ancoraggio illuministico ed il presupposto per l'affermarsi di quel 'modello del diritto civile' adottato dalla scienza del diritto pubblico, protagonista Vittorio Emanuele Orlando e, da ultimo, dal diritto penale, per l'impulso di Arturo Rocco. La crisi di una parte della penalistica italiana sta *nella incapacità di cogliere tutto questo*, e nel senso di inadeguatezza che tratteneva i pochi che tutto questo avevano cominciato a capire⁹².

Se poi ci si mette dal punto di vista particolare dei penalisti di origine positivista, la crisi del penale appare altrettanto seria, anche se sembra meno avvertita. Essi hanno dalla loro, prima di tutto, la sensazione che le loro idee stiano facendosi largo, il che li sottrae al senso di disorientamento che invece domina i penalisti liberali. In secondo luogo, le matrici ideologiche a cui si richiamano sono meglio compatibili con il rapporto Stato-diritto che sta venendo avanti. Il loro problema, su questo punto, è che non sembra ne avessero maturato la coscienza: molti di loro si troveranno in sintonia ed organicità con ciò che la storia stava preparando, in modo «né sorprendente, né significativo»⁹³, alla fine di

⁹¹ *Ibid.*, p. 120. Ma sull'immagine dello Stato che ci viene dalla cultura giuridica tra Otto e Novecento, anche per la sua rilevante portata in ordine alla comprensione di questo tornante della cultura penalistica, si legga, di P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Otto e Novecento*, Milano 1986.

⁹² Bisogna pure aggiungere che tutto ciò era dovuto anche ai limiti soggettivi di una generazione di penalisti tra i quali ben pochi spiccavano per personalità o eminenza di ingegno.

⁹³ P. COSTA, *Il 'solidarismo giuridico' di Giuseppe Salvioli*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», I (1974-75), n. 3-4, p. 494. Costa suggeriva l'idea che l'approdo

una strada percorsa pensando continuamente di stare andando da un'altra parte.

Ma la ragione di crisi piú seria e, per cosí dire, strategica, stava, quanto al *côté positivista*, nello stato miserevole in cui versavano le scienze sociali alle quali quel diritto penale aveva legato parte dei suoi destini. L'antropologia e la psichiatria criminale, insieme alla stessa criminologia, si isterilivano sempre di piú nella vulgata del lombrosismo⁹⁴, frantumate in mille rivoli, senza prospettive di rinnovamento; isolate dal contesto europeo che contestava la maniera italiana, prive di personalità di qualche rilievo che potessero rilanciarle o almeno sottrarle al discredito che sempre piú le investiva nella comunità degli studiosi, «testimoniavano l'estremo punto di arrivo della crisi del positivismo nel suo intrecciarsi con la crisi di fine secolo»⁹⁵. Lo studio del rapporto tra fenomeno criminale e processi economici, che tanto si sarebbe sviluppato in Europa⁹⁶, era completamente trascurato. La stessa sociologia generale stava subendo l'emarginazione decretata dall'idealismo trionfante, mentre quella penale o criminale non aveva neanche fatto in tempo a nascere, avviata da giuristi penalisti che ne orecchiavano i fondamenti, limitandosi a farne, in buona sostanza, uno strumento di pressione per la riforma della legislazione penale.

4. Un 'nuovo diritto penale' nel nuovo diritto pubblico.

Si giunge cosí ad un tornante convenzionale della storia del diritto penale italiano: il 1910, la prolusione sassarese di Arturo Rocco, l'avvio del metodo 'tecnico giuridico' nello studio e nella produzione del diritto

al fascismo di Salvioli, moderatamente positivista e moderatamente socialista, cosí come il consimile approdo di gran parte dei positivisti penalisti, aggiungo io, potesse generare un dubbio da applicare al socialismo giuridico italiano. Un dubbio, in particolare, «sulla presunta sterilità del movimento, sul carattere utopistico e accademico della sua 'predicazione nel deserto', insomma sul suo storico 'déracinement', e suggerire di ripensare globalmente ad esso, piú che secondo lo schema della astratta e velleitaria *ideologia della riforma*, secondo il *tópos* astuto e lungimirante della *riforma dell'ideologia*».

⁹⁴ Cesare Lombroso intanto coronava i suoi numerosi cicli involutivi «seguendo le leggi dell'evoluzione» e «spingendosi fino a quei due rami che stanno ai confini dell'ignoto: medianismo (spiritismo) e omeopatia» (*Al lettore*, in «Archivio di psichiatria», XVII (1896), fasc. 1-2, p. 3).

⁹⁵ L. MANGONI, *Una crisi di fine secolo. La cultura italiana e la Francia fra Otto e Novecento*, Torino 1985, p. 208.

⁹⁶ Basti pensare agli studi avviati da W. A. BONGER, *Criminalité et conditions économiques*, Amsterdam 1905, per arrivare alle ricerche della Scuola di Francoforte (G. RUSCHE e O. KIRCHHEIMER, *Punishment and social structure*, New York 1939), passando per Thorsten Sellin, del quale basterà ricordare il celebre *Research Memorandum on Crime in the Depression*, New York 1937.

to penale⁹⁷. Non rifarò, punto per punto, l'analisi di quello storico documento⁹⁸, ma qualche riflessione è necessaria per restituire alla svolta dottrinale di quegli anni il senso che realmente essa ha avuto: su quel discorso si è infatti incrostata una vulgata che ne ha asciugato il contenuto programmatico, caricandolo peraltro di esiti che solo in parte gli competono.

Una lettura storicizzata di quel programma metodologico (che non cada nell'errore di retrodatare al 1910 il Rocco degli anni successivi al 1925) mostra che il suo obiettivo dominante si compone di due tentativi: *a*) quello di 'risanare' in qualche misura il diritto penale, la cui crisi era seria, evidente, ammessa da tutti; *b*) quello di mettere al passo il penale con la realtà del diritto e dello Stato quale da tempo si era affermata nel sistema giuridico italiano. I due tentativi si congiungevano nel fatto che la crisi e l'arretratezza del penale stavano proprio nel non essersi esso ancora conformato alla 'costituzione giuridica' dello Stato liberale di diritto: il che vuol dire che esso non aveva fatto i conti con la nuova concezione che aveva investito i diritti di libertà, riscattandoli dal fondamento giusnaturalista per consegnarli alla legge dello Stato⁹⁹. Ma di questo dirò tra poco.

4.1. Segnare i confini del diritto penale.

I termini in cui Rocco chiede il 'risanamento' del diritto penale consistono principalmente in un accertamento dei confini e nell'invocazione di un diverso rapporto con le scienze sociali. Ce n'era bisogno.

La crisi del diritto penale, sostiene, è una *crisi di identità*: i penalisti rischiano di scomparire in un indifferenziato magma sociologico nel quale il diritto appare sempre piú introvabile¹⁰⁰. Il rimedio sembrava stare

⁹⁷ ARTURO ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in «Rivista di diritto e procedura penale», I (1910), parte I, pp. 497-521, 560-82.

⁹⁸ Rinvio però a SBRICCOLI, *La penalistica civile* cit., pp. 217-25. In quelle pagine si troverà una lettura ravvicinata e storicizzata del 'manifesto' del tecnicismo giuridico penale, che costituisce in qualche modo la base testuale delle osservazioni che seguiranno.

⁹⁹ Come si sa, in Italia questa operazione viene compiuta da V. E. ORLANDO, *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, Torino 1888. Su questi aspetti della storia del pensiero giuridico costituzionale gli studi di riferimento sono quelli di M. FIORAVANTI, *Le dottrine dello Stato e della costituzione*, in ROMANELLI (a cura di), *Storia dello Stato italiano* cit., pp. 407-57, e ID., *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, I: *Le libertà fondamentali*, Torino 1995.

¹⁰⁰ «Se ben esiguo, e anzi quasi nullo è il numero di coloro che, infatuati di una falsa o esagerata ipotesi antropologica, considerano la scienza nostra destituita da ogni ragion d'essere come scienza, *ad un tempo sociale e giuridica*, permangono tuttavia, sia pure isolate, opinioni e tendenze per le quali essa dovrebbe trasformarsi completamente nel suo oggetto, nel suo contenuto, nei suoi limiti, e perfino nel suo nome, in guisa tale da perdere la propria autonomia e individualità di scienza giuridica e da venir sostituita da una nuova, e piú ampia, disciplina sociologica, nella quale essa rimarrebbe assorbita e confusa» (ROCCO, *Il problema e il metodo* cit., p. 499).

nella rivalorizzazione del momento giuridico («la costruzione dogmatica degli istituti penali in base ai principî del diritto positivo vigente») che però *non lasciasse da parte* «l'indagine delle ragioni di necessità sociale e di opportunità politica che stanno a base del diritto costituito»¹⁰¹; quel che occorre è disincrostare il penale da una quantità di elementi che gli sono estranei, che lo offuscano, che gli tolgono il suo carattere di scienza giuridica¹⁰². Una volta ricostituita l'identità del penale si porrà il problema della sua autonomia, e cioè del rapporto con le scienze sociali rispetto alle quali Rocco non chiede *una separazione* ma, come chiunque direbbe, *una distinzione*: egli non vuole neanche, «... proclamando tale distinzione, *formalizzare lo studio del diritto penale, ridurlo ad una astrazione teorica, isolarlo dalla realtà naturale e sociale da cui germoglia*; né questo punto è [...] il risultato necessario di quella distinzione»¹⁰³. Questo si legge in quella prolusione. Da queste premesse, possiamo dirlo, si è dipanata un'esperienza che non le ha sempre interamente onorate. Ma si deve anche aggiungere che il contesto con cui il metodo propugnato da Rocco si sarebbe confrontato nei decenni successivi ne avrebbe seriamente condizionato l'applicazione, mettendo per di più in mani diverse, quelle ad esempio di Vincenzo Manzini, la gestione della fase tecnicista¹⁰⁴.

¹⁰¹ *Ibid.*, pp. 499-500.

¹⁰² «La produzione scientifica [...] va vagolante, dubbia di sé e dei suoi fini, par quasi ancora cercare se stessa. E così corrono oggi per le mani di tutti trattati e monografie e articoli, così detti di diritto penale, in vista di taluno dei quali c'è da domandarsi se una scienza che si chiama *diritto penale* sia o non sia una scienza giuridica. C'è dell'antropologia, della psicologia, della statistica, della sociologia, della filosofia, della politica: tutto, insomma, qualche volta, tranne che il *diritto*» (*ibid.*, p. 499).

¹⁰³ *Ibid.*, pp. 517-18.

¹⁰⁴ Non v'è dubbio che il metodo tecnico giuridico accompagnò la politica del diritto della prima metà di questo secolo, sotto l'egemonia accademica e politica di Vincenzo Manzini, il cui ruolo certo meriterebbe attenzione e studio. Una curiosità: voglio ricordare, *en passant*, e nello spirito di dare a ciascuno il suo, una piccola coincidenza di date e prolusioni: dieci mesi dopo quella di Rocco, sempre nel 1910, il 22 novembre, Vincenzo Manzini teneva la sua prolusione torinese intitolata *La politica criminale e il problema della lotta contro la delinquenza e la malavita*, in «Rivista Penale», XXXVII (1911), n. 73, pp. 5-14, nella quale, *entre autres choses*, alludendo a Rocco criticava «una delimitazione eccessivamente artificiosa e astratta dell'ambito riservato alla nostra disciplina» (p. 5); proponeva «norme permissive» dell'uso delle armi da parte dei cittadini «per rintuzzare la temerarietà e la protervia dei malviventi» (p. 8); lamentava l'eccessiva mitezza del sistema penale e deprecava il fatto che per compiacere «alla classe colta della nazione» l'Italia si fosse «presa il lusso [...] della abolizione della pena di morte» (p. 10); si dispiaceva che gli agenti della forza portassero le armi senza adoperarle e opinava che il governo dovesse «promuovere e favorire la costituzione di quelle benemerite associazioni private, che hanno per iscopo di concorrere con la polizia nella lotta contro la delinquenza» (p. 11). Credo che si possa dire che in questa prolusione c'è molta più anticipazione e «promessa» di fascismo di quanta se ne possa vedere, specie se non si guarda bene, nella «politicità dell'apolitico» che si rimprovera – peraltro giustamente – a quella di Rocco.

Quanto al metodo in sé, Rocco lo configura in ordine alla funzione che egli assegna al diritto penale. Il suo compito, dice, consiste nello «*studio della disciplina giuridica di quel fatto umano e sociale che si chiama delitto, e di quel fatto sociale e politico che si chiama pena*, cioè lo studio delle norme giuridiche che vietano le azioni umane imputabili, ingiuste e dannose indirettamente produttive e rivelatrici di un pericolo per l'esistenza della società giuridicamente organizzata»¹⁰⁵.

Ma ciò non vuol dire – conclude¹⁰⁶ – che il cultore del diritto penale non debba assumere talvolta la veste dell'antropologo, dello psicologo e del sociologo; e neppure che in questo studio tecnico del diritto non si possa, e non si debba, anzi, seguire un metodo positivo e sperimentale. *Distinzione non è separazione, e tanto meno divorzio scientifico*.

Queste idee, che Rocco organizza e delinea con un vigore che le rende persuasive, se non altro per i suoi contemporanei, non piombano inattese nel dibattito tra i penalisti. Egli riesce a dare loro organicità e sistema, usando l'ingegno e lo spessore dogmatico che gli vanno riconosciuti, ma tutto sommato non fa che sviluppare nuclei che erano largamente presenti, ad esempio, nelle riflessioni dei più pensosi esponenti del socialismo giuridico, nella sua fase di crisi¹⁰⁷. Basterebbe guardare a quanto aveva detto, in un'altra prolusione, soltanto l'anno prima, Alfredo Pozzolini, parlando di *un nuovo diritto penale*¹⁰⁸.

Rocco imposta in modo plausibile, ed in termini che appaiono 'moderni', il rapporto tra il diritto penale come scienza *giuridica* e le altre scienze sociali. Sembra quasi pensare alla pluridisciplinarietà degli approcci, quando prefigura un giurista che, all'occorrenza, si serve di criteri interpretativi *filosofici o politici* per spiegare «*la ragion d'essere degli istituti giuridici penali nello Stato e nella società attuali*» e procedere «*alla ricerca di quel che il diritto penale positivo dovrebbe essere, [elabo-*

¹⁰⁵ ROCCO, *Il problema e il metodo* cit., p. 518.

¹⁰⁶ *Ibid.* (l'ultimo corsivo è mio).

¹⁰⁷ Cfr. SBRICCOLI, *La penalistica civile* cit., p. 220. Non sembra plausibile, tutto considerato, che obiettivo dell'appello al tecnicismo fosse quello di fronteggiare la proposta politica del socialismo giuridico penale (così NEPPI MODONA e VIOLANTE, *Poteri dello Stato e sistema penale* cit., p. 183), non foss'altro che per il fatto che quell'esperienza, all'atto della prolusione del 1910, era stata già interamente revisionata e s'era consumata e dissolta.

¹⁰⁸ «Altra cosa – dice POZZOLINI, *Verso il nuovo diritto penale* cit., p. 6 – sono l'antropologia, la sociologia e la terapeutica criminale, ed altra cosa è il diritto penale. Si rifletté che mentre le une sono scienze sociali e naturali, l'altra è scienza giuridica d'applicazione. Si osservò che se il diritto penale come fenomeno e prodotto sociale, è esso stesso oggetto di indagine sociologica, ha però dignità sua propria di scienza autonoma in quanto regola e disciplina mediante norme coattive i rapporti sociali». Tutta l'impostazione di Pozzolini – argomenti, schema, ragionamento – prefigura il tenore di quella adottata da Rocco due anni dopo.

rando] così le venture riforme legislative»¹⁰⁹. Egli afferma di non volere l'isolamento del diritto penale e dichiara di temerlo. Vede rischi in questo senso nella propria impostazione, ma tranquillizza il suo uditorio, negando che l'avvento di un «vuoto, quanto pericoloso formalismo che riduca la scienza ad un puro esercizio scolastico di astrazioni teoriche» stia fra le conseguenze possibili della sua proposta.

Noi sappiamo che alcuni di quegli esiti, negati o scongiurati, ebbero effettivamente a realizzarsi. Sappiamo della fine del diritto penale come scienza giuridica integrata, del suo isolamento, della sua perdita di centralità, della sua assimilazione al metodo civilistico. Finiva l'epoca della penalistica civile e sarebbe iniziata quella che ho definito, giocando con le parole, la stagione della civilistica penale. Dubito però che sia corretto far decorere tutto ciò da quel fatidico 15 gennaio del 1910. Se di svolta si deve parlare essa riguarda un altro aspetto dello sviluppo del penale in quella fase.

4.2. Il diritto penale dello Stato e il paradigma civilistico.

C'è un passaggio nella prolusione di Arturo Rocco che fa da spia di un'intenzione strategica che avrebbe, essa sí, e senza concorso d'altro, determinato un radicale cambiamento nel diritto penale italiano.

La scienza giuridica penale – chiede Rocco – [sia ridotta] principalmente, se non esclusivamente, *come già per il diritto privato*, ad un sistema di *principi di diritto*, ad una teoria giuridica, ad una conoscenza scientifica della disciplina giuridica dei delitti e delle pene.

Si tratta della non dichiarata citazione – che denota per ciò una fortissima adesione – di un omologo pensiero che Vittorio Emanuele Orlando aveva formulato vent'anni prima, in una famosa prolusione palermitana¹¹⁰ quando anch'egli aveva chiesto che il diritto pubblico venisse liberato dall'ipoteca che su di esso aveva posto la scienza politica e si disincrostasse dalla filosofia, dall'economia, dalle storie, dalle pratiche esegetiche¹¹¹. Non una distruzione dei ponti aveva chiesto Orlando, ma la conservazione di un rapporto tra statuti scientifici finalmente separati, fermo restando che il diritto pubblico si sarebbe dovuto con-

¹⁰⁹ ROCCO, *Il problema e il metodo* cit., pp. 519-20 (il corsivo è mio).

¹¹⁰ V. E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, Prolusione palermitana del 1889, in «Archivio giuridico», XLII (1889), fasc. 1, pp. 107-24, ma io citerò dalla raccolta di ID., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano 1954.

¹¹¹ «... col pretesto di usufruire il necessario contributo di altre discipline si è imbastita una scienza di diritto pubblico come si farebbe per un mosaico, ravvicinando pezzetti di filosofia con pezzetti di storia, di politica, di economia, eccetera» (ORLANDO, *I criteri tecnici* cit., p. 20).

siderare «*nello stesso modo che il diritto privato*, come un complesso di *principi giuridici* sistematicamente coordinati». L'omologia è impressionante e, del resto, l'operazione immaginata da Rocco – seppure in ritardo – è dettata, più che da un'analogia preferenza, dalla medesima *necessità*, che aveva mosso il padre della pubblicistica italiana moderna¹¹². Rocco comprende e sfrutta un'evidenza: il diritto penale può recuperare una sicura stabilità adeguandosi senza residui alla sua natura primaria che è quella di essere diritto dello Stato¹¹³. Poi, sviluppando le conseguenze di questa premessa, esso dovrà assumere, per operare e riprodursi, il metodo del diritto civile, a garanzia della sua legittimazione scientifica dentro la cultura giuridica italiana, e per assolvere alla funzione di difesa dello Stato, dei diritti e delle libertà. Questa prospettiva postula un ancoraggio monistico al sistema normativo prodotto dallo Stato. E infatti, «questo è principalmente – dice Rocco¹¹⁴ – se non esclusivamente, il compito e la funzione della scienza del diritto penale: l'elaborazione tecnico-giuridica del diritto penale *positivo e vigente*, la conoscenza scientifica, e non semplicemente empirica, del *sistema del diritto penale quale è, in forza delle leggi che ci governano*».

Non credo si possa dire che una simile opzione è di per sé autoritaria, pone l'individuo alla mercé dello Stato e si sarebbe dunque non a caso rivelata congeniale al dispotismo fascista¹¹⁵. Ha ragione Maurizio Fioravanti quando, riferendosi alla svolta orlandiana, suggerisce cautela nel considerare senz'altro di segno statalista e illiberale il fatto di fondare i diritti esclusivamente nella legge dello Stato: nella cultura politica e costituzionale liberale, alla quale appartiene a pieno titolo l'Arturo Rocco del 1910, la legge «è la manifestazione più alta di una razionalità di tipo oggettivo, il riflesso di un ordine profondo e storicamente fondato della collettività»¹¹⁶. Il corto circuito che poté instaurarsi tra diritto, Stato e legge penale, producendo il diritto penale dello Stato totalitario, non va retrodatato; né può dirsi che quanto di compatibile con l'esito fascista è accaduto prima del fascismo, sia stato pensato con intenti precorritori. Arturo Rocco voleva dare una svolta ad un diritto pe-

¹¹² Lo stesso valore di 'ripetizione' dell'operazione orlandiana attribuisce a quella di Arturo Rocco anche G. CIANFEROTTI, *La crisi dello Stato liberale nella giuspubblicistica italiana del primo Novecento*, in A. MAZZACANE (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli 1986, p. 159.

¹¹³ Cfr. F. COLAO, *Le ideologie penalistiche fra Otto e Novecento*, *ibid.*, pp. 121 sgg.

¹¹⁴ ROCCO, *Il problema e il metodo* cit., p. 521 (i corsivi sono miei).

¹¹⁵ Così F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in M. DE ACUTIS e G. PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova 1984, p. 56.

¹¹⁶ FIORAVANTI, *Le dottrine dello Stato e della costituzione* cit., pp. 424-25.

nale ormai privo di identità e di senso: ritenne che andasse liberato dai lacci in cui lo tenevano le scienze sociali, antropologiche e mediche; che andasse messo al passo con l'idea orlandiana che legava l'esistenza stessa dei diritti alla legge dello Stato; che dovesse rapportarsi, infine – inevitabile corollario – ad una metodica presa di peso da quella elaborata dal diritto civile ripensato in chiave pandettistica. Quello che di tutto ciò fece il fascismo fu fatto dal fascismo, anche se bisogna aggiungere che l'Arturo Rocco fascista vi pose una non piccola mano.

Al di là della imputazione degli esiti, bisogna tuttavia ripetere una volta di più che l'operazione dislocò il diritto penale su tutt'altro terreno rispetto a quello che esso aveva tradizionalmente occupato. L'adozione del paradigma civilistico¹¹⁷ reca con sé un corteo di condizioni che fanno del diritto penale cosa diversa dalla scienza libera, critica, aperta, che esso era stato – con le eccezioni e le contraddizioni che sappiamo, e con i difetti delle sue qualità – nel corso del secolo XIX. Le finalità della politica criminale e le ragioni della politica penale vengono sottratte alla critica del giurista: persino la loro tematizzazione scompaiono. Il diritto si pensa neutrale e si vuole apolitico, imbocca la via del formalismo, esige la mera tecnicità dell'interpretazione sia per il giurista che per il giudice, dentro un ordinamento che pretende (e presume) completo e coerente, assume come dogma la potestà punitiva dello Stato disinteressandosi (in teoria: non sempre nei fatti) del valore dei suoi contenuti¹¹⁸. Il sistema penale italiano vivrà di tutto questo per cinquant'anni, fino alle soglie degli anni Sessanta di questo secolo.

5. Il diritto penale durante il regime fascista.

5.1. Continuità di caratteri, discontinuità ideologica.

È da tempo acquisita la convinzione che la vicenda giuridico-istituzionale del fascismo vada letta in chiave di continuità. Continuità del-

¹¹⁷ Tale adozione trasferisce nel campo penalistico i metodi d'analisi, i principi regolatori, i sistemi classificatori, le categorie esegetiche, la sintassi e la logica proprie del diritto privato, che Rocco regola programmaticamente con una scansione quasi pedante delle sequenze delle operazioni che essa comporta (ID., *Il problema e il metodo* cit., pp. 562 sgg): prima l'*esegesi* dei testi legislativi, corredata delle metodologie ermeneutiche tipiche (e consentite) nel campo del diritto penale. Poi la ricerca *dogmaticamente* descrittiva ed espositiva dei *principi fondamentali* del diritto positivo nella loro logica e *sistematica* coordinazione: un inventario dei concetti giuridici penali fondamentali, in buona sostanza, sistematicamente ordinati. Da ultimo la *critica*: fondata su logiche deduzioni, essa mette in evidenza disparità, antinomie e disarmonie esistenti tra gli istituti del diritto vigente, e può proporre di modificarne la disciplina o di abolirne l'esistenza giuridica.

¹¹⁸ FERRAJOLI, *Scienze giuridiche* cit., p. 574.

lo Stato, rispetto alla quale furono irrilevanti i radicali sconvolgimenti subiti nel corso del ventennio dall'assetto statutario, perché compatibili con la sua natura ancipite¹¹⁹ e indifferenti ad un paradigma pubblicistico incentrato sulla dottrina dello Stato e non su quella della Costituzione¹²⁰. Continuità di pratiche, di metodi scientifici nella creazione ed applicazione del diritto, di ceto accademico nelle facoltà di giurisprudenza, di giuristi egemoni nei diversi settori della scienza giuridica che continuarono ad esercitare la loro decisiva influenza senza alcuna necessità di assumere direttamente compiti politici o di conseguire comunque una legittimazione che avevano già. Del resto, si è detto plausibilmente di una continuità che lega la stessa cultura giuridica del primo Novecento – portatrice di prodromi riconoscibili dell'ideologia che sarà fascista – a quella che si esprimerà dentro il regime. Perché lo stesso liberalismo della cultura giuridica prefascista è «per intrinseca struttura teorica, un liberalismo conservatore e autoritario, statalistico e patriottico, che non avrà difficoltà ad incontrarsi con il fascismo senza neppure diventare fascista, ma semplicemente rimanendo fedele a se medesimo»¹²¹.

Continuità, quindi, anche nel ruolo assegnato al penale, con la convalida – e la messa in opera – di caratteri originari e distintivi che il sistema penale aveva acquisito da tempo e che non avrebbe abbandonato durante l'esperienza fascista, evidenziandone semmai alcuni o esaltandone altri.

È evidente, tuttavia, che il regime impose i suoi accenti e dispiegò nei contenuti punitivi, nei fini assegnati al penale e nelle strategie repressive, i postulati della sua ideologia. E non solo: perché inflisse al diritto penale una notevole torsione, caricandolo di contenuti autoritari e di compiti difensivi che vennero stornati dai diritti e dalla società e dislocati sullo Stato, rendendoli efficaci con un'accentuazione forte del carattere repressivo e della funzione intimidatoria del diritto penale. Le conseguenze ideologiche che ne derivarono furono particolarmente rilevanti, e si sarebbero lette chiaramente nell'impianto del codice del 1930¹²². Ma non solo in esso.

¹¹⁹ M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazione dello Stato*, in SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica* cit., pp. 10 sgg.

¹²⁰ *Ibid.*, pp. 38-39.

¹²¹ FERRAJOLI, *Scienze giuridiche* cit., p. 575.

¹²² Sui contenuti e sugli orientamenti del codice del 1930 la sintesi più accurata è ora quella di NEPPI MODONA e PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo* cit., pp. 784 sgg., alla quale rimando anche per l'attenta valutazione delle scelte normative e del senso di molti passaggi tecnici particolarmente significativi. Nel suo complesso questo saggio, condotto su fonti dottrinali e documentarie ben selezionate e molto numerose, ha il merito di dare fondamento attendibile ad un'analisi complessiva della politica criminale del fascismo che mancava ancora agli studi storici.

Il sistema penale italiano si caratterizza dunque, in quegli anni, per una serie di elementi che possiamo sintetizzare in un elenco:

- a) Il metodo tecnico-giuridico permane dominante, come quello che meglio si presta alla 'manutenzione' tecnica di un sistema a forte caratterizzazione ideologica; esso consente ai penalisti, come si è tante volte rilevato, di svolgere intera la loro funzione di critica giuridica anche dentro un quadro politico così radicalmente mutato. I modi, i contenuti, gli esiti di questa 'compatibilità', vanno probabilmente rimeditati. Essi sono stati misurati sulle norme prodotte, lette con i canoni dello stesso metodo che le aveva prodotte. Solo ora cominciano a subire il vaglio di uno sguardo diverso, non interno ma esterno, non coinvolto ma critico¹²³.
- b) La scienza giuridica penalistica entra, durante il fascismo, in una fase che sembra di quiescenza. Il dibattito tra penalisti si spegne, e ciò non tanto (o non solo) per il dominio del metodo esegetico-dogmatico imperante, quanto per l'impossibilità di dare respiro alla discussione sul diritto, senza passare per riflessioni sugli scopi sociali e politici voluti dal legislatore (era questo uno dei capisaldi del metodo propugnato da Rocco nel 1910), che non fossero meramente apologetiche della politica fascista¹²⁴. Quel metodo che per alcuni aveva talora rappresentato una possibilità di autotutela e difesa, un rifugio, un'occasione di nicodemismo, poteva anche trasformarsi in una gabbia nella quale il giurista si trovava costretto, nella impossibilità politica di agire altrimenti. Ci si è domandati se una critica autentica, o comunque una critica, alla politica criminale del fascismo sarebbe stata possibile, e se da essa non sarebbero potuti derivare rischi più gravi per i livelli com-

¹²³ Hanno ragione NEPPI MODONA e PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo* cit., pp. 845-46, quando dicono che «l'approccio tecnico-giuridico offre un'interpretazione distorta del sistema giuridico, in quanto prescinde dalla verifica dei legami tra principi giuridici e realtà socio-politica sottostante». È la stessa linea che ispira lo scritto di PADOVANI, *La sopravvivenza del codice Rocco* cit., pp. 89 sgg.

¹²⁴ Quando si dice che penale e politica erano ormai stati separati e allontanati dalla generale adozione del metodo della critica giuridica, si tace tuttavia del fatto che durante il fascismo penalisti militanti riportano la politica nel diritto, e non solo nelle occasioni apologetiche (ad esempio U. ALOISI, *Le riforme fasciste nel campo del diritto e della procedura penale*, in AA.VV., *Atti del I Congresso Giuridico Italiano*, I: *Le Relazioni*, Roma 1932, pp. 257-89) ma nella pubblicistica che accompagnò la preparazione dei codici. Anche per il diritto penale vale la distinzione proposta da COSTA, *La giuspubblicistica dell'Italia unita* cit., pp. 125 sgg., tra 'giuristi tradizionali' e 'giuristi militanti', con la sola aggiunta di una terza categoria fatta di giuristi tradizionali che ogni tanto militavano. I penalisti militanti non erano certo egemoni nella penalistica italiana, ma erano loro che davano segno e direzione alle politiche penali e criminali da mettere in campo.

pletivi di civiltà del sistema penale¹²⁵: verosimilmente no, bisogna rispondere alla prima domanda, verosimilmente sí alla seconda. Io resto convinto che la linea tecnicistica, che 'risanò' il diritto penale nel pieno della fase involutiva e progressivamente autoritaria dello Stato liberale di diritto, affrancandolo dalle impresentabili ipoteche culturali che l'avevano afferrato, e ridandogli autonomia, sia da collocare nel luogo provvidenziale dove la storia tiene le sue astuzie. Senza quel risanamento, il fascismo avrebbe avuto sotto mano un diritto penale guastato da sincretismi e ricomposizioni tra 'scuole' che si vedevano l'una come esaurita, l'altra come vincente, sfigurato da cattivi sociologismi e peggiori antropologismi, tecnicamente sfiancato e gestito da mediocri giuristi: non era, né poteva nascerne bene.

Ciò detto, però, bisogna aggiungere che:

- c) L'azione di contenimento delle tendenze autoritarie del fascismo, che sarebbe stata condotta dai penalisti di formazione prefascista - di cui pure è stato detto¹²⁶ - venne condotta nella *partecipazione concreta*, attiva e consapevole, all'opera legislativa del regime. Un'analisi attenta dei suoi esiti, ed una valutazione complessiva delle condizioni in cui si svolse, lasciano qualche dubbio sulla sua efficacia e non molte certezze sul fatto che ci sia stata veramente. L'analisi ravvicinata del codice penale, rapportato a quello del 1889 (che secondo la delega data al governo avrebbe dovuto subire solo qualche emendamento¹²⁷), mostra che il lavoro per attenuare garanzie, aggirare tassatività, indebolire tipizzazioni e introdurre indeterminanze, è stato intenso, accurato, e tutto di natura tecnica. Il fatto che tutto il codice (a tacere della traduzione in penale dell'ideologia fascista realizzata in interi titoli della parte spe-

¹²⁵ NEPPI MODONA e PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo* cit., p. 847.

¹²⁶ Specie nell'immediato dopoguerra, quando per un breve momento si pose la questione della abrogazione dei codici fascisti. Per tutti, T. DELOGU, *L'elemento politico nel codice penale*, in «Archivio Penale», 1945, p. 169: «... è facile controllare come con notevole frequenza il diritto abbia frenato la politica, impedendo che la pressione di questa portasse a violare quelle che erano le regole tradizionali del nostro diritto penale», e G. LEONE, *La scienza giuridica penale nell'ultimo ventennio*, in «Archivio penale», 1945, p. 23: «... ad onta delle opposte apparenze, il tradizionale complesso di principi giuridico-penalistici, di assodata origine liberale, [è] stato, durante il ventennio trascorso, energicamente e quasi universalmente difeso e tenuto fermo dai giuristi italiani». Quel particolare passaggio è stato accuratamente ricostruito da PIASENZA, *Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato* cit., pp. 261-317.

¹²⁷ Cfr. ALFREDO ROCCO, *Relazione al disegno di legge «Delega al Governo del re della facoltà di emendare il codice penale, il codice di procedura penale...»*, in ID., *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato Liberale allo Stato Fascista*, Roma 1927, pp. 211 sgg.

ziale) subisca una torsione nel senso di una marcata accentuazione del carattere autoritario, repressivo, intimidatorio¹²⁸, dipende dalla consapevole applicazione di una sapienza dogmatica. Un lavoro da giuristi, molto piú che da ideologi. Quel che viene lasciato (talora facciata ingannevole di un edificio tutto rimaneggiato¹²⁹) dell'impianto liberale ereditato appartiene alla sfera dello storicamente irrinunciabile. Il merito di averlo conservato (e il demerito di averlo talora svuotato) va dato forse piú all'accortezza tecnica che all'intenzione politica.

d) Mantenendo fede ad uno dei caratteri originari del sistema penale italiano, il fascismo non opera la riunione in chiave autoritaria dei livelli di legalità che ci si sarebbe potuti attendere da un regime totalitario. Permane il duplice livello ereditato dallo Stato prefascista, assicurato da una legge di pubblica sicurezza che si arricchisce di vere e proprie fattispecie di reato¹³⁰ e mette nelle mani della polizia la valutazione di comportamenti quali «manifestare propositi»¹³¹ o «dimostrare intenzioni»¹³². L'autorità di pubblica sicurezza giudicherà desumendo non solo piú dalla classe sociale a cui appartiene il soggetto, o dai suoi trascorsi penali, ma anche dal suo noto o presunto orientamento politico. A questi due livelli se ne aggiunge anzi un terzo, che riguarda lo specifico del dissenso politico, del fuoruscitismo, dell'antifascismo organizzato, affidato all'Ovra, ma frequentato anche dalla Milizia, che possono contare su modi ancor meno che giurisdizionali o amministrativi.

Riceve la sua conferma anche la pratica della legislazione eccezionale provvisoria, adottata per la creazione del Tribunale speciale per la difesa dello Stato, istituito a termine e poi tre volte prorogato, erede anche in questo dei tribunali da campo della legge Pica o dei «tribunali giuberna» degli stati d'assedio¹³³.

¹²⁸ Rinvio all'attenta collazione fatta da NEPPI MODONA e PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo* cit., pp. 784 sgg.

¹²⁹ Si vedano le osservazioni di PADOVANI, *La sopravvivenza del codice Rocco* cit., pp. 90 sgg.

¹³⁰ *Ibid.*, pp. 773 sgg.

¹³¹ L'art. 181 del Testo Unico del 1931 destina al confino coloro che «svolgono o abbiano manifestato il proposito di svolgere un'attività rivolta a sovvertire violentemente gli ordinamenti politici, economici o sociali costituiti nello Stato o a contrastare o ostacolare l'azione dei poteri dello Stato, o un'attività comunque tale da recare nocumento agli interessi nazionali».

¹³² Chi tenta l'espatrio senza passaporto «dimostra l'intenzione, seguita o no dal fatto, di rompere abusivamente il rapporto di sudditanza» (A. CORDOVA, *Commento al TU delle Leggi di PS 6 novembre 1926 n. 1848*, Palermo 1929, p. 126): non quindi l'intenzione di andare all'estero, come sembrerebbe, ma quella di tradire, o di commettere una sorta di apostasia dalla patria.

¹³³ NEPPI MODONA e PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo* cit., pp. 769-71.

5.2. «Paura della differenza, disprezzo per i deboli».

Il sistema penale del fascismo va giudicato nei risultati molto piú che nei metodi. Se per altre fasi dell'esperienza italiana la chiave di lettura (o la sede indiziaria) di quel che succede sta nel dibattito dottrinale, per quel regime essa sta nella poderosa produzione normativa. La politica penale del fascismo ed il suo programma di politica criminale si possono leggere in un elenco che inizia con le leggi speciali del 1925-26¹³⁴, prosegue con la monumentale codificazione del 1930¹³⁵, si completa con le leggi razziste¹³⁶ e quelle razziali antiebraiche del 1938, fino alla legge sull'ordinamento giudiziario del 1941. Le linee che innervano tutta questa massa normativa, che ha caratteri di coerenza riconoscibili, stanno in un marcato statualismo (lo Stato organo/persona, che si sostituisce alla società come oggetto della difesa); si riconoscono in un aggravamento del livello sanzionatorio complessivo, in un aumento della pressione autoritaria, nella dissipazione del senso di difesa e di garanzia che i cittadini si attendono di norma da un sistema penale. Vi circola uno spirito di dominio che si esprime sulle persone, sulle formazioni sociali, sugli organismi politici, sulle istituzioni. Vi si riconosce l'inclinazione fascista alla vessazione dell'avversario, dell'oppositore, del *disturber*, dell'*inferiore* per razza o per condotta: lo spirito di chi 'civilizza' nelle colonie, 'purifica' in patria, 'bonifica' nelle carceri.

Considerazioni diverse ottengono così un loro spazio. I fascismi, si è scritto di recente, crescono e cercano il consenso sfruttando ed esacerbando la naturale *paura della differenza*, così come la loro ideologia reazionaria alimenta un *disprezzo per i deboli* dal contrassegno 'elitista'¹³⁷. Uscendo per un momento dall'analisi storico-giuridica della sua produzione normativa, ed entrando in una prospettiva culturale generale, si possono proporre anche queste chiavi come possibili mezzi di accesso alla comprensione della produzione normativa del fascismo. Dopotutto, quegli orientamenti non sono che una delle esplicitazioni possibili della connotazione del regime fascista come regime reazionario, autoritario,

¹³⁴ Vedine l'illustrazione in ALFREDO ROCCO, *La trasformazione dello Stato* cit., pp. 35 sgg.

¹³⁵ Approvati alla fine del 1930, entrano in vigore il 1° luglio del 1931 il codice penale, quello di procedura penale, le disposizioni di coordinamento, le norme transitorie e di attuazione, un nuovo testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, il nuovo regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena, le nuove regole per il casellario giudiziale, ed un ulteriore corredo di leggi in materia contravvenzionale e penale finanziaria.

¹³⁶ Ce le ricordano NEPPI MODONA e PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo* cit., pp.

797 sgg.

¹³⁷ U. ECO, *Il fascismo eterno*, in *id.*, *Cinque scritti morali*, Milano 1997, pp. 41 e 43.

repressivo. L'ordinamento penale di uno Stato totalitario è per eccellenza il luogo in cui cogliere modi di pensare e di sentire, fondamentali culturali ed archetipi. Di regola latenti, essi affiorano all'atto delle pratiche e delle concrete applicazioni, colorando di sé la dimensione pedagogica propria della legislazione e del suo dispiegarsi nella società: accogliendo e rilanciando elementi culturali profondi che, assorbiti nelle norme, vengono poi restituiti come ideologia e visione delle cose. Il progetto giuridico del fascismo, che pretendeva di proporre attraverso il penale una sua peculiare visione della civiltà, non era fatto solo di difesa dello Stato e di autoritarismo politico: era fatto anche di pulsioni e frustrazioni, di pregiudizi e idiosincrasie che hanno lasciato una loro traccia nel sistema penale.

6. *Il diritto penale nell'Italia repubblicana.*

6.1. Continuità di caratteri nella discontinuità costituzionale.

Nel 1945, una breve discussione molto significativa sull'opportunità di dare al Paese un nuovo codice penale¹³⁸, sancisce una volta di più il carattere di costante unitarietà, coerenza e continuità, del diritto, della legislazione e del sistema penale nella storia d'Italia. La tesi di fondo, supportata da argomenti plausibili, ma mistificati (anche enfatizzati o tenuti in ombra, a seconda della loro presentabilità), poggia su due capisaldi continuisti:

- a) la riforma penale del fascismo, tanto vantata dal regime, veniva da lontano, era già avviata prima del 1922 e venne portata a termine da «giuristi che hanno fatto tenacemente il loro dovere fino in fondo»¹³⁹;
- b) i codici non sono codici totalitari: a parte qualche istituto facilmente emendabile, essi stanno nella tradizione dello Stato liberale, avendone conservato l'ispirazione fondamentale sul piano penale (principi di legalità, tassatività, irretroattività, divieto di analogia, principio del bene giuridico, rapporto giuridico-penale

¹³⁸ Già ricostruita in NEPPI MODONA e VIOLANTE, *Poteri dello Stato e sistema penale* cit., pp. 190 sgg. poi più ampiamente analizzata da PIAENZA, *Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato* cit. Sul tentativo di riforma che l'aveva suscitata, si veda ora G. VASSALLI, *Il tormentato cammino della riforma nel cinquantennio repubblicano*, in ID., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano 1996, pp. 8 sgg.

¹³⁹ F. SANTORO PASSARELLI, *Intervento*, in «Il domani d'Italia», 3 febbraio 1945, citato in LEONE, *La scienza giuridica penale nell'ultimo ventennio* cit., p. 28.

fondato su un diritto soggettivo di punire al quale si contrappone il diritto di libertà del cittadino¹⁴⁰).

È difficile dire se il fuoco di sbarramento che si fece allora abbia avuto la responsabilità (o, col senno di poi, il merito) di uccidere nell'uovo, e si direbbe per sempre, la prospettiva di dare al Paese un nuovo codice penale. Sta di fatto che così fu. La nuova codificazione penale si snodò per venticinque anni¹⁴¹ producendo criticati progetti che inciamparono nel loro stampo rigidamente retribuzionista¹⁴², rifacimenti parziali nei quali poco credevano i loro stessi presentatori¹⁴³, e che avevano la comune caratteristica di riformare poco senza interessare molto¹⁴⁴.

Alla scarsa attenzione del legislatore è sembrato corrispondere, lungo tutto quell'arco di tempo, una sorta di estraniamento della dottrina¹⁴⁵.

¹⁴⁰ G. LEONE, *Contro la riforma del codice penale*, in «Archivio penale», 1945, pp. 277-78. «Quel codice - scrisse Leone - non si distaccò dalla linea della tradizione (e, quindi, dall'idea liberale) per quanto concerne l'ispirazione politica: intesa questa in senso ampio, come visione dei fondamenti filosofici e sociali del fenomeno giuridico e delle corrispondenti ideologie politico criminali».

¹⁴¹ Dico venticinque anni, dal 1945 al 1970, perché lascio fuori da questi brevi cenni il progetto Vassalli, partito nel 1988 e approdato nel 1992 (lo si può vedere in M. PISANI (a cura di), *Per un nuovo codice penale*, Padova 1993). Su quel progetto cfr. A. PAGLIARO, *Lo schema di legge delega per un nuovo codice: metodo di lavoro e principi ispiratori*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1994, pp. 374 sgg., e le annotazioni di F. PALAZZO, *La politica criminale nell'Italia repubblicana*, in VIOLANTE (a cura di), *La criminalità* cit., pp. 861 sgg.

¹⁴² Il progetto Petrocelli-Vannini, presentato dai guardasigilli Grassi nel 1949 (la parte generale) e Piccioni nel 1950 (la parte speciale), che pure avrebbe apportato, *per partes*, un certo progresso nei confronti del codice Rocco.

¹⁴³ I progetti di riforma suscitati dai ministri Moro (1956) e Gonella (1959); la legge delega concernente tutti i codici (ministro Bosco, 1963), un progetto Vassalli (1968, governo Leone, guardasigilli Gonella), la cui parte generale ebbe il premio dell'approvazione da parte del Senato nel 1971 e poi ancora nel 1973. Se ne veda la rievocazione, intessuta di ricordi personali, che ne fa VASSALLI, *Il tormentato cammino della riforma* cit., pp. 5 sgg. Più in generale, A. PAGLIARO, *Situazione e progetti preliminari nel procedimento di riforma del diritto penale italiano*, in «Indice penale», 1980, pp. 479 sgg.

¹⁴⁴ È rimasta famosa un'osservazione di G. DELITALA, *Sul progetto preliminare del primo libro del codice penale*, in «Rivista italiana di diritto penale», 1950, p. 160: «Non si vede alcun valido motivo per redigere un nuovo codice se il nuovo codice [...] è ancora quello vecchio». Sul disinteresse del legislatore, che si sarebbe molto di più appassionato alle riforme del processo e del sistema carcerario, insiste VASSALLI, *Il tormentato cammino della riforma* cit., p. 7.

¹⁴⁵ Se si considera l'attenzione alla nuova dimensione costituzionale del sistema penale come un segno di controtendenza, allora bisogna segnalare le 'eccezioni' rappresentate da Paolo Rossi, che abbozzò dei *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Palermo 1953, e da P. NUVOLONE, *Le leggi penali e la costituzione*, Milano 1953, e ID., *Norme penali e principi costituzionali*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1956, pp. 1253 sgg. Di Pietro Nuvolone, peraltro, va ricordata, come segno allora precoce di una 'apertura' consapevole al nuovo che sarebbe venuto, la prolusione parmense del 1949, *Introduzione a un indirizzo critico nella scienza del diritto penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», pp. 383 sgg. Una attitudine non passiva, sotto profili e con posizioni diverse, mostrarono anche G. BETTIOL, *Il problema penale*, Palermo 1948, ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Padova 1966, pp. 620 sgg. e R. DELL'ANDRO, *Il dibattito delle scuole penalistiche*, in «Archivio penale», I (1958), pp. 173 sgg.

Dall'entrata in vigore della Costituzione fino alle soglie degli anni Settanta la penalistica italiana vive anch'essa una 'gran bonaccia delle Antille', persino piú lunga di quella descritta da Italo Calvino nel suo famoso apologo. E dire che non sarebbe mancata qualche ragione di impegno.

Basterebbe pensare ai conflitti coi fondamentali principî della Costituzione innescati dalla perdurante applicazione dell'intera legge di pubblica sicurezza (norme del 1926, Testo Unico del 1931), che tanto fecero discutere¹⁴⁶ e manifestare, e che la Cassazione dirimeva con le categorie delle norme programmatiche e precettive¹⁴⁷ o introducendo distinzioni tra il godimento dei diritti costituzionali e il loro esercizio¹⁴⁸. Pensare al ritardo con cui vennero messi in funzione la Corte costituzionale ed il Consiglio superiore della magistratura, con conseguenze non piccole di ordine istituzionale ma anche strettamente *giuridico*, che però non mossero piú che tanto a discussione la dottrina penale italiana¹⁴⁹. Quanto poi al codice Rocco, i suoi difetti o i suoi limiti non erano questioni che riguardassero soltanto la sua conciliabilità con la Costituzione, che pur non sarebbe stata materia da poco. Essi stavano nell'esasperazione repressiva con cui lo aveva concepito il fascismo, del tutto sproporzionata e non piú sopportabile a fronte di una criminalità ordinaria, tradizionale, spesso piccola, che poco aveva di allarmante; ma stavano anche nella inadeguatezza che il codice sempre di piú mostrava, man mano che l'Italia cresceva, modificando radicalmente la sua struttura produttiva e mettendo in moto forze sociali prima silenziose: con la conseguenza di creare aree di crisi, e di incipiente criminalità nuova, specie nelle grandi città del Nord e nelle aree piú arretrate del Mezzogiorno. I penalisti italiani non sembravano capaci di affrontare questi nodi, o non sembravano interessati a farlo.

Essi paiono subire, in quella lunga fase, prima l'iniziativa della magistratura, che tendeva a interpretare l'ordinamento nel senso della sua letterale continuità, lasciando sullo sfondo la svolta costituzionale¹⁵⁰; poi

¹⁴⁶ Per tutti A. BATTAGLIA, *Processo alla giustizia*, Bari 1954.

¹⁴⁷ Queste ultime distinte in norme precettive di immediata applicazione ed altre di applicazione differita.

¹⁴⁸ Una illuminante rassegna sta in P. CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, in A. BATTAGLIA, P. CALAMANDREI e altri, *Dieci anni dopo, 1945-1955. Saggi sulla vita democratica italiana*, Bari 1955, pp. 251 sgg.

¹⁴⁹ Piú attenta fu la dottrina costituzionalistica (Costantino Mortati, Vezio Crisafulli, Carlo Lavagna, Paolo Barile): per tutti, G. BALLADORE PALLIERI, *La Costituzione italiana nel decorso quinquennio*, in «Foro padano», n. 2 (1954), pp. 31 sgg., e la celebre polemica di P. CALAMANDREI, *L'ostruzionismo della maggioranza*, in «Il Ponte», 1953, pp. 129 sgg., 274 sgg., 433 sgg.

¹⁵⁰ Si trattò di una resistenza culturale, forse prima ancora che politica, dovuta al transito in-

l'attività della Corte costituzionale, che sia pure con cautela e gradualità invertì sensibilmente la tendenza¹⁵¹, costringendoli quasi ad un genere di riflessione che solo a metà degli anni Sessanta prenderà piede e si svilupperà¹⁵².

I giuristi che si erano formati sotto il fascismo, insieme ai pochi che avevano vissuto attivamente nel mondo prefascista, indugiavano in uno stile di lavoro che potremmo identificare nel profilo basso del tecnicismo *d'antan*: e questo in assenza di 'asservimenti del penale' o 'autoritarismi' che lo giustificassero. Ancora per molto tempo avrebbero coltivato il loro riservato terreno, producendo libri di diritto da libri di diritto, sacrificando a un principio che si potrebbe dire di dogmatica autistica, fondato su di una circolarità perfetta – perché chiusa e perenne – tra norma, giurisprudenza e dottrina. L'esemplare autoreferenzialità del metodo, infine, ne garantiva il funzionamento indisturbato. Quei giuristi facevano fatica a valutare il senso del *great divide* che si era determinato il 1° gennaio del 1948; anzi, il principio superiore in forza del quale si teneva la politica lontana dal diritto veniva integrato con una tendenza ad assimilare anche la Costituzione alla politica. La rivendicazione che di essa facevano alcuni costituzionalisti che, insieme all'opposizione di sinistra, ne indicavano il carattere immediatamente vincolante, sigillava quell'idea.

Ma il paradigma ottocentesco del diritto positivo era stato spezzato, ed era ormai solo questione di rendersene conto. Lo Stato non era ovviamente piú quello fascista ma nemmeno quello liberale, la legge aveva ora un'altra valenza, il diritto vigente non era piú *necessariamente legittimo* come nel vecchio sistema, la certezza del diritto restava centrale ma non costituzionalmente invalicabile: «il vecchio e consolidato diritto positivo [...] doveva conformarsi alla nuova Costituzione e ai suoi principî, e non viceversa»¹⁵³. S'era avviato, nel corso di una storica, e simbolica, giornata all'Assemblea costituente, quando Costantino Mor-

tegrale di tutto l'apparato già fascista – giudici, funzionari, burocrazie, istituzioni, corpo delle leggi – nel sistema repubblicano: si legga C. PAVONE, *La continuità dello Stato. Istituzioni e uomini*, in *Id.*, *Italia 1945-48. Le origini della Repubblica*, Torino 1974.

¹⁵¹ Su quei decisivi primi passi della Corte si può vedere ora F. BONINI, *Storia della Corte costituzionale*, Roma 1996, pp. 147 sgg.

¹⁵² Penso alle prime ricerche sul rapporto tra stretta legalità e discrezionalità penale alla luce dei principî costituzionali condotte da F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, I: *Nozione e aspetti costituzionali*, Milano 1965, che saranno seguite dal fondamentale saggio di *Id.*, «Teoria generale del reato», in *Novissimo digesto italiano*, vol. XIX, Torino 1973, pp. 7 sgg.; agli studi di M. SPASARI, *Diritto penale e costituzione*, Milano 1966, e M. SINISCALCO, *Giustizia penale e costituzione*, Roma 1968.

¹⁵³ FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazione dello Stato cit.*, p. 70.

tati si era vittoriosamente confrontato con Vittorio Emanuele Orlando¹⁵⁴, un processo di trasfigurazione del vecchio Stato liberale di diritto nel nuovo Stato democratico e costituzionale, che, *entre autres choses*, avrebbe tolto fondamento e presupposti alla visione tecnico-giuridica del diritto penale. I tempi della presa d'atto furono lunghi: «Benché sconfitta alla Costituente – ha scritto Luigi Ferrajoli¹⁵⁵ – la vecchia cultura giuridica si prese tuttavia una rivincita negli anni successivi. Essa non era infatti preparata alla portata di simili innovazioni, che dapprima tarderà a comprendere ed alle quali resisterà poi tenacemente». Ma dopo i primi segni avvertibili già alla metà degli anni Sessanta, ai quali ho fatto cenno, la penalistica italiana conoscerà una ben diversa consapevolezza, a partire dal decennio successivo.

6.2. Un arcipelago normativo.

Fu però il legislatore che, cogliendo il vento che intanto si levava dalle trasformazioni della società italiana, cominciò a muovere fuori dalla gran bonaccia. Iniziò coronando, con una legge che attenuava l'intollerabile rigorismo della parte speciale del codice¹⁵⁶, una lunga fase in cui la politica penale di alleggerimento del carico sanzionatorio era stata praticamente affidata soltanto ad amnistie e grazie. Quella legge apparve deludente, per i limitati effetti che andava a conseguire, ma sarebbe stata seguita da ben altro. Si era nel 1974. Da tempo la situazione politica italiana era entrata in una fase di fibrillazione sul terreno dell'ordine pubblico, in seguito alle agitazioni studentesche degli anni successivi al 1967 e soprattutto alle lotte sindacali avviate nell'autunno del 1969; da qualche anno, poi, avevano fatto la loro apparizione le prime imprese delle organizzazioni terroristiche. Fu così che, inaugurando un andamento pendolare che non avrebbe più abbandonato, il Parlamento mosse nella direzione opposta, dando inizio alla stagione della legislazione di emergenza¹⁵⁷.

¹⁵⁴ *Ibid.*, pp. 70 sgg.

¹⁵⁵ FERRAJOLI, *Scienze giuridiche* cit., p. 584.

¹⁵⁶ Si agì su alcune norme chiave del sistema, senza toccare concretamente la parte speciale: la via fu quella di allargare la discrezionalità del giudice, dandogli maggior modo di mitigare le sanzioni (si veda G. VASSALLI, *La riforma penale del 1974*, Milano 1975).

¹⁵⁷ «Sono già eloquenti – scrisse G. MARINUCCI, *Problemi della riforma del diritto penale in Italia*, in MARINUCCI e DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione* cit., p. 351 – i titoli e la successione temporale delle leggi: “Nuove norme contro la criminalità” (l. 14 ottobre 1974, n. 497); “Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico” (l. 22 maggio 1975, n. 152); “Disposizioni in materia di ordine pubblico” (l. 22 maggio 1975, n. 152); “Disposizioni in materia di ordine pubblico” (l. 8 agosto 1977, n. 533); “Norme penali e processuali per la prevenzione e repressione di gravi reati” (l. 18 maggio 1978, n. 171); “Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica” (l. 6 febbraio 1980, n. 15)».

Che avesse scelto deliberatamente la via della legislazione speciale *extra codicem*, o che vi si sentisse costretto dall'impossibilità pressoché conclamata di dare all'Italia un nuovo codice penale¹⁵⁸, il legislatore confermava una delle costanti dell'ordinamento penale italiano, quella delle leggi speciali, straordinarie, di emergenza e *ad tempus*, che tante volte erano andate e venute nella nostra storia. Ma a ben guardare, i provvedimenti ispirati dalla lotta al terrorismo¹⁵⁹ e quelli pensati per combattere la cosiddetta criminalità organizzata¹⁶⁰, pur provando la durevole vitalità di più d'uno dei caratteri originari del sistema penale (la molteplicità dei livelli di legalità e della risposta penale, l'inclinazione per le leggi d'eccezione), non possono essere fatti rientrare *tout-court* nel modello storico dei provvedimenti di emergenza.

In quel modello, condizione indispensabile dichiarata era stata la necessità di ricorrere ad una disciplina *extra codicem* per salvaguardare il codice, destinato a regolare, secondo l'espressione di Carrara, «le condizioni normali e prevalenti della nazione»¹⁶¹. Oggi la dinamica appare praticamente ribaltata. La strisciante emarginazione del codice¹⁶² nell'esperienza italiana di questi anni, operata in primo luogo con la devastazione della sua parte speciale¹⁶³, e l'emergere di una tendenza ad articolare e caratterizzare le tecniche di protezione penale commisurandole all'oggetto della tutela, lasciano piuttosto pensare ad una sorta di arcipelago normativo fatto di differenti presidi tra i quali il codice appare come il

¹⁵⁸ È difficile dire se tutto questo avvenisse perché non si era fatto per tempo un vero codice nuovo. Quel che si può dire è che in altre fasi caratterizzate dalla legislazione di emergenza (ad esempio quella della metà degli anni Novanta dell'Ottocento), il nuovo codice era fresco di approvazione e la legislazione speciale 'provvisoria' venne invocata e messa in atto per non 'sfigurarlo'. Nuovo codice o no, i caratteri originari e permanenti di un ordinamento penale finiscono per prevalere perché la logica di quell'ordinamento è la loro logica.

¹⁵⁹ Per tutti, E. GALLO e E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna 1986.

¹⁶⁰ Per tutti, G. INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bologna 1996.

¹⁶¹ «Ripeterò ancora una volta la bella sentenza di Geyer – scriveva Carrara nel 1875. – Un codice penale è guasto quando vi si insinuano leggi di occasione. Alle eccezionalità o di luoghi o di tempi l'autorità provveda con misure eccezionali. Ma il codice penale, destinato ad essere perpetuo regolatore di tutti i cittadini, deve contemplare soltanto le condizioni normali e prevalenti della nazione» (F. CARRARA, *Confronti storici* (1875), in *Id.*, *Opuscoli di diritto criminale*, Prato 1884', VI, p. 388). Sui provvedimenti antianarchici e antisocialisti del 1894 e sul loro rapporto con il codice penale, delineati nello stesso senso da Luigi Majno, si veda SBRICCOLI, *Dissenso politico e diritto penale* cit., pp. 681-82.

¹⁶² F. PALAZZO, *Diritto penale*, in P. GROSSI (a cura di), *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, Milano 1997, p. 312, la storicizza in modo convincente e la inserisce in un elenco di paradossi e contraddizioni, chiamando in causa la scienza penale e il ruolo della dottrina giuridica.

¹⁶³ C. FIORE, *Decodificazione e sistematica dei beni giuridici*, in AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Milano 1987, pp. 83 sgg.

più vasto e rilevante, ma non più il solo¹⁶⁴. Il sistema penale si avvierebbe così verso un assetto mai sperimentato prima d'ora: una sorta di 'decodificazione' senza una vera 'decodificazione'¹⁶⁵, con il progressivo abbandono del quadro di certezza e garanzia storicamente rimesso alla funzione del codice, a vantaggio della ricerca di una flessibile efficacia, meglio affidata a discipline mirate, diversificate e aggiustabili *in progress*, nella legislazione 'di settore'¹⁶⁶. Il carattere originario dei plurimi livelli di legalità e tutela potrebbe conoscere una nuova epifania.

Un processo di tale genere, che sembra oggettivamente in corso, è però soggetto a molte attenzioni. A 'monitoraggi', per così dire, fatti di valutazioni critiche che ne rilevano i livelli di accettabilità, ma che vi vedono, prima di tutto, il luogo del più radicale e minaccioso fattore di crisi della normatività penale dell'età attuale: l'ipertrofia del penale, con il suo corteo di 'penalizzazione selvaggia', di cadute di razionalità, di svalutazione della penalità e di sfiancamento dei principi generali e del loro ruolo di garanzia.

Vi trovano, però, anche un'occasione di fertile riflessione. L'arcipelago dei sottosistemi ha prodotto una mappa, disegnata da un cartografo

¹⁶⁴ La devastazione della parte speciale e la perdita di centralità della parte generale del codice sono insieme l'effetto e la ragione della comparsa di 'sottosistemi' penali, sorti a disciplinare interi e vasti settori della vita associata: si vedano PADOVANI, *La sopravvivenza del codice Rocco* cit., pp. 96-98; C. E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*». *Ipertrafia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova 1985, specie pp. 92 sgg.; C. PEDRAZZI, «Diritto penale», in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. IV, Torino 1990, pp. 74 sgg.; G. FIANDACA, *Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, Padova 1995; ID., *La parte speciale tra codificazione e legislazione penale speciale*, in AA.VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano 1996, pp. 253 sgg.; A. FIORELLA, *La parte speciale tra codificazione e legislazione complementare*, *ibid.*, pp. 268 sgg.; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova 1996, pp. 4 sgg.; ID., *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1997, specie pp. 382 sgg.

¹⁶⁵ Almeno due inconvenienti, al primo sguardo, da un simile processo: il rischio che produca, se lasciato a se stesso, ulteriore inflazione normativa, insieme al vizioso effetto - contrario a quello rilevato *olim* per la decodificazione civilistica da N. IRTI, *L'età della codificazione*, Milano 1979 - additato da F. BRICOLA, *Considerazioni introduttive a Il codice Rocco cinquant'anni dopo*, in «La questione criminale», 1981, pp. 14 sgg.

¹⁶⁶ In un recente saggio sulla politica criminale nell'Italia repubblicana, Francesco Palazzo ha indicato in modo convincente alcune direttrici che sembrano caratterizzare l'attuale fase di sviluppo del sistema penale italiano. Tra queste, segnala la progressiva prevalenza di obiettivi empirici di efficacia della tutela sul riferimento a principi ideali di stampo garantistico ancorati al codice, in tendenziale contrasto con l'idea di un regime di tutela ispirato ad unitarietà di disciplina e sistema chiuso di fonti (PALAZZO, *La politica criminale nell'Italia repubblicana* cit., pp. 864-65). Alcuni degli altri elementi caratterizzanti, indicati da Palazzo nel prosieguo della sua analisi (l'uso simbolico della pena, la ricerca dell'efficienza, certi aspetti della razionalizzazione del sistema penale, giocati sul paradigma della suddivisione, piuttosto che su quello della ricompattazione) sembrano spingere nella stessa direzione. Ma leggo ora, nell'art. 131 del progetto di modifica della seconda parte della Costituzione approntato dall'apposita Commissione bicamerale, qualche segno, tecnicamente sconnesso, di una diversa direzione di marcia.

forse inconsapevole, ma accurato, minuzioso, meticoloso, candido e *out-spoken*. Delineata l'ormai scontornata isola maggiore del penale *ubi de vita agitur, salute et libertate hominis*, come ammonivano i padri fondatori della scienza, le ha messo intorno la sua corona di atolli e scogli fatta di pericolosità e presunzioni, prevenzioni soggettive, tutele anticipate, intenzioni e mere condotte, pericoli astratti, atteggiamenti interiori, contenuti normativi artificiali e strumenti processuali sostanzializzati, modelli differenziati di processo penale, percorsi *sui generis* di trattamento carcerario, aselettività, deterrenze e dissuasioni, normativizzazioni del tipo, illeciti minori, minimi e introvabili; vi ha rappresentato infine, i subcomplessi del penale (in ordine alfabetico): alimentare, ambientale, amministrativo, circolazione stradale (della-), crimine organizzato (da-), economico, finanziario, industriale, lavoristico, minorile, societario, tributario, urbanistico. E c'è da aspettarsi che altre *insulae in pelago natae* si aggiungano all'elenco, sul modello, ad esempio, di quei Paesi europei che conoscono già articolati microsistemi dell'immigrazione, degli stupefacenti o della prevenzione e repressione a gestione privata.

La mappa svela la realtà, a suo modo la organizza, stabilisce le gerarchie, e ci fa distinguere le terre ferme da quelle precarie e posticce, nate da sconvolgimenti o da piattaforme artificiali. Ci mostra così una delle vie d'uscita: una operazione dottrinale¹⁶⁷ e legislativa che riconduca il sistema all'*Ur-Strafrecht*, a quel penale 'basico'¹⁶⁸ che è il penale della civiltà: quello che ha impiegato millenni a portarci fuori dalla vendetta e qualche secolo a (cercare di) farsi luogo della giustizia costruita con la certezza, con la garanzia e con la libertà. Il penale alto, per usare una metafora degli Antichi regimi, che protegge pochi beni meritevoli e lavora intorno alla qualità delle pene, perché *lí agitur de hominis salute*¹⁶⁹, bene meritevole anch'esso.

¹⁶⁷ In una pagina con cui mi sento consonante DONINI, *Selettività e paradigmi della teoria del reato* cit., pp. 385-86, indica come via di augurabile uscita percorsi classici: un codice nuovo, delitti e contravvenzioni, i principi di garanzia che vengono dai teorici della libertà (lui dice *illumini-smo*: ma nell'illuminismo c'era troppo) e stanno nella Costituzione, uno sfilamento del carcere accompagnato dalla valorizzazione di altre dimensioni della penalità.

¹⁶⁸ G. VASSALLI, *Diritto penale*, in AA.VV., *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano 1982, p. 426 ci ricordava che «il diritto penale sostanziale, ad onta della tensione umana che in ogni tempo lo percorre [...] è da millenni più o meno lo stesso. Per lo meno, nonostante i rivolgimenti storici, sono quasi sempre gli stessi - e limitati - i suoi problemi specifici: l'illecito, la colpa, la sanzione, la pericolosità dell'agente». P. NUVOLONE, *I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale*, in «Rivista italiana di diritto penale», 1948, pp. 38 sgg., si riferiva ad un nucleo 'immutabile' della dimensione penale dal quale far procedere i concetti cardinali della scienza.

¹⁶⁹ Attenzione coltivata anche da uno dei più calunniati giuristi dell'età moderna (P. FARINACIO, *Variarum quaestionum et communium opinionum criminalium liber secundus*, Venezia 1593, tit. V, *De inditiis et tortura*, quae. 37, n. 4).

6.3. Il ritorno della penalistica civile.

Critica della legislazione e della giustizia, apertura della scienza penale, politiche penali e politiche criminali innervate nella discussione e nella produzione dottrinale come componenti intrinseche e non più come *externum* della scienza che competerebbe a governi e legislatori. Dalla metà degli anni Sessanta, ed in modo accelerato nei due decenni successivi, un piccolo, ma crescente gruppo di allora giovani penalisti assegna nuove basi e finalità alla sua funzione scientifica¹⁷⁰. «Pur perdurando il vecchio indirizzo tecnico-giuridico – ha scritto Luigi Ferrajoli – viene promossa, soprattutto da Franco Bricola e dalla sua scuola, da un lato una riformulazione in chiave costituzionale della teoria del reato e dei beni giuridici, e dall'altro [...] un ritorno all'antica penalistica civile quale critica del diritto penale vigente e delle sue funzioni di controllo sociale»¹⁷¹.

Quel movimento si può dire approdato¹⁷². Si è costituita ormai una 'normalità' della funzione dottrinale dei penalisti e della maniera di esercitarla, che reca la stessa cifra distintiva della penalistica civile del secolo scorso e degli inizi di questo. Un altro dei caratteri stabili del sistema penale italiano, obliterato soltanto dalla fase fascista e dal suo *fall-out* nel lungo dopoguerra, si ripresenta con tratti omologhi a quelli che sono stati storicamente i suoi.

Omologia, se posso aggiungere, anche di percorsi. I penalisti dell'Italia unita ebbero a motivo del loro impegno la coscienza della centralità del penale rispetto alla crescita civile del Paese, ed al suo adeguamento ai principî dello Stato liberale di diritto. Questa penalistica contemporanea è stata mossa dalla coscienza della centralità della 'questione costituzionale', individuata *a)* come tematica generale sulla quale mettere alla prova una cultura giuridica che aveva forte bisogno di rinnovarsi, e *b)* come passaggio obbligato per ricollocare il penale nella dimensione impostagli dallo Stato democratico costituzionale. Un'operazione a suo

¹⁷⁰ Questo il senso della constatazione di VASSALLI, *Diritto penale* cit., pp. 433 sgg. Egli vede nella fase che giunge agli anni Ottanta «... una fase decisamente critica, in cui i giuristi tecnici, facciano o meno con ciò della scienza del diritto, cercano di occuparsi molto seriamente di politica criminale e di riforma penale» (p. 434).

¹⁷¹ FERRAJOLI, *Scienze giuridiche* cit., p. 591.

¹⁷² È esemplare e indicativo di questo approdo, per la critica indicazione dei contorni, delle condizioni necessarie e del metodo usato per la 'fondazione' di un rapporto di *feedback* tra dogmatica, scienza giuridica e politiche penali e criminali, il saggio di D. PULITANÒ, *Quale scienza del diritto penale?*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1993, pp. 1209 sgg.

modo epocale, come quelle che adeguarono il penale ai principî liberali prima, allo Stato 'orlandiano' poi¹⁷³.

Omologia, infine, nel modo di presentarsi del fenomeno nel suo complesso. Nel lontano passato diversi indirizzi all'interno di tendenze dottrinali composite, svolsero innegabilmente la medesima funzione 'civile', pur nella diversità dei loro programmi; una attenta valutazione non fuorviata dal chiasso delle liti ci impone di vedere la stessa *concorrenza di funzione* anche tra 'scuole' o tendenze liberali, positiviste e socialiste, che pur avevano visioni e metodi profondamente divergenti. La stessa cosa si può dire, credo, in ordine ad orientamenti penalistici odierni, fatti di sensibilità differenti, segnati da diverse accentuazioni o da percorsi programmatici divaricati, ma tutti concorrenti dentro uno *mos civilis* che li tiene insieme: gli indirizzi sociologico-realistici di stampo neoclassico, le metodologie critico-razionalistiche, il costituzionalismo penale, l'orientamento pragmatico-finalistico, forse persino gli ultimi giusnaturalismi palesi o latenti¹⁷⁴, hanno in comune apertura, sensibilità alla dimensione politica, attitudine critica e progettuale, ed hanno tutti «preso a colloquiare direttamente col legislatore»¹⁷⁵.

Del rinnovamento della cultura giuridica, effetto anche della sporcizzazione della cultura italiana avviata negli anni Sessanta¹⁷⁶, la nuova penalistica civile è stata insieme beneficiaria e protagonista. La 'scoperta' della funzione del giurista che investe in quegli anni civilisti, costituzionalisti, filosofi e storici del diritto, non risparmia i penalisti. Essa reca con sé la duplice coscienza del fatto che il diritto è il prodotto in forma tecnica di opzioni, valutazioni, interpretazioni operate dal giurista, e che il giurista non agisce né al chiuso né nel vuoto: nel suo operato contano i contesti politici e le ideologie, le scelte culturali, la storia. Ovvietà di oggi, battaglie di allora. Il paradigma civilistico è radicalmente messo in crisi dalla centralità assunta dalla Costituzione che ha per sempre cancellato l'idea che l'ordine civilistico rappresentasse in qualche misura la *Grundnorm* del sistema. Esso trascina con sé, nel suo tramonto, l'idea della neutralità del diritto e dell'interprete, con ciò de-

¹⁷³ Con la singolare tendenza ad avviarsi, ogni volta, col ritardo di una ventina d'anni. I giuristi liberali realisti negli anni Ottanta, più di vent'anni dopo l'Unità; gli statalisti del tecnicismo più di vent'anni dopo la svolta orlandiana; i 'costituzionalisti' più di vent'anni dopo la Costituzione.

¹⁷⁴ Mutuo le etichette da PALAZZO, *Diritto penale* cit., pp. 325 sgg., consapevole di addentrarmi, addirittura col mezzo delle definizioni (per brocardo pericolose), su un terreno che, tra l'altro, non è il mio.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ Vedere le convincenti osservazioni di FERRAJOLI, *Scienze giuridiche* cit., pp. 587-89.

molendo insieme quella dell'autosufficienza della cultura giuridica. Si rompe – cosa non priva di effetti – la compartimentazione stagna dei metodi disciplinari: non solo nel senso dell'intragiuridico, ma anche in quello dell'apertura verso modelli esterni.

Le inveterate velleità 'imperialiste' della scienza giuridica (chiusa e tiranna in casa sua, invadente in casa d'altri) cedono davanti allo sviluppo delle scienze politologiche-istituzionali, delle sociologie, delle stesse scienze storiche, non più 'assoggettabili' nell'ambito loro, né più *négligeables*, ma capaci ormai di svolgere in modo adeguato la loro funzione.

Si scopre il valore della storia penale. Dopo un lunghissimo silenzio gli storici del diritto, nel solco di un rinnovamento della riflessione sul giuridico che li coinvolge sia pure in piccola parte¹⁷⁷, avviano una riflessione sulla storia giuridica moderna e contemporanea e cominciano ad affrontare anche la storia del penale, non più in direzioni erudite o antiquarie (peraltro anch'esse trascurate in passato, e non produttive di cose di grande qualità), ma con lo scopo di contribuire alla critica della scienza giuridica penale e di analizzarne sviluppi e contesti. Vaglio critico delle fonti, revisione di luoghi comuni storiografici incrostati nella 'cultura generale' dei penalisti, applicazione di un corretto metodo storico alla 'storia interna' – come si diceva una volta – del penale, costituiscono il loro programma. I temi ed i tagli della loro ricerca storica si coordinano con le diverse fasi della discussione tra penalisti, nel tentativo di fare dell'analisi storica un referente critico nel dibattito della nuova penalistica italiana¹⁷⁸. Per converso, alcuni penalisti, da Guido Neppi Modona a Tullio Padovani, fanno dell'analisi storica uno dei punti di forza della loro ricerca scientifica, riuscendo ad integrare lo sviluppo storico del penale nell'analisi delle politiche criminali e degli istituti del diritto vigente.

Tutto questo ha a che fare con la 'svolta verso la Costituzione', balbettante negli anni Sessanta e poi sempre più vigorosa dai Settanta in poi. Essa non realizzava soltanto la necessaria ed inesonabile conformazione del modo di costruire il penale e di ragionarci sopra, al 'nuovo' profilo dello Stato democratico repubblicano. Comportava anche l'ado-

¹⁷⁷ Non v'è dubbio che il contributo più rilevante è venuto da Paolo Grossi, dai «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno» e dagli studi pubblicati dal Centro fiorentino da lui diretto. Sul versante della riflessione sulla 'politica del diritto', ma con una spiccata propensione per la sua dimensione storica, Giovanni Tarello ed i suoi *Materiali per una storia della cultura giuridica* hanno ugualmente concorso allo sviluppo di uno sguardo critico sull'esperienza penale.

¹⁷⁸ Chi scrive si è occupato per la prima volta di storia del diritto penale nel 1972, all'interno di un seminario permanente animato da Franco Bricola e dedicato al «Principio della difesa sociale in Italia dalle codificazioni preunitarie all'età contemporanea».

zione di un abito mentale – più ancora che di un metodo giuridico – che è anch'esso, per carattere stabile, l'abito storico della penalistica civile: esso vuole che la *validità* dell'ordinamento sia misurata sui principî costituzionali, mediatori dei valori politici e civili sui quali è nata la Repubblica; e vuole che la *rispondenza agli scopi* delle politiche penali e criminali sia giudicata integrando nelle analisi del giurista i saperi politici, istituzionali, sociali e storici dei quali egli deve comunque nutrire la sua scienza¹⁷⁹.

Una siffatta attitudine porta con sé una penalistica aperta, colta, fatta di giuristi interi, la cui cultura giuridica non si riduce allo specifico penale. Una penalistica sensibile alle dinamiche della politica, capace di testimoniare all'occorrenza ed anche di battersi apertamente, con gli scritti, nelle nuove riviste giuridiche, con i convegni scientifici e attraverso i media; ovvero di impegnarsi per concorrere direttamente alle decisioni in materia penale, nei partiti politici, nelle commissioni ministeriali, in Parlamento: non diversamente da quanto è accaduto in altri e lontani momenti impegnativi della nostra storia. Ma si tratta anche di penalisti dalla grande, talora grandissima, perizia tecnica. La solida struttura dogmatica con cui sono stati formati da maestri che avevano talora fatto della dogmatica il loro principale orizzonte, assicura un ancoraggio forte che li preserva dal rischio di costruire un penale puramente subalterno a sistemi valutativi esterni, invaso da assiologie metagiuridiche e destinato quindi alla strumentalizzazione. Si crea dunque, o dovrebbe crearsi, un *continuum* tra politica, sistema legale e dogmatica giuridica¹⁸⁰ che realizza (ma diciamo semplicemente riprende e fa procedere) il nucleo più significativo dell'ideologia penale di un certo *mos italicus*.

Si deve a Franco Bricola¹⁸¹ l'avvio e poi lo sviluppo, dentro la vicenda della penalistica italiana, del percorso che conduce il penale al vaglio della Costituzione e, da qui, all'affermarsi di una «dimensione politica del diritto penale [che] è entrata, con la forza vincolante dei precetti costi-

¹⁷⁹ Persuasive riflessioni su questo passaggio in PULITANÒ, *Quale scienza del diritto penale?* cit., pp. 1211 sgg.

¹⁸⁰ «Vincolate (per definizione!) a un dato sistema positivo, le operazioni della 'scienza' (dogmatica o esegesi) di quel dato ordinamento si inseriscono in un *continuum* che parte dalla determinazione degli scopi politici ultimi, si articola nel sistema legale, e mira a concretizzarsi nella qualificazione giuridico-penale di casi di specie. In questo *continuum* si pone il problema di ripartire poteri e responsabilità fra istanze diverse: legislatore, scienza giuridica, magistratura» (*ibid.*, p. 1231).

¹⁸¹ L'opera fondamentale di BRICOLA, *Teoria generale del reato* cit., del 1973, delineando con grande vigore la dimensione costituzionale del diritto penale, ha dato basi teoriche e politiche a un'intera fase della scienza penale italiana.

tuzionali, dentro tutti i discorsi scientifici dei penalisti»¹⁸². Vengono costituzionalmente fondati nell'offensività e nella colpevolezza i criteri per costruire l'indicazione delle norme penali, coniugandoli alla necessità di dare rango costituzionale anche ai beni che il legislatore può proteggere penalmente; quanto alla pena, la prescrizione costituzionale è tale da comportare una sorta di *virement* di tutto l'ordinamento nella direzione dell'abbandono del criterio retributivo come criterio fondativo del penale 'moderno': con conseguenze decisive non solo nella dottrina del reato, ma su tutto l'assetto della teoria penale. In una proposizione di ardua sintesi (che chiede indulgenza ai lettori esperti) si può dire che: offendere, colpevolmente, un bene costituzionalmente rilevante, può costituire, come *extrema ratio*, ragione per una privazione o limitazione della libertà, ma l'intero contesto - norma, soggetto, bene, fatto, circostanze - dovrà apparire in qualche modo compatibile con una prospettiva di prevenzione speciale risocializzante. Si tratta quasi di un *vademecum* per il legislatore¹⁸³. Ben lontana ancora dall'aver dispiegato le sue potenzialità, questa dottrina ha già fecondato la scienza penale ed ha imposto una 'maniera' dottrinale che comincia a dare qualche piccolo frutto anche sul fronte della legislazione.

Una volta di più si vede il segno di una penalistica capace di impegno: valori decisivi per la 'civiltà' dell'ordinamento (il primo, come criterio e come limite, è il valore costituzionale della libertà) vengono condotti ed esaltati dentro una costruzione dogmatica robusta, fatta insieme di sperimentata *routine* e di intelligente inventiva, lungo le linee di un 'programma' politico innovativo, rivolto principalmente al legislatore, ma seminato prima nella scienza con la forza delle idee, congiunta alla persuasività della maestria tecnica. Perché si costruiscono le grandi cattedrali, come si dice, se l'architetto conosce bene il taglio delle pietre.

6.4. L'ipertrofia del sistema penale.

Il diritto penale è in crisi, cioè in salute. Una proposizione dall'aria cinica può rivelare l'essenza più recondita del cinismo, che è di solito l'ottimismo. È ben vero che lo stato di crisi per il diritto penale è ordinario e permanente¹⁸⁴ e che ciò non gli ha impedito di crescere, guada-

¹⁸² G. MARINUCCI, *Ricordo di Franco Bricola*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1995, p. 1026.

¹⁸³ Così DONINI, *Selettività e paradigmi della teoria del reato* cit., pp. 346-47.

¹⁸⁴ VASSALLI, *Diritto penale* cit., p. 426.

gnare la sua centralità, svolgere la sua funzione; è altrettanto vero, però, che è difficile trovare nella sua storia una fase in cui sia stato attaccato altrettanto radicalmente da un male potenzialmente esiziale perché aggredisce le basi razionali della sua esistenza e nasce proprio là dove il penale trova la sua prima legittimazione.

L'inflazione penalistica, o la crescita ipertrofica della dimensione penale dentro i sistemi normativi di tutti i Paesi che vengono dall'affermazione storica di uno Stato-nazione¹⁸⁵, è infatti una incontestabile realtà che porta con sé:

- a) un severo indebolimento dell'egemonia della normatività statale;
- b) lo 'sfiancamento' della normatività penale: perché obbedendo ad una legge del cumulo dei prodotti normativi, gli Stati producono una progressiva e soffocante 'penalizzazione a tappeto', corredando di norme penali la 'marea di leggi' prodotta dai legislatori, senza essere poi capaci di fare fronte all'inevitabile *ludibrium* della loro inapplicazione;
- c) la necessità conseguente di uno straordinario sforzo di ripensamento da parte di una scienza penale che sembra aver capito e di un legislatore che non mostra altrettanta consapevolezza. E il nodo più intricato sta nel fatto che le stesse categorie penali fondamentali - elaborate nella fase di *avvicinamento* allo Stato liberale di diritto europeo tra XVIII e XIX secolo - devono essere sottoposte a coraggiose critiche di verifica in questa che è invece una inoltrata (ma non interamente avvertita) fase di *allontanamento* da quel tipo statale.

Le ragioni dell'inflazione penalistica sono note¹⁸⁶. Oltre ad inserirsi in un fenomeno generale di espansione patologica di tutto il sistema legislativo, essa ha origini sue proprie di ordine politico, burocratico, o più in generale sociologico, che in gran parte sfuggono al dominio della scienza giuridica penale.

Si parte dall'allentamento e rarefazione di ordini normativi non giuridici *olim* efficaci nei rapporti sociali, che fanno nascere una forte domanda di costrizione penale, a cui si risponde con leggi emblematiche. La natura di *medium* simbolico che ha ormai afferrato gran parte delle norme penali, funge da moltiplicatore, nella speranza di catturare con-

¹⁸⁵ PH. ROBERT, *Les normes de l'État-Nation. Une hégémonie en crise*, in PH. ROBERT e F. SACK, *Normes et déviations en Europe. Un débat Est-Ouest*, Paris 1994, pp. 27-50.

¹⁸⁶ Per tutti, PALIERO, «*Minima non curat praetor*» cit.; ID., «Depenalizzazione», in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. III, Torino 1989, pp. 425 sgg.; PALAZZO, *Diritto penale* cit., pp. 352 sgg.; da ultimo, le intelligenti considerazioni di S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 1997², pp. 29 sgg.

senso¹⁸⁷, della produzione normativa penale in quanto tale e delle sue componenti di immagine: le 'manovre sulla pena'¹⁸⁸, ad esempio, presenti da sempre nelle rappresentazioni del penale, appartengono a questo ordine e sembrano rinunciabili a fatica.

Si entra poi nell'arcipelago normativo di cui sopra si diceva. Lo Stato sociale di diritto, per eccellenza legislatore, si vale spesso del penale come suggello, come segnalatore di importanza di questo o quel passaggio della normatività organizzativa, e svolge una sua relevantissima parte. Gli si affiancano il penale accessorio, la sterminata «selva delle contravvenzioni» additata da Giacomo Delitala¹⁸⁹ e l'immenso territorio del penale ostativo, produttore di *délits obstacles* che si diffondono nelle discipline amministrative di un'infinità di settori e ci riportano alla logica penale degli ordinamenti antichi, quando alla pena si accollava, tra tante, la funzione di dissuadere dalla disobbedienza¹⁹⁰. A tutto questo si aggiunge, in un certo senso sovrastandolo e fecondandolo di potenzialità perverse, il fattore mediatico, fierissimo concorrente, ormai, della scienza giuridica quanto alla capacità di influire sul ceto politico¹⁹¹.

È il dominio della segmentazione e della polverizzazione penale. Ogni branca dell'amministrazione mostra la tendenza ad assumere la titolarità esclusiva del settore economico-sociale di sua competenza, e ritiene necessario, ma anche prestigioso, corredarla di un apparato di norme penali che gli garantiscano potere di presa sulla porzione di cittadini che hanno a che fare con essa. Tutto ciò produce una moltiplicazione esponenziale del penale amministrativo diffuso e induce una estrema incertezza. Ciascun reparto, fattosi autonomo, coltiva il suo segmento normativo senza troppe preoccupazioni di generalità e razionalità, affondando nel particolarismo e nella complessità. Si arriva, in questi processi, persino alla nascita di vere e proprie 'neolingue' normative che solo quel settore sviluppa, usa e sa decifrare e che, per essere ispirate a 'idiotismi da microsistema', conseguono l'effetto di sottrarre porzioni di penale

¹⁸⁷ E. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1993, pp. 86-87.

¹⁸⁸ L'ipertrofia delle pene: un sintomo del fatto che il legislatore ha meditato in maniera insufficiente sugli strumenti giuridici da impiegare (cfr. PALIERO, «*Minima non curat praetor*» cit., p. 32).

¹⁸⁹ G. DELITALA, «Diritto penale», in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano 1964, p. 1100.

¹⁹⁰ Chi volesse potrebbe trovarne esempi in M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano 1974, pp. 117 sgg.

¹⁹¹ «Dinanzi a questo fenomeno caratterizzato nella materia penale da un elevato tasso di irrazionalità, emotività ed artificiosità della sollecitazione della c.d. coscienza sociale, la scienza torna a ricavare il suo titolo di legittimazione sostanziale più dalla razionalità metodologica che dal 'ruolo democratico'» (PALAZZO, *Diritto penale* cit., p. 319).

praticato al dominio dei suoi stessi principi generali: quelli istituzionali, che nel gergo dei penalisti si chiamano 'di parte generale'. Ciò non toglie, peraltro, che la continua ricerca di nuove munizioni penali da aggiungere al proprio arsenale coincida con il loro raro e cattivo uso. La minaccia di pena serve più che altro ad essere strumentalizzata, a fare pressione, a contrattare da posizioni di forza, per ottenere comportamenti a bassa resistenza burocratica.

È anche il dominio della mitridatizzazione, per un verso, e della degenerazione della pena per l'altro. La pena cessa di essere presa sul serio, rifugiandosi nell'unica funzione che mai, tra mille, le era stata seriamente attribuita: quella di essere sbandierata come un mero segnalatore di pericolo, o quella di dare in mano a settori burocratici un mezzo di pressione per ottenere dai cittadini questo o quel comportamento, non altrimenti atteso.

In concreto, poi, nel dispiegarsi della pratica penale dentro un sistema ipertrofico:

- a) la pena va a colpire 'casualmente' i pochi che incappano in un processo di criminalizzazione secondaria, autentici 'capri espiatori'¹⁹² in un sistema che non possiede più gerarchie credibili, abbandonando così parte della sua funzione di prevenzione speciale¹⁹³. Quella casualità obbedisce ad una logica selettiva che sceglie invariabilmente di punire (con criteri *random*) categorie marginali, deboli e visibili, lasciando fuori fasce criminali coperte o protette, che delinquono su terreni, o con pratiche più discrete o che, inspiegabilmente – ad esempio, i *white collar's crimes*, in senso lato – allarma(va)no di meno. Un *casus* potrebbe essere individuato in quel che ha prodotto in Italia, di rumore e rivolgimenti, una momentanea, anche se molto seria, inversione di quella logica selettiva, dalla quale è nata un'attenzione della giustizia verso imprenditori, classe politica e pubblici funzionari (magistrati compresi), per fatti di corruzione/concussione, o per reati societari, finanziari, fiscali, apparsi subito, peraltro, di qualità, quantità e dimensioni rilevanti. Uno scarto dalla direzione usuale (ed attesa) della selettività ha inferto, tra le altre cose, un energico scuotimento al sistema penale in tutto il suo complesso: suggerendo l'ipotesi che tra i suoi tratti distintivi permanga ancora quello che lo voleva natu-

¹⁹² Si legga CH.-N. ROBERT, *L'impératif sacrificiel. Justice pénale: au-delà de l'innocence et de la culpabilité*, Lausanne 1986.

¹⁹³ Su tutte queste tematiche si può fare riferimento alla penetrante sintesi di PH. ROBERT, *La question pénale*, Genève 1984, specie pp. 89 sgg.

rale presidio contro 'i delinquenti', ma meno pacificamente orientabile verso 'i galantuomini';

- b) la pena vede indebolirsi anche il suo ruolo strategico di prevenzione generale, in ragione del fatto che i comportamenti minacciati trascorrono dai gravissimi ai bagatellari e sono tanto numerosi e disparati da non rappresentare piú un ragionevole punto di orientamento per le valutazioni dei consociati.

Lo Stato procede cosí, senza neanche saperlo piú, su di una via imboccata secoli addietro, quando la peccatizzazione del diritto penale comportò un'altra penalizzazione a tappeto: quella delle eterodossie religiose, dei comportamenti sessuali irregolari, del vivere disordinato, delle *disturbances* reali o presunte, anche allora minacciate e non punite, gestite in modo strumentale, intimidatorio, ricattatorio. Il dato di pericolo non sta quindi solo nell'ipertrofia del penale come problema in sé. Sta anche nei segni di crisi che vengono dallo Stato che la produce e dalla sua inconsapevolezza, che non lascia sperare troppo quanto alle vie d'uscita.

La scienza penale ha avvertito la gravità del fenomeno, il legislatore ne è stato investito. Qualche segno è apparso nel senso della depenalizzazione, avviata piú di trenta anni fa, con la legge n. 317 del 1967 che si occupò di circolazione stradale, e messa su basi meno fragili dalla legge n. 689 del 1981, che ha fondato un'organica disciplina dell'illecito amministrativo punitivo¹⁹⁴. Da allora si può dire che questa direzione di marcia non sia stata piú abbandonata, anche se continua ad essere talora contraddetta. La generale convinzione in ordine alla necessità di depenalizzare quanto possibile, peraltro misurata sull'esigenza di sgravare di compiti la giustizia sfoltendo i processi, molto piú che sulla ragione di fondo dello sfiguramento del penale, sembra trovare il suo maggior ostacolo nella congenita e strutturale lentezza della produzione legislativa. In realtà, se si considera che alle lungaggini del disbosco si è spesso aggiunto il rimboscamento «d'urgenza» di aree non poco numerose, ci si avvede di quanto possa essere difficile questa impresa co-gestita da giuristi e legislatori che fanno la parte di Sisifo gli uni, di Penelope gli altri.

Il processo sembra comunque andare lungo le linee dell'alleggerimento della risposta carceraria (ma con riluttanze e ripensamenti), della *diversion*, intesa come insieme di alternative al giudizio penale, e della

¹⁹⁴ C. E. PALIERO, *La legge 689 del 1981: prima «codificazione» del diritto penale amministrativo in Italia*, in «Politica del diritto», XIV (1983), pp. 117-64; P. NUVOLONE, *La legge di depenalizzazione*, Torino 1984 e le recenti considerazioni di PALAZZO, *Diritto penale* cit., pp. 334 sgg.

depenalizzazione 'amministrata': cioè di un intervento a carico dell'infrazione che non consista nella sanzione penale ma in forme di *penance* o in trattamenti che non si basino piú su carcere e gendarmi¹⁹⁵. Lo *stilus Italiae* è stato principalmente quello di battezzare col nome di amministrative determinate sanzioni, *ceteris paribus*, in una prospettiva di fiscalizzazione delle aree depenalizzate.

Un problema resta dunque aperto. L'ipertrofia dell'ordinamento rappresenta un notevole ostacolo sulla via della marginalizzazione del penale. Una marginalizzazione, si badi, dalla quale non verrebbe al penale la perdita della sua *centralità*, che è storicamente un'altra cosa. Anzi, ove il penale si ritirasse effettivamente dentro l'alveo che è storicamente il suo, rinunciando al dilagamento attuale, recupererebbe la centralità che gli viene dall'essere insieme mezzo di garanzia, strumento di tutela delle libertà, e criterio per la misurazione dei livelli di civiltà di un ordinamento. Quando si invoca per esso un ruolo di *extrema ratio*, e si indica la direzione di una sua 'minimizzazione', non si fa che richiamarlo alla sua storica centralità: vaglio e metro del carattere intimamente liberale della società e delle sue istituzioni.

Ma l'ipertrofia penalistica non è altro che una delle manifestazioni della crisi dell'egemonia normativa dello Stato, un segno della insostenibilità del suo monopolio legislativo nelle condizioni in cui si trovano oggi le società, la cultura e la coscienza giuridica. È lo Stato, per le condizioni in cui esso versa, a fare da ostacolo nella direzione di un recupero 'umanistico' della funzione penale.

La penalistica italiana ha dinanzi un cammino certamente lungo, ma non è lontana la fase cruciale in cui dovrà prendere atto del fatto che molti degli strumenti culturali e ideologici di cui si è valsa, e ancora oggi si vale, diverranno inservibili. Essi sono infatti connaturati alle radici storiche, filosofiche e politiche dello 'statalismo', un modo di vedere le cose che, originato da una delle componenti ideologiche della Rivoluzione francese e cresciuto dentro le logiche dello Stato liberale di diritto europeo, è ancora il convinto assertore della 'unicità del potere' e della 'maestà della legge'. Da lí vengono i vizi dell'ordinamento penale, perché i poteri in realtà sono molti, mentre la legge, giunta da tempo al suo 'punto del dinosauro', non ha piú niente di maestoso. Ma anche molti degli strumenti ideologici che usiamo per correggere quei vizi vengono da lí: si rischia che ci impediscano di vedere, di capire, di porre rimedio. Fare i conti con questa incongruenza sarà la cosa piú difficile.

¹⁹⁵ PALIERO, «Depenalizzazione» cit., pp. 432 sgg. indica come paradigmi della politica di depenalizzazione la fiscalizzazione, la medicalizzazione, la secolarizzazione e la privatizzazione.