

Bisogna dire però che la Scuola positiva, nei primi decenni del secolo XX, non ha ancora del tutto rinunciato ad esercitare la propria influenza sulla scienza giuridica e sulla legislazione italiana.

Da questo punto di vista, è significativa l'ultima esperienza normativa dell'età liberale.

d) Il progetto Ferri (1921)

È proprio nel delicatissimo periodo storico che intercorre fra la fine della prima guerra mondiale e l'avvento del fascismo che per la Scuola positiva sembra prender corpo la tanto agognata occasione di incidere concretamente sulla legislazione penale.

Nel 1919, il ministro della giustizia Ludovico Mortara istituisce infatti una commissione incaricata della riforma del codice penale, alla cui guida vengono insediati Ferri e Garofalo, ossia due tra i più rigorosi custodi dell'ortodossia positivista.

Nel 1921, viene completato il cosiddetto progetto Ferri, in cui tutti i principali assunti della Scuola positiva sono consacrati entro un testo di legge. Secondo lo Sbriccoli,

«(...) bisogna ammettere che, tradotte in norme di legge e viste come articoli di un codice, le proposizioni scientifiche che nei libri si leggono con relativa tranquillità, finiscono per dare un'impressione tutt'affatto differente. Un conto è discutere sull'esistenza del libero arbitrio, un conto è sancire per legge la responsabilità legale o sociale di tutti i soggetti per i fatti da loro commessi che risultino conformi al modello legale di un reato. Non c'è più distinzione fra imputabili e non imputabili, e tutto si riduce a calcolare la pericolosità del soggetto desumendola dagli indizi offerti dal suo comportamento oggettivo. Le pene sono a tempo indeterminato: il giudice le irrognerà per il tempo che serve, poi si vedrà se il 'quanto serve' è anche 'quanto basta'. Il trattamento penale può essere individualizzato. Sempre per difendersi dalla pericolosità dei delinquenti, nel tentativo "veniva abolita la distinzione tra delitto tentato delitto mancato e si ammetteva la possibilità di applicare la stessa pena che per il delitto consumato". Nel concorso di persone nel reato "veniva parificata la responsabilità di tutti i compartecipi materiali o morali a quella degli autori principali" [cit. da G. Vassalli]. Le antiche discussioni sulla *adequazione delle pene*, svolta a beneficio della civiltà e per combattere i principi tirannici che ispiravano leggi e prassi degli antichi regimi, si sarebbero dovute ricominciare da capo» [PC].

Anche il destino di tale progetto, tuttavia, è segnato dalle contingenze storiche: nell'infuocata temperie degli ultimi anni dell'età liberale, esso non verrà neppure sottoposto a discussione parlamentare. Ancora una volta, il contributo dei 'novatori' risulta intempestivo.

Osserva a tale riguardo lo Sbriccoli:

«Nel trentennale del codice Zanardelli, arrivato *troppo presto*, i superstiti della scuola non si rendevano conto di essere arrivati *troppo tardi*» [PC].

XII IL CODICE PENALE DEL 1930

Con l'avvento al potere del fascismo (1922) si assiste ad una trasformazione in senso decisamente autoritario dei rapporti fra Stato e cittadino.

Nel quinquennio 1922-1926, che possiamo considerare come la fase 'costituente' dell'autoritarismo fascista, prendono gradualmente corpo i caratteri di una nuova legislazione penale.

Essi si fondano su quattro presupposti essenziali, individuati dallo Sbriccoli [MP]:

I) interrompere la tradizione dottrinale e legislativa del diritto penale liberale valorizzando gli elementi in contrasto con essa (ad esempio, il *doppio livello di legalità* che aveva caratterizzato peraltro tutta l'esperienza penalistica del Regno d'Italia: v. sopra);

II) strumentalizzare il penale (codici, leggi, apparati), considerato ora come un'arma al servizio dello Stato: questo avviene sfruttando sapientemente, da un lato, la componente più marcatamente statualistica e autoritaria del positivismo penale (quella, per intenderci, che aveva dato origine al progetto Ferri) e, d'altro canto, l'involuzione formalistica del tecnicismo giuridico;

III) associare, in una logica 'bellicistica', il criminale al nemico e il nemico (avversario politico) al criminale: questo punto trascende il piano penalistico e deriva direttamente dalla concezione fascista della convivenza e dello Stato;

IV) considerare lo Stato come dispositivo inderogabile per la realizzazione pratica del programma politico del fascismo: a questo livello si esprime soprattutto vocazione totalitaria del regime (spesso però più proclamata che attuata: il fascismo si caratterizza infatti più come regime personale, autoritario, che totalitario).

A segnalare la volontà di introdurre un elemento di *discontinuità* e di *rottura* rispetto alla tradizione penalistica liberale, si possono individuare, in tale quinquennio, significativi interventi legislativi che operano ad un duplice livello:

1) *A livello di leggi speciali*

Negli anni 1925-1926 vengono promulgate le cosiddette "leggi fascistissime", le quali si possono suddividere in

- "Leggi di riforma costituzionale" (che attribuiscono poteri legislativi all'esecutivo e che fissano attribuzioni e prerogative del capo del governo)
- "Leggi di difesa" (le quali, fra l'altro, sopprimono la libertà di stampa e i partiti politici diversi dal partito fascista)

Nell'ambito di queste ultime, è da ricordare soprattutto la famigerata legge n. 2008/1926, intitolata *Provvedimenti per la difesa dello Stato*, la quale è promulgata dopo un attentato alla vita di Mussolini.

— Tale legge è concepita soprattutto per colpire con la sanzione capitale «Chiunque commette un *fatto diretto* contro la vita, l'integrità o la libertà personale del Re o del Reggente (...) della Regina, del Principe ereditario o del Capo del Governo» (art. 1).

A proposito di tale disposizione bisogna osservare:

- viene istituita una *diarchia* Governo/Monarchia, con l'elevazione di Mussolini a livello del sovrano;
- l'attentato politico diviene penalmente rilevante quasi a livello di *nuda cogitatio*;
- si assiste — ed è questo il dato più significativo — alla reintroduzione della *pena di morte* (soppressa di fatto dal 1876 e di diritto dal 1889: ma vanno ricordate le leggi eccezionali del Regno d'Italia contro le insurrezioni); a rimarcare il carattere 'bellicistico' di tali disposizioni, basti pensare a come Silvio Longhi — penalista militante che concluderà il suo *cursus honorum* giudiziario come Procuratore generale della Cassazione — commenta la reintroduzione della pena capitale:

«Cade il condannato quasi come in una battaglia: la battaglia della vita, comunque vissuta e combattuta»;

- viene reintrodotta la morte civile, nelle forme della confisca generale dei beni e della perdita della cittadinanza.

— La legge 2008 influisce poi anche su talune disposizioni del codice Zanardelli, modificandone la penalità: il reato di *rivelazione di segreti ad uno Stato estero*, ad es., che nel codice del 1889 (artt. 107-108) prevedeva, sia per l'autore della rivelazione sia per il destinatario, a seconda che si versasse in tempo di pace o in tempo di guerra, una pena oscillante, nel massimo, fra 5 e 15 anni, è qui sempre punita con la *pena di morte*. Osserva a tale proposito lo Sbriccoli:

«I crimini sono certo importanti e gravi, ma lo sbalorditivo salto di penalità dà la misura della drammatica frattura che il fascismo portava nel sistema penale (che complessivamente già tenero non era) allo scopo di terrorizzare gli avversari, schiacciarli, e mantenere così il suo potere» [MP].

Un ulteriore provvedimento di estrema rilevanza nell'ambito delle 'leggi fascistissime' è quello che istituisce il Tribunale speciale per la difesa dello Stato.

Tale organo, temporaneo ma indefinitamente prorogato, è composto esclusivamente da membri e funzionari del PNF [Partito Nazionale Fascista] ed ha il compito di provvedere alla punizione dei reati politici.

La sua creazione è comunque una spia della volontà di *non* coinvolgere la magistratura ordinaria nella repressione degli oppositori.

Questo è un aspetto fondamentale del diritto penale fascista: è un dato di fatto che il regime, in perfetta continuità con le scelte normative dell'età liberale, decida di non far venir meno — ne abbiamo già parlato — il *doppio livello* di legalità che caratterizzava la fase politica precedente il suo avvento. Il fascismo dunque *separa e non fonde*, anche se non pochi elementi autoritari della propria politica penale saranno trasfusi nel codice penale: si può dunque parlare della presenza di un elemento di *continuità nella discontinuità*.

2) A livello di legislazione ordinaria

Dal 1925 il governo ottiene la delega per la riforma dei codici penale e di procedura penale.

Il nuovo codice penale (promulgato nel 1930 sotto la supervisione del ministro Alfredo Rocco, e di cui sono artefici, fra gli altri, Arturo Rocco e Vincenzo Manzini) è declinato in senso decisamente più autoritario del precedente, anche se sono accolti in esso alcuni principi ed alcune tendenze che erano stati il caposaldo della dottrina della legislazione liberale:

- il principio di legalità
- i principi di imputabilità e di colpevolezza
- l'ispirazione ad un diritto penale 'del fatto'

Va detto che tali principi verranno smentiti non infrequentemente nella parte speciale del codice. Il loro mantenimento all'interno del testo pone tuttavia il grosso problema storiografico della valutazione dell'influsso della dottrina penalistica italiana (e in particolare dell'indirizzo tecnico-giuridico) rispetto alle scelte normative del fascismo.

A tale proposito sono state elaborate due diverse (anche se non del tutto inconciliabili) ricostruzioni.

A) La prima teoria (che Sbriccoli chiama *teoria del freno*) afferma che, di fronte alla volontà del fascismo di modificare in radice il sistema penale (ma anche di fronte alla sua incapacità di sviluppare una *propria* dottrina punitiva), il tecnicismo giuridico ha svolto un ruolo provvidenziale nell'evitare che il regime desse libero corso a tutte le sue propensioni autoritarie.

Infatti, accanto ai fautori dell'indirizzo tecnico-giuridico — che, detto fra parentesi, non si rivelano tutti politicamente neutrali (v. oltre) — non bisogna dimenticare la presenza di altri penalisti che sono stati definiti

«principalmente (o esclusivamente) militanti, vere e proprie mandrie di Augia: gli apologeti, i declamatori delle eccelse missioni, i laudatori dei grandi lavacri e dei sommi artefici» [Sbriccoli, MP].

Fra di loro possiamo ricordare, ad esempio, Giuseppe Maggiore, che nel suo saggio *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario* (1939) propone addirittura — sulla scia di alcune suggestioni provenienti dalla Germania nazista — di sostituire il principio liberale *nullum crimen, nulla poena sine lege* con l'assai meno garantistico principio *nullum crimen sine poena*, secondo il quale al

giudice sarebbe consentita l'estensione analogica delle norme incriminatrici del codice alla luce dell'esigenza di reprimere fenomeni non contemplati espressamente dalla legislazione penale ma indicati come criminali dalla volontà del Duce [della difesa del principio di legalità si occuperà, in quegli anni, Biagio Petrocelli, con argomentazioni che peraltro tendono al recupero della dimensione statualistica del principio stesso].

Senza il rifiuto opposto dai penalisti italiani (tecnicisti) all'affermazione di questa e di analoghe teorie, si sarebbe in effetti rischiato ben altro, come è stato rilevato, del diritto penale del fascismo.

La teoria del freno segnala quindi il *ruolo senz'altro positivo* dell'indirizzo tecnico-giuridico nella preservazione di alcuni elementari principi di garanzia dell'ordinamento penale, difesi soprattutto a partire da considerazioni di ordine tecnico: in altri termini, insomma, il tecnicismo formalistico dell'indirizzo inaugurato da Rocco avrebbe permesso a taluni giuristi 'antifascisti' di evitare alcune evidenti degenerazioni del sistema punitivo senza costringerli a scoprire 'politicamente' le carte.

A dispetto del mantenimento di tali principi, non c'è dubbio che taluni istituti vengano regolati, nel codice Rocco, in modo differente rispetto a quanto avveniva nel codice Zanardelli

La *parte generale* registra infatti una sostanziale svolta regressiva nella regolamentazione di alcuni istituti:

1. nel sistema delle pene è reintrodotta la *pena di morte*: si badi bene, non solo per i reati politici (le fattispecie della l. 2008 vengono tra l'altro 'istituzionalizzate' nel codice), ma *anche per alcuni gravi reati comuni*; la *rottura* rispetto al c.p. del 1889 non potrebbe essere più evidente
2. nel *concorso di persone* si tende a differenziare meno le figure dei compartecipi (l'art. 116 prefigura addirittura, almeno in origine, un'ipotesi di responsabilità oggettiva)
3. il *concorso di reati* viene regolato secondo il principio del cumulo *materiale* delle pene (riformato poi nel 1974), con la sola eccezione della figura del reato continuato
4. nel *tentativo* è arretrata la soglia di punibilità all'atto univoco (possibile repressione anche di comportamenti meramente preparatori) pur mantenendo il principio dell'attenuazione di pena
5. vengono introdotte nuove *cause di giustificazione*:

{	— la legittima difesa a viene estesa anche a tutela dei diritti patrimoniali
	— viene prevista la figura dell'uso legittimo delle armi da parte del pubblico ufficiale
6. è stabilita la comunicazione *oggettiva* delle *circostanze aggravanti* del reato

B) La *torsione* autoritaria di tali istituti di parte generale ci offre la possibilità di parlare della seconda ricostruzione storiografica dei rapporti fra tecnicismo giuridico e legislazione fascista: la cosiddetta *teoria del metodo*.

Tale teoria mette in luce il ruolo più ambiguo giocato dall'indirizzo tecnico-giuridico, soprattutto per causa della funzione 'sterilizzatrice' che esso ha svolto.

Il punto di partenza di tale ricostruzione è il seguente: il metodo tecnico-giuridico, come è stato autorevolmente osservato,

«ha prodotto esiti diversi a seconda delle situazioni, delle fasi storiche, degli oggetti a cui si applicò, dei livelli di sviluppo e progressione della scienza penale, dei contesti politici con i quali interagì» [Sbriccoli, MP].

Bisogna allora distinguere almeno tre fasi storiche nelle quali esso ha operato: una fase *pre-fascista*, una fase *fascista*, una fase *post-fascista*.

I) Nella fase *pre-fascista*, è indubbio il contributo che l'indirizzo diede all'opera di risanamento della scienza penalistica, alla quale riuscì a restituire l'autonomia che da più parti (specie dalla Scuola positiva) le era negata.

Anche lo Sbriccoli ha rilevato il ruolo liberatorio che tale indirizzo ebbe sul diritto penale,

«liberandolo dagli impresentabili orpelli pseudoculturali che lo appesantivano e sfiguravano, rappresentati prima di tutto dalle nefaste semplificazioni positiviste, tutte orientate verso un penale e illiberale ed autoritario, preventivo ed eliminativo, tanto più pericoloso in quanto sicuro di una vocazione progressista e di essere il protagonista dell'avvenire. E penso anche che sia stata un'operazione inconsapevolmente provvidenziale, una sorta di astuzia della storia, perché senza quel risanamento, il fascismo avrebbe avuto sotto mano un diritto penale guastato da sincretismi e ricomposizioni tra 'scuole' ormai obsolete, sfigurato da cattivi sociologismi e peggiori antropologismi, tecnicamente sfiancato e gestito da mediocri giuristi. L'avrebbe trovato congeniale e avrebbe fatto un uso disastroso» [MP].

II) Nella fase *fascista*, il quadro si presenta più articolato.

Si può dire che:

1. il metodo rimase *dominante*, «se non altro perché sembrava particolarmente adatto alla 'manutenzione' tecnica di un sistema penale a forte caratterizzazione ideologica come quello del fascismo» [Sbriccoli, MP];
2. tecnicamente, esso mantenne una *funzione propulsiva* per la scienza penale: specialmente i giuristi più giovani determinarono «uno straordinario affinamento delle categorie penalistiche e dei mezzi dogmatici per dominarle e perfezionarle, che essi trasmisero ai loro allievi e che divenne prezioso patrimonio della scienza penale [del dopoguerra]» [MP];
3. esso svolse senza dubbio anche una funzione di *freno positivo* contro il rischio di talune degenerazioni del sistema penale di cui abbiamo già parlato (a proposito della *teoria del freno*);

tuttavia

4. ***nella migliore delle ipotesi***, l'indirizzo tecnico giuridico finì con il *deresponsabilizzare* il giurista, «vietandogli il giudizio politico, la valutazione nel merito, la considerazione delle strategie punitive o la critica delle politiche penali e criminali che la legge perseguiva (...). Quel metodo poteva offrire all'occorrenza difesa e riparo, prestarsi ad aggiramenti del

merito politico delle questioni, o fornire occasioni di nicodemismo. Consentiva, di regola, la costruzione di una sorta di *enclave* tematica e mentale nella quale il giurista si relegava, ponendosi in una condizione che gli permetteva di aggirare i nodi politici delle questioni semplicemente lasciandoli fuori dal suo ragionamento, perché fuori dovevano stare, secondo quanto dettava il metodo. Ma consentiva anche di pensare che questo e non altro fosse il compito del giurista: la questione delle sue responsabilità restava inaffrontata e irrisolta» [Sbriccoli, MP]. Non è allora un caso che molti giuristi in epoca fascista si siano trovati impegnati in grandi costruzioni astratte (privilegiati erano i grandi temi di parte generale), ma che nessuno di essi abbia affrontato *ex professo*, ad esempio, il contenuto delle leggi speciali cui abbiamo fatto cenno. Il metodo consentiva ai penalisti, per parafrasare il titolo di un fortunato saggio di Sbriccoli, di *volgere gli occhi al cielo* per non guardare ciò che stava accadendo al sistema penale;

5. *nella peggiore delle ipotesi*, e sempre per parafrasare il saggio testè citato, il metodo tecnico-giuridico consentì ai giuristi di *mettere le mani della pasta*, e di avviare una collaborazione col fascismo che non fu solo tecnica. Rocco (che non era più quello del 1910), Manzini, Massari, per tacere di altri, furono tutti giuristi militanti, niente affatto apolitici e neutrali. Si deve in gran parte a loro l'involuzione autoritaria di taluni istituti codicistici (come quelli di parte generale che abbiamo descritto). E attenzione: loro responsabilità è consistita appunto nell'aver operato questa trasformazione bensì per motivi politici, *ma nascondendosi dietro il velo delle esigenze tecniche*. È, questa, l'altra, meno luminosa faccia dell'indirizzo tecnico-giuridico, la conseguenza negativa della sterilizzazione politica che esso aveva subito. Naturalmente, com'è stato osservato, la responsabilità di tali fenomeni involutivi resta personale e ideologica, e non metodologica: il metodo tecnico-giuridico può avere assecondato i disegni autoritari del regime ma non li ha prodotti.

III) Nella fase *post-fascista*, il permanere di un indirizzo che postulava la neutralità tecnica dei giuristi — anche quelli impegnati nella codificazione del 1930 — ha tuttavia, in qualche modo, impedito una seria discussione critica sul codice Rocco e sulla sua caratterizzazione politico-ideologica. Ma su questo v. oltre.

Tornando ai contenuti del codice Rocco, bisogna ancora segnalare che il sistema sanzionatorio è basato su un 'doppio binario' che prevede

- $$\left\{ \begin{array}{l} \text{— pene (stabilite entro limiti edittali)} \\ \text{— misure di sicurezza} \end{array} \right. \left\{ \begin{array}{l} \text{— in alternativa alle pene} \\ \text{— in aggiunta ad esse} \\ \text{— di durata indeterminata nel massimo} \end{array} \right.$$

La previsione di misure di sicurezza, salutata da Alfredo Rocco come un «ammodernamento del sistema penale» pone l'ulteriore problema storiografico circa l'influsso della Scuola positiva sulla codificazione del 1930 (va ricordato che Enrico Ferri — che, convertitosi al fascismo, vive qui la sua ultima stagione scientifica — è fra i legislatori e non manca di segnalare, ove possibile, la corrispondenza fra le

soluzioni adottate nel codice e le teorizzazioni della scuola di cui egli era stato uno dei fondatori).

Secondo un'autorevole opinione, la Scuola positiva non ha avuto che una generica influenza sulla codificazione, poiché:

- le convinzioni dei positivisti, al momento della redazione del codice, erano ormai svalutate da anni, e gli sforzi ferriani di ricondurre ad esse le soluzioni normative in discussione erano in realtà solo un patetico tentativo di riaccreditarsi scientificamente presso il legislatore;
- l'esigenza di forme di difesa sociale e di neutralizzazione in senso lato delle forme di devianza (vagabondaggio, mendicizia ecc.) che si accompagnassero o si sostituissero alla pena era d'altra parte già stata pienamente soddisfatta dalla legislazione emergenziale dell'ultima parte dell'Ottocento.

Bisogna tuttavia riconoscere che la teorizzazione delle "misure di sicurezza" difficilmente non può essere ascritta alla Scuola positiva; la quale, peraltro, non avrebbe limitato a ciò il suo influsso sul codice (si pensi per esempio alla disciplina della figura del *delinquente per tendenza*, la quale, se aveva ormai ben pochi legami con l'"Uomo delinquente" lombrosiano, di molto era debitrice delle teorizzazioni del cosiddetto "positivismo aggiornato" di Adolfo Zerboglio).

In attesa di ulteriori ricerche al riguardo, va detto che questo deve essere considerato un problema storiografico ancora parzialmente aperto.

La parte speciale (che vede confermata la ormai tradizionale bipartizione dei reati in delitti e contravvenzioni) si distingue per

- un generale e deciso inasprimento delle sanzioni per le diverse fattispecie di reato
- un forte rilievo riservato al reato politico (la concezione *etica* dello Stato fascista colloca queste trasgressioni ad un più elevato livello di immoralità: si noti che i contenuti della legge n. 2008 sono stati interamente riversati nel codice ed ulteriormente arricchiti di nuove fattispecie incriminatrici).

Dopo la seconda guerra mondiale, si è posto il problema della sorte del codice Rocco.

Una prima ipotesi prevedeva la sua abrogazione e la reintroduzione del codice Zanardelli. Successivamente è prevalsa la tesi della neutralità del testo del 1930 e si è ritenuto più opportuno mantenerlo in vigore.

La perfezione tecnica del codice è stata vista come il risultato di una lunga elaborazione scientifica che ha preceduto storicamente il fascismo (l'indirizzo tecnico-giuridico avrebbe preservato il codice dalle contaminazioni del regime).

È significativa, in tal senso, l'opinione di uno dei più grandi penalisti del Novecento, Pietro Nuvolone, il quale individua peraltro lucidamente i tratti di discontinuità del codice Rocco rispetto alla codificazione del 1889, segnalando

«Alcuni istituti estremamente indicativi: la codificazione della pena di morte per reati comuni e per reati politici; la disciplina dell'ubriachezza, sottratta alle norme generali in tema di imputabilità; il notevole posto fatto alla responsabilità oggettiva; la regolamentazione delle circostanze e relativi automatismi; le norme sul concorso di persone, tendenti a parificare la posizione di tutti i compartecipi del reato; l'adozione del cumulo materiale come regola generale in tema di concorso di reati; la recidiva obbligatoria; i limiti abbastanza ristretti della sospensione condizionale della pena».

Ebbene, nella stessa occasione, Nuvolone rileva tuttavia che:

- legalità, colpevolezza, imputabilità sono indubbiamente principi di garanzia contenuti nel codice
- il sistema del 'doppio binario' sanzionatorio è stato fatto proprio anche da altre legislazioni di stampo liberale
- l'intimidazione non è una logica dettata da una concezione fascista del diritto di punire ma è vecchia come il diritto penale stesso,

lumeggiando in tal modo l'idea dell'assenza di una precisa caratterizzazione politico-ideologica del codice, i cui contenuti sarebbero stati largamente determinati da scelte di natura esclusivamente tecnica [è, questo, un esempio della funzione di freno negativo svolta dal permanere dell'indirizzo tecnico-giuridico nel dopoguerra].

Non c'è dubbio, tuttavia, che per armonizzare le norme del codice Rocco con i principi dell'ordinamento repubblicano sanciti nella Costituzione sia stato necessario porre mano a massicci interventi di riforma del testo codificato (non sono inoltre mancati numerosi tentativi — ancor oggi in atto — di procedere ad una *nuova* codificazione del diritto penale). Non bisogna dimenticare poi che la 'tenuta' del sistema penale delineato nel codice Rocco è stata resa possibile anche da un deciso intervento giurisprudenziale teso a mitigarne gli aspetti più decisamente autoritari (si pensi ad esempio alla sostanziale ineffettività di alcune norme di parte speciale — ad es. quelle relative a taluni reati di vilipendio — e al fenomeno di 'fuga dalla sanzione' che caratterizza buona parte delle pronunce giurisdizionali degli ultimi decenni).