

## V

## LA CODIFICAZIONE PENALE NELLA FRANCIA RIVOLUZIONARIA

In Francia, l'idea di una codificazione penale è diffusa fin dall'epoca illuministica

Voltaire: «Un codice criminale è assolutamente necessario per i cittadini e per i magistrati. I cittadini non avranno modo di lamentarsi delle sentenze e i magistrati non avranno timore di incorre nell'odio perché non sarà la loro volontà a condannare, sarà la legge» (*Idées républicaines*)

In effetti, in *epoca rivoluzionaria* si giunge alla *codificazione del diritto e della procedura penale* (non a quella civile)

Perché?

Adriano Cavanna indica due motivi:

- particolare urgenza del 'problema penale'
- minore dipendenza del diritto penale dalle fonti giustinianee:
  - *Libri terribiles* del Digesto (47-48)
  - *Codex* (in particolare, i Libri I e IX)

I *Cahiers des doléances* presentati nel 1789 riflettono chiaramente l'esigenza di una riforma del sistema penale (sia sostanziale che processuale)

Dopo lo scoppio della Rivoluzione, la *Dichiarazione dei diritti dell'Uomo del Cittadino* (26 agosto 1789) presenta alcuni principi-chiave relativi al sistema penale:

- Art. 5 (Offensività e legalità): «La legge ha il diritto di negare solo le azioni nocive alla società. Tutto ciò che non è vietato dalla legge non può essere impedito e nessuno può essere costretto a fare ciò che essa non ordina».
- Art. 6 (Uguaglianza del soggetto giuridico): «La legge deve essere la medesima per tutti, sia che protegga, sia che punisca».
- Art. 7 (Legalità del procedimento): «Nessun uomo può essere arrestato, accusato o detenuto se non nei casi determinati dalla legge e secondo le forme da essa prescritte».
- Art. 8 (Stretta necessità, irretroattività): «La legge deve stabilire soltanto pene strettamente ed evidentemente necessarie e nessuno può essere punito se non in virtù di una legge stabilita e promulgata anteriormente al delitto e legalmente applicata».

\*\*\*

25 sett. – 6 ott. 1791: Approvato il *code pénal* rivoluzionario.

Esso ricalca, con alcune modifiche, il progetto del *maggio* precedente, presentato con il corredo di un lungo *rapporto* da Michel Lepeletier de Saint-Fargeaux.

Esso contiene una *teoria delle pene* che può essere considerata un *prontuario beccariano* (n.b.: le citazioni sono trascritte in corpo minore):

## A) Umane

«Che ogni legge penale sia umana;

Tanto a lungo e presso un tanto grande numero di popoli, questa condizione è stata la sola dimenticata nella formazione delle loro leggi penali, perché sia utile porla in testa al vostro Codice, e renderla sempre presente e a voi stessi e a chiunque in futuro detterà delle istituzioni penali.

Del resto, se questa massima è degna della vostra sensibilità, non lo è meno della vostra saggezza.

Una legge è tanto meno efficace quanto più è disumana; poiché non viene invocata, non viene applicata.

Pensate all'esempio della pena di morte pronunciata contro il furto domestico: il padrone derubato caccia il servitore infedele, ma raramente lo denuncia alla giustizia. Un furto di questa natura è perseguito? la prova non è mai completa, o non è mai colta; le parti lese, l'accusatore pubblico, i testimoni, i giudici, tutto cospira a favore dell'accusato. Non c'è più pena per il crimine, proprio per ciò stesso che la pena è atroce; e una legge barbara, simile a quegli strumenti avvelenati il minimo danno dei quali produce le morte, è accuratamente destinata all'inutilità e all'oblio.

Tale è l'effetto delle pene troppo severe in un paese in cui i costumi sono miti. Questo effetto è diverso, ma più funesto ancora presso un popolo dove dei costumi miti non temperano l'asprezza della legge; là viene invocata senza ripugnanza, viene applicata senza rimorso; il popolo accorre in massa ai supplizi: ma quegli spettacoli crudeli non fanno che indurire i costumi pubblici, e diventano spesso il germe di attentati più atroci; bisogna allora rincarare i tormenti, e così con una fatale reazione e una progressione senza limiti, i crimini moltiplicano le torture, e le nuove torture partoriscono nuovi crimini.

È un'osservazione certa che presso tutti i popoli dove le pene sono le più crudeli, i crimini sono frequentissimi e i più orribili; che in capo a qualche anno si è obbligati a salire la scala delle pene, ma sempre invano: così si riesce a punire i crimini, ma non si può arrivare a reprimerli».

Conseguenze normative:

- soppresse le *pene corporali* (frusta, marchio, mutilazioni)
- nel progetto, tentativo di Lepeletier di sopprimere la *pena di morte*

«Pensate alla folla immensa che l'aspettativa di un'esecuzione richiama nella pubblica piazza; qual è il sentimento che ve la conduce? È forse il desiderio di contemplare la vendetta della legge, e vedendo cadere la sua vittima di infondersi un religioso orrore per il crimine? Il buon cittadino è forse migliore quel giorno tornandosene a casa? L'uomo perverso rinuncia forse al complotto che meditava? No, Signori, non è un esempio; è ad uno spettacolo che accorre tutta quella gente; una curiosità crudele ve la induce; quella visione favorisce e alimenta nel suo animo una disposizione immorale e feroce: spesso lo stesso crimine per cui è stato eretto il patibolo trova degli imitatori nel momento in cui il condannato subisce la sua pena, e più d'una volta si rubava sulla pubblica piazza in mezzo alla folla assiepata per veder impiccare un ladro (...). Fin qui noi abbiamo ragionato supponendo la pena di morte giustamente pronunciata; ma non soccomberà mai un innocente? troppo funesti esempi non hanno realizzato quest'ipotesi? Se la forma dei giurati tutela contro le false accuse, i giurati non sono tuttavia che degli uomini, e fra tutti i vantaggi che ci offre la soppressione della pena di morte, non è un pensiero consolante immaginare che in ogni momento gli errori della giustizia possono essere efficacemente riparati, e che l'innocenza riconosciuta respira ancora?»

- L'assemblea voterà per il *mantenimento* della pena capitale (in 32 casi sui 115 dell'antico regime)
- Ma essa consisterà nella semplice privazione della vita (*senza esacerbazioni*: il condannato avrà la testa tagliata — artt. 2-3 cp —)

## B) Proporzionate alla natura del reato

«Delle pene benché moderate possono essere efficaci se sono giustamente graduate, ed è il secondo carattere che noi supponiamo proprio di ogni buona istituzione penale.

Ciò che rende una pena repressiva, è meno l'essere severa che il trovarsi posta al grado più conveniente nella

scala delle pene.

È importante che un delitto sia punito esattamente nella proporzione in cui deve esserlo rispetto ad un altro delitto; che ci sia un giusto rapporto fra i diversi gradi della scala; e mantenendo questo rapporto si potrà senza pericolo abbassare un poco il grado più alto.

Ci sono due specie di crimini; quelli che sono l'effetto del calcolo e della riflessione, e i crimini che sono prodotti dall'impulso improvviso di una passione violenta.

Una graduazione esatta delle pene opererà un effetto meno efficace per la repressione di quest'ultima specie di crimini, perché la passione non vede che l'oggetto che l'accende e calcola poco i rischi che corre; ma questa classe è la meno numerosa.

Per gli altri, la graduazione delle pene produce un effetto sicuro.

Se una grande distanza separa la pena di un certo crimine dalla pena di un certo altro crimine, il malvagio che a sangue freddo medita una cattiva azione si fermerà dove comincia per lui un nuovo pericolo: la legge supera tutti i gradi della pena? il malvagio supererà tutti i gradi del crimine; non ha interesse a fermarsi; nessun calcolo lo trattiene.

Era una grande assurdità delle nostre leggi quella di punire il ladro di grandi strade, il servitore che derubava di alcuni effetti il suo padrone, l'uomo che con effrazione s'introduceva nelle case, con la medesima pena dell'assassino; la legge stessa li invitava all'omicidio, poiché l'omicidio non aggravava la punizione dei loro crimini, e poteva soffocarne la prova».

### **C) Uguali per tutti**

«Questo principio è troppo prezioso per non venire trascritto nel Codice penale; ma è presente già dovunque nelle vostre leggi; è presente nella dichiarazione dei diritti dell'uomo; è presente nell'eguaglianza civile che costituisce la base della vostra costituzione; è presente nel decreto speciale in cui l'avete proclamato: mettendolo qui ribadiamo soltanto la vostra volontà già espressa. Ma osserviamo che se qualcosa può ispirare un profondo rispetto della legge, è il mostrare gli uomini, quali che siano, coperti dal crimine con la stessa infamia. Sarà un grande e salutare esempio, quando si potrà vedere il ministro prevaricatore confuso con la turba dei criminali, punito più a lungo perché il suo attentato ha ferito di più la patria, e uno di quegli intoccabili di un tempo caricato legalmente delle stesse catene con cui essi opprimevano arbitrariamente l'innocenza».

### **D) Applicate senza alcun arbitrio giudiziale**

«C'è un altro carattere che i vostri precedenti decreti rendono inseparabile da ogni legge penale; è lo stabilire per ogni delitto una pena fissa e determinata: questa è la conseguenza necessaria della procedura per giurati.

I giurati giudicano della verità del fatto.

Il tribunale applica la legge.

Questa forma esclude qualsiasi arbitrarietà.

(...)

Oggi qualsiasi sfumatura del fatto è estranea al giudice.

Egli non conosce che il fatto stabilito dal verdetto della giuria.

Occorre che egli apra la legge, e che vi trovi una pena precisa, applicabile al fatto determinato; il suo unico dovere è quello di pronunciare quella pena.

Questa forma respinge sul legislatore la necessità di prevedere un numero di casi maggiore, di specificare delle sfumature più articolate, di determinare più fatti, e di essere sempre preciso nella comminazione della pena stabilita da ciascun articolo».

Nel codice il *principio di legalità* è seguito sino alle estreme conseguenze:

- Sistema di *pene fisse* (nessuna valutazione discrezionale delle *circostanze* da parte del giudice: le conseguenze sanzionatorie di esse sono rigidamente predeterminate dalla legge)

- Non contemplato il *tentativo* (ma punite attività prodromiche del reato come infrazioni a sé stanti)

Inconvenienti:

- Fuga dalla sanzione da parte delle giurie popolari (che rispondono negativamente alla c.d. *question intentionnelle* — relativa all'intenzionalità del fatto commesso dall'imputato —)
- Inefficacia della soluzione alternativa alla repressione in via generale del reato tentato (v. oltre)

### **E) Pubbliche**

«Aggiungo che le pene devono essere pubbliche, cioè che spesso e ad intervalli determinati la presenza del popolo deve imprimere l'onta sulla fronte del colpevole, e la presenza del colpevole nello stato in cui l'ha ridotto il suo crimine deve infondere nell'animo del popolo un'istruzione utile.

Eh! quanto quest'onta lascerà il segno, quanto quest'istruzione produrrà una più profonda impressione, se è vicino al luogo dove il crimine è stato commesso, che il crimine viene espiato! Una pena che è soltanto notificata dal manifesto di una sentenza produce poco effetto; si sa che un certo colpevole subisce un certo castigo ai confini dell'impero; lo si sa, ma non lo si vede, non lo si sente; lo si è presto dimenticato perché se ne è venuti soltanto a conoscenza: ed è veramente esemplare solo quella repressione, che espone costantemente e per tutta la sua durata la vendetta delle leggi negli stessi luoghi che sono stati riempiti dall'orrore e dallo scandalo del crimine, e dove degli sguardi sempre conosciuti risvegliano incessantemente nell'animo del colpevole le sensazioni attive dell'obbrobrio e dell'ignominia».

Conseguenze normative: una volta al mese, esposizione dei condannati (soluz. *Utilitaristica*, non accolta nel testo definitivo: prevenz. generale mediante l'*esempio*).

### **F) Con finalità rieducative**

(unica deviazione significativa dai principi beccariani)

- mediante l'abitudine al *lavoro*

«Le pene che riuniranno tutte le diverse caratteristiche che ho sviluppato sinora assolveranno ad uno dei principali scopi di ogni istituzione penale, quello di reprimere utilmente ed efficacemente i crimini.

È a questo solo oggetto che i legislatori hanno limitato le loro vedute sino ad oggi.

Ma è forse impossibile andare più lontano, e non si saprebbe concepire un sistema penale che operi questo duplice effetto, e di punire il colpevole e di renderlo migliore?

Esaminiamo con quali caratteri le pene potrebbero raggiungere questo scopo morale; questo sviluppo completerà la teoria dei principii di cui abbiamo seguito la luce.

L'origine più consueta dei crimini è il bisogno, figlio dell'ozio: il sistema delle pene deve quindi basarsi principalmente sul lavoro; ma il suo scopo viene a mancare se, facendo del lavoro il tormento stesso del condannato, aumenta ancora la sua naturale avversione; il lavoro deve essergli presentato sotto un altro aspetto.

Occorre che egli vi sia spinto dal sentimento del bisogno; occorre che il lavoro diventi per lui il passaggio ad una condizione meno penosa; occorre che egli trovi degli addolcimenti proprio in proporzione allo zelo con cui vi si sarà dedicato.

Offrendogli il lavoro in queste forme consolatrici, potrete ispirargliene e l'abitudine e l'amore; e certamente l'avrete reso migliore se l'avrete reso laborioso.

Abbiamo ancora pensato, sotto lo stesso rapporto di moralità, che conveniva rendere decrescente col tempo il rigore delle pene, in modo che tutta la loro intensità sia posta sui primi anni, e che un po' mitigate verso la metà della loro durata, l'ultimo periodo finisca con il grado meno severo dell'esistenza penale.

Questo principio è umano, perché la prima consolazione è la speranza, che mostra nel futuro una diminuzione dei mali che si soffrono; e inoltre ci è sembrato che potesse essere utile temperare impercettibilmente l'essere morale del condannato, e infondere nel suo animo affezioni più dolci e più sociali prima dell'istante in cui la fine della sua punizione lo rende alla società e a se stesso».

- necessaria, conseguentemente al fine rieducativo, l'abolizione delle *pene perpetue*

«Tutte queste sfumature diventerebbero superflue, se il condannato fosse gettato per sempre nel luogo fatale di espiazione; ma le pene possono essere repressive ed eppure temporanee; è un principio che vi proporremo ancora di consacrare, e in conseguenza di abolire tutto ciò che imprime alla pena un carattere di perpetuità, tutto ciò che destina un colpevole alla disperazione (...) alla più barbara delle punizioni, e la sola forse che la società non ha il diritto di infliggere, tutto ciò che l'incatena irrevocabilmente al crimine, togliendogli i mezzi di dedicarsi ad un'attività onesta».

Nel Rapporto di Lepeletier non se ne fa menzione, ma conformemente alle idee beccariane in tema di **personalità della pena**, il giurista francese non ripropone nel codice la sanzione della *confisca generale* dei beni del condannato — sanzione abolita dal legislatore rivoluzionario nel 1790 —

Va detto infine che il Rapporto di Lepeletier lascia trasparire, in conclusione, un evidente ottimismo circa la possibilità che una legislazione penale ispirata ai principii sopra descritti determini in breve tempo una completa *rigenerazione* umana,

«Questo per la generazione presente.

Dei beneficii più grandi si preparano per la generazione futura.

È nel futuro che i costumi pubblici, veramente rigenerati, raggiungeranno l'elevatezza della nostra nuova costituzione.

È il futuro che, cancellando a poco a poco le mostruose ineguaglianze nella divisione della ricchezza e della povertà, diffonderà in modo più generalizzato e uniforme su tutte le classi di cittadini il benessere d'una felice agiatezza.

Infine l'avvenire raccoglierà soprattutto i frutti di un'educazione nazionale che, dotando tutti i figli della patria di conoscenze, arti, mestieri utili, e soprattutto di virtù, formerà degli uomini liberi e buoni, e strapperà al crimine finanche la seduzione del bisogno».

## CARATTERI STRUTTURALI DEL CODE PÉNAL DEL 1791

Dal punto di vista strutturale il codice realizza — forse all'eccesso — gli ideali illuministici di *semplicità* e *concisione precettiva*.

### I) Parte generale

*Non sono disciplinati*

- efficacia della legge penale nel tempo e nello spazio
- elem. oggettivo del reato (condotta, evento, nesso causale)
- elem. soggettivo (dolo, colpa: nel *code*, solo fatt. dolose)
- alcune forme di manifestazione del reato:
  - circostanze
  - tentativo
  - concorso di reati

*Vengono invece regolati*

➤ sistema delle pene

A) Pene criminali principali:

- Morte
- Ferri (lavori pubblici forzati)
- Estensione da 3 a 24 anni
- Lavori faticosi, con palla al piede (in miniere, paludi, porti, arsenali)
- Enfermement (reclusione)
  - Si suddivide in 2 specie
  - Gêne
    - Estensione da 2 a 20 anni
    - No a ferri o catene
    - Isolamento in cella con finestre
    - Vitto a pane e acqua (ma possibile miglioramento delle condizioni attraverso il lavoro)
  - Détection
    - Fino a 6 anni
    - Vita comune
    - Vitto a pane e acqua (ma possibile miglioramento delle condizioni attraverso il lavoro)

B) Pene criminali accessorie:

- Pubblica esposizione (su un palco con un cartello indicante la condanna)
  - Per 6 ore (ferri)
  - Per 4 ore (gêne)
  - Per 2 ore (détection)
- Decadenza dai diritti di cittadino
- Interdizione legale

- recidiva
- contumacia
- effetti extrapenali delle condanne
- influenza dell'età
- prescrizione
- riabilitazione
- concorso di persone (alla fine del codice) ma senza distinzione sanzionatoria fra le varie categorie di compartecipi (agenti principali, complici etc.)

## II) *Parte speciale*

Sistema *tripartito* dei reati (crimini, delitti, contravvenzioni)  
distinti da un punto di vista **formale**, a seconda del tipo di pena previsto

Impianto sostanz. *garantistico* (es.: crimini contro la cosa pubblica, puniti i reati contro lo Stato ma **anche** gli abusi dei funzionari pubblici nei confronti dei cittadini)

\*\*\*

Il quadro garantistico delineato dal codice del 1791 e dalle riforme processuali si incrina presto:

1792

- leggi speciali: si introduce la categoria dei ‘sospetti’ (emigrati, preti refrattari — che non hanno prestato giuramento alla costituzione —), puniti con la sanzione della morte civile e della confisca generale dei beni (che qui fa la sua riapparizione)
- il 17 agosto, istituito il primo tribunale straordinario per i crimini controrivoluzionari (giudica senza appello): sarà soppresso due mesi più tardi

1793

- le leggi speciali diventano praticamente permanenti, pur non intaccando formalmente il sistema ordinario

(v. ad esempio la posizione di Robespierre, che pur restando un convinto abolizionista, vota la pena di morte per Luigi XVI: «(...) qui non c'è un processo da celebrare. Luigi non è un accusato. Voi non siete giudici. Voi non siete e non potete essere che uomini di Stato, rappresentanti della nazione. Voi non avete una sentenza pro o contro un uomo da emanare, ma una misura di salute pubblica da prendere, un atto di provvidenza nazionale da esercitare. Un re detronizzato, nella Repubblica, non serve che a due cose: a turbare la tranquillità dello Stato e a distruggere la libertà, o a consolidarle entrambe».)

— 10 marzo: istituito il tribunale rivoluzionario

— 17 settembre: legge sui sospetti

A carico dei ‘sospetti’

(categoria che viene ora ad estendersi pericolosamente, ricomprendendo coloro

«che non hanno costantemente manifestato il loro attaccamento alla Rivoluzione»

«che hanno accolto con indifferenza la Costituzione»

«che, non avendo fatto nulla contro la libertà, non hanno nemmeno fatto qualcosa per essa»)

viene stabilito il principio della presunzione di colpevolezza

1794

- Legge del 22 pratile anno II (10 giugno 1794)
  - Trasforma i ‘sospetti’ in ‘nemici del popolo’
  - Essi possono essere processati
    - Senza istruttoria
    - Senza audizione di testi
    - Senza diritto alla difesa
  - Solo due esiti del processo: assoluzione o condanna a morte
- Terrore: fino al 9 termidoro (27 luglio: caduta di Robespierre)
  - circa 500.000 arrestati
  - circa 40.000 giustiziati

MEDIA MENSILE DELLE CONDANNE A MORTE PRONUNCIATE DAI TRIBUNALI RIVOLUZIONARI

Fino alla legge sui sospetti	11 (24% dei processi celebrati)
Dopo la legge sui sospetti	134 (58% dei processi celebrati)
Dopo la legge di pratile	878 (79% dei processi celebrati)

Tutto ciò non resta senza conseguenze anche per i legislatori.

Dopo Termidoro, alla fiducia rivoluzionaria di rigenerazione umana subentra un marcato *pessimismo antropologico* ritorno da Rousseau a Hobbes

Questo quadro è aggravato da una instabile situazione dell'ordine pubblico:

- criminalità organizzata (es. Chauffeurs, Banda d'Orgères)
- disordini politici      monarchici  
                                     vecchi giacobini

Tutto ciò induce il legislatore a correre ai ripari, attraverso un inasprimento del sistema sanzionatorio: es. nel 1796 norma generale sul reato tentato, che è equiparato alla consumazione.

## VI LA CODIFICAZIONE PENALE NAPOLEONICA

Nel 1799 (11 novembre), colpo di Stato di Brumaio e ascesa al potere di Napoleone Bonaparte

Subito viene messa al lavoro una commissione incaricata di riformare il codice penale rivoluzionario

Nel 1801-1802, approntato il *Projet de code criminel*, che dopo un'incubazione durata quasi un decennio sarà destinato a divenire, con qualche lieve modificazione, il *code pénal* del 1810

Fra gli artefici spicca Guy Jean-Baptiste Target, *figura emblematica* di giurista post-termidoriano: avvocato imbevuto di cultura illuministica, durante la Riv. sarà deputato di spicco della Costituente e poi, passato a stento indenne dalle vicende del terrore rivoluzionario, in epoca napoleonica svolgerà la funzione di magistrato di Cassazione.

L'esperienza della fase più radicale della Rivoluzione sarà per lui altamente drammatica e lascerà un segno indelebile sulla sua personalità e sulle sue convinzioni antropologiche. Scriverà nel 1797:

«L'intervallo che ci separa dal 1789 è una sorta di eternità infelice. Ecco il giudizio del dolore. Ogni tipo di comportamento si è mostrato in questa rivoluzione: abbiamo visto atti di nobiltà d'animo compiuti con generosità e coraggio, ma siamo stati spettatori di altri atti compiuti con un'abiezione, una cupidigia, un'atrocità che non avevamo mai visto prima d'allora».

Ne fa fede il *Rapport* che egli allega al progetto: esso contiene una visione del diritto penale ispirata esclusivamente ad esigenze di difesa sociale.

Esso è tutto orientato a confutare le prospettive dischiuse dal rapporto di Lepeletier, ad invertire i termini di priorità fra esigenze di umanità e di difesa sociale, a rimettere in discussione l'idea di una rigenerazione attuata attraverso la legge penale.

Se ne riproducono qui alcuni stralci:

SULLA FUNZIONE DEL DIRITTO PENALE IN GENERALE:

«I vizi sono la radice dei crimini; se fosse possibile sradicarla, la legge non dovrebbe più punire. Benché, per lo spirito infiammato d'amore per il bene, non sia una chimera, il miglioramento del genere umano è l'opera molto lenta e più o meno incerta della saggezza, della costanza e del tempo. Ogni giorno tuttavia la società deve essere conservata; e a delle calamità presenti, occorre opporre dei rimedi rapidi; questo è lo scopo delle leggi criminali e del Codice penale. L'umanità è afflitta per la necessità di punire; fa almeno degli auspici per la moderazione e la mitezza. Da un altro lato, l'esperienza della perversità umana, l'orrore per certi criminali, la pietà per le loro vittime, hanno dttato ad uomini saggi ed anche sensibili dei sistemi di severità che possono sembrare eccessivi. La vera saggezza rispetta l'umanità, ma non le sacrifica la sicurezza pubblica; vuole che le pene, tanto miti quanto sarà possibile, siano al tempo stesso efficaci».

## SUL MANTENIMENTO DELLA PENA DI MORTE:

«Qui sorgono due grandi questioni che occorre risolvere, non con vaghe teorie, ma con la combinazione meditata dei principii e dell'esperienza. La pena di morte è legittima? È necessaria? Queste due questioni non sono che una. Senza necessità questa pena non sarebbe legittima; e se è necessaria, la sua legittimità è incontestabile.

Ci si sente portati a rispettare con tenerezza la filosofia, che ha posto la vita degli uomini fuori dal potere delle leggi; ma l'errore, se ce n'è uno, sarebbe qui di un'importanza maggiore. Le società a cui si danno delle leggi devono essere considerate per quello che sono, e non quali potrebbero essere (...). Degli animi duri, aridi, feroci, spogli di idee morali, non obbediranno che alle loro grossolane sensazioni; la pigrizia, la dissolutezza, l'avidità, l'invidia, appariranno come nemici inconciliabili della saggezza e del lavoro, dell'economia e della proprietà (...). pulluleranno crimini e delitti di ogni specie, meno nella massa della nazione che nella feccia di questa plebaglia estranea al carattere generale, che si è formato accanto al vero popolo per la forza delle circostanze e delle abitudini accumulate nel corso di secoli (...). Le pene devono essere misurate sulla natura di quella razza imbastardita, che è il focolaio dei crimini, e la cui rigenerazione si lascia appena intravedere, dopo un lungo decorso di anni del più saggio governo, trascorsi su un gran numero di generazioni.

La ragione del legislatore non si nutre di astrazioni. Le lezioni della filosofia, egli le accoglie; ma le modifica in base ai fatti di cui è circondato, e che non sono in suo potere.

Di tutti i sentimenti che toccano gli uomini grossolani, il più vivo è l'amore della vita e il timore di perderla. La prospettiva anche prossima, della schiavitù e del lavoro, non produce una commozione così violenta su questi animi duri, non porta una scossa così forte alle fibre grossolane in cui sono avviluppati (...). La pena di morte, attendendo tempi più felici, è dunque ancora evidentemente necessaria; e se lo è, lungi dal ferire l'umanità, la serve, conservando la vita a tutti coloro che sarebbero caduti vittime di simili misfatti (...).

## SULLA NECESSITÀ DI PENE PERPETUE:

«L'Assemblea Costituente, per un sentimento di umanità, senza dubbio degno di rispetto, ma la cui saggezza non è stata provata dall'esperienza, aveva stabilito la regola, che nessuna pena sarebbe stata perpetua.

Tutti i criminali che non erano colpiti di morte, avevano in prospettiva un termine fisso, che, per gli animi profondamente depravati, annulla quasi del tutto l'effetto della pena.

E passi se, come si proporrà qui, la speranza della liberazione fosse stata legata all'attività laboriosa, alla docilità, alla correzione del condannato! (...) Ma no: il termine era fissato, quale che fosse la sua condotta; e quest'idea, unita alla possibilità prevista dell'evasione, spogliava il timore della punizione di quasi tutta la sua forza.

Bisogna che le azioni, che, nell'ordine dei crimini, seguono immediatamente quelli a cui è inflitta la morte, non lascino alcuna previsione di liberazione: altrimenti le gradazioni non sarebbero rispettate, la scala delle pene non sarebbe più corrispondente a quella dei crimini, e la proporzione sarebbe rotta.

Un'idea di perfettibilità, raramente applicabile in generale agli uomini, ancora più raramente agli animi che si sono corrotti nel crimine, quasi chimerica per quelli che si sono macchiati di crimini atroci, o la cui profonda corruzione si è manifestata con delle recidive, aveva abbellito, agli occhi dei nostri primi legislatori, il principio che adottavano.

È una teoria seducente, ma vana, ce va relegata nel mondo immaginario, di cui gli animi semplici e puri amano talvolta circondarsi, ma che la ragione bandisce dal mondo che la legge è incaricata di regolare, e in cui solo l'interesse e la salvezza della società devono dirigere il suo pensiero.

Se tuttavia c'è qualche eccezione possibile ad un'esperienza troppo costante, tutto sarà lasciato all'umanità illuminata del governo.

I condannati ai lavori forzati a vita se qualche circostanza dà un tocco meno fosco ai loro crimini, o anche se la loro sottomissione, la loro attività nel lavoro, il loro pentimento provato, li rendono degni di qualche compassione, dopo aver subito cinque anni della loro pena, potranno essere deportati per ordine del governo».

Anche il *code pénal* risentirà di questa impostazione.

L'apparato sanzionatorio in esso contenuto tende più all'*intimidazione* dei consociati che al recupero del delinquente ed è delineato secondo un'ottica *statualistica*:

- Si assiste ad un ritorno in grande della **pena di morte**, di nuovo accompagnata da esacerbazioni (in un caso: taglio della mano al parricida) e da altri elementi di esemplarità (sepoltura sul luogo del reato: eredità dell'*ancien régime*)
- Tornano
  - pene corporali (marchio a fuoco)
  - pene perpetue
  - pene infamanti (berlina)
  - **confisca generale** (ma fatte salve le ragioni dei creditori, preservato agli eredi ½ della quota legittima e gli alimenti ai beneficiari; prevista anche la possibilità che l'Imperatore destini comunque il patrimonio confiscato ai parenti del reo)
- Le sanzioni vengono fissate entro *limiti edittali*, per lasciare al giudice uno spazio di discrezionalità nella loro irrogazione (anche qui, finalità non garantistica: si vogliono evitare gli inconvenienti riconducibili all'attività dei giurati nell'ambito del sistema delle pene fisse – abusive assoluzioni)
- In genere, tutte le pene sono inasprite rispetto al *code pénal* del 1791

Quanto alla struttura del codice, essa si articola in 3 libri

- Pene e loro effetti
- Persone punibili, scusabili o responsabili
- Crimini e delitti

### ***Parte generale***

Secondo la tradizione francese, è molto succinta: una spiccata concisione precettiva caratterizza l'articolato del codice

Anche qui si possono trovare alcune tracce del *disegno intimidatorio* del legislatore:

- |                       |                                       |
|-----------------------|---------------------------------------|
| — Tentativo           | punito con la pena della consumazione |
| — Concorso di persone | nessuna distinzione fra compartecipi  |
| — Recidiva            | decisi aggravamenti di pena           |

### ***Parte speciale***

Segue la tripartizione dei reati: crimini, delitti e contravvezioni (queste ultime disciplinate dai regolam. di polizia)

Anche qui è percepibile il disegno di intimidazione perseguito dal legislatore



## VII LA CODIFICAZIONE PENALE NELL'AREA ASBURGICA

I codici promulgati nell'impero asburgico fra Sette e Ottocento non rappresentano la totalità delle codificazioni penali dell'area germanica

Si possono infatti ricordare

- ALR prussiano 1794 (che tuttavia *non è* ancora da considerare *un codice* in senso moderno)
- Codice penale bavarese 1813 (testo riconducibile al grande criminalista tedesco A. Feuerbach)

Tuttavia ragioni di economia ci spingono considerare esclusivamente

- le *prime* manifestazioni del diritto penale codificato in quest'area
- i testi che hanno avuto un influsso diretto sul *nostro* diritto penale

In questo senso, la codificazione asburgica può considerarsi a tutti gli effetti l'*archetipo* del diritto penale europeo. Essa inoltre è stata vigente nel Lombardo-Veneto dal 1815 all'Unità.

### A) GLI ANTECEDENTI DELLA CODIFICAZIONE AUSTRIACA: LA *CONSTITUTIO CRIMINALIS THERESIANA*

Per comprendere caratteri e matrici della codificazione penale asburgica bisogna risalire all'epoca del regno di Maria Teresa (1740-1780)

Il riformismo teresiano fallisce dell'elaborazione di un farraginoso codice civile, che resta allo stadio di progetto

- 8 volumi in folio
- oltre 8000 articoli: non propriamente le dimensioni di un codice moderno

Ma mette a punto e dà vigenza ad una ricompilazione del diritto penale: la *Constitutio Criminalis Theresiana* (1769)

Quest'opera legislativa non è certo, a sua volta, da considerare un testo normativo moderno

- divisa in due parti: processuale e sostanziale
- nei 1087 paragrafi raccolti i diritti previgenti ma nessuna caratteristica di un moderno codice penale:
  - non contiene il principio di legalità
    - previste pene arbitrarie
    - escluso il divieto di analogia

— non è un diritto a soggetto unico

Per Cavanna la *Theresiana* nasce vecchia («mentalità criminalistica d'*ancien régime* pura al 100%»)

Per Cordero, «nasce morta»

In effetti, per quanto riguarda la *parte sostanziale*,  
bisogna notare la presenza di

- crimini di antiquata concezione (eresia, magia, stregoneria, etc.)
- un apparato repressivo rigorosamente arcaico
- uso frequente della pena di morte, spesso inflitta con esacerbazioni (squartamento, arrotamento)

Per quanto riguarda gli aspetti processuali,  
la *Theresiana* disegna un processo *puramente inquisitorio*

- massiccia applicazione della tortura in varie forme per ottenere la *prova regina*: la confessione
- l'edizione ufficiale contiene ricche tavole esemplificative illustrate che rappresentano un vero e proprio «campionario horror» (Cavanna)

Nemmeno Joseph von Sonnenfels — padre dell'illuminismo asburgico: lo ritroveremo — riesce facilmente a convincere Maria Teresa dell'opportunità di abolire la tortura: ancora nel 1775 un decreto imperiale gli impone il silenzio sull'argomento

Anche lo *stile delle disposizioni* della *Theresiana* sembra più quello di un trattato criminalistico cinquecentesco che quello di un moderno testo normativo: la sintesi non è mai stata il dono del legislatore asburgico (v. oltre)

Questa dunque la situazione nell'impero alle soglie della codificazione:

- il trattatello beccariano sembra essere passato del tutto inosservato
- il 'problema penale' non è tale per la sovrana austriaca (anche se nel 1776 Sonnenfels e suo figlio — il futuro imperatore Giuseppe II — riescono a convincerla ad abolire la tortura e a ridurre l'utilizzo della pena capitale, aprendo così la strada alla moderna codificazione)

## B) GLI ANTECEDENTI DELLA CODIFICAZIONE AUSTRIACA: LA *LEOPOLDINA*

Anno 1786:

A Vienna governa ormai da sei anni *Giuseppe II* (1780-1790)

Fautore di una *politica marcatamente riformatrice*

(però spesso imposta con la forza e fatta digerire *loro malgrado* ai sudditi)

— ha già promulgato il *primo codice in senso moderno* della storia: codice di procedura civile (1781)

— ha emanato una serie di *editti*:

- *editto di tolleranza* (1781): abolisce le differenze di trattamento giuridico dovute allo *status* confessionale: primo passo verso un'unificazione del soggetto giuridico
- *editto matrimoniale* (1783): introduce il matrimonio civile
- *editto successorio* (1786): delinea un diritto ereditario non più differenziato per ceti (il modello è quello borghese)
- *editto sulla libertà di commercio* (1786): abolisce i monopoli commerciali

— si appresta a riformare in senso codificato il sistema penale (v. oltre)

Tutto ciò all'insegna di un illuminismo di stampo *statualistico e centralizzatore*

Giuseppe II piega le istanze di riforma dell'illuminismo alle esigenze di consolidamento del potere monarchico

(rivoluzione 'dall'alto': il livellamento sociale è funzionale all'accrescimento del potere del sovrano)

\*\*\*

Nella Toscana granducale, lontana da Vienna ma legata a filo doppio con l'Austria, Pietro Leopoldo (fratello di Giuseppe II e futuro imperatore d'Austria: 1790-1792) governa da più di un ventennio (1765) e vi impone un *proprio* assolutismo illuminato

- meno intransigente
- meno algido e astratto
- più flessibile e realistico
- che consente riforme più popolari e condivise.

Pietro Leopoldo attua una riforma del sistema penale che è la prima e più clamorosa trasformazione in legge delle idee di Beccaria e di Sonnenfels: la

*Riforma della legislazione criminale toscana (Leopoldina): 1786*

È un testo breve: 119 articoli

Non esiste un'ulteriore articolazione interna delle norme

Aspetti contenutistici

### **Diritto sostanziale**

— abolita la pena di morte

— soppressi i reati di lesa maestà

— attenuata la pena per i reati di coscienza

particolare mitezza e distacco dalla tradizione di diritto comune

La Leopoldina *non* è tuttavia ancora *un codice in senso moderno* (progresso serio ma incompiuto verso la codificazione), poiché

a) *non distingue* ancora nettamente fra diritto processuale e diritto sostanziale

b) lo *stile* delle norme è ancora troppo discorsivo e filosofeggiante

c) il testo è *incompleto*, quindi lascia spazio

- alla legislazione previgente (non completamente abrogata)
- all'arbitrio del giudice (possibilità di applicazione della pena straordinaria, bilanciata però dall'obbligo di motivazione della sentenza)

## C) I CODICI DI GIUSEPPE II

Giuseppe II taglia per primo anche il traguardo della codificazione penale

In un biennio, due codici

- 1787 → Codice generale sopra i delitti e le pene  
(*Josephina*)
- 1788 → Regolamento della procedura criminale  
(*Kriminalgerichtsordnung: KGO*)

Entrambi i testi sono redatti ufficialmente *anche in italiano*, in vista di una loro introduzione in Lombardia (impresa non riuscita)

### 1) Il codice penale

La *Josephina* — in cantiere fin dal 1781 ad opera di una commissione nella quale spiccano i nomi di von Keess (artefice della parte generale) e di Sonnenfels (autore della parte dedicata alle trasgressioni di polizia) — è stata definita dal Cavanna «un capolavoro e la più sgradita delle riforme di Giuseppe II»

Perché un ‘capolavoro’?

È il *primo* vero *codice* penale *moderno* (Tarello, Cavanna)

Infatti ne presenta tutti i caratteri:

a) *autonomia* (dal diritto processuale penale e dal diritto civile)

Il testo è infatti in rapporto «rigorosamente consequenziale» (Cavanna) rispetto al codice civile fatto progettare dallo stesso Giuseppe II (e peraltro rimasto allo stadio di progetto) ma nello stesso tempo *completamente autonomo* rispetto ad esso.

b) accoglimento del principio di *legalità* e dei suoi corollari

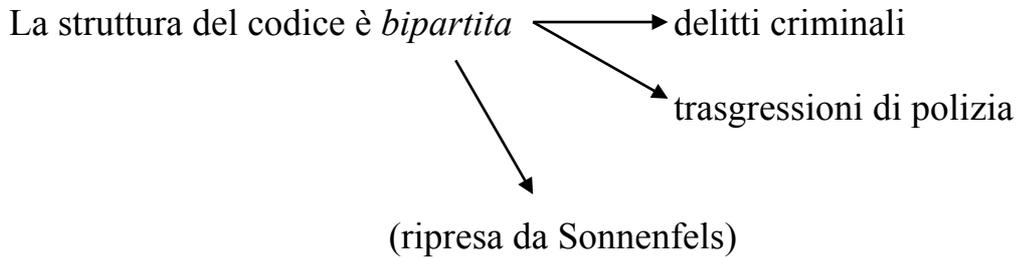
- tipicità
  - tassatività
  - determinatezza
- (§§1, 13, 19)

c) *completezza* (il diritto penale è tutto all’interno del codice, abrogata la legislazione previgente, come dichiarato espressamente nella patente di promulgazione: sono «abolite tutte le leggi emanate anteriormente per stabilire i delitti e le pene»)

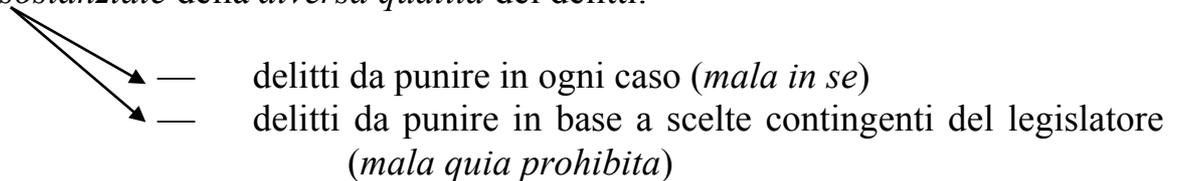
d) *unicità* del soggetto di diritto

Il destinatario delle norme repressive non viene mai qualificato in base alla sua appartenenza cetuale: «il reo», «il delinquente», «l’autore del fatto».

e) stretta *subordinazione del giudice* alla legge penale (es. disciplina minuziosa delle circostanze del reato per evitare la discrezionalità dei giudizi: § 14)



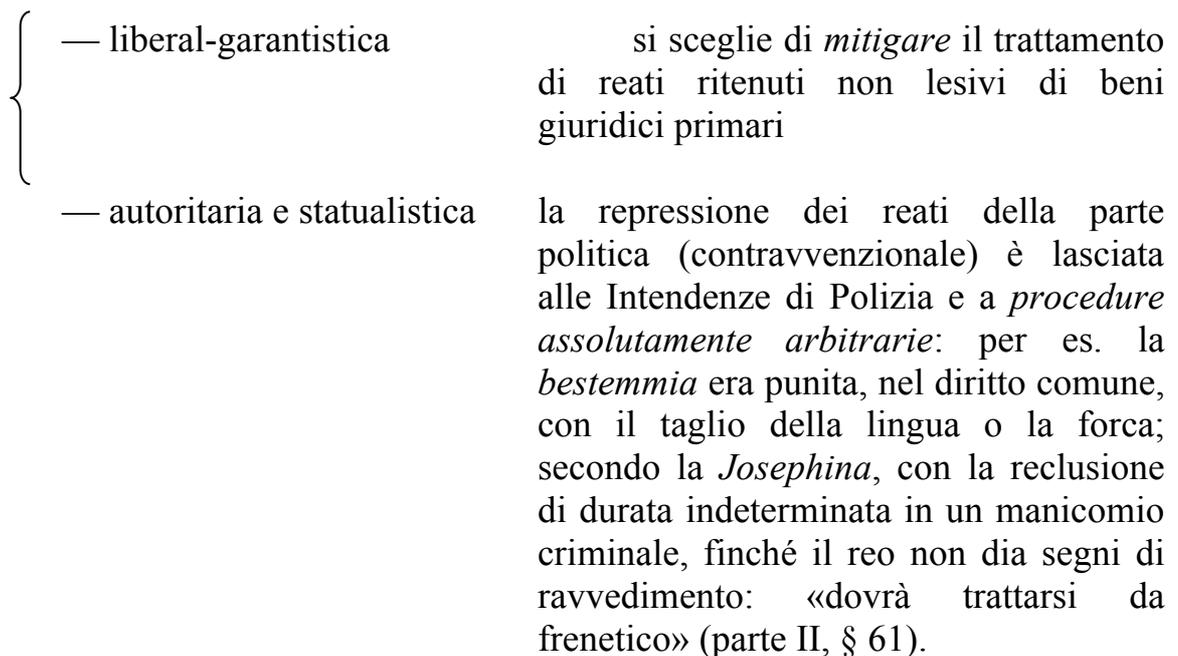
La distinzione (che anticipa la nostra fra delitti e contravvenzioni) non è basata sul dato *formale* della sanzione applicabile (come nel codice napoleonico), bensì è fissata sul dato *sostanziale* della *diversa qualità* dei delitti:



E da notare che nella seconda categoria finiscono i *reati contro la religione*



Questa scelta è di natura duplice:



## Caratteri formali e contenuti del codice

Lo stile normativo della *Josephina*, rispetto alla legislazione francese, non si caratterizza per concisione precettiva: le norme hanno piuttosto *carattere discorsivo*, moraleggiante, tipico del *legislatore-pedagogo* che vuole educare, convincere.

La *parte generale* è più sviluppata che nel codice napoleonico.

In essa vengono sanciti i principi di

- legalità che qui non assume una valenza garantistica ma è piuttosto fissato per fissare la preminenza della volontà del sovrano sull'arbitrio dei giudici
- imputabilità
- colpevolezza l'elemento soggettivo assume nei delitti criminali la forma esclusiva del dolo: i reati colposi sono previsti solo nelle contravvenzioni di polizia.

Vengono regolati inoltre:

- *aberratio delicti*: § 3 (ma l'evento diverso è imputato a titolo di dolo)
- concorso di persone
- tentativo (punito, come nel codice napol., con la stessa pena della consumazione)
- cause di esclusione dell'imputabilità
  - ubriachezza accidentale
  - infermità di mente
  - età inferiore a 12 anni

Le pene vengono disciplinate secondo i principi di

- legalità
- personalità (ma grave lesione del principio per il crimine di lesa maestà: per il colpevole è prevista la confisca generale dei beni)
- pubblicità
- proporzionalità (v. oltre)
- imprescrittibilità (§ 183)

Nella *parte speciale* (per limitarci all'amito dei delitti criminali) il legislatore ordina gli interessi protetti secondo una *gerarchia discendente*:

- 1) Delitti contro lo Stato e l'amministrazione pubblica (dalla lesa maestà ai reati contro l'amministrazione della giustizia)
- 2) Delitti contro la vita o l'incolumità fisica
- 3) Delitti contro l'onore e la libertà
- 4) Altri delitti
  - contro il patrimonio
  - contro la fede pubblica
  - del. eterogenei

### Perché il più impopolare?

Perché nonostante l'aderenza del testo a molti principi illuministici l'*elemento garantistico* del codice non si può certo dire preminente.

È un testo di spietata razionalità, in cui *prevale l'elemento statualistico* della difesa sociale. Lo si comprende analizzando il sistema delle pene.

Il fine della sanzione criminale è duplice:

- prevenzione *generale* —————→ intesa come *intimidazione*
- prevenzione *speciale* —————→ intesa come *neutralizzazione* e non  
come *risocializzazione* del  
delinquente

È vero che le pene perpetue sono state soppresse e che la pena di morte è prevista solo per il crimine di sedizione contro lo Stato, tuttavia l'intero sistema sanzionatorio è ispirato, per usare le parole del Cavanna, ad una «spietata fantasia punitiva»

- Le sanzioni sono durissime e proporzionate fine di una ottimale funzione deterrente:  
A tale scopo il § 17 prevede la punizione anche di assenti e defunti

la *proporzionalità giuseppina* è quella che non vende puramente momentanea l'impressione della pena sul condannato e sui consociati (pr. *secondo il fine della pena* e non secondo l'oggetto del reato)

In simile prospettiva, vi sono sanzioni più terribili della morte stessa. Ecco alcuni es.:

— *incatenazione* (durata: fino a 100 anni): il condannato è legato così strettamente da potersi muovere solo il minimo indispensabile; ogni anno è bastonato pubblicamente per pubblico esempio

— *carcere durissimo* (da 30 a 100 anni): si sconta con un cerchio di ferro al torace (per impedire una comoda respirazione), ferri ai piedi, isolamento, letto di assi, nutrimento esclusivamente a pane e acqua

— *lavori forzati* (con carcere durissimo): prevedono il trascinamento controcorrente dei battelli sul Danubio, talvolta immersi nell'acqua fino al collo: una pena di morte al rallentatore

Ancora secondo il Cavanna, Giuseppe II, «terrorista giuridico che si crede un filantropo», ha appreso dall'illuminismo soprattutto «la fredda speculazione utilitaristica sull'efficacia, l'esemplarità e la funzione politico-sociale della pena». Egli ha disegnato così lo strumento perfetto di un «dispotismo legale» nel quale le libertà individuali — al di là delle innegabili garanzie formali che il codice contiene, e nonostante queste — sono sacrificate a favore di un astratto bene comune.

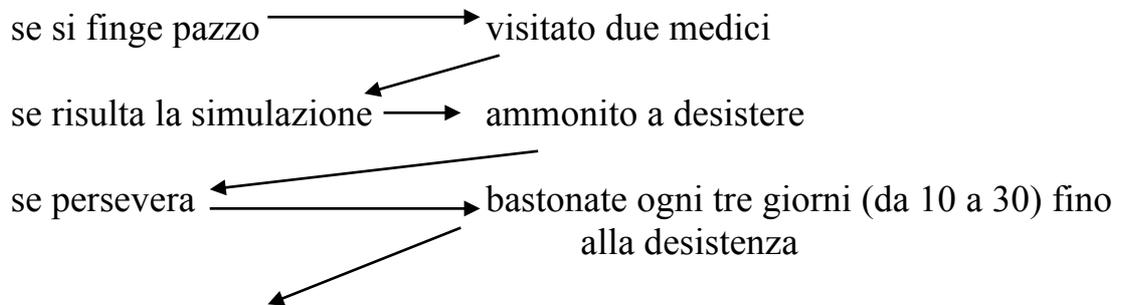
## 2) La procedura

La *KGO* (1788) è il primo codice di procedura penale moderno e rappresenta anche il modello di processo dell'assolutismo illuminato.

Anche qui, oscillazioni fra *garantismo* e *statualismo*, fra *legalità* e *autoritarismo*.

Il modello è quello del processo *inquisitorio* (segreto, scritto, senza contraddittorio)

- Doveri di correttezza imposto anche all'imputato:



Stesso trattamento se resta muto: *non esiste il diritto al silenzio*.

Abolita la tortura, rimane il castigo

## D) IL CODICE DEL 1803

Promulgato da Francesco II, il *Codice penale universale austriaco* entrerà in vigore anche nel Lombardo-Veneto a partire dal 1815.

Esso si pone in sostanziale continuità con la legislazione penale di Giuseppe II.

È praticamente *identico* anche nello stile alla *Josephina* ed è addirittura più severo

- Pena di *morte* (sulla forca) estesa a 5 casi (1787: 1 caso)
- Resta il *carcere durissimo* ma tornano anche le *pene perpetue*
- Frequente uso delle *bastonate* (pene corporali): non umanità della pena
- *Non educatività* della sanzione                      funzione quasi esclusivamente general-preventiva
- *Non laicità* della pena                                      di nuovo repressi i crimini contro la religione

In certi aspetti tuttavia migliora: non più pena dell'incatenazione, no alla punizione dei defunti, no alla confisca generale, no alla (assurda) pena temporanea fino a 100 anni.

A conti fatti, il codice penale del 1803 non è altro però che una *ricodificazione* del testo del 1787, un perfezionamento talora *in senso ulteriormente intimidatorio*.

Ma perché Francesco II ha promulgato un nuovo codice e non si è limitato a rimaneggiare quello del suo predecessore?

I motivi sono di natura squisitamente *politica*.

Giuseppe II, col suo riformismo a rullo compressore, con suo paternalismo severo fino alla spietatezza, aveva concepito codici funzionali al rafforzamento del potere sovrano, ma così facendo (e agendo senza consultare nessuno) aveva scontentato tutti.

Il codice del 1787 visualizzava in qualche modo l'odiato sovrano

Francesco II compie un'operazione molto astuta:

- |   |  |
|---|--|
| { | — mette in soffitta il vecchio codice e lo<br>sostituisce con un testo nuovo |
| { | — ma in questo nuovo codice riversa<br>l'identico contenuto del vecchio      |

Operazione politicamente perfetta, sostanzialmente di mera facciata.

## VIII LA CODIFICAZIONE PENALE NELL'ITALIA PREUNITARIA

A voler tracciare un giudizio complessivo sui codici ispirati alla dottrine illuministiche sul diritto di punire, si può osservare in essi la compresenza dell'elemento garantistico e di quello statualistico. Si può dire anche che, con l'eccezione dei codici della Francia rivoluzionaria, il secondo elemento prevale spesso sul primo.

Passando ora all'analisi dell'esperienza di codificazione italiana, non possiamo che soffermarci solo di sfuggita sui progetti elaborati nel nostro Paese fra Sette e Ottocento.

Possono essere ricordati, in particolare

### a) Progetto di codice penale per la Lombardia austriaca (1791-1792)

- celebre perché fra i redattori si annovera anche Cesare Beccaria (che qui combatte la sua ultima battaglia contro la pena di morte: argom. processuale)
- esso rappresenta il tentativo di calare il modello giuseppino nel contesto lombardo, temperandone il rigore

### b) Progetti di codice penale per la Repubblica Cisalpina e per il Regno d'Italia (1801-1810)

- in tutti c'è la mano del Ministro della Giustizia Giuseppe Luosi
- fra gli altri sono notevoli il progetto del 1801 e quello del 1806 (c.d. *Progetto dei 'Travagli'*)
- essi attuano un tentativo di conciliazione fra i due archetipi che abbiamo analizzato



## LA CODIFICAZIONE PREUNITARIA

Non è semplice tracciare un quadro unitario di una galassia così vasta ed eterogenea qual è quella rappresentata dalla codificazione italiana della Restaurazione. Si può solo fornire qualche indicazione assolutamente schematica

### Il diritto penale sostanziale

Si possono individuare tre filoni sostanzialmente omogenei

#### 1) *Tradizione asburgica*

Come si è detto, essa è vigente nel Lombardo-Veneto. Una particolarità è rappresentata dal fatto che talvolta la dottrina italiana interpreta il codice penale austriaco in maniera meno severa rispetto alla corrispondente dottrina di lingua tedesca.

#### 2) *Codici ispirati alla tradizione napoleonica*

Fra questi possono essere annoverati:

- Codice delle Due Sicilie (1819)
- Codice parmense (1820)
- Codice sabauda (2 versioni: 1839-1859)

Elementi tratti dall'archetipo napoleonico:

- a) parte generale non particolarmente estesa
- b) tendenza a rifuggire le definizioni legali → stile conciso, precettivo
- c) struttura dell'illecito semplificata

— elementi della colpevolezza (dolo, colpa) } confinati nella parte  
speciale

— cause di giustificazione

- d) tripartizione dei reati
- e) sistema edittale delle pene

Elementi di originalità:

***In positivo***

- a) minore severità dell'impianto sanzionatorio
  - 1) minimi e massimi di pena meno elevati
  - 2) pene non esacerbate (es. niente taglio della mano per i parricidi)
- b) più equilibrata disciplina di talune forme di manifestazione del reato
  - 1) tentativo punito con pena attenuata
  - 2) concorso di persone con distinzione fra agenti principali e complici
  - 3) recidiva disciplinata meno severamente rispetto al codice napoleonico

***In negativo***

Reintroduzione dei reati contro la religione (anche se con pene meno severe rispetto all'antico regime)

\*\*\*

Sempre nell'ambito di questo filone bisogna ricordare il

Codice Estense (modenese) del

1855

Esso presenta alcune *particolarità* rispetto agli altri:

- a) bipartizione dei reati
  - b) solo disciplina dei delitti meno gravi (diritto penale ordinario)
    - delitti di maggiore gravità (d. politici) disciplinati da leggi speciali
    - contravvenzioni disciplinate da un Regolamento di polizia
  - c) disciplina *generale* di
    - dolo e colpa
    - cause di giustificazione
- } contenuta nel c.p. militare del 1853

3) *Codici non riconducibili ai modelli precedenti*

Abbiamo qui due codici

A) Regolamento penale di Gregorio XVI per lo Stato Pontificio (1832)

È un codice eclettico → È stato definito «il brutto anatroccolo della codificazione penale»

Già criticato nell'Ottocento da K. A. Mittermaier e da E. Pessina, non avrà nessuna influenza sui codici successivi.

#### Aspetti negativi del testo

- confusione fra morale e diritto
- non previsione del principio di legalità (ma talvolta pene fisse)
- non suddivisione dei reati in categorie determinate
- abuso della pena di morte, spesso inflitta con esemplarità (per reati contro la religione)

#### B) Codice penale toscano (1853)

Questo codice resta in vigore ancora a lungo dopo l'unificazione politica italiana (perché in omaggio alla *Leopoldina* sopprime la pena di morte [però **solo dal 1859**] ma anche perché tecnicamente molto valido)

Il modello seguito è quello del *Codice penale del Granducato di Baden* (1845), elaborato in particolare sotto l'influsso delle dottrine di K. A. Mittermaier: di questo, il testo toscano rappresenta una versione abbreviata.

Dal modello tedesco vengono tratti alcuni elementi di originalità:

- struttura bipartita dell'illecito —————> delitti/trasgressioni  
(queste ultime disciplinate dal Regolamento di polizia punitiva: 1853)
- originale sistema delle pene che distingue fra sanzioni
  - assolutamente determinate
  - relativamente determinate
 (compromesso fra pene fisse e sistema edittale)
- originale disciplina del concorso di reati  
il *cumulo materiale* delle pene è limitato dalla previsione delle figure
  - del concorso formale
  - del reato continuato
- imputabilità fondata sul concetto di *coscienza* degli atti e *libertà* d'elezione

Rispetto al modello badense vi sono però particolarità che avvicinano il testo toscano alla tradizione napoleonica:

- non vengono definiti dolo e colpa
- non c'è una disciplina generale delle cause di giustificazione

Dopo l'unificazione politica italiana (1861) si pone il problema dell'unificazione giuridica.

Le maggiori difficoltà concernono il **diritto penale sostanziale**.

Agli inizi degli anni '70 il codice penale piemontese (opportunamente modificato) è ormai in vigore in quasi tutta la Penisola, ma resta l'eccezione della Toscana, ove continua ad avere vigenza il codice del 1853 (v. sopra).

Per giungere all'elaborazione di un codice penale unitario sarà necessario un trentennio di elaborazione legislativa (1861-1889)

Fra i progetti che contrassegnano le tappe di questo percorso si possono ricordare:

- Progetto Vigliani (1874): è un nuovo progetto ma prevede ancora la pena di morte
- Progetto Mancini (1876-77) sostituisce l'ergastolo alla pena di morte
- Progetti Zanardelli (1° 1883, 2° 1887) il secondo verrà finalmente promulgato nel 1889.

## IX

### LA SCIENZA PENALISTICA ITALIANA TRA OTTO E NOVECENTO\*

Prima di parlare del codice Zanardelli, bisogna far riferimento al dibattito giuridico che si instaura a partire dagli anni '80 dell'Ottocento, che assume toni molto aspri e che degenera non di rado della rissa intellettuale: è la polemica fra la cosiddetta 'Scuola classica' e la nuova 'Scuola positiva'.

La domanda preliminare è: è esistita veramente una 'Scuola classica', al cui vertice è tradizionalmente collocato Francesco Carrara (senza dubbio la figura scientifica più autorevole)?

La recente storiografia giuridica tende a negare che il gruppo di giuristi attivi a partire dagli anni '60 (e che dagli anni '80 verranno definiti dai positivisti — per diletto, avrebbe detto Luigi Lucchini — membri della Scuola *classica*, o *vecchia scuola*) possa essere raggruppato entro i rigidi confini di una scuola.

Seguiamo quanto ha avuto modo di osservare, al riguardo, Mario Sbriccoli:

«Era ciò che una scienza civilmente matura, ma tecnicamente in formazione, era capace di esprimere in quella fase: una realtà (...) fin troppo articolata in tendenze metafisiche, eclettiche, fidanti nell'origine divina del diritto penale, tardo-utilitaristiche, di liberalismo toscano o di praticismo napoletano, di giusnaturalismo laico o cattolico, di spiritualismo integralista o di garantismo contrattualista» [PC].

Di ciò (dell'eterogeneità delle posizioni scientifiche espresse) questi stessi giuristi — oltre a Carrara, ricordiamo Enrico Pessina, Luigi Lucchini, Emilio Brusa, G. B. Impallomeni — sembrano rendersi perfettamente conto.

Francesco Carrara parla di Scuola italiana, per mettere in luce l'unico tratto comune che corre fra essi: l'essere, appunto, Italiani.

Aristide Gabelli (studente a Padova, non laureatosi ma futuro direttore del *Monitore dei tribunali* e collaboratore della *Rivista Penale*, destinato poi ad un illustre carriera di pedagogo) commenta così l'espressione "vecchia scuola":

---

\* Da qui in avanti si farà frequente menzione di alcuni saggi pubblicati dallo storico del diritto che più a fondo ha analizzato l'evoluzione della scienza penalistica italiana fra Otto e Novecento: Mario Sbriccoli. Si fornisce di seguito l'elenco delle opere dello studioso prematuramente scomparso che sono state qui consultate, al fine di consentire, a chi volesse, di svolgere eventuali approfondimenti.

- *Il diritto penale liberale. La "Rivista Penale" di Luigi Lucchini 1874-1890*, in Quaderni Fiorentini 16 (1987) [DPL]
- *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in AA.VV., *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica* (a cura di A. SCHIAVONE), Roma-Bari 1990 [PC]
- *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia*, Annali, 14, *Legge, Diritto, Giustizia*, a cura di L. VIOLANTE (coll. L. MINERVINI), Torino 1998 [CO]
- *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in Quaderni Fiorentini, 28, II (1999) [MP]

A tali saggi si aggiunga poi, per la ricostruzione delle caratteristiche delle 'Scuole', E. Dezza, *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Milano 1992.

«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».

Tali dottrine penalistiche vengono ad assumere una fisionomia più uniforme solo in reazione alle critiche lanciate dai 'positivisti'.

È proprio a causa delle critiche dei fautori della sociologia e dell'antropologia criminale che i giuristi 'classici' cominciano a compattarsi:

«Diciamo che, agli inizi degli anni Ottanta, quei giuristi, con le loro diverse sensibilità e le loro divaricate metodologie e opzioni scientifiche, si muovevano tuttavia in un'area di principi generali sostanzialmente accettati. Dalla condivisione di un generico progetto strategico erano passati ad un più omogeneo sentire politico. Si potrebbe parlare di una *tendenza liberale realistica* raccolta intorno ad alcuni principi fondamentali. Principi di tipo dottrinario, prima ancora che di ordine tecnico o dogmatico, 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 e quelli di inesorabilità e di certezza. 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 innocenza**». [Sbriccoli, PC]

In particolare, la cosiddetta 'Scuola classica' si contraddistingue sotto il profilo dottrinale — sulla falsariga della classificazione proposta da Ettore Dezza — per

- l'affermazione della rilevanza della libera volontà nella commissione dei reati (la responsabilità penale è fondata sul concetto di *imputabilità*)
- l'attenzione rivolta al reato come *ente giuridico* dotato di precisi elementi strutturali
- la concezione della pena come sanzione retributiva determinata dal rapporto fra il diritto aggredito e il male inflitto al colpevole per ricostituire l'ordine giuridico violato (retribuzione giuridica in funzione garantistica: v. la battaglia dei 'classici' contro pena di morte).

Troviamo qui molte idee beccariane (cioè le migliori idee dell'illuminismo giuridico penale), le quali erano state fatte proprie, in età preunitaria, da quelli che Sbriccoli definisce gli esponenti della cosiddetta "penalistica civile" (civile nel senso positivo di finalizzata a raggiungimento di livelli più elevati di civiltà giuridica).

Più che di Scuola classica, si dovrebbe dunque parlare di giuristi fautori di un *diritto penale liberale* (Sbriccoli — v. sopra — ha parlato di una *tendenza liberale realistica*, a significare che a partire dagli anni '80, all'interno della scienza giuridica liberale, si è verificata una progressiva emarginazione delle componenti meno razionali, meno moderne, meno pronte a cogliere le concrete esigenze del Paese nel momento della formulazione del codice penale): resta inteso che per comodità si può

comunque continuare ad impiegare il termine di 'scuola classica', a patto di tenere ben presente quanto siamo venuti fin qui dicendo.

\*\*\*

La 'Scuola positiva' è invece una vera e propria scuola, uno schieramento scientificamente più compatto che contribuirà a dare un «tono agonistico» alla disputa (Sbriccoli).

Essa germoglia dal *positivismo scientifico* ottocentesco e propugna un ribaltamento delle strutture penali esistenti e uno spostamento del centro di interesse dal *reato* al *delinquente*.

*L'uomo delinquente* è studiato nelle sue componenti fisiche, psichiche, sociali e ambientali.

Tratti caratterizzanti della scuola sono (seguiamo ancora il Dezza):

- la negazione di una responsabilità penale fondata sul concetto di imputabilità, al quale si sostituisce una responsabilità legale e sociale (basata sul concetto di pericolosità sociale) che coinvolge anche gli incapaci di intendere e di volere.
- la commisurazione della pena non alla gravità del reato ma alla pericolosità sociale del delinquente, con conseguente trasformazione della sanzione in una misura di sicurezza
  - di durata indeterminata
  - con finalità curativa, ma ancor di più preventiva e di difesa sociale.

La scuola positiva ha due filoni:

— **antropologico**

studia le anomalie fisiche e psichiche del soggetto, teorizza l'esistenza di una tendenza naturale a delinquere. È rappresentato soprattutto da Cesare Lombroso e conosce un successo assai rapido ma di breve durata.

Per comprendere l'essenza di tale filone, è sufficiente leggere un breve brano della prima opera di successo di Lombroso, *L'uomo delinquente* (1876):

«Improvvisamente, una mattina, in un nuvoloso giorno di dicembre, nel teschio di un brigante trovai una lunga serie di anomalie ataviche (...) analoghe a quelle che si riscontrano negli invertebrati inferiori. Di fronte a queste strane anomalie — come avviene quando una grande pianura è rischiarata da un orizzonte illuminato — mi sono reso conto che il problema della natura e dell'origine dei criminali era per me risolto»

— **sociologico**

si occupa dei condizionamenti ambientali e degli influssi sociali sul delinquente. È rappresentato soprattutto da Enrico Ferri (autore de *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale* (1881), dal 1892 ripubblicato col titolo di *Sociologia criminale*), ed avrà un influsso di più lungo periodo.

Anche lo Sbriccoli individua nella s. pos. gli stessi tratti caratterizzanti:

«a) Il diritto di punire, antico nodo preliminare di ogni discussione sulla natura del diritto penale, cambia di fondamento e va a poggiare sulla necessità della conservazione sociale (...). b) Il delitto viene considerato "fenomeno umano, individuale e sociale: fenomeno naturale". Il suo studio deve partire dallo studio delle società umane. c) Il libero arbitrio viene negato. La fisio-psicologia positiva, si dice, ha tolto ogni fondamento alla fiducia nel libero arbitrio e nella libertà morale. Si tratta di semplici illusioni che vengono dall'osservazione psicologica soggettiva. Del resto, anche se si accettasse un simile criterio di imputabilità individuale, si incontrerebbero insuperabili difficoltà teoriche e pratiche nella sua applicazione ai singoli casi, e si darebbe luogo a molti errori, facendo il gioco dei malfattori, a detrimento e pericolo degli onesti. d) In conseguenza della negazione del libero arbitrio cade la possibilità dell'imputabilità morale del delinquente. e) Il delinquente diventa il protagonista centrale delle scienze penali, che vanno dal diritto, all'antropologia, alla sociologia criminale. f) Il criterio della pena si misura sulla temibilità del delinquente, pertanto g) diviene decisiva la classificazione dei delinquenti. h) La prevenzione assume un ruolo primario e rende necessaria l'introduzione di sostitutivi penali nel campo politico, economico, amministrativo, scientifico, religioso, educativo e familiare (...)» [PC].

Se l'illuminismo aveva introdotto la *politica* all'interno del discorso penalistico, la Scuola positiva vi introduce le *scienze fisiche e umane* (medicina, antropologia, sociologia, criminologia).

Scuola classica e Scuola positiva esprimono, a ben vedere, due visioni inconciliabili del diritto penale.

E finiscono inevitabilmente per confliggere. Eppure, in un primo momento, gli esponenti dei due schieramenti che più si sarebbero dati battaglia, Luigi Lucchini e Enrico Ferri, non sembravano destinati a collocarsi su posizioni così distanti.

Luigi Lucchini (giurista veneto, nato a Piove di Sacco e professore anche a Padova: definito lo Sbriccoli il "gladiatore" della scuola liberale, sarà anche il vero padre del codice penale del 1889) nel 1878 aveva elogiato sulla *Rivista Penale* [RP] — da lui fondata nel 1874 e diretta per oltre 50 anni, vera e propria "rivista-persona" (Sbriccoli), che sarà il punto di riferimento dei giuristi liberali — il libro di Ferri su libero arbitrio e imputabilità uscito in quell'anno. E nel 1881, professore a Siena, aveva condotto i suoi allievi al manicomio di Volterra per condurre un «diligente studio morale e antropologico, biologico e fisico-sociale, indagando (...) la struttura e la fisionomia, il costume ed i precedenti, le tendenze e il pensiero [della] problematica classe dei delinquenti».

Ma fra il 1881 e il 1882 la frattura è inevitabile.

Proprio nel 1882, passato sulla cattedra senese, Ferri pronuncia una prolusione con cui presenta formalmente la nuova scuola positiva e la contrappone alla "scuola classica" (è, questa, la prima apparizione della denominazione).

Ferri spiega le ragioni della genesi della nuova scuola.

Anzitutto, egli dichiara la fine del

«glorioso ciclo scientifico iniziato dal Beccaria»

e terminato dai

«più illustri moderni rappresentanti della *scuola classica italiana*»,

la quale, a suo dire,

«aveva ed ha uno scopo pratico: la diminuzione delle pene e l'abolizione di molte fra di esse (...) ed aveva ed ha un indirizzo teorico: lo studio aprioristico del reato, come ente giuridico astratto».

Poi, a spiegare le *finalità* della nuova scuola:

«[lo] studio del reato, come fenomeno naturale, come azione concreta, di cui bisogna quindi indagare le cause altrettanto naturali»

distinguendo

«le tre categorie dei *fattori* antropologici, dei fattori fisici e dei fattori sociali del reato».

A partire da questi, egli procede ad una *classificazione* dei delinquenti:

«delinquenti *pazzi*; delinquenti *nati*, incorreggibili; delinquenti *per abitudine acquisita*; delinquenti *d'occasione*; delinquenti *per passione*».

Infine, individua l'essenza della risposta al crimine in tale quadripartizione: *prevenzione, riparazione, repressione, eliminazione*.

Non manca, nell'intervento di Ferri, anche una sorta di 'parricidio' nei confronti dello stesso Lombroso:

«prima di tutto bisogna togliere l'idea incompleta, espressa da qualche giurista e dallo stesso Lombroso, che questa nuova scuola altro non sia che un parziale connubio, una simpatica alleanza fra diritto penale ed antropologia criminale: no, essa è qualche cosa di più ed ha un valore scientifico e pratico assai più grande: essa è l'applicazione del metodo sperimentale allo studio dei delitti delle pene, e quindi, come tale, mentre porta nel recinto del tecnicismo giuridico astratto l'alito delle nuove osservazioni fatte non solo dall'antropologia criminale, ma dalla statistica, dalla psicologia, dalla sociologia, rappresenta veramente una nuova fase nell'evoluzione della scienza criminale» (*La Scuola positiva diritto criminale*, Siena 1883).

Dall'altra parte, la dichiarazione di guerra l'aveva pronunciata l'anno precedente (1881) Luigi Lucchini, recensendo negativamente sulla RP l'opera di Ferri *I nuovi orizzonti*.

Quello di Lucchini è un attacco frontale:

«Il giurista ha disertato il campo, e si è dato, armi e bagaglio, [agli] invasori delle scienze sociali»

Lucchini svolge argomentate critiche in merito:

- alla negazione del libero arbitrio (inutile perché la teoria giuridica dell'imputabilità prescinde dal fatto che un atto non sia assolutamente libero dal punto di vista morale)
- alla categorizzazione dei delinquenti (definita bizzarra e arbitraria)
- alle pene eliminative per gli incorreggibili
- soprattutto, alla teoria dei sostitutivi penali

In che cosa consiste quest'ultima? Sentiamo Ferri:

«Il concetto di questi sostitutivi penali si riassume in ciò: che il legislatore, abbracciando l'andamento dell'attività individuale e sociale e scorgendone le origini, le condizioni, gli effetti, venga a conoscere le leggi psicologiche e sociologiche, per le quali rendersi padrone di una gran parte dei fattori criminosi, e specialmente di quelli sociali, per influire così, in modo indiretto, ma più sicuro, sull'andamento della criminalità»

Ferri procede poi a individuare alcuni di questi sostitutivi penali:

«La *libertà di immigrazione*, vera valvola di sicurezza che libera il Paese dagli elementi più torbidi (...); l'*estesa viabilità*, le *ferrovie economiche*, i *tramways*, l'infittirsi delle *borgate* che spengono le associazioni dei malfattori e le bande criminose, prevenendo altresì le grassazioni e i furti violenti; (...) la *distribuzione di legna* durante l'inverno, nelle misere borgate (...) come ostacolo ai furti campestri, assai più efficace dei carabinieri e del carcere. (...) molti furti sarebbero impediti, se tutte le case in città fossero fabbricate in modo che per entrare negli appartamenti si dovesse passare attraverso il *camerino del portinaio* (...). L'abitudine bolognese delle *catene di sicurezza* alle porte è un controstimolo potente alle rapine e ai furti» [*I nuovi orizzonti*].

La risposta di Lucchini è sferzante contro quei sostitutivi che a suo dire non sostituiscono nulla e non hanno niente a che fare col diritto, presentandosi come proposte ridicole per rimuovere le cause di certi delitti: non a caso egli si premura di aggiungere alla lista

«l'abolizione dei re per impedire i regicidi».

Anche lo Sbriccoli ha recentemente affermato che tali rimedi

«non si sa bene si debbono essere considerati ingenui o semplicemente privi di senso»

ed ha ritenuto

«naturale che anche su di essi si misuri lo spessore culturale della nuova tendenza che sta prendendo forma» [PC].

Ma, al di là di queste schermaglie sui singoli provvedimenti preventivi, il dissidio, come afferma lo Sbriccoli, riposa su fondamenti più profondi:

«Esso parte dal fatto che la cosiddetta teoria dei sostitutivi penali si presenta come il presupposto di una intrusione metodologicamente incompatibile con la logica scientifica del diritto penale (...) Lucchini avverte che le singolari idee di Enrico Ferri implicano una visione della società nella quale il momento penale ha un importante spazio di 'governo': la sua preoccupazione, tuttavia, non riguarda questo punto (che in sé condivide), ma i suoi contenuti, e le conseguenze che l'impostazione ferriana finirebbe per avere sull'azione equilibrata dei poteri dello Stato. Dietro le idee del giovane positivista egli intravede troppo potere esecutivo, troppa polizia, e un principio di "statolatria" che lo mette in forte allarme» [PC].

Sono evidenti infatti i fondamenti assolutamente *illiberali* della scuola positiva. Per dirla ancora con lo Sbriccoli, se le idee dei positivisti fossero state accolte, l'Italia sarebbe stata trasformata «in un immenso riformatorio» [CO].

Non ci sono, tuttavia, nella reazione di Lucchini, sono preoccupazioni, per così dire, ideologiche. Come afferma ancora lo Sbriccoli,

«I problemi posti dalle nuove idee, però, non sono soltanto di ordine ideologico, e non si limitano alla sfera della politica legislativa o all'interpretazione da dare alla centralità del diritto penale. Il conflitto riguarda anche in modo di concepire la penalistica civile, e coinvolge in particolare due punti: *a*) la scienza penale deve restare innanzitutto una scienza giuridica e *come tale* integrare in sé il contributo delle altre scienze sociali; *b*) occorre sottoporre al vaglio della ragione penale (ma anche a quello del comune buon senso) i presupposti 'scientifici' delle riforme che si vogliono avviare sulla base delle 'scoperte' o delle metodologie dell'antropologia criminale e della criminologia che a quella si ispira» [PC].

In un saggio intitolato *Sulla scuola positiva del diritto penale in Italia*, pubblicato sulla RP nel 1886, Aristide Gabelli riprende e sviluppa le critiche di Lucchini.

Il suo articolo fa scalpore, tanto da provocare reazioni dei grossi nomi dell'ortodossia positivista (Lombroso, Ferri, Garofalo) che scrivono un intero volume a confutazione delle critiche ricevute.

Gabelli è fortemente e intelligentemente critico nei confronti della scuola positiva, di cui analizza partitamente i capisaldi dottrinali.

Egli, partendo dall'ultima preoccupazione di Lucchini che abbiamo descritto, denuncia

«l'intromissione dell'antropologia, o di una parte di essa, nel diritto penale»;

non però in nome di un irrealistico isolamento della scienza penalistica,

«perché tutte le cognizioni umane si legano fra di loro e non ce n'è una che stia da sola» [*Sulla scuola...*];

semplicemente, perché, come osserva lo Sbriccoli,

«non gli sembra ragionevole orientare la scienza penale su quanto l'antropologia può apportarle in fatto di misure di crani, vicinanza di occhi o sporgenza di orecchie» [PC].

Più nello specifico, Gabelli segnala (e ci limitiamo qui a tre punti):

- la contraddizione che corre fra la pretesa assolutezza 'scientifica' — e quindi *astorica* — delle teorie antropologiche e la dimensione eminentemente *storica* del diritto penale (come afferma lo Sbriccoli, «la contraddizione, cioè, tra una classificazione di tipo naturale del crimine — *valida per sempre*, secondo la sua logica — e ciò che un'epoca considera crimine a differenza di un'altra, precedente o successiva» [PC]);
- l'inattendibilità scientifica di una teoria (quella della *pericolosità sociale*) che dovrebbe, fra le altre cose, avere una valenza preventiva ma che nulla previene:

«Ma che è questa pericolosità, se non quell'intenzione criminosa o quella malvagità che si cerca di riconoscere e di determinare anche adesso? E da che si può dedurla, se non dall'indole del fatto e dalle circostanze che l'accompagnarono? La nuova Scuola ha un bel dire di appoggiarsi alle *condizioni psichiche anormali*. Sono parole. In qual modo pretendono di scoprire queste condizioni psichiche (...)? Forse con l'aiuto dell'antropologia? Ma allora perché aspettare che un uomo commetta un delitto per tutelare contro di lui la società?» [*Sulla scuola...*];

- l'inconsistenza della classificazione dei delinquenti:

«(...) essa non ha alcun fondamento, né può essere in pratica di alcun uso. A provarlo basterebbero le incertezze, le esitanze e le contraddizioni in cui la nuova Scuola è caduta a questo proposito. Le categorie furono due, furono quattro furono cinque, potrebbero diventare tre, come sei e come otto, perché criteri determinanti precisi che servano a distinguere non ve ne sono» [*Sulla scuola...*].

Come già per Lucchini, anche per Gabelli è poi latente un concreto pericolo politico:

«[Le dottrine positivistiche] suppongono un ordinamento sociale così differente da quello d'oggi, implicano una tale ingerenza dello Stato sulla vita privata, da rendere troppo cari i benefici, dato che si conseguissero, della sua tutela» [*Sulla scuola...*].

Il rilievo politico dello scontro appare evidente se si pensa che è in gioco la posta della codificazione.

Afferma a questo proposito lo Sbriccoli:

«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, di 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. Gran parte delle ragioni della rissa, al di là del cattivo carattere di Ferri e Lucchini, sta qui: *un'ansia contro una frustrazione*» [CO].

In effetti, lo scontro degenera non di rado in *bagarre* intellettuale e, va detto, vede uscire pienamente vincente — almeno per quanto concerne la posta della codificazione — la compagine liberale.

## X

**LEGISLAZIONE E DOTTRINA PENALISTICA IN ITALIA DAL CODICE ZANARDELLI ALLA FINE DEL SECOLO XIX**

*a) Il Codice Zanardelli*

Il codice Zanardelli accoglie solamente i principi del diritto penale liberale.

Esso infatti è riconducibile all'opera di giuristi di chiara formazione liberale: Luigi Lucchini e Giovanni Battista Impallomeni.

Basta analizzare i principi generalissimi su cui si fonda:

- legalità
- irretroattività
- presunzione di innocenza

Le sue principali caratteristiche *strutturali* e di *contenuto* sono:

- { — sistema bipartito dei reati (delitti-contravvenzioni), tipico della tradizione di lingua tedesca (v. sopra)
- { — generale abbassamento dei limiti edittali di pena, con l'abolizione
  - { — della pena di morte
  - { — dei lavori forzati

Inoltre, nella parte generale, si trova

- una compiuta teoria dell'*elemento soggettivo* (dolo, colpa)
- una definizione di *imputabilità* basata sul concetto di *coscienza e libertà* degli atti

Art. 46: «Non è punibile colui che, nel momento in cui ha commesso il fatto, era in tale stato di infermità di mente da togliergli la coscienza e la libertà dei propri atti».

- una disciplina compiuta delle *cause di giustificazione*, che pone la premessa della costruzione di una teoria generale dell'antigiuridicità

su questo punto, si notano gli influssi liberali del codice: prevista la figura della reazione legittima agli atti arbitrari del pubblico ufficiale

- una disciplina del *concorso di persone* che distingue le varie figure di compartecipi
- una meno severa disciplina del *concorso di reati*
  - { — concorso formale (assorbimento)
  - { — reato continuato (cumulo giuridico)
- una disciplina in senso oggettivo del *tentativo*
  - { — atti di esecuzione idonei e tipici
  - { — pena sempre attenuata

\*\*\*

b) *Le critiche positivistiche alla codificazione*

L'impostazione del codice — il quale accoglie in pieno l'impostazione degli esponenti del diritto penale liberale e non tiene conto di nessuna delle elaborazioni scientifiche prodotte dalla Scuola positiva — non può che suscitare le reazioni critiche degli esponenti di quest'ultima.

In particolare, ci limitiamo qui a ricordare il saggio di Lombroso intitolato significativamente *Troppo presto* (pubblicato in due edizioni fra il 1888 e il 1889), nel quale il padre dell'antropologia criminale illustra quelli che gli sembrano i principali difetti del nuovo testo codificato.

Vediamo brevemente la descrizione che Sbriccoli fa del contenuto di quest'opera:

«Lombroso si lamentava soprattutto del fatto che il codice veniva varato mentre la 'nuova scuola' alla quale lui aveva dato i natali stava modificando, con la sua attività, gli orientamenti del paese in materia di politiche penali e criminali. Non le si era dato il tempo, scriveva, di affermare le sue nuove idee nel campo della codificazione penale, il che faceva sì che il codice nascesse pieno di numerosi errori. Il primo errore stava per Lombroso nella stessa 'unicità' del codice, poiché — diceva — a causa delle grandi differenze esistenti tra le quattro Italie (del nord, del centro, del sud e insulare) ne sarebbero occorsi quattro, e molto diversi; e poi l'abolizione della pena di morte, la liberazione condizionale, l'eccessiva mitezza delle pene, l'impraticabilità delle pene carcerarie» [DPL].

A quest'elenco possiamo aggiungere, per quanto riguarda la parte generale, le critiche di Lombroso sulla disciplina codicistica del tentativo, la quale non prevede la possibilità di stabilire, sul presupposto della pericolosità sociale del delinquente, il principio dell'equiparazione sanzionatoria al reato consumato; per quanto riguarda la parte speciale, i rilievi del padre dell'antropologia criminale a proposito dell'eccessiva severità nel trattamento punitivo dei reati di infanticidio e di istigazione al suicidio (da notare che, per quest'ultimo reato, le argomentazioni favorevoli ad una depenalizzazione si rifanno al concetto darwinistico di selezione della specie).

\*\*\*

c) *La Legislazione emergenziale*

Ma il codice non esaurisce il panorama penalistico.

Fin dal 1861 — dunque ben prima della codificazione unitaria — vengono emanate leggi speciali e di polizia dai contenuti assai meno garantistici per fronteggiare il fenomeno del brigantaggio e poi, alla fine del secolo, per far fronte ai problemi di ordine pubblico conseguenti alle lotte sociali e sindacali.

Si instaura quindi un *doppio livello di legalità*:

- ordinario (di stampo liberale)
- emergenziale (meno attento alle garanzie individuali)

Questo sarà un carattere che affliggerà il diritto penale italiano anche per gran parte del Novecento.

L'origine di questo stato di cose è così efficacemente descritta dallo Sbriccoli:

«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 la 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 colorare 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 consentirle o addirittura pretenderlo (...).

La **legge Pica**, del 15 agosto 1863, introdusse per la prima volta nel sistema politico italiano alcuni istituti e diversi principi che poi, perpetuatisi con il passaggio alle 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 prometteva una diminuzione 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 gli 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 (...).

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 (...), 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 (...). Entra così nell'ordinamento, frutto quasi una ineluttabile fisiologia, **un duplice livello di legalità**» [CO].

Ma come reagisce la scienza giuridica di fronte a tale stato di cose?

Evidentemente, i più preoccupati della deriva autoritaria conseguente all'instaurazione di questo doppio livello di legalità sarebbero dovuti essere i giuristi appartenenti alla tradizione penalistica liberale; ma, su questo versante, soprattutto negli anni immediatamente successivi all'unificazione politica italiana, come osserva ancora lo Sbriccoli,

«(...) la cultura giuridica italiana venne colta impreparata dalla vicenda legislativa innescata dall'emergenza meridionale (...) 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 Pisaneli) 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 (...). Altri, come Francesco Carrara, erano portatori di un dissenso che non intendevano apertamente manifestare, nella convinzione di non dover intralciare una risposta che andava pur data e nella speranza che i cruciali confini della legalità costituzionale non sarebbero stati varcati» [CO].

Da questo punto di vista, è emblematica la posizione di Francesco Carrara il quale nel 1870 chiude la parte speciale del suo *Programma del corso di diritto criminale* (opera iniziata nel 1860) con un'affermazione, da questo punto di vista, assolutamente significativa:

«Io mi sono sventuratamente convinto che politica e giustizia non nacquero sorelle; e che nel tema dei cosiddetti reati contro la sicurezza dello Stato così interna come esterna, non esiste diritto penale filosofico; laonde come nella pratica applicazione la politica impone sempre il silenzio al criminalista, così nel campo della teoria dimostra la inutilità delle sue speculazioni e lo consiglia a tacere» [*Programma*].

Così Sbriccoli commenta questo passaggio dell'opera carrariana, che a suo avviso esprime non tanto un atteggiamento di rinuncia a parte del giurista toscano, quanto un alto momento di denuncia contro la degenerazione del sistema punitivo:

«Carrara aveva certamente capito che entrare nel merito dei delitti politici, definirli, costruire un sistema nel quale le garanzie e le prerogative del cittadino dovevano essere conciliate con le esigenze e le pratiche di autotutela delle forme politiche, lo avrebbe portato inevitabilmente del mezzo delle contraddizioni dello Stato liberale. Sarebbe venuto allo scoperto il punto di crisi dello Stato di diritto (...). Quel rifiuto (...) esprime un atteggiamento radicale, il solo capace di scindere le responsabilità dei giuristi da quelle del potere politico arbitrario (...). Con il rifiuto si toglie al potere la copertura dei dotti e, soprattutto, lo scudo della scienza, della sua neutralità e della sua capacità di avallare (quasi di 'purificare') le spregiudicate operazioni con le quali, facendo un uso poliziesco del diritto, il potere stesso riesce a mantenersi in sella» [PC].

Allo stesso tempo, con tale scelta,

«non si impedisce che nei codici si continui a disciplinare i delitti politici e che la politica continui ad arbitrare la giustizia, violando, all'occorrenza, i fondamenti della legalità»[PC].

Se infatti il codice Zanardelli, anche nella parte relativa ai delitti politici, riesce a mantenere le equilibrate sembianze di un codice liberale, **nel decennio 1890-1900** (il cosiddetto *decennio di sangue* — in cui, accanto al brigantaggio e ai fenomeni insurrezionali nel Mezzogiorno, emergono le prime rivendicazioni operaie —, il quale culminerà nell'uccisione, a Monza, il 29 luglio 1900, di Umberto I, in risposta alle repressioni milanesi di Bava Beccaris del 1898) la logica del duplice livello di difesa riemerge in maniera drammatica e costringe la scienza giuridica a prendere posizione.

In seno allo schieramento liberale, ancora una volta, non tutti i giuristi prendono posizione contro la legislazione emergenziale che smentisce i principi garantistici fissati nel codice penale.

Ed è significativo il fatto che la difesa dei principi dello Stato liberale di diritto sia nuovamente condotta, principalmente, dalle pagine della RP di Lucchini.

Significativa, al riguardo, la posizione di Emilio Brusa che nel 1894, dalle pagine della Rivista, denuncia l'illegalità costituzionale dello «stato d'assedio fittizio» proclamato in seguito alle insurrezioni in Sicilia e in Lunigiana.

Per Brusa, la proclamazione dello stato d'assedio è consentita dallo Statuto Albertino solo nel caso di invasione straniera (e non nell'ipotesi di insurrezione interna).

Altre questioni di natura tecnica affrontate dal Brusa riguardano:

- il problema della retroattività della giustizia militare;
- la portata e i limiti della legislazione eccezionale;
- i limiti dei poteri delle autorità commissariali;
- la funzione di sorveglianza della Cassazione rispetto alla legislazione speciale.

In relazione a tali punti, la critica del giurista si fa più marcata: Brusa afferma infatti l'esigenza che non venga mai meno il rapporto fra necessità politiche e rispetto dei principi costituzionali.

Sempre nel 1894, anche Giovanni Battista Impallomeni (materiale estensore, con Lucchini, del codice Zanardelli, e in quel periodo professore di diritto penale all'Università di Palermo) interviene sui fatti siciliani, criticando duramente il presidente della Cassazione, Tancredi Canonico — anch'egli, si badi bene, un esponente del diritto penale liberale, a dimostrare la non compattezza del fronte liberale di fronte alla legislazione d'emergenza — per avere avallato i provvedimenti repressivi del governo.

E Lucchini? In un primo momento, molto prudentemente, tace.

Anzi, in una nota redazionale all'articolo di Impallomeni, sembra prendere le distanze dal tono aggressivo usato dal collaboratore (anche se nel merito condivide le critiche contenute nell'articolo: fra parentesi, l'atteggiamento prudente mostrato da Lucchini in questa occasione sarà causa del progressivo allontanamento di Impallomeni dalla RP e del suo progressivo accostarsi alle posizioni del socialismo giuridico).

Dal 1897, però, anche il fondatore e direttore della RP prende decisamente posizione contro le deviazioni illiberali del sistema penale. Basti pensare alla celebre 'apertura' dell'annata 1900, che qui riproduciamo integralmente:

«Le leggi penali sono indissolubilmente legate alle vicende delle pubbliche libertà; e come queste, massime negli ultimi anni, furono bersaglio dei più gravi attentati, così alla loro difesa, sul terreno della discussione scientifica, si trovò senza posa la *Rivista Penale*, ferma nel combattere gli stati d'assedio e le giurisdizioni eccezionali, il domicili coatti e le reazionarie limitazioni dei diritti di

riunione, di associazione e di stampa, gli attacchi mossi alla giuria e le proposte avverse al contraddittorio e alla pubblicità giudiziale, le denigrazioni delle istituzioni parlamentari e le usurpazioni del potere legislativo da parte dell'esecutivo. Né le funzioni di magistrato da me assunte nel frattempo mi fecero smarrire la linea retta del compito scientifico, che a tutti sovrasta e che tutti illumina nel magistero della libera discussione e nel fine supremo della verità, che è comune alla scienza come alla giustizia, alla legge come alla civiltà» [RP, *Ai lettori*, 1900].

Ancora, nel settembre 1900, commemorando nella RP Umberto I, Lucchini denuncia

«un generale e completo disorientamento morale, civile e politico» e un «un lievito di vivo malcontento e di profondo malessere che dominano l'intero paese», che egli definisce «frutto di un improvvido sistema di governo» [RP].

\*\*\*

## XI

### LA PENALISTICA ITALIANA AGLI INIZI DEL XX SECOLO

#### *a) La crisi di inizio secolo*

Agli inizi del Novecento, si assiste ad una crisi della scienza penalistica nazionale. Sul fronte liberale, molti dei grandi maestri attivi nella seconda metà del secolo precedente sono ormai usciti di scena. Quelli che restano — spesso lasciati soli nella battaglia contro la legislazione d'emergenza — devono fare i conti con una società in rapida trasformazione, con il passaggio da un'economia prevalentemente agricola ad un'economia industriale.

Anche la criminalità si commisura ad una società in espansione e mette sempre più in pericolo cittadini e Stato.

Non sempre l'approccio 'classico' al diritto penale riesce a stare al passo coi tempi (e infatti vedremo che taluni esponenti di quella tradizione sentiranno il bisogno di sviluppare un nuovo approccio alla materia penale).

Sembra dunque arrivato il momento della Scuola positiva.

In realtà il lombrosismo sta attraversando a sua volta, in questo periodo, una profonda crisi di prestigio e di credibilità (in Italia e all'estero): si assiste alla 'diserzione' di molti seguaci della scuola e molti elementi dottrinali veicolati dai 'novatori'

- attenzione al delinquente e alla sua pericolosità sociale;
- idea di prevenzione speciale;
- esigenza di limitare il fenomeno della recidiva,

circolano e si impongono nel sistema penale perché (o in quanto) compatibili con la tradizione criminalistica italiana. Afferma lo Sbriccoli:

«Si tratta in buona sostanza di *senso comune* che ha prodotto *da tempo* figure penali, istituti preventivi, pratiche repressive di polizia e percorsi interpretativi di giudici (...). Non passano invece i capisaldi strategici del sistema dottrinale positivista» [CO].

Da questo punto di vista è emblematica la vicenda del Progetto Ferri (1921), il quale si dimostrerà incompatibile con sistema penale italiano (v. oltre).

Nemmeno il positivismo penale riesce dunque a giocare un ruolo determinante in questa fase.

«Solo il suo côté lombrosiano sembra aver lasciato tracce ancora vive nel mondo degli stereotipi: qualcuno pensa ancora 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» [Sbriccoli, CO]

La crisi della scienza penalistica è, in sostanza, determinata da un elemento di debolezza interna e dall'attrattiva da parte di forze esterne:

«La debolezza interna era innegabile e dichiarata più o meno apertamente ogni volta che si rifletteva sullo stato del diritto penale o se ne invocava uno nuovo. 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 (...) la 'forza esterna' è, in concreto, la realtà stessa della cultura giuridica italiana tra Otto e Novecento (...). 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» [Sbriccoli, CO].

È infatti quest'ultimo giurista a dare l'avvio ad un nuovo e rivoluzionario indirizzo penalistico.

#### b) *L'indirizzo tecnico-giuridico*

Il 15 gennaio 1910 Arturo Rocco tiene una prolusione al corso di diritto procedura penale presso l'Università di Sassari, dal titolo *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, nella quale è contenuto questo passaggio programmatico:

«Questo (...) è principalmente, 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» [Rocco, *Il Problema*].

È stato rilevato che questa è la data di nascita dell'indirizzo tecnico-giuridico e, al tempo stesso, la data di morte di una concezione 'integrata' del diritto penale nonché la fine della *centralità* del discorso penalistico, il quale subirà un processo involutivo di tecnicizzazione-sterilizzazione.

Torneremo su questo punto. Ora è tuttavia il caso di analizzare più da vicino il testo di Rocco.

La prima parte della prolusione mette in luce la situazione di crisi in cui la scienza penalistica di inizio Novecento si dibatte:

«Quanto mai singolare e caratteristico è il momento scientifico odierno del diritto penale. È, in vero, nella coscienza di tutti, e fin dei profani agli studi nostri, e non ha mancato di essere da altri, e pur recentemente, avvertito, che la scienza del diritto penale attraversa oggi non soltanto in Italia, ma anche in Francia e perfino in Germania, un periodo di crisi, dal quale, prima o poi, deve, necessariamente, uscir fuori. Questa crisi non (...) è, a dir vero, un fenomeno isolato e sporadico che affligga, del suo male, il solo organismo scientifico del diritto penale, ma si riannoda ad una crisi più vasta e più grave che agita tutto il dominio delle scienze etiche e così non solo delle scienze giuridiche ma altresì delle scienze delle scienze politiche, morali e sociali. Tuttavia io non credo di

andare errato se affermo che, almeno nel più ristretto campo delle scienze giuridiche, poche altre presentano oggidì uno stato di disorganizzazione pari a quello che si riscontra, nell'attuale momento, nella scienza del diritto penale. Questa scienza (...) si è ora ridotta a tale, che, di fronte alle contestazioni, alle incertezze, ai dubbi, di cui è minacciata, di fronte all'ambiente di scetticismo e di diffidenza formatosi a lei d'attorno, vi è luogo veramente a chiedersi daccapo quale sia, nel pensiero e nella vita sociale odierna, il problema della sua esistenza, quale cioè la sua ragion d'essere, la sua missione teorica e la sua pratica funzione e quale il metodo che essa deve seguire nel raggiungimento di tale sua destinazione scientifica e pratica» [*Il problema*].

Rocco tenta altresì di spiegare le ragioni di tale crisi, individuate soprattutto nell'“invasione di campo” da parte delle scienze antropologiche e sociologiche a suo tempo denunciata da Lucchini:

«L'indirizzo positivo moderno ha sortito, bensì, in parte soltanto, del resto, l'effetto, che si proponeva, di purgare il vecchio organismo scientifico del diritto penale dalle incrostazioni metafisiche di cui era ricoperto, ma nella mania distruttrice di cui era invasato, ha distrutto fin anche là dove non doveva distruggere ed ha soprattutto dimenticato lo scopo, che principalmente lo muoveva: il rinnovamento della scienza del diritto criminale mediante l'applicazione del metodo della filosofia sperimentale e positiva e sulla base dei dati offerti dalla scienza antropologica e sociologica, per fermarsi esclusivamente sui mezzi, cioè lo studio dell'antropologia e della sociologia. Così infeudati il diritto e la scienza del diritto penale all'antropologia, anzi, annullatili in nome di una falsa antropologia o, d'altro canto, affogatili nel grande mare della sociologia, la scuola positiva, non ostante alcune sue innegabili benemerienze, ha avuto, in definitiva, il risultato di accumulare intorno a sé un mucchio di rovine giuridiche, senza aver nulla fatto per trarre da esse il nuovo edificio, non dirò legislativo, ma almeno scientifico, del diritto penale che aveva predicato di voler costruire e che tutti aspettavano avesse finito. Così, abbattendo senza riedificare, essa ha finito per limitarsi al compito, che è relativamente il più facile, il compito *critico e negativo* ed è pervenuta, in ultima analisi, ad un diritto penale...senza diritto!» [*Il problema*].

Il rimedio è da Rocco individuato nel modello già proposto da Vittorio Emanuele Orlando per il diritto pubblico:

«Or son vent'anni, nel campo delle discipline di diritto pubblico, si levò autorevole una voce, quella dell'illustre professore Orlando, che predicava il divorzio o, per meglio dire, la separazione di queste scienze dalla sociologia, dalla politica e dalla filosofia avvertendo di essere questa l'unica condizione del progresso di questi rami importantissimi del nostro diritto. Né la voce rimase ascoltata. Tanto potrebbe oggi ripetersi per il diritto penale, e l'ammonimento sarebbe quanto mai utile ed opportuno. Perché, di qualunque disciplina giuridica si tratti, sempre è vero ciò che l'Orlando diceva, cioè, che “il criterio storico, il sociale, il politico, ma sopra tutto il filosofico con le forme più astruse della metafisica più sfrenata, soffocando il criterio giuridico sin quasi ad ucciderlo” e che “dove le nebulosità dell'astrazione filosofica, impediscono la netta percezione dei contorni, ivi, non è più diritto, perché il diritto è la precisione” (...). Così essendo, o noi ci sbagliamo, o non c'è altro rimedio che questo: rimedio semplicissimo, almeno ad enunciarlo: tenersi fermi, religiosamente e scrupolosamente attaccati allo studio del diritto (...) Parlo (...) del diritto positivo vigente, il solo che l'esperienza ci addita e il solo che possa formare *l'oggetto* di una *scienza giuridica*, quale la scienza del diritto penale è, e quale, sbugiardati ormai gli oracoli di una comoda, quanto inesatta, antropologia, essa deve e vuol rimanere» [*Il problema*].

La proposta di Rocco si sostanzia quindi, come mette in evidenza lo Sbriccoli, nella delineazione di una

«*civilistica penale*, dunque, risultato della trasposizione nel campo penalistico dei metodi d'analisi, dei principi regolatori, dei sistemi classificatori, delle categorie esegetiche, della sintassi e della logica proprie, da secoli, del diritto privato» [PC].

Rocco si rende conto dei rischi che si possono correre con una tale impostazione, primo fra tutti quello di una riduzione della scienza giuridica a mero formalismo<sup>1</sup>. Egli tuttavia esclude espressamente che l'adozione del nuovo indirizzo conduca ad una tale conseguenza:

« Ma non è punto il nostro pensiero giungere ad una tal conclusione, né essa è punto una conseguenza necessaria delle nostre affermazioni (...) non si vuole affatto, proclamando tale distinzione, formalizzare lo studio del diritto penale, ridurlo ad una astrazione teorica, isolarlo dalla realtà naturale e sociale da cui germoglia (...). Quando si dice che la scienza giuridica penale studia il delitto e la pena come fenomeni sociali, e l'antropologia criminale studia il delitto come fenomeno naturale, altro non si fa se non stabilire l'*oggetto* e i *limiti* di queste scienze. E per la scienza del diritto penale si afferma che essa ha per compito *lo 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* (...). Questo studio è necessariamente uno *studio tecnico giuridico* (...) ma ciò non vuol dire che il cultore del diritto penale non debba assumere talvolta la veste dell'antropologo, del psicologo e del sociologo (...). **Distinzione non è separazione e tantomeno divorzio scientifico**» [*Il problema*].

Rocco, insomma, non solo non auspica un isolamento della scienza penalistica dalle altre scienze sociali, ma considera tale isolamento un pericolo da evitare. Torneremo nuovamente sul punto, per verificare se tale rischio sia stato effettivamente scongiurato. Per il momento, seguendo passo passo il discorso di Rocco, cerchiamo di capire meglio come il nuovo metodo si articola.

In primo luogo, detto che si articola in **tre diversi tipi** di procedimento:

Se noi guardiamo più da vicino il modo di procedere proprio della conoscenza scientifica del diritto positivo(...), vedremo che i mezzi tecnici di cui questa conoscenza dispone, si riassumono esclusivamente in tre ordini di procedimenti e di ricerche: 1° *una ricerca esegetica*; 2° *una ricerca dogmatica e sistematica*; 3° *una ricerca critica del diritto*» [*Il problema*].

**1)** Il primo momento è dunque quello della **ricerca esegetica**, la quale, — se, contrariamente ad un'opinione che Rocco dichiara diffusa soprattutto nella pratica giudiziaria, può essere condotta in maniera feconda nonostante i limiti derivanti dal

---

<sup>1</sup> «Ma qui vedo già sorgere sull'orizzonte una capitale obiezione: si dice che una tale distinzione della scienza del diritto penale dalle scienze psicologica, antropologica e sociologica, da un lato, dalla filosofia del diritto e dalla politica, dall'altro, non è scientificamente e praticamente possibile. Si dirà che in tal modo, si distrugge il diritto penale come scienza, che se ne fa un vuoto, quanto pericoloso, formalismo; che si riduce la scienza ad un puro esercizio scolastico di astrazioni teoriche; che si bandisce un isolamento cellulare fra le varie scienze criminologiche, quanto mai gravido di nefaste conseguenze pratiche per la società civile» [*Il problema*].

divieto di interpretazione analogica delle norme penali<sup>2</sup> — rappresenta tuttavia la manifestazione più infima (benché necessaria) dell'attività ermeneutica del giurista<sup>3</sup>.

2) Il secondo — e ben più importante — momento è quello rappresentato dalla cosiddetta **ricerca dogmatica**, la quale eleva l'interpretazione penalistica al rango di scienza:

«La ricerca dogmatica è la ricerca — come la parola stessa ci dice — dogmaticamente descrittiva ed espositiva dei principi fondamentali del diritto positivo nella loro logica e sistematica coordinazione: quella che i tedeschi, un po' barbaramente, chiamano la costruzione degli istituti e dei rapporti giuridici e che altri dice la trattazione “*sistematica*” del contenuto del diritto vigente (...). L'esegesi, anche nel suo senso più elevato, non ci dà che la conoscenza *empirica* del diritto: dogmatica giuridica, con la cognizione sistematica delle norme giuridiche, poste in rapporto

---

<sup>2</sup> «Io non starò a ripetere, in che cosa l'esegesi consista, come essa si fermi al mero esame del documento legislativo, e si traduca per mezzo della interpretazione della legge, secondo l'ordine da essa stessa seguito: sono queste nozioni così comuni, che potrebbero apparire volgari. Neppure mi indugero sulla dottrina della interpretazione della legge in genere, e della legge penale in specie, quantunque sia d'opinione che questa dottrina, sin ora principalmente, se non esclusivamente, dai cultori del diritto privato e ai fini del diritto privato elaborata, abbisogni, nella parte che l'interpretazione delle leggi penali riguarda, di una revisione critica fondamentale. Alcune poche osservazioni soltanto io voglio in proposito fare. La prima è intesa a rilevare un mal vezzo anzi un errore, che si è insinuato specialmente nella nostra pratica giudiziaria. Si è creduto che il divieto sancito dall'art.4 delle disposizioni preliminari al codice civile e l'art.1° del codice penale, di estendere le leggi penali oltre i casi in esse espressi, tagliasse addirittura le mani all'interprete che si appresta a cogliere l'intima portata del dettato legislativo penale; e così l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni della legge penale si ridusse spesso ad un automatismo meccanico e gretto consistente nel vedere, col vocabolario alla mano, se le ipotesi letteralmente e strettissimamente previste dal legislatore penale si fossero nel fatto verificate. Gravissimo errore. Il divieto in parola non esclude, anzi include e presuppone dinanzi a sé l'interpretazione *logica*, e non soltanto grammaticale, della norma legislativa, cioè la determinazione del pensiero e della volontà della legge ed anche della sua ragione giustificatrice; né si deve esagerarne la portata prendendo pretesto da locuzioni meno che esatte per dispensarsi dall'applicare la legge a casi che in essa veramente rientrano. Ma vi è di piu'. L'interpretazione di cui parliamo, può essere non soltanto *restrittiva*, bensì anche *estensiva* e *modificativa*: l'aver ritenuto, nelle disposizioni piu' sopra citate, l'assoluta, o anche soltanto parziale, esclusione dell'interpretazione estensiva, e per conseguenza di quella modificativa o correttiva, nel campo del diritto penale, è un altro grave quanto comune errore della nostra dottrina e piu' ancora della nostra pratica giudiziaria. Ciò che nelle materie penali viene interdetto all'interprete non è già l'interpretazione estensiva della norma legislativa, bensì soltanto l'interpretazione analogica e anche questa, come, per non ripetermi, dirò in seguito, entro certi limiti, tutt'altro che irrilevanti. Ora, per notevole che possa essere la somiglianza fra l'una e l'altra forma di interpretazione giuridica, è così profonda ed essenziale la differenza, ed a tutti, senza ch'io voglia ripeterla, così nota, da potersi, io penso, giustamente affermare non esser lecito di confonderle insieme nella comune esclusione dal campo delle norme di diritto penale» [*Il problema*].

<sup>3</sup> «La seconda, e certo non nuova, osservazione mira a mettere in guardia contro l'esagerazione e l'abuso del sistema esegetico. L'esegesi — si sa — non è che la prima forma, la prima manifestazione dello studio scientifico del diritto: necessaria forma, sì, ma anche la piu' bassa. Guai a coloro che subordinano la conoscenza scientifica del diritto al puro, gretto e materiale, commento esegetico della lettera legislativa! Eppure codesto errore è, piu' che non si creda, comune alla massima parte dei penalisti, specialmente appartenenti alla schiera dei pratici, cui il difetto di attitudine speculativa, la mancanza d'abito scientifico, l'inettitudine e l'inabitudine all'astrazione impediscono di andar oltre, più del medesimo e pedestre esame del documento legislativo. Il commento puramente esegetico, delizia di certi scrittori, per lo più da dozzina, preso in sé e per sé, è una forma di prodotto letterario scientificamente inferiore, una specie di degenerazione dell'elemento così detto pratico del diritto: giacché è pur sempre vero, se pure comunemente detto e ripetuto, che nel commento esegetico non si fa già la scienza, ma si introduce, al più, della scienza, e che lo studio esegetico soltanto una parte, e non la piu' nobile ed elevata, della scienza del diritto. Esagerato che sia e condotto all'abuso esso converte la scienza giuridica in un'arida casistica. “L'interpretazione esegetica — nota, fra gli altri, l'Orlando — distrugge lo spirito differenziale delle scienze giuridiche”. Il diritto penale è certamente diverso dal diritto privato e questo dal diritto pubblico, ma il commentare un articolo del codice penale non è qualcosa di diverso che commentare un articolo del codice civile o di commercio» [*Il problema*].

reciproco, in guisa da scoprirne le uniformità, determinarne le cause, i fondamenti, i principi, ci offre invece, la conoscenza *scientifica* del diritto medesimo. In rapporto all'*esegesi*, che è la scienza della legge, essa può dirsi veramente la scienza del diritto! Quando l'interpretazione, non soltanto letterale ma anche logica, ha adempiuto al suo compito, si apre l'adito, *mercé l'analogia e i principii generali del diritto* (art.3 Disp. Prelim. cod. civ.) allo sviluppo dei concetti contenuti nelle norme giuridiche per suo mezzo fissati. Allora, secondo le scultorie parole dello Scialoja, conviene partire dalle disposizioni delle leggi e astraendo risalire da concetto a concetto sempre più generalizzando e dal generale tornando a discendere al particolare si giudicherà per dirla con Aristotele (*Eth, Nic.*, V, 10) «*come lo stesso legislatore avrebbe detto se fosse stato presente*» come avrebbe prescritto se avesse preveduto i fatti e i rapporti che non furono da lui regolati e che si tratta appunto di regolare» [*Il problema*].

L'importanza della ricerca dogmatica si spiega, per Rocco, alla luce dell'esigenza non solo di sviluppare — nel rispetto dei limiti pur sempre imposti al penalista — un sistema di principi e di concetti spesso solo presupposti dal legislatore<sup>4</sup>, ma anche di superare i limiti determinati dal peculiare carattere «ulteriormente sanzionatorio» del diritto penale<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> «Ma sorge grave il dubbio. Una tale costruzione dogmatica dei principi del diritto positivo vigente è veramente possibile e utile nel campo del diritto penale? Non trova essa un ostacolo insormontabile, che le toglie al tempo stesso ogni pratica ragion d'essere, nella norma sancita dall'art.4 delle disposizioni preliminari al codice civile e dall'art. 1 del codice penale, i quali, sotto forma diversa, interdicono al giudice di fondarsi sull'analogia e tanto più sui principi generali del diritto (arti. 3 delle stesse Disposizioni) per applicare la pena? Io penso che no. Ciò che si vieta al giudice è soltanto di elevare a reato un fatto e di applicare al suo autore una pena al di fuori di qualsiasi esplicita previsione legislativa: giacché con ciò usurperebbe una funzione che il legislatore, per un evidente pensiero di equità sociale e di convenienza politica: la tutela della libertà civile, vuole, soltanto a sé riservata. Ma con ciò non è detto che la funzione del giudice penale, come interprete del diritto vigente, abbia sempre a ridursi alla forma di una interpretazione inferiore. Il divieto della analogia e dei principi generali del diritto in materia penale ha un'efficacia assai più limitata di quello che dai più non si creda. Anzitutto esso non vale integralmente per le leggi processuali penali che, mentre non vietano azioni sotto minaccia di pena (art. 1 cod. pen. e 4 Dispos. prelim. cod. civ.) nemmeno, d'altronde, in tutte le loro disposizioni, «restringono il libero esercizio dei diritti dei cittadini» (art. 4 D. Prel. cod. civ.). Ma anche rispetto alle leggi penali propriamente dette esso non esclude punto che il giudice possa ricorrere così all'una che agli altri per decidere tutte quelle questioni di diritto penale, e non son certo poche, che non consistono nel vedere se un fatto rispetto al quale il legislatore omise di pronunciarsi, possa vestire carattere di reato, se una circostanza, che il legislatore non menzionò, possa avere il carattere di circostanza aggravante della pena stabilita per un dato reato.

Dire quali e quante queste questioni siano, non è certo possibile, sebbene facile sia immaginare: ma per limitarsi ad un semplice esempio, chi potrà negare la possibilità di un ricorso all'analogia, non solo, ma anche ai principi del diritto positivo penale in tutte quelle questioni giuridiche che insorgono nell'applicazione di disposizioni le quali, lungi dal portare una pena, hanno l'effetto di escludere, rispetto a taluni casi, l'applicazione della pena, o anche di sostituire pene minori a pene più gravi? O in quelle questioni tendenti a determinare concetti giuridici dal legislatore, nelle sue disposizioni, supposti ma non definiti? (es. cod. pen. art. 9 capov.: «*delitti politici*»; art. 366, n. 2: «*premeditazione*» ecc.). In tutti questi casi, e in genere, in tutti quelli in cui si tratti di interpretare norme giuridiche penali non già penalmente imperative o proibitive, ma o permissive (es. art.49 n. 2, 3 cod. pen.) o negative (es. art.44, 45, 46, 49 n. 1, 53, 85, 86, 91 cod. pen.) o dichiarative (es. art.155, 191, 207, 263, 470 cod. pen.) attingere ai principi generali del diritto, come all'antologia, è dunque lecito al giudice penale: se così non fosse, poiché gli è pur forza risolvere in un senso o nell'altro i problemi insorti dell'applicazione della legge, egli non potrebbe emettere alcuna sentenza. Ciò detto, la possibilità e l'utilità pratica di una costruzione dogmatica e sistematica dei principi del diritto positivo penale, dinanzi messa in dubbio, appare evidente: essa deve fornire preziosi contributi nell'opera quotidiana dell'applicazione giudiziale della legge vigente. Ho detto utilità *pratica*, e non *scientifica*, perché questa è così manifesta che mi parrebbe di perder tempo a metterla in evidenza» [*Il problema*].

<sup>5</sup> «Il diritto penale è un diritto di natura speciale: esso ha particolarità caratteristiche che, mentre da tutti gli altri rami del diritto lo distinguono, ad essi indissolubilmente, specie ai fini scientifici, lo ricollegano. Questa speciale natura del diritto penale si riassume nel dire che esso ha il carattere di un diritto, bensì *autonomo* e *primario*, ma tuttavia integrativo, nei suoi precetti e nelle sue sanzioni, di tutte le altre branche del diritto. È infatti compito particolare di esso la specifica tutela coattiva mediante la minaccia e l'infrazione della pena dei beni e degli interessi umani ai beni

È poi, naturalmente, nella costruzione della cosiddetta *parte generale* del diritto che la dogmatica si rivela strumento imprescindibile:

«Ma anche senza voler andare a rintracciare in altri ordini scientifici, che il nostro non sono, la necessita', l'importanza e la difficoltà di una elaborazione dogmatica del diritto penale questa si rivela già, *prima facie*, in quella parte della nostra scienza che suol chiamarsi “generale”» [*Il problema*].

**3)** Ad evitare il rischio di un isterilimento scientifico del diritto penale, interviene poi il terzo momento ermeneutico, quello che Rocco individua nella cosiddetta **ricerca critica**, la quale consiste essenzialmente nella valutazione, da parte del giurista, della ‘bontà’ e della funzionalità del sistema penale vigente:

«L’esegesi e la dogmatica ci hanno fatto conoscere il sistema del diritto vigente, ci hanno dato il diritto quale è in forza delle leggi che ci regolano; sorge adesso l’esigenza di una ricerca ulteriore, la quale, non paga più della conoscenza del diritto qual è, chiede a sé stessa se e fino a qual punto esso abbia una necessita' e una ragione di essere, e se, eventualmente, non debba ad esso sostituirsi un diritto diverso: e questa è la ricerca che prende il nome di critica e che suole anche dirsi ricerca del *diritto costituendo*» [*Il problema*].

Se, almeno in parte, tale funzione critica è già egregiamente svolta dall’interpretazione dogmatica<sup>6</sup>, essa postula più di frequente l’esigenza che il giurista esca dai confini del diritto positivo per inoltrarsi nell’ambito della politica criminale<sup>7</sup>,

dell’esistenza individuale e sociale la cui offesa (reato) riveli e produca, ad un tempo, un pericolo per la esistenza della società giuridicamente organizzata. Ora questi beni e interessi che il diritto penale tutela, sono spesso (se non sempre) già giuridicamente protetti senza o mediante il riconoscimento della volontà che prosegue e costituiscono, perciò, spesso, beni e interessi giuridici, individuali o collettivi, o anche veri e propri diritti soggettivi, privati o pubblici dei singoli o dello Stato (...). La natura dei reati, che di questi interessi giuridici o di questi diritti sono la violazione non può in tali casi, in nessun modo giuridicamente, che è quanto dire scientificamente, determinarsi, se non quando si sia anteriormente determinata e stabilita la natura di quegli interessi giuridici o di quei diritti: conoscenza, quest’ultima, che implica, dunque, per lo meno nell’ipotesi in questione, la conoscenza, almeno elementare e fondamentale, di tutti gli altri rami del diritto, pubblico e privato(...).Provatevi, infatti, a conoscere scientificamente i così detti «reati contro la proprietà», senza conoscere, almeno nelle sue linee fondamentali, il sistema del nostro diritto privato, civile e commerciale! Provatevi a studiare scientificamente i reati contro la pubblica amministrazione, senza conoscere i principi generali del nostro ordinamento giuridico amministrativo, o i reati contro l’amministrazione della giustizia senza conoscere i tratti caratteristici e fondamentali del nostro diritto processuale e del nostro ordinamento giudiziario, o i reati contro lo Stato o la libertà senza conoscere i capisaldi del nostro ordinamento costituzionale! I risultati cui perverrete saranno così scientificamente nulli da non andare più oltre della semplice riproduzione degli articoli della legge, con la relativa esposizione delle piccole controversie esegetiche che vi sono connesse: risultati indegni del nome della scienza!» [*Il problema*].

<sup>6</sup> «Il primo sistema di critica è quello che limita la sua azione nell’ambito stesso dello studio del diritto positivo vigente: traendo, per virtù di logica deduzione, i teoremi e i corollari del diritto vigente, esso mostra la disparità, le antinomie, le disarmonie esistenti nel seno del diritto qual è, e la sua pratica impossibilità a raggiungere gli scopi, sociali e politici, dal legislatore voluti. È questa forma di critica, (non da tutti per verità conosciuta e da pochissimi praticata) parte viva della elaborazione dogmatica, tanto da potersi dire che in essa rientri, come quella che trae la previsione del diritto futuro, dalle intime latèbre del diritto attuale: è in brevi parole la critica dedotta dai principi stessi e dall’applicazione pratica del diritto positivo vigente, la critica *giuridica*» [*Il problema*].

<sup>7</sup> «Generalmente però, non è in base ai principi ed al sistema del vigente diritto, che una legge può criticarsi, bensì in base a valutazioni di ordine sociale o di ordine politico. Il compito del giudizio, della critica e della riforma, del diritto penale vigente da questi due ultimi aspetti sociale e politico, spetta appunto alla filosofia del diritto penale e alla *politica criminale*, (o meglio a quella parte di essa, che potrebbe dirsi *politica penale*) le quali, ponendosi dal punto di vista del legislatore penale, ci dicono, appunto, in base alle necessità sociali e alle opportunità politiche, quali siano i migliori

ma anche delle altre scienze sociali — ivi comprese quelle coltivate dai ‘novatori’ —, che vengono così da Rocco fatte oggetto di opportuna rivalutazione:

«Lo studio dogmatico e sistematico dei principi generali del diritto nella sua armonica e coordinata unita', e' uno studio per sua natura eminentemente logico e deduttivo, che bisogna pero', appunto perché tale, guardarsi bene dal convertire in uno studio aprioristico, astratto e formale. Ad evitare questo scoglio (...), uopo e' pure che la deduzione logica si reintegri e completi, entro certi limiti, con l'induzione sperimentale, e da essa riceva animo e moto, cosi' da dar vita ad un procedimento scientifico che, obbedendo alla legge della fondamentale unita' dei due metodi, meriti a ragione il nome di *metodo*, veramente e sanamente, *positivo*. Le sorgenti da cui trae alimento l'induzione sperimentale che puo' valere come mezzo ai fini scientifici del diritto penale, si riducono se non andiamo errati, a tre: la *antropologia* (ivi compresa la *psicologia*) e la *sociologia*: la *storia*: il *diritto comparato*: onde tre *forme di induzione*: l'induzione *antropologica*, *psicologica* e *sociologica*, l'induzione *storica*, l'induzione *comparativa*» [Il problema].

Tuttavia — e ci si imbatte qui in una importantissima affermazione di Rocco, che probabilmente costituisce la ragion d'essere di tutto il discorso — l'attività critica incontra un **limite metodologico** invalicabile:

«Di qualunque specie di critica si tratti, attinga essa alla fonte delle esigenze logiche del sistema e delle esigenze pratiche della applicazione del diritto positivo vigente, o a quella delle necessita' sociali, o a quella delle convenienze ed opportunita' politiche, norma indeclinabile al giurista, deve esser questa: **che non si passi nella comoda via della critica, se non attraverso il ponte scabroso e difficile della ricerca esegetica e, sopra tutto, della ricerca dogmatica e sistematica**. L'indagine esegetica e dogmatica, insieme unite, reciprocamente contemperate, armonicamente condotte, debbono darci, o ci danno, quello che il diritto positivo e', in sé o nei principii che lo ispirano: correre alla critica non e' lecito, se prima queste indagini non siano completamente e coscienziosamente esaurite, giacche' non e' possibile criticare cio' che, scientificamente almeno, non si conosce ancora» [Il problema].

Rocco evidenzia in tal modo — come già, del resto, Lucchini un trentennio prima (v. sopra) — l'esigenza di assicurare l'*autonomia* della scienza penalistica. Ma non solo: egli mette in luce anche la necessità di vagliare concretamente i risultati raggiunti nell'ambito delle scienze positive, per trarre da esse ciò che risulta effettivamente utilizzabile:

«Certo, negli studi antropologici, psicologici e sociologici criminali sono assai pochi i risultati sicuri; spesso, troppo spesso per nostra sventura, in nome della scienza sperimentale, si emisero teoriche fantastiche e lungi da ogni fondamento reale: ma ripudiando appunto tutto cio' che vi e' in essi di esagerato e di falso, negando, anzi, rigorosamente quartiere a tutto cio' che veramente non risulti dimostrato dal controllo positivo dei fatti, e' necessario accogliere nel seno della scienza giuridica, come necessarie *premesse* della scienza medesima, quelle pratiche verita' sia pur numericamente limitate, che la osservazione o l'esperimento ci avranno indubitatamente come tali indicate» [Il problema].

---

mezzi repressivi di lotta contro la criminalità (scienza del diritto penale *de lege ferenda* scienza o arte della legislazione penale)» [Il problema].

c) *Involuzioni formalistiche del tecnicismo giuridico.*

Come è stato acutamente osservato, la lezione tecnico-giuridica è destinata a svolgere un ruolo decisivo nelle vicende della scienza penalistica italiana di buona parte del XX secolo. Pur in gradi, tempi e stili diversi, essa viene tramandata, oltre che da Rocco, da Vincenzo Manzini e da Edoardo Massari (che avranno un ruolo non secondario nell'elaborazione del codice del 1930), nonché da una schiera di giovani giuristi — si possono qui ricordare i nomi di Biagio Petrocelli, Francesco Antolisei, Giacomo Delitala — i quali avranno poi il compito di 'traghettare' il diritto penale dal fascismo all'ordinamento repubblicano.

Già nei tempi immediatamente successivi alla sua affermazione, tuttavia, il metodo tecnico-giuridico — soprattutto da quando della sua 'gestione' si incarica Vincenzo Manzini — è destinato a subire un *processo di trasformazione/involuzione*:

«L'esercizio della "sapienza dogmatica, della capacità sistematica e del rigore costruttivo" (uso le parole di Giovanni Conso) non furono certo un male in sé. Il problema stava, semmai, in uno dei complementi (subito? scontato? voluto?) di quell'esercizio: l'avulsione del diritto penale dal contesto degli altri saperi politici e l'allontanamento dei penalisti dal ruolo, che era stato storicamente il loro, della testimonianza politica e civile in favore delle garanzie e delle libertà» [Sbriccoli, PC].

Questa rinuncia al ruolo *civile* della scienza giuridica — dovuta soprattutto al venir meno del momento "critico" dell'interpretazione — è appunto la caratteristica della gestione manziniana del metodo, più chiaramente *formalistica e isolazionistica* rispetto alla prospettiva originaria di Rocco.

Il metodo, per dirla ancora con lo Sbriccoli, per via di questa dichiarata apoliticità avrebbe manifestato ben presto la sua *vocazione poligamica*, la sua capacità di

«sposarsi o convivere con qualsiasi regime politico e qualsiasi sistema legislativo» [PC].

Le conseguenze politiche più evidenti di tale trasformazione metodologica si constateranno soprattutto dopo l'avvento del regime fascista. Quello dei rapporti tra indirizzo tecnico-giuridico, fascismo e codificazione penale del 1930 è un tema su cui torneremo fra breve.

Per ora ci si può limitare a segnalare le due più immediate ricadute della diffusione del metodo tecnico-giuridico nella sua nuova configurazione formalistica:

— **in negativo**, si segnala un complessivo *impoverimento culturale* del penalista, che si protrarrà ben oltre il secondo dopoguerra;

— **in positivo**, vengono meno gli eccessi di talune teorie della Scuola positiva e termina l'ormai annoso conflitto fra 'classici' e 'novatori'.