

**A. CADOPPI - M. DONINI - G. FORNASARI - A. GAMBERINI
G. INSOLERA - V. MANES - N. MAZZACUVA - M. PAVARINI
L. RAMPONI - I. ROSONI - L. STORTONI - A. VALENTI - M. ZANOTTI**

INTRODUZIONE AL SISTEMA PENALE

Vol. I

a cura di

G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI

Quarta edizione

G. GIAPPICHELLI

INTRODUZIONE
AL SISTEMA PENALE

Vol. I

A. CADOPPI - M. DONINI - G. FORNASARI - A. GAMBERINI
G. INSOLERA - V. MANES - N. MAZZACUVA - M. PAVARINI
L. RAMPONI - I. ROSONI - L. STORTONI - A. VALENTI - M. ZANOTTI

INTRODUZIONE AL SISTEMA PENALE

Vol. I

a cura di

G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI

Quarta edizione



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2012 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-2680-5

Composizione: Voxel Informatica s.a.s. - Chieri (To)

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Parte Prima
Premessa storica

Capitolo Primo

Dalle codificazioni preunitarie al codice Rocco

Isabella Rosoni

1. *Le premesse della codificazione*

Il lungo tramonto del diritto comune rende difficile collocare con certezza il momento della nascita del diritto penale moderno. La straordinaria capacità di sopravvivenza e di resistenza del diritto comune era assicurata, paradossalmente, dall'assetto non unitario del sistema, da una organizzazione delle fonti che prevedeva la compresenza, l'intreccio, la supplezza del diritto romano e dei diritti particolari, e infine dall'arbitrio giudiziale e dall'abuso di interpretazione dei giuristi, due fattori che pur contribuendo allo stato di incertezza e confusione, garantivano il funzionamento dell'apparato. L'arbitrio non rivestiva, nell'opinione del tempo, il radicale segno negativo che assumerà successivamente; consisteva in un potere di libero apprezzamento del giudice in grado di rendere funzionante la complessa struttura formale di quel sistema di giudizio.

Dalla metà del secolo XVII una serie di tentativi si erano succeduti allo scopo di mettere ordine nell'enorme apparato dell'epoca. Queste opere, comunemente definite consolidazioni, furono rielaborazioni del diritto già esistente, compiute da privati o dal potere centrale. Si tratta di una risistemazione del diritto di provenienza regia aperta alla supplezza di altre fonti concorrenti del diritto: gli *iura propria* e lo *ius commune*. La differenza con i codici sta proprio nel riferimento ad una teoria delle fonti che si ricollega al tradizionale sistema di diritto comune, laddove invece il codice si impone come fonte unica ed esclusiva.

Occorrerà attendere la seconda metà del XVIII secolo perché le prese di posizione in favore di una riforma radicale della giustizia penale diventino indifferibili. Per il movimento di codificazione si rivelò determinante il contributo dei «riformatori»: filosofi e pensatori quali, per citare i più noti, Montesquieu, Rousseau, Voltaire in Francia, Verri, Beccaria, Filangieri, Pagano, Romagnosi in Italia. I riformatori espressero la necessità di una riforma delle istituzioni penali che vedeva la legge come unica fonte autoritativa del diritto e il ruolo del giudice ridimensionato a mera funzione applicativa della norma giuridica.

Si chiedeva, in breve, una semplificazione del sistema giuridico che assolvesse a tre condizioni: «che si introducessero criteri economici nella formulazione delle regole di diritto; che il diritto riformulato con criterio economico

(sotto il profilo formale) non fosse assolutamente un'aggiunta al diritto precedentemente vigente, ma fosse abrogativo di quest'ultimo, ed escludesse eterointegrazioni atte a riprodurre conflitti tra sistemi di norme; che il contenuto del diritto riformulato e non eterointegrabile consentisse il massimo di semplificazione» (Tarello G., 1976, 35).

La formulazione delle regole di diritto si avvale dell'apporto delle tre principali tradizioni filosofiche della cultura europea: il pensiero giusnaturalistico e contrattualistico, le regole di derivazione delle proposizioni giuridiche proposte da Leibniz e poi da Wolff, l'economia formale di concetti, di derivazione romanistica, di Domat e Pothier (Tarello G., 1976, 35-39; ma vedi anche Id., 1975a). Mentre le due prime condizioni potevano essere realizzate attraverso riforme tecniche, la terza, che implicava la unicità del soggetto di diritto, poté attuarsi, come vedremo, solo attraverso una trasformazione politica e sociale di tipo liberale borghese.

La necessità di una nuova economia penale si presentava principalmente come una reazione, da un lato, alla crudeltà dei supplizi, al sistema di prova legale, agli errori giudiziari nati da un uso sregolato della tortura e al suo utilizzo come mezzo di indagine, dall'altro, alla inefficacia e alla parzialità delle istituzioni penali che mettevano in gioco elementi diversi di sproporzione e di ineguaglianza di trattamento (per la crisi e il superamento del sistema di prova legale vedi Rosoni I., 1995).

L'attenzione affermatasi alla fine del Settecento per il fenomeno giuridico penale non deve intendersi ancora come scienza del diritto penale, che si consoliderà in epoca successiva, quanto come scienza delle ideologie punitive, delle politiche criminali e della legislazione. Si tratta di due livelli di riflessione. Il primo, filosofico, si interroga sul diritto di punire (*infra*, parte IV, cap. 7, § 3); l'altro, tecnico, tenta il rinnovamento dei contenuti e degli indirizzi della legislazione. Dal contributo di entrambi nasce la scienza della legislazione, che ispirerà il fenomeno delle codificazioni di fine secolo e dei codici del secolo successivo. Un simile processo di codificazione, tutto teso verso la semplicità e la chiarezza delle leggi e sostanzialmente avverso alle elaborazioni della scienza giuridica tipiche del diritto comune, comporterà sovente fatali (quanto involontarie) conseguenze politiche: l'agevolazione cioè di un «processo di tecnicizzazione dell'attività e della scienza giuridica e di deresponsabilizzazione in senso politico del ceto dei giuristi e in genere degli uomini di legge» (Bricola F.-Sgubbi F.-Mazzacuva N., 1994, 19).

2. Dei delitti e delle pene

Dei delitti e delle pene, un piccolo opuscolo edito anonimo a Livorno nel 1764, riassumeva l'insieme delle critiche e delle proposte di riforma dell'illuminismo penale; terminava infatti con le seguenti parole: «perché ogni pena non

sia una violenza di uno o di molti contro un privato cittadino, dev'essere essenzialmente pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionata a' delitti, dettata dalle leggi» (Beccaria C., 1764, § XLVII). Il successo per l'opuscolo andò a Cesare Beccaria (anche se molti ritengono di poter attribuire se non la paternità dell'opera almeno l'ispirazione del lavoro, a Pietro Verri).

Il movimento dei riformatori di cui Beccaria si fa portavoce, denuncia innanzitutto i difetti della giustizia criminale e propone le grandi linee di una riforma che avvii il riordino sistematico delle disposizioni penali: la legge come unica fonte autoritativa del diritto, il ruolo del giudice drasticamente ridimensionato a una mera funzione applicativa della norma giuridica. Quindi esigenza di legalità, certezza del diritto, opposizione all'interpretazione del giudice, realizzazione della codificazione. In questo quadro la figura del legislatore assume una posizione centrale per due motivi. Innanzitutto si fa interprete del diritto naturale e cioè traduce in termini concreti di diritto positivo i principi generali di giustizia. Secondariamente pone fine al conflitto tra le fonti del diritto e fa prevalere in luogo dell'incertezza e dell'arbitrio una esigenza fondamentale di certezza (sull'illuminismo giuridico-penale cfr. da ultimo, Cattaneo M.A., 1988).

Il rapporto tra giudice e norma è risolto entro i confini di una stretta legalità, cioè di una rigida sottoposizione del giudice alla legge scritta. «In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena» (Beccaria C., 1764, § IV).

L'esigenza è quella di classificare le infrazioni e insieme di riformare il sistema delle incriminazioni e cioè di precisare, unificare, strutturare le definizioni dei comportamenti sanzionabili e non, come avveniva in precedenza, moltiplicare e frantumare le fattispecie al fine di ampliare lo spazio interpretativo del giudice. Si contesta la tradizionale classificazione delle condotte da reprimere, si mettono in discussione le figure di reato comprese entro la categoria della lesa maestà divina (l'eresia, la stregoneria, la magia, la bestemmia) e i reati sessuali (l'incesto, l'adulterio, la sodomia). Il concetto di stato e il diritto di punire vengono rimeditati (Venturi F., 1970; Poncela P., 1983, 123 ss.), viene ipotizzata una netta separazione tra diritto, religione e morale (per tutti cfr. Ferrajoli L., 1989, 193 ss.).

Il diritto comune organizzava la materia criminale in modo alluvionale e frammentario; «le norme penali non disciplinavano "figure di reato" (come diremmo noi) bensì punivano una serie lunghissima di comportamenti nominati, che venivano identificati non tanto dalla qualità dell'azione e dalla natura dell'evento, quanto dalla qualità della persona che commette l'azione e dalla qualità del bene danneggiato e della persona lesa» (Tarello G., 1976, 31). È evidente che la nuova codificazione criminale, per essere semplice, deve ridurre al minimo le figure dei reati, eliminando per esempio molti reati politici (propaganda, stampa) e religiosi, i reati di difficile prova che consistono in stati di coscienza (eresia, magia), e infine eliminare le distinzioni che lo *status* del reo (o della parte lesa) introduce nelle figure di reato.

Beccaria propone una classificazione molto generale della infrazione il cui criterio si ispira all'interesse leso. Distingue così i crimini che distruggono la società o chi la rappresenta da quelli che offendono la sicurezza privata di un cittadino nella vita, nei beni o nell'onore. Le pene devono essere commisurate al danno commesso e non alla intenzione di chi lo commette. «Il fine dunque non è altro che d'impedire al reo di far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali» (Beccaria C., 1764, § XII). L'avvertita pericolosità di lasciare al giudice spazi discrezionali comporta inoltre la svalutazione delle componenti soggettive che non possono essere fissate e tipizzate legislativamente. «L'intenzione dipende dalla impressione attuale degli oggetti e dalla precedente disposizione della mente: esse variano in tutti gli uomini e in ciascun uomo, colla velocissima successione delle idee, delle passioni e delle circostanze. Sarebbe dunque necessario formare non solo un codice particolare per ciascun cittadino, ma una nuova legge ad ogni delitto» (Beccaria C., 1764, § VII).

Le strutture portanti della riforma auspicata da Beccaria sono così sintetizzabili:

a) Il principio di legalità dei delitti e delle pene (*nulla poena et nullum crimen sine lege*, scriverà più tardi Feuerbach) (*infra*, parte IV, cap. 1). È diritto di tutti i cittadini conoscere in precedenza ciò che è vietato e ciò che è consentito dalla legge penale. Le pene sono stabilite chiaramente e tassativamente dalla legge: «le sole leggi possono decretar le pene su i delitti, e quest'autorità non può risiedere che presso il legislatore che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale» (Beccaria C., 1764, § III) (*infra*, parte IV, cap. 2). Debbono inoltre essere inflitte con rapidità e ineluttabilità: «la certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre una maggiore impressione che non il timore di un altro più terribile, unito colla speranza dell'impunità» (Beccaria C., 1764, § XXVII).

b) La proporzione tra entità della pena e gravità del danno sociale cagionato: la pena deve essere essenzialmente retributiva, cioè deve colpire il delinquente in misura proporzionata al male commesso. Vanno quindi privilegiate quelle pene, come la detenzione, che sono divisibili per unità di misura (tempo) e per grado di trattamento (*infra*, parte IV, cap. 7, § 3).

c) La stretta necessità della pena: la pena deve essere una disutilità che funziona in quanto è percepita dagli individui come motivo prevalente negativo, la sua finalità è solo preventiva: impedire al delinquente di danneggiare nuovamente la società e dissuadere i cittadini dal commettere reati simili.

d) La parziale abolizione della pena di morte. La pena di morte esula dai limiti contrattualistici che il cittadino concede alla società, va quindi sostituita con le pene della «schiavitù perpetua» e della reclusione temporanea, a seconda della gravità del crimine. Resta invece per i crimini di eccezionale gravità che turbano la sicurezza dello stato: «la morte di un cittadino non può credersi necessaria che per due motivi. Il primo quando anche privo della libertà egli abbia ancora tali relazioni e tal potenza che interessi la sicurezza della nazione; [il secondo] quando la sua esistenza possa produrre una rivoluzione pericolosa nella

forma di governo stabilita ... Io non veggio necessità alcuna di distruggere un cittadino, se non quando la di lui morte fosse il vero ed unico freno per distogliere gli altri dal commettere delitti» (Beccaria C., 1764, § XXVIII). (Su questo tema cfr. Mereu I., 1964b, 443 ss.).

e) Infine la concezione utilitaristica del diritto penale. Il diritto penale ha funzione di difesa sociale, deve intervenire il minimo necessario solo per prevenire aggressioni alla sovranità e alla società, e cioè alla pace sociale. La elaborazione del concetto di difesa sociale operata dall'illuminismo penale, conoscerà due derive. La prima, teorica, di mera giustificazione della pena entro il quadro giusnaturalistico del contratto sociale, comporta il rovesciamento dei rapporti di forza tra sovrano e sudditi. Lo scopo del diritto penale non è tanto quello di combattere la criminalità, quanto quello di canalizzare e limitare il potere punitivo dello stato: sottomettere la forza al diritto e difendere i cittadini contro lo stato; proporzionare l'uso della pena alla stretta necessità del suo scopo e farne uno strumento di pedagogia popolare. Si tratta dei principi, che verranno ripresi, del diritto penale liberale della scuola classica. La seconda deriva avrà invece, sul piano della effettività della concreta codificazione, dei risvolti pratici di legittimazione dei meccanismi di autotutela (arbitraria e autoritaria) del potere statale e delle classi egemoni.

Per concludere, l'opera affronta contestualmente aspetti diversi dell'ordinamento penale: diritto penale sostanziale, processo penale, sistema sanzionatorio, limiti del potere giurisdizionale, sono temi che conosceranno, con l'avvento dei codici, delle trattazioni parcellizzate, ma che ora, in una visione tutta interna all'illuminismo penale, offrono il quadro complessivo di un compatto programma di politica criminale. Successivamente, la realizzazione della codificazione, la divisione disciplinare dei vari settori normativi (diritto penale sostanziale, diritto penale procedurale, ordinamento penitenziario), l'affinamento degli strumenti tecnico-giuridici comporteranno un «progressivo svuotamento del programma utilitaristico e razionalistico dell'illuminismo» (Neppi Modona G., 1978, 586).

3. Le riforme dell'illuminismo penale

I principi auspicati dall'illuminismo penale furono introdotti nella *Petition of Rights* americana del 1774 e nella *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* francese del 1789, ma avevano trovato anche un fertile terreno di penetrazione nell'ambiente dell'assolutismo illuminato di numerosi stati europei, tra cui la Russia di Caterina II, il granducato di Toscana, la Prussia e l'impero austro-ungarico. Le idee dei *philosophes* ispirarono il movimento delle codificazioni penali che si espresse nella riforma di Pietro Leopoldo del 1786, nel codice austriaco di Giuseppe II del 1787 e in quello prussiano del 1794, nel progetto di codice per la Lombardia austriaca del 1791-92 (alla cui redazione collaborò par-

ticolarmente Beccaria), e infine nei due codici penali francesi, quello rivoluzionario del 1791 e quello napoleonico del 1810.

In Italia i tentativi di svecchiamento portati avanti dai giuristi più sensibili ai principi illuministici trovano difficoltà a superare la solida tradizione dell'ordinamento penale precedente, né le vicende politiche che interessarono gli stati italiani tra la fine del XVIII e gli inizi del XIX secolo favorirono un lineare processo di codificazione.

Il primo esempio di nuova legislazione penale è dato dal codice leopoldino del 1786 promulgato da Pietro Leopoldo di Toscana. La Leopoldina, così verrà chiamato, si fonda sui dettami penalistici dell'illuminismo giuridico: abrogazione della pena di morte, abolizione dell'istituto della tortura, abolizione della confisca dei beni, abolizione di tutti i crimini di lesa maestà. Le norme attinenti la procedura penale si orientano nel tentativo di limitare, nel processo, il valore della prova legale introducendo elementi di libero convincimento del giudice. È proibito al giudice di valersi di prove privilegiate per i reati atroci o di difficile prova. Viene abolito il giuramento dell'imputato, sia riguardo al fatto proprio che a quello altrui. Il sistema sanzionatorio, pur mantenendo la gogna e la frusta, abolisce la mutilazione, il marchio e la pena di morte. Le sanzioni inferiori all'anno sono punite con il carcere, le superiori con i lavori pubblici.

Tuttavia il codice leopoldino è da collocarsi «allo stadio di un avanzato, ma non compiuto trapasso verso la codificazione» (Cavanna A., 1975, 26) a causa della carente natura sistematica e tecnica nella formulazione dei singoli paragrafi e nella generale architettura del testo, della mancata separazione delle norme processuali dalle norme penali sostanziali, del largo margine lasciato all'arbitrio del giudice e alla possibilità di ricorso alla pena straordinaria. Infine, il carente contenuto normativo comporta la sopravvivenza della precedente legislazione, se pur da applicarsi nello spirito della riforma (sulla riforma di Pietro Leopoldo vedi Da Passano M., 1988; Zuliani D., 1995).

Se la Leopoldina resta in qualche misura legata al sistema legislativo dell'antico regime, ed è carente, dal punto di vista formale, di quelle caratteristiche che sono proprie della codificazione, non così il codice penale austriaco di Giuseppe II (la Giuseppina) emanato nel 1787. Questo codice penale si configura come l'estrema razionalizzazione illuministica del diritto penale. Innanzitutto per l'autonomia e la completezza della disciplina penale. Circo-scrive il penale come settore autonomo del diritto. Abroga e sostituisce *in toto* il diritto preesistente e non ammette eterointegrazione (e cioè il ricorso a fonti esterne al codice stesso), fa esplicito divieto al giudice penale di ricorrere all'analogia, impedendo in questo modo il ritorno al sistema delle fonti di diritto comune. In secondo luogo il codice penale giuseppino realizza un diritto penale astratto ed egualitario senza considerazione per il ceto del trasgressore.

La sostituzione totale del precedente sistema criminale, l'accoglimento del principio di legalità, il divieto di analogia, l'unico e indistinto tipo di destinatario fanno di questo codice il segno della rottura definitiva con il diritto penale comune (Cavanna A., 1975, 21).

Negli anni Ottanta del secolo Giuseppe II avviava in Lombardia un disegno globale di pianificazione burocratica, amministrativa e legislativa. Il progetto di rinnovamento della giustizia penale si articolava in due fasi: la prima (andata a segno) consisteva nel totale riammodernamento dell'apparato amministrativo giudiziario e della procedura, la seconda nella totale sostituzione del vecchio sistema di legislazione criminale con il codice penale del 1787. Questa ultima operazione si rivelò, come è noto, un fallimento, soprattutto a causa di quegli eccessi che caratterizzavano il codice giuseppino (carcere durissimo, bastonatura periodica del condannato, marchio a fuoco).

Un secondo tentativo verrà effettuato dal fratello di Giuseppe II, Pietro Leopoldo, diventato imperatore come Leopoldo II. Il progetto di un codice penale lombardo, alla cui redazione collaborò Beccaria, venne avviato nel 1791. Esso si presenta come un'opera di codificazione organica e completa. A differenza del codice toscano mantiene la pena di morte e una scala penale ricalcata sulla consolidata tradizione austriaca, priva però della durezza del codice dell'87. Il progetto, tutto interno alla tradizione illuministica, accoglie il principio di legalità, il divieto di eterointegrazione e il rigoroso vincolo del giudice alla legge penale (su questo progetto Cavanna A., 1975).

Il testo legislativo non entrò mai in vigore e alla fine del '92 venne accantonato a causa del nuovo clima di ostilità e sospetto verso ogni manifestazione illuministica e giacobina. Nella Lombardia si ripristinò un regime di polizia che ebbe termine nel 1796 in seguito agli eventi storici che portarono alla caduta del governo austriaco, e all'ingresso dell'egemonia francese, che comportò l'estensione ai territori dell'Italia cisalpina (1798) del codice penale francese rivoluzionario (cfr. Dezza E., 1993, 101 ss.; e anche, da ultimo, Cavanna A., 1996).

4. *Jeremy Bentham*

Le dottrine favorevoli alla legificazione si diffusero, negli ultimi decenni del Settecento, nell'Europa continentale, concretizzandosi, come visto, in numerose riforme politiche e legislative. Fu tuttavia un filosofo inglese, Jeremy Bentham, a offrire alla codificazione continentale, e in ispecie a quella francese, il contributo concettuale più rilevante, la più matura e lucida teorizzazione tecnico-filosofica. Bentham infatti, maturò la proposta di un nuovo testo legislativo, facilmente conoscibile, che fosse dotato di chiarezza, concisione e completezza, che contenesse tutte le disposizioni politiche necessarie, collegato a un sistema di governo capace di stabilire l'uguaglianza di fronte alla legge. Il pensiero giuridico di Bentham si alimenta delle idee innovatrici dell'illuminismo continentale.

È dall'ingenuo utilitarismo di Beccaria che Bentham deriva la celebre formula *the greatest happiness for the greatest number* (la massima felicità del maggior numero). Perché si aprisse la strada al primato della legislazione occorre- vano nuove ideologie che garantissero l'eguaglianza di tutti i cittadini di fronte

alla legge, e soprattutto rinnovate condizioni politiche. Condizioni che ebbero a realizzarsi con la rivoluzione francese: l'uguaglianza di trattamento è legata, in quel periodo, a un bisogno di sicurezza sociale, e quindi di prevedibilità del funzionamento della repressione penale. Bentham importa in Inghilterra (con scarso successo) le idee continentali della supremazia della legislazione sulla giurisdizione e della necessità della riforma di tutto il diritto nel segno della certezza: un corpo completo di leggi codificato branca per branca.

Ai fini della nostra ricostruzione storica il contributo più rilevante del filosofo inglese fu l'attiva adesione al programma politico della rivoluzione francese. La codificazione si rivela come la migliore risposta a chi rivendica una uguaglianza di trattamento indipendente dai luoghi di commissione delle infrazioni e dalla qualità delle persone coinvolte. La generale richiesta di addolcimento delle pene e la necessità di mantenere l'ordine pubblico ben si conciliano con le proposte di punire solo quelle azioni che è utile punire, e di irrogare la minima delle possibili pene rispetto allo scopo di prevenire altri delitti. Le teorie utilitaristiche di Bentham (*Principles of Morals and Legislation* 1789) ispireranno tutta la produzione legislativa rivoluzionaria e napoleonica: il codice penale del 1791 e quello del 1810 (cfr. Varaut J.M., 1982, 261 ss.).

5. La Dichiarazione dei diritti dell'uomo

La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, votata il 26 agosto 1789, ha un contenuto penale particolarmente ricco, undici articoli su diciassette riguardano la giustizia penale. Dato questo assolutamente ovvio se si considera lo spazio occupato dalla questione della giustizia penale nei dibattiti dei riformatori e dei *philosophes*, ma soprattutto se si valuta l'intenzione dei giuristi, chiamati in causa nella redazione del testo, di anticipare nei principi della dichiarazione la futura politica di riforma criminale. La dichiarazione, nonostante le formule universali, solenni e atemporali, va letta nella sua determinatezza storica, nella contrapposizione al sistema penale dell'antico regime. Dalla condanna dell'arbitrio (che può essere del re, dei grandi tribunali, ma anche dei semplici giudici) e del privilegio (dei nobili, del clero, di singole corporazioni) scaturisce una nuova società formata da individui «*libres et égaux en droit*» (art. 1), dove la legge diventa la fonte unica.

Il principio cardine della *déclaration* è l'art. 16 che delinea una nuova organizzazione dello stato fondata sulla separazione dei poteri: *Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione*. Da questo dogma politico discende evidentemente una nuova definizione, fortemente restrittiva dei poteri sovrani. Il sovrano non è più fonte di giustizia, ma soltanto capo del potere esecutivo; perde il ruolo di giustiziere; perde la facoltà di nominare i giudici, che d'ora in poi saranno di carica elettiva; i giudizi non saranno più resi in suo nome.

L'amministrazione della giustizia verrà regolata dall'art. 7 che stabilisce il principio di legalità delle incriminazioni e delle pene, garantisce la sicurezza dei cittadini collocando gli arresti sotto il controllo della legge. Solo il potere giudiziario potrà disporre, nei casi previsti dal potere legislativo, della libertà dei cittadini: *Nessun uomo può essere accusato, arrestato o detenuto se non nei casi determinati dalla legge, e secondo le forme da essa prescritte. Quelli che procurano, spediscono, eseguono o fanno eseguire degli ordini arbitrari, devono essere puniti; ma ogni cittadino citato o tratto in arresto, in virtù della legge, deve obbedire immediatamente; opponendo resistenza si rende colpevole.* L'art. 7 viene completato dall'art. 9 che precisa le modalità dell'arresto e ripresenta il vecchio principio della presunzione di innocenza: *Presumendosi innocente ogni uomo sino a quando non sia stato dichiarato colpevole, se si ritiene indispensabile arrestarlo, ogni rigore non necessario per assicurarsi la sua persona deve essere severamente represso dalla legge.* Principio questo, mai abbandonato, perlomeno formalmente, durante l'antico regime. Il diritto comune infatti lo aveva posto a fondamento del sistema di prova legale (cfr. Marchetti P., 1994, 27 ss., 220; Rosoni I., 1995, 49 ss.). Ora tuttavia l'art. 7 esprime una concezione della libertà e della legalità assolutamente conforme allo spirito dell'illuminismo.

La libertà dell'individuo viene definita poi a partire dal criterio negativo della nocività verso gli altri dell'art. 4: *La libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce ad altri: così, l'esercizio dei diritti naturali di ciascun uomo ha come limiti solo quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento di quegli stessi diritti; questi limiti possono essere determinati solo dalla legge, e della utilità sociale.* Art. 5: *La legge ha il diritto di vietare 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.* Gli artt. 10 e 11 proclamano la libertà di coscienza, d'opinione e di espressione, prevedendone i limiti nelle ragioni di ordine pubblico: *Nessuno deve essere molestato per le sue opinioni, anche religiose, purché la manifestazione di esse non turbi l'ordine pubblico stabilito dalla legge – La libera comunicazione dei pensieri e delle opinioni è uno dei diritti più preziosi dell'uomo; ogni cittadino può dunque parlare, scrivere, stampare liberamente, salvo a rispondere dell'abuso di questa libertà nei casi determinati dalla legge.* Questo permette di escludere dal novero dei crimini tutte le infrazioni alla morale sessuale, i crimini religiosi e quelli d'opinione.

L'art. 8 garantisce il principio della legalità della pena e della non retroattività della legge penale: *La legge deve stabilire solo 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.* È la fine dell'arbitrio dei giudici, ogni pena sarà fissata dalla legge in ragione della necessità sociale. Tuttavia la dichiarazione non entra nel dettaglio delle pene, si limita all'affermazione che esse saranno uguali per tutti. *La legge deve essere uguale per tutti, sia che protegga, sia che punisca* (art. 6) (sulla dichiarazione dei diritti vedi, da ultimo, Carbasse J.M., 1988, 123 ss.).

6. *Il codice penale rivoluzionario del 1791*

Il codice penale del 1791 rimane fedele ai principi posti dalla dichiarazione dei diritti (cfr. Martinage R., 1988, 15 ss.), il suo vero significato può essere compreso solo se viene considerato parte del progetto politico più generale elaborato dai costituenti (cfr. Martucci R., 1984). Il nuovo ordine pubblico è governato da tre nozioni essenziali: la democrazia, la laicità, la rieducazione dei cittadini (cfr. Lascoumes P., Poncela P., Lenoel P., 1989, 85 ss.).

La nuova legge penale distingue tra crimini e delitti, riduce il terreno delle incriminazioni ai comportamenti esteriori considerati nocivi alla nuova società: la depenalizzazione massiccia sul versante dei vecchi crimini religiosi è compensata dallo spazio lasciato alla repressione delle infrazioni politiche e cioè alla difesa delle nuove istituzioni pubbliche nate con la rivoluzione. Su un totale di centocinquanta incriminazioni previste dal codice penale, ben ottantadue sono di natura politica; le altre riguardano attentati alla «morale naturale» (sessantatre) e cinque sono le infrazioni economiche. Il dato certamente più significativo del nuovo codice sta nel fatto che le nuove infrazioni politiche riprendono e sviluppano i crimini di lesa maestà dell'antico regime, mentre vengono radicalmente soppresse tutte le infrazioni che nascevano da divieti religiosi. Il nuovo ordine sociale è laico e ha come unica fonte d'ispirazione la volontà umana collettiva: un nuovo principio di legittimità si sostituisce al precedente. Si tratta, per il nuovo regime, di una autolegittimazione, di un momento di «auto-istituzione della società» (Lascoumes P.-Poncela P.-Lenoel P., 1989, 86).

Il regime delle pene si iscrive solo parzialmente in quanto già definito dalla dichiarazione: le pene sono uguali per tutti, sono strettamente personali (è abolita la confisca dei beni), ma certamente non si ispirano a criteri di mitezza. La grande novità di questo codice è costituita dal sistema di pene fisse, determinate con estrema precisione e che il giudice deve applicare meccanicamente. L'intenzione di impedire qualsiasi forma di arbitrio, ma anche di valutazione, da parte del giudice arriva a prevedere un sistema delle aggravanti che funziona calcolando tanti anni di sottoposizione ai ferri quante sono le circostanze aggravanti.

La pena, lo abbiamo visto, trova il suo fondamento nella utilità sociale, deve quindi servire da esempio, essere pubblica. Le prigioni, nei progetti dei riformatori, devono essere aperte al pubblico. Ma la utilità sociale della pena deve cadere anche sul condannato che, attraverso l'espiazione, dovrebbe rieducarsi. È per questo che vengono abolite le pene perpetue, il tetto massimo della carcerazione è fissato a venticinque anni, si cerca di prevedere per i detenuti una rieducazione al lavoro. L'idea rivoluzionaria della perfettibilità dell'uomo che era certamente al centro del progetto di codice elaborato dal *comité de législation criminelle*, non venne tuttavia completamente accolta dall'assemblea costituente e, di conseguenza, dal nuovo codice. Contro il parere del comitato l'assemblea si pronunciò per la pena di morte e per i lavori forzati. Si accolse l'idea che l'individuo potesse essere educato ma l'educazione sarebbe passata attraverso la

legge: pene fortemente dissuasive e repressive, sotto il segno della sofferenza e dell'infamia.

La nuova scala penale organizzata dal codice è la prima nomenclatura ufficiale e completa del nuovo diritto penale francese:

a) la pena di morte semplice. Sono aboliti i supplizi e i privilegi della nobiltà legati alla esecuzione della pena. Il diritto comune prevedeva un complesso rituale e il supplizio per i crimini atroci, la decapitazione con la spada per i nobili, la forca per tutti gli altri. Ora la esecuzione è uguale per tutti, avviene per decollazione, con la ghigliottina;

b) la galera. I condannati, legati in permanenza a una catena di ferro, sono impiegati in miniera, negli arsenali, nella costruzione di opere pubbliche, nei lavori forzati a profitto dello stato;

c) la reclusione in un carcere duro (*maison de force*);

d) l'imprigionamento cellulare in totale isolamento, in regime di pane e acqua integrabile con i proventi del lavoro;

e) la detenzione semplice che prevede il lavoro in comune;

f) la deportazione;

g) la perdita dei diritti civili. Celebrata solennemente nel corso di una cerimonia pubblica;

h) la gogna.

Vengono infine aboliti il diritto di grazia e la commutazione della pena, come anche le pene perpetue. Per i delitti la funzione retributiva della pena si impone con l'ammenda come pena dominante (Laingui A., 1993, 38 ss.).

Nel 1795 viene varato il codice di procedura penale che, a completamento della riforma, introduce la giuria popolare, cancella il sistema di prova legale, accoglie il principio del libero convincimento del giudice in materia di prova e disciplina in modo compiuto l'insieme delle garanzie concesse alla difesa.

7. Il codice penale napoleonico

Il codice penale del 1810 nasce da una generazione politicamente diversa da quella del '91, tuttavia, nonostante i giuristi napoleonici ripensino il penale in un senso meno idealista e più utilitarista (la dottrina di Bentham ispira anche, e forse soprattutto, il codice del 1810), il risultato finale del loro lavoro non si discosta molto dal precedente codice. La gerarchia degli interessi tutelati, l'elenco delle infrazioni, la scala di gravità delle sanzioni conoscono poche variazioni. Il codice napoleonico risulta così essere il naturale sviluppo del precedente (Lascoumes P.-Poncet P.-Lenoel P., 1989, 174).

Le mutate circostanze storiche impongono una rimeditazione degli obiettivi posti al centro della riforma penale: mentre si riprende e si enfatizza quella concezione del diritto penale al servizio della legge e dell'ordine che era stata una

delle connotazioni del codice precedente, si abbandona l'altra che consisteva nell'ideale educativo, ora definitivamente soppiantato da quello utilitaristico.

Caratteristiche rilevanti del codice del 1810 sono: innanzitutto il perfezionamento del principio della distinzione tra crimini/delitti/contravvenzioni, che viene posto a partire dalla pena (*Art. 1: L'infraction que les lois punissent des peines de police est une contravention; l'infraction que les lois punissent de peines correctionnelles est un délit; l'infraction que les lois punissent d'une peine afflictive ou infamante est un crime*); secondariamente la equiparazione della pena prevista per il tentativo a quella comminata per il delitto consumato, e delle pene riservate ai concorrenti materiali e morali nel concorso di persone. In terzo luogo le sanzioni punitive non sono più stabilite in maniera fissa, come nel codice del 1791, ma determinate entro un massimo e un minimo, da irrogarsi secondo le circostanze del reato commesso. Infine il codice «contiene esclusivamente norme di diritto penale sostanziale, tecnicamente ben congegnato, con una chiara separazione tra la costruzione generale degli elementi del reato e la parte speciale, contenente la descrizione dei singoli crimini o delitti organicamente raggruppati in titoli. L'impostazione garantistica della parte generale, ove è affermato il principio di stretta legalità, è però frustrata sul terreno sostanziale da un sistema di sanzioni che fa nuovamente ampio ricorso alla pena di morte, alla confisca, al marchio, alla gogna. Ma è soprattutto nella parte speciale che la garanzia della certezza del diritto subisce le maggiori violazioni: tutti i delitti contro la sicurezza dello stato, contro la costituzione del regno e contro la pace pubblica sono formulati in maniera talmente generica ed indeterminata da consentire l'incriminazione di ogni forma di dissenso politico» (Neppi Modona G., 1978, 586-587).

Nell'organizzazione delle pene il codice privilegia la repressione a discapito dell'emenda. La necessità della pena la rende legittima, perché essa previene il crimine grazie al suo potere di intimidazione. Ricompaiono alcuni vecchi fantasmi dell'intimidazione penale: per i parricidi la pena di morte è preceduta dall'amputazione della mano; vengono ripristinati il marchio e la confisca dei beni; la morte civile colpisce come pena accessoria i condannati a morte, i condannati ai lavori forzati a vita e i deportati. Le pene perpetue ritrovano la loro naturale collocazione nella scala penale, tra la pena di morte e le pene a tempo; per quest'ultime la legge prevede un minimo e un massimo. Il giudice recupera così quei poteri discrezionali, spesso arbitrari, che aveva avuto nell'antico regime. Ora però lo spazio discrezionale è ampliato dalla previsione di circostanze attenuanti che il codice del 1810 permette di applicare ai soli delitti di lieve entità, ma che successivamente verrà estesa a tutte le infrazioni (1832).

Il diritto penale recupera in questo modo la dimensione circostanziale che era stata così importante nell'antico regime e sulla quale si fondava l'arbitrio del giudice. D'ora in poi, grazie anche al progressivo affermarsi di una teoria rieducativa della pena, assisteremo, nella sua fissazione, all'abdicazione costante e progressiva della legge a profitto del giudice. Circostanza questa che accrescerà il potere dei magistrati.

8. I codici preunitari dell'Ottocento

In Europa lo sviluppo della codificazione fu estremamente rapido perché facilitato dalla vittoria delle armate francesi e dalla esportazione dei codici napoleonici. La fine dell'impero tuttavia non interruppe né fece dimenticare il processo legislativo ormai avviato: le scelte codicistiche infatti si rivelarono ineliminabili (fatta eccezione per la Germania e per l'Austria) rispetto a un contesto sociale che le aveva ormai assimilate.

In Italia l'assolutismo riformatore aveva anticipato molti dei contenuti della legislazione rivoluzionaria e napoleonica. Il tema della codificazione era quindi ben presente ai legislatori italiani delle varie repubbliche che nel triennio 1796-99 tentarono di agganciare il rinnovamento politico alla stesura di nuovi codici ispirati ai modelli d'oltralpe. I codici della Francia rivoluzionaria prima, e i codici napoleonici poi, vennero introdotti in Italia tra la fine del XVIII e l'inizio del XIX secolo.

Tralasciamo l'analisi della normazione posta in essere nel triennio giacobino, e della recezione del codice penale del 1810 nei diversi stati italiani durante la dominazione napoleonica (regno subalpino, lombardo-veneto, regno d'Etruria, principato di Lucca, regno di Napoli), limitandoci a ricordare che, dopo la caduta dell'impero napoleonico, negli stati italiani venne riadottata, nella maggior parte dei casi, la legislazione penale in vigore prima della rivoluzione francese. Soltanto il regno delle due Sicilie e il ducato di Parma emanarono, negli anni della restaurazione, due nuovi codici (rispettivamente nel 1819 e nel 1820), fortemente influenzati dal *code pénal*.

Anche se nelle regioni italiane «venne meno quella unità legislativa che la recezione dei codici francesi aveva fino a quel momento imposto» (Ghisalberti C., 1979, 225), pure il *code pénal*, costituì il modello di tecnica normativa per le legislazioni penali della prima metà del secolo. Scomparvero le pene atroci, si specificarono meglio le fattispecie criminoso, venne ridotta la discrezionalità del giudice nelle scelte sanzionatorie.

Interessante notare come le codificazioni penali degli stati preunitari, varate in un clima politico conservatore, mantennero il dato formale del principio garantistico di stretta legalità (si può essere puniti solo per un fatto espressamente previsto dalla legge come reato), vanificandolo tuttavia (come già il codice del 1810) nella parte speciale del codice (quella che descrive le singole fattispecie incriminatrici). In questo modo la eccessiva genericità e indeterminatezza dei reati di natura politica consentì negli stati italiani (come già nell'impero napoleonico) la repressione di ogni forma di dissenso contro i poteri costituiti (Neppi Modona G., 1985b, 145 ss. e Id., 1978).

Fra le esperienze di codificazione penale degli stati della penisola (codice penale austriaco in vigore nel Lombardo-Veneto 1803, codice penale del regno delle due Sicilie 1819, codice penale del ducato di Parma 1820, regolamento sui delitti e sulle pene per gli stati della chiesa 1832, codice penale del regno di Sar-

degna 1839, codice penale per il granducato di Toscana 1853, codice penale estense 1855) prenderemo in esame quelle che furono più rilevanti nel quadro della unificazione legislativa italiana.

In Toscana, dopo la parentesi napoleonica, tornò in vigore il codice leopoldino. La mitezza e la moderazione della legislazione penale sostanziale e processuale leopoldina (se pur inasprita dal ripristino della pena di morte per reati gravissimi) non fecero rimpiangere le disposizioni contenute nei codici francesi (Ghisalberti C., 1979, 247). Nel 1853 entrò in vigore un nuovo codice penale, più progredito di quelli coevi e persino di quello napoleonico, caratterizzato da una diversa valutazione di ogni violazione della legge penale, organizzata non in base alla partizione napoleonica: crimini, delitti, contravvenzioni, ma a partire dalla gravità; e da una mite scelta repressiva (nel 1859 verrà definitivamente abolita la pena di morte). Queste caratteristiche gli permisero di rimanere in vigore, per la Toscana, anche dopo l'unificazione del regno d'Italia.

Il regno di Sardegna si era caratterizzato, all'epoca della restaurazione, per il ripristino, in uno spirito schiettamente reazionario, del particolarismo giuridico delle antiche fonti: costituzioni regie, statuti locali, *decisiones* dei magistrati e diritto comune. Solo la tortura non venne ripristinata. Restarono invece la pena della ruota, le tenaglie infuocate, la confisca generale dei beni, la pena di morte prevista anche per alcuni tipi di furti semplici. L'opera di codificazione penale fu intrapresa nel terzo decennio del secolo da Carlo Alberto. Il «codice penale per gli Stati di Sua Maestà il Re di Sardegna» (1839), ispirato ai principi illuministici, mitigò fortemente l'asprezza della legislazione precedente. Venne redatto prendendo a modello il codice napoleonico, riconoscibile nella disciplina dei reati, in molte formule legislative e nella tipologia sanzionatoria (che lascia ampia applicazione alla pena di morte).

9. Il codice penale sardo-piemontese del 1859

L'emanazione dello statuto albertino nel 1848 rese necessaria una revisione generale della legislazione anche penale del regno sardo-piemontese. La riforma venne avviata nel 1857 e due anni dopo, alla fine del 1859, il governo La Marmora-Rattazzi (Rattazzi è ministro dell'interno e della giustizia) riorganizzava in tutto il regno sardo-piemontese l'ordinamento giuridico, in vista della annessione della Lombardia e della probabile espansione del regno di Sardegna ad altre regioni d'Italia. Il 20 novembre 1859 furono pubblicati tre nuovi codici: penale, di procedura penale e di procedura civile (il codice civile resta quello del 1837); del 13 novembre è la legge sull'ordinamento giudiziario.

Il codice penale sardo del 1859 ebbe come base storica il codice albertino del '39 del quale fu la revisione. Stesse furono le divisioni, l'ordinamento e il metodo. Le innovazioni introdotte dal codice furono poche ma significativamente di stampo liberale: a) la rubricazione (di seguito alla trasformazione del regno sar-

do-piemontese in una monarchia costituzionale) dei reati contro la sicurezza dello stato, non più sotto la «lesa maestà», ma al titolo I «dei reati contro la sicurezza interna ed esterna dello stato»; b) la riduzione della area di applicazione della pena di morte, ridotta a sole tredici figure di reato; il generale abbassamento dei livelli edittali di pena; c) la introduzione del sistema delle circostanze attenuanti per tutti i reati e non solamente, come nei codici italiani precedenti, per i reati contro la proprietà di modica entità e per quelli punibili con pene lievi (per i codici sardo-piemontesi del '39 e del '59, cfr. da ultimo Vinciguerra S., 1993, 350 ss.).

Fra il 1860 e il 1861, la questione della formazione di una legislazione comune a tutte le province italiane venne complicata dalla progressiva e problematica recezione (spesso parziale e provvisoria) dei codici sardo-piemontesi. Emerse allora il problema del raffronto tra codici nati in situazioni politiche diverse e prodotti da culture giuridiche tra loro profondamente distanti. Nel 1861, una volta proclamato il regno d'Italia, si pose la questione di un unico codice penale per tutto lo stato. Le resistenze più tenaci vennero da quelle province nelle quali una tradizione giuridica più robusta di quella sarda aveva prodotto risultati legislativi di qualità superiore. Nelle province napoletane il codice sardo del '59 venne adottato in una versione emendata e modificata, e vennero conservate alcune soluzioni del codice napoletano del 1819. In Toscana rimase in vigore il codice del '53. L'unione della Toscana al Piemonte fu essenzialmente un fatto politico, militare e doganale, non vi fu unificazione legislativa proprio a causa di una tradizione giuridica diversa da quella degli stati italiani. La ragione di tale sopravvivenza non è da ascrivere alla sola questione della pena di morte, il codice toscano era infatti un «testo normativo tecnicamente pregevole, sistematicamente ben costruito, moderno nei contenuti», e venne preferito al codice sardo, «testo rozzo, farraginoso, arretrato, quasi un armamentario da *ancien régime* riverniciato alla meglio» (Padovani T., 1993, 402).

L'unificazione legislativa del regno d'Italia si perfeziona nel 1865 con la pubblicazione dei nuovi codici civile, di procedura civile, di commercio, di procedura penale. Resta aperta la questione del codice penale. Falliti nel 1864 i tentativi di estendere il codice sardo alla Toscana, prende l'avvio un progetto di riforma del codice penale.

10. Il codice Zanardelli

Il periodo di elaborazione del nuovo codice penale fu lungo e travagliato, durò quasi trent'anni e venne interrotto, all'indomani della unificazione, dalla emanazione di una legge dal carattere eccezionalmente repressivo che istituì nel mezzogiorno una sorta di permanente stato d'assedio e sospese, per le «province in stato di brigantaggio», le garanzie di libertà sancite dallo statuto.

La legge Pica (15 agosto 1863), così chiamata dal nome del deputato mode-

rato Giuseppe Pica che la propose, riservava ai tribunali militari la competenza a giudicare i briganti e i loro complici, puniva questi ultimi, nel caso avessero opposto resistenza armata, con la fucilazione, prometteva riduzioni di pena a coloro che si fossero spontaneamente presentati entro un mese. Infine dava facoltà alle giunte provinciali, composte dal prefetto, dal procuratore del re, dal presidente del tribunale e da due consiglieri provinciali, di assegnare il domicilio coatto agli oziosi, ai vagabondi, ai camorristi, e a chiunque fosse sospettato di essere manutengolo dei briganti (sul tema, diffusamente, Martucci R., 1980).

La legge ebbe una influenza nefasta sull'ordinamento penale del regno. Inaugurò una tradizione di legislazione eccezionale che, pur dettata dall'emergenza, abbassò i livelli di legalità e aprì le porte alle misure di polizia preventiva.

Dicevamo della lunghezza dei lavori preparatori del codice, si trattava di sostituire con un testo unico i tre diversi codici penali che vigevano contemporaneamente in Italia: il codice sardo del '59, divenuto codice del regno d'Italia, lo stesso codice sardo del '59 nella versione modificata per le province napoletane e il codice toscano del '53. I progetti presentati dalle commissioni istituite dal ministero di grazia e giustizia, e da quelle parlamentari furono undici, il lavoro legislativo procedette segnando le tappe di un lento ma significativo sviluppo della scienza penalistica italiana. «Nella lunghissima gestazione del codice si trova la chiave per comprendere e valutare insieme i problemi che l'Italia si trovava davanti in termini di criminalità, ordine pubblico e scontro sociale, e i travagli della scienza giuridica, che doveva dare loro una risposta legislativa capace di conciliare repressione e garanzie, efficacia e civiltà» (Sbriccoli M., 1990, 185).

Il codice penale, emanato nel giugno del 1889 ed entrato in vigore per tutte le province italiane il primo gennaio 1890, prese il nome dal ministro della giustizia Zanardelli. Con esso si completava finalmente l'opera di unificazione della legislazione penale. Il codice attuava i principi liberali di quella che viene convenzionalmente chiamata la scuola classica del diritto penale. Più che di una scuola, si tratta di una «tendenza liberale realistica», di una area condivisa di principi fondamentali che sono «di tipo dottrinario, prima ancora che di ordine tecnico o dogmatico, che riguardano 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 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 M., 1990, 188). A questa tendenza liberale appartengono gli uomini che fecero il codice Zanardelli: innanzitutto Francesco Carrara, poi Luigi Lucchini che ospitò, nella sua *Rivista penale*, il dibattito scientifico che accompagnò la redazione del codice (sulla *Rivista penale* di Luigi Lucchini, Sbriccoli M., 1987, 105 ss.) e infine Nocito, Impallomeni, Brusa e Casorati.

Innanzitutto il codice Zanardelli si muove nella prospettiva garantista

dell'illuminismo, affermando i principi di stretta legalità e irretroattività della legge penale. Accoglie la concezione giuridica del reato elaborata da Francesco Carrara: «è un ente giuridico che ha bisogno per esistere di certi elementi materiali, e di certi elementi morali: il complesso dei quali costituisce la sua unità. Ma ciò che completa il suo essere è la contraddizione di quei precetti con la legge giuridica» (Carrara F., 1871, § 35). Si tratta di una configurazione del delitto che esclude qualsiasi valutazione della personalità dell'agente: si giudica di fatti e non di uomini. La determinazione del grado del delitto è tutta in funzione della forza fisica o morale (elemento materiale e psicologico) e mai della personalità dell'agente. Il codice mutua dal Carrara anche la concezione della pena: «la pena è quel male che in conformità della legge dello Stato i magistrati infliggono a coloro che sono con le debite forme riconosciuti colpevoli di un delitto» (Carrara F., 1871, § 584). E la nozione di imputabilità, intesa come «coscienza e libertà dei propri atti» (postulato del libero arbitrio). La pena sarà personale e non eccessiva, uguale, divisibile e modulabile, riparabile in caso di errore (Carrara F., 1871, §§ 638-651). Il suo fine primario «il ristabilimento dell'ordine esterno della società» (Carrara F., 1871, § 615).

Il codice, distaccandosi dalla tradizione francese, adotta la biparizione dei reati in delitti e contravvenzioni. Pone a fondamento della punibilità la imputabilità del soggetto. Disciplina i rapporti tra dolo, colpa e responsabilità obiettiva quali criteri tassativi di imputabilità soggettiva dei reati (cfr. De Francesco G., 1993, 409 ss.).

Quanto al sistema sanzionatorio, il codice abolisce la pena di morte sostituendola con l'ergastolo, e riduce in questo modo la scala penale. Ne segue una generale attenuazione delle pene (specie di quelle per i reati contro la proprietà).

Oltre alle tradizionali pene detentive (ergastolo, detenzione, confino, arresto, ma anche arresto domiciliare applicabile a donne e minori non recidivi, per condanne non superiori al mese) e alle pene pecuniarie, accoglie una serie di sanzioni, i surrogati penali che scompariranno dal codice Rocco, quali la interdizione dai pubblici uffici, la sospensione dall'esercizio di una professione, la prestazione di un'opera determinata in favore dello stato, la riprensione giudiziale, leggibili nel senso di un desiderio di mitezza della pena (cfr. Moccia S., 1993, 562 ss.).

Lo stesso spirito di mitigazione si coglie nel principio di individuazione, che lascia spazio alla discrezionalità del giudice nella determinazione concreta della pena, stabilendo soltanto un minimo e un massimo legale. Al fine della rieducazione e dell'emenda del reo è riconducibile anche l'istituto della liberazione condizionale che attenua la concezione rigidamente retributiva della pena.

Il tentativo è punibile solo nel caso di inizio di esecuzione (Del Corso S., 1993). Le forme di concorso sono analiticamente tipicizzate al fine di stabilire i gradi di punibilità dei concorrenti.

È nella parte speciale che il codice tradisce la sua natura di classe: i valori tutelati sono quelli di matrice liberale, così come venivano intesi alla fine del seco-

lo scorso, in un contesto di limitata rappresentanza parlamentare delle classi subalterne.

Il codice non definisce la nozione di reato politico rimettendola alla dottrina e alla giurisprudenza. «La scelta di non offrire una definizione, creando un sistema aperto, se interpretabile come astuzia del legislatore in vista della massima funzionalità della repressione, è anche emblematica del contrasto tra tutela delle libertà politiche e esigenza di difesa del corpo sociale ... si delinea un conflitto tra due esigenze contrapposte: da un lato quella dello stato che non rinuncia a difendere la sua sicurezza; dall'altro quella del cittadino che vuole tutelata la sua libertà» (Colao F., 1986b, 10-11).

La tecnica di classificazione e di strutturazione dei reati opera in considerazione della tutela del singolo individuo, della proprietà, della libertà contrattuale.

Il codice garantisce una articolata tutela dei diritti dei cittadini contro gli abusi della autorità, prevedendo la non punibilità del cittadino per i delitti di violenza o resistenza alla autorità «quando il pubblico ufficiale abbia dato causa al fatto ...», e anche la non applicabilità della normativa sull'oltraggio, «quando il pubblico ufficiale abbia dato causa al fatto eccedendo, con atti arbitrari, i limiti delle sue attribuzioni».

Afferma la libertà di sciopero (in quanto non ha articoli che la vietano), ma poi l'art. 165 («Chiunque con violenza o minaccia, restringe o impedisce in qualsiasi modo la libertà di industria e del commercio, è punito ...») permette, in virtù di una interpretazione rigorosa degli elementi della violenza e della minaccia, la repressione delle lotte operaie (su questo, diffusamente, Neppi Modona G., 1969).

Analogamente, nei momenti di maggiore tensione sociale e politica, la normativa destinata alla repressione delle organizzazioni criminali, viene utilizzata (attraverso una equiparazione delle società anarchiche alle associazioni di malfattori) al fine di reprimere la libertà di associazione e il dissenso politico (cfr. Sbriccoli M., 1973; Id., 1974-75, 557 ss.; Colao F., 1993, 671).

Tutela la libertà dei culti e punisce i ministri del culto che biasimano le istituzioni e le leggi dello stato, o «eccitano al dispregio di esse o inducono alcuno ad atti contrari alle leggi».

Quando la tutela dell'ordine costituito o della stabilità sociale, non fu più garantita da un codice liberale ancorato al principio di stretta legalità, lo stato liberale fece ricorso, come già in passato, a un secondo, meno limpido livello di legalità, costituito dal nuovo testo di pubblica sicurezza (1889). La legge di pubblica sicurezza, che sostituiva, adeguandola alle esigenze del nuovo codice, quella del 1865, conìò la definizione di «classi pericolose per la società», enfatizzò i poteri di polizia, pose ulteriori gravi limiti alla libertà di riunione, e perpetuò istituti di prevenzione quali il foglio di via, l'ammonizione, la vigilanza speciale, il domicilio coatto. Le difficoltà che il nuovo stato incontrò nell'assicurare l'ordine pubblico si rifletterono poi nella politica liberticida degli anni novanta del secolo. La classe politica di governo ricorse, per far fronte alla emergenza,

all'uso di misure speciali o straordinarie: le leggi liberticide, il ricorso allo stato d'assedio e ai tribunali militari (per tutti Levra U., 1975).

In conclusione «quel codice liberale e aperto, tecnicamente innovatore e culturalmente avanzato, non somigliava gran che all'Italia che doveva osservarlo e applicarlo ... L'Italia restava un paese immerso nelle contraddizioni e condizionato dall'arretratezza. La cultura di quel codice era molto più avanti di quella dei giudici che sarebbero stati chiamati ad applicarlo. Il sistema carcerario era tra i più disastrati e incivili d'Europa. Il codice di procedura penale del tutto inadeguato a garantire un processo all'altezza del nuovo sistema penale. La legge di pubblica sicurezza, informata ai principi del sospetto, illiberale e classista, sorreggeva l'azione di una polizia abituata alla più grande noncuranza per i diritti dei cittadini. Nessuna meraviglia, dunque, se il codice penale di Zanardelli, monumento liberale di un'Italia che lo era assai poco, si sarebbe trasformato di lì a poco in un'imbarazzante presenza da aggirare con leggi speciali, interpretazioni regressive o patenti violazioni» (Sbriccoli M., 1990, 193-94).

11. *La scuola penale positiva*

Negli anni di elaborazione del codice Zanardelli si andava consolidando un nuovo indirizzo ideologico e culturale del diritto penale. La scuola positiva, ispirata dall'opera di Cesare Lombroso, medico e antropologo, fondatore della antropologia criminale (cfr. Papa E.R., 1985; Neppi Modona G., 1985a, 47 ss.; Frigessi D.-Giacanelli F.-Mangoni L., 1995), e guidata dal giurista Enrico Ferri, lamenta la troppo rapida conclusione del processo di codificazione giunto a termine prima che possano essere discusse e giudicate le sue proposte.

I positivisti pongono l'accento sulle contraddizioni lasciate aperte da un sistema penale che nega qualsiasi rilevanza alle cause antropologiche e sociali del crimine, allo scopo della pena, allo studio del delinquente e, in ultima analisi, al dibattito scientifico che allora incalzava la materia penale. Il carcere diventa il luogo di produzione della riflessione sulla criminalità, è un ideale laboratorio di indagine medica, psicologica, sociale, dal quale emerge la figura del criminale. La scuola positiva affronta due principali campi di ricerca: quello antropologico-biologico (Lombroso), che considera le anomalie fisiche e psichiche del soggetto causa del comportamento deviante. Quello sociologico (Ferri) che pur riconoscendo la realtà del tipo biologico criminale, distingue il criminale-nato dal criminale occasionale e ritiene di poter spiegare la complessità del fenomeno criminale solo ricorrendo ad una serie di altre concause familiari, ambientali e sociali. Comune a entrambi è la convinzione che l'ambiente sia il *bouillon de culture* della criminalità: il crimine è in stretta relazione con l'ambiente sociale nel quale vive il criminale (su Lombroso e l'antropologia criminale cfr. Villa R., 1985).

Il reato viene studiato come fenomeno umano, individuale e sociale: «fenomeno naturale, azione concreta, di cui bisogna indagare le cause altrettanto na-

turali ... Le azioni umane oneste o disoneste, sono il prodotto del suo organismo fisiologico e psichico, e dell'atmosfera fisica e sociale in cui egli è nato e vive» (Ferri E., 1883, 37). Il diritto penale dei positivisti è un diritto penale dell'autore e non del fatto. Il delinquente diventa oggetto di studio di una scienza penale integrata nella quale confluiscono il diritto penale, l'antropologia, la sociologia, la statistica, ma anche la psicologia, la psichiatria e la biologia. Lombroso riesce, con il suo sistema, a minare la nozione di responsabilità e quindi di imputabilità morale del delinquente. Il criminale agisce non per una scelta libera e malvagia ma per un impulso irresistibile che nasce dal suo stato fisico e psichico; la corrente sociologica della scuola metterà tra le cause dell'impulso anche il contesto ambientale. Il libero arbitrio viene negato assieme alla libertà morale. Sono asserzioni che attaccano sul piano teorico e pratico il diritto penale di scuola classica.

Per la scuola positiva il fondamento del diritto di punire è la necessità, la esigenza di difesa della società. Il livello sanzionatorio si misura allora sulla pericolosità del delinquente e non più sulla qualità e gravità del delitto. Secondo Ferri, ad esempio, i delinquenti si possono classificare in cinque categorie: i delinquenti pazzi, i delinquenti nati (gli incorreggibili), i delinquenti abituali, i delinquenti occasionali, i delinquenti passionali. Si tratta di categorie costruite sulla base della pericolosità del delinquente. Non sempre la sanzione penale deve essere il carcere. Per i delinquenti pazzi sarà più opportuno il manicomio, per gli incorreggibili la pena di morte. I positivisti non abbandonano il principio di legalità della pena, sostengono tuttavia che la sanzione penale debba essere indeterminata nel massimo, per lasciare al giudice un ampio spazio di discrezionalità nel quantificare la pena in funzione non della gravità del fatto ma della pericolosità del reo. Infine, elemento centrale della prevenzione saranno i «sostitutivi penali»: riforme sociali che dovrebbero eliminare le cause ambientali del delitto.

La polemica tra la scuola classica e la scuola positiva ebbe toni accesi. Luigi Lucchini utilizza la sua *Rivista* per condannare la erroneità del metodo, dei risultati, delle conclusioni della scuola positiva. La nuova dottrina antropologica, che aveva ormai risonanza negli ambienti giuridici e criminologici europei (cfr. Frigessi D.-Giacanelli F.-Mangoni L., 1995), minaccia la esistenza stessa della scienza giuridica italiana. I giuristi della scuola classica si trovano a combattere anche una battaglia per la sopravvivenza culturale: la posta in gioco è scientifica e professionale insieme. Il conflitto riguarda due modi diversi, e apparentemente inconciliabili, di leggere il fenomeno criminale, da parte di due corporazioni, due professioni, due saperi, due poteri.

Alla azione critica della scuola positiva si affiancò quella del socialismo giuridico, una corrente che insisterà sulla analisi di classe del diritto penale, con l'obiettivo di attuare una riforma del diritto e della legislazione penale in senso sociale (sul socialismo giuridico Neppi Modona G., 1971, 29 ss.; Sbriccoli M., 1973, 607 ss. e Id., 1974-75, 557 ss.; Guerini U., 1974, 431 ss.).

12. *Il progetto Ferri*

I tempi erano ormai maturi perché si tentasse una riforma del codice Zanardelli che tenesse conto della crescente influenza esercitata sul terreno culturale dalla scuola positiva del diritto penale. Il 14 settembre 1919, il ministro della giustizia Ludovico Mortara assegna a una commissione, presieduta da Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, il compito di riformare le leggi penali, in conformità «con i principi e i metodi della difesa della società contro il delitto».

Il progetto venne formulato sulla scorta dei principi dalla scuola positiva: la negazione di ogni distinzione tra delinquenti imputabili e non imputabili; la definizione delle misure di difesa sociale in funzione della maggiore o minore pericolosità del reo; in tema di concorso di persone nel reato, la equiparazione della responsabilità dei compartecipi materiali o morali a quella degli autori principali; l'attribuzione al giudice della possibilità di punire il tentativo come il delitto consumato; la costruzione del sistema delle circostanze aggravanti e attenuanti esclusivamente sulla base della pericolosità.

Il progetto, che riguarda solo la parte generale del codice penale, viene presentato nel gennaio del 1921 (cfr. Ferri E., 1921). Le forti opposizioni suscitate lasciavano immaginare un difficile e problematico *iter* parlamentare. Tuttavia i profondi mutamenti politici che in quei mesi travolsero l'Italia impedirono finanche una prima verifica parlamentare.

13. *Il tecnicismo giuridico*

Il 15 gennaio 1910, quando ancora non era sopita la polemica tra scuola classica e scuola positiva, Arturo Rocco interviene nel dibattito scientifico con una prolusione al corso di diritto e procedura penale che avrebbe tenuto nell'università di Sassari.

Rocco individua la causa della crisi di identità che attraversa la scienza giuridica italiana nella confusione scientifica generata dalla polemica tra le due scuole. Alla scuola classica rimprovera la pretesa di creare «un diritto penale di carattere assoluto, immutabile, universale, la cui origine andasse rintracciata nella divinità, o nella rivelazione dell'umana coscienza, o nelle leggi di natura o nelle leggi del pensiero e dell'idea», completamente avulso dal diritto positivo dello stato (Rocco A., 1910, 497 ss.). La scuola positiva invece ha costruito un «diritto penale senza diritto», a causa della sovrapposizione tra diritto e scienze integrate, quali la sociologia, l'antropologia, la statistica, la psicologia e le scienze filosofiche del diritto e della politica, riducendo il diritto penale ad una appendice della sociologia.

Arturo Rocco propone una terza via (chiamata del tecnicismo giuridico) che, secondo le sue intenzioni avrebbe dovuto condurre le forze restanti delle due

scuole in conflitto ad un punto di mediazione che permettesse una riforma legislativa. In breve chiede alla scuola classica di rinunciare alla metafisica e a quella positiva di rinunciare alla sociologia. La terza via si limita allo studio del diritto positivo vigente, l'unico che possa essere oggetto della scienza giuridica penale. Questa, a sua volta, va circoscritta «ad un sistema di principi di diritto, ad una teoria giuridica, ad una conoscenza scientifica della disciplina dei delitti e delle pene ... È questo l'indirizzo così detto tecnico giuridico, il solo indirizzo possibile in una scienza appunto giuridica, e per giunta di carattere speciale, quale è quella che porta il nome di scienza del diritto penale, ed il solo da cui può aspettarsi una ricostituzione organica della debilitata compagine scientifica del diritto penale» (Rocco A., 1910, 506).

Si tratta di una complessa operazione che, destoricizzando la scienza giuridica penale (la dogmatica penale) e separandola dalla sociologia, dalla antropologia, dalla filosofia del diritto, finisce con il giustificare implicitamente qualsiasi scelta normativa, perché la separa dal tessuto concreto in cui è nata.

L'impresa di ingabbiare il diritto penale in categorie il più possibile neutrali e scientifiche tradisce l'ingenuità epistemologica di rendere la scienza penale altrettanto neutrale e asettica quanto le scienze naturali. Assegnando alla scienza penale un oggetto: «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», un metodo e dei limiti «questo studio è necessariamente uno studio tecnico-giuridico, perché altri mezzi non si hanno nella conoscenza scientifica del diritto, se non quelli forniti dalla tecnica giuridica» (Rocco A., 1910, 518), Arturo Rocco costruisce un diritto penale completamente autore-ferente: tecnicizza i suoi elementi giustificandoli così in via definitiva e, nello stesso tempo, scioglie questa giustificazione da qualsiasi riflessione filosofica e storica.

È una dottrina contrassegnata dal rifiuto programmatico e dalla formale delegittimazione di ogni discussione sui presupposti «filosofici» del diritto penale, e dal ricorso a principi costitutivi interni per la elaborazione del materiale normativo. Dal punto di vista del metodo «il programma di circoscrivere rigorosamente al dato normativo l'oggetto della scienza penale significò, per il corso di una lunga stagione, l'abbandono di ogni prospettiva di elaborazione critica delle categorie penalistiche, a partire dal loro significato politico-criminale» (Fiore C., 1972, 46-47).

Operazione di stampo conservatore quindi, che sotto la pretesa neutralità e apoliticità tradisce una vocazione autoritaria, una scelta politica della conservazione: legittima preventivamente qualsiasi scelta del legislatore, delimita il campo di intervento dei giuristi, garantisce una giurisprudenza conforme alle scelte legislative e lontana da artifici interpretativi disomogenei.

«La componente autoritaria statualista del tecnicismo giuridico, la quale serve a comprendere perché mai durante il fascismo tale concezione sia assolutamente predominante nel campo della scienza giuridico penale, va principalmente identificata nell'accentuazione esasperata che da tale indirizzo viene data al diritto positivo dello Stato, inteso come unica fonte. Perciò il tecnicismo

giuridico esprime nella maniera più indicata ed incisiva la tendenza autoritaria e statale che stabilisce l'assoluta priorità dello Stato rispetto all'individuo e fa ciò, non ipotizzando un presunto diritto naturale, come era nello stile dei classici, bensì affermando categoricamente che l'unico diritto esistente è quello positivo, quello che emana, cioè, dalla suprema volontà e autorità dello Stato» (Bricola F.-Sgubbi F.-Mazzacuva N., 1994, 56).

Letto alla luce dei fatti storici che seguirono, il tecnicismo giuridico, proprio per la disattenzione alle applicazioni normative e alle questioni epistemologiche, costituì un ideale sfondo teorico alla costruzione del nuovo diritto penale dello stato fascista. (Per una diversa lettura del tecnicismo giuridico, attenta ai caratteri di autonomia e alla capacità di costruzione di una scienza del diritto penale cfr. Sbriccoli M., 1990, 147 ss.).

14. *Il codice Rocco*

L'attuale codice penale (che prese il nome dal guardasigilli Alfredo Rocco, fratello di Arturo), entrato in vigore il primo luglio 1931, è coerente ai principi del tecnicismo giuridico e congeniale alle esigenze di tutela di un regime totalitario.

Il codice penale fa parte di un disegno più vasto di radicale adeguamento della legislazione alla mutata situazione politica. Nel luglio del 1931 entrano in vigore, oltre al codice penale, il codice di procedura penale, le disposizioni di coordinamento, le norme transitorie di attuazione, le disposizioni regolamentari per il servizio del casellario giudiziale, il regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena, il testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, e la l. 7 gennaio 1929 n. 4 contenente norme generali in materia di violazioni di leggi finanziarie. «Un complesso normativo imponente a prescindere dai giudizi che possono darsi sul suo contenuto, quale forse soltanto un regime dittatoriale poteva realizzare in tanto breve tempo e con tale simultaneità» (Vassalli G., 1960, 272).

I tratti distintivi del codice, gli stessi che gli permisero di sopravvivere alla caduta del regime, sono da ricercarsi a) nella riconosciuta (o pretesa) perfezione tecnica; b) nella coerente, razionale, coordinata legislazione penale fascista nella quale il codice penale è inserito; c) nel fatto che il codice Rocco, fedele alla tradizione liberale, mantiene fermi il principio di legalità, il principio di colpevolezza, il principio della irretroattività della legge penale (a ben vedere, tuttavia, ciascuno di questi principi conosce profonde erosioni, soprattutto nella parte speciale del codice, cfr. Mantovani F., 2001, sez. II, 29). Né va malintesa la matrice ideologico-politica di stampo liberale dell'indirizzo tecnico giuridico: infatti «il tecnicismo riflette nel campo del diritto penale quella scelta autoritaria che il pensiero politico giuridico-liberale aveva effettuato a causa delle particolari contingenze di carattere politico» (Bricola F.-Sgubbi F.-Mazzacuva N., 1994, 56).

Innanzitutto una scelta di tecnica legislativa che si è prestata a differenti valu-

tazioni (Vassalli G., 1960, 261 ss.; Mantovani F., 2001, sez. II). Dal punto di vista della architettura formale, la proliferazione delle fattispecie incriminatrici (dai 490 articoli del codice Zanardelli ai 730 del codice Rocco), dà luogo a un codice prevalentemente casistico, che sostituisce alla tecnica legislativa della sintesi (tipologie ontologiche di condotte) quella dell'analisi e della frammentazione del diritto penale. L'exasperazione analitica del testo, la «triturazione dei concetti», la moltiplicazione delle fattispecie, che sono il derivato del metodo tecnico-giuridico, accrescono la possibilità di lacune e producono incertezze di confine tra un reato e l'altro, permettendo all'interprete un maggiore spazio discrezionale.

Il codice si fonda su una distinzione, caratteristica di tutti i codici moderni, in una parte generale e in una parte speciale. Nella parte generale sono contenute le disposizioni generali sul reato, sul reo e sulle sanzioni; in quella speciale le norme sui reati in particolare, divisi secondo la bipartizione, già accolta nel codice Zanardelli, delitti e contravvenzioni. La prima parte vanta (come ogni parte generale) una (parziale) neutralità politico-criminale, la seconda invece è maggiormente caratterizzata in senso fascista.

Quanto al principio di stretta legalità dei reati e delle pene, esso non solo ben si inquadra in una concezione autoritaria dello stato (dogma della volontà dello stato come unica fonte del diritto), ma anche si coniuga perfettamente con la proliferazione e conseguente indeterminatezza delle fattispecie, e la pericolosità presunta dei reati politici (una analisi del sistema dei reati politici in Colao F., 1986b).

Una analoga subordinazione degli interessi individuali e collettivi ai fini e agli interessi statuali è rintracciabile: a) nella disciplina del concorso di persone: parificazione del trattamento di tutti i concorrenti nel reato ottenuta attraverso la estensione della ipotesi di responsabilità oggettiva (sul tema cfr. Insolera G., 1983; Id., 1996a, 18-21); b) nella sfera del concorso di reati: il codice sceglie la formula *tot crimina tot poenae*; per il concorso di aggravanti si applicano aumenti progressivi di pena; c) nella disciplina della imputabilità: parificazione della repressione del reato commesso in stato di ubriachezza, sotto l'effetto di sostanze stupefacenti o in particolari stati emotivi e passionali, a quella del reato commesso da un soggetto pienamente imputabile; d) nella disciplina della colpevolezza: inescusabilità assoluta della non conoscenza della legge penale; sempre quanto al principio di colpevolezza: alla esplicita previsione della responsabilità oggettiva corrispondono molteplici fattispecie strutturate su quel modello; e) quanto alle circostanze del reato vengono abolite le attenuanti generiche; f) in materia di scriminanti viene introdotta la fattispecie dell'uso legittimo delle armi da parte del pubblico ufficiale; g) vengono estese le ipotesi di estradizione per i reati commessi all'estero; fra queste un posto speciale occupano i reati politici, per punire i quali il codice abbandona la faticosa conquista liberale del divieto di estradizione.

Tra i tratti distintivi del sistema sanzionatorio ricordiamo: a) la previsione della pena di morte; b) l'estensione della pena dell'ergastolo; c) l'inasprimento

delle pene principali (spesso ottenuto con l'innalzamento del minimo edittale); d) l'inasprimento delle pene accessorie; e) la abolizione dei surrogati penali previsti dal codice precedente; f) le pene pecuniarie non sono commisurate alle condizioni economiche del reo, con la evidente conseguenza di una discriminazione, in senso classista, della applicazione della sanzione penale.

Alla pena si aggiungono le misure di sicurezza detentive. Secondo gli insegnamenti della scuola positiva, queste ultime, fondate sul criterio della pericolosità sociale e indeterminate nella durata, avrebbero dovuto sostituirsi alla pena. Il codice Rocco invece recepisce il principio positivista solo strumentalmente; infatti mette a punto il così detto sistema del doppio binario: affianca alla pena retributiva le misure di sicurezza, arrivando in questo modo a una sostanziale duplicazione della sanzione scontata dal condannato. Il risultato pratico di tale operazione è rappresentato dall'art. 148, «Se, prima dell'esecuzione di una pena restrittiva della libertà personale o durante l'esecuzione, sopravviene al condannato una infermità psichica, il giudice, qualora ritenga che l'infermità sia tale da impedire l'esecuzione della pena, ordina che questa sia differita o sospesa e che il condannato sia ricoverato in un manicomio giudiziario, ovvero in una casa di cura e di custodia ... Il provvedimento di ricovero è revocato, e il condannato è sottoposto alla esecuzione della pena, quando sono venute meno le ragioni che hanno determinato tale provvedimento».

Ma è soprattutto nella parte speciale che il codice tradisce la sua doppia anima autoritaria e borghese. La «pubblicizzazione» degli interessi tutelati costruisce una classificazione piramidale dei reati in cima alla quale troviamo la categoria (amplissima) dei «delitti contro lo Stato» (Titolo I), nei quali rientrano i «delitti contro i diritti politici del cittadino» (Capo III). L'operazione inverte l'ordine degli oggetti di tutela del codice Zanardelli che poneva all'apice i delitti contro la libertà. In questo modo il codice Rocco innova alla radice la prospettiva di tutela: il godimento delle libertà politiche è ora considerato in funzione non già dell'interesse del cittadino, bensì dell'interesse dello Stato. Seguono i delitti contro la comunità e la famiglia (undici titoli) e, da ultimo, a sottolineare l'assoluta preminenza dell'interesse pubblicistico su quello privatistico, quelli a tipico oggetto individualistico: i delitti contro la persona e il patrimonio (solo due titoli).

Nel settore dei delitti contro lo Stato il legislatore introduce una serie di fattispecie quali l'«attività antinazionale del cittadino all'estero», «l'associazione sovversiva», «la propaganda e apologia sovversiva», volte a combattere, dietro l'apparente neutralità casistica, le associazioni socialiste, comuniste e anarchiche (cfr. Fiandaca G., 1981b, 67 ss.).

La autotutela dello Stato totalitario è confermata dalla enfasi posta nella difesa di un corollario di beni che si inseriscono in una impostazione autoritaria dei rapporti tra Stato e cittadino: la pubblica amministrazione, l'amministrazione della giustizia, il sentimento religioso, l'ordine pubblico, l'incolumità pubblica, la fede pubblica, l'economia pubblica, la moralità pubblica e il buon costume, l'integrità e la sanità della stirpe, la famiglia.

Siamo all'interno di una operazione di sottrazione alla sfera individuale di diritti che diventano di sfera pubblica e statale (cfr. Fiandaca G., 1981b, 67 ss.). La disciplina dei delitti contro il sentimento religioso privilegia il culto cattolico, confermandolo come religione di stato, e crea il disvalore dell'ateismo e dell'agnosticismo. I diritti politici vengono tutelati non come valori individuali autonomi ma in quanto rientrano entro il più vasto interesse pubblico e statale. Lo sciopero, anche se non accompagnato da violenza, rientra tra i delitti contro l'economia pubblica. I reati contro la libertà sessuale entrano nella categoria dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume, in questo modo si tutela la sfera individuale in quanto rientra in un astratto modello di buon costume. L'interruzione di gravidanza (ma è punita anche la prevenzione), non è un delitto contro la persona o il concepito, ma un delitto contro l'integrità e la sanità della stirpe.

Infine il carattere scopertamente classista del codice è esplicitato nella diversa tutela accordata ai delitti contro il patrimonio. I delitti puniti più gravemente sono infatti quelli generalmente commessi dai non abbienti (i delitti contro il patrimonio mediante violenza). Alle severe pene previste per il furto (dove le molte circostanze aggravanti ipotizzate rendono impossibile la realizzazione nella forma semplice), si contrappongono quelle più lievi previste per gli illeciti commessi generalmente dalle classi abbienti (i delitti contro il patrimonio mediante frode) (cfr. Sgubbi F., 1980).

Guida per ulteriori approfondimenti

Per chi sia interessato a:

1. Il profilo storico della codificazione pre e post unitaria

- ALESSI G. (2001), *Il processo penale: un profilo storico*, Roma-Bari, Laterza.
- AQUARONE A. (1960), *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, Giuffrè.
- BERTI F. (2003), *La ragione prudente. Gaetano Filangieri e la religione delle riforme*, Firenze, Centro Editoriale Toscano.
- GHISALBERTI C. (1979), *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia*, Bari, Laterza.
- MANZINI V. (1932), *Appunti di storia del diritto italiano. La storia del diritto penale dai comuni ai giorni nostri*, Padova, Cedam.
- MASTROBERTI F. (2001), *Codificazione e giustizia penale nelle Sicilie dal 1808 al 1820*, Napoli, Jovene.
- MILLETTI M.N. (1987), *Un processo per la terza Italia. Il codice di procedura penale del 1913*, Milano, Giuffrè.
- NEPPI MODONA G. (1985b), *Il codice penale italiano del 1889*, in LEVRA U. (a cura di), *La scienza e la colpa. Crimini criminali criminologi: un volto dell'Ottocento*, Milano, Electa Editrice, 220.
- NOVARESE D. (2000), *Istituzioni e processo di codificazione nel Regno delle Due Sicilie. «Le leggi penali» del 1819*, Milano, Giuffrè.

- PESSINA E. (1906), *Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del codice penale vigente (1764-1890)*, in PESSINA E. (a cura di), *Enciclopedia del diritto penale italiano*, vol. II, Milano, Società editrice libraria.
- PIASENZA P. (1985), *La riforma penale del 1786 in Toscana*, in LEVRA U. (a cura di), *La scienza e la colpa. Crimini criminali criminologi: un volto dell'Ottocento*, Milano, Electa Editrice, 166 ss.
- (1985), *La codificazione penale italiana prima dell'unità*, in LEVRA U. (a cura di), *La scienza e la colpa. Crimini criminali criminologi: un volto dell'Ottocento*, Milano, Electa Editrice, 216 ss.
- VINCIGUERRA S. (a cura di) (1993), *Diritto penale dell'Ottocento. I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova, Cedam.
- (a cura di) (1995), *Una tecnica giuridica raffinata al servizio dell'assolutismo regio. Le «leggi penali» delle due Sicilie*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXV, n. 1, 91-106.
- (a cura di) (1998), *I Regolamenti penali di Papa Gregorio XVI per lo Stato Pontificio (1832)*, Padova, Cedam.
- (a cura di) (2001), *Codice dei delitti e delle pene per Regno d'Italia (1811)*, Padova, Cedam.

2. La giustizia penale e l'ordine pubblico

- AMATO G. (1967), *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, Giuffrè.
- CARBASSE J.M. (2000), *Histoire du droit penal et de la Justice criminelle*, Paris, PUF.
- CASADAMONT G., PONCELA P. (2004), *Il n'y a pas de peine juste*, Paris, Odile Jacob.
- CORSO G. (1979), *L'ordine pubblico*, Bologna, il Mulino.
- FIGLIORE C. (1980), *Ordine pubblico*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Milano, Giuffrè, 1084-1106.
- FOUCAULT M. (1976), *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, Einaudi.
- GUARNIERI C. (1995), *L'ordine pubblico e la giustizia penale*, in ROMANELLI R. (a cura di), *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, Roma, Donzelli, 365-405.
- KALUSZYNSKI M. (2002), *La République à l'épreuve du crime. La construction du crime comme objet politique 1880-1920*, Paris, LGDJ.
- LEVRA U. (1975), *Il colpo di Stato della borghesia. La crisi politica di fine secolo in Italia. 1896/1900*, Milano, Feltrinelli.
- MARCHESI A. (2004), *La pena di morte. Una questione di principio*, Bari, Laterza.
- MARTONE L. (a cura di) (1996), *Giustizia penale e ordine pubblico in Italia tra Otto e Novecento*, Napoli, Istituto Universitario Orientale.
- MERLINO F.S. (1974), *L'Italia qual è. Politica e magistratura dal 1860 ad oggi in Italia*, Milano, Feltrinelli.
- MOCCIA S. (1990), *Ordine pubblico*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXII, Roma, Ist. Treccani.
- RODOTÀ S. (1995), *Le libertà e i diritti*, in ROMANELLI R. (a cura di), *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, Roma, Donzelli, 301-363.
- VIOLANTE L. (1976), *La repressione del dissenso politico nell'Italia liberale: stati d'assedio e giustizia militare*, in *Rivista di Storia contemporanea*, V, 481-524.
- ZANUSO F., FUSELLI S. (a cura di) (2004), *Ripensare la pena. Teorie e problemi nella riflessione moderna*, Padova, Cedam.

3. La scuola penale positiva

- BERTRAND M.A. (2003), *Les femmes et la criminalité*, Outremont, Athéna Ed.
- BULFERETTI L. (1975), *Cesare Lombroso*, Torino, Utet.
- DAVIE N. (2004), *Les visages de la criminalité: à la recherche d'une théorie scientifique du criminel type en Angleterre (1860-1914)*, Paris, Ed. Kimé.
- DEBUYST C., DIGNEFFE F., LABADIE J.M., LASCOURMES P., PIRES A.P. (1995), *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, 2 voll., Bruxelles, De Boeck Université.
- FERRI E. (1883), *La Scuola positiva di diritto criminale*, Siena, Torrini.
- (1891), *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna, Zanichelli.
- (1921), *Relazione sul progetto preliminare di Codice penale italiano*, in *La scuola positiva*, parte I.
- FRIGESSI D.-GIACANELLI F.-MANGONI L. (1995), *Cesare Lombroso. Delitto, genio, follia. Scritti scelti*, Torino, Bollati Boringhieri.
- GAROFALO R. (1885), *Criminologia. Studio sul delitto, sulle cause e sui mezzi di repressione*, Torino, Bocca.
- GIBSON M. (2004), *Nati per il crimine. Cesare Lombroso e le origini della criminologia biologica*, Milano, Mondadori.
- LABADIE J.-M. (1995), *Les mots du crime. Approche épistémologique de quelques discours sur le criminel*, Bruxelles, De Boeck Université.
- LOMBROSO C. (1876), *L'uomo delinquente studiato in rapporto alla antropologia, alla medicina legale ed alle discipline carcerarie*, Milano, Hoepli.
- (1878), *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza e alle discipline carcerarie*, Torino, Bocca.
- MARTUCCI P. (2002), *Le piaghe d'Italia. I lombrosiani e i grandi crimini economici nell'Europa di fine Ottocento*, Milano, Franco Angeli.
- PAPA E.R. (a cura di) (1985), *Il positivismo e la cultura italiana*, Milano, Franco Angeli.
- PINATEL J. (2001), *Histoire des sciences de l'homme et de la criminologie*, Paris, L'Harmattan.
- RENNEVILLE M. (2000), *Le langage des crânes. Histoire de la phrénologie*, Paris, Institut d'édition sanofi-synthelabo.
- (2003), *Crime et folie, Deux siècles d'enquêtes médicales et judiciaires*, Paris, Fayard.
- RONDINI A. (2001), *Cose da pazzi. Cesare Lombroso e la letteratura*, Pisa-Roma, Istituti editoriali e poligrafici internazionali.
- SBRICCOLI M. (1990), *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in SCHIAVONE A. (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla Repubblica*, Bari, Laterza, 147-232.
- VILLA R. (1985), *Il deviante e i suoi segni. Lombroso e la nascita dell'antropologia criminale*, Milano, Franco Angeli.

Quesiti per verificare la comprensione del testo

1. Gli obiettivi della riforma del diritto penale.
2. Differenza fra codici e consolidazioni.
3. I difetti della giustizia criminale denunciati nell'opuscolo «Dei delitti e delle pene».
4. Punti qualificanti della riforma auspicata da Beccaria.

5. Il codice leopoldino.
6. Il progetto di riforma per la Lombardia austriaca.
7. L'influenza esercitata da Jeremy Bentham sulla codificazione continentale.
8. Il contenuto della Dichiarazione dei diritti dell'uomo.
9. Caratteri del codice rivoluzionario francese.
10. Il codice napoleonico e la sua influenza sulla codificazione preunitaria italiana.
11. Il carattere liberale del codice Zanardelli.
12. Il sistema sanzionatorio del codice Zanardelli.
13. Il diritto penale politico nel codice Zanardelli.
14. Caratteri della scuola classica.
15. Caratteri della scuola positiva di diritto penale.
16. Pretesa neutralità del metodo del tecnicismo giuridico.
17. La componente autoritaria del tecnicismo giuridico.
18. Tratti distintivi del codice Rocco.
19. Il sistema del doppio binario della sanzione penale nel codice Rocco.
20. Il carattere fascista del codice Rocco.