



---

# I CARDINI DELLA MODERNITÀ PENALE DAI CODICI ROCCO ALLE STAGIONI DELL'ITALIA REPUBBLICANA

a cura di

Massimo Donini, Loredana Garlati, Marco N. Miletto, Renzo Orlandi

---

**14** LA CULTURA GIURIDICA  
TESTI DI SCIENZA, TEORIA E STORIA DEL DIRITTO



Roma TrE-Press  
2024



Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza

Nella stessa collana

1.

A cura di G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *Leggi razziali. Passato/Presente*, 2015

2.

A cura di I. Birocchi, L. Loschiavo, *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, 2015

3.

E. BETTI, *Problemi di storia della costituzione sociale e politica nell'antica Roma*, 2017

4.

A cura di F. Macario, M.N. Miletti, *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, 2017

5.

P. FARINA, *La querela civile di falso – I. Origini e vicende storiche*, 2017  
*II. Profili teorici e attuativi*, 2018

6.

A cura di B. Pasciuta, L. Loschiavo, *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, 2018

7.

I. WOOD, *La trasformazione dell'Occidente romano e l'affermazione della Chiesa nel primo medioevo*, 2019

8.

A cura di A. Banfi, E. Stolfi, M. Brutti, *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, 2020

9.

A cura di G. Chiodi, I. Birocchi, M. Grondona, *La costruzione della "legalità" fascista negli anni Trenta*, 2020

10.

A cura di G. Contaldi, *Sovranità e diritti al tempo della globalizzazione*, 2021

11.

A cura di A. Carratta, L. Loschiavo, M.U. Sperandio, *Emilio Betti e il processo civile*, 2022

12.

M. TRAPANI, *Il reato e le sue conseguenze*, 2022

13.

G. ROSSI, *Commercio e diritto in Inghilterra tra Cinque e Seicento*, 2023

Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza

# **I CARDINI DELLA MODERNITÀ PENALE DAI CODICI ROCCO ALLE STAGIONI DELL'ITALIA REPUBBLICANA**

a cura di

**Massimo Donini, Loredana Garlati, Marco N. Miletto, Renzo Orlandi**

**14**

LA CULTURA GIURIDICA  
TESTI DI SCIENZA, TEORIA E STORIA DEL DIRITTO



*Roma TrE-Press*

2024

*La cultura giuridica. Testi di scienza, teoria e storia del diritto*  
Collana diretta da Beatrice Pasciuta

*Coordinamento scientifico*

Pia Acconci (Univ. Teramo); Italo Birocchi (Univ. Roma Sapienza); Antonio Carratta (Univ. Roma Tre); Emanuele Conte (Univ. Roma Tre); Wim Decock (Univ. Leuven); Carlo Fantappiè (Univ. Roma Tre); Stephanie Hennette-Vauchez (Univ. Paris X – Nanterre); Caroline Humphress (Univ. St Andrews); Luca Loschiavo (Univ. Teramo); Michele Luminati (Univ. Luzern); Francesco Macario (Univ. Roma Tre); Marta Madero (Univ. Buenos Aires); Maria Rosaria Marella (Univ. Perugia); Sara Menzinger (Univ. Roma Tre); Marco Nicola Miletta (Univ. Foggia); Angela Musumeci (Univ. Teramo); Paolo Napoli (EHESP Paris); Beatrice Pasciuta (Univ. Palermo); Francesco Riccobono (Univ. Napoli Federico II); Marco Urbano Sperandio (Univ. Roma Tre); Mario Stella Richter (Univ. Roma Tre); Isabel Trujillo (Univ. Palermo); Kaius Tuori (Univ. Helsinki).

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Questo volume si pubblica con il contributo dell'Istituto Emilio Betti

**ISeB**

Istituto Emilio Betti  
di Teoria e Storia del Diritto

*Coordinamento editoriale*

Gruppo di lavoro *Roma Tre-Press*

*Cura editoriale e impaginazione*

**teseo**  **editore** Roma [teseoeditore.it](http://teseoeditore.it)

*Elaborazione grafica della copertina*

**MOSQUITO**  [mosquitoroma.it](http://mosquitoroma.it)

Caratteri grafici utilizzati: Domaine Display Black; Futura-Bold; FuturaStd Book; MinionPro-Regular (copertina e frontespizio). Garamond (testo).

Edizioni *Roma Tre-Press*®

Roma, giugno 2024

ISBN 979-12-5977-328-9

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina Creative Commons attribution 4.0 International Licence (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *Roma Tre-Press* è svolta nell'ambito della  
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma.



n. 14/2024

I CARDINI DELLA MODERNITÀ PENALE DAI CODICI ROCCO ALLE STAGIONI  
DELL'ITALIA REPUBBLICANA

a cura di Massimo Donini, Loredana Garlati, Marco Milette e Renzo Orlandi

Contributi di:

Floriana Colao – Università di Siena

Marcello Daniele – Università di Padova

Massimo Donini – 'Sapienza' Università di Roma

Giovanni Fiandaca – Università di Palermo

Loredana Garlati – Università di Milano Bicocca

Fausto Giunta – Università di Firenze

Roberto E. Kostoris – Università di Padova

Luigi Lacché – Università di Macerata

Marco Nicola Milette – Università di Foggia

Renzo Orlandi – Università di Bologna

Francesco Palazzo – Università di Firenze

Francesco Viganò – Giudice della Corte costituzionale

## Indice

LUCA LOSCHIAVO <i>Prefazione</i>	9
-------------------------------------	---

### Parte prima

#### LA FUNZIONE COSTITUENTE DEL PENALE

LUIGI LACCHÉ <i>Sulla 'funzione costituente' del penale tra Otto e Novecento: un secolo di storia italiana</i>	15
FRANCESCO PALAZZO <i>Oltre il Novecento. La Costituzione democratica nel tempo della globalizzazione</i>	39
FLORIANA COLAO <i>'The Anonymous Matrix'. Diritti umani e spazi imperiali nell'era globale</i>	51

### Parte seconda

#### DAL PENALE DELLO STATO AL PENALE SOVRANAZIONALE

ROBERTO E. KOSTORIS <i>Dal penale nazionale al penale transnazionale: le dinamiche del processo nell'intreccio tra un diritto per regole e un diritto per principi</i>	79
FRANCESCO VIGANÒ <i>Dal 'diritto penale dello Stato' al 'diritto penale sovranazionale'</i>	97

### Parte terza

#### OSSESSIONI INQUISITORIE

LOREDANA GARLATI <i>La nascita del codice di procedura penale del 1930</i>	143
RENZO ORLANDI <i>Osessioni inquisitorie nell'Italia repubblicana</i>	195

Parte quarta  
PUNIRE O NON PUNIRE?

MASSIMO DONINI <i>Punire e non Punire. Un pendolo storico divenuto sistema</i>	215
---	-----

Parte quinta  
DALLA CENTRALITÀ DEL CODICE AL PRIMATO DELLA GIURISPRUDENZA

MARCELLO DANIELE <i>La crisi del codice di procedura penale: un fenomeno irreversibile?</i>	259
FAUSTO GIUNTA <i>Un diritto strettamente e necessariamente giurisprudenziale</i>	269

Parte sesta  
DOTTRINE E INTERPRETAZIONE

MARCO NICOLA MILETTI <i>«Gioco cinese». La dogmatica e i suoi critici nella penalistica italiana (1900-1950)</i>	281
GIOVANNI FIANDACA <i>Intorno a dottrine e interpretazione penalistiche dal Codice penale Rocco a oggi</i>	323

## Prefazione

Può forse apparire strano ad alcuno che l'Istituto Betti dedichi attenzione ai temi e ai problemi del diritto e del processo penale. E che su tali argomenti promuova e organizzi un apposito convegno e poi ne curi la pubblicazione dei risultati. In realtà, se è vero che il diritto penale è uno dei settori del diritto sui quali Emilio Betti ha meno esercitato il suo ingegno, al lettore attento del presente volume non sfuggirà come le idee e gli insegnamenti del giurista marchigiano siano stati invece sovente presenti ai penalisti dell'ultimo secolo e come, *pour cause*, essi facciano capolino in diversi dei saggi qui raccolti.

Ancor più, però, a suggerire questa scelta è stata proprio una delle vocazioni cui l'Istituto Betti cerca di rispondere. Nella sua attività – ormai quasi trentennale – e seguendo le chiare indicazioni del suo statuto, l'Istituto ha infatti spesso cercato di proporsi come luogo d'incontro e di discussione trasversale tra i giuristi e non solo. Ed ha privilegiato, a questo scopo, tematiche che potessero attrarre i cultori delle scienze giuridiche in genere (i 'giuristi'), ma anche quanti, pur non essendo degli specialisti, nutrissero tuttavia interesse per la vita delle istituzioni e del complesso sistema giuridico entro il quale ci muoviamo.

Inseguendo, appunto, questa vocazione si è pensato che la materia penalistica meritasse di essere affrontata in maniera per quanto possibile ampia e aperta. Ed è parso che, per porre sul tavolo e analizzare i risultati cui sono giunte le discipline penalistiche negli ultimi centocinquant'anni e per discutere dei problemi vecchi e nuovi che ancora rimangono da risolvere e delle attuali e future prospettive della giustizia penale, la via migliore fosse quella di chiamare a confrontarsi e discutere assieme penalisti, processual-penalisti e storici del diritto e del processo penale.

L'onere dell'ideazione e organizzazione del convegno – cui si è scelto di dare il medesimo titolo che ora appare sulla copertina di questo volume – è stato assunto da Massimo Donini, Loredana Garlati, Marco Nicola Milletti e Renzo Orlandi. Ed è loro il merito di aver immaginato una struttura articolata in sei sezioni (anch'esse riproposte nell'ordine del presente volume) e intitolate rispettivamente: *La funzione costituyente del penale*; *Dal penale dello Stato al penale sovranazionale*; *Ossessioni inquisitorie*; *Punire o non punire?*; *Dalla centralità del codice al primato della giurisprudenza*; *Dottrine e interpretazione*. Il convegno si è poi effettivamente celebrato due anni fa, nel novembre 2022.

Non spetta certo a chi scrive giudicare della riuscita del convegno e del valore intrinseco del libro che qui ora vede la luce (e che – sia detto *per incidens* – solo in parte rispecchia l'esatto andamento del convegno dal momento che ospita almeno un contributo che non origina dalle relazioni che furono allora tenute). Sarà piuttosto il lettore a giudicare della riuscita e dell'utilità dei risultati di quell'incontro.

Nondimeno, mi pare che, presentandone gli esiti, si possa legittimamente trarre almeno qualche considerazione (del tutto liminare, s'intende). Le pagine che seguono, infatti, dimostrano ancora una volta e con estrema chiarezza quanto la materia penalistica sia ineludibilmente e profondamente radicata nella dimensione sociale del nostro vivere e quindi nello scorrere vario e imprevedibile della storia e della storia politica in particolare. Lo studio del diritto e del processo penale riuscirebbero impossibili (o, se si preferisce, inutili) se lo studioso non gettasse continuamente lo sguardo fuori dalla finestra della sua stanza di lavoro e se non facesse continuamente i conti con quello che sotto quella finestra è già passato nei tempi precedenti. Ciò vale in realtà per ogni branca del diritto (essendo il diritto un 'fatto' umano e perciò, indubbiamente, storico), ma in special modo ha valore per i diritti penale e processuale penale. Per essi, più che per le altre discipline giuridiche, la dimensione storica e quella politica non possono essere separate dall'analisi e dalla riflessione accademica e dalla costruzione teorica, come non lo sono mai nell'interpretazione e applicazione finale delle norme da parte della magistratura.

Così, non si può non avvertire il peso della storia e della politica osservando gli ultimi sussulti del risorgimento liberale, con le sue contraddizioni esplose al momento di affrontare fenomeni dalle vaste proporzioni e dalle radici profonde come la delinquenza sociale del brigantaggio o i moti di protesta che videro protagonisti operai e contadini all'indomani della Grande guerra. Così, non è affatto difficile riconoscere egual peso alle vicende storiche e alle evenienze politiche allorquando i giuristi del fascismo vollero coltivare, teorizzandolo e poi realizzandolo, il bieco autoritarismo dello 'Stato etico' e anti-individualista. Discorso analogo vale pure per ciò che avvenne con la svolta postbellica e la fondazione di una inedita Repubblica democratica, la quale si è tuttavia rivelata incapace di rinnegare la codificazione penale del precedente regime e si è invece limitata ad eliminarne qui e là dei segmenti, alternando peraltro fasi di ideali aperture a repentini irrigidimenti giustificati in base a 'ragioni d'urgenza'. E così è ancora nello svolgersi dell'odierno confronto con le istituzioni internazionali di giustizia ('globali' ed europee): una dialettica che si dipana lungo un filo tutt'altro che sereno, ove spesso affiorano problemi di natura tanto teorica e di si-

stema, quanto di concreta applicabilità pratica.

Non si può non sottolineare che ancora oggi, come in passato, continuano a meritare attente riflessioni e a stimolare pure iniziative legislative quelli che erano e rimangono grandi temi della penalistica: la ‘funzione’ della pena e la sua ‘certezza’; i modelli processuali da preferire per meglio rispondere alle differenti (anche se non confliggenti) esigenze di accertare le responsabilità, garantire gli imputati, ma anche – se non soprattutto – di assicurare l’ordine pubblico e la tranquillità dei cittadini comuni. Questi ultimi (in passato, ma anche oggi e certamente domani) guardano al ‘sistema giustizia’ come alla ‘doverosa risposta’ ai fenomeni che maggiormente li preoccupano e che percepiscono come altrettante gravi minacce (oggi, certamente – e non è il caso di discutere qui se a ragione o a torto – l’immigrazione di massa e il terrorismo internazionale).

La lettura dei saggi qui raccolti lascia intravedere, nella ormai lunga storia della penalistica moderna, una dialettica continua. Per un verso si riconoscono certo alcune costanti e, per altro verso, però, si percepisce con nettezza il moto oscillatorio che, di volta in volta, ha condotto e conduce ad avvicinarsi all’uno o all’altro di due termini distinti in un gioco pendolare apparentemente senza fine. Ed ecco allora il privilegiare il rito accusatorio o piuttosto quello di tipo inquisitorio. Ecco l’optare per un approccio ‘teorico-dogmatico’ o piuttosto ‘pratico e fattuale’, il preferire la ‘coerenza del sistema’ nazionale o piuttosto l’apertura dialogante e compromissoria con altri e differenti sistemi. Ecco l’orientarsi verso un impianto ‘punitivo’ e retributivo o invece puntare verso soluzioni alternative (come, per esempio, la moderna – ma in realtà assai più antica – ‘giustizia riparativa’).

Sembrirebbe che dietro le scelte verso le quali, volta per volta, più o meno consapevolmente, paiono volersi indirizzare i vari soggetti che in qualche modo sono protagonisti del ‘penale’ (legislatore, magistratura, studiosi del diritto, opinione pubblica) si celino in realtà visioni di fondo completamente differenti per non dire opposte: da una parte sta chi ritiene che il sistema penale abbia il suo obiettivo primario nella *lotta contro il soggetto delinquente* (quasi una vendetta da esercitare contro il comune ‘nemico’), dall’altro lato vi è invece chi sostiene l’idea che il compito delle istituzioni e delle leggi che quel sistema compongono consista piuttosto nella *lotta contro il delitto*.

La dialettica tra visioni differenti è in genere foriera di avanzamento. Perché ciò avvenga, essa deve però esser condotta in maniera corretta. Occorre, in altre parole, procedere studiando i problemi, analizzandone gli aspetti cercando di coglierne le cause e gli effetti. Non basta. Poi, occorre anche la volontà di immaginare e proporre delle soluzioni che siano social-

mente praticabili e sostenibili. Questo è – dovrebbe essere – il compito dei giuristi. E questi sono anche gli obiettivi che il presente volume vorrebbe inseguire.

Oltre gli ideatori del convegno e tutti gli autori che hanno contribuito con i loro saggi, vorrei qui ringraziare, a nome dell'Istituto Betti e mio, la dott.ssa Lorenza Grossi che ha dato un apporto decisivo al lavoro di *editing* e alla confezione finale di questo volume.

Teramo, 3 aprile 2024

Luca Loschiavo

## Parte prima

### LA FUNZIONE COSTITUENTE DEL PENALE



Luigi Lacchè

*Sulla 'funzione costituente' del penale tra Otto e Novecento:  
un secolo di storia italiana*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Quattro possibili declinazioni di 'funzione costituente' del penale in età liberale: 2.1. La 'funzione costituente' della legge/codice – 2.2. Dal penale al costituzionale – 2.3. La penalistica costituzionale – 2.4. La dimensione costituente e l'unificazione giuridica – 3. Una prelezione 'costituente'? – 4. La giustizia fascista e la nuova 'funzione costituente' del penale – 5. Una strategia vincente: minimizzare la politicità dei codici Rocco

1. *Premessa*

Gli amici organizzatori di questo importante e bel convegno<sup>1</sup> hanno proposto al sottoscritto e al prof. Francesco Palazzo di affrontare, nella nostra sessione, un tema molto stimolante ma anche problematico come *La funzione costituente del penale*. Con l'illustre Maestro del diritto penale si è deciso per una 'naturale' divisione del lavoro. Pur in un contributo idealmente 'unitario' il mio compito è di proporre una riflessione di taglio storico-giuridico necessariamente selettiva, muovendomi tra Otto e Novecento, e giungendo alle soglie dell'esperienza costituzionale repubblicana, per passare così il testimone al mio collega di sessione.

Il titolo generale del Convegno indica con precisione l'asse cronologico: dai codici Rocco alle stagioni dell'Italia repubblicana. Per le ragioni che cercherò di esporre, il mio contributo avrà un raggio d'azione più ampio rispetto al compito che mi è stato affidato e che dovrebbe concentrarsi sull'asse cronologico che va dai codici Rocco alle stagioni dell'Italia repubblicana. Partirò invece partendo dall'età liberale, nella convinzione che la storia italiana delle dottrine, della legislazione e dei codici sia segnata in profondità dal tema della continuità/discontinuità fra i tre sistemi penali che ne hanno caratterizzato lo svolgimento. Appare necessario segnalare la dimensione di lunga durata del 'problema penale' inteso come chiave di

---

<sup>1</sup> Il testo riprende e riorganizza, con l'aggiunta di una bibliografia essenziale, gli appunti utilizzati nell'incontro dell'11 novembre 2022, mantenendo il tono colloquiale. .

lettura che rimanda alle più complesse dinamiche dello sviluppo sociale e civile. In questo contesto il taglio cronologico può essere meglio ricollegato al concetto di ordine penale liberale che resta, nella sua profonda struttura tensiva ordine/libertà, il principale ‘fornitore’ di visioni, ideologie e pratiche, in ambiguo e discorde contraddittorio con l’età fascista dei codici Rocco e in problematica continuità con l’universo democratico costituzionale del dopoguerra<sup>2</sup>. In questa prospettiva appare importante per lo studioso ‘positivo’ del diritto penale poter cogliere le ragioni profonde di quei *caratteri originari* e di quei *tratti permanenti* del sistema penale italiano sui quali ha insistito Mario Sbriccoli<sup>3</sup> nel suo itinerario di ricerca.

Infine – ma è elemento centrale – come intendere, interpretare, articolare il concetto che ci è stato proposto, ovvero la *funzione costituente del penale*? Provo a darne una prima minimale illustrazione: la definirei come l’attitudine, la capacità del penale di contribuire, in una esperienza storica e nel contesto di uno specifico rapporto tra Stato, società e individui, alla legittimazione, costruzione e sviluppo di un determinato ordine giuridico e politico-costituzionale.

## 2. *Quattro possibili declinazioni di ‘funzione costituente’ del penale in età liberale*

### 2.1. *La ‘funzione costituente’ della legge/codice*

Una prima possibile declinazione o ‘paradigma’ si sostanzia nella ‘funzione costituente’ della legge/codice. La costituzione formale – lo Statuto fondamentale del Regno – per la sua origine (1848) e per i suoi caratteri di fondo<sup>4</sup> appresta una cornice esile. La sezione dedicata ai diritti e ai doveri dei cittadini, gli articoli 71 e 72 (principio del giudice naturale e pubblicità dei dibattimenti) rispecchiano la cultura costituzionale dei liberali europei<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Su questi profili v. la riflessione di M.N. MILETTI, *Giustizia penale e identità nazionale*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 45 (2016), pp. 684-705.

<sup>3</sup> *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, ora in ID., *Scritti di storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano 2009, t. I, pp. 591-670.

<sup>4</sup> L. LACCHÈ, *Granted Constitutions. The Theory of octroi and Constitutional Experiments in Europe in the Aftermath of the French Revolution*, in «European Constitutional Law Review», 9 (2013), II, pp. 285-314; ID., *Settant’anni di Statuto Albertino e settant’anni di Costituzione repubblicana: analogie e differenze (Storia delle costituzioni)*, in *Le età della Costituzione 1848-1918, 1948-2018*, a cura di L. Geninatti Satè, J. Luther, A. Mastropaolo, C. Tripodina, Milano 2019, pp. 13-39.

<sup>5</sup> L. LACCHÈ, *Il costituzionalismo liberale*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero*, ottava appendice, *Diritto*, *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, dir. P. Cappellini, P. Costa, M.

e assegnano al legislatore il compito di definire e dare contenuti al rapporto tra lo Stato e l'individuo. La garanzia costituzionale (e quindi il costituzionalismo) opera principalmente nell'ambito delle libertà economiche, ma si indebolisce quanto più ci si allontana dall'antropologia del proprietario maschio e maggiorenne. Il legicentrismo crea una linea di faglia tra legge e 'costituzione', legge e diritti. I cardini del penale pertanto sono fragili dal punto di vista dello Statuto, forti da quello del codice e della *costituzione materiale*. Il penale della legge/codice è il vero perno che esprime e tutela i principii e i valori del *privatismo* (codice civile). Il principio di legalità è la 'soluzione' ma anche il 'problema'. Infatti, nell'antropologia della costituzione penale materiale del nuovo Stato italiano si insinua, sin dall'inizio<sup>6</sup>, il principio che sia necessario avere livelli distinti di legalità per *governare* situazioni, contesti sociali, soggettività politiche diversi. Il principio di legalità è naturalmente rigido e perciò ogni territorio che non può essere governato dal codice diventa *zona di eccezione* e ambito per una risposta che richiama taluni caratteri dello Stato di polizia: provvedimenti e misure. È l'altra faccia di quel duplice livello di legalità<sup>7</sup> che svela la co-implicazione tra sistema di

---

Fioravanti, B. Sordi, Roma 2012, pp. 294-301; ID., *Il nome della "libertà". Tre dimensioni nel secolo della Costituzione*, in *Un secolo per la Costituzione (1848-1948). Concetti e parole nello svolgersi del lessico costituzionale italiano*, a cura di F. Bambi, Firenze 2012, pp. 29-50.

<sup>6</sup> A cominciare, in particolare, dal problema della repressione del grande brigantaggio meridionale del 1861-1865 sul quale rinvio a L. LACCHÈ, *Rivisitare il brigantaggio: tra storia e diritto*, in *Prevenzione e repressione del brigantaggio: teorie, norme, pratiche (secoli XVIII-XIX)*, a cura di E. Musumeci, in corso di stampa.

<sup>7</sup> Il doppio livello di legalità – come ha mostrato Mario Sbriccoli (M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in ID., *Scritti di storia del diritto penale e della giustizia*, cit. nt. 3, t. I, p. 524; *Caratteri originari e tratti permanenti*, cit. nt. 3, pp. 596-597, 647, 654-655) ridimensiona l'idea del principio di legalità inteso come un blocco monolitico e identifica la tensione che si instaura tra forme e dimensioni diverse della legalità: i codici e le leggi di pubblica sicurezza, i codici e le leggi di eccezione, la legge generale e universale e le concrete specifiche applicazioni. Quel concetto descrive i meccanismi e le *misure* che fanno prevalere, quando necessario, l'opportunità politica sulla regola giuridica e sui 'principii', comprimendo diritti e garanzie. In un volume dedicato alla questione del carcere preventivo nello Stato liberale, ho parlato de *La giustizia per i galantuomini* (Milano 1990) per porre l'attenzione sull'aporia originaria del pensiero e della pratica determinati dal campo di tensione ordine/libertà, tra il garantismo retorico della legge e i meccanismi di effettivo funzionamento del sistema penale multilivello (ricorso alla giustizia militare per fronteggiare problemi civili e politici, misure di difesa sociale, penale amministrativo, misure di sicurezza) attraverso forme di attenuazione, deroga, eccezione. Lo Stato liberale,

stretta legalità *piena* e sottosistemi di legalità *differenziata e attenuata*.

### 2.2. *Dal penale al costituzionale*

Un secondo significato di ‘funzione costituente’ può aiutare a comprendere che tipo di *movimento* prevale nella costruzione dello Stato liberale. Si potrebbe dire che il *movimento costituente* parte dal ‘penale’ e procede verso la dimensione politico-costituzionale. Qui troviamo il grosso fenomeno dell’evidenza e della centralità del problema o della questione penale nella vita politica italiana<sup>8</sup>.

Si può dire che lungo l’intero secolo non ci sarebbe stato problema aperto, in fatto di crescita civile, di libertà, di giustizia o di evoluzione politica, che non attraversasse in qualche punto il sistema penale. Acquisire o garantire la più piccola delle libertà, comportava la riscrittura o la cancellazione di una norma penale, di un divieto, di un crimine. Ogni nuovo elemento di civiltà che andasse ad arricchire la società attraverso i suoi ordinamenti, portava con sé mutamenti, spesso, importanti, dell’ordine penale vigente<sup>9</sup>.

### 2.3. *La penalistica costituzionale*

Dalla consapevolezza della centralità del problema discende un terzo possibile paradigma di ‘funzione costituente’ che si sostanzia nel ruolo di quella ‘scienza’ penalistica che tra Sette e Ottocento ha identificato nel penale il luogo del conflitto e della costruzione di una cultura della tutela giuridica e della garanzia dell’individuo. Sbriccoli ha coniato, per rappresentare tale complesso fenomeno, il fortunato concetto della «penalistica civile». Io ho parlato della dottrina penale ‘classica’ come ‘formante’ – quindi cardine – del costituzionalismo liberale e della *penalistica costituzionale*<sup>10</sup>. Nessuno più di Francesco Carrara ha enfatizzato la vocazione della figura del pena-

---

per contrastare antagonisti e *disturbers*, opera sulla linea di confine, crea zone grigie, ‘zone franche’ (rispetto ai postulati del garantismo liberale), ‘sottrazioni’ che però continuano ad avere come termine dialettico il principio di legalità. In questo modo è possibile conservare un legame tra il diritto penale e le libertà pubbliche, legame certo controverso, ma comunque riferibile ad un ordine giuridico inclusivo.

<sup>8</sup> Così SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti*, cit. nt. 3, pp. 598 ss.

<sup>9</sup> SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, ora in ID., *Scritti di storia del diritto penale e della giustizia*, cit. nt. 3, t. I, p. 33.

<sup>10</sup> L. LACCHÈ, *La penalistica costituzionale e il «liberalismo giuridico»*. *Problemi e immagini della legalità nella riflessione di Francesco Carrara*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 36 (2007), t. I, pp. 623-655.

lista ‘civile’ al fine di trasformare l’esercizio teorico/pratico in milizia *costituzionale* da intendere quale dimensione strategica, sistematica, del suo operare, alla ricerca costante di un difficile equilibrio tra ordine della società, *costituzione materiale* e garanzia delle ‘libertà dei moderni’. Per il grande criminalista lucchese – ma il discorso andrebbe allargato all’insieme dei giuristi liberali – il «giure penale» è il contesto privilegiato nel quale le «grandi parole» (libertà, diritti, ecc.) vengono scarnificate e sono costrette a vivere nella realtà. Nel *penale* il principio di legalità è posto di fronte alla prospettiva *politica* e ai limiti del liberalismo costituzionale e del garantismo. La scienza penalistica

ha per sua missione di frenare le aberrazioni dell’autorità sociale nel *divieto*, nella *repressione*, e nel *giudizio*, onde questa si mantenga nelle vie di giustizia e non degeneri in tirannia. La scienza criminale ha per sua missione di moderare gli abusi dell’autorità nell’esercizio di quei tre grandi fatti [...]. I precetti destinati a moderare in questa guisa il potere legislativo debbono risalire ad un principio comune e fondamentale, e la formula che esprime tale principio è il *programma* della scienza criminale<sup>11</sup>.

#### 2.4. *La dimensione costituente e l’unificazione giuridica*

Infine, una quarta ed evidente declinazione del concetto di ‘funzione costituente del penale’ riguarda una vicenda centrale della storia italiana: il grande e grave problema dell’unificazione giuridica nei primi decenni dello Stato nazionale. Il penale, come è noto, più di ogni altro settore del diritto è stato il protagonista del dibattito e dei conflitti politico-ideologici che accompagnarono il processo di unificazione, con riguardo anzitutto alla tormentata elaborazione del codice penale Zanardelli<sup>12</sup> e alla vicenda della riforma del codice di procedura penale<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale dettato*, ried. a cura di F. Bricola e M. Nobili, Bologna 1993, Prefazione alla quinta edizione, pp. 31-32.

<sup>12</sup> L. LACCHÈ, *Un code pénal pour l’Unité italienne: le code Zanardelli (1889). La genèse, le débat, le projet juridique* in *Le pénal dans tous ses états. Justice, Etats et Sociétés en Europe (XIIe-XXe siècles)*, a cura di R. Levy e X. Rousseaux, Bruxelles 1997, pp. 303-319 ; F. COLAO, *Profili di federalismo penale in Italia dall’unità al Codice Zanardelli*, in *Questione criminale e identità nazionale in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di L. Lacché e M. Stronati, Macerata 2014, pp. 141-156.

<sup>13</sup> Non si può che rinviare a M.N. MILETTI, *Un processo per la Terza Italia. Il codice di procedura penale del 1913. I: L’attesa*, Milano 2003.

### 3. *Una prelezione ‘costituente’?*

È impossibile fare una storia della cultura giuridica italiana senza tenere conto delle prolusioni e delle prelezioni universitarie. I giuristi, specialmente quelli più vocati alla dimensione metodologica e speculativa, fecero dei discorsi di apertura dei loro corsi – e in qualche caso degli anni accademici – la sede per presentare in maniera ‘agile’ e programmatica la loro impostazione scientifica e per proporre un ‘nuovo metodo’ che, se seguito, avrebbe consentito di superare approcci considerati superati o carenti o errati nei loro presupposti. Alcune prolusioni sono divenute – come è noto – veri e propri *turning point* e l’anno della loro presentazione una ‘boa’ attorno alla quale compiere una manovra di ri-orientamento di una determinata disciplina.

Nel penale novecentesco una data *clou* – spesso usata come spartiacque – è il 1910 quando, il 15 gennaio, Arturo Rocco (1876-1942)<sup>14</sup> pronunciò, come apertura del suo corso di diritto e procedura penale a Sassari (subentrando a Vincenzo Manzini), quella che è diventata – col titolo *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*<sup>15</sup> – la prolusione *par excellence*. Rocco, dopo oltre un decennio di attività di insegnamento, aveva 34 anni, con alle spalle già studi pregevoli sulla cosa giudicata e sulla riparazione degli errori giudiziari: nel 1910 era tempo di esprimere appieno la sua ‘visione’ del penale, il suo credo scientifico e tracciare un programma di lavoro. Non è questa la sede per analizzare di nuovo il testo, notissimo, della prolusione. Qui interessa solo riprendere alcuni fili che appaiono utili per riflettere sul nostro tema, la ‘funzione costituente’ del penale.

La prolusione di Rocco consiste in uno dei discorsi programmatici che, tra Otto e Novecento, hanno più efficacemente reindirizzato la scienza italiana verso i lidi del metodo giuridico. Le analogie del discorso sassarese con la celeberrima prolusione di Vittorio Emanuele Orlando<sup>16</sup>, pronunciata

<sup>14</sup> G. DE FRANCESCO, *Arturo Rocco*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, 2012, pp. 376-380; L. GARLATI, M.N. MILETTI, *Rocco Arturo*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, Bologna, 2013, t. II, pp. 1704-1708; M.P. GERI, *Rocco, Arturo*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, vol. 88, 2017, <[https://www.treccani.it/enciclopedia/arturo-rocco\\_%28Dizionario-Biografico%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/arturo-rocco_%28Dizionario-Biografico%29/)>.

<sup>15</sup> In «Rivista di diritto penale», I, 1910, parte prima, pp. 497-521, 561-582, poi in ID., *Opere giuridiche*, III, *Scritti giuridici vari*, Roma, 1933, pp. 263-323. Sulla prelezione di Rocco v. il dibattito su *Legittimazione e metodo della scienza penale a cento anni dalla prolusione sassarese di Arturo Rocco* in «Criminalia. Annuario di scienze penalistiche», 2010, pp.127-252.

<sup>16</sup> Il riferimento in AR. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, cit. nt. 15,

a Palermo venti anni prima<sup>17</sup>, sono evidentissime nella struttura, negli argomenti e per alcuni degli obiettivi perseguiti. In Orlando il problema principale è rappresentato dagli eccessi di ordine esegetico e filosofico e dalla negazione di ogni criterio sistematico tali da rendere il paradigma scientifico del diritto pubblico disordinato, incoerente, eclettico. Orlando vuole segnalare la necessità di allontanarsi dal ‘non-metodo’ dei giuristi che verranno poi bollati come ‘preorlandiani’. Questi «sono troppo filosofi, troppo politici, troppo storici, troppo sociologisti e troppo poco giureconsulti [...]»<sup>18</sup>. «Ciò che noi censuriamo, ciò che è stato esiziale al fisiologo sviluppo del diritto pubblico [...] è l’aver dimenticato che altro è diritto, altro filosofia, altro scienza del diritto, altro cognizione delle leggi [...]». All’inizio del percorso, la via da imboccare è ‘obbligata’, «cioè che il diritto pubblico si consideri, nel modo stesso che il diritto privato, come un complesso di principi giuridici sistematicamente coordinati»<sup>19</sup>. Come Orlando mostrerà sempre

pp. 273-274.

<sup>17</sup> *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in «Archivio giuridico», 62 (1889), pp. 107-124. È il discorso inaugurale (8 gennaio 1889) dei corsi di diritto amministrativo e costituzionale, letto all’Università di Palermo. Cfr., tra gli altri, M. FIORAVANTI, *Il dibattito sul metodo e la costruzione della teoria giuridica dello Stato*, in ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Milano 2001, t. I, pp. 23 ss.; ID., *Popolo e Stato negli scritti giovanili di Vittorio Emanuele Orlando (1881-1897)*, ivi, pp. 133 ss.; G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1980; A. MAZZACANE (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli 1986, in particolare gli articoli di Mangoni, Beneduce e Cianferotti; G. REBUFFA, *I lessici e il tempo delle prolusioni di Vittorio Emanuele Orlando*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 4 (1989), pp. 919-936; G. AZZARITI, *La prolusione orlandiana e la scienza del diritto amministrativo anteriore al 1889*, ivi, pp. 968-994; G. CIANFEROTTI, *La prolusione di Orlando. Il paradigma pandettistico, i nuovi giuristi universitari e lo Stato liberale*, ivi, pp. 995-1024; L. LACCHÈ, *Argumente, Klischees und Ideologien: Das «französische Verwaltungsmodell» und die italienische Rechtskultur im 19. Jahrhundert*, in R. Schulze (Hrsg.), *Rheinisches Recht und Europäische Rechtsgeschichte*, Berlin 1998, pp. 295-313; G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana. I. Dall’Unità alla fine dell’Ottocento. Autonomie locali. Amministrazione e Costituzione*, Milano 1998, pp. 734 ss.; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano 2000, pp. 28-37; L. LACCHÈ, *Il canone eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica italiana dell’Ottocento*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 39 (2010), pp. 176 ss., 223 ss.; F. Cortese, C. Caruso, S. Rosis (a cura di), *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando reloaded*, Milano 2021.

<sup>18</sup> V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici*, cit. nt.17, p. 110.

<sup>19</sup> Ivi, p.122.

nell'applicazione del 'metodo', non si trattava di erigere una muraglia cinese verso le altre scienze sociali, ma di avere coscienza dell'autonomia del 'momento' giuridico e del ruolo indispensabile della dogmatica. Riaffermati questi principii basilari il giurista non doveva esimersi dal guardare con profitto anche verso gli altri saperi, ma nella chiara distinzione di ruoli e obiettivi.

La prelezione di Rocco, che per convenzione si ritiene abbia aperto la nuova fase del metodo/indirizzo tecnico-giuridico in campo penale, arriva venti anni dopo la 'svolta' orlandiana, e si inserisce ancora nel solco della pandettistica e della dogmatica a trazione romanistica. Il legame di Rocco con Vittorio Scialoja<sup>20</sup>, uno dei più influenti maestri dell'accademia italiana tra i due secoli, non è da sottovalutare e il ricorso a talune categorie romano-civilistiche<sup>21</sup> caratterizzò l'opera del giurista napoletano. Il 'vecchio' schema di Orlando gli tornava ancora utile. Da quella prospettiva era possibile denunciare lo stato di crisi della scienza penale, censurare ciò che restava della 'metafisica' del diritto penale 'immutabile' e 'assoluto, la riemergente indecisione 'eclettica' come falsa soluzione e soprattutto il «[...] *diritto penale... senza diritto*»<sup>22</sup> dell'antropologia criminale che voleva asservire il diritto alla sociologia. La crisi di identità del penale aveva determinato disorientamento, disordine concettuale. Anzitutto vi era un problema di confini, di autonomia e di indirizzo programmatico. Anche in questo caso non si trattava di isolare il penale ma di *distinguerlo* in base al suo oggetto e ai suoi limiti. Rocco non peccò in chiarezza:

[...] 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*; ma ciò non vuol dire che il cultore del diritto penale non debba assumere talvolta la veste dell'antropologo, del psicologo e del sociologo; e neppure che in questo studio tecnico del diritto non si possa, e non si debba, anzi, seguire un *metodo positivo e sperimentale*. Distinzione, non è separazione e tanto meno divorzio scientifico<sup>23</sup>.

La prelezione di Rocco – come ci ha insegnato Mario Sbriccoli – deve essere letta dalla sponda del 1910 (e non da quella del processo di codifi-

<sup>20</sup> V. MANZINI, *Arturo Rocco*, in «Annali di diritto e procedura penale», XI (1942), p. 253.

<sup>21</sup> La tesi di laurea di Arturo Rocco fu pubblicata come articolo nel 1899: *Amnistia, indulto e grazia nel diritto penale romano*, in «Rivista penale», XLIX (1899), pp. 16-41.

<sup>22</sup> AR. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, cit. nt. 15, p. 273.

<sup>23</sup> Ivi, p. 290.

cazione fascista), quindi opportunamente storicizzata e inserita in un contesto che già delineava i caratteri basilari del nuovo orientamento della penalistica italiana<sup>24</sup>. Tutte le prolusioni importanti, per la loro natura di ‘manifesti’, enfatizzano il messaggio ma è indubbio l’obiettivo di ‘risanare’ dagli eccessi e riorientare la scienza penalistica cogliendo e valorizzando idee che già circolavano in età giolittiana<sup>25</sup>. Ma l’aspetto che più rileva ai fini del nostro discorso riguarda la dimensione politico-costituzionale dell’indirizzo tecnico-giuridico. Delle quattro possibili declinazioni, sopra evocate, del concetto di ‘funzione costituente’ tra Otto e Novecento, l’approccio di Rocco va nella direzione della ‘funzione costituente’ della legge/codice come formante della costituzione materiale dello Stato liberale italiano. La netta distinzione tra dogmatica e politica criminale *de lege ferenda* traccia una linea di faglia con l’eredità della *penalistica costituzionale*. Qui sta la *svolta*.

Per Francesco Carrara

I placiti umani sono mutabili e relativi: la scienza penale è immutabile ed assoluta. Quelli sono buoni e giusti se obbediscono ai precetti di questa: se no, sono o tirannici se eccedono nel rigore, o improvvidamente viziosi se desertano il compito della difesa giuridica [...] La scienza penale esercita il suo sindacato non solo sui giudici che a *legge data* hanno l’incarico della sua attuazione; e non solo dirige questi nella interpretazione del giure promulgato alla nazione. Essa inoltre e primieramente esercita il suo sindacato *a lege ferenda* sopra i legislatori; ed insegna loro i modi ed i limiti che un ordine superiore di giustizia impone sia dai medesimi rispettato. La scienza può dire che una legge od una sentenza fu ingiusta, ma né un legislatore né un giudice possono abolire un precetto della scienza<sup>26</sup>.

Il compito e la funzione della scienza del diritto penale sono per Rocco principalmente, se non esclusivamente, «*l’elaborazione tecnico-giuridica del diritto*

<sup>24</sup> SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit. nt. 7, pp. 573-583; ID., *Caratteri originari e tratti permanenti*, cit. nt. 3, pp. 636-642; ma anche M. DONINI, *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent’anni dopo. La Prolusione di Arturo Rocco (1910) nell’età dell’europeismo giudiziario*, in «Criminalia. Annuario di scienze penalistiche», 2010, pp. 127 ss.; L. GARLATI, *Arturo Rocco inconsapevole antesignano del fascismo nell’Italia liberale*, in I. Birocchi, L. Loschiavo (a cura di), *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma 2015, pp. 191-213.

<sup>25</sup> SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti*, cit. nt. 3, pp. 629-636.

<sup>26</sup> F. CARRARA, *Il diritto penale e la procedura penale* (Prolusione al corso di diritto criminale dell’anno accademico 1873-74, nella R. Università di Pisa), in *Opuscoli di diritto criminale*, Lucca 1874, vol. V, pp. 9-10.

*penale positivo e vigente*, la conoscenza scientifica, e non semplicemente empirica, del sistema del diritto penale quale è, in forza delle leggi che ci governano»<sup>27</sup>. Il metodo tecnico-giuridico – malgrado la messa in guardia di Rocco contro il formalismo fine a se stesso – ha contribuito ad avviare un processo di trasformazione che ridefinisce il ruolo della scienza giuridica in campo penalistico: si potrebbe forse dire che in quella fase – e non certo per il contributo del solo Arturo Rocco – l’originaria ‘funzione costituente’ della *penalistica civile-costituzionale* si indebolisce definitivamente a vantaggio di un ‘penale costituito’ che entra, attraverso il tecnicismo, e quindi con pretesa di ‘neutralità’, nell’orbita del legislatore e della legge dello Stato agendo sui lineamenti della legittimazione, costruzione e sviluppo dell’ordine giuridico e politico-costituzionale.

Bisogna dunque evitare corto circuiti e retrodatazioni tra il Rocco di età liberale e il Rocco chiamato dal fratello guardasigilli a edificare il nuovo sistema penale nel regime fascista<sup>28</sup>. Ma nello stesso tempo occorre anche ricordare che il liberalismo ‘penale’ ha avuto diverse declinazioni. Ho abbinato – in altra sede – la penalistica costituzionale ‘alla Carrara’ al «costituzionalismo del soggetto», ovvero ad un indirizzo che coglieva criticamente la tensione tra la necessaria difesa dell’individuo attraverso le garanzie e il pericolo dell’esorbitanza di un potere sociale che, sotto varie forme a cominciare dalla forma-Stato, minacciava lo stesso ordine dei privati. Anche in Orlando – che vede nello Stato giuridico nazionale il compimento di un percorso storico – l’autonomia di volontà della persona/Stato ha tra i suoi corollari l’idea savignyana, storicistica, di diritto volta a temperare l’assolutezza della legge. Il ‘nuovo’ penalista di Arturo Rocco è chiamato, di fronte alla ‘crisi’, a depurare e sistemare il diritto penale positivo e vigente attraverso un metodo giuridico sofisticato e destinato in breve tempo ad affermarsi mettendo sempre più in secondo piano l’eredità della penalistica vista come scienza giuridica integrata. Era tempo di espugnare l’ultimo bastione del «canone eclettico»<sup>29</sup>, il penale, adeguandolo alla costituzione giuridica dello Stato italiano: «mettendo al centro del ragionamento del penalista la legge, il suo dettato e il suo primato»<sup>30</sup> e facendo i conti con la nuova concezione ‘alla tedesca’ che aveva ‘trasformato’ i diritti di libertà in

<sup>27</sup> AR. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, cit. nt. 15 p. 294.

<sup>28</sup> LACCHÈ, *Il costituzionalismo liberale*, cit. nt. 5, pp. 300-301.

<sup>29</sup> LACCHÈ, *Il canone eclettico*, cit. nt. 17.

<sup>30</sup> M. SBRICCOLI, *Il problema penale*, ora in ID., *Scritti di storia del diritto penale e della giustizia*, cit. nt. 3, t. I, p. 679.

diritti pubblici subiettivi e in *Reflexrechte*<sup>31</sup>. Si trattava di una ‘normalizzazione’ gravida di conseguenze<sup>32</sup>.

#### 4. *La giustizia fascista e la nuova ‘funzione costituente’ del penale*

Come è noto, Alfredo Rocco – di appena un anno più grande del fratello Arturo, nonché politico nazionalista, giurista e intellettuale di primo piano – fu nominato Ministro della Giustizia il 5 gennaio 1925<sup>33</sup>, due giorni dopo che Mussolini aveva pronunciato alla Camera dei Deputati il celebre discorso con il quale assunse su di sé e il regime la responsabilità politica e morale della morte violenta di Giacomo Matteotti. Alla fine dell’anno il neoministro ottenne la delega legislativa – sostanzialmente in bianco e senza tanti orpelli politico-ideologici – per ‘revisionare’ la legislazione penale. Guardasigilli tra il 1925 e il luglio 1932, fu probabilmente il politico-giurista più influente e incisivo<sup>34</sup> durante il periodo della ‘legislatura costituente’ e del definitivo consolidamento del regime<sup>35</sup>. Non ci si sbaglia nel dire che fu un protagonista<sup>36</sup> della trasformazione autoritaria delle istituzioni del Regno d’Italia e della edificazione di un solido ordine giuridico basato sul processo di fascistizzazione delle istituzioni e della legislazione

<sup>31</sup> LACCHÈ, *Il nome della “libertà”*, cit. nt. 5, pp. 39 ss.

<sup>32</sup> Sul punto v. le puntuali osservazioni di I. BIROCCHI, *Il giurista intellettuale e il regime*, in *I giuristi e il fascino del regime*, cit. nt. 24, pp. 49-51.

<sup>33</sup> Cfr. G. VASSALLI, *Passione politica di un uomo di legge*, in AL. ROCCO, *Discorsi parlamentari*, Bologna 2005, p. 49; G. SIMONE, *Il Guardasigilli del regime. L’itinerario politico e culturale di Alfredo Rocco*, Milano 2012, p. 181. Rocco ricoprì posizioni di governo sin dall’inizio e dal maggio 1924 divenne Presidente della Camera dei Deputati. Cfr. P. COSTA, *Rocco, Alfredo*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, cit. nt. 14, t. II, p. 1703.

<sup>34</sup> «Dal 1925 al 1932, la biografia politica di Rocco coincide con la storia del fascismo e con il periodo che segnalò la fine dello Stato liberale e la formazione del regime fascista» (E. GENTILE, *Il mito dello Stato nuovo. Dal radicalismo nazionale al fascismo*, Roma-Bari [1982] 2002, p. 201).

<sup>35</sup> Su queste scansioni v. adesso il numero 43, I (2022) del «Journal of Constitutional History / Giornale di Storia costituzionale», in particolare i contributi di L. LACCHÈ, *Un groviglio costituzionale. Fasi e problemi della costituzione “fascista” nelle trasformazioni*, pp. 17-37 e M. GREGORIO, *La costituzione fascista*, pp. 39-54.

<sup>36</sup> M. SBRICCOLI, *Rocco, Alfredo*, in V. De Grazia e S. Luzzatto (a cura di), *Dizionario del fascismo. II. L-Z*, Torino 2005, pp. 535-536.

al fine di sostenere e proteggere la dittatura «a viso aperto»<sup>37</sup>.

Il nome di Alfredo Rocco è talmente legato ai codici penali e alle riforme organiche del sistema penale del 1930-31 che si corre il rischio di ‘sottovalutare’ gli antefatti e quindi i presupposti. Ma questa sarebbe un’operazione a dir poco parziale. La stagione dei codici che inizia con più nettezza di contorni nel 1927 è preceduta dalla costruzione progressiva di un sistema basato sull’uso della violenza, sul controllo e sull’azione repressiva dell’apparato istituzionale dello Stato fascista finalizzato a prevenire, reprimere e, per quanto possibile, annientare il dissenso politico in Italia. Le leggi e gli atti normativi del 1925-26 disegnano la principale cornice di questo processo che culminò con gli accadimenti del 5 novembre 1926 quando un lungo Consiglio dei ministri<sup>38</sup> approvò le linee strategiche di quella che sarebbe diventata molto rapidamente una vera e proprio *macchina autoritaria*<sup>39</sup>, con alcuni profili tipici dello Stato di polizia e, per altro verso, degli ordinamenti orientati dallo ‘spirito’ totalitario<sup>40</sup> volto a eliminare il pluralismo e a ricondurre tutte le forze della nazione sotto il dominio dello Stato fascista.

Mussolini (con lo pseudonimo di *Latinus*) commentò con soddisfazione quelle che definiva «[...] le linee maestre del nuovo Codice della Difesa Nazionale [...]. Dall’esame dei singoli provvedimenti, balzerà, ancor più confermata, la convinzione dell’eccezionale importanza delle misure adottate dal governo italiano»<sup>41</sup>. L’indirizzo tecnico-giuridico c’entra poco con il Codice della Difesa Nazionale. Qui siamo nel laboratorio del nuovo regime. I provvedimenti di Alfredo Rocco non sono l’eccezione alla regola, ma un altro modo di riarticolare il rapporto tra Stato, individuo e società attraverso la prevenzione e la repressione penale. Qui l’effetto-Rocco non è seconda-

<sup>37</sup> Su questa espressione A. AQUARONE, *L’organizzazione dello Stato totalitario*, Torino 1965, cap. 2.

<sup>38</sup> Sul lungo Consiglio dei Ministri che portò all’approvazione del pacchetto dei *Provvedimenti per la difesa dello Stato* (con la reintroduzione della pena di morte per alcuni delitti politici e l’istituzione del Tribunale speciale per la difesa dello Stato) e una serie di provvedimenti ‘amministrativi’ per la «difesa dell’ordine nazionale dello Stato» e il nuovo testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (R.D. n. 1848, 8.11.1926), v. L. LACCHÈ, *5 novembre 1926. Le leggi speciali: lo Stato autoritario*, in *Il Fascismo nella storia italiana*, a cura di S. Lupo e A. Ventrone, Roma 2022, pp.83-96. Per un quadro generale ID., a cura di, *Il diritto del duce. Giustizia e repressione nell’Italia fascista*, Roma 2015.

<sup>39</sup> Sul concetto di «macchina» v. G. MELIS, *La macchina imperfetta. Immagine e realtà dello Stato fascista*, Bologna 2018.

<sup>40</sup> S. LUPO, *Il fascismo. La politica in un regime autoritario*, Roma 2000.

<sup>41</sup> LATINUS, *Le leggi per la difesa dello Stato*, in «Gerarchia», VI, 11 (1926), pp. 671-672.

rio e ci porta al cuore del problema. Il guardasigilli ci mette del suo<sup>42</sup>. Piuttosto che essere sotto l'‘incantesimo’ del fascismo, come fu nel caso di altri importanti giuristi<sup>43</sup>, Rocco fu un vero e ambizioso ‘architetto’<sup>44</sup>.

In questo modo, il penale diventa – come mai era stato in precedenza – un’arma nelle mani dello Stato contro i propri nemici. In quegli anni, prima della codificazione, il fascismo ideò e mise in atto le principali strategie, le politiche e gli strumenti per proteggere e costruire lo Stato ‘forte’, lo Stato fascista. Il diritto penale diventava un *medium* fondamentale per esprimere e comunicare l’ideologia del regime. Nel corso degli anni, dalla delega del 1925 ai primi discorsi parlamentari sino alla fase cruciale della discussione e dell’approvazione, il carattere ‘politico’ della ri-codificazione venne intensificato. Questo esito non era estraneo al guardasigilli che collocava la giustizia penale tra i ‘formanti’ dello Stato nuovo. Il ‘penale costituente’ era un fattore rilevante alla base di quella che Rocco definiva la *trasformazione dello Stato*<sup>45</sup>.

Giuridicamente non meno profonde sono le differenze fra lo Stato liberale e lo Stato fascista. Lo Stato fascista è lo Stato veramente sovrano, quello cioè che domina tutte le forze esistenti nel paese e tutte sottopone alla sua disciplina. Se, infatti, i fini dello Stato sono superiori, anche i mezzi che esso adopera per realizzarli debbono essere più potenti di ogni altro, la forza di cui esso dispone sovrachante sopra ogni altra forza<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> Giuliano Vassalli ha scritto giustamente che Alfredo Rocco «fu giurista autentico e politico autentico, in proprio. E come tale godette di un certo rispetto anche dagli estranei al fascismo» (*Passione politica di un uomo di legge*, cit. nt. 33, p. 14).

<sup>43</sup> Cfr. I. Birocchi, L. Loschiavo (a cura di), *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, cit. nt. 24.

<sup>44</sup> V. inoltre P. UNGARI, *Alfredo Rocco e l’ideologia giuridica del fascismo*, Brescia 1963, p. 9; E. GENTILE, *L’architetto dello Stato nuovo: Alfredo Rocco*, in ID., *Il mito dello Stato nuovo*, cit. nt. 34, pp. 171-210; R. D’ALFONSO, *Costruire lo Stato forte. Politica, diritto, economia in Alfredo Rocco*, Milano 2004; S. BATTENTE, *Alfredo Rocco. Dal nazionalismo al fascismo, 1907-1935*, Milano 2005; F. LANCHESTER, *Alfredo Rocco e le origini dello Stato totale*, in *Alfredo Rocco: dalla crisi del parlamentarismo alla costruzione dello Stato nuovo*, a cura di E. Gentile, F. Lanchester, A. Tarquini, Roma 2010, pp. 27 ss.; G. SIMONE, *Alfredo Rocco e le origini dello Stato totale*, *ibidem*; G. CHIODI, *Alfredo Rocco e il fascino dello Stato totale*, in *I giuristi e il fascino*, cit. nt. 24, pp. 103-127; I. STOLZI, *Alfredo Rocco: lo Stato autoritario di masse*, in S. Ricci, G. Vacca, a cura di, *Architetti dello Stato nuovo. Fascismo e modernità*, Roma 2018, pp. 53-74.

<sup>45</sup> Su questa formula rinvio più in generale a LACCHE’, *Un groviglio costituzionale*, cit. nt. 35, pp. 22-24.

<sup>46</sup> AR. ROCCO, *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato Liberale allo Stato fascista*, Roma, 1927, p. 18.

Tale *trasformazione* poggiava su almeno tre pilastri: la torsione autoritaria dell'assetto politico-costituzionale (lo 'Stato forte' che ristabiliva ordine e gerarchia), un apparato preventivo e repressivo senza precedenti, l'idea che fosse possibile costruire un nuovo ordine politico-sociale basato sulla irreggimentazione statale delle forze produttive. Nella raccolta di discorsi e di relazioni parlamentari pubblicata nel 1927 col titolo, appunto, de *La trasformazione dello Stato*, Alfredo Rocco dedicava due capitoli al binomio giustizia penale e repressione (leggi di difesa e riforma dei codici), collegandolo strettamente alla riforma costituzionale (poteri dell'esecutivo e del capo del governo) e alla riforma socio-economica (avvio della nuova disciplina giuridica dei rapporti collettivi del lavoro e forma dello Stato corporativo).

Il punto di arrivo di questa idea di 'penale' è rappresentato, ovviamente, dalla più 'monumentale' riforma del sistema penale che l'Italia abbia mai conosciuto<sup>47</sup>. Presentati e approvati nel 1930 – dopo un ampio dibattito<sup>48</sup> – il 1° luglio 1931 entrarono in vigore il nuovo Codice penale, il nuovo Codice di procedura penale, e poi le relative disposizioni di attuazione, il nuovo ordinamento delle Corti d'assise (senza più la giuria), le nuove norme sul casellario giudiziale, il nuovo regolamento carcerario, il nuovo testo unico delle leggi di pubblica sicurezza. Restava in piedi il sistema preventivo e repressivo forgiato tra il 1924 e il 1926, con evidenti lasciti nel nuovo regime penale, ma il fascismo adesso poteva enfatizzare – grazie al contributo cruciale di Arturo Rocco, Vincenzo Manzini, Edoardo Massari, Mariano D'Amelio e una pattuglia di magistrati – la solidità, la sistematicità e l'elevato valore tecnico dei codici che veicolavano i valori e le ideologie del fascismo, pur nel solco, sempre ambiguamente evocato, della tradizione. Il 'penale costituito' era stato la naturale 'palestra' dell'indirizzo tecnico-giuridico che, lasciandosi alle spalle le 'aperture' e l'opera di 'risanamento metodologico' del 1910, aveva potuto risemantizzare il concetto di 'funzione costituente'. Il ministro usò un 'doppio registro'. Il codice rispecchiava il nuovo orientamento politico-costituzionale ma allo stesso tempo integrava e completava le norme del Codice del 1889 «di modo che l'essenza del diritto penale italiano rimane intatta, mentre la riforma consiste nell'applicazione di più provvidi principi di politica legislativa penale, in nuovi istituti, in perfezionamenti tecnici che, per quanto importanti, non modificano le basi storiche tradizionali del nostro diritto e i principi scientifici a cui esso

---

<sup>47</sup> M. SBRICCOLI, *Codificazione civile e penale*, ora in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit. nt. 3, II, pp. 985-986.

<sup>48</sup> P. GARFINKEL, *Criminal Law in Liberal and Fascist Italy*, Cambridge 2016, pp. 389-456.

si ispira»<sup>49</sup>. Il mantenimento del concetto della responsabilità giuridica penale ratificava la ferma presa di distanze dal Progetto Ferri del 1921 e dai suoi eccessi. Gli artt. 1 e 199 che riaffermavano formalmente il *nullum crimen nulla poena sine lege* erano l'ancoraggio alla tradizione.

L'uso retorico degli argomenti va preso, specie in epoca fascista, con la dovuta cautela. Come è possibile conciliare la filosofia politica<sup>50</sup> di Rocco basata su una critica radicale dell'ideologia liberale con la 'continuità' ai valori dei codici dello Stato liberale? Ciò si rese possibile grazie ad almeno due 'ordigni' concettuali: da un lato l'eredità dei profili più 'autoritari' dello Stato liberale, dall'altro la possibilità – dopo aver costruito il Codice della Difesa Nazionale e 'fascistizzato' il doppio livello di legalità – di dare stabilità al regime con il 'sistema' del 1930-31 ampliando le fattispecie punite con la pena di morte, consolidando le categorie penalistiche per inquadrare le figure del dissenso, aggravando in generale il livello sanzionatorio, aumentando la pressione autoritaria e indebolendo gli istituti di difesa e di garanzia dell'imputato.

Al Rocco ministro fu ben chiaro il progetto di costruire la *nuova legalità fascista*:

Quando avremo informato al nuovo spirito che anima il governo ed il regime fascista tutto l'ordinamento giuridico, potremo star rigidamente nella legalità [...] ma perché ciò avvenga è necessario che alla vecchia legalità si sostituisca la nuova legalità, la legalità fascista<sup>51</sup>.

Dopo l'entrata in vigore dei codici la missione del 'nuovo' penalista era già ben delimitata e servente rispetto alle scelte di politica legislativa del regime. Eduardo Massari, allievo di Arturo Rocco, aveva scritto che «La scienza del diritto penale ha per oggetto lo studio sistematico del diritto penale *vigente*, ossia del diritto *positivo*. Non esiste altro diritto penale all'infuori di quello raccolto nella legislazione dello Stato»<sup>52</sup>. L'ambivalenza del

<sup>49</sup> AL. ROCCO, *Relazione a S. M. il Re del ministro Guardasigilli presentata nell'udienza del 19 ottobre 1930 per l'approvazione del testo definitivo del Codice penale*, Roma, p. 5.

<sup>50</sup> Cfr. anche G. SIMONE, *Le lezioni di filosofia del diritto di Alfredo Rocco. Appunti ritrovati*, in «Clio», XLV (2009), pp. 299-320.

<sup>51</sup> AL. ROCCO, *Legge sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche*, in *Discorso al Senato del Regno*, seduta del 14 dicembre 1925, in ID., *Scritti e discorsi politici*, III, *La formazione dello Stato fascista (1925-1934)*, pref. di S.E. Benito Mussolini, Milano 1938, p. 917.

<sup>52</sup> Cit. da M.N. MILETTI, *Massari, Eduardo*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, vol. 71 (2008), <[https://www.treccani.it/enciclopedia/eduardo-massari\\_%28Dizionario-](https://www.treccani.it/enciclopedia/eduardo-massari_%28Dizionario-)

codice Rocco permetteva di affermare alcuni profili di ‘continuità’ con la tradizione liberal-garantista che era però «vanificata dall’assetto costituzionale delle fonti nello Stato fascista...»<sup>53</sup>. I codici penali – non andrebbe mai dimenticato – si collocano giusto a metà strada tra le ‘leggi fascistissime’ e la costruzione dell’armamentario per colpire ogni forma di dissenso (1924-1926) e dal 1938 le obbrobriose leggi razziali. Leggi formalmente ineccepibili. La ‘legalità’ dello Stato autoritario cd. di ‘diritto’ – nella sua forma debole di ‘Stato legale’ – era salva, il sentimento morale della giustizia lo era molto meno.

#### 4. *Una strategia vincente: minimizzare la politicità dei codici Rocco*

Nel dicembre 1944 Piero Calamandrei scrisse che tanto il nazismo quanto il fascismo avevano minato lo Stato di diritto. Ma con una grossa differenza: mentre il nazismo aveva apertamente demolito il principio di legalità, il fascismo l’aveva ‘solo’ falsificato<sup>54</sup>. Ma paradossalmente il ‘groviglio’ di aporie e di ambiguità genetiche si rivelò, dopo la caduta del fascismo e l’inizio della nuova era, un ‘punto di forza’ per chi sostenne – e fu maggioranza – la posizione *tout court* favorevole al mantenimento dei codici,

---

Biografico%29/>.

<sup>53</sup> F. PALAZZO, *Codice penale 1930: un passato (ancora) senza futuro*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 2011, <<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/851-codice-penale-1930-un-passato-ancora-senza-futuro>>. Cfr. almeno G. NEPPI MODONA, M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia. Annali*, XII, *La criminalità*, a cura di L. Violante, Torino 1997, pp. 757-847; M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, ora in *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit. nt. 3, t. II, pp. 1001-1033; G. NEPPI MODONA, *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXXVI (2007), t. II, pp. 983-1005; E. Musumeci, *The Positivist School of Criminology and The Italian Fascist Criminal Law. A Squandered Legacy?*, in S. Skinner, ed., *Fascism and Criminal Law: History, Theory, Continuity*, Oxford-Portland 2015, pp. 52-55.

<sup>54</sup> P. CALAMANDREI, *La crisi della legalità* (1944), in ID., in *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*, Firenze 1995, p. 20. Cfr. anche ID., *Il regime dell’illegalità*, in *Non c’è libertà senza legalità*, nota editoriale di S. Calamandrei, Roma-Bari 2012, pp. 43-59; ID., *Il fascismo come regime della menzogna*, Nota editoriale di S. Calamandrei, Roma-Bari 2014. Sul tema v. L. LACCHÈ, *Rule of Law metamorphoses in the Twentieth Century*, in *Rule of Law vs Majoritarian Democracy*, ed. by G. Amato, B. Barbisan, C. Pinelli, London 2021, pp. 25-41

con qualche necessario ma a ben vedere ‘limitato’ intervento ‘epurativo’<sup>55</sup>.

Alcuni dei penalisti (Remo Pannain, Giovanni Leone, Tullio Tancredi Delogu ...) nati all’inizio del secolo e allievi della generazione dei fondatori del metodo tecnico-giuridico e degli artefici delle codificazioni del 1930, reagirono subito all’eventualità dell’accantonamento o della revisione profonda dei codici Rocco e insisterono sulla forza della tradizione giuridico-penale italiana e sul ruolo dei giuristi che avevano realizzato le riforme durante il fascismo: «la concorde, costante e decisa resistenza nel ventennio fascista dei giuristi italiani, a differenza dei tedeschi, ai tentativi di asservimento della scienza giuridica e della legge ai principi politici ...» facevano sì che i codici, tranne taluni aspetti di dettaglio, non siano «incompatibili con un regime di libertà e di democrazia»<sup>56</sup>.

Remo Pannain respingeva sia la tesi secondo cui «[...] la legislazione del ventennio decorso è l’espressione più alta, duratura e fattiva delle aber-

<sup>55</sup> Cfr. soprattutto P. PIASENZA, *Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato: il dibattito sulla riforma del codice penale e della legge di pubblica sicurezza*, in «Politica del diritto», X, 3 (1979), pp. 290 ss.; SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo*, cit. nt. 53; A. SOMMA, *Alle origini della Repubblica italiana. Cultura liberale e rimozione dell’esperienza fascista*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 38 (2008), pp. 91-120; M. DONINI, *La gestione penale dal fascismo alla democrazia in Italia. Appunti sulla memoria storica e l’elaborazione del passato “mediante il diritto penale”*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 39 (2009), n. 1, pp. 183-216; L. LACCHÈ, “Sistemare il terreno e sgombrare le macerie”. *Gli anni della “costituzione provvisoria”: alle origini del discorso sulla riforma della legislazione e del codice di procedura penale (1943-1947)*, in L. Garlati (a cura di), *L’inconscio inquisitorio. L’eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, Milano 2010, pp. 271-304, con riferimenti alla posizione di Calamandrei; F. COLAO, *Giustizia e politica. Il processo penale nell’Italia repubblicana*, Milano 2013, pp. 1-31; E. TAVILLA, *La persistence des codes fascistes à l’avènement de la république italienne*, in «Cahiers poitevins d’histoire du droit», 2020, pp. 141-150.

<sup>56</sup> Così G. LEONE cit. in R. PANNAIN, *Notizie e spunti sulla riforma dei codici penali*, in «Archivio penale», vol. I, parte I (1945), p. 58. Ho ampiamente ricostruito il dibattito tra il 1943 e il 1947 in L. LACCHÈ, “Sistemare il terreno e sgombrare le macerie”, cit. nt. 55, a cui rinvio per i dettagli. Sul problema del rapporto tra regime e cultura giuridica, oltre ai contributi citati, v. A. SOMMA, *Fascismo e diritto: una ricerca sul nulla?*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», LV (2001), pp. 597-663; A. MAZZACANE, *La cultura giuridica del fascismo: una questione aperta*, in *Diritto, economia e istituzioni nell’Italia fascista*, a cura di ID., Baden-Baden 2002; I. STOLZI, *Fascismo e cultura giuridica*, in «Studi storici» 1 (2014), pp. 139-154; EAD., *Fascismo e cultura giuridica: persistenze ed evoluzioni della storiografia*, in «Rivista di storia del diritto italiano», LXXXVII (2015), pp. 257-285. Sulla ‘teoria del freno’ v. per tutti SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo*, cit. nt. 53.

ranti concezioni totalitarie dello Stato»<sup>57</sup> sia l'idea che si potesse ritornare ai codici previgenti. Secondo l'allievo di Arturo Rocco e Alfredo De Marsico non si rifletteva abbastanza sul fatto che erano stati i grandi maestri della scienza giuridica italiana «a volere la riforma e ad attuarla, e che una forza così imponente come quella della scienza e della intuizione giuridiche italiane non potevano essere sopraffatte da alcuna forza politica»<sup>58</sup>. La riforma non fu opera di infimi gerarchi bensì di giuristi colti e seri. Fu presentata come un atto politico ma in realtà fu un'opera eminentemente tecnico-giuridica – come dimostrato dall'iter di elaborazione e di discussione – «che si ricollegava alle tendenze e alle aspirazioni formulate e caldegiate prima del 1922; raccoglieva e utilizzava i risultati degli studi, delle ricerche, delle esperienze della scienza e della pratica giuridiche e giudiziarie penali»<sup>59</sup>. Una parte importante dei giuristi italiani era convinta o si convinse che i codici del 1930 (e tanto più quelli del 1942) fossero il risultato di un metodo robusto che teneva insieme pezzi della tradizione dello Stato liberale con lo 'stile' dello Stato 'nuovo' permettendo ai giuristi 'non militanti' di 'resistere' alle propagandate ideologie del fascismo.

Difendere la dommatica significa difendere il diritto. È una difesa non soltanto della nostra ragion d'essere di giuristi, ma del diritto stesso, che, se privato del metodo tecnico nella elaborazione, viene abbandonato ai filosofi, ai sociologi, agli psicologi, magari agli orecchianti e agli improvvisatori e finisce per essere condannato a inquinarsi e isterilirsi<sup>60</sup>.

Bisognava dunque ripartire dal metodo tecnico-giuridico e riprendere il cammino indicato dalla stella polare della prelezione sassarese di Arturo Rocco per re-interpretare la legislazione elaborata durante il fascismo e formulare una *strategia vincente di conservazione dei codici*.

Aiutato da un argomento assai forte, ovvero dalla agevole comparazione con quanto accaduto in Unione Sovietica e più di recente in Germania con la legislazione e la penalistica del periodo nazista che avevano abbandonato la strada del principio di legalità<sup>61</sup>, Giovanni Leone, seguendo

---

<sup>57</sup> R. PANNAIN, *La riforma della legislazione*, in «Annali della Facoltà giuridica, Università degli Studi di Camerino», XVI (1942-44), pp. 17-18.

<sup>58</sup> Ivi, p. 28.

<sup>59</sup> Ivi, pp. 28-29.

<sup>60</sup> R. PANNAIN, *L'archivio penale*, in «Archivio penale», I, Parte I (1945), pp. 6-7.

<sup>61</sup> Sulla crisi del modello liberale di diritto penale negli anni Venti e Trenta, v. ora G. DO-

un *topos* comune a molti altri giuristi italiani, evidenziava i principii (rapporto giuridico-penale Stato/cittadino; irretroattività della legge penale; tassatività della legge penale; concezione del reato come violazione di un bene o interesse giuridico) posti alla base del sistema dei codici e difesi in Italia contro la deriva *politica* sul modello nazionalsocialista. Si poteva anche affermare

che i penalisti italiani, nel ventennio fascista, hanno resistito, con lo spirito della più coraggiosa indipendenza a qualsiasi tentativo d'infiltrazione del dato politico nel tradizionale sistema penale, il quale, per effetto di questo atteggiamento, è rimasto per lo meno nelle grandi linee, salvo da ogni contaminazione politica<sup>62</sup>.

Giovanni Leone disse nella relazione tenuta nel 1947 al Congresso nazionale giuridico di Firenze che l'altro codice, quello di procedura penale, «[...] non fu improntato ad una particolare ispirazione politica; più esattamente che quel codice non può dirsi espressione di una corrente politica autoritaria»<sup>63</sup>.

---

DARO, *Giuliano Vassalli tra fascismo e democrazia. Biografia di un penalista partigiano (1915-1948)*, Milano 2022, pp. 37 ss. e il cap. IV «Analogia e legalità», pp. 127 ss.

<sup>62</sup> G. LEONE, *La scienza giuridica penale nell'ultimo ventennio*, in «Archivio penale», vol. I, parte I (1945), p. 28. «Dalla premessa soggettivistica alla creazione della figura del tipo di autore *Tätertypus* il passo fu facile. I giuristi italiani, che hanno seguito queste ignobili costruzioni naziste col più profondo disgusto (taluno commettendo l'errore di prendere in considerazione concezioni che andavano respinte senza esame), sanno a quale apice d'impudenza è giunta la dottrina penale nazista, pervasa dal desiderio servile di apprestare un corpo di dottrine, principi e regole giuridiche che, sostituendo l'augusto sistema tradizionale, valesse a consolidare la dittatura anche sul terreno giuridico» (*ibidem*).

<sup>63</sup> Cfr. l'importante relazione di Leone – nella quale l'autore analizza in maniera approfondita i problemi emergenti e le possibili linee di riforma del codice di procedura penale «senza muovere ab irato nei confronti del codice Rocco da posizioni di preconcetta antitesi...»: *Sulle riforme del Codice di Procedura Penale. Relazione*, in «Archivio giuridico», vol. III, parte I (1947), pp. 442-470, le citazioni a pp. 442 e 470. Dalla terza sezione del congresso giuridico nazionale di Firenze (riforma del codice di procedura penale), dopo un ampio dibattito, fu approvata una mozione, predisposta da Giovanni Leone, che ribadendo l'impossibilità di arrivare in breve tempo alla riforma del codice di rito, reputava inderogabili alcuni interventi specifici. Cfr. il testo della mozione in Ivi, pp. 474-476. Sulla stessa linea, v. la relazione presentata da Remo Pannain al Consiglio dell'ordine degli avvocati di Roma sulla riforma del codice di procedura penale (ivi, pp. 477-480). Sul codice di Manzini e sulla riflessione processualpenalistica durante il fascismo v. M.N. MILETTI, *La scienza nel codice. Il diritto processuale penale nell'Italia fascista*, in *L'inconscio inquisitorio*, cit. nt. 55, pp. 57-107.

La scelta del 1944-45 (sancita autorevolmente dal guardasigilli Togliatti) di avallare la linea della parziale e graduale defascistizzazione dei codici produsse un duplice effetto: rinchiudere il discorso della riforma nel campo del tecnicismo giuridico; allontanare, tanto più si eliminavano dai codici gli elementi più manifestamente incompatibili, la prospettiva di una complessiva riforma dei codici penali dal forte contenuto politico costituzionale. Pannain era facile profeta quando osservava che, una volta disegnato l'assetto costituzionale e sociale del nuovo Stato, l'ossatura dei codici sarebbe rimasta immutata:

... molti principii, che oggi sembrano ispirati alla ideologia autoritaria e statolatra, saranno conservati in omaggio a convinzioni di ordine superiore, affermati, per vario verso, dalla tendenza democratica cristiana, da quelle estremiste, come da quelle liberali e democratiche»<sup>64</sup>.

L'atteggiamento oggettivamente ambiguo dei codificatori 'militanti' – con «gli occhi al cielo» (la dogmatica 'limitatrice' degli eccessi 'alla nazista' e 'riparo' apolitico per molti giuristi) e con «le mani in pasta» (avallo e supporto tecnico-giuridico alla torsione autoritaria del principio di legalità e alle scelte di politica penale e criminale del regime) – consentì ai codici – e alla grande fascinazione che alimentarono – di sopravvivere nelle strutture portanti lasciando alla Repubblica un'ingombrante eredità che conteneva diverse insidie e un'idea del penale che, per caratteri e scopi, confliggeva, per non pochi aspetti, con i principii e i valori della Repubblica e della sua Costituzione. Il tecnicismo in realtà era un'arma affilata perché riportava il dibattito dentro lo schema forte della *continuità dello Stato*<sup>65</sup>. Se durante il fascismo giuristi come, per esempio, Manzini o De Marsico<sup>66</sup>, sottolineavano il legame tra i codici e la Rivoluzione e lo «spirito dello Stato fascista», dal 1944 minimizzare la politicità dei codici divenne la strategia per rimuovere

<sup>64</sup> R. PANNAIN, *Notizie e spunti sulla riforma dei codici penali*, cit. nt. 56, p. 60.

<sup>65</sup> Continuità da intendersi come dimensione contraddittoria e non unidirezionalmente come semplice regresso. Sul punto v. G. ROSSINI, *L'epurazione e la "continuità" dello Stato*, in Id. (a cura di), *Democrazia cristiana e Costituente nella società del Dopoguerra. II: Il progetto democratico-cristiano e le altre proposte*, Roma 1980, pp. 721-722.

<sup>66</sup> A. DE MARSICO, *Il primo decennale del Codice penale fascista*, in «Annali di diritto e procedura penale», X (1941), p. 859; V. MANZINI, *Un decennio di applicazione del Codice di procedura penale Rocco*, «Annali di diritto e procedura penale», XI (1942), p. 2. Cfr. E. DE CRISTOFARO, *Giuristi e cultura giuridica dal fascismo alla Repubblica (1940-1948)*, in «Laboratoire italien», 12 (2012), pp. 63-80.

il fatto che il penale era servito come arma per difendere il regime fascista e come vero e proprio fattore costituente dello Stato autoritario. Attraverso l'*epurazione dei codici* – non molto diversamente da quanto avvenne per il più generale processo epurativo<sup>67</sup> – gli elementi di patente e inestricabile commistione tra diritto e politica che avevano contrassegnato la politica criminale e le strategie penali durante il ventennio poterono essere ‘separati’. Eliminando i ‘parassiti’ della *politicità* e con essi la patina della propaganda, si poteva ritrovare la *continuità profonda* degli ordinamenti e delle istituzioni, obliterando la già evocata vocazione ‘civile’ e politico costituzionale che il penale aveva saputo coltivare e sviluppare nel corso del XIX secolo.

Nel 1945 un giurista americano, Morris Ploscowe, denunciava il fatto che le riforme fasciste avevano riguardato in profondità la giustizia penale italiana e non solo la dimensione più manifestamente ‘politica’. Infatti,

Fascism made possible imprisonment by administrative action without reference to courts for both ordinary as well as political offenders. Fascism's completely partisan extraordinary tribunal for political crimes was matched in the prosecution of ordinary crimes by regulations which made it impossible for any but good Fascists to sit as judges in the ordinary courts. Even the summary courts-martial procedure for political cases had its counterpart in the procedures used for ordinary cases, which were so heavily weighted against the accused as to leave him almost completely at the mercy of the police and the prosecuting authorities<sup>68</sup>.

Questa notazione ci ricorda, in conclusione, che per rendere compatibile un sistema come quello edificato durante il fascismo e capace di veicolare una nuova funzione costituente del penale dall'indubbia matrice autoritaria non bastava una semplice, benché plausibile, ‘epurazione’ selettiva. Non va dimenticato che la ‘funzione costituente’ e l'ordinamento del penale nello Stato fascista diffondevano archetipi, mentalità, ideologie, cul-

<sup>67</sup> Questo nesso è stato ben colto, per la vicenda del codice civile, ma con risvolti più ampi, da P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 28 (1999), t. I, p. 255.

<sup>68</sup> M. PLOSCOWE, *Purging Italian Criminal Justice of Fascism*, in «Columbia Law Review», Mar. 1945, vol. 45, n. 2, p. 240. Ploscowe era nato in Russia ma emigrato negli Stati Uniti si era laureato alla Harvard Law School nel 1928. Fu *Sheldon Fellow* di Harvard ed ebbe la possibilità di studiare l'amministrazione del diritto penale in Europa, soggiornandovi a più riprese.

ture, pulsioni e principi statolatrici che passarono<sup>69</sup> in eredità all'ordinamento democratico-costituzionale. La 'svernicatura' – almeno nel penale – non era sufficiente a rendere 'naturale' la convivenza tra i vecchi codici e la nuovissima Costituzione. Chi, come Piero Calamandrei, riteneva – con ragioni tutt'altro che peregrine – che il problema della 'riforma' dei codici non potesse essere affrontato prima della costruzione del nuovo regime costituzionale<sup>70</sup>, parlò già nel 1947 di «Restaurazione clandestina» accusando i nuovi legislatori di non aver avuto «[...] il coraggio o l'accortezza di sconfessare apertamente la vecchia legalità e di crearne una nuova [...]»: non c'era quindi «[...] da meravigliarsi se i magistrati, rimasti attaccati al filo illusorio della continuità giuridica, si siano fatti senza volerlo i restauratori della legalità fascista»<sup>71</sup>.

I codici Rocco hanno lasciato tracce profonde nell'*imprinting* del nuovo Stato di diritto italiano e rappresentano uno dei capitoli che, per tante e complesse ragioni, hanno impedito alla Repubblica di fare fino in fondo i conti con il passato fascista<sup>72</sup>, con effetti di lungo periodo e forse non ancora del tutto completamente metabolizzati. Il costituzionalismo penale e

<sup>69</sup> Sul concetto di «deep structures» o «deep culture» cfr. K. TUORI, *Towards a Multi-Layered View of Modern Law*, in A. Aarnio et al. (eds), *Justice, Morality and Society. A Tribute to Aleksander Peczenik on his 60<sup>th</sup> Birthday*, Lund 1997, pp. 427-442; ID., *Critical Legal Positivism*, Aldershot 2002, pp. 147-216.

<sup>70</sup> P. CALAMANDREI, *Sulla riforma dei Codici. Prima la Costituzione e poi i Codici*, «La Nuova Europa», 11 marzo 1945, p. 10; ID., *Nel limbo istituzionale (aprile 1945)*, in *Costruire la democrazia*, cit. nt. 54, pp. 29-56; ID., *Sulla riforma dei codici (marzo 1945)*, ivi, pp. 57-73.

<sup>71</sup> P. CALAMANDREI, *Restaurazione clandestina* (1947), in ID., *1947, crisi della Resistenza*, Introduzioni di I. Tognarini e G. Scarpari, Firenze 2005, pp. 53-61. Sul lungo e sofferto itinerario di Calamandrei attorno al principio di legalità v. G. ZAGREBELSKY, *Una travagliata apologia della legge*, in P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto*, a cura di S. Calamandrei, Roma-Bari 2008, pp. 3-23; F. COLAO, «Le leggi sono leggi». *Legalità, giustizia e politica nell'Italia di Piero Calamandrei*, in «Giornale di storia costituzionale / Journal of Constitutional History», 35, I (2018), pp. 177-193.

<sup>72</sup> «The suggestion is that law deriving from, or connected with, a violent authoritarian regime such as Fascism is tainted, both because of the effect of such foundational violence on it, and because of its contaminating effect (actual or potential) on the politico-legal structure in which it exists» (S. SKINNER, *Tainted law? The Italian Penal Code, Fascism and democracy*, in «International Journal of Law in Context», 2011, 7, 4, pp. 423-446, p. 440). Cfr. anche ID., *Fascist by name, Fascist by Nature? The 1930 Italian Penal Code in Academic Commentary*, 1928-46, in Id. (ed.), *Fascism and Criminal Law*, cit. nt. 53, pp. 59-60; M.A. LIVINGSTON, *Criminal Law, Racial Law, Fascist Law: Was the Fascist Era Really a 'Parenthesis' for the Italian Legal System?*, ivi, pp. 88-89.

lo sviluppo di una rinnovata scienza penalistica hanno contribuito fortemente – specie dopo gli anni '60 – a restituire al penale la vocazione ‘civile’ mettendolo al centro della dimensione ‘costituente’ dello Stato democratico e costituzionale. Il Codice penale Rocco è stato ampiamente modificato nel corso dei decenni dai vari formanti giuridici. Ma, proprio per questo, «Non può non apparire davvero *sorprendente* al penalista del XXI secolo che il nostro vigente codice penale, che sarà anche – come si suole dire e tramandare – un monumento di perfezione tecnica ma certo non ha mai nascosto la sua fisionomia smaccatamente *autoritaria*, sia ancora oggi in vigore»<sup>73</sup>. Carlo Nordio – poco dopo essere stato nominato ministro della Giustizia nell’ottobre 2022 – ha espresso la (non nuova) intenzione di re-revisionare, in prospettiva, il codice penale firmato a suo tempo da Mussolini e da Rocco. Ma il primo centenario non è così lontano come sembra...

---

<sup>73</sup> PALAZZO, *Codice penale 1930*, cit. nt. 53. «Ebbene, l’unica spiegazione della persistenza, sia pure più formale che sostanziale, di questo codice pare ravvisabile nella sua perfezione tecnico-giuridica. Nella constatazione, cioè, che il ruolo politico di Alfredo Rocco è passato in seconda linea di fronte al capolavoro di un giurista geniale, ispiratore di un codice scritto con un eccezionale rigore tecnico-giuridico, sintattico e terminologico, che a sua volta trovava le proprie radici nelle impostazioni del tecnicismo giuridico e nell’apporto di giuristi della levatura di Arturo Rocco, Eduardo Massari e Vincenzo Manzini. È stata appunto questa perfezione tecnica a consentire a tre generazioni di studiosi e di operatori penali democratici di continuare a svolgere sulla base di quel testo luminose carriere accademiche, giudiziarie e forensi» (F. COLAO, G. NEPPI MODONA, M. PELISSERO, *Alfredo Rocco e il codice penale fascista*, in «Democrazia e Diritto», XLVIII, 1-2 (2011), pp. 185-186). Per l’analisi fatta in occasione del cinquantenario del Codice penale non si può che rinviare a «La Questione criminale. Rivista di ricerca e dibattito su devianza e controllo sociale», VII, 1 (1981).



# Francesco Palazzo

## *La funzione costituente del penale nell'era repubblicana*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Costituzione e funzione costituente, nel penale – 3. Brevissima digressione sulla concezione del diritto – 4. La funzione costituente del penale sul piano giuridico – 5. La funzione costituente del penale sul piano sociale – 6. Esempificazione della funzione costituente: l'ordine pubblico; la disciplina delle attività rischiose – 7. Segue. Le grandi svolte della tutela dell'ambiente e della giustizia riparativa – 8. Conclusioni

### 1. *Premessa*

Oltre ai ringraziamenti preliminari di rito, ma non per questo meno sentiti, l'esordio di questa relazione non può sottrarsi ad una duplice manifestazione di soddisfazione per il fatto di essere stato coinvolto in questo Convegno. La prima riguarda il tema scelto quale oggetto della sessione d'apertura, dedicata alla 'funzione costituente del diritto penale': si tratta di un'angolazione prospettica non molto, anzi diremmo assai poco, diffusa nella riflessione penalistica, tradizionalmente propensa a considerare il diritto penale in posizione e funzione per così dire *dipendente* dalla Costituzione, piuttosto che nel suo ruolo *fondante* l'assetto costituzionale. Il secondo motivo di soddisfazione deriva dal trovarmi qui 'in coppia' con Luigi Lacchè, storico valorosissimo e a me molto caro, dèdito a coltivare da par suo gli studi penalistici e rappresentante di quella scuola storica del diritto che ha saputo rendere fecondi, e ancor prima rinsaldare, i rapporti tra giuristi storici e giuristi vigentisti alimentando un dialogo per noi molto arricchente.

Con Luigi Lacchè ci siamo chiesti come dividerci il tema assegnatoci e abbiamo prescelto il criterio forse più ovvio ma anche più naturale, quello cioè cronologico: a lui la 'funzione costituente' nel periodo pre-repubblicano e segnatamente nel periodo fascista, a me il periodo repubblicano fino naturalmente ai giorni nostri. Raccolgo, dunque, con grande piacere la staffetta dall'amico Luigi Lacchè, dovendo peraltro subito avvertire che la mia corsa sarà assai meno splendida di quella del mio predecessore, per almeno due ragioni. La prima, principale ed assorbente, è dovuta alle mie capacità (atletiche...) assai inferiori rispetto al fiato e al respiro di cui è dotato Luigi. La seconda ragione è oggettiva e sta nel fatto che vi è una differenza fonda-

mentale tra i due periodi storici di rispettiva spettanza, per la buona ed evidente ragione che in epoca repubblicana una Costituzione, in senso formale, c'è; e con essa deve fare i conti la funzione costituente del diritto penale.

## 2. *Costituzione e funzione costituente, nel penale*

Luigi Lacchè ci ha insegnato nei suoi scritti come nel periodo fascista una 'costituzione del regime' abbia stentato ad affermarsi. La costituzione del fascismo è piuttosto «un 'costume' che il regime si è cucito addosso fase dopo fase». Ancor più precisamente: «la 'costituzione' [e sottolineiamo l'uso delle virgolette] risulta dalla stratificazione e dalla giustapposizione di una serie di leggi, fatti ed atti politici» che determinano faticosamente un risultato costituzionale. Ed è del tutto naturale che, in questo aggrovigliato e confuso processo costituzionale, che viene disordinatamente dal basso, il 'penale' possa giocare una *funzione costituente* assolutamente rilevante. Il penale ben può essere un ingrediente costitutivo, essenziale di quel regime; un ingrediente tanto più rilevante in quanto quasi connaturale alle sue premesse fondative culturali in ragione della sostanziale consonanza – per dir così – tra la violenza propria del penale e l'autoritarismo del regime.

Nel periodo repubblicano, invece, la situazione è radicalmente diversa. Fin dall'inizio c'è una carta costituzionale con caratteristiche che paiono tali da tagliare radicalmente le gambe ad una possibile funzione costituente del penale. Da un punto di vista politico-culturale, la Costituzione del 1948 affonda le sue radici nel nuovo patto sociale che, nella sua netta opposizione al passato, riassume in sé – almeno teoricamente – tutta la spinta per il rinnovamento dell'ordinamento giuridico. Da un punto di vista più estrinseco, i caratteri della tendenziale completezza e della rigidità del testo costituzionale sembrerebbero – almeno potenzialmente e al netto delle resistenze politiche poi verificatesi – fornire linee direttive totalizzanti e cogenti all'indirizzo politico delle forze di governo. E anche per quanto riguarda specificamente il campo penale, non c'è dubbio che la trama normativa costituzionale ha maglie sufficientemente strette e fortemente impattanti sull'evoluzione futura della legislazione penale, almeno per quanto riguarda l'art. 27 Cost. e in particolare il suo terzo comma.

Dunque, il quadro che parrebbe profilarsi nel periodo repubblicano è quello non tanto di una funzione costituente del penale, quanto piuttosto di una dipendenza del penale dalla Costituzione: una subordinazione rigorosa del penale entro le direttrici fissate dalla Carta. Inconcepibile parrebbe che il penale sia dotato di un proprio indirizzo politico o addirittura di un

proprio indirizzo costituzionale diverso da quello tracciato dalla Carta. Se proprio dovessimo parlare di una funzione costituente del diritto penale in epoca repubblicana, questa sarebbe da intendere nel limitato senso del suo contributo alla 'mera attuazione' dell'indirizzo costituzionale fissato dalla Carta: dunque, una funzione costituente *par ricochet* e in sostanza nulla proprio perché priva di capacità innovativa.

Ma è davvero così? Questa nostra sessione dei lavori congressuali, proponendoci di parlare di una funzione costituente del penale, ci pone l'interrogativo se sia davvero impossibile ravvisare una qualche funzione 'fondativa' del diritto penale nonostante la presenza di una Costituzione rigida: anzi, una funzione fondativa che in qualche modo vada *al di là* dello stesso orizzonte valoriale tracciato dalla Costituzione.

### 3. *Brevissima digressione sulla concezione del diritto*

Premessa per affrontare quell'interrogativo è un'implicita adesione ad una idea del diritto (in generale) quale dinamismo sociale, ben lontana da qualunque positivismo anche temperato. La Costituzione ha fissato – con la sua testualità – i cardini della modernità penale: certamente, l'evoluzione interpretativa del testo costituzionale in sé e anche alla luce delle norme sovranazionali ha garantito un dinamismo che pure nel penale ha modificato i cardini della modernità rendendoli permeabili alle trasformazioni della postmodernità. Non è questa la sede per descrivere neppure sommariamente questo processo evolutivo o involutivo che dir si voglia. Piuttosto, qui preme sottolineare che parlare di funzione costituente del diritto penale significa andare oltre questo fenomeno di dinamismo costituzionale, accettando l'ipotesi di un diritto penale capace di svolgere un ruolo 'parallelo' ed 'integrativo' rispetto alla Costituzione: un diritto penale inteso nella sua complessiva natura di prodotto legislativo e di prodotto di pratiche applicative esercitate da organi giudiziari nazionali e internazionali.

In sostanza, porci quell'interrogativo significa aderire ad un'idea del diritto partecipe del dinamismo sociale con un'intensità tale da potersi addirittura affiancare, se non finanche talvolta smentendolo in parte, al ruolo fondativo svolto dalla Costituzione, tanto nella sua consistenza testuale quanto nella sua evoluzione interpretativa. Inoltre, questo ruolo può essere riconosciuto al diritto in quanto evidentemente si presupponga che ciò che realmente decide del suo carattere costituente non è tanto, o non solo, il rango formale della fonte da cui scaturisce – la Costituzione, innanzitutto o esclusivamente – quanto piuttosto la effettività sostanziale con cui il pro-

dotto giuridico riesce ad erigere i pilastri della contemporaneità penale.

#### 4. *La funzione costituente del penale sul piano giuridico*

Una volta entrati in questo ordine d'idee, è forse possibile distinguere due piani sui quali può svolgersi fondamentalmente la funzione costituente del diritto penale: il primo è più propriamente giuridico; il secondo ha carattere essenzialmente sociale, con uno sconfinamento che certamente può lasciare molto perplessi i puristi del diritto, ma che prende atto – come vedremo – di una reale e nient'affatto trascurabile capacità del diritto, che non è solo quella di 'riflettere' bisogni ed esigenze sociali a loro immagine e somiglianza, ma è anche quella – al contrario – di 'plasmare' quel substrato socio-culturale che di quelle esigenze è l'*humus* fecondo.

Sul piano giuridico, di funzione costituente del penale si può parlare quando la produzione giuridico-penale *in action* riesce effettivamente a incidere sui cardini del sistema costituzionale trasformandoli o creandone dei nuovi attraverso la forza della sua effettività, paragonabile a quella della Costituzione formale. Si può, allora, ipotizzare l'esistenza di un 'volto costituzionale' del penale che non è più solo quello delineato dalla Costituzione, ma che con quest'ultimo coesiste in rapporti che possono essere di sostanziale omogeneità o di eterogeneità o comunque molto mobili.

Cardini costituzionali come quello del principio di *ultima ratio* del diritto penale o come quello del principio di legalità sono stati se non sfigurati certamente rimodellati dalla *legislatio*: e non si tratta qui semplicemente di constatare la *violazione* dei principi costituzionali, che pure c'è stata rispetto alla loro formulazione statica (quasi *in vitro*, si direbbe); piuttosto si deve sottolineare che il legislatore non solo non ha consapevolezza di agire *contra Constitutionem*, ma tutto al contrario è convinto di muoversi nel legittimo esercizio della sua discrezionalità politica. Così che, in fondo, si potrebbe quasi dire che questa prima forma di funzione costituente del diritto penale segna una sorta di riuscita rivendicazione della politica sulla (giuridicità della) Costituzione; o, detto in altri termini, che anche la Costituzione non vive nella sclerotizzazione del suo testo normativo, ma è parte di quel magma costituzionale in cui anche il diritto penale legislativo e giurisprudenziale svolge la sua parte 'costituente'.

Per esempio, nessuno oggi dubiterebbe più della legittimità costituzionale della delegazione legislativa in materia penale. Eppure vi sono ottime ragioni per dedurre il contrario dalla Costituzione e ancora oggi rispettabilissima ed autorevole dottrina continua una battaglia che è irrimediabil-

mente perduta non solo perché il legislatore e la Corte costituzionale non ritengono la delegazione in contrasto con la Costituzione, ma perché ormai essa si è accreditata 'nei fatti' come forse l'unica forma di legiferazione possibile per riforme anche penali di un certo respiro. Per contro, la cosiddetta 'riserva di codice', oggi prevista dall'art. 3 *bis* c.p., pur non avendo formalmente rango costituzionale, è stata ragionevolmente intesa come un nuovo contributo ad un più serio inveroamento dell'*ultima ratio*: e come tale, dunque, come una norma che s'iscrive tra i cardini fondamentali del diritto penale attuale, e in definitiva dotata di una funzione costituente nel sistema (Donini).

Forse si può osare addurre un altro esempio di funzione costituente del penale, nel quale la trasformazione costituzionale si spinge oltre quei cardini giuridici fissati dalla Costituzione con specifico riferimento alla nostra materia (artt. 25 e 27 fondamentalmente). Si spinge oltre per arrivare addirittura a coinvolgere l'equilibrio costituzionale degli organi deputati all'amministrazione della giustizia penale. Nonostante il coro delle non infondate lamentazioni al riguardo, è difficile negare che l'esercizio concreto della penalità abbia ormai, forse irreversibilmente, mutato l'assetto dei rapporti tra giurisdizione penale e politica penale legislativa rispetto a quanto tradizionalmente si deduceva dall'art. 101.2 Cost. («I giudici sono soggetti solo alla legge»). Certamente, potrà essere legittimo pensare che siamo ormai fuori del quadro della Costituzione formale, ma resta il fatto che un ritorno al passato sembra sempre più improbabile sicché la 'funzione costituente' del penale *in action* non può che imporre, piuttosto, l'immane sforzo di salvaguardare le esigenze sottese tutt'oggi all'art. 101.2 Cost. mediante l'invenzione di strumenti nuovi, più adeguati rispetto alla complessità sociale in cui si muove oggi il diritto, compreso quello penale, con riguardo ai due grandi attori della giuridicità: legislazione e giurisdizione.

##### 5. *La funzione costituente del penale sul piano sociale*

L'altro (e forse più interessante) piano sui cui il diritto penale può spiegare una funzione costituente è quello in cui l'onda lunga del penale sconfina nel mare della socialità. Detto altrimenti, qui il diritto penale – inteso nel senso largo di 'esperienza giuridica' – si spinge a svolgere un ruolo fondativo, costitutivo e identificativo dell'ordine sociale-valoriale: il che presuppone ovviamente che si possa distinguere un diritto *costituito*, cioè 'derivato' da una volontà o da un consenso sociale preesistenti alla norma, e un diritto *costituente*, cioè che promuove o consolida, con l'efficacia che

gli è propria, valori socio-culturali promossi così a cardini fondativi della società. C'è qui, nel diritto *costituente*, il rischio di un qualche autoritarismo, di un ruolo soverchiante le naturali e spontanee dinamiche sociali? Certo non può essere negato il pericolo di un abuso del diritto. Ma è anche vero che negli ordinamenti democratici il circuito di produzione del diritto, e in particolare del diritto penale, dovrebbe comunque garantire una certa base consensuale al prodotto normativo (sia legislativo che giurisprudenziale), facendo sì che la funzione costituente – partecipe di tale circuito – consista essenzialmente nella consolidazione e – si direbbe – nella ‘consacrazione’ di certi valori quali cardini fondativi della penalità in un certo periodo storico e anche al di là di quanto fissato espressamente dalla Costituzione.

Questo fenomeno del ruolo costituente del diritto, sebbene scarsamente tematizzato *ex professo*, è tutt'altro che ignoto al diritto penale in particolare. I meno giovani ricordano la discussione di qualche decennio fa, nata non per caso in periodo di forte costituzionalismo penale, quando cioè la Carta sembrava togliere molto spazio alla politica criminale, la discussione, dicevamo, sul ‘ruolo promozionale’ del diritto penale. Ci si chiedeva allora se l'uso politico del penale potesse spingersi oltre la frontiera della tutela di beni giuridici ‘esistenti’ e ‘consolidati’ (e addirittura riflessi nella trama costituzionale) per svolgere una funzione di accreditamento, di promozione appunto, di beni giuridici emergenti e non ancora metabolizzati interamente dal consenso sociale. Allora, in periodo – ripetiamo – di costituzionalismo penale talvolta estremo, naturalmente si tendeva a dare una risposta negativa, ravvisando nell'uso promozionale del diritto penale il rischio di una sua strumentalizzazione ideologica o comunque di un disconoscimento dell'*ultima ratio*.

Non è certo il caso di ripercorrere qui i termini di quella discussione: non c'è dubbio che i tempi sono molto cambiati, che il costituzionalismo ‘forte’ di allora si è attenuato, o meglio ha molto cambiato la sua fisionomia: più che di rigide tavole costituzionali di beni giuridici predeterminati, quasi in un *numerus clausus* vincolante la politica criminale, si parla oggi di ragionevolezza quale parametro per giudizi di costituzionalità certamente non meno penetranti ma più aperti ad un dialogo tra Corte costituzionale e legislatore. Comunque sia, poi, l'uso promozionale del diritto penale è non del tutto raramente praticato dal legislatore e soprattutto preme qui sottolineare che esso è cosa diversa dall'uso simbolico e dall'uso eticizzante. Se l'uso simbolico è quello cui ricorre il legislatore nella consapevolezza della sua mancanza di efficacia, al solo scopo – peraltro illusorio – di tranquillizzare l'allarme sociale e/o conquistare consenso elettorale, l'uso eticizzante è davvero pericoloso perché instrada il diritto penale verso una sua

soggettivizzazione che ci riporta addirittura alla premodernità penale. Al contrario, la funzione costituente del penale non solo non è priva di democraticità quando si mantenga inserita nel circuito di produzione normativa dominato dal consenso sociale, ma può anche andare nel senso di una progressiva evoluzione dei pilastri fondativi del penale in senso democratico e personalistico, in modo del tutto consentaneo allo spirito del patto costituzionale.

Un'ultima notazione generale riguarda la ragione per cui la funzione costituente può essere riferita con particolare appropriatezza proprio al diritto penale. La risposta è quasi intuitiva: la speciale capacità del penale di contribuire al radicamento di pilastri fondativi dell'ordine giuridico-sociale è proporzionale alla sua capacità di influenzare la c.d. coscienza sociale e dunque i valori da essa condivisi. In fondo, lo 'stigma sociale' che il penale imprime con i suoi precetti, in quanto ineluttabilmente coinvolgente la 'persona' dell'autore, è in grado di suscitare un'eco profonda nei componenti della comunità sociale e, dunque, di innescare un largo processo di interiorizzazione e diffusione (e condivisione) di valori.

#### 6. *Esemplificazione della funzione costituente: l'ordine pubblico; la disciplina delle attività rischiose*

Vogliamo dedicare la parte finale di queste considerazioni ad una esemplificazione, certamente non esauriente ma sufficientemente significativa, della funzione costituente svolta dal diritto penale nel nostro ordinamento. E al riguardo, va ribadito che la funzione costituente può andare tanto in senso consentaneo, omogeneo, espansivo rispetto al quadro costituzionale delineato dalla Costituzione 'formale', quanto in senso opposto, antinomico, divergente, riduttivo rispetto a quel quadro.

Un primo esempio della funzione costituente in senso antinomico è quello dell' 'ordine pubblico' e della sua tutela penale. Originariamente e *pour cause* non previsto nella Costituzione, l'ordine pubblico è sempre stato supportato dalla legislazione penale attraverso una lunga e costante evoluzione che non solo l'ha poi portato a trovare una menzione espressa in Costituzione (nell'art. 117, con la riforma costituzionale del 2001), ma ne ha anche segnato una sua caratterizzazione in senso marcatamente costitutivo. All'inizio l'ordine pubblico si è prevalentemente manifestato nella sua accezione per così dire poliziesca, quale condizione di pace sociale e di facilitazione dei controlli di polizia, che caratterizzò quel grappolo di leggi che a metà degli anni Settanta del secolo scorso Franco Bricola raggruppò sotto

l'efficace etichetta della 'politica penale dell'ordine pubblico': efficace, proprio perché espressiva di un carattere diventato identificativo della legislazione penale, molto diverso da quelli che soprattutto allora si evincevano dalla Costituzione. Successivamente, si verifica una imponente dilatazione della politica dell'ordine pubblico, attraverso l'esaltazione della sua vocazione preventiva: s'insinua nell'edificio della penalità la massima vincente che 'prevenire è meglio di reprimere', diventando la prevenzione *ante delictum* un pilastro costitutivo della penalità. Il legislatore accredita questo pilastro attraverso lo smisurato potenziamento delle misure di prevenzione, addirittura facendone l'oggetto di un testo unico al quale si conferisce il significativo attributo di 'codice' (antimafia). Dopo tante discussioni e, soprattutto, dopo tanti dubbi espressi in relativa prossimità dell'entrata in vigore della Costituzione, le misure di prevenzione *ante delictum* si assestano prepotentemente nel quadro costituzionale diventando una componente imprescindibile ed identificativa della penalità.

Negli anni a noi più vicini l'ordine pubblico subisce, infine, un'ulteriore metamorfosi, avvicinandosi alla tanto (costituzionalmente) sospetta nozione di ordine pubblico 'ideale'. E a propiziare questo ultimo passaggio è il fenomeno migratorio che, con tutti i suoi enormi problemi e il coinvolgimento anche emotivo prodotto, agevola l'accreditamento di un valore radicalmente estraneo alla Costituzione ma identificativo e orientativo di una politica non solo penale. La repressione dell'immigrazione clandestina trasmoda, infatti, dalla tutela sanzionatoria della regolarità dei flussi migratori verso la tutela della generica sicurezza contro la criminalità specie 'da strada', per arrivare poi a diventare tutela penale dal sapore vagamente bellico dei confini nazionali, fino all'ultima tappa che ne fa uno strumento di tutela di un valore ideologico fortemente pregnante e, appunto, costitutivo qual è quello della identità nazionale messa in pericolo dalle masse di disperati che invadono la nostra 'Nazione'. E qui è difficile non vedere una funzione costituente (ancorché antinamica alla Costituzione) del diritto penale, chiamato ad agevolare l'ingresso di valori ritenuti fondanti ed identitari della nostra comunità. Con il conseguente, e drammatico, quesito della capacità di resistenza della nostra Costituzione a un processo costituente ad essa antinomico e veicolato dal diritto penale.

Proseguendo nella nostra esemplificazione, si potrebbe forse parlare di una funzione costituente del diritto penale con riferimento alla disciplina penale di alcune attività rischiose. In particolare, viene in gioco il rischio prodotto dall'attività d'impresa per la salute dei lavoratori. All'evidenza, si tratta di per sé di un tema costituzionale in quanto coinvolgente il bilanciamento tra due beni costituzionalmente di grandissima rilevanza nell'or-

dine sociale della moderna complessità. Ebbene, qui il diritto penale, forse nel suo formante giurisprudenziale più che in quello legislativo, sembra aver fatto una scelta che – proprio per la natura dei beni in gioco e per le conseguenze sulla vita economica del nostro Paese – non può non dirsi fondativa. La giurisprudenza, attraverso il ‘gioco’ della colpa specifica e della colpa generica e attraverso la costruzione dell’‘agente modello’, ha sostanzialmente optato per una soluzione di azzeramento (tendenziale) del rischio, di una sua riduzione a zero con evidenti ricadute sui rapporti reciproci tra economia d’impresa e beni personalistici. Una scelta che concretizza in un senso fortemente personalistico un rapporto problematico non interamente definito dalla Costituzione e che, dunque, per ciò solo può dirsi costituente.

#### *7. Segue. Le grandi svolte della tutela dell’ambiente e della giustizia riparativa*

In altra direzione va il terzo ed assai significativo esempio che vorremmo addurre: la tutela dell’ambiente. Al qual proposito si può dire che, nonostante l’originario silenzio della Costituzione su questo bene dell’umanità, proprio il diritto penale ha fortemente contribuito alla sua affermazione, favorendo così un’evoluzione costituente che, lungi dal tradire lo spirito costituzionale, sembra andare proprio nel senso di una sua positiva evoluzione progressiva.

Solo oggi, all’inizio di quest’anno, l’ambiente (insieme agli animali) ha fatto ingresso formale nel testo costituzionale con la legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, che ha modificato l’art. 9, aggiungendovi un comma («Tutela l’ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell’interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali»), e l’art. 41, interpolandolo con l’inserimento dell’ambiente tra i limiti all’iniziativa economica privata. Ma sono ormai passati decenni da quando i c.d. ‘pretori d’assalto’ presero ad utilizzare – forse impropriamente dal punto di vista puramente esegetico – alcune fattispecie penali con il preciso intento di accreditare quei valori ambientali che stentavano a farsi strada nella classe politica e anche nella coscienza sociale. E si può aggiungere che anche la relativamente recente legge di riforma del Codice penale, che ha introdotto il titolo dei reati contro l’ambiente (l. 22 maggio 2015, n. 68), abbia per così dire fatto da apripista alla già citata e successiva legge costituzionale n. 1/2022. E non c’è dubbio che il significato fondativo di questo trend penalistico sia di natura propriamente ‘costituzionale’: in questo caso, ne fa fede non solo la natura intrinseca del valore accreditato

mediante l'intervento penale, ma anche e *per tabulas* la riforma costituzionale intervenuta – per così dire – a concludere e consacrare formalmente quel processo di acquisizione ai pilastri dell'ordinamento svoltosi già nella concreta esperienza giuridica.

L'ultimo esempio che ora intendiamo fare è particolarmente significativo di come l'evoluzione della penalità possa incidere sui cardini fondamentali della giuridicità, contribuendo alla trasformazione addirittura delle premesse filosofiche ed antropologiche dell'idea di responsabilità. Alludiamo all'irrompere sulla scena penalistica della 'giustizia riparativa' (nella sua accezione di *Restorative Justice*) dovuta essenzialmente alla svolta impressa di recente dalla c.d. riforma Cartabia. Naturalmente non è questa la sede per poterci soffermare, neppure per sintesi, sulla disciplina introdotta dalla riforma. Il nostro intento è un altro, ma non è possibile prescindere da un paio di considerazioni preliminari.

In primo luogo, è d'uopo ricordare che la giustizia riparativa di cui parliamo ha assai poco in comune con forme sanzionatorie – pur largamente presenti ormai – fondate sulla riparazione in senso pecuniario od economicistico, a carattere ripristinatorio dello *status quo ante* sia in forma specifica sia in forma di equivalente pecuniario. Al contrario, la giustizia riparativa di cui parliamo è in sostanza un percorso dialogico volontariamente intrapreso tra autore e vittima del reato, eventualmente essendone partecipe anche la comunità e in ogni caso agevolato da un mediatore professionale, diretto al superamento del conflitto interpersonale creato dal reato; un percorso, durante il quale vengono alla luce le emozioni, i bisogni, le componenti più intimamente personalistiche della vicenda criminosa, allo scopo se possibile di ricomporle in un esito finale di conciliazione. È dunque possibile qualificare la giustizia riparativa di cui parliamo come 'umanistica' in contrapposizione, anche abbastanza netta, a quella 'economica'.

In secondo luogo, e qui ci avviciniamo al tema della funzione costituente, la giustizia riparativa (umanistica) ha bensì dei punti di contatto ma è fundamentalmente diversa dalla rieducazione, che è l'unica a trovare una menzione espressa in Costituzione (art. 27.3). In sintesi estrema, si consideri che la rieducazione ha come suo *unico destinatario* il reo, mentre la giustizia riparativa implica il coinvolgimento, come *protagonisti attivi*, di *entrambi* i soggetti del reato, colpevole e vittima. Senza contare, poi, che la rieducazione può, almeno in teoria, essere perseguita anche in assenza del consenso del destinatario, mentre la giustizia riparativa richiede non solo il consenso delle due parti, ma che esse si facciano costruttori autonomi del percorso riparativo. In sostanza, si potrebbe dire che con la giustizia riparativa il modello di giustizia penale cessa di essere bipolare, concentrato nel

rapporto autore-Stato, per tornare ad essere quadripolare: autore-vittima-comunità-Stato. Con quest'ultimo, lo Stato, che si pone quasi sullo sfondo.

Sulla base di quanto osservato, è dunque facile comprendere che – come si dice usualmente – la giustizia riparativa costituisce un ‘paradigma’ di giustizia radicalmente ‘alternativo’ a quello tradizionale della giustizia punitiva: alternativo in senso culturale e antropologico, non solo e non tanto in senso operativo. E allora è ineludibile la conclusione che il cammino della giustizia riparativa, approdato ora alla svolta radicale della riforma Cartabia, ha modificato il quadro costituzionale della penalità, non solo introducendo un nuovo pilastro portante di quell'edificio, ma anche svolgendo una funzione costituente nell'intero ordinamento giuridico e nelle premesse culturali della responsabilità. La giustizia riparativa ha segnato un significativo momento del passaggio dalla modernità alla postmodernità giuridica, forse ancora più marcato di quello che a suo tempo rappresentò la scelta costituzionale per la funzione rieducativa della pena. In effetti, mentre la modernità giuridica s'impenna sull'idea illuministica di un uomo considerato nella sua astrattezza di essere libero ed eguale ed egualmente capace di autodeterminazione, la postmodernità lascia entrare la concretezza dell'individuo storico ed irripetibile con il bagaglio del suo vissuto, delle sue emozioni e delle sue passioni.

È, insomma, un nuovo ‘umanesimo’ quello che viene costitutivamente fondato dal paradigma della giustizia riparativa: un umanismo che riflette un generale spirito dei tempi assai diverso, nel bene e nel male, da quello della modernità. E, allora, non si può non concludere che la giustizia riparativa contribuisce alla fondazione costituzionale di una nuova e diversa idea non solo della penalità ma anche della società e, in fondo, dell'uomo e delle sue esigenze.

## 8. *Conclusioni*

È l'ora ormai di concludere. Il costituzionalismo penale è lungi dall'aver esaurito il suo ruolo, non foss'altro perché abbiamo ancora un codice che reca l'impronta del regime fascista, e perché non mancano pericolose cadute e involuzioni anche della legislazione repubblicana (che potenzia sempre più le controverse misure di prevenzione, che non cessa di derogare con disinvoltura alla finalità rieducativa della pena, che indulge in risposte sanzionatorie in flagrante contraddizione col principio di proporzionalità). La Corte costituzionale non lesina certo il suo controllo e anzi lo intensifica facendo uso di parametri molto incisivi come quello della ragionevolezza.

Ma il suo intervento è sempre per così dire puntiforme, circoscritto e necessariamente condizionato dalla sensibilità dei giudici comuni.

Il costituzionalismo penale non è dunque tramontato: la Costituzione ha ancora da dire molto nel campo penale. Ma c'è anche un costituzionalismo che non è appannaggio della Costituzione e che non cala dall'alto sul penale per involgerlo in una rete di contenimento. C'è anche un costituzionalismo di cui è artefice lo stesso diritto penale, che è maggiormente contaminato con la politica e con le forze che producono un movimento per così dire non più dall'alto della Costituzione verso il basso della legislazione, ma che si diffonde dalla penalità verso i cardini dell'ordinamento giuridico-sociale in concorrenza, positiva o negativa, con la Costituzione. Una funzione costituente, appunto, del penale in quanto dotato di una speciale capacità di persuasione sociale, si potrebbe dire.

I rischi di abuso ci sono, e non sono pochi. Le contaminazioni con la politica possono essere pericolose, ma non possono farci chiudere gli occhi sul fatto che la vita dell'ordinamento mostra flessibilità, pervasività, agilità che vanno oltre la 'rigidità' della Costituzione e della sua interpretazione pur evolutiva. Non dobbiamo perciò essere timorosi, ma sorvegliare che la 'funzione costituente' del diritto penale sia realmente tale e non vada invece verso la deriva di una degenerazione ed involuzione del quadro costituzionale delineato dal Patto del 1948. Dinanzi ad una realtà che si fa sempre più complessa e di cui dobbiamo assumere piena consapevolezza, siamo, insomma, chiamati ad un esercizio di responsabilità. Senza timore di inquinare il nostro compito dal più intenso contatto con le forze che recitano un ruolo incontestabilmente principale nel complesso gioco dell'esperienza giuridica.

Floriana Colao

*Il «nuovo codice del nostro paese».*  
*Itinerari della «riforma» del codice Rocco dal 1944 al 1981*

SOMMARIO: 1. Codici «fascisti per il profano». Gli anni della ‘Costituzione provvisoria’ – 2. L’«ideologia» della Costituzione e quella del codice penale – 3. Gli anni Settanta. «Interventi riformistici nell’originario tessuto del codice Rocco» – 4. «Peggio del codice Rocco». Legislazione di emergenza e depenalizzazione – 5. «Il codice Rocco ha cinquant’anni»

1. *Codici «fascisti per il profano». Gli anni della ‘Costituzione provvisoria’*

«Guai allo storico che per ricostruire la vera faccia del regime, si contentasse di leggere ciò che è scritto nei codici»<sup>1</sup>. Nel riflettere sulla «legalità» nel fascismo<sup>2</sup> Piero Calamandrei metteva a tema la ‘giusta distanza’ tra l’opera dei giuristi<sup>3</sup> – i «codici» – e il «regime»<sup>4</sup>. In questo orizzonte, nel

---

<sup>1</sup> P. CALAMANDREI, *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente* (1945), in ID., *Opere giuridiche*, III, Roma, 2019, p. 132.

<sup>2</sup> Sul ‘doppio gioco penalistico’, il codice penale ancorato al principio di legalità – stravolto dal regime fin nella formazione della legge – e la legislazione eccezionale cfr. G. NEPPI MODONA, *Legislazione penale*, in *Storia d’Italia. Il mondo contemporaneo*, a cura di F. Levi, U. Levra, N. Tranfaglia, Firenze, 1978, p. 599; sul «duplice livello di legalità» cfr. M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti nel sistema penale italiano (1860-1990)*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, 2009, p. 594; sulla conservazione, «almeno formale», del principio di legalità entro un «regime di giustizia teso a costruire consenso nella nuova dimensione dello Stato etico» cfr. L. LACCHÈ, *Tra giustizia e repressione: i volti del regime fascista*, in *Il diritto del duce. Giustizia e repressione nell’Italia fascista*, a cura di L. Lacchè, Roma, 2015, p. XXXVIII; L. LACCHÈ, *“Alzate l’architrave carpentieri”. I livelli della legalità penale e le ‘crisi’ tra Otto e Novecento*, in *Le legalità e le crisi della legalità*, a cura di C. Storti, Torino, 2016, pp. 183-205; *La costruzione della ‘legalità’ fascista negli anni Trenta*, a cura di G. Chiodi-I. Birocchi-M. Grandona, Roma, 2020.

<sup>3</sup> Sui penalisti durante il regime cfr. almeno M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in ID., *Storia del diritto penale*, cit., p. 1001-1034; G. NEPPI MODONA, *La pena nel ventennio fascista*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, 2012.

<sup>4</sup> P. CALAMANDREI, *Il fascismo regime della menzogna*, Roma, 2014, pp. 43 ss.

1939, Giuliano Vassalli aveva indicato nel *nullum crimen sine lege* l'architrave del codice penale, cogliendo che la legge garanzia aveva lasciato il posto alla legge potenza, con i «giuristi tutti concordi» nel «riaffermare il valore del principio», pur nel «mutare dei punti di vista», dalla tutela delle «libertà individuali» a quella della «autorità dello Stato»<sup>5</sup>.

Il legislatore dell'Italia liberata avvertiva peraltro l'urgenza dell'«abolizione o riforma» di tutti i codici; quello «penale e il suo gemello di procedura penale» erano definiti «figli primogeniti e prediletti dal fascismo»<sup>6</sup>. Il decreto luogotenenziale 14 Settembre 1944 n. 288 annunciava la prossima «pubblicazione di nuovi codici»<sup>7</sup>, che, nel ricordo di Vassalli, dovevano essere improntati alle «tradizioni giuridiche del popolo italiano»<sup>8</sup>. Nel

<sup>5</sup> G. VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, in «Giurisprudenza italiana», 1939, p. 127. «Padre» dell'unico codice della Repubblica, Vassalli ha dedicato un impegno scientifico e civile costante negli anni anche per una riforma del codice penale costituzionalmente orientata; cfr. Id., *Scritti giuridici*, IV, *Il codice penale e la sua riforma*, Milano, 1997. Cfr. *Giuliano Vassalli. Perché legge e giustizia non si separino*, a cura di F. Palazzo, Roma-Bari, 2010; G. CHIODI, *Vassalli, Giuliano*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, Roma, 2020, pp. 409 ss.; G. DODARO, *Giuliano Vassalli tra fascismo e democrazia. Biografia di un penalista partigiano (1944-1948)*, Milano, 2022; ID., *Continuità e rotture nella concezione della legalità sotto il fascismo nel pensiero di Giuliano Vassalli e di altri maestri della penalistica moderna*, *Intervento*, in *Fascismo e diritto. Continuità e rotture nella tradizione giuridica italiana*, Summer school Università di Perugia, 5 luglio 2023, in *Radioradicale.it*; M. PIFFERI, *La penalistica del dopoguerra e le sfide della Costituzione repubblicana. Qualche considerazione sul problema e sul fine della pena*, in «Giornale di storia costituzionale», 2023, p. 220.

<sup>6</sup> G. NAPPI, *Abolizione o riforma dei codici?*, in «Monitore dei tribunali», 1946, p. 29, su cui cfr. P. CAPPELLINI, *La forma codice: metamorfosi e polemiche novecentesche*, in *Il contributo italiano*, cit. Sulla penalistica e sulle scelte del legislatore dal 1944 cfr. M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti nel sistema penale italiano (1860-1990)*, in ID., *Storia del diritto penale*, cit., pp. 649 ss.; L. LACCHÈ, «Sistemare il terreno e sgombrare le macerie». *Gli anni della 'Costituzione provvisoria': alle origini del Discorso sulla riforma della legislazione e del codice di procedura penale*, in *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L. Garlati, Milano, 2010, pp. 272-304; E DE CRISTOFARO, *Giuristi e cultura giuridica dal fascismo alla Repubblica (1940-1948)*, in «Politique et société», 2012; C. LATINI, *Una legislazione per spot. Dalle idee di riforma del 1944-45 al progetto Grosso*, in «Archivio giuridico», 2019, pp. 763 ss.

<sup>7</sup> *Verballi dei Consigli dei ministri. Luglio 1943-Maggio 1948*, a cura di A.G. Ricci, I, Roma, 1995, pp. 68, 80 ss., 94.

<sup>8</sup> G. VASSALLI, *Presentazione*, in *Per un nuovo codice penale*, a cura di M. Pisani, Milano, 1993, p. 2. Sul richiamo alla «tradizione italiana di diritto penale» anche all'indomani della caduta del regime cfr. M. PIFFERI, *Alla ricerca del «genio italico». Traduzione e progetti nella penalistica post-unitaria*, in *Retoriche dei giuristi e costruzione dell'identità nazionale*, a cura di G. Cazzetta, Bologna, 2013, pp. 294-295.

novembre, Remo Pannain indicava una parola destinata da allora a fare da bussola per il legislatore, la «riforma della legislazione», opera della «forza imponente della scienza», che si autorappresentava indipendente da qualunque «forza politica»<sup>9</sup>. L'indirizzo «italiano»<sup>10</sup> vantava il merito di aver codificato le 'grandi fondazioni' del penale moderno; Tullio Delogu ricordava le accuse – mosse dai seguaci del Maggiore di «più politica e meno dogmatica»<sup>11</sup> – all'indirizzo tecnico giuridico [...] risolvere il diritto con il diritto, trascurando gli elementi politici»<sup>12</sup>. Anche l'autorevole Giovanni Leone rivendicava la «resistenza della scienza a qualsiasi infiltrazione del dato politico nel tradizionale sistema penale»<sup>13</sup>, per cui la codificazione non aveva bisogno di una radicale «riforma»<sup>14</sup>. Esulava dall'orizzonte della penalistica il fatto che il codice Rocco si collocava tra le leggi speciali del 1926 e la legislazione antisemita; quel testo, tecnicamente robusto, che aveva 'preso il penale sul serio', pareva oltretutto immune dalle logiche della giustizia politica, affidata al Tribunale speciale per la difesa dello Stato<sup>15</sup>. Certe scelte di modernità penale – in primo luogo la disciplina delle misure di sicurezza – non erano un'esclusiva dello Stato fascista; della codificazione nel 1932 Arturo Rocco e Vincenzo Manzini sottolineavano l'apprezzamento della «dottrina straniera»<sup>16</sup>.

<sup>9</sup> R. PANNAIN, *La riforma della legislazione*, in «Annali della Facoltà di giurisprudenza di Camerino», 1941-44, pp. 28 ss.; sul direttore dell'«Archivio penale» cfr. M.N. MILETTI, *Pannain, Remo*, in *Dizionario biografico degli italiani*, Roma, 2014; LATINI, *Una legislazione per spot*, cit., p. 767.

<sup>10</sup> B. PETROCELLI, *Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale*, in «Rivista italiana di diritto penale», 1941, pp. 3 ss.

<sup>11</sup> G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in «Rivista italiana di diritto penale», 1939, pp. 145-146.

<sup>12</sup> T. DELOGU, *L'elemento politico nel codice penale*, in «Rivista penale», 1945, p. 195.

<sup>13</sup> G. LEONE, *La scienza penale nell'ultimo ventennio*, in «Archivio penale», 1945, p. 28. Cfr. *Giovanni Leone. Giurista e legislatore*, a cura di G. Conso, Milano, 2003; M.N. MILETTI, *Leone, Giovanni*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, a cura di I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Milette, Bologna, 2013, pp. 1163-1166.

<sup>14</sup> G. LEONE, *Contro la riforma del codice penale*, in «Archivio penale», 1945, pp. 276 ss.

<sup>15</sup> Su cui L.P. D'ALESSANDRO, *Giustizia fascista. Storia del tribunale speciale (1925-1943)*, Bologna, 2020.

<sup>16</sup> A. ROCCO, V. MANZINI, *Ai lettori*, in «Annali di diritto e procedura penale», 1932, p. 3. Sul codice Rocco fuori d'Italia cfr. *Il progetto Rocco nel pensiero giuridico contemporaneo*, Roma, 1930; T.P. MARQUES, *La riforma penale fascista italiana: un modello internazionale*, in «Studi sulla

Nel gennaio 1945 il guardasigilli, Umberto Tupini, nominava due Commissioni per avviare la «riforma dei codici penali»<sup>17</sup>, che, per Calamandrei, potevano sembrare «fascisti al profano che si lascia impressionare dalle parole». Il giurista fiorentino osservava «campi limitatissimi» della «politica del fascismo nella codificazione», un generico «autoritarismo poliziesco» nella «legislazione penale». Quanto alla riforma, in quel «limbo istituzionale» la Costituzione pareva la questione prioritaria; ripensando quanto scritto pochi mesi prima, Calamandrei legava i «nuovi codici italiani» ad una «profonda trasformazione della vita sociale», dal momento che la codificazione della nuova Italia non doveva essere opera «dei giuristi, ma dei politici: ossia del *popolo*». Nel frattempo proponeva una «sorta di *entomologia legislativa*», l'«epurazione» – come già occorso per la pena di morte – delle «più repugnanti sconcezze [...] come si estirpano i parassiti o le piante infestanti»<sup>18</sup>.

Il Comitato istituito in seno all'Istituto italiano di studi legislativi declinava la «defascistizzazione» come «aggiornamento del codice penale»; la *Relazione* di Delogu metteva in guardia dal sovvertirne la «specialmente elaborata intelaiatura sistematica»<sup>19</sup>. La magistratura era protagonista in questa operazione di «salvataggio»; Ettore Casati – primo presidente di Cassazione – autorappresentava giudici impegnati nell'interpretazione tra un «*corpus* di leggi, che porta l'impronta di un regime autoritario e totalitario», e l'«esprimere dalla sperimentalità dei casi singoli le tendenze della nuova coscienza giuridica democratica». Sosteneva che nel codice erano state inserite alcune «zeppe» in omaggio alla «dottrina fascista», ma solo «quando l'opera del tecnico era compiuta»; dichiarava che, in quell'«ora

---

questione criminale», 2008, pp. 73-105; S. SKINNER, *I reati contro lo Stato e l'intreccio tra fascismo e democrazie negli anni venti e trenta del Novecento: vilipendio, libello sedizioso e la sospensione della legalità*, in *Il diritto del Duce*, cit., pp. 57- 93; P. GARFINKEL, *Criminal Law in Liberal and Fascist Italy*, Cambridge, 2016; M. PIFFERI, *Reinventing Punishment. A comparative History of Criminology and Penology in the 19th and 20th Century*, Oxford, 2016; sull'apprezzamento dei giuristi statunitensi, almeno fino all'impresa d'Abissinia cfr. L. LACCHÈ, *La riforma fascista della giustizia penale vista dagli Stati Uniti: prospettive transnazionali e caratteri originari*, *Intervento*, in *Fascismo e diritto*, cit.

<sup>17</sup> R. PANNAIN, *Notizie e spunti sulla riforma dei codici penali*, «Archivio penale», 1945, p. 58.

<sup>18</sup> P. CALAMANDREI, *Sulla riforma dei codici*, in ID., *Costruire la democrazia*, cit., pp. 52-72.

<sup>19</sup> Istituto italiano di studi legislativi, *Defascistizzazione e riforma dei codici e dell'ordinamento giudiziario – Corte di giustizia costituzionale*, Roma, 1946, p. 128; G. TARLI BARBIERI, *La «defascistizzazione dei codici»*, in *La prima legislatura repubblicana. Continuità e discontinuità nell'azione delle istituzioni*, a cura di U. De Siervo, I, Roma, 2004, pp. 184 ss.

fortunosa», una «riforma piena ed intera della legislazione» non era «consigliabile»<sup>20</sup>.

Entro il paradigma della continuità dello Stato<sup>21</sup>, «depurato dalle incrostazioni del passato regime»<sup>22</sup>, si gettarono allora le basi del destino del codice Rocco nell'Italia repubblicana, radicato dagli anni Trenta in poi in una sorta di 'antropologia collettiva' del penalista. Non si impose tanto una scelta di 'conservazione' *politica*, quanto una «giuridica», lamentata nel 1947 da Calamandrei, perchè ostacolo alla costruzione di una legalità «nuova», diversa da quella «fascista»<sup>23</sup>. Nei decenni a venire l'«incantesimo autoritaristico»<sup>24</sup> non si spezzerà e non solo per la «stupefacente capacità di autoconservazione del codice Rocco»<sup>25</sup>, per Bettiol «albero più volte potato, che riprende a metter rami e foglie ad ogni cambio di stagione»<sup>26</sup>. Quanto ai responsabili della mancata «sostituzione totale»<sup>27</sup>, la penalistica

<sup>20</sup> E. CASATI, *Considerazioni e proposte sulla riforma dei codici penali*, in «Archivio giuridico», 1945, p. 43. Su Casati, alto magistrato negli anni del fascismo, guardasigilli nel governo Badoglio, tra gli artefici delle sanzioni contro il fascismo cfr. S. DE NARDI, *La Resistenza della (e nella) magistratura romana*, in *Resistenza e diritto pubblico*, a cura di F. Cortese, Firenze, 2016, 59 ss.

<sup>21</sup> Ha posto il tema C. PAVONE, *Alle origini della Repubblica. Scritti su fascismo, antifascismo, e continuità dello Stato*, Torino, 1995. Sulla «continuità non rassicurante» nel penale cfr. T. PADOVANI, *La sopravvivenza del codice Rocco nella età della decodificazione*, in «La questione criminale», 1/1981, p. 212; LATINI, *Una legislazione per spot*, cit., p. 779.

<sup>22</sup> P. COSTA, *Il problema del potere costituente*, in *Un secolo per la Costituzione (1848-1948) concetti e parole nello svolgersi del lessico costituzionale italiano*, a cura di F. Bambi, Sesto fiorentino, 2012, p. 126.

<sup>23</sup> P. CALAMANDREI, *Restaurazione clandestina*, in «Il Ponte», novembre-dicembre, 1947, p. 698.

<sup>24</sup> Così F. PALAZZO, *Codice penale 1930: passato (ancora) senza futuro*, in «Diritto penale contemporaneo», 2011.

<sup>25</sup> G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. X.

<sup>26</sup> G. BETTIOL, *Il ruolo svolto dal codice penale Rocco nella società italiana*, in «La questione criminale», 1/1981, p. 32. Sul maestro della penalistica cfr. R. BETTIOL, B. PELLEGRINO, *Giuseppe Bettiol: una vita tra diritto e politica*, con prefazione di G. Vassalli, Padova 2009; *Dallo Stato costituzionale democratico di diritto allo Stato di polizia? Attualità del «Problema penale» nel trentesimo dall'ultima lezione di Giuseppe Bettiol*, a cura di S. Riondato, Padova, 2012.

<sup>27</sup> A. PAGLIARO, *Situazione e progetti preliminari nel procedimento di riforma del diritto penale*, in «Indice penale», 1980, p. 477.

indicherà il conservatorismo del legislatore<sup>28</sup>; l'«egemonia culturale» del tecnicismo giuridico<sup>29</sup>; non ultimo – per Vassalli – il «popolo italiano, che del diritto penale ha sempre amato ben poco»<sup>30</sup>.

## 2. L'«ideologia» della Costituzione e quella del codice penale

Il decreto luogotenenziale 10 Agosto 1944 n. 244 estirpava la «pianta» più «infestante» del codice, la pena di morte per i delitti comuni, scelta rivendicata da Tupini come primo atto del «governo libero», dopo che il fascismo nel 1926 e nel 1930 aveva voluto l'istituto a «presidio delle maggiori istituzioni politiche del regime», «in omaggio ad una esigenza puramente politica». Tupini richiamava la «civile tradizione che costituiva particolare vanto della scuola giuridica italiana», da Beccaria al codice Zanardelli; proponeva di «tornare anche in questo all'antico»<sup>31</sup>. In questo orizzonte il decreto luogotenenziale 14 Settembre 1944 n. 288 intendeva attenuare la generale severità delle pene, colta come tratto individuante del codice del 1930. Si reintroducevano le attenuanti generiche, previste dal codice Zanardelli, abolite dal codice Rocco; si cancellavano il delitto di attentato ed offesa alla libertà ed onore del capo del governo e la prova liberatoria nei delitti contro l'onore; si prevedeva la scriminante della reazione legittima del cittadino agli atti arbitrari del pubblico ufficiale; si ampliava la discrezionalità del giudice, con significative ricadute in termini di determinazione della pena<sup>32</sup>. Il legislatore non riformava il sistema sanzionatorio e delle circostanze in modo radicale. Nel 1958 Vassalli prevedeva che l'equilibrio codicistico tra legalità e discrezionalità –

<sup>28</sup> G. NEPPI MODONA, L. VIOLANTE, *Poteri dello Stato e sistema penale*, Torino, 1978, pp. 184 ss.

<sup>29</sup> G. NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche di riforma penale*, in «Democrazia e diritto», 1977, pp. 673 ss.; P. PIASENZA, *Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato: il dibattito sulla riforma del codice penale e delle leggi di pubblica sicurezza*, in «Politica del diritto», 1979, pp. 261 ss.; M.N. MILETTI, *Le ambiguità politiche del tecnicismo giuridico*, *Intervento*, in *Fascismo e diritto*, cit.

<sup>30</sup> G. VASSALLI, *Il tormentato cammino della riforma nel cinquantennio repubblicano*, in *Prospettive di riforma del codice e valori costituzionali*, Milano, 1986, p. 7.

<sup>31</sup> *Verbalì dei Consigli dei ministri*, cit., I, p. 318; II, pp. 30 ss.

<sup>32</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, Torino, 1948, II, pp. 166 ss. Sul tema cfr. M.N. MILETTI, *Elemosina giudiziaria o trionfo dell'equità. Il ripristino delle attenuanti generiche nella penalistica italiana del secondo dopoguerra. In Attualità e storia delle circostanze del reato. Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità*, a cura di R. Bartoli, M. Pifferi, Milano, 2016, pp. 185 ss.

disegnato dall'art. 133 c.p. – sarebbe vissuto più a lungo nell'età repubblicana che in quella fascista<sup>33</sup>.

L'opera dell'Assemblea Costituente «in campo penalistico» è parsa innovativa soprattutto nella formulazione dell'art. 25, secondo e terzo comma, Cost., uno dei cardini dell'Illuminismo penale, transitato nella Carta del 1948 «via codice Rocco»<sup>34</sup>, «rivisitato alla fine degli anni 70»<sup>35</sup>. Rispetto al regime, la Costituzione introduceva altri principi politicamente pregnanti: l'abolizione della pena di morte, per Leone in continuità con la «legge Tupini»; la previsione di «pene che non possono consistere in trattamenti contrari all'umanità» – proponenti Leone e Bettiol – che «devono tendere alla «rieducazione del condannato» (La Pira e Basso). Nel suo complesso, la penalistica non è parsa avanzare proposte radicali alla Costituente<sup>36</sup>, né indicare al futuro legislatore una rifondazione *ab imis* della penalità in virtù di un «nuovo codice penale»<sup>37</sup>. Nel 1949 il Progetto di parte generale di Petrocelli e Vannini metteva però a tema un «nuovo codice»; la mitigazione delle pene ed un titolo «Delitti contro le libertà costituzionali» volevano essere indicatori del distacco dagli «orientamenti del passato regime». Le reazioni della dottrina erano improntate dalle logiche delle «Scuole»; Leone apprezzava l'impianto ancorato alla «responsabilità

<sup>33</sup> G. VASSALLI, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, in ID., *Conferenze*, Milano, 1958, p. 727.

<sup>34</sup> E. GALLO, *Una politica per la riforma del codice penale*, in «La questione criminale», 1/1981, cit., p. 49.

<sup>35</sup> F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2 e 3 cost. rivisitato alla fine degli anni Settanta*, in «La questione criminale», 1980, pp. 179 ss., su cui cfr. G. VASSALLI, *Introduzione*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2006, p. XI.

<sup>36</sup> Sul «ruolo non particolarmente rivoluzionario svolto dai penalisti [alla Costituente] forse solo della legalità si può dire che fu colto il suo riannodarsi al principio democratico quale asse politicamente portante del nuovo assetto complessivo delle fonti» cfr. F. PALAZZO, *Requiem per il codice penale? Scienza penale e politica dinanzi alla ricodificazione*, in *Gli Ottant'anni del codice Rocco*, a cura di L. Stortoni e G. Insolera, Bologna, 2012, p. 45; ID., *La pena*, in *Il contributo*, cit; sull'attuazione della Costituzione, ostacolata dal mancato mutamento del senso del diritto penale cfr. M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale nella Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in «Il Foro italiano», 2001, col. 29.

<sup>37</sup> Fonti in L. GARLATI, *Punire per (ri)educare. Il fine della pena tra emenda e risocializzazione nel dibattito costituzionale*, in «Quaderno di storia del penale e della giustizia», 2021, *Il castigo. Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su giustizia, diritto di punire e pena*, pp.177-198, p. 195.

morale»<sup>38</sup>, Grispiigni criticava il «regresso di un secolo nella legislazione penale»<sup>39</sup>. Delitala rilevava che il Progetto non conteneva novità: «non si vede alcun valido motivo per redigere un nuovo codice se il nuovo codice [...] è ancora quello vecchio»<sup>40</sup>.

All'indomani della Costituzione parte della dottrina esprimeva un «ritorno della penalistica civile»<sup>41</sup>; tra gli esempi *Il problema penale* di Bettiol superava l'acritica accettazione della norma – messa in conto all'indirizzo tecnico giuridico – in nome di valori etici, che davano senso ad un diritto penale garanzia della «libertà individuale» e «limite» all'«interesse statale nel campo della penalità»<sup>42</sup>. Nuvolone proponeva alla penalistica un «indirizzo critico», con l'apertura della dogmatica ad altre discipline, fino ad allora espunte dal tecnicismo<sup>43</sup>; taluni penalisti mettevano a tema l'attuazione della Costituzione<sup>44</sup>. Alla luce dei principi costituzionali la dottrina criticava in particolare il «doppio binario», per cui uno stesso individuo – imputabile e pericoloso al tempo stesso – poteva essere sottoposto a pena e misura di sicurezza, dalla medesima identità afflittiva, in una «truffa delle etichette», rilevata da Vassalli e Delitala, ma passata in svariate occasioni indenne al vaglio di costituzionalità<sup>45</sup>. Un «progetto parziale di riforma» era presentato nel 1956 dal guardisigilli Moro, consapevole sia della «complessità di

<sup>38</sup> G. LEONE, *Sulla riforma del I libro del codice penale*, in «Rivista italiana di diritto penale», 1950, p. 182.

<sup>39</sup> F. GRISPIGNI, *Il regresso di un secolo nella legislazione penale*, in «La Scuola positiva», 1949, pp. 330 ss.

<sup>40</sup> G. DELITALA, *Sul progetto preliminare del primo libro del codice penale*, in «Rivista italiana di diritto penale», 1950, p. 160. Sull'affermazione «rimasta famosa» cfr. SBRICCOLI, *Caratteri originari*, cit., p. 650; G. MARINUCCI, *Problemi della riforma del diritto penale in Italia*, in *Diritto penale di trasformazione*, cit., pp. 353-354.

<sup>41</sup> SBRICCOLI, *Caratteri originari*, cit., pp. 658 ss.

<sup>42</sup> G. BETTIOL, *Il problema penale*, Palermo, 1948.

<sup>43</sup> P. NUVOLONE, *I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale*, in «Rivista italiana di diritto penale», 1948, pp. 1-5; ID., *Introduzione a un indirizzo critico nella scienza del diritto penale*, *ivi*, 1949, pp. 1-4. Su Nuvolone da ultimo cfr. PIFFERI, *La penalistica del dopoguerra*, cit., p. 220.

<sup>44</sup> Cfr. P. NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, 1953; P. ROSSI, *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Palermo 1953; G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1961, pp. 296 ss.; N. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, 1966.

<sup>45</sup> Fonti in M. PAVARINI, *Introduzione al sistema sanzionatorio*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti, I, Torino, 2012, pp. 465-493.

un'«integrale riforma», che della necessità di adeguare il sistema penale all'«attuale realtà storica»<sup>46</sup>. Una modifica era introdotta dalla legge Merlin, che aveva efficacia abrogativa degli artt. 531-536 c.p. del titolo IX capo II, senza peraltro riformulare il bene giuridico tutelato<sup>47</sup>. In questa stagione Vassalli ha colto un «silenzio dei penalisti»<sup>48</sup>; quanto al legislatore, l'attenuazione del carico sanzionatorio pareva il problema più urgente, anche per marcare il distacco dalla cifra politica del codice Rocco. Le leggi 191/62 e 1634/62 ampliavano dunque l'operatività della sospensione condizionale della pena e della liberazione condizionale, quest'ultima anche per i condannati all'ergastolo; disponevano il cumulo giuridico per il concorso dei reati. Vassalli apprezzava la tensione per un penale più «civile ed umano»; al tempo stesso rilevava la mancata rinuncia alla «pena tradizionale, teoricamente rieducativa, ma sostanzialmente repressiva e intimidatoria». Osservava che, ai ritardi nel riformare il sistema delle comminatorie, si ovviava con il ricorso a «sempre nuove amnistie, abbondanza delle grazie, sospensioni e attenuazioni delle pene, nella fuga formale davanti alla pena»<sup>49</sup>.

In una cesura col tecnicismo nel segno della costituzionalizzazione della dogmatica, a metà anni Sessanta, Bricola poneva il tema della Costituzione come fonte ispiratrice per la legislazione, non intendendo i principi costituzionali come meri limiti allo *ius puniendi*, ma come fondamento della pena e del diritto penale; ripensava, tra l'altro, il rapporto tra parte generale e parte speciale del codice, con la prima 'facciata rispettabile' della seconda, intrisa dei contenuti autoritari del regime<sup>50</sup>. I progetti di riforma si susseguivano; Nuvoione osservava che le distanze ideologiche dei partiti in Parlamento – d'ispirazione liberale, cattolica, marxista – ostacolavano la

<sup>46</sup> P. NUVOLONE, *Alle soglie di una riforma*, in «Rivista di diritto e procedura penale», 1964, p. 368; G. VASSALLI, *Codice penale* (1960), ora in ID., *Scritti giuridici*, IV, cit., p. 34.

<sup>47</sup> Cfr. T. PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, Pisa, 2015, pp. 191 ss.; F. PARISI, *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, Torino, 2018.

<sup>48</sup> VASSALLI, *Il tormentato cammino*, cit., p. 7.

<sup>49</sup> G. VASSALLI, *La riforma del codice penale italiano del 1930*, in «La giustizia penale», 1972, col. 515.

<sup>50</sup> F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, I, *Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965; ID., *Teoria generale del reato*, in *Novissimo digesto italiano*, XIX, Torino, 1973, pp. 32 ss., 7-123; sul maestro della penalistica cfr. M. SBRICCOLI, *Caratteri generali*, cit., p. 652, 663; M. DONINI, *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in «Diritto penale contemporaneo», 2012, pp. 56 ss.; ID., *La politica dell'interpretazione. Una rilettura di Bricola*, in «Lo Stato», 2022, p. 359 ss.; PIFFERI, *La penalistica del dopoguerra*, cit., p. 225.

scelta di un ordine sociale condiviso, cui offrire una tutela penale personalistica, diversa da quella statualista del codice Rocco<sup>51</sup>. Anche l'instabilità dei governi ostacolava il processo riformatore, inteso prevalentemente a mitigare le pene; nel 1968, un disegno di legge, presentato dal guardasigilli Gonella, era ispirato al «superamento degli «orientamenti propri del superato regime»<sup>52</sup>. Leone – presidente del Consiglio – incaricava Vassalli di un progetto preliminare di riforma, l'unico discusso alle Camere; alcune norme del Libro I erano stralciate, per confluire poi nella Novella del 1974<sup>53</sup>. Nel ventennio successivo non ci saranno altri tentativi di codificazione, nonostante – per Vassalli – il «forte avanzamento della dottrina penalistica, prezioso per la costruzione di un nuovo codice»<sup>54</sup>.

L'entrata in funzione della Corte costituzionale avviava un percorso di riforma anche del codice penale, pur con una giurisprudenza più «cauta e circospetta»<sup>55</sup> rispetto a quella in tema di codice processuale, «forse saggiamente realistica [...] in un bilanciamento ineludibile fra esigenze in tensione tra loro, libertà da un lato, sicurezza dall'altro». Da qui le norme codicistiche «salvate»<sup>56</sup>, «salvo che per disposizioni palesemente incostituzionali»<sup>57</sup>; tra gli esempi, nel 1966, Vassalli apprezzava il riconoscimento dell'«incompatibilità storica, giuridica, politica» tra il codice penale e la Costituzione in tema di «propaganda sovversiva»<sup>58</sup>. Tra le sentenze che orientavano il legislatore sulla via della democratizzazione e modernizzazione della società, la sent. n. 1/1956 dichiarava l'illegittimità dell'art. 113 del Testo unico leggi di pubblica sicurezza e di riflesso dell'art. 663 del codice penale<sup>59</sup>.

<sup>51</sup> NUVOLONE, *Alle soglie di una riforma*, cit., p. 388.

<sup>52</sup> AA.PP., *Camera dei deputati*, 1968, *Documenti*, n. 688.

<sup>53</sup> A. CRESPI, *Riforme ardite e riforme ordite: le progettate riforme al libro I del codice penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1973, pp. 818 ss.; P. NUVOLONE, *Problemi di politica criminale e riforma dei codici*, in «Indice penale», 1975, pp. 1 ss.; A. PAGLIARO, *Situazione*, cit., p. 477; D. PULITANÒ, *A Ottant'anni dal codice Rocco. Trasformazione e problemi del diritto penale italiano*, in *Gli Ottant'anni*, cit., p. 158.

<sup>54</sup> VASSALLI, *Il tormentato cammino*, cit., p. 5.

<sup>55</sup> PADOVANI, *La sopravvivenza del codice Rocco*, cit., p. 89.

<sup>56</sup> D. PULITANÒ, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 253.

<sup>57</sup> VASSALLI, *Introduzione*, cit., p. X.

<sup>58</sup> G. VASSALLI, *Propaganda «sovversiva e sentimento nazionale»*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1966, pp. 1097 ss.

<sup>59</sup> VASSALLI, *Introduzione*, cit., p. XXV; PULITANÒ, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit.,

La sent. n. 3/1956 era all'origine della modifica dell'art. 57 c.p., l'attenuazione della responsabilità oggettiva del direttore di giornale, premessa ad una riforma della materia nel 1958, seguita da altre pronunzie in tema di responsabilità penale personale<sup>60</sup>. In nome dell'«attuale realtà sociale», la sent. n. 126/1968 correggeva una precedente sentenza del 1961, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 559 c.p., in contrasto con l'art. 3 Cost. nel punire il solo adulterio della moglie<sup>61</sup>. Quindici anni dopo il rifiuto della giovane siciliana Franca Viola a sposare il sequestratore – scelta che colpì l'opinione pubblica – la legge 5 agosto 1981 n. 422 sanciva l'abrogazione della rilevanza penale della causa d'onore, di cui all'art. 544 c.p.<sup>62</sup>. Con la sent. n. 96/1981, la Corte costituzionale dichiarava l'incostituzionalità del delitto di plagio, anche in seguito al 'processo celebre' ad Aldo Braibanti (1964-1968)<sup>63</sup>. Nel complesso la giurisprudenza costituzionale non è parsa rilevare un «radicale contrasto tra l'ideologia della Costituzione della repubblica e l'ideologia del codice penale»<sup>64</sup>. In un bilancio sui cinquant'anni di vita della Corte costituzionale, Vassalli ha scritto che «il senso di rispetto, in ogni caso di prudente accettazione», del codice Rocco era comprensibile nel suo «rifarsi al principio di legalità in tutte le sue principali manifestazioni e palesare la ricerca di un rigore nella prevenzione del crimine: un tema al cui richiamo la Corte più di una volta ebbe a dimostrarsi sensibile»<sup>65</sup>.

---

pp. 239 ss.

<sup>60</sup> Fonti in C.F. GROSSO, *Principio di colpevolezza e personalità della responsabilità penale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 10 ss.

<sup>61</sup> Fonti in F. DE ROSA, S. TORRE, *Sotto i riflettori. Vita privata, scandalo e processo nell'Italia degli anni '50: la vicenda Coppi-Occhini*, in *MaLe femmine?. Itinerari storico-giuridici di una parità 'incompiuta'*, a cura di F. Mastroberti e M. Pignata, Napoli, 2023, pp. 93-106.

<sup>62</sup> Fonti in E. DE CRISTOFARO, *Il matrimonio riparatore. Ricomposizione dell'onore e libertà di scelta*, *ivi*, pp. 75-91.

<sup>63</sup> Cfr. G. VASSALLI, *Riforma e contro riforma nel sistema penale*, in *ID.*, *Scritti giuridici*, IV, p. 146; STORTONI, *Introduzione alla parte speciale*, in *Introduzione al sistema penale*, cit., pp. 523-524; M.S. PALIERI, *Il caso Braibanti: nel nome del plagio, processo all'omosessualità*, in *Il reato impossibile*, Roma, 2019, pp. 57 ss.

<sup>64</sup> PAGLIARO, *Situazione e progetti*, cit., 1980, p. 478; S. MOCCIA, *Diritto penale politico e giurisprudenza costituzionale in materia di libertà di riunione e associazione (articoli 17 e 18 Cost.)*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 211 ss.; T. PADOVANI, *I delitti di sciopero e serrata nella giurisprudenza costituzionale (articolo 40 Cost.)*, *ivi*, pp. 255 ss.; F. COPPI, *Difesa della patria, obiezione di coscienza, reati militari*, *ivi*, pp. 267 ss.

<sup>65</sup> VASSALLI, *Introduzione*, cit., p. X.

### 3. *Gli anni Settanta. «Interventi riformistici nell'originario tessuto del codice Rocco»*

L'incapacità del legislatore ad affrontare le accelerate trasformazioni del «nuovo Stato *sociale* di diritto» è parsa all'origine della «scomparsa dalla scena della riforma del codice penale», con l'«evoluzione legislativa» affidata alla «legislazione organica, novellistica e speciale»<sup>66</sup>; si inaugurava inoltre la prassi, criticata dalla dottrina, del 'codificare' in modo improprio, attraverso decreti legge e decreti legislativi<sup>67</sup>. Il governo imboccava, dunque, la via della legislazione *extra codicem* con un discusso decreto legge, 11 aprile 1974 n. 99, convertito nella legge 7 giugno 1974 n. 220, *Provvedimenti urgenti sulla giustizia penale*<sup>68</sup>. Vassalli sosteneva che, rispetto all'originario progetto di riforma del codice, erano state inserite nel testo scelte di natura «politica»<sup>69</sup>, ricordando un problema impellente: la legge 4 maggio 1974, a seguito di una sentenza della Corte costituzionale, aveva stabilito tempi massimi di carcerazione preventiva; da qui l'allarme dell'opinione pubblica per la prossima messa in libertà di condannati per reati anche gravi. Era necessario modificare l'art. 272 del codice di procedura penale; al tempo stesso il legislatore intendeva evitare il ricorso ad un generalizzato rigore punitivo, anche di fronte alle proteste dei detenuti<sup>70</sup>. Per rivedere le comminatorie, scelta che non si riusciva a decidere in via generale, si alleggeriva il quadro sanzionatorio; l'ampio intervento riguardava la parte generale, anche se il legislatore si diceva inteso a riformare anche quella speciale<sup>71</sup>. La Novella – per Vassalli «nel bene e nel male la più incisiva

<sup>66</sup> Cfr. F. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, II ed., Padova 1985, p. 3.

<sup>67</sup> E. DOLCINI, G. MARINUCCI, *Note sul metodo nella codificazione penale*, in *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive*, Milano, 1993, pp. 74 ss.

<sup>68</sup> Tra le innovazioni al giudice era consentito il bilanciamento delle circostanze, fino a diminuire 1/3 della pena; si mediava tra codice Zanardelli e codice Rocco, con il cumulo materiale per il concorso materiale e quello giuridico per il formale; si estendevano i vantaggi della continuazione ad ipotesi fino ad allora escluse; da obbligatoria l'aggravante della recidiva diveniva facoltativa, con il limite dell'aumento di pena in caso di cumulo delle condanne precedenti alla commissione del nuovo reato; si innalzava da uno a due anni la concessione del beneficio della condanna condizionale, che poteva essere ammesso una seconda volta, sempre che la pena da sospendere, sommata a quella sospesa, non superasse i due anni; cfr. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, cit., pp. 20 ss.

<sup>69</sup> VASSALLI, *La riforma penale*, cit., pp. 49-50.

<sup>70</sup> G. VASSALLI, *La riforma penale del 1974*, Milano, 1975, p. 50.

<sup>71</sup> Fonti in R. MINNA, *Il controllo della criminalità*, Firenze, 1979, p. 123.

riforma legislativa subita dal codice Rocco nella sua lunga vita<sup>72</sup> – si raccordava con il «vecchio codice», senza mutarne, coerentemente con l’art. 16, il ruolo di ‘centro’ delle leggi penali, ed ‘indebolendolo’ per la «indeterminatezza» degli «istituti riformati»<sup>73</sup>.

Francesco Palazzo criticava soprattutto il grande aumento della discrezionalità penale rispetto all’art. 133, che incardinava l’*interpretatio* ai criteri prefissati per determinare la pena in concreto; affermava inoltre che l’assenza di criteri guida al magistrato nell’applicazione delle norme metteva a rischio «legalità e certezza»<sup>74</sup>. Nel momento in cui, rispetto all’«orientamento garantistico indulgenziale», la legislazione dell’emergenza introduceva nuove aggravanti, Nuvolone definiva l’art. 133 c.p. «lettera morta»<sup>75</sup>; da qui la richiesta di «una sorta di ritorno al codice Rocco»<sup>76</sup>. A metà degli anni Ottanta, Dolcini sosterrà che, dall’essere «giuridicamente vincolata», la discrezionalità penale «assolveva funzioni abnormi»<sup>77</sup>. La consegna delle «chiavi» del sistema penale al «potere giudiziario»<sup>78</sup> è parsa di recente la premessa della «supplenza giudiziaria», tra i motivi della perdurante vigenza del codice del 1930<sup>79</sup>; Palazzo ha definito la Novella «epitaffio *ante litteram* sulla riforma organica del codice penale»<sup>80</sup>.

<sup>72</sup> Sulla «riforma parziale», che prendeva il «sopravvento su quella della riforma totale» cfr. VASSALLI, *Il tormentato cammino*, cit., p. 7.

<sup>73</sup> F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 58.

<sup>74</sup> PALAZZO, *La recente legislazione penale*, cit., p. 96.

<sup>75</sup> NUVOLONE, *La parte generale*, cit., pp. 39 ss.

<sup>76</sup> A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina delle circostanze del reato nel “progetto preliminare Grosso”: pregi e difetti di una riforma che non “rifonda”*, in *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, a cura di A.M. Stile, Napoli, 2003, p. 413; Id., *La disciplina italiana delle circostanze del reato, tra ambiguità storiche, disarmonie funzionali e prospettive di riforma*, in *Attualità e storia*, cit., pp. 251-302.

<sup>77</sup> E. DOLCINI, *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in *Diritto penale in trasformazione*, cit., pp. 304-305.

<sup>78</sup> Cfr. G. FLORA, *Manuale per lo studio della parte speciale del diritto penale*, Padova, 1998, p. 75.

<sup>79</sup> A. FIORELLA, *La codificazione penale in Italia e le sue prospettive di riforma*, in «Archivio penale», 2019, pp. 1-21.

<sup>80</sup> F. PALAZZO, *La pena*, cit; sulla «svolta», ID., *Requiem*, cit., p. 41; sulla «storia negativa» del codice penale, cui corrispondeva la «storia positiva della politica criminale», ID., *La politica criminale nell’Italia repubblicana*, in *Storia d’Italia, Annali*, 12, *La criminalità*, a cura di L. Violante, Torino, 1997, p. 856.

Nel corso degli anni Settanta, di «crisi» e di un'irripetibile stagione di riforme nel segno dell'espansione dei diritti e delle libertà<sup>81</sup>, il «sistema sanzionatorio» del codice Rocco era oggetto di taluni interventi legislativi di «grande portata e significato»<sup>82</sup>. In particolare le «carceri» risaltavano come una drammatica realtà, in cui pareva urgente l'attuazione della Costituzione, fin dalla campagna avviata nel 1949 da un memorabile fascicolo de «Il Ponte»<sup>83</sup>. Il tema era affrontato anche da «La questione criminale» – fondata nel 1975 da Franco Bricola con Alessandro Baratta, 'padre' della criminologia critica<sup>84</sup> – intesa a mostrare l'incostituzionalità e matrice classista dell'esecuzione penale<sup>85</sup>. Preceduta da un ampio dibattito parlamentare<sup>86</sup>, la legge 26 luglio 1975 n. 354 è stata definita la «grande riforma penitenziaria»<sup>87</sup>, voluta per attuare la Costituzione nel segno della individualizzazione della pena<sup>88</sup>, con la funzione rieducativa *ex art. 27*, terzo comma, Cost. rimessa alla fase dell'esecuzione<sup>89</sup>. Bricola ne apprezzava

<sup>81</sup> P. COSTA, *L'alternativa presa sul serio: manifesti giuridici degli anni Settanta* (1987), in «Democrazia e diritto», 1-2/2010, pp. 242 ss.; S. RODOTÀ, *Diritti e libertà nella storia d'Italia. Conquiste e conflitti 1861-2011*, Roma, 2011, pp. 99 ss. La storiografia ha messo in relazione anni Settanta e crisi; cfr. tra gli altri, *L'Italia repubblicana nella crisi degli anni Settanta. Culture, nuovi soggetti, identità*, a cura di F. Lussana, G. Marramao, Soveria Mannelli, 2003; *L'Italia repubblicana nella crisi degli anni Settanta. Sistema politico e istituzioni*, a cura di G. De Rosa, G. Monina, Soveria Mannelli, 2003; G. REPETTO, *La civilizzazione e l'espansione dei diritti negli anni 60 e 70*, in «Il politico», 2019, pp. 52 ss.

<sup>82</sup> E. MUSCO, *La riforma del sistema sanzionatorio*, in *Diritto penale in trasformazione*, cit., p. 497.

<sup>83</sup> *Carceri: esperienze e documenti*, in «Il ponte», 1949, pp. 225 ss.; cfr. anche D. MELOSSI, M. PAVARINI, *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, in «Quale giustizia», 1973, pp. 327 ss.

<sup>84</sup> Sul giurista e sociologo cfr. A. CAVALIERE, *Il diritto penale minimo in Alessandro Baratta: per una alternativa alla 'cultura del penale'*, in «Archivio penale », 3/2018; PIFFERI, *La penalistica del dopoguerra*, cit., p. 226; su «La questione criminale» e sulle ragioni del distacco tra Bricola e Baratta cfr. DONINI, *L'eredità di Bricola*, cit., p. 56.

<sup>85</sup> Cfr. A. GAMBERINI, L. STORTONI, *La politica criminale della classe dominante: razionalità ed ideologia*, in «La questione criminale», 1975, pp. 121 ss.; F. BRICOLA, *Intervento*, in *Per una politica criminale del movimento operaio*, *ivi*, pp. 485 ss.

<sup>86</sup> G. NEPPI MODONA, *Appunti per una storia parlamentare della riforma penitenziaria*, in «La questione criminale», 1976, pp. 328 ss.

<sup>87</sup> PALAZZO, *La politica criminale nell'Italia repubblicana*, cit., p. 882.

<sup>88</sup> Cfr. M. PIFFERI, *L'individualizzazione della pena*, in *Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento*, Milano, 2013, p. 1.

<sup>89</sup> C.E. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*,

l'intento, ma indicava le criticità del sistema giustizia, destinate a pesare sull'attuazione della riforma, l'assenza di «decriminalizzazione di vasti settori», la mancata codificazione processuale e sostanziale, il «carattere fortemente repressivo delle più recenti leggi sull'ordine pubblico»<sup>90</sup>; di lì a poco si prendeva atto dello scarto tra «realtà e mito» in tema di «rieducazione»<sup>91</sup>.

Dopo accesi contrasti nel Parlamento e nel paese, anche a dar seguito ad alcune sentenze della Corte costituzionale<sup>92</sup>, la legge 22 maggio 1978 n. 194 cancellava il titolo X, *Dei delitti contro la integrità della stirpe*<sup>93</sup>. La svolta legislativa in tema di interruzione volontaria della gravidanza, particolarmente sentita dall'opinione pubblica, oltre al mondo politico divideva la penalistica, anche a proposito del rapporto tra codice Rocco e Costituzione<sup>94</sup>; la legge 194/1978 sarà sottoposta, senza successo, a *referendum* abrogativo. La materia così complessa non è parsa peraltro passare attraverso una opportuna riformulazione del codice penale in tema di bilanciamento tra diritto di scelta della donna e diritto alla vita del nascituro<sup>95</sup>.

#### 4. «Peggio del codice Rocco». Legislazione di emergenza e depenalizzazione

Come nell'Italia liberale e fascista, dalla metà degli anni Settanta il governo ricorreva alla legislazione detta dell'«emergenza»<sup>96</sup>, con le «strategie

in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 147 ss.

<sup>90</sup> F. BRICOLA, *Introduzione*, in *Il carcere riformato*, a cura di F. Bricola, Bologna, 1977.

<sup>91</sup> E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato tra mito e realtà*, in «Rivista di diritto e procedura penale» 1979, p. 471; ID., *Il principio della rieducazione del condannato: ieri, oggi e domani*, ivi, 2018, pp. 1667 ss.

<sup>92</sup> Fonti in F. MANTOVANI, *Tutela della vita e della persona umana (articoli 2, 31 e 32 Cost.)*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 187 ss.

<sup>93</sup> F. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, pp. 297 ss.; in prospettiva storica cfr. A.M. DI STEFANO, «Il magistero penale [...] si fonda su quella sobria e ragionevole tutela del diritto che è protezione e non oppressione dell'individuo». *L'aborto procurato tra il XIX e XX secolo, una ricerca in corso*, in *MaLefemmine ?*, cit, pp. 125-146.

<sup>94</sup> Critico della legge 194 BETTIOL, *Il ruolo svolto dal codice penale Rocco*, cit., p. 38; *contra* D. PULITANÒ, *La teoria del bene giuridico tra codice e Costituzione a Ottant'anni dal codice Rocco*, in «La questione criminale», 1/1981, p. 115.

<sup>95</sup> Sul punto cfr. VASSALLI, *Riforma e contro riforma*, cit., p. 142.

<sup>96</sup> Su cui cfr. M. SBRICCOLI, *Il problema penale*, in ID., *Storia del diritto penale*, cit., pp. 700 ss.;

di contrasto a terrorismo e mafia»<sup>97</sup> affidate alla crescente discrezionalità degli operatori di giustizia e polizia<sup>98</sup>. La «riforma» del 1974, che aveva avuto per architrave la mitigazione delle pene, pareva subito investita da una «controriforma», avviata dalla legge 12 febbraio 1975 n. 6, *Norme in tema di liberazione condizionale*. Intesa a risolvere la disparità di soluzioni interpretative da parte della Corte costituzionale, la legge segnava soprattutto un regresso nella disciplina della libertà personale, iscritta nel guardare soprattutto alla funzione securitaria e deterrente della pena<sup>99</sup>. In questo orizzonte, in risposta al dilagare dei sequestri di persona – tradizionalmente legati all'ambiente pastorale della Sardegna, poi strumento d'elezione della criminalità organizzata, comune e politica<sup>100</sup> – la legge 14 ottobre 1974 n. 497, *Nuove norme contro la criminalità*, innalzava la pena edittale per i delitti di rapina, estorsione e sequestro di persona. Spostava la competenza di questi reati dalla Corte d'assise al Tribunale, affidando alla magistratura un ruolo di «sutura sociale»; introduceva norme premiali per la desistenza volontaria e la cooperazione, in una politica del diritto poi proseguita con le previsioni sui «pentiti»<sup>101</sup>. Nel 1983, Vassalli presenterà la legislazione premiale – a suo

---

S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*. Prefazione di A. Baratta, Napoli, 1997. Sulla «stabilizzazione del modello» nell'Italia repubblicana cfr. P. TRONCONE, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo Stato liberale allo Stato democratico di diritto*, Napoli, 2001, pp. 175 ss. Di recente, anche sull'onda dell'emergenza Coronavirus, cfr. A. BLANDO, P. MAGGIO, *Terrorismo e mafia: il contrasto alla strategia della paura tra storia e diritto*, in «Meridiana», 2/2020, *Terrorismo e mafia*, pp. 9 ss.; G. FIANDACA, *Giustizia penale e storia: spunti di riflessione*, *ivi*, pp. 23 ss.; R. ORLANDI, *L'emergenza figlia delle garanzie? Riflessioni intorno alle norme e alle pratiche di contrasto alla mafia e al terrorismo*, *ivi*, pp. 89 ss.

<sup>97</sup> Anche sulla «situazione spirituale» nel paese cfr. D. PULITANÒ, *Strategie di contrasto a terrorismo e mafia. Fra giustizia penale e storia*, in «disCrimen», 27 maggio 2019.

<sup>98</sup> Fonti in PALAZZO, *La recente legislazione penale*, cit., pp. 135 ss., 262 ss.; sul «ventennio delle turbolenze», ID. *Requiem*, cit., pp. 46 ss.

<sup>99</sup> Cfr. G. CORSO, *Riforme e controriforme in tema di liberazione condizionale*, in «Il Foro italiano», 1975, pp. 141 ss.; V. GREVI, *Scelte politiche e valori costituzionali in tema di libertà personale*, in «Politica del diritto», 1974, p. 624.

<sup>100</sup> In particolare il sequestro del giudice Sossi da parte delle Brigate rosse destava grande allarme per la particolare natura del ricatto chiesto allo Stato; cfr. G. CONSO, *L'affare Sossi: il ricatto e la legge*, in «Archivio penale», 1974, p. 454; A.A. DALIA, *I sequestri di persona a scopo di estorsione, terrorismo ed eversione*, Milano, 1980; E. CICONTE, *Un delitto italiano: il sequestro di persona*, in *Storia d'Italia, Annali*, 12, cit., pp. 185 ss.

<sup>101</sup> Cfr. G. RICCIO, *Emergenza*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, a cura di G. Vassalli,

dire richiesta dalla magistratura, prima per i terroristi, poi per i mafiosi – come la «maggiore novità» della politica criminale italiana<sup>102</sup>.

La legge 22 maggio 1975 n. 152, *Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico* – bene giuridico sfuggente, dall'Ottocento carico di «naturale politicità»<sup>103</sup> –, restringeva le ipotesi di libertà provvisoria, fino al divieto di concessione nei confronti dei «sospetti» di «atti preparatori» di delitti contro la personalità dello Stato, in un'anticipazione della tutela «rispetto al codice Rocco»<sup>104</sup>. Si disponevano l'espansione del fermo giudiziario; il potere di perquisizione personale senza mandato; l'allargamento delle disposizioni antimafia alla delinquenza politica, anche con il ricorso al confino; l'ampliamento della facoltà delle forze dell'ordine nell'uso delle armi da fuoco per impedire la consumazione di gravi reati ed il *placet* del procuratore generale al pm nelle indagini per loro «fatti violenti»<sup>105</sup>. Parte della penalistica opponeva il «garantismo» alle ragioni della «realpolitik»<sup>106</sup>; un *Editoriale* di «Politica del diritto» si intitolava «peggio del codice Rocco»<sup>107</sup>; si criticava la «sospensione non dei diritti costituzionali, ma addirittura di quelle modeste garanzie che al cittadino vengono offerte dallo stesso codice Rocco»<sup>108</sup>; di quella stagione Stortoni ha ricordato una battuta: «il codice

---

Milano, 1986, p. 304.

<sup>102</sup> Sui problemi di coordinazione della legislazione nazionale con quella comunitaria e sovranazionale cfr. G. VASSALLI, *Les orientations actuelles de la politique criminelle italienne*, in «Archives de politique criminelle», 1983, pp. 58 ss. Sulla legislazione per i pentiti e dissociati dal terrorismo cfr. T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1981, pp. 545 ss.

<sup>103</sup> Cfr. A. CERNIGLIARO, *Sviluppi semantici del concetto di ordine pubblico nell'Ottocento italiano*, in *Penale, giustizia e potere. Per ricordare Mario Sbriccoli*, Macerata, 2007, pp. 309 ss. Sul Novecento cfr. G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Bologna, 1979.

<sup>104</sup> F. STELLA, *La tutela penale della società*, in *Diritto penale in trasformazione*, cit., pp. 76-89.

<sup>105</sup> Critico F. BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (A proposito della legge 22 Maggio 1975 n. 152)*, in «La questione criminale», 1975, pp. 237 ss.; G. Marinucci, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in «Democrazia e diritto», 1975, pp. 66 ss.

<sup>106</sup> G. PECORELLA, *Il dilemma penale, garantismo o realpolitik?*, ora in ID., *Utopie. Scritti di politica penale*, Torino, 2022, pp. 18 ss.; una riflessione sulla penalistica in quella stagione in G. INSOLERA, *L'evoluzione della politica criminale tra garantismo ed emergenza dagli anni 60 all'emergenza mafiosa*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2014, pp. 1175 ss

<sup>107</sup> AUTORE?, *Peggio del codice Rocco*, in «Politica del diritto», 1975, p. 7.

<sup>108</sup> A. VIVIANI, *L'ordine pubblico e le garanzie del cittadino, in 1945-1975. Italia. Fascismo, antifascismo, Resistenza rinnovamento. Conversazioni promosse dal Consiglio regionale lombardo nel*

Rocco – potremmo dire parafrasando un noto *slogan* di quegli anni – è sorpassato a destra»<sup>109</sup>

Il decreto legge del 15 dicembre 1979 n. 675, *Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica*, convertito nella legge 6 Febbraio 1980 n. 15, creava nuove fattispecie criminose, con la finalità di terrorismo ed eversione come aggravante speciale, rivolta ad una categoria di soggetti<sup>110</sup>; la «depoliticizzazione» era intesa ad evitare «ogni atteggiamento di favore» di fronte all'«attacco all'ultimo sangue della convivenza democratica»<sup>111</sup>. Magistratura democratica ricordava gli interventi del Presidente della Repubblica, Sandro Pertini, e del Presidente della Corte costituzionale, Leonetto Amadei, per auspicare che la «risposta al terrorismo» da parte dello Stato si mantenesse «rigorosamente nel quadro dei principi costituzionali»<sup>112</sup>. D'altro canto la legislazione dell'emergenza poggiava su un'ampia base di consenso nel paese; nel 1978 e nel 1981, venivano respinte a larghissima maggioranza le richieste referendarie di abolire le leggi dette Reale e Cossiga<sup>113</sup>. Di fronte al terrorismo stragista l'opinione pubblica era ostile anche all'abolizione dell'ergastolo, proposta da un *referendum*; Marinucci osservava un «agghiacciante motto di molti elettori [...] 'ci vorrebbe la pena di morte'»<sup>114</sup>. L'adesione a valori costituzionali condivisi da parte dei partiti politici, pur ideologicamente distanti, è parsa arginare l'idea a venire della «giustizia a furor di popolo»<sup>115</sup>.

In questo difficile contesto il legislatore si poneva sulla via della «depenalizzazione», che non costituiva – come notava Bricola – una «svolta

---

*Trentennale della Liberazione*, Roma-Bari, 1975, p. 460.

<sup>109</sup> STORTONI, *Apertura del Convegno, Gli Ottant'anni*, cit., p. 11.

<sup>110</sup> PALAZZO, *La recente legislazione penale*, cit., pp. 168 ss.; G. DE FRANCESCO, *Commento alla l. 6 Febbraio 1980*, in «Legislazione penale», 1981, pp. 37 ss.; G. ILLUMINATI, *Reati «speciali» e procedure «speciali» nella legislazione d'emergenza*, in «La giustizia penale», 1981, pp. 106 ss.

<sup>111</sup> STELLA, *La tutela penale della società*, cit., p. 87

<sup>112</sup> Magistratura democratica, *Osservazioni sul decreto legge 15 Dicembre 1979 n. 625 concernenti misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica*, in «Il Foro italiano», 1980, pp. 91 ss.

<sup>113</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Le libertà e i diritti*, in *Storia dello Stato italiano dall'Unità ad oggi*, a cura di R. Romanelli, Roma, 1996, p. 360.

<sup>114</sup> G. MARINUCCI, *Problemi della riforma in Italia*, in *Diritto penale in trasformazione*, cit., p. 391

<sup>115</sup> Cfr. E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, 2019; M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Modena, 2019.

reale» nel segno costituzionale di un diritto penale *extrema ratio*<sup>116</sup>; piuttosto pareva «cristallizzare» il codice Rocco<sup>117</sup>. La legge 25 novembre 1981 n. 689, *Modifiche al sistema penale*, prevedeva dunque sanzioni sostitutive alla pena detentiva ed offriva una disciplina organica dell'illecito amministrativo, depenalizzato, anche ad ovviare alla «ipertrofia del diritto penale»<sup>118</sup>. In prospettiva storica pareva nascere «un vero e proprio diritto penale amministrativo [...] la storia ha infine contestato Rocco»<sup>119</sup> (Arturo). Tra i limiti della legge risaltava la previsione della pena pecuniaria, convertita in detentiva per il condannato insolvente, norma dichiarata incostituzionale nel 1979<sup>120</sup>; le sanzioni sostitutive si riveleranno un insuccesso<sup>121</sup>, l'alternativa al carcere un'«utopia punitiva»<sup>122</sup>. Una normativa «deprocessualizzante»<sup>123</sup> era poi imposta dal grande incremento del carico giudiziario, conseguenza delle numerose leggi speciali e complementari<sup>124</sup>, intese a governare i mutamenti della società italiana con l'«istanza repressiva»<sup>125</sup>. All'«inflazione penalistica»<sup>126</sup> si accompagnava la «deflazione»<sup>127</sup>; nell'«estrema mutevolezza del quadro normativo» nasceva «La legislazione penale», intesa ad offrire agli operatori della giustizia l'«aggiornamento» del

<sup>116</sup> F. BRICOLA, *La depenalizzazione nella legge 24 Novembre 1980, n. 689: una svolta "reale" nella politica criminale?*, ora in ID., *Scritti di diritto penale*, a cura di S. Canestrari, A. Melchionda, Milano, 1997, p. 1439; analogamente P. TRONCONE, *La legislazione dell'emergenza*, cit., pp. 206 ss.

<sup>117</sup> BRICOLA, *Considerazioni introduttive*, in «La questione criminale», 1/1981, cit., p. 11.

<sup>118</sup> C.E. PALIERO, «Minima curat praetor». *Iperrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1984.

<sup>119</sup> T. PADOVANI, *Il binomio irriducibile. La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni fra storia e politica criminale*, in *Diritto penale in trasformazione*, cit., p. 449; ID., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, 1977.

<sup>120</sup> VASSALI, *Introduzione*, cit., p. XIII.

<sup>121</sup> PALAZZO, *La politica criminale*, cit., p. 880.

<sup>122</sup> T. PADOVANI, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981.

<sup>123</sup> A.A. DALIA, *La deprocessualizzazione come obiettivo primario delle recenti «modifiche al sistema penale»*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1982, pp. 479 ss.

<sup>124</sup> Elencate da PALAZZO, *Diritto penale*, cit., p. 313.

<sup>125</sup> P. NUVOLONE, *Il codice Rocco ha cinquant'anni*, in «Indice penale», 1981, p. 462.

<sup>126</sup> SBRICCOLI, *Caratteri originari*, cit., p. 670.

<sup>127</sup> PALAZZO, *La recente legislazione penale*, cit., p. 99.

codice, con «articoli di dottrina» e «note a sentenza»<sup>128</sup>.

Nel 1983, «*Dei delitti e delle pene*» ospitava una densa intervista a Vassalli, dall'eloquente titolo, *Riforma e controriforma del sistema penale*, il cui «volto attuale» appariva «confuso e incerto». Il maestro rifletteva sulle recenti leggi speciali contro «la violenza politica e il terrorismo» e contro la «mafia e la camorra»; non nascondeva gli «abusi» in materia di custodia preventiva, risoltasi talora in «misura di sicurezza». Sottolineava però che le misure erano state adeguate alla «pericolosità» della «specie di guerra dichiarata allo Stato»; affermava che soprattutto la discussa «legge sul pentimento» stava dando «i suoi frutti». Al tempo stesso Vassalli riteneva necessaria una riforma «vasta e profonda della parte speciale»; in una tensione verso il sistema, auspicava che le tante norme *extra codicem* fossero ricomposte nel codice penale, che ormai pareva legarsi «indissolubilmente al processuale, contro ogni nostra tradizione»<sup>129</sup>. Dieci anni dopo, il «padre» dell'unico codice della Repubblica rileverà la «stranezza» del varo del codice processuale prima di quello sostanziale, a differenza della «contemporaneità» del 1930; metterà a tema la necessità di «riportare un po' d'ordine anche nel diritto penale sostanziale», con un «nuovo codice»<sup>130</sup>.

Da un altro punto di vista, Donini ha di recente collocato nella storia il «mito» del codice, fondato sulle premesse illuministe. In una sorta di presa d'atto di una «semplicità perduta», ha sostenuto che, nell'Italia repubblicana, «mafia e terrorismo» hanno disegnato una «parte generale», con la «normalizzazione del diritto di eccezione»<sup>131</sup>; ha osservato che «siamo abituati ormai al 'codice' dell'antimafia e dubitiamo del codice penale»<sup>132</sup>.

<sup>128</sup> M. CHIAVARIO, T. PADOVANI, «La legislazione penale», I, 1981.

<sup>129</sup> G. VASSALLI, *Riforma e contro riforma nel sistema penale*, in Id., *Scritti giuridici*, IV, cit., pp. 139 ss.

<sup>130</sup> G. VASSALLI, *Presentazione*, cit., p. 1. Sulla «clamorosa contraddizione» F. PALAZZO, *Il diritto penale*, in *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, a cura di P. Grossi, Milano, 1998, pp. 312-313; sulle «vere battaglie sulla giustizia penale che si giocano sul terreno processuale più che su quello sostanziale dei delitti e delle pene» cfr. ID., *Requiem*, cit., p. 49.

<sup>131</sup> M. DONINI, *Mafia e terrorismo come parte generale del diritto penale. Il problema della normalizzazione del diritto di eccezione tra identità costituzionale e riserva di codice*, in «Meridian», 2020, cit., pp. 203 ss.

<sup>132</sup> M. DONINI, *Perché il codice penale? La riforma del codice penale oltre i progetti di pura consolidazione*, in «Diritto penale contemporaneo», 2020, p. 15. Sul «codice antimafia», con misure repressive e preventive di contrasto del fenomeno mafioso cfr. G. FIANDACA, *La riforma codicistica tra mito accademico e realtà politico culturale*, in *Gli Ottant'anni*, cit., p. 211

## 5. «Il codice Rocco ha cinquant'anni».

Il cinquantenario del codice Rocco era l'occasione di un «memorabile seminario», organizzato a Bologna da Bricola nel 1980, ricordato da diversi interventi nel Convegno *Gli Ottant'anni del codice Rocco*<sup>133</sup>. «La questione criminale» indirizzava dunque ad autorevoli studiosi un quesito sul ruolo svolto dal codice del 1930 nella società italiana, con particolare riguardo alle tensioni degli anni Settanta; poneva poi il tema di una «modificazione, revisione, superamento». In molte risposte pareva cadere il paradigma del 'codice fascista', anche alla luce dell'autoritarismo della legislazione dell'emergenza; non tutti condividevano l'idea, se non di un nuovo codice, di una riforma 'di sistema'. In questi interventi non si metteva inoltre discussione quello che Maurizio Fioravanti – riflettendo sugli Ottant'anni del codice Rocco – ha definito il «paradigma legalistico», nel senso che, nello Stato costituzionale, il «*facere iustitiam, lo ius dicere*» non era più «esito necessario dell'applicazione della legge, ma da costruire all'interno di un meccanismo plurale e complesso», accettando il «maggior peso della dimensione giurisprudenziale». Ebbene, negli scritti del 1980 pareva ancora «dominante» la «cultura positivista, [che] puntava tutto sulla Costituzione come legge, da imporre alla ordinaria»; Fioravanti affermava invece che «dai principi della Costituzione non può e non deve discendere automaticamente e direttamente un nuovo diritto penale. Lo si è pensato soprattutto nel corso degli anni Settanta, forse un pò troppo ingenuamente»<sup>134</sup>.

<sup>133</sup> Cfr. PALAZZO, *Requiem*, cit., p. 39. Perplexità su un eventuale nuovo codice ad Ottant'anni dal «modello Rocco» in A. Cadoppi, *Il crepuscolo del codice. Gli Ottant'anni del codice Rocco alla luce dell'esperienza comparatistica*, in *Gli Ottant'anni*, cit., p. 86; PALAZZO, *Requiem*, cit., pp. 56-6; G. FIANDACA, *La riforma codicistica tra mito accademico e realtà politico-culturale*, *ivi*, p. 209; G. FORNASARI, *È davvero impossibile un nuovo codice penale?*, *ivi*, pp. 260 ss.; auspicava la «riscrittura del codice» PULITANÒ, *Trasformazioni*, cit., p. 171; un invito a «tenere accesa la fiaccola della codificazione» in L. Stortoni, *Apertura del convegno*, *ivi*. Sull'emersione di una «nuova grande rappresentazione postmoderna», diversa dall'idea della «legge penale [che] serviva allo Stato per tenere sotto controllo la paura secondo le previsioni della norma posta sovranamente e razionalmente» cfr. C. GALLI, *Alfredo Rocco, Diritto e politica*, *ivi*, p. 187; sul tema, legato al populismo penale cfr. «Quaderni di storia del penale e della giustizia», 1/2019, *La paura. Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su violenza, ordine, sicurezza e diritto di punire*.

<sup>134</sup> Cfr. M. FIORAVANTI, *Il diritto penale nell'età dello Stato costituzionale*, in *Gli Ottant'anni*, cit., p. 199. Quanto al quesito su «un tempo di questo genere adatto per un codice», nel 2010 l'amico, recentemente mancato, indicava «un altro modo di codificare», con la «scienza

Nelle dense *Considerazioni introduttive a Il codice Rocco cinquant'anni dopo* Bricola era consapevole delle «tinte fosche» del suo bilancio, «che assume contenuti diversi a seconda del decennio post-bellico». Ricordava la tensione per la «defascistizzazione» nel 1944-45; la Costituzione e la «prudente» revisione della «tavola dei valori» da parte della Corte costituzionale; le speranze riformatrici dei primi anni Settanta, quando «il codice Rocco sembrava dover vivere la sua ultima stagione». Bricola sosteneva che, con la Novella del 1974, tramontavano «le speranze di una riforma globale» e che le «iniezioni di tipo novellistico», all'insegna di un nuovo «particolarismo giuridico», erano state neutralizzate dal «codice armonico e compatto». La legislazione dell'emergenza, non adottata «*in chiave costituzionale*», pareva aver determinato definitivamente la «rottura dell'armonia e il rafforzamento della componente autoritaria» del codice Rocco, «cristallizzato» dalla depenalizzazione, rimessa ad un «giudice [...] arbitro senza vincoli». Bricola auspicava che, entro i principi dettati dalla Costituzione in materia penale, il legislatore conciliasse i «principi dello Stato di diritto e quelli dello Stato sociale»<sup>135</sup>.

Anche Padovani coglieva nella Novella l'esordio di un «processo di trasformazione» del codice dal «ritmo convulso», che rimetteva al giudice la riforma organica, che il legislatore rinunciava a «formulare». Coglieva il rischio di «decodificazione» – fenomeno che, sulla scorta delle pagine di Irti su quanto occorso al codice civile – pare riguardare quello penale<sup>136</sup>; di fronte all'incoerente arcipelago normativo *extra codicem* Palazzo metterà a tema l'urgenza di una «ricodificazione», ad ovviare alla «svalutazione del codice»<sup>137</sup>.

In merito all'attuazione della Costituzione nel diritto penale, Bettiol affermava di convenire sull'istanza, a suo dire condivisa da tutti; d'altro canto sosteneva che, come il codice del 1930, anche la Carta del 1948 era «ormai vecchia, troppo dottrinale, animata solo da spirito di risentimento verso un ingiusto passato che le ha fatto perdere però il senso del presente». Bettiol definiva il codice «liberale» nella parte generale, in continuità con il codice Zanardelli; «cristiano» nella definizione della «colpevolezza»;

---

giuridica» vocata a «pensare a un tipo storico di unità dell'ordinamento diverso da quello della tradizione codicistica, costruito per settori, muovendo dal basso, dalla stessa giurisprudenza», con il «punto di approdo» che non poteva essere altro dalla «certezza del diritto», pp. 201-202.

<sup>135</sup> BRICOLA, *Considerazioni introduttive*, cit., pp 3-11.

<sup>136</sup> PADOVANI, *La sopravvivenza del codice Rocco*, cit., pp. 89 ss.

<sup>137</sup> PALAZZO, *Diritto penale*, cit, p. 313.

«socialista» nella disciplina delle misure di sicurezza. Sosteneva che non era stato quell'«accostamento piuttosto che sintesi di distinti orientamenti ideologici» a «migliorare» l'Italia repubblicana, piuttosto la scuola e la legislazione sociale. Aggiungeva che il codice Rocco non era «fascista, se non per quanto riguarda la preminenza dello Stato»; in questo ne metteva a tema una «triste eredità», lo «Stato etico», che spegneva lo «spirito d'iniziativa degli Italiani», ancora abituati ad affidare «tutto allo Stato». Bettiol stigmatizzava poi la legislazione dell'emergenza, in particolare l'abnorme ricorso alle misure di sicurezza, fino ad invadere l'area di quelle *ante delictum*, «espressione di una concezione rabbiosamente antidemocratica dello Stato»; in questo orizzonte definiva «il codice Rocco un bel giardino fiorito con qualche rosa spinata»<sup>138</sup>. Anche Nuvolone riteneva «semplicitico» bollare il codice del 1930 come «fascista»; indicava piuttosto i difetti della Novella del 1974, che, «per una singolare ironia delle vicende umane», aveva riformato *in peius* la parte generale del codice – «opera di giuristi colti e pensosi», non «orecchianti» – mentre un giudizio, ancorché «semplicitico», di «fascista» era semmai riferibile alla parte speciale, ben più meritevole di «riscrittura». Quanto alla legislazione dell'emergenza, osservava «cospicui passi indietro» e «novità incoerenti con il sistema», dettate da «ragioni emotive»; in quell'epoca di conflitti non pareva il caso di «scolpire una nuova statua con i piedi di argilla»<sup>139</sup>. Anche Pagliaro si diceva contrario al «mutamento di un testo legislativo in vigore», in cui – a suo avviso – era stato ormai cancellato o modificato «un numero peraltro limitato di fattispecie a contenuto politico tipicamente fascista»<sup>140</sup>.

Da un altro punto di vista, Ettore Gallo sosteneva che il legislatore repubblicano doveva abbandonare la «vecchia funzione protettiva-garantistica e punitiva repressiva» del penale, per adottarne una «promozionale», poggiante sui valori costituzionali; prendeva però atto che, sul piano della riforma, si era «all'anno zero o se si preferisce agli anni 30»<sup>141</sup>. Pulitanò osservava che la teoria del bene giuridico, storicamente sorta per contenere l'autoritarismo, si era tradotta nella tutela dei beni costituzionali, letta però «attraverso le lenti del modello Rocco», e affidata, in assenza della riforma

<sup>138</sup> BETTIOL, *Il ruolo svolto dal codice penale Rocco*, cit., p. 37.

<sup>139</sup> P. NUVOLONE, *La parte generale del codice Rocco dopo cinquant'anni*, «La questione criminale», 1/1981, pp. 39-48.

<sup>140</sup> PAGLIARO, *Situazione e progetti*, cit., p. 478.

<sup>141</sup> E. GALLO, *Una politica per la riforma del codice penale*, in «La questione criminale», 1/1981, p. 61.

del legislatore, alla «supplenza giudiziaria»<sup>142</sup>. Per indicare un percorso riformatore di successo, Fiandaca poneva il tema di cercare, «con serena obbiettività, le parti immuni e meno influenzate dall'ideologia e propaganda del regime», piuttosto che «accanirsi nel dimostrarne la fascistizzazione ad oltranza». Metteva in guardia penalisti e legislatore dal rischio dello «stare al gioco di certa letteratura autocelebrativa del regime», per cui era «fascista ogni realizzazione del fascismo». Alla luce dei recenti provvedimenti dell'emergenza, Fiandaca coglieva poi una continuità tra il doppio livello di legalità nell'Italia liberale ed in quella repubblicana; in questa prospettiva ascriveva il codice del 1930 all'indirizzo tecnico giuridico, espressione della «tradizione liberale», che aveva avuto in Arturo Rocco l'esponente di spicco, con il «dogma statualistico» e la «chiara distinzione tra il lecito e l'illecito» in grado di arginare l'«assolutismo dello Stato».

All'esordio degli anni Ottanta, Fiandaca osservava la «mancanza di alternative» al codice del 1930 ed il ricorso all'«uso simbolico» della giustizia penale; al tempo stesso poneva un tema nevralgico, il 'paradosso della libertà', chiedendo fino a che punto un «sistema democratico» poteva tollerare «chi mira a distruggere la democrazia stessa»<sup>143</sup>. Mario Romano sosteneva che soprattutto il diritto penale politico «non portava bene i suoi anni»; chiedeva al legislatore repubblicano di difendere la democrazia nel «rispetto dei limiti costituzionali»<sup>144</sup>. Padovani osservava che se il codice del 1930 fosse stato «davvero fascista» sarebbe risaltata una «incompatibilità palmare con i principi della Costituzione»; argomentava che l'«etichetta di fascista» gli era affibbiata «per abbattere o erigere idoli polemici», col rinunciare ad una riforma organica e preferire «rimaneggiamenti». D'altro canto, ricordava che istituti codicistici politicamente pregnanti – responsabilità oggettiva, pericolosità presunta, vilipendio – avevano superato il «vaglio di costituzionalità». Padovani concludeva che «il codice Rocco», adagiato nella giustizia italiana «come un cane nella cuccia», «è divenuto, piaccia o non piaccia, il nuovo codice del nostro paese [...] un *quid novi* che i compilatori del '30 ripudierebbero», cui non si addiceva la definizione di liberale, fascista, democratico, piuttosto quella di «arbitrario»; una «nuova codificazione» era definita «mitologia»<sup>145</sup>. Anche Pio Marconi invitava a guardare al codice Rocco, irriducibile al penale totalitario, senza gli «occhiali

<sup>142</sup> PULITANÒ, *La teoria del bene giuridico*, cit., p. 115.

<sup>143</sup> G. FIANDACA, *Il codice Rocco e la continuità istituzionale in materia penale*, *ivi*, pp. 67-81; analogamente M.A. CATTANEO, *Il codice Rocco e l'eredità illuministico liberale*, *ivi*, pp. 122 ss.

<sup>144</sup> M. ROMANO, *Il codice Rocco e i lineamenti di una riforma del diritto penale politico*, *ivi*, p. 166.

<sup>145</sup> PADOVANI, *La sopravvivenza del codice Rocco*, cit., p. 98.

deformanti» di chi lo aveva «demonizzato», imputandone la sopravvivenza alla continuità delle classi dirigenti al potere; lo definiva «liberale ma ultraconservatore», in cui neppure la parte speciale pareva contrastare «con i principi garantisti [...] propri della moderna civiltà liberale e consacrati già dal codice Zanardelli». Riteneva che l'aver parlato in «trentacinque anni di cultura repubblicana» di «codice del fascismo» ne aveva ostacolato una riforma organica; la sopravvivenza era iscritta a demerito sia della penalistica, che delle forze politiche, la prima segnata dalla sempreverde diatriba di «retribuzionisti» ed «ideologi della prevenzione», le seconde dalla mancanza di una «comune cultura politica liberal-democratica»<sup>146</sup>.

Marinucci sosteneva con decisione la necessità di andare oltre il cinquantenne codice Rocco, non meritevole di «scritti in onore»<sup>147</sup>, difficile, ma non impossibile, da «abbandonare»; ancorava il recupero della razionalità penale all'«insegnamento lasciatoci da Delitala alle soglie del codice del '30 [...] una precisa regolamentazione giuridica degli elementi costitutivi del reato [...] sapere quando si debba punire e quando no»<sup>148</sup>. Metteva in conto la mancata archiviazione del «codice del fascismo» ad una «duplice tendenza regressiva» della penalistica, complice dell'«eternizzare il modello»; criticava sia la sfiducia nella volontà del legislatore di varare «riforme sostanziali» – che pareva ispirare le considerazioni di Padovani e Fiandaca – che l'«utopia» 'alla Baratta', intesa a progettare «qualcosa di meglio del diritto penale», proposta poi formulata nei termini del «diritto penale minimo»<sup>149</sup>. Baratta rispondeva a Marinucci, sostenendo che non vi erano «oggi in Italia né le condizioni scientifiche né quelle politiche per proporre un nuovo progetto di codice»<sup>150</sup>; Padovani e Fiandaca precisavano le loro tesi, con alcune 'postille' alle critiche di Marinucci<sup>151</sup>. Resta difendeva le ragioni 'civili' di un «sapere utopico», pur ammettendo che una nuova

<sup>146</sup> P. MARCONI, *Codice penale e regime autoritario*, in «La questione criminale», 1/1981, p. 137.

<sup>147</sup> MARINUCCI, *Problemi della riforma in Italia*, in *Diritto penale in trasformazione*, cit., p. 349.

<sup>148</sup> MARINUCCI, *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *Prospettive di riforma*, cit., p. 139.

<sup>149</sup> G. MARINUCCI, *L'abbandono del codice Rocco: tra rassegnazione ed utopia*, in «La questione criminale», 2/1981, pp. 297-318; sul tema cfr. L. FERRAJOLI, *Sul diritto penale minimo. Risposta alle critiche di Giorgio Marinucci ed Emilio Dolcini*, in «Il Foro italiano», 2000, pp. 125-132.

<sup>150</sup> A. BARATTA, *Criminologia critica e riforma penale. Osservazioni conclusive sul dibattito Il codice Rocco cinquant'anni dopo e risposta a Marinucci*, in «La questione criminale», 3/1981, p. 361.

<sup>151</sup> T. PADOVANI, *Precisazione*, in «La questione criminale», 2/1981, p. 437; G. FIANDACA, *Il codice Rocco e la tesi della "continuità": una postilla e alcune precisazioni*, *ivi*, p. 439.

codificazione avrebbe richiesto la «pace sociale», non il dilagare dei «conflitti»<sup>152</sup>. Anche Stortoni indicava alla scienza il compito della «salvaguardia dei principi razionali del diritto penale», ma il titolo del contributo offerto a «La questione criminale» era eloquente: *Fallimento di una riforma penale e impossibilità di un nuovo codice penale nel presente momento storico*<sup>153</sup>

In altri interventi era il legislatore a salire sul banco dell'accusato; Marinucci avanzava «istanze minimali di riforma», della parte generale e speciale, a suo dire coerenti con il riformismo internazionale, ed intese ad ancorare il diritto penale del fatto e la pena detentiva *extrema ratio* ai «saldi punti di appoggio nella Costituzione del 1948». Metteva la «mancata riforma del codice Rocco» in conto alla «sistematica instabilità politica», che aveva, tra le conseguenze più negative, quella di «aggravare il generale fenomeno della politica penale giudiziaria»<sup>154</sup>. Vassalli auspicava il contributo dei «tecnici» e dei «politici», che avrebbero dovuto indicare ai primi gli «obbiettivi», in un'operazione complessa, ostacolata dalla «troppa conflittualità»<sup>155</sup>. Quanto agli anniversari – «il codice penale ha cinquant'anni» – Nuvolone scriveva «finchè i politici non sapranno riflettere con mente pura al di sopra delle contingenze per intraprendere seriamente un'opera di nuova codificazione [...] esso continuerà a regolare, pur tra le critiche e le deplorazioni, la travagliata materia dei delitti e delle pene»<sup>156</sup>.

---

<sup>152</sup> E. RESTA, *Atteggiamenti verso la codificazione penale*, «La questione criminale», 1/1981, p. 144.

<sup>153</sup> L. STORTONI, *Fallimento di una riforma penale e impossibilità di un nuovo codice penale nel presente momento storico*, *ivi*, 2/1981, p. 280 ss.

<sup>154</sup> MARINUCCI, *Problemi della riforma in Italia*, cit., pp. 368-369.

<sup>155</sup> VASSALLI, *Riforma e controriforma*, cit., p. 149.

<sup>156</sup> NUVOLONE, *Il codice Rocco ha cinquant'anni*, cit., p. 462.

## Parte seconda

DAL PENALE DELLO STATO AL PENALE SOVRANAZIONALE



Roberto E. Kostoris

*Dal penale nazionale al penale transnazionale:  
le dinamiche del processo nell'intreccio tra un diritto per regole  
e un diritto per principi*

SOMMARIO: 1. Le chiusure al diritto europeo: un problema (anzitutto) culturale – 2. Il modello codicistico: un diritto per fattispecie astratte e rigide – 3. Un diritto europeo prevalentemente formulato per principi – 4. *Segue*: creatività giudiziale, ripartizione dei poteri, principio di legalità processuale – 5. *Segue*: dimensione empirico-fattuale del diritto CEDU – 6. *Segue*: le 'garanzie minime' del diritto europeo – 7. I problemi della coesistenza e dell'intreccio tra i due modelli: il pluralismo giuridico contemporaneo e la necessità di affrontare un deciso cambio di paradigma

1. *Le chiusure al diritto europeo: un problema (anzitutto) culturale*

Nonostante l'amplessissimo dibattito sviluppatosi da tempo in dottrina, nonostante i richiami sempre più frequenti e insistenti da parte del legislatore, della Corte costituzionale, dei giudici di legittimità e di merito, nonostante le molteplici condanne subite dall'Italia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione delle garanzie fissate dalla Convenzione europea, occorre constatare come l'apertura al diritto sovranazionale, pur formalmente affermata e ribadita, in realtà non appare ancora sempre ben metabolizzata negli animi e nelle menti della gran parte degli operatori e neppure in quelli di alcuni settori non trascurabili della dottrina. Si tratta di un atteggiamento di diffidenza, se non di chiusura, che ha radici profonde, e che si traduce alla fine in un disagio di tipo per così dire 'esistenziale'.

A me sembra, infatti, che il passaggio dal penale nazionale al penale sovranazionale (ma mi concentrerò specificamente sul diritto delle due Europe) non si possa vedere solo come il risultato di una complessa, ma comunque naturale evoluzione di rapporti, dove si ragiona in una prospettiva più ampia, dove ci si incammina verso una grammatica comune, dove si considerano i diritti umani come un patrimonio condiviso, dove si giunge addirittura a concepire l'istituzione di organi europei legittimati a condurre indagini su tutti territori nazionali di cui si compone l'Unione Europea. Questo passaggio – in cui si può scorgere una delle più significative espressioni del pluralismo giuridico contemporaneo e, anzi, una forma 'regionale'

di globalizzazione giuridica – assume in realtà una valenza ulteriore molto importante, perché richiede di sviluppare, come meglio diremo, anche un forte cambio di paradigma; richiede di avere occhi nuovi per vedere realtà nuove. Esso involge dunque un *problema di tipo essenzialmente culturale*, che turba gli animi di chi ha difficoltà a staccarsi dai modelli tradizionali. E se ciò è vero per tutto il pianeta penale<sup>1</sup>, mi sentirei di dire che è ancora più vero per il versante del processo. Cercherò di spiegarne molto sinteticamente le ragioni.

## 2. *Il modello codicistico: un diritto per fattispecie astratte e rigide*

Se ci domandiamo quale sia il tipo di processo penale con cui ha familiarità il giurista italiano, per averlo sempre maneggiato e per essere cresciuto alla sua ombra, non esiteremmo a dire che è un processo il quale – al di là delle pur fondamentali differenze di struttura e di contenuti che lo hanno caratterizzato nel tempo – per un verso, ha sempre rappresentato, almeno negli ultimi due secoli, una tipica espressione della sovranità statale; è sempre stato, dunque, un processo statocentrico, perché ha sempre trovato la sua fonte esclusiva in una ‘legge’ dello Stato rappresentata dal codice, e, per altro verso, è sempre stato disciplinato secondo un modello marcatamente formale, come un insieme di regole astratte tali da comporre un sistema estremamente articolato (un tempo, si sarebbe detto anche preciso; oggi solo complesso e intricato). Inoltre, e soprattutto, questa astrattezza delle forme processuali disegnate dalla legge è sempre stata considerata e percepita, sulla scia dell’insegnamento illuministico, come *un valore in sé*, come uno scudo contro l’arbitrio del giudice, per tutelare la legalità processuale e il principio di parità di trattamento<sup>2</sup>. Un modello che possiamo vedere assai bene esemplificato dal sistema delle nullità processuali, dove il vizio scatta

---

<sup>1</sup> Ci si riferisce, in particolare, alla crisi che ha investito il principio della riserva di legge e di legalità in materia penale. In tema, tra i tanti, F. PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in «Cassazione penale», 2005; A. GARGANI, *Verso una ‘democrazia giudiziaria’? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in «Criminalia», 2011, 99 ss.; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, Milano, 2010.

<sup>2</sup> C.L. DE SECONDAT DE MONTESQUIEU, *L’Esprit des Lois* (1748) IV, II; C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), XXXVIII, ed. a cura di F. Venturi, Einaudi, Torino, 2018, p. 92; F.M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale*, Tipografia Milanese Tosi e Nobile, Milano, 1801, 24. Analogamente, F. CARRARA, *Il diritto penale e la procedura penale*, in ID., *Opuscoli di diritto criminale*, V, Tipografia Giunti, Lucca, 1874, 17.

per effetto della mera inosservanza delle forme prescritte dalla legge, senza lasciare spazio ad alcuna valutazione circa il pregiudizio effettivo che quella violazione possa aver determinato o non determinato nel caso concreto<sup>3</sup>. Nel manuale di Procedura penale di Franco Cordero, su cui tutti ci siamo formati, quest'impostazione formalistica e asettica, dove i valori da tutelare sono, secondo un'impostazione squisitamente giuspositivista, individuati una volta per tutte dalla volontà insindacabile del legislatore, cristallizzandosi<sup>4</sup>, anzi, 'consumandosi' poi nelle norme, è fortemente ribadita e valorizzata: solo essa – si sottolinea – sarebbe in grado di fornire un'adeguata tutela all'imputato, 'parte debole' del processo<sup>5</sup>. E, a conferma di quest'assunto, si aggiunge che gli atteggiamenti antiformalistici della giurisprudenza, quando si sono manifestati, si sono spesso risolti in una riduzione delle garanzie, come, ad esempio, testimonierebbe, proprio in materia di nullità processuali, il ricorrente tentativo dei giudici, mosso da obiettivi efficientistici (evitare il più possibile che l'andamento spedito del processo sia intralciato da eccezioni di nullità), di degradare le nullità assolute a relative, in piena violazione sia del principio di tassatività su cui si regge quella materia, sia del diritto di difesa, dato che le nullità degradate sono sempre state quelle poste a presidio di tale garanzia<sup>6</sup>.

Potremmo aggiungere che neppure l'avvento della Costituzione repubblicana – evento centrale del Novecento giuridico, che pur ha inciso in modo profondo sui 'contenuti' e sull'interpretazione delle regole processuali e, quindi, sui valori da tutelare – ha determinato mutamenti nella morfologia di quelle regole e nell'approccio dell'interprete alla medesima.

---

<sup>3</sup> Sulle ragioni poste alla base di questa impostazione astratta, in particolare, quella di tenere distinti *error in procedendo* ed *error in iudicando* e, quindi, l'invalidità dall'ingiustizia della decisione, v. M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, BUP, Bologna, 2012, 17 ss.

<sup>4</sup> Cfr. A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, Cedam, Padova, 2012, 152.

<sup>5</sup> Per la riconduzione delle norme sui vizi degli atti processuali penali al settore delle c.d. 'norme di favore' v. già F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 1956, 32 ss., 256 ss.

<sup>6</sup> Anche se non sempre è stato così. Per un'ampia rassegna ragionata di casi in cui la giurisprudenza (e la stessa Corte costituzionale) si sono adoperate a trovare "correttivi di buon senso", ma certamente non rispettosi della 'forma', i quali, senza pregiudicare il diritto di difesa, rimediassero ad atteggiamenti poco diligenti o poco prudenti dell'accusa, cfr. CAIANIELLO, *Premesse*, cit., 96 ss.

Anche dopo la ‘rivoluzione costituzionale’ del 1948 il diritto processuale penale è rimasto cioè un diritto a impronta formale, astratto, fondato sul modello della fattispecie, polarizzato sui comandi del codice, sia pur da leggere ormai in una chiave ‘costituzionalmente orientata’.

Ora, quale impatto determina su un simile assetto ‘strutturale’ del processo penale l’irruzione del diritto europeo? Un diritto che mette in crisi il tradizionale assetto gerarchico delle fonti<sup>7</sup>, e che – è bene sottolinearlo – ha *forza cogente* per gli Stati ed è quindi destinato a prevalere sul diritto nazionale quando provenga dall’Unione Europea<sup>8</sup>, e che comunque è dotato di meccanismi impositivi (l’obbligo di ottemperare alle sentenze di condanna della Corte europea e, per noi, anche l’essere un parametro interposto di costituzionalità delle norme interne)<sup>9</sup> quando provenga dalla Cedu<sup>10</sup>.

### 3. *Un diritto europeo prevalentemente formulato per principi*

Per cercare di rispondere alla domanda, occorre considerare le più rilevanti caratteristiche che questo diritto proveniente dalle due Europe pre-

---

<sup>7</sup> Tra i tantissimi studi sulla nuova dimensione reticolare delle fonti, rinvio a quello classico di E. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint Luis, Bruxelles, 2002.

<sup>8</sup> Il principio della primazia del diritto dell’Unione sui diritti nazionali è stato teorizzato per la prima volta dalla Corte di giustizia nelle celebri sent. *Costa c. Enel* (15 luglio 1964, C-6/64) e *Simmenthal* (9 marzo 1978, C-106/77).

<sup>9</sup> Ciò è avvenuto, come noto, a seguito delle sentenze costituzionali n. 348 e 349 del 2007 che hanno individuato tale parametro nel diritto Cedu «così come interpretato» dalla Corte europea (per rilievi giustamente critici sull’operazione cfr. P. FERRUA, *Il ‘giusto processo’*, 3<sup>a</sup> ed., Zanichelli, Bologna, 2012, 208 ss.): è il caso di sottolineare che, nell’attribuire questo ruolo al diritto Cedu nell’interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, la Consulta *ha riconosciuto implicitamente a tale Corte il ruolo di “fonte del diritto”*. Successivamente, la Corte costituzionale ha, peraltro ‘relativizzato’ la portata del *dictum* riservandosi un «margine di apprezzamento» in ordine all’incidenza che l’interpretazione data dalla Corte europea alle norme Cedu può avere sulle specificità del nostro ordinamento interno, facendo salva, beninteso, l’esigenza che ne sia salvaguardata ‘la sostanza’ (sent. n. 311 e 317 del 2009 e 236 e 303 del 2011).

<sup>10</sup> Non senza dimenticare che i contenuti delle garanzie Cedu sono comunque incorporati anche nel diritto dell’Unione, per effetto dell’art. 6 TUE e della Carta dei diritti fondamentali.

senta: alcune di esse sono comuni ai due sistemi, altre sono diversificate.

Il primo e più significativo aspetto comune è costituito dalla tendenza di tutto il diritto europeo a *esprimersi per principi*, anziché per regole (le fattispecie normative che caratterizzano invece il diritto codicistico interno).

Per un verso, si tratta di una scelta naturale, ove si consideri che i due ordinamenti europei si rivolgono entrambi ad una pluralità di Stati e di ordinamenti nazionali e che il principio, nella sua duttilità, è uno strumento senz'altro più adatto a governare il molteplice. Per altro verso, però, si tratta di un elemento di cruciale importanza, perché da esso scende a cascata una serie di relevantissime conseguenze.

Così, poiché i principi si debbono per loro natura contemperare reciprocamente gli uni con gli altri, una prima conseguenza – che rappresenta al contempo una ulteriore cifra peculiare del diritto europeo – è data dall'*abbandono della logica binaria* (incluso/escluso, tutto/niente, valido/invalido), tipica di un diritto formulato per fattispecie, *a favore di una logica graduata* (parzialmente incluso/parzialmente escluso), in cui assumono centrale importanza le istanze di bilanciamento, di ragionevolezza<sup>11</sup> e il canone di proporzionalità, vera pietra angolare del diritto europeo. Si tratta di un passaggio che mette in risalto anche una particolare sensibilità per i valori sottesi ai principi, che, invece, la logica formalistica di impronta giuspositivista tipica di un diritto per fattispecie e legata al primato della legge non induce a coltivare in modo specifico<sup>12</sup>, proprio perché – specialmente, come dicevamo, sul terreno del processo penale – essa parte dall'idea che il valore da proteggere sia già incorporato nella norma, la quale, dunque, per salvaguardarlo appieno richiede solo di essere fedelmente applicata.

<sup>11</sup> Tale logica graduata appare anche funzionale all'impossibilità per un sistema pluralistico delle fonti di risolvere le incoerenze e i contrasti che possono prodursi tra ordinamenti diversi chiamati a interagire attraverso i rimedi ispirati a una logica gerarchica di *reductio ad unum* che sono tipici di un sistema monistico come quello statale (così G. ITCOVICH, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L'Europa e il suo diritto in tre concetti*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», 2009, 46 ss.). Occorre, infatti, trovare soluzioni inclusive che consentano di far coesistere il molteplice, ordinandolo senza annullarlo e valorizzando il pluralismo senza precipitare nel relativismo, nella prospettiva di realizzare un 'pluralismo ordinato': C.E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-Demalsiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv.it.dir.e proc.pen.*, 2014, 1103. Sul concetto di pluralismo ordinato, M. DELMAS-MARTY, *Le forces imaginantes du droit*, (II), *Le pluralisme ordonné*, Editions du Seuil, Paris, 2006.

<sup>12</sup> Cfr. i più generali rilievi di G. ZACCARIA, *Il futuro della teoria del diritto nei paesi di civil law*, in ID., *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Il Mulino, Bologna, 2022, 289 ss.

#### 4. Segue: *creatività giudiziale, ripartizione dei poteri, principio di legalità processuale*

Inoltre – e si tratta di un’ulteriore conseguenza di questa impostazione – un diritto per principi e la logica graduata su cui si regge *enfaticizzano il ruolo creativo del giudice* in modo assai più marcato di quanto possa avvenire rispetto ad un diritto costruito per regole. Indubbiamente, anche un sistema per regole può conoscere nella pratica forti tassi di creatività giurisprudenziale, ma, in quel contesto, i medesimi, o servono a colmare effettive lacune della legge, o non potranno che risolversi in una manipolazione e in una distorsione dei dati normativi (se ne è ricordato prima un esempio a proposito delle nullità), iscrivendosi così nell’ambito della patologia interpretativa. Al contrario, in rapporto ai principi, che sono degli ‘indicatori di direzione’, il giudice è necessariamente, e, quindi, fisiologicamente chiamato a un’opera inventiva per dar loro corpo in una situazione data.

È chiaro allora che un diritto per principi altera vistosamente la tradizionale ripartizione tra legislativo e giudiziario. Non tanto dal punto di vista formale, perché il canone della sottoposizione del giudice alla legge può essere riferito ad ogni legge, comprese le leggi europee, che il giudice interno è espressamente chiamato ad osservare (art. 11 e 117 Cost.)<sup>13</sup>, indipendentemente dalla struttura che presentino e quindi anche qualora si esprimano per principi. Ma sarebbe ingenuo nascondersi come tale struttura finisca invece per assumere un rilievo centrale quando è in gioco la ripartizione dei ruoli tra giudice e legislatore. Certo, si può supporre che, avendo a quei tempi davanti agli occhi solo un modello di diritto interno costruito per fattispecie, il costituente non si fosse in realtà posto più che tanto il problema. Resta il fatto, però, che è la stessa concezione di separazione dei poteri che si è venuta consolidando in epoca positivistica a non poter essere considerata più «qualcosa di sacro e intoccabile», ma a richiedere di essere «riletta criticamente alla luce (...) dell’esperienza». Al di là del fatto che essa, «da

---

<sup>13</sup> Per l’opinione che, alla luce del processo di integrazione europea e della configurazione pluralistica del sistema delle fonti, l’art. 101.2 Cost. dovrebbe ormai fare riferimento ad entrambe i livelli di legalità, interno ed europeo v. D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al ‘diritto’. Contributo allo studio dell’art. 101 comma 2 della Costituzione italiana*, Jovene, Napoli, 2008, 127; sottolinea come questa interpretazione divenga funzionale, nella dinamica ermeneutico-applicativa, alla legittimazione degli sviluppi fattuali GARGANI, *Verso una ‘democrazia giudiziaria’?*, cit., 117. Occorre però anche riconoscere che, accogliendo quell’interpretazione – come sembra corretto – il principio contenuto nell’art. 101.2 Cost non può più trovare la sua esclusiva giustificazione in un certo assetto dei rapporti tra i poteri dello Stato.

squisitamente garantistica»<sup>14</sup>, quale appariva «nell'enunciato montesquieviano, si era pian piano risolta durante il corso della modernità in una smodata preminenza del potere legislativo»<sup>15</sup>, è chiaro infatti che la ripartizione dei poteri all'interno dello Stato si trova ormai a convivere, almeno per quanto riguarda i rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario, con il pluralismo delle fonti europee. È, dunque, l'idea stessa di un monopolio assoluto del potere legislativo nazionale<sup>16</sup> nella produzione del diritto a scontrarsi oggi con la realtà delle cose<sup>17</sup>, che esibisce un marcato pluralismo normativo<sup>18</sup>, anche all'interno di quel 'recinto sacro' rappresentato dalla giustizia penale<sup>19</sup>, soprattutto per effetto dell'irruzione pervasiva in quest'ambito del diritto europeo. Un pluralismo che ha messo in crisi il dogma della

<sup>14</sup> Un ritorno a quella funzione di tutela aveva animato, peraltro, il disegno del nostro costituente, che aveva concepito il principio di esclusiva sottoposizione alla legge soprattutto come garanzia di indipendenza esterna del giudice: cfr. P. CALAMANDREI, *Intervento*, in *Atti dell'Assemblea costituente*, 5 dicembre 1946.

<sup>15</sup> Occorre ricordare che «con la separazione dei poteri si volle creare arginamenti ai poteri del Principe moderno, che pretendeva di assommare in sé legiferazione governo giurisdizione», offrendo così garanzie formali al cittadino, ma al contempo si consegnava il «processo produttivo del diritto», a cui prima partecipavano anche giuristi e giudici, «interamente alla volontà del supremo potere politico»: così P. GROSSI, *Oltre la legalità* in ID., *Oltre la legalità*, Laterza, Roma-Bari, 2020, 5.

<sup>16</sup> Si allude naturalmente al legislatore nazionale, posto che il principio di separazione non può avere riferimento che ai poteri statuali.

<sup>17</sup> P. GROSSI, *L'invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in ID., *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017, cit., 125, a cui appartiene anche il precedente passo virgolettato. Come avverte G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, 212, «Il legislatore deve rassegnarsi a vedere le proprie leggi trattate come 'parti' del diritto, non come 'tutto il diritto'».

<sup>18</sup> È infatti venuta meno la struttura gerarchico piramidale delle fonti, sostituita da una struttura reticolare, caratterizzata da intrecci e relazioni tra norme nazionali ed europee. Sulla riorganizzazione dei poteri tra legislatore e giudice nel contesto sovranazionale che ne discende cfr. DELMAS-MARTY, *Le forces imaginantes du droit*, cit., (III). *La refondation des pouvoirs*, Editions du Seuil, Paris, 2006.

<sup>19</sup> Sovviene in proposito la celebre immagine di Massimo Severo Giannini, che aveva paragonato il mondo del 'penale' degli anni ante-guerra ad «una specie di Cina imperiale, chiusa nelle sue muraglie, con i porti sbarrati»: cfr. M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo. Postilla 1973*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 2, 1973, 263 ss.

sovranità statale e che disegna un contesto nel quale i poteri del giudice interno non sono più definibili esclusivamente sulla base dei comandi del potere legislativo nazionale. Anzi, si può dire che a questo giudice, in quanto primo applicatore e controllore del diritto dell'Unione, vengono attribuiti due strumenti che lo pongono addirittura in una posizione di chiara superiorità rispetto alla legge interna, come quello della disapplicazione di quest'ultima quando essa contrastanti con una norma dell'Unione immediatamente applicativa<sup>20</sup> e quello dell'interpretazione conforme, quando invece la norma UE non presenti una simile caratteristica<sup>21</sup>. Dal canto suo, la metafora del 'giudice legislatore' non fa che alludere al fatto che questo soggetto è investito di un aumentato potere inventivo per effetto di quel diritto per principi in cui si sostanzia il diritto europeo.

Appare poi altrettanto evidente come l'incontro-scontro tra questo diritto per principi e il diritto per regole codicistico finisca per produrre forti contraccolpi pure sullo stesso concetto di legalità processuale di matrice illuministica, ancora fortemente introiettato dai giuristi italiani. Quest'ultimo si ispira ad un'idea formale, statica e, al contempo, rigida della legalità, che predica un'astratta corrispondenza ai modelli normativi e in cui il valore della decisione del giudice si fonda sulla sua autorità, che è, a sua volta, riverbero dell'autorità della legge che quella decisione è chiamata appunto a riaffermare. Per contro, la legalità europea assume un carattere *marcatamente giudiziale*<sup>22</sup>, *dinamico e teleologico*. Per essa il valore della decisione del giudice

---

<sup>20</sup> Si tratta di un potere che sembra porsi agli antipodi della visione positivista del giudice quale mero applicatore della legge, come avverte anche GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'?*, cit., 111.

<sup>21</sup> Si può aggiungere che a mettere in discussione il fatto che l'art. 101. 2 Cost. possa esprimere una relazione di tipo gerarchico starebbe, sul piano interno, al lo stesso giudizio incidentale di costituzionalità: cfr. GROSSI, *L'invenzione*, cit., loc. ult. cit.

<sup>22</sup> GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., 29 ss. ritiene addirittura preferibile eliminare oggi ogni riferimento alla legalità, in quanto, riagganciandosi alla legge quale parametro esclusivo, totalizzante e monopolistico della giuridicità, essa costituirebbe un «vocabolo/concetto intrinsecamente *monodico*, incapace di esprimere quella realtà *polifonica* che è oggi, anche sul continente, la dimensione giuridica». A suo avviso sarebbe dunque necessario parlare non più di 'principio di legalità', ma di 'primato del diritto', o di 'supremazia del diritto'. Pur aderendo nella sostanza a queste argomentazioni, riteniamo tuttavia preferibile continuare a riferirci all'espressione 'legalità' con riguardo ad un settore particolare dell'ordinamento come quello del processo penale, dove questo termine assume, come dicevamo, comunque un significato tipico (la legalità processuale), e nel quale l'impronta legalistica appare comunque ancora assai fortemente radicata in ragione dei valori che qui vengono in gioco e

si misura sulla base della sua autorevolezza e della sua persuasività, cioè sulla base della sua capacità di giungere a un esito che, non insensibile alle circostanze del caso, e parametrato su valutazioni di proporzionalità, produca in concreto una decisione giusta<sup>23</sup>. Alla mera corrispondenza dell'azione alla legge, emblema della 'vecchia' legalità, si sostituisce, anzi, si sovrappone e si intreccia, in questa prospettiva, la corrispondenza dell'azione non solo alla legge, ma anche allo scopo<sup>24</sup>. Ciò che la 'vecchia' legalità voleva (ingenuamente) riaffermare, cioè l'illuministico ideale di certezza del diritto, si converte nella legalità europea in un più 'laico' e meno utopistico obiettivo di prevedibilità delle decisioni giudiziarie.

Resta il fatto che, nell'attrito prodotto dallo scontro tra diritto europeo e diritto nazionale – ovviamente nelle materie interne su cui incide il diritto europeo, che però sono molte ed in costante aumento, tanto da rendere ormai spesso difficile distinguere 'interno' da 'esterno' –, la rigidità delle forme processuali tende inevitabilmente a sfaldarsi. Lo si può constatare facilmente già alla luce di quell'operazione cruciale nell'applicazione del diritto europeo, a cui già abbiamo fatto cenno, che è rappresentata dall'«interpretazione conforme», dove l'esigenza di interpretare la regola interna alla luce del principio europeo porta alla creazione di una nuova norma che risulta dall'amalgama delle due, ma che, tuttavia, finisce inevitabilmente per essere plasmata assai più dalla forza duttile del principio<sup>25</sup>. La 'mineralogia' della fattispecie è poi ulteriormente erosa dall'applicazione del canone di proporzionalità, che il codice conosce solo in settori molto limitati, come

---

dell'idea che sia appunto la legalità processuale a poterli meglio tutelare. Parlare in questo contesto anche di una diversa 'legalità europea', in cui largo spazio assumono invece le fonti di matrice giudiziale, può, dal canto suo, aiutare a cogliere meglio il diverso approccio che il diritto europeo presenta rispetto al diritto codicistico interno in materia di processo penale proprio sullo specifico piano della produzione del diritto. Sul fatto che il principio di legalità, benché trasfigurato, continui a svolgere una funzione essenziale, connessa all'idea regolativa che lo sostanzia e che consiste nel limitare l'arbitrio decisionale, prescrivendo il trattamento uguale o imparziale, B. PASTORE, *Le fonti e la rete: il principio di legalità rivisitato* in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di) *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, I *Delle fonti del diritto*, Jovene, Napoli, 2009, 274.

<sup>23</sup> Si rinvia a R.E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in Id. (a cura di), *Manuale di Procedura penale europea*, V ed., Giuffrè, Milano, 2022, 76.

<sup>24</sup> M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in «Enciclopedia del diritto – Annali», VI, Giuffrè, Milano, 2007, 420 s.

<sup>25</sup> Cfr. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit., 44.

quello cautelare, ma che diviene invece parametro generale di decisione per il diritto europeo.

##### 5. Segue: *dimensione empirico-fattuale del diritto CEDU*

A questi aspetti che accomunano il diritto delle due Europee, *il diritto Cedu* ne aggiunge poi uno suo proprio, che appare tanto centrale per la sua economia quanto ulteriormente dirimpante rispetto ai parametri del nostro diritto processuale penale interno, e che è rappresentato dalla sua *forte dimensione empirico-fattuale*. È una caratteristica che si rapporta alla funzione della sua Corte di riferimento, la Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, presentandosi come Corte dei diritti umani volta a verificare il rispetto delle garanzie convenzionali da parte degli Stati aderenti nel contesto di specifiche vicende processuali, assume la veste di giudice dei fatti concreti, differenziandosi in questo dalla Corte di giustizia che, ponendosi invece come Corte di integrazione europea che mira a garantire un'uniforme applicazione del diritto eurounitario, svolge una funzione che è invece necessariamente legata ad un'interpretazione astratta delle norme.

L'equità processuale, garanzia nodale del sistema Cedu, perché ricomprende in sé una larga parte delle garanzie convenzionali dedicate all'imputato, esemplifica bene la dimensione fattuale di cui stiamo parlando. Il giudizio che è tenuta ad effettuare in proposito la Corte europea dei diritti dell'uomo non si esaurisce infatti nel verificare se le garanzie di equità indicate dalla Convenzione europea ed implementate dalla giurisprudenza di Strasburgo siano state rispettate in sé, ma include anche un'inedita valutazione complessiva del caso giudiziario sottoposto al suo vaglio (il c.d. *as a whole test*), in cui possono entrare in gioco eventuali elementi compensativi (meglio sarebbe dire di bilanciamento), non predeterminabili in anticipo, che possano far ritenere 'sanati' ai fini del giudizio di equità processuale eventuali deficit di garanzie riscontrati nel corso del processo.

È chiaro che ci troviamo di fronte al momento di più stridente e acuto contrasto con la struttura e con la logica codicistica. Un contrasto sullo sfondo del quale si possono cogliere in controluce due diverse concezioni del diritto: quella che vede la sua matrice originaria nell'idea aristotelica del diritto come scienza pratica, recepitata poi dai sistemi di *common law* e di cui si fa oggi portatrice la Convenzione, e quella affermatasi nel continente europeo in età moderna, del diritto come scienza teoretica<sup>26</sup>, di cui è invece

---

<sup>26</sup> VOGLIOTTI, voce *Legalità*, cit., 421 ricorda come questa visione – che Aristotele riteneva

tutt'ora espressione il nostro codice di rito. Il giudizio di equità processuale è potenzialmente capace di azzerare le garanzie astratte di un processo penale costruito per fattispecie. Poiché tiene conto delle cangianti peculiarità del caso, esso si propone come un giudizio che ambisce ad essere più giusto perché più vicino alla realtà dei fatti, da cui invece resta – programmaticamente – lontano il nostro sistema normativo interno. Esso, peraltro, consegna ogni valutazione alla discrezionalità del giudice. E non sorprende (anche se indubbiamente colpisce) che, data la sua sostanziale opacità, questo giudizio si sia potuto prestare talora anche a gravi manipolazioni di segno nettamente antigarantistico da parte della Corte europea; il che è successo quando essa si è mostrata troppo accondiscendente e ossequiente verso le istanze securitarie e populiste nazionali, che ha assecondato sul piano dell'abbassamento delle garanzie invece di contrastarle, mantenendo salda la sua funzione di controllo del rispetto dei diritti umani da parte degli Stati membri<sup>27</sup>.

#### 6. Segue: le “garanzie minime” del diritto europeo

Un'ultima caratteristica che nuovamente accomuna il diritto di entrambe le Europee è data, infine, dal fatto che esso mira ad assicurare solo ‘garanzie minime’.

Anche questa è una conseguenza del fatto che i due sistemi europei si rivolgono ad una pluralità di ordinamenti nazionali assai diversi tra loro, a cui dunque possono ragionevolmente imporre solo denominatori comuni

---

estranea al diritto, perché per il diritto la conoscenza non costituisce un obiettivo in sé, un obiettivo di ‘verità’, come avviene per le scienze che appartengono al mondo che non muta né è mutabile – si fosse invece sviluppata nel continente europeo parallelamente alla filosofia meccanicistica, che rappresentò un ingrediente fondamentale sia per la struttura concettuale della rivoluzione scientifica, sia per le teorie politiche assolutistiche. Dal canto suo, la visione formalistica del diritto che postulava la perfezione dei congegni normativi, veniva ben rappresentata dalla metafora dell'orologio, in auge dalla metà del Seicento.

<sup>27</sup> Un simile atteggiamento si riscontra, ad esempio, in C. euro, Grande Camera, 15 dicembre 2011, *Al Khawaja e Thaery c. Regno Unito*; Id. Grande Camera, 15 dicembre 2015 *Schatbaschwili c. Regno Unito*; Id, Grande Camera, 13 ottobre 2016, *Ibrahim e alt. C. Regno Unito*. Rinvio sul punto alle considerazioni svolte in R.E. KOSTORIS, *Per una ‘grammatica’ minima del giudizio di equità processuale*, in ID, *Processo penale e paradigmi europei*, 2<sup>a</sup> ed. accresciuta, Giappichelli, Torino, 2022, 236 ss.

minimi<sup>28</sup>. La loro fissazione può sicuramente avvantaggiare i Paesi i cui sistemi processuali si trovino al di sotto di quella soglia, perché, spronandoli ad adeguarsi ai parametri europei, promuove una loro evoluzione, un innalzamento dei loro standard qualitativi; ma può invece svantaggiare in qualche misura Paesi come il nostro che talora conoscono livelli più avanzati di tutela. Ad esempio, noi escludiamo in via generale l'utilizzabilità probatoria degli atti delle indagini preliminari raccolti unilateralmente dagli organi investigativi, mentre la Corte europea restringe il divieto al solo caso in cui elementi non raccolti in contraddittorio abbiano costituito la prova 'unica o determinante' di una sentenza di condanna<sup>29</sup>. Ci può svantaggiare perché, nonostante il livello minimo delle garanzie Cedu e delle garanzie UE non sia certamente di ostacolo all'adozione di standard più alti in sede nazionale (lo ribadiscono, anzi, la stessa Convenzione all'art. 53 e la Carta dei diritti fondamentale UE all'art. 53), il continuo confronto tra diritto nazionale e diritto europeo che il giudice interno è chiamato ad operare quotidianamente per garantire la conformità del primo al secondo, lo può rendere, di fatto, sempre meno attento e sensibile verso le più elevate garanzie codicistiche, che comunque richiedono generalmente maggiori 'costi' per il sistema, in termini di tempi e di risorse, senza risultare, alla fine, necessarie per adempiere agli obblighi europei<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Per più ampie riflessioni, cfr. R.E. KOSTORIS, *Il Processo penale tra i paradigmi della modernità e le nuove antropologie pos-moderne del diritto europeo*, in M. Bertolissi (a cura di), *Scritti per Paolo Grossi offerti dall'Università di Padova*, Giappichelli, Torino, 2019, 272 s.

<sup>29</sup> C. europea, 24 novembre 1986, *Unterpringer c. Austria*, § 33; Id., 20 novembre 1989, *Kostonski c. Paesi Bassi*, § 44; Id., 5 dicembre 2002, *Craxi c. Italia*, § 86.

<sup>30</sup> Un meccanismo in qualche misura analogo sembrerebbe realizzarsi anche quando il giudice interno sia chiamato a dare esecuzione ad un ordine europeo di indagine penale (o.e.i.), essendo egli tenuto ad osservare a tal fine solo i 'principi fondamentali' dell'ordinamento italiano. A parte l'estrema genericità di un simile riferimento, è chiaro che esso invita comunque il giudice a una 'semplificazione' mentale del nostro sistema, che poi sarà facilmente portato a replicare anche quando dovrà applicare solo le regole codicistiche. Sul punto, con particolare riferimento al sistema delle invalidità processuali, cfr. pure M. CAIANIELLO, *Premesse*, cit., 155 ss. e spec. 158.

7. *I problemi della coesistenza e dell'intreccio tra i due modelli: il pluralismo giuridico contemporaneo e la necessità di affrontare un deciso cambio di paradigma*

In definitiva, mentre la disciplina codicistica del processo penale, al di là della sua complessità e stratificazione, si mostra rigida nella sua astrattezza, il diritto europeo appare più libero e flessibile, avendo di fronte a sé la via larga dei principi anziché quella stretta delle regole.

Resta la domanda centrale a cui non è agevole dare risposta: come governare questo incontro-scontro tra entità e materiali tanto diversi, che obbediscono a logiche e a culture tanto diverse, ma che però – questo è il punto – sono costretti a convivere sotto lo stesso tetto, sovrapponendosi a questa così delicata e complessa fase di transizione, che tocca, beninteso, ogni campo del diritto, ma che certamente presenta problemi assai più acuti nell'ambito del processo penale in ragione degli interessi che vi sono coinvolti e anche della tradizione culturale ancora dominante, a cui facevamo cenno in esordio, che ha sempre visto nell'esclusivo rispetto della legge la massima tutela possibile di quegli interessi?

Di fronte al nuovo – come osserva Kuhn<sup>31</sup> – si possono avere tre atteggiamenti diversi. Il primo, assai comune, è quello del rifiuto. È un atteggiamento comprensibile, perché il nuovo sconvolge gli equilibri consolidati, quindi preoccupa, mette a disagio; ma, per poterlo coltivare con successo, occorre disporre di un reale potere di scelta al riguardo, che qui invece sembra mancare, almeno finché vorremo restare agganciati al sistema dell'Unione Europea e a quello Cedu<sup>32</sup>. Il secondo atteggiamento è quello che potremmo chiamare dell'autoinganno: si cerca di far rientrare artificiosa-

<sup>31</sup> T.S. KHUN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, trad. it., 2<sup>a</sup> ed. integrata con il *Poscritto 1969*, Einaudi, Torino, 1999.

<sup>32</sup> Qualcuno (D. NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale*, in AA. VV., *Legge e potere nel processo penale. Pensando a Massimo Nobile*, Cedam, Padova, 2017, 86 ss.) suggerisce invece di contrastare il diritto giudiziale derivante dall'Unione sostenendo che il principio di stretta legalità, inteso come legalità per regole, rappresenterebbe un controlimite opponibile a un diritto europeo formulato per principi, prefigurando un contrasto del diritto giurisprudenziale con l'art. 111.1 Cost., laddove prevede che il 'giusto processo' deve essere regolato dalla legge. A parte ogni altra considerazione, questa ricostruzione rivela però la sua fragilità di fronte ad un'obiezione assai semplice: quel preteso controlimite non può essere opposto perché presupporrebbe di respingere praticamente in blocco tutta la disciplina europea che è strutturata per principi: non si tratterebbe, dunque, più di un controlimite, ma di una totale blindatura del codice di rito nel suo complesso, che evidentemente non è ipotizzabile nel quadro dei rapporti tra diritto interno e diritto europeo.

mente il nuovo nel vecchio, limitandosi al più a considerarlo come un'eccezione alle regole generali. È una prospettiva apparentemente tranquillizzante perché non chiede di sovvertire le coordinate tradizionali. Ed è una reazione spesso inizialmente messa in campo di fronte alle nuove scoperte scientifiche. Ma quando le eccezioni cominciano a moltiplicarsi sommergendo le regole essa mostra all'evidenza le corde.

Il terzo atteggiamento è quello di riconoscere il nuovo per quello che è, operando un deciso cambio di paradigma per comprenderne la reale portata. Ed è la sola via per poter cercare di governarlo al meglio, anziché restarne passivamente governati. Il che significa, per quanto riguarda l'ambito che qui interessa, cercare di preservare i fondamenti irrinunciabili del nostro processo penale, essendo disposti a cedere su aspetti meno essenziali. Sappiamo bene, del resto, che la tradizionale legalità normativa, a cui molti sono ancora fortemente legati, è anche piena di ombre<sup>33</sup>. La legge è tutt'altro che un'entità angelicata; non garantisce la bontà dei suoi contenuti (per rendersene conto non occorre nemmeno pensare al caso più macroscopico rappresentato dalle leggi razziali; basta guardarsi intorno: la nostra produzione normativa è disseminata di esempi di leggi 'cattive'); non garantisce di essere il frutto di scelte democratiche (pensiamo solo all'abuso della decretazione d'urgenza e al ruolo spesso notarile del Parlamento rispetto alla produzione normativa dell'esecutivo, ma non è neppure irrilevante al riguardo il tasso di democraticità che presenta il sistema elettorale con cui i cittadini sono chiamati a scegliere i loro rappresentanti); non garantisce

---

<sup>33</sup> Come ci ricorda GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., 7 ss., la moderna legalità nasce in un contesto dominato dall'icona settecentesca «del Principe come modello di uomo, immune dalle passioni umane di cui sono facili prede il sapiente e il giudice, e, quindi, come modello di un'imparzialità conseguente alla sua assoluta superiorità, capace (...) di produrre un diritto che, provenendo dalla volontà di un solo soggetto, non potrà che essere saldamento compatto», dotato di «una sicura unitarietà e, quindi, una sicura coerenza», di «facile riduzione a sistema, con le apprezzabili qualità della chiarezza e della certezza». Una legalità che esprime la forza del potere supremo e la sua assoluta controllabilità da parte di quest'ultimo, consegnandosi totalmente nelle sue mani. Allo stesso tempo, «nasce da qui quella sfiducia nella dottrina e nel ceto giudiziario (...) che è calata e riposa ancora nel nostro animo (e, forse, più nel nostro cuore) di giuristi odierni in un paese di *civil law*, rendendo alterata e viziata la nostra valutazione di viventi e operanti in un frangente storico tanto diverso». Sul collegamento nei sistemi di *civil law* tra il principio di legalità e la visione assolutistica dello Stato, che rimase tale anche quando al potere assoluto del sovrano si volle sostituire quello, pure esso assoluto, di un'Assemblea sovrana, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 25 s.

nemmeno la chiarezza dei suoi comandi, tanto vagheggiata dal pensiero illuministico, essendo sotto gli occhi di tutti il fortissimo decadimento della tecnica legislativa (oltretutto, ormai in troppi casi per cercare di capire il senso di una prescrizione l'interprete deve sobbarcarsi a un improbo e defaticante lavoro di collazione e comparazione di una serie di innumerevoli precetti pulviscolari costruiti a scatole cinesi, ognuno dei quali rinvia all'altro); né garantisce la ponderazione delle scelte che l'hanno determinata, le quali, specie negli ultimi tempi, appaiono spesso concepite sull'onda di reazioni emotive, o dettate dai meri calcoli politico/elettorali del momento, e che, quindi, vengono assai spesso rimesse (anche radicalmente) in discussione non appena mutano le contingenze che le avevano determinate.

Nemmeno il giudice, beninteso, è un'entità angelicata. Egli resta, tuttavia, pur sempre un interprete della società in cui vive, un sismografo dei suoi movimenti<sup>34</sup>. In questa prospettiva, il ruolo maggiormente creativo che il diritto europeo gli assegna, unito a un'attenzione per la fattualità, potrebbe consentirgli di operare in modo più aderente alle necessità concrete. Naturalmente, è una creatività che pone di fronte al rischio incombente che essa trasmodi in quell'arbitrio che il razionalismo illuminista aveva voluto imbrigliare attraverso la rigida formalizzazione del sistema normativo. E bisogna essere onesti: non esistono formule magiche che possano azzerare quel rischio. Tuttavia, è piuttosto l'assunto di partenza che va capovolto, ponendo in luce come il margine inventivo affidato al giudice non gli conferisca alcuna libertà assoluta, ma, al contrario, gli imponga di muoversi seguendo precisi percorsi, che, nell'alveo segnato dai principi, implicano la ricerca della soluzione più razionale, più adeguata, più convincente, che tenga conto di tutti gli elementi in gioco e delle loro interrelazioni e che implichi il minor sacrificio dei diritti fondamentali. Un contesto nel quale il dato normativo deve essere posto in tensione con lo scopo da raggiungere. In altri termini, si può dire che il giudice resta comunque vincolato: solo non da precetti rigidi, ma dal dovere di giungere a soluzioni correttamente argomentabili, un po' come accade quando valuta la prova secondo il proprio libero convincimento<sup>35</sup>. Certo, siamo di fronte ad una

<sup>34</sup> Già M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984 poneva in luce come i giudici, pur privi di una legittimazione democratica formale, sono costretti a confrontarsi quotidianamente con le esigenze reali della vita sociale.

<sup>35</sup> Anzi, a ben vedere, in quest'ultimo caso la sua libertà di scelta è ancor meno condizionata dalle norme, che si limitano a fissare solo dei divieti probatori e delle regole generalissime di valutazione (art. 192 commi 2 e 3 c.p.p.). Piuttosto, i vincoli per il giudice sono rappresentati qui dalle leggi della logica, della scienza e, appunto, della ragionevolezza.

garanzia più fluida, nella misura in cui si regge su parametri valoriali non definibili e predeterminabili chiaramente in astratto<sup>36</sup>.

Al contempo, però, già lo si accennava, deve essere assicurata una ragionevole prevedibilità delle decisioni del giudice<sup>37</sup>. Da questo punto di vista, si potrebbe temere che i principi, in ragione della loro genericità, possano allontanare da questo obiettivo, alimentando un'anarchia interpretativa. È un timore che, in realtà, sembra superabile riflettendo sul fatto che, dovendosi comunque muovere entro i binari tracciati dai 'valori' che innervano i principi<sup>38</sup>, la creatività ermeneutica del giudice potrà restarne calmierata, presentando oscillazioni inferiori a quelle che possono derivare alla fine da una interpretazione distorta delle regole codicistiche, che, invece, può più facilmente sfuggire a qualsiasi argine di contenimento<sup>39</sup>. Del resto, quello di definire sempre meglio il contenuto che i principi devono avere in sé e nelle più frequenti situazioni di bilanciamento con gli altri principi è un essenziale compito di tipo nomofilattico che le Corti di vertice europee dovranno avere sempre più a cuore nell'interesse dello stesso diritto europeo<sup>40</sup>, al fine di facilitare una sua applicazione uniforme da parte degli Stati membri, in modo che esso possa svolgere quella funzione armonizzatrice che rappresenta un obiettivo centrale in vista dello sviluppo di un più accentuato sentire comune e di una maggior fiducia reciproca tra gli Stati, a

---

<sup>36</sup> Cfr. M. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione europea, CEDU e sistemi nazionali*, in *Dir.pen.cont- Riv.trim.*, 4/2016, 14

<sup>37</sup> Come sottolinea M. VOGLIOTTI, *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, in *Dir.pen.cont.*, 2 novembre 2016, 10 quello della prevedibilità è un valore che si attaglia a una visione del diritto inteso come scienza pratica.

<sup>38</sup> Sia pur riferendosi alla nostra Costituzione, P. GROSSI, *L'Invenzione del diritto*, cit., 118 sottolinea come i principi restano certamente elastici, perché «i valori nascono e si affermano per gli uomini e gli uomini vivono nella storia e la storia *diviene*, si muove, anche se spesso il movimento si percepisce solo nella lunga durata, lentissimamente, assomigliando al cammino dei ghiacciai della natura fisica, impercettibile ma oh quanto incisivo sulla realtà da essi attraversata», aggiungendo, tuttavia, che la nitidezza del nucleo valoriale da cui i principi promanano esclude che essi possano soffrire invece di vaghezza.

<sup>39</sup> Infatti, è proprio quella distorsione, quella deviazione ad allontanare automaticamente dall'alveo, dato che qui esso viene a coincidere con la stessa formula attraverso cui la regola si esprime.

<sup>40</sup> Cfr. F. PALAZZO, *Tutela della legalità come creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia in Europa*, in O. Roselli (a cura di), *Cultura giuridica e letteratura nella costruzione dell'Europa*, Napoli, 2018, 308 s.

loro volta requisiti imprescindibili per una efficace lotta comune al crimine transnazionale.

Detto questo, credo che si possa comunque trovare un modo per favorire un rapporto meno conflittuale tra regole processuali interne e principi europei: ed è quello di interpretare le regole in funzione precipua del valore che esse dovrebbero tutelare. Occorrerebbe, in altri termini, dismettere la lettura formalistica a cui facevamo cenno in precedenza, fondata sul presupposto che il valore sia già ‘incorporato’ nella norma, per guardare invece allo scopo da raggiungere, ponendolo in relazione alla situazione processuale del caso concreto. Questa lettura maggiormente ‘valoriale’ delle regole interne potrebbe infatti costruire un ponte, un collegamento con il mondo dei principi europei, che è profondamente radicato in un substrato valoriale. Certo, alcune previsioni interne, nonostante questo approccio (che poi andrebbe comunque nella direzione di un’interpretazione conforme, per così dire ‘accentuata’), potrebbero rivelarsi comunque in conflitto con i principi europei; nel qual caso, resterebbe sempre aperta la via di una declaratoria di incostituzionalità per contrasto con gli artt. 11 e 117 Cost. Ma, nel complesso, l’operazione potrebbe riuscire ad avvicinare con il minor trauma possibile l’ordinamento processuale interno a quello europeo e ad avvicinare così anche le due forme di ‘legalità’ di cui i medesimi sono espressione.

Resta il fatto che per traghettare una così delicata fase di transizione, per riuscire a rendere meno conflittuale quell’antagonismo tra vecchio e nuovo, tra un processo per regole e un diritto europeo per principi che deve alla fine trovare composizione di fronte a un caso giudiziario da risolvere e che deve farlo in una equilibrata visione di sintesi e, sperabilmente, anche in una forma di coesistenza virtuosa, sembrano comunque necessari anche alcuni cambi di paradigma.

Sotto un primo profilo, ci si dovrebbe domandare se il vecchio modello positivistico del giudice burocrate, passivo esecutore della legge, su cui è tuttora largamente impostato il nostro ordinamento giudiziario sia ancora adeguato al ruolo, alla posizione e alle responsabilità<sup>41</sup> che implica l’esercizio

---

<sup>41</sup> Può essere interessante ricordare come anche in un contesto ispirato alla concezione meccanicistica del giudice passivo applicatore della legge si fosse comunque trascurata l’esigenza di richiedere che si trattasse di un soggetto comunque fornito di doti particolari di prudenza e di equilibrio, oltre che di scienza e di integrità morale. Sulla necessità di possedere tali requisiti per l’accesso al senato piemontese, cfr. *Leggi e Costituzioni di Sua Maestà*, Torino, nella Stamperia reale, 1770, tom. I, lib. II, tit. III, capo II, art. 1 e capo III, art. 1; nonché tom. I, lib. II, tit. II, capo I, art. 1.

da parte di questo soggetto di un'attività ormai di tipo anche normopoietico. Ma soprattutto, non sfugge che i nuovi scenari che si prospettano richiedono in ogni caso giuristi liberati dal peso dei condizionamenti del passato, e, al contempo, custodi dei valori di garanzia che il processo penale non deve mai dismettere. In questa prospettiva, andrebbe propiziato il formarsi di una cultura comune di tutti gli operatori del processo che possa favorire un loro *idem sentire*, un loro riconoscersi in valori condivisi. Un *idem sentire* che ovviamente dovrebbe anzitutto unire tra loro i giudici, così da farli sentire tutti parte di una coesa comunità di interpreti impegnata a garantire uniformità e prevedibilità alle loro decisioni. Occorre, dunque, pensare a una generale formazione comune *post lauream*, possibilmente allargata a tutti i giuristi, avvocati e magistrati, che comprenda anche periodi obbligatori di tirocinio presso studi legali e presso uffici giudiziari, requirenti e giudicanti, per tutti e, alla fine, magari, un concorso unico di accesso all'avvocatura e alla magistratura. Al contempo, e ben prima, già nelle aule universitarie, occorre allevare una nuova generazione di giuristi che impari a muoversi nella complessità, a sapervi convivere e a saperla gestire. Compito non facile, che presuppone già nella classe docente una forte consapevolezza al riguardo e una forte assunzione di responsabilità.

Occorre allora prefigurare una rottura drastica con il passato? Sì e no. Sì, perché viviamo in un contesto molto mutato, che non possiamo più ignorare e che non possiamo più interpretare con gli strumenti del passato, ma che dobbiamo saper affrontare con occhi nuovi; no, perché veniamo anche da una 'tradizione civile', la cui essenza va assolutamente preservata e difesa. E allora, parafrasando la celebre frase del Principe di Salina nel Gattopardo di Tomasi di Lampedusa, dobbiamo pensare che molto debba e possa cambiare delle cose che possono cambiare affinché nulla cambi di ciò che è e deve restare irrinunciabile, cioè dei cardini, dei valori fondamentali e fondanti del processo penale.

# Francesco Viganò

## *Dal 'diritto penale dello Stato' al 'diritto penale sovranazionale'*

SOMMARIO 1. Introduzione – 2. Diritto penale e Stato nazionale – 3. Verso una dimensione sovranazionale del diritto penale – 3.1. Il diritto penale internazionale – 3.2. Il c.d. diritto penale 'transnazionale' – 3.3. Il diritto internazionale dei diritti umani – 3.4 Il diritto penale dell'Unione europea – 4. Che cosa resta del vecchio diritto penale 'nazionale'? – 5. Qualche considerazione conclusiva

### 1. *Introduzione*

Enuncio subito la tesi essenziale del mio intervento: in concomitanza con l'inizio del nuovo millennio, i penalisti hanno assistito a un cambiamento radicale del loro modo tradizionale di concepire il proprio oggetto di studi, che – con sorprendente rapidità – da fenomeno proiettato in una dimensione essenzialmente nazionale si è aperto sempre più a una dimensione sovranazionale. Nel corso della mia stessa vita di studioso – ormai non proprio brevissima – ho avuto modo di toccare con mano questo drammatico cambiamento, che ha colto di sorpresa molti studiosi della mia generazione e di quella immediatamente precedente.

In questo intervento muoverò da una sommaria ricapitolazione delle ragioni per le quali il diritto penale è stato tradizionalmente considerato come una branca del diritto dai caratteri spiccatamente nazionali (*infra*, 2), per poi soffermarmi su quelli che definirei come quattro fondamentali vettori, che hanno contribuito negli ultimi decenni al rovesciamento di questo paradigma tradizionale, consegnandoci oggi l'immagine di un diritto penale profondamente permeato di una fisionomia e di una logica sovranazionale (*infra*, 3). Tirate quindi brevemente le somme di questa analisi (*infra*, 4) concluderò con qualche osservazione critica sull'attuale stato dell'arte e sulle prospettive future di un diritto penale 'sovranazionale' (*infra*, 5).

### 2. *Diritto penale e Stato nazionale*

Sin da epoche remote il diritto penale è sempre stato considerato come proiezione diretta del potere statale, e anzi della stessa sovranità statale.

Assumendo come paradigmatica di questa impostazione la riflessione

hobbesiana, il diritto penale rappresenta uno degli strumenti principali con il quale il sovrano assolve alla funzione fondamentale assegnatagli dal contratto sociale: quella, cioè, di impedire il *bellum omnium contra omnes* caratteristico dello stato di natura, assicurando a tutti i consociati sicurezza contro i nemici interni (mentre l'esercito assicura loro protezione contro i nemici esterni)<sup>1</sup>.

In questo classico schema concettuale, l'esercizio dello *ius puniendi* – del potere, cioè, di sanzionare chi non rispetti le norme poste dallo stesso sovrano a garanzia della sicurezza collettiva<sup>2</sup> – è intrinsecamente legato alla ragion d'essere dello Stato. L'esercizio della potestà punitiva – si è recentemente sostenuto, in una prospettiva in fondo non lontana da quella contrattualistica – una vera e propria *prestazione* che l'amministrazione statale deve assicurare ai propri cittadini, per consentire loro di godere pacificamente dei loro diritti<sup>3</sup>.

Anche in una prospettiva più propriamente storica, il potere di punire (e, per converso, di dispensare grazie) è stato sempre considerato una delle prerogative essenziali del sovrano. Emblematica la storia inglese, in cui i sovrani normanni che nel 1066 si erano impadroniti del paese si preoccuparono subito di istituire corti itineranti, direttamente rispondenti al re, con il compito di amministrare – in particolare – la giustizia penale, sottraendo così questa incombenza ai potentati locali; processo cui seguì, nel tredicesimo secolo, la costituzione di un King's Bench presso la corte centrale, direttamente controllato dal sovrano, per l'amministrazione della giustizia penale, quanto meno per i casi più gravi<sup>4</sup>. Inquisitori, tribunali e boia erano, insomma, la mano armata del sovrano per assicurare la pace all'interno dello Stato; e gli stessi reati furono, per moltissimi secoli della storia inglese, considerati nella loro essenza come atti di ribellione contro la 'pace del re', e come rottura del vincolo di fedeltà del suddito nei confronti del sovrano. Tanto che il delitto di *treason*, punibile con la pena di morte, divenne il naturale paradigma del concetto stesso di reato, finendo per abbracciare le condotte più diverse, tutte caratterizzate dall'offesa recata dal suddito al-

---

<sup>1</sup> T. HOBBS, *Leviatano*, cap. XVII.

<sup>2</sup> Ancora, HOBBS, cit., cap. XVIII.

<sup>3</sup> Il riferimento è allo stimolante volume di V. CHAO, *Criminal Law in the Age of Administrative State*, Oxford University Press, 2019.

<sup>4</sup> U. MATTEI, *Common Law. Il diritto angloamericano*, in R. Sacco (dir.), *Trattato di diritto comparato*, Torino, 2001, 20 s.

l'autorità del re<sup>5</sup>. Lo stesso diritto giurisprudenziale prodotto dai tribunali sovrani, il *common law*, apparve sin dall'inizio diritto *nazionale* inglese: certo, intriso di legami con il diritto romano e canonico dal punto di vista dei contenuti, ma destinato ormai a uno sviluppo autonomo e originale come diritto proprio del Regno.

Nell'Europa continentale, il processo di formazione di autentici diritti penali nazionali fu più lento: ma i risultati, alla fine, non furono dissimili da quelli britannici.

Nell'era della formazione e del consolidamento degli Stati nazionali nell'Europa continentale – tra il XVI e il XVII secolo – apparve del tutto ovvio ai rispettivi sovrani, desiderosi di affermare anche simbolicamente la propria autonomia dall'impero e dalle istituzioni sovranazionali che avevano caratterizzato l'epoca medievale, dedicare una particolare attenzione all'amministrazione della giustizia penale, nei secoli precedenti rimasta appannaggio dei tribunali ecclesiastici o delle amministrazioni civili locali, i primi applicanti un universale diritto canonico, le altre gli speciali statuti penali territoriali nell'ambito del grande tessuto connettivo rappresentato dallo *ius commune*, di portata generale e dal carattere altrettanto universale. Una volta rafforzato lo Stato nazionale in capo al monarca, occorre infatti affermare la sua autorità anche nell'amministrazione dello *ius puniendi* su tutto il territorio dello Stato: ciò che prese a realizzarsi, gradualmente, a partire dalla riorganizzazione delle corti e del loro *modus procedendi*, come accadde in particolare nell'esperienza francese a mezzo dell' *ordonnance criminelle* del 1670 di Luigi XIV<sup>6</sup>.

A partire poi dalla metà del Settecento, lungo un processo che si infittisce e si espande ovunque orizzontalmente negli ultimi decenni e prosegue nella prima metà del secolo successivo, in pressoché tutti gli Stati dell'Europa continentale il diritto penale di ciascuno Stato viene cristallizzato in codici, direttamente emanati dal sovrano e concepiti come fonti autosufficienti: non più bisognose, dunque, di attingere allo *ius commune* per quanto non espressamente regolato dal codice, come accadeva per gli antichi statuti. Con ciò sancendosi il definitivo trionfo del paradigma di un diritto penale nazionale, patrimonio specifico di ogni singolo Stato.

Il passaggio – lungo tutto l'arco del XIX secolo – dallo Stato assoluto a quello costituzionale, con la funzione legislativa riallocata ora in capo al

<sup>5</sup> J. HORDER, *Ashworth's Principles of Criminal Law*, IX ed., Oxford University Press, 2019, 24 s.

<sup>6</sup> Su queste vicende storiche, cfr. per tutti A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, vol. 1, Giuffrè, 1979, 157 ss. e 254 ss.

parlamento, non modifica significativamente questo scenario. Il compito di emanare i codici viene, invero, trasferito alle assemblee elettive, in collaborazione con il governo; ma il prodotto legislativo finale resta opera di istituzioni *nazionali*. Il diritto penale è divenuto ormai, in tutta Europa, un patrimonio dei singoli Stati, e risulta quindi – fisiologicamente – diverso da ordinamento a ordinamento.

Non solo. Secondo un'opinione ampiamente diffusa nella scienza penalistica contemporanea di molti Paesi, ciascun diritto penale nazionale riflette direttamente il sistema di valori caratteristico della comunità di cui fissa le essenziali regole di condotta<sup>7</sup>, stabilendo le sanzioni più afflittive di cui l'ordinamento disponga nel caso di una loro violazione. Di questo sistema di valori, si afferma ancora, è interprete il legislatore nazionale e democraticamente legittimato, che opera all'interno – appunto – di una determinata comunità politica, la cui identità si assume differente rispetto a quella delle altre parallele comunità politiche.

Si spiegherebbero in tal modo – oltre che per l'influenza delle distinte tradizioni giuridiche, a loro volta frutto di scelte legislative risalenti nel tempo – le differenze anche marcate nella trama delle incriminazioni, nella qualità e intensità delle sanzioni, nonché nella struttura dei diversi sistemi processuali, che sono osservabili tra diversi ordinamenti, anche se affini per storia e struttura costituzionale.

E invero, se l'omicidio è ovunque previsto come reato, la quantità della pena detentiva prevista contro il suo autore varia in modo significativo da ordinamento a ordinamento, così come variano i casi in cui esso è aggravato, attenuato o giudicato non punibile – in alcuni paesi, oggi sempre più numerosi, riconoscendosi ad esempio la liceità di un novero a sua volta variabile di condotte eutanasiche. Differenze importanti si registrano, poi, in relazione ai cosiddetti reati d'opinione, nei quali ad essere incriminate sono condotte comunicative coperte, in linea di principio, dal diritto alla libertà di espressione, la cui limitazione ad opera delle norme incriminatrici assume tratti peculiari in ciascun ordinamento in ragione del suo contesto storico e culturale, più o meno sensibile – ad esempio – alle ragioni di tutela del sentimento religioso e delle sue istituzioni, alla protezione del buon costume e della morale sessuale, al contrasto all'istigazione alla violenza, ovvero alla custodia della memoria storica (emblematica, in questo senso, la particolare sensibilità mostrata dal diritto penale tedesco contro il negazionismo e ogni forma di revisionismo rispetto al passato nazionalsocialista).

---

<sup>7</sup> Così, per tutti, la Corte costituzionale tedesca, nella propria sentenza sul Trattato di Lisbona: BVerfGE 123, 267, paragrafo 335.

Parimenti, i sistemi sanzionatori si presentano con caratteristiche assai variegata. La pena detentiva esiste un po' ovunque; ma la pena di morte resiste tenacemente negli Stati Uniti e in molti altri ordinamenti contemporanei; e le pene alternative, a cominciare da quella pecuniaria, sperimentano fortune molto diverse in ogni paese. Decisamente differenti sono poi la durata effettive delle pene detentive e le modalità delle loro esecuzione ed eventuale conversione in misure extramurarie, così come la stessa distinzione tra pene e misure di sicurezze, sconosciuta agli ordinamenti di *common law*.

Del tutto disomogenei sono, poi, i sistemi processuali penali – alcuni di stampo accusatorio, altri ancora ancorati a modelli fondamentalmente inquisitori; alcuni con un ruolo centrale assegnato alle giurie popolari, altre con forme di partecipazione dei laici all'amministrazione della giustizia assai più marginali o addirittura inesistenti –; e radicalmente differente è l'organizzazione delle istituzioni preposte, nel loro assieme, all'*enforcement* del diritto penale, con il pubblico ministero ora incardinato nel potere esecutivo o in quello giudiziario, ora autonomo da entrambi.

Beninteso, la dimensione sovranazionale caratteristica dell'antico *ius commune* non è mai scomparsa del tutto nemmeno dal diritto penale dei codici ottocenteschi e novecenteschi, ove si guardi a quello che i cultori di diritto comparato chiamerebbero il *formante dottrinale*. La scienza moderna del diritto penale, pur avendo a oggetto diritti penali nazionali, si è sempre nutrita di concetti, di categorie, di principi dal respiro sovranazionale. Se, ad esempio, tra la fine dell'ottocento e l'inizio del novecento la stessa dottrina penalistica italiana (la scuola classica di Francesco Carrara e poi la scuola positiva di Lombroso e Ferri) spiegarono un'importante influenza al di là dei nostri confini, un ruolo egemone nell'arco di entrambi i secoli fu giocato dalla penalistica tedesca, il cui influsso culturale è stato e continua a essere enorme in larga parte dell'Europa continentale (ex paesi del blocco sovietico compresi), dell'America Latina e di una parte dell'Asia (Giappone e Corea del Sud. I cultori del diritto penale di questi Paesi, almeno sino ad un'epoca assai recente, si sono formati sui testi dei grandi autori tedeschi, e hanno trascorso soggiorni di studio in Germania, trasferendo poi le conoscenze e gli schemi concettuali così acquisiti nei loro corsi di diritto penale, che tanta influenza producono poi sulla giurisprudenza e sulla stessa legislazione dei diversi Paesi.

Tuttavia, questa indubbia dimensione sovranazionale crea bensì una grammatica comune relativa ai concetti fondamentali della parte generale, che – quanto meno negli ordinamenti continentali – non incontra significativi ostacoli nelle peculiarità normative dei singoli codici penali; ma non

attinge, a ben guardare, i livelli che più caratterizzano i diritti penali nazionali, e che più determinano il ‘volto reale’ di ciascun sistema dal punto di vista dei suoi destinatari: e cioè le norme che fissano i precetti penalmente sanzionati e i relativi sistemi sanzionatori, i quali restano ampiamente differenziati da ordinamento a ordinamento. In una dimensione, appunto, strettamente nazionale.

### 3. *Verso una dimensione sovranazionale del diritto penale*

Eppure, a cavallo della *Jahrhundertwende* la scienza penalistica – non solo italiana – ha dovuto prendere atto che qualcosa stava cambiando rispetto al panorama appena tracciato, nella direzione di un carattere sempre più sovranazionale del diritto penale: non solo a livello dottrinale, ma anche normativo e giurisprudenziale.

Senza avere la pretesa di enunciare qui compiutamente le cause di questo complesso fenomeno, vorrei qui porre l’accento su quattro essenziali vettori, che hanno contribuito in maniera particolarmente rimarchevole a quello che merita ormai di essere considerato come un vero e proprio cambio di paradigma per la nostra disciplina.

#### 3.1. *Il diritto penale internazionale*

La spinta più evidente, ancorché limitata a un settore specifico, è rappresentata dal diritto penale internazionale: e cioè a quella branca del diritto internazionale che si occupa della punizione dei crimini *iuris gentium*, ossia dei crimini che sono giudicati tali dall’intera comunità internazionale, e si ritiene meritino di essere perseguiti e sanzionati da corti internazionali.

Dopo i primi ma infruttuosi vagiti all’indomani della conclusione del primo conflitto mondiale, i Tribunali internazionali di Norimberga e di Tokyo segnano, come è noto, il vero atto di nascita del diritto penale internazionale, che tuttavia si sviluppa e si consolida soltanto negli anni novanta nel secolo scorso<sup>8</sup>: con l’istituzione dei tribunali *ad hoc* per l’ex Jugoslavia e il Ruanda, nonché, soprattutto, con la sottoscrizione – nel 1998 – dello Statuto di Roma, entrato in vigore nel 2002, che istituì la Corte penale internazionale: un’istituzione giudiziaria con caratteri di stabilità (ancorché con importanti assenze tra gli Stati dello scacchiere mondiale) che dovrebbe assicurare la persecuzione e la punizione dei crimini di genocidio, delle gravi

---

<sup>8</sup> Ampiamente, su questa evoluzione storica, M. CHERIF BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law*, II ed., Leiden-Boston, 2013, 535 ss.

violazioni del diritto internazionale umanitario (crimini di guerra), dei crimini contro l'umanità, nonché – dopo gli emendamenti dello Statuto di Roma apportati alla conferenza di Kampala, e alla loro entrata in vigore nel 2018 – del crimine di aggressione.

Il diritto penale internazionale segna, in effetti, una decisa virata rispetto alla tradizionale dimensione nazionale e statocentrica del diritto penale. Esso si fonda su norme di diritto internazionale (consuetudinarie sino al 1998, e ora positivizzate da una convenzione multilaterale), il cui *enforcement* è tipicamente affidato a organi internazionali, che lo Statuto di Roma individua nella Procura e nella Corte, entrambe con sede all'Aja<sup>9</sup>.

Le norme di diritto penale internazionale la cui violazione è sanzionata sono dunque condivise dall'intera comunità internazionale, e sono poste a tutela di interessi che la stessa comunità internazionale assume come propri. Tali norme sono pensate come capaci di imporsi anche rispetto a norme antinomiche prodotte dai singoli Stati, ponendosi dunque in relazione – in certo senso – gerarchica rispetto ad esse. I singoli legislatori non possono, infatti, sottrarre i propri cittadini alla vincolatività delle norme di diritto penale internazionale: anche gli Stati che non abbiano aderito allo Statuto di Roma e che non abbiano accettato la giurisdizione della Corte penale internazionale dell'Aja – ovvero che abbiano denunciato lo Statuto, dopo avervi aderito – non potrebbero impedire, quanto meno, una futura applicazione delle norme di diritto internazionale consuetudinario che individuano i singoli crimini, né evitare la possibile applicazione di sanzioni da parte di corti penali internazionali nei confronti dei propri cittadini. Esattamente come accadde, insomma, ai cittadini tedeschi e giapponesi autori di crimini internazionali durante la Seconda guerra mondiale, ovvero ai cittadini ex jugoslavi o ruandesi, giudicati dai rispettivi tribunali *ad hoc* sulla base di norme incriminatrici considerate esistenti nel diritto internazionali al momento della condotta, anziché sulla base di quelle nazionali allora in vigore.

D'altra parte, nemmeno gli ordinamenti nazionali restano impermeabili al diritto penale internazionale – ed anzi, come ha scritto uno dei padri di questa disciplina, proprio i diritti nazionali dovrebbero costituire la pietra

---

<sup>9</sup> Ma l'esperienza sin qui accumulata mostra una grande varietà di modelli, in particolare con riferimento all'esperienza dei tribunali c.d. *misti*, caratterizzati dalla compresenza di giudici nazionali e internazionali (sul punto, cfr. ancora CHERIF BASSIOUNI, *Introduction*, cit. 721 ss.). Inoltre, come subito si dirà nel testo, le stesse corti penali nazionali si considerano oggi tenute ad assicurare l'*enforcement* delle norme di diritto penale internazionale, sia pure attraverso la mediazione del diritto nazionale, nei rispettivi ordinamenti.

angolare dello stesso diritto penale internazionale<sup>10</sup>.

Per un verso, il funzionamento complessivo del sistema di *enforcement* di quest'ultimo necessita di una collaborazione da parte degli ordinamenti processuali, sui quali incombe tra l'altro il compito di arrestare ed assicurare fisicamente la presenza degli imputati al processo<sup>11</sup>, nonché di eseguirne le relative sanzioni<sup>12</sup>.

Per altro verso, e soprattutto, l'intero sistema si fonda sull'idea del ruolo meramente 'complementare'<sup>13</sup> della giurisdizione internazionale rispetto agli ordinamenti nazionali, chiamati in prima battuta a *dedere* – e cioè a consegnare i sospetti autori di crimini di reato alle giurisdizioni internazionali o nazionali che intendano perseguirli – o, preferibilmente, a *iudicare*: a esercitare, cioè, direttamente la propria potestà punitiva nei loro confronti. La giurisdizione della Corte penale internazionale, ad esempio, è in linea di principio subordinata alla prova che lo Stato di cittadinanza dell'imputato sia '*unwilling*' o, per qualche ragione oggettiva, '*unable*' ad esercitare esso stesso in maniera '*genuine*' la propria giurisdizione penale, alle condizioni stabilite dall'art. 17 dello Statuto di Roma.

Ma un simile compito presuppone che le singole giurisdizioni nazionali siano esse stesse dotate di norme incriminatrici che consentano loro di punire i crimini internazionali commessi sul loro territorio, in adempimento del loro impegno di «non lasciare impuniti» i crimini stessi e di «esercitare [la propria] giurisdizione penale» sui loro autori: impegno, questo, al quale espressamente richiama il preambolo dello stesso Statuto di Roma.

A tal fine, è evidente che le norme interne di ciascuno Stato che assicurano la punizione dovrebbero essere conformate in maniera tale da abbracciare l'intero spettro delle condotte costituenti crimini internazionali, e da consentire una punizione sufficientemente severa di tali condotte, in grado dunque di riflettere il loro disvalore: e ciò anche allo scopo di sventare il rischio che l'eventuale esercizio dell'azione penale a livello nazionale non venga poi considerato dalla Corte penale internazionale come non genuinamente rivolto alla punizione dei colpevoli – con conseguente riespansione della giurisdizione della Corte per i medesimi fatti, e inoperatività dello stesso *ne bis in idem* in relazione alle eventuali condanne definitive già

---

<sup>10</sup> CHERIF BASSIOUNI, *Introduction*, cit. 944.

<sup>11</sup> Si vedano gli artt. 89 ss. dello Statuto di Roma.

<sup>12</sup> Artt. 103 ss. dello Statuto di Roma.

<sup>13</sup> Ancora, CHERIF BASSIOUNI, *Introduction*, cit. 19 ss.

pronunciate a livello nazionale<sup>14</sup>.

Giudicando insufficiente allo scopo il preesistente quadro legislativo nazionale, numerosi Stati parte dello Statuto di Roma – ma a tutt'oggi non ancora l'Italia – si sono così dotati, nel corso degli ultimi due decenni, di un'apposita legislazione (a volte organizzata in un vero e proprio codice, come in Germania) disciplinante i crimini internazionali ai fini dell'esercizio della propria giurisdizione interna, nel quadro di un processo definito felicemente di *'domestication'* del diritto penale internazionale<sup>15</sup>, talora prevedendosi altresì una micro parte generale specificamente ritagliata sulle peculiarità di tali crimini.

In questo contesto, le norme di diritto penale concernenti crimini internazionali continuano invero ad essere prodotte dai parlamenti nazionali, e a essere considerate a tutti gli effetti (a cominciare dall'eventuale controllo di legittimità costituzionale) come norme statali interne; ma il loro contenuto è, in larghissima misura, condizionato da – se non addirittura meramente riprodotto di – fonti internazionali<sup>16</sup>: gli *Elements of Crime* adottati dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, cui l'art. 9 dello Statuto di Roma rinvia per la definizione di ciascun crimine, la giurisprudenza relativa della stessa Corte e delle altre giurisdizioni che applicano il diritto penale internazionale, nonché le convenzioni internazionali – spesso antecedenti allo stesso Statuto – relative a singoli crimini, che di regola impongono a livello nazionale agli Stati parte specifici obblighi di criminalizzazione delle condotte che ne costituiscono l'oggetto<sup>17</sup>.

In definitiva, il diritto penale internazionale si presenta come un fattore di brusca rottura del paradigma tradizionale 'nazionale' del diritto penale sotto un duplice profilo. Da un lato, esso identifica un *corpus* di norme (in origine consuetudinarie, poi positivizzate in convenzioni o comunque in

<sup>14</sup> Cfr. l'art. 20 (3) dello Statuto di Roma.

<sup>15</sup> Su cui si veda, recentemente, F. Jeßberger, C. Meloni, M. Crippa (ed.), *Domesticating International Criminal Law*, 2023.

<sup>16</sup> Sulle ragioni dell'opportunità per il legislatore nazionale, nell'operazione di *'domestication'* del diritto penale internazionale, di introdurre fattispecie criminose che non coprano un novero più ampio di condotte rispetto a quelle già incluse nei rispettivi crimini internazionali sulle base delle fonti internazionali pertinenti, quanto meno laddove si intenda stabilirne la persecuzione universale, cfr. – volendo – F. VIGANÒ, *International Criminal Law Implementation and Constitutional Law*, in F. Jeßberger, C. Meloni, M. Crippa (ed.), *Domesticating*, cit., 48 s.

<sup>17</sup> Si veda, a mero titolo di esempio l'art. V della Convenzione sul genocidio.

atti normativi, oggetto a loro volta di una sempre più ricca giurisprudenza) che costituiscono parte integrante del diritto internazionale, e il cui *enforcement* è assicurato, almeno in ultima istanza, da corti e istituzioni internazionali. Dall'altro, il diritto penale internazionale opera quale stimolo alla produzione di norme penali domestiche, il cui contenuto è però sostanzialmente determinato da quelle fonti internazionali, e che per di più aspirano generalmente ad essere applicate – in forza del criterio di giurisdizione universale – a fatti da chiunque e ovunque commessi: ben al di là, dunque, dei confini nazionali<sup>18</sup>.

### 3.2. *Il c.d. diritto penale 'transnazionale'*

Se il diritto penale internazionale concerne un numero in effetti circoscritto di condotte criminose, compiute in contesti bellici ovvero nel quadro di attacchi sistematici condotti da gruppi organizzati contro la popolazione civile, un novero assai più ampio di reati costituisce l'oggetto di ciò che è stato definito 'diritto penale transnazionale': e cioè quel settore del diritto internazionale pattizio dal quale discendono obblighi reciproci (o 'orizzontali') tra gli Stati parte e, assieme, obblighi 'verticali' di applicazione del diritto penale da parte di quegli stessi Stati nei confronti dei singoli consociati, allo scopo di contrastare determinati reati<sup>19</sup>.

Oggetto di elezione del diritto penale transnazionale sono i 'reati transnazionali': ossia i reati che più frequentemente sono commessi nel territorio di più Stati, o che comunque producono effetti oltre i confini dello Stato nel quale sono commessi<sup>20</sup>. Per contrastare più efficacemente questi reati, vengono sovente stipulate convenzioni multilaterali tra gli Stati, dalle quali discendono, fondamentalmente, obblighi di *criminalizzazione* e di efficace *persecuzione* in ciascun ordinamento nazionale delle condotte che sono oggetto delle diverse convenzioni, nonché obblighi di *collaborazione giudiziaria e di polizia* tra i diversi ordinamenti<sup>21</sup>, per far sì che le frontiere nazionali non siano di ostacolo (o, almeno, non siano di eccessivo ostacolo)

---

<sup>18</sup> Sul ruolo centrale delle giurisdizioni nazionali nell'assicurare l'*enforcement* del diritto penale internazionale, attraverso la sua applicazione 'domestica' sulla base di criteri di giurisdizione universale, cfr. ora A. Zimmermann, J. Schabedoth, *Domestic and International Justice. Challenges Ahead*, in F. Jeßberger, C. Meloni, M. Crippa (ed.), *Domesticating*, cit., 73 s.

<sup>19</sup> Così N. BOISTER, *An Introduction to Transnational Criminal Law*, Oxford University Press, 2012, 13.

<sup>20</sup> BOISTER, *An Introduction*, cit., 3 ss.

<sup>21</sup> BOISTER, *An Introduction*, cit., 14.

all'attività di indagine e di repressione penale di tali condotte.

Questi strumenti pattizi – chiamati anche *'suppression conventions'*, proprio perché rivolti a coinvolgere l'intera comunità internazionale nell'obiettivo di 'sopprimere' determinati fenomeni criminosi – si sono moltiplicati negli ultimi decenni.

L'esempio più risalente è costituito dalle convenzioni in materia di schiavitù e di traffico di schiavi<sup>22</sup>. Dopo che nell'Ottocento erano stati stipulati vari trattati bilaterali miranti a porre al bando tali pratiche, nel 1926 fu adottata, in seno alla Lega delle Nazioni, una Convenzione sulla schiavitù, contenente all'art. 1 la definizione del relativo reato, e agli articoli successivi l'obbligo per gli Stati parte di prevenire e sopprimere il traffico degli schiavi e di portare a compimento l'abolizione della pratica in tutte le sue forme. In particolare, l'art. 6 prevedeva l'obbligo per ciascuno Stato di «adottare le misure necessarie affinché pene severe possano essere imposte rispetto a simili reati». Tale primo strumento fu poi affiancato, nel 1956, da una Convenzione supplementare, anch'essa stipulata a Ginevra, mirante a colpire le pratiche analoghe alla schiavitù, e contenente ulteriori obblighi di criminalizzazione in capo agli Stati parte. Si noti: né in quest'ultima convenzione né nella precedente le condotte ivi descritte vengono di per sé considerate reati *iuris gentium*, e cioè crimini punibili direttamente sulla base del diritto internazionale – come avviene invece, nell'art. 7(1)(c) dello Statuto di Roma, laddove la schiavitù sia compiuta nel quadro di un attacco su larga scala o sistematico contro la popolazione civile. Piuttosto, la responsabilità penale è chiaramente configurata come discendente dal diritto nazionale dei singoli Stati membri, i quali si obbligano però a conformare la rispettiva legislazione secondo le indicazioni delle due convenzioni.

Analoga è la tecnica utilizzata dello strumento internazionale che costituisce a tutt'oggi il prototipo delle *'suppression conventions'*, e cioè la Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di sostanze narcotiche e psicotrope del 1988 – la quale, a sua volta, completa un articolato quadro convenzionale composto di una prima Convenzione unica sugli stupefacenti del 1961, del suo Protocollo del 1972 e della Convenzione sulle sostanze psicotrope del 1971<sup>23</sup>. L'art. 3 della Convenzione del 1988, ponendosi sulla medesima linea dei precedenti strumenti, impone agli Stati parte l'obbligo incondizionato di criminalizzare una vasta serie di condotte concernenti gli stupefacenti e il reimpiego o occultamento dei relativi pro-

<sup>22</sup> BOISTER, *An Introduction*, cit., 36 ss.

<sup>23</sup> Su tutti tali strumenti, cfr. ancora BOISTER, *An Introduction*, cit., 50 ss.

fitti, nonché una serie di ulteriori obblighi di criminalizzazione condizionati al rispetto dei principi costituzionali e dei *'basic concepts'* del sistema giuridico di ciascuno Stato, come – in particolare – il possesso di sostanze stupefacenti per uso personale. Lo stesso art. 3 fornisce altresì una serie di indicazioni sulla tipologia ed entità delle pene da imporre, sulla durata dei termini prescrizionali, nonché sulle circostanze aggravanti dei vari reati; ma chiarisce espressamente, all'ultimo paragrafo, che quanto precedentemente stabilito tiene fermo il principio secondo cui «la descrizione dei reati e delle relative scriminanti è riservata alla legge nazionale dello Stato e che tali reati devono essere perseguiti e puniti ai sensi di quella legge», ciò che esclude in modo che le convenzioni in parola abbiano inteso configurare dei crimini internazionali, nel senso prima illustrato. L'art. 4 della Convenzione del 1988 detta poi regole in materia di giurisdizione, volte in sostanza a minimizzare il rischio che l'autore delle condotte descritte nell'art. 3 possa sfuggire alla persecuzione; l'art. 5 sancisce una dettagliata disciplina in materia di confisca delle sostanze vietate, ma anche dei profitti illeciti e delle loro successive trasformazioni, fissando anche obblighi di confisca per equivalente e un invito a «considerare» la possibilità di invertire l'onere della prova sull'origine lecita dei beni soggetti a confisca; mentre gli articoli 6 e 7 stabiliscono obblighi di estradizione e di assistenza legale mutua nelle indagini e nei procedimenti penali in materia di traffico di droghe.

Una vasta gamma di ulteriori strumenti pattizi ha di mira le condotte terroristiche, descrivendo anche in questo caso condotte che gli Stati si impegnano a criminalizzare e perseguire, assicurandosi parallelamente assistenza reciproca. Gli strumenti più risalenti concernono gli attentati contro la sicurezza dei voli e degli aeroporti; altre convenzioni concernono poi gli attentati contro persone internazionalmente protette, la protezione del materiale nucleare, la presa di ostaggi, e più recentemente l'uso terroristico di bombe e il finanziamento del terrorismo, mentre sinora non è stato possibile raggiungere un consenso in seno alla comunità internazionale per la stipula di una convenzione di carattere generale contro il terrorismo, essenzialmente in ragione delle difficoltà di individuare una definizione condivisa di attività terroristica<sup>24</sup>.

Con l'inizio del nuovo millennio, importanti convenzioni sono state poi stipulate, nel quadro istituzionale delle Nazioni Unite, in materia di crimine organizzato transnazionale (Convenzione di Palermo, 2000, con i suoi protocolli in materia di traffico di esseri umani, di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e di traffico di armi da fuoco) e di corruzione

---

<sup>24</sup> BOISTER, *An Introduction*, cit., 62 ss.

(Convenzione di Mérida, 2003); e un numero sempre più ampio di convenzioni delle Nazioni Unite concerne ormai condotte criminose dal più diverso oggetto – dalla regolazione della pesca, al traffico di specie protette, all'inquinamento dei mari<sup>25</sup>. Il ruolo centrale per la promozione e la stipula di *'suppressing conventions'* è svolto ormai stabilmente dall'UN Office on Drugs and Crime (UNODC), con sede a Vienna<sup>26</sup>.

Inoltre, numerose altre convenzioni che impongono obblighi di criminalizzazione, persecuzione e collaborazione giudiziaria e di polizia sono state stipulate negli ultimi decenni nell'ambito di organizzazioni internazionali diverse dalle Nazioni Unite, ciò che sovente prepara il terreno per la successiva adozione di convenzioni 'universali' nell'ambito delle stesse Nazioni Unite. Particolarmente attivi sono stati sinora, in questo contesto, l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), nel cui ambito è stata ad esempio stipulata, nel 1997, l'importante Convenzione per la lotta contro la corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni commerciali internazionali, le cui previsioni sono servite poi da modello per la già menzionata Convenzione di Mérida delle Nazioni Unite; nonché, a livello *regionale*, l'Organizzazione degli Stati americani<sup>27</sup> e il Consiglio d'Europa.

Nell'ambito di quest'ultimo quadro giuridico è stato stipulato un numero ormai assai significativo di convenzioni e protocolli addizionali in materia penale, talvolta aperti anche alla firma di Paesi non membri del Consiglio d'Europa, in ambiti che vanno dal terrorismo (1977, 2003, 2005 e 2015), al controllo dell'acquisto e del possesso di armi da fuoco da parte dei privati (1978), alla compensazione delle vittime di reati violenti (1983), alla tutela della proprietà culturale (1985), alla tutela dell'ambiente attraverso il diritto penale (1998), alla corruzione (1999 e 2003), ai reati commessi mediante internet (2001 e 2003), al traffico di esseri umani (2005),

---

<sup>25</sup> Puntuali citazioni, ancora, in BOISTER, *An Introduction*, cit., 112 ss.

<sup>26</sup> BOISTER, *An Introduction*, cit., 257.

<sup>27</sup> Nel cui ambito sono state stipulate, tra l'altro, convenzioni in materia di estradizione (1981), di prevenzione e repressione della tortura (1985), di abolizione della pena di morte (1990), di assistenza reciproca in materia penale (1993), di esecuzione di condanne penali all'estero (1993), di sparizione forzata di persone (1994), di violenza contro la donna (1994), di traffico internazionali di minori (1994), di corruzione (1996), di fabbricazione e traffico illecito di armi da fuoco (1997), di terrorismo (2002). Per l'elenco completo delle convenzioni stipulate nell'ambito dell'OSA, cfr. <[https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_texto\\_cronologico\\_lista.asp#2022](https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_texto_cronologico_lista.asp#2022)>.

alla disciplina del riciclaggio e del sequestro e la confisca dei proventi del reato (2005), alla tutela dei minori contro lo sfruttamento sessuale e gli abusi sessuali (2007), alla prevenzione e la lotta contro la violenza sulle donne e la violenza domestica (2011), alla contraffazione di prodotti medici (2011), alla manipolazione di competizioni sportive (2014), al traffico di organi umani (2015)<sup>28</sup>.

Nessuna di queste convenzioni, conviene ribadirlo, ha effetto diretto negli ordinamenti degli Stati parte: gli obblighi da essi creati vincolano unicamente gli Stati firmatari – non, dunque, i loro cittadini né, comunque, coloro che agiscono nell’ambito delle relative giurisdizioni. Tuttavia, la loro influenza sul diritto penale degli Stati firmatari è notevole, e segue a crescere in conseguenza della continua espansione di tali strumenti.

Per spiegare questa loro (crescente) influenza, occorre anzitutto considerare che le convenzioni, soprattutto di ultima generazione, prevedono spesso un apparato istituzionale e specifici strumenti per assicurare la loro implementazione e *compliance*, che vanno al di là delle mere pressioni politiche ed economiche – pure largamente utilizzate dai paesi più interessati al raggiungimento degli obiettivi di ciascuna convenzione (emblematico, in questo senso, lo sforzo tradizionalmente profuso dagli Stati Uniti per assicurare l’effettiva implementazione della Convenzione sugli stupefacenti del 1988, soprattutto da parte degli Stati produttori di tali sostanze)<sup>29</sup>. Tra questi strumenti spiccano i meccanismi periodici di autovalutazione e di *peer review* previsti da varie convenzioni<sup>30</sup>, che talvolta istituiscono altresì degli specifici comitati composti da esperti provenienti dai diversi Stati parte (come – in particolare – il *Working Group on Bribery* istituito dalla Convenzione OCSE sulla corruzione del 1997, il Gruppo di Stati contro la corruzione GRECO istituito dalla Convenzione sulla corruzione del Consiglio d’Europa del 1999, il Gruppo di esperti GRETA istituito dalla Convenzione sul traffico di esseri umani del Consiglio d’Europa del 2005). Questi organismi hanno il compito di monitorare, nell’ambito di procedimenti che prevedono normalmente visite *in loco* e contraddittorio con le autorità locali, il grado di implementazione in ciascun ordinamento degli obblighi convenzionali, e

---

<sup>28</sup> Per l’elenco completo, e l’indicazione dei riferimenti precisi di ciascuna convenzione, cfr. <<https://www.coe.int/en/web/transnational-criminal-justice-pcoc/Applicable%20instruments>>.

<sup>29</sup> BOISTER, *An Introduction*, cit., 60 s.

<sup>30</sup> Si vedano ad esempio gli artt. 32 e 63, rispettivamente, delle Convenzioni ONU sul crimine organizzato e sulla corruzione.

di formulare a questi ultimi periodiche raccomandazioni, la cui pubblicazione finisce per esercitare un'elevata *moral suasion* a carico dei vari Stati. A tali strumenti si affiancano poi meccanismi che offrono assistenza tecnica e programmi di *capacity building*, rivolti a legislatori, amministratori e operatori giudiziari, in particolare a beneficio degli Stati con minori risorse o che più recentemente abbiano adottato ordinamenti democratici<sup>31</sup>.

Gli obblighi previsti da ciascuna convenzione finiscono così per incidere in maniera rilevante sui rispettivi ordinamenti penali, anzitutto nella concreta conformazione delle norme incriminatrici. In effetti, tutti questi strumenti pongono anzitutto, a carico di ciascuno Stato, l'obbligo di criminalizzare una serie di condotte, descritte in modo analitico, sì da lasciare ai legislatori nazionali pochi margini di discrezionalità nell'individuazione delle condotte penalmente rilevanti, se non nella direzione della criminalizzazione di condotte *ulteriori* a quelle descritte dallo strumento internazionale, che fissa di regola standard minimi di penalizzazione; e ciò a meno che sia la stessa convenzione a rimettersi alla discrezionale valutazione del legislatore nazionale, prescrivendogli soltanto di 'considerare' la possibile adozione di un'incriminazione (come nel caso della fattispecie di arricchimento illecito, nei termini indicati dall'art. 20 della Convenzione di Mérida). Conseguentemente, i legislatori nazionali tendono spesso a riprodurre nei rispettivi ordinamenti le fattispecie descritte da ciascuno strumento internazionale, limitandosi semplicemente a adattarne la terminologia e la forma stilistica agli standard normativi domestici.

Nel nostro ordinamento penale, in particolare, sono ormai assai numerose le *fattispecie criminose* introdotte o modificate (anche, se non esclusivamente) allo scopo di rispettare gli obblighi internazionali derivanti da tali strumenti (e da quelli paralleli del diritto dell'Unione, di cui parleremo tra qualche istante): dalle norme in materia di schiavitù, prostituzione, pornografia minorile e – più in generale – abusi su minori, più volte ritoccate a questo fine nel corso dell'ultimo ventennio, sino alla disciplina dei delitti contro la pubblica amministrazione e fattispecie correlate (incluse le norme sulla corruzione tra privati e il traffico di influenze), che furono oggetto nel 2013 – ad opera della legge Severino – di una fondamentale riforma, la cui stella polare era rappresentata proprio dall'esigenza di adeguare l'ordinamento italiano ai sempre più fitti standard internazionali in materia.

Analogamente accade in materia di *sanzioni*, in senso lato, da adottare per contrastare i singoli fenomeni criminosi: sanzioni tra le quali spiccano

<sup>31</sup> BOISTER, *An Introduction*, cit., 265 s.

per importanza la *responsabilità delle persone giuridiche* e la *confisca* dei proventi o di beni utilizzati per commettere il reato. Per quanto riguarda la prima, è noto ad esempio che il fattore decisivo che indusse il legislatore italiano a rompere gli indugi nel senso dell'introduzione (già invocata da una dottrina pionieristica) di una disciplina organica della responsabilità da reato degli enti, mediante il d. lgs. n. 231 del 2001, fu rappresentato dalla necessità di conformarsi agli obblighi derivanti dall'art. 2 della Convenzione OCSE del 1997 in materia di corruzione, oltre che a quelli omologhi derivanti da convenzioni e protocolli in materia di corruzione pressoché coevi stipulati in seno all'Unione europea, che prevedevano tutte l'obbligo di introdurre forme di responsabilità dell'ente – non necessariamente di natura penale – per il fatto compiuto nel loro interesse o vantaggio da soggetti intranei all'ente medesimo. Per quanto riguarda la seconda, è di diretta derivazione internazionale la confisca per equivalente, già richiesta dall'art. 5(1)(a) della Convenzione ONU sugli stupefacenti del 1988 con formula riprodotta poi regolarmente negli strumenti successivi, stipulati in ambito ONU o in altra sede: forma di confisca oggi applicabile in Italia a un gran numero di reati (art. 240-*bis* c.p.), ma che ha fatto ingresso gradualmente nel nostro ordinamento a partire dalla fine degli anni novanta, in particolare in materia di corruzione (art. 321-*ter* c.p., introdotto con la legge n. 300 del 2000), in adempimento tra l'altro dello specifico obbligo discendente dall'art. 3(3) della Convenzione OCSE.

Per completare il quadro, occorre peraltro considerare anche l'impatto sugli ordinamenti penali nazionali di fonti internazionali di *soft law*: non vincolanti, dunque, ma comunque in grado di esercitare su di essi una significativa influenza. Particolarmente significativo è, ad esempio, il ruolo del Gruppo di azione finanziaria (FATF-GAFI)<sup>32</sup>, istituito dal G7 nel 1989 per elaborare strategie per il contrasto al riciclaggio, le cui raccomandazioni – a partire dalle prime quaranta pubblicate nel 1990 – hanno svolto una funzione decisiva nel processo di progressiva (e apparentemente inarrestabile) espansione, nel mondo, dei delitti di riciclaggio e autoriciclaggio, originariamente ritagliati attorno alle fattispecie di traffico di droga in base alla Convenzione ONU del 1988 e poi estesi, anche nell'ordinamento italiano, ad un novero sempre più ampio di delitti presupposto<sup>33</sup>.

In definitiva: rispetto all'intero ambito del diritto penale transnazionale,

---

<sup>32</sup> Sulla storia e la missione del FATF-GAFI, si veda <<https://www.fatf-gafi.org/en/the-fatf/history-of-the-fatf.html>>.

<sup>33</sup> Su questo processo, cfr. ancora BOISTER, *An Introduction*, cit., 100 ss.

la rottura del paradigma tradizionale del diritto penale come espressione della sovranità statale è meno apparente di quanto accada per il diritto penale internazionale, ma – probabilmente – assai più incisiva nella sostanza, in conseguenza del raggio di azione assai più ampio del primo rispetto al secondo. La fisionomia di categorie sempre più ampie di reati nonché di istituti della parte generale o tipologie di sanzioni, e talvolta la loro stessa presenza nel sistema (come nel caso, da ultimo menzionato, delle fattispecie di riciclaggio), dipendono da norme internazionali, di *hard* e persino di *soft law*; norme alla cui elaborazione i singoli Stati partecipano tramite i rispettivi rappresentanti diplomatici, e dunque con un coinvolgimento esclusivo del potere esecutivo, mediante un meccanismo di approvazione dei testi che non presuppone, evidentemente, l'unanimità – e che pertanto si impone anche agli Stati dissenzienti sulle singole clausole. Al singolo Stato resta, alla fine, soltanto la scelta se sottoscrivere o meno lo strumento, nell'ipotesi in cui si tratti di una convenzione (e nemmeno questa scelta se si tratti di uno strumento di *soft law* direttamente pubblicato da una istituzione come il FATF-GAFI); e ai parlamenti nazionali residua, nel caso di strumenti pattizi, soltanto la valutazione finale sulla loro ratifica, o sulla relativa autorizzazione (come nel caso italiano), senza che essi possano più rimettere in discussione gli obblighi contenuti negli strumenti medesimi, destinati comunque a essere implementati *tels quels* nella successiva legislazione penale di trasposizione.

Di più: per ciò che concerne l'ordinamento italiano, una volta trasposti, gli obblighi internazionali di criminalizzazione sembrano conferire alle norme penali di trasposizione una particolare *forza di resistenza all'abrogazione*, quanto meno rispetto ad iniziative referendarie il cui successo sia suscettibile di determinare una situazione di inadempimento di tali obblighi. La costante giurisprudenza della Corte costituzionale considera in effetti inammissibili non solo i referendum che abbiano ad oggetto le leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali (come espressamente stabilito dall'art. 75 Cost.), ma anche quelli il cui esito positivo esporrebbe lo Stato italiano «a responsabilità nei confronti delle altre parti contraenti a causa della violazione degli impegni assunti in sede internazionale»<sup>34</sup>: principio, questo, sulla cui base sono stati dichiarati inammissibili, a partire dagli anni ottanta sino al 2022, vari quesiti referendari miranti ad abrogare previsioni sanzionatorie in materia di stupefacenti, imposte dai vigenti obblighi internazionali<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Sentenza n. 28 del 1993. Analogamente, in precedenza, sentenza n. 30 del 1981.

<sup>35</sup> Da ultimo, sentenza n. 51 del 2022.

Il diritto penale ‘figlio’ degli obblighi o delle raccomandazioni internazionali continua, così, a essere formalmente di origine statale; ma il suo contenuto è in larga misura determinato dalle fonti internazionali, le quali finiscono così per compiere direttamente quelle valutazioni sulla meritevolezza e necessità di pena che la dottrina penalistica tradizionale considera monopolio del legislatore nazionale democraticamente eletto.

### 3.3. *Il diritto internazionale dei diritti umani*

Un terzo vettore di rottura della tradizionale dimensione nazionale del diritto penale è rappresentato dal diritto internazionale dei diritti umani.

Come già aveva osservato Mireille Delmas-Marty in un noto saggio del 1986, la sua influenza sul diritto penale si snoda lungo due direzioni essenziali, apparentemente antitetiche: da un lato, i diritti umani operano quali *limiti* alla potestà punitiva statale, ponendo in effetti divieti allo stesso legislatore penale nella configurazione dei presupposti della responsabilità penale, delle norme processuali e delle regole sanzionatorie, in chiave di tutela dei diritti umani dei *sospetti autori di reato*, e poi degli *imputati* e dei *condannati* (a); dall’altro, essi operano come fattore di *espansione* del diritto penale, attraverso l’imposizione agli Stati di obblighi di criminalizzazione (e di efficace persecuzione e punizione) di condotte lesive dei diritti umani delle *vittime* (b)<sup>36</sup>.

(a) La ‘vocazione naturale’ dei diritti umani – così come quella dei diritti ‘fondamentali’ riconosciuti dall’ordinamento costituzionale di ciascuno Stato – è certamente quella di porre *limiti* al potere statale, e al potere pubblico in genere, in omaggio a ragioni di tutela della persona sulla quale tale potere viene esercitato. In materia penale, la prima, ovvia, direzione di tutela dei diritti umani è dunque in favore delle persone che possono essere colpite dalla potestà punitiva statale nel senso più ampio. La stessa posizione della norma incriminatrice restringe, anzitutto, la generale libertà di azione

---

<sup>36</sup> M. DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell’uomo*, 1992 (originale francese 1986), 265 s. In particolare, ad Andrew Ashworth e Ben Emmerson si deve un pionieristico studio (la prima edizione è del 2001) sulle molteplici relazioni tra giustizia penale inglese e diritti umani, in particolare sulla base della Convenzione europea e dello *Human Rights Act*, che incorporò nel 1998 la Convenzione nell’ordinamento britannico: cfr. ora B. EMMERSON, A. ASHWORTH, A. MACDONALD, M. SUMMERS, *Human Rights and Criminal Justice*, III ed, Londra, 2012. Su tali relazioni, con riferimento specifico all’ordinamento italiano in rapporto alla giurisprudenza della Corte EDU, si consenta il rinvio a G. Ubertis, F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, II ed., Torino, 2022.

e/o gli eventuali specifici diritti della persona limitati dal precetto penale (ad esempio, la sua libertà di espressione in tutti i delitti di opinione); mentre l'azione della polizia e delle altre istituzioni deputate al *law enforcement*, le misure cautelari e del processo, e poi la stessa inflizione ed esecuzione delle sanzioni penali determinano anch'esse importanti, e spesso drammatiche, compressioni dei diritti della persona. I diritti umani segnano i limiti dello *ius puniendi*, rispetto a tutti i poteri dello Stato: compreso lo stesso potere *legislativo*, al quale è vietato introdurre norme dalle quali discendano indebite compressioni di quegli stessi diritti.

Sul piano del diritto penale sostanziale, tali limiti si traducono anzitutto in altrettanti *divieti di incriminare* condotte che costituiscono esercizio di diritti umani, allorché la compressione di questi diritti non sia proporzionata rispetto al legittimo scopo perseguito dal legislatore. Così, in tre celebri e ormai risalenti sentenze la Corte EDU ha ritenuto contraria al diritto alla vita privata e familiare l'incriminazione dei rapporti omosessuali all'epoca prevista negli ordinamenti inglese<sup>37</sup>, irlandese<sup>38</sup> e cipriota<sup>39</sup>; così come, più recentemente, ha dichiarato contraria al medesimo diritto (in combinato disposto con il divieto di discriminazione di cui all'art. 14 CEDU) la previsione come reato, da parte del codice penale austriaco, di rapporti omosessuali con minori di diciotto anni consenzienti<sup>40</sup>.

Dal diritto internazionale dei diritti umani discendono poi limiti alle tecniche di incriminazione imposti dal rispetto del principio di legalità penale e dai suoi corollari (sufficiente precisione del precetto, divieto di retroattività *in peius* e retroattività *in mitius*)<sup>41</sup>, nonché limiti alla potestà sanzionatoria degli Stati, *sub specie* – anzitutto – di divieto della pena di morte nell'ambito regionale europeo e interamericano (e quanto meno di restrizioni a tale pena a livello globale), ma anche di standard per il trattamento penitenziario<sup>42</sup>, di speciale conformazione del trattamento sanzio-

<sup>37</sup> Dundgeon c. Regno Unito, sentenza 22 ottobre 1981.

<sup>38</sup> Norris c. Irlanda, sentenza 26 ottobre 1988.

<sup>39</sup> Modinos c. Cipro, sentenza 22 aprile 1993.

<sup>40</sup> L e V c. Austria e SL c. Austria, sentenza 9 gennaio 2003.

<sup>41</sup> Per un'ampia rassegna della giurisprudenza della Corte EDU in materia, cfr. F. MAZZACUVA, Nulla poena sine lege, in G. Ubertis, F. Viganò (a cura di), *op. cit.*, 299 ss.

<sup>42</sup> Si vedano, tra i principali strumenti di *soft law* in materia, le *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* (c.d. *Mandela Rules*) adottate dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 2015 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/443/>

natorio per i minori<sup>43</sup>, così come – ancora in ambito europeo – di divieto dell'ergastolo senza possibilità di libertà anticipata<sup>44</sup>, sino a giungere a indicazioni più puntuali quali il generale divieto di applicare pene detentive ai giornalisti per fatti commessi nell'esercizio della loro professione<sup>45</sup>.

Limiti incisivi alla stessa discrezionalità legislativa (oltre che alla sfera di azione degli altri poteri dello Stato nell'applicazione concreta della legge) derivano, infine, dai diritti umani che attengono al processo penale e a quelli incisi dai poteri coercitivi utilizzabili durante le indagini penali: la libertà personale *in primis*, e poi il diritto alla vita privata e familiare – comprensivo del domicilio e della segretezza della corrispondenza –, il diritto di proprietà, e così via<sup>46</sup>. In particolare, l'ormai ricchissima giurisprudenza della Corte EDU si è incaricata – nello spazio giuridico del Consiglio d'Europa – di tradurre questi limiti in standard minimi di tutela dei diritti individuali, che formano nel loro insieme i principi di un vero e proprio *diritto processuale penale europeo*<sup>47</sup>: un diritto che, come vedremo tra qualche istante, costituisce

---

41/PDF/N1544341.pdf?OpenElement> e, a livello regionale le *European Prison Rules*, adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nel 2006 con la Recommendation Rec(2006)2 <<https://rm.coe.int/european-prison-rules-978-92-871-5982-3/16806ab9ae>>. Per una rassegna aggiornata della copiosa giurisprudenza della Corte EDU in proposito, cfr. il *factsheet* pubblicato sul sito della Corte su *Detention Conditions and treatments of Prisoners* <[https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS\\_Detention\\_conditions\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Detention_conditions_ENG)> e ivi ulteriori riferimenti.

<sup>43</sup> Cfr. l'art. 37 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo nonché, tra le fonti principali di *soft law* in materia, le *Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice* (c.d. *Beijing Rules*) adottate dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1985 <<https://www.ohchr.org/sites/default/files/beijingrules.pdf>> e, in ambito regionale europeo, le *European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures* adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nel 2008 <<https://www.refworld.org/pdfid/4a7058c02.pdf>>.

<sup>44</sup> Fondamentale, sul punto, la sentenza della Corte EDU Vinter c. Regno Unito, 9 luglio 2013.

<sup>45</sup> Giurisprudenza costante, a partire almeno dalla sentenza della Corte EDU Cumpana and Mazare c. Romania, 17 dicembre 2004.

<sup>46</sup> In materia, si veda il ponderoso studio – ancorché ormai non più aggiornato – di S. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2005.

<sup>47</sup> Come tale oggetto ormai, giustamente, di studi monografici anche presso la dottrina italiana: cfr., ad esempio, l'ampio volume di C. Ceresa-Gastaldo, S. Lonati (a cura di), *Profili di procedura penale europea*, Milano, 2021.

lo sfondo su cui operano gli stessi strumenti di armonizzazione e cooperazione processuale adottati dall'Unione europea nell'ultimo ventennio.

(b) Ma, come anticipato, i diritti umani operano anche in una direzione in certo senso opposta: e cioè come strumento di tutela della *vittima* di aggressioni criminose che si rivolgano contro i *sui* diritti.

A partire grosso modo dagli anni ottanta, è ormai pacifico che dal riconoscimento – da parte della comunità internazionale – dei diritti della persona derivano anche, a carico delle autorità pubbliche, non solo *obblighi negativi* di astenersi da condotte direttamente lesive di tali diritti, ma anche *obblighi positivi* di protezione dei diritti medesimi contro situazioni di pericolo, derivanti in particolare da attacchi da parte di organi pubblici o di qualsiasi terzo; e che l'adempimento effettivo di tali obblighi può in taluni casi richiedere l'intervento del diritto penale, nella forma della *criminalizzazione* delle condotte lesive del diritto, nonché nella *persecuzione e punizione* degli autori che non si siano lasciati intimidire dalla minaccia di pena contenuta nella legge.

Obblighi di criminalizzazione ed effettiva persecuzione sono, anzitutto, posti da varie convenzioni internazionali, le quali costituiscono a pieno titolo fonti – oltre che di *human rights law* – anche di diritto penale 'transnazionale' nel senso poc'anzi chiarito: non tanto perché abbiano a che fare con forme di criminalità transnazionale (le aggressioni ai diritti umani non costituenti al tempo stesso crimini internazionali sono per lo più confinate all'interno dei singoli ordinamenti), quanto perché impongono obblighi di conformazione della legislazione penale interna agli Stati firmatari. Lo *specificum* di queste convenzioni è la loro finalità di tutela dei diritti delle persone, attraverso l'impegno dell'intera comunità internazionale a combattere le relative aggressioni. Le stesse convenzioni in materia di schiavitù del 1926 e del 1956, antesignane del diritto penale transnazionale, ne costituiscono degli esempi; ma certamente un valore paradigmatico assume, in questa materia, la Convenzione ONU sulla tortura del 1984, che contiene all'art. 4 un puntuale obbligo di criminalizzazione (e di punizione con sanzioni che «tengano in conto la grave natura» dell'illecito) delle condotte analiticamente descritte nell'art. 1, chiarendo altresì la natura incondizionata del divieto e, dunque, l'inapplicabilità di eventuali cause di non punibilità (art. 2), così come il divieto di estradizione o di espulsione nei confronti di una persona rispetto alla quale esistano ragioni sostanziale per ritenere che sia esposta al pericolo di essere sottoposta a tortura (art. 3)<sup>48</sup>.

<sup>48</sup> In seno alle Nazioni Unite, un ulteriore e più recente esempio di strumento pattizio re-

Numerose tra le già citate convenzioni adottate in seno al Consiglio d'Europa e contenenti obblighi di criminalizzazione a carico degli Stati contraenti rispondono, del resto, alla medesima logica (così, ad esempio, quelle in materia di traffico di organi umani, di violenza contro le donne e violenza domestica, di tutela dei minori contro lo sfruttamento sessuale e gli abusi sessuali, e così via).

Obblighi di criminalizzazione sono altresì ricavati in via interpretativa dalla giurisprudenza delle Corti europea e interamericana dei diritti umani, unitamente ad obblighi cosiddetti 'procedurali' – e cioè di indagini sulle sospette violazioni, di arresto di chi sia individuato come responsabile, di persecuzione penale degli stessi, e poi, nel caso in cui l'ipotesi di accusa sia ritenuta provata, di condanna e di imposizione di una pena proporzionata alla gravità del fatto commesso.

Come ho altrove cercato più ampiamente di illustrare<sup>49</sup>, la logica di queste giurisprudenze parallele è riconducibile all'idea guida dell'effettività della tutela dei diritti: una loro tutela non solo declamatoria, ma 'pratica ed effettiva', esige che gli organi dello Stato si attivino per prevenire le aggressioni contro i diritti riconosciuti dalle due convenzioni, e – una volta che l'aggressione si sia verificata – reagiscano prontamente alla stessa, individuando e punendo i responsabili. In relazione almeno ai diritti più fondamentali della persona (quali – *in primis* – la vita, il diritto a non subire torture o trattamenti inumani e degradanti, il diritto a non essere ridotti in schiavitù, il diritto alla inviolabilità sessuale), si ritiene che ciò sia possibile soltanto mediante gli strumenti coercitivi del *law enforcement* penale, e cioè con gli unici strumenti in grado di superare eventuali resistenze e mancate collaborazioni da parte dei sospetti autori e dei loro eventuali complici, magari altolocati.

Ma l'intervento delle agenzie di *law enforcement*, a sua volta, presuppone la previa criminalizzazione della condotta da parte del legislatore, e l'inesistenza di cause di non punibilità (concomitanti rispetto al fatto, come cause di giustificazione che rendano indebitamente lecito il fatto; ovvero soprav-

---

cante obblighi di criminalizzazione di condotte lesive dei diritti umani è fornito dalla Convenzione per la protezione delle persone dalla sparizione forzata, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 2010 <<https://www.ohchr.org/sites/default/files/disappearance-convention.pdf>>.

<sup>49</sup> In particolare in F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire: sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, vol. IV, 2011, 2645 ss., cui rinvio anche per gli indispensabili riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza cui si fa cenno nel testo.

venute, come nel caso di amnistie o termini di prescrizione) in grado di paralizzare l'indagine. Inoltre, è verosimile che le giurisprudenze citate – così come il diritto internazionale pattizio a tutela dei diritti umani – considerino che soltanto la stigmatizzazione solenne della condotta lesiva del diritto, che si realizza mediante l'inflizione di una pena criminale, sia in grado di esprimere adeguatamente la riprovazione dell'ordinamento per quella condotta e, assieme, di ribadire la vigenza del diritto violato: e ciò nell'interesse, assieme, dell'intera collettività e della stessa vittima del reato – la quale, non a caso, è il soggetto processualmente titolato, nel sistema convenzionale di tutela dei diritti umani europeo e interamericano, a dolersi della mancata reazione dello Stato contro la commissione dell'illecito.

Emblematica delle dinamiche appena illustrate è la sentenza *Cestaro* della Corte EDU, relativa alle violenze compiute dalla polizia italiana nella scuola Diaz, a margine delle manifestazioni contro il G7 di Genova del 2001<sup>50</sup>. La Corte anzitutto qualifica come vere e proprie torture queste violenze<sup>51</sup>, anche sulla base della definizione contenuta nell'art. 1 della Convenzione ONU sulla tortura, e conseguentemente stigmatizza la violazione degli obblighi negativi discendenti dall'art. 3 CEDU in relazione alla condotta degli agenti di polizia, direttamente imputabile allo Stato italiano. Quindi la Corte passa a esaminare se l'Italia abbia altresì violato i propri obblighi positivi discendenti dalla medesima norma convenzionale: e segnatamente i propri obblighi 'procedurali' di assicurare un'adeguata reazione sanzionatoria ai comportamenti illeciti in questione, attraverso indagini tempestive ed efficaci, seguite dalla persecuzione e dalla punizione dei colpevoli. Anche sotto questo profilo la risposta è positiva. In materia di art. 3 CEDU, sottolineano i giudici europei, «the national courts should not under any circumstances be prepared to allow assaults on individuals' physical and moral integrity to go unpunished. This is essential for maintaining public confidence and ensuring adherence to the rule of law and for preventing any appearance of tolerance of or collusion in unlawful acts»<sup>52</sup>. Non solo: la Corte ribadisce qui il proprio dovere, già evidenziato in un altro caso di tortura concernente la Germania<sup>53</sup>, di verificare che la pena inflitta in concreto ai condannati per questi reati non sia manifestamente *sproporzionata per difetto* alla gravità

<sup>50</sup> Cestaro c. Italia, 7 aprile 2015.

<sup>51</sup> Paragrafo 190 della sentenza.

<sup>52</sup> Paragrafo 206 della sentenza.

<sup>53</sup> Gäfgen v Germany, sentenza 1° giugno 2010, paragrafo 123.

del reato<sup>54</sup>. Peraltro, prosegue la Corte, una condizione preliminare perché questi obblighi siano adempiuti è che lo Stato sia dotato di norme penali che criminalizzino adeguatamente le condotte in parola: infatti, «[t]he absence of criminal legislation capable of preventing and effectively punishing the perpetrators of acts contrary to Article 3 can prevent the authorities from prosecuting violations of that fundamental value of democratic societies, assessing their gravity, imposing adequate penalties and precluding the implementation of any measure likely to weaken the penalty excessively, undermining its preventive and dissuasive effect»<sup>55</sup>. Nel caso di specie, osserva la Corte, gli imputati erano stati individuati e rinviati a giudizio in esito a un'approfondita attività di indagine, che tuttavia era stata costretta ad operare sulla base di incriminazioni comuni, come le lesioni personali, la violenza privata, l'abuso d'ufficio: reati, tutti, soggetti a brevi termini di prescrizione, puntualmente decorsi durante i primi due gradi di giudizio. Un tale esito rappresenta di per sé, rispetto a fatti costituenti tortura ai sensi del diritto internazionale dei diritti umani, una violazione degli obblighi di tutela discendenti dalla Convenzione, direttamente derivante dalla mancanza, nella legislazione italiana all'epoca dei fatti, di un autonomo delitto di tortura, adeguatamente sanzionato e non soggetto a termini di prescrizione tali da impedire la punizione di condotte come quelle in esame<sup>56</sup>. Punizione che – prosegue la Corte – non può essere surrogata dal mero risarcimento, in sede civile, dei danni sofferti dalle vittime, la cui tutela resta incompleta in difetto di una condanna in sede penale degli autori del reato<sup>57</sup>.

In conclusione, nella sentenza appena esaminata la Corte denuncia il problema *strutturale* nell'ordinamento italiano, rappresentato per l'appunto dall'assenza di una apposita norma incriminatrice della tortura; e invita l'Italia a introdurre una simile previsione, in conformità agli auspici reiteratamente formulati dal Comitato delle Nazioni Unite istituito dalla Convenzione sulla tortura e dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura, istituito in seno al Consiglio d'Europa sulla base della Convenzione europea in materia del 1987<sup>58</sup>: previsione che di lì a poco sarà introdotta nel codice penale con il nuovo art. 613-*bis* c.p., ad opera della legge n. 110 del 2017.

---

<sup>54</sup> Cestaro, cit., paragrafo 207.

<sup>55</sup> Paragrafo 209 della sentenza, con citazioni della giurisprudenza precedente.

<sup>56</sup> Paragrafi 224-226 della sentenza.

<sup>57</sup> Paragrafi 229-235 della sentenza.

<sup>58</sup> Paragrafi 243-246 della sentenza.

I meccanismi di *enforcement* degli obblighi derivanti dal diritto internazionale dei diritti umani negli ordinamenti interni sono di varia natura, e si basano soprattutto su strategie di *moral suasion* in grado però di esercitare notevoli pressioni sui governi e sui parlamenti nazionali, oltre che sulle rispettive giurisprudenze. Alcune convenzioni prevedono l'istituzione di organismi *ad hoc* che effettuano, secondo le prassi caratteristiche del diritto penale sovranazionale poc'anzi rammentate, periodiche valutazioni, corredate da specifiche raccomandazioni, sul grado di implementazione degli obblighi convenzionali e di effettiva *compliance* con gli stessi da parte delle autorità nazionali di ciascuno Stato parte.

Di grande rilievo in questo senso è, ad esempio, il ruolo svolto dall'appena menzionato Comitato europeo per la prevenzione della tortura, il cui raggio di azione abbraccia non solo le pratiche costituenti tortura, ma anche le condizioni carcerarie e più in generale il trattamento di tutte le persone per qualsiasi ragione private della libertà<sup>59</sup>. Quanto poi alla Corte EDU, la supervisione dell'esecuzione delle sue sentenze che accertino la violazione da parte degli Stati dei propri obblighi convenzionali – e che, se del caso, individuano specifiche misure a carattere individuale o generale per porre fine alla violazione accertata, e per prevenirne ulteriori – è affidata al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, che esercita pressioni politiche significative sui singoli Stati per assicurare non solo il puntuale pagamento degli indennizzi assegnati ai ricorrenti, ma anche l'adeguamento del diritto nazionale per conformarsi alle pronunce della Corte<sup>60</sup>.

Anche grazie a questi meccanismi, l'influenza sul sistema penale italiano del diritto internazionale dei diritti umani, e in particolare della giurisprudenza della Corte EDU, è stata via via crescente negli ultimi decenni. Già negli anni ottanta la sentenza *Guzzardi* aveva indotto il legislatore a eliminare, dal novero delle misure di prevenzione, l'antico 'confino' di polizia<sup>61</sup>; e l'art. 2 della legge n. 81 del 1987, nel delegare il Governo a emanare il nuovo codice di procedura penale, già aveva indicato quale primo criterio di delega l'attuazione dei principi della Costituzione e l'adeguamento «alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai di-

<sup>59</sup> Cfr. <<https://www.coe.int/it/web/cpt/home>>, nonché l'ultimo rapporto concernente l'Italia, pubblicato il 24 marzo 2023, in <<https://www.coe.int/it/web/cpt/-/council-of-europe-anti-torture-committee-cpt-publishes-report-on-its-2022-periodic-visit-to-italy>>.

<sup>60</sup> Informazioni dettagliate in materia, anche rispetto alla situazione dei singoli Stati, in <<https://www.coe.int/en/web/execution>>.

<sup>61</sup> *Guzzardi c. Italia*, sentenza 6 novembre 1980.

ritti della persona e al processo penale», con implicito riferimento – in particolare – al Patto sui diritti civili e politici e alla stessa Convenzione europea. Ma l’influenza sulla legislazione della giurisprudenza della Corte europea diviene vieppiù evidente a cavallo del nuovo millennio.

La riforma dell’art. 111 Cost. del 1999, per cominciare, è dichiaratamente volta ad allineare le nostre previsioni costituzionali in materia processuale all’art. 6 CEDU e alla giurisprudenza relativa; e il terzo comma della nuova disposizione, riprende pressoché testualmente le formulazioni contenute nella previsione convenzionale in materia di processo penale.

Nei due decenni successivi, una serie di riforme legislative si susseguono per recepire le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza di Strasburgo. Tra le altre:

- la legge Pinto (n. 89 del 2001), che assicura equa riparazione per i casi di violazione del diritto a un termine ragionevole di durata dei processi;
- la riforma dell’art. 175 c.p.p. ad opera della legge n. 17 del 2015, in materia di restituzione in termini per l’impugnazione delle sentenze contumaciali, concepito come risposta ai problemi strutturali denunciati l’anno precedente dalla Corte EDU nella sentenza *Sejdovic*<sup>62</sup>;
- il definitivo superamento del processo in contumacia, sostituito dalla nuova disciplina del processo in assenza, configurato sulla base delle indicazioni deducibili dalla giurisprudenza della Corte EDU in materia ad opera della legge n. 67 del 2014 e, da ultimo, del d. lgs. n. 150 del 2022;
- l’introduzione di un rimedio risarcitorio per la violazione del diritto a non subire trattamenti inumani o degradanti in conseguenza di sovraffollamento carcerario, ad opera del nuovo art. 35-ter ord. pen., introdotto dal d.l. n. 92 del 2014 come convertito dalla l. n. 117 del 2014;
- l’introduzione della citata norma incriminatrice della tortura, nel 2017;
- l’introduzione, all’art. 628-bis c.p.p., di uno specifico rimedio per l’eliminazione degli effetti pregiudizievoli delle decisioni adottate in violazione della CEDU o dei suoi protocolli, ad opera del d. lgs. n. 150 del 2022.

Accanto alla legislazione, un motore fondamentale per l’adeguamento del sistema penale italiano agli standard di tutela dei diritti umani fissati in sede internazionale – e in particolare dalla giurisprudenza della Corte EDU – è poi rappresentato dalla giurisprudenza, comune e costituzionale<sup>63</sup>.

Quanto alla prima, lo strumento principe in tal senso è rappresentato

---

<sup>62</sup> *Sejdovic c. Italia*, sentenza 10 novembre 2004.

<sup>63</sup> Sul tema, cfr. più ampiamente, volendo, F. VIGANÒ, *L’impatto della Cedu e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano*, in G. Ubertis, F. Viganò (a cura di), cit., 28 ss.

dall'interpretazione conforme: ossia dall'obbligo a carico del giudice comune – affermato in questi termini dalla Corte costituzionale nelle sentenze 'gemelle' n. 348 e 349 del 2007 – di optare, tra più interpretazioni consentite dal testo normativo, per quella che consenta di evitare violazione dei diritti umani.

Quanto alla seconda, basti qui rammentare due meccanismi fondamentali, con i quali è stato attribuito negli ultimi quindici anni ampio rilievo alla giurisprudenza della Corte EDU e in generale alle fonti internazionali in materia di diritti umani quale parametro 'sostanziale' di legittimità costituzionale delle leggi: da un lato, la considerazione degli obblighi internazionali come parametri 'interposti' ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost., sancita dalle medesime sentenze gemelle; dall'altro, l'ampia utilizzazione dei tali obblighi nell'interpretazione delle stesse norme costituzionali, sempre più spesso lette in modo che il loro contenuto 'armonizzi', ed anzi coincida, con quello espresso dalle norme internazionali che tutelano i medesimi diritti. Il primo meccanismo ha condotto, ad esempio, alla (parziale) dichiarazione di illegittimità costituzionale di ormai numerose norme in vario modo afferenti al sistema penale in ragione del loro contrasto diretto con parametri interposti internazionali, considerati isolatamente o in combinazione con parametri interni<sup>64</sup>; il secondo è stato largamente utilizzato a supporto di sentenze di accoglimento fondate esclusivamente su parametri interni, il cui contenuto è stato però ricostruito (anche) alla luce degli obblighi internazionali in materia di diritti umani, che spesso hanno – anzi –

---

<sup>64</sup> Cfr., ad es., C. cost., sent. 4 novembre 2009 n. 317 (in relazione all'art. 6 Cedu); C. cost., sent. 12 marzo 2010 n. 93 (in relazione all'art. 6 Cedu); C. cost., sent. 4 giugno 2010 n. 196 (in relazione all'art. 7 Cedu); C. cost., sent. 4 aprile 2011 n. 113 (in relazione all'art. 46 Cedu); C. cost., sent. 18 luglio 2013 n. 210 (in relazione agli artt. 6 e 7 Cedu); sent. n. 135/2014, 97/2015, 106/2015, 184/2015 (tutte in relazione all'art. 6 Cedu); sent. n. 200/2016 (in relazione all'art. 4 prot. 7 Cedu); sent. n. 223/2018 e n. 25/2019 (entrambe in relazione all'art. 7 Cedu); sent. n. 34/2019 (in relazione all'art. 6 Cedu); sent. n. 99/2019 (in relazione all'art. 3 Cedu); sent. n. 169/2019 (in relazione agli artt. 6 e 13 Cedu); sent. n. 150/2021 (in relazione all'art. 10 Cedu); sent. n. 175/2021 (in relazione agli artt. 6 e 13 Cedu); sent. 149/2022 (in relazione all'art. 4 prot. 7 Cedu). Nella contigua materia degli illeciti amministrativi di natura 'punitiva', si vedano altresì C. cost., sent. n. 63/2019 (in relazione all'art. 7 Cedu); sent. 112/2019 (in relazione all'art. 1 prot. add. Cedu); sent. 84/2021 (in relazione all'art. 6 Cedu); sent. n. 185/2021 (in relazione all'art. 1 prot. add. Cedu). In materia di misure di prevenzione, si veda poi la sent. n. 24/2019 (in relazione all'art. 2 prot. 4 Cedu e all'art. 1 prot. add. Cedu).

rivestito un ruolo decisivo nell'economia complessiva della decisione<sup>65</sup>.

In definitiva, il diritto internazionale dei diritti umani – complessivamente considerato – è divenuto ormai un fattore fondamentale di conformazione del nostro sistema penale. Il parlamento nazionale non resta, con ciò, espropriato dei suoi compiti, né il suo ruolo può ritenersi superfluo; ché, anzi, l'intervento del legislatore resta per lo più necessario per adeguare appieno il sistema agli standard di tutela dei diritti umani fissati a livello internazionale – e ciò anche dopo gli interventi ablativi o sostitutivi della Corte costituzionale, che possono offrire soltanto rimedi puntuali a singole lacune di tutela, ma sono strutturalmente incapaci di fornire quelle organiche discipline che sarebbero, invece, spesso necessarie per realizzare una piena armonizzazione del sistema a quegli standard. Ma, certo, l'idea che il legislatore nazionale – e in specie parlamentare – sia il vero e definitivo arbitro della materia penale si conferma, anche qui, del tutto inadeguata rispetto alla realtà.

#### 3.4. *Il diritto penale dell'Unione europea*

Il quarto e ultimo vettore di rottura del tradizionale paradigma statocentrico e nazionale del diritto penale è rappresentato, per il nostro paese e per gli altri ventisei Stati membri, dal diritto dell'Unione europea.

L'influenza del diritto UE, e in precedenza del diritto comunitario, sul diritto penale e sul processo penale è stata oggetto ormai di innumerevoli studi presso la dottrina italiana, sì che basteranno qui pochi cenni per completare il quadro sin qui tracciato.

Anche rispetto al diritto dell'Unione conviene subito anticipare che – come si è visto per il diritto internazionale dei diritti umani – la sua influenza può operare in chiave *limitativa* ovvero, come ormai sempre più spesso avviene, *espansiva* della potestà punitiva<sup>66</sup>.

Storicamente, la direzione *limitativa* della potestà punitiva è quella che si evidenzia per prima, rispetto a un *corpus* normativo – quello del diritto primario e derivato fondato sui trattati istitutivi delle vecchie Comunità – al quale non si riconosceva *ex professo* alcuna competenza in materia penale.

---

<sup>65</sup> Cfr., *ex multis*, con riferimento alle norme della Convenzione europea e alla giurisprudenza pertinente di Strasburgo, C. cost., sent. n. 242 del 2019, n. 32 del 2020 e n. 18 del 2022; con riferimento ad altre fonti pattizie in materia di diritti umani, sent. n. 203 del 2020 (Convenzione sui diritti del fanciullo) e n. 111 del 2023 (Patto internazionale dei diritti civili e politici)

<sup>66</sup> Per un perspicuo quadro d'insieme, cfr. *ex multis* J. VERVAELE, *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice*, Napoli, 2014, 14 ss.

Le libertà riconosciute dai trattati, e in generale i diritti riconosciuti ai singoli dalle fonti di diritto derivato, possono in effetti entrare in conflitto con norme incriminatrici statali, e su di esse prevalere: con la conseguenza, imposta dal combinarsi dei principi dell'effetto diretto e del primato del diritto comunitario, dell'obbligo, a carico del giudice comune, di disapplicare la norma incriminatrice nel caso concreto<sup>67</sup>: ciò che determina, nei fatti, una riduzione, o addirittura un annullamento, del suo ambito applicativo.

Già nell'epoca pre-Maastricht la giurisprudenza della Corte di giustizia aveva, peraltro, riconosciuto l'esistenza di *obblighi impliciti*, a carico degli Stati membri, di *criminalizzazione* e di effettiva persecuzione di condotte lesive degli interessi finanziari delle Comunità, in applicazione – in particolare – del principio di equivalenza, per cui ciascuno Stato membro è tenuto ad assicurare a tali interessi la medesima protezione assicurata ai propri interessi finanziari; con la conseguenza che, ogniqualvolta nell'ordinamento domestico siano previste sanzioni penali a tutela di questi ultimi, le medesime sanzioni debbono essere estese anche agli interessi comunitari corrispondenti<sup>68</sup>.

La prima decisa accelerazione si verifica, però, con la nascita dell'Unione europea. In particolare, il Trattato di Maastricht, entrato in vigore nel 1993, dedica il proprio 'terzo pilastro' alla cooperazione in materia di giustizia e affari interni, e dunque anche di cooperazione giudiziaria e di polizia e di diritto penale sostanziale.

In questo nuovo quadro istituzionale – per il vero ancora basato sull'idea di una collaborazione meramente intergovernativa – si colloca, negli anni Novanta, la stipula di una serie di convenzioni in queste materie<sup>69</sup>, che del resto si ponevano su una linea di sostanziale continuità con talune importanti disposizioni già contenute nelle due Convenzioni di Schengen del 1985 e del 1990. Da tutte queste convenzioni discendevano importanti obblighi conformativi dei sistemi penali interni a carico degli Stati membri aderenti alle singole convenzioni, secondo i moduli caratteristici – poc'anzi esaminati

---

<sup>67</sup> Per un esempio recente che concerne il nostro Paese, cfr. Corte di giustizia, sentenza 28 aprile 2011, in causa C-61/11 PRU, El Dridi.

<sup>68</sup> Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 21 settembre 1989, in causa 68/88, Commissione contro Repubblica ellenica, paragrafi 22-28.

<sup>69</sup> Come la Convenzione del 1995 sulla protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea e i suoi protocolli del 1996, entrati in vigore nel 2002, nonché la Convenzione del 2000 sull'assistenza reciproca in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea e il suo protocollo addizionale del 2001.

– del diritto penale transnazionale: con la peculiarità che alcune di queste convenzioni (come la convenzione sulla protezione degli interessi finanziari dell’Unione e i relativi protocolli) riconoscevano espressamente alla Corte di giustizia il potere di pronunciarsi sull’interpretazione delle sue clausole.

In seguito poi all’entrata in vigore – nel 1999 – del Trattato di Amsterdam, allo strumento tradizionale della convenzione fu gradualmente sostituito quello della *decisione quadro*: strumento, quest’ultimo, approvato all’unanimità dal Consiglio su mero parere del Parlamento europeo, e dunque ancora pienamente partecipe della fisionomia intergovernativa propria del terzo pilastro dell’Unione, ma produttivo di obblighi di trasposizione a carico degli Stati membri già a partire dalla sua adozione, senza la necessità di una sua ratifica da parte dei parlamenti nazionali.

Nel primo decennio del nuovo millennio furono così adottate numerose decisioni quadro che stabilivano (e in parte ancora stabiliscono) obblighi di conformazione del sistema penale degli Stati membri assai incisivi: tanto in materia di cooperazione giudiziaria e di polizia, quanto di diritto penale sostanziale. Rispetto alla prima tipologia, l’esempio più significativo è certamente rappresentato dalla decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato d’arresto europeo, poi modificata nel 2008, la quale rappresenta la prima concretizzazione del nuovo approccio, sancito dal Consiglio europeo di Tampere, fondato sul mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, a sua volta basato sul principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto al rispetto dei diritti fondamentali in ciascuno Stato membro. Quanto poi al diritto penale sostanziale, sono questi gli anni in cui si è formato il ‘nocciolo duro’ del diritto penale dell’Unione: comprendente una serie di obblighi di criminalizzazione delle più diverse condotte criminose – dal traffico di esseri umani al favoreggiamento dell’immigrazione clandestina, ai reati in materia di terrorismo, stupefacenti, falsificazione di monete, xenofobia e negazionismo, e molte altre ancora –, accomunate lamente dalla loro tipica natura transnazionale; obblighi di criminalizzazione corredati di specifiche indicazioni non solo sui requisiti costitutivi delle fattispecie da sottoporre a sanzione, ma anche sulla tipologia e sull’entità delle pene da comminare (quanto meno con riferimento al massimo edittale), nonché alla necessaria previsione di forme di responsabilità (sia pure non necessariamente di natura penale) di responsabilità da reato delle persone giuridiche.

La seconda accelerazione è poi rappresentata dall’entrata in vigore, nel 2009, del Trattato di Lisbona, a seguito del quale – sparita ormai la divisione tra pilastri – la procedura e il diritto penale entrano a pieno titolo tra le competenze dell’Unione.

Quanto alla *procedura penale*, l'art. 82 del Trattato sul funzionamento dell'Unione (TFUE) attribuisce congiuntamente al Parlamento europeo e al Consiglio la competenza non solo per adottare misure in materia di cooperazione giudiziaria<sup>70</sup> (paragrafo 1), ma anche di adottare *direttive* secondo la procedura legislativa ordinaria c.d. di codecisione di Consiglio e Parlamento in materie che comprendono i «diritti della persona nella procedura penale», i «diritti delle vittime della criminalità» e, eventualmente, «altri elementi specifici della procedura penale» individuati mediante una decisione adottata all'unanimità dal Consiglio previa approvazione del Parlamento (paragrafo 2). Sulla base di tale disposizione sono ormai state adottate varie direttive che sanciscono diritti dell'imputato<sup>71</sup> o delle vittime<sup>72</sup> nei processi penali degli Stati membri, all'evidente scopo di assicurare nell'intero spazio giuridico dell'Unione un livello minimo uniforme di tutela dei diritti fondamentali di questi soggetti processuali, così corroborando quella fiducia reciproca su cui si fonda il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, che è a sua volta l'ossatura del sistema di cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri. Sulla base dell'art. 86 TFUE, inoltre, il regolamento 2017/1939/UE – frutto di una cooperazione rafforzata tra la più parte degli Stati membri – ha dato vita alla Procura europea, divenuta operativa nel 2021: organo dell'Unione competente per le indagini e la persecuzione, davanti alle singole giurisdizioni nazionali, degli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione così come definiti dalla parallela direttiva (UE) 2017/1371.

Quanto al *diritto penale sostanziale*, dal 2009 a oggi la gran parte delle decisioni quadro miranti all'armonizzazione di incriminazioni sono state sostituite con altrettante direttive ai sensi dell'art. 83 TFUE, che attribuisce al Parlamento e al Consiglio la competenza a stabilire «norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni» per il contrasto a una serie

---

<sup>70</sup> Come la direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale.

<sup>71</sup> Cfr. la direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali; la direttiva 2013/48/UE relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale; la direttiva 2016/343/UE sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo; la direttiva 2016/800/UE sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati; la direttiva 2016/1919/UE sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati.

<sup>72</sup> Cfr. la direttiva 2012/29/UE, che sostituisce la decisione quadro previgente sulla medesima materia.

reati «che presentano una dimensione transnazionale» (paragrafo 1)<sup>73</sup>, ovvero nei casi in cui il ravvicinamento delle disposizioni penali degli Stati membri si riveli «indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione che è stata oggetto di misure di armonizzazione» (paragrafo 2)<sup>74</sup>.

Gli obblighi discendenti da tutti questi strumenti riprendono spesso, nei rispettivi contenuti, obblighi stabiliti da strumenti di diritto internazionale vincolanti a vario titolo sugli Stati membri dell'Unione. Così, le direttive sui diritti dell'imputato nei procedimenti penali essenzialmente cristallizzano, a volte arricchendola e precisandola nei dettagli, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di art. 6 CEDU nel suo *volet pénal*, cui le istituzioni dell'Unione sono del resto vincolati per effetto dell'art. 6, paragrafo 1, TUE e dell'art. 53, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali. Dal canto loro, gli obblighi contenuti nelle direttive aventi a oggetto l'armonizzazione del diritto penale sostanziale degli Stati membri derivano spesso da corrispondenti obblighi già fissati da convenzioni di diritto penale transnazionale: a volte riprendendone pedissequamente il dato letterale, a volte spingendosi oltre nella fissazione di più precisi obblighi di conformazione.

Ciò che muta, però, rispetto al quadro preesistente di diritto internazionale dei diritti umani e di diritto transnazionale poc'anzi esaminato è,

---

<sup>73</sup> Cfr. la direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime; la direttiva 2011/92/UE relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile; la Direttiva 2013/40/UE relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione; la direttiva 2014/62/UE sulla protezione mediante il diritto penale dell'euro e di altre monete contro la falsificazione; la direttiva (UE) 2017/541 sulla lotta contro il terrorismo; la direttiva (UE) 2019/713 del 17 aprile 2019 relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti.

<sup>74</sup> Cfr. la direttiva 2014/57/UE relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato e la direttiva (UE) 2017/1371 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale (c.d. direttiva PIF). A tali strumenti debbono essere assimilati le direttive adottate immediatamente prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che, all'interno delle competenze del diritto comunitario, già avevano sancito – sulla base di quanto stabilito dalla Corte di giustizia nelle sentenze 13 settembre 2005 in causa C-176/03, Commissione c. Consiglio, e 23 ottobre 2007 in causa C-440/05, Commissione c. Consiglio – obblighi di criminalizzazione a carico degli Stati membri: cfr. la direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente e la direttiva 2009/123/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi.

da un lato, il procedimento di formazione, e dall'altro il meccanismo istituzionale di *enforcement* di questi obblighi.

Circa il primo profilo, va in particolare sottolineato che l'adozione di direttive ai sensi degli artt. 82 e 83 TFUE avviene di regola con il procedimento legislativo ordinario di cui all'art. 294 TFUE: e dunque con il consenso della maggioranza dei membri del Parlamento europeo e di una maggioranza qualificata in seno al Consiglio, in esito a un complesso procedimento che prevede (ai sensi dell'art. 6 del Protocollo sull'applicazione dei principi di proporzionalità e sussidiarietà) il coinvolgimento dei parlamenti nazionali. Questi ultimi hanno, peraltro, la mera possibilità di esprimere un parere negativo sulla conformità della proposta al principio di sussidiarietà, contestando dunque la necessità di una regolamentazione della materia a livello europeo. Ciò comporta che – a differenza di quanto accade nel diritto penale transnazionale, e di quanto ancora accadeva nel terzo pilastro ai sensi dei Trattati di Maastricht e Lisbona – gli strumenti normativi che impongono allo Stato membro obblighi di conformazione del sistema penale possono essere approvati anche contro la volontà dello Stato medesimo, espresso mediante un voto di minoranza in seno al Parlamento europeo e al Consiglio; con la sola possibilità residua, per lo Stato dissenziente, di azionare durante il procedimento legislativo il cosiddetto 'freno di emergenza' di cui agli artt. 82, paragrafo 3, e 83, paragrafo 3, TFUE, previsto per i casi in cui lo Stato ritenga che un progetto di direttiva «incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale»: un freno – peraltro mai utilizzato sinora<sup>75</sup> – in grado di paralizzare l'adozione dell'atto, che può divenire a questo punto oggetto di una cooperazione rafforzata realizzata da una parte degli Stati membri.

Le direttive emanate ai sensi degli artt. 82 e 83 non intendono introdurre norme direttamente applicabili dalle giurisdizioni nazionali (anche se un effetto diretto di talune disposizioni delle direttive che riconoscono diritti processuali all'imputato non può *a priori* essere escluso), ma semplicemente porre obblighi destinati a essere trasposti ad opera dei parlamenti nazionali, i quali sono vincolati soltanto ai risultati da ottenere. Peraltro, il grado di dettaglio di molte di queste direttive di fatto svuota in larga misura il ruolo dei parlamenti nazionali, specie nella individuazione delle condotte da sottoporre a sanzione penale (tenendo conto anche delle indicazioni che le di-

<sup>75</sup> Si veda, sul punto, la recente analisi di K. ÖBERG, *Exit, voice and consensus – A legal and political analysis of the Emergency brake in the EU criminal policy*, in *European Law Blog*, 11 ottobre 2021 <<https://europeanlawblog.eu/2021/10/11/exit-voice-and-consensus-a-legal-and-political-analysis-of-the-emergency-brake-in-eu-criminal-policy/>>.

rettive forniscono in materia di qualità e quantità delle pene da comminare).

L'effettiva *compliance* degli Stati è garantita, da un lato, dalla possibilità che la Commissione convenga lo Stato inadempiente, o solo parzialmente adempiente, in un procedimento di infrazione davanti alla Corte di giustizia – possibilità, questa, che dal 2014 è estesa, in forza dell'art. 10 del Protocollo n. 36 al Trattato di Lisbona, anche agli obblighi derivanti dalle vecchie decisioni quadro che siano rimasti ancora inadempiti –; e, dall'altro, con specifico riguardo all'ordinamento italiano, dalla possibilità che le norme di talune direttive (specie in materia processuale) siano invocate di fronte alla Corte costituzionale come parametri interposti ai sensi del combinato disposto degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. nel giudizio di legittimità di leggi nazionali non conformi alle direttive medesime. Restando ferma, soltanto, l'impossibilità di invocare avanti alla Corte costituzionale le norme che fissino obblighi di criminalizzazione che il legislatore abbia lasciato inadempiti, in ragione dello sbarramento alle questioni *in malam partem* in materia penale sinora opposto dalla giurisprudenza della Corte sulla base dell'art. 25, secondo comma, Cost.

Un ruolo crescente, e di cruciale importanza nella materia penale e processuale penale, si prospetta poi per la *Carta dei diritti fondamentali*, cui il trattato di Lisbona ha attribuito la medesima forza giuridica dei trattati. I diritti da essa riconosciuti corrispondono in larga misura a quelli sanciti dalla CEDU, così come interpretati dalla giurisprudenza di Strasburgo, che ne fissa il contenuto minimo ai sensi del già menzionato art. 52, paragrafo 3, della Carta, senza pregiudizio per la possibilità che in seno all'Unione si riconosca a tali diritti (o a quelli che non trovino corrispondenza puntuale nella Convenzione) un livello di tutela più elevato. Ben diversa è però la capacità delle norme della Carta, così come interpretate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, di imporsi come vincolanti negli Stati membri: la loro natura di norme primarie del diritto dell'Unione le rende infatti idonee a produrre effetti diretti negli ordinamenti domestici, e a essere ivi direttamente applicate dai giudici comuni, anche previa disapplicazione delle norme interne contrastanti. Nell'ordinamento italiano, d'altra parte, la Corte costituzionale – a partire dal noto *obiter* contenuto nella sentenza n. 269 del 2017 – considera anche le norme della Carta quali parametri interposti nei giudizi costituzionalità aventi ad oggetto la compatibilità di leggi nazionali con gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. Da tutto ciò deriva che le norme della Carta ben possono essere utilizzate per invalidare scelte legislative nazionali ritenute incompatibili con i diritti da essa sanciti, nell'estensione stabilite a livello europeo – in ultima analisi – dall'opera congiunta della Corte europea e della

Corte di giustizia, quest'ultima sollecitata anche dalle corti nazionali attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale<sup>76</sup>.

Un esempio particolarmente significativo a questo riguardo è rappresentato dal principio di proporzionalità della pena, proclamato dall'art. 49, paragrafo 3, della Carta, del quale la recente giurisprudenza della Corte di giustizia ha riconosciuto l'effetto diretto negli ordinamenti nazionali<sup>77</sup>: attribuendo così direttamente ai giudici comuni degli Stati membri il compito di verificare, nell'ambito sempre più vasto di applicazione del diritto UE (segnato, in quest'ambito, dall'effettivo esercizio delle competenze in materia di armonizzazione dei precetti penali), la compatibilità con tale principio delle scelte sanzionatorie compiute dal legislatore nazionale, se del caso disapplicando, in tutto o in parte, le cornici sanzionatorie ritenute sproporzionate<sup>78</sup>.

#### 4. *Che cosa resta del vecchio diritto penale 'nazionale'?*

Proviamo, dopo questo lungo viaggio, a tirare qualche somma, in forma assai più sintetica.

(a) Sul piano del diritto penale sostanziale, oggi le *scelte di criminalizzazione* e la *definizione delle fattispecie astratte* hanno cessato di essere una prerogativa del legislatore nazionale.

Quali debbano essere le condotte vietate dalla legge penale – nonché come e quanto tali condotte debbano essere punite – viene sempre più deciso a livello sovranazionale, in *fora* diversi dai parlamenti nazionali. Tali decisioni si traducono in obblighi di criminalizzazione (e più in generale di conformazione dei diritti penali nazionale), ovvero in raccomandazioni in tal senso, che i parlamenti nazionali sono chiamati – o, rispettivamente, invitati – a tradurre in norme di legge direttamente vincolanti per i consociati, attraverso atti di 'esecuzione' (o, nel linguaggio, dell'Unione europea, di

<sup>76</sup> Per ulteriori approfondimenti sul punto, F. VIGANÒ, *L'impatto della Cedu e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano*, in G. Ubertis, F. Viganò (a cura di), cit., 33 s.

<sup>77</sup> Sentenza 8 marzo 2022, NE, in causa C-205/20.

<sup>78</sup> Sulla portata di tale sentenza e il suo impatto nel nostro ordinamento, si consenta qui semplicemente il rinvio a F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in *Sist. pen.*, 26 aprile 2022.

‘trasposizione’) di quegli obblighi o raccomandazione nell’ordinamento domestico. Atti il cui contenuto è, tuttavia, in larga misura predeterminato dagli obblighi sovranazionale che ne stanno alla base.

(b) I parlamenti nazionali conservano, generalmente, l’ultima parola, nel senso che ad essi spetta la decisione finale se eseguire, o trasportare, questi obblighi e raccomandazioni nell’ordinamento nazionale. Il che continua a essere decisivo dal punto di vista dei consociati, che di regola sono vincolati soltanto dalla legge penale nazionale, e non dall’obbligo sovranazionale, che di per sé non è suscettibile di diretta applicazione da parte dei giudici penali (i quali hanno, al più, la possibilità di utilizzare le norme sovranazionali di riferimento come strumenti orientativi dell’interpretazione delle norme penali che ne sono ‘figlie’).

Ma almeno due precisazioni si impongono, a questo proposito.

La prima è che tutto ciò non vale per le norme di diritto penale internazionale, che sono invece direttamente vincolanti per i consociati e ad essi direttamente applicabili da parte delle giurisdizioni penali internazionali, senza necessità di alcuna mediazione da parte dei legislatori nazionali – che entrano in scena, in questo contesto, soltanto allorché decidano di dotarsi di norme penali interne corrispondenti a quelle internazionali, sì da poter esercitare essi stessi la propria giurisdizione rispetto ai crimini internazionali. E, in futuro, ciò potrebbe non valere nemmeno rispetto al diritto dell’Unione europea, al quale una parte della dottrina già riconosce una – per il vero mai esercitata sinora – competenza ad adottare, attraverso regolamenti, norme penali immediatamente vincolanti per i cittadini, e direttamente applicabili nei loro confronti<sup>79</sup>.

La seconda, forse di ancora maggior rilievo, è che la stessa facoltà del legislatore nazionale di non eseguire l’obbligo internazionale è, in pratica, fortemente limitata dagli strumenti di cui dispone l’organizzazione o istituzione internazionale che ha posto in essere l’obbligo per assicurarne l’*enforcement*. Strumenti che – come abbiamo visto – variano dalla *moral suasion* e le pressioni politiche tipiche dell’ambito del diritto penale transnazionale, sino a giungere – nell’ambito dell’Unione europea – alla possibilità, tutt’altro che teorica, di una procedura di infrazione nel caso di omessa o inesatta trasposizione. E ciò, si noti, anche rispetto a obblighi fissati da direttive rispetto alle quali lo Stato membro abbia espresso il proprio dissenso in seno al Parlamento europeo e al Consiglio, senza peraltro attivare il ‘freno di emergenza’ che gli avrebbe consentito di bloccare l’adozione della direttiva.

---

<sup>79</sup> H. SATZGER, *International and European Criminal Law*, 2<sup>a</sup> ed., Monaco 2018, 64 ss.

(c) La duplice funzione del *diritto internazionale dei diritti umani* di *limite e*, per così dire, di *motore* del diritto penale sostanziale, e assieme la sua funzione di 'conformatore' del diritto processuale penale, si attuano anch'essa senza la necessaria mediazione del legislatore nazionale. Gli obblighi relativi sono, infatti, enucleati soprattutto dalla giurisprudenza di corti internazionali (in Europa, dalla Corte EDU e dalla stessa Corte di giustizia UE), e di qui si impongono direttamente agli ordinamenti nazionali, vincolandone tutti gli organi e poteri; così come, nell'ambito dell'Unione europea, si impongono agli Stati membri gli obblighi di tutela dei diritti delle parti processuali sanciti dalle direttive europee adottate ai sensi dell'art. 82, paragrafo 2, TFUE.

I legislatori degli Stati membri conservano, certo, un ruolo importante, come attori principali nell'opera di adeguamento del diritto interno a quegli obblighi, alla cui elaborazione non partecipano – o partecipano in misura marginale, come nel caso delle direttive UE –, dal momento che solo il legislatore possiede la necessaria visione d'assieme e gli strumenti per intervenire sul sistema sostanziale o processuale in maniera armonica e non squilibrata. Tuttavia, in assenza dell'intervento del legislatore, o in caso di intervento non adeguato, il rispetto degli obblighi internazionali in materia di diritti umani può, in larga misura almeno, essere assicurato dalla giurisprudenza costituzionale – attraverso pronunce con efficacia *erga omnes* – o dalla stessa giurisprudenza comune, attraverso il duttile strumento dell'interpretazione conforme o – quanto meno nell'ambito di applicazione delle norme della Carta aventi effetto diretto – della diretta applicazione dell'obbligo sovranazionale, e della contestuale disapplicazione della norma di legge nazionale contrastante.

(d) Infine, le autorità giudiziarie nazionali conservano ancor oggi – di regola – la *gestione delle indagini e del processo penale* per i reati commessi nell'ambito della rispettiva giurisdizione. Ma, anche qui, il quadro è ormai molto più complesso di come appaia a prima vista.

Anzitutto, è ormai stabilmente radicata una *giurisdizione penale internazionale* per i crimini internazionali, che di per sé ha posto in crisi l'idea – ereditata dalla tradizione inglese e poi degli Stati assoluti in Europa – dello *ius puniendi* come proiezione della sovranità nazionale.

Ma anche nella gestione dei reati 'ordinari', le autorità penali nazionali devono sempre più spesso *cooperare con autorità giudiziarie di altri Stati*, nel contrastare una criminalità dalle dimensioni sempre più sovranazionali, utilizzando in maniera crescente gli strumenti di cooperazione giudiziaria e di polizia elaborati nell'ambito del diritto penale transnazionale e, soprat-

tutto, del diritto dell'Unione europea. Al tempo stesso, l'esercizio concreto della giurisdizione nazionale deve fare i conti, almeno nell'ambito dell'Unione, con lo sbarramento del *ne bis in idem*, introdotto dall'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 1990, e oggi consacrato dall'art. 50 della Carta, in forza del quale nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale sia stato già giudicato dalla giurisdizione di un altro Stato membro. Un principio, quest'ultimo, suscettibile nel caso concreto di paralizzare la giurisdizione nazionale anche rispetto a fatti che sarebbero punibili secondo il diritto interno, e in particolare in base alle norme che disciplinano l'applicabilità del diritto penale nazionale nello spazio.

Il recentissimo avvio dell'attività della Procura europea segna poi un ulteriore, significativo momento di svolta, caratterizzato dall'attribuzione a un'istituzione dell'Unione – del tutto autonoma rispetto agli Stati membri – della competenza a svolgere indagini e a promuovere l'azione penale davanti alle giurisdizioni nazionali per una serie di reati che offendono interessi dell'Unione, e che frequentemente vengono commessi su scala transnazionale. Il cammino verso una giurisdizione penale diretta dell'Unione è, con tutto ciò, ancora lungo, e certamente in salita: ma una simile prospettiva, che ancora alla fine del secolo scorso appariva del tutto irrealistica<sup>80</sup>, lo è oggi assai meno.

##### 5. *Qualche considerazione conclusiva*

Da tutto quanto precede trova ampia conferma, mi pare, la valutazione di partenza, espressa anche dal titolo di questo contributo: il penale 'dello Stato' si sta trasformando, e a gran velocità, in un penale 'sovranzionale'.

Come valutare questa realtà, e come reagirvi? È compatibile questo processo con l'insieme dei principi costituzionali (nazionali!) in materia penale, e in particolare con la riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. per ciò che concerne la definizione dei fatti penalmente sanzionati, e con quella generale in materia processuale posta dall'art. 111, primo comma, Cost.?

---

<sup>80</sup> Tanto che persino l'allora visionario progetto di *Corpus Iuris* elaborato da una commissione presieduta da Mireille Delmas-Marty nel 1996 prevedeva, bensì, l'istituzione di una Procura europea per la persecuzione dei reati contro gli interessi finanziari dell'Unione definiti nello stesso *Corpus Iuris*, ma continuava ad affidarsi alle penali giurisdizioni nazionali per i relativi giudizi.

Prima di provare a rispondere, in modo poco più che abbozzato, a queste domande, credo che sia opportuno tenere ben presente, sullo sfondo, un paio di dati che dovrebbero a mio avviso costituire lo sfondo di ogni possibile riflessione.

Il primo attiene alla progressiva emersione, dal secondo dopoguerra a oggi, del diritto penale internazionale come reazione contro crimini che offendono, su scala massiva, i più elementari diritti della persona, nel quadro per lo più di programmi politici con il diretto coinvolgimento dello Stato: che di volta in volta realizza tali crimini attraverso le proprie forze militari o paramilitari, ovvero li incoraggia o comunque li sostiene. L'idea di fondo del diritto penale internazionale è che contro questi crimini occorre qualcosa di più e di diverso dalla (improbabile, per molte intuibili ragioni) reazione dello stesso Stato nell'ambito del quale essi sono stati commessi: ed occorre, in particolare, una giurisdizione internazionale che applichi norme riconosciute come vigenti dall'intera comunità internazionale, indipendentemente dalla loro corrispondenza alle norme in vigore nello Stato nel quale i crimini hanno avuto luogo. L'idea è, dunque, quella di un diritto penale concepito programmaticamente come un diritto penale 'senza Stato', in cui alle norme e alla giurisdizione statale si sostituiscano norme e una giurisdizione della comunità internazionale. Nonostante tutte i dilemmi in cui si dibatte, oggi, il diritto penale internazionale, e le non sempre ingiustificate critiche che si muovono contro l'attuale Corte penale internazionale, a me pare che queste idee di fondo meritino di continuare a essere difese e sostenute: i governanti di tutto il mondo debbono sapere che, domani, potranno rispondere davanti alla comunità internazionale dei crimini *iuris gentium* da loro commessi, ordinati o colpevolmente tollerati.

Il secondo dato, che riguarda invece la criminalità 'comune', attiene al suo carattere sempre più transnazionale. I fattori che hanno favorito questo fenomeno sono ben noti, alcuni dei quali assai banali: tra gli altri, l'aumento esponenziale del traffico aereo negli ultimi decenni, che consente oggi spostamenti rapidissimi – e relativamente economici – tra un continente e l'altro; il diffondersi di mezzi di pagamenti elettronico, che consentono parimenti la movimentazione immediata di capitali da un continente all'altro; l'abbattimento delle frontiere europee (e dei relativi controlli) realizzato dai trattati di Schengen, che ha fornito possibilità di movimento dei criminali (nonché di beni oggetto di reato o strumentali rispetto alla loro esecuzione, oltre che dei capitali derivati dalla commissione dei reati) sino a quel momento del tutto ignote; il proliferare, ben oltre l'area del mercato comune europeo, di trattati di libero commercio, con il relativo affievolimento dei controlli di frontiera; la conclusione della guerra fredda, che in un lasso

di tempo rapidissimo ha abbattuto altre, e sino a quel momento, impenetrabili frontiere, spalancando nuove opportunità criminali in mercati ‘vergini’ e ancora relativamente poco attrezzati al contrasto della criminalità da profitto; e, soprattutto, l’avvento di internet, divenuto nello spazio di pochissimi anni un gigantesco spazio virtuale nel quale i reati vengono istigati, pianificati e commessi, senza ancoraggi certi e univoci nel territorio di alcuno specifico ordinamento penale.

Fenomeni criminali dal carattere ormai spiccatamente transnazionale come la grande criminalità organizzata e il terrorismo internazionale, il riciclaggio dei proventi illeciti, la corruzione internazionale, il traffico di esseri umani, migranti, armi, sostanze stupefacenti, e molti altri, sono – si è scritto efficacemente già vent’anni fa – il lato oscuro della globalizzazione<sup>81</sup>.

A fronte di questa realtà, è evidente come la risposta a queste forme di criminalità non possa essere contrastata efficacemente da ciascuno Stato per conto proprio. L’ordinamento penale tende, in effetti, ad arrestarsi alle frontiere nazionali; e, soprattutto, il sistema di *law enforcement* di ciascuno Stato è costretto a fermarsi a quelle frontiere, anche quando il diritto penale preveda casi di applicazione extraterritoriale: la polizia nazionale non può legittimamente superare i confini nazionali, salvo che lo Stato in cui intenda operare non vi consenta.

Di qui la necessità di sviluppare strumenti che, sul piano anzitutto del diritto internazionale pattizio e poi nel quadro dell’Unione europea, consentano e favoriscano la *cooperazione di polizia*, e poi la *cooperazione giudiziaria*, nel contrasto alla criminalità transfrontaliera. Strumenti che, nell’ambito regionale dell’Unione europea, sono – a partire dal Consiglio europeo di Tampere – fondati sul principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie e, dunque, sulla relazione diretta tra le autorità giudiziarie dei diversi Stati membri, senza passare necessariamente per le mediazioni dei rispettivi poteri esecutivi; sino a giungere allo strumento per ora più avanzato sulla via di un impegno diretto di istituzioni sovranazionali nel contrasto alla criminalità transfrontaliera, rappresentato dalla neonata Procura europea.

Ma tutti questi strumenti – ci si rese conto ben presto – non possono funzionare appieno in difetto di un minimo di *armonizzazione del diritto penale sostanziale* dei vari Stati: lacune di punibilità in taluni ordinamenti, o anche solo la diversa configurazione delle fattispecie criminali da contrastare, o ancora discrasie significative in termini sanzionatorie o di effettività del relativo *enforcement* creano inevitabilmente *safe havens* e incentivi per i criminali che le sappiano per sottrarsi alla persecuzione penale. Di qui l’interesse

---

<sup>81</sup> M. LEVITSKY, *The Dark Side of Globalisation*, in «International Studies Review», 5, 2003, 253.

della comunità internazionale, evidente a partire dalla fine degli anni ottanta in poi, alla stipula delle *suppression conventions* di cui si è poc'anzi parlato, nel quadro istituzionale delle Nazioni Unite e di altre specifiche organizzazioni, globali o regionali; e di qui le sempre più numerose iniziative legislative della stessa Unione europea, grosso modo a partire dall'inizio del nuovo millennio, in materia di armonizzazione delle norme di diritto penale sostanziale destinate al contrasto a queste forme di criminalità, e a quelle che offendono gli interessi della stessa Unione.

A loro volta, però, tanto gli strumenti di cooperazione internazionale quanto quelli aventi ad oggetto l'armonizzazione del diritto penale sostanziale rischiano di incontrare gravi ostacoli, in ciascun ordinamento nazionale, allorché gli obblighi che da essi discendano si pongano in contrasto con i diritti fondamentali e i principi costituzionali di ciascun ordinamento in materia penale. In una eventualità siffatta, è infatti sin troppo prevedibile che il sistema giudiziario di ciascuno Stato, sino alle rispettive corti supreme o costituzionali, possa bloccare il funzionamento del sistema, in chiave di tutela dei diritti degli imputati o dei condannati. Di qui lo sforzo – intrapreso in particolare nell'ambito dell'Unione europea, che non a caso dispone di un proprio catalogo di diritti fondamentali – di definire, già a livello sovranazionale, *standard di tutela* minimi ma uniformi, applicabili tanto agli atti normativi dell'Unione quanto agli Stati membri nel momento in cui sono chiamati a trasporre e attuare concretamente gli obblighi derivanti dagli strumenti UE in materia penale: standard di tutela in cui confluiscono le indicazioni provenienti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e, in misura eminente, dalla giurisprudenza della Corte EDU in materia penale. Il rispetto di questi standard deve a questo punto essere assicurato in tutti gli Stati dell'Unione, al fine di sostanziare e corroborare quella fiducia reciproca nel rispetto dei diritti fondamentali tra gli Stati membri, senza la quale lo stesso meccanismo del mutuo riconoscimento immaginato a Tampere sarebbe destinato a fallire.

È solo tenendo presenti tutte queste considerazioni di *background* che è possibile tentare di rispondere alla domanda circa la compatibilità di un diritto penale sempre meno legato allo Stato nazionale con i principi fissati dalla Costituzione italiana in materia penale, e in particolare con le due riserve di legge dell'art. 25, secondo comma, e 111, primo comma, Cost.

Come ho altrove avuto occasione di osservare, mi pare che la riflessione penalistica sulla *ratio* – in particolare – della riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. non sempre distingua due distinti profili, che meriterebbero invece un'analisi separata: da un lato la questione, che si muove sul piano della teoria delle fonti, se l'espressione «legge» ivi conte-

nuta – ma il discorso potrebbe svolgersi allo stesso modo per ciò che concerne la riserva di legge ‘processuale’ di cui all’art. 111, primo comma, Cost. – sia compatibile soltanto con la *legge dello Stato italiano*, ovvero sia compatibile anche con una fonte sovranazionale direttamente applicabile in Italia; dall’altro, la diversa questione relativa al necessario coinvolgimento, nella formazione delle leggi penali, del *parlamento*, in quanto istituzione direttamente rappresentativa dell’intera comunità politica, nel cui seno tutti i partiti, di maggioranza e di opposizione, hanno l’opportunità di partecipare all’adozione di leggi che potranno poi limitare, drasticamente, la libertà dei membri di quella stessa comunità politica.

Circa il primo profilo, la discussione è per ora largamente accademica. Premesso che nell’ambito specifico del diritto penale internazionale non mi pare si sia mai seriamente contestata, al metro dell’art. 25, secondo comma, Cost., la possibilità per norme riconosciute dalla stessa comunità internazionale di stabilire direttamente le condizioni della responsabilità penale di un individuo, va osservato che tutte le altre norme sovranazionali in materia penale si limitano, di regola, a statuire obblighi (o a formulare raccomandazioni) a carico del legislatore nazionale, al quale continua a spettare il compito di emanare le norme vincolanti per il consociato e applicabili dalla giurisdizione penale. Se in futuro le istituzioni dell’Unione dovessero adottare, in materia penale o processuale penale, regolamenti direttamente applicabili negli Stati membri – al di là del caso del regolamento che disciplina la Procura europea, i cui effetti nell’ordinamento degli Stati membri sono ancora tutti da verificare e studiare –, inevitabilmente il nodo del significato del termine «legge» negli artt. 25, secondo comma, e 111, primo comma, Cost. verrà al pettine, e dovrà allora essere adeguatamente affrontato – tenendo conto, naturalmente, del ruolo dell’art. 11 Cost. in relazione alla generalità delle disposizioni costituzionali. Ma una risposta al quesito non appare, oggi, particolarmente urgente, e può qui essere lasciata in sospeso.

Più delicato, e meritevole di una risposta qui almeno abbozzata, è il secondo profilo, che attiene al fondamento sostanziale della riserva di legge, intesa come riserva di una *lex parlamentaria*. Il tema è, in definitiva, quello della *legittimazione democratica* della legislazione in materia penale: di quel settore, cioè, dell’ordinamento che autorizza le compressioni più significative dei diritti fondamentali dei consociati.

Su questo fronte, non v’è dubbio che le fonti sovranazionali su cui ci siamo sin qui soffermati lascino spesso poco spazio al ruolo dei legislatori nazionali, chiamati in larga misura soltanto a ratificare decisioni prese altrove. Il che pone effettivamente un problema di legittimazione democratica degli obblighi sovranazionali di criminalizzazione, che mi pare sia

particolarmente acuto rispetto agli obblighi statuiti mediante convenzioni internazionali negoziate e sottoscritte dai governi dei singoli Stati parte, e poi semplicemente sottoposti al Parlamento per un'approvazione 'in blocco' al momento della ratifica.

Tuttavia, non ho mai compreso perché si continui a dubitare che le ragioni sostanziali della riserva di *lex parlamentaria* possano ritenersi soddisfatte con riferimento alle norme dell'Unione europea. Qui – dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ha posto fine alla fase di collaborazione meramente intergovernativa che aveva caratterizzato il terzo pilastro – la quasi totalità degli atti normativi rilevanti in materia penale debbono essere approvati, oltre che da una maggioranza qualificata in seno al Consiglio, dalla maggioranza del Parlamento europeo, in cui sono rappresentate tutte le forze politiche di ciascuno degli Stati membri. I requisiti di democrazia e di partecipazione popolare alle decisioni in materia penale che sono alla base dell'art. 25, secondo comma, e 111, primo comma, Cost. si trasferiscono semplicemente a un livello istituzionale più vasto di quello nazionale, peraltro in conformità al principio di sussidiarietà – sul cui rispetto gli stessi parlamenti nazionali sono chiamati a vigilare –, che esige la dimostrazione della necessità di una legislazione unionale per far fronte efficacemente alle sfide criminali che si intendano contrastare. A queste condizioni, non vedo per quali ragioni una *lex parlamentaria* non possa ravvisata anche negli atti normativi dell'Unione: istituzione essa pure dotata, come ciascuno degli Stati membri, di un parlamento eletto a suffragio universale.

Dopodiché, è fisiologico che i prodotti legislativi dell'Unione e le loro trasposizioni nazionali – anche in materia penale – dovranno a loro volta rispettare standard di tutela dei diritti fondamentali uniformi a livello europeo, alla cui elaborazione i parlamenti nazionali restano estranei. Ma ciò è esattamente anche quel che accade anche a livello nazionale, in cui la legge è – nella quasi totalità degli Stati membri – sottoposta a vincoli di natura costituzionale, la cui concreta declinazione è affidata a corti non elette, non direttamente rappresentative e politicamente irresponsabili. È questo, in fondo, il DNA degli ordinamenti democratici e costituzionali contemporanei, in cui la maggioranza politica espressa dal parlamento non è mai unica arbitra delle decisioni che incidono sui diritti fondamentali della persona: ordinamenti nei quali si iscrive anche il complesso meccanismo istituzionale dell'Unione europea, la cui azione si riconosce oggi vincolata al rispetto dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta, che opera qui funzionalmente come una vera e propria costituzione.

Il cerchio, così, si chiude. A un sistema penale dai contorni sempre più sovranazionali corrisponde un orizzonte di tutela dei diritti fondamentali

che ha esso stesso carattere sovranazionale<sup>82</sup>. Lo Stato nazionale perde il proprio protagonismo assoluto in questa materia, a fronte di una realtà che esige risposte coordinate o addirittura unitarie a livello sovranazionale.

Ma tutto ciò apre la strada a una sfida diversa, e non meno impegnativa: quella, cioè, di una attiva e trasparente *partecipazione* delle singole comunità politiche nazionali, nell'ambito delle più vaste comunità politiche sovranazionali – e in particolare in seno alle istituzioni dell'Unione europea –, nell'opera collettiva di elaborazione sia delle strategie di contrasto alla criminalità, sia degli standard di tutela dei diritti fondamentali al cui rispetto quelle strategie debbono essere condizionate<sup>83</sup>. Una partecipazione da attuarsi nelle sedi opportune e con modalità adeguate a questa nuova realtà, anche da parte delle istituzioni nazionali che continueranno a svolgere un ruolo cruciale nella definizione e attuazione delle politiche penali: a cominciare dalle corti (comuni e costituzionali), alle quali spetterà prevedibilmente ancora per molto tempo l'esercizio quotidiano della giurisdizione. Con attitudine non arroccata nella difesa delle proprie tradizioni nazionali, ma aperta al dialogo e alla definizione condivisa di soluzioni sostenibili, in un orizzonte necessariamente ben più esteso di quello – delimitato dagli ormai angusti confini dello Stato nazionale – con cui i penalisti della mia generazione erano soliti confrontarsi.

---

<sup>82</sup> Sul punto, volendo, F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in «Quaderni costituzionali», 2019, 489 ss.

<sup>83</sup> In questo senso possono leggersi gli ultimi quattro rinvii pregiudiziali operati dalla Corte costituzionale alla Corte di giustizia dell'Unione, in materie rientranti nell'ambito di applicazione del diritto UE nei quali si ponevano problemi di definizione di standard comuni di tutela dei diritti fondamentali: cfr. C. cost., ordinanze n. 117 del 2019, n. 182 del 2020, nn. 216 e 217 del 2021.

Parte terza

OSSESSIONI INQUISITORIE



Loredana Garlati

*La nascita del codice di procedura penale del 1930*

*I devoti, di ogni devozione, son tanti;  
e sempre pronti ad accendere il fuoco  
sotto chi non si conforma alla loro devozione;  
e gli increduli,  
coloro che su ogni cosa esercitano la facoltà di critica,  
che nulla accettano se non per vaglio di ragione,  
sono pochi e non tollerati*  
Leonardo Sciascia

SOMMARIO: 1. Il presagio – 2. Manzini e il *favor inquisitionis* – 3. Un'anima inquisitoria neppure tanto nascosta – 4. Un'inquisizione (in)finita?

1. *Il presagio*

Si è discusso e si discute ancora di inconsci<sup>1</sup>, di atavismi<sup>2</sup>, di nostalgie<sup>3</sup>, di ombre<sup>4</sup> e di ossessioni inquisitorie<sup>5</sup>, ma non è mancato chi ha concepito

---

<sup>1</sup> L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella processualpenalistica italiana, a cura di L. Garlati, Milano 2010.

<sup>2</sup> M.N. MILETTI, *Premessa storica a Opinioni a confronto. Il principio di obbligatorietà dell'azione penale oggi: confini e prospettive*, in «Criminalia», 5, 2010, p. 4. Di atavismo inquisitorio parlava già Luigi Lucchini ne *I semplicisti (antropologi, psicologi, sociologi) del diritto penale. Saggio critico*, Torino 1886, p. 260.

<sup>3</sup> G. TRANCHINA, *Nostalgie inquisitorie nel sistema accusatorio del nuovo c.p.p.*, in «La legislazione penale», 1989, p. 387.

<sup>4</sup> M.N. MILETTI, *Ombre d'inquisizione. L'intervento della difesa nell'istruttoria penale italiana (1865-1913)*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 36, II, 2007, pp. 902-955; M.N. MILETTI, *Leonardo Sciascia e l'ombra dell'inquisizione nella giustizia penale*, in «Diritto penale XXI secolo», XXI, 2022, n. 2, pp. 374-392.

<sup>5</sup> M.N. MILETTI, *Congetture, delazioni, tormenti. Leonardo Sciascia e l'ossessione inquisitoria*, in *Ispersioni della terribilità. Leonardo Sciascia e la giustizia*, a cura di L. Zilletti e S. Scuto, Firenze

l'inquisizione come una rivoluzione, destinata a spazzare via quell'anticaglia mistico-agonistica fatta di duelli, giuramenti, ordalie che ancora dominavano la scena giudiziaria del primo Duecento<sup>6</sup>. Fu allora che emerse l'esigenza di elaborare forme, metodi, decisioni dal fondamento giuridico e di affidare i giudizi penali a degli esperti, laici o ecclesiastici che fossero, addottorati nelle università che andavano occupando lo spazio europeo, coniugando le fonti romane con l'approccio aristotelico. Un inquisitorio riformista, quindi, dalle «implicazioni civili e garantiste», che mirava a «sottrarre i conflitti gravi alle logiche compositive e vendicative dei privati», assicurando «la perseguibilità dei potenti, in grado di atterrire e minacciare i singoli accusatori»<sup>7</sup>.

Tuttavia, da rivoluzionario a reazionario è stato un attimo: le fattezze assunte dal rito inquisitorio lo hanno reso nel lungo scorrere dei secoli non già simbolo di cambiamento, ma l'espressione più retriva di un'oppressione legalizzata.

Fu Alberto da Gandino a preconizzare il possibile declino dello stile accusatorio di fronte all'avanzata dei metodi inquisitori<sup>8</sup>, in fondo lineari nella loro terribilità (come lo è il processo penale in sé), tanto efficaci quanto raffinati nella loro ruvidezza. Quel processo di matrice canonistica era destinato a divenire una religione laica e come ogni religione ha trovato nel tempo numerosi fedeli. Devoti e seguaci si nascondono anche nel terzo millennio e, sotto mentite spoglie, ne ripropongono stilemi e tecniche.

Siamo soliti accettare acriticamente l'equivalenza quasi manichea tra accusatorio/democrazia e inquisizione/autoritarismo: le democrazie si avvarrebbero di un modello processuale 'buono' e gli altri di uno 'cattivo' e ogni volta siamo tentati di valutare il passaggio dall'uno all'altro sistema come la conseguenza di un cambiamento statutale-costituzionale, mentre

---

2022, pp. 19-41.

<sup>6</sup> Così F. CORDERO, *Procedura penale*<sup>6</sup>, Milano 2001, p. 19.

<sup>7</sup> G. ALESSI, *Populismo, legalità, riforma della giustizia*, in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, a cura di M. Pifferi e D. Negri, Milano 2011, p. 347.

<sup>8</sup> ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubrica *Quomodo de maleficiis cognoscitur per exceptionem*, edizione critica a cura di H. Kantorowicz, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, Zweiter Band, *Die Theorie. Kritische Ausgabe des Tractatus de Maleficiis Nebst Textkritischer Einleitung*, Berlin und Leipzig 1926, pp. 37-48 e rubrica *Quomodo de maleficiis cognoscatur per inquisitionem*, pp. 37-39. Cfr. E. DEZZA, *Accusa e inquisizione. Dal diritto comune ai codici moderni*, Milano 1989, pp. 11-20; M. SBRICCOLI, «Vidi communiter observari». *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano 2009, I, pp. 73-110.

la realtà giuridica presenta colori più sfumati e dai contorni labili e sbiaditi.

L'inquisizione, com'è noto, fu plasmata dalla Chiesa per rispondere alle varianti religiose che, come schegge impazzite, si staccavano dall'ortodossia e fu accolta dal potere laico (qualunque ne sia stata nel tempo l'architettura politica) come antidoto alle tossine criminali generate da una società in febbrile evoluzione.

Tendiamo per di più a qualificare l'inquisizione come un retaggio del passato, epigrafe del 'buio' medioevo (che buio non fu per niente), di un'età moderna che doveva attendere la luce dei lumi per ripensare il penale da nuove prospettive e di un'età contemporanea che, attraversata da monarchie e regimi dispotici, non poteva che riabbracciare vecchi schemi processuali di cui, si pensava, sarebbe stato semplice liberarsi immediatamente dopo la nascita di una Repubblica.

In realtà la storia è meno lineare di quella a cui noi vorremmo ridurla. Lo ricordava Mario Sbriccoli, mettendo in guardia dal considerare la storia del penale come un costante progresso verso l'incivilimento, perché essa ha conosciuto e conosce battute d'arresto, repressioni e fughe in avanti dal momento che mai è sopita nell'uomo la volontà di fare del processo un otuso strumento repressivo o un'occasione di privilegiata impunità<sup>9</sup>.

Le scorie e le spore dell'inquisizione non ce le siamo mai davvero tolte di dosso; sono state e continuano a essere una sorta di ancestrale e ingombrante presenza, residui di una mentalità, di un atteggiamento, di un modo di pensare e concepire il processo che dietro la pretesa della ricerca della verità giunge di fatto alla limitazione di diritti nonché a un uso strumentale di norme apparentemente neutre piegate ad esigenze oppressive. In realtà grava sulle nostre spalle una «zavorra inquisitoria che ancora ingombra il nostro procedimento»<sup>10</sup>.

Basti pensare alle regole processuali contenute nel codice del 1988, il primo dell'età repubblicana, maturate in una società che aveva iniettato valori liberali e democratici nel sistema giustizia, con la speranza che i tratti maggiormente autoritari presenti nell'esperienza legislativa precedente fossero definitivamente archiviati. Più che speranza, illusione<sup>11</sup>. La spirale di

<sup>9</sup> M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in ID., *Storia del diritto penale*, cit. nt. 8, p. 4.

<sup>10</sup> LUCCHINI, *I semplicisti*, cit. nt. 2, p. 254.

<sup>11</sup> Carrara a suo tempo vaticinava che «un metodo accusatorio puro non può funzionare utilmente che sotto un reggimento politico estremamente libero» (F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*<sup>3</sup>, Lucca 1867, cap. VI, § 842, p. 503). Eppure, quando esso è arrivato, la profezia ha stentato a realizzarsi. Sul pensiero di Carrara sul punto cfr. L. LACCHÈ, «*L'opinione pubblica saggiamente rappresentata*». *Giurie e Corti d'assise nei processi celebri*

violenza che connotò gli anni Novanta determinò una torsione giurisprudenziale per fronteggiare una stagione emergenziale di fatto mai terminata: le norme furono rivisitate «nella clinica giurisprudenziale perché lì vivono i codici»<sup>12</sup> ed uscirono a volte dotate di un *imprinting* persecutorio dal sapore antico. Oralità e contraddittorio, pilastri di un nuovo rito accusatorio ‘all’italiana’<sup>13</sup>, vennero più o meno velatamente fiaccati e le garanzie individuali indebolite per rafforzare quelle del potere punitivo<sup>14</sup>.

Si tracciò «una “nuova” rotta che, complessivamente, sembra guardare più alle ragioni dell’ordine pubblico e della magistratura inquirente che a quelle del garantismo»<sup>15</sup>. Il codice dell’89 fu sfregiato, o se si vuole, «sfigurato»<sup>16</sup> nella difficoltà di trovare un equilibrio non precario tra ragioni del potere e ragioni dei singoli.

L’inquisizione, dunque, appare come uno stile, e non solo nel senso tecnico di *stylus iudicandi*, ma in quello di *forma mentis*, di attitudine, di abito mentale, di clima, di atteggiamento culturale, una sorta di abitudine giudiziaria che cade fuori dal tempo<sup>17</sup> e che non necessariamente passa dalla legge scritta, verbo incarnato di quell’assolutismo giuridico tanto deprecato quanto forse inevitabile nel penale. Si incista in un giudice che diventa organo militante, che vede nell’imputato, colpevole o no, uno strumento prezioso per raggiungere il suo fine (la verità) e per questo penetra nella sua mente per impossessarsi di ogni espressione, intenzione, parola e tradurla in strumento giudiziario<sup>18</sup>. Scrive Cordero: l’inquisito è «una bestia da con-

---

tra Otto e Novecento, in *Inchiesta penale e pregiudizio. Una riflessione interdisciplinare*, a cura di P. Marchetti, Napoli, 2011, p. 108.

<sup>12</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*<sup>3</sup>, Milano 1995, *Premessa*.

<sup>13</sup> Così si era espresso Gian Domenico Pisapia, che dal 1974 partecipò alla stesura del codice entrato poi in vigore il 24 ottobre 1989 (G.D. PISAPIA, *Un nuovo modello di processo*, in «La legislazione penale», 2, 1989, pp. 77-88).

<sup>14</sup> *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di D. Negri-R. Orlandi, Torino, 2017. Si rinvia altresì al saggio di Renzo Orlandi, contenuto in questo volume.

<sup>15</sup> L. LACCHÈ, *I diritti della storia e la storia dei diritti: riflettendo sul processo penale nell’Italia repubblicana*, in *Diritti individuali*, cit. nt. 7, p. 96.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> F. CORDERO, *Stylus curiae (Analisi della sentenza penale)*, in *La sentenza in Europa. Metodo tecnico e stile*, Padova, 1988, pp. 300-301. Di un «virus inquisitorio persistente» nel processo penale scrive F. PALAZZO, *Conclusioni*, in *Diritti individuali*, cit. nt. 7, p. 415.

<sup>18</sup> L. GARLATI, *La voce, il volto, la colpa. Il comportamento dell’imputato durante l’interrogatorio: conseguenze ed effetti giuridici secondo le pratiche criminali d’età moderna*, in «La Corte d’Assise. Rivista

fessione e va sfruttato a fondo»<sup>19</sup>.

Sul tavolo del processo penale si giocano partite importanti che toccano le garanzie degli imputati e la tutela delle vittime, nell'eterna polarità tra difesa dei diritti individuali e protezione dell'ordine sociale. Lo ricordava Achille Battaglia nel suo *Processo alla giustizia* del 1954<sup>20</sup>, una dura requisitoria condotta contro il codice Rocco, in cui l'autore ribadiva che gli interessi che la procedura deve tutelare sono due e apparentemente opposti, ma ugualmente forti e sacri, ossia l'interesse generale della società alla miglior tutela della propria sicurezza (e quindi alla repressione) e l'interesse individuale dei singoli al rispetto della loro libertà.

Quasi sorpreso che nei decenni successivi alla caduta del regime pochi fossero stati i ritocchi apportati ai «tre testi fondamentali della tirannia fascista»<sup>21</sup> (ossia il codice penale, di procedura penale e penale militare), Battaglia ancora nutriva qualche speranza sulla riforma del c.p.p. visto il disegno presentato alla Camera dal ministro leccese e senatore democristiano Michele De Pietro il 3 agosto 1954<sup>22</sup>, sfociato nella Novella del 1955<sup>23</sup>. La legge n. 517 del 18 giugno 1955 diede il via al periodo definito, non senza una traccia di sarcasmo, del garantismo inquisitorio<sup>24</sup>, formula che riscosse

---

quadrimestrale di scienze penalistiche integrate», 1, 2013, pp. 25-45.

<sup>19</sup> CORDERO, *Procedura penale*, cit. nt. 6, p. 25.

<sup>20</sup> A. BATTAGLIA, *Processo alla giustizia*, Bari 1954.

<sup>21</sup> Così P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, III *Diritto e processo costituzionale*, Roma 2019, p. 544.

<sup>22</sup> <[http://legislature.camera.it/\\_dati/leg02/lavori/stampati/pdf/11210001.pdf](http://legislature.camera.it/_dati/leg02/lavori/stampati/pdf/11210001.pdf)>.

<sup>23</sup> Si veda F. COLAO, *Per una Storia del Processo Penale «all'Italiana». «Astratte Modellistiche» e «Abitudini Profondamente Radicate»*, in *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History: Research Experiences and Itineraries*, a cura di M. Meccarelli e M.J. Solla Sastre, Frankfurt am Main 2016, in particolare pp. 250-266.

<sup>24</sup> L'espressione fu coniata da Ennio Amodio e comparve per la prima volta nella voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enciclopedia del diritto*, 27, 1977, p. 182. Il pensiero dell'autore ha avuto poi modo di articolarsi e svilupparsi nel tempo. Tra gli altri, si pensi a *Valori costituzionali e riforme processuali nel continente europeo*, in *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, a cura di A. Pizzorusso-V. Varano, Milano 1985, p. 749; *Il ripudio del giudice investigatore ereditato dal sistema francese (1981)*, in *Processo penale, diritto europeo e common law*, Milano 2003, p. 116; *Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea*, in *Diritti individuali*, cit. nt. 7, pp. 333-345. Rilevava, con acuta finezza, l'ironia sottesa alla formula Giuliano Vassalli, il quale tuttavia riconosceva che quella formula aveva «retto il processo penale per più di trenta anni, dal 1955 al 1988» (G. VASSALLI, *Introduzione*, in *L'inconscio*

un certo successo per indicare una stagione nella quale «hanno convissuto, all'interno del codice del 1930, l'originario impianto autoritario di Rocco e Manzini e le norme sui diritti del difensore nell'istruzione formale»<sup>25</sup>. Ma la revisione radicale che avrebbe condotto all'integrale sostituzione del codice avrebbe dovuto attendere (con gli esiti di cui si è detto) ancora più di trent'anni, per realizzare ciò che Giuliano Vassalli, 'padre' di quel testo, definì un misto accusatorio<sup>26</sup>.

Fin dal secolo XIX la penalistica civile aveva teorizzato che il tasso di progresso di uno Stato si misura anche (se non soprattutto) dalle regole che disciplinano l'accertamento processuale della verità. Nella filigrana della sua scansione interna, il diritto processuale penale lascia intravedere il volto del potere, i cardini su cui esso si fonda, gli interessi che promuove, il fine cui tende. Dietro l'apparenza di un arido tecnicismo, le norme processuali racchiudono un mondo di valori da portare alla luce un disvelamento ancora più delicato quando del congegno è artefice un contesto istituzionale particolarmente connotato, che non nasconde affatto l'immediata politicità e dunque la volontà di esercitare un controllo serrato sulla (e al contempo

---

*inquisitorio*, cit. nt. 1, p. 16). Ma dal garantismo inquisitorio all'accusatorio non garantito fu un battito d'ali (M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, pp. 20-33). Se Nobili dedicò al tema un capitolo in forma interrogativa, categoricamente assertivo fu V. PERCHIRUNNO, *Percorsi di procedura penale. Dal garantismo inquisitorio all'accusatorio non garantito*, Milano 1996. Le possibili degenerazioni di un sistema accusatorio erano state previste con incredibile intuizione già nei primi anni Sessanta da Nuvolone (P. NUVOLONE, *L'istruzione penale*, in *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Milano 1965, pp. 84-96) e da Pisapia, come ricorda Massimo Nobili in *Scenari e trasformazioni*, cit. in questa nota, pp. 75-76. Si veda anche il volume fortemente polemico «Critica del diritto», 4/5, 1992, in particolare, sempre di Nobili, *L'accusatorio sulle labbra, l'inquisitorio nel cuore*, pp. 11-17, in cui l'autore ricostruiva il pensiero di Nuvolone e Pisapia, i cui scenari, a detta di Nobili, si erano puntualmente verificati a distanza di trent'anni da quel fecondo dibattito. In quello stesso numero, Marziano Pontini addirittura affermava che «da Corte Costituzionale e il Governo con una scelta di restaurazione inquisitoria hanno portato il processo penale a un arretramento rispetto al modello del codice Rocco» (*C'era una volta il codice*, p. 18).

<sup>25</sup> «Si tratta evidentemente di un ossimoro che, esaltando la contrapposizione tra le due ideologie, richiama l'attenzione su una convivenza singolare e a prima vista impossibile» (AMODIO, *Verso una storia della giustizia penale*, cit. nt. 24, p. 340).

<sup>26</sup> G. VASSALLI, *Il codice di procedura penale del 1988: suoi contenuti e successive vicende*, in ID., *Scritti giuridici*, III: *Il processo e le libertà*, Milano 1997, p. 805. Sulla figura di Giuliano Vassalli negli anni della formazione si veda da ultimo G. DODARO, *Giuliano Vassalli tra fascismo e democrazia. Biografia di un penalista partigiano (1915-1948)*, Milano 2022.

mediante la giustizia penale<sup>27</sup>.

Il codice di procedura penale del 1930 risponde appieno a queste premesse. Il presente saggio si occuperà della nascita di quel codice, ripercorrendo l'*iter* che ne accompagnò la genesi: un codice elaborato contestualmente al codice penale sostanziale, ma con un percorso ancora meno pubblico, esito di un disegno totalitario, segnato da una stretta e coerente interrelazione tra apoteosi di uno Stato dispotico e organizzazione della giustizia penale.

Tuttavia, in esso l'inquisitorio non vi insinuò a tradimento. Si trattò di assorbimento osmotico di una cultura che arrivava da lontano e che indenne era passata attraverso l'infelice e rachitico 'mostricino' del 1865, come lo definì Vincenzo Manzini<sup>28</sup>, le posizioni della scuola positiva e il codice Finocchiaro Aprile del 1913<sup>29</sup>, genericamente presentato come moderatamente liberale o figlio di un «liberalismo equivoco»<sup>30</sup>, anche se Luc-

<sup>27</sup> Così mi espressi in L. GARLATI, *Le ragioni di un incontro*, in *L'inconscio inquisitorio*, cit. nt. 1, p. 1.

<sup>28</sup> V. MANZINI, *Per la riforma della procedura penale italiana. Note di pratica legislativa*, in «Studi senesi», XXII, 1905, *Scritti giuridici e di scienze economiche pubblicati in onore di Luigi Moriani nel XXXV anno del suo insegnamento*, I, Torino 1906, p. 419. Spietato il giudizio di Carrara, secondo il quale si trattava di un codice «indegno da capo a fondo dei nostri tempi e di un popolo che dicesi libero», da gettare alle fiamme perché l'Italia e, con essa, la scienza penalistica, ritrovasse la propria dignità (F. CARRARA, *Progresso e regresso del giure penale nel nuovo Regno d'Italia*, 2, in ID., *Opuscoli di diritto criminale*, vol. V, Lucca 1874, pp. 36-37).

<sup>29</sup> Sulle stagioni dell'Italia liberale che condussero alla fine alla promulgazione del codice Finocchiaro Aprile cfr. M.N. MILETTI, *Un processo per la terza Italia. Il codice di procedura penale del 1913*, I, *L'attesa*, Milano 2003; ID., *La giustizia penale*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti, Ottava appendice: Il contributo italiana alla storia del pensiero. Diritto*, Roma 2012, pp. 467-474.

<sup>30</sup> Cfr. CORDERO, *Procedura penale*, cit. nt. 6, p. 81. Delle diverse valutazioni di cui è stato fatto oggetto il codice del 1913, inteso ora come espressione di un orientamento progressista rispetto al testo del 1865, ora come continuazione dei tratti inquisitori del passato cfr. P. FERRUA, *Un nuovo processo penale dopo il Codice Zanardelli. Il Codice del 1913 e le origini del «garantismo inquisitorio»*, in *Codice penale per il Regno d'Italia (1889)*, rist. anast., Padova 2010, pp. CXCVII-CCXVII. Ritiene invece che il codice del 1913, così come quello del 1988, disegnarono «sistemi processual-penali forse più avanzati della nazione e dei suoi giudici» Giorgia Alessi, *Populismo, legalità*, cit. nt. 7, p. 349. Si tratta in fondo di un'estensione cronologica e concettuale di quanto affermato da Mario Sbriccoli a proposito del codice Zanardelli, «monumento liberale di un'Italia che lo era assai poco» (M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Storia del diritto penale*, cit. nt. 8, p. 546).

chini vi aveva individuato ingranaggi inquisitori<sup>31</sup>, presenti forse non per caso<sup>32</sup>. Era, quello del '13, un codice nato male e «arrivato fuori tempo»<sup>33</sup>, «destinato a vita grama [...], dove l'oralità ha guadagnato poco e perso qualcosa»<sup>34</sup> rispetto al passato.

Di un codice penale (sostanziale e processuale) si tornerà a parlare dopo 10 anni, quando Alfredo Rocco, giurista di vaglia, culturalmente attrezzato<sup>35</sup>, chiederà nel 1925 una delega sostanzialmente in bianco<sup>36</sup> nel mo-

<sup>31</sup> Lucchini riteneva che quel codice fosse pervaso «da uno spirito empiricamente reazionario, che prende le mosse dal negare assolutamente la presunzione d'innocenza nel giudicabile e attribuisce alla giustizia penale il fine precipuo di ottenere, in qualsiasi modo, la condanna dell'imputato», grazie ad un'«equivoca supremazia del p.m. e l'ermafroditismo del giudice istruttore, l'oralità superficiale e il contraddittorio apparente e paroloio del giudizio» (L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze 1921, p. 61; ID., *Il nuovo codice di procedura penale. Impressioni e appunti*, in «Rivista penale», 77, 1913, p. 683). Sulle critiche, ritenute eccessive, rivolte al codice del '13 cfr. F. CAPRIOLI, *La disciplina delle prove penali nel codice del 1913: un modello «empiricamente reazionario»?», in «La Corte d'assise» 2, 2011, pp. 507-530.*

<sup>32</sup> Uno dei redattori era stato il futuro architetto del rito del 1930, ossia Vincenzo Manzini, che giunse a definire quel codice, che avrebbe poi contribuito ad affossare, un'opera riuscita nel suo complesso. Oltre a presentarlo come il primo codice veramente italiano, non mancava di considerarlo, nonostante alcuni difetti, «un'opera pregevole», che aveva preparato la strada al codice del Trenta (V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale secondo il nuovo codice. Con prefazione di Alfredo Rocco Ministro della Giustizia*, vol. I, Torino 1931, p. 10). Manzini, nella stesura del codice del '13, era stato cooptato «in extremis nel ristretto gruppo dei 'coordinatori'» e in un primo momento difese quel codice dalle critiche rivoltegli da più parti. La citazione è tratta da MILETTI, *La giustizia penale*, cit. nt. 29, p. 472. Sulla partecipazione di Manzini alla commissione del 1913 e sulla sua difesa cfr. MILETTI, *Un processo per la terza Italia*, cit. nt. 29, pp. 365, 387-388, 415-416, 439).

<sup>33</sup> G. ALESSI, *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari 2009, p. 194.

<sup>34</sup> CORDERO, *Procedura penale*, cit. nt. 6, p. 84.

<sup>35</sup> Giurista e politico, ottenne al contempo dissenso e rispetto dagli avversari, i quali per lo più «deploravano che lo studioso avesse fornito le migliori armi alla dittatura e che fosse giunto non solo a fondare il sistema corporativo e quello costituzionale autoritario, ma a forgiare leggi decisamente liberticide». Rocco segnò come nessuno la storia giuridica del nostro paese; «nessun altro come lui si trovò nelle condizioni di tradurre (o veder tradotte) le proprie vedute, anzi la propria ideologia, nella legislazione e nell'amministrazione, con la puntualità, la determinatezza, la competenza, il successo che egli riscosse» (G. VASSALLI, *Passione politica di un uomo di legge*, in AL. ROCCO, *Discorsi parlamentari con un saggio di G. Vassalli*, Bologna 2005, pp. 14 e 41).

<sup>36</sup> Cfr. M. CHIAVARIO, *Codice di procedura penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, II, Torino

mento in cui il governo aveva bisogno di chiudere le polemiche nate dopo l'assassinio Matteotti<sup>37</sup>, di cui con tracotanza Mussolini si assunse la responsabilità nell'infuocata seduta della Camera del 3 gennaio 1925<sup>38</sup>.

In un'aula azzoppata, dove le opposizioni per lo più non parteciparono al dibattito, Alfredo Rocco, sotto le mentite spoglie di parole rassicuranti, tratteggiava una riforma addirittura in senso accusatorio, escludendo altresì categoricamente, con riferimento ai codici penale e processuale, qualunque finalità politica: «uno scopo che esulerebbe del resto dal mio temperamento e dalle mie abitudini mentali di studioso e di giurista»<sup>39</sup>.

---

1988, p. 259; ID., *Alle radici del codice Rocco: la nascita di una delega sostanzialmente in bianco, tra acrobazie tecniche e ombre di una minaccia politica nel crepuscolo delle libertà*, in *L'inconscio inquisitorio*, cit. nt. 1, pp. 45-55. Il disegno di legge delega fu presentato alla Camera il 13 gennaio 1925 e approvato il 29 maggio dello stesso anno. Trasmesso al Senato il 5 giugno, fu approvato il 18 dicembre 1925 e divenne legge il 24 dicembre 1925.

<sup>37</sup> Rocco era l'uomo giusto al momento giusto: il 'fascismo potenziale' di Rocco era «*antecedente* al fascismo realizzato», tanto da rendere difficile scindere ciò che egli prestò al regime da ciò a cui il regime lo convertì. Egli, in realtà, elaborò «una visione e una dottrina di ciò che poi fu il fascismo», tanto che quando mise piede per la prima volta alla Camera nel 1921 aveva già «intellettualmente percorso la strada che porta al fascismo a partire dalla critica al liberalismo» (M. PERA, *Presentazione*, in AL. ROCCO, *Discorsi parlamentari*, cit. nt. 35, pp. 9-10). Sul punto si veda G. CHIODI, *Alfredo Rocco e il fascino dello Stato totale*, in *I giuristi e il fascismo del regime (1918-1925)*, Roma 2015, pp. 103-127. Si segnala per una lettura originale di Giacomo Matteotti, volta a ricostruire le origini culturali del suo socialismo riformista nella solida formazione giuridico penalista, *Giacomo Matteotti fra diritto e politica*, a cura di D. Negri, Verona 2022. Per un approfondimento della sua concezione in tema di recidiva e della contrapposizione a Manzini si veda P. PASSANITI, *Giacomo Matteotti e la recidiva. Una nuova idea di giustizia criminale*, Milano 2022.

<sup>38</sup> «Dichiaro qui, al cospetto di questa Assemblea e al cospetto di tutto il popolo italiano, che io assumo, io solo, la responsabilità politica, morale, storica di tutto quanto avvenuto. Se le frasi più o meno storpiate bastano per impiccare un uomo, fuori il palo e fuori la corda; se il fascismo non è stato che olio di ricino e manganello, e non invece una passione superba della migliore gioventù italiana, a me la colpa! Se il fascismo è stato un'associazione a delinquere, io sono il capo di questa associazione a delinquere». Il discorso di Mussolini fu accompagnato da vivi applausi e da molte voci di sostegno pronte a esclamare: «Tutti con voi!». È il punto di non ritorno della deriva autoritaria che porterà alla sostituzione di Oviglio, che presiedeva la Camera in quel frangente, culminata poi nella sua espulsione dal partito fascista nell'agosto del 1925 (*Atti parlamentari, Camera dei deputati, Legislatura XXVII, 1ª sessione, XLIX, tornata del 3 gennaio 1925, III*, Roma 1925, p. 2030).

<sup>39</sup> AL. ROCCO, *Sul disegno di legge «Stato di previsione della spesa del Ministero della giustizia e degli*

Rabboniva inoltre gli interlocutori parlamentari sostenendo che in realtà gli emendamenti, richiesti anche dagli esponenti dell'estrema sinistra<sup>40</sup>, avevano ragioni squisitamente tecniche, dettate dalla necessità di completare il quadro di riforme che ci si apprestava a varare<sup>41</sup>. Per quanto riguarda il codice di procedura penale, si trattava semplicemente di emendare gli articoli che avevano dato luogo a controversie o che erano stati riconosciuti imperfetti, tenendo altresì conto degli inconvenienti messi in luce dalla loro pratica applicazione<sup>42</sup>.

Al codice vigente, Rocco riconosceva alcuni pregi, ma anche molti difetti: un «eccessivo astrattismo dottrinale», lungaggini e complicazioni inutili, decadenze e nullità moltiplicate con grave intralcio all'opera del magistrato<sup>43</sup>.

Si trattava in fondo di un codice venuto alla luce ed entrato in vigore

---

*affari di culto per l'esercizio finanziario dal 1° luglio 1924 al 30 giugno 1925» (Senato del Regno, tornata del 24 gennaio 1925), in ID., Discorsi parlamentari, cit. nt. 35, p. 134.*

<sup>40</sup> AL. ROCCO, *Sui disegni di legge «Delega al Governo del Re della facoltà di arrecare emendamenti alla legge di pubblica sicurezza» e «Delega al Governo del Re della facoltà di emendare il Codice penale, il Codice di procedura penale, le leggi sull'ordinamento giudiziario e di apportare nuove comunicazioni e aggiunte al Codice civile» (Camera dei deputati, tornata del 27 maggio 1925), in ID., Discorsi parlamentari, cit. nt. 35, p. 177.*

<sup>41</sup> La profonda revisione che si stava attuando sul codice civile, l'emanazione di nuovi codici di commercio, di procedura civile e per la marina mercantile (riforme che il governo era stato autorizzato a compiere con la legge 30 dicembre 1923, n. 2814), imponevano un intervento anche sulla materia penale per realizzare una riforma «veramente organica e rispondente in tutto alle esigenze attuali della vita italiana» [AL. ROCCO, *Sul disegno di legge «Stato di previsione della spesa» (Senato, tornata del 24 gennaio 1925), cit. nt. 39, pp. 133-134].*

<sup>42</sup> Formalmente nei suoi interventi parlamentari Rocco ricorreva a termini rassicuranti quali emenda, revisione, correzione, modificazioni e questo potrebbe indurre a ritenere che l'intenzione fosse quella «di ritoccare anche sensibilmente il codice Finocchiaro-Aprile, non di sostituirlo integralmente» (M.N. MILETTI, *La scienza nel codice. Il diritto processuale penale nell'Italia fascista, in L'inconscio inquisitorio, cit. nt. 1, p. 61). E anche a progetto delineato proseguiva con questa artefatta rappresentazione, sostenendo che il codice che si andava predisponendo era opera in buona parte nuova ma non sovvertitrice, innestando il nuovo sul vecchio, «demolendo, ma ricostruendo insieme» (AL. ROCCO, *Relazione, in Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, vol. VIII Progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale con la relazione del guardasigilli on. Alfredo Rocco, Roma 1929, p. 11 [d'ora in poi Relazione (1929)].**

<sup>43</sup> AL. ROCCO, *Sul disegno di legge «Stato di previsione della spesa» (Senato, tornata del 24 gennaio 1925), cit. nt. 39, p. 137.*

tra numerose critiche «come non toccò forse finora a nessun altro codice o legge»: un'agitazione che «serpeggiò e poi divampò per l'Italia tutta, passando dalle curie ai congressi forensi, dalla stampa politica al Parlamento, dalle riviste scientifiche ai discorsi inaugurali dei procuratori generali»<sup>44</sup>. Un dissenso che costrinse il guardasigilli Orlando a nominare una Commissione già nel 1915 sotto la guida di Mortara per un immediato riesame, commissione poi travolta dagli eventi bellici e dalle vicende politiche.

Dopo alcuni tentativi andati a vuoto, era giunto il momento di intervenire su questi vizi intollerabili, plasmando un procedimento snello: snello il metodo<sup>45</sup>, snella la struttura. Semplificare, sfrondare, correggere erano le parole d'ordine che orientavano Rocco in nome di un parossistico efficientismo: un ambiguo messaggio che sembrava da un lato escludere nell'immediato un'integrale sostituzione del codice in vigore, ma che dall'altro lasciava presagire interventi drastici.

Di fronte al Senato, nell'ormai imminente concessione della delega, Rocco assestava un buffetto ad Alessandro Stoppato, che «per naturale affetto paterno» si mostrava indulgente verso il codice Finocchiaro-Aprile, che «in buona parte, è opera sua». Funambolico su un terreno scivoloso, concedeva che quel codice non meritasse «tutte le critiche, a cui è stato fatto segno»; ne riconosceva alcuni pregi innegabili, «soprattutto di sistemazione e di tecnica legislativa», ma «ha dato luogo, nella pratica, a non pochi inconvenienti», dovuti non già all'inesperienza di giudici e avvocati, come sostenuto da Stoppato, ma da difetti sostanziali. «Non già che il Codice sia tutto cattivo e vada totalmente riformato, ma una revisione attenta

<sup>44</sup> AL. ROCCO, *Relazione al disegno di legge «Delega al Governo del Re della facoltà di emendare il codice penale, il codice di procedura penale, le leggi sull'ordinamento giudiziario e di apportare nuove modificazioni e aggiunte al codice civile presentata alla Camera dei Deputati nella seduta del 30 gennaio 1925*, in *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato Liberale allo Stato Fascista*, Roma 1927, p. 234 [d'ora in poi *Relazione (1925)*].

<sup>45</sup> Per rispondere alle seppur poche perplessità sollevate sul metodo prescelto per la riforma, ossia quello della delega legislativa al Governo, Rocco richiamava ancora una volta la tradizione italiana: «che cosa si è fatto tutte le volte che si è proposto al Parlamento la riforma di un Codice [...]? Si discusse forse alla Camera e al Senato il testo dei Codici articolo per articolo [...]? Mai più. Si fece sempre quello che è compatibile con il carattere e con la funzione del Parlamento, cioè una discussione sopra i principi fondamentali della riforma [...]. Ciò dimostra che il metodo [...] da me seguito per i Codici di diritto penale, è perfettamente ortodosso e conforme ai precedenti» [ROCCO, *Sui disegni di legge «Delega al Governo» (Camera, tornata del 27 maggio 1925)*, cit. nt. 40, p. 179].

si impone»<sup>46</sup>.

In realtà la lettura della relazione accompagnatoria del disegno di legge che delegava il Governo alla riforma dei codici penale e di procedura penale del 30 gennaio 1925 sembrerebbe in parte contraddire queste affermazioni e indicare la precisa volontà di predisporre un disegno egemonico: la ‘ricodificazione’, spacciata per poche azioni correttive, si apprestava ad essere lo strumento legislativo per uno Stato forte, dotato di un ‘penale’ altrettanto forte.

Forse non si trattò di una «progressiva ‘ebrezza’ codificatoria dilatata all’intero ambito penalistico»<sup>47</sup>, ma di un obiettivo chiaro *ab initio* da perseguire con pertinacia, senza tuttavia ‘spaventare’ il Parlamento, che si lasciò ammaliare dall’eloquenza oratoria, dall’abilità politica, dall’autorevolezza del personaggio, così convincente che perfino un fiero avversario come Luigi Lucchini non mancò di spendere parole di apprezzamento per l’opera che si stava compiendo, come ricordava con ferezza lo stesso Ministro<sup>48</sup> in risposta alle critiche politiche mosse dall’avvocato Giovanni Battista Boeri<sup>49</sup>.

Dalla *Relazione* del 30 gennaio 1925, infatti, molto traspariva del vero proposito. Rocco, infatti, aveva affermato chiaramente che la ‘revisione’ non poteva limitarsi a singoli punti della legge, ma doveva investire l’intero complesso del codice, in ragione delle sue «improprietà tecniche nella forma e nello stile»<sup>50</sup>: una tecnica legislativa che avrebbe invece elogiato in Senato

<sup>46</sup> AL. ROCCO, *Sul disegno di legge «Delega al Governo del Re della facoltà di emendare il Codice penale, il Codice di procedura penale, le leggi sull’ordinamento giudiziario e di apportare nuove modificazioni e aggiunte al Codice civile (Senato del Regno, tornata del 17 dicembre 1925)», in ID., Discorsi parlamentari, cit. nt. 35, p. 275.*

<sup>47</sup> MILETTI, *La scienza*, cit. nt. 42, p. 63.

<sup>48</sup> ROCCO, *Sui disegni di legge «Delega al Governo» (Camera, tornata del 27 maggio 1925)*, cit. nt. 40, p. 180. «Si voleva favorire l’impressione di una continuità nel segno della tradizione [...] promettendo opportuni e condivisibile aggiustamenti» (L. GARLATI, *Novità nel segno della continuità. Brevi riflessioni sulla processualpenalistica italiana di ieri e di oggi*, in *Diritti individuali*, cit. nt. 7, p. 287).

<sup>49</sup> Boeri, ligure di nascita ma milanese di adozione, era stato eletto nel 1924 nella lista del Partito Nazionale Fascista (fu quindi deputato nella XXVII legislatura del Regno), ma in seguito divenne fiero oppositore del regime. Fu membro della Consulta Nazionale (per la sua nomina alla Consulta cfr. il decreto luogotenenziale 22 settembre 1945, in *Supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale n. 114 del 22 settembre 1945*, p. 2) e senatore nella prima legislatura repubblicana <<https://www.senato.it/leg/01/BGT/Schede/AttSen/00009205.htm>>.

<sup>50</sup> ROCCO, *Relazione (1925)*, cit. nt. 44, pp. 237-238. I segnali di una simile volontà si susseguirono nel tempo. Ad esempio, nel suo intervento alla Camera del 21 marzo del 1925,

il 17 dicembre, nel *vis à vis* con Stoppato, mostrando anche in questo caso qualche opacità<sup>51</sup>.

Sempre nella *Relazione* metteva sotto accusa, con espressioni che si sarebbero ripetute negli interventi<sup>52</sup>,

il dottrinarismo astratto di molte disposizioni, la complicazione degli istituti che crea un meccanismo processuale mastodontico con un groviglio di competenze e di interferenze funzionali; la pesantezza del congegno processuale che, coll'impaccio delle proroghe e delle restituzioni dei termini, delle sospensioni e dei rinvii, con la defatigazione dei molteplici gravami, prolunga le istruttorie per anni e i dibattimenti per mesi; l'assidua minaccia delle troppo numerose decadenze processuali, e il gioco delle non meno numerose nullità, or sì or no sanabili, ascose in ogni istituto, che costituiscono come una perenne spada di Damocle tesa sul capo delle parti, dei funzionari requirenti e dei giudici; il carattere talvolta eccessivamente restrittivo, tal altra invece eccessivamente liberale delle disposizioni, infine il costo esorbitante dei processi penali [...]. Ecco alcuni dei difetti generali che viziano l'organismo del vigente codice di procedura. Una dettagliata enumerazione di tutti i singoli punti che sembra abbiano bisogno di emendamenti, sarebbe come ognuno intende, insieme impossibile ed inopportuna<sup>53</sup>.

Appariva impraticabile, a ben giudicare, un'opera di mera 'manutenzione': il codice più che destrutturato dall'interno con operazione palliative richiedeva una rifondazione *ab imis*.

Rocco esprimeva chiaramente la sua visione di processo penale, e ri-

---

il ministro sentiva l'esigenza di offrire dei chiarimenti sulla riforma del codice di procedura penale affermando che «la riforma del Codice di procedura penale è più vasta per la natura organica del processo. Non è possibile mutare nel processo una parte, senza che la riforma abbia una ripercussione su tutto il resto». Pur rassicurando che i mutamenti sostanziali, considerati effettivamente fondamentali, non fossero gravissimi, l'elenco tratteggiato quasi incidentalmente prevedeva istruttoria, nullità, decadenze, scarcerazione automatica (e altre di minor rilevanza), e comunque, in uno squarcio di sincerità, Rocco ammetteva che «nel mio pensiero la riforma del Codice di procedura penale debba essere più radicale di quella del Codice penale», giocando sul filo dell'ambiguità [ROCCO, *Sul disegno di legge «Stato di previsione della spesa del Ministero della giustizia e degli affari di culto per l'esercizio finanziario dal 1° luglio 1925 al 30 giugno 1926» (Camera dei deputati, 2ª tornata del 21 marzo 1925)*, in ID., *Discorsi parlamentari*, cit. nt. 35, pp. 148-149]

<sup>51</sup> Cfr. *supra*, nt. 46.

<sup>52</sup> Cfr. *supra*, nt. 43.

<sup>53</sup> ROCCO, *Relazione (1925)*, cit. nt. 44, p. 238.

mase fedele e coerente con sé stesso negli interventi parlamentari, rafforzando volta per volta ciò che timidamente enunciava ora nell'una ora nell'altra Camera. Il consenso (reale e costruito) che si coagulava attorno alle sue proposte rinsaldava la convinzione di dover intervenire su alcuni punti nevralgici del processo, convertendoli in senso inquisitorio per esigenza di controllo spacciato per mantenimento dell'ordine pubblico, per contrasto e annientamento del nemico identificato nel delinquente, per soffocare il dissenso fomentatore di caos.

Il programma di riforma prevedeva come un mantra la ripetizione di concetti chiari e insistiti, a partire dall'idea di escludere il privato dall'esercizio dell'azione penale (configurata esclusivamente come pubblica<sup>54</sup>) senza eccezione alcuna, controbattendo ad esempio alla richiesta di Stoppato di prevedere la citazione diretta della parte per tutti i reati d'azione privata e non per i soli reati di diffamazione e ingiuria. Per il Ministro l'accettazione di simile proposta avrebbe costituito un grave *vulnus* alle fondamenta del diritto processuale penale<sup>55</sup>.

Sosteneva altresì la necessità di una revisione dell'art. 179 del codice Finocchiaro Aprile, che prevedeva la sottoposizione dell'azione penale esercitata dal pubblico ministero al controllo del giudice istruttore. Secondo tale disposizione, il pubblico ministero era obbligato a esercitare l'azione penale e a provocare una decisione del giudice istruttore, qualunque fosse la denuncia penale.

Rocco non mancava di stigmatizzare come un'inutile perdita di tempo tale scelta, considerata la numerosità di denunce manifestamente infondate, rivendicando, fin dalle prime battute, ciò che sarebbe stata la scelta effettivamente operata: attribuire in via esclusiva al pubblico ministero la competenza ad accertare l'esistenza delle condizioni per l'esercizio dell'azione stessa<sup>56</sup>.

Respingeva con fermezza la contrapposizione sorta durante il dibattito parlamentare tra principio di legalità e di opportunità. Il primo, imponendo

---

<sup>54</sup> Il punto sarà ribadito con forza se possibile ancora maggiore nella Relazione al progetto preliminare del 1929, osservando che non potevano continuare ad avere valore «quelle considerazioni pseudo democratiche o eccessivamente individualistiche per le quali si dovrebbe ravvisare in ogni rappresentante dell'Autorità quasi un nemico del cittadino così da doversi presumere più tosto l'illegittimità che la legittimità dell'azione pubblica coercitiva» [ROCCO, *Relazione (1929)*, cit. nt. 42, p. 11].

<sup>55</sup> ROCCO, *Sul disegno di legge «Delega al Governo del Re» (Senato, tornata 17 dicembre 1925)*, cit. nt. 46, p. 275.

<sup>56</sup> Ivi, p. 276.

al pubblico ministero l'obbligo di esercitare l'azione penale, avrebbe richiesto un pubblico ministero sottoposto ad un controllo affidato al giudice istruttore per escludere ogni «latitudine di apprezzamento» da parte del p.m.<sup>57</sup>; il secondo, al contrario, avrebbe comportato la concessione al pubblico ministero di un'ampia valutazione discrezionale circa l'opportunità o meno di esercitare l'azione penale<sup>58</sup>.

La questione era per il Guardasigilli mal posta ed esigeva un cambio di prospettiva nell'analisi del problema. Occorreva considerare che ciò che si configurava come un obbligo per il pubblico ministero si risolveva anche in un suo dovere: pertanto il punto non era valutare se lo stesso avesse la facoltà di non esercitare l'azione penale qualora non lo ritenesse conveniente, ma «nel vedere se egli abbia o non, competenza a giudicare se esistono gli estremi per l'esercizio dell'azione. Porre così la questione, è risolverla»<sup>59</sup>.

Quindi, non si trattava di decidere se l'azione penale fosse o meno obbligatoria, ma di comprendere «chi deve giudicare se concorrono, in concreto, gli elementi per l'esercizio dell'azione penale»<sup>60</sup>: lo stesso pubblico ministero o un'autorità diversa da lui «che si sovrappone a lui, che giudica su di lui e che quindi usurpa in parte o assume, se non vogliamo usare questa parola troppo grossa, le funzioni del pubblico ministero?»<sup>61</sup>. Per Rocco la risposta era semplice e scontata: il compito spettava al pubblico ministero, organo destinato in via esclusiva non solo a esercitare un diritto, ma a determinare se l'esercizio di quel diritto fosse giustificato o meno.

Fin dalle prime battute si discusse sul ruolo del pubblico ministero, con l'obiettivo di allontanarsi drasticamente dalle soluzioni adottate dal codice del '13 dove, per «dissipare le ombre dell'inquisitorio»<sup>62</sup>, il p.m. non era parte del processo, dal momento che non perseguiva un interesse proprio

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> Si precisava, tuttavia, che «quando si parla di discrezionalità dell'azione penale, non si intende parlare di *discrezionalità pura*, di puro arbitrio del pubblico ministero; si parla sempre di discrezionalità ragionevole e giusta» [ROCCO, *Sui disegni di legge «Delega al Governo»* (Camera, tornata del 27 maggio 1925), cit. nt. 40, p. 192].

<sup>59</sup> ROCCO, *Sul disegno di legge «Delega al Governo del Re»* (Senato, tornata 17 dicembre 1925), cit. nt. 46, p. 276.

<sup>60</sup> ROCCO, *Sui disegni di legge «Delega al Governo»* (Camera, tornata del 27 maggio 1925), cit. nt. 40, p. 192.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> MILETTI, *La scienza*, cit. nt. 42, p. 98.

e personale, ma rappresentava la giustizia.

Per il Ministro la visione delineata dalla normativa vigente finiva per negare la separazione dei poteri, confondendo lo Stato potere esecutivo con lo Stato potere giudiziario: l'uno, rappresentato dal pubblico ministero, doveva mirare alla condanna dei colpevoli; l'altro, impersonato dal giudice, doveva avere a cuore la difesa del cittadino innocente.

Il codice del 1913, a detta di Rocco<sup>63</sup>, disconoscendo il ruolo di parte del pubblico ministero, aveva creato un grave danno della giustizia, e lo aveva fatto attribuendo al p.m. «un'iperbolica indipendenza o neutralità»: qualità invece proprie del giudice. Era pertanto necessario ripensare tale figura: il pubblico ministero doveva essere privato della facoltà di agire nell'interesse e quasi in rappresentanza dell'imputato «che oggi gli è dalla legge affidata»<sup>64</sup>.

Cadeva pure sotto la mannaia liquidatoria del passato anche il ruolo dei periti, accusati di aver trasformato le aule dei tribunali in sede di conferenze dove dibattere presunte verità scientifiche, tutte alla fine opinabili e controvertibili. Occorreva soprattutto evitare di equiparare i periti di parte, chiamati a intervenire nella sola fase istruttoria, a dei giudici tecnici: il loro compito, in realtà, era quello di difendere le tesi del cliente, al pari di quanto faceva un avvocato. La qualifica di perito sarebbe dovuta spettare unicamente a quanti, nominati dal giudice, lo affiancavano mettendo a sua disposizione le loro specifiche competenze. I privati potevano semmai ricorrere a consulenti tecnici, ai quali il giudice avrebbe dato lo stesso cre-

---

<sup>63</sup> ROCCO, *Sul disegno di legge «Delega al Governo del Re» (Senato, tornata 17 dicembre 1925)*, cit. nt. 46, pp. 277-278.

<sup>64</sup> ROCCO, *Relazione (1925)*, cit. nt. 44, p. 240. Ruolo e funzioni del pubblico ministero erano da sempre al centro del dibattito della scienza giuridica. Già Carrara, nel tracciare la storia del pubblico ministero e i modelli accusatorio, inquisitorio, misto, dichiarava di avere in mente una figura corrispondente a un ideale scientifico, estraneo ad ogni ramo del potere esecutivo e da ogni ingerenza di polizia, rappresentante della legge e non del governo, indifferente alle assoluzioni e alle condanne penali (F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, vol. II, Lucca 1877 p. 413). Si veda per una ricostruzione storiografica C. STORTI, *Accusare il delitto, difendere l'innocenza: le impugnazioni del pubblico ministero nella dottrina italiana nella prima metà del XX secolo*, in *Staatsanwaltschaft. Europäische und amerikanische Geschichten*, a cura di B. Durand, L. Mayali, A. Padoa Schioppa, D. Simon, Frankfurt am Main 2005, pp. 357-367; M.G. DI RENZO VILLATA, *Un pubblico ministero «figlio della politica». Azione penale e pubblico ministero tra dipendenza e libertà nell'Italia postunitaria*, in *ivi*, pp. 203-310; EAD, *Azione penale e pubblico ministero tra dipendenza e libertà nell'Italia postunitaria*, in «Diritto penale XXI secolo», XVI, 2, 2017, pp. 308-394.

dito riservato agli avvocati<sup>65</sup>. Non si trattava solo di una modifica lessicale, ma di sostanza.

Nonostante, per ammissione dello stesso Rocco, la proposta avesse raccolto in ugual misura consensi e critiche, tanto «che è difficile dire se siano più i primi che i secondi»<sup>66</sup>, la figura dei consulenti, modellata come previsto dal progetto, entrò a pieno titolo nel codice (artt. 323-324 c.p.p.). Essi furono infatti intesi come veri e propri difensori demandati a sostenere le ragioni della parte assistita<sup>67</sup>.

Altro obiettivo indicato fin dalle prime battute era la messa al bando dell'istituto della scarcerazione automatica, previsto dal codice del '13, «continuo impaccio e perenne spauracchio per le autorità inquirenti e requisiti»<sup>68</sup>. La custodia preventiva doveva essere protratta indefinitamente per il fatto che «il magistrato è talmente assillato dal lavoro, e, specialmente in alcuni grandi tribunali, è così sovraccarico, che non gli riesce, spesso, di espletare il suo compito istruttorio nel breve periodo stabilito dalla legge»<sup>69</sup>. L'eliminazione della scarcerazione automatica per decorrenza dei termini avrebbe permesso agli inquirenti di operare con serenità senza che pendesse sul loro capo la spada di Damocle di tempi contingentati entro i quali svol-

<sup>65</sup> ROCCO, *Sul disegno di legge «Delega al Governo del Re» (Senato, tornata 17 dicembre 1925)*, cit. nt. 46, pp. 279-280. «Lo spettacolo dei periti che nel dibattito pubblico si trasformavano in avvocati, e fra i più accaniti e meno sereni, portando in una discussione che avrebbe dovuto limitarsi alla tranquilla obiettività del responso scientifico elementi passionali di difesa» non poteva più essere ammesso e tollerato [ROCCO, *Sui disegni di legge «Delega al Governo» (Camera, tornata del 27 maggio 1925)*, cit. nt. 40, p. 193]. Nella Relazione del progetto provvisorio il tema ritornava, insistendo sulla presunta insincerità dei periti che si tramutava in un inganno per la giustizia e proprio questo palese schieramento a favore delle parti aveva indotto a mantenere in fase di stesura del codice le promesse e i propositi espressi nelle aule parlamentari [ROCCO, *Relazione (1929)*, cit. nt. 42, pp. 62-63].

<sup>66</sup> AL. ROCCO, *Relazione*, in *Lavori preparatori del codice penale del codice di procedura penale*, vol. X *Progetto definitivo di un nuovo codice di procedura penale con la relazione del guardasigilli on. Alfredo Rocco*, Roma 1930, p. 48 [d'ora in poi *Relazione (1930)*].

<sup>67</sup> *Ibidem*.

<sup>68</sup> ROCCO, *Relazione (1925)*, cit. nt. 44, p. 245. Al contrario, Bettiol del codice del '13 lodava proprio l'introduzione, per la prima volta, della scarcerazione per decorrenza dei termini, scorrendo nell'istituto «una delle più marcate e tipiche espressioni dell'ideologia politica liberale nel campo della legislazione penale processuale» (G. BETTIOL, *Istituzioni di diritto e procedura penale. Corso di lezioni per gli studenti di Scienze politiche*, Padova 1966, p. 173).

<sup>69</sup> ROCCO, *Sul disegno di legge «Delega al Governo del Re» (Senato, tornata 17 dicembre 1925)*, cit. nt. 46, p. 281.

gere il proprio lavoro<sup>70</sup>. Muovendo dall'assunto che l'accusato doveva essere considerato un presunto colpevole, egli era «destinato a trascorrere in carcere tutti i gradi del processo, malgrado esso potesse chiudersi con una sentenza di assoluzione»<sup>71</sup>.

Il percorso iniziato il 13 gennaio si concluse il 24 dicembre 1925. La delega fu concessa a furor di parlamentari: solo 12 votarono in dissenso alla Camera contro 219 favorevoli, mentre furono 18 i contrari a Palazzo Madama contro 148<sup>72</sup>.

Il codice del '13 venne definitivamente accantonato, segnando una stagione tanto breve quanto spesso nostalgicamente rimpianta, e lo fu non perché obsoleto, ma perché politicamente non allineato: il rito che il governo voleva tratteggiare doveva essere espressione di un nuovo corso, o come retoricamente si affermava, di una nuova era. A determinare la condanna del c.p.p. del 1913 furono la sua ispirazione liberale e il riferimento a dottrine connotate da un «principio individualistico di diffidenza verso le autorità»<sup>73</sup>.

Senza giri di parole, Rocco riconosceva che il codice che ci apprestava a redigere era invece pienamente informato ai principi fondamentali fissati dalla rivoluzione fascista. Sul piano processuale l'affermazione si traduceva nell'eliminazione di tutte le influenze delle dottrine demo-liberali che avevano esaltato l'individuo, contrapponendolo ad uno Stato insidioso sopraffattore del singolo<sup>74</sup>.

L'emanazione di un codice antitetico a quello precedente solo apparentemente suonò come un tradimento delle promesse e premesse iniziali, tanto che ciò che non sembrava prospettata all'origine come una priorità (ossia la sostituzione dei codici penali) divenne alla fine un'urgenza: essi

---

<sup>70</sup> ROCCO, *Sui disegni di legge «Delega al Governo» (Camera, tornata del 27 maggio 1925)*, cit. nt. 40, p. 194. Sulla discussione che si aprì dal 1944 in poi, quando con d.lgs.lgt del 10 agosto, n. 194, la scarcerazione automatica fu ripristinata cfr. G. CHIODI, *Custodia preventiva e garanzie della libertà personale nel primo decennio repubblicano: il caso della scarcerazione automatica*, in *Diritti individuali*, cit. nt. 7, pp. 233-263.

<sup>71</sup> COLAO, *Per una Storia del Processo Penale «all'Italiana*, cit. nt. 23, p. 248.

<sup>72</sup> CORDERO, *Procedura penale*, cit. nt. 6, p. 85.

<sup>73</sup> ROCCO, *Relazione (1929)*, cit. nt. 42, p. 7. Evidenzia la rottura ideologica con il codice del 1913, incompatibile con «l'impronta dispotica del nuovo regime» P. FERRUA, *Dal codice di rito del 1913 al codice del 1930*, in «Diritto penale XXI secolo», X, 2011, 2, pp. 445-451.

<sup>74</sup> ROCCO, *Relazione (1929)*, cit. nt. 42, p. 7.

furono infatti i primi a vedere la luce<sup>75</sup>. Non poteva che essere così, dal momento che «i codici punitivi [...]» erano in fondo «i codici politici per eccellenza; poiché quello della funzione punitiva era il campo che i residui del liberalismo ingombrava di più»<sup>76</sup>.

## 2. *Manzini e il favor inquisitionis*

Il codice del Trenta nasceva con un'ideologia precisa che si cercherà di minimizzare al termine della parabola fascista. Rispetto al passato vi fu continuità di caratteri e discontinuità ideologica, perché in fondo, come ebbe a dire il Guardasigilli nella sua relazione, i redattori «erano stati illuminati da otto secoli d'ininterrotta, gloriosa produzione scientifica e legislativa»<sup>77</sup>. Alfredo Rocco, ma soprattutto Vincenzo Manzini, affidarono a quel codice la realizzazione dei principali valori perseguiti dal governo di Mussolini: prevalenza delle esigenze collettive sulle garanzie individuali, tutela dell'ordine pubblico, crociata contro il sentimentalismo aberrante di matrice liberale<sup>78</sup>.

Il fascino inquisitorio ben si sposava con i valori del fascismo; consentiva, in altre parole, di dar sfogo in ambito penale (specificamente processuale) alla rivoluzione più volte invocata, servendosi di quel codice per fini politici o, comunque, infarcendolo di *politicità*.

Si trattava di una Rivoluzione (espressione «che suscitava ancora poco tempo fa qualche ripugnanza e qualche dissenso»), ma ormai «universal-

<sup>75</sup> Rocco rivendicava la scelta di aver rallentato la preparazione degli altri codici «per condurre innanzi rapidamente la preparazione della nuova legislazione penale» [ROCCO, *Sul disegno di legge «Stato di previsione della spesa del Ministero della giustizia e degli affari di culto per l'esercizio finanziario dal 1° luglio 1929 al 30 giugno 1930»* (Camera dei deputati, tornata del 16 maggio 1929), in ID., *Discorsi parlamentari*, cit. nt. 35, p. 415].

<sup>76</sup> *Ibidem*.

<sup>77</sup> *Ibidem*. In questo modo Rocco rivendicava il carattere squisitamente italiano del codice nonché la superiorità dell'Italia nelle scienze penali, un'Italia svincolata dalla soggezione e dalla sudditanza a modelli stranieri.

<sup>78</sup> «I nemici [sott. di Rocco e del fascismo] sono l'individualismo – base “comune” del liberalismo, della democrazia e del socialismo – la democrazia liberale e il corrotto parlamentarismo giolittiano. Il nuovo è lo Stato nazionale, autoritario» (L. LACCHÈ, *Tra giustizia e repressione: i volti del regime fascista*, in *Il diritto del duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, Roma 2015, p. XI).

mente accettata»<sup>79</sup>, intesa non tanto come movimento di popolo sfociante nella conquista del potere con la forza, destinata a esaurirsi nei moti di piazza, ma come cambio radicale di mentalità e di nozione stessa dello Stato, operando

profondamente sulla psicologia delle masse, trasformandone l'orientamento spirituale [...] un rivolgimento politico o sociale, ovvero politico e sociale insieme, quindi un processo storico che mette capo a un nuovo ordinamento dello Stato [...]. In altri termini la rivoluzione non può essere fine a se stessa, è necessariamente mezzo per la formazione di un ordine nuovo<sup>80</sup>.

Il Manzini del Trenta proseguì con coerenza il percorso tracciato nel suo *Manuale* del 1912, pubblicato un anno prima di quel codice di cui fu al tempo stesso artefice e carnefice.

Già allora infatti Manzini asseriva che il processo penale non costituiva una diatriba accademica per accertare astrattamente un punto controverso di diritto, né poteva configurarsi quale indagine etica tendente alla riprovazione della condotta morale di un individuo e metteva in guardia dal far coincidere la condanna morale con quella processuale: «il proscioglimento dell'imputazione penale per sé medesimo non conferisce affatto un attestato di moralità al prosciolto»<sup>81</sup>.

Risultava martellata la negazione della ricerca dell'innocenza, un interesse non protetto dalle norme penali: un esito processuale che non accertasse la colpevolezza di un soggetto non necessariamente ne attestava l'innocenza, come l'assoluzione per insufficienza di prove dimostrava<sup>82</sup>.

Da tali premesse non poteva che discendere come prima conseguenza la negazione della presunzione di innocenza (per Manzini più che di presunzione si trattava di finzione), qualificata come un'assurda teoria, paradossale e contraddittoria, escogitata dall'empirismo francese<sup>83</sup>. Il ribalta-

---

<sup>79</sup> ROCCO, *Introduzione*, in *La trasformazione dello Stato*, cit. nt. 44, p. 5.

<sup>80</sup> Ivi, pp. 5-6. Sul rapporto necessario tra riforme legislative e modifica dell'assetto statale si rinvia all'intera *Introduzione*, pp. 5-31.

<sup>81</sup> V. MANZINI, *Manuale di procedura penale italiana*, Torino 1912, p. 52. Le stesse espressioni saranno riprese nel Trattato del 1931, a dimostrazione di una inscalfibile convinzione della bontà delle proprie affermazioni (MANZINI, *Trattato*, I, cit. nt. 32, pp. 175-176).

<sup>82</sup> MANZINI, *Manuale*, cit. nt. 81, pp. 53-54.

<sup>83</sup> Ivi, p. 54. Il contrasto rispetto alle teorie del passato bene emerge se solo si confrontano le tesi di Manzini con quanto asserito ad esempio da Lucchini, per il quale la presunzione

mento di prospettiva della posizione dell'imputato (da presunto innocente a presunto colpevole) accarezzava logiche inquisitorie<sup>84</sup> in un processo usato non già per attribuire patenti di moralità, ma per combattere in modo muscolare la delinquenza e i delinquenti<sup>85</sup>.

d'innocenza rappresentava il corollario logico del fine razionalmente assegnato al processo, ossia la ricerca della verità, ma soprattutto «costituisce la prima e fondamentale garanzia che il procedimento assicura al cittadino, presunzione *juris*, come suol dirsi, cioè sino a prova contraria» (L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze 1895, p. 15). Non era pertanto l'innocenza a dover essere dimostrata, ma la colpa perché «è la prova della colpa – anziché quella dell'innocenza, dall'inizio presunta – che forma l'oggetto del giudizio» (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*<sup>9</sup>, Roma-Bari 2008, p. 559). Della presunzione di innocenza quale postulato dell'intera scienza penalistica scrive F. CARRARA, *Il diritto penale e la procedura penale*, in ID., *Opuscoli*, V, Lucca 1874, p. 17, da cui emerge chiara la concezione di uno dei massimi esponenti della Scuola classica: «la *Scienza* [...] a fronte levata dice, io proteggo quest'uomo perché è innocente: tale io lo proclamo finché voi non abbiate provato la sua colpevolezza» (ivi, p. 18). Nel confronto tra il codice toscano e quello unitario Carrara non poteva che esprimere la propria amarezza: «Per noi la regola era la *libertà* e l'eccezione il *carcere*. Oggi la regola è il *carcere* e non avvi eccezione tranne quelle che piaccia farvi agli agenti della giustizia. Il Toscano viveva sotto la presunzione d'innocenza, l'Italiano oggi vive sotto la presunzione di colpa» (F. CARRARA, *Lineamenti di pratica legislativa penale esposti mediante svariate esemplificazioni*, Roma-Torino-Firenze 1874, p. 47). Seppure senza operarne una sistematica trattazione, già Beccaria aveva levato forte la propria voce a favore della presunzione d'innocenza: «Un uomo non può chiamarsi *reo* prima della sentenza del giudice, né la società può togliergli la pubblica protezione, se non quando sia deciso ch'egli abbia violati i patti coi quali fu accordata. Qual è dunque quel diritto, se non quello della forza, che dia la potestà a un giudice di dare una pena a un cittadino, mentre si dubita se reo o innocente?» (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria, a cura di G. Francioni e L. Firpo, Milano 1984, § XVI *Della tortura*, p. 62). Sull'ambivalenza del termine reo nel noto *pamphlet* cfr. PH. AUDEGEAN, *Chi è il «reo»? Dei delitti e delle pene sotto la lente di un traduttore*, in *Quaderni fiorentini*, 43 (2014), pp. 1031-1036. La posizione degli illuministi in generale fu recepita nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, che all'art. 9 recitava: «Presumendosi innocente ogni uomo sino a quando non sia stato dichiarato colpevole, se si ritiene indispensabile arrestarlo, ogni rigore non necessario per assicurarsi della sua persona deve essere severamente represso dalla Legge».

<sup>84</sup> Sul nesso inquisizione-presunzione di colpevolezza cfr. F. CORDERO, *Ritti e sapienza del diritto*, Roma-Bari 1981, pp. 625-658.

<sup>85</sup> MANZINI, *Trattato*, I, cit. nt. 32, p. 177. All'«ottimismo liberale» di Lucchini si contrapponeva così il «pessimismo antropologico fascista» che assumeva il principio di un imputato presunto colpevole (FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit. nt. 83, p. 642, nt. 6). Manzini, tuttavia, non faceva che portare a compimento l'attacco sferrato dalla Scuola positiva ita-

Nell'opera del 1912, dunque, era già chiaro il disegno che il giurista friulano avrebbe attuato una volta incaricato di assumere la veste di legislatore: ne è una riprova una identità non equivoca tra il *Manuale* e il *Trattato* del 1931<sup>86</sup>, dove i concetti saranno ribaditi con un'incisività, se possibile, maggiore<sup>87</sup>.

liana, da Garofalo e da Ferri in particolare. Il primo definiva la presunzione d'innocenza fino a sentenza definitiva una trita formula vuota e assurda, auspicando un'estensione della carcerazione preventiva e una riduzione ai minimi termini della libertà provvisoria (R. GAROFALO, *La detenzione preventiva*, in «La Scuola Positiva», II, n. 5, 1892, p. 199); il secondo, pur ammettendo l'esistenza di un qualche barlume di verità nella presunzione di innocenza, finiva tuttavia per considerarla illogica se applicata, ad esempio, ai recidivi (E. FERRI, *Sociologia criminale*<sup>3</sup>, Torino 1892, p. 599). Tuttavia, una certa infiltrazione della concezione liberale della presunzione di innocenza sembrava penetrata nel pensiero di Ferri quando, nella discussione alla Camera del 26 maggio 1888 durante i lavori per il codice Zanardelli, pronunciò la famosa frase con cui bollava il codice penale quale codice per i birbanti, mentre intravedeva nel codice di procedura penale «il Codice di garanzia per gli onesti, che sono sottoposti a processo e che non sono ancora riconosciuti birbanti», suscitando da un lato il plauso di Lucchini, dall'altro la riprovazione di Garofalo [E. FERRI, *Discorso* (26 e 28 maggio 1888), in *Lavori parlamentari del nuovo codice penale italiano – Discussioni della Camera dei Deputati (dal 26 maggio al 9 giugno 1888)*, Torino 1888, p. 33; R. GAROFALO, *Il codice per i galantuomini*, «Nuova Antologia», vol. 97 (181 della racc.), fasc. 16 febbraio 1902, pp. 686-688]. Cfr. anche R. GAROFALO e L. CARELLI, *Riforma della procedura penale in Italia. Progetto di un nuovo codice*, Torino 1889, pp. X-XI, ma ancora più decisa l'affermazione di pp. CCXXXIV-CCXXXV: «Dopo le esagerazioni del secolo XVIII contro la libertà individuale, siamo ora nel movimento di esagerazione in favore di questa [...]. Che l'incolpato prima del giudizio definitivo non possa essere sottoposto a pena, e fino a un certo punto non possa essere considerato colpevole, è una idea giusta; ma che prima del giudizio definitivo l'incolpato, chiunque e sempre, si debba presumere un cittadino onesto, e scevro di ogni macchia, è una esagerazione, un paradosso dottrinario, dal quale ripugnano il buon senso e la coscienza dei cittadini che si sentono veramente onesti ed immuni da ogni sospetto». Per gli esponenti della scuola positiva era incompatibile l'idea «dell'inquisito come innocente, perché egli è l'uomo delinquente, reso tale dalle cause sociali, biologiche e individuali che lo hanno determinato a commettere il reato» (E. AMODIO, *La scuola positiva e il pensiero di Beccaria: un dissenso nascosto dietro la «venerazione riconoscente»*, in *Dialogando con Beccaria. Le stagioni del processo penale italiano*, a cura di G. Chiodi e L. Garlati, Torino 2015, p. 97). Per una sintetica ricostruzione cfr. M.N. MILETTI, *La paura nel processo. Spunti nella penalistica italiana (secoli XV/III-XX)*, in *La paura*, in «Quaderno di storia del penale e della giustizia», 1, 2019, pp. 216-220.

<sup>86</sup> MANZINI, *Trattato*, I, cit. nt. 32, pp. 175-182.

<sup>87</sup> Manzini accentuava la netta distinzione tra valutazione morale ed esito giuridico del

Se lo scopo del processo penale doveva essere eminentemente pratico, attuale e giuridico, occorreva sganciarlo dal principio di presunzione di innocenza, «nulla di più goffamente paradossale, irrazionale»<sup>88</sup>, «incongruente»<sup>89</sup> e in contrasto con la ragion d'essere del processo, che per Manzini era giungere a dimostrare la colpevolezza dell'imputato<sup>90</sup>.

Ed era un principio che contrastava con la logica: «se si deve presumere l'innocenza dell'imputato, chiede il buon senso, perché dunque si procede contro di lui?»<sup>91</sup>. Il processo non poteva pertanto essere diretto alla tutela dell'innocenza, perché ciò sarebbe equivalso a sancire che i sospetti di colpevolezza del pubblico ministero erano destituiti di fondamento: «idee antiquate, fallaci ed ingiuste, che più o meno coscientemente provengono da quel modo di pensare che, se poteva essere giustificato nei regimi assoluti e sotto il dominio straniero, nel nostro libero Stato è non solo erroneo, ma altresì insensato e maligno»<sup>92</sup>. Così, Rocco tradusse icasticamente questo

---

processo, per ribadire l'uso improprio del termine *innocenza* nel contesto giuridico, dove l'espressione indicava esclusivamente colui che non risultava colpevole del reato ascrittogli o delle condizioni di punibilità del fatto medesimo. Ricollegava questo principio a Marc'Antonio Bianchi (a cui questa differenza, a detta di Manzini, era molto chiara) e quindi a quelle *pratiche criminali* verso le quali il processo inquisitorio era fortemente debitore (il riferimento era al passo in cui Bianchi affermava che «aliud est iustificare aliud non punire»: cfr. M.A. BIANCHI, *Practica criminalis*, Venetiis, 1556, n. 60, f. 95). Manzini fieramente rivendicava al codice del Trenta di aver accolto tale distinzione nell'art. 564, relativamente alla sentenza assolutoria nel giudizio di revisione. A differenza dell'art. 546 del codice del 1913 (il quale recitava «Se il condannato sia morto, la corte di cassazione nomina un curatore che ne esercita tutti i diritti; il giudice, quando sia il caso ne dichiara l'innocenza, riabilitandone la memoria»), l'art. 564 non dichiarava più l'innocenza del condannato «che può essere egualmente, per altri rapporti, un criminale». La norma infatti disponeva che in caso di revisione a favore del condannato defunto, lo si riconosceva non colpevole, senza procedere alla riabilitazione della memoria del defunto «che poteva essere stato un fior di furfante, ancorché non avesse commesso quel determinato reato» (MANZINI, *Trattato*, I, cit. nt. 32, p. 176). Questa tenacia nell'espungere il termine *innocenza* mostra un'evidente predilezione per la presunzione di colpevolezza, per uno stigma con cui marchiare indelebilmente chi cadeva nelle maglie della giustizia, in un furore giustizialista che non ammetteva repliche.

<sup>88</sup> MANZINI, *Trattato*, I, cit. nt. 32, p. 180.

<sup>89</sup> V. MANZINI, *Istituzioni di diritto processuale penale*, Padova 1934, p. 57.

<sup>90</sup> MANZINI, *Trattato*, I, cit. nt. 32, pp. 176-178.

<sup>91</sup> Ivi, p. 180.

<sup>92</sup> MANZINI, *Istituzioni*, cit. nt. 89, p. 92.

principio, asserendo nella Relazione al progetto preliminare che «finché vi è un procedimento in corso non vi è né un colpevole né un innocente, ma soltanto un indiziato»<sup>93</sup>.

Non può altresì trascurarsi la prolusione torinese di Manzini del 1910, di dieci mesi successiva a quella sassarese di Arturo Rocco<sup>94</sup>, a cui il giurista friulano rimproverava la delimitazione artificiosa e astratta dell'ambito giuridico, affossando in tal modo la *ratio* stessa del nascente tecnicismo, che perderà progressivamente la sua matrice originaria per assumere la veste il-liberale confezionata da Manzini, propedeutica alla costruzione 'fascista' del penale<sup>95</sup>. In quella relazione Manzini metteva a punto un vero e proprio programma di repressione penale, che passava dalla critica alla mitezza delle pene alla nostalgia di una pena capitale abolita *troppo presto*, una pena con cui l'Italia «si era presa il lusso, unica tra i grandi Stati, di appagare una lunga e generosa aspirazione della sua classe colta»<sup>96</sup>.

Quando Manzini, «fabbrico legale dell'incipiente dittatura»<sup>97</sup>, approdò alla redazione del codice di procedura penale le linee portanti erano già state tracciate. Quel codice fu un prodotto a quattro mani: quelle del ministro e le sue. Manzini di inquisitorio si intendeva eccome e ne era «ringhio-

<sup>93</sup> ROCCO, *Relazione (1929)*, cit. nt. 42, p. 22. Anche in questo caso riecheggiano le parole di Garofalo: «Nel giudizio, l'imputato non deve essere presunto innocente né colpevole. Egli è quello che è: *imputato*, cioè a dir che esistono ragioni per cui il magistrato che lo rinvia innanzi ai giudici lo ha creduto colpevole» (GAROFALO, *La detenzione preventiva*, cit. nt. 85, p. 200).

<sup>94</sup> Cfr. L. GARLATI, M.N. MILETTI, *Rocco, Arturo*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, II, Bologna 2103, p. 1705 e L. GARLATI, *Arturo Rocco inconsapevole antesignano del fascismo nell'Italia liberale*, in *I giuristi e il fascino del regime*, cit. nt. 37, pp. 191-213.

<sup>95</sup> V. MANZINI, *La politica criminale e il problema della lotta contro la delinquenza e la malavita*, in «Rivista penale», LXXII, 1911, pp. 5-14.

<sup>96</sup> Ivi, p. 10. «Credo che si possa dire che in questa prolusione c'è molta più anticipazione e 'promessa' di fascismo di quanto se ne possa vedere, specie se non si guarda bene, nella 'politicità dell'apolitico' che si rimprovera – peraltro giustamente – all'Arturo Rocco del 1910», tanto da poter affermare che il tecnicismo che connotò i codici del Trenta fu il prodotto di un'involuzione che aveva determinato la progressiva perdita delle ragioni che avevano ispirato Arturo Rocco per avvicinarlo a quelle già prefigurate da Manzini (M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2008)*, Milano, 2009, II, pp. 1005 e p. 1006, nt. 11).

<sup>97</sup> CORDERO, *Procedura penale*, cit. nt. 6, p. 85.

samente sacerdote»<sup>98</sup> e, come ricordato da Sbriccoli, recitò tutte le parti in commedia<sup>99</sup>. Accadde qualcosa senza precedenti: Manzini si liberò delle pastoie di inutili commissioni che avrebbero ritardato il lavoro, una decisione rivendicata con orgoglio, per dare vita a quello che Marco Miletta ha definito *Codex unius auctoris*<sup>100</sup>, sottratto a ogni possibile confronto, fatta eccezione per il vaglio adorante del mondo accademico, forense, giudiziario.

Con orgoglio Manzini rivendicava il merito di aver realizzato il «primo esperimento della formazione di un codice senza il consueto concorso di commissioni elaboratrici o di revisione»<sup>101</sup>, redatto in tre mesi, a partire dal 6 ottobre 1926, quando l'incarico gli fu conferito dal Ministro Rocco. Il progetto fu poi «minutamente esaminato dal Ministro» tra il 1928 e il 1929 e dal Manzini di nuovo rivisto sulla base delle osservazioni del guardasigilli<sup>102</sup>. E questo, concludeva pomposamente Manzini, si era rivelato «il miglior sistema, sia sotto l'aspetto di economia di tempo e di spesa, sia sotto quello della organizzazione della riforma»<sup>103</sup>.

Il 16 maggio del 1929 Rocco poteva trionfalmente annunciare alla Camera che il progetto preliminare del codice di procedura penale si stava avviando alle battute finali e che il progetto definitivo sarebbe seguito di lì a breve. Poiché richiedeva solo qualche minima correzione, non necessitava dell'intervento (o ingerenza) di particolari commissioni, di cui «un Codice di tal genere» non sentiva il bisogno<sup>104</sup>.

<sup>98</sup> *Ibidem*.

<sup>99</sup> SBRICCOLI, *Le mani nella pasta*, cit. nt. 96, p. 1011.

<sup>100</sup> MILETTI, *La scienza*, cit. nt. 42, p. 63. È lo stesso Manzini ad affermare pubblicamente di aver provveduto alla stesura del c.p.p. in soli tre mesi, dopo averne ricevuto l'incarico da Rocco nel 1926, e di aver lavorato in solitudine, procedendo poi ad una revisione nel '29 alla luce delle osservazioni del Ministro (MANZINI, *Trattato*, I, cit. nt. 32, p. 96, nt. 2).

<sup>101</sup> Ivi, p. 96.

<sup>102</sup> Ivi, nt. 2. Anche Rocco ripercorreva l'iter di redazione del codice, ribadendo che «invece di nominare la consueta Commissione, ho costituito un piccolo ufficio, alla mia diretta dipendenza, che ha lavorato alacremente» [ROCCO, *Sul disegno di legge «Stato di previsione della spesa del Ministero della giustizia e degli affari di culto per l'esercizio finanziario dal 1° luglio 1927 al 30 giugno 1928» (Senato del Regno, tornata del 30 marzo 1927)*, in ID., *Discorsi parlamentari*, cit. nt. 35, p. 382].

<sup>103</sup> MANZINI, *Trattato*, I, cit. nt. 32, p. 97.

<sup>104</sup> ROCCO, *Sul disegno di legge (Camera, tornata del 16 maggio 1929)*, cit. nt. 75, p. 416. Il progetto preliminare, pubblicato il 20 giugno 1929, fu poi distribuito alle Corti d'appello, alle Facoltà di Giurisprudenza e agli organi forensi per i loro pareri. «Nell'autunno del 1929

Detto fatto. Via le interminabili disquisizioni, la logorrea delle discussioni, la «fungaia di oratori parlamentari né competenti né illuminati»<sup>105</sup>, a dimostrare l'insofferenza verso la partecipazione collettiva al dibattito e l'affermazione autoritaria di una visione giuridica e politica.

Come dirà lo stesso Manzini con soddisfazione, il codice fu salvato dal vaglio di quei letterati di professione pronti a guastarlo, dando concretezza a quanto auspicato già nel 1905, ossia che un eventuale nuovo codice non avrebbe dovuto essere infestato da quelle commissioni che servivano soprattutto per eliminare la responsabilità di chi avrebbe dovuto assumerla e per soddisfare ambizioni personali. Per il teorema manziniano una collettività non poteva creare un'opera sistematica e armonica:

se dunque il nostro governo vorrà proporre una buona legge di procedura penale, dovrà prima incaricare del progetto una sola persona tecnica, come il Luosi fece nel 1806 col Romagnosi e come lo Zanardelli fece col Lucchini e solo dopo che questa avrà esaurito il lavoro potrà richiamare l'attenzione dei dotti sopra i dettagli del progetto, di cui dovranno rimanere inalterati il sistema, i principi generali e le loro logiche applicazioni<sup>106</sup>.

In altre parole, si candidava già da allora ad assumere il ruolo in solitaria, lasciando ad un'inutile discussione priva di alcun impatto la rifinitura delle minuzie. E fu accontentato.

In una situazione di totale opacità, senza possibilità di contraddittorio, il passaggio dal progetto preliminare al testo definitivo avvenne velocemente, coinvolgendo pochi autori, sorvegliati speciali dai due protagonisti assoluti che avocarono l'ultima definitiva parola<sup>107</sup>. La metodologia prescelta avrebbe dovuto risuonare come un campanello d'allarme: la gestione della nascita del codice, dove non solo al Parlamento, ma anche alla dottrina

---

cominciò lo spoglio di questi pareri, terminato il quale venne iniziata a Roma, con la preziosa cooperazione di Carlo Saltelli, capo di gabinetto del Ministro, la revisione del progetto preliminare: lavoro terminato il 24 maggio 1930». Il progetto definitivo, pubblicato con relazione accompagnatoria il 31 maggio 1930, fu inviato a una commissione interparlamentare, la quale, tuttavia, per ammissione dello stesso Manzini, «ebbe soltanto il compito di esprimere il suo parere sul progetto medesimo, del quale si tenne il debito conto nella formazione del testo definitivo del codice, che fu anch'essa diretta personalmente dal Ministro» (MANZINI, *Trattato*, I, cit. nt. 32, pp. 96-97).

<sup>105</sup> MANZINI, *Per la riforma della procedura penale italiana*, cit. nt. 28, p. 424.

<sup>106</sup> *Ivi*, p. 427.

<sup>107</sup> Cfr. MILETTI, *La scienza*, cit. nt. 42, pp. 63-66.

era stato impedito di esprimersi, era il preludio dell'autoritarismo che avrebbe connotato i contenuti del codice stesso.

Rocco non poteva che esaltare il lavoro del fedele sodale; nessuno meglio di lui fu «collaboratore prezioso e instancabile nella preparazione della nuova legislazione penale»; nessuno più di lui aveva reagito contro le ideologie «demo-liberali che, attraverso la debolezza degli ordinamenti processuali, posero la giustizia penale in balia delle parti». Con vivo compiacimento il Ministro ricordava che Manzini era stato il primo a insorgere contro quel principio della presunzione d'innocenza tanto sfruttato nelle aule giudiziarie a danno della giustizia penale, ma che soprattutto era stato tra i pochi che avevano elevato la scienza processualpenalista da «un empirismo che rendeva impossibile una salda concezione scientifica»<sup>108</sup>. Più che un retaggio della scuola positiva<sup>109</sup> (che pure non mancava di esultare per ogni traccia rinvenibile nel codice del '30 dei propri orientamenti, isolandola dall'effettivo mutato contesto)<sup>110</sup> quel codice era la traduzione diretta delle convinzioni espresse da Manzini già nel *Manuale* del 1912, come si è anticipato.

Le simpatie di Manzini verso un sistema inquisitorio non erano un mistero: nel *Trattato* il suo atto di accusa si rivolgeva a quanti avevano nel

<sup>108</sup> Le citazioni sono tratte da AL. ROCCO, *Prefazione*, in MANZINI, *Trattato*, I, cit. nt. 32, pp. IX-X. E Manzini ricambiava nell'*Avvertenza* contenuta nello stesso volume, dedicando il suo lavoro ad Alfredo Rocco «che seppe dar vita all'imponente riforma della legislazione penale, guidandola con senno e con sapienza altissimi». Sull'itinerario «piuttosto noto ma nient'affatto lineare» che portò alla codificazione del Trenta» cfr. MILETTI, *La scienza*, cit. nt. 42, pp. 58-66.

<sup>109</sup> V. *supra*, nt. 84.

<sup>110</sup> Si può argomentare una certa assonanza tra le teorie positiviste, nostalgicamente inquisitorie, e la concezione propria del regime espressa nel tecnicismo giuridico. Si nota, infatti, una qualche continuità di fatto e di uomini tra la scuola positiva e il codice del Trenta, generata sia dalla partecipazione di alcuni giuristi (quali Aloisi e Longhi) alla stesura del codice Finocchiaro-Aprile e al commento del codice Rocco, sia da una identità tra alcuni obiettivi enunciati dal rito positivista e «il *pathos* giustizialista del regime» (M. N. MILETTI, *Ritorno all'inquisizione. Scuola positiva e pulsioni autoritarie nel processo penale italiano*, in «Diritto penale XXI secolo», X, 2/2011, pp. 486-490). Sostiene Sbriccoli che sebbene nel sistema penale fascista alcuni principi della scuola positiva vennero accolti, seppur letti in chiave autoritaria, privati della patina di un liberalismo *sui generis*, fu paradossalmente l'abbandono dei «più insidiosi cascami del positivismo penale» ad impedire che l'allontanamento dalla civiltà giuridica non si trasformasse in una disastrosa barbarie (SBRICCOLI, *Le mani nella pasta*, cit. nt. 96, p. 1014).

tempo favoleggiato sul modello accusatorio che non era affatto quell'ideale di pubblicità e di oralità da tutti declamato<sup>111</sup>. Al tempo stesso si scagliava contro chi, contraffacendo la verità storico-giuridico, aveva preso di mira l'inquisitorio con «zotiche declamazioni demagogiche», frutto della fallita pseudo-democrazia, superficiale, parolaia e confusionaria<sup>112</sup>. L'inquisitorio «presentava migliori mezzi dell'altro per un'efficace repressione della delinquenza, ed era più conforme allo spirito dei tempi e del regime succeduto a quello delle così dette libertà comunali»<sup>113</sup>.

Siamo di fronte a un evidente atto di devozione e di ammirazione, in cui non può sfuggire come il termine 'regime' assuma un sinistro significato nella sua polisemia e si sottolinei volutamente l'ambigua libertà respirata nella configurazione comunale.

L'accurata ricostruzione del sistema inquisitorio, operata attraverso una lettura delle fonti, dal *Tractatus* di Egidio Bossi alle *Pratiche* di Ippolito Marsili, di Lorenzo Priori, di Flaminio Cartari, dal *De indicis et tortura* di Marc'Antonio Bianchi all'opera di Giulio Claro o di Farinacci (per citarne alcune), frammischiate alle pionieristiche ricostruzioni storiche di Giuseppe Salvioli<sup>114</sup> e di Antonio Pertile<sup>115</sup>, tendeva a mitigare il giudizio negativo espresso nel tempo, soprattutto da quegli illuministi che come Beccaria erano rimasti intrappolati in sofismi che nulla avevano apportato alla scienza del diritto «che non deve essere confusa con la politica penale»: una letteratura priva di ogni progresso sistematico che non era nemmeno riuscita a «concepire distintamente le due scienze penali, quella del diritto sostantivo e quella del diritto processuale»<sup>116</sup>.

La colpa era di chi volgeva l'anima alla filosofia, che da sempre nulla aveva creato di concreto e che non aveva alcun merito sulle riforme iniziate verso la fine del XVIII secolo, dettate solo da esigenze politiche.

Pur riconoscendo che l'amministrazione della giustizia nell'età matura del diritto comune non era stata «un modello di saggezza e di umanità», attribuiva ai filosofi del XVIII secolo e ai loro «ripetitori» un esagerato attacco

---

<sup>111</sup> MANZINI, *Trattato*, I, cit. nt. 32, p. 23.

<sup>112</sup> Ivi, p. 178.

<sup>113</sup> Ivi, p. 31.

<sup>114</sup> G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano*, a cura di P. Del Giudice, Vol. III, Milano 1925-1927.

<sup>115</sup> A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, VI/1-2: *Storia della procedura*, Padova 1885-1887.

<sup>116</sup> MANZINI, *Trattato*, I, cit. nt. 32, p. 17.

al metodo inquisitorio<sup>117</sup>, dove la crudeltà, indicata come tratto connotativo di quel rito, era il risultato sia della colpa di (pochi) magistrati in cui «la ferocia gareggiava con l'ignoranza» ma anche dell'influenza che la «ferocia dei mezzi processuali e delle pene» esercitava su «quei magistrati che per loro natura non erano malvagi»<sup>118</sup>.

In questo modo Manzini intrecciava responsabilità personale (à la Manzoni) e iniquità del rito (à la Verri), in una sorta di cortocircuito in cui uomini intrinsecamente malvagi trovavano nel sistema inquisitorio la valvola di sfogo della loro brutalità, che assumeva così una patina di legittimità, mentre altri erano quasi condotti sulla via della violenza da un sistema che di quella stessa violenza si nutriva: inestricabile matassa.

Non poteva che essere Manzini alla fine il cantore delle proprie gesta. Avverrà nel 1942, quando in piena emergenza bellica, il giurista del regime si impegnò a dimostrare trionfalisticamente che tutti gli obiettivi perseguiti dal suo codice erano stati raggiunti<sup>119</sup>.

<sup>117</sup> Ivi, p. 61.

<sup>118</sup> Ivi, p. 62.

<sup>119</sup> «Ora si deve riconoscere che il codice di procedura penale, sveltendo le forme processuali, rinforzando il principio di autorità, eliminando formalità ingombranti, introducendo disposizioni nuove dirette a far prevalere la sostanza sulla forma [...], ha conseguito pienamente lo scopo della riforma [...]. S'intende che il Ministro voleva una riforma conforme allo spirito dello Stato fascista, perché il legislatore fascista non poteva certamente appagare i voti dei bigotti degli "immortali principi". Di «malcontenti» per motivi diversi (fosse avversione politica o interessi economici) ce ne sarebbero sempre stati, concludeva il giurista friulano, «ma di essi non è il caso di curarsi; cerchino invece essi di curare la loro inutile malinconia» (V. MANZINI, *Un decennio di applicazione del codice di procedura penale*, in «Annali di diritto e procedura penale», XI, 1, 1942, pp. 1-2 e p. 7). Già Rocco, tuttavia, a breve distanza dall'entrata in vigore del codice, affermava di essere soddisfatto per i pochi rilievi mossi al testo [ROCCO, *Sul disegno di legge «Stato di previsione della spesa del Ministero della giustizia e degli affari di culto per l'esercizio finanziario dal 1° luglio 1932 al 30 giugno 1933»* (Camera dei deputati, tornata del 14 aprile 1932), in ID., *Discorsi parlamentari*, cit. nt. 35, p. 529]. Consapevole delle difficoltà da sempre incontrate da ogni tipo di innovazione in materia legislativa e dall'applicazione di codici nuovi, anche per una certa ritrosia dei giuristi «naturalmente conservatori», Rocco si dichiarava tutto sommato compiaciuto dell'accoglienza riservata al c.p.p. Le critiche non erano mancate, ma rispetto a quelle «assai più gravi a cui dette luogo il Codice di procedura penale del 1913, che da qualcheduno fu dichiarato addirittura inapplicabile» non si poteva non esultare per il giudizio favorevole espresso per il codice fascista [AL. ROCCO, *Sul disegno di legge «Stato di previsione della spesa del Ministero della giustizia e degli affari di culto per l'esercizio finanziario dal 1° luglio 1932 al 30 giugno 1933»* (Senato del Regno,

### 3. *Un'anima inquisitoria neppure tanto nascosta*

Il codice del Trenta mantenne l'idea del sistema misto di napoleonica memoria<sup>120</sup>, ma sotto la definizione si esaltava in realtà il momento dell'inquisizione istruttoria, scritta e segreta, le cui risultanze erano direttamente trasferite nella fase dibattimentale, con la conseguenza di svuotarla di ogni vero significato. Qui avveniva una semplice 'ricostruzione' orale del percorso compiuto durante l'istruzione; nuovi elementi probatori potevano avere valenza dialettica, ma non potevano essere introdotti nel dibattimento per ribaltare le prove raccolte attraverso il filtro dell'istruzione, ritenendo quest'ultima la sede naturale per la formazione e la raccolta delle prove, e di conseguenza per il raggiungimento della verità, affidata all'esclusiva capacità investigativa degli organi giudiziari senza che si avvertisse la necessità di un confronto dialettico con la controparte.

Accadeva così che si poteva essere condannati a causa di una testimonianza resa in fase istruttoria anche se poi quella testimonianza veniva ritrattata e smentita in sede dibattimentale. Bastava che il giudicante la considerasse attendibile sulla base del proprio libero convincimento e che le ragioni di tale convincimento si traducevano nella motivazione della sentenza.

Una debole e modesta fase dibattimentale era quindi sopraffatta, quasi fagocitata ma soprattutto influenzata dagli esiti dell'istruzione, sommaria o formale, e si riduceva ad essere una «stanca ripetizione [...] di quanto già raccolto nell'istruzione»<sup>121</sup>.

Si trattava di una sorta di 'truffa delle etichette': sotto il *nomen* di sistema misto in realtà si celava l'adozione di un sistema prevalentemente inquisitorio, con «scarse preoccupazioni per le libertà personali degli imputati»<sup>122</sup>.

---

tornata del 14 maggio 1932), in ID., *Discorsi parlamentari*, cit. nt. 35, p. 558].

<sup>120</sup> Il *Code d'Instruction criminelle* del 1808 era «frutto di una svolta epocale che esprime la vocazione ad edificare una giustizia penale moderna, senza però avere la forza di liquidare il *modus procedendi* tipico dell'antico regime» (AMODIO, *Verso una storia della giustizia penale*, cit. nt. 24, p. 18). E su quel sistema misto si era basato il codice di procedura penale del 1865, perdendo «l'occasione propizia per una trasformazione in profondità del diritto» (A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano 1960, p. 80).

<sup>121</sup> VASSALLI, *Passione politica*, cit. nt. 35, p. 63.

<sup>122</sup> *Ibidem*. «Il nuovo codice di procedura penale del 1930 formalmente si ispira al modello misto ma è in realtà sbilanciato verso un modello esasperatamente inquisitorio» (G. NEPPI MODONA, *Diritto e giustizia penale nel periodo fascista*, in *Penale Giustizia Potere. Per ricordare Mario Sbriccoli*, Macerata 2007, p. 362). Per una visione di sintesi G. DELITALA, *Codice di procedura penale*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano 1960, pp. 284-285; CHIAVARIO, *Codice di procedura*

Le bestie nere che si volevano combattere erano contraddittorio e garantismo. Si voleva colpire quel sentimentalismo morboso mostrato dal c.p.p. del '13 verso i delinquenti<sup>123</sup> che aveva fiaccato, se non impedito, un'efficace repressione della criminalità con quel vezzo, di ripugnante matrice liberal-illuministica, di proteggere i diritti individuali.

E per farlo si indicavano in modo quasi militaresco e imperativo gli interventi compiuti (o da compiere), da cui traspare l'insofferenza per il dissenso, la discussione, gli inciampi difensivi che rallentavano la speditezza del processo (obiettivo primo da proseguire), sull'altare del quale sacrificare qualche parvenza garantistica. Si mirava pertanto ad eliminare le superfluità, le cavillosità, la degenerazione accademica o teatrale delle discussioni; a punire la temerarietà processuale; a impedire le impugnazioni infondate; a colpire la verbosità imperversante dei difensori; a disboscare la selva delle nullità («proficua delizia dei cacciatori di cavilli»), a disseccare «la fonte dei gravami formali» e a togliere di mezzo le facili cause d'annullamento<sup>124</sup>.

La *Relazione* al progetto preliminare del 1929 vide Manzini nel ruolo di *ghost writer*, suggeritore neppure tanto occulto del testo, che recava la firma di Rocco, ma le cui parole erano uscite dalla robusta penna del giurista di regime<sup>125</sup>.

La solidarietà ideologica tra Rocco e Manzini appare infatti qui evidente: il guardasigilli, in un *refrain* invariato, sotterra sotto strali di veleno il principio di presunzione di innocenza (il bersaglio preferito di Manzini), perfidamente definito una «stravaganza derivante da quei vietati concetti, germogliati dai principi della Rivoluzione francese»<sup>126</sup>, cui ricondurre ogni 'male' o ogni esagerato eccesso di tutela delle guarentigie individuali. Tuo-

---

*penale*, cit. nt. 36, p. 261; G. NEPPI MODONA-M. PELLISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia. Annali*, 12: *La criminalità*, a cura di L. Violante, Torino 1977, pp. 779-780 e 808-811. Sul ruolo e la funzione della procedura penale nel regime fascista cfr. M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano 1974, pp. 239-247.

<sup>123</sup> L'espressione *morboso sentimentalismo* si ritrova in Lucchini ma quel sintagma verrà riletto dalla penalistica fascista «recuperando molte delle argomentazioni reazionarie tardodotocentesche e saldandole allo statualismo autoritario forgiato dal tecnicismo giuridico» (MILETTI, *La giustizia penale*, cit. nt. 29, p. 473).

<sup>124</sup> ROCCO, *Relazione (1929)*, cit. nt. 42, p. 8.

<sup>125</sup> Così E. DEZZA, «Justice n'est proprement autre chose que formalité». La «selva delle nullità» dal codice Romagnosi al codice Rocco, in *L'inconscio inquisitorio*, cit. nt. 1, p. 168. Sul fatto che la *Relazione* accompagnatoria del progetto del 1929 fosse opera pressoché solitaria del giurista friulano v. MILETTI, *Premessa storica*, cit. nt. 2, p. 24.

<sup>126</sup> ROCCO, *Relazione (1929)*, cit. nt. 42, p. 22.

nerà, in un crescendo retorico, che se pure si debba considerare sacro e inviolabile il diritto di difesa, ripugnava a ogni coscienza il fatto «che [l'imputato] si debba reputare innocente mentre si procede contro lui perché incolpato del reato»: un'enormità tale da rappresentare «una così patente inversione del senso logico e giuridico che non può essere ammessa anche neppure come modo di dire»<sup>127</sup>.

Il ministro, inoltre, si impegnavano a impedire che l'erronea supposizione della morte dell'imputato, dichiarata con sentenza divenuta irrevocabile, potesse precludere l'esercizio di una nuova azione penale, dal momento che non vi era alcun motivo perché l'errore «facilitato da particolari circostanze, e forse determinato fraudolentemente, debba andare a beneficio del creduto morto»<sup>128</sup>.

Si insinuavano in tal modo crepe nel principio della cosa giudicata, affermando che «la osservanza di questo giusto e necessario principio non deve spingersi fino ad eccessi formalistici gravemente dannosi per l'interesse pubblico»<sup>129</sup>.

Il Progetto, quindi, stabiliva che in caso di errata morte presunta la sentenza dovesse considerarsi non pronunciata, senza bisogno di una espressa revocazione. La finalità era di far prevalere la giustizia sostanziale sul «gretto formalismo curialesco»<sup>130</sup>.

La libertà dell'individuo risultava altresì calpestata dall'obbligo di mandati e ordini di cattura oltre ogni effettiva esigenza cautelare, nonché dall'estensione dei casi di arresto in flagranza di reato da parte della polizia giudiziaria. L'imputato, inoltre, era trattenuto in carcere per tutta la durata del processo, compreso l'appello: un'appropriazione del suo corpo che andava al di là dell'esigenza di impedirne la fuga o l'inquinamento delle prove.

<sup>127</sup> *Ibidem*. In un periodo che potremmo definire di transizione, Gabrieli riconosceva che il legislatore del 1930 a torto aveva abbandonato «il principio di presunzione di innocenza a favore dell'imputato, principio che aveva larghi riflessi nel codice del 1913 ispirato ai principi più liberali», mentre per Grispiigni si era cercato di reagire a presunti eccessi di garantismo presenti nel codice del 1913, ma in questo modo si era caduti «nel molto più deplorabile eccesso opposto, perché ha menomati i diritti della difesa» (F. P. GABRIELI, *Istituzioni di diritto processuale penale con le recenti modificazioni legislative*, Roma 1946, p. 90; F. GRISPIGNI, *Diritto processuale penale*, Roma s.d., p. 42). Sulle reazioni della magistratura, del mondo accademico e forense sul punto si rinvia a L. GARLATI, «Contro il sentimentalismo». *L'impianto inquisitorio del sistema delle prove nel c.p.p. del 1930*, in «Criminalia», 7, 2012, pp. 184-186.

<sup>128</sup> ROCCO, *Relazione (1929)*, cit. nt. 42, p. 23.

<sup>129</sup> *Ibidem*.

<sup>130</sup> *Ibidem*.

La carcerazione preventiva costituiva così un ordinario strumento processuale e la mancanza di termini massimi di durata segnava un evidente ritorno ai metodi del più remoto passato.

Soppressa, come promesso, la scarcerazione automatica per decorrenza dei termini della custodia cautelare, Rocco confidava nella vigilanza disciplinare per prevenire ingiustificati ritardi da parte del magistrato nell'adempimento dei propri doveri, insistendo su una catena gerarchica capace di assicurare un'obbedienza contrassegnata dal timore di sanzioni o ritorsioni<sup>131</sup>. L'art. 272 del c.p.p. dispose che, nel caso di istruzione formale, trascorsi quattro mesi dall'incarcerazione dell'imputato, il giudice istruttore doveva fare rapporto al presidente del tribunale sui motivi che avevano impedito la chiusura dell'istruzione. Spettava al presidente, effettuate le opportune verifiche, adottare i provvedimenti necessari per accelerare il procedimento e per accertare eventuali responsabilità. Quaranta erano invece i giorni previsti nell'ipotesi di istruzione sommaria, a decorrere dalla richiesta del pubblico ministero di disporre il rinvio a giudizio o la sentenza di proscioglimento, trascorsi i quali il p.m. aveva l'obbligo di trasmettere gli atti al giudice istruttore per procedere all'istruzione formale e di fare rapporto al procuratore generale, enunciando i motivi del ritardo<sup>132</sup>.

<sup>131</sup> ROCCO, *Relazione (1929)*, cit. nt. 42, p. 52.

<sup>132</sup> Il rito del 1930, come è noto, distingueva tra una fase preliminare, destinata alla ricerca degli elementi occorrenti per l'inizio dell'azione penale (e che, recuperando una classica terminologia inquisitoria, si definiva processo informativo: così ad esempio GABRIELI, *Istituzioni*, cit. nt. 127, p. 217; U. ALOISI, *Manuale pratico di procedura penale*, Milano 1932, p. 268 e l'istruzione vera e propria, a sua volta ripartita in formale e sommaria, avente per oggetto la valutazione degli elementi in base ai quali decidere se si dovesse o meno far luogo al giudizio. La differenza tra istruzione formale e sommaria risiedeva nel soggetto agente: giudice istruttore o pubblico ministero. Quest'ultimo poteva procedere all'istruzione sommaria quando la prova fosse, a suo insindacabile giudizio, evidente, investendo il giudice istruttore dell'azione penale mediante richiesta (art. 296, 1° comma, c.p.p.). Prima di questo momento, il p.m. poteva compiere atti di investigazione e di conservazione; durante l'istruzione poteva avanzare richieste, assistere agli atti e prenderne visione in ogni stato del procedimento (art. 303). In altre parole, il p.m., prima del processo, aveva funzioni di polizia giudiziaria *ex* art. 232; nel processo svolgeva un'attività inquirente e requirente che diveniva esecutiva con l'esaurimento del processo stesso. Nell'istruzione sommaria, invece, dove l'azione penale era promossa dal pubblico ministero mediante richiesta del decreto di citazione a giudizio (art. 396 c.p.p.), il p.m. fruiva delle facoltà istruttorie proprie del g.i.: poteva compiere tutti gli atti (avessero questi ad oggetto l'accertamento della prova generica o quello della prova specifica) che spettavano al g.i. nell'istruzione formale (*ex*

Un'altra delle irrinunciabili modifiche rispetto al passato riguardava, come si anticipava, la figura del pubblico ministero, qualificato parte del processo: concetto sfuggente, dal momento che, rispetto alle parti private, egli era una parte imparziale, chiamata ad assolvere il dovere di verità proprio di ogni pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni. Un p.m. per di più libero da ogni controllo da parte del giudice («il più delle volte praticamente illusorio»)<sup>133</sup> nel valutare l'esistenza delle condizioni se avviare l'azione penale o decidere l'archiviazione.

Il disegno, accarezzato già nel 1925 e illustrato nei suoi interventi parlamentari del 27 maggio e del 17 dicembre del 1925, come Rocco stesso rimarcava nella *Relazione* accompagnatoria del progetto preliminare del progetto del 1929<sup>134</sup> e in quella definitivo del 1930<sup>135</sup>, si concretizzava nell'art. 74 del codice che tratteggiava un p.m. padrone dell'azione penale. Il Ministro, tuttavia, rassicurava che ogni possibilità di arbitrio del p.m. nella deci-

---

art. 391), tranne quelli che gli erano espressamente vietati (quindi, al pari del g.i., poteva limitare la libertà personale dell'imputato, decidere per il rinvio a giudizio o per il proscioglimento, compiere esperimenti giudiziari, perquisizioni domiciliari, ricognizioni, perizie, assunzione di interrogatorio dell'imputato e così via). Questa funzione ibrida del p.m., nonostante le rassicurazioni del Ministro, finiva per renderlo un po' giudice e un po' parte. L'istruzione sommaria rappresentava l'eccezione (secondo la prescrizione dell'art. 389) e quella formale la regola (nei casi stabiliti dall'art. 295), ma era altresì vero che in quella formale toccava al p.m. investire il giudice istruttore dell'azione penale richiesta (art. 296, 1° comma), vincolandolo sull'obbligatorietà dell'avvio ma non circa il titolo di reato che il g.i., poteva modificare secondo le risultanze processuali (come avevo già indicato in GARLATI, *Contro il sentimentalismo*, cit. nt. 127, pp. 191-194). «Quest'anomalia perverte gli equilibri in senso inquisitorio [...]. Giudice istruttore e pubblico ministero costituiscono una coppia polimorfa; uno investiga, cercando prove (lavoro fisiologicamente destinato alle parti); l'altro le acquisisce, assumendo una posizione paragiurisdizionale» (CORDERO, *Procedura penale*, cit. nt. 6, p. 190).

<sup>133</sup> ROCCO, *Relazione (1929)*, cit. nt. 42, p. 21.

<sup>134</sup> «In conformità ai concetti che ebbi l'onore di esprimere nella mia Relazione sul disegno di legge per la delegazione del potere di provvedere alla riforma legislativa penale e nei miei discorsi al Senato e alla Camera dei Deputati» (*Ibidem*).

<sup>135</sup> *Relazione (1930)*, cit. nt. 66, p. 23. Nell'occasione il Ministro chiariva che non erano mancate voci a favore del mantenimento della disposizione precedente, ma di non essere stato convinto dalle argomentazioni addotte. Confermava che il controllo del giudice si risolveva in una mera apparenza e non era una garanzia a favore dei denunciati e dei querelanti: i primi, semplici informatori, non avevano diritti da far valere; i secondi, come più volte esplicitato, potevano ricorrere agli organi superiori del pubblico ministero.

sione se agire o archiviare era esclusa dall'ordinamento gerarchico proprio delle procure (ancora una volta il principio di controllo interno veniva invocato a garanzia della correttezza procedurale)<sup>136</sup>. Tuttavia, l'art. 74, 3° comma, con l'ampia facoltà di archiviazione concessa al p.m., si prestava alla manovra politica di bloccare *ab origine* il processo penale laddove questo s'indirizzasse contro esponenti del partito al potere o soggetti da questo protetti e non vale a dissipare simile sospetto la strenua difesa svolta da alcuni giuristi di regime<sup>137</sup>. Di fatto, l'ordine di archiviazione esauriva il procedimento penale, senza lasciare traccia alcuna nel casellario giudiziale, pur

<sup>136</sup> ROCCO, *Relazione* (1929), cit. nt. 42, pp. 21-22. «Come dire che l'azione penale era discrezionalmente nelle mani del pubblico ministero, il quale è a sua volta, per così dire, nelle mani del ministro» (M. SBRICCOLI, *Codificazione civile e penale*, in *Storia del diritto penale*, cit. nt. 96, p. 991).

<sup>137</sup> Respinge ad esempio con fermezza tale possibilità Aloisi, strenuo difensore del diritto (che anzi per l'autore è un dovere) di archiviare da parte del p.m. (U. ALOISI, *Manuale*, cit. nt. 132, p. 27). Carnelutti era invece propenso a ritenere che la formulazione dell'art. 74 (la norma prevedeva che il p.m. ordinasse la trasmissione degli atti all'archivio: «una frase di gergo, senza finezza né precisione») significasse, in fondo, «gettare il documento, contenente la notizia, nel cestino» (F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, II, Roma 1947, p. 46). Con d.lgs.lgt. 14 settembre 1944, n. 288 la disposizione venne modificata, con una formula che Carnelutti non esitò a definire goffa se non indecorosa» (ivi, p. 49). L'art. 6 disponeva che: «Il pubblico ministero, qualora reputi che per il fatto non si debba promuovere l'azione penale, richiede il giudice istruttore di pronunciare decreto. Il giudice istruttore, se non ritiene di accogliere la richiesta, dispone con ordinanza l'istruttoria formale. Nel caso preveduto nel comma precedente il pretore provvede parimenti con decreto, informandone il procuratore del Re, il quale può richiedere gli atti e disporre invece che si proceda». Di fatto l'art. 6 ripristinava gli art. 179 e 181, 1° comma del c.p.p. del '13, ma al tempo stesso dava luogo a una disciplina da taluno definita ibrida. Dal momento che i sopracitati articoli non contemplavano alcuna regola per l'archiviazione degli atti di competenza del pretore, si lasciava sopravvivere per questi casi l'ultimo periodo del 3° comma dell'art. 74. Tolta la potestà di archiviazione al Procuratore della Repubblica e restituita al giudice istruttore, «avrebbe dovuto uniformemente essere disposto per quel che attiene alla competenza del Pretore, al quale avrebbe dovuto essere attribuita la potestà di archiviare in quanto giudice, e non conservata quella che già aveva quale organo del P.M. Il che indubbiamente non è avvenuto, perché se con l'attuale disciplina il Pretore archiviasse in quanto giudice e non più in quanto organo del P.M., non avrebbero dovuti essere mantenuti fermi, attraverso la riproduzione di parte dell'art. 74 abrogato, l'obbligo del decreto del Pretore di informare del decreto il Procuratore della Repubblica e la facoltà di quest'ultimo di disporre del procedimento» (F. BAFFI, nota a sentenza del Tribunale di Napoli, 1 giugno 1949, in «Rivista italiana di diritto penale», anno II, n. 8/1, 1949, pp. 684-685).

se l'imputato fosse stato colpito da un ordine di cattura.

Altra nota dolente era rappresentata dai giurati e dalla possibile partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia<sup>138</sup>.

Ridicolo istituto, avanzo della solita indigesta Rivoluzione francese, ennesima assurdità ereditata da quella pseudo-democrazia invocata da farneticanti pensatori, la giuria venne espunta dal progetto preliminare del 1929 a favore di un organo dove giudici togati e popolari avrebbero collaborato nella decisione dei reati più gravi<sup>139</sup>.

<sup>138</sup> In realtà Rocco manifestava al Parlamento l'intenzione di conservare «l'elemento popolare, necessario perché l'applicazione della pena, nei reati più gravi, risponda interamente alla coscienza pubblica», ma mirava a regolarla, riducendo il numero dei giurati a quattro, «numero congruo e che consente una scelta migliore» [AL. ROCCO, *Sulla delega al Governo del Re della facoltà di emendare il codice penale, il codice di procedura penale, le leggi sull'ordinamento giudiziario e di apportare modificazione e aggiunte al codice civile (discorso al Senato del Regno pronunciato nella tornata del 19 dicembre 1925)*, in *La trasformazione dello Stato*, cit. nt. 44, p. 321]. Lo ribadirà alla Camera il 26 marzo 1930, asserendo perentoriamente che «l'istituto della giuria è condannato dalla esperienza di ogni giorno» e pur riconoscendo che tanto la scelta di un collegio composto esclusivamente da magistrati quanto quella di un sistema misto presentassero pregi e difetti, propendeva per il secondo, dal momento che «non si può negare che la partecipazione dell'elemento laico, non professionale, nella formazione del giudizio penale abbia una qualche ragion d'essere, perché il giudizio penale non deve rispondere solamente alla lettera della legge, ma anche alla coscienza pubblica, sicché non è male che una voce che venga dal popolo, penetri nelle aule giudiziarie». Non nascondeva tuttavia che fosse l'eccessivo onere economico della prima opzione a far propendere per la seconda [ROCCO, *Sul disegno di legge «Stato di previsione della spesa del Ministero della giustizia e degli affari di culto per l'esercizio finanziario dal 1° luglio 1930 al 30 giugno 1931» (Camera dei deputati, tornata del 26 marzo 1930)*, in ID., *Discorsi parlamentari*, cit. nt. 35, p. 456]. Una riforma radicale della giustizia fu uno degli obiettivi perseguiti con tenacia e ostinazione da parte di Rocco, considerando che si trattava di un «desiderio universale». Si dichiarava lieto che la proposta, formulata timidamente di fronte alle camere elettive, fosse stata pienamente accolta nel prosieguo dei lavori [ROCCO, *Sul disegno di legge «Delega al Governo del Re» (Senato, tornata 17 dicembre 1925)*, cit. nt. 46, p. 281].

<sup>139</sup> Lo 'scabinato', a suo dire, aveva dato prova eccellente di sé, garantendo con l'intervento di un magistrato la possibilità di correggere e controllare la formazione del giudizio [ROCCO, *Sulla delega al Governo del Re della facoltà di emendare il codice penale*, cit. nt. 138, p. 321]. Tuttavia, al termine dei lavori per la riforma della giuria, Rocco prenderà le distanze dallo scabinato, ritenuta un'istituzione straniera, rivendicando invece l'originalità del modello concepito: ROCCO, *Relazione a S.M. il Re del Ministro guardasigilli (Rocco) per l'approvazione del Regio decreto 23 marzo 1931, n. 241 «Ordinamento delle corti d'assise (Udienza del 23 marzo 1931)*, in ID., *Discorsi parlamentari*, cit. nt. 35, pp. 647-649]. Nella presentazione al Senato la proposta era divenuta

Rocco si dichiarava preoccupato della scarsa preparazione e dell'infimo livello culturale di coloro che avrebbero potuto assumere quella funzione e per questo motivo richiedeva un intervento risolutivo, attraverso la cooperazione tra togati e laici, così da superare la sempre vagheggiata separazione tra giudizio sul fatto e giudizio di diritto<sup>140</sup>. Il Ministro sembrava così dar ragione a quanti avevano nel tempo espresso perplessità sulla giuria introdotta nel 1865, ravvisando in essa il possibile verminaio di errori giudiziari<sup>141</sup>, oltre che l'espressione di tendenze innocentiste, che mal potevano

---

più rigorosa e articolata di quanto enunciato il 27 maggio alla Camera, non solo perché allora si immaginava uno scabinato formato da sei giurati, poi ridotti, ma perché l'idea embrionale finì per avere progressivamente una forma chiara e compiuta. L'attacco alla giuria trovava motivazione, ancora una volta, secondo uno schema tipico di Rocco, nell'osservazione della pratica. Si trattava di un istituto che aveva sollevato tanti inconvenienti, «privo di serie garanzie di una efficace tutela sociale contro la piaga della delinquenza». [ROCCO, *Sui disegni di legge «Delega al Governo» (Camera, tornata 27 maggio 1925)*, cit. nt. 40, p.195].

<sup>140</sup> *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, I, *Atti parlamentari della legge 24 dicembre 1925 n. 2260 che delega al governo del re la facoltà di emendare i codici penale e di procedura penale*, Roma 1928, p. 27. Per una ricostruzione del dibattito che condusse alla scelta definitiva del Ministro cfr. C. PASSARELLA, *Una disarmonica funzione di competenze: magistrati togati e giudici popolari in Corte d'Assise negli anni del fascismo*, *Historia et ius*, Collana di Studi di Storia del diritto medievale e moderno, 2, 2020, pp. 11-22.

<sup>141</sup> Giurati, ad esempio, sosteneva che, a giudizio pressoché unanime, essa funzionava male. L'elemento popolare era composto da soggetti «vittime della superfetazione, ignari del tecnicismo giudiziario» e che pertanto «rispondono a caso, perché non hanno la bussola del processo scritto, né la chiave del processo orale» e decidevano lasciandosi trascinare più dall'oratoria, tanto dell'accusa quanto della difesa, che dalle prove, generando errori fatali sia che assolvessero sia che condannassero (D. GIURIATI, *Gli errori giudiziari. Diagnosi e cura*, Milano 1893, pp. 161 e 175-183). Lo stesso Rocco, riteneva fosse necessario «far cessare lo scandalo di verdetti ingiusti, assurdi, e qualche volta ridicoli» [ROCCO, *Sul disegno di legge «Stato di previsione della spesa del Ministero della giustizia e degli affari di culto per l'esercizio finanziario dal 1° luglio 1931 al 30 giugno 20 giugno 1932» (Senato del Regno, tornata del 26 maggio 1931)*, in ID., *Discorsi parlamentari*, cit. nt. 35, p. 495]. Sul tema cfr. C. STORTI STORCHI, *Giuria penale ed errore giudiziario. Questioni e proposte di riforma alle soglie della promulgazione del codice di procedura penale italiano del 1913*, in *Error iudicis. Juristische Wahrheit und justizieller Irrtum*, a cura di A. Gouron, L. Mayali, A. Padoa Schioppa, Frankfurt am Main 1998, pp. 258-318; L. GARLATI, *Innocenti in carcere. L'errore giudiziario tra Otto e Novecento*, in *L'errore giudiziario*, a cura di L. Luparia, Milano 2021, pp. 43-46. Per una ricostruzione di sintesi del ruolo della giuria dalla sua introduzione fino alla svolta fascista PASSARELLA, *Una disarmonica funzione di competenze*, cit. nt. 140, pp. 1-10.

essere tollerate da un regime dalla volontà persecutoria<sup>142</sup>. Soprattutto la presenza della giuria ben si adattava a un processo di tipo accusatorio, in cui era il dibattimento il luogo privilegiato per la formazione della prova<sup>143</sup>: una sorta di baluardo contro i rigurgiti inquisitori della magistratura togata<sup>144</sup>. Evidente che il cambio di prospettiva voluto dal Guardasigilli rendeva insopportabile e incompatibile la presenza della giuria, destinata ad essere cancellata senza remore o dubbio alcuno<sup>145</sup>.

Con regio decreto 23 marzo 1931, n. 249 si giunse a regolare la composizione della ‘nuova’ Corte d’assise. Furono alla fine cinque i giudici popolari (denominati assessori) e due i magistrati chiamati a costituire un unico collegio deliberante sul fatto e sul diritto, ma era evidente come la superiorità numerica dei ‘laici’ fosse offuscata dall’impreparazione tecnica<sup>146</sup>. L’obiettivo di Rocco di un collegio in cui fossero i magistrati a esercitare un’azione di controllo sui membri non togati sembrava conseguito. I risultati furono diversi da quelli sperati: questo connubio non sortì un pieno amalgama tra due “corpi” così distanti, ma evidenziò la separazione e quasi la contrapposizione tra le due componenti<sup>147</sup>.

<sup>142</sup> Osservando gli esiti cui le giurie erano spesso pervenute, si era giunti alla conclusione che quanti le componevano seguivano più il loro sentire che la legge: inflessibili in caso di reati contro il patrimonio, indulgenti verso quanti si macchiavano di delitti contra la p.a. o l’ordine pubblico o nel caso di reati passionali (S. RICCIO, voce *Corte d’Assise*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 4, Torino, 1959, p. 922).

<sup>143</sup> «Mentre i giudici professionali mostravano una fisiologica propensione a dare credito alle risultanze della fase preparatoria, i giurati tendevano ad attribuire scarsa rilevanza alle prove non formatesi al loro cospetto nel corso del dibattimento» (CAPRIOLI, *La disciplina delle prove penali*, cit. nt. 31, p. 513).

<sup>144</sup> F. CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986, p. 93.

<sup>145</sup> Cfr. K. NATALI, *La partecipazione del popolo all’amministrazione della giustizia nei codici italiani di procedura penale*, in «Questione Giustizia», 6 novembre 2020, pp. 11-14: <<https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-partecipazione-del-popolo-all-amministrazione-della-giustizia-nei-codici-italiani-di-procedura-penale>>.

<sup>146</sup> Un’analisi di questo provvedimento si trova in PASSARELLA, *Una disarmonica funzione di competenza*, cit. nt. 140, pp. 22-30. Si veda ROCCO, *Relazione a S.M. il Re del Ministro guardasigilli (Rocco) per l’approvazione del Regio decreto 23 marzo 1931*, cit. nt. 139, pp. 647-661.

<sup>147</sup> Cfr. R. ORLANDI, *La riforma fascista delle Corti d’Assise*, in *L’inconscio inquisitorio*, cit. nt. 1, pp. 225-236. Rocco difese invece fino all’ultimo la giuria mista, respingendo al mittente le accuse di chi sosteneva che «i giudici togati soverchiano di troppo i cittadini chiamati accanto a loro». Se ciò si fosse stato verificato, si sarebbe trattato di eccezione e anche del-

Altro punto dolente furono le scelte compiute in tema di contumacia, con la cancellazione di quel rimedio cui l'«orribile gergo giudiziario» aveva assegnato il nome pretesco o farmaceutico di purgazione<sup>148</sup>. Il c.p.p. del 1865 (come anche quello del '13) prevedeva che in caso di condanna a pena criminale, la sentenza pronunciata contro il contumace che si fosse presentato volontariamente o costituito in carcere o giunto in potere della giustizia prima della prescrizione doveva considerarsi come non avvenuta e si procedeva alla ripetizione del giudizio davanti alla corte d'assise alla presenza dei giurati, esclusi dal processo svoltosi in contumacia.

Rocco individuò nel dilatorio meccanismo della purgazione il bersaglio di feroci critiche. Sul punto tornò più volte: già nella *Relazione* del 30 gennaio 1925 accennava alla volontà di eliminarlo<sup>149</sup> per rafforzare il valore della sentenza contumaciale, parificando il giudizio in contumacia a quello svolto in contraddittorio, disconoscendo la facoltà della difesa del contumace di proporre prove a discolpa dell'imputato<sup>150</sup>.

Nell'intervento alla Camera del 29 maggio i toni si erano fatti più fermi e accesi. Il ministro riteneva l'intera legislazione in materia di giudizi contumaciali arretrata e imperfetta. Considerava il diritto dell'imputato di presentarsi in qualunque momento del giudizio per sostenere le proprie ragioni un'aberrazione dei filosofi, capro espiatorio di ogni male, oggetto dell'avversione più profonda, responsabili di ogni perversione giuridica.

Quell'atteggiamento accondiscendente verso chi si sottraeva volontariamente alla giustizia, si rendeva latitante e poi compariva per rivendicare la possibilità di difendersi, facendo rinnovare completamente il dibattimento, era inaccettabile, un residuo di altri tempi e di altra mentalità, una

---

l'inevitabile conseguenza del passaggio da un sistema ad un altro. Ciò rendeva difficile mutare in breve la mentalità del magistrato, «ma io ho raccomandato e raccomando di adeguarsi alla nuova situazione, per cui il magistrato deve considerare l'assessore un giudice come lui, col quale ha il diritto e il dovere di discutere, ma a cui non ha affatto il diritto di imporre la propria opinione» [AL. ROCCO, *Sul disegno di legge «Stato di previsione della spesa» (Camera, tornata del 14 aprile 1932)*, cit. nt. 119, p. 533].

<sup>148</sup> MANZINI, *Manuale*, cit. nt. 81, p. 752.

<sup>149</sup> Rocco ravvedeva nel giudizio in contumacia così come regolato dal codice del 1913 un ostacolo alla conclusione del processo, ostaggio di continui rinvii, di molteplici rinnovazioni del dibattimento con conseguenti eventuali contraddizione di giudicati, nell'ipotesi in cui più imputati contumaci si presentassero uno alla volta [ROCCO, *Relazione (1925)*, cit. nt. 44 p. 247].

<sup>150</sup> *Ibidem*.

tutela esorbitante dei diritti dell'imputato, un intralcio alla speditezza del processo<sup>151</sup>.

Era ancora la serpeggiante presunzione di colpevolezza a suggerire tali soluzioni e, in una sorta di effetto domino, influenzava anche la scelta di indebolire la difesa tecnica, non solo escludendola dall'istruttoria, ma anche attraverso un attacco alle modalità con cui gli avvocati esercitavano la loro funzione nella fase dibattimentale.

Raffigurati come stereotipati macchiette, gli avvocati erano per lo più tacciati di intralciare il normale corso della giustizia. Tarpate le ali «alla loggorrea imperversante non di rado nei dibattimenti»<sup>152</sup> era un altro dei trauardi che il codice si proponeva di raggiungere.

Basta scorrere alcune valutazioni espresse su tale figura professionale<sup>153</sup>: l'avvocato fascista era considerato un ausiliario e un collaboratore della giustizia, come rammentato dal Segretariato del Partito Nazionale Fascista nel novembre del 1929, che invitava gli iscritti a non assumere la difesa di individui inequivocabilmente colpevoli di delitti ripugnanti o gravemente pericolosi per l'ordine sociale e politico. Per questo si qualificava spregevole faccendiere quell'avvocato pronto a tradire il mandato di patrocinatore del diritto per divenire protettore della delinquenza<sup>154</sup>, recuperando pregiudizi e luoghi comuni sul ceto forense<sup>155</sup>.

Trasuda da ogni parola lo scherno verso professionisti che, a detta di Rocco, esercitavano il loro compito in assoluta anarchia, irrispettosi delle regole, prima di tutto quelle della civile educazione, responsabili della paralisi della giustizia, apportando «disordine e abuso là dove sono somma-

---

<sup>151</sup> ROCCO, *Sui disegni di legge «Delega al Governo» (Camera, tornata del 27 maggio 1925)*, cit. nt. 40, p. 196.

<sup>152</sup> ROCCO, *Relazione (1929)*, cit. nt. 42, p. 8.

<sup>153</sup> La ridefinizione del ruolo dell'avvocato era iniziata all'alba del ventennio fascista, come ricostruito puntualmente da M.N. MILETTI, *Le ali ripiegate. Il modello di avvocato fascista nel codice di procedura penale italiano del 1930*, in «Acta Histriae», 16, 4, 2008, pp. 619-636.

<sup>154</sup> MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, II, Torino, 1931, p. 427, e alla nt. 1 si consulti la dichiarazione del segretario del Partito Nazionale Fascista, qui riprodotta parzialmente.

<sup>155</sup> Le pagine che Manzini dedica alla figura del difensore sono illuminanti e si concludono con un giudizio di inutilità sulle trattazioni deontologiche, considerate per lo più incomplete. «Per condursi degnamente, il difensore non ha che da seguire i responsi della propria coscienza, i consigli dei suoi colleghi più reputati ed esperti e le regole della educazione morale. Il buon senso, la prudenza, la discrezione, la rettitudine, la civiltà sono cose che non si possono insegnare con un elenco di precetti o con la casistica» (ivi, p. 431).

mente necessari l'ordine e la disciplina»<sup>156</sup>.

Di un'eccessività libertà sfociante nel caos era responsabile quella classe forense che aveva approfittato del coinvolgimento nella stesura del c.p.p. del 1913 per riconoscere a sé privilegi e poteri che finivano per violare i supremi principi alla base di un equo processo.

Rocco riteneva pertanto necessario introdurre delle restrizioni per evitare che gli avvocati, come era accaduto fino ad allora, trattassero le aule dei tribunali come scranni di scalmanati comizi politici o come palcoscenici teatrali. Il guardasigilli mortificava nei fatti il ruolo degli avvocati, ma affermava a parole la volontà di migliorarne il compito perché fossero accresciuti il prestigio e la serietà della difesa<sup>157</sup>, troncando gli estremismi dei difensori zotici e arroganti e offrendo a quelli colti e competenti la possibilità di rendere un miglior servizio non solo ai propri clienti, ma all'intera amministrazione della giustizia.

Queste le chiare indicazioni contenute nel progetto. Quasi sorpreso, Rocco riferiva nella Relazione definitiva che il progetto preliminare aveva incontrato meno ostacoli di quanti si sarebbe aspettato: non si erano levate lamentele o proteste dal mondo forense, duramente attaccato nelle sue prerogative, così come la magistratura aveva avallato pienamente e condiviso lo spirito della riforma, a dimostrazione di come fosse ormai progredita «l'educazione fascista, che insegna a subordinare i veri o supposti interessi individuali o di classe all'interesse superiore dello Stato»<sup>158</sup>.

#### 4. *Un'inquisizione (in)finita?*

Se è vero che parlare di logica inquisitoria non significa necessariamente rimandare a un regime dispotico, come si è accennato all'inizio del lavoro, è altrettanto vero che il fascismo si alimentò di una cultura giuridica esistente cui diede voce. Il processo si è mosso (e continua a muoversi?) «nell'orizzonte di un inquisitorio eterno, bisogno profondo della società italiana prima durante e forse dopo il fascismo»<sup>159</sup>. In altre parole, il regime seppe

<sup>156</sup> ROCCO, *Relazione (1929)*, cit. nt. 42, p. 27.

<sup>157</sup> *Relazione (1930)*, cit. nt. 66, p. 9.

<sup>158</sup> Ivi, p. 7.

<sup>159</sup> F. COLAO, *Processo penale e pubblica opinione dall'età liberale al regime fascista*, in *L'inconscio inquisitorio*, cit. nt. 1, p. 250.

abilmente intercettare «la viscerale nostalgia inquisitoria dei moderati»<sup>160</sup>.

Nel codice del Trenta, l'inquisitorio soffia da così tanti spiragli da risultare alla fine un vento impetuoso. Lo riconosceva con schiettezza Eugenio Florian, affermando che il nuovo rito appariva come un ritorno al processo inquisitorio della Chiesa piuttosto che come un'eco lontana del processo accusatorio romano<sup>161</sup>.

Lo si è ricordato: il pubblico ministero domina la scena processuale; i termini della custodia preventiva diventano evanescenti; regole vessatorie regolano l'impugnazione, negata *ex art.* 210 al latitante, all'evaso e ai loro difensori; il disboscamento della selva delle nullità conduce alla soppressione di quelle assolute, considerando tutte le nullità sanabili, comprese la violazione di regole processuali in grado di arrecare grave pregiudizio al diritto di difesa dell'imputato.

Il modello misto era stato tradito ed era proprio l'ultimo segmento processuale, ossia il dibattimento, a rivelarlo appieno. Basti considerare l'artificiosità assunta dall'oralità<sup>162</sup>, dal momento che il giudice decideva non solo in base a prove assunte oralmente davanti a lui, ma avvalendosi anche dei verbali di atti compiuti da altri soggetti in un momento anteriore al procedimento. La lettura dell'atto diveniva «il mezzo con cui si 'oralizzano',

<sup>160</sup> MILETTI, *La scienza*, cit. nt. 42, p. 107.

<sup>161</sup> E. FLORIAN, *Diritto processuale penale*, Torino 1939, p. 300. Manzini, al contrario, si ostinava tenacemente a sostenere il pieno rispetto del modello misto, con prevalenza del tipo inquisitorio nell'istruzione e del tipo accusatorio nel giudizio, nel quale l'imputato non era mero oggetto dell'investigazione e dell'accertamento giudiziale, come avveniva nell'inquisitorio, ma non era neppure completamente libero contraddittore in grado di lottare ad armi pari contro l'accusatore, come accadeva nel paradigma accusatorio (MANZINI, *Trattato*, II, cit. nt. 154, p. 278).

<sup>162</sup> Il concetto di oralità nel processo del 1930 è ben espresso da Ferrua, il quale evidenzia come la polivalenza concettuale, assunta nella terminologia giuridica da tale espressione, richiede di specificarne la possibile accezione. Orali erano ai sensi dell'art. 138 del c.p.p. le deposizioni rese dai testimoni e dall'imputato, nel senso che costoro erano tenuti a rendere dichiarazioni 'a viva voce', senza ricorrere ad altre forme di comunicazione. Al tempo stesso «l'art. 138 c.p.p. e le norme che ammettono la lettura in giudizio delle deposizioni istruttorie non si trovano in un rapporto di regola-eccezione, ma semplicemente operano in sfere distinte, seppur tra loro coordinate: l'uno concerne il momento di formazione della prova testimoniale; le altre attengono alla diversa problematica dell'acquisizione in dibattimento delle prove elaborate negli stadi anteriori del processo» (P. FERRUA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Milano 1981, pp. 279-2819).

cioè si rendono conformi ai principi del dibattimento, gli atti scritti»<sup>163</sup>, con conseguente «mortificazione della struttura accusatoria del dibattimento»<sup>164</sup>: una caratteristica che induce ad affermare che nel rito del '30 tornava ad avvertirsi più il fruscio della carta che il suono delle parole.

Dell'intero procedimento la fase precedente al giudizio era talmente preponderante da trasformare il dibattimento in una mera e il più delle volte spenta riproduzione di quanto già trasfuso negli atti<sup>165</sup>, quasi fosse «una sorta di semplice controllo di giudizi cristallizzati in momenti anteriori»<sup>166</sup>.

Nella fase istruttoria, inoltre, in logica ottemperanza alla segretezza, l'imputato non era assistito dal difensore<sup>167</sup>, come si è ricordato. Come avveniva nell'archetipo inquisitorio, si distingueva l'istituto della difesa dalla figura del difensore, precisando che solo la presenza di quest'ultimo risultava incompatibile con le esigenze delle indagini istruttorie e ribadendo come per la difesa fosse sufficiente la presenza dell'indagato<sup>168</sup>.

<sup>163</sup> MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, IV, Torino 1932, p. 346.

<sup>164</sup> FERRUA, *Oralità del giudizio*, cit. nt. 162, pp. 264-265.

<sup>165</sup> G. CONTI, A. MACCHIA, *Indagini preliminari*, in *Enciclopedia Giuridica*, XIV, Roma 1989, p. 1.

<sup>166</sup> NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit. nt. 122, p. 416.

<sup>167</sup> Sul dibattito relativo all'ammissibilità della presenza del difensore nella fase istruttoria cfr. MILETTI, *Ombre d'inquisizione*, cit. nt. 4, pp. 902-904.

<sup>168</sup> «L'interesse pubblico relativo alla segretezza dell'istruzione è troppo grave per consentire eccezioni a favore dei difensori, tanto più in un sistema, nel quale nell'istruzione interviene la garanzia del giudice [...]. Estesa a tutti gli atti dell'istruzione, la facoltà d'assistenza rappresenterebbe un ingombro e un pericolo [...]. Nelle riforme legislative non si deve perdere di vista la realtà pratica, per seguire soltanto dottrine astratte. Anche ammesso che teoricamente possa dimostrarsi (come non credo) l'esattezza del principio che esige l'assistenza del difensore agli atti istruttori, esso, per la sua pratica applicabilità, presuppone condizioni di fatto che nella realtà non sussistono». Il Ministro riteneva che, accanto ad avvocati seri e preparati sul cui appoggio contava, esistesse una parte non minoritaria degli avvocati con una visione troppo unilaterale e di parte, nonché uno zelo invadente che, se fosse potuto tornare utile nel dibattimento, sarebbe stato tacciato di pericolosità nella fase istruttoria. Era sufficiente la presenza del giudice come garanzia per l'imputato e asserire l'obbligatorietà dell'assistenza tecnica nel momento di formazione della prova era indice di una sfiducia verso i magistrati e quindi verso l'autorità «che nello Stato fascista non può essere ammesso» [ROCCO, *Relazione (1929)*, cit. nt. 42, pp. 59-60]. Cfr. M.N. MILETTI, «Uno zelo invadente». *Il rifiuto della pubblicità istruttoria nel codice di procedura penale del 1930*, in *Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di Flo-

Il principio del contraddittorio su cui si reggeva il processo del 1930 si sostanziava nel fatto che il giudice, nel suo compito di accertamento della verità, doveva sentire l'accusa (ossia il p.m.) e la difesa (ossia l'imputato, chiamato a difendere se stesso)<sup>169</sup>, recuperando il farraginoso testo del 1865: venivano eliminate quelle deroghe – peraltro anch'esse piuttosto timide, se confrontate con i primi progetti Finocchiaro-Aprile – che il codice del '13, «adeguandosi a notevoli correnti dottrinarie, che si ricollegavano ad una concezione liberale delle garanzie dell'imputato»<sup>170</sup>, aveva introdotto. La concessione di un pieno diritto di difesa dell'imputato attraverso l'assistenza di un professionista risultava disfunzionale rispetto ad un impianto congegnato in modo tale da assicurare sempre un colpevole alla giustizia. L'istruzione, segreta, scritta, e priva della presenza di un difensore, confidava nell'interrogatorio, come nel passato, per giungere alla verità attraverso le parole dell'imputato.

E come se non fosse bastato escludere il difensore dall'istruzione, ci si proponeva altresì di ridimensionarne il ruolo e l'impatto nella fase dibattimentale. Il giudice, infatti, stabiliva il tempo di intervento del difensore, entro il quale doveva svolgere la sua arringa<sup>171</sup>. L'inosservanza comportava

---

riana Colao, Luigi Lacchè e Claudia Storti, il Mulino, Bologna 2008, pp. 249-259.

<sup>169</sup> Il contraddittorio non era inteso come un dibattito diretto tra accusa e difesa, «ma presuppone semplicemente la libera contrapposizione degli elementi di accusa e quelli di discolta in qualsiasi modo idoneo ad illuminare il giudice circa la verità reale» (MANZINI, *Trattato*, I, cit. nt. 32, p. 200).

<sup>170</sup> GABRIELI, *Istituzioni*, cit. nt. 127, p. 218.

<sup>171</sup> Il progetto del '29 stabiliva che in fase di discussione degli incidenti nessun difensore potesse parlare per più di 40 minuti visto che in tale spazio di tempo era possibile esporre «tutto quello che è necessario a un esauriente svolgimento di qualsiasi incidente», mentre per la discussione finale doveva l'avvocato avere a disposizione tre ore di tempo [ROCCO, *Relazione (1929)*, cit. nt. 42, pp. 87 e 91]. Nessun limite invece era posto al pubblico ministero. Per sua esplicita ammissione, il Guardasigilli aveva rifiutato di cedere alle pressioni di quanti chiedevano un ugual intervento nei confronti del pubblico ministero, rivelando, anche in questi piccoli accorgimenti, una sperequazione tra le due posizioni. Se l'organo dello Stato meritava fiducia e si confidava quindi nella sua discrezione, il difensore era tacciato di ogni disonestà, scorrettezza, di lungaggini inutili: ancora una volta si fronteggiano l'Autorità pubblica e l'individuo, la volontà punitiva e la difesa, con inevitabile prevalenza dei primi sui secondi. Nella stesura definitiva del codice il Ministro ritenne opportuno rinunciare alla precisa limitazione del tempo, rimettendo ogni valutazione alla discrezionalità del magistrato preposto al dibattimento, il quale doveva agire tenendo conto dell'importanza della causa e delle questioni da trattare. [ROCCO, *Relazione (1930)*, cit. nt. 66, p. 64. Si

come sanzione la perdita della facoltà di parola<sup>172</sup>. «Notevoli» definisce Rocco le disposizioni dirette a impedire gli abusi oratori del difensore e pur professando massimo rispetto per l'eloquenza giudiziaria, riteneva superati i modelli del passato diretti a suscitare o a toccare le corde del cuore anziché parlare alla ragione. Abolita la giuria, non vi era ragione per far prevalere sull'argomentazione giuridica l'esposizione sentimentale. Le arringhe dovevano ispirarsi a sobrietà e austerità: «i filodrammatici non devono trovare un teatro aperto ai loro saggi, forse geniali, ma sempre inopportuni nelle aule giudiziarie»<sup>173</sup>, così come era necessario educare la mente alla concisione in cui sprigionare la vera forza del pensiero

Inoltre, eliminata come si è visto la purgazione, si introdusse accanto al giudizio in contumacia quello in assenza, ossia di un imputato che, a conoscenza del procedimento, rifiutava volontariamente e consapevolmente di parteciparvi, ammettendo che non sempre la contumacia dipendeva da cattiva volontà<sup>174</sup>, ma da legittimo impedimento, con tutte le necessarie precisazioni circa la prova dell'esistenza dell'impedimento e della sua legittimità (art. 497 c.p.p.).

L'esito, tuttavia, fu quello di impedire al contumace di far valere in un secondo tempo la sua «impossibilità, anche per motivi indipendenti da sua colpa, a manifestare la propria intenzione di intervenire in giudizio»<sup>175</sup>. Allo stesso tempo il contumace che compariva nel corso del dibattimento, ma prima dell'inizio della discussione finale, veniva informato in modo sommario di quanto avvenuto in sua assenza e il dibattimento proseguiva dall'ultimo atto compiuto prima della sua comparizione, senza possibilità di essere sospeso o rinviato per cause dipendenti dalla precedente contumacia, mentre la discussione finale non poteva essere sospesa o ritardata per l'im-

---

veda sui tempi concessi ai difensori per lo svolgimento dell'arringa gli artt. 438 e 468 del codice].

<sup>172</sup> Cfr. le ulteriori limitazioni sancite dall'art. 470 e le precisazioni del ministro [ROCCO, *Relazione (1929)*, cit. nt. 42, p. 93]. La disposizione fu abrogata nel 1944 con il d. lgs. lgt. n. 288, ma era già nei fatti caduta in desuetudine.

<sup>173</sup> ROCCO, *Relazione (1929)*, cit. nt. 42 p. 91.

<sup>174</sup> ROCCO, *Relazione (1930)*, cit. nt. 66, p. 35. Si veda l'art. 497 2° comma del codice.

<sup>175</sup> UBERTIS, *La contumacia: finzione e realtà*, in *L'inconscio inquisitorio*, cit. nt. 1, p. 201. Sulle conseguenze di questa regolamentazione ambigua e sull'interpretazione datane dalla scienza giuridica fino agli inizi degli anni Ottanta del secolo scorso, come se il «germe inquisitorio, quasi senza farsene accorgere, fosse penetrato nell'inconscio della maggioranza dei processualpenalisti italiani», ivi, pp. 201-204.

provvisa presentazione di imputati contumaci (art. 501 c.p.p.).

I diritti processuali dell'imputato erano dunque piegati alla finalità della difesa sociale, poiché, dirà ancora una volta il buon Manzini, lo Stato fascista, a differenza dello Stato democratico-liberale, non considerava la libertà individuale come un diritto, quanto piuttosto come una concessione accordata nell'interesse della collettività<sup>176</sup>.

Uno spunto di riflessione proviene anche dalle argomentazioni a sostegno della norma che imponeva il pagamento delle spese del mantenimento in carcere in capo al detenuto nel caso di condanna.

Il Progetto del 1929 si fondava su pregiudizi o su una presunta eredità (im)morale. Infatti Rocco, rispondendo a quanti obiettavano, per contestare la disposizione, che non solo il detenuto era trattenuto contro la sua volontà e pertanto non era tenuto a provvedere a se stesso<sup>177</sup>, ma altresì che il danno si riversava su innocenti famiglie, sosteneva che di 'innocente' quelle famiglie avevano poco, dal momento che l'esperienza insegnava che i delinquenti il più delle volte provenivano da contesti familiari degradati e che comunque era una sorta di legge di natura che «le sciagure private debbano essere sopportate da coloro che esse colpiscono»<sup>178</sup>.

Aggiungeva inoltre che il vero danno non derivava dall'obbligo di mantenimento del congiunto (che non poteva certo gravare sullo Stato), quanto dal reato commesso e rilevava con cinico realismo che in verità la spesa adossata alla famiglia era notevolmente inferiore rispetto a quella che sarebbe stata sopportata in una situazione di libertà. In fondo per sopravvivere in carcere si chiedeva un contributo necessario a soddisfare minime esigenze<sup>179</sup>.

Non solo. Ad abbassare le garanzie a tutela dell'imputato non si lesinavano sospetti sull'imputato silenzioso, che si contrapponeva al giudice e alle sue domande incalzanti rivolte in sede di interrogatorio. Se è solo con la legge 5 dicembre 1969 n. 932 che per la prima volta in modo esplicito<sup>180</sup> si

---

<sup>176</sup> MANZINI, *Trattato*, I, cit. nt. 32, p. 183.

<sup>177</sup> A questa obiezione il guardasigilli aveva buon gioco nel ribattere che non era rilevante la volontà o meno del condannato dall'essere privato della libertà, quanto la considerazione che egli aveva dato volontariamente causa alla sua detenzione [ROCCO, *Relazione (1929)*, cit. nt. 42, p. 53].

<sup>178</sup> *Ibidem*.

<sup>179</sup> *Ibidem*.

<sup>180</sup> In tali termini si esprime Vassalli, il quale sostiene che la consacrazione del canone *nemo tenetur se detegere* era rimasto fino ad allora implicito nel nostro ordinamento. La legge

è introdotto nel nostro ordinamento l'obbligo per l'autorità procedente di avvertire l'imputato, prima dell'inizio dell'interrogatorio, della possibilità di avvalersi della facoltà di non rispondere (attuando il riconoscimento della difesa quale diritto inviolabile così come sancito dall'art. 24, 2° comma della Costituzione), l'art. 367 2° comma del codice del 1930, erede non ultimo di un lungo cammino, contemplava la mera annotazione nel processo verbale del rifiuto dell'imputato a rispondere e la relativa prosecuzione dell'istruttoria, non preceduta però da nessun avvertimento da parte del giudice<sup>181</sup>.

Nella Relazione al progetto preliminare Rocco rivendicava con orgoglio l'abolizione dell'obbligo, previsto invece nel codice del 1913<sup>182</sup>, di avvertire l'imputato della prosecuzione dell'istruzione nonostante la mancanza di ogni risposta: un monito non solo superfluo, si legge, ma anche dannoso e disdicevole «se con esso si vuole avvertire l'imputato della facoltà che ha di tacere»<sup>183</sup>, sottolineando come non si trattasse di un interesse legittimo dell'imputato essere informato sui passi compiuti o da compiere da parte del giudice, ma di un interesse in contrasto con la giustizia.

Si propagandava che il nuovo c.p.p. avrebbe consentito la vittoria della giustizia sostanziale su quella formale. Ma dietro il paravento della procla-

---

del '69 assumeva quindi per la prima volta questo principio (dopo i tentativi esperiti ad inizio secolo dal codice di Finocchiaro-Aprile) come un diritto fondamentale dell'imputato e dell'indiziato (G. VASSALLI, *Modificazioni al c.p.p. in merito alle indagini preliminari, al diritto di difesa, all'avviso di procedimento ed alla nomina del difensore*, in «Riv. it. di dir. e proc. penale», 1969, p. 927). Sugli interventi più recenti sul tema così si esprimeva Cordero, ancora una volta collegando passato e presente: «le nuove norme (art. 64, 197 bis, 210) forniscono esempi d'ingegneria labirintica, da mandare in estasi i proceduristi glossatori» (CORDERO, *Procedura penale*, cit. nt. 6, p. 1273).

<sup>181</sup> Sullo sviluppo storico del tema del silenzio si rimanda a L. GARLATI, *Silenzio colpevole, silenzio innocente. L'interrogatorio dell'imputato da mezzo di prova a strumento di difesa nell'esperienza giuridica italiana*, in *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*, a cura di M.N. Miletto, Milano 2006, pp. 265-359.

<sup>182</sup> L'art. 261 del codice Finocchiaro-Aprile disponeva quanto segue: «il giudice contesta in forma chiara e precisa all'imputato il fatto che gli è attribuito, gli fa noti gli indizi esistenti contro di lui e, se non possa derivarne pregiudizio all'istruzione, gli indica anche le fonti di essi. Il giudice invita quindi l'imputato a disculparsi e a indicare le prove in suo favore, avvertendolo che, se anche non risponda, si procederà oltre nell'istruzione». Lo stesso si disponeva nell'art. 388, relativo all'interrogatorio nella fase del giudizio.

<sup>183</sup> ROCCO, *Relazione* (1929), cit. nt. 42, p. 71. Si veda sul punto F.P. GABRIELLI, voce *Interrogatorio* (*Diritto processuale penale*), in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. XVII, Torino, 1938, p. 81, e anche in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VIII, Torino 1962, p. 923.

mata simmetria tra Stato e *reus* si celava, in modo neppure troppo velato, la volontà di approntare tutti gli strumenti perché gli interessi del primo prevalessero su quelli del secondo. Si capovolgevano alcuni degli insegnamenti dell'illuminismo e del primo liberalismo ottocentesco, che avevano, a modo loro, elevato a esigenza primaria la tutela della persona (e dei suoi diritti) contro arbitrari meccanismi repressivi. Si favoriva un positivismo di stampo autoritario, dove era il rispetto delle regole, cieco e assoluto, a prevalere su ogni altra considerazione. Il principio di legalità si trasformò in un'onnipotenza del legislatore (di cui qualche ambigua traccia si trova non solo nel pensiero hobbesiano ma anche in quello di Rousseau) e la libertà finì per avere o un ruolo residuale o, come appunto insegnava Rousseau, si identificava con la sottoposizione alla legge, da imporre anche con la forza.

Quel codice, dunque, fece scempio di ogni diritto dell'imputato e di ogni libertà civile, ma fu uno scempio vuoto, un sacrificio inutile e stolto perché non solo non si era minimamente avvantaggiato l'interesse alla sicurezza sociale, ma pure quest'ultimo era stato colpito e affondato a favore di un sistema procedurale tirannico e inefficiente<sup>184</sup>.

Grazie a Manzini si assisteva a un «vistoso arretramento dei diritti individuali»<sup>185</sup>, mentre aumentava il controllo del potere politico e dell'esecutivo sul mondo giudiziario in genere e sul dissenso pubblico in particolare.

«Insomma, il fascismo si era dato un processo penale a sua propria immagine, testimonianza e metro delle condizioni in cui costringeva la realtà italiana»<sup>186</sup>.

Una storia secolare lasciava in eredità alla futura esperienza repubblicana e democratica non pochi elementi vischiosi, di cui la cultura giuridica (ma non solo) era impastata. Vi fu ad esempio la difficoltà ad affermare anche semanticamente l'effettiva presunzione di innocenza, quella che farà sì che anche nell'art. 27, nel suo travagliato percorso di nascita<sup>187</sup>, si preferisse l'espressione meno definente di considerare l'imputato non colpevole

<sup>184</sup> VASSALLI, *Introduzione*, cit. nt. 24, p. 17.

<sup>185</sup> F. COLAO, *Caratteri preliminari e tratti permanenti del processo penale dal codice «moderatamente liberale», al codice «fascista», al «primo codice della Repubblica»*, in *Giustizia penale e politica in Italia tra Otto e Novecento. Modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto*, a cura di F. Colao, L. Lacchè, C. Storti, Milano 2015, p. 197.

<sup>186</sup> SBRICCOLI, *Codificazione civile e penale*, cit. nt. 136, p. 991.

<sup>187</sup> L. GARLATI, *Punire per (ri)educare. Il fine della pena tra emenda e risocializzazione nel dibattito costituzionale*, in *Il castigo. Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su giustizia, diritto di punire e pena*, in «Quaderno di storia del penale e della giustizia», 3, 2021, pp. 177-198.

fino alla sentenza definitiva<sup>188</sup>, o la sottile convinzione che l'imputato silente tacesse perché presumibilmente colpevole e fosse da trattare come un nemico della giustizia<sup>189</sup>, perché non collaborava a cercare la verità. In fondo,

<sup>188</sup> Nell'art. 27, comma 2 della Costituzione «non solo non compare una presunzione di innocenza, ma neppure una presunzione di non colpevolezza, bensì semplicemente una non considerazione di colpevolezza, che non sembra implicare di per sé una valutazione negativa in ordine alla colpevolezza dell'imputato» (E. MARZADURI, *La prassi applicativa delle disposizioni sulla custodia cautelare ed i sofferti rapporti con la garanzia sancita nell'art. 27 comma 2 Cost.*, in *Diritti individuali*, cit. nt. 7, p. 269). Una formula che «non trova corrispondenza in nessun altro analogo testo normativo di diverso ordinamento, dove, sia pure con qualche variante lessicale, si fa riferimento sempre ad un imputato presunto innocente o considerato colpevole» (ID., *Considerazioni sul significato dell'art. 27, comma 2 Cost.: regola di trattamento e regola di giudizio*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di F.R. Dinacci, Milano 2010, p. 309). Ben esprimeva l'opacità del dettato costituzionale Mario Chiavario, affermando che l'art. 27 «riproduce quasi con le stesse parole una definizione cara al legislatore fascista» (M. CHIAVARIO, *Profili di disciplina della libertà personale nell'Italia degli anni Settanta*, in *La libertà personale*, a cura di L. Elia e M. Chiavario, Torino 1977, p. 240). Nel dibattito dell'Assemblea costituente, in risposta alla proposta approvata nella I Sottocommissione nella seduta del 17 settembre 1946 [la formula avrebbe dovuto essere *L'innocenza dell'imputato è presunta fino alla condanna definitiva*, teorizzata da Mancini e integrata dal presidente Tupini, correttiva di quella espressa dai relatori La Pira e Basso («l'imputato è presunto innocente fino a che con atto dell'autorità giudiziaria non sia stato dichiarato colpevole»): *Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Prima Sottocommissione*, 7, *Resoconto sommario della seduta di martedì 17 settembre 1946*, pp. 58- 59], Giovanni Leone asserì che la presunzione d'innocenza integrava un principio di natura romantica e per questo considerava quello di non colpevolezza, accolto nella Costituzione, maggiormente rispondente alle esigenze concrete, nonché coerente con la carcerazione preventiva. Per la prima volta, secondo l'esimio penalista, si parlava di «non presunzione di colpevolezza» come concetto distinto dalla «presunzione di innocenza», ritenendo che la commissione si fosse posta, «con sano criterio di equilibrio, nel giusto mezzo» (*Atti Assemblea Costituente*, LXXVIII, seduta pomeridiana di giovedì 27 marzo 1947, p. 2559). Per una ricostruzione cfr. G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna 1979; P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009. Ritiene vi sia una sostanziale identità tra le espressioni 'presunzione di non colpevolezza' e 'presunzione di innocenza' M. VALIANTE, *Il nuovo processo penale. Principi fondamentali*, Milano 1975, pp. 152-173.

<sup>189</sup> Un efficace esempio di questa mentalità quasi inscalfibile si trova nella celebre consulta di Gabriele Verri del 19 aprile 1776, in risposta alla richiesta del Governo austriaco di abolire la tortura: «reus qui iudici interroganti aut non respondet, aut congrum negat responsum: iste, si terque quaterque interrogatus, impulsus, territus obmutescit vel incongrue respondet, per hoc silentium se prodit sotentem. Cur enim tacet, si insons?» (la Consulta è

come fulgidamente e amaramente scriveva Sciascia, «il far nomi di sodali, di complici, è sempre stato dai giudici inteso come un passar dalla loro parte, come un rendersi alla giustizia e farsene, anche se tardivamente, strumento, e insomma come il vero ed efficace pentimento»<sup>190</sup>.

Ma rimase viva anche la visione del processo penale come strumento di ordine, di tutela della società o della collettività, non già *extrema ratio* ma strumento ordinario per combattere ogni tipo di distorsione, fino quasi a sostituirsi alla politica.

Quel codice del Trenta, durato oltre ogni logica, per la difficoltà di far radicare nella nostra cultura la difesa dei diritti individuali, era stato pensato con logiche di autoritarismo, ma è sopravvissuto alle temperie grazie a una folta schiera di misoneisti che si sono ostinati a conservare l'impianto temperandone le asperità. In realtà si trattava di un «temibile ordigno inquisitorio», come chioserà Cordero<sup>191</sup>

Con interventi immediati si cercò di cancellare le impronte più chiare del dirigismo fascista, per un codice che non era all'altezza della nuova civiltà agli albori di un cammino democratico<sup>192</sup>.

Si trattava tuttavia di incrostazioni dure a morire se Pietro Nuvolone ne rinveniva traccia in un insospettabile progetto del 1962, da più parti esaltato come anticipata dimostrazione di sensibilità verso i valori costituzionali, intervenendo soprattutto su quella che si era rivelata come l'espressione più chiara della matrice inquisitoria: l'istruzione. Il testo in questione era il cosiddetto Progetto Carnelutti, redatto in splendida solitudine, come novello Manzini, dall'insigne giurista e che l'allora ministro Gonella sottopose al vaglio di una commissione nel necessario (seppur tardivo) adeguamento ai valori costituzionali del codice fascista<sup>193</sup>. Nuvolone in una lettera de-

---

riprodotta in *Appendice* a S. DI NOTO, *Documenti del dibattito su tortura e pena capitale nella Lombardia austriaca*, in «Studi Parmensi», 19, 1977, pp. 267-406, doc. n. 6, p. 393).

<sup>190</sup> L. SCIASCIA, *La strega e il capitano*, Milano 2019, p. 67.

<sup>191</sup> CORDERO, *Procedura penale*, cit. nt. 6, p. 86.

<sup>192</sup> Cfr. L. LACCHÈ, «Sistemare il terreno e sgombrare le macerie». *Gli anni della "costituzione provvisoria": alle origini del discorso sulla riforma della legislazione e del codice di procedura penale (1943-1947)*, in *L'inconscio inquisitorio*, cit. nt. 1, pp. 271-304.

<sup>193</sup> Sulla genesi e i caratteri della proposta di Carnelutti cfr. O. MAZZA, *L'illusione accusatoria: Carnelutti e il modello dell'inchiesta preliminare di parte*, in *L'inconscio inquisitorio*, cit. nt. 1, pp. 153-166. Cfr. anche L. ZILETTI, *Franco Cordero e i datteri di Carnelutti. Il dibattito sull'introduzione del modello accusatorio nel sistema italiano*, in «disCrimen», 29.9. 2023, pp. 1-22 <<https://discrimen.it/wp-content/uploads/Zilletti-Franco-Cordero-e-i-datteri-di-Carnelutti.pdf>>.

nunciava che non bastava aver rinominato l'istruttoria 'inchiesta preliminare' se poi continuava a non essere garantito il diritto di difesa<sup>194</sup>. E Massimo Nobili vedeva in quei propositi di riforma un modo per far rientrare di straforo il clima inquisitorio attraverso il rafforzamento del ruolo del pubblico ministero, che nella pomposa inchiesta preliminare poteva finire per incidere irrimediabilmente sulla libertà dei cittadini<sup>195</sup>.

Si era in perenne attesa del primo codice della Repubblica uniformato ai valori della Carta del 1948, ma soprattutto capace di abbandonare l'ambiguità di un sistema misto<sup>196</sup>: un'attesa terminata dopo circa quarant'anni, ma solo apparentemente si sono verificati gli esiti sperati<sup>197</sup>. Se il modello accusatorio sembrava aver trionfato non è stato però in grado di occupare tutto lo spazio del penale in ragione di politiche securitarie «aspirate a una logica perfettamente contraria»<sup>198</sup>.

Dall'inquisizione non ci siamo mai davvero affrancati<sup>199</sup>: inutile negarlo se «vogliamo essere davvero storicisti. Il passato che non c'è più – l'istituto della tortura abolito, il fascismo come passeggera febbre di vaccinazione – s'appartiene a uno storicismo di profonda malafede se non di profonda stupidità. La tortura c'è ancora. E il fascismo c'è sempre»<sup>200</sup>.

<sup>194</sup> Cfr. VASSALLI, *Introduzione*, cit. nt. 24, p. 11.

<sup>195</sup> Per una «teorizzazione 'inquisitoria'» cfr. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit. nt. 122, p. 261.

<sup>196</sup> Sulla ricostruzione delle riforme nella stagione repubblicana R. ORLANDI, *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, in *Diritti individuali*, cit. nt. 7, pp. 51-83; F. COLAO, *Processo penale e garanzie dal «limbo» alla «Novella» del 1955*, in *ibidem*, pp. 199-219; EAD., *Giustizia e politica. Il processo penale nell'Italia repubblicana*, Milano 2013; LACCHÈ, *I diritti della storia e la storia dei diritti*, cit. nt. 15, pp. 87-100.

<sup>197</sup> O. MAZZA, *Tradimenti di un codice. La Procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Torino 2020; P. FERRUA, *La lenta agonia del processo accusatorio a trent'anni dell'entrata in vigore: trionfante nella Carta Costituzionale, moribondo nel reale*, in «Processo penale e giustizia», 1, 2020, pp. 7-14.

<sup>198</sup> P. COSTA, *Il modello accusatorio in Italia: fra 'attuazione della Costituzione' e mutamenti di paradigmi*, in *Diritti individuali*, cit. nt. 7, p. 156.

<sup>199</sup> Con un giudizio drastico Luca Marafioti ritiene che la recente riforma Cartabia più che proiettarci in un post-accusatorio abbia aperto le porte a un neo inquisitorio (L. MARAFIOTI, *Relazione al Convegno "Forme, riforme e valori per la giustizia penale futura"*, Ferrara, 2022, reperibile in <[www.radioradicale.it](http://www.radioradicale.it)>).

<sup>200</sup> L. SCIASCIA, *Nota a A. MANZONI, Storia della Colonna Infame*, Palermo 1995, pp. 181-182.



Renzo Orlandi

*Osessioni inquisitorie nell'Italia repubblicana*

SOMMARIO: 1. Preambolo. – 2. Illusione garantista (anni Cinquanta). – 3. Utopia accusatoria (anni Sessanta). – 4. Riforma processuale e leggi d'emergenza (anni Settanta). – 5. Illusione accusatoria (anni Ottanta). – 6. Risveglio inquisitorio (anni Novanta). – 7. Oltre il binomio inquisitorio/accusatorio: la tutela dei diritti inviolabili come cardine ideale della cultura processualistica negli anni Duemila. Scenari inquisitori della prevenzione *ante delictum*.

1. *Preambolo*

Intendiamoci innanzitutto sul valore dell'aggettivo 'inquisitorio': termine polivalente aperto ad almeno tre significati. Abbinato a un sistema processuale, esso denota rispettivamente (a) un processo attivato d'ufficio dal giudice che opera anche come accusatore; (b) un processo a struttura triadica nel quale le prove raccolte da polizia e pubblico ministero valgono come prove per il giudizio di colpevolezza; (c) una pratica amministrativa o giudiziaria che – anche in spregio di diritti inviolabili della persona – punta a neutralizzare soggetti socialmente pericolosi.

Gli ordinamenti processuali contemporanei (fra questi, certamente, quello italiano) sono in linea generale rispettosi della struttura triadica. Non si possono pertanto definire inquisitori nel senso di cui alla lett. (a). Diverso il discorso per le due ulteriori definizioni dell'aggettivo: sia l'uso probatorio di atti compiuti da agenzie investigative (principalmente polizia e magistratura penale), sia la compressione di diritti fondamentali della persona in funzione di controllo sociale rappresentano tratti attuali della nostra procedura penale come quella di altri ordinamenti contemporanei.

Guardando alla recente storia della procedura penale italiana, ritengo che le ossessioni inquisitorie siano generate o alimentate da simmetriche illusioni accusatorie. Siamo pur sempre soggetti (e forse abituati) alle antinomie della 'normativa rinnegante'<sup>1</sup>. Enunciazioni solenni di diritti e ga-

---

<sup>1</sup> «... quel metodo mediante il quale il legislatore pone nello stesso contesto normativo (o in testi diversi) due principi fra loro opposti e contrastanti, lasciando a chi detiene il potere la possibilità di valersi dell'uno o dell'altro» (I. MEREU, *Storia dell'intolleranza in Europa. Sospettare e punire, l'inquisizione come modello di violenza legale*, Milano, 1988, p. 20 – il corsivo nella citazione è dell'autore).

ranzie convivono con eccezioni rigoriste e autoritarie, alle quali si ricorre per fronteggiare asserite emergenze sempre presenti nella mente di chi manovra le leve del potere politico. Non è una novità, si può dire che in ogni epoca sono esistiti *crimina excepta* che giustificano deviazioni dalla normativa ordinaria per sradicare fenomeni di insopportabile gravità, considerati pericolosi per la tenuta dell'organizzazione sociale. Ci sono certamente state epoche contraddistinte da legislazioni penali particolarmente attente alla tutela delle libertà individuali, ma in tutte sono presenti elementi di rigore e severità che siamo soliti associare a un paradigma inquisitorio. Il discorso vale anche per gli ordinamenti di *common law*, comunemente considerati alieni dalla cultura inquisitoria e sicuro rifugio dei modelli accusatori<sup>2</sup>.

La cronologia evocata dal titolo copre il periodo che ci separa dall'entrata in vigore della riforma fascista (1931). La collega Garlati si occuperà dei primi tre lustri passati sotto quella codificazione. Io mi occuperò del tratto temporale che va dalla fondazione della Repubblica democratica ai giorni nostri.

Più di settant'anni, costellati da ripetuti, incessanti tentativi di riforma della nostra procedura penale per adeguarla ai parametri di una Costituzione politica che modificava fino a rovesciarlo il rapporto fra individuo e autorità pubblica: non più un cittadino assorbito nell'elemento statale, bensì un individuo al quale lo Stato assicura diritti inviolabili.

Un periodo lungo, ricco di eventi e di iniziative riformistiche anche di segno contraddittorio sul terreno della giustizia penale. Conviene dividerlo in fasi per meglio evidenziare le linee (zigzaganti) seguite da

---

<sup>2</sup> Benché gli emendamenti alla costituzione americana promettano ai cittadini le garanzie della *fairness* processuali, è noto che negli USA le sentenze emesse a seguito di regolare *trial* ammontano a percentuali bassissime (circa 3%). Le condanne sono emesse sulla base di accertamenti di polizia (*plea bargaining, charge bargaining; sentencing bargaining*) in oltre 90% dei casi. Si vedano, al riguardo, AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Plea Bargain Task Force Report 2023*, reperibile in <<https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/criminaljustice/plea-bargain-tf-report.pdf>>, nonché R. SUBRAMANION, L. DIGARD, M. WASHINGTON II, S. SORAGE, *In the Shadows: A Review of the Research of Plea Bargaining*, reperibile in <<https://www.vera.org/downloads/publications/in-the-shadows-plea-bargaining.pdf>>. Inoltre, che le pratiche penali nordamericane siano inclini a negare i diritti fondamentali della persona quando si tratta di 'salvare la società', è dimostrato dalla esperienza delle *Military Commissions* istituite dopo l'11 settembre 2001 per contrastare il terrorismo internazionale di matrice islamica e, ancor prima, dalla attività della *Commissione per le attività antiamericane* (*Committee on Un-American Activities*) che operò con particolare zelo in funzione anticomunista fra la fine degli Quaranta e i primi anni Cinquanta del secolo scorso.

protagonisti e ispiratori di dette riforme.

Pur consapevoli della artificiosità (e inevitabile arbitrarietà) di ogni partizione temporale, l'osservazione del periodo considerato suggerisce una scansione in sei movimenti, scelti in ragione di accadimenti (normativi, giurisprudenziali, dottrinali) capaci di caratterizzare un intero decennio. Vale per le illusioni garantiste coltivate tra la fine degli anni '40 e gli anni '50 del secolo scorso; per l'utopia accusatoria vagheggiata negli anni '60; per l'evoluzione emergenziale degli anni '70; per l'illusione accusatoria degli anni '80; per il risveglio inquisitorio degli anni '90 e, infine, per gli sviluppi della giustizia penale nel primo ventennio di questo secolo, dove il binomio accusatorio/inquisitorio sembra sbiadire, restando sotto traccia per lasciar in evidenza tematiche più legate alla tutela dei diritti fondamentali della persona minacciati dall'attività di prevenzione e repressione di gravi reati.

## 2. *Illusioni garantiste (anni Cinquanta).*

La Costituzione del 1948 pose imperiosamente il problema di un adeguamento del codice di rito penale ai principi garantistici in essa affermati. Soprattutto il diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento, enunciato nell'art. 24 comma 2, esigeva una riforma della fase istruttoria, ancorata alla cautela tipicamente inquisitoria della segretezza. Superata la proposta, affiorata in sede politica nell'Italia post-fascista, di cancellare la legge processuale del ventennio, tornando al codice del 1913<sup>3</sup>, si optò per una 'bonifica costituzionale' del codice del 1930.

<sup>3</sup> Fu la prima, istintiva reazione alla caduta del fascismo, già nel luglio 1943, ribadita, quanto al codice di procedura penale dalla Commissione insediata nel gennaio 1945 dal ministro della giustizia Tupini.

In dottrina, le opinioni sulla riforma dei codici penali furono tuttavia meno severe ed ebbero la meglio. Autorevoli voci patrocinarono il mantenimento della riforma penale fascista, pur depurata di talune spigolosità autoritarie: questo sul presupposto che il tecnicismo giuridico professato dalla maggior parte dei giuristi nella prima metà del secolo scorso avrebbe preservato i tratti liberali e illuministici anche della legislazione penale del 1930. Si vedano, in tal senso, G. LEONE, *La scienza giuridica penale nell'ultimo ventennio*, in *Arch. pen.* 1945, p. 23 ss.; T. DELOGU, *L'elemento politico nel codice penale*, ivi, p. 161 ss. oltre agli autori (fra i quali P. CALAMANDREI, F. SANTORO PASSARELLI) citati da R. PANNAIN, *Notizie e spunti sulla riforma dei codici penali*, in *Arch. pen.* 1945, p. 56 ss. In proposito si vedano le puntuali informazioni fornite dal saggio di F. COLAO, *Il «nuovo codice del nostro paese». Itinerari della «riforma» del codice Rocco dal 1944 al 1981*, in questo stesso volume.

Ne sortì, a metà degli anni Cinquanta<sup>4</sup>, una riforma assai ampia e ricca sul piano quantitativo (più di 120 articoli del c.p.p. 1930 furono modificati o inseriti), ma che sostanzialmente confermava il modello misto delle due codificazioni previgenti (1865 e 1913). Una ‘riformetta’, la apostroferà qualche anno dopo Francesco Carnelutti.

Affioravano scelte garantiste in quel primo intervento di metà anni '50. Ricordiamo le modifiche di maggior peso: ripristinato il sistema delle nullità assolute che il legislatore fascista aveva abbandonato; restituito alla difesa il diritto di assistere al compimento di alcuni atti compiuti dal giudice istruttore (esperimenti giudiziari, perizie, perquisizioni domiciliari e ricognizioni); riscritte le norme in tema di ricusazione del giudice e rimessione dei processi; sottratto alla polizia giudiziaria il potere di disporre intercettazioni telefoniche o il sequestro di corrispondenza di propria iniziativa; rivista la disciplina del fermo e dell'arresto; revisionata altresì la normativa sulla ‘carcerazione preventiva’, con l'assegnazione di termini di durata per le fasi istruttorie e con la possibilità di impugnare davanti alla corte di cassazione il provvedimento cautelare.

Le scelte garantiste – in tema di diritto di difesa e di libertà personale – erano una novità imposta dalla Costituzione<sup>5</sup>. Alcuni degli interventi novellatori rappresentavano, in realtà, riproposizioni di norme che già avevano caratterizzato la codificazione processuale del 1913, maturata nell'Italia liberale come frutto (un po' tardivo) da accostare, completandola, alla prima riforma penale dell'Italia unitaria realizzata con il codice Zanardelli del 1889. La riforma del 1955 si presentava, al contempo, come proiettata verso il futuro, in quanto attuava i principi della Costituzione, e rivolta al tranquillizzante passato dell'Italia liberale precedente il ventennio fascista.

Restava tuttavia – come accennato – la divisione del procedimento di primo grado in due fasi, con il segmento istruttorio (gestito alternativamente dal giudice istruttore o dal pubblico ministero) che ipotecava pesantemente l'esito dibattimentale.

Il tema animerà la discussione dottrinale degli anni Sessanta, alla quale conviene volgere ora l'attenzione.

---

<sup>4</sup> L. 18 giugno 1955, n. 317 – *Modificazioni al codice di procedura penale*.

<sup>5</sup> La prima, grande riforma processuale dell'Italia repubblicana è datata 1955 non per caso: si sa che, a breve, con otto anni di ritardo (!), entrerà in funzione la Corte costituzionale, pronta a demolire numerose disposizioni lesive di diritti individuali. Ne sarebbero derivate lacune che solo la creatività giurisprudenziale avrebbe potuto colmare. Varie commissioni ministeriali – già dalla seconda metà degli anni Quaranta – si erano cimentate con progetti di riforma senza approdare a nulla. Ora non si poteva più aspettare.

### 3. *Utopia accusatoria (anni Sessanta)*

Ipertrofia della fase istruttoria. Insensatezza dell'istruzione sommaria, a fianco dell'istruzione formale. Critica della duplicazione funzionale fra 'istruzione' formale e 'istruttoria' dibattimentale: a che serve raccogliere due volte la stessa prova? Perché non accontentarsi di un unico accertamento? Può, tale accertamento, essere condotto in presenza del difensore, ora che la Costituzione impone esplicitamente il diritto di difesa «in ogni stato e grado del procedimento»? Come conciliare l'ovvia esigenza di segretezza che deve caratterizzare la fase investigativa, con la necessità di affermare il contraddittorio nella formazione delle prove?

Questi rilievi critici, comuni a molti studiosi dell'epoca, trovarono in Francesco Carnelutti un interprete particolarmente vigoroso. Val la pena ripercorrere i passaggi più significativi attraverso i quali egli riuscì a rilanciare su altre basi il tema della riforma processuale penale.

L'antefatto risale alla fine degli anni '50. Carnelutti – che si era tenuto distante dalle dispute sulla riforma penale e processuale degli anni precedenti – redige un saggio (in onore di Emilio Betti), pubblicandolo in anteprima sulla sua *Rivista*<sup>6</sup>. Titolo del saggio è: *Crisi della giustizia penale*. In quello scritto prende posizione contro il 'sistema misto' di derivazione napoleonica, che pretendeva di giustapporre – nel procedimento di primo grado – due fasi ispirate a principi incompatibili: l'istruzione (formale o sommaria) di marca inquisitoria e il dibattimento, aperto ai principi accusatori (pubblicità, immediatezza, oralità). Rileva che, in realtà, questo abbinamento degli opposti è fatto per consentire all'elemento inquisitorio di fagocitare l'accusatorio. Abbiamo due fasi del processo penale che puntano allo stesso scopo: accertare la verità. Chiamiamo istruzione (formale o sommaria) la fase diretta dal giudice istruttore o dal pubblico ministero. Chiamiamo istruzione (dibattimentale) la fase del giudizio. Ma è evidente che, arrivati a dibattimento, la verità è già stata sostanzialmente accertata. I verbali istruttori pesano come pietre che il contraddittorio, pur formalmente ammesso in quella fase, non riesce a scalfire: un'arma spuntata nelle mani della difesa.

Queste idee sono riprese e ribadite nel successivo volume intitolato *Principi del processo penale*<sup>7</sup>: la forma esteriore è quella del manuale, ma lo stile è decisamente critico, a partire dallo scrupolo linguistico nell'uso del termine (cruciale) di 'istruzione' che Carnelutti riserva in via esclusiva a quella dibattimentale, preferendo etichettare come 'procedimento preliminare'

<sup>6</sup> *Rivista di diritto processuale*, 1958, p. 333 ss.

<sup>7</sup> Napoli, Morano, 1960.

l'istruzione formale o sommaria<sup>8</sup>. Erano poste le basi per una nuova aspirazione riformistica, che, superata l'idea di rimaneggiare il codice allora vigente, puntasse alla redazione di un nuovo codice di rito lontano dal cosiddetto 'sistema misto'.

L'opera riformistica di Carnelutti (ormai ultraottantenne) continua con la convocazione nel settembre del 1961 di un seminario di studio presso la fondazione Cini (isola di S. Giorgio, Venezia). Sono invitati magistrati e accademici esperti in procedura penale.

Dettaglio da non trascurare: è quello il periodo in cui il diritto processuale penale comincia ad affrancarsi effettivamente dal diritto penale. Crescono in tutta Italia cattedre dedicate alla procedura, coperte da studiosi che vi dedicano l'intero anno accademico e non più le ultime due o tre ore del corso, come quando la disciplina era impartita da cultori del diritto penale sostanziale. Sono presenti a Venezia alcuni *seniores* (Girolamo Bellavista, Gaetano Foschini, Alfredo De Marsico, Giuseppe Sabatini) e un gruppo di 'giovani' (trenta- quarantenni), destinati ad avere un ruolo determinante sia nella cultura processualistica, sia per le sorti della riforma negli anni successivi (Giovanni Conso, Franco Cordero, Giuseppe De Luca, Giandomenico Pisapia, Giuliano Vassalli).

Gli esiti di quell'incontro – alla presenza dell'allora ministro della giustizia Guido Gonella – sono raccolti nel volume *Primi problemi della riforma del processo penale*<sup>9</sup>. Lettura istruttiva. Vi si scorgono i germi degli svolgimenti riformistici che caratterizzeranno la dottrina e la legislazione processualpenalistica dei decenni successivi.

Dall'iniziativa veneziana, infatti, scaturisce l'idea di una nuova commissione ministeriale per la riforma del processo penale. Nei primi mesi del 1962 Carnelutti incaricato da Gonella di presiederla, sceglierà come collaboratori alcuni dei partecipanti al citato convegno di Venezia (Conso, Cordero, De Luca, Vassalli, ai quali si aggiungerà anche Pietro Nuvolone). Nel settembre dello stesso anno Carnelutti sfornerà una versione pressoché definitiva del suo progetto di riforma<sup>10</sup>.

Vi si propone l'abbandono del sistema misto e la sua sostituzione con un procedimento distinto in fasi separate: non più 'istruzione' (formale o

---

<sup>8</sup> *Principi del processo penale*, cit., p. 134.

<sup>9</sup> Curato da G. De Luca e pubblicato nei Quaderni di S. Giorgio, Sansoni, Firenze, 1962.

<sup>10</sup> L'andamento dei lavori della commissione da lui presieduta è brevemente commentato dallo stesso Carnelutti nella *Avvertenza* al volume *Verso la riforma del processo penale*, Napoli, Morano, 1963, p. 5 ss. (dove è pubblicato lo schema del suo progetto).

sommaria), bensì ‘inchiesta preliminare’ affidata al pubblico ministero e intesa a raccogliere gli elementi destinati a suffragare la possibile accusa e a essere utilizzati dall’accusatore come spunto per la vera istruzione che avverrà nella fase del giudizio; elementi (quelli dell’inchiesta preliminare), irrilevanti come prove nella successiva fase dibattimentale, dedicata all’assunzione delle prove che alimenteranno il convincimento giudiziale. Sparisce il giudice istruttore e con esso, la componente inquisitoria del processo penale cosiddetto misto.

A prima vista parrebbe che Carnelutti, nel formulare la sua proposta, si fosse invaghito del modello *adversary*, tipo degli ordinamenti processuali di *common law*. Ma sarebbe un’impressione fallace. Nei suoi studi sulla riforma del processo penale egli non cita mai le esperienze di matrice anglosassone. Del resto, le fonti dottrinali dei suoi studi precedenti provenivano principalmente dall’area tedesca e, in parte, francese. Le teorie anglosassoni gli sono pressoché sconosciute (o indifferenti). Egli è piuttosto influenzato dal modello processualcivilistico della giurisdizione volontaria<sup>11</sup>.

Carnelutti è prossimo a uscire di scena (morirà nel 1965). La sua proposta di costruire un sistema accusatorio, liquidando la cultura inquisitoria prevalsa in Italia da sette secoli, sarà tuttavia fatta propria e sapientemente raffinata da Franco Cordero, in una serie di scritti e prese di posizione che animeranno il dibattito negli anni ’60. Memorabile, in particolare, il suo intervento al convegno svoltosi in due atti fra Lecce e Bellagio nella primavera e nell’autunno del 1964<sup>12</sup>. Seguiranno altri scritti critici con il [nei confronti del] ‘sistema misto’ che troveranno definitiva collocazione nel suo fortunato manuale, a partire dalla prima edizione datata 1966. Cordero si batte per l’‘inchiesta di parte’ con argomenti simili a quelli sfoderati qualche anno prima da Carnelutti. Nemmeno lui evoca l’esperienza del processo di *common law* quale modello da imitare. È semmai attratto dalla dottrina tedesca (su tutti, James Goldschmidt), nella cui impostazione crede di trovare altri argomenti adatti a superare – come lui sosteneva – sette secoli di cultura inquisitoria propagata (almeno inizialmente) dal diritto canonico nell’intera Europa continentale.

È sembrato opportuno indugiare su questo passaggio dottrinale di ini-

<sup>11</sup> Come risulta dal già citato saggio sulla *Crisi della giustizia penale* (*supra* nota 6), in particolare pp. 339-340.

<sup>12</sup> Gli atti sono stati pubblicati a cura del Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale nel volume dal titolo *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Milano, Giuffrè, 1965. La relazione di F. Cordero, *Linee di un processo accusatorio*, la si può leggere alle p. 61 ss.

zio anni Sessanta, in ragione del peso che esso avrà nelle discussioni degli anni, anzi dei decenni successivi.

Nell'immediato, né il 'progetto Carnelutti', né le proposte di Cordero approderanno tuttavia ad esiti normativi. Semplici documenti offerti alla speculazione accademica.

Nel frattempo, infatti, le riforme processuali proseguono sulla via tracciata dalla citata legge del giugno 1955: garantire al meglio la fase istruttoria, mantenendo inalterata la struttura del sistema 'misto' che caratterizzava il codice del 1930. In ciò si prodigherà la nostra Corte costituzionale, che nel corso degli anni Sessanta, estenderà la presenza difensiva praticamente a tutti gli atti istruttori (esclusa la sola testimonianza). Il legislatore, dal canto suo, interverrà nello stesso senso, anche perché incalzato dalle numerose dichiarazioni di illegittimità sfornate dalla Corte costituzionale in quel periodo<sup>13</sup>.

#### 4. *Aspirazioni riformistiche e leggi d'emergenza (anni Settanta)*

Nella prima metà degli anni Settanta sembrano maturi i tempi per una nuova codificazione processuale. È la prima volta che si cerca di abbandonare la strada di una riforma, per così dire, dall'interno del c.p.p. 1930. Fino a questo momento – come detto – solo Carnelutti si era espresso nettamente a favore di una riscrittura integrale del codice di rito penale, del quale non poteva essere salvata la scelta del modello 'misto' che lo ispirava.

Nel 1974 viene approvata una legge-delega per il varo di un nuovo codice di procedura penale<sup>14</sup>. Non vi si prefigura con nettezza il superamento del sistema misto, anche se – come auspicava Carnelutti – il termine 'istruzione' (che evoca accertamenti della verità non propri di questa fase propedeutica al dibattimento) viene sostituito dall'espressione 'indagine preliminare', le cui finalità sono esplicitamente limitate all'obiettivo di fornire al pubblico ministero gli elementi necessari alla formulazione dell'accusa. Viene mantenuto il giudice istruttore, anche se in una posizione meno

---

<sup>13</sup> A titolo di esempio possono essere qui ricordate la l. 5 dicembre 1969, n.932 che novella l'art.304 c.p.p., introducendo la comunicazione giudiziaria (oggi informazione di garanzia) proprio per rendere possibile l'assistenza di difensiva al compimento di atti istruttori ai quali il difensore ha diritto di assistere, e il d.l. 1° maggio 1970, n. 192 (conv. con l. 1° luglio 1970, n. 406) che impone termini rigidi di durata della carcerazione preventiva per ogni singola fase del processo.

<sup>14</sup> L. 3 aprile 1974, n. 108.

‘protagonistica’ di quella che caratterizzava il codice del 1930. Le sue iniziative ‘istruttorie’ andrebbero limitate all’acquisizione di prove che rischiano di andar disperse. Gli è assegnato un termine (10 mesi dall’esercizio dell’azione penale) entro il quale sbrigare quanto gli compete. Un modello ibrido che non prende del tutto le distanze dal sistema misto, ma che indubbiamente indebolisce la figura del giudice istruttore pretendendo di fare dell’istruzione dibattimentale il luogo per la raccolta di prove ‘purificate dal filtro del contraddittorio’, come si amava ripetere nella dottrina dell’epoca<sup>15</sup>.

La citata legge-delega cade in un momento complicato della storia italiana. La riforma codicistica – da tutti percepita come di segno accentuatamente garantista – deve fare i conti con nuove allarmanti forme di devianza criminale (sequestri di persona a scopo di estorsione, rapine) e con una crescente conflittualità sociale destinata a deflagrare prima in violente manifestazioni di piazza e poi in avventure terroristiche.

A pochi giorni dal varo della legge-delega appena ricordata viene pubblicato un decreto-legge contenente *Provvedimenti urgenti sulla giustizia penale*<sup>16</sup>, di segno nettamente rigoristico sul piano sia sostanziale sia processuale. Sarà il primo di una lunga serie di provvedimenti legislativi che caratterizzeranno l’intera stagione italiana degli anni Settanta: le leggi sull’ordine pubblico del maggio 1975 (cosiddetta legge Reale) e dell’agosto 1977; il decreto-legge emanato a cinque giorni dal sequestro Moro (marzo 1978); il cosiddetto decreto-Cossiga (dicembre 1979), che accresceva i poteri investigativi della polizia e introduceva regole severissime in tema di carcerazione preventiva. Insomma, una ventata antigarantista, presto etichettata come ‘legislazione dell’emergenza’<sup>17</sup>, del tutto antitetica alle aspirazioni accusatorie coltivate nella legge delega del 1974 e nel successivo progetto preliminare del 1978<sup>18</sup>. La riforma processuale può attendere.

<sup>15</sup> Si vedano gli atti del Convegno nazionale di studio su *I problemi della istruzione formale penale* (Bologna, 9-10 giugno 1973, Archiginnasio), Tip. Compositori, Bologna 1974 ripubblicati successivamente a Bologna, Patron, 1977.

<sup>16</sup> D.l. 11 aprile 1974, n. 99 (conv. con modificazioni nella l. 7 giugno 1974 n. 220).

<sup>17</sup> GIOVANNI CONSO vi dedicò addirittura una collana (*La legislazione dell’emergenza*, Giuffrè) che collezionò 26 volumi dal 1979 al 1991. Un giurista del suo calibro riteneva, evidentemente, che quell’emergenza sarebbe stata duratura, se non addirittura ‘perenne’, come ebbe a qualificarla un altro Autore, con efficace ossimoro: S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, ESI, 2000.

<sup>18</sup> Presieduta da Giandomenico Pisapia, la Commissione ministeriale incaricata di redigere il progetto preliminare annoverava fra i propri componenti alcuni degli studiosi (Giovanni

5. *Illusione accusatoria (anni Ottanta)*

Il clima sociale cambia all'inizio del decennio successivo, con effetti rilevanti anche sul terreno della legislazione processuale penale. Nei primi mesi del 1982 vengono disarticolate numerose organizzazioni terroristiche. L'impressione che si stia uscendo da quell'emergenza trova riscontro nella legge del maggio di quell'anno (n. 304) che premia con congrui sconti di pena e, in qualche caso, con la non punibilità gli appartenenti a formazioni terroristiche disposti a dissociarsi dal sodalizio criminoso e/o a collaborare con l'autorità giudiziaria<sup>19</sup>.

Il 1982 segnerà la fine dell'emergenza terroristica e l'inizio di una nuova emergenza, quella mafiosa, con gli omicidi di un importante politico siciliano (Pio La Torre – 30 aprile) e del prefetto di Palermo (Carlo Alberto Dalla Chiesa – 3 settembre). Ne seguirà una legge antimafia (13 settembre 1982, n. 646) che – ai fini per noi qui rilevanti – si segnala per una duplice caratteristica: da un lato, ingloba nel *corpus* codicistico (penale e processuale) le speciali norme per reprimere i delitti di mafia; dall'altro, potenzia il procedimento di prevenzione *ante-delictum* per contrastare con nuovi strumenti di marca inquisitoria il fenomeno mafioso, grazie soprattutto alle indagini patrimoniali destinate a sfociare nella confisca preventiva dei patrimoni illeciti<sup>20</sup>.

La nuova emergenza non ostacola la ripresa del disegno di riforma tramontato nel precedente decennio. Sempre nel 1982 (agosto) viene approvata una normativa di ispirazione garantista, che – ripescando una delle proposte presenti nella legge-delega del 1974 – introduce l'impugnazione di merito contro i provvedimenti di coercizione personale (cosiddetto 'tribunale della libertà')<sup>21</sup>. Un'apertura ai diritti dell'imputato – sul delicato terreno della libertà personale – che interrompe la sequenza di leggi di segno

---

Conso, Franco Cordero, Giuseppe De Luca), che circa quindici anni prima avevano coadiuvato Francesco Carnelutti nella elaborazione della sua bozza. Alla Commissione Carnelutti e al tentativo di 'radicale innovazione' che la stessa intraprese si fa esplicito riferimento nella Premessa alla *Relazione al Progetto preliminare del codice di procedura penale*, pubblicata nel 1978 a cura del Ministero della giustizia, Roma, Ist. Poligrafico dello Stato, 1978, p. V.

<sup>19</sup> In particolare, artt. 2 e 3 l. 29 maggio 1982, n. 304.

<sup>20</sup> Sul singolare uso che l'ordinamento italiano fa della giustizia penale preventiva in funzione di contrasto a gravi fenomeni criminosi sia consentito il rinvio a R. ORLANDI, *Il sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e diritti fondamentali*, in *Criminalia* 2015, 2016, p. 557 ss.

<sup>21</sup> L. 12 agosto 1982, n. 512, completata e perfezionata dalla legge 28 luglio 1982, n. 330.

ben diverso da quelle che caratterizzarono il ricordato periodo dell'emergenza antiterroristica.

Riprende dunque vigore l'idea di una radicale riscrittura del codice di procedura penale che porterà – nel febbraio 1987 – al varo di una nuova legge-delega<sup>22</sup>. Esattamente un anno dopo (marzo 1988) sarà pronto il progetto preliminare di nuovo codice, redatto dalla stessa commissione che aveva elaborato il progetto preliminare del 1978. Nel settembre dello stesso anno sarà pronto il progetto definitivo, che sarà poi pubblicato sulla Gazzetta ufficiale del 24 ottobre 1988.

Può sorprendere la rapidità con la quale si passa dalla delega all'articolato codicistico. Nel decennio precedente non erano bastati quattro anni a condurre in porto l'operazione. Ora un anno e mezzo si rivela sufficiente a riscrivere per intero il 'primo codice dell'Italia repubblicana', come si disse con una certa enfasi all'indomani della sua pubblicazione.

A spiegare questa rapida conclusione contribuirono – io credo – due importanti fattori.

Il primo, essenzialmente tecnico: la commissione incaricata di redigere il nuovo codice era in buona parte la stessa che aveva lavorato al progetto preliminare del 1978. Il lavoro svolto nel decennio precedente non va quindi perduto. Anzi, il testo di quel progetto viene usato come palinsesto per riscrivere l'articolato con l'innesto di qualche nuova idea<sup>23</sup>.

Il secondo fattore ha natura spiccatamente politica. La riforma nasceva con il dichiarato intento di liberare la legislazione processuale dalle incrostazioni inquisitorie che continuavano a caratterizzare il sistema misto, pur nella versione emendata dalla giurisprudenza garantista della nostra Corte costituzionale nei due decenni precedenti. Larga parte della magistratura (specie requirente) non si rassegnava a questo salto 'culturale', il cui disegno tradiva un senso di profonda sfiducia nell'opera degli organi incaricati dell'investigazione. È verosimile che a indebolire gli argomenti della magistratura contraria alla riforma abbia contribuito il 'caso Tortora' che proprio nel novembre 1987 era culminato nella iniziativa referendaria sulla 'responsabilità civile dei magistrati per danni arrecati nell'esercizio delle loro fun-

<sup>22</sup> L. 16 febbraio 1987, n. 81.

<sup>23</sup> Lo stretto rapporto di continuità cui si allude nel testo è confermato dall'incipit della Relazione accompagnatoria al Progetto preliminare del codice di procedura penale pubblicata come numero speciale della rivista ministeriale Documenti giustizia nel marzo 1988, «La presente Relazione si ricollega, in alcune parti addirittura riproducendola, a quella che accompagnò il Progetto preliminare del 1978, redatto sulla base della legge-delega 3 aprile 1974, n. 108».

zioni? La vicenda giudiziaria del noto presentatore televisivo, condannato in primo grado e assolto in appello sulla base di fasulle chiamate in correità, si era prestata – nel triennio precedente – a un'intensa attività di propaganda politica che aveva tratto linfa da un madornale errore dei magistrati inquirenti. Il *referendum* fu stravinto dai 'critici' del comportamento giudiziario (più dell'80% dei votanti). Si era creato, in tal modo, il clima propizio per una riforma processuale di stampo accusatorio che avesse fra i suoi fini anche quello di limitare il potere investigativo delle procure della Repubblica e degli uffici istruzione.

Il 24 ottobre 1989, esattamente un anno dopo la sua pubblicazione in Gazzetta ufficiale, il nuovo codice di procedura penale entra in vigore. Un anno di *vacatio*, anche per consentire ai pratici (avvocati, magistrati) di acquisire familiarità con le nuove norme e i nuovi istituti.

Sbaglierebbe chi ravvisasse nella nuova codificazione processuale penale un'imitazione del processo di *common law*. L'ascendenza ideale resta il progetto Carnelutti modellato sull'inchiesta di parte. Viene eliminato il giudice istruttore, figura evocatrice di scenari inquisitori. Al pubblico ministero si attribuisce il potere di condurre l'indagine finalizzata non già all'«accertamento della verità», bensì al solo scopo di acquisire gli elementi necessari per formulare l'imputazione (art. 326). La prova per il giudizio di colpevolezza va formata in dibattimento (artt. 496 ss.). L'unica differenza (rispetto al progetto Carnelutti) è rappresentata dai riti alternativi al dibattimento (patteggiamento e giudizio abbreviato), la cui introduzione viene giustificata con il rilievo realistico che il nuovo dibattimento, per le sue regole stringenti e tali da assegnare alla difesa cospicui spazi di intervento – non potrà essere assicurato alla stessa maniera a tutti gli imputati<sup>24</sup>. Le affinità di codesti riti alternativi con le pratiche negoziali dei sistemi di *common law* è del tutto superficiale. Il patteggiamento – applicabile ai soli reati di medio-bassa gravità, almeno nella prima versione del codice riformato – non prevede una dichiarazione di colpevolezza e non ammette trattative sulla qualifica giuridica del reato. Quanto al giudizio abbreviato, è procedura priva di modelli cor-

---

<sup>24</sup> «È diffuso il convincimento che ad essi (ai riti alternativi) è affidata in gran parte la possibilità di funzionamento del procedimento ordinario, che prevede meccanismi di formazione della prova particolarmente garantiti, e quindi non suscettibili di applicazione generalizzata, per evidenti ragioni di economia processuale. Soprattutto ai riti abbreviati è affidata la funzione di evitare il passaggio alla fase dibattimentale di un gran numero di procedimenti, secondo uno schema di deflazione comune a tutti i sistemi processuali che si ispirano al modello accusatorio». Così la *Relazione al progetto preliminare del c.p.p. 1988*, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale – Supplemento ordinario* del 24 ottobre 1988, n. 250, p.104.

rispondenti negli ordinamenti anglo-americani: in esso rivive – a ben vedere – lo spirito del codice abrogato, giacché l'imputato, in cambio di un sensibile sconto di pena, chiede di essere giudicato sugli atti formati nella fase preliminare (come accadeva nel dibattimento regolato dal codice di rito del 1930).

In definitiva, la riforma processuale del 1988, resa possibile da una momentanea crisi di legittimazione della magistratura (caso Tortora), realizza il superamento del modello 'misto' (prevalentemente inquisitorio) in favore di un modello accusatorio che ha il suo ascendente principale nella proposta carneluttiana del 1962, propagandata da Franco Cordero e, in buona parte accolta nell'abortito progetto preliminare di nuovo codice del 1978.

La sua entrata in vigore provocherà forti reazioni polemiche della magistratura (soprattutto requirente), che nella riforma ravvisa un segnale di sfiducia nella figura del pubblico ministero<sup>25</sup>.

## 6. *Risveglio inquisitorio (anni Novanta)*

La reazione negativa della magistratura (anche giudicante) non tardò a farsi sentire e trovò espressione in numerose questioni di legittimità costituzionale che colpivano i cardini del nuovo processo penale.

La Corte costituzionale rispose con tre sentenze che – nel giro di pochi mesi – affossarono di fatto il modello accusatorio varato nel 1988.

Si stabilì che le dichiarazioni raccolte dalla polizia nel corso delle indagini potessero essere oggetto di testimonianza indiretta (sent. n. 24 del 1992); che le dichiarazioni rese in fase preliminare da coimputati coperti dal diritto al silenzio potessero essere fatte valere contro accusati sforniti del diritto di contro-esaminare i loro accusatori (sent. n. 254 del 1992); che le dichiarazioni raccolte unilateralmente da polizia e pubblico ministero vallesero come prove di colpevolezza, se usate per contestare al teste la difforme dichiarazione resa in dibattimento (sent. n. 255 del 1992). Detto in breve, queste tre sentenze ebbero l'effetto di trasformare in marcatamente

<sup>25</sup> Per iniziativa dei magistrati Marcello Maddalena e Francesco M. Agnoli nasce, nel 1990, il Movimento per la Revisione del nuovo codice di procedura penale. Si osteggia apertamente lo spirito della riforma, denunciando l'assurdità della scelta che limita temporalmente le indagini del pubblico ministero privando sistematicamente i relativi risultati del valore di prova. In un incontro pubblicato sul sito di Radio radicale è ancora possibile seguire gli argomenti dei due magistrati citati: <<https://www.radioradicale.it/scheda/35700/movimento-per-la-revisione-del-nuovo-codice-di-procedura-penale>>.

inquisitorio il modello accusatorio uscito dalla riforma di fine anni Ottanta. Era un rischio del quale la dottrina era ben consapevole. Occorreva guardarsi dal pericolo di affidare poteri istruttori (vale a dire, di formazione della prova) al pubblico ministero, come avrebbero preteso i fautori dell'istruzione sommaria. Merita citare un passo di Cordero tratto dal suo intervento al già ricordato convegno di Lecce-Bellagio: «Qui, come in materia di fede – diceva Cordero – il sentiero dell'ortodossia è stretto e difficile: una deviazione in apparenza impercettibile e dalla sfera del processo accusatorio ci si ritrova in quella del pubblico ministero-giudice ossia dell'aberrazione inquisitoria»<sup>26</sup>. Circa trent'anni dopo esser stato chiaramente denunciato, il rischio si concretizzò, creando fra i protagonisti della vita giudiziaria italiana un clima di diffidenza e ostilità del quale ancor oggi si avvertono gli effetti.

Quasi l'intero decennio degli anni Novanta sarà dominato da una sorta di febbre inquisitoria. Il contesto politico-sociale favorisce questa curvatura marcatamente anti-garantista della procedura penale. I numerosi processi per gravi fatti di corruzione politica (Mani pulite) e la nuova emergenza mafiosa (attentati di Capaci e via D'Amelio) investono la magistratura, specie requirente, di inediti compiti di palingenesi sociale. Alla crisi di legittimazione che aveva caratterizzato lo scorcio finale degli anni Ottanta, segue una rapida (e irrazionale) legittimazione del magistrato penale, visto come eroe liberatore da vasti strati dell'opinione pubblica. L'accesa conflittualità che ne scaturisce, con la classe politica da un lato e con l'avvocatura, dall'altro, troverà una (almeno parziale) composizione con la revisione costituzionale dell'art. 111 cost. varata nel novembre 1999.

Con essa si recepiscono i principi del *fair trial* scolpiti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, soprattutto, si eleva al rango di canone costituzionale la «formazione della prova nel contraddittorio fra le parti»: la locuzione cara a Franco Cordero sin dai tempi delle note relazioni svolte

---

<sup>26</sup> In *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, cit., p. 387. Nello stesso convegno, Pietro Nuvolone aveva ripetutamente espresso il suo personale scetticismo sulla proposta di una inchiesta affidata al pubblico ministero, che presentava il rischio di uno stravolgimento inquisitorio del sistema: «... molti hanno il cosiddetto processo accusatorio sul labro, ma l'inquisitorio nel cuore», *ivi*, p. 86 e p. 196. Il rischio di tale stravolgimento lo si sarebbe prevenuto, a suo dire, modificando lo statuto del pubblico ministero: non più magistrato che opera nell'interesse della legge, bensì avvocato dell'accusa destinato a operare su un piano di sostanziale parità con la difesa (*ivi*, p. 196-197). In altre parole, la riforma del processo penale doveva essere abbinata a una revisione dell'ordinamento giudiziario, come oggi sostengono i fautori della separazione delle carriere.

al Convegno di Lecce-Bellagio. Vengono in questo modo mutati i parametri per la valutazione di legittimità costituzionale delle ordinarie norme processuali, sicché la Corte, messa di fronte dieci anni dopo agli stessi quesiti che avevano occasionato le tre sentenze del 1992 dovrà superarle, riconoscendo il mutato quadro sovraleale definito dal citato art. 111<sup>27</sup>.

Si può dire che la revisione costituzionale di fine 1999 segna un punto di arrivo e di ripartenza delle diatribe pocessualpenalistiche. Il riconoscimento costituzionale del diritto alla «formazione della prova nel contraddittorio fra le parti» rappresenta certamente un punto a favore del modello *adversary*. Benché autorevoli voci insistano nel riscontrare tuttora la persistenza di retaggi inquisitori<sup>28</sup>, non va trascurato il cambio di passo che le discussioni intorno alla procedura penale hanno subito per effetto dell'importante innovazione normativa che verso la fine del secolo scorso ha investito l'attività della Corte europea dei diritti dell'uomo. In particolare, l'11° protocollo addizionale alla Convenzione europea, entrato in vigore il 1° novembre 1998, ha contribuito a fare della Corte EDU un soggetto centralissimo anche per la giustizia penale italiana. La possibilità del ricorso individuale (art. 34) unita al maggior peso che le condanne della Corte hanno per le Alte Parti contraenti (art. 46) inaugurano, si può dire, una nuova stagione dei diritti individuali, sia degli imputati, sia delle vittime dei reati.

*7. Oltre il binomio inquisitorio/accusatorio: la tutela dei diritti inviolabili come cardine ideale della cultura processualistica negli anni Duemila. Scenari inquisitori della prevenzione ante delictum*

Il nuovo secolo si apre, pertanto, sotto il segno della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Le note sentenze gemelle della nostra Corte costituzionale (n. 348 e n. 349 del 2007) sanciscono la natura sovra-legale dei

<sup>27</sup> La sent. n. 32 del 2002 deve così smentire la sent. n. 24 del 1992 riguardante le testimonianze indirette della polizia giudiziaria sulle dichiarazioni ricevute nel corso dell'indagine. Con l'ord. n. 36 del 2002 si supera la sent. n. 255 del 1992 che aveva favorito il promovimento al rango di prove delle dichiarazioni provenienti dalla fase preliminare, quando fossero state utilizzate per le contestazioni al testimone caduto in contraddizione davanti al giudice del dibattimento. Infine, ben tre ordinanze (n. 81, 82 e 215 del 2002) superano la sent. n. 254 del 1992, che aveva reso possibile esonerare il chiamante in correità dal confrontarsi in dibattimento con la persona accusata.

<sup>28</sup> Si veda, ad es., P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Bologna, Zanichelli, 3ª edizione, 2012, in particolare il capitolo 7° dal titolo *Sopravvivenze inquisitorie*, p. 259 ss.

principi enunciati nella Convenzione del 1950, idonei a fungere – quali norme interposte fra Costituzione e legge ordinaria – quali parametri per censurare le scelte del legislatore statale. Tendono a sopirsi le diatribe sul problematico rapporto indagine preliminare/dibattimento che avevano animato il decennio precedente (e, anzi, si può dire, i cinque decenni precedenti). Acquistano importanza le discussioni intorno alla tutela dei diritti inviolabili della persona (libertà personale, libertà domiciliare, libertà e segretezza delle comunicazioni interpersonali e della corrispondenza) che erano rimaste per così dire oscurate dalle controversie sul modello processuale misto a prevalenza inquisitoria.

La giurisprudenza della Corte EDU costringe inoltre lo studioso italiano a fare i conti con gli ordinamenti di altri Paesi aderenti al Consiglio d'Europa, nei quali si presentano problemi analoghi a quelli del nostro diritto interno la cui soluzione non può lasciarci indifferenti.

La maggior sensibilità che si va così maturando sul terreno dei diritti fondamentali raffina anche l'analisi giuridica della loro tutela. La comparazione diventa strumento indispensabile per orientarsi in discussioni relativamente nuove per la dottrina italiana. In particolare, l'uso accorto del criterio di proporzionalità per misurare la comprimibilità dei diritti inviolabili della persona (così come messo a punto dalla lunga elaborazione del *Bundesverfassungsgericht*) consente di inquadrare sotto una diversa luce la tematica delle speciali regole dettate per un efficace contrasto ad allarmanti fenomeni criminosi (mafia, terrorismo, pedofilia etc.), nelle quali qualche autore è incline a ravvisare incrostazioni di tipo inquisitorio. L'uso del suddetto criterio nelle sue tre componenti della idoneità, adeguatezza e proporzione in senso stretto permette di affrontare con razionale senso della misura i delicati problemi sollevati dalla necessità di reprimere anche i delitti più gravi e di difficile accertamento<sup>29</sup>.

Una ripresa (anche assai vigorosa) dell'elemento inquisitorio la si può oggi notare, non tanto nell'asserita prevalenza della fase investigativa sul giudizio, quanto piuttosto nell'allestimento di una procedura squisitamente inquisitoria destinata ad affiancare il procedimento penale. Si allude al procedimento di prevenzione *ante delictum*<sup>30</sup>, che viene attivato, sulla base di

---

<sup>29</sup> Per un approfondimento di questa tematica sia consentito il rinvio a R. ORLANDI, *Droits de la défense et poursuite du crime organisé*, in *Arch. de philosophie du droit* 2022, p. 463 ss., nonché, per una sintetica esposizione del criterio di proporzionalità (secondo l'elaborazione del *Bundesverfassungsgericht*) R. ORLANDI, *Uso poliziesco dell'intelligenza artificiale*, in *Cass. pen.* 2023, p. 2167 ss.

<sup>30</sup> Oggi regolato dal d.lgs. n. 159 del 2011 (cosiddetto codice antimafia).

semplici sospetti di pericolosità, al fine di controllare soggetti percepiti come devianti o di sequestrare (ed eventualmente confiscare) patrimoni dei quali il possessore non riesce a provare la liceità.

Nato inizialmente per controllare ‘oziosi e vagabondi’, il procedimento di prevenzione si è andato nel tempo caratterizzando come efficace strumento per il contrasto (preventivo) di forme gravi di criminalità (mafia – terrorismo anche internazionale – corruzione sistemica).

La circostanza che ad attivarlo – nei casi più allarmanti – sia il pubblico ministero (anziché il questore), segnala l’intimo rapporto fra questa procedura (ufficialmente amministrativa, ancorché ‘giurisdizionalizzata’) e il vero procedimento penale.

Tale rapporto è suscettibile di svilupparsi in una duplice direzione.

Da un lato, il procedimento di prevenzione può costituire l’epilogo di un processo penale chiuso con una sentenza assolutoria per essere incerta la responsabilità penale dell’imputato (art. 530 comma 2 c.p.p.): siccome però l’incertezza non esclude del tutto i sospetti di collusione dell’assolto con l’ambiente criminoso al quale lo si vuole legato, è possibile aprire nei suoi confronti un procedimento di prevenzione per sorvegliare i suoi movimenti e controllare la liceità dei suoi proventi economici.

D’altro lato, il procedimento di prevenzione può costituire l’*incipit* di una procedura destinata a ricercare e acquisire notizie di reato, fornendo in tal modo l’alimento base di un’indagine penale. La circostanza che un medesimo organo – il pubblico ministero – sia protagonista e, per così dire, iniziatore di entrambe le procedure assicura una relazione di continuità fra la prima e la seconda<sup>31</sup>.

In definitiva, se oggi (2023) ci si chiede dove si annidi la ‘ossessione inquisitoria’ evocata dal titolo del presente contributo, è nel procedimento di prevenzione che – a mio avviso – va individuato il focolaio.

---

<sup>31</sup> Per un esame critico dei rapporti fra procedimento penale e procedimento di prevenzione si rinvia a R. ORLANDI, *Il sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi fondamentali*, in *Criminalia* 2015, 2016, p.



Parte quarta

PUNIRE O NON PUNIRE



## Massimo Donini

### *Punire e non punire. Un pendolo storico divenuto sistema*

SOMMARIO: 1. La sostanza (l'essenza) della pena simmetrico-retributiva e i suoi 'accidenti' – 2. L'Ottocento e la crisi dell'idea retributiva come forma di 'giustizia' penale – 3. Il Novecento e il trionfo del rimprovero: cultura scientifico-causale e cultura del capro espiatorio – 4. Una confutazione storica della logica tradizionale del punire – 5. La pena come sviluppo legislativo e non concettuale. La tesi di fondo – 6. I caratteri originari dalla legge Pica in avanti. Le eccezioni e le regole – 7. Dal non punire riservato al sovrano o al Parlamento, al non punire affidato alla magistratura – 8. Tratti caratterizzanti il codice penale fino al 1974 – 9. L'evoluzione dal 1974 in poi: l'ingresso di discipline generali del non punire – 10. La legge del pendolo e il perché delle mancate codificazioni generali – 11. Breve rassegna del punire e non punire, fino a Tangentopoli – 12. La svolta di Tangentopoli e il non punire come forma della giustizia, anziché della (sola) politica: quale 'non punibilità' – 13. Il ritorno di tendenze punitiviste dal 2018 e il loro impatto su inflazione penale, durata dei processi e ruolo della discrezionalità giudiziale – 14. L'accelerazione della riforma Cartabia alla dialettica punire/non punire, tra idea riparativa e nuova discrezionalità di sistema – 15. Società dei diritti e non punire – 16. Conclusione

#### 1. *La sostanza (l'essenza) della pena simmetrico-retributiva e i suoi 'accidenti'*

Sia il diritto penale nazionale o sovranazionale, oppure internazionale, va preso atto di una resistenza mondiale delle concezioni retributive della pena, ammantate di diverse declinazioni contemporanee, soprattutto in termini di prevenzione generale positiva: una riaffermazione dei valori protetti in funzione di tutela dei beni; o di teorie espressive della pena: una riaffermazione dei valori fine a se stessa, sufficiente per giustificare la pena come scopo etico-giuridico, al di là di ogni non misurabile conseguenza. La pena retributiva resta qui al centro, perché tutto il resto è accidente, connotazione.

Infatti, ciò che di bene può derivare – quale conseguenza scientificamente accertabile – dalla pena è solo *eventuale*: siano la rieducazione, la ri-socializzazione, l'emenda, il pentimento, il perdono, la riconciliazione, la riparazione e il risarcimento<sup>1</sup>.

Vero questo, *l'essenza della pena*, ciò che appartiene come *necessario al suo*

---

<sup>1</sup> In termini B. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, Montevideo, Buenos Aires, BdeF, 2007, p. 45.

*concetto*, è dunque la simmetria di un *raddoppio del male*<sup>2</sup>.

Questa è a mio avviso una proposizione di *verità scientifica sul diritto penale* quale è (stato finora)<sup>3</sup>.

«Essenza» significa qui, per riprendere il lessico aristotelico di sostanza-accidente, la nozione invariante nel contenuto di una realtà, cosa o verità, una sua denotazione, mentre è «accidente» ciò che può connotare, oppure no, in modo variabile e non necessario, quella realtà.

Non ritengo, tuttavia, che si tratti di una verità *meta-fisica*. Il diritto penale è storia e politica. Sono teoricamente e praticamente possibili politiche nuove rispetto al passato. Le riflessioni seguenti ne descrivono uno sviluppo in corso.

## 2. *L'Ottocento e la crisi dell'idea retributiva come forma di 'giustizia' penale*

La concezione retributiva classica<sup>4</sup>, cioè la pena equivalente come

---

<sup>2</sup> Ciò riguarda, si capisce, il piano descrittivo, non quello prescrittivo di un dover essere critico-ideale o costituzionale.

<sup>3</sup> *Amplius* M. DONINI, *Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE. La basi di un nuovo programma legislativo per la giustizia penale*, in «*Sistema penale*», 20 dicembre 2022, e in *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 407 ss.

<sup>4</sup> E. BELING, *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht* (1908), Aalen, Scientia Verlag, 1978; E. NAGLER, *Die Strafe* (1918), Aalen, Scientia Verlag, 1970; B. FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf*, Tübingen, Mohr, 1922; R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, AT<sup>3</sup>, Heidelberg, Müller, 1965, p. 49 ss.; P. DEVLIN, *Morals and the Criminal Law*, in ID., *The Enforcement of Morals*, Oxford, Oxford Univ. Press, 1965, p. 5 ss.; G. BETTIOL, *Il problema penale* (1948), in ID., *Scritti giuridici*, vol. II, Padova, Cedam, 1966, p. 687 ss.; ID., *Colpevolezza normativa e pena retributiva* (1943), in *Scritti*, vol. II, Padova, Cedam, 1966, p. 602 ss.; ID., *Diritto penale*, PG<sup>10</sup>, Padova, Cedam, 1978, p. 104 s., p. 707 ss.; G.P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law* (1978), reprint, Oxford, Oxford Univ. Press, 2000, p. 401, p. 414 ss., p. 459 ss., p. 532 ss.; ID., *Basic Concepts of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1998, tr. it., *Grammatica del diritto penale*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 57 ss., p. 66 ss. (diversamente però ID., *The Grammar of Criminal Law, american, comparative and international*, vol. I, *Foundations*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2007, pp. 224-265); M. RONCO, *Il problema della pena*, Torino, Giappichelli, 1996, *passim*; A. V. HIRSCH, *Censure and Sanctions*, Oxford, Clarendon Press, (1993), 2003, *passim*; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, cit., p. 44 ss.; M. S. MOORE, *Placing Blame: a General Theory of the Criminal Law*, Oxford, Oxford Univ. Press, 1997; M. Tonry (ed.), *Retributivism has a Past. Has it a Future?*, Oxford, Oxford University Press, 2011; v. in generale la ricostruzione di M. CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1990, e in prospettiva storica, il

espressione dei valori infranti dal delitto, è anche una prassi e non solo un'idea, e si posiziona alla base delle letture tradizionali della retribuzione come idea della pena 'giusta' in quanto simmetrica e proporzionata.

Tali letture devono essere valutate proprio in termini di giustizia e proporzione, e se davvero analizzate sotto questo aspetto, presentano oggi una realtà normativa dispiegata che, anziché essere espressione di una idea di giustizia, ci sembra *immorale*<sup>5</sup>.

Ma ancor più ci sembra socialmente *dannosa*.

Da un lato nessuno sa che cosa sia davvero proporzionato, *in positivo*, a un illecito o a un'offesa: manca l'unità di misura, e le differenziatissime pene a livello comparato, o anche storico-diacronico, attestano l'estrema politicità dell'universo sanzionatorio. Si può al limite dichiarare la sproporzione, *in negativo*, tra le norme esistenti in un determinato ordinamento, e così produrre una giurisprudenza, europea o costituzionale sulle pene sproporzionate in concreto<sup>6</sup>. Ma ciò non compensa il *vulnus* di una mancata proporzione in positivo, l'assenza di un metro fondante: pone semplicemente di fronte a una cura palliativa, anche se in prospettiva potrebbe cambiare il sistema imponendo al legislatore di rivedere tutti i minimi edittali, dove la pena è riempita di prevenzione generale.

Dall'altro lato, la retribuzione, la pena simmetrica, non solo non ripara nulla, ma se ne infischia delle conseguenze dell'illecito, si disinteressa totalmente della persona offesa, della riparazione del danno e dell'offesa, per guardare solo all'autore come capro espiatorio su cui concentrare una violenza collettiva che si limita ad aumentare il tasso di dolore esistente nella società, sublimato in una soddisfazione giustiziera istituzionalizzata, perché neppure risocializzazione e rieducazione sono necessarie, ma solo sperabili

più risalente F. COSTA, *Delitto e pena nella storia del pensiero umano*, Torino, E.lli Bocca, 1928.

<sup>5</sup> Già G. BOVIO, *Saggio critico del diritto penale e del nuovo fondamento etico* [1872], Napoli, Ernesto Anfossi, 1883, p. 40 ss., p. 58 ss. V. *amplius* M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in «Rivista italiana diritto e procedura penale», 2013, p. 1162 ss. ID., *Il raddoppio del male*, in *Una città*, n. 212/2014, consultabile in <<https://www.unacitta.it/newsite/articolo.asp?id=93>>. Una sintetica illustrazione del pensiero di Bovio, in M. DONINI, *Responsabilità e pena da Kant a Nietzsche. La decostruzione del rimprovero*, in «Rivista italiana diritto e procedura penale», 2020, p. 1716 ss.

<sup>6</sup> Sulla non sproporzione della pena quale diritto fondamentale del condannato F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 226 ss., p. 305 ss., e l'analisi della giurisprudenza costituzionale alla p. 52 ss. Per una ulteriore rassegna M. DONINI, *Diritto penale*, p. vol. 1, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2024, cap. 4, § 17.5.

ed eventuali, mero accidente, in questa logica.

È una prospettiva che, al limite, ammette riparazione e risocializzazione *dopo* la pena espiata, o *accanto* a quest'ultima.

Il magistrato penale viene così pre-selezionato, da tali logiche, in senso retribuzionista: che ritenga o meno di esserlo, non importa; 'funziona' così.

Questa riflessione sulla crisi del pensiero retributivo è stata condotta nell'Ottocento da vari pensatori: da Giovanni Bovio a Jeremy Bentham, a Franz von Liszt<sup>7</sup>. Anche l'eredità di Nietzsche ci consegna la messa in discussione di ogni riflessione sulle categorie del rimprovero quale fondamento del giudizio penale<sup>8</sup>.

Eppure, il Novecento non ha accolto affatto questa eredità critica, esaltando nelle categorie basiche dell'illecito e della colpevolezza (fatto tipico, antigiuridico e colpevole, secondo letture tripartite del reato, alle quali qualcuno ha perfino aggiunto una quarta categoria della punibilità, come se non bastasse) la dimensione extragiuridica, socio-antropologica, del rimprovero.

### 3. *Il Novecento e il trionfo del rimprovero: cultura scientifico-causale e cultura del capro espiatorio*

Se si osserva l'eredità del Novecento, che dai suoi inizi ha esaltato il giudizio etico-giuridico sul delitto e il delinquente come *Schuld* e *Vorwurf*, come *Blame* e *Culpability*, la pena serve addirittura a neutralizzare un discorso sulle cause e sulle conseguenze dell'intervento penale nella società: poiché tutto si concentra su un autore responsabile, su un 'reo', alla fine il suo castigo sembra risolvere il *problema sociale* dell'illecito. È lui il problema, un *problema personale*. Altro che prevenzione generale, o tutela dei beni!

La personalità della responsabilità penale, mito vivente di un diritto penale non più medievale e arcaico, perché liberato dalla responsabilità oggettiva verso una responsabilità 'colpevole', rischia così di conservarlo nella sua essenza ascientifica: quella che non conosce le cause o non può rimuoverle, e dunque si limita a sanzionare l'unica causa-colpa afferrabile, la persona del responsabile.

Il discorso penalistico della modernità (post-illuministica) era incentrato sul paradigma scientifico-causale dell'orientamento alle cause e alle conse-

---

<sup>7</sup> Analisi in DONINI, *Responsabilità e pena da Kant a Nietzsche*, cit., p. 1713 ss.

<sup>8</sup> *Op. ult. cit.*, p. 1726 ss.

guenze della cultura penalistica: prevenzione generale e speciale. L'Ottocento, pur mettendo in crisi, almeno nelle coscienze critiche più brillanti, la retribuzione come criterio di misura della responsabilità<sup>9</sup>, alla fine non è un secolo conseguente a questa presa d'atto: il paradigma causale regredisce dal penale e viene spostato sulle scienze c.d. 'ausiliarie' (criminologia, sociologia etc.): 'il penale dei penalisti' rimane ascrittivo, è la cultura dell'imputazione e della responsabilità, la cultura del castigo. La pena ristabilisce l'ordine violato. Il 'reo' è persona libera che ha scelto di delinquere.

Se la sua punizione eliminasse il conflitto (se fosse vero ciò), tutta la politica criminale che dovrebbe prevenire il delitto sarebbe finalmente estranea alla politica penale, ai manuali 'tecnici' che infatti non hanno quasi nulla di sociologico o criminologico al loro interno, perché la politica 'penale'-punitiva (non quella criminale orientata alle cause del crimine) ha ormai scelto di fare del reo un capro espiatorio, cioè un soggetto che impedisce di discutere su altre 'cause' o 'conseguenze', concentrando su di sé il discorso pubblico del punire, tutta la sua 'cultura'.

Quando a discutere delle cause dei delitti sono scienziati *separatamente competenti* per discipline non penali, al penalista non rimane che il rimprovero. La storia penalistica del Novecento è la storia del rimprovero. Le sue categorie fondanti sono l'illecito, il fatto antigiuridico e la colpevolezza, appunto, come categorie della retribuzione fondante la responsabilità.

Eppure, al suo interno si affianca al discorso del punire quello del non punire, della non punibilità. È una dialettica, una contraddizione, non è una sintesi teorica, come vedremo. In questa dialettica si specchia la crisi interna al discorso ufficiale della pena-castigo come rappresentazione del capro espiatorio.

#### 4. Una confutazione storica della logica tradizionale del punire

Che cosa contrasta 'storicamente' il dato millenario descritto, l'essenza della simmetria punitiva? Non la sola inconsistenza concettuale della retribu-

<sup>9</sup> Anche Hegel appartiene a questo novero di pensatori critici della misura della retribuzione sanzionatoria: G.F.W. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), tr. it. *Lineamenti di filosofia del diritto*, Bari, Laterza, (1913), 1979, §§ 98-99, §§ 101-103; ID., *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundriß*, dritte Ausgabe, 1830, tr. it. *Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio*, Milano, Bompiani, 2000, p. 831, § 529. Analisi in DONINI, *Riparazione e pena*, cit., p. 1713 ss., e in S. MOCCIA, *Le teorie penali pure nel pensiero tedesco. Tra illuminismo e Idealismo*, Napoli, ESI, 2023, p. 131 ss.

zione, non il dovere di perseguire altri scopi dalla riaffermazione del precetto (rieducazione, prevenzione speciale etc.), ma il *costante orientamento del sistema* al perseguimento di forme di riparazione/pena agita/non punibilità/degradazione sanzionatoria *accanto a, o dopo* la minaccia della pena principale.

Vale a dire: *la pena retributiva non è autonoma, non basta a sé stessa*. Essa si accompagna sempre a strumenti o procedimenti di pene degradate, sostituite, condonate, estinte, trasformate, rinunciare, patteggiate, rimodellate etc., che in qualche misura riequilibrano il sistema e ripropongono in astratto oppure in concreto l'idea 'moderna' del diritto penale come *ultima ratio*.

La pena tradizionale è una pena subita, una sofferenza, un *pati*, una privazione coatta di diritti o beni. Ma questa logica sanzionatoria classica non si concilia con la pena come rieducazione o risocializzazione: esse suppongono, infatti, un contributo attivo del responsabile al processo di reinserimento sociale o di neutralizzazione delle sue capacità criminali. Non è un corpo afflitto e torturato, e tanto meno un'anima nei tormenti, applicati con intenzione. Non deve essere la 'colonia penale' di Kafka.

Solo una pena agita rieduca<sup>10</sup>. La pena, pertanto, sempre più si ridefinisce come pena agita e non subita: la sola compatibile con un processo etico-rieducativo o di risocializzazione e rieducazione.

*La pena agita e la non punibilità*, intesa quest'ultima come possibilità di degradare, trasformare in astratto o in concreto, l'entità o il tipo di pena, sino anche a prevedere forme di rinuncia alla stessa<sup>11</sup>, sono oggi categorie costanti dell'*ultima ratio* e della rieducazione nel sistema penale accanto alla prima. Esse sono le due dimensioni più innovative, perché *capaci di mutare l'essenza della pena*: da espressione ultima di una legge meno che perfetta (che sanziona senza annullare le conseguenze dell'illecito) a legge che ripara l'illecito, perfetta dunque nei termini del catalogo della legislazione secondo Ulpiano<sup>12</sup>; sono infine dimensioni capaci di trasformare la pena da raddoppio del male a riduzione del male complessivo.

<sup>10</sup> M. DONINI, *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in *Studi in onore di Lucio Monaco*, Urbino, Urbino University Press, 2020, p. 389 ss.; anche in «Questione giustizia», online, 29 ottobre 2020, p. 1 ss.

<sup>11</sup> Sulla categoria della non punibilità, v. i richiami *infra*, a nota 42 e il par. 15.

<sup>12</sup> ULPIANO, all'inizio delle *Regulae* (I,1-2) definisce 'perfetta' la legge che vieta che qualcosa sia fatto e, se viene fatto, lo annulla; 'imperfetta' la legge che non applica né una sanzione né un effetto di annullamento per un atto ad essa contrario; 'meno che perfetta' la legge che, vietando qualcosa, sanziona il comportamento che la trasgredisce, ma non annulla gli effetti dell'illecito. Il diritto penale, tradizionalmente, disinteressandosi della riparazione dell'offesa, è stato sempre una legge 'meno che perfetta'.

Dentro a una concezione costituzionale della pena (rieducazione e *ultima ratio*) c'è spazio dunque anche per la non punibilità (il 'non punire'), e per la pena agita: dimensioni che non negano né il carattere afflittivo della pena subita, né il bisogno di una risposta capace di contrastare veramente il male del delitto, ma lo trasformano in una realtà culturale di riconciliazione, speranza, riparazione o anche solo risocializzazione che guarda al responsabile come persona, dal principio alla fine del percorso penale.

Il resto, la prevenzione generale positiva, declinata oggi soprattutto attraverso le *concezioni espressive*, è abbellimento conservatore della tradizione<sup>13</sup>.

Queste evoluzioni culturali, che trasformano l'epistemologia della pena, non verranno qui ripercorse in una revisione *concettuale*, già svolta in altri contributi<sup>14</sup>. Se ne tenterà invece una lettura *storica*: l'evoluzione del punire e della sua legge epistemica da *lex minus quam perfecta* a *perfecta* e da raddoppio del male a riduzione del male complessivo attraverso le forme 'costanti' del non punire, vecchie e nuove, presenti nella legislazione.

<sup>13</sup> Funzione della pena, secondo le *concezioni espressive*, è di comunicare culturalmente alla generalità o ai singoli il disvalore del fatto e il biasimo sociale e giuridico per la sua commissione. Sono eventi sociologici che nessuno parimenti può 'misurare', ma certamente sono percepibili nei *media*, nel rapporto con agenti e funzionari di pubblica sicurezza e polizia giudiziaria, con la magistratura o nel processo. La pena afferma valori e nel contempo censura fatti e persone: è una istituzione del rimprovero e della comunicazione culturale. L'accento non è più spostato sulla prevenzione, vale a dire sul futuro, ma sembra più indicare un atteggiamento rivolto al passato o comunque al fatto commesso. In questo modo di atteggiarsi, il momento pedagogico positivo della pena minacciata dovrebbe operare un rapporto di *comunicazione simbolica e culturale* con i destinatari e con il responsabile. Cfr. sulle teorie espressive B. WRINGE, *An Expressive Theory of Punishment*, London, Macmillan, 2016; J. HAMPTON, *The Retributive Idea*, in J.G. MURPHY, J. HAMPTON, *Forgiveness and Mercy*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1988, p. 111 ss., p. 157 ss.; P. H. ROBINSON, *Intuitions of Justice and the Utility of Desert*, New York, OUP USA, 2013, p. 141 ss., p. 189 ss., p. 208 ss.; e la ricostruzione di T. HÖRNLE, *Straftheorien*<sup>2</sup>, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 27 ss., p. 31 ss.; ID., *Trends in angloamerikanischen Debatten zu Straftbeorien*, in «Golt-dammers Archiv», 2023, p. 1 ss., p. 7 ss.; D. DEMKO, *Hegels Straftbeorie im Lichte gegenwärtigen expressiver Straftbeorien*, in *Hegel's Erben? Straftrechtliche Hegelianer vom 19. Bis zum 21. Jahrhundert*, Hrsg. Kubiciel, Pawlik, Seelmann, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 277 ss.; nella letteratura tedesca, tra retribuzione e concezioni espressive v. per es. T. WALTER, *Vergeltung als Straftzweck*, in «Zeitschrift für Internationale Straftrechtsdogmatik», 2011, p. 636 ss.; T.R. ANDRISSEK, *Vergeltung als Straftzweck*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 7 ss., p. 35 ss., p. 237 ss. Nella manualistica una utile rappresentazione comparata e critica in C. ROXIN-L. GRECO, *Straftrecht*, AT, Bd. I<sup>5</sup>, München, Beck, 2021, § 3/36a ss.

<sup>14</sup> V. *supra*, note 3, 5 e 10.

5. *La pena come sviluppo legislativo e non concettuale. La tesi di fondo*

C'è una dialettica 'costitutiva' della storia della pena. Una dialettica forse priva di una vera sintesi, perché perenne. Se è vero che la storia non ha un 'concetto' veramente obiettivo intrinseco, perché la sua comprensione appartiene a chi la pensa per renderla intelligibile in funzione del presente e del futuro, scegliendo tra i 'nudi fatti', che sono miliardi, quelli dotati attualmente di senso, è tuttavia possibile la scoperta di una linea di tendenza, o di una evoluzione almeno in parte più distaccata dagli scopi del ricercatore (*intentio lectoris*). Ciò è ancora più vero quando il riscontro obiettivo sia costituito da testi legislativi. Nella loro linea evolutiva si può cogliere il 'nesso' tra fatti e pensiero.

Il concetto di una pena diversa, basata su riparazione e non punibilità, su punire e non punire, si adatta a questi versanti prendendo atto che i poli della dialettica sono vere 'costanti'.

I poli di questa dialettica sono: afflizione e riduzione del male; criminalizzazione e depenalizzazione. Pena e non punibilità. Punire e non punire come movimento pendolare.

L'illustrazione di questo movimento pendolare verrà compiuta in rapporto all'esperienza nazionale. Un collaudo comparato attende più opportune verifiche<sup>15</sup>.

6. *I caratteri originari dalla legge Pica in avanti. Le eccezioni e le regole*

Leggi speciali e amnistie si alternano. Dall'Ottocento in avanti sono una costante. Durante l'Italia zanardelliana, durante l'età fascista e nella prima Repubblica, fino a Tangentopoli. Sono una costante assoluta<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Sono disponibili analisi di settore, con profili europei o comparati. Per es. per quanto riguarda le misure premiali in materia di terrorismo, *pendant* di quelle più massicciamente punitive, cfr. D. CASTRONUOVO, *Quale lezione dagli anni di piombo? La legislazione dell'emergenza e sui pentiti in prospettiva storica e comparata*, in «Diritto penale XXI secolo», 2019, n° 1, p. 143 ss.; M. Donini, L. Bin, F. Diamanti (eds), *Preventing International Terrorism. European Models of Rewarding Measures for Judicial Cooperators*, Napoli, Jovene, 2021; F. ROSSI, *Il contrasto al terrorismo internazionale nelle fonti penali multilivello*, Napoli, Jovene, 2022.

<sup>16</sup> A. SANTOSUOSSO, F. COLAO, *Politici e amnistia. Tecniche di rinuncia alla pena per i reati politici dall'unità ad oggi*. Verona, G. Bertani Editore, 1986; F. COLAO, *La ricostruzione dogmatica del reato politico attraverso le amnistie, 1919-1932*, in «Studi Senesi», 1982, p. 63 ss.; V. MAIELLO, *La politica delle amnistie*, in *Storia d'Italia, Annali 12. La criminalità*, a cura di L. Violante, To-

Il Regno d'Italia sperimenta la sua prima legge penale speciale contro il brigantaggio. È la legge Pica, dal nome del deputato proponente Giuseppe Pica (l. 15 agosto 1863, n. 1409). Legge temporanea prorogata fino al 31 dicembre 1865, essa deferiva al Tribunale militare di guerra, che poteva costituirsi anche 'sul campo', una repressione penale sanguinaria del brigantaggio. La legge Pica segnerà il sistema penale con una impronta originaria<sup>17</sup>. Essa è rappresentata dalla presenza di leggi eccezionali dentro a logiche liberali o garantiste.

Dopo l'entrata in vigore del Codice 'liberale' del 1889, pur non essendo più attuali leggi penali così sanguinarie, il dissenso politico andava controllato o represso altrimenti.

Il ruolo delle forze di polizia, espressione di una cultura tutt'altro che 'liberale', fa da contraltare alle leggi penali del codice Zanardelli<sup>18</sup>. Nel 1889 entra in vigore la nuova legge di pubblica sicurezza<sup>19</sup>, legge della 'sinistra' al potere, e che sostituisce la precedente del 1852 più volte riformata. Viene nuovamente regolata la categoria delle 'classi pericolose per la società' (oziosi, vagabondi etc.)<sup>20</sup> da controllare mediante misure 'amministrative' di polizia (ammonizione, vigilanza speciale, domicilio coatto).

Nel 1894 tre leggi speciali antianarchiche<sup>21</sup> allargano le ipotesi di do-

---

rino, Einaudi, 1997, p. 938 ss.; ID., *Clemenza e sistema penale, Amnistia e indulto. Dall'indulgentia principis all'idea dello scopo*, Napoli, Esi, 2007, p. 283 ss.

<sup>17</sup> M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Schiavone (a cura di), Roma-Bari, Laterza, 1990, p. 173.

<sup>18</sup> L. MARTONE, a cura di, *Giustizia penale e ordine pubblico in Italia tra Otto e Novecento*, Napoli, Istituto Universitario Orientale, 1996.

<sup>19</sup> R.D. 30 giugno 1889, n. 6144.

<sup>20</sup> I. MEREU, *Cenni storici alle misure di prevenzione nell'Italia "liberale" (1852-1894)*, in *Le misure di prevenzione. Atti del convegno di Alghero*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 197 ss.; L. VIOLANTE, *La repressione del dissenso politico nell'Italia liberale: stati d'assedio e giustizia militare*, in «Rivista storia contemporanea», 1976, p. 483 ss.; G. CAMPESTI, *Società disciplinare e "classi pericolose" nell'Italia del XIX secolo*, in «ADIR. L'altro diritto», 2009. Più in generale, L. CHEVALIER, *Classes laborieuses et classes dangereuses à Paris pendant la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Plon, 1958; tr. it. *Classi lavoratrici e classi pericolose. Parigi nella Rivoluzione industriale*, Roma-Bari, Laterza, 1976. E la revisione critica di B.M. RATCLIFFE, *Classes laborieuses et classes dangereuses à Paris pendant la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle? The Chevalier thesis reexamined*, in «French historical studies», 2, 1991, p. 542 ss.

<sup>21</sup> L. n. 314, 315 e 316 del 19 luglio 1894, rispettivamente su materie esplodenti, istigazione

micilio coatto per le persone sospette, o pericolose per la sicurezza pubblica.

Quando peraltro non bastavano le misure di polizia, lo Stato provvede se non con leggi eccezionali, comunque con la messa in opera di decreti governativi di sospensione delle garanzie attraverso provvedimenti di stato d'assedio (che sospendeva la giurisdizione ordinaria in materia penale), applicazione di giurisdizioni militari, scioglimenti prefettizi di associazioni, uso dei reati associativi dello stesso codice penale a fini di repressione politica: si veda per es. la equiparazione interpretativa di associazioni anarchiche ad associazioni di malfattori *ex art.* 248 c. Zan., o la contestazione del reato di istigazione o di atti diretti alla guerra civile (art. 252 c. Zan.)<sup>22</sup>. Ecco affiorare i 'tipi d'autore' e le risposte penali-punitivo-repressive dello Stato liberale nei loro confronti. Alla repressione seguiva poi *ex post*, a pericolo scampato o 'nemico' battuto, la clemenza sovrana delle politiche di amnistia e di grazia<sup>23</sup>.

*Decenni di politiche di amnistie* periodiche hanno accompagnato la legislazione monarchica e poi quella repubblicana *fino al 1990*. L'assenza di discrezionalità dell'azione penale ha dunque contribuito a che la deflazione del sistema, il non punire, venisse affidato soprattutto alle amnistie. Per i reati normali e di minore carico sanzionatorio il sistema ordinario della non punibilità è stato invece affidato all'istituto della *prescrizione del reato*.

Il penale è dunque *politicamente utile anche quando appare in contrasto con i principi di garanzia, soprattutto di extrema ratio, o di certezza della pena, perché, raggiunto un determinato scopo general-preventivo, è possibile amnistiare o mandare in prescrizione* tanti effetti criminogeni o alcuni 'eccessi' della sua introduzione o applicazione. Questa possibilità costante rende agevole, o favorisce, l'uso eccezionale della legge anche quando ciò è discusso in termini di legittimità. *L'eccezione* (amnistia, condoni, prescrizione) ha rappresentato un secondo binario, ma essendo costante, esso ha obbedito a *una regola pa-*

---

apologia di reati a mezzo stampa, provvedimenti di pubblica sicurezza. Sui presupposti per essere considerati sospetti v. MEREU, *Cenni storici alle misure di prevenzione*, cit., pp. 208-210.

<sup>22</sup> V. sempre per lo stato d'assedio proclamato in Lunigiana e in Sicilia durante il governo Crispi, il commento di F. COLAO, *Il principio di legalità nell'Italia di fine Ottocento tra 'giustizia penale eccezionale' e 'repressione necessaria e legale nel senso più retto e saviamente giuridico, il che vuol dire anche nel senso più liberale'*, in «Quaderni fiorentini», 2007, *Principio di legalità e materia penale (Per Mario Sbriccoli)*, vol. I, p. 717 ss. e qui le vicende dei fasci siciliani e dei tumulti di Milano di fine '800.

<sup>23</sup> MAIELLO, *La politica delle amnistie*, cit., p. 954 ss.; COLAO, *La ricostruzione dogmatica del reato politico attraverso le amnistie*, cit., p. 63 ss.

*rallela*: quella del non punire.

7. *Dal non punire riservato al sovrano o al Parlamento, al non punire affidato alla magistratura*

Tradizionalmente il non punire seguiva la repressione secondo una logica di clemenza sovrana, che non coinvolgeva la magistratura, la quale conservava un ruolo esecutivo. La magistratura era però più coinvolta nelle scelte del non punire nella gestione dei reati da prescrivere. E questo binario, questo flusso in uscita non si è mai interrotto, sino a oggi. Il non punire diventerà invece una sorta di logica davvero ‘interna’ al sistema del diritto sostanziale, una componente ordinaria e costitutiva, solo quando la sua declinazione verrà demandata in via ordinaria (quotidiana) alla magistratura, mediante strumenti di depenalizzazione in concreto, e non in astratto.

Ovviamente le amnistie e i condoni non sono, tecnicamente, forme di depenalizzazione, operando solo sul passato. E tuttavia, storicamente, l’amnistia ancora nell’Ottocento era considerata, sulla scorta di nomenclature romanistiche<sup>24</sup>, come una forma di *abolitio publica generalis*<sup>25</sup>.

La prima assonanza o analogia con l’abrogazione discende dal fatto che l’amnistia ‘abolisce’, o meglio elimina, le conseguenze giuridiche del reato, a differenza dell’abrogazione che abolisce il reato stesso, e per effetto di ciò anche le sue conseguenze giuridiche.

La distinzione dal fenomeno abrogativo, in ogni modo, si fonda su ricostruzioni ermeneutiche desunte dal sistema. L’esigenza di un’attenzione teorica a quella distinzione, peraltro, se non è recente<sup>26</sup>, si è accentuata a seguito dell’evoluzione delle tipologie di fenomeni successivi riscontrati dopo Tangentopoli: sapere come si distingue l’amnistia dall’*abolitio criminis* è diventato urgente, dopo la revisione costituzionale dell’art. 79 Cost., nel

<sup>24</sup> Sulla clemenza nel diritto penale romano cfr. Art. ROCCO, *Amnistia, indulto e grazia nel diritto penale romano*, in ID., *Opere giuridiche*, vol. III, Roma, Ed. del Foro italiano, 1933, p. 1 ss.

<sup>25</sup> Per es. A. CREMANI, *De Jure criminali*, libri tres, volumen unicum, apud Caietanum Casoni, Florentiae, 1848, p. 204 ss.

<sup>26</sup> Cfr. per es. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, vol. III, Torino, Utet, 1950, 411; L. MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, vol. I, Torino, Utet, 1924, p. 303. V. anche M. DONINI, *Discontinuità del tipo di illecito e amnistia. Profili costituzionali*, in «Cassazione penale», 2003, n. 838, p. 310 ss.

1992<sup>27</sup>, e poi dopo la scoperta e la valorizzazione dell'*abolitio* parziale nella successione di leggi penali, in particolare dopo la riforma dei reati societari del 2002: una 'non punibilità' diversamente gestita a livello legislativo e giudiziale (v. *infra*, § 15)<sup>28</sup>.

Prima di giungere all'esito di depenalizzazioni solo in concreto affidate alla magistratura, che così 'delegificano' la materia del non punire (*infra*, §§ 10-11), una lunga serie di altri eventi legislativi paradigmatici costellano la storia del non punire come evento esterno e di eccezione, preparando la sua evoluzione a vicenda interna.

#### 8. *Tratti caratterizzanti il codice penale fino al 1974*

Il codice penale vigente, dopo una lunga preparazione avviata con legge delega 4 dicembre 1925 n. 2260, che coinvolse tutta l'accademia e le magistrature nel corso dei lavori preparatori, fu promulgato con Regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, ed entrò in vigore il primo luglio 1931. Il codice consta di tre libri, il primo sui reati in generale (art. 1-240-*bis*), il secondo sui delitti (art. 241-649-*bis*), il terzo sulle contravvenzioni (art. 650-734-*bis*)<sup>29</sup>.

C'è quindi una *parte generale* e una *parte speciale*, che nel 1930 erano concepite come parti dell'intero sistema penale, concentrato sulla materia codicistica.

Il codice mantiene dell'impianto originario la disciplina di una serie di istituti molto importanti di parte generale, anche se la loro applicazione concreta risente oggi di mutamenti di sistema che almeno in parte ne hanno profondamente trasformato il funzionamento. Numerosissime, poi, sono le disposizioni nuove, compresi interi capi di parte speciale, e anche le modifiche introdotte da sentenze costituzionali o europee le quali, pur avendo inciso specificamente solo su singole regole; tuttavia, hanno trasformato il modo di intendere tanti istituti, e di rileggere la materia penale in modo

<sup>27</sup> Cfr. G. GEMMA, *Amnistia e indulto dopo la revisione dell'art. 79 Cost.*, in «Legislazione penale», 1992, p. 349 ss.

<sup>28</sup> DONINI, *Discontinuità del tipo di illecito e amnistia*, cit., p. 310 ss.

<sup>29</sup> Oltre alla insuperata voce di G. VASSALLI, *Codice penale*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, 1960, p. 261 ss., p. 273 ss., E. DOLCINI, voce *Codice penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, 1989, II, p. 281 ss.; Il volume su *Il codice Rocco cinquant'anni dopo*, in «La questione criminale», 1981; *Gli ottant'anni del codice Rocco*, a cura di Stortoni-Insolera, Bologna, BUP, 2012; A. CADOPPI, *Il "modello italiano" di codice penale*, in ID., *Introduzione allo studio del diritto penale comparato*<sup>2</sup>, Padova, Cedam, 2004, p. 60 ss.

tale che è l'impianto di fondo che ne risulta rinnovato.

Per tali ragioni è oggi possibile dire che, se si effettua veramente una interpretazione conforme sia alla Costituzione e sia ai principi dell'UE e della Cedu, anche *quanto resta del codice penale del 1930 non è più lo stesso* nel suo più profondo significato.

*I caratteri originari* del codice penale sono stati spesso commentati, nella sua lunga vita legislativa, come *tratti autoritari* del codice e anche della perfezione *tecnico-giuridica* della sua costruzione. Qui vediamo di ricordare quali istituti lo caratterizzano nella sua *permanente attualità*, nonostante si avvii a diventare centenario.

Il *codice penale* mantiene *il tecnicismo e la sistematica della parte generale di quello originario, e in particolare*: le definizioni di dolo, colpa, causalità, tentativo, l'importanza dell'evento nella costruzione della responsabilità, la disciplina del concorso di persone, il sistema delle circostanze, pur ampiamente rivisitato, la distinzione tra delitti e contravvenzioni, una (fin troppo) apprezzata disciplina delle scriminanti e l'oggettivismo della concezione dell'illecito, una residuale ma non esigua presenza delle misure di sicurezza accanto alle pene, la durezza delle aggravanti per la recidiva, il compromesso tra le varie 'scuole', e una attenzione all'autore (e al 'reo'), anziché al solo reato, in realtà sempre apprezzata nella prassi. Questi sono *caratteri permanenti*.

Accanto ad essi, vanno menzionati *altri aspetti fondanti* di diverso segno che nel corso dell'evoluzione del codice in età repubblicana sono stati *abbandonati*: l'assetto codicistico si è liberato già nel 1944 dal programma di lotta contro il crimine incentrato sulla pena di morte; sono progressivamente scomparsi: un sistema 'carcerocentrico' fortissimo, la rigorosa delimitazione della discrezionalità del giudice (già nel 1944 sono state reintrodotte le attenuanti generiche all'art. 62-*bis* c.p., con il d.l. 288/1944), le principali ipotesi di responsabilità oggettiva (lentamente abbandonate, anche se non completamente, dopo il 1988: C. cost. 364/1988), l'impronta da diritto penale del nemico presente nella disciplina delle misure di sicurezza originarie (presunzioni di pericolosità, ampio uso del manicomio giudiziario, della colonia agricola, della cassa di lavoro) e in quella contenuta nei reati contro lo Stato. Alcuni rigori del sistema sanzionatorio originario sono caduti solo con l'importante novella del 1974, la riforma di cui al d.l. n. 99/1974, conv. dalla l. 7 giugno 1974, n. 220<sup>30</sup>, che ha ammesso il giudizio di valenza delle circostanze ad effetto speciale (art. 69 c.p.), poi esteso dalla prassi anche ai delitti aggravati dall'evento, ha introdotto il cumulo giuridico

<sup>30</sup> G. VASSALLI, *La riforma penale del 1974. Lezioni integrative del corso di diritto penale. I. Precedenti e contesto*, Milano, Vallardi, 1975, p. 49 ss.

delle pene per i reati in concorso formale e in continuazione (art. 81 c.p.), ha reso facoltativa l'aggravante della recidiva, diminuendo gli aumenti per i singoli reati e fissando un limite di ordine generale (art. 99 s. c.p.), ha ampliato le ipotesi di sospensione condizionale della pena (art. 163 c.p.).

Nel corso del tempo questi istituti hanno poi conosciuto *ulteriori modifiche, non tutte in senso liberale*. Nel complesso si sono comunque introdotte alcune importanti riforme legislative, nel codice e fuori di esso, che, anche grazie agli interventi della Corte costituzionale e alle evoluzioni interpretative conseguenti, conferiscono al 'sistema penale' (un concetto problematico, ma inevitabile e corretto) un volto del tutto diverso da quello originario. Tuttavia, del tratto originario esso conserva l'esistenza di un binario fondamentale di punibilità, rappresentato dal codice, e contestualmente di non punibilità, costituito da interventi per lungo tempo eccezionali o frammentari, spesso extracodicistici, dove si è sviluppata la politica criminale contemporanea, quella più d'occasione e sensibile alle risposte elettorali.

#### 9. *L'evoluzione dal 1974 in poi: l'ingresso di discipline generali del non punire*

Si rammentano qui solo *alcune tappe principali più 'di sistema' di questa evoluzione* di storia legislativa e normativa dopo la *novella del 1974* (d.l. n. 99/1974) che rappresentò l'ingresso di *una forte discrezionalità giudiziale nel sistema sanzionatorio*<sup>31</sup>, che dopo Tangentopoli diventerà la nuova base tecnico-ideologica di istituti di non punibilità, affidati a una gestione giudiziaria:

– la *riforma penitenziaria del 1975* (l. 26 luglio 1975, n. 354 e succ., mod.), con il relativo regolamento di esecuzione (dpr. 431/1976 poi sostituito dal dpr 230/2000) una svolta davvero storica per i diritti di detenuti (sottoposti a pena) e internati (sottoposti a misura di sicurezza): salute, vestiario, corrispondenza, colloqui, istruzione, lavoro, attività, culturali, sportive, ricreative, religiose, i permessi-premio, i programmi di trattamento e rieducazione, il regime penitenziario, le misure alternative alla detenzione (art. 47 ss.), la remissione del debito, l'organizzazione penitenziaria etc; essa costituisce oggi, dopo numerosi interventi legislativi e giurisprudenziali sopravvenuti all'interno di quella disciplina, un *corpus* normativo centrale, anche se *extra codicem*, del sistema penale dello Stato. Ovviamente si disci-

---

<sup>31</sup> V. per una critica sul punto A.M. STILE, *Discrezionalità e politica giudiziaria*, in «Studi Urbinati», 1977/78, p. 275 ss., p. 300.

plina in primo luogo il contenuto del punire, ma nello stesso tempo si imposta e regola la degradazione umanistica di una pena non afflittiva, non finalizzata al male o al dolore, ma a una vita comunitaria, socievole, formativa e di lavoro, oltre che a forme progressive di esecuzione extramuraria e risocializzanti. La promessa generalpreventiva del *male aggiunto* trova qui *un contenuto specialpreventivo potenzialmente opposto* alla sua inflizione: l'ideologia dell'ordinamento penitenziario, opposta alla realtà pur diversissima di molte carceri, è che non si infligge dolore, ma si coltiva la speranza<sup>32</sup>;

– la l. 24 novembre 1981, n. 689 che, insieme a una forte *depenalizzazione*, ha introdotto il sistema delle *pene sostitutive delle sanzioni detentive di breve durata*, e la *disciplina generale dell'illecito amministrativo* depenalizzato; oltre a ciò, tra le nuove regole di parte generale, in materia di pene pecuniarie, accessorie, sospensione della pena, va menzionata l'introduzione dell'art. 162-*bis* c.p., e l'oblazione facoltativa nelle contravvenzioni; la l. 689/1981 ha svecchiato di un colpo il sistema sanzionatorio del codice Rocco, ma non ha eliminato ancora l'orientamento essenzialmente carcerocentrico del diritto penale;

– la l. 10 ottobre 1986, n. 663, c.d. *legge Gozzini*, ha apportato importanti modifiche al sistema penitenziario, in tema di permessi premio, detenzione domiciliare, affidamento in prova al servizio sociale, semilibertà, libertà condizionale, liberazione anticipata. La possibilità di scontare 45 giorni di detenzione ogni sei mesi in caso di buona condotta, applicabile anche ai condannati all'ergastolo (suscettibili di libertà condizionale dopo 26 anni, dai quali si possono ora detrarre 45 gg. ogni sei mesi scontati in buona condotta, in vista e per effetto della liberazione anticipata), costituisce una delle innovazioni più importanti di tutto il sistema carcerario, in chiave di prospettive concrete di motivazione verso programmi di risocializzazione e uscita dal carcere: c'è il punire e il non punire insieme;

– *il codice di procedura penale del 1988*, oltre ad aver *abbandonato il processo penale inquisitorio* del codice di procedura del 1930, sul piano del diritto sostanziale ha introdotto, fra gli altri, importanti istituti di attenuazione della

<sup>32</sup> Il carcere è spesso descritto dalla stampa come luogo di perdizione, di disumanità, di violazione dei diritti umani. Può diventare il Zyklon B del diritto penale. Tuttavia, esso non è istituzione irrimediabile, e la realtà internazionale di varie carceri-modello consente di escludere il discorso qui condotto dal territorio delle ipocrisie giuridiche. Istruttive le esperienze nazionali dei due direttori L. PAGANO, *Il direttore. Quarant'anni di lavoro in carcere*, Milano, Zolfo ed., 2020; G. SICILIANO, *Di cuore e di coraggio. Storia di una vita normale, ma non tanto. Ricordi di un direttore di carcere*, Milano, Rizzoli, 2020. V. pure, specificamente sull'esperienza del carcere milanese di Bollate, L. CASTELLANO, D. STASIO, *Delitti e castighi*, Milano, Il Saggiatore, 2009.

pena legati a ‘premi processuali per il rito’, costituiti dal *rito abbreviato* (art. 442 c.p.p.) e dall’applicazione della pena su richiesta delle parti, il *c.d. patteggiamento* (art. 444 c.p.p.), una logica economica e dialogante dentro al tempio autoritario e aristocratico della giustizia penale: la giustizia contrattata diventerà col tempo una prassi e una ideologia opposte alla giustizia sacrale e teocratica della pena inflitta in modo retributivo.

– *Nello stesso anno, C. cost. n. 364/1988 è la più importante sentenza della Corte costituzionale in materia penale, sull’art. 5 c.p. (ignoranza della legge penale), che introduce il principio nullum crimen sine culpa nel sistema. Dopo questa sentenza, tutto il sistema penale ha potuto essere riletto in via ermeneutica alla luce del principio di colpevolezza (espressione di quello di personalità della responsabilità penale), anche se non è stato riformato in modo conseguente, o in tempi accettabili, dal Parlamento, con l’eccezione della l. 7 febbraio 1990, n. 19, che ha eliminato la responsabilità oggettiva dal sistema di imputazione delle circostanze aggravanti (art. 59 c.p.), modificato il regime delle circostanze del concorso di persone (art. 118 c.p.), oltre che esteso la sospensione condizionale della pena alle pene accessorie (art. 166 c.p.), e abolito la destituzione di diritto del pubblico dipendente per effetto di condanna penale etc.: per quanto la colpevolezza rechi con sé la matrice del rimprovero, la concreta attuazione di quel principio aveva una funzione liberale, di riduzione dei precetti penali ‘inescusabili’, inflessibili, solo autoritari nella dialettica fra cittadino e Stato;*

– *la riforma del processo penale minorile del 1988 (dpr. 22 settembre 1988, n. 448, artt. 9, 27 e 28) non ha solo riformato quel processo, ma anche introdotto alcuni istituti sanzionatori molto innovativi, quali la messa alla prova, la non punibilità per irrilevanza penale/tenuità del fatto, e un impiego di sanzioni non detentive, che hanno costituito terreno di sperimentazione sanzionatoria prima di essere poi introdotti e ampliati, molto più tardi, nel diritto penale comune degli adulti.*

#### 10. *La legge del pendolo e il perché delle mancate codificazioni generali*

Non deve ingannare quanto ora descritto come movimento legislativo più ‘liberalizzante’ dal 1974 in poi. Non c’è una linea evolutiva retta: c’è invece un andamento pendolare.

La legislazione penale italiana non privilegia la costruzione di un ‘sistema penale’. Il penale è quasi una reazione naturale (azione e reazione: come nel famoso detto di Anassimandro), non è un vero ordine: *la mancata riforma del codice penale* ne costituisce l’emblema più eclatante, la legislazione d’emergenza, di lotta, di risposta o di contrasto, un tratto indelebile. Le po-

litiche criminali sono sempre di settore.

Tuttavia, la permanenza del vecchio codice, solo nei decenni trasformato da tanti interventi successivi, è la costanza del punire, più che del non punire, riorganizzata dal diritto penale costituzionale e giurisprudenziale, oltre che dottrinale. *Leges et iura*.

Infatti, il codice è pensato per la criminalizzazione, ‘illecito e colpevolezza’ quali basi, simbolo della retribuzione: categorie della ‘meritevolezza’ di pena, non del ‘bisogno’ di pena, come le condizioni obiettive di punibilità, o le cause di non punibilità, che la manualistica e la trattatistica tradizionale collocano fuori della teoria del reato: il ‘non punire’ è un corpo estraneo alla teoria generale del reato classica<sup>33</sup>. Al punto che i suoi istituti (le cause di non punibilità, quelle estintive etc.) vengono inseriti ‘dentro alla punibilità’, come se questa fosse una categoria autonoma nella quale ci sono istituti, figure, discipline normative che vanno provate nel processo. Essa, invece, è occupata quasi solo da cause di ‘non punibilità’, le uniche che si provano in giudizio.

Non solo. Nel codice manca gran parte della non punibilità ‘moderna’, delle nuove cause che portano a degradare o escludere in concreto la pena maggiore o la pena *sic et simpliciter*, ma mancano anche gli statuti speciali di molti percorsi della politica criminale. C’è la vendetta-retribuzione-compensazione, unica costante, ma poi molta rieducazione parlata, c’è la prevenzione generale – tutto il colposo l’ha idolatrata per decenni, per implementare nei consociati l’osservanza di cautele – ma anche la pericolosità e la capacità criminale: una invenzione *made in Italy* (la categoria, non la realtà che essa esprime, ovviamente) che dura nel tempo.

La legislazione penale italiana, che non ha riformato mai il codice penale sostanziale dalle fondamenta, non privilegia dunque la costruzione di un ‘sistema penale’: non pare che questo sia veramente un obiettivo del legislatore<sup>34</sup>. Se lo fosse, si sarebbe cercato di realizzare una codificazione repubblicana, invece di tanti interventi frammentari, microsistemi, micro-novelle, leggi speciali, oppure, appunto, ‘decodificazioni’. Il fatto è che un sistema generale nuovo non è politicamente spendibile, e forse non è neppure adatto alle scelte politiche contemporanee, che sono opzioni

<sup>33</sup> Per una giustificazione di fondo M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in «Indice penale» 2001, p. 1035 ss.; ID., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, *ivi*, 2003, p. 75 ss., p. 89 ss.; ID., *Il volto attuale dell’illecito penale*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 259 ss.

<sup>34</sup> Illustrazione più ampia delle ragioni del permanere del codice e dell’impossibilità attuale di rifondarlo in M. DONINI, *Codificazione*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, vol. 3, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2023, p. 1273 ss., anche in «Sistema penale», 4 aprile 2023, pp. 1-23.

spesso contingenti, transeunti, occasionate da fatti ed eventi del quotidiano: una politica più generale capace di tenuta nel corso dei lustri o non c'è, ovvero non è adatta a governi che durano in media poco più di un anno e a una democrazia soggetta ad appuntamenti elettorali praticamente semestrali. Da quando la sicurezza di ogni settore dello Stato, e la giustizia penale sono entrate nei programmi elettorali, è la contingenza dei desideri o delle paure dei votanti a dettare l'agenda.

La prima Repubblica, che qui collochiamo dal 1948 al 1994, pur caratterizzata dalla costante presenza di un partito di maggioranza relativa sempre al governo, ha espresso politiche penali costituite in prevalenza, con qualche eccezione, da risposte emergenziali, riforme di carattere soprattutto sanzionatorio, o interventi di parte speciale. Molte politiche, in seguito, sono state costruite a livello europeo, e il legislatore nazionale ha solo margini di intervento sul piano sanzionatorio: ed è appunto quello delle sanzioni, come detto, lo spazio di intervento più costante e generalizzabile.

Dopo aver registrato le principali riforme del periodo, vediamo invece gli interventi più caratteristici del pendolo, diversi dalle amnistie, e proseguiti anche dopo il grande abbandono della clemenza classica, conseguente alla introduzione della maggioranza 'di blocco' dei due terzi introdotta con la riforma costituzionale dell'art. 79.

Il non punire si insinua silenziosamente dentro a questo nuovo movimento, accostando al pendolo originario di amnistie e condoni fino ai primi anni Novanta, una nuova logica di depenalizzazione in concreto, affidata soprattutto alla magistratura. In parallelo, la politica preferisce spendere le proprie promesse elettorali in interventi d'occasione frammentari e intelligibili, per lo più contrassegnati da facili messaggi di populismo penale e giudiziario (una costante dopo Tangentopoli).

Il permanere di alcuni 'cardini' costruiti dal codice Rocco nel 1930 appare a questo punto molto comprensibile, perché affiancati da altre basi costanti delle politiche repubblicane.

### 11. *Breve rassegna del punire e non punire, fino a Tangentopoli*

Negli anni 1944-1945 furono emanate leggi penali severissime contro il fascismo, leggi che sarebbero oggi incostituzionali. C'erano la pena di morte retroattiva, ma anche tante altre pene e fattispecie contrarie al principio di legalità e al divieto di retroattività<sup>35</sup>. All'eccesso di criminalizzazione

---

<sup>35</sup> G. VASSALLI, G. SABATINI, *Il collaborazionismo e l'amnistia politica nella giurisprudenza della*

pone rimedio pendolarmente subito dopo, nel 1946, l'amnistia Togliatti<sup>36</sup> e poi la pena di morte diventa incostituzionale con la nuova Costituzione (salvo che per il diritto di guerra).

Nel prosieguo, le amnistie scorrono per decenni accanto alle costanti della criminalizzazione<sup>37</sup>. Esse però non danno alla magistratura la necessaria flessibilità sanzionatoria per depenalizzare o non punire fatti che non meritano il carcere. Di qui la grande discrezionalità introdotta nel 1974, in particolare il bilanciamento allargato tra circostanze, con il già citato d.l. n. 99, che ha dato l'avvio a una 'riforma generale del non punire' in via giudiziaria.

È con gli anni Settanta che ritorna il bisogno di punizione e della stessa magistratura quale arma istituzionale contro le forme più temibili di criminalità, terroristica, mafiosa e organizzata. Sono soluzioni normative specifiche, anzi speciali, ed è un utilizzo flessibile dei giudici: per punire selettivamente e non punire, con un'accentuata discrezionalità.

Nel 1974 si modifica la disciplina del sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.), inserendo un premio consistente nella riduzione del margine edittale (sul 'modello' dell'art. 605 c.p.) a seguito della liberazione della vittima senza riscatto. I 'premi' sono trattati ai commi 4 e 5 dell'articolo 630 c.p., e la dissociazione ne costituisce un *requisito* (solo i dissociati possono essere premiati), ma si richiedono ulteriori condotte riparatorie di collaborazione anche processuale.

Nel 1975 la legge 'Reale', l. 22 maggio 1975, n. 152, introduce un pacchetto di norme fortemente repressive in tema di ordine pubblico (custodia preventiva, fermo preventivo, riforma dell'uso legittimo delle armi di cui all'art. 53 c.p., etc.), ma contemporaneamente e in maniera dissonante entra in vigore la richiamata riforma dell'ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354), poco dopo l'introduzione della maggiore discrezionalità sanzionatoria giudiziale, mai esistita dalla vigenza del codice Rocco di cui al

---

*Corte di Cassazione*, Roma, Ed. La Giustizia penale, 1947; M. DONINI, *La gestione penale del passaggio dal fascismo alla Repubblica in Italia*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXXIX, n. 1/2009, pp. 183-216 e P. CAROLI, *Transitional Justice in Italy and the Crimes of Fascism and Nazism*, Abingdon, Oxon, Routledge, 2022.

<sup>36</sup> P. CAROLI, *Il potere di non punire. Uno studio sull'amnistia Togliatti*, Napoli, ESI, 2020; M. FRANZINELLI, *L'amnistia Togliatti*, Milano, Mondadori, 2006.

<sup>37</sup> MAIELLO, *La politica delle amnistie*, cit., p. 966 ss.; una rassegna con attenzione ai reati politici in SANTOSUOSSO, COLAO, *Politici e amnistia*, cit., p. 129 ss., fino all'amnistia del 1986, *ivi*, p. 267 ss.

ricordato d.l. n. 99/1974.

Punibilità, ma molta flessibilità nel non punire.

Nel 1978 la l. 22 maggio 1978, n. 194, depenalizza il delitto di aborto, e l'intero titolo X dei 'delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe' (art. 545-544 c.p.), sostituendoli (in parte) con una *disciplina speciale* orientata alla regolazione di una *scriminante procedurale*, che liberalizza l'aborto se realizzato seguendo un percorso di autorizzazione.

Negli anni 1980 e seguenti numerose leggi hanno toccato la materia dei reati associativi e poi del terrorismo: sono le leggi della perenne emergenza, e riguardano in primo luogo gli artt. 270-*bis* fino al 280-*sexies* c.p., 416-*bis-ter* c.p., e poi gli art. 280, 289-*bis*, 378, 628, 629, 630, per estendersi ad ampi settori della legislazione speciale oltre che del processo penale<sup>38</sup>.

Contemporaneamente, questo diritto penale 'di lotta' contro fenomeni criminosi generali, dà ingresso a nuove forme di non punibilità. Sono le misure premiali contrattabili con la criminalità organizzata, a cominciare dal d.l. 15 dicembre 1979 n. 625, conv. nella l. 6 febbraio 1980, n. 15 (c.d. 'legge Cossiga') agli artt. 4 e 5, e poi gli artt. 1, 2, 3 e 5 l. 29 maggio 1982, n. 304, che contemplan varie ipotesi di non punibilità e soprattutto di attenuanti per collaborazioni in tema di reati (aggravati dalla finalità) di terrorismo. Si valorizzano premi per la dissociazione e la collaborazione processuale, che viene sempre richiesta, o in forma autonoma (attenuanti) o in via congiunta rispetto a ravvedimenti già apprezzabili ai sensi dell'art. 56, co. 4, c.p. o di disposizioni comuni del codice penale (per es. quelle sullo scioglimento di banda armata e cospirazioni politiche). Le ipotesi premiali collaborative già introdotte per l'art. 630, co. 5, c.p. vengono estese al corrispondente art. 289-*bis*, co. 4, c.p. in materia terroristica.

Il quadro si completa con la legge n. 34/1987, *Misure a favore di chi si dissocia dal terrorismo*. In un clima di rappacificazione per essere il terrorismo ormai sconfitto, si tratta di una legislazione solo premiale (v. le attenuanti di cui agli artt. 2 e 3 l. 34/1987) per la dissociazione (definita all'art. 1) senza

<sup>38</sup> Da una letteratura molto vasta v. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, ESI, 1997, *passim*; M. BOUCHARD, G. CASELLI, voce *Terrorismo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXXI, 1994, p. 1 ss.; V. GREVI, *Sistema penale e leggi dell'emergenza: la risposta legislativa al terrorismo*, in *La prova delle armi*, a cura di G. Pasquino, Bologna, Il Mulino, 1984, p. 17 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989, p. 867 ss. Per una riflessione più recente nel quadro delle misure premiali, D. PULITANÒ, *L'evoluzione delle politiche penali in Italia negli anni settanta e ottanta*, in *Il diritto penale tra scienza e politica*, a cura di M. Donini e L. Stortoni, Bologna, BUP, 2015, p. 36 ss.; CASTRONUOVO, *Quale lezione dagli anni di piombo?*, cit., spec. p. 150 ss., p. 157 ss.

collaborazione, estesa a tutti i reati commessi con finalità di terrorismo, con esclusione di quelli di strage<sup>39</sup>.

Seguono la legislazione in materia di stupefacenti, e le forme di collaborazione previste dagli artt. 73, co. 7 e 74, co. 7, d.p.r. n. 309/1990 (allargate dopo l'originaria previsione nel 1990).

Quindi, nel 1991, la disciplina su criminalità organizzata e mafia estenderà ai relativi 'pentiti' quella modellistica: l'art. 8 d.l. 152/1991, conv. dalla l. 12 luglio 1991, n. 203, e poi la l. 13 febbraio 2001, n. 45 sui collaboratori di giustizia e la l. 63/2001, sugli imputati-testimoni<sup>40</sup>.

Avverrà, dopo questa sperimentata legislazione, *la progressiva estensione del 'modello collaborativo-processuale'* ad altre ipotesi nelle quali il momento associativo è implicito, oppure anche alla criminalità comune e non necessariamente organizzata, dai furti alle ricettazioni, ai reati in materia di diritto d'autore, di proprietà industriale e prodotti agroalimentari etc.

Ritornando all'origine di questo filone premiale, sempre nel 1981 la già ricordata l. n. 689/1981 aveva rappresentato una fondamentale legge di depenalizzazione e di modifiche al sistema penale: vero statuto di sistema delle forme di depenalizzazione in concreto attraverso le pene sostitutive e lo sviluppo di un penale-amministrativo capace di meglio assorbire future depenalizzazioni.

Nel decennio successivo ci saranno le amnistie del 1990 e del 1992 (d.p.r. 12 aprile 1990, n. 75, art. 1, amnistia generale e art. 2 per reati tributari minori, la legge 30 dicembre 1991, n. 413, e la collegata amnistia di cui al d.p.r. 20 gennaio 1992, n. 23).

Dal 1988, con i riti alternativi promossi dal nuovo codice di procedura penale, si origina uno sviluppo epocale di una giustizia negoziata, laica, non teocratica<sup>41</sup>, capace di fondare, unitamente allo sviluppo di ulteriori normative esimenti collegate a condotte sopravvenute in senso lato riparatorie, quello che si è definito a suo tempo un vero *statuto di non punibilità*<sup>42</sup> accanto

<sup>39</sup> G. CASELLI *et al.*, *La dissociazione dal terrorismo*, Milano, Giuffrè, 1989.

<sup>40</sup> In merito a tutta questa evoluzione v., sul piano del diritto sostanziale, l'ampia e organica trattazione di C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 31 ss., p. 84 ss., con ampia indagine anche comparatistica. V. pure l'affresco di R. MINNA, *Crimini associati, norme penali e politica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 88 ss., p. 96 ss.

<sup>41</sup> M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, Jovene, 2009, p. 279 ss., p. 402 ss. e *passim*.

<sup>42</sup> DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, cit., p. 1035 ss. La categoria, nel frattempo, ha avuto uno sviluppo anche dottrinale, al posto di quella della punibilità, di un certo rilievo,

a una teoria, ma potremmo anche dire a una ideologia del reato di impronta marcatamente colpevolizzante e simmetrica nella risposta punitiva al delitto.

Si tratta, come vedremo, di una non punibilità diversa dalla clemenza politica o dalla clemenza della tradizione. È venuto il tempo di ripensare il non punire come un momento intrinseco, e non eccezionale o estrinseco, rispetto alla fisiologia del penale simmetrico.

---

spesso insieme a quella della riparazione: F. PALAZZO, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in «Sistema penale», 19 dicembre 2019; G.A. DE FRANCESCO, *La premialità e la non punibilità tra dogmi e pragmatismo*, in «Legislazione penale» (web), 2 settembre 2019, p. 1 ss.; ID., Relazione al Convegno di Messina, *Incontro di studi per Giancarlo de Vero. Ragionando sulla parte generale del diritto penale*, 7-8 ottobre 2022, a sostegno della profonda novità della risposta riparativa e della non punibilità rispetto al discorso tradizionale della penalità. V. altresì G. COCCO, *La punibilità. Quarto elemento del reato*, Padova, Cedam, 2018; M. DOVA, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 253 ss., p. 278 ss.; P. CAROLI, *Non punibilità e indirizzo politico-criminale*, in «Sistema penale», 29 settembre 2019; R. BARTOLI, *Dal paradigma punitivo-reattivo al paradigma reattivo-premiale*, in «Sistema penale», 29 marzo 2021, p. 1 ss. Sul tema v. ora l'ampia sintesi ricostruttiva nella recente monografia di L. FERLA, *Prospettive della non punibilità. Modelli normativi e funzioni politico-criminali*, Napoli, Jovene, 2022, p. 27 ss. e *passim*. V. anche, sempre con attenzione ai rapporti con risarcimento e altre forme di riparazione, o al possibile superamento della pena-vendetta, G. DEMURO, *L'estinzione del reato mediante riparazione: tra aporie concettuali e applicative*, in «Rivista italiana diritto e procedura penale», 2019, p. 437 ss.; ID., *L'incerta parabola della riparazione del danno nel sistema penale*, in *Studi in onore di Emilio Dolcini*, II, Milano, Giuffrè, 2018, spec. p. 703 ss.; L. EUSEBI, «Gestire» il fatto di reato. *Prospettive incerte di affrancamento dalla pena "ritorsione"*, in *Studi in onore di Emilio Dolcini*, I, Milano, Giuffrè, 2018, spec. p. 223 ss., p. 235 ss.; D. PULITANÒ, *Minacciare e punire*, in *Studi Dolcini*, I, cit., pp. 20-24; G. MANCA, *La riparazione del danno tra diritto penale e diritto punitivo*, Padova, Wolters Kluwer, Cedam, 2020, p. 31 ss.; R. BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in «Rivista italiana diritto e procedura penale», 2016, p. 96 ss.; ID., *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, in «Sistema penale», 29 novembre 2022, p. 1 ss., p. 9 ss.; G. FIANDACA, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in «Sistema penale», 28 novembre 2020; G.A. DE FRANCESCO, *Il silenzio e il dialogo. Dalla pena alla riparazione dell'illecito*, in «Legislazione penale» (web), 1° giugno 2021; O. DI GIOVINE, *Delitto senza castigo? Il bisogno di pena tra motivazioni razionali ed istinti emotivi*, in «Rivista italiana diritto e procedura penale», 2021, p. 855 ss.

12. *La svolta di Tangentopoli e il non punire come forma della giustizia, anziché della (sola) politica: quale 'non punibilità'*

Tangentopoli segna una frattura profonda per vari aspetti della questione giustizia<sup>43</sup>. Con la fine della Prima Repubblica 'per mano giudiziaria' la divisione dei poteri conosce una svolta. Nasce il populismo giudiziario quale fonte di ispirazione dello stesso populismo giuridico e di quello punitivo in generale. La magistratura è da allora referente decisivo, insieme a un movimento giustizialista diffuso, per le riforme penali. Sottratta di fatto e quasi di diritto la clemenza al Parlamento, dopo la revisione dell'art. 79 Cost., dovrà affidarsi la sua gestione alla magistratura, ma sotto premesse di verifica giuridica di presupposti di istituti di giustizia punitiva. Istituti che conoscono, peraltro, il bilanciamento di interessi e valori anche esterni a quelli delle incriminazioni.

È una svolta epocale per la legittimazione vicaria della giurisprudenza in funzione di quel ruolo di non punibilità periodico e pendolare sottratto al legislatore. La dimensione pervasiva delle politiche giudiziarie si manifesta pertanto non solo sul versante della punibilità, delle scelte di criminalizzazione, per l'influenza costante della magistratura associata sulle politiche punitive di competenza parlamentare, e per la presenza totalizzante di magistrati negli uffici ministeriali, ma anche sul versante del non punire. Tale ruolo crescerà grazie a un supporto forte da parte di alcune riforme legislative, da un lato, e per una sorta di delega permanente di fatto da parte della politica, dall'altro.

In queste premesse storico-politiche e legislative c'è la ragion d'essere della trasformazione delle logiche del non punire da tendenze legislative della clemenza a dimensione interna al fare giustizia: se il non punire è a gestione giudiziaria, esso deve trovare una spiegazione in termini di teoria della giustizia, e non della politica<sup>44</sup>.

Negli anni Settanta e Ottanta i costituzionalisti riflettono sui limiti che la Carta fondamentale pone all'uso politico delle ipotesi di remissione della sanzione, cioè quelle eminentemente clemenziali e politicamente orientate<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Cfr. diversi interventi in *Processo e legge penale nella seconda Repubblica*, a cura di A. Apollonio, Roma, Carocci, 2015.

<sup>44</sup> V. sul tema MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., p. 419 ss., p. 427 ss.

<sup>45</sup> G. ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 19 ss., p. 23 ss.; G. GEMMA, *Principio costituzionale di eguaglianza e remissione della sanzione*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 16 ss. V. in seguito ID., *Clemenza (profili costituzionali)*, in *Digesto disci-*

Si profila così il tema della costituzionalizzazione del non punire, come se solo il punire fosse costituzionalmente conforme. Si pongono problemi di eguaglianza, di conflitto con l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale. La non punibilità stessa, che è istituto assai più ampio dove si collocano figure giuridiche tradizionali come la sospensione della pena, la morte del reo, l'oblazione, la remissione della querela etc.,<sup>46</sup> conosce forme nuove: i 'moderni condoni'<sup>47</sup> tributari, previdenziali, urbanistici, le cui 'logiche contrattuali' (forme di non-pene pateggiate) hanno realizzato di una non punibilità a tratti 'clemenziale'. Ovviamente sono sottoposte a controlli di costituzionalità<sup>48</sup>, collocandosi tra la struttura normativa del condono vero e proprio quale forma moderna di non punibilità e quella dell'*amnistia* o dell'*indulto condizionati* dissimulati sotto diverse forme<sup>49</sup>, ma oggi sottratti (dopo la revisione

---

*pline penalistiche*, Aggiornamento\*, 2000, p. 51 ss.; V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, p. 355 ss., p. 397 ss.; C. RUGA RIVA, *Sanatorie, condoni, "indultino": forme e limiti costituzionali dell'impunità retroattiva*, in «Rivista italiana diritto e procedura penale», 2004, p. 191 ss., p. 220 ss., p. 209 ss.

<sup>46</sup> V. G.D. PISAPIA, *Fondamento e limiti delle cause di esclusione della pena*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 1952, pp. 3 ss. e 27-29, la classica voce di G. VASSALLI, *Cause di non punibilità*, in *Enciclopedia del diritto*, VI, 1960, p. 609 ss., nonché M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in «Rivista italiana diritto e procedura penale», 1990, p. 55 ss.; A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 107 ss.; P. VENEZIANI, *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, tomo II, Milano, Giuffrè, 2019, p. 291 ss.; COCCO, *La punibilità*, cit., p. 253 .

<sup>47</sup> Cfr. G. INSOLERA, *I «moderni condoni» tra prassi legislative e codificazioni*, in «Rivista italiana diritto e procedura penale», 1994, p. 1304 ss.; MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., p. 283 ss.; RUGA RIVA, *Sanatorie, condoni, "indultino"*, cit., p. 209 ss.

<sup>48</sup> F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3° della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in «La questione criminale», 1980, p. 229 ss.; ID., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Diritto premiale e sistema penale*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 135 ss.; ID., *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in «Rivista italiana diritto e procedura penale», 1988, p. 24; L. STORTONI, *Premesse ad uno studio sulla punibilità, ibidem*, 1985, p. 406 ss.; T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità, ibidem*, 1986, p. 399 ss.; D. PULITANÒ, voce *Politica criminale*, in *Enciclopedia diritto*, XXXIV, 1985, p. 73 ss. V. altresì INSOLERA, *I «moderni condoni»*, cit., p. 1304 ss.; MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., p. 355 ss., p. 397 ss.; F. CONSULICH, *La difficile appartenenza dogmatica del c.d. "indultino"*, in «Diritto penale e processo», 2004, p. 731 ss.

<sup>49</sup> V. C. cost. 6 settembre 1995, n. 427, in «Giurisprudenza costituzionale», 1995, p. 3320 ss., con nota di G. GEMMA, *Condono edilizio e Costituzione: una compatibilità tutta da dimostrare*;

dell'art. 79 Cost.) a una maggioranza parlamentare ordinaria.

Nel presente studio, come emerge dalle illustrazioni prospettate<sup>50</sup>, non si contesta, ma neppure si segue, la *nomenclatura accademica tradizionale* che limita la *non punibilità* alle cause di non punibilità in senso stretto come figure di diritto sostanziale escludenti del tutto la pena (cause originarie o sopravvenute e che suppongono un fatto tipico e colpevole, non scriminato, né scusato). Il *non punire*, qui declinato ampiamente in un quadro sostanziale e processuale insieme, è legato al *significato penologico*, non 'dogmatico', della risposta, e va ben oltre quella nomenclatura tecnico-giuridica codicistica e dottrinale. Ne fanno parte le cause estintive (che il codice distingue da quelle di non punibilità, con opzione oggi invero obsoleta anche in termini tecnico-giuridici), ma pure le tecniche normative che portano a degradare la risposta sanzionatoria: tutti gli istituti, sostanziali, sanzionatori, processuali, che conducono a esiti di non punire o punire meno gravemente il fatto e l'autore, sono coinvolti in un discorso di non punibilità che intacca la logica retributiva fondante (l'illecito e la colpevolezza), quanto più sono connessi a logiche o valutazioni anche esterne all'offesa e alla colpevolezza (la meritevolezza e il possibile rimprovero per il passato), perché dipendono da ragioni extrapenali, da bilanciamenti con condotte sopravvenute, da prestazioni riparatorie o risarcitorie, o da considerazioni di opportunità economica, organizzativa, processuale etc.

Dopo queste premesse, il non punire è destinato ad assumere un volto nuovo. Il legislatore ha continuato ad aumentare costantemente le pene edittali, anche i minimi. Preoccupazioni o finalità di malintesa prevenzione generale e conseguenze processuali su competenza, misure cautelari, intercettazioni, prescrizione etc. si rivelano decisive. La magistratura può solo reagire come sempre ha fatto: applicando le sanzioni al minimo, partendo dal minimo edittale, e sfruttando al meglio il compasso delle scale sanzionatorie offerte dalle attenuanti e dal giudizio di bilanciamento (art. 69 c.p.), quando non sia escluso (come via via si registra da qualche lustro per alcune aggravanti 'privilegiate' che bloccano la discrezionalità). Si realizza, così, una non punibilità in concreto.

Purtroppo, i minimi alti non consentono di sviluppare una vera cultura della discrezionalità, che il legislatore spesso osteggia. Tuttavia, crescono le figure del non punire di matrice legislativa, per lo più *extra codicem*.

---

C. cost. 28 giugno 2004, n. 196, in «Rivista italiana diritto e procedura penale», 2004, p. 1219 ss., con nota di V. MAIELLO, *Condono edilizio e limiti costituzionali della remissione sanzionatoria*, *ivi*, p. 1234 ss.

<sup>50</sup> Ma già nei precedenti studi cit. *supra*, a nota 33.

L'estensione del patteggiamento ai reati puniti in concreto fino a 5 anni di reclusione (l. 12 giugno 2003, n. 134) costituisce un salto di qualità: lo 'sconto' tocca proprio anticipatamente l'esecuzione, ci si accorda sul *quantum* di pena *eseguita* e non teorica. Il contratto così si estende a reati anche molto gravi in astratto (a parte quelli esclusi *ex lege*). L'evoluzione si accompagna alla massima estensione del patteggiamento sul rito, cioè al *rito abbreviato*, che per effetto della riforma di cui alla l. 16 dicembre 1999, n. 479 (c.d. legge Carotti) vedeva reintrodotta la decisione con tale rito anche per i *reati puniti con l'ergastolo*, in precedenza dichiarata illegittima dalla Consulta per difetto di delega, poi caducata definitivamente dalla l. 33/2019 all'art. 438, nuovo co. 1 bis c.p.p.: è questo un pendolo legislativo di singolare interesse, con intermittente ingresso della decisione della Corte Edu nel caso Scoppola.

Nell'ambito del diritto penale comune, dei minori e degli adulti, oltre che nell'esecuzione, si introducono progressivamente istituti di giustizia negoziata, contrattata e riparativa, i quali fanno pensare sempre più a una pena agita e non semplicemente subita. È un rovesciamento del paradigma classico dal quale siamo partiti (*supra*, §§ 1-4).

Nel diritto minorile dal 1988 esiste l'istituto della messa alla prova connesso a condotte riparatorie (art. 9, 27, 28 dpr 22 settembre 1988, n. 448), mentre in quello degli adulti, nel 2000, per i reati di competenza del giudice di pace, oltre a forme di conciliazione, è stato introdotto, come noto, l'analogo istituto sulle condotte riparatorie come causa estintiva del reato (art. 2, 29, 34, 35 d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274), anche riguardo a incriminazioni più modeste.

L'idea della *compliance* più specificamente riparativa, insieme alla logica negoziale, si era peraltro già innestata nel diritto penale d'impresa nel settore della sicurezza del lavoro (v. il d. lgs. 19 dicembre 1994, n. 758, e poi l'art. 301 TU sicurezza del lavoro, d. lgs. n. 81/2008), e solo più di recente è stata estesa all'ambiente (art. 318-*bis* ss. d. lgs. n. 152/2006 introdotti dalla l. n. 68/2015) e infine ai reati alimentari (dalla c.d. riforma Cartabia), dove le oblazioni contrattate, con prescrizioni e messe in mora, sono finalizzate alla non applicazione della pena. Obiettivo delle norme penali contravvenzionali di settore non è di reprimere gli illeciti, ma di prevenirli. È il non punire. La repressione *ex post* è in realtà una sconfitta della logica preventiva. Essendo reati di pericolo permanente, quando sono commessi rimane il pericolo, che va comunque neutralizzato. E l'obiettivo di eliminarlo o di ridurlo al minimo rimane lo scopo principale di quelle stesse incriminazioni.

La categoria della *compliance* è infine diventata, come noto, il paradigma generale dei rapporti tra responsabilità degli enti e responsabilità individuale dal 2001 in poi con il d. lgs. 231 del 2001 (art. 17, 49, 65 d. lgs. 231), dove si

sperimenta la forma più rilevante, per quanto di settore, di apertura a una logica riparativa esimente per le persone giuridiche: il d. lgs. 231 ha infatti introdotto ipotesi premiali di non punibilità, sia pur con riferimento ad alcune rilevanti sanzioni: l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato e (congiuntamente) il risarcimento integrale dei danni da parte della persona giuridica (anche da parte di terzi)<sup>51</sup> comportano l'esclusione delle sanzioni interdittive (art. 17 d. lgs. 231/2001). A ciò si aggiunga una forte riduzione di quelle pecuniarie (art. 12, co. 2 e 3, d. lgs. cit.).

Il messaggio culturale e politico è molto innovativo: per i reati comuni, ma certamente per quelli economici dove sia coinvolta un'impresa, è concesso all'ente di evitare le pene interdittive (che neutralizzano l'attività di impresa) e di dimezzare quelle pecuniarie (le pene principali), adottando congiuntamente condotte efficaci di neutralizzazione dell'offesa e di risarcimento del danno per il fatto del dipendente o soggetto apicale autore del reato. In caso poi di adozione congiunta, *ex post*, del modello organizzativo, la riduzione scende fino a due terzi (art. 12, co. 3, d. lgs. cit.). È evidente quanto sia forte qui, come alternativa alla cultura penale classica, la logica del non punire connessa a prestazioni riparative<sup>52</sup>.

Nel 2006 si inaugura tutto un sistema orientato al ripristino degli illeciti ambientali e alla bonifica dei siti<sup>53</sup> che, nel 2015, verrà ulteriormente regolato (art. 318-*bis* e ss. d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152 modif. dalla l. 22 maggio 2015, n. 68) e si estenderà come ravvedimento operoso (art. 452-*decies* c.p.) anche a tutti i delitti maggiori nel frattempo introdotti nel codice penale.

Seguendo l'alternarsi dei Governi e delle legislature, si può riscontrare dal 2010 al 2017 una ripresa di leggi e discipline di stampo liberale.

La l. 26 novembre 2010, n. 199, poi ulteriormente modificata fino al d.l. 146/2013, ha introdotto *nuove ipotesi di detenzione domiciliare* (già rivista dalla legge Gozzini, l. n. 663/1986, che riformava l'ordinamento peniten-

<sup>51</sup> Cfr. S.R. PALUMBIERI, *Art. 17*, in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di A. Cadoppi, G. Garuti, P. Veneziani, Torino, Utet, 2010, p. 237 ss.

<sup>52</sup> Ampiamente M. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, vol. II, cit., p. 579 ss.; Fed. MAZZACUVA, *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, Torino, Giappichelli, 2020; M. COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente. Uno studio sulle funzioni della compliance penalistiche nel d. lgs. n. 231/2001*, Torino, Giappichelli, 2023.

<sup>53</sup> A.R. DI LANDRO, *La funzione ripristinatoria nel diritto penale ambientale. La bonifica e il ripristino ambientale. Uno studio de iure condito e de iure condendo*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 55 ss.; C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente<sup>t</sup>*, Torino, Giappichelli, 2021, 61 ss., 303 ss.

ziario), e di affidamento in prova al servizio sociale. Nel 2013, il d.l. 146/2013 ha previsto in forma temporanea (per detenzioni effettive trascorse tra il 1.1.2010 e il 31.12.2015) ipotesi di *liberazione anticipata speciale*. Nel 2011 il d.l. 211/2011 conv. dalla l. 17 febbraio 2012, n. 9, ha disposto la *chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari* (che avevano sostituito il manicomio giudiziario quale misura di sicurezza per i non imputabili) a far data dal 31 marzo 2015 (termine poi prorogato) *sostituendoli con le REMS* (Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza): *un evento storico* la cui portata può essere compresa solo ripercorrendo il dibattito tra le 'scuole' tra fine Ottocento e prima metà del Novecento, considerando il numero degli internati nel corso del Novecento, e la rilevanza culturale, simbolica e disumanizzante dei manicomi giudiziari.

La spinta normante della sentenza Torreggiani c. Italia della Corte Edu, con la quale si è censurato lo stato gravissimo di sovraffollamento carcerario italiano, ha indotto cambiamenti sistemici<sup>54</sup>. Il successivo d.l. 52/2014, conv. dalla l. 30 maggio 2014, n. 81 ha previsto un *termine massimo per la durata delle misure di sicurezza detentive*, parametrato sulla *misura massima della pena minacciata* dalla legge per il reato commesso: un'altra innovazione storica nella disciplina delle misure di sicurezza in Italia; la l. 28 aprile 2014, n. 67 ha innestato nel codice penale *due riforme di grande rilevanza, la sospensione del processo con messa alla prova*, all'esito positivo della quale si giunge all'estinzione del reato poi implementata da logiche di giustizia riparativa nel 2022 (art. 168-*bis*,-*ter*,-*quater* c.p.); e l'altra relativa alla *particolare tenuità del fatto* il cui riconoscimento conduce alla *non punibilità* del reato (art. 131-*bis* c.p.); sempre nello stesso segno di deflazione punitiva connessa a condotte attive riparatorie è stata introdotta nel 2017 una causa generale di *estinzione del reato per condotte riparatorie* relativa ai reati perseguibili a querela di parte: l'art. 162-*ter* c.p. costituisce un'aggiunta della *c.d. legge Orlando* (l. 23 giugno 2017, n. 103, legge-delega poi attuata con d. lgs. 1 marzo 2018, n. 21).

Nella legislazione speciale le discipline riparatorie sono tra le più rilevanti, anche se le parti generali del diritto penale trascurano ampiamente di ricondurle a sistema, forse pensando che un sistema non può esistere fuori dall'impianto originario del codice<sup>55</sup>. Fra quelle risalenti a questo pe-

<sup>54</sup> C. eur. dir. uomo, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia. Cfr. M. DOVA, *Torreggiani c. Italia: un barlume di speranza nella cronaca del collasso annunciato del sistema sanzionatorio*, in «*Rivista italiana diritto e procedura penale*», 2013, p. 948 ss.

<sup>55</sup> Per una rassegna quasi completa alla data del 2011, ma nel frattempo da arricchire di molte nuove normative, v. il nostro *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Scritti in onore di Franco Coppi*, vol. II, Napoli, Jovene, 2011, p. 871 ss.

riodo legislativo, vanno menzionate la normativa del 2015 dei reati ambientali, già ricordata, e quella, sempre del 2015, sul pagamento del debito tributario (art. 13 d. lgs. 74/2000 riformato dal d. lgs. 158 del 20 settembre 2015), che si aggiunge alla riparazione dell'offesa di cui all'art. 14 del d. lgs. 74/2000<sup>56</sup>.

13. *Il ritorno di tendenze punitiviste dal 2018 e il loro impatto su inflazione penale, durata dei processi e ruolo della discrezionalità giudiziale*

Negli anni '70 si era evidenziato che la riforma del 1974, soprattutto con l'allargarsi del giudizio di valenza delle circostanze a ogni loro tipologia, faceva esplodere la discrezionalità giudiziale senza vincolarla a una predefinita determinazione dei fini della pena, ora necessariamente riempita anche di prevenzione generale, dato che le circostanze sono espressione di esigenze generalpreventive<sup>57</sup>. Infatti, le circostanze, come aveva evidenziato Alfonso Stile, non erano e non sono individualizzanti<sup>58</sup>, dunque hanno finalità di prevenzione generale, in quanto incidono sulla prescrizione (ma anche sulla perseguibilità a querela, sulla competenza etc.), e il bilanciamento a tal fine (art. 69 c.p.) coinvolge il giudice in quel progetto: le circostanze modificano la cornice edittale, non la sola pena-base in concreto.

In realtà, la resistenza alla prevenzione generale si risolve per oltre trent'anni (1944-1974) in una prassi giudiziale dovuta alla lotta per una pena più giusta di fronte ai minimi edittali alti e ai divieti di giudizio di equivalenza rispetto a circostanze ad effetto speciale. Tendenza nata sotto il codice Rocco non riformato dopo la caduta del fascismo, sino al 1974. Di fronte a questi dilemmi si sviluppò una politica giudiziaria di resistenza costituzionale a un sistema generalpreventivo e intimidatorio<sup>59</sup>.

Tuttavia, queste vicende legislative hanno intensificato il ruolo della prevenzione generale non tanto nella commisurazione in senso stretto, *ex* art. 133 c.p., quanto in quella che riguarda le cornici (circostanziali) da sce-

<sup>56</sup> Cfr. A. INGRASSIA, *Circostanze e cause di non punibilità. La vountary disclosure*, in *I reati tributari*, a cura di R. Bricchetti, P. Veneziani, Torino, Giappichelli, 2017, p. 527 ss.

<sup>57</sup> A.M. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in «Il Tommaso Natale», 1979, p. 1471 ss., p. 1475 (anche in «Studi urbinati», 1976-77, p. 275 ss.).

<sup>58</sup> A.M. STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza*, Napoli, Jovene, 1971, p. 80.

<sup>59</sup> STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, cit., p. 1476 s.

gliere in vista della successiva individualizzazione<sup>60</sup>.

Tralascio ora una analisi della riforma dell'anno 2005, dovuta alla legge c.d. *ex Cirielli*, la l. 5 dicembre 2005, n. 251, che ha operato, fra l'altro, sull'art. 69 c.p., oltre che sulla recidiva (art. 99 c.p.) e sulla prescrizione (art. 157 ss. c.p.), al fine di recuperare momenti di vincolo legislativo nel bilanciamento e nella prescrizione, oltre che nella recidiva. Essa si è inserita in una cultura della prevenzione generale alimentata da un legislatore ossessionato dai minimi edittali alti, dal loro uso in funzione processuale, da vincoli sempre maggiori all'art. 69, e da un recupero di logiche d'autore nella risposta sanzionatoria.

È stato un momento pendolare, questo, orientato al punire. Le vicende ulteriori della prescrizione, ad opera della riforma Bonafede, e infine Cartabia, sono molto note e possono qui essere appena menzionate. Esse riguardano la nostra dialettica oscillante<sup>61</sup>.

Nel marzo 2018 si è chiusa la XVII legislatura, e quella che l'ha seguita, come un pendolo storico ricorrente, ha registrato la rinascita di spinte populiste, giustizialiste e punitiviste forti, che hanno introdotto nell'ordinamento regole (e un clima sociale) più conformi a un diritto penale di lotta o del nemico, anche se molte promesse riforme del 'contratto di governo' (c.d. 'giallo-verde') del 2018<sup>62</sup> non hanno visto la luce anche per l'avvicinarsi delle compagini governative (prima 5Stelle-Lega, poi 5Stelle-Partito democratico).

Tra queste vicende legislative vanno ricordate una *ulteriore riforma della legittima difesa domiciliare* (art. 52 c.p., rivisto dalla l. 26 aprile 2019, n. 36)<sup>63</sup>,

---

<sup>60</sup> V. ora l'analisi di I. MERENDA, *Le circostanze del reato tra prevenzione generale e speciale*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 101 ss. Per una rilevante valorizzazione del momento individualizzante (e non generalpreventivo) delle circostanze nella disciplina del concorso di persone, v. A. ALBERICO, *Le circostanze nel concorso di persone*, Roma, Dike, 2022, p. 276 ss. (cap. V).

<sup>61</sup> Sulla prescrizione e l'improcedibilità nella riforma Cartabia, anche per gli opportuni richiami, V. MONGILLO, *Il doppio volto della prescrizione penale*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso, Wolters Kluwer, Cedam, 2023, p. 303 ss. e gli AA. cit. a nota 51, p. 320.

<sup>62</sup> E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, Donzelli, 2019; M. DONINI, *Populismo penale e ruolo del giurista*, in «Sistema penale», 7 settembre 2020.

<sup>63</sup> F. DIAMANTI, *Appunti sulla legittima difesa. Una questione politica*, Torino, Giappichelli, 2020. V. pure D. NOTARO, *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettive*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 183 ss., p. 304 ss.; AMODIO, *A furor di popolo*, cit., cap. II.

e un pacchetto anticorruzione, la *c.d. legge 'spazzacorrotti'* (l. 9 gennaio 2019, n. n. 3)<sup>64</sup> che si segnala al di là del fatto di riguardare regole di parte speciale, perché in realtà ha proseguito l'innesto nell'ordinamento di *profili marcati di un diritto penale del nemico* attraverso l'estensione al diritto penale comune (reati contro la p.a., sessuali, di immigrazione etc.) di regole di eccezione penitenziarie (l'art. 4-*bis* ordin. pen.) riguardanti la criminalità mafiosa, organizzata e terroristica<sup>65</sup>. A questa stessa legge (art. 1, lett. e) si deve anche una radicale riforma della prescrizione del reato, che ha introdotto una sospensione senza limiti della prescrizione dopo la sentenza di primo grado, così bloccando di fatto la possibilità di prescrizione dei reati, senza peraltro preoccuparsi di diminuire i tempi di celebrazione dei processi. Riforma che abrogava quella da poco introdotta dalla l. Orlando del 2018, e peraltro applicabile ai reati commessi dal 1° gennaio 2020.

Il pendolo della punibilità/non punibilità è sotto gli occhi di tutti. Eppure, era poco tempo che la Corte costituzionale, nella famosa vicenda Taricco, aveva dichiarato (sentenza n. 115/2018), la natura sostanziale della prescrizione addirittura per vincolo costituzionale. Un esito forse eccessivo (il divieto costituzionale di una prescrizione processuale, che oggi in Europa è invece diffusa)<sup>66</sup>, ma sicuramente condizionato dal bisogno di neutralizzare le iniziative anomale della CGUE, la quale (nel caso Taricco) chiedeva ai giudici italiani di applicare alla associazione in materia di contrabbando, analogicamente e retroattivamente, la più severa disciplina della prescrizione prevista per altri reati associativi. Nondimeno, la decisione della Consulta salvava la connotazione della prescrizione come diritto dell'imputato e limite al potere punitivo. Infatti, restando nel tema del non punire, la prescrizione, nel nostro ordinamento costituzionale, deve essere concepita come diritto sostanziale, diritto dell'imputato all'oblio, a un termine della

<sup>64</sup> C. IASEVOLI (a cura di), *La cd. Legge 'spazzacorrotti'. Croniche innovazioni tra diritto e processo penale*, Bari, Cacucci, 2019; tra i numerosi contributi critici, T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in «Archivio penale» (web), 2018, p. 1 ss.; D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in «Diritto penale contemporaneo», n. 3, 2019, p. 235 ss.; V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, *ibidem*, n. 2, 2019, p. 105 ss.

<sup>65</sup> V. gli atti del Convegno di Siracusa del 25-26 ottobre 2019 organizzato dall'AIPDP su 'Il diritto penale dei nemici. Verso un nuovo diritto penale dell'autore?', in «*Rivista italiana diritto e procedura penale*», 2020, p. 701 ss.

<sup>66</sup> V. sul tema il nostro commento *Lettura critica di Corte cost. n. 115/2018. La determinatezza ante applicationem e la prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco*, in «Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale», n. 2, 2018, p. 225 ss.

potestà punitiva, al di là del diritto a una ragionevole durata del processo. Si tratta di una affermazione forte dell'inerenza della prescrizione alla non punibilità, ai limiti del potere di punire<sup>67</sup>.

La riforma Bonafede avrebbe condotto all'implosione del sistema processuale, mancando totalmente la dimensione del non punire da affiancare al blocco della prescrizione, che già di per sé era una scelta che non affrontava le cause del problema nazionale della durata dei processi, del tutto indipendente dalla disciplina della prescrizione. Nello stesso tempo, la 'resistenza culturale' nazionale a recepire una categoria come quella del diritto penale del nemico in funzione delegittimante gli avversari o solo neutralizzante i devianti, già risalta nel dato storico per cui è stata sempre 'normalizzata' e ridotta a sistema: o con grazia, condoni e amnistie, o con regimi di collaborazione differenziata, o con forme varie del non punire.

Il governo di salute pubblica guidato da Mario Draghi e, per la Giustizia, rappresentato da Marta Cartabia, ha offerto uno specchio molto illustrativo delle debolezze della politica, dalle quali è nato, e non solo di quelle della magistratura che sono esplose durante il suo mandato, producendo, ad un tempo, una legislazione 'di sistema' tra le più rilevanti di apertura a logiche ispirate alla soluzione della dialettica punire/non punire. Vediamone le origini.

Ultime, ma non ultime, dalla nostra rassegna sono emerse le realtà invasive di un'*inflazione penale e processuale* mai risolta attraverso riforme di sistema, e dunque gestite in forma frammentaria anche mediante logiche differenziate del non punire. Si tratta di una inflazione numerica di reati in astratto e di arretrato giudiziario tali da poter sopravvivere solo mediante tre istituti: in passato, l'amnistia periodica, e qualche depenalizzazione, e da sempre la prescrizione. Le prime erano di competenza legislativa, la seconda giudiziaria.

Cessando la praticabilità legislativa delle amnistie, dato il *quorum* normalmente irraggiungibile dei due terzi dei componenti di ciascuna camera (l. 6 marzo 1992, n. 1, di revisione dell'art. 79 Cost.), e smarrendosi nel tempo la fede nelle potenzialità deflative della depenalizzazione legislativa ('in astratto') tutto diventa di competenza giudiziale, anche la depenalizzazione ('in concreto').

Non solo. Aumenta la consapevolezza del ruolo che la stessa prescrizione, a questo punto assume, quale fattore di gestione discrezionale di fatto dell'azione penale. Un'azione penale 'veggente', e per nulla ciecamente obbligatoria, perché *la prescrizione sostituisce la discrezionalità dell'azione penale*.

---

<sup>67</sup> Sulla prescrizione del reato come 'diritto fondamentale dell'individuo' v. ora la ricostruzione di L. SIRACUSA, *Oblio e memoria del reato nel sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 111 ss.

Certamente le molteplici esigenze del non punire non possono limitarsi a questioni deflative: già il fatto di ereditare funzioni anomale rispetto ai ‘cardini del penale’, vale a dire alle logiche retributive classiche di illecito e colpevolezza, le espunge dalla teoria del reato. Molti penalisti concepiscono al suo interno solo la ‘punibilità’, non la non punibilità. Il fatto che non si riformi mai il codice penale nel suo complesso e che vari istituti del non punire siano disciplinati altrove produce la conservazione di questa vecchia cultura, mentre le nuove politiche criminali sono abbandonate a logiche contingenti, sì che (quasi) nessuno si accorge che al loro interno c’è *un concetto* che avanza e che mette in crisi il diritto penale classico.

Esso è costituito da uno sviluppo sempre più largo di una *discrezionalità di sistema*, ben superiore a quella interna a singoli istituti, come poteva essere (e ancora è) per es. la gestione facoltativa delle circostanze e del loro bilanciamento, oppure della recidiva, o la discrezionalità della commisurazione della pena in senso stretto, quella della applicazione di discipline come la sospensione condizionale, o del perdono giudiziale, oppure la scelta di dare la priorità ad alcuni processi, sacrificandone altri alla prescrizione.

C’è qualcosa di nuovo che consente di inquadrare questi istituti sparsi in un disegno unitario.

#### 14. *L’accelerazione della riforma Cartabia alla dialettica punire/non punire, tra idea riparativa e nuova discrezionalità di sistema*

La riforma Cartabia (la legge delega 27 settembre 2021, n. 134 e il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150)<sup>68</sup> pubblicizzata col fine di ridurre il carico processuale, diminuendo di un quarto le pendenze e dunque la durata dei processi, ha operato (per ora, sulla carta) su due binari principali: a) una strategia differenziata di intervento, di tipo sostanziale e processuale insieme, con obiettivi misti, di tipo sia umanistico e decarcerizzante, e sia funzionale alla diminuzione delle pendenze; b) l’ingresso massiccio di istituti di giustizia riparativa, capaci di dare un diverso orizzonte di senso a forme di non punibilità in senso lato.

È una vera macchina della dialettica punire/non punire che è stata messa in moto con questa riforma: nel significato pragmatico e nobile non della ri-

<sup>68</sup> *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, cit.; M. GIALUZ, J. DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno. L’inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, Giappichelli, 2022; *Forme, riforme e valori per la giustizia penale futura*, a cura di D. Castronuovo, D. Negri, Napoli, Jovene, 2023.

nuncia alla pena, o dell'impunità, ma di una soluzione bilanciata tra le ragioni del punire e del non punire che qui si stanno illustrando attraverso 150 anni di storia. Ovviamente questa è una interpretazione. Vediamone il perché.

Sono state riformate le *pene sostitutive* (ora definite così, nelle specie di semilibertà sostitutiva, detenzione domiciliare sostitutiva, lavoro di pubblica utilità sostitutivo e pena pecuniaria sostitutiva), *che entrano nella parte generale del codice* (art. 20-*bis* c.p.) e sono applicabili solo a richiesta, col consenso (v. l'art. 545-*bis* c.p.p.). La più ampia di queste, la semilibertà sostitutiva, ma anche la detenzione domiciliare sostitutiva, si applicano per condanne fino a quattro anni di pena detentiva.

L'applicazione delle nuove sanzioni sostitutive con *una udienza ad hoc dopo l'accertamento del fatto* (v. l'art. 545-*bis* c.p.p.) prefigura una sorta di processo bifasico, ed esige ovviamente maggiori impegni istruttori e decisori; in questa fase si sono consumate senza esito varie altre alternative della non punibilità: quella della prescrizione dovuta all'applicazione di criteri di priorità e alla estinzione dei reati in istruttoria (sono circa il 60% entro il primo grado), dell'archiviazione per irrilevanza penale del fatto, del non luogo a procedere per insostenibilità in giudizio dell'accusa, delle querele mai presentate o rimesse, delle forme riparatorie che possono condurre al non punire, della pena sospesa, della messa alla prova.

Si allarga moltissimo la *sospensione del processo con messa alla prova*, forse l'istituto più emblematico del non punire a gestione giudiziale, con possibile estinzione di reati punibili fino a sei anni di pena detentiva (v. l'area di quelli ammessi fino a tale soglia secondo l'art. 550, comma 2, c.p.p. in relazione agli artt. 168-*bis* e -*ter* c.p.). La non punibilità per irrilevanza del fatto viene ora valutata «anche in considerazione della condotta susseguente al reato» (art. 131-*bis*, c.p. nuovo testo). In materia contravvenzionale il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, art. 70 estende l'oblazione discrezionale del modello giuslavoristico alle contravvenzioni in materia alimentare. Soprattutto, si prefigura in contemporanea il collegamento forte tra questi istituti di ampia discrezionalità con riforme processuali deflative.

Viene annunciato un programma di ridefinizione dei *criteri di priorità per flessibilizzare l'esercizio dell'azione penale*: «Art. 3-*bis* (Priorità nella trattazione delle notizie di reato e nell'esercizio dell'azione penale). 1. Nella trattazione delle notizie di reato e nell'esercizio dell'azione penale il pubblico ministero si conforma ai criteri di priorità contenuti nel progetto organizzativo dell'ufficio». Come precisa la *Relazione* al d.lgs. n. 150/2022, «i criteri di priorità non hanno valenza puramente organizzativa, ma sono destinati a incidere sulle scelte procedurali del pubblico ministero, sin dall'attività successiva all'iscrizione della notizia di reato». Si attende ancora la legge di attuazione

di questa disciplina, affinché siano parlamentari le scelte di fondo.

Viene quindi introdotto un concetto fondamentale per il rinvio a giudizio: il non luogo a procedere per insostenibilità in giudizio dell'accusa. In attuazione della legge delega della riforma (art. 1, co. 9, lett. a) e lett. m) l. 134/2021), il nuovo art. 425, co. 3, c.p.p., per come introdotto dall'art. 23, comma 1, lett. l), del D.L.vo. SATZGER, *International and European* 10 ottobre 2022, n.150, prevede: «Il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna». Parimenti, a monte, la disciplina della richiesta di archiviazione: «125. (1) Richiesta di archiviazione. 1. Il pubblico ministero presenta al giudice la richiesta di archiviazione (408 c.p.p.) quando ritiene l'infondatezza della notizia di reato perché gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio».

La concreta gestione processuale del dubbio sull'esito del dibattimento si rivelerà decisiva per un'applicazione davvero capace di 'fare filtro', tra le notizie di reato, sostitutiva della prassi attuale di rinviare comunque a giudizio, anche in caso di dubbio, tranne i casi di evidente e facilmente motivabile impossibilità di giungere a un risultato utile per l'accusa (assenza evidente di elementi costitutivi, morte dell'imputato, reato prescritto, *abolitio criminis*, fatto non previsto dalla legge come reato, remissione di querela etc.).

Nel caso di una lettura più selettiva delle notizie di reato, invece, è evidente il contributo importante della riforma a una 'non punibilità' di sistema: non attraverso ipotesi di diritto penale sostanziale, riguardanti fatti tipici, illeciti e colpevoli, ma resi non punibili dall'intervento di situazioni di diritto sostanziale sopravvenute od originarie, quanto attraverso una non punibilità prognostica e processuale, comunque interagente con le cause sostanziali in un quadro deflativo di sistema.

Le strategie e le alternative sono ormai così tante che una valutazione *ex ante* dell'esito sanzionatorio appare incerta. Si è così introdotta una discrezionalità di sistema alla quale partecipano tutte le parti del processo, coinvolgendo il giudicante. Non si deve fare attenzione solo al fatto che alcune regole, per es. sanzionatorie, suppongono una scelta basata su accertamenti del caso concreto che condizionano facoltativamente l'opzione tra una sanzione e un'altra, o la misura e l'entità della tipologia sanzionatoria; ma piuttosto è tutto il meccanismo del procedimento, e poi delle indagini preliminari fino al giudizio di primo grado, che valorizza una diversificazione individualizzata di strategie che impegna sia l'accusa, sia la difesa e che si riflette sul ruolo del giudice.

Diritto penale e processo definiscono insieme il non punire.

Tutto converge verso possibili degradazioni sanzionatorie fino anche

a esiti estintivi o di esenzione dalla pena: una richiesta di archiviazione per irrilevanza del fatto, la prospettiva di una deflazione processuale attraverso priorità e corsie preferenziali per il dibattimento o per la prescrizione, la presa d'atto che le prove per una condanna appaiono immeritevoli di una soluzione dibattimentale, o ancora l'opposta decisione per un giudizio dove, esclusa la pena sospesa (che è un esito possibile e più classico del non punire), ci potrà essere una soluzione estintiva analoga, ma per effetto della messa alla prova; oppure, sulla base del consenso dell'imputato, si potranno applicare le pene sostitutive pecuniarie o del lavoro di pubblica utilità, della semilibertà o della detenzione domiciliare sostitutive. Sono tutte alternative predibattimentali o dibattimentali che cancellano la staticità del discorso classico sulla pena semplicemente 'meritata' e 'inflitta', la retribuzione-proporzionalità fotografata nel passato immutabile della 'colpevolezza per il fatto'.

In tutta questa dimensione discrezionale di sistema si inserisce infine il tema centrale della *riparazione dell'offesa e della giustizia riparativa: due diverse anime dell'idea riparativa "postfattuale"* che convergono nella soluzione della dialettica tra punire e non punire.

Un articolo molto discusso, il nuovo art. 129-*bis* c.p.p., dispone: «Art. 129-*bis* (Accesso ai programmi di giustizia riparativa). – 1. In ogni stato e grado del procedimento l'autorità giudiziaria può disporre, anche d'ufficio, l'invio dell'imputato e della vittima del reato di cui all'articolo 42, comma 1, lettera b), del decreto legislativo attuativo della legge 27 settembre 2021, n. 134, al Centro per la giustizia riparativa di riferimento, per l'avvio di un programma di giustizia riparativa». Tale norma, per non essere incostituzionale, dovrà conoscere una lettura costituzionalmente conforme: non è neanche immaginabile un giudice che compulsa le parti a riconciliarsi e l'imputato a riparare, quando la sua difesa è costruita sulla non colpevolezza. Ma se risulta compatibile con le strategie difensive, il raggio dell'idea della giustizia riparativa di tipo mediativo è amplissimo: l'accesso ai programmi di giustizia riparativa è possibile sempre e per ogni reato. Il termine giustizia riparativa compare 167 volte nel d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 ed è tutto incentrato sulla mediazione: *una categoria martellante che vuole occupare il processo, ma non il giudizio*, perché la 'vittima' continua a non essere presente come persona offesa nel dibattimento, ma solo come parte civile, e cioè come danneggiato. Non vige dunque un paradigma vittimario, ma riparatore, orientato a umanizzare il processo, la pena e la discussione pubblica sulle conseguenze del reato.

Non è ora possibile illustrare la dimensione di una riparazione fondata sulla soluzione interpersonale del rapporto con la vittima, là dove una vit-

tima c'è<sup>69</sup>. Certo non si tratta di una *riparazione prestazionale* come quella classica di tanti istituti che richiedono la riparazione dell'offesa o il risarcimento del danno in senso obiettivo, di neutralizzazione del danno o dell'offesa. Sono due tipi di riparazione oggi presenti nel sistema: la *restorative justice* fondata sulla mediazione extraprocessuale e la presenza di un mediatore tra autore e vittima; e la riparazione dell'offesa che vede invece presente difensore e parti del processo e l'obiettivizzarsi di un risultato misurabile ed esterno alle persone coinvolte<sup>70</sup>. In ogni caso, anche la mediazione penale, per poter essere fonte di qualche vantaggio processuale, deve risolversi in un risultato obiettivo, ai sensi del rinnovato art. 62 n. 6, c.p.

Ma ciò che importa qui evidenziare è che siamo nel contesto di plurimi richiami a tante ipotesi riparative, attraverso istituti diversi dalla mediazione penale, convergenti verso un distacco culturale dal castigo concentrato solo sull'offesa del passato. Infatti, il non punire, e il non punire il *fatto* soltanto (l'offesa 'colpevole'), affianca il punire che viene così diminuito o neutralizzato dal *post-fatto* (le condotte successive).

Tutto spinge poi verso *una nuova cultura della discrezionalità*, che potrà al

<sup>69</sup> *Ex plurimis* G. MANNOZZI, G. A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, Giappichelli, 2017; *Giustizia riparativa*, a cura di G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, Bologna, Il Mulino, 2015; G. MANNOZZI, voce *Giustizia riparativa*, in *Enciclopedia diritto*, Annali X, 2017, p. 465 ss.; C. MAZZUCATO, *Ostacoli e "pietre d'inciampo" nel cammino attuale della giustizia riparativa in Italia*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di MANNOZZI, LODIGIANI, cit., p. 119 ss.; M. COLAMUSSI, A. MESTITZ, voce *Giustizia riparativa* (restorative justice), in *Digesto discipline penalistiche*, Aggiornamento, 2010, p. 423 ss.; L. EUSEBI, *Fare giustizia: ritorsione del male o fedeltà al bene?*, in Id. (a cura di), *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Milano, Vita e Pensiero, 2015, pp. 3-20; E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, Id., *La giustizia riparativa: disciplina organica e nuove intersezioni con il sistema penale*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, cit., p. 233; M. CARTABIA, A. CERETTI, *Un'altra storia inizia qui. La giustizia come ricomposizione*, Milano, Bompiani, 2020; M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *Sulla giustizia riparativa*, in «*Questione giustizia*», on line-23 novembre 2021. Per una visione del problema allargata alle diverse dimensioni della riparazione, in prospettiva più processuale, cfr. P. MAGGIO, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, Parte II. *Disciplina organica e aspetti di diritto processuale* e F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, Parte I. *Disciplina organica e aspetti di diritto sostanziale*, in «*Sistema penale*», 27 febbraio 2023.

<sup>70</sup> M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in «*Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*», n. 2, 2015, p. 236 ss.; ID., *Le due anime della riparazione come alternativa alla pena-castigo: riparazione prestazionale vs. riparazione interpersonale*, in «*Cassazione penale*», 2022, p. 2027 ss.

meglio fondarsi su minimi edittali assai più bassi di quelli consueti alla nostra legislazione, perché la discrezionalità di sistema suppone una diversa valutazione di tutti gli indici, esige prognosi, attenzione al post-fatto (le forme di riparazione), collaborazioni tra le parti ignote all'immagine sacrale e autoritaria del giudice come distributore di un male aggiunto, possibilmente proporzionato, ma troppo spesso condizionato dai minimi alti dettati da esigenze processuali (per es. intercettazioni, misure cautelari, prescrizione) e da preoccupazioni generalpreventive. Anche la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale, tutta protesa verso un sindacato pregnante sui minimi edittali sproporzionati<sup>71</sup>, muove verso (sollecita implicitamente) una differente riscrittura legislativa dei minimi delle pene, capace di favorire una discrezionalità umanistica differente dal passato.

### 15. *Società dei diritti e non punire*

L'analisi potrebbe continuare. Si sono scelti alcuni momenti topici della legislazione per illustrare sia il pendolo costante tra punire e non punire, sia le evoluzioni di questo movimento verso una diversa sistematica: non più interventi paralleli ed esterni alla cultura e alla prassi quotidiana del penalista castigatore, mediante figure eccezionali anche se periodiche (le amnistie, le depenalizzazioni, singole cause estintive del reato) di competenza legislativa, ma il loro trasferimento nella prassi quotidiana del diritto giudiziale, dei processi, dalla prescrizione, all'esercizio concreto dell'azione, discrezionale nella sua gestione processuale.

Altri istituti di gestione giurisprudenziale sono oggi dispiegati: dalla *abolitio criminis* parziale per la cancellazione da tutto il passato di porzioni di incriminazioni diventate non più punibili per il ritaglio selettivo di nuove fattispecie più selettive (una 'non punibilità' a gestione tutta giurisprudenziale, solo asseritamente applicata secondo criteri logico-strutturali) al sindacato che Corte costituzionale e potere giudiziario possono compiere oggi sui limiti edittali delle pene che appaiano sproporzionati, e dunque anche in questo caso nella direzione del non punire.

Nel quadro del più importante reato contro l'economia, la bancarotta fraudolenta, la possibilità, di origine giurisprudenziale, di riparare il danno patrimoniale prima della dichiarazione giudiziale d'insolvenza (oggi sen-

---

<sup>71</sup> *Supra*, nota 6.

tenza di liquidazione), cioè la figura esimente della bancarotta riparata<sup>72</sup>, ha offerto all'attenzione delle riforme una base rilevante per riscrivere il delitto di bancarotta e introdurre nuove ipotesi riparatorie di grande momento, anche con attenuazioni importanti per condotte riparatorie tardive, integrali oppure no, purché attuate prima del giudizio, che sono allo stato in fase di avanzata progettazione<sup>73</sup>.

Un ultimo cenno meritano le scriminanti che esprimono la società dei diritti, alla quale fu dedicato un intero convegno qualche lustro addietro<sup>74</sup>, ma sempre attuale, per il fenomeno descritto. È la non punibilità che promette dalla società civile, dei diritti espressione e manifestazione del pensiero, politici, di famiglia, de lavoro, dei lavoratori, di associazione, di sciopero, di libertà di religione, sessuale, sul corpo, su vita e fine vita etc. Ricordo qui il fenomeno con le parole di un grande filosofo della società moderna e contemporanea, Jürgen Habermas: «accanto all'abolizione della schiavitù, la fine del dominio coloniale (anche se in una forma di decolonizzazione le cui conseguenze non sono molto migliori dello stesso dominio coloniale), la condanna della tortura, di pene crudeli e della pena di morte; inoltre la garanzia della tolleranza religiosa, della libertà di opinione o della pari opportunità tra i sessi, e sempre più spesso anche la garanzia della libertà sessuale; oltre a ciò vanno ricordati i sistemi statali di assicurazione in caso di malattia, incidenti, disoccupazione e vecchiaia e poi, soprattutto, la sovranità popolare e lo Stato di diritto, come pure i controlli internazionali degli armamenti e una giurisdizione penale globale per crimini contro l'umanità; e infine la protezione della natura e del clima e i diritti degli animali. Anche una tutela globale della pace e un equo regime economico globale sono oggi riconosciuti come obiettivi politici moralmente giustificati»<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> Ad es. Cass., Sez. V, 21 settembre 2007, n. 39043, Bertorello e a.; Cass., Sez. V, 26 gennaio 2006, n. 7212, Arcari; Cass., Sez. V, 3 febbraio 2011, n. 8402, Cannavale, e già Cass., Sez. V, 26 giugno 1990, n. 15850, Bordoni.

<sup>73</sup> Cfr. gli artt. 324-bis, -ter, -quater del Progetto pubblicato sul sito del Ministero della Giustizia ed elaborato dalla prima Commissione Bricchetti su mandato della Ministra Marta Cartabia (d.m. 13 ottobre 2021), poi confermata e integrata per incarico del Ministro Carlo Nordio (d.m. 5 maggio 2023), e che ha parzialmente rivisto quel testo, ora consegnato al Ministero.

<sup>74</sup> *Il penale nella società dei diritti*. Atti del Convegno di Lecce dell'Associazione Franco Briccola: *'Il penale nella società dei diritti. Cause di giustificazione e mutamenti sociali'*, 7-8 marzo 2008, a cura di M. Donini e R. Orlandi, Bologna, Bononia University Press, 2010.

<sup>75</sup> J. HABERMAS, *Auch eine Geschichte der Philosophie*, Bd. 2, Berlin, Suhrkamp, 2019, p. 791,

Probabilmente il *punire* non avrà mai fine, ma il *non punire*, oggi divenuto consapevole e dispiegato, fa parte del ius, e non si potrà più relegare fuori della teoria del reato, come si è sempre fatto per le ‘cause di non punibilità’, magari studiandole dentro alla punibilità quale categoria di elementi che non si accertano in giudizio<sup>76</sup>, né fuori della dimensione ideale e quotidiana della giustizia, e delle sue politiche, a dimostrazione dell’insufficienza costituzionale originaria, basica, dell’idea retributiva-simmetrica e della crisi immanente dell’idea punitiva al suo interno, nella storia come nella filosofia, nella legislazione come nel tecnicismo dei giuristi.

## 16. *Conclusioni*

L’oscillare della legislazione tra un dominante e lungo movimento punitivo e quello non punitivo, o meno afflittivo, non è regolare. Col tempo, tuttavia, si sono depositati nell’ordinamento, anche se non in una sistemazione codicistica razionale, gli effetti permanenti di questo pendolo. Il non punire non è riducibile al momento attenuante della risposta sanzionatoria, o a singole ipotesi esimenti. Sono sempre esistite circostanze attenuanti, ma nessuno si è sognato di inquadrarle in una logica generale e sistematica del non punire, quanto piuttosto in quella di un’equa commisurazione della pena. Il non punire, la non punibilità quale momento ‘politico-criminale’ e ‘sistematico’ nasce perché esiste una valanga, un profluvio di istituti e di figure capaci non di compensare non la colpa (questa è la retribuzione), ma di degradare la risposta sanzionatoria principale in direzioni del tutto diverse dalla semplice meritevolezza collegata a una colpa passatista, a un corrispettivo per il passato: la compensazione, la riduzione e la trasformazione della pena ‘meritata’ per aver commesso colpevolmente l’illecito sono oggi una realtà che consolida una oscillazione pendolare riscontrata in oltre 150 anni di legislazione e approdata alla fine a una gestione non puramente legislativa, né clemenziale, ma giustiziale, dello stesso fenomeno del non punire affidato alla magistratura giudicante o dell’esecuzione. È la prova

---

cit. dalla *Introduzione* di L. CORCHIA e W. PRIVITERA, a J. HABERMAS, *Una storia della filosofia*, Milano, Feltrinelli, 2022, XXII (parte prima dell’ed. orig. tedesca *Auch eine Geschichte der Philosophie*).

<sup>76</sup> L’osservazione è critica: infatti non si accerta mai la punibilità, salvo il caso statisticamente marginale delle condizioni obiettive di punibilità. Si accertano solo, nel processo, le cause, variamente definite, che escludono, estinguono, modificano il rapporto punitivo e la risposta sanzionatoria e di cui abbiamo trattato nel presente studio.

della insufficienza a se stessa della logica corrispettiva della proporzione retributiva, in chiave di *ultima ratio*. Pene sospese, messe alla prova, pene alternative, sostitutive, pene agite, pene trasformate da condotte riparatorie o risarcitorie, bonifiche, oblazioni, collaborazioni, ravvedimenti, nuove discrezionalità deflative, selettive ed estintive, decarcerizzazione, ingresso di diritti, scriminanti, procedure. È chiaro, dunque, che la pena legale e giudiziale non intende continuare ad essere un raddoppio del male, e che a tal fine non può limitarsi a inglobare nei suoi procedimenti 'attenuanti', amnistie o mere 'finalità' preventive. Essa deve offrire risposte che si distribuiscono in strategie differenziate in tutto il processo, dai vetusti modelli codicistici alle realtà delle politiche sanzionatorie non più speciali né 'complementari' al codice, ma capaci oggi di riscriverne lo spartito generale.



## Parte quinta

DALLA CENTRALITÀ DEL CODICE  
AL PRIMATO DELLA GIURISPRUDENZA



Marcello Daniele

*La crisi del codice di procedura penale:  
un fenomeno irreversibile?*

SOMMARIO: 1. Un cantiere sempre aperto – 2. L'esigenza di disincentivare le distorsioni applicative – 3. La decadenza del *drafting* legislativo – 4. La congenita imprecisione delle norme europee – 5. Governare il diritto giurisprudenziale

1. *Un cantiere sempre aperto*

Il codice di procedura penale, che rappresenta tuttora la principale fonte del diritto processuale penale, versa in uno stato di profonda crisi, sottoposto ad una costante erosione da parte della giurisprudenza. Sono innumerevoli i casi in cui le norme del codice restano lettera morta o, peggio, vengono integrate o addirittura sostituite dal diritto vivente.

Intendiamoci: non esiste e, con ogni probabilità, non esisterà mai un codice in grado di regolamentare ogni aspetto del processo penale. Il motivo sta, molto semplicemente, nei difetti intrinseci del linguaggio umano. Per quanto si possa sforzare, nessun legislatore sarà mai in grado di creare norme perfette, come pensavano ingenuamente gli Illuministi. È inevitabile che le prescrizioni legislative, per definizione formulate in termini generali ed astratti, presentino un certo margine di incompletezza o, comunque, di ambiguità. La realtà è troppo complessa per poter essere incasellata in modo esaustivo dalla legge. Ci saranno sempre situazioni tali da sfuggire al codice, e che dovranno quindi essere regolate dalla giurisprudenza, talvolta anche senza l'ausilio di un sia pur minimo supporto testuale.

Stiamo parlando di imperfezioni congenite e, quindi, in un certo modo fisiologiche. La crisi del codice, però, è ben più profonda ed ha un segno inequivocabile. Alludo agli incessanti mutamenti che l'hanno contraddistinto fin dalla sua entrata in vigore, in tutte le sue parti più rilevanti: dalla disciplina delle indagini preliminari, del dibattimento e delle impugnazioni, per arrivare fino alle norme sui riti speciali e sulle misure cautelari. Da ultimo, non pochi articoli sono stati rivisitati o aggiunti *ex novo* dalla c.d. 'riforma Cartabia'<sup>1</sup>; e, senza aver neppure valutato l'impatto applicativo delle

---

<sup>1</sup> L. 27 settembre 2021, n. 134 e d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 151.

nuove modifiche, già si inizia a ragionare su ulteriori interventi<sup>2</sup>.

Siamo di fronte, evidentemente, ad un legislatore debole e in affanno, che tenta ormai da decenni di inseguire ed ingabbiare una realtà che non riesce a dominare. La domanda che dobbiamo porci è se esistano dei rimedi; se vi sia, cioè, un modo per frenare la crisi del codice, o se, al contrario, si tratti di un fenomeno irreversibile.

## 2. *L'esigenza di disincentivare le distorsioni applicative*

Da un certo punto di vista, un margine di manovra per ovviare alla crisi c'è. Mi riferisco alle situazioni in cui il codice funziona male non per come è scritto, ma per il modo in cui viene letto da chi è chiamato ad applicarlo.

A volte, cioè, le norme di legge appaiono sufficientemente chiare; eppure, la giurisprudenza trova il modo di eluderle. La ragione, spesso, è comprensibile, in quanto è legata all'esigenza di scongiurare la vanificazione della pretesa punitiva determinata dalla prescrizione del reato indotta dall'eccessiva durata delle attività procedimentali. Si tratta, in questi casi, di una forma di auto-difesa del potere giudiziario, che, nel contesto di un sistema processuale patologicamente congestionato, percepisce alcune norme processuali come portatrici di garanzie sproporzionate. Ciò perché le vede come prescrizioni tali da imporre inutilmente il rispetto di forme magari anche complesse, senza che ne derivi un reale vantaggio per i diritti o i valori che ne stanno a fondamento.

Valga, per tutti, il caso dell'art. 525 comma 2 c.p.p.; il quale richiede che, a pena addirittura di nullità assoluta, alla deliberazione della sentenza concorrano gli stessi giudici che hanno 'partecipato' al dibattimento (c.d. 'immutabilità' del giudice dibattimentale).

La norma, che risponde all'esigenza di preservare il principio di oralità-immediatezza, ai sensi del quale i giudici chiamati a decidere sulla colpevolezza dell'imputato dovrebbero assistere all'assunzione orale delle testimonianze in giudizio, mi pare inequivocabile. Chi ha esperienza della realtà delle aule giudiziarie, tuttavia, sa bene come essa sia stata trasfigurata dalla prassi.

Tutto deriva dai frequenti trasferimenti dei magistrati da un ufficio all'altro; un fenomeno dovuto ai motivi più diversi, e per colpa del quale non è inusuale che uno o più dei membri del collegio giudicante assistano solo

---

<sup>2</sup> Come dimostra la 'Commissione per la riforma del processo penale' istituita dal Ministro della Giustizia, Carlo Nordio, con d.m. del 5 maggio 2023.

ad una parte del dibattimento, per poi essere collocati in un'altra sede.

In ipotesi del genere, la via maestra per non incorrere nella nullità assoluta della sentenza dovrebbe essere la riassunzione orale delle prove di fronte al nuovo giudice. È chiaro, però, che la rinnovazione, sia pure parziale, dell'istruzione dibattimentale allungherebbe i tempi. Inoltre, non va nascosto che essa rischia di concretizzarsi in un'attività inutile: i testimoni, richiamati nuovamente a deporre, potrebbero non avere più un ricordo dei fatti sufficientemente nitido, limitandosi a richiamare le dichiarazioni già rese di fronte al vecchio giudice.

Ciò spiega perché la giurisprudenza sia arrivata ad indebolire di non poco la portata dell'art. 525 comma 2 c.p.p. Stando alla sentenza *Bajrami* delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, in caso di mutamento del giudice dibattimentale, la rinnovazione orale dell'istruzione probatoria non sarebbe un diritto, ma andrebbe disposta solo in presenza di specifiche e motivate ragioni addotte da chi la richiama, in grado di dimostrarne la reale necessità<sup>3</sup>.

Si capisce la finalità di una lettura del genere, specie quando la sua adozione sia l'unico modo per concludere il processo prima che intervenga la prescrizione del reato. Ma non si può negare che ci troviamo davanti ad una forzatura. «Specifiche esigenze» ai fini della rinnovazione orale dell'istruzione dibattimentale sono richieste dall'art. 190 *bis* c.p.p. in via eccezionale, solo in rapporto ai procedimenti per i reati espressamente elencati. La sentenza *Bajrami* generalizza indebitamente tale prescrizione, trasformando l'eccezione in regola<sup>4</sup>.

Esiste la possibilità di disincentivare queste forme di aggiramento delle prescrizioni codicistiche? Sarebbero necessari interventi legislativi radicali, capaci di eliminare a monte le cause di inefficienza della macchina processuale. In particolare, nel caso di un sistema che, come il nostro, vorrebbe essere improntato al modello accusatorio, la legge dovrebbe riuscire ad assicurare la precondizione indispensabile affinché il principio di oralità-immediatezza operi al meglio: vale a dire, la celebrazione del dibattimento ad una non eccessiva distanza di tempo dalla commissione dei fatti.

Non è una strada facile, sia chiaro. Si dovrebbe partire da una ricognizione delle attività procedurali che, specie nella fase anteriore al dibattimento, non risultano in grado di assicurare delle reali forme di tutela, per ridurne il più possibile l'ambito operativo (fino ad arrivare, laddove neces-

<sup>3</sup> Cfr. Cass., sez. un., 30 maggio 2019, *Bajrami*, n. 41736.

<sup>4</sup> Cfr. M. DANIELE, *L'immediatezza in crisi. Mutazioni pericolose ed anticorpi accusatori*, in *Sist. pen.*, 2021, f. 2, p. 56 s.

sario, alla loro soppressione). Allo stesso tempo, si dovrebbero individuare e preservare le garanzie che, invece, possiedono una reale pregnanza. Il contrario, purtroppo, di quello che ha fatto la riforma Cartabia; la quale, anziché semplificare, ha ritenuto di appesantire i controlli giurisdizionali esercitabili nei confronti degli organi inquirenti<sup>5</sup> e, con riguardo al problema del mutamento del giudice dibattimentale, ha puntato tutto su un surrogato dell'oralità-immediatezza: la visione, da parte del nuovo giudice, della videoregistrazione delle precedenti deposizioni dibattimentali<sup>6</sup>.

La soluzione è senz'altro preferibile rispetto a quella adottata dalla decisione *Bajrami*, ma è piena di incognite. Dal punto di vista dell'efficacia cognitiva, l'assistenza dal vivo alla raccolta orale di una testimonianza non ha paragoni; è inevitabile che il mezzo audiovisivo filtri ed alteri la percezione delle domande e delle risposte, con il rischio di perdere elementi fondamentali ai fini del giudizio di credibilità del dichiarante. Ci sono, inoltre, alcuni aspetti dell'art. 495 comma 4 *ter* c.p.p. suscettibili di originare dubbi interpretativi. Non è chiaro, in particolare, se la visione della videoregistrazione da parte del nuovo giudice debba avvenire in udienza, o si possa svolgere in camera di consiglio. E, comunque, non è possibile dare per scontata la presenza, in tutti gli uffici giudiziari, di idonei impianti audiovisivi.

### 3. *La decadenza del drafting legislativo*

Fin qui abbiamo considerato le distorsioni giurisprudenziali che, perlomeno in teoria, potrebbero essere corrette. Se, tuttavia, si cambia angolo visuale, c'è da essere meno ottimisti in merito alla possibilità di rimediare alla crisi del codice.

Anzitutto perché, se osserviamo le varie modifiche che, specie nel corso degli ultimi anni, hanno investito le norme processuali penali, è difficile non pensare che la crisi investa la stessa tecnica legislativa, ossia il modo in cui le norme legislative sono concepite e formulate.

---

<sup>5</sup> Si pensi ai nuovi meccanismi di controllo sull'iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro e sul rispetto dei termini per concludere le indagini: v. P. FERRUA, *Il modello costituzionale del processo penale e la riforma 'Cartabia'*, in *Crit. del dir.*, 2023, p. 241 s., nonché *infra*, § 3.

<sup>6</sup> In forza del comma 4 *ter* dell'art. 495 c.p.p., «se il giudice muta nel corso del dibattimento, la parte che vi ha interesse ha diritto di ottenere l'esame delle persone che hanno già reso dichiarazioni nel medesimo dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate, salvo che il precedente esame sia stato documentato integralmente mediante mezzi di riproduzione audiovisiva».

Qui assumono un peso decisivo le caratteristiche della società contemporanea, contraddistinta da un estremo pluralismo, in cui i gruppi di pressione più diversi riescono a trovare rappresentanza all'interno degli organi politici. In un contesto del genere, grazie anche alle infinite possibilità di interazione offerte dall'informatica, le norme legislative sono sempre più un prodotto collettivo, analogamente a quanto avviene in altri ambiti<sup>7</sup>.

Il che significa che molti più attori hanno la possibilità di partecipare alla loro redazione, perfino arrivando a modificarle in modo incontrollato, con modalità tali da rendere impossibile individuarne la reale paternità. Il risultato, come è facile immaginare, è spesso scadente dal punto di vista qualitativo. Dando uno sguardo a diverse delle ultime modifiche introdotte nel codice di procedura penale, si ha la sensazione di prescrizioni scritte in modo incoerente o, comunque, scoordinato<sup>8</sup>.

La decadenza del *drafting* legislativo emerge con chiarezza proprio dalla riforma Cartabia: la quale, nel dichiarato intento di incrementare l'efficienza, avrebbe dovuto semplificare il processo penale, preferibilmente snellendo il codice; e invece lo ha ulteriormente gonfiato, perlopiù procedendo per addizione e non per sostituzione. Così appesantito, è diventato un codice ancora più difficile da leggere; ed è chiaro che più le norme legislative sono articolate e complesse, più aumentano i margini per la giurisprudenza per interpretarle e, magari, sovvertirle, raggiungendo conclusioni lontane da quelle immaginate dal legislatore.

Si pensi ai già menzionati meccanismi di controllo del rispetto dei termini massimi per concludere le indagini e decidere se esercitare l'azione penale o richiedere l'archiviazione del procedimento. A fronte dell'estrema difficoltà pratica di azionarli, la riforma ha ritenuto di rafforzarli ulteriormente, introducendo un complesso reticolo di stimoli per il pubblico ministero, fino ad arrivare ad una *discovery* forzata degli atti indagine a favore della difesa<sup>9</sup>. Ma le nuove norme sono formulate in modo talmente artificioso e complicato che non ci sarebbe da stupirsi qualora non venissero

---

<sup>7</sup> Si pensi alle voci enciclopediche rinvenibili su *wikipedia*, redatte da un numero imprecisato di autori anonimi.

<sup>8</sup> È il caso, ad esempio, dell'art. 115 *bis* c.p.p. (introdotto dal d. lgs. 8 novembre 2021, n. 188), il cui comma 1 (relativo alla tutela della presunzione di innocenza nei «provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale dell'imputato») si sovrappone parzialmente al comma 2 (che concerne i «provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale dell'imputato, che presuppongono la valutazione di prove, elementi di prova o indizi di colpevolezza»).

<sup>9</sup> Introdotti dagli artt. 405-407 *bis* e 415 *ter* c.p.p.

mai applicate, o comunque non venissero intese nel senso sperato dai riformatori<sup>10</sup>.

#### 4. *La congenita imprecisione delle norme europee*

Vi è un ultimo fattore di crisi del codice che mi pare difficilmente superabile. Mi riferisco all'ingresso nel nostro sistema delle fonti sovranazionali, e in particolare del diritto dell'Unione Europea.

Queste fonti, frutto degli accordi e dei compromessi fra gli Stati più diversi, risultano fatalmente imprecise. Si tratta, come è stato più volte osservato, di prescrizioni prive di fattispecie nel senso proprio del termine<sup>11</sup>. Esse indicano obiettivi da raggiungere, valori da tutelare, garanzie da osservare, ma non specificano le forme procedurali con le quali conseguire tali risultati.

Norme così costruite richiedono per forza di cose una concretizzazione giurisprudenziale, specie da parte delle supreme Corti europee (Corte di giustizia dell'Unione Europea e Corte europea dei diritti dell'uomo, magari in dialogo con la Corte costituzionale italiana). Il *case-law* che ne consegue, a sua volta, viene recepito nel tessuto normativo nazionale attraverso lo strumento dell'interpretazione conforme e, laddove possibile, della disapplicazione del diritto interno.

In questo modo, è la giurisprudenza, caso per caso, a convertire le generiche norme europee in prescrizioni più precise, le quali, però, non sempre ne costituiscono delle implicazioni necessarie. Sotto l'ombrello delle fonti europee, le Corti sono in grado di operare proprie scelte di valore, autonomi bilanciamenti fra gli interessi in gioco anche non coincidenti con quelli effettuati a livello nazionale.

Certo, nell'ambito del diritto processuale penale i confini operativi del diritto europeo rimangono ancora, tutto sommato, limitati. E, nei settori in cui la competenza del legislatore nazionale resta salda, non vi sono dubbi sul fatto che la struttura 'aperta' delle norme europee non potrebbe essere replicata. Eventuali disposizioni prive di fattispecie si troverebbero in radicale contrasto con le esigenze di precisione che discendono dal principio

---

<sup>10</sup> Cfr. M. DANIELE, *La riforma Cartabia del processo penale: pretese algoritmiche ed entropia sistemica*, in *Sist. pen.*, 2023, f. 7-8, p. 27 s.

<sup>11</sup> V. per tutti, R.E. KOSTORIS, *La dimensione reticolare delle fonti*, in Id. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, V ed., Giuffrè, Milano, p. 73 s.

di legalità processuale previsto dall'art. 111 comma 1 Cost.<sup>12</sup>.

Le fattispecie autonomamente costruite dalla giurisprudenza sulla base della legislazione europea, nondimeno, esercitano pur sempre un'azione disgregatrice nei confronti del codice. Attraverso i varchi aperti dall'interpretazione, esse penetrano nel sistema nazionale e, progressivamente, lo mutano con modalità più insidiose di quelle tipiche delle riforme operate dal diritto legislativo, proprio perché meno evidenti.

Un esempio ormai risalente, ma tuttora significativo, è rappresentato dalla nota sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 2005 relativa al caso *Pupino*, con la quale già aveva iniziato a manifestarsi la forza dirompente che può esercitare il diritto giurisprudenziale attraverso il canale delle norme europee.

Una maestra di una scuola elementare era stata accusata di maltrattamenti nei confronti di alcuni dei suoi alunni. All'epoca non sarebbe stato possibile ascoltare le potenziali vittime tramite l'incidente probatorio: un istituto che l'art. 392 c.p.p. riserva ad una serie di ipotesi tassativamente elencate, fra cui non era prevista quella in questione. Al fine di superare questo ostacolo, la Corte di giustizia aveva preso le mosse da un principio costantemente ripetuto nella legislazione dell'Unione Europea: le audizioni delle persone vulnerabili come i minorenni dovrebbero essere limitate il più possibile, ed avvenire ad una distanza non eccessiva dalla commissione dei fatti, in modo da evitare che i dichiaranti siano costretti a ripetute rievocazione di eventi che potrebbero turbare il loro benessere psichico<sup>13</sup>.

In particolare, la Corte di giustizia ne aveva ricavato l'obbligo di assicurare al giudice nazionale la possibilità di autorizzare i minori possibili vittime di maltrattamenti a rendere la loro deposizione con modalità idonee a tutelarli in modo adeguato, «ad esempio al di fuori dell'udienza e prima dello svolgimento di quest'ultima». Una possibilità che, nel nostro sistema, è per l'appunto consentita dall'incidente probatorio, che però qui avrebbe dovuto essere utilizzato al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge nazionale<sup>14</sup>.

Tale decisione, per quanto giustificata dall'esigenza di tutelare i minorenni coinvolti nel procedimento, non era priva di ripercussioni dal punto

<sup>12</sup> Ai sensi del quale il giusto processo deve essere «regolato dalla legge».

<sup>13</sup> Nel caso *Pupino*, si trattava degli artt. 2, 3 e 8 della Decisione-quadro sulla vittima (15 marzo 2001, 2001/220/GAI).

<sup>14</sup> Cfr. Corte giustizia dell'Unione Europea, 16 giugno 2005, C-105/03, *Pupino*. La possibilità di avvalersi dell'incidente probatorio nei procedimenti per maltrattamenti è stata in seguito introdotta dalla l. 1° ottobre 2012, n. 172.

di vista dei diritti delle persone indagate: non va dimenticato che l'incidente probatorio determina non pochi inconvenienti per la difesa, costretta a gestire il controesame dei dichiaranti in un momento in cui le indagini potrebbero non ancora essersi concluse e, quindi, magari senza poter contare su un'adeguata conoscenza del caso.

##### 5. *Governare il diritto giurisprudenziale*

Le osservazioni fin qui svolte non permettono certo di intravedere una rapida soluzione alla crisi del codice di procedura penale. Siamo di fronte ad un fenomeno epocale, legato alle profonde difficoltà in cui versa il potere legislativo. In parte per demeriti propri, a fronte dell'incapacità di rimediare ai *deficit* tecnici che contraddistinguono la redazione delle norme nonché a perseguire un efficace disegno di razionalizzazione del sistema processuale. In parte per il portato della globalizzazione, che ha permesso al *case-law* delle Corti europee, veicolato dalle norme sovranazionali contrattate tra gli Stati, di irrompere all'interno dei sistemi nazionali.

A queste condizioni, ipotizzare la sparizione del diritto giurisprudenziale dal nostro sistema è, semplicemente, utopistico. Ciò, tuttavia, non significa che esso debba essere accettato acriticamente.

Credo sia fortemente auspicabile, *in primis*, fare il possibile per ricondurre lo spazio operativo entro confini fisiologici. Il suo compito è quello di riempire i vuoti che il linguaggio delle norme legislative non è strutturalmente in grado di colmare. Non certo quello di rimediare alle carenze del legislatore: una funzione di supplenza che molti magistrati eviterebbero volentieri, ma che, a fronte di norme formulate in modo tale da risultare disfunzionali, diventa ineludibile.

Laddove non sia praticabile eliminare il diritto giurisprudenziale, è necessario, se non altro, pretenderne la conformità ad adeguati *standard* qualitativi. Come esiste una grammatica delle norme legislative, ne esiste una anche delle norme giurisprudenziali. Dovrebbero anch'esse rispondere al principio di legalità, risultando il più possibile precise e prevedibili nelle loro implicazioni. Non dovrebbero, inoltre, servire a perseguire scelte di valore: salvo il limite dell'illegittimità costituzionale, le opzioni di politica criminale spettano al potere legislativo; i giudici hanno il compito di rispettarle, evitando di sostituirle con le proprie aspirazioni.

Soprattutto, non va dimenticato il limite fondamentale del diritto giurisprudenziale, ben noto nei sistemi che, come quelli anglosassoni, lo pongono al centro della produzione giuridica: il fatto che si tratti di un diritto

strettamente legato alle peculiarità dei singoli casi. Di qui il divieto di estenderne la portata in rapporto a casi diversi: sarebbe concettualmente sbagliato estrarne delle regole formulate in termini generali e astratti, come se fossero, per l'appunto, le norme di un codice.

Dobbiamo, insomma, imparare a governare nel modo corretto le norme giurisprudenziali. Un risultato nell'interesse della stessa magistratura, poiché eviterebbe di snaturarla e di trasformarla in un soggetto politico, come tale facile da delegittimare.



# Fausto Giunta

## *Un diritto strettamente e necessariamente giurisprudenziale*

SOMMARIO: 1. L'avvento della codificazione – 1.1. Il principio di legalità nel codice Rocco – 1.2. La decodificazione della parte speciale – 1.3. L'uropeizzazione del diritto penale – 2. Il primato della giurisprudenza – 2.1. *Ius facere e ius dicere* – 2.2. L'interpretazione della legge penale – 2.3. Fuga dalla legalità – 3. La giurisprudenza – 3.1. L'attuazione della scelta politico-criminale – 3.2. Per un diritto penale *strettamente* giurisprudenziale

### 1. *L'avvento della codificazione*

Secondo una diffusa ricapitolazione, l'itinerario che dall'età moderna conduce ai nostri giorni parte dalla codificazione e approda al diritto giurisprudenziale. Questa condivisibile chiave di lettura sottende una precisa decifrazione del nostro presente penalistico e suggerisce di rivisitare entrambi i poli della parabola evolutiva: il primo maggiormente trattato dalla dottrina, il secondo più problematico e aperto.

Iniziando dalla codificazione, il suo avvento storico non incarna soltanto l'idea della normazione organica, ma valorizza ad un tempo la dimensione legislativa e testuale della legalità. Questo collegamento non è messo in dubbio, anche se non sempre è netto. La storia del pensiero giuridico è più confluenza che susseguirsi di visioni. Così è avvenuto anche nella nostra materia: la modernità ha visto germogliare la positivizzazione del diritto penale da un *humus* giusnaturalistico, con il quale ha finanche convissuto.

Per quel che ci riguarda, l'odierna crisi del *nullum crimen* non va certamente sottaciuta, ma nemmeno enfatizzata. Il pluralismo delle fonti ha indebolito la concezione monopolistica della legge, relativizzando la riserva a suo favore. Tuttavia non ha superato il valore di principio proprio della legalità, che rimane il tratto identitario e funzionale del nostro, come di altri sistemi di *civil law*.

Il codice, quale libretto, almeno in origine, smilzo ed essenziale, simboleggia tuttora la triplice eccezionalità del 'penale' (a) come diritto di soli illeciti, (b) assoggettati alla massima sanzione dell'ordinamento, (c) perché ritenuti particolarmente gravi. La matrice ideologica è chiaramente liberale, l'approccio epistemologico di tipo razionalistico.

Tutto ciò è confermato dalla forma del codice: un testo tascabile, una sorta di breviario laico, pensato soprattutto per il cittadino. Il codice non vuole essere soltanto a portata di mano, vuole sembrare alla mano; non è solo partitura garantistica, ma ancora prima strumento di comunicazione sociale.

### 1.1 *Il principio di legalità nel codice Rocco*

La legalità può convivere con sistemi repressivi tra loro ideologicamente diversi. Il risultato complessivo dipende dai contenuti regolativi che essa abbraccia. La legalità, infatti, non è solo limite, è anche dover essere: il fatto che costituisce reato va punito. Ebbene, nel riproporre la facciata garantistica del *nullum crimen*, il codice Rocco valorizzava soprattutto il profilo deontico della legalità che, scompagnato da altri principi delimitativi, come l'offensività e la colpevolezza, declinava in chiave illiberale l'autoritarismo tipico del diritto penale. Si pensi all'inderogabilità pressoché assoluta della pena, alle frequenti infiltrazioni di responsabilità oggettiva e, con tratti anticipatori della postmodernità, alla pubblicizzazione dei beni giuridici tutelati finanche dal pericolo presunto.

La legalità rocciana seppe resistere, tuttavia, all'apertura alle fonti sostanziali, presente nel codice penale della Germania nazionalsocialista, che consentiva al giudice di attingere al sano sentimento del popolo tedesco. Sebbene non siano mancati autorevoli auspici dottrinali in tale direzione<sup>1</sup>, l'art. 1 del nostro codice penale è sempre stato inteso come il biglietto da visita di un sistema punitivo 'chiuso'.

Il codice Rocco, benché non avesse ragioni per preoccuparsene, temeva invece la benevolenza del giudice. La discrezionalità commisurativa verso il basso era minima. Il sistema spingeva il giudicante a risposte sanzionatorie esemplari, prossime ai massimi edittali. Si consideri il frequente ricorso a circostanze, non a caso solamente aggravanti, caratterizzate da autonome cornici edittali, sottratte al giudizio di bilanciamento e ascrivibili oggettivamente. Per non dire dei delitti qualificati dall'evento, funzionalmente simili alle aggravanti ad efficacia indipendente.

### 1.2. *La decodificazione della parte speciale*

La decodificazione, quale fenomeno esclusivo del diritto sostanziale, ha minato la parte speciale, dando vita a sottosistemi di disciplina il cui baricentro, nonostante la recente e velleitaria sterzata tentata dalla riserva

---

<sup>1</sup> G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in «Rivista italiana di diritto penale», 1939, p. 159.

di codice (art. 3-*bis* c.p., introdotto dal d. lgs. 21/2018), rimane *extra codicem*. Questa deriva legislativa, tutt'altro che complementare o accessoria, ha creato nuove aggregazioni normative decentrate rispetto al corpo storicamente principale, senza intaccare, però, l'esclusività della funzione regolativa della parte generale, affermata dall'art. 16 c.p.

La legalità ha perso terreno sul piano dei contenuti, che vengono sempre più spesso eterointegrati, ma mantiene la sua funzione di cornice, ossia di limite applicativo. Il ragionamento per principi, tipico del dettato costituzionale, si è affermato oggi anche nel diritto penale ma pur sempre all'interno della fattispecie incriminatrice. Un diritto penale governato da soli principi, per un verso, non potrebbe operare come insieme di regole di condotta, per l'altro, trasformerebbe il giudizio in un responso oracolare. Anche il bilanciamento degli interessi, interno alla fattispecie, ha bisogno di contenimenti formali idonei a impedirne la dispersione<sup>2</sup>. Breve: sarebbe davvero precipitoso concludere che la crisi della parte speciale sia crisi irreversibile della fattispecie, quale categoria penalistica che risale alla nota definizione carrariana del reato come ente giuridico<sup>3</sup>.

Da questa angolazione la centralità codicistica della parte generale, sebbene deprivata dell'originaria coerenza, non è solo passato, ma presente. L'avvento della Costituzione non ha modificato il quadro: la legalità è stata elevata a categoria sovraordinata. Quanto agli altri principi di garanzia cui si è fatto cenno – offensività e colpevolezza, per rimanere alla teoria del reato – essi operano nel rispetto della funzione delimitativa della legalità linguistica: possono contrarre non estendere l'area dell'incriminazione.

### 1.3. L'europeizzazione del diritto penale

Si ritiene che la legalità penale risulti marginalizzata dall'europeizzazione del diritto. In effetti la produzione giuridica eurounitaria impatta essenzialmente sulla parte speciale, partecipando all'integrazione della fattispecie incriminatrice, posta dal legislatore nazionale in attuazione di una scelta politico-criminale sua propria o di derivazione europea. Non si trascuri che il diritto dell'UE non ha competenza diretta in materia penale<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> In argomento, oggi, C. BERNASCONI, *La metafora del bilanciamento nel diritto penale. Ai confini della legalità*, Napoli, 2019.

<sup>3</sup> F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, vol. I, Lucca, 1874, § 33, p. 45.

<sup>4</sup> Limitatamente alla più aggiornata manualistica, F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2020, p. 1016; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2022, p. 59; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2021, p. 110.

Pertanto di diritto penale europeo potrà parlarsi quando l'Europa sarà artefice di scelte di tutela e di garanzie individuali poste in perfetto equilibrio tra loro.

Diversamente, l'europizzazione di matrice convenzionale, che incide soprattutto sullo statuto penalistico di parte generale, contribuisce direttamente all'apparato garantistico nazionale. Il recente d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 ha rafforzato la penetrazione delle sentenze della Corte Edu prevedendo un'apposita procedura per la rimozione degli effetti pregiudizievoli delle violazioni da esse accertate (art. 628-*bis* c.p.p.). Resta da precisare la portata di questo importante sistema garantistico. Ebbene, l'art. 53 Cedu non consente dubbi: le disposizioni della Convenzione non possono prevalere sulle garanzie nazionali riducendo il livello dei diritti umani riconosciuti dall'ordinamento interno. Il cittadino deve poter fare affidamento sulle maggiori garanzie quale che sia la fonte.

## 2. *Il primato della giurisprudenza*

Passando al 'primato della giurisprudenza', la storia e la geografia del pensiero penalistico confermano che il ruolo preponderante del giudicante corrisponde, pur nella molteplicità delle sue declinazioni, alla logica stessa del giudizio.

Ciò vale soprattutto nella nostra materia: lo *ius puniendi*, a differenza di altri rami dell'ordinamento giuridico, sgorga dal processo<sup>5</sup>. Si tratta, dunque, di un diritto *necessariamente giudiziario*, perché solo alla giurisdizione compete la definizione della risposta sanzionatoria. Sotto questo profilo, anzi, i sistemi penali di *civil law* risultano, per via delle loro radici inquisitorie, molto più 'giudiziari' di quelli angloamericani, connotati dalla devoluzione del verdetto sulla prova del fatto, vale a dire il giudizio di colpevolezza, alla giuria popolare.

Ma il nostro diritto penale è anche *necessariamente giurisprudenziale*, in quanto la giurisdizione partecipa alla definizione della regola di diritto da applicare al caso concreto. Oggi nessuno si sentirebbe di sottoscrivere i noti slogan illuministici, che definivano la giurisdizione come 'potere nullo'

---

<sup>5</sup> F. CARNELUTTI, *Pena e processo*, in «Rivista di diritto processuale», 1952, p. 167. Più di recente, v. T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1992, p. 433 s.

o il giudice ‘bocca della legge’<sup>6</sup>. E suonano anacronistiche le parole di Cesare Beccaria, secondo cui «Nemmeno l’autorità d’interpretare le leggi penali può risiedere presso i giudici criminali»<sup>7</sup>. È oramai acquisito che, per sprigionare i suoi significati, l’enunciato normativo necessita di essere contestualizzato nella realtà sociale; opera, questa, propria ed insostituibile dell’interprete. Non a caso si distingue tra disposizione normativa, quale segno ancora da interpretare, e norma, quale esito dell’interpretazione<sup>8</sup>.

### 2.1. *Ius facere e ius dicere*

Tutto ciò, però, non azzerava l’eredità dell’età moderna. Tornando alla citazione di Beccaria, è opportuno ricordarne il prosieguo: i giudici «non sono legislatori»<sup>9</sup>. L’inciso riveste un’importanza fondamentale perché sottolinea la perdurante pregnanza della distinzione tra *ius facere* e *ius dicere*, i cui capisaldi sono la separazione dei poteri e il principio della rappresentanza.

Andando più a fondo si scorge agevolmente una chiara distribuzione di competenze, tra la scelta politica, spettante al potere legislativo, e il mondo del diritto applicato, nelle mani della giurisdizione. Distinzione, questa, sottesa al dettato costituzionale degli artt. 25, comma 2, e 102, comma 2. L’ordito della nostra Carta fondamentale ha particolarmente a cuore la distinzione di ruoli tra politica criminale e giustizia penale. Da qui, la necessaria determinatezza della legge penale e il divieto della sua applicazione analogica *in malam partem*.

La preferenza per la figura tradizionale del giudice professionale, infine, rimane coerente espressione di una concezione dell’interpretazione come attività metodologicamente vincolata, sul modello, ancorché non esaustivo, positivizzato dall’art. 12 delle preleggi<sup>10</sup>. La legalità linguistica costituisce un limite che il giudice non può superare sacrificando la libertà del cittadino.

In breve: l’ingenuità delle parole di Beccaria sull’interpretazione della legge penale nulla toglie al valore della sua visione ideologica.

<sup>6</sup> C.-L. MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois*, 1748, trad. it. *Lo spirito delle leggi*, Torino, 2005, vol. I, p. 274 s. Di recente, v. S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, Bari, 2022, p. 17.

<sup>7</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1774, § IV. Per una critica, P. NUVOLONE, *Processo penale: legalità, giustizia e difesa sociale*, in *Trent’anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Padova, 1969, p. 447.

<sup>8</sup> V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in «Enciclopedia del diritto», vol. XIII, 1964, p. 95.

<sup>9</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit. nt. 7.

<sup>10</sup> M. GALLO, *Moralità*, Napoli, 2011, p. 39.

## 2.2. *L'interpretazione della legge penale*

L'interpretazione della legge penale è rimasta a lungo un tema negletto. Nell'approfondirlo, però, di recente ci si è spinti oltre: al mito illuministico dell'applicazione meccanicistica della legge si è contrapposta una ermeneutica affetta da un simmetrico estremismo. L'affermazione nietzschiana secondo cui «non ci sono fatti, ma solo interpretazioni»<sup>11</sup>, deprivata del suo contesto di riferimento, ossia la morte delle grandi illusioni metafisiche, ha dato vita a una concezione particolarmente debole dell'ermeneutica giuridica. La cittadinanza che è stata riconosciuta alle precomprensioni e alle empatie del giudicante ha finito, se non per mistificare, quantomeno per relativizzare il carattere cognitivo dell'interpretazione, facendo riaffiorare lo spettro dell'arbitrio punitivo.

Lo sbocco è dir poco paradossale: la dottrina che insiste sulla creatività dell'interpretazione include ad un tempo la giurisprudenza tra le fonti del diritto<sup>12</sup>.

D'altro canto, precise ragioni storiche hanno valorizzato il ruolo sociale della magistratura, che ha saputo intercettare il consenso politico dell'opinione pubblica. Ne è uscito rafforzato il fascino del modello sapienziale di giudice, pressoché scomparso anche negli ordinamenti più resistenti al diritto scritto, come quelli islamici, che da ultimo sono approdati anch'essi alla codificazione<sup>13</sup>.

La nostra storia recente costituisce un *unicum* sotto questo profilo. Il diritto penale giurisprudenziale si è affermato sulla scia aperta dal diritto giudiziario. Detto diversamente, l'evoluzione di ruolo del diritto vivente non dipende soltanto dall'acquisita consapevolezza della polisemia linguistica, ma da una serie di emergenze che hanno favorito l'intervento giudiziario in supplenza del legislatore.

## 2.3. *Fuga dalla legalità*

I primi significativi segnali della nuova tendenza si manifestano negli anni '70. Il settore dell'ambiente, in particolare, non ancora disciplinato dal profluvio della legislazione che seguirà, ha registrato l'uso alternativo del

---

<sup>11</sup> F. NIETZSCHE, *La volontà di potenza*, trad. it., Milano, 1922, § 276. V. anche G. VATTIMO, *Della realtà*, Milano, 2012, p. 29.

<sup>12</sup> Per esempio, spunti in tal senso in G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte del diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Napoli, 2007, p. 11 s.

<sup>13</sup> F. GIUNTA, *Jus legibus solutum. Ovvero, la legge del giudice penale*, in «disCrimen», 12.11.2020, p. 8 s.

diritto ad opera degli allora pretori di assalto, che hanno piegato alla bisogna fattispecie incriminatrici comuni, estendendole oltre i limiti consentiti dal principio di legalità.

Un'altra tappa significativa, che ha infranto l'architettura del sistema sanzionatorio e indebolito la legalità della pena, può individuarsi nella l. 7 giugno 1974, n. 220 (c.d. novella del 1974), quale prima riforma di sistema del codice Rocco. Avendo preso d'atto della propria inettitudine ad adeguare le comminatorie edittali alla mutata sensibilità sociale, il legislatore ha ampliato a dismisura la discrezionalità giudiziale, nella convinzione, rivelatasi fondata, che in quel preciso momento storico la giurisdizione avrebbe corrisposto all'aspettativa di un addolcimento generalizzato della risposta sanzionatoria.

Il culmine è rappresentato, negli anni '90, dalla stagione di 'mani pulite': abbandonate le interpretazioni restrittive del c.d. falso in bilancio, si è approdati a una lettura giurisprudenziale oltremodo lasca della fattispecie, funzionale al repulisti morale del mondo economico e di una intera classe politica.

Lo stesso è accaduto nell'azione di contrasto della criminalità mafiosa, che conosce il concorso c.d. esterno nel reato associativo, fattispecie di per sé sfuggente per i suoi connotati sociologici e nondimeno applicata a forme di criminalità organizzata che non presentano i tratti identitari tipici della mafia. Per non dire dei tentativi di portare entro i confini del concorso in violenza o minaccia a un corpo politico (art. 338 c.p.) la c.d. trattativa Stato-mafia, in dispregio delle più consolidate letture dottrinali di questa figura di reato<sup>14</sup>.

Gli esempi potrebbero continuare perché oramai quotidiani sono gli strappi arrecati dalla giurisprudenza alla stretta legalità ora con intenti di supplenza rispetto a quanto non è stato legiferato, ora con finalità correttive delle scelte politico-criminali effettuate. Fa notizia, invece, la tendenza opposta, ossia alcuni recenti ritorni al limite del penalmente rilevante, tracciato anzitutto dal testo di legge<sup>15</sup>. Evidentemente, è ancora presto per dichiarare morta la *littera legis* nel diritto vivente.

Un cenno, infine, merita l'estensione, per così dire naturale, dell'elaborazione giurisprudenziale in presenza di fattispecie incriminatrici

---

<sup>14</sup> G. FIANDACA, *La trattativa Stato-mafia tra processo politico e processo penale*, in «Criminalia», 2012, p. 77 s.

<sup>15</sup> E. MAIELLO, *Legalità della legge e divieto di analogia sfavorevole nella turbativa delle procedure selettive*, in «Giurisprudenza italiana», 2022.

sciate sotto il profilo della tecnica normativa o volutamente laconiche allo scopo di delegare, per spirito di compiacenza o convenienza politica, la gestione dello strumento penale all'applicatore. Anche qui il campionario è ampio e significativo: si va dagli ecodelitti, nati per essere come li vuole il giudicante<sup>16</sup>, al nuovo falso in bilancio, significativamente silente in relazione all'ipotesi più problematica: la rilevanza del falso estimativo<sup>17</sup>.

### 3. *La giurisprudenza*

È il momento di affrontare la questione di fondo: con riferimento al nostro ordinamento, in che senso e in che misura si può parlare di diritto penale giurisprudenziale?

La risposta non può provenire solo dai fatti. Se è incontestabile che il corso della storia segni una crescita del ruolo sociale delle magistrature, è anche vero che il diritto è dover essere. La storia non ha modificato l'impronta liberale della nostra Costituzione.

Lo spirito di Montesquieu è ben vivo: i poteri trovano il loro limite in altri poteri. Per questa ragione occorre separarli e bilanciarli. Si vuole impedire che ce ne sia soltanto uno al comando. Ciò sconsiglia che chi giudica sia artefice anche della regola di giudizio. Bisogna guardarsi dall'abbracciare il «mito fideistico della magistratura, come palladio della libertà del cittadino (...). La vera garanzia è rappresentata (...), sempre, in ultima analisi, dal principio di legalità e dalla subordinazione del giudice alla legge (...) senza lasciare il cittadino in balia del giudice»<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Sul punto vi è larga convergenza. Per tutti, L. STORTONI, *Ecodelitti: un nuovo modello di fattispecie "indefinite"*, in *Il rapporto problematico tra giurisprudenza e legalità. Un esempio emblematico: il disastro ambientale*, a cura di S. Tordini Cagli, Bologna, 2017, p. 133 s. Che il sistema piaccia alla giurisprudenza lo conferma la circostanza che non sia stata investita della questione la Consulta. *Amplius* F. GIUNTA, *Note minime su politica criminale e controllo di costituzionalità*, in «disCrimen», 18.1.2019, p. 5.

<sup>17</sup> Come noto, dopo un iniziale disorientamento interpretativo, la questione è stata risolta dalle Sezioni Unite (27 maggio 2016, n. 22474), ammettendo in linea di principio la rilevanza penale delle valutazioni non rispondenti al vero. In senso critico, v. A. SERENI, «*Le parole sono pietre*». *Sulle valutazioni estimative nel falso in bilancio*, in «Archivio penale», 2017, n. 3, p. 1 s.

<sup>18</sup> P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975, p. 49.

### 3.1. *L'attuazione della scelta politico-criminale*

Da qui una conseguenza ineludibile: l'indubbio potere normativo del processo consiste nell'assicurare, con metodo dialogico, la massima razionalità della decisione; ma non può sostituire il diritto sostanziale per come è perimetrato dalla legalità.

Anche nei sistemi di *judge-made law* il giudice, al pari del cittadino, non crea ma trova il parametro di giudizio, che è costituito dal precedente posto da un'altra giurisdizione. La circostanza che in quei sistemi il parametro di giudizio non sia posto dal legislatore non va enfatizzata. La politica dice la sua in altro modo. Il giudice di *common law* è perlopiù di nomina governativa, mentre il *public prosecutor* è elettivo. Se nei sistemi di *civil law* l'inizio sta nella legge penale, in quelli di *common law* sta nell'esercizio dell'azione penale. In entrambi i casi l'*incipit* è politico.

Sennonché nel mondo del diritto il primato è di chi parla per ultimo, che da noi è il giudice professionale. Non è certo nuova la preoccupazione che il raggio di azione della punizione venga impunemente tracciato, in violazione della scelta legislativa, da una speciale corporazione di giuristi.

Il problema era già emerso immediatamente dopo la Rivoluzione francese del 1789. Si voleva evitare che attraverso l'interpretazione il primato della politica criminale passasse dal legislatore alla giurisdizione. Per questa ragione era stato introdotto, accanto alla garanzia dell'obbligo di motivazione, il *référé législatif*, che nominava custode dell'interpretazione il *Tribunal de cassation*, inteso come corpo legislativo. L'idea di introdurre questa forma di interpretazione autentica della legge controversa non ebbe, però, successo. L'istituto venne abrogato nel 1837. Dalle sue ceneri è nato l'odierno modello del controllo di legittimità, con funzione nomofilattica. La legittimazione del diritto penale giurisprudenziale dipende dalla correttezza del metodo interpretativo, che segna potenza e limite dello *ius dicere*.

### 3.2. *Per un diritto penale strettamente giurisprudenziale*

Il sistema è cambiato, ma non nel suo presupposto di base, qual è il principio di legalità, un tempo coincidente con l'area del codice, oggi eccedente rispetto ad essa. La legalità è il denominatore comune della normativa codicistica e di quella decodificata. Proprio la perdita di organicità della produzione legislativa rafforza il vincolo della soggezione del giudice al segno linguistico.

La prima linea che traccia il confine non può che essere testuale, la qual cosa non impedisce esiti interpretativi restrittivi sulla base di principi non formali come l'offensività e la colpevolezza.

La fattispecie è *principalmente* formale, non *esclusivamente* tale. Il passaggio

dal monismo al pluralismo giuridico ha aperto la porta all'unico bilanciamento degli interessi consentito dal primato della legalità, ossia quello endogeno con funzione integratrice della struttura legislativa del reato.

In questa cornice, di fattura costituzionale, il nostro diritto penale – lo si è già detto – è *necessariamente* e – ora si può aggiungere – *strettamente* giurisprudenziale.

Parte sesta

DOTTRINE E INTERPRETAZIONE



Marco Nicola Miletta

«*Gioco cinese*».

*La dogmatica e i suoi critici  
nella penalistica italiana (1900-1950)*

SOMMARIO: 1. Forma ed esperienza nella penalistica d'inizio Novecento – 2. Per una dogmatica storico-filosofica: Giuseppe Maggiore – 3. I filosofi fuori dal tempio – 4. La «prigione» della legge positiva – 5. Un dogmatico anti-formalista: Francesco Carnelutti – 6. Un dogmatico positivista: Filippo Grisogni – 7. Incrinature nell'indirizzo tecnico-giuridico: a) Alfredo de Marsico e la nuova dogmatica fascista; b) Il gius-realismo di Francesco Antolisei; c) Giuseppe Bettiol e la riscoperta dei 'valori' – 8. Il secondo dopoguerra: tra antiggiuridicità formale e teleologismo – 9. Pietro Nuvolone e il ritorno del giusnaturalismo – 10. In difesa del tecnicismo legalistico: Petrocelli e Bellavista – 11. Qualche considerazione conclusiva.

1. *Forma ed esperienza nella penalistica d'inizio Novecento*

All'inaugurazione dell'anno accademico 1921-22 dell'Università di Siena Piero Calamandrei descriveva il disorientamento dei neo-laureati in Giurisprudenza nell'impatto con la professione, allorché si accorgevano che il diritto «è cosa del tutto diversa da quelle ingegnose alchimie di concetti» *manipolati* da «inventori allucinati». La responsabilità ricadeva, a suo parere, su «certi seguaci intransigenti del metodo tecnico-giuridico, i quali, ritenendo estranea al campo del giurista ogni indagine che non miri alla astratta costruzione dogmatica degli istituti positivi, hanno rimpicciolito la nostra scienza ad una specie di gioco cinese altrettanto ingegnoso quanto inconcludente»<sup>1</sup>.

La divaricazione, deplorata da Calamandrei, tra teoria ed esperienza, concetti e interessi, formalismo (*chineserie*, come si diceva beffardamente) e realtà sociale investiva l'intera cultura giuridica europea. E trovava nella pe-

---

<sup>1</sup> P. CALAMANDREI, *Governo e magistratura*. Discorso inaugurale dell'anno accademico dell'Università di Siena, letto il 13 novembre 1921, in «Annuario accademico della R. Università degli Studi di Siena», 1921-22, pp. 13-44; ora in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche. Volume II. Magistratura, avvocatura, studi e insegnamento del diritto*. Presentazione di Mauro Capelletti, RomaTre Press, Roma, 2019, pp. 195-221: 196-197.

nalistica italiana della prima metà del Novecento un *habitat* ipersensibile. Le pagine seguenti proveranno a scandagliarlo, rendendo omaggio alla convinzione bettiana circa la «reciproca illuminazione» tra dogmatica e storia<sup>2</sup>.

La *dogmatica* sarà scelta come *fil rouge* perché, quantunque consacrata dal dominante (ma non monopolistico) indirizzo tecnico-giuridico<sup>3</sup>, per una sorta di sineddoche passò a contrassegnare, entro l'arco cronologico preso in esame, il *metodo* logico-sistematico. Sicché abbozzarne una trama diacronica vuol dire lumeggiare uno dei cardini del penale contemporaneo.

Com'è noto, la prelezione sassarese di Arturo Rocco del 1910 coglieva una preoccupazione diffusa e non infondata: la perdita dell'identità *giuridica* del penale<sup>4</sup>. Già nel 1895, per esempio, Pietro Lanza, libero docente, allievo

<sup>2</sup> E. BETTI, *Storia e dogmatica del diritto*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Atti del primo congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto, Olschki, Firenze, 1966, pp. 105-115; poi in E. BETTI, *Diritto Metodo Ermeneutica. Scritti scelti*, a cura di Giuliano Crifò, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 573-586, spec. p. 585.

<sup>3</sup> P. NUVOLONE, *Introduzione a un indirizzo critico nella scienza del diritto penale*. Prolusione al corso ufficiale di Diritto penale, tenuta il 3 febbraio 1949 nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Parma, in «Rivista italiana di diritto penale», n.s. II, 1949, n. 4, pp. 379-395; poi in P. NUVOLONE, *Trent'anni di diritto e procedura penale. Studi. Volume primo*, Cedam, Padova, 1969, pp. 166-179: 169 affermava che «l'indirizzo tecnico-giuridico, inteso come metodo» che poneva al centro il diritto positivo, teneva «ancora il primato nella scienza del diritto penale». G. BELLAVISTA, *Deviazioni metodologiche e crisi nella scienza del diritto criminale*. Prolusione al corso ufficiale di Diritto penale, tenuta il 16 gennaio 1950 nella Aula Magna della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Trieste, in «Archivio Penale», VI, 1950, pt. I, pp. 85-104: 87 parlava di dominio *incontrastato* del metodo tecnico-giuridico nell'«ultimo quarantennio», ma anche delle tante voci (v. *ivi*, p. 86, nt. 1) di crisi della scienza.

<sup>4</sup> M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di Aldo Schiavone, Laterza, Roma-Bari, 1990, pp. 147-232; ora in M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, I, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 493-590: 574-580. AR. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*. Prelezione al corso di diritto e procedura penale letta nella R. Università di Sassari il 15 gennaio 1910, in «Rivista di diritto e procedura penale», I, 1910, pt. I, pp. 497-521 e 561-582; poi in AR. ROCCO, *Opere giuridiche*, III, *Scritti giuridici vari*, Società Editrice del «Foro Italiano», Roma, 1933, pp. 263-323: 289 proponeva che la scienza penalistica si limitasse «a studiare il delitto e la pena sotto il lato puramente e semplicemente giuridico», avvalendosi dell'unico dato empirico disponibile, vale a dire il diritto positivo. Sulla prelezione la letteratura, anche penalistica, è vastissima. Tra i contributi soffermatasi soprattutto sugli effetti di media e lunga durata delle indicazioni di Rocco si segnalano: *Legittimazione e metodo della scienza penale: a cento anni dalla prolu-*

di Carrara e poi aggregato alla cd. Terza scuola, paventava che la disciplina venisse *snaturata* e *sopraffatta* dalle scienze ausiliarie (l'antropologia e la sociologia criminali) qualora fossero state abbattute quelle che Ferri aveva sprezzantemente battezzato «barriere doganali» tra i saperi<sup>5</sup>. Parimenti in polemica con Ferri, e intervenendo nell'acceso dibattito *fin de siècle* sullo iato metodologico tra scienze naturali e scienze giuridico-morali, Pietro Lanza ammoniva queste ultime a tener conto del dover essere, anziché accontentarsi del 'dato'<sup>6</sup>.

Per la verità, neanche Rocco chiudeva le porte alla dimensione deontologica della scienza penale. Ma la relegava a terzo e ultimo elemento della triade *esegesi-dogmatica-critica*, raccomandando peraltro di tenerla ancorata ai «principi del diritto positivo vigente»<sup>7</sup>.

---

*sione sassarese di Arturo Rocco*. Dibattito in «Criminalia», 2010, pp. 125-252 (con interventi di Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Renzo Orlandi, Tullio Padovani, Domenico Pulitanò); *Gli ottant'anni del codice Rocco*, a cura di Luigi Stortoni e Gaetano Insolera, Bononia University Press, Bologna, 2012; M. DONINI, *Arturo Rocco und der Rechtstechnizismus im italienischen Strafrecht*. Mit Beiträgen von Sergio Seminara, Giovanni Fiandaca und Massimo Donini und dem Text des "Manifesto" aus dem Jahre 1910, hrsg. Thomas Vormbaum Lit, Münster-Berlin, 2013, pp. 73-125.

<sup>5</sup> P. LANZA, *Trattato teorico pratico di diritto penale con esteso commento del vigente codice. Parte I: Filosofia del diritto penale*, Nella Tipografia Vannucchi, Pisa, 1895, I, pp. 289-290. E. FERRI, *Sociologia criminale. Terza edizione completamente rifatta dei Nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Fratelli Bocca, Torino, 1892, p. 699 aveva, per l'appunto, definito *bizantinismo* la permanenza delle «barriere doganali» tra saperi. Da notare che lo stesso E. FERRI, *Sociologia criminale*. IV ed., Fratelli Bocca, Torino, 1900, p. 31, nt. 2 avrebbe sprezzantemente inglobato Lanza tra gli «eclettici criminalisti che, come i molluschi, poco si differenziano tra loro».

<sup>6</sup> LANZA, *Trattato*, I (1895), cit. nt. 5, *Introduzione*, pp. 7-8. Ivi, p. 9 l'A. aggiungeva che sulle istituzioni influiscono senza dubbio «gli scritti dei filosofi e la propaganda degli apostoli». Qui la critica di Lanza riguardava E. FERRI, *Socialismo e Scienza Positiva (Darwin-Spencer-Marx)*, Casa Editrice Italiana, Roma, 1894, p. 19, il quale, nel proporre il marxismo come punto di confluenza tra darwinismo e socialismo, aveva sostenuto che «le teorie politiche o scientifiche» fossero entrambe l'ineluttabile prodotto dell'evoluzione, e non frutto di scelte individuali.

<sup>7</sup> ROCCO, *Il problema e il metodo* (1910), cit. nt. 4, pp. 289-290 (esegesi, dogmatica, critica); ivi, pp. 274-275 (rilancio del «criterio giuridico» nel penale, sulla scia di V.E. Orlando [per il diritto pubblico] e dei privatisti); ivi, p. 266 (dogmatica da edificare sul diritto vigente; rifiuto del diritto naturale, della contaminazione con la politica, degli sfuggenti concetti bio-psico-sociologici). Che l'apertura rocciana alla *critica* non fosse pienamente compa-

Occorre tener conto che, negli anni della prelezione rocchiana, si discuteva dei confini disciplinari tra diritto penale e politica criminale. Una tesi «gretta e volgare» – sbottava Vincenzo Lanza nel 1908 – inchiodava il primo allo studio delle norme; e affidava alla seconda la disamina del «momento causale e finalistico», così degradando il giurista a «un gendarme di mediocre intelligenza»<sup>8</sup>. Il penale – incalzava nel 1916 Emanuele Carnevale – tratta di «uomini» e del «male» commesso e «futuro»; di «contenut[i] uman[i] e social[i]» non suscettibili della sola «elaborazione tecnico-giuridica»<sup>9</sup>. Al 'legalismo' dei colleghi Carnevale eccepiva che ormai il diritto positivo dipendeva «più di prima [...] da fattori e finalità sociali»: alla norma penale il legislatore chiedeva ormai non finezze concettuali, bensì «*sostanza di lotta* contro il delitto»<sup>10</sup>. Se si sfoglia la «Rivista Penale» del primo dopoguerra, ci s'imbatte nel frequente scoramento per una penalistica ormai avvitata nell'iper-formalismo<sup>11</sup> e refrattaria a innalzarsi alla riflessione filosofico-politica<sup>12</sup>.

---

tibile con la 'distinzione' tra scienza penale e politica criminale fu rilevato da E. CARNEVALE, *Il perfezionamento del metodo giuridico e la concezione integrale del diritto criminale. Saggio di sintesi storica e ideale*, in «Rivista Penale», XLII, 1916, vol. 84, pp. 257-272 e 497-517: 507.

<sup>8</sup> V. LANZA, *Diritto penale italiano. Principi generali*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1908, p. 15.

<sup>9</sup> CARNEVALE, *Il perfezionamento*, cit. nt. 7, pp. 510 e 512. Ivi, p. 513 l'A. esemplificava il suo dissenso dal tecnicismo giuridico contestando l'idea per cui il fine della pena dovesse restare questione filosofica o politica, non giuridica. Si noti che pochi anni prima, interrogandosi sulla possibilità che la scienza giuridica si estendesse anche alla valutazione 'politica' del diritto, A. BONUCCI, *La critica del diritto positivo e le scienze giuridiche*. Prolusione al corso di Filosofia del diritto, letta il giorno 21 novembre 1912 nella R. Università di Siena, in «Studi Senesi», XXIX, 1912, fsc. 3-4, pp. 113-141: 115 e 121-122 osservava come tale esigenza, a partire da von Liszt, fosse particolarmente avvertita nel penale, a causa della peculiare rilevanza degli interessi in gioco.

<sup>10</sup> CARNEVALE, *Il perfezionamento*, cit. nt. 7, p. 508.

<sup>11</sup> A. CORDOVA, *La questione del metodo nella scienza del diritto penale*, in «Rivista Penale», XLIV, 1918, vol. LXXXVII, fsc. I-II, pp. 5-37, pur ammettendo la diversità di metodo tra diritto penale e politica criminale, metteva in guardia dal rischio che una scienza penalistica incentrata soltanto sullo «studio del carattere formale della norma», e dunque disinteressata alle «indagini causali» e «genetiche», divenisse «una costruzione accademica e vuota, che starebbe al diritto come alla teologia già stavano le distinzioni e le sottigliezze scolastiche così minute, così sottili, così inutili».

<sup>12</sup> G.B. DE MAURO, *Il problema del metodo e la concezione scientifica del diritto penale*, in «Rivista

## 2. *Per una dogmatica storico-filosofica: Giuseppe Maggiore*

Traendo esplicitamente spunto da questi studi critici<sup>13</sup>, nel 1924 Giuseppe Maggiore, allora professore ‘gentiliano’ di Filosofia del diritto presso la Libera Università di Perugia (in quell’anno avrebbe vinto la cattedra a Siena)<sup>14</sup>, lanciava alla dogmatica una robusta sfida intellettuale. Egli esortava ad aprire gli occhi:

Che la dommatica giuridica attraversi oggi – segnatamente nella scienza del diritto criminale – il suo periodo aureo sarebbe arduo asserire. Essa mostra la floridezza appariscente della pianta che ha finito di spighire: grandeggia e frondeggia. Ma non è forse tale esuberanza già segno di decadimento?<sup>15</sup>.

---

Penale», XLVI, 1920, vol. 91, fsc. 1-2, pp. 15-33: 25, nell’escludere la possibilità d’un «taglio netto» tra diritto penale e politica criminale, ridicolizzava il giurista dogmatico che, per non invadere il terreno della filosofia e della politica, dopo aver «spiegato, illustrato, applicato la norma penale vigente» ed esser risalito «ai principî generali del diritto», chiudeva i libri e indossava «l’abito del filosofo o del politico» per poter elaborare proposte di norme nuove. «Ora, francamente, la scienza dev’essere [...] qualche cosa di piú serio [...]. Queste sono frottole che si scrivono per la mania di dir cose nuove e originali, o per far piacere ai propri mecenati!».

<sup>13</sup> G. MAGGIORE, *Funzione e limiti della dommatica nella scienza del diritto criminale*, estr. da «Annali dell’Università di Perugia», VII-VIII, 1923-1924, Tipografia Guerriero Guerra, Perugia, 1924, p. 33, nt. 1 citava, a proprio sostegno, Lanza, De Mauro e Cordova, su cui cfr. súbito *supra*, § 1. Non può escludersi che Maggiore si fosse imbattuto nelle tesi di V. Lanza all’Università di Palermo, dove si adottava il testo del 1908.

<sup>14</sup> Libero docente, magistrato dal 1905, Giuseppe Maggiore era procuratore del re a Perugia (e neo-ordinario [straordinario dal 1921] nella Libera Università del capoluogo umbro) quando, nel dicembre del 1924, vinse il concorso a cattedra di Filosofia del diritto presso l’Università di Siena, dove aveva ottenuto per due anni (1923 e 1924) un incarico d’insegnamento. La Facoltà (relatore Ugo Conti) propose l’assegnazione della cattedra a Maggiore, Eugenio Di Carlo e Sergio Panunzio; ma la commissione giudicatrice (Vincenzo Miceli [pres.], Alfredo Bartolomei e Giorgio Del Vecchio) scelse solo il primo, pur rilevando che l’inclinazione filosofica da lui seguita lo rendeva «incline al dommatismo». Cfr. *Relazioni della Facoltà di Giurisprudenza e della Commissione giudicatrice del concorso alla Cattedra di Filosofia del diritto nella R. Università di Siena*, in «Boll. Uff. Min. Pubbl. Istruz.», LII, 1925, vol. II, n. 44 (15 ottobre 1925), pp. 3280-3283 (l’affermazione della commissione Miceli è a p. 3283).

<sup>15</sup> MAGGIORE, *Funzione e limiti* (1924), cit. nt. 13, p. 3.

Lo studioso palermitano non intendeva *scomunicare* la dogmatica. Non solo perché essa approntava al giurista arnesi irrinunciabili come gli istituti, le nozioni, i concetti, il sistema. Ma anche perché non era «altro che la *dottrina del concetto* trasferita in sede giuridica»: e la *logica* permea i «tre momenti» della giurisprudenza», vale a dire scienza, legge, interpretazione (dall'Autore intesa come *concreazione*). Si trattava, semmai, di evitare due opposti errori: sostituire «un metodo sociologico a un metodo giuridico», privandosi dell'«impalcatura logico-formale»; ovvero «costruire una scienza puramente formalistica del diritto», abitata da «scheletri e larve, non uomini vivi, bisognosi di aria e di luce». La via d'uscita consisteva, allora, nel *completare* la dogmatica con la storia, «che rimane la vera vita del diritto, mobile e fluttuante al disopra delle rigide costruzioni della logica astratta»<sup>16</sup>.

Al «metodo dogmatico» Maggiore contestava specialmente l'identificazione della scienza penale con il diritto *positivo*. Eppure, notava lo studioso, gli stessi «sostenitori del giurismo puro» (Rocco, Vannini) riconoscevano «alla scienza una funzione critica»: dunque non avrebbero potuto estrometterne la *politica criminale*, «tutta dentro il diritto». «Dentro» il penale dovevano ritenersi anche filosofia e storia, non meritevoli dello sprezzante appellativo (manziniano e rocchiano) di *scienze ausiliarie*: la prima assicurava il «cordone ombelicale» con la politica criminale; la seconda collegava scienze naturali e sociali, giuntura vitale ove si considerasse che il diritto è *contenuto* e non solo forma<sup>17</sup>.

In definitiva, Maggiore invogliava a coniugare dogmatica (logico-sistemica) e realtà storica. I positivisti avrebbero dovuto abbandonare il na-

<sup>16</sup> MAGGIORE, *Funzione e limiti* (1924), cit. nt. 13, pp. 7-8, 10, 13, 16, 21; ivi, pp. 23-25 gli errori da evitare. Per una definizione di dogmatica v. G. MAGGIORE, *Principi di diritto penale. Volume I: Parte generale*. 4ª edizione, Zanichelli, Bologna, 1943, p. 42: «un procedimento analogo alla *classificazione* del naturalista», che muove dalla norma e risale dapprima all'istituto e poi al sistema attraverso un percorso logico di generalizzazione e di sistemazione gerarchica dei concetti. Per Maggiore (ivi, pp. 43-44) la dogmatica assolveva una funzione *strumentale, teleologica*: serviva a «dominare» l'ordinamento, piuttosto che a conoscerlo; vischianamente, mirava più alla certezza che alla verità; non presentava «nulla di assoluto e inalterabile, ma, relativa e plastica, d[oveva] adattarsi alla realtà storica». Nella stessa sede (ivi, p. 45) l'A. esprimeva pari «diffidenza» nei confronti delle due opposte correnti: la dogmatica *libera*, «negazione di ogni dogmatica» (la scuola del diritto libero); e la dogmatica *formalistica*, che si abbandonava a «virtuosità, bravure e combinazioni di parole, dove del diritto non resta che l'ombra».

<sup>17</sup> MAGGIORE, *Funzione e limiti* (1924), cit. nt. 13, pp. 31-34 (politica criminale); 34-37 (filosofia e storia).

turalismo aprioristico; i «seguaci del metodo tecnico-giuridico» sarebbero dovuti scender «giú dal monte sacro dell'astratto giurismo», se non volevano «trovarsi in mano quel che resta di una cipolla, svestita di tutti i suoi veli. Un puro nulla»<sup>18</sup>.

Nella prolusione dell'anno seguente, tenuta all'Università di Palermo che lo aveva appena chiamato, Maggiore allargava lo sguardo all'intero *metodo* giuridico, non senza sottolineare lo speciale «stato di inquietudine» procurato tra i penalisti dalla *dottrina Monroe*, ossia dall'ossessione per la 'separatezza' della scienza giuridica. Il professore citava Jhering, che aveva elevato il sistema a «forma più perfetta della conoscenza scientifica». E notava che, mentre il romanista tedesco aveva fatto leva sulla dogmatica quale «superamento della regola del diritto, la dottrina posteriore si [era] imbozzolata entro quel dato, che è la norma, senza saperne più uscire». Di conseguenza, per «i moderni dommatici» il lavoro del giudice risultava meramente applicativo: e «la parola "creazione", che l'Jhering non aveva esitato a pronunziare apertamente, diviene [...] qualcosa di peggio di una pietra di scandalo»<sup>19</sup>.

Il brano de *Lo spirito del diritto romano* evocato dal Maggiore è quello in cui Jhering aveva spiegato che la peculiarità del sistema *giuridico* consiste nel modificare il suo oggetto. Esso cioè, grazie alla topografia dei concetti e a un lavoro di scomposizione e ricomposizione dei comandi e dei divieti, può «accrescere il diritto a mezzo di sé stesso», ingrandirlo «per forza interna», «creare nuove idee e precetti nuovi»<sup>20</sup>.

Pienamente persuaso dall'intuizione jheringhiana, Maggiore spronava i giuristi a «infrangere il circolo chiuso della logica formale» e a «riprendere contatto con la vita concreta». Ma stavolta aggiungeva una chiosa politica: additava il legalismo come epifenomeno d'un assetto costituzionale ormai sorpassato. A suo parere, il progressivo avvicendamento tra democrazia e

<sup>18</sup> MAGGIORE, *Funzione e limiti* (1924), cit. nt. 13, pp. 38-40.

<sup>19</sup> G. MAGGIORE, *La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica*. Prolusione al corso di Filosofia del diritto, tenuta nella R. Università di Palermo, il 10 dicembre 1925, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», VI, 1926, fsc. III (lug.-set.), pp. 364-386: 366-368; ivi, p. 372 i danni degli «eccessi» provocati nel penale dal «giurismo puro».

<sup>20</sup> R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Erfter Theil*, Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1852, tr. it. *Lo spirito del diritto romano nei diversi gradi del suo sviluppo [...]*. Traduzione dal tedesco di Luigi Bellavite dottore di legge. Con aggiunte e cambiamenti dell'Autore, o da Esso approvati; e una prefazione del Traduttore, Tipografia e Libreria Pirotta e C., Milano, 1855, *Introduzione*, § 3, pp. 21, 24.

«Stato sindacale» (corporativo), depotenziando il legislativo, avrebbe finalmente svelato le ipocrisie della «positività» e del «monopolio statale del diritto», della «divisione dei poteri», della «pretesa completezza dell'ordinamento giuridico»; e riscoperto, di contro, la natura *creativa* dell'interpretazione. La «dogmatica nuova», pur senza deporre l'«armatura logico-formale», avrebbe dovuto inglobare il «divenire storico del diritto». «Crollato il dogma della sovranità popolare», la legge si sarebbe limitata a «porre dei principj direttivi docili e larghi al possibile, entro i quali il potere esecutivo e giudiziario si pot[esser]o muovere creando il diritto»<sup>21</sup>.

Parole scritte nell'anno delle leggi *fascistissime*. Ma Maggiore avrebbe riproposto nel manuale di Diritto penale del 1943 la medesima giustificazione 'politica' del rinnovamento dogmatico<sup>22</sup>.

### 3. *I filosofi fuori dal tempio*

Si è indugiato sulle prolusioni di Maggiore degli anni Venti non tanto per ricercarvi qualche premonizione del famigerato *Diritto penale totalitario* (1939), bensì per mostrare come esistessero, tra gli intellettuali organici al regime e partecipi del dibattito penalistico, posizioni schiettamente anti-dogmatiche. Nel 1929 Ugo Spirito, anch'egli ancora gentiliano, rilevava con disappunto che i «tecnico-giuridici amoreggia[va]no in cuor loro con il positivismo» e ne abbracciavano «più di un postulato filosofico»: il loro «positivismo alla seconda potenza» trovava nella «norma obiettiva, precisa, rigorosa ed assoluta», anziché nel fenomeno sociale della delinquenza, un surrogato di realtà. Per Spirito quel normativismo solo in apparenza «garanti[va] la scientificità del diritto dal diletantismo dei filosofastri»: in realtà, celava «una inconsistente», «vuota e formale impalcatura giuridica [...]. L'assurdo dei tecnico-giuridici» consisteva nello «spiegare il diritto con il di-

---

<sup>21</sup> MAGGIORE, *La dottrina* (1926), cit. nt. 19, pp. 378, 381, 383-385. Ivi, pp. 385-386 l'A. collegava la fisionomia della *nuova dogmatica* all'esperienza giuridica romana, come d'altronde suggeriva la riscoperta politica della «romanità». Va ricordato che JHERING, *Lo spirito*, cit. nt. 20, § 4, p. 39 aveva criticato quella romanistica che si limitava alla storia dei dogmi (legislazione e dottrina), senza accertare lo «sfondo vivente» e il «legame col mondo reale».

<sup>22</sup> MAGGIORE, *Principi di diritto penale* (1943), cit. nt. 16, I, p. 44 continuava a vedere nella dogmatica lo stigma originario del liberalismo individualistico, ma non riteneva vi si potesse rinunciare: semmai, archiviato il «tipo di Stato democratico-liberale», bisognava trasformarla.

ritto», «il dato con il dato»: la loro *dogmatica* oscillava «tra un macchinoso verbalismo e un vago filosofismo», più interessata al «pesante paludamento» che alla «concezione umana del delitto e della pena»<sup>23</sup>.

Una piena sintonia tra Maggiore e Spirito si registrava anche nello stigmatizzare l'insensato rifiuto della filosofia sbandierato dai corifei dell'indirizzo tecnico-giuridico. Maggiore sceglieva come bersaglio il Manzini del *Trattato*, il quale professava un presunto agnosticismo teoretico<sup>24</sup> senza ammettere che la filosofia, «ospite *indesiderabile*» della «provincia» penalistica, rientrava in gioco ogni qualvolta ci s'interrogava sul significato di *scienza, positivismo, sistematica, critica*<sup>25</sup>. Spirito manifestava analoga incredulità a proposito de *L'oggetto del reato* di Arturo Rocco, altra bibbia dei tecnicisti. E si domandava sarcastico «se valeva la pena insorgere contro la filosofia [...] per poi reintrodurla sotto tale pietosissima veste e ad essa volgersi per mendicare i così detti *principi di diritto*; se ci si potesse *atteggiare* «a rivendicatori della purezza scientifica del diritto penale contro i filosofi, contro i sociologi, e contro tutti coloro che si vogliono scacciare dal tempio del giure sotto l'accusa infamante di diletterantismo, quando poi si tien cattedra di logichetta da scolastico diletterante» e «si accozza insieme una risibile metafisica [...]. Il vero è che il diritto, visto» come *dato* o *fatto* legislativo, «è soltanto una materia brutta», la quale necessita d'un criterio che lo trascenda<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> U. SPIRITO, *La concezione tecnico-giuridica del diritto penale*, in «Nuovi Studi di diritto, economia e politica», II, 1929, fasc. I (gen.-feb.), pp. 26-45: 29-35; ivi, p. 40 («paludamento»).

<sup>24</sup> Com'è noto, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*. Seconda edizione accresciuta e perfezionata. *Volume Primo*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1920, § 2, nn. 3-6, pp. 5-7 definiva l'indagine filosofica, per il penale, inutile, dannosa e addirittura «comicamente assurda».

<sup>25</sup> MAGGIORE, *Funzione e limiti* (1924), cit. nt. 13, pp. 25-26.

<sup>26</sup> SPIRITO, *La concezione tecnico-giuridica* (1929), cit. nt. 23, pp. 39 e 41. L'A. si riferiva ad AR. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Fratelli Bocca, Torino, 1913. Lo stesso SPIRITO, *La concezione tecnico-giuridica*, cit. nt. 23, p. 44 coglieva analoghe contraddizioni già nella prelezione sassarese (1910) di Rocco. Ivi, pp. 41-42 l'ironia di Spirito verso l'impiego, da parte dell'«antifilosofo Manzini», della categoria del libero arbitrio. Più clemente (ivi, pp. 42-43) il giudizio circa lo spessore teoretico di Eduardo Massari. Anche per G. BETTIOL, *Diritto penale (parte generale)*, Priulla, Palermo, 1945, p. 33 Rocco aveva provato a liberare il penale di «ogni "tossina" filosofica inquinante l'indagine giuridica».

#### 4. *La «prigione» della legge positiva*

Il saggio di Spirito del 1929 riservava la stoccata finale al *Progetto preliminare* del codice penale, bollato come «filiazione diretta» dell'ecllettismo tecnico-giuridico che combinava classicismo e positivismo<sup>27</sup>. La diagnosi voleva esser critica, ma in realtà rispondeva alla strategia 'decisionista' del guardasigilli Alfredo Rocco<sup>28</sup>. Ed era avallata dalla scuola 'vincente'. L'editoriale (gennaio 1934) della «Rivista italiana di diritto penale», firmato dai nuovi condirettori Ugo Aloisi (presidente di sezione della Cassazione), Francesco Antolisei e Giacomo Delitala, presentava il tecnicismo come metodo ormai unico, in grado di comporre i dissidi dottrinali: tanto che vi si erano «da gran tempo» uniformati due dei più autorevoli seguaci (Floriano e Grisignani) dell'«indirizzo sociologico». I condirettori però tenevano a distinguere la buona dalla cattiva «dommatica»: la buona, «mantenendosi aderente alla realtà del diritto, serve a signoreggiarne l'immensa varietà e ad illuminare la pratica con la luce del principio»; la cattiva, «straniandosi dalla vita, solo si diletta della faticosa elaborazione di vacui schematismi, praticamente inutili e scientificamente arbitrari». L'ultima frase voleva omaggiare Vittorio Scialoja, da poco scomparso, il quale aveva insegnato a non indulgere ai «teoremi» filosofici «assolutamente inutili»<sup>29</sup>.

Per la verità, non era così pacifico il discrimine tra *dommatica* buona e cattiva. Quando parlava di aderenza alla *realtà* e alla *vita*, una parte dell'indirizzo tecnico-giuridico alludeva non tanto al dato naturalistico, quanto a quello normativo. A Biagio Petrocelli, che in una prolusione barese del 1934, aveva osato attribuire alla pena una funzione (retributiva) non «supinamente» coincidente con quella prescelta dal nuovo codice Rocco<sup>30</sup>, An-

<sup>27</sup> SPIRITO, *La concezione tecnico-giuridica* (1929), cit. nt. 23, p. 45.

<sup>28</sup> AL. ROCCO, *Relazione a S.M. il Re [...] Presentata nell'udienza del 19 ottobre 1930-VIII per l'approvazione del testo definitivo del Codice Penale*, in MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Volume VII [...]*, Tipografia delle Mantellate, Roma, 1930, pp. 7-150: 11.

<sup>29</sup> LA DIREZIONE, *Ai lettori* [Milano, gennaio 1934], in «Rivista italiana di diritto penale», VI, 1934, pp. 3-4. Il riferimento andava a V. SCIALOJA, *Per un programma di studi del Circolo giuridico* [Roma, 25 giugno 1911], in «Bollettino del Circolo giuridico di Roma», 1911, p. 3 ss.; poi, col tit. *Diritto pratico e diritto teorico*, in «Rivista di diritto commerciale», 1911, p. 941 ss.; quindi in V. SCIALOJA, *Scritti e discorsi politici. II*, Anonima Romana Editoriale, Roma, 1936, pp. 159-167: 160. Scialoja era scomparso il 19 novembre 1933.

<sup>30</sup> B. PETROCELLI, *La funzione della pena*. Dagli appunti della prolusione al corso ufficiale di

tolisei contestò non solo d'aver ignorato il dettato codicistico (a suo parere, prettamente ispirato alla prevenzione), ma soprattutto d'esser venuto meno al «postulato fondamentale» del «metodo tecnico-giuridico», pur professandosene «seguace»: e cioè l'esclusivo riferimento al «diritto positivo» quale «punto di partenza della scienza giuridica»<sup>31</sup>.

Petrocelli (che pure, di lì a poco, sarebbe assunto ad alfiere del legalismo autoritario: v. *infra*, § 8) replicò seccamente che «nessuno, in nome dell'indirizzo tecnico-giuridico, si [era] mai sognato di proibire la trattazione, al di fuori del vero e proprio diritto, di quei problemi che ad esso soltanto indirettamente afferiscono, ma che tuttavia ne sono il presupposto storico, filosofico, sociale, oltre che il lievito continuo per la sua formazione e rinnovazione». Il tecnicismo, s'infervorava lo studioso, non vedeva affatto nel diritto positivo un'«invalicabile prigione»: dalla quale per di più sarebbero potuti iniquamente evadere gli epigoni della Scuola positiva<sup>32</sup>.

Antolisei precisò di non aver voluto «tappare la bocca» al contraddittore, ma d'aver solo inteso evitare l'errore, bandito dalla comune scuola di appartenenza, di confondere «le proprie idee e il diritto positivo». Senza timore di esser tacciato di «bigottismo tecnico-giuridico», il professore marchigiano ribadì che la pretesa di determinare la funzione della pena prescindendo dalla legge costituiva «opera antiscientifica»<sup>33</sup>.

---

diritto e procedura penale, pronunciata nella R. Università di Bari l'11 gennaio 1934, in «Rivista di diritto penitenziario», VI, 1935, vol. II, n. 6, pp. 1315-1366: 1365. L'A., se da un lato esprimeva ammirazione per il coraggio dei positivisti nell'affermare le proprie idee (*ibidem*), dall'altro dissentiva puntigliosamente (ivi, pp. 1318-1321, nt. 1) da F. ANTOLISEI, *Pene e misure di sicurezza*. Discorso inaugurale dell'anno accademico 1932-1933 nella R. Università di Sassari, in «Annuario della R. Università di Sassari», 1932-33; poi in «Rivista italiana di diritto penale», V, 1933, pp. 129-149; quindi in F. ANTOLISEI, *Scritti di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1955, pp. 221-241, il quale aveva criticato il sistema del cd. doppio binario adottato dal c.p. del 1930.

<sup>31</sup> F. ANTOLISEI, Recensione a B. Petrocelli, *La funzione della pena* [1935, op. qui cit. nt. 30], in «Rivista italiana di diritto penale», VIII, 1936, n. 1 (gen.), pp. 114-115: 114.

<sup>32</sup> B. PETROCELLI, *Tecnicismo giuridico e libertà di opinione (Risposta al prof. Antolisei)*, in «Rivista italiana di diritto penale», VIII, 1936, n. 3, pp. 269-272.

<sup>33</sup> F. ANTOLISEI, *Postilla a PETROCELLI, Tecnicismo giuridico* (cit. nt. 32), in «Rivista italiana di diritto penale», VIII, 1936, n. 2, pp. 281-282.

5. *Un dogmatico anti-formalista: Francesco Carnelutti*

Il dibattito sull'autonomia della dogmatica dalle prescrizioni normative travalicava, negli anni Trenta, il perimetro penalistico. Nel 1933 Francesco Carnelutti, provocatoriamente conscio di muoversi *in munere alieno*, si avventurava in una discussa *teoria generale del reato*, da costruire «con gli strumenti, che i civilisti adoperano per lo studio del negozio» e da collocare entro la teoria generale del diritto. Il libro carneluttiano – ed è l'aspetto che qui rileva – aveva un esplicito, dichiarato «carattere dogmatico». Della dogmatica l'Autore voleva affermare «risolutamente i vantaggi [...]. Alle bellissime cose scritte recentemente su questo tema dal mio amico Betti» egli aggiungeva, da avvocato, la testimonianza dell'«impareggiabile utilità» di essa «nell'esercizio pratico del diritto. Sono soprattutto (e, oserei dire, soltanto) i principî, che permettono al pratico quei precisi e rapidi orientamenti, senza i quali l'applicazione delle norme giuridiche procede a stento e spesso a caso»<sup>34</sup>.

Due anni dopo (1935), in una prolusione milanese di forte impatto, Carnelutti esprimeva la preoccupazione che la dottrina giuridica italiana, avendo raggiunto una ragguardevole finezza concettuale, potesse «smarrirsi tra le nuvole», «in un mondo di chimere», nel «castello dei sogni». Rischio «probabile» quando, «per esempio, chi studia l'omicidio non abbia mai visto un omicida»<sup>35</sup>. Nella Penisola, ragionava il professore, la «più drammatica» contesa metodologica tra concetti e interessi, forma e causa, diritto e politica si era combattuta «sul terreno del diritto penale, dove l'animoso attacco della scuola positiva alla scuola classica» non era stato che un «episodio» dello scontro tra *Interessenjurisprudenz* e *Begriffsju-*

<sup>34</sup> F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*. Secondo migliaio, Cedam, Padova, 1933, *Prefazione*, pp. v-viii. La citazione riguardava Emilio BETTI, *Educazione giuridica odierna e ricostruzione del diritto romano*, in «Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano», 39, 1931, pp. 33-71; poi in BETTI, *Diritto Metodo*, cit. nt. 2, pp. 135-153. Apprezzamento per la tesi di Betti circa l'utilizzabilità della dogmatica odierna per decifrare fenomeni antichi avrebbe espresso lo stesso F. CARNELUTTI, *Scuola italiana del diritto*. Prolusione al corso di Diritto processuale civile, Regia Università di Milano, 22 novembre 1935, in «Rivista di diritto processuale civile», XIII, 1936, pt. I, pp. 3-17: 12.

<sup>35</sup> CARNELUTTI, *Scuola italiana del diritto* (1936), cit. nt. 34, pp. 5-6. L'istanza carneluttiana per il ricorso alle *cliniche* nella formazione dei giuristi fu prontamente raccolta da G. PAOLI, *Dommatica e clinica penale*. Prolusione al Corso ufficiale di Diritto e procedura penale, letta nella R. Università di Pavia il 14 novembre 1935, in «Rivista italiana di diritto penale», VIII, 1936, n. 1 (gen.), pp. 3-18; ora in G. PAOLI, *Fare l'avvocato (con l'arringa nel processo Majorana e scritti vari)*, a cura di Mario Pisani, Edizioni Ets, Pisa, 2011, pp. 33-46: 40-43.

*risprudenz*. Sorprendente il giudizio carneluttiano su quella disputa: il positivismo aveva saputo *fondere l'interesse* (o il *fenomeno*) al *concetto* lucrando sulla vocazione alla sintesi «della scuola giuridica italiana». La medesima conciliazione Carnelutti rivendicava d'aver perseguito nella sua recente *Teoria generale del reato*, progettata per l'appunto non «nella meditazione solitaria di non so qual torre di teorico avorio, ma in quella scapigliata realtà, nella quale m'è sempre piaciuto di vivere»: la somiglianza tra reato e negozio gliela aveva suggerita «il contatto col delinquente e col negoziatore [...], due *species*» del «genere umano»<sup>36</sup>.

Pur con qualche *distinguo*, Arturo Santoro, professore a Pisa e allievo prediletto di Ferri, condivise prontamente la proposta carneluttiana d'una teoria generale del diritto *unitaria* e squisitamente italiana. Apprezzò, della prolusione milanese, la demolizione della dogmatica come «prigione dei concetti» *estranea* alla vita; nell'irridente caricatura dell'esperto di omicidi che non ne aveva mai incontrato davvero uno, come pure nell'elogio della *pratica*, rivide il *naturalismo* del maestro Ferri. Paradossalmente, si inorgogliava Santoro, il «più provetto e puro dommatico» (Carnelutti) aveva capito meglio di tutti il senso dell'anti-formalismo: uno sforzo di «accostamento della legge alla realtà, nella convinzione che la dommatica non sia tutto»<sup>37</sup>.

Al di fuori della cerchia positivista, invece, la posizione carneluttiana suscitò ovvie riserve. In una *Postilla* al saggio di Santoro, Giacomo Delitala obiettò che, se entrambe le scuole avevano peccato di astrattismo, quella positiva era caduta «in tutti gli eccessi, nessuno escluso, della giurisprudenza concettuale», esasperando «quasi fino all'inverosimile» il dogmatismo: lo dimostravano alcune pagine del *Corso* di Grispiigni (cfr. § 6), peraltro coerenti con la logica positivista della spiegazione del «dato con il dato». *A contrario* Delitala elogiava la capacità dell'indirizzo tecnico-giuridico, rivelata sin dall'embrionale teleologismo insito nel *bene giuridico* di Arturo Rocco, di abbattere qualsiasi «barriera insormontabile» tra diritto e realtà sociale<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> CARNELUTTI, *Scuola italiana del diritto* (1936), cit. nt. 34, pp. 9-10 (concetti/interessi, Scuola positiva); 13-14 (riferimento auto-biografico).

<sup>37</sup> A. SANTORO, *Scienza giuridica e realtà*, in «Rivista italiana di diritto penale», VIII, 1936, n. 2, pp. 529-534: 531-534.

<sup>38</sup> G. DELITALA, *Postilla a SANTORO, Scienza giuridica* (cit. nt. 37), in «Rivista italiana di diritto penale», VIII, 1936, n. 2, pp. 534-536: 534-535. La locuzione *barriera insormontabile* era stata usata da Grispiigni sin dal 1920 (v. *infra*, § 6 e ivi, nt. 47). Nel richiamo di Delitala all'interesse pratico F. LONDONO MARTINEZ, *Il 'romanic' nella dogmatica penale italiana del XX secolo. Note al 'fatto' di Delitala, alla 'discrezionalità' di Bricola e all' 'azione' di Marinucci*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LXII, 2019, fsc. 4, pp. 1943-1960: 1953 ravvisa il tratto

A rintuzzare il severo attacco anti-positivistico di Delitala intervenne nel 1937 la rivista messinese «Il Pensiero giuridico-penale», appena passata dalla direzione di Girolamo Penso a quella dell'avvocato Filippo Mandalari. Nel presentare la nuova linea editoriale, il neo-direttore preannunciava che il periodico avrebbe operato per integrare il *diritto vivente* con gli apporti professionali provenienti dalla «prassi forense», così come suggerito da Filippo Grispigni<sup>39</sup>.

Il primo fascicolo della nuova serie ospitava una minuziosa disamina dello stato di salute della dogmatica (sia generale, sia penalistica) a firma di Paolo Curatolo, assistente di Diritto penale all'Università di Milano. L'Autore riepilogava i principali «limiti» della dogmatica generale già messi a fuoco da illustri studiosi: la pretesa di spiegare il diritto con il diritto, il «*dato con il dato*» (Spirito); l'identificazione del diritto con le sole fonti formali (De Francisci, Maggiore); la rinuncia alla «fantasia» creatrice (Kohler); la carenza di «sensibilità storica» (De Francisci); la scissione metodologica tra logica dell'astratto e logica del concreto (Maggiore); il conseguente formalismo. Per farvi fronte, Curatolo consigliava di guardare ai movimenti anti-formalistici d'inizio Novecento (giurisprudenza degli interessi, indirizzo teleologico, scuola del diritto libero) e di provare a innestare «una ventata di sano realismo entro le aeree impalcature di una dogmatica stratosferica»: si sarebbe potuto, ad esempio, consentire alla scienza giuridica di segnalare al legislatore le «antinomie» normative; o riconoscere all'interprete una qualche potestà creativa; o utilizzare come «ponte di congiunzione tra dogmatica e realtà sociale» le «discipline causali esplicative», vale a dire le scienze ausiliarie (sociologia, antropo-psicologia etc.)<sup>40</sup>.

Un antidoto pressoché identico Curatolo suggeriva per la dogmatica *penalistica*. Affinché questa non diventasse «una giostra accademica di vuote generalizzazioni», occorreva integrarla con l'«induzione sperimentale» apportata dalle «scienze causali esplicative», con una maggiore «sensibilità storica» e con la «realistica aderenza alla evoluzione [...] degli interessi sociali», come del resto aveva auspicato l'indirizzo teleologico sulla scia della teoria lisztiana di bene giuridico. Così arricchita, la dogmatica, senza perdere la «fisionomia di scienza teoretico-normativa», sarebbe stata «vivificata come

---

*romano* (ossia la tendenza a costruire dal basso) che connotò la dogmatica italiana.

<sup>39</sup> IL DIRETTORE [F. MANDALARI], *Presentazione*, in «Il Pensiero giuridico-penale», IX, 1937, fsc. 1-2, pp. 1-5: 2-3.

<sup>40</sup> P. CURATOLO, *Dogmatica giuridico-penale e realtà sociale*, in «Il Pensiero giuridico-penale», IX, 1937, fsc. 1-2, pp. 43-76: 48-54 (critiche di altri studiosi); 63-67 (proposta).

da un soffio di vita» e sarebbe divenuta utile anche all'applicazione giurisprudenziale<sup>41</sup>.

#### 6. *Un dogmatico positivista: Filippo Grispigni*

Perché il nome di Filippo Grispigni, «gran positivista al cospetto di Dio, ma giurista finissimo, e dommatico perfetto»<sup>42</sup>, ricorreva con frequenza nel dibattito degli anni Trenta sulla dogmatica?

Va premesso che, sin da giovane, nel 1909, lo studioso viterbese aveva captato la transizione in atto della Scuola positiva dalla fase socio-antropologica alla «fase giuridica»<sup>43</sup>. Il soggiorno berlinese (1908-11) presso il *Kriminalistisches Seminar* di Franz von Liszt gli aveva fatto capire che la sociologia, l'antropologia, la statistica dovevano cedere alla scienza penalistica la guida della lotta alla criminalità<sup>44</sup>. Indizi, dunque, di un'adesione tutt'altro che acritica alla criminologia lombrosiana.

Nella prolusione camerte del 1920, mentre era segretario della commissione Ferri per la riforma del codice penale, Grispigni aveva polemizzato proprio col suo maestro mantovano, cui imputava d'aver degradato la scienza penalistica a «capitolo della sociologia criminale», o della filosofia del diritto, o della politica criminale<sup>45</sup>. Per la verità, qualche anno dopo (1928) un Ferri ormai anziano avrebbe precisato che quella affermazione andava letta in combinazione con l'avvertenza – anch'essa contenuta nella *Sociologia criminale* del 1900 – che tutte le discipline 'neonate' richiedono uno studio integrale, e non ripartito per singole branche. Ora invece, aggiungeva un

---

<sup>41</sup> CURATOLO, *Dommatica giuridico-penale* (1937), cit. nt. 40, pp. 71-76.

<sup>42</sup> Così scherzosamente Grispigni era definito da PAOLI, *Dommatica e clinica penale* (1936), cit. nt. 35, p. 40.

<sup>43</sup> F. GRISPIGNI, *La odierna scienza criminale in Italia*, in «La Scuola positiva», XIX, 1909, n. 5, p. 258, nt. 1 (csv. dell'A.). Per G. LEONE, *Contro la riforma del Codice Penale*, in «Archivio Penale», I, 1945, pt. I, p. 280 tale evoluzione della penalistica positivista andava ascritta a merito dell'indirizzo tecnico-giuridico. Invece secondo BELLAVISTA, *Deviazioni metodologiche* (1950), cit. nt. 3, p. 92 l'adozione dello sperimentalismo galileiano aveva guadagnato al tecnicismo giuridico «la pronta ed illustre conversione [...] di tanti positivisti».

<sup>44</sup> P. COCO, *Luci e ombre nell'opera di Filippo Grispigni*, in «Archivio Penale», LXXII, 2020, fsc. 1, pp. 1-64: 8.

<sup>45</sup> F. GRISPIGNI, *La dommatica giuridica e il moderno indirizzo nelle scienze criminali* [estr. da «Rivista di Diritto e Procedura Penale», XI, 1920, fsc. 11-12], Vallardi, Milano, 1920, p. 4.

Ferri soddisfatto, i progressi della Scuola positiva permettevano ai militanti di risparmiarsi il diretto approfondimento di materie come l'antropologia, la psicologia, la statistica criminale e di limitarsi a raccoglierne i risultati. Restava però – ammoniva il vecchio capo-scuola, onorando le sue radici criminologiche – il dovere dello studioso «di non rinchiudersi, come il baco nel suo bozzolo, entro le sue [sterili] astrazioni logiche», ma di «considerare sempre il delitto nel delinquente» concreto, «inseparabile nella realtà della vita»<sup>46</sup>.

Diversamente da Ferri, già nel 1920 Grispigni s'era mostrato attratto dalla dogmatica, concepita à la Jhering come scienza *deduttiva, logico-razionale, formale, astratta, normativa* e squisitamente *giuridica*: tanto che l'eventuale «infiltrazione» dell'elemento filosofico, sociologico o politico non avrebbe potuto che «inquinare[n]e la limpidezza». A Grispigni era parso, pertanto, «del tutto ingiustificato [...] il tentativo recente del Manzini e del Rocco di voler elevare una barriera insormontabile tra noi seguaci del moderno indirizzo [la Scuola positiva, *n.d.r.*] e i seguaci della teoria dominante». Comunque, aveva precisato lo studioso quasi a non voler recidere le sue radici positiviste, la connotazione logico-astratta della scienza penale non esimeva il giurista dal dovere di tener presenti «i risultati della *storia del diritto*, della *sociologia giuridica*, della *filosofia* e della *politica giuridica*»: solo questi sussidi gli avrebbero permesso di capire, senza «meschine pedanterie scolastiche», le trasformazioni sociali in atto e di coglierne le «vibrazioni»<sup>47</sup>.

Se il Grispigni del 1920 aveva sposato appieno la dogmatica, ne aveva mostrato la piena compatibilità con la criminologia positivista, e aveva lasciato alle scienze *ausiliarie* un ruolo di complemento, il suo *Corso* del 1931-

<sup>46</sup> E. FERRI, *Principii di diritto criminale – Delinquente e delitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza* [...], Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1928, pp. 80-82 e 85. L'autocitazione era tratta da E. FERRI, *Sociologia criminale* (1900<sup>4</sup>), cit. nt. 5, pp. 922 e 925. A G. MAGGIORE, *Diritto penale. Volume I: Parte generale. Tomo primo*. 5<sup>a</sup> edizione accresciuta e aggiornata, Zanichelli, Bologna, 1949, p. 85 non sfuggì la distinzione, maturata nell'ultimo Ferri, tra studio *naturalistico* e studio *giuridico* del reato.

<sup>47</sup> GRISPIGNI, *La dogmatica giuridica* (1920), cit. nt. 45, pp. 11 (metodo giuridico), 12-14 (caratteri della dogmatica), 15-16 (politica criminale e filosofia del diritto), 25 (Liszt, «fondatore» e «capo riconosciuto» della Scuola positiva in Germania, aveva «insistito sul carattere rigidamente giuridico della scienza del diritto penale», identificandola con la dogmatica), 23-24 (inesistenza d'una «barriera» tra tecnicismo e positivismo), 27-29 (dovere di considerare gli altri saperi per decifrare la realtà sociale; concetto, quest'ultimo, ribadito quasi negli stessi termini dallo stesso F. GRISPIGNI, *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice*, Cedam, Padova, 1931-32, *Introduzione*, pp. 23-24 [v. subito *infra*, nt. 48]).

32 sembrò protendersi ancor più verso l'empireo logico-concettuale del penale. L'*Introduzione* definiva la dogmatica giuridica «quella scienza teoretica che mira a riflettere in un sistema ordinato di cognizioni il contenuto delle disposizioni costituenti l'ordinamento giuridico-positivo». «Scienza formale», dunque: «il mondo del giurista è il mondo delle astrazioni», della forma «distinta dalla materia sociale», non quello «obiettivo degli eventi naturali»; nella scienza del diritto non v'era «nulla da sperimentare e ben poco da osservare, all'infuori della lettura degli articoli di legge»<sup>48</sup>. Affermazioni così drastiche furono pretestuosamente utilizzate dall'ala più inquieta del tecnicismo giuridico per mostrare che, ormai, i veri formalisti erano i positivisti<sup>49</sup>.

Nel secondo dopo-guerra Grispigni, forse infastidito dall'etichetta di più 'tecnicistico' degli eredi di Lombroso, avrebbe precisato che i due metodi non erano affatto inconciliabili: se sociologia e antropologia attenevano ai *contenuti* e ai *presupposti* biologici e sociologici del penale, una certa dose

<sup>48</sup> GRISPIGNI, *Corso di diritto penale* (1931-32), cit. nt. 47, *Introduzione*, pp. 9-11 (studio della forma astratta; «mondo delle astrazioni») e 17-18 («nulla da sperimentare»). Peraltro l'A. precisava (ivi, pp. 11-12) che la realtà oggetto della dogmatica era quella mediata dal diritto, e più esattamente dal «volere statale», non la «realtà oggettiva»: l'affermazione adombrava forse un sottinteso politico (sul probabile sostegno accordato dal giurista laziale al fascismo v. *Moderne Italienische Strafrechtsdenker*, hrsg. Ettore Dezza, Sergio Seminara, Thomas Vormbaum, Springer, Heidelberg-Berlin, 2012, p. 329). Da notare che CURATOLO, *Dottrina giuridico-penale* (1937), cit. nt. 40, pp. 68-71 riteneva ingenerose e immotivate le critiche mosse nel 1936 al Grispigni (in particolare circa l'espressione «mondo delle astrazioni») da parte del Delitala: questi (obiettava Curatolo) dimenticava che lo stesso GRISPIGNI, *Corso* (1931-32), cit. nt. 47, pp. 6-7 aveva auspicato una dogmatica *critica* verso le leggi vigenti, vigilante sugli «scopi» voluti dal legislatore, e (ivi, p. 24) aderente alla realtà socio-politica. Più vicina al dato materiale che a quello normativo la concezione della dogmatica coltivata da E. FLORIAN, *Lezioni sulla Parte Generale del Diritto Penale*, Giappichelli, Torino, 1932, per il quale l'aspetto speculativo del diritto penale avrebbe dovuto vertere sulla «realtà» e dunque su «elementi antropologici e sociologici» (p. 36); di conseguenza, «il tecnicismo giuridico, in quanto propugna il metodo dogmatico, merita plauso», ma quel metodo non è «esauriente» e va perciò «respinto perché unilaterale ed inadeguato» (p. 40).

<sup>49</sup> DELITALA, *Postilla* (1936), cit. nt. 38, p. 536. Analogamente, G. BETTIOL, *Sistema e valori del diritto penale*, in «Jus», 1940, fsc. 4; poi in G. BETTIOL, *Scritti giuridici. Tomo I*, Cedam, Padova, 1966, pp. 491-503: 493 faceva notare come fosse stato proprio il positivismo giuridico, d'altronde in ossequio al «positivismo speculativo», a introdurre le classificazioni e le generalizzazioni dei concetti: tendenza particolarmente palese in quei positivisti (Grispigni, Frosali, Santoro) che avevano adottato il metodo tecnico-giuridico.

di astrazione logica era indispensabile a tutte le scienze, comprese quelle naturali<sup>50</sup>. Passaggi come questo riscossero il plauso di Maggiore<sup>51</sup>.

Un'analoga distinzione tra dogmatica, avente ad oggetto «esclusivamente delle norme giuridiche», e «studio storico, sociologico, filosofico e politico» Grispigni trasportò nel campo processuale<sup>52</sup>. Carnelutti, suo successore sulla cattedra romana di Procedura penale, gli obiettò d'aver confuso strumento conoscitivo (la dogmatica, i concetti) e oggetto della cognizione (il diritto, le cose), alla maniera d'«un astronomo innamorato del telescopio anziché delle stelle». Il giurista udinese, peraltro 'pentito' d'aver egli stesso coniato, in passato, troppi concetti, nella temperie post-bellica non faceva sconti alla Scuola positiva, che ora gli pareva *irretita* «nei magici lacci del concettualismo tedesco, notevolmente perfezionati dal concettualismo italiano»<sup>53</sup>.

Volendo tentare un rendiconto del contributo reso dai positivisti alla dogmatica penalistica, non può non stupire una sensazione di rovesciamento delle parti in gioco. La criminologia e la sociologia dei tempi di Garofalo e di Ferri avevano provato a cambiare il vólto del penale partendo dalla società, dai fatti, dai delinquenti in carne e ossa<sup>54</sup>. Ancora a metà degli

<sup>50</sup> F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano. Volume primo: Introduzione e parte prima – Le norme penali sinteticamente considerate*. Seconda edizione, Giuffrè, Milano, 1947, pp. 23-24; ivi, p. 24, nt. 7 l'A. citava, a proprio sostegno, il Ferri dei *Principii* (1928), cit. nt. 46; e riconosceva a Florian il merito d'aver distinto la scienza giuridica penale dalle altre scienze criminalistiche.

<sup>51</sup> MAGGIORE, *Diritto penale* (1949), I, cit. nt. 46, p. 85: «Insomma si può essere positivisti nei presupposti, e giuristi tecnici negli sviluppi dogmatici del diritto criminale» (l'osservazione si riferiva a Florian, Grispigni, Frosali, De Marsico, Altavilla, Ranieri). Il brano era riportato pressoché alla lettera (ma con qualche nome in meno: mancavano Florian e Altavilla) da BELLAVISTA, *Deviazioni metodologiche* (1950), cit. nt. 3, p. 87.

<sup>52</sup> F. GRISPIGNI, *Diritto processuale penale. Con l'indicazione di tutte le modificazioni legislative posteriori all'8-9-1943, fino al 28-2-1945. Volume I*, Edizioni Italiane, Roma s.d. [1946?], pp. 5-6.

<sup>53</sup> F. CARNELUTTI, *La lotta del diritto contro il male*. Prolusione, in ID., *Lezioni sul processo penale*, I, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1946, p. 19. Sul contrasto tra Grispigni e Carnelutti v. M. NOBILI, *La procedura penale tra «dogmatica» e sociologia: significato politico d'una vecchia polemica*, in «La Questione criminale», III, 1977, n. 1, pp. 51-91: 60-62. Ivi, p. 62 le preoccupazioni anti-formalistiche di Bettiol.

<sup>54</sup> E. FERRI, *Il diritto-staccionato (A proposito del «fine nella diffamazione» e del «risarcimento del danno ex delicto»)*, in «La Scuola positiva», XXVI, 1916, sr. III, vol. VII, n. 10 (31 ott.), pp. 865-878; poi in E. FERRI, *Difese penali. Studi di giurisprudenza penale. Arringhe civili*. Terza edizione riveduta ed aumentata. *Volume terzo [...]*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1925, pp. 233-248: 248: l'uomo delinquente deve essere «il soggetto vivente del diritto

anni Trenta la Scuola incassava da Carnelutti lodi insperate per aver saputo tenere nel debito conto l'universo degli interessi (v. *supra*, § 5). Eppure i seguaci più brillanti si scoprivano oltranzisti del tecnicismo.

Forse rivelando una crisi d'identità, Enrico Altavilla si poneva nel 1947 un quesito non peregrino: se tutti i penalisti dovevano «limitarsi all'esame del diritto positivo, con un semplice processo logico-formale», poteva considerarsi «esaurita la [...] funzione storica» della Scuola positiva? Niente affatto, rispondeva il giurista aversano. La rotta restava quella indicata da Florian: «I positivisti non sono i distruttori del diritto, i denigratori della dogmatica, essi vogliono soltanto dare al diritto criminale» una specifica «fisionomia». In dissenso dal pregiudizio 'concettualistico' di Petrocelli, Altavilla riteneva che la scienza penale potesse tuttora *vivificarsi* studiando naturalisticamente i singoli delinquenti e classificandoli in categorie, secondo i consueti dettami della Scuola: interpretazione *progressiva* delle norme-polmone dell'ordinamento; accentuazione dell'elemento psicologico del reato; tipizzazione delle personalità del reo. «Questo è il compito che noi ci proponiamo: quegli che compare dinanzi al magistrato è una dolorante entità umana, non è una astrazione»<sup>55</sup>.

### 7. *Incrinature nell'indirizzo tecnico-giuridico*

Alla pluralità di atteggiamenti che connotava la declinante Scuola positiva dinanzi alla dogmatica (l'entusiastica recezione di Grispigni e Florian, la freddezza di Ferri e di Altavilla) corrispondevano autorevoli dissensi all'interno del *milieu* tecnico-giuridico. Si accennerà, qui, a una netta presa di posizione di Alfredo de Marsico e a due paradigmi metodologici ben noti: il gius-realismo di Francesco Antolisei e il teleologismo di Giuseppe Bettiol.

---

e della legge» penale. L'A., prendendo spunto (ivi, p. 233) da alcune note a sentenza apparse sulla «Rivista di diritto e procedura penale» diretta proprio da Florian, descriveva impietosamente (ivi, pp. 234-235) l'«aberrazione metodica» dell'indirizzo tecnico-giuridico (l'astrazione formalistica, espressa di solito in un «gergo accademico altrettanto scipito quanto inconcludente»); ivi, pp. 236-237 l'elenco dei 'vantaggi' (in termini accademici e di «stittichezza cerebrale») che rendevano comodo l'approccio formalistico anziché l'immersione nella prassi. Avrebbe, più tardi, contestualizzato l'articolo di Ferri e spiegato la successiva conciliazione con Florian (con conseguente unificazione delle due riviste) E. ALTAVILLA, *La vitalità della Scuola positiva*, in «La Scuola positiva», I, 1947, n. 1-2, pp. 77-85: 78.

<sup>55</sup> ALTAVILLA, *La vitalità* (1947), cit. nt. 54, spec. pp. 79 e 84-85.

a) *Alfredo de Marsico e la nuova dogmatica fascista*

Al primo Congresso giuridico italiano del 1932 il guardasigilli Pietro De Francisci, nel sollecitare gli astanti alla costruzione d'una nuova dottrina giuridica, elencava impietosamente i vizi della prevalente dogmatica. Tra questi spiccava, oltre al legalismo, il «formalismo assoluto», ossia la pretesa di «svolgersi con piena autonomia in confronto alla vita». Tale «aspirazione curiosa» non sembrava cosciente del fatto che «l'interpretazione e l'applicazione del diritto, la determinazione dei principî», la «costruzione del sistema» dipendevano da «giudizi di valore» legati al contesto sociale e politico: la dogmatica d'età liberale, per esempio, presentava una matrice «intimamente» individualistica (nonché privatistica). Ammessa l'irrinunciabile necessità di disporre di concetti, principî, sistemi, il guardasigilli assumeva «l'impegno di costruire una dogmatica nuova»: utile, epistemologicamente relativista, adattabile ai mutamenti di funzione degli istituti. «A realtà nuova, dogmatica nuova», proclamava il ministro con enfasi: alludeva, ovviamente, alla «rivoluzione» fascista della nazione, della società e dello Stato. Per poi aggiungere: «Non esitiamo [...] ad affermare [...] la preminenza del momento politico» come «sintesi di attività»<sup>56</sup>.

Tra i pochi a raccogliere l'indicazione del ministro fu Alfredo de Marsico<sup>57</sup>. In una lunga e densamente ideologica commemorazione di Alessandro Stoppato, il giurista salese rifletteva sullo stato di salute della dogmatica italiana all'indomani della codificazione. Quest'ultima aveva agito, a suo parere, da «nemesi storica» contro le *esuberanze* esegetiche e *iperdogmatiche* d'un tecnicismo ridottosi a «spietata anatomia di norme per la creazione di un sistema [...] tutto avvicinati di parole e di concetti». In nota lo studioso portava velenosamente l'esempio de *La teoria generale del reato* di Carnelutti, «un prodotto ingegnoso ma inquietante, per la sua stessa acutezza e per la dovizie di spezzettamenti, polverizzazioni e ricomposizione delle norme». Per arginare la deriva, de Marsico suggeriva di *superare* o almeno *integrare* la dogmatica con «la critica della legge»; nonché di colmare la «asimmetria fra la vita e la legge» non già diluendo la critica entro la dogmatica (come aveva ipotizzato Arturo Rocco), bensì facendo «rientrare *nella scienza*

<sup>56</sup> P. DE FRANCISCI, *Ai giuristi d'Italia*. Discorso inaugurale del I Congresso giuridico italiano (Campidoglio, 5 ottobre 1932), in «Lo Stato», III, 1932, fsc. X, pp. 674-691: 677, 679-682. Il testo fu pubblicato su diversi periodici, anche con titoli diversi: v. ad es. P. DE FRANCISCI, *Per la formazione della dottrina giuridica italiana*, in «Rivista di diritto pubblico», sr. II, XXIV, 1932, pt. I, pp. 581-597.

<sup>57</sup> Così F. ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico nella scienza del diritto penale*, in «Rivista italiana di diritto penale», IX (1937), pt. I, pp. 121-164: 127.

del diritto ciò che per gli idolatri della dogmatica ne esorbita». Nata come reazione all'«espansione delle scienze ausiliarie», l'«eccesso di analisi» prodotto dalla dogmatica – incalzava il professore dalla cattedra di Bologna – aveva «forse impoverito» la «funzione pratica» della scienza giuridica<sup>58</sup>.

A questo punto il taglio della commemorazione compiva un salto di qualità. Strizzando l'occhio all'*intelligencija* giuridica di regime, de Marsico rinfacciava alla dogmatica d'aver incarnato, insieme con l'«atomismo sociale» e l'«agnosticismo filosofico» («tre anelli di una medesima catena»), l'individualismo a-politico della stagione liberale. Il vento però – avvertiva l'oratore – era cambiato. Da quando era stata finalmente acquisita l'idea della «inscindibilità dell'aspetto filosofico e di quello politico», entrambi sorgenti dall'«io etico, politico, intellettuale della nazione», il diritto penale aveva cessato di rappresentare un «ostacolo alla infrazione» per assurgere a «coefficiente di azione». Era stata la «ragione politica», non la dogmatica ad aver forgiato la riforma dei codici penali: vichianamente, «la realtà porge il fatto, e il fatto la norma, cioè il vero giuridico». Da qui la franca critica al passo della prelezione sassarese in cui Rocco aveva affermato che al di fuori delle norme non vi è diritto penale. Così ragionando, eccepiva de Marsico, «per il dogmatico il fatto sociale cessa di esistere ed è totalmente sostituito» dalla legge; e «il problema del normale, necessario adeguamento della legge alla realtà» resta intatto<sup>59</sup>.

Quale, dunque, la soluzione? Per de Marsico «la dogmatica, strumento indispensabile della scienza giuridica», doveva «ringiovanire». Esigeva «un lievito nuovo, una integrazione». D'accordo col De Francisci, che in una recente polemica con Betti aveva incitato i giuristi a esaminare le relazioni tra le *case* piuttosto che tra i *concetti*, il penalista campano suggeriva di ristabilire la corrispondenza tra norma e «fatto sociale». «In altri campi del diritto» si era proposto di realizzare questo avvicinamento o attraverso lo studio della storia (De Francisci) o mediante l'uso di categorie attuali abbastanza elastiche da modellarsi su istituti storicamente cangianti (Betti). Entrambe le tesi presupponevano che «la dogmatica opera al di fuori del

<sup>58</sup> A. DE MARSICO, *Il pensiero di Alessandro Stoppato e gli attuali orientamenti del diritto penale*. Discorso tenuto nella solenne Cerimonia del conferimento dei Premi Vittorio Emanuele II. IX gennaio 1933-XI e.f., Tipografia Paolo Neri, Bologna, 1933; nonché in «Rivista italiana di diritto penale», V (1933), pt. II, pp. 472-481 e 577-596: 479-481; ivi, p. 479, nt. 1 la severa critica a Carnelutti. Sulla necessità di combinare la dogmatica (tipizzante la scienza penale) con la sociologia e la politica criminale v. anche ivi, p. 587.

<sup>59</sup> DE MARSICO, *Il pensiero di Alessandro Stoppato* (1933), cit. nt. 58, pt. II, pp. 577-579 e 581-582.

fatto storico». De Marsico immaginava, viceversa, una dogmatica penalistica consustanziale alle trasformazioni in atto. A tal fine occorre, anzitutto, «considerare elemento integrante od inseparabile della norma lo scopo politico, il fatto sociale da cui è nata [...]». Noi non vogliamo incoraggiare affatto la giurisprudenza libera [...]: cerchiamo soltanto il mezzo per cui nella legge possa sempre pulsare la vita, e rivendichiamo il valore del fine della norma [...] [e] la dominante importanza dello studio della personalità umana» (retaggio, l'ultimo inciso, delle giovanili simpatie positiviste dell'Autore). Al mutare della realtà – concludeva il professore-avvocato – si evolveva «anche il significato della norma per virtù della giurisprudenza, che è forza viva del diritto e per noi deve essere politica criminale in atto»<sup>60</sup>.

In nota de Marsico registrava una sintonia con Grispieni. Questi credeva a una stretta *intimità* tra dogmatica penale e politica criminale, e pensava che la «conoscenza dei fini» del legislatore servisse a spiegare la *ratio* degli istituti e a valutare la correttezza dell'interpretazione<sup>61</sup>. Il giurista campano teneva, tuttavia, a differenziarsi dal collega viterbese. A suo parere, la politica penale non era distinta dalla dogmatica, ma ne costituiva «uno dei coefficienti costanti e necessari». In tal modo si sarebbe dato séguito al «giusto rilievo» accordato da De Francisci al «momento politico» quale «strumento di orientamento dell'interprete e del giudice»<sup>62</sup>.

b) *Il gius-realismo di Francesco Antolisei*

In uno scritto sul *metodo* del 1937 (aggiornato nel 1940 e poi riprodotto con significative auto-censure) Francesco Antolisei, allora ordinario all'Università di Parma, deplorava la penetrazione, nella scienza giuridica italiana, del formalismo kelseniano e del connesso «dogma della neutralità o indifferenza politica». Quella «fantastica chimera», quella «grande illusione» gli sembravano il portato storico del liberalismo, il «massimo postulato dell'individualismo liberale» (un tasto propagandistico già battuto, come s'è

<sup>60</sup> DE MARSICO, *Il pensiero di Alessandro Stoppato* (1933), cit. nt. 58, pt. II, pp. 583-586.

<sup>61</sup> GRISPIENI, *Corso di diritto penale* (1931-32), cit. nt. 47, p. 36.

<sup>62</sup> DE MARSICO, *Il pensiero di Alessandro Stoppato* (1933), cit. nt. 58, pt. II, p. 587, nt. 1. L'A. rinviava (forse semplificandone alcuni passaggi, e comunque criticandone il mancato riferimento al penale) a DE FRANCISCI, *Ai giuristi italiani!* (1932), cit. nt. 56, pp. 682 («preminenza del momento politico») e 689-690 («compito altissimo» dell'interprete e del giudice era il mantenimento dell'equilibrio tra diritto e «ambiente», in modo da «temperare la rigidità della formula»; il giudice non avrebbe potuto «sostituirsi al legislatore», ma ciò non gli inibiva affatto la «possibilità di concorrere» al procedimento preparatorio del «rinnovamento legislativo»).

visto, da De Francisci e de Marsico): la preoccupazione garantista, «alla quale si accompagna[va] la diffidenza, di marca schiettamente illuministica, verso il potere giudiziario [...], [aveva] portato all'esigenza di uno stretto legame del giudice alla lettera della legge» e a trascurarne, per contro, gli «elementi non strettamente logici», bensì «politici, sociali ed etici». In quella deformazione il penalista marchigiano vedeva proiettarsi l'illusione lisztiana del codice penale quale *magna charta* del delinquente, l'idea *grottesca* d'una «costituzione elargita dallo Stato a coloro che si ribellano alla sua volontà». Egli, invece, scommetteva che «lo Stato moderno autoritario», affermatosi «nel clima ardente» del primo dopoguerra, stesse rovesciando la gerarchia tra individuo e comunità, rendesse obsoleto il formalismo individualistico e imponesse un mutamento di metodo<sup>63</sup>.

Per Antolisei, in particolare, urgeva «portare nello studio del diritto un vero e sano realismo. Soltanto in questo modo la dogmatica [avrebbe potuto] uscire dalla morta gora» e assumere una funzione non più cognitiva (teorica e vanamente terminologica) ma pratica. «Adoperare il cannone per uccidere un passerotto è stata e sarà sempre una cosa poco sensata, ed anche ridicola. Insomma, bisogna fare della teoria utile, come ammonì il nostro grande Scialoja». Analogamente, per il professore di San Severino Marche bisognava abbandonare le «ingannevoli speranze» del vecchio razionalismo e la «mania del sistema», prendendo atto che la costruzione sistemica poteva servire, tutt'al più, alla didattica<sup>64</sup>.

Il metodo proposto da Antolisei consisteva dunque nell'accertare non solo lo *scopo* (come insegnava il finalismo «ora dominante in Germania») ma anche il *fatto sociale* regolato dalla norma; nel «piegare la logica alle necessità della vita»<sup>65</sup>. Lo studioso incitava a prendere atto del carattere *dina-*

<sup>63</sup> ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico* (1937), cit. nt. 57, pp. 141 («dogma della neutralità»), 142 (chimera), 143 (illusione; formalismo ispirato al garantismo individualistico liberale), 144 (idea *grottesca*; avvento dello Stato autoritario). F. ANTOLISEI avrebbe ripubblicato il saggio, col tit. *Il metodo nella scienza del diritto penale*, in F. ANTOLISEI, *Problemi penali odierni*, Giuffrè, Milano, 1940, pp. 1-61; e di nuovo, col tit. originario, in ANTOLISEI, *Scritti di diritto penale*, cit. nt. 30, pp. 3-41.

<sup>64</sup> ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico* (1937), cit. nt. 57, pp. 145-147. Dissentiva dalla concezione di Antolisei circa la natura prettamente pratica della giurisprudenza (concezione che avrebbe reso inutile studiare il diritto, se privo di logica) CURATOLO, *Dommatica giuridico-penale* (1937), cit. nt. 40, p. 72, nt. 2.

<sup>65</sup> ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico* (1937), cit. nt. 57, pp. 148 (accertamento dello scopo e del fatto sociale); 150 (necessità della vita). NUVOLONE, *Introduzione a un indirizzo critico* (1949), cit. nt. 3, p. 166 avrebbe riconosciuto allo «spirito atticamente chiaro e scevro dalle

*mico* del diritto, che smentiva l'illusione della «vecchia dogmatica [...] di poter stabilire dei principî» assoluti. Egli reputava, di conseguenza, perfettamente lecito sia avanzare proposte *de iure condendo*, sia criticare le leggi vigenti, sebbene «giovani epigoni del tecnicismo formalistico» fossero *inverosimilmente* arrivati a sostenere che la mera entrata in vigore d'una norma ne 'sanasse' l'eventuale difetto. Occorreva recuperare la dignità della professione di giurista, avvertiva una nota in calce che suonava come un richiamo all'orgoglio corporativo<sup>66</sup>.

Antolisei non era convinto della trasponibilità, nel penale, di istituti privatistici. Questi, a suo parere, non possedevano «un valore assoluto, universale»; non erano «una specie di chiave fatata che apra qualsiasi porta», sebbene «alcuni di essi po[tesser]o avere una portata costruttiva più vasta di quella originaria», come aveva dimostrato Betti qualche anno prima<sup>67</sup>. Il riferimento al giurista camerte riguardava la nota prolusione milanese del 14 novembre 1927 su *Diritto romano e dogmatica odierna*. In quella sede l'insigne romanista, posta la *storicità* sia del soggetto sia dell'oggetto della conoscenza, aveva sostenuto che l'interpretazione del diritto antico richiede la padronanza delle categorie dogmatiche attuali, le quali consentono di accostarsi a testi remoti nella «più completa libertà» di integrazione e correzione. Polemizzando con la dogmatica «cristallizat[a]», «goffa» e *antistorica* del De Francisci, Betti aveva ipotizzato che almeno alcuni dei concetti elaborati dal diritto romano trascendessero quel tempo remoto, al pari di «certe categorie» (ordinamento, fonte, norma, rapporto, soggetto etc.) forgiate in ambiente privatistico, poi mutuate dal diritto pubblico e infine traslate nella «teoria generale del diritto»<sup>68</sup>.

eccessive complicazioni dottrinarie» di Antolisei, che pure moveva dal tecnicismo giuridico, d'aver spinto la penalistica italiana «verso un realismo [...] ugualmente lontano dal dogmatismo puro e dal nebuloso sostanzialismo».

<sup>66</sup> ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico* (1937), cit. nt. 57, pp. 151-153; *ivi*, nt. 1, pp. 152-153.

<sup>67</sup> ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico* (1937), cit. nt. 57, pp. 154-156. Pochi anni dopo, Giuseppe BETTIOL, *Sui recenti orientamenti metodologici nello studio del diritto penale*, in «Jus», 1940, fsc. 1, ora in BETTIOL, *Scritti giuridici*, cit. nt. 49, I, pp. 479-490: pp. 489-490 si dichiarava parimenti convinto della non-trasponibilità dei concetti tra i vari rami dell'ordinamento e bocciava la «perniciosa visione *pancivilistica*: «basti pensare al tentativo carneltuttiano di applicare al reato lo schema del negozio». Esprimeva ancora la medesima insofferenza verso il formalismo pancivilistico BETTIOL, *Diritto penale* (1945), cit. nt. 26, *Prefazione*, p. 8 (su cui v. *infra*, § 8).

<sup>68</sup> E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in «Archivio giuridico F. Serafini», XCIX,

Della dottrina dominante il saggio metodologico di Antolisei metteva in discussione anche la sottoposizione del giudice alla legge. A suo parere, nello «Stato moderno autoritario» la «preconcetta diffidenza verso l'autorità giudiziaria» non si giustificava. Pur restando ferma nello Stato fascista la divisione dei poteri, era tempo di vedere nel giudice non più la «macchina logica» sognata dall'illuminismo, ma un «organo vivente dello Stato», deputato a «continuare, con giudizi valutativi, l'opera del legislatore nello spazio che questi ha lasciato libero»<sup>69</sup>. Anche questa iniezione di fiducia nell'attività della giurisprudenza rappresentava un elemento di convergenza con de Marsico.

Per i motivi qui riassunti lo scritto di Antolisei del 1937, peraltro non

---

1928, pp. 129-150; C, 1929, pp. 26-66; poi in BETTI, *Diritto Metodo*, cit. nt. 2, pp. 59-133: pp. 64, 66, 68, 70-71, 75-76. Il riferimento riguardava P. DE FRANCISCI, *Dogmatica e storia nell'educazione giuridica*. Prolusione al corso di Istituzioni di Diritto romano letta a Padova il 22 gennaio 1922, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», III, 1923, fasc. IV, pp. 373-397, il quale, nell'auspicare l'inscindibilità di dogmatica e storia nella formazione del giurista (ivi, p. 390), aveva messo in guardia da alcuni gravi rischi d'una dogmatica aprioristica: il monismo legislativo e l'immobilismo anti-storico delle categorie logiche (ivi, pp. 379-381). Peraltro, poiché lo stesso De Francisci aveva auspicato una dogmatica capace di adeguarsi alla mutevolezza dei fatti (ivi, p. 383), BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna* (1928-29), cit. in questa nt., p. 71, nt. 24 ammetteva che il collega era «ben lungi dal disconoscere» i tratti d'una «dogmatica saggiamente intesa ed applicata». Com'è noto, B. CROCE, Recensione a Emilio Betti, *Diritto romano e dogmatica odierna* [...], in «La Critica», XXVIII, 1930, pp. 289-291 apprezzò, della prolusione bettiana, la tesi di fondo (la spendibilità dell'odierna dogmatica) e l'idea della *storicità* non solo dell'oggetto ma anche del soggetto. Avrebbe però preferito che Betti fosse più esplicito nel descrivere i «concetti classificatori» come semplici «strumenti di orientazione», mai totalmente *rigidi*. Sulla prolusione milanese di Betti v. I. BIROCCHI, *Emilio Betti: il percorso intellettuale e il tema dell'interpretazione*, in *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, a cura di Antonio Banfi, Massimo Brutti, Emanuele Stolfi, RomaTre Press, Roma, 2020, pp. 9-42: 21-24.

<sup>69</sup> ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico* (1937), cit. nt. 57, p. 161. Per le idee di Antolisei su *Il giudice penale e la legge* (tit. della prolusione torinese del 21 novembre 1940, pubbl. in «Rivista italiana di diritto penale», XII, 1940, pp. 465 ss., poi in ANTOLISEI, *Scritti di diritto penale*, cit. nt. 30, pp. 43-60) cfr. G. DODARO, *Giuliano Vassalli tra fascismo e democrazia. Biografia di un penalista partigiano (1915-1948)*, Giuffrè, Milano, 2022, pp. 132-133. Anche G. BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, in «Rivista italiana di diritto penale», X, 1938, n. 1, pp. 3-18, poi in BETTIOL, *Scritti giuridici*, cit. nt. 49, I, pp. 318-329: 318 avrebbe dichiarato di preferire la tesi della natura *conoscitiva* (Grispigni) e non *creativa* (Mezger) dell'interpretazione per evitare che insorgesse «una confusione tra giudice e legislatore pericolosa nell'ambito di un regime autoritario».

scevro da «ammiccament[i]» al regime, può reputarsi una «rilevant[e] incrinatur[a]» all'interno del *côté* tecnico-giuridico<sup>70</sup>.

c) *Giuseppe Bettiol e la riscoperta dei 'valori'*

Il teleologismo di Giuseppe Bettiol, allievo di Delitala, si riprometteva di coniugare una «dogmatica flessibile» con le correnti anti-formalistiche<sup>71</sup>. Da una prospettiva schiettamente cattolica, il giurista friulano era anzitutto impegnato ad annodare la scienza penalistica all'orizzonte dei *valori*, che il diritto «non crea ma trova preesistenti nella realtà sociale»<sup>72</sup> e disposti se-

<sup>70</sup> M. PIFFERI, *La penalistica del dopoguerra e le sfide della Costituzione repubblicana. Qualche considerazione sul problema del metodo e il fine della pena*, in «Giornale di Storia costituzionale», 46, 2023, fsc. II, pp. 211-235: 213; e già S. SEMINARA, *Sul metodo tecnico-giuridico e sull'evoluzione della penalistica italiana nella prima metà del XX secolo*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Jovene, Napoli, 2011, pp. 575-616: 607.

<sup>71</sup> S. RIONDATO, *Un diritto penale detto "ragionevole". Raccontando Giuseppe Bettiol*, Cedam, Padova, 2005, p. 11. Per NUVOLONE, *Introduzione a un indirizzo critico* (1949), cit. nt. 3, p. 169 Bettiol apparteneva a quel nòvero di giuristi che, pur «apparentemente eterodoss[i]» rispetto all'indirizzo tecnico-giuridico, restavano convinti che la legge positiva fosse «l'unica fonte» del diritto penale. Sulla diffidenza di Bettiol verso il formalismo, da lui temuto per le connessioni con lo statualismo e con il positivismo totalitario, v. G. MARINI, *Giuseppe Bettiol. Diritto penale come filosofia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1985, p. 39. Per M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in «Quaderni fiorentini», 28, 1999, *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, II, pp. 817-850, ora in SBRICCOLI, *Storia del diritto penale*, cit. nt. 4, II, pp. 1001-1034: 1033 Bettiol fu tra i giovani penalisti che usarono il «metodo giuridico» come strumento di «difesa» o di rifugio» dal regime fascista. Contesta tale giudizio, con riferimento a Bettiol, S. RIONDATO, *Ricordo di Giuseppe Bettiol, quarant'anni dopo la scomparsa*, in «Diritto penale XXI secolo», n. 41, 2/2022, pp. 393-415: 397, nt. 10, che a quella di Sbriccoli contrappone la lettura di P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 265: questi apprezzava la tormentata ricerca epistemologica di Bettiol, insofferente al tecnicismo 'chiuso' e privo di visione teleologica.

<sup>72</sup> BETTIOL, *Sui recenti orientamenti metodologici* (1940), cit. nt. 67, p. 501 (su questo saggio v. M. RONCO, *L'attualità di Giuseppe Bettiol nel 100° anniversario della nascita e nel 25° anniversario della morte*, in «Criminalia», 2007, pp. 147-164: 157); così anche BETTIOL, *Sistema e valori* (1940), cit. nt. 49, p. 501. Sulla concretezza del *valore* concepito da Bettiol cfr. MARINI, *Giuseppe Bettiol*, cit. nt. 71, pp. 53-54; RIONDATO, *Un diritto penale detto "ragionevole"*, cit. nt. 71, p. 4; G. GENTILE, *Alice, Humpty Dumpty e la penalistica italiana: ovvero, una breve storia dell'interpretazione letterale dall'illuminismo all'ermeneutica giuridica*, in «Diacronia», 1/2022, *La koinè ermeneutica-giuridica*, pp. 179-222: 199-201.

condo un ‘naturale’ ordine gerarchico<sup>73</sup>. Un evidente strappo rispetto all’ortodossia tecnicistica.

Nel saggio del 1938 sul *bene giuridico*, confortato dal «risorgere di valori metagiuridici» quali l’antigiuridicità materiale e «la considerazione del fatto sociale», Bettiol presentiva «il sorgere di nuove correnti» anti-formalistiche<sup>74</sup>. Nel 1940, però, lo studioso di Cervignano del Friuli salvaguardava senza equivoci il ruolo-chiave della «giurisprudenza concettuale»: la quale, quantunque viziata di «panlogismo», fungeva da baluardo *razionalista* contro le derive irrazionalistiche e anti-sistematiche della *Begriffjurisprudenz* tedesca. A tal proposito, egli dissentiva, probabilmente a causa d’una diversa (pur se ancora inespressa) sensibilità politica, dal giusrealismo di Antolisei, che aveva visto nella «dogmatica formalistica» un grimaldello ‘liberale’ del quale sbarazzarsi<sup>75</sup>.

#### 8. *Il secondo dopoguerra: tra antigiuridicità formale e teleologismo*

I fermenti realistici interni all’indirizzo tecnico-giuridico non vanno forse enfatizzati. Ma, in ogni caso, mal si combinano con lo stereotipo d’una penalistica italiana totalmente prigioniera del dogmatismo austero, se non cupo<sup>76</sup>.

In un benevolo bilancio stilato nel 1946, Pietro Nuvolone osservava

---

<sup>73</sup> BETTIOL, *Sistema e valori* (1940), cit. nt. 49, p. 502 (su questo saggio v. RONCO, *L’attualità di Giuseppe Bettiol*, cit. nt. 72, pp. 157-159). BETTIOL, *Diritto penale* (1945), cit. nt. 26, p. 35 si sarebbe mostrato riconoscente verso il maestro DELITALA, *Postilla* (1936), cit. nt. 38, p. 535, che aveva apprezzato l’apertura dell’ala *teleologica* dell’indirizzo tecnico giuridico alla «realtà sociale» (cfr. *supra*, § 5).

<sup>74</sup> BETTIOL, *Bene giuridico e reato* (1938), cit. nt. 69, pp. 318-319. Il riferimento al «fatto sociale» era desunto da ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico* (1937), cit. nt. 57, spec. p. 149: «Il fatto o rapporto regolato dalla norma [...] deve essere ritenuto, al pari dello scopo, elemento integrante della norma stessa [...], la sostanza di cui il diritto è materiato». Altri spunti BETTIOL, *Bene giuridico* (1938), cit. nt. 69, p. 322 traeva da Delitala, che aveva da poco (1936) parlato di bene giuridico come concetto teleologico; e da Florian, che vi aveva visto un «germe» suscettibile di interessanti sviluppi. Per un inquadramento del saggio del 1938 nella temperie penalistica del tempo v. RONCO, *L’attualità di Giuseppe Bettiol*, cit. nt. 73, pp. 147-164: 152-155.

<sup>75</sup> BETTIOL, *Sui recenti orientamenti metodologici*, cit. nt. 67, pp. 484 e 487.

<sup>76</sup> Sul punto v. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit. nt. 71, pp. 261-265, con precipuo riguardo ai lavori di Antolisei e di Bettiol degli anni Trenta.

come la dottrina tra le due guerre, pacificata, «almeno apparentemente, nell'eclettico agnosticismo dei codici Rocco», si fosse tenuta lontana dall'irrazionalismo e dagli eccessi anti-legalistici della dottrina tedesca, anche quando – come nel caso di Antolisei e di de Marsico – aveva propugnato l'adozione di «criteri esegetici che tenessero conto della realtà sociale». Nella Penisola, secondo il giurista bergamasco,

il maggiore equilibrio del popolo, la probità e la ponderatezza degli studiosi, il dogma statualistico» avevano impedito gli «sconfinamenti» della politica e avevano contenuto «la scienza del diritto penale nei limiti della legge positiva [...], baluardo contro i possibili arbitri dello Stato totalitario. Il quale fu costretto, rinunciando ad ogni impostazione di principio, ad abusare del suo potere nei casi concreti, attraverso violazioni più o meno palesi della legge scritta». [Insomma,] «nonostante l'evidente orientamento contrario del potere politico [...], l'indirizzo legalitario [aveva dominato] quasi incontrastato in dottrina,

come mostravano i percorsi scientifici di un Antolisei e di un Petrocelli, e con l'isolata eccezione del Maggiore<sup>77</sup>.

Nel turbolento periodo della *transizione* costituzionale, a calamitare l'attenzione degli studiosi era specialmente la sorte dei codici Rocco. Sin dal 1944 Remo Pannain e Giovanni Leone si erano fatti paladini della *conservazione* del codice penale vigente, sul presupposto che esso fosse, in larga misura, il frutto sano della scienza giuridica italiana e che non sarebbe stato arduo 'ripulirlo' dalle incrostazioni estrinseche dell'ideologia fascista<sup>78</sup>. Di questa campagna si fece promotore, dal 1945, «Archivio Penale» diretto da Pannain<sup>79</sup>. Per una sorta di eterogenesi dei fini, quindi, la de-fascistizzazione

<sup>77</sup> Pietro NUVOLONE, *Il momento penale*, in «Archivio Penale», 1946, fsc. V-VI (mag.-giu.), pp. 269-281; poi in NUVOLONE, *Trent'anni*, cit. nt. 3, I, pp. 140-150: 140-144 e 146.

<sup>78</sup> R. PANNAIN, *La riforma della legislazione*, in «Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Camerino», 1942-44, voll. 16-18, pp. 17-18, 28-29; G. LEONE, *Sulla riforma del codice penale*, in «La Giustizia», 25 settembre 1944; R. PANNAIN, *Notizie e spunti sulla riforma dei codici penali*, in «Archivio Penale», I, 1945, fsc. I-II, pp. 56-61: 59-60.

<sup>79</sup> P. PIASENZA, *Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato: il dibattito sulla riforma del codice penale e della legge di pubblica sicurezza*, in «Politica del diritto», X, 1979, n. 3, pp. 261-317: 264-265. Cfr., ad es., T. DELOGU, *L'elemento politico nel codice penale*, in «Archivio Penale», I, 1945, pt. I, fsc. III, pp. 161-195: pp. 169 e 184. Da altra angolazione, il primo presidente della Casazione E. CASATI, *Considerazioni e proposte sulla riforma dei codici penali*, in «Archivio Penale», I, 1945, pt. I, fsc. I-II, pp. 43-56: 46-47, al medesimo fine di 'sganciare' dalla volontà politica del fascismo il codice Rocco, ne sottolineava, invece, le continuità con i cardini del posi-

finì addirittura per rinvigorire il positivismo tecnicistico, mettendo nell'angolo le correnti 'valoriali' della penalistica<sup>80</sup>.

Questo singolare effetto è esemplarmente rappresentato da un articolo di Biagio Petrocelli, non a caso ospitato da «Archivio Penale» del 1945. L'Autore meditava sulle pagine de *L'oggetto del reato* (1913) nelle quali Arturo Rocco, muovendo dal presupposto del carattere «meramente formale» del diritto penale, aveva identificato «la sola e vera illiceità giuridica» in quella *formale*; l'illiceità *materiale* era invece, per Rocco, il «danno o il pericolo di danno» derivante dal reato<sup>81</sup>. Per Petrocelli, al contrario, la materialità del reato consisteva proprio nella violazione della norma, a prescindere dall'effettivo verificarsi del danno o del pericolo; la «sostanza umana e sociale» penalmente rilevante (si noti l'affinità, sul punto, col pensiero di Grisogni) era soltanto quella racchiusa nella norma e vivente «nella sagoma del suo imperativo». Di conseguenza, «la valutazione» giudiziale della «socialità o antisocialità dell'azione» avrebbe dovuto «sempre cedere innanzi alla diversa valutazione del legislatore». Per non mortificare del tutto l'attività giurisprudenziale Petrocelli le assegnava il compito, piuttosto fumoso, di ripercorrere «mentalmente il cammino del legislatore» e di confrontarne la volontà con la «concreta e vivente realtà dell'oggi». Perentoria la conclusione: «La cosiddetta antigiridicità materiale [...] non esiste»<sup>82</sup>.

Da una prospettiva assai diversa, la *Prefazione* di Bettiol al manuale, licenziata negli stessi mesi (settembre 1945) dell'articolo di Petrocelli, esplicitava il desiderio di rilanciare la dimensione etica (in chiave cristiana) del penale in vista della «ricostruzione spirituale dell'Europa». Tuttavia il professore friulano, come già si era arguito dai lavori ante-guerra, non intendeva affatto sovvertire il metodo dogmatico. Da un lato, infatti, si prefiggeva il «superamento» del «tecnicismo giuridico a sfondo panciviltistico, il quale ha veramente depauperato il diritto penale ed essiccato in una

---

tivismo: difesa sociale «trasfus[a]» nella difesa dello Stato, misure di sicurezza.

<sup>80</sup> PIASENZA, *Tecnicismo giuridico*, cit. nt. 79, pp. 269 e 281. Con particolare riferimento al diritto processuale penale v. NOBILI, *La procedura penale* (1977), cit. nt. 53, p. 70. SEMINARA, *Sul metodo tecnico-giuridico*, cit. nt. 70, pp. 612-613 sostiene che, nel secondo dopoguerra, il tecnicismo divenne «vuoto formalismo» nonché ideologia frenante sulla strada dell'adeguamento alla Costituzione. Per la bibliografia sul punto v. PIFFERI, *La penalistica del dopoguerra*, cit. nt. 70, pp. 228-229, nt. 8.

<sup>81</sup> AR. ROCCO, *L'oggetto del reato* (1913), cit. nt. 26, p. 477.

<sup>82</sup> B. PETROCELLI, *Forma e sostanza nell'antigiridicità*, in «Archivio Penale», I, 1945, fsc. V, pt. I, pp. 241-252: 250-252.

geometria concettuale ineccepibile problemi che urgono nel cuore dell'uomo»: di qui il tentativo «di dare una impostazione teleologica ai concetti penali onde ancorarli alla realtà della vita dopo di averli tolti dall'*aer perso* di una scialba considerazione formalistica». Dall'altro però egli spiegava con passione ai lettori del manuale che lo studio del Diritto penale non consisteva in articoli del codice da «mandare a memoria» o in un «affastellamento di cognizioni», bensì in un «sapere “ordinato”» da mettere a sistema. Sicché, d'accordo col maestro Delitala, Bettiol riteneva che bisognasse sfruttare le potenzialità della dogmatica, intesa come metodo logico induttivo e deduttivo, come strumento ordinante, come «*slancio*» sistematico finalizzato alla classificazione di tipo naturalistico (la metafora, come si è visto, risale al Maggiore). Ciò nonostante, Bettiol non nascondeva i «notevoli pericoli» insiti nel concettualismo: il formalismo, l'intellettualismo, lo «splendido isolamento» del diritto penale «da ogni contatto con la realtà fenomenica tenuta in dispregio» nonché «con il mondo dei valori e quindi con il campo dell'etica che urge alle porte». Egli suggeriva perciò di coordinare «idee chiare, semplici, precise [...] verso i “valori” [...]». Bergson può insegnare molte cose anche al giurista<sup>83</sup>.

#### 9. *Pietro Nuvolone e il ritorno del giusnaturalismo*

Nell'articolo d'inizio 1946 sopra citato (§ 8) Nuvolone azzardava una prima fotografia della penalistica che andava riorganizzandosi dopo la frattura politico-istituzionale post-bellica. Come tratto caratterizzante egli indicava l'«insoddisfazione profonda per il positivismo giuridico». A suo giudizio lo scontento, già affiorato nella crisi del penale ante-guerra, si andava ora accentuando sia dal punto di vista del diritto interno, nel quale la «legislazione politica eccezionale» veniva configurata (da lui stesso e da Giuliano Vassalli, tra gli altri) come ripristino «di un concetto superiore di giustizia»; sia sul piano del diritto internazionale, dove il medesimo argomento

---

<sup>83</sup> BETTIOL, *Diritto penale* (1945), cit. nt. 26, *Prefazione*, p. 8 (critica al pancivilismo; illustrazione del teleologismo); ivi, pp. 32-36 (utilità della dogmatica, pericoli del concettualismo). Per il paragone di Maggiore con la classificazione del naturalista v. *supra*, nt. 16. Le oscillazioni presenti nel manuale di Bettiol erano oggetto di apprezzamento da parte di C. PEDRAZZI, *Il «diritto penale» del Bettiol*, in «Rivista di Filosofia Neo-Scolastica», 39, 1947, n. 2 (giu.), pp. 110-122, il quale vi ravvisava un «giusto equilibrio fra fonti formali e fonti sostanziali» (ivi, p. 111); del teleologismo professato dallo studioso friulano Pedrazzi rimarcava la matrice tomistica (ivi, p. 112).

(l'esistenza d'un «diritto superiore alle leggi positive») era invocato per la «punizione dei crimini di guerra e dei delitti di lesa umanità»<sup>84</sup>. A questa duplice spinta, per così dire, endo-giuridica si sommava, secondo Nuvolone, un fattore esogeno del tutto nuovo: l'utilitarismo anglo-americano, che avrebbe presto condotto a un «ripudio istintivo del positivismo giuridico di tipo latino», giacché nulla era «più straniero allo spirito anglosassone dei sistemi chiusi di norme». L'avvicinamento alla *common law* – confidava lo studioso lombardo – avrebbe consentito alla cultura giuridica italiana di affrancarsi sia dalle correnti irrazionalistiche tedesche sia dal «dogma stualista, che intristisce la vita del diritto»; di progettare riforme legislative calibrate sull'evoluzione sociale; di orientare la scienza penalistica verso «categorie logiche sostanziali»<sup>85</sup>.

Nuvolone coglieva taluni riscontri dell'avanzante neo-giusnaturalismo nella dottrina coeva: per esempio, nell'«indirizzo umanistico» di Bettiol, il quale comunque mostrava «di tenersi tuttora ancorato al diritto positivo»; nei saggi di Vassalli sui criminali di guerra e sul collaborazionismo; e, sintomo d'una tendenza più generale, nel Carnelutti de *L'equità nel giudizio penale*<sup>86</sup>. Di contro, il giurista bergamasco percepiva resistenze da parte di

<sup>84</sup> NUVOLONE, *Il momento penale* (1946), cit. nt. 77, p. 147. Per entrambi i profili l'A. citava adesivamente recentissimi lavori di G. VASSALLI: per il diritto interno, *La collaborazione col tedesco invasore nella giurisprudenza della Sezione speciale della Cassazione*, in «La Giustizia Penale», L, 1945, fsc. un., pt. II, coll. 1-15 (saggio integrato sullo stesso periodico nel 1946 e completato da G. VASSALLI – G. SABATINI, *Il collaborazionismo e l'amnistia politica nella giurisprudenza della Corte di Cassazione. Diritto materiale. Diritto processuale. Testi legislativi*, La Giustizia penale, Roma, 1947; cfr. R. BIANCHI RIVA, *L'ordine del superiore gerarchico nella giustizia di transizione italiana: diritto, etica e politica*, in «Historia et Ius», 16/2019, paper 4, pp. 1-57 e spec. 11-12, 15, 17, 24-25, 51); per il diritto internazionale l'altro lavoro vassalliano *La punizione dei criminali di guerra*, in «Idea», 1945, pp. 23-26, poi in G. VASSALLI, *Scritti giuridici*, II, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 673-686 (cfr. G. CHIODI, *Legalità penale e punizione dei crimini contro l'umanità al processo di Norimberga: la visione di Giuliano Vassalli*, in «Historia et ius», 10/2016, paper 29, pp. 1-15: 4). Lo stesso P. NUVOLONE aveva da poco pubblicato il vol. *La punizione dei crimini di guerra e le nuove esigenze giuridiche*, Edizioni della Bussola, Roma, 1945.

<sup>85</sup> NUVOLONE, *Il momento penale* (1946), cit. nt. 77, pp. 148 e 150.

<sup>86</sup> NUVOLONE, *Il momento penale* (1946), cit. nt. 77, p. 149 e ivi, nt. 32. Di G. BETTIOL era citato *Il problema penale*, Editrice Scientifica Triestina, Trieste, 1945; di G. VASSALLI i saggi *La collaborazione e La punizione dei criminali di guerra*, entrambi qui cit. nt. 84; infine veniva richiamato F. CARNELUTTI, *L'equità nel giudizio penale (Per la riforma della Corte d'assise)*, in «La Giustizia penale», L, 1945, pt. III, coll. 1-11; poi in F. CARNELUTTI, *Questioni sul processo penale*, Dott. Cesare Zuffi, Bologna, 1950, pp. 63-78.

autori (come Petrocelli) che non intendevano superare «i confini rigidi del diritto positivo». Egli le attribuiva al comprensibile timore dell'«influenza russa», che intendeva il diritto quale «strumento di lotta» politica e di classe. Ma non per questo gli pareva opportuno «fondare una scienza unicamente su basi così labili e pericolose come quelle della legge scritta, che non offre, tra l'altro, al cittadino nessuna garanzia sostanziale contro gli arbitri dello Stato»<sup>87</sup>.

In un breve scritto del 1948, tuttavia, lo stesso Nuvolone manifestava un certo scetticismo verso il montante giusnaturalismo, specie nella versione 'universalistica' che, a suo parere, se disancorata dalle leggi d'uno Stato sovrano minava l'esigenza di certezza del diritto. Di questo saggio due aspetti appaiono qui degni d'interesse. In primo luogo, l'Autore individuava tre correnti penalistiche attive: la *metodologica* (il finalismo di Bettiol), la *sostanzialistica* (diritto libero e scuola di Kiel), la *reformista*. In quest'ultima egli includeva la Scuola positiva, della quale lo colpiva il fatto che si ponesse il problema «del contenuto delle forme penali» ma che restasse conservatrice «sul piano della dogmatica»: «tipico» di tale «atteggiamento» gli sembrava il manuale di Grispigni del 1947<sup>88</sup>.

Quest'ultimo testo in effetti, ribadendo le posizioni già espresse dallo studioso positivista nel 1932, asseriva senza tentennamenti che «oggetto della dommatica è il diritto positivo»; che non bisogna preoccuparsi «di ricercare se gli effetti concreti» della norma «nella vita sociale siano, o non, da approvare come conformi ad un ideale di giustizia»; che «la norma deve essere assunta così com'è, come un domma, che non si vuole valutare»<sup>89</sup>. Poco oltre però, bilanciando, come in passato, il rigido legalismo di queste affermazioni, Grispigni ripescava il fraseggio della prolusione camerte del 1920 (v. *supra*, § 6) e ripeteva l'invito al giurista a non fermarsi «alla fredda

<sup>87</sup> NUVOLONE, *Il momento penale* (1946), cit. nt. 77, pp. 149-150. Come esempio di resistenza alle aperture neo-giusnaturalistiche l'A. citava PETROCELLI, *Forma e sostanza dell'antigiuridicità* (1945), cit. nt. 82.

<sup>88</sup> P. NUVOLONE, *I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale*, in «Rivista italiana di diritto penale», 1948, n. 1-3, pp. 38-55; ora in NUVOLONE, *Trent'anni*, cit. nt. 3, I, pp. 151-165: 152-154.

<sup>89</sup> GRISPIGNI, *Diritto penale italiano* (1947), I, cit. nt. 50, *Introd.*, pp. 7-8. Tesi ribadite da F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano. Volume primo* [...]. Ristampa invariata della seconda edizione con l'aggiunta di una appendice, Giuffrè, Milano, 1950, *Introd.*, p. 8. Cfr. anche ivi, p. 10: le norme giuridiche sono *forme*, la vita sociale è la *materia*, e lo studio della vita sociale «non rientra nel compito specifico della dommatica» (convinzioni inalterate rispetto al *Corso* 1931-32).

considerazione delle disposizioni di legge» e a tener «da mano sul polso delle vibrazioni sociali»<sup>90</sup>.

Il secondo versante del saggio di Nuvolone del 1948 meritevole, qui, di attenzione è il giudizio piuttosto severo sull'indirizzo tecnico-giuridico. Secondo il penalista lombardo, esso, sebbene avesse *affinato* «la conoscenza del diritto positivo», aveva *ridotto* il ruolo «del giurista a quello di interprete», 'condannandolo' a consumare «una imponente massa di lavoro logico sopra un oggetto, molte volte, lacrimevolmente indegno»: si era, di conseguenza, *perpetuato* e addirittura *aggravato* «il paradosso per cui i migliori erano chiamati a commentare e ad applicare le leggi, elaborate dai meno preparati». Eppure, ad avviso di Nuvolone, esisteva la possibilità d'una *scienza* «al di fuori dell'esegesi e della dogmatica» del diritto positivo. Questa 'altra' dogmatica avrebbe potuto basarsi su una selezione dei «principi universalmente validi» di solito esposti nella parte generale dei trattati: la causalità, il dolo e la colpa, la tesi dicotomica o tricomica del reato<sup>91</sup>.

Era proprio la cernita tra «dogmatica del diritto positivo» e «dogmatica metapositiva» (ossia i principi «universalmente validi»), nonché il filtro tra vero e falso *a priori*, il nucleo qualificante dell'indirizzo *critico* che Nuvolone illustrava nella prolusione parmense del 1949. Lo faceva prendendo di mira il più grave 'peccato' del tecnicismo giuridico: l'aver attinto ampiamente alla dimensione meta-giuridica, nonostante la conclamata intenzione di aderire al diritto positivo. A suo parere, tale incoerenza si era manifestata sotto una pluralità di profili. Anzitutto, in ambito ermeneutico, la dottrina si era schierata ora per l'interpretazione logica, ora per quella teleologica; la teleologica era partita talora da una visione statica della norma (Grispigni), talaltra da una concezione funzionale a un fine interno al sistema (Antolisei) o esterno ad esso (Bettiol); ma, in ogni caso, i canoni interpretativi non potevano che collocarsi al di fuori dell'ordinamento positivo. In secondo luogo, «natura tipicamente metagiuridica o, quanto meno, extra-legale» presentavano le questioni dell'analogia, dell'oggetto e della bipartizione o tripartizione del reato. L'«ultima e definitiva riprova della continua *contaminatio* tra positivismo e metapositivismo giuridico» era data, per Nuvolone, dalle disquisizioni sulla funzione della pena, tema sul quale il codice innegabilmente taceva e che pertanto era rimesso alla *Weltanschauung* del singolo stu-

<sup>90</sup> GRISPIGNI, *Diritto penale italiano* (1947), I, cit. nt. 50, *Introd.*, pp. 21-22.

<sup>91</sup> NUVOLONE, *I fini e i mezzi* (1948), cit. nt. 88, pp. 154 (mortificazione dell'interprete), 155 (selezione dei principi), 156-157 (compito del giurista: non «da posizione dei fini», sempre mutevoli e relativi e perciò rimessi al legislatore, ma dei mezzi congrui a raggiungerli).

dioso. Insomma – sintetizzava il professore – «l'indirizzo tecnico-giuridico non [era] riuscito a circoscrivere alle pure norme del diritto positivo l'oggetto della scienza penale», giacché aveva prelevato al di fuori della legge taluni fondamentali «concetti, teorie, argomentazioni»<sup>92</sup>.

Ma non è tutto. È noto che l'indirizzo tecnico-giuridico aveva largheggiato nell'impiego di categorie logiche astratte. Ebbene, ad avviso di Nuvolone, esso aveva trasformato più o meno inconsapevolmente le tante astrazioni *improprie* (ossia le generalizzazioni a fini classificatori) in astrazioni *pure*, come se queste fossero dotate di un'«entità» autonoma effettiva: tale, ad esempio, l'«illusione ottica» del Carnelutti che, nelle *Lezioni* penalistiche del 1943, aveva scambiato per «realtà» categorie ordinatorie meramente nominalistiche. Ma così la scienza si rivelava «una pseudo-scienza»; e il tecnicismo giuridico restava zavorrato al «giusnaturalismo carrariano», pretenziosamente universalistico<sup>93</sup>.

#### 10. In difesa del tecnicismo legalistico: Petrocelli e Bellavista

Il dibattito sulla perdurante attendibilità scientifica del tecnicismo giuridico era aperto. Se ne occupavano due saggi apparsi nel 1950.

Negli *Scritti Carnelutti* Petrocelli faceva il punto su tecnicismo e anti-tecnicismo nel penale. Il primo, a suo parere, scontava l'errore d'essersi proposto come scuola tra le altre, anziché agire come monito di giuridicità contro ogni «confusionismo metodologico». Il secondo, «una specie di moda, che ha ogni tanto i suoi ritorni», si era, da ultimo, palesato nel neogiusnaturalismo filosofico di Maggiore, che aveva agganciato la nozione di reato a un presunto ordine superiore e universale; e nel teleologismo di Bettiol, che specialmente nel manuale aveva rimproverato alla corrente maggioritaria d'aver trascurato i *contenuti* e aver così costretto il penale a uno «splendido isolamento»<sup>94</sup>. Il dissenso di Petrocelli dal collega friulano na-

<sup>92</sup> NUVOLONE, *Introduzione a un indirizzo critico* (1949), cit. nt. 3, pp. 177-179 (programma dell'indirizzo *critico*); 170-175 (esempi di aperture meta-giuridiche).

<sup>93</sup> NUVOLONE, *Introduzione a un indirizzo critico* (1949), cit. nt. 3, pp. 176-177 e ivi, p. 177, nt. 50. Qui l'A. citava F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale. Il reato. I*, Giuffrè, Milano, 1943, pp. 1-4.

<sup>94</sup> B. PETROCELLI, *Tecnicismo e antitecnicismo nel diritto penale*, in *Scritti in onore di Francesco Carnelutti. Volume Quarto: Diritto pubblico e storia del diritto*, Cedam, Padova, 1950, pp. 337-368; poi in B. PETROCELLI, *Saggi di diritto penale*, Cedam, Padova, 1952, pp. 391-426: 391-392 (sul tecnicismo); ivi, pp. 397-403 (sull'anti-tecnicismo); ivi, p. 407 (critica a Bettiol; signi-

sceva sia dal timore che i suddetti *contenuti* venissero selezionati e ‘imposti’ dai ceti dirigenti; sia dal sospetto che un eccesso di spiritualismo si lasciasse sfuggire la concreta dialettica degli interessi; sia, soprattutto, dalla preoccupazione (ma Petrocelli assicurava di non alludere a Bettiol, mostratosi anzi coraggioso «in tempi difficili») che il sostanzialismo sfociasse nell’idea del «sano sentimento del popolo, ed altre cose del genere. Delle quali, mi sia lecito una volta tanto il ricordarlo, proprio quando erano di moda, anzi di ordinanza, io scrissi che con quelle formule si voleva né più né meno la libera regolamentazione del caso concreto, cioè la fine del diritto». A scanso di equivoci, Petrocelli puntualizzava che non avrebbe avuto nulla da eccepire se per *contenuto* si fosse inteso, à la Liszt, l’«imperativo giuridico» o, come aveva sostenuto proprio Bettiol, la volontà dello Stato racchiusa nella legge<sup>95</sup>.

Le ultime battute del saggio levavano un inno al positivismo giuridico, identificato con il formalismo tecnicistico. Petrocelli ne rivendicava l’originaria portata garantista, sebbene ora, per effetto d’uno «strano destino», esso fosse esecrato come «strumento di totalitarismo». La norma positiva restava quel residuo di ragione che al giurista importava salvare, «senza perdersi in chimere», «anche quando, nelle alterne vicende, la ragione fosse costretta a cedere alla forza». Anziché piegare «il capo, inerte e cieco», dinanzi a qualsiasi legge, il giurista – concludeva fiducioso il cattedratico napoletano – avrebbe potuto fondarsi sulla norma sia per «tutelare nel cittadino il limite che ogni norma gli assicura», sia per «promuovere, attraverso l’aperta dichiarazione della legge qual è, con tutti i suoi errori e i suoi arbitri, l’avvento della legge migliore»<sup>96</sup>. Com’è stato acutamente osservato, la serrata difesa

---

ficato di *contenuto*). L’A. si riferiva sia a G. MAGGIORE, *Delitto naturale e delitto legale*, in «La Scuola positiva», LVI, 1948, fsc. 3-4, pp. 366-404: 376, il quale aveva denominato reato *sostanziale* quello la cui criminosità dipendeva da un «ordine superiore» e «universalmente valido», «preesistente [...] all’imperativo del potere legiferante»; sia a BETTIOL, *Diritto penale* (1945), cit. nt. 26, p. 35, dove si legge l’espressione «splendido isolamento».

<sup>95</sup> PETROCELLI, *Tecnicismo e antitecnicismo* (1950), cit. nt. 94, pp. 414, 418, 417, 411. In effetti B. PETROCELLI, *Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale*. Prolusione al corso ufficiale di diritto penale, letta nella R. Università di Napoli il 13 gennaio 1941, in «Rivista italiana di diritto penale», XIII, 1941, pp. 3-26, ora in PETROCELLI, *Saggi*, cit. nt. 94, pp. 341-364: 357 aveva già scritto che accettare la tesi della scuola di Kiel (diritto creato dalla comunità anziché dalla legge) implicava «la libera regolamentazione del caso concreto», ossia «la fine del diritto». Questa prolusione tenuta da Petrocelli a Napoli nel 1941 è stata, di recente, considerata da G. DODARO, *Giuliano Vassalli*, cit. nt. 69, p. 150 «un manifesto politico per un diritto penale autoritario».

<sup>96</sup> PETROCELLI, *Tecnicismo e antitecnicismo* (1950), cit. nt. 94, pp. 424-426. Sulla curvatura au-

petrocelliana del tecnicismo legittimava la professionale neutralità del giurista sia retrospettivamente, ossia rivangando il recente passato fascista, sia «nel presente e nel futuro costituzionale», quasi come se la Carta non esistesse<sup>97</sup>.

Anche la prolusione triestina (1950) di Girolamo Bellavista, allievo palermitano di Maggiore, pronunciava un «atto di fede» verso il metodo tecnico. L'Autore, scomponendo il 'trittico' rocchiano, ne riconosceva lo «sviluppo» asimmetrico: «rachitic[a]» l'esegesi, «elefantiac[a]» la dogmatica, «inesistente» la critica. Ma ne rilevava la piena legittimità costituzionale, dal momento che l'esegesi e la dogmatica imponevano di rispettare la legge vigente, «rinunziando alle pericolose ed anticostituzionali suggestioni della interpretazione come atto creativo»<sup>98</sup>. Un eventuale spazio alle proensioni dell'interprete – concedeva il professore siciliano – residuava, semmai, solo nel «*posterius* logico e cronologico» della *critica*<sup>99</sup>.

Bellavista passava quindi a contrastare meticolosamente le teorie dei principali oppositori 'interni' (Nuvolone, Antolisei, Bettiol) del metodo tecnico-giuridico. A Nuvolone che, come s'è visto (v. *supra*, § 9), ne aveva colto la più imperdonabile contraddizione nell'aver spostato al di fuori della legge alcuni pilastri fondanti (i canoni ermeneutici, la struttura del reato, la funzione della pena), Bellavista replicava che i criteri d'interpretazione erano tutti ricavabili da norme giuridiche, come insegnato da Vittorio Scialoja; che la concezione tricotomica dell'antigiuridicità doveva pur sempre attersi al materiale «grezzo» del diritto positivo (senza abusare della fantasia consigliata da Kohler ai dogmatici); che la funzione della pena era desumibile dagli articoli del codice, a meno di non voler *contrabbandare* per «dogma

---

toritaria, operata da Petrocelli, del principio di legalità v. la documentata ricostruzione di DODARO, *Giuliano Vassalli*, cit. nt. 69, pp. 141-155.

<sup>97</sup> PIFFERI, *La penalistica italiana*, cit. nt. 70, p. 216.

<sup>98</sup> BELLAVISTA, *Deviazioni metodologiche* (1950), cit. nt. 3, pp. 87-90 (Antolisei, Maggiore, Nuvolone); 91 (diseguale sviluppo della prelezione Rocco; limiti costituzionali dell'interpretazione). Una nota in calce alla parola *suggestioni* (ivi, p. 90, nt. 13) richiamava le oscillazioni tra G. MAGGIORE, *L'interpretazione delle leggi come atto creativo*, Ergon, Palermo, 1914; e MAGGIORE, *Diritto penale* (1949), I, cit. nt. 46, p. 127, dove si distingueva tra un indubbio divieto *dogmatico*, in capo al giudice, di «creare la legge» in un sistema «imperniato al principio di legalità» e la constatazione «logico-storic[a]» (merito di Giovanni Pacchioni) del fatto che la giurisprudenza era ormai «fonte viva del diritto». Come osserva G. MARINI, *Giuseppe Maggiore. L'interferenza tra filosofia e diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1983, p. 94, Maggiore, dopo aver *esasperato*, negli anni Venti, la concezione creativa dell'interpretazione, l'avrebbe poi profondamente rivista.

<sup>99</sup> BELLAVISTA, *Deviazioni metodologiche* (1950), cit. nt. 3, p. 92.

legislativo» il personale *credo* politico, «filosofico o religioso»<sup>100</sup>.

Quanto al *realismo* di Antolisei e al *teleologismo* di Bettiol, Bellavista li riteneva entrambi acquisiti al metodo tecnico-giuridico. Con specifico riguardo al teleologismo, egli osservava che, «se la legge penale è il mezzo [...] attraverso il quale la volontà dello Stato vuole raggiungere determinati fini sociali», l'interpretazione, ma anche la dogmatica e la critica, non potevano che indossare un abito finalistico. Nella ricerca dello scopo però, come aveva ammonito Rocco e come Bellavista si sentiva di ribadire, bisognava tener presente «il *telos* della norma giuridica» e non le preferenze soggettive dell'interprete: e ciò per non dar àdito al «malaugurato» ritorno della meta-giuridica «filosofia dei valori» propugnata da Bettiol e giustamente avversata dal tecnicismo e dallo stesso Antolisei<sup>101</sup>.

Dimostrata «l'infondatezza di certe critiche», Bellavista esortava a tornare all'indirizzo tecnico-giuridico, a condizione di reimboccare la «diritta via [...] smarrita». Bisognava, anzitutto, restaurare la proporzione tra le fasi: ridimensionare, cioè, l'«elefantiasi dogmatica», con corredo di formalismo e nominalismo, a favore di esegesi e critica. Occorreva dissipare la nebbia del nord (ossia l'influenza tedesca) per ricominciare a costruire il sistema dal basso, ossia dai reati. Infine s'imponeva un «amorevole ritorno agli studi sulla parte speciale». Di contro, andava arginata la pretesa carneluttiana di trattare il reato con gli strumenti civilistici del negozio: di questo passo, ironizzava il professore palermitano, si sarebbe ridotta «da pena di morte ad una espropriazione per pubblica utilità»<sup>102</sup>.

La carenza più grave del tecnicismo giuridico, per Bellavista, aveva sinora riguardato la fase critica. I giuristi avevano inspiegabilmente *abdicato* al compito loro spettante di rilevare le antinomie non solo *interne* all'ordinamento ma anche «esterne tra il diritto e la realtà sociale», giacché per sua

<sup>100</sup> BELLAVISTA, *Deviazioni metodologiche* (1950), cit. nt. 3, pp. 92-95. Esprimeva perplessità su questo passaggio dell'articolo P. NUVOLONE, *Natura e storia nella scienza del diritto penale*. Prolusione al corso ufficiale di Diritto penale, tenuta il 18 gennaio 1951 nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pavia, in «Rivista italiana di Diritto penale», n.s. IV, 1951, n. 3, pp. 225-245; in *Studi in memoria di Arturo Rocco. Volume II*, Giuffrè, Milano, 1952, pp. 251-275; ora in NUVOLONE, *Trent'anni*, cit. nt. 3, I, pp. 190-206: p. 192, nt. 6.

<sup>101</sup> BELLAVISTA, *Deviazioni metodologiche* (1950), cit. nt. 3, pp. 96-98. Proprio ad Antolisei, invece, Bellavista rimproverava (ivi, pp. 98-99) sia lo spazio accordato all'*irrazionalismo*, che invero sottintendeva sempre un qualche disegno di ordine politico-criminale; sia la «concezione dinamica» del penale, giacché solo un diritto «fisso ed immobile» riusciva a evitare i danni dell'interpretazione storico-evolutiva e del diritto libero.

<sup>102</sup> BELLAVISTA, *Deviazioni metodologiche* (1950), cit. nt. 3, pp. 99-100.

natura il diritto serve «alla vita»; quello penale, in particolare, alla «lotta contro la criminalità». Nell'opera di modifica e di adattamento della legge il giurista, secondo il professore siciliano (poco allineato, sotto questo profilo, all'iper-positivismo tecnico-giuridico), avrebbe dovuto dialogare con le scienze ausiliarie, specie con la criminologia<sup>103</sup>.

Nella prolusione pavese d'inizio 1951 Nuvolone replicò alle critiche di Bellavista ribadendo le sue posizioni. Agli insoddisfatti dal tecnicismo egli prospettava l'eventualità di assegnare al giurista non tanto l'esegesi e la dogmatica quanto la «posizione delle norme», in cui consisteva la «vera scienza del diritto»: restituirgli la più «nobile» funzione avrebbe permesso di contrastare la crescente inadeguatezza della legislazione e di «sottrarre agli incompetenti la regolamentazione dei rapporti sociali». In termini più incisivi di quelli prefigurati dal collega palermitano, Nuvolone auspicava che la scienza giuridica acquistasse un'«impostazione legislativa» e contribuisse a selezionare gli interessi da tutelare. Una così delicata missione richiedeva una formazione basata sullo studio non solo del diritto ma anche delle «scienze politiche e sociali», sulla conoscenza della personalità del delinquente e dell'efficacia degli strumenti adoperati. «La dogmatica – concludeva Nuvolone – resta preziosa e insostituibile attività di ricostruzione del diritto positivo; ma essa sta alla scienza come la parafrasi alla poesia»<sup>104</sup>.

### 11. *Qualche considerazione conclusiva*

La tortuosa traiettoria che qui si è provato a ripercorrere ha preso le mosse dall'allarme lanciato da Arturo Rocco, nella prelezione sassarese del 1910, per la progressiva perdita d'identità della penalistica a causa delle disinvolute contaminazioni con l'antropologia, la sociologia, la politica. Il rimedio proposto da Rocco consisteva nel costruire una *scienza* penale esemplata sul paradigma civilistico-pandettistico<sup>105</sup> e articolata in *esegesi, dogmatica,*

<sup>103</sup> BELLAVISTA, *Deviazioni metodologiche* (1950), cit. nt. 3, pp. 101-102 e 104. L'ultima affermazione di Bellavista, ossia la possibilità che il giurista rilevasse «antinomie [...] tra il diritto e la realtà sociale», pareva a NUVOLONE, *Natura e storia* (1951), cit. nt. 100, p. 192, nt. 6 poco *ortodossa* rispetto all'indirizzo tecnico-giuridico.

<sup>104</sup> NUVOLONE, *Natura e storia* (1951), cit. nt. 100, pp. 191-192, 195-196, 205.

<sup>105</sup> Si allude, qui, alla *civilistica penale*, efficace sintagma coniato da SBRICCOLI, *La penalistica civile* (1990), cit. nt. 4, pp. 580-583 (ma la formula si trova già in M. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale. 1883-1912*, in «Quaderni fiorentini», 3-4, 1974-75, I, pp. 557-642, ora in SBRICCOLI, *Storia del diritto penale*, cit. nt. 4, II, pp. 819-902: 827). Lo stesso SBRICCOLI, *La penalistica*

*critica*. Il termine mediano, nato nel seno dell'indirizzo tecnico-giuridico, ne oltrepassò il recinto e divenne sinonimo di *metodo* logico-sistematico<sup>106</sup>. Si verificò un fenomeno non dissimile da quello magnificamente descritto da Max Weber: «La parabola della ragione moderna si [trasformò] da emancipatrice» in gabbia d'acciaio (*stalbartes Gehäuse*)<sup>107</sup>.

Per lunghi decenni i cultori italiani della disciplina dovettero misurarsi con la *dogmatica*. Lemma polisemico e controverso: ora foriero di algide astrazioni, ora inclusivo d'un qualche contatto con la realtà (normativa o materiale)<sup>108</sup>; a volte rifugio dai condizionamenti della contingenza legislativa, a volte, all'inverso, sistema da erigere usando come tasselli proprio le norme vigenti.

Per opinione condivisa la dogmatica forniva un formidabile supporto didattico-espositivo. È forse per questo motivo che chi oggi si accosti a un manuale o a un trattato della prima metà del Novecento avverte la sensazione, alquanto respingente, di asettico formalismo e di aridità narrativa.

Un'analisi meno superficiale del vivacissimo confronto dottrinale restituisce un quadro molto più mosso. Il tecnicismo giuridico era attraversato da vistose spaccature circa la morfologia e le funzioni della dogmatica. I filosofi schernivano l'ottusità esegetica e il logicismo dilettantesco dell'indirizzo dominante e ne biasimavano l'ingenuo rifiuto della dimensione teoretica. Il tardo positivismo, nonostante i rinvii sempre più sfocati alla sociologia e all'antropologia empirica, si tramutava, per effetto d'un paradossale scambio di ruoli, nell'ultimo sacrario dell'iper-legalismo.

La parabola della dogmatica s'intrecciava con nodi costituzionali cruciali. Della sua camaleontica flessibilità prima e dopo il fascismo molto si

---

*civile* (1990), cit. nt. 4, p. 583 esprimeva dubbi sulla possibilità di retrodatare al 1910 la potenzialità autoritaria del ragionamento rocchiano.

<sup>106</sup> Da notare, per analogia con quanto sostenuto nel testo, che NUVOLONE, *Natura e storia*, cit. nt. 100, p. 192, nt. 6 contestava a Bellavista d'aver identificato *indirizzo* e *metodo* tecnico-giuridico.

<sup>107</sup> M. WEBER, *Die Protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, tr. it. *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*. Introduzione di Giorgio Galli. Traduzione e appendici di Anna Maria Marietti. Con «*La storia di una controversia*» di Ephraim Fischhoff, Bur, Milano, 2018, p. 240 («gabbia di durissimo acciaio»). Il rapporto con la ragione emancipatrice è sottolineato da C. GALLI, *Ideologia*, il Mulino, Bologna, 2022, p. 101 (cui appartiene l'espressione virgolettata nel testo).

<sup>108</sup> LONDONO MARTINEZ, *Il 'romanico'*, cit. nt. 38, pp. 1943-1960 ha parlato d'una conformazione *romanica* della dogmatica italiana, cioè ascendente dal basso delle esigenze sociali, a differenza della dogmatica *gotica* tedesca.

è scritto<sup>109</sup>. Meno esplorato è forse il rapporto tra una scienza penalistica a forte trazione logico-formale e i margini di manovra lasciati sia all'interprete in sede giurisdizionale sia allo studioso quale consigliere del principe.

Sotto il primo profilo, gli autori qui passati in rassegna preferivano, di massima, il magistrato applicatore di leggi: durante il fascismo, oltretutto, la costituzione materiale non consentiva troppe alternative. Ma non serve attingere al solito Maggiore (fautore esplicito dell'ermeneutica *creativa*) per rinvenire aperture di credito alla giurisprudenza quale raccordo tra ordinamento e vita 'reale' della comunità (v. ad es. Curatolo, De Francisci, de Marsico, Antolisei).

Quanto alle possibilità, per la dottrina, di partecipare al processo di produzione delle leggi (e non soltanto, com'è scontato, in occasione della codificazione), la letteratura della prima metà del Novecento, persino quella fedele al verbo tecnico-giuridico, non escludeva che il giurista potesse non solo apportare ritocchi specifici all'ordinamento vigente (la *critica* di Rocco), ma anche ridisegnarne l'architettura complessiva (così Curatolo, Antolisei, Nuvolone, Bellavista).

Il crollo del fascismo acuì, come s'è visto, l'inclinazione della penalistica al tecnicismo astratto. Un irrigidimento a lungo impermeabile sia agli echi della rivolta contro il formalismo, sia soprattutto all'entrata in vigore della Costituzione, pressoché ignorata per qualche lustro<sup>110</sup>. Certo, sarebbe miope disconoscere gli epocali cambiamenti intervenuti nella disciplina dagli anni Cinquanta a oggi. Ma non sembra solo una curiosità da storici interrogarsi sull'eredità della dogmatica (e del dogmatismo) nelle mentalità, nei metodi, nelle responsabilità della dottrina. Di quella stagione non sarebbero ormai più tollerabili non pochi guasti, come il concettualismo nominalistico, il compiaciuto logicismo, la farisaica a-politicità. Ma meritereb-

---

<sup>109</sup> Cfr., per tutti, SBRICCOLI, *La penalistica civile* (1990), cit. nt. 4, pp. 583-584; SBRICCOLI, *Le mani nella pasta* (1999), cit. nt. 71, p. 1033.

<sup>110</sup> Risale agli anni Sessanta-Settanta la «scoperta» della Costituzione, espressione di Alessandro Pizzorusso mutuata da L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 68-71 per indicare l'ampio rinnovamento della cultura giuridica che nel penale ebbe in Franco Bricola la punta avanzata (in proposito PIFFERI, *La penalistica italiana*, cit. nt. 70, p. 225 parla di *costituzionalizzazione della dogmatica*). Cfr. anche M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia. Annali 14 – Legge Diritto Giustizia*, a cura di Luciano Violante in collaborazione con Livia Minervini, Einaudi, Torino, 1998, pp. 485-551, ora in SBRICCOLI, *Storia del diritto penale*, cit. nt. 4, I, pp. 591-671: 659.

bero forse una serena ri-considerazione l'ambizione sistematica<sup>111</sup>, l'approccio problematico al circuito teoria/prassi, l'elaborazione d'una grammatica solida e identitaria, la fiera autorevolezza d'una dottrina 'ordinante' o comunque non al traino del legislatore e della giurisprudenza.

---

<sup>111</sup> Ad es. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale* (1965). Introduzione di Gaetano Insolera, RomaTre-Press, Roma, 2024, p. XXXIII sosteneva che per individuare, «a livello costituzionale, il punto di equilibrio tra il bisogno di certezza formale, ancorato ad un sistema di tassative fattispecie legali, e il bisogno di giustizia sostanziale» occorreva preliminarmente determinare l'«aspetto *dogmatico*» della discrezionalità.



Giovanni Fiandaca

*Intorno a dottrine e interpretazione penalistiche  
dal Codice penale Rocco a oggi*

SOMMARIO: 1. Premesse – 2. Uno sguardo d'insieme all'indirizzo tecnico-giuridico tradizionalmente dominante tra metodologia, dogmatica e interpretazione – 3. Segue: orientamenti dottrinali minoritari a carattere anti-formalistico – 4. Sulle dottrine generali del reato: dalla tradizionale influenza della dogmatica tedesca agli sviluppi successivi; accenni all'interazione tra diritto sostanziale e processo – 5. L'approccio costituzionale al diritto penale quale apporto di maggiore originalità della scienza penalistica italiana – 6. Qualche rilievo sulla situazione dottrinale del momento presente

1. *Premesse*

Qualche considerazione preliminare relativa alla angolazione tematica nel cui ambito i promotori di questo Convegno mi hanno proposto di intervenire: 'dottrine e interpretazione'. Invero, entrambi i termini possono essere riferiti all'insieme degli attori della giustizia penale, cioè sia agli studiosi accademici, sia ai giudici nella misura in cui anche la giurisprudenza pratica fa a suo modo dottrina o contribuisce indirettamente alla formazione della dottrina professorale, oltre a interpretare e applicare disposizioni normative ai casi concreti.

La parola 'dottrine' a sua volta, utilizzata al plurale, sottintende non solo una pluralità di orientamenti dottrinali o teorici che dir si voglia, in senso sia diacronico che sincronico, relativi al modo di concepire il diritto penale e di ricostruire i suoi istituti: una varietà di approcci emerge anche sotto il profilo delle dottrine metodologiche, cioè dei metodi di lavoro della scienza penalistica, come pure su quello delle dottrine della funzione interpretativa, la quale nell'universo specifico dei delitti e delle pene può presentare aspetti di maggiore problematicità e delicatezza stante la valenza rafforzata della riserva di legge.

Ciò premesso, rilevo sempre in via preliminare che in un Paese come il nostro tra professori e giudici sono tradizionalmente prevalse e continuano a prevalere discrasie, più che convergenze. Nella prassi giudiziaria, perdura il pregiudizio che la teorizzazione accademica pecchi di eccessiva astrattezza, per cui ignorerebbe o non comprenderebbe bene le esigenze del di-

ritto così come si applica nei tribunali; anche se poi ciò non impedisce un uso contingentemente strumentale di tesi dottrinali, ove queste risultino utili a giustificare o supportare *ex post* scelte interpretative o decisorie ritenute adeguate alla definizione dei casi sul tappeto. Ma è pur vero che negli anni a noi più vicini i canali di comunicazione e scambio tra i due versanti sono andati in qualche misura migliorando; ed è pure progressivamente cresciuta l'attenzione di noi professori verso il cosiddetto diritto giurisprudenziale, che anche nell'ambito del diritto penale ha assunto da qualche tempo un ruolo di sempre maggiore centralità.

Fatte queste premesse, confesso che rivolgere lo sguardo all'evoluzione sia delle dottrine penalistiche sia delle dottrine dell'interpretazione, nell'arco temporale non breve che va dal codice Rocco ai nostri giorni, lo avverto come un compito che implica qualcosa di più di una distaccata riconsiderazione d'insieme – necessariamente sintetica e approssimativa, non ultimo per limiti di spazio – del lavoro di diverse generazioni di penalisti: è come se, nel contempo, mi incombesse l'onere di una sorta di 'autoanalisi' o critica di me stesso come studioso ormai di lungo corso in qualche modo e misura infatti coinvolto, anche di persona, nelle vicende dottrinali da ripercorrere. E questo non può non suscitare riluttante disagio, essendo non poco imbarazzante tentare consuntivi con risvolti anche personali o che riguardano colleghi generazionalmente vicini. Ci proverò, anticipando una richiesta di scuse per il fatto che la mia esposizione risulterà non solo rapidica e molto parziale, ma pure non esente da un ampio coefficiente di arbitrio rispetto a quanto dirò e agli autori che citerò.

## *2. Uno sguardo d'insieme all'indirizzo tecnico-giuridico tradizionalmente predominante tra metodologia, dogmatica e interpretazione*

Un punto di partenza è abbastanza noto. Nei primi decenni successivi all'entrata in vigore del codice Rocco la situazione spirituale della scienza penalistica italiana maggioritaria è caratterizzata dal predominio dell'indirizzo cosiddetto tecnico-giuridico, nel senso fondamentalmente teorizzato da Arturo Rocco nella celebre prolusione sassarese del 1910 (criticamente rivisitata, a cento anni di distanza, da Donini, Orlandi, Padovani, Pulitanò e chi scrive con rispettivi contributi apparsi nel 2010 nella rivista *Criminalia*). Che dire, in sintesi, dell'insieme della produzione scientifica del periodo in questione? È indubbio che i diversi autori appaiono accomunati – pur con diversità di sfumature – da una adesione più o meno dichiarata a un formalismo normativistico tendente a privilegiare una dogmatica concettualistica

di tipo logico-sistematico sul piano delle dottrine generali del reato, e la ricostruzione positivista di specifiche figure criminose. Ad esempio, una tale linea di tendenza metodologica è testimoniata da lavori dedicati alla categoria dell'*antigiuridicità*, come nel caso della nota monografia di Biagio Petrocelli pubblicata per la prima volta nel 1945<sup>1</sup>: dove si sostiene che l'unico concetto di antigiuridicità scientificamente valido è quello di natura 'formale', obiettandosi che la contrapposizione – di origine germanica – tra una antigiuridicità formale e una 'materiale' sarebbe falsa e fuorviante, dal momento che nella violazione stessa della legge penale sarebbe insito o implicito quell'impatto negativo sulla convivenza umana che – a giudizio dello stesso legislatore – funge da fondamento sostanziale dell'incriminazione.

Nell'ambito del suddetto orientamento predominante della dottrina italiana (e, peraltro, non solo di quella del periodo in discussione), la concezione formale dell'antigiuridicità si sposa, infatti, con l'idea di fondo – invero, tutt'altro che originale – secondo cui il compito del diritto penale consiste nell'apprestare protezione a beni o interessi socialmente rilevanti: per cui l'antigiuridicità, ancorché formale, non potrebbe mai prescindere dal riferimento alle motivazioni sostanziali sottostanti alle incriminazioni, connesse appunto alla incidenza lesiva dei fatti di reato su beni o interessi protetti. Scrive, ad esempio, Pagliaro nei suoi *Principi*: «l'antigiuridicità è sempre formale, nel senso che il giurista non può dare rilievo a valutazioni che non siano quelle fatte proprie dall'ordinamento; ed è sempre materiale, nel senso che, per giudicare se un fatto è vietato penalmente, si deve considerare il fondamento teleologico dell'incriminazione. – Se si negasse il carattere formale dell'antigiuridicità, sarebbe offesa la certezza del diritto; se si negasse il carattere materiale, si ricadrebbe in un arido formalismo giuridico, negando al diritto la sua funzione sociale»<sup>2</sup>.

Com'è facile rilevare, l'adozione di un concetto dogmatico di antigiuridicità penale che si pretende formale, e si considera però al tempo stesso aperto alle ragioni teleologiche sottese alle scelte legislative di penalizzazione, ha inevitabili implicazioni sul versante dell'interpretazione delle leggi penali: nel senso che l'attività interpretativa, se non vuole essere soltanto letterale o logico-sistematica, deve anch'essa giovare del metodo teleologico; e su questo, in effetti, è registrabile una tendenziale e diffusa convergenza dottrinale.

Ma in proposito, a ben vedere, si profilano alcuni interrogativi. Fino a che punto l'utilizzo del metodo teleologico, orientato agli scopi di tutela

<sup>1</sup> B. PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, Cedam, Padova, 1945 (ultima ed. 1966).

<sup>2</sup> A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 243.

del diritto penale, consente di mantenersi fedeli a un positivismo normativo a carattere rigorosamente formale? E ancora: fino a che punto l'impiego del metodo suddetto permette di continuare ad attribuire al momento interpretativo una presunta funzione meramente cognitiva, e non anche sostanzialmente politica? Interrogativi di questo tipo non solo non ricevono risposte adeguate; prima ancora, non vengono in realtà neppure sollevati dall'insieme degli autori inquadrabili nell'indirizzo prevalente di cui discutiamo. Ingenuità teorica o consapevole ipocrisia intellettuale?

Quale che ne sia la spiegazione più convincente, certo è che la successiva evoluzione della riflessione dottrinale ha consentito di prendere atto della illusorietà della pretesa teorica di ancorare i concetti della dogmatica o i criteri teleologici dell'attività interpretativa a considerazioni di scopo e a scelte valoriali di esclusiva e univoca fonte legislativa. Bastino in questa sede rapide esemplificazioni. Anche a volere tener conto scrupolosamente dei dati positivi di un determinato ordinamento, l'analisi delle mere disposizioni scritte difficilmente potrà dare allo studioso indicazioni risolutive ad esempio circa il modo di concepire la categoria della colpevolezza, cioè se in chiave prevalentemente funzionalista o garantista<sup>3</sup>: questa scelta è in non piccola misura condizionata da fattori di natura extratestuale, che affondano in ultima istanza le radici nelle opzioni culturali e scientifiche del singolo studioso. Quanto poi alla funzione ermeneutica, è ormai consapevolezza diffusa, invero anche tra noi penalisti, che l'interprete impegnato a cogliere il senso e gli scopi di tutela delle disposizioni penali non di rado si trova nella difficoltà oggettiva di comprendere quale sia il vero obiettivo, o l'obiettivo prevalente di una data disposizione: per cui nell'interpretazione teleologica finiscono, più o meno surrettiziamente, con l'avere un peso tutt'altro che secondario le preferenze ideologiche e le valutazioni personali dell'interprete di turno<sup>4</sup>. Sicché, in una prospettiva più generale, tenderei a far mie queste recenti affermazioni del giusfilosofo Giorgio Pino: «L'interpretazione giuridica richiede che l'interprete compia molteplici scelte, valutazioni, prese di posizione, spesso non chiaramente esplicitate; scelte che possono talvolta, o anche spesso, apparire come questioni 'tecniche', da trattare con gli strumenti propri di un sapere specialistico, persino ereditati

---

<sup>3</sup> In proposito, rinvio al mio saggio *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1987, p. 836 ss.

<sup>4</sup> Più diffusamente, G. FIANDACA, *Il giurista (penalista) tra interpretazione, scienza e politica – Un confronto con Domenico Pulitanò*, in *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 77 ss.

da una tradizione plurimillennaria, ma che sono in larga parte, in ultima analisi, di natura etico-politica»<sup>5</sup>.

2.1. A questo punto, qualche rilievo sui connotati politico-ideologici della prevalente adesione dottrinale all'indirizzo tecnico-giuridico.

È stata per tanto tempo opinione diffusa, tra gli stessi penalisti, che l'adesione maggioritaria al tecnicismo giuridico abbia consentito alla dottrina italiana di mantenersi fedele ai principi basilari del liberalismo penale, senza cedere – a differenza di quanto avvenuto nel caso emblematico della dottrina tedesca – a suggestioni illiberali o decisamente autoritarie. In realtà, ad un approccio storiografico meno superficiale o pregiudizialmente 'autodifensivo' – come quello, ad esempio, di recente rinvenibile nel bel libro di Giandomenico Dodaro su Giuliano Vassalli giurista e politico<sup>6</sup> –, ci si accorge che il quadro d'insieme risulta più complesso e ambiguo, specie con riferimento agli anni '30 e '40 dello scorso secolo. Non solo, infatti, non era mancato chi – come ad esempio Giuseppe Maggiore, sul quale torneremo nel prossimo paragrafo – si era spinto sino a pronunciarsi a favore della riforma tedesca del 1935 abolitrice del divieto di analogia in materia penale. Anche qualche studioso solitamente celebrato come sicuro propugnatore di un diritto penale a vocazione liberale fu invece, in precedenti fasi del percorso intellettuale e accademico, tutt'altro che immune da propensioni a carattere autoritario. Mi limito qui a citare il caso in questo senso emblematico dell'autorevole maestro napoletano Biagio Petrocelli, che abbiamo sopra richiamato a proposito del concetto di antiggiuridicità: nella prolusione tenuta nel 1941 all'università di Napoli, in seguito all'ottenuto trasferimento dall'università di Bari, Petrocelli giunse infatti a teorizzare che il vero fondamento del principio di legalità penale fosse da individuare – piuttosto che nelle ragioni garantiste poste in evidenza dal liberalismo di matrice illuminista – in una certezza del diritto autoritariamente concepita come principio di ordine, come certezza del comando dello Stato punitore quale presupposto del dovere di obbedienza dei cittadini<sup>7</sup>. Mentre erano

<sup>5</sup> G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 2.

<sup>6</sup> G. DODARO, *Giuliano Vassalli tra fascismo e democrazia. Biografia di un penalista partigiano (1915-1948)*, Milano, Giuffrè, 2022 (se ne veda – volendo – la recensione di G. FIANDACA, *Giuliano Vassalli dal fascismo alla democrazia: luci e ombre di un percorso esistenziale, accademico e politico*, in «Sistema penale», 25 aprile 2023).

<sup>7</sup> Il testo della suddetta prolusione è pubblicato, sotto il titolo *Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale*, in «Rivista italiana di diritto penale», 1941, p. 3. In proposito, si veda l'accurata ricostruzione di G. DODARO, *Giuliano Vassalli tra fascismo e democrazia*, cit., p. 150

studiosi come ad esempio Giacomo Delitala e lo stesso Giuliano Vassalli a continuare invece, nello stesso frangente temporale, a sostenere senza equivoci la tradizionale giustificazione liberale del principio di riserva di legge; ancorché la loro contrarietà ideologica all'autoritarismo fascista – come ben emerge dalla citata ricostruzione storiografica di Dodaro – venisse a quel tempo per lo più manifestata in maniera molto prudente e spesso in forma privata<sup>8</sup>.

### 3. *Segue: orientamenti dottrinali minoritari a carattere anti-formalistico*

Nel panorama dottrinale italiano più o meno coevo non sono, però, mancati studiosi apertamente critici nei confronti dell'indirizzo tecnico-giuridico inteso in senso accentuatamente formalistico.

3.1. Alludo, ad esempio, alla presa di posizione di Francesco Antolisei a favore di un indirizzo 'realistico' nella scienza del diritto penale: il giurista dogmatico e il giurista interprete venivano cioè sollecitati a rivolgere gli sguardi alla realtà sociale sottostante alle leggi scritte e alle caratteristiche dei fatti reali regolati dal diritto, in modo da evitare che si dedicassero a questioni concettuali astratte e a classificazioni puramente formali prive di utilità per l'applicazione pratica delle disposizioni penali<sup>9</sup>. Ma, in effetti, quel che Antolisei intendeva suggerire non era il ripudio dell'indirizzo tecnico-giuridico, bensì una sua correzione o integrazione, così da scongiurare eccessi logico-formali nell'analisi e nella distinzione dei concetti, e minuziosità inconcludenti. Insomma, egli sottolineava l'esigenza di rinvenire punti di equilibrio tra approccio formalistico e approccio realistico, senza però riuscire a delineare un metodo di studio del diritto penale veramente nuovo: per cui le indicazioni più generiche che specifiche desumibili dal suo pensiero sembrano, nella sostanza ultima, proporre non molto di più che una sapiente valorizzazione del metodo teleologico.

Nella direzione sostanzialmente simile di una critica nei confronti di una dogmatica in prevalenza logico-classificatoria si muoveva Pietro Nuvolone: con la prolusione del 1949, intitolata *Introduzione a un indirizzo critico*

---

ss.

<sup>8</sup> G. DODARO, *Giuliano Vassalli tra fascismo e democrazia*, cit., p. 138 ss. e *passim*.

<sup>9</sup> F. ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico nella scienza del diritto penale*, in «Rivista italiana di diritto penale», 1937, p. 121 ss. (riprodotto nel volume *Scritti di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 3 ss.

*nella scienza del diritto penale*, egli invitava gli studiosi a elaborare principi razionali validi e utili in vista della costruzione delle leggi; ancora una volta, veniva lanciato un monito a non fare dogmatica pura come mera esercitazione logico-formale fine a se stessa<sup>10</sup>. Ma neppure dal pensiero di Nuvo-lone emerge un indirizzo metodologico dai tratti innovativi ben definiti.

3.2. Altri sono però gli autori che, sempre nel periodo considerato, prospettano dottrine metodologiche minoritarie che – almeno nelle affermazioni di principio – assai di più prendono le distanze dall’indirizzo tecnico-giuridico, prospettando orientamenti eterodossi o antiparadigmatici: mi riferisco in primo luogo a Giuseppe Maggiore e a Giuseppe Bettiol, due autori di formazione culturale e orientamento politico molto diversi, ma accomunati da un marcato rifiuto dell’approccio rigidamente positivista (nel duplice senso naturalistico e giuridico), e dall’inclinazione a porre in comunicazione scienza penalistica e filosofia.

a) La posizione di Maggiore, ai fini del mio discorso, è comparativamente meno interessante. Appartenente a una generazione precedente rispetto a quella di Bettiol, Maggiore fu filosofo del diritto di matrice idealistico-gentiliana, prima che penalista: egli passò poi all’insegnamento del diritto penale all’università di Palermo nel 1934, pubblicando un’opera penalistica dal titolo *Principi di diritto penale* concepita come contributo scientifico-culturale funzionale (ahimè!) alla ideologia e alle esigenze repressive del regime fascista, di cui egli divenne un convinto seguace<sup>11</sup>. E proprio questa sua adesione intellettuale e politica al fascismo ha finito col produrre l’effetto non solo di discreditarlo come persona, ma anche di far apparire censurabile e obsoleta la sua opera forse in misura ancora maggiore di quanto non meritasse.

Tra le sue prese di posizione più trasgressive, mi limito qui a ricordare la decisa contestazione del positivismo legalista e la conseguente svalutazione delle valenze garantiste del principio di riserva di legge, e ciò sino al punto di giungere a condividere ed esaltare la tendenza abolizionista del divieto di analogia in materia penale che – com’è noto - si era affermata nella Germania nazional-socialista<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> P. NUVOLONE, *Introduzione a un indirizzo critico nella scienza del diritto penale*, in «Rivista italiana di diritto penale», 1949, p. 379 ss.

<sup>11</sup> G. MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, I, Bologna, Zanichelli, 1937.

<sup>12</sup> G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in «Rivista italiana di diritto penale», 1939, p. 140 ss.

A conferma in ogni caso della complessità del personaggio e di una non trascurabile contraddittorietà e volubilità riscontrabili nell'intero percorso attraversato come studioso, non va però taciuto che Maggiore è passato nelle diverse stagioni della sua vita dall'idealismo attualistico al giusnaturalismo cristiano, da entusiastiche suggestioni a favore del diritto libero e della creatività interpretativa a una successiva rivalutazione del principio di legalità penale e dell'esigenza della certezza giuridica: ma sempre cercando appunto di basare le sue concezioni penalistiche su premesse filosofiche, ancorché mutevoli nel tempo<sup>13</sup>.

b) La posizione più interessante e suggestiva – ma non per questo altrettanto chiara e ben definita – nel reagire al predominante indirizzo tecnico-giuridico è, anche a mio avviso, quella di Giuseppe Bettiol: il suo orientamento antiformalistico (o meglio, contrario a un formalismo esasperato o panlogicismo) fu sviluppato nella celebre opera *Il problema penale*<sup>14</sup>, e poi ribadito nel bellissimo e pluriedito manuale, nonché in vari scritti minori.

In estrema sintesi, Bettiol fu una sorta di penalista-filosofo che eterodossamente sostenne – in contrasto con i suoi colleghi tecnico-giuridici – che il diritto penale è una filosofia (oltre che una politica), che il diritto penale tutela valori (piuttosto che interessi) e che tutti i concetti penalistici affondano le radici nella sfera dei valori: di conseguenza, il metodo di studio del diritto penale prende il nome di *metodo o giurisprudenza dei valori*.

Solo che, a ben vedere, le matrici filosofiche del pensiero dell'autore sono rimaste incerte (un misto un po' confuso di neokantismo tedesco, giusnaturalismo cristiano, fenomenologia, ecc.)<sup>15</sup>; e invero appare problematico, ai fini di una sua utilizzazione penalistica, lo stesso concetto di valore così come definito dallo studioso padovano all'interno del manuale: valore è «la natura delle cose espressa in termini intellegibili affinché l'uomo se ne possa servire per i suoi fini morali»<sup>16</sup>. Un po' troppo generico, in effetti, un tale concetto di valore!

---

<sup>13</sup> Per un documentato quadro ricostruttivo in proposito, e per riferimenti bibliografici alla vasta ed eterogenea produzione dello studioso palermitano cfr. G. MARINI, *Giuseppe Maggiore. L'interferenza tra filosofia e diritto*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1983.

<sup>14</sup> G. BETTIOL, *Il problema penale*, Palermo, Priulla, 1948.

<sup>15</sup> Si veda al riguardo, per rilievi più particolareggiati, l'ulteriore saggio di G. MARINI, *Giuseppe Bettiol. Diritto penale e filosofia*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1986.

<sup>16</sup> Una tale definizione si ritrova anche nell'ultima edizione del celebre manuale: cfr. G. BETTIOL, L. PETTOLELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 1986, p. 87.

Nonostante l'indubbio fascino che – specie a un primo impatto – la teorizzazione di Bettiol ha suscitato, e continuato per anni a suscitare, l'impressione complessiva derivante da una sua rivisitazione più attenta la sintetizzerei così: le premesse filosofiche rimangono una cornice preliminare rispetto al discorso penalistico, la quale non riesce in realtà a integrarvisi in maniera compiuta e non riesce pertanto a conformare davvero la ricostruzione dell'intero sistema penale positivo (eccezzuate, beninteso, quelle parti di esso più inevitabilmente condizionate da presupposti filosofici come la teoria della pena o quella della colpevolezza, da Bettiol mantenute fermamente ancorate a rigorosi paradigmi retribuzionistici in una prospettiva di convergenza tra diritto e morale). Sicché, l'enfasi filosofica ed etico-politica posta in linea generale e astratta sul 'valore' come fondamento dei concetti penalistici incideva poco – alla fine – sul dato storico-normativo che l'assetto dei valori tutelati nel codice Rocco risentisse, in non piccola misura, dell'ideologia autoritaria dello Stato fascista.

c) Una certa insistenza nel riferimento ai valori e nella sottolineatura del rapporto di vicinanza tra dimensione giuridica e dimensione etica, con conseguente impiego frequente dell'aggettivo doppio etico-giuridico (con trattino), si rinviene altresì nelle opere penalistiche elaborate negli anni '40 da Aldo Moro<sup>17</sup>, giurista dall'ampio retroterra filosofico e dallo stile argo-

<sup>17</sup> Emblematica in questo senso, ad esempio, l'opera monografica A. MORO, *L'antigiuridicità penale*, Priulla, Palermo, 1947, nella quale Moro scriveva: «Nessuna azione ha significato e può essere giudicata, a prescindere dal suo modo di essere di fronte ai valori in cui, per quanto attiene al suo contenuto, si risolve» (*op. cit.*, p. 31); e, altresì, egli rilevava che «la norma penale opera come forza etica, motivando all'adempimento con la sua idea di valore la coscienza del consociato» (*op. cit.*, p. 116). Ancora, l'idea di una stretta connessione tra diritto e morale è presente nelle lezioni universitarie che l'autore tenne fin negli ultimi anni alla facoltà di Scienze politiche della Sapienza di Roma, come con particolare chiarezza emerge da una lezione sulla pena svolta nel gennaio 1976, nella quale la concezione retributiva veniva difesa sulla base di argomentazioni del seguente tenore: «(...) c'è l'idea di un legame; non solo di un legame tra reato e pena, ma di un legame, per così dire, morale (...); ogni visione della pena è ancorata a dati che propriamente vanno al di là del diritto; è ancorata a quel presupposto fondamentale della vita morale, della vita sociale, della vita giuridica che è la libertà, e, quindi, la capacità di merito della pena» (il testo della lezione in discorso è stato di recente riprodotto nel volume collettivo *Contro gli ergastoli*, a cura di S. Anastasia, F. Corleone, A. Pugiotto, Roma, Editrice Futura, 2021, p. 215 ss.). Per una ricostruzione più in dettaglio del pensiero di Aldo Moro, così come desumibile dalle suddette lezioni, si veda il bel saggio di A. GARGANI, *Diritto penale e verità. Una teologia della 'vita sociale' (a proposito delle Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale di Aldo Moro)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 2006, p. 997 ss.

mentativo raffinato e complesso, anch'egli critico del puro tecnicismo normativistico, da un lato e del naturalismo, dall'altro: ma non si può non prendere atto che il concetto di valore rimane, pure in Moro, generico e vago. Da qui ancora una volta l'impressione che si tratti, in definitiva, di un concetto aprioristicamente sovrapposto dall'esterno al diritto penale positivo oggetto pur sempre di studio, piuttosto che desunto dagli istituti penalistici indagati e sviluppato a partire da questi.

d) Nel panorama dottrinale italiano scarseggiano gli scritti di riflessione metodologica di ampio respiro, che superino i limiti di spazio di un saggio o articolo di dimensioni contenute: fa invero eccezione – e va perciò segnalata – ad esempio una monografia di Luciano Pettoello Mantovani (non a caso, allievo di Bettiol), pubblicata nel 1961 e riedita presso Giuffrè nel 1983, dall'emblematico titolo *Il valore problematico della scienza penalistica*: in questo lavoro monografico viene fortemente stigmatizzato il divorzio tra scienza penalistica e filosofia, o tra scienza penalistica e altri saperi scientifici in grado di fornire conoscenze sui presupposti ontologici e i referenti empirici della responsabilità penale e delle varie fattispecie normative di reato. Nell'auspicare una più stretta interazione tra scienza penalistica, filosofia e scienze altre, lo studioso peraltro si preoccupava nel contempo di tematizzare esplicitamente il carattere problematico di tale interazione: riconoscendo che la scienza penalistica dovrebbe pur sempre rielaborare in maniera (quantomeno relativamente) autonoma le sue categorie, per cui il giurista-penalista si trova in fondo in una condizione spirituale di solitudine.

A ben vedere, anche le riflessioni di Pettoello Mantovani, per quanto acute e stimolanti, rimanevano per lo più generiche.

#### 4. *Sulle dottrine generali del reato: dalla tradizionale influenza della dogmatica tedesca agli sviluppi successivi; accenni all'interazione tra diritto sostanziale e processo*

Nell'approccio alla teoria generale del reato, com'è noto, i penalisti italiani hanno – in particolare dai primi decenni del Novecento – molto risentito dell'influenza della (specie allora) accreditatissima scienza penalistica tedesca: si può dire che pressoché ogni elaborazione dogmatica domestica si è ispirata a precedenti costruzioni teoriche di provenienza germanica, o con queste si è comunque confrontata; non di rado, realizzando peraltro opportuni adattamenti al nostro sistema penale o escogitando varianti non prive di originalità.

4.1. Questo marcata influenza della grande dogmatica tedesca emerge, innanzitutto, nella lunga logomachia relativa ai modelli di analisi strutturale

dell'illecito penale: nell'ambito della quale ha esercitato un ruolo determinante l'importazione – grazie soprattutto a Giacomo Delitala e alla sua nota opera *Il fatto nella teoria generale del reato*, venuta alla luce nel 1930 – della concezione cosiddetta tripartita (che configura, in generale, il reato come entità composta dai tre elementi del fatto tipico, dell'antigiuridicità e della colpevolezza), fondamentalmente ritagliata sulla formulazione che ne propose Ernst Beling nel 1906. Questa concezione di origine belinghiana, recepita e riadattata da Delitala, è infine divenuta tendenzialmente dominante (beninteso, con qualche variante da autore a autore), riuscendo a imporsi rispetto alla concezione bipartita (elemento oggettivo ed elemento soggettivo) in precedenza dominante e risalente in Italia alla Scuola classica ottocentesca. Ma la bipartizione ha continuato ad avere seguaci specie tra gli studiosi torinesi (Francesco Antolisei, Marcello Gallo e relativi allievi), sia pure con una sua successiva revisione volta a tener conto del requisito aggiuntivo dell'antigiuridicità, precisamente costruito in chiave dogmatica come elemento negativo del fatto.

Specie riconsiderate con la consapevolezza critica odierna, le dispute dogmatiche relative ai modelli di analisi strutturale del reato appaiono ormai in larga misura di rilievo secondario; sono soprattutto in gioco preferenze attinenti al modo più chiaro ed efficace di descrivere anche in funzione didattica le diverse componenti dell'illecito penale, che comunque nella sintesi concettuale e nella realtà fenomenica costituisce sempre una entità unitaria.

4.2. Diverso è invece il discorso rispetto alle ricadute che il finalismo welzeliano, e la correlativa teoria dell'azione finalistica sempre di matrice tedesca hanno – direttamente o indirettamente – avuto sull'evoluzione quantomeno di una parte significativa della dottrina penalistica italiana, a far data dalla metà degli anni '50 in poi: influenzandone l'approccio dogmatico grazie a premesse teoriche ancorate a presupposti di carattere pre-giuridico, a loro volta di origine filosofica e antropologica.

Non è possibile qui tracciare un quadro esaustivo dei lasciti finalistici alla dottrina italiana, ripercorrendo le tappe di un complesso confronto dottrinale e mettendo in evidenza i contributi dei singoli studiosi che ne sono stati tra i principali protagonisti, a partire da quelli della scuola napoletana (alludo, in particolare, a Dario Santamaria e ad alcuni suoi allievi) per finire con alcuni studiosi di scuola bolognese delle generazioni successive (penso in particolare a Massimo Donini e Luigi Cornacchia). Tentando una sintesi necessariamente parziale e approssimativa, mi limito a evidenziare quanto segue.

i) Se è fallita la pretesa del finalismo di ancorare le dottrine del reato a non meglio definite strutture logico-sostanziali (di incerta matrice filosofica

tra l'ontologico, l'ontico o il fenomenologico e la c.d. natura delle cose), può rimanere valido e attuale l'ammonimento a non perdere di vista le basi pregiudiziali delle categorie penalistiche; ciò anche allo scopo di consentire, ad una scienza penalistica che ambisca ad un ruolo meta-nazionale, di costruire una grammatica e una sintassi dell'illecito penale che non dipendano soltanto dalle contingenti e mutevoli scelte normative dei legislatori nazionali.

ii) Il finalismo ha contribuito – come accennavo prima – a rivedere, approfondire e affinare la precedente dogmatica del reato, sollecitando un superamento della tradizionale e meccanicistica distinzione tra aspetto oggettivo e soggettivo del fatto tipico, la valorizzazione (col rischio però di inopportuni scivolamenti in senso eticizzante) delle componenti personali dello stesso concetto di illecito; e, ancora, un approfondimento del concetto di colpevolezza normativa nell'orizzonte di un'etica della responsabilità, con ricadute sulla disciplina dell'*ignorantia legis* inevitabile-scusabile (ricadute che hanno finito col condizionare la nuova soluzione data al problema dei presupposti scusanti dell'errore su norma penale dalla nostra Corte costituzionale con la storica sentenza n. 364/1988).

Sempre per effetto di condizionamenti riconducibili, direttamente o indirettamente, alla teoria finalistica è maturata la tendenza di alcuni studiosi italiani – tra i quali, chi scrive insieme ad Enzo Musco – a prospettare, anche a livello manualistico, una costruzione dogmatica separata dei principali tipi delittuosi (reato doloso, reato colposo, reato commissivo e reato omissivo)<sup>18</sup>.

iii) Segnalerei, invece, come possibili implicazioni negative del finalismo – almeno agli occhi di un giurista italiano, ideologicamente legato a una visione tendenzialmente oggettivistica e laica del diritto penale – la tendenza ad una soggettivizzazione marcata del fatto punibile, con conseguente accentuazione del peso del disvalore di azione; il rischio di una forte ri-eticizzazione della colpevolezza normativa; un accrescimento della complessità e della sofisticatezza concettuale della teoria del reato, a tal punto da farla percepire ancora più astratta e, dunque, ancora più lontana dalle esigenze della prassi giudiziaria.

4.3. Se si considera la successiva evoluzione delle indagini dogmatiche nel corso degli anni e fino ai nostri giorni, quel che in effetti si constata è

---

<sup>18</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, part. gen., Bologna, Zanichelli, 2019, p. 210 ss. Ottimi bilanci riassuntivi dell'influenza complessiva del finalismo sulla scienza penalistica anche italiana sono contenuti in due volumi collettivi: uno del 2007 dal titolo *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuridica italiana*, a cura di S. Moccia, Edizioni scientifiche italiane, Napoli; l'altro del 2015, intitolato *Hans Welzel nella prospettiva attuale*, a cura di M. Pawlik e L. Cornacchia, Napoli, Editoriale Scientifica.

il progressivo venir meno dell'interesse degli studiosi italiani per una teoria del reato tradizionalmente concepita come teoria generale ad amplissimo spettro, ma proprio per questo povera, nella sua astrazione generalizzatrice, di richiami contenutistici a specifici modelli delittuosi o a singole componenti costitutive essenziali dell' illecito penale. Piuttosto, è andata opportunamente facendosi strada una contraria tendenza a elaborare teorie di portata più circoscritta e settoriale, volte – come sopra accennato – ad approfondire la struttura dei diversi tipi delittuosi e, nel contempo, a verificare come vi si atteggiino presupposti basilari della responsabilità penale come condotta, causalità, dolo o colpa ecc.

Un ulteriore aspetto di novità, che merita di essere segnalato, riguarda la tendenza a tenere conto, nella elaborazione ricostruttiva dei differenti modelli delittuosi come pure di singole fattispecie incriminatrici, della dimensione processuale e dei problemi di accertamento probatorio. Ciò nella accresciuta consapevolezza della stretta connessione che, specie in alcuni campi di materia (si pensi, per fare un solo esempio, ai reati associativi come modello criminoso prevalente nell'ambito della criminalità organizzata), si instaura tra fattispecie sostanziale e logica probatoria: questo intreccio tra 'fatto' e 'prova', riscontrabile in misura crescente nella prassi giudiziaria degli ultimi decenni, ha dato vita a un fenomeno di cosiddetta *processualizzazione delle categorie sostanziali*, che va incontro a giustificate obiezioni critiche stante la ricorrente tentazione dei giudici di ricostruire – in dispregio dei principi penalistici di riserva di legge e tipicità – la struttura dei fatti punibili sulla base dei compendi probatori contingentemente disponibili<sup>19</sup>.

##### 5. *L'approccio costituzionale al diritto penale quale apporto di maggiore originalità della scienza penalistica italiana*

Che la stagione della svolta in una prospettiva costituzionalmente orientata segni la fase di maggiore originalità teorica della dottrina italiana, è ormai oggetto di riconoscimento diffuso. Grazie all'approccio costituzionale – databile a partire dalla seconda metà degli anni '60 dello scorso secolo e poi più compiutamente sviluppato soprattutto da Franco Bricola nella celebre voce *Teoria generale del reato*, pubblicata nel *Novissimo digesto italiano* nel 1973 – non solo matura il pressoché definitivo superamento della

<sup>19</sup> Cfr. per considerazioni più puntuali e dettagliate G. FIANDACA, A. MERLO, *La partecipazione associativa è ancora in cerca d'autore: le sezioni unite tra progresso e regresso*, in «Il Foro italiano», II, 2022, c. 783 ss.

tradizionale dogmatica di tipo prevalentemente concettualistico-formalistico: quello a cui si assiste – e riveste un’importanza di ben più ampia portata politico-culturale – è l’inclusione della stessa materia dei delitti e delle pene nel più generale processo di ‘costituzionalizzazione’ dell’intero ordinamento giuridico che andava per via anche dottrinale attuandosi in quel periodo, e che tendeva appunto ad assumere la Costituzione a presupposto fondante o comunque orientativo delle attività interpretativo-ricostruttive da compiersi in ogni settore ordinamentale.

In effetti, l’originario obiettivo dell’approccio costituzionale, così come inteso non solo da Bricola, era duplice: da un lato, predisporre principi-guida di livello sovra-ordinato alla legge ordinaria per porre finalmente le fondamenta di una nuova codificazione penale destinata a rimpiazzare il vecchio codice Rocco; dall’altro, dotare la dottrina e la giurisprudenza (in primo luogo costituzionale) di strumenti adeguati per rileggere e ricostruire alla luce del sistema costituzionale lo stesso diritto penale ereditato dal passato. Com’è noto, il primo dei due obiettivi è finora fallito, e ciò per un insieme eterogeneo di cause e ragioni (tra le quali, innanzitutto, l’insufficiente sensibilità culturale e lo scarso interesse delle forze politiche di volta in volta dominanti a impegnarsi nel difficile e divisivo compito di riscrivere l’intero codice penale; e la loro opportunistica e ricorrente tendenza invece – oltre a non prendere sul serio il costituzionalismo penale - a strumentalizzare la funzione punitiva per scopi contingenti di governo politico, delegando di fatto al potere giudiziario il contrasto o la gestione di fenomeni negativi che risulterebbe più difficile o scomodo affrontare con interventi di competenza della politica; oppure – come di frequente è accaduto e a tutt’oggi accade - in chiave di rassicurazione securitaria per lucrare consenso elettorale da parte dei cittadini più allarmati dalle reali o presunte emergenze criminali di turno)<sup>20</sup>.

Diverso e più complesso è il discorso rispetto al secondo obiettivo, riguardante cioè la ricostruzione-interpretazione del diritto penale positivo alla stregua del sistema costituzionale, ad opera della dottrina e della giurisprudenza, in particolare costituzionale.

5.1. Non posso qui illustrare in dettaglio i presupposti argomentativi dell’importante impresa dottrinale mirante a dotare di fondamenta costitu-

---

<sup>20</sup> Per una disamina più dettagliata delle cause della mancata ricodificazione rinvio a G. FIANDACA, *La riforma codicistica tra mito accademico e realtà politico-culturale*, in *Gli ottant’anni del codice Rocco*, volume collettivo a cura di L. Stortoni e G. Insolera, Bologna, Bononia University Press, 2012, p. 207 ss. (in proposito, si leggano anche gli altri saggi contenuti nella stessa opera).

zionali l'edificio penalistico; così da potere se non vincolare in modo rigido, quantomeno orientare, e comunque controllare l'esercizio del potere punitivo statale, sottraendolo ad una discrezionalità confinante con l'arbitrio. Com'è subito intuibile, quella relativa al possibile grado di vincolatezza dei principi costituzionali di rilevanza penale in sede sia di creazione legislativa dei fatti punibili, sia di ricostruzione dogmatico-interpretativa degli istituti penalistici, è una questione molto complessa: rispetto alla quale, nel dibattito dottrinale seguito alla fondamentale teorizzazione bricoliana, sono andate – non a caso – emergendo prese di posizione differenziate. Con approssimativa sintesi, sono cioè distinguibili, nell'ambito della stessa dottrina italiana, due modelli tendenziali di concezione costituzionalmente orientata di diritto penale: uno 'forte' (o più forte) e l'altro 'debole' (o più debole), così rispettivamente definibili in base alla maggiore o minore libertà riconosciuta al legislatore ordinario e/o agli interpreti nel concretizzare, sul piano legislativo o dottrinale-giudiziario, i principi costituzionali di rilievo penalistico.

Ad uno sguardo d'insieme, può rilevarsi che nel confronto dialettico tra i due suddetti indirizzi di massima – e, altresì, nella complessiva giurisprudenza costituzionale in materia penale – ha, in effetti, finito col prevalere l'orientamento che concepisce in maniera meno rigida l'ancoraggio alla Costituzione: tende, dunque, a predominare la convinzione che conforme al sistema costituzionale non sia un solo e ben determinato modello di diritto penale, ma che nel quadro dei principi costituzionali siano ammissibili modelli relativamente differenziati di disciplina, con riguardo sia agli oggetti che alle tecniche di tutela. Beninteso, con alcuni importanti limiti (teoricamente) invalicabili: come la preclusione di incentrare le ragioni della punibilità sull'atteggiamento interiore o sulla tipologia soggettiva d'autore, in netto contrasto col principio costituzionale di offensività (principio peraltro non esplicito ma ricavato per via interpretativa, e altresì estensivamente concepito in modo da salvaguardare la legittimità anche dei reati a pericolo 'astratto', a condizione che la previsione legislativa dei presupposti della situazione di pericolo sia basata su collaudate regole di esperienza e sia poi consentito al giudice ordinario di vagliare la effettiva pericolosità in concreto della condotta in questione; o l'esigenza costituzionalmente irrinunciabile di strutturare e applicare il sistema sanzionatorio in modo (almeno in linea teorica o di principio) da non sacrificare la finalità rieducativa a vantaggio di altri possibili scopi delle pene, spettando alla rieducazione – come si è esplicitamente riconosciuto nell'ambito della più recente giurisprudenza costituzionale – un ruolo prioritario.

5.2. Vale la pena esplicitare che i rispettivi seguaci della concezione forte e della concezione debole del diritto penale costituzionalmente orien-

tato hanno una diversa visione di fondo dei rapporti tra diritto penale e Costituzione. L'alternativa che si è profilata in dottrina specie in passato, è la seguente: la Costituzione come *fondamento* normativo e assiologico del sistema delle incriminazioni, o come *limite* al potere punitivo, a protezione di spazi di libertà e diritti costituzionalmente rilevanti destinati a fare da invalicabile barriera alla pretesa punitiva dello Stato? È forse superfluo rilevare che dal tipo di risposta fornita derivano anche implicazioni differenti circa la latitudine della legittima discrezionalità politica del legislatore penale e, per riflesso, circa l'estensione degli spazi del sindacato di costituzionalità.

Com'è intuibile, i sostenitori del predominante indirizzo teorico debole inclinano tendenzialmente – e in forma talora implicita – a concepire la Costituzione più come limite negativo, che come fondamento positivo del potere di incriminare. Mentre era senz'altro più vicina alla visione del sistema costituzionale come fondamento l'originaria teorizzazione di Franco Bricola: la rivisitiamo in rapida sintesi per mostrare, appunto, quanto possa risultare problematico pretendere di desumere dal testo costituzionale una specifica concezione del reato o un ben definito catalogo di beni giuridici da assumere a oggetto di tutela penale. Innanzitutto, sotto un profilo metodologico, lo stile di pensiero di Bricola rimaneva in apparenza pur sempre di tipo positivistico-legalistico, nel senso che venivano da lui ricercati nello stesso testo costituzionale puntuali appigli normativi idonei a sorreggere la perseguita rifondazione in chiave costituzionale dell'edificio dei delitti e delle pene (appigli in realtà rinvenuti sia nelle disposizioni costituzionali espressamente riguardanti la materia penale, e cioè quelle di cui agli artt. 13, 25, comma 2 e 27, commi 1 e 3, sia in disposizioni e principi costituzionali di portata più generale in quanto rilevanti nel contribuire a delineare i caratteri identitari del sistema costituzionale italiano). Ma, a dispetto di questa perseguita aderenza al testo scritto della Costituzione, l'approccio bricoliano – come rilevo non certo da ora<sup>21</sup> – è finito con lo sfociare in una 'sovra-interpretazione' delle singole disposizioni prese in considerazione, dal momento che ai dati testuali è stato fatto dire più di quanto non dicesero prendendo le mosse da aprioristiche premesse teoriche e ideologiche relative a un vagheggiato nuovo modello di diritto penale. Sicché, la riconcettualizzazione del reato quale «fatto lesivo di un valore costituzionale, la cui significatività si riflette sulla misura della pena» costituiva - a rigore – non già il risultato obbligato di una interpretazione letterale e sistematica

---

<sup>21</sup> Rinvio in proposito ai rilevi contenuti nel mio risalente scritto *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1982, p. 42 ss.

di un insieme interconnesso di disposizioni costituzionali, bensì l'esito 'creativo' di una rilettura preconcepita e forzata della Costituzione (ancorché, beninteso, pur sempre compiuta – per dir così – a fin di bene, vale a dire con l'intenzione comunque nobile e condivisibile di concepire e promuovere un diritto penale alternativo, nei principi e nei contenuti, a quello obsoleto e autoritario dell'ormai vecchio e screditato codice Rocco).

Quanto più in particolare alla pretesa di assumere la tavola dei valori costituzionali a solo legittimo ambito di tutela di un diritto penale profondamente rinnovato, e conforme al principio delimitativo dell'*extrema ratio*, va rilevato che la teorizzazione bricoliana sembrava invero presupporre la seguente idea: che il testo della Costituzione incorporasse un ordine obiettivo di valori gerarchizzabili, per importanza e peso, già in linea generale e astratta; e che tale ordine potesse, nel contempo, fungere da scala gerarchica dei beni giuridici penalmente tutelabili: per cui il legislatore democratico, nel dar vita a un nuovo sistema di incriminazioni e nello stabilirne il livello rispettivo di gravità anche in vista della graduazione delle risposte sanzionatorie, non avrebbe dovuto far altro che prendere atto delle valutazioni gerarchiche già compiute dal legislatore costituzionale. A riconsiderarla oggi, una tale idea della Costituzione appare alquanto irenica, se non proprio ingenua. Ciò per un insieme di ragioni ben evidenziate dalla riflessione costituzionalistica e giusfilosofica più consapevole e aggiornata. A cominciare dal rilievo che le Carte costituzionali novecentesche sono caratterizzate dalla compresenza di valori eterogenei, espressione di differenti visioni del mondo, e pertanto in continua tensione – se non proprio in costante contraddizione – tra loro. E il bilanciamento che si rende spesso necessario tra i valori o beni disomogenei in conflitto non è, certo, effettuabile sulla base di preesistenti indicazioni costituzionali precise e vincolanti; esso risente, inevitabilmente, di presupposti politico-culturali o di concezioni morali e giudizi di valore che stanno a monte della Costituzione scritta, e che impediscono all'interpretazione costituzionale e alle operazioni di bilanciamento di emanciparsi del tutto dalle visioni personali degli interpreti dottrinali o giurisprudenziali<sup>22</sup>.

In verità, della impossibilità di concepire la Costituzione come un documento normativo che rispecchia un preciso ordine gerarchico di valori è ormai ben consapevole la nostra Corte costituzionale, come si desume ad esempio dalla in questo senso emblematica sent. n. 85/2013, relativa al caso

<sup>22</sup> Più diffusamente, G. FIANDACA, *Intorno al bilanciamento in ambito penale, tra legislazione e giurisprudizione*, in *Bilanciamento e sistema delle fonti*, a cura di L. Di Carlo, Giappichelli, Torino, 2020, p. 77 ss.

Ilva: «La Costituzione italiana, come altre Costituzioni democratiche e pluralistiche contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come ‘primari’ dei valori dell’ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente rilevanti, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine giuridico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale». Come riconosce chiaramente la Corte, il rapporto gerarchico tra i beni o valori concorrenti da bilanciare è dunque – sul piano tanto legislativo che giurisdizionale – non fisso ma ‘mobile’, e muta – è forse superfluo esplicitarlo – in considerazione della specificità delle situazioni problematiche da disciplinare o delle tipologie di casi concreti da decidere.

Un altro punto problematico dell’impostazione di Bricola riguardava il modo di concepire la rilevanza costituzionale dei beni giuridici suscettibili di essere legittimamente muniti di tutela penale (da parte, beninteso, di un ideale legislatore ordinario, che fosse sul serio disposto a sposare le direttrici di politica penale di teorica matrice bricoliana!). Rilevanza solo *espressa* o anche *implicita*? Optare nel primo senso avrebbe comportato il grave inconveniente di finire col restringere troppo l’ambito del penalmente tutelabile, tanto più considerando che tra le funzioni tipiche di una Costituzione non rientra certo quella di indicare in maniera esaustiva l’insieme dei valori, beni o interessi che, in un determinato momento storico, necessitano di essere salvaguardati con il ricorso alla più drastica delle sanzioni di cui un ordinamento dispone. Ma proporre un concetto estensivo di rilievo costituzionale, sino a includere il rilievo appunto *implicito* – come più realisticamente lo stesso Bricola fece – presentava l’inconveniente contrario di annacquare la funzione selettiva del criterio in parola, ridando così ampio spazio alla discrezionalità legislativa nella scelta dei contenuti della protezione penale: quello di rilevanza costituzionale ‘implicita’ del bene tutelabile è, infatti, un criterio molto duttile e perciò facilmente manipolabile, come tale destinato – più che a contrastare – ad assecondare il fenomeno dell’inflazione dei reati e le frequenti tentazioni di un improprio uso politico del ricorso al diritto penale.

5.3. A questo punto, dovrebbe risultare abbastanza chiaro che chi scrive è annoverabile tra gli studiosi che propendono per una versione ‘debole’ del diritto penale costituzionalmente orientato; e ciò pur nella piena consapevolezza che l’attribuzione alla Costituzione (e in particolare alle sue norme-principio) di un ruolo tendenzialmente orientativo più che rigidamente vincolante (eccettuati, beninteso, i casi di disposizioni costituzionali atteggiatesi a regole precise e dettagliate) ha come effetto – piaccia o non piaccia – di dilatare ampiamente gli spazi di discrezionalità valutativa sia dei legislatori nel procedere alle scelte politiche di penalizzazione, sia degli interpreti in sede ermeneutico-ricostruttiva delle leggi penali vigenti. Ma poiché sarebbe illusorio o mistificante insistere nel presumere che dalla Costituzione sia desumibile un modello di diritto penale dalla fisionomia ben definita, o una esaustiva piattaforma di beni giuridici da salvaguardare sotto minaccia di pena, è il caso di rassegnarsi a prendere atto che le scelte di fondo relative allo storicamente mutevole catalogo dei delitti e delle pene non possono che essere il prodotto deliberativo della democrazia politica; mentre il compito della Costituzione consiste – appunto – nell’additare un quadro assiologico di riferimento orientativo e, soprattutto, un insieme di limiti con funzione di scudo rispetto a una coercizione penale arbitrariamente invasiva di libertà e diritti costituzionalmente rilevanti.

Viene, allora, da chiedersi: cosa resta oggi in realtà – a circa un cinquantennio di distanza dalla sua nascita – dell’approccio costituzionale al diritto penale quale più originale apporto teorico della dottrina penalistica italiana? Circoscrivendo per il momento il discorso al versante politico-legislativo, cioè alle opzioni di politica criminale che gli attori politici di turno sono chiamati a compiere in sede governativo-parlamentare, direi in sintesi questo: dallo spirito complessivo (più che da singole disposizioni) della Costituzione deriva un implicito monito al legislatore democratico a procedere alla scelta del penalmente tutelabile con scrupolosa ponderazione razionale. Prima di decidere di creare nuove figure criminose, o di modificare reati preesistenti, il legislatore parlamentare cioè dovrebbe verificare col maggiore approfondimento possibile – grazie un serrato confronto dialettico tra le rispettive forze di maggioranza e opposizione e avvalendosi nel contempo degli apporti conoscitivi (ove disponibili) dei saperi empirico-sociali – la effettiva necessità di ricorrere alla sanzione penale, in mancanza di alternative di tutela altrettanto efficaci. Purtroppo, la politica penale prevalentemente adottata nei decenni dell’Italia repubblicana non si può certo dire sia stata prodotta da legislatori inclini a vagliare col massimo scrupolo la necessità di punire, in base all’idea liberale del diritto penale come *extrema ratio* e nel rispetto dei canoni costituzionali della ragionevolezza e della proporzione.

5.4. Quanto al versante interpretativo-ricostruttivo del diritto positivo, l'approccio costituzionalmente orientato contribuisce a modificare in non piccola misura il volto tradizionale del diritto penale: nel senso che, mentre si attenua il suo carattere giuspositivisticamente legicentrico, cresce invece il ruolo conformativo dei principi con la connessa concretizzazione giurisprudenziale, e diventa più frequente l'esigenza di bilanciare beni o esigenze di tutela in conflitto, tenendo anche conto delle peculiarità dei casi concreti.

Tutto ciò produce, inevitabilmente, riflessi sull'attività interpretativa di dottrina e giurisprudenza. L'interpretazione conforme a Costituzione, che i giudici comuni sono tenuti a compiere su impulso della stessa Consulta – secondo un modello di controllo di costituzionalità ormai definibile «accentrato-collaborativo»<sup>23</sup> – finisce, infatti, con l'incentivare la 'creatività' latamente intesa degli stessi giudici penali, inducendoli talvolta a compiere scelte ermeneutiche altamente discrezionali. Se così è, emerge una forte sollecitazione a ripensare lo stesso principio penalistico di riserva di legge, appunto per riflesso del passaggio dal modello dello Stato legislativo ottocentesco al modello dello Stato costituzionale: in questo mutato orizzonte di riferimento, consentiamo persino ai giudici ordinari di compiere riletture correttive delle leggi scritte, che sarebbero apparse inammissibili prima del sopravvenuto processo di costituzionalizzazione dello stesso diritto penale.

È appena il caso di aggiungere che l'ampliamento degli spazi di manovra degli interpreti, già conseguente al progredire del costituzionalismo domestico, è ulteriormente incrementato dai passi avanti via via compiuti dal costituzionalismo cosiddetto 'multilivello' e dalla complessa interazione tra le diverse Corti oggi operanti nello scenario europeo e internazionale.

## 6. *Qualche rilievo sulla situazione dottrinale del momento presente*

Non è facile diagnosticare la situazione spirituale della dottrina penalistica odierna. Proverò a formulare qualche rilievo a carattere soprattutto impressionistico, inevitabilmente influenzato dalla mia personale angolazione visuale.

Premettendo un dato non privo di basi oggettive, escluderei che siano in atto individuabili ben definiti orientamenti teorici di fondo, indirizzi di pensiero riferibili a scuole penalistiche specifiche, a loro volta riconducibili a grandi personalità di studiosi in grado di assurgere a indiscussi protagonisti del dibattito dottrinale e di fungere da faro per schiere di giovani allievi

---

<sup>23</sup> E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

(di 'scuole' si è semmai continuato in questi anni a parlare in una assai più modesta accezione accademico-territoriale-concorsuale, cioè per indicare i gruppi di studiosi rispettivamente operanti nelle diverse sedi universitarie). Beninteso, ciò non vuol dire che manchino singole individualità di studiosi di particolare spicco, capaci di innovativa elaborazione teorica e penetrante autoriflessione metodologica. Ma, ad uno sguardo d'insieme, la mia impressione è che tenda a prevalere un pluralismo frammentato – se non proprio sfilacciato – sia sul piano delle dottrine del reato, sia su quello delle valutazioni di politica criminale. Se c'è una tendenza che continua in qualche misura ad accomunare larga parte degli studiosi accademici odierni, giovani e meno giovani, questa verosimilmente risiede in una perdurante e diffusa critica rivolta alla politica penale di fonte governativo-parlamentare, e in una conseguente insoddisfazione verso il diritto penale attualmente esistente: solo che da questa critica e da questa insoddisfazione non sembra emergere una prospettiva culturalmente omogenea di possibile edificazione di un nuovo diritto penale dai tratti identitari sufficientemente condivisi.

D'altra parte, la possibilità che la dottrina accademica oggi possa – di per sé – effettivamente contribuire a orientare le scelte politiche in materia penale, è molto più teorica che reale. Assai prima che le ventate di populismo penale e di populismo giudiziario si levassero forti nel nostro paese<sup>24</sup>, la politica partitica aveva mostrato un crescente disinteresse verso le indicazioni e proposte provenienti dal mondo dei professori, col risultato che la voce della dottrina ha finito col contare sempre meno nei circuiti istituzionali della produzione di nuove leggi penali (hanno invece continuato ad esercitare una certa influenza singoli studiosi o gruppi di studiosi disposti, per loro scelta e contiguità politica personale, a difendere e supportare tecnicamente iniziative legislative o riforme concepite e portate avanti con ampia autonomia dalle forze politico-governative e dagli esperti degli uffici ministeriali).

Il quadro complessivo fin qui approssimativamente abbozzato non è entusiasmante né incoraggiante, secondo l'opinione (forse troppo pessimistica!) di chi scrive. E non sembra, del resto, che affiorino segnali di un potenziale rilancio, nell'immediato futuro, del ruolo civile e pubblico della dottrina penalistica in quanto tale.

Personalmente, tenderei a condividere il punto di vista – espresso ad esempio da Guenther Jakobs nel contesto di una stimolante riflessione sul

---

<sup>24</sup> Mi sia consentito richiamare in proposito il mio saggio *Populismo politico e populismo giudiziario*, in «Criminalia», 2013, p. 95 ss.

diritto penale come scienza<sup>25</sup> –, secondo cui autentica scienza penalistica, scienza penalistica nella accezione più elevata è quella capace di pensare e costruire il modello di diritto penale di volta in volta adeguato ai tempi, al mutevole *Zeitgeist*. Orbene, ho purtroppo l'impressione – e mi duole non poco esplicitarla – che una scienza alta del diritto penale così concepita non sia in atto rinvenibile (peraltro non solo in Italia, ma verosimilmente anche in altri paesi europei vicini al nostro). A questo punto, lascio volutamente aperto il discorso sul possibile avvenire sia del diritto penale che della sua scienza. Prevarranno prospettive evolutive da incoraggiare o involuzioni regressive da scongiurare? In realtà, l'orizzonte complessivo di riferimento appare (almeno a me) talmente incerto e chiaroscurale, da rendere alquanto azzardato ogni tentativo di previsione.

---

<sup>25</sup> G. JAKOBS, *El derecho penal como disciplina científica*, Madrid, Editorial Civitas, 2008.

I contributi qui raccolti propongono i risultati di una riflessione interdisciplinare promossa dall'Istituto Betti intorno al diritto penale e processuale penale. Onde affrontare la materia penalistica in maniera per quanto possibile ampia e aperta, è parso che la via migliore fosse quella di chiamare a confrontarsi penalisti e processual-penalisti assieme a storici del diritto e del processo penale invitandoli a valutare i risultati cui sono giunte le discipline penalistiche negli ultimi centocinquanta'anni e a discutere dei problemi vecchi e nuovi della giustizia penale e delle sue attuali e future prospettive. Il confronto tra gli studiosi – che i curatori hanno articolato in sei sezioni – ha confermato ancora una volta quanto la materia penalistica sia ineludibilmente e profondamente radicata nella dimensione sociale e in quella storica che non possono rimanere fuori dalla riflessione accademica e dalla costruzione teorica, come non lo sono mai nell'interpretazione e applicazione finale delle norme da parte della magistratura. La lettura di queste pagine ci riconduce alle grandi questioni della penalistica come la 'funzione' della pena e la sua 'certezza' o i modelli processuali da preferire per meglio rispondere alle differenti esigenze di accertare le responsabilità, garantire gli imputati, ma anche – se non soprattutto – assicurare l'ordine pubblico e la tranquillità dei cittadini. Dietro le scelte verso le quali, volta per volta, più o meno consapevolmente, si sono indirizzati i vari protagonisti del 'penale' sembra di riconoscere il moto oscillatorio di una dialettica perenne tra poli distinti. La dialettica è in genere foriera di avanzamento. Essa deve però esser condotta in maniera corretta: occorre studiare con obiettività i problemi cercando di coglierne le cause e gli effetti. Non basta. Poi, però, occorre anche la volontà di immaginare e proporre delle soluzioni che siano socialmente praticabili e sostenibili. Questo è – dovrebbe essere – il compito dei giuristi. E questi sono anche gli obiettivi che il presente volume vorrebbe inseguire.

I saggi qui raccolti sono di: Floriana Colao (Univ. di Siena), Marcello Daniele (Univ. di Padova), Massimo Donini (Univ. Sapienza di Roma), Giovanni Fiandaca (Univ. di Palermo), Loredana Garlati (Univ. di Milano Bicocca), Fausto Giunta (Univ. di Firenze), Roberto E. Kostoris (Univ. di Padova), Luigi Lacchè (Univ. di Macerata), Marco N. Miletta (Univ. di Foggia), Renzo Orlandi (Univ. di Bologna), Francesco Palazzo (Univ. di Firenze), Francesco Viganò (Giudice della Corte Costituzionale).