

La penalistica del dopoguerra e le sfide della Costituzione repubblicana.

Qualche considerazione sul problema del metodo e il fine della pena*

MICHELE PIFFERI

1. Introduzione

La caduta della dittatura fascista e la fine del conflitto mondiale posero la penalistica italiana di fronte a questioni urgenti, profondamente segnate dal clima politico del dopoguerra. Si trattava di scegliere come rapportarsi con l'imponente intervento legislativo del ventennio in ambito penale¹ e di progettare il sistema penale democratico. Occorreva decidere, in particolare, se abrogare il Codice Rocco del 1930 per tornare allo Zanardelli ovvero se ritenere che «la riforma piena ed intera della legislazione non [fosse] consigliabile» poiché si attraversava un «periodo di attesa in rapporto all'assetto politico-sociale» che lo stato democratico avrebbe assunto negli anni a venire². La scelta attendista che prevalse in quegli anni di transizione segnò, come noto, il destino del codice penale, ancora oggi vigente nonostante i numerosi falliti progetti di riforma³ e malgrado le contraddizioni con lo spirito e i principi della Costi-

tuzione repubblicana⁴. Proprio il dibattito in Assemblea Costituente coinvolse alcuni illustri penalisti nella redazione degli articoli 25, che costituzionalizzò il principio di legalità per pene e misure di sicurezza, e 27, che sancì il carattere personale della responsabilità penale, il principio della presunzione di innocenza, il divieto della pena di morte e, nel suo terzo comma, trovò un punto di equilibrio sullo scopo della pena (che deve «tendere alla rieducazione del condannato») dopo un'accesa discussione ancora condizionata dal dualismo tra scuola classica e scuola positiva.

Il presente contributo propone qualche riflessione, naturalmente parziale e sintetica, su alcuni temi che hanno caratterizzato la penalistica italiana negli anni successivi all'entrata in vigore della Carta. Se il 1948 può rappresentare un sicuro *dies a quo*, più problematico è stabilire un significativo momento di chiusura dell'indagine. Per le ragioni che cercheremo di spiegare, è parso ragionevole rinvenirlo nella "svolta costi-

tuzionale” di Bricola degli anni Settanta⁵ e nella *Criminologia critica* di Baratta, pubblicata nel 1982 ma a chiusura di un percorso già avviato negli anni Sessanta⁶. Nell’arco temporale di un trentennio la scienza penale ha dedicato particolare attenzione al problema del *metodo*, consapevole che il ripensamento del proprio statuto scientifico, guidato da differenti matrici ideologiche o visioni filosofiche, avrebbe poi diversamente orientato tanto la costruzione dogmatica quanto le proposte di politica criminale. Le teorie anti-formaliste che mirano a superare il tecnicismo giuridico si confrontano con le resistenze di chi persiste nel solco di una continuità solo minimamente scalfita dal mutato assetto politico-istituzionale. La Costituzione, il modo in cui vengono interpretati i principi da essa sanciti e – dal 1956 – l’attività della Corte Costituzionale inevitabilmente condizionano (e lentamente trasformano) l’approccio e lo statuto disciplinare della scienza penale. Vi è poi, da parte dei penalisti italiani, una forte apertura alla comparazione ed un costante confronto con la dottrina tedesca in particolare: se le influenze sono importanti (da Welzel a Jescheck a Roxin), non mancano tuttavia – proprio a partire dal profilo metodologico – le distinzioni che marciano l’autonomia e le peculiarità della dottrina italiana, che segnano, come è stato efficacemente osservato⁷, la differenza tra l’approccio epistemologico pratico-realistico dello stile “románico” italiano e il più astratto stile “gotico” tedesco. La scelta qui adottata è pertanto di ripercorrere, seppur in modo sommario, il dibattito metodologico tra fine anni Quaranta e inizio anni Ottanta e mostrare come esso si ripercuota, in particolare, sulle diverse teorie della pena. Se, infatti, è stato già rilevato come il persi-

stente primato del tecnicismo giuridico nei primi decenni della Repubblica abbia impedito o molto rallentato un adeguamento del sistema penale ai principi costituzionali⁸, minore attenzione è stata dedicata alle varie voci del discorso sul metodo che, oltre a preparare le trasformazioni degli anni Settanta, hanno anche condizionato le diverse posizioni dogmatiche.

2. Critiche al tecnicismo

In un noto articolo del 1939, Giuseppe Maggiore, entusiasta corifeo del regime, era stato l’unico giurista italiano a proporre una svolta totalitaria nel diritto penale in linea con il modello nazionalsocialista. L’abbandono del *nullum crimen* in favore del potere del giudice di estendere la punibilità a comportamenti non tassativizzati ma individuati per via di un’interpretazione guidata dalla volontà dello Stato e del suo capo, così come la politicizzazione di ogni reato e la considerazione del reo come un ribelle, trovavano fondamento in un radicale anti-formalismo aperto all’irrazionalismo⁹. Evitato il giudizio di epurazione per la decisione del presidente del Consiglio dei ministri di collocarlo a riposo nel 1945, Maggiore continua la sua attività scientifica e nel 1952 viene reintegrato nell’insegnamento¹⁰. In un articolo del 1948 smentisce la sua precedente posizione e afferma che il principio di legalità «in quanto presidio della libertà del cittadino, è un precetto di diritto naturale, e perciò inviolabile e inderogabile»¹¹. Un’opinione differente, ancora anti-legalitaria, sarebbe certo insostenibile oltre che politicamente inopportuna: non solo per la confermata vigenza del Codice del 1930

che ribadisce il *nullum crimen* nel suo art. 1, ma anche per la costituzionalizzazione del principio di legalità nella Carta che stava per essere emanata¹². Preme qui sottolineare che nel ritorno ad un diritto naturale posto a fondamento del concetto di delitto naturale, Maggiore muove metodologicamente da una critica al «giurista tecnico» che «monta la sentinella alla castità di quel dogma fondamentale, che è la *certezza del diritto*»: ci sono problemi che «implicano valori di *giustizia*, trascendenti il diritto positivo», che non possono essere risolti né riposandosi «sul comodo guanciale del conformismo legalitario», né «rimanendo chiusi nella idolatria del formalismo»¹³. Una insofferenza verso la dottrina «che riduce tutto il diritto a norme e complessi di norme» ribadita dal giurista palermitano due anni più tardi¹⁴. Nonostante le implicazioni nella costruzione del diritto penale totalitario¹⁵, nell'Italia del primo dopoguerra la teoria antiformalista, ora intrisa in Maggiore di richiami giusnaturalistici di matrice neotomistica e spogliata dei tratti irrazionalistici, viene ancora presentata come antidoto ai difetti del tecnicismo.

Critiche al metodo inaugurato da Arturo Rocco nella prolusione sassarese del 1910¹⁶ erano venute, già durante il regime, anche da altri fronti. Nel manifesto dell'indirizzo realistico, pubblicato nel 1937, Francesco Antolisei aveva stigmatizzato «le esagerazioni e gli errori» dei fautori del tecnicismo, tra cui «l'idolatria della parola della legge», la «separazione netta e radicale» tra «il criterio giuridico e quello politico, sociale e storico», «l'isolamento» e il «grave inaridimento della scienza penalistica»: difetti etichettati come «degenerazioni formalistiche del metodo tecnico-giuridico [...] che hanno allontanato la

scienza dalla vita e scavato l'abisso tra la teoria e la pratica»¹⁷. Secondo il giurista marchigiano occorre riconoscere che il diritto non è «un sistema organico e armonico [...] perfettamente razionale», ma è «per sua natura *alogico*» e presenta elementi di irrazionalità (ad esempio il contrasto di opinioni in seno al corpo legislativo che porta a leggi frutto di compromessi, o necessità sociali che impediscono l'adozione di scelte coerenti con la logica pura del sistema)¹⁸. La «grande favola» della completezza dell'ordinamento giuridico, così come «la mania del sistema» dovevano, dunque, lasciare spazio ad un «vero e sano realismo», attraverso la valorizzazione dello scopo della norma, del fatto o rapporto sociale che essa regola e degli «elementi politici, sociali ed etici che rappresentano il tratto di unione tra il diritto e le esigenze della vita»¹⁹. A pochi anni dall'emanazione del nuovo codice, quelle proposte da Antolisei sono incrinature rilevanti del metodo allora dominante, caratterizzate certo da qualche ammiccamento all'autoritarismo fascista²⁰ ma comunque utili ad innescare un ripensamento di molte questioni fondamentali quali il principio di legalità, la teoria del bene giuridico, i principii di causalità e colpevolezza, la teoria della pena²¹.

3. *Il teleologismo di Giuseppe Bettiol*

Altro fronte polemico nei confronti del «panlogismo della giurisprudenza concettuale» che «aveva portato ad eccessive generalizzazioni e schematizzazioni nelle quali la realtà più non si rispecchiava»²², era stato aperto da Giuseppe Bettiol in alcuni scritti metodologici del 1940, in partico-

lare con la proposta del metodo teleologico ancorato ad una concezione profondamente cattolica di "valore"²³. L'allievo di Delitala, allora trentatreenne, è consapevole che non può «senza pericoli essere sacrificato il *razionalismo* che è proprio della giurisprudenza concettuale per cadere in un aperto *irrazionalismo* il quale non solo è di ostacolo all'elaborazione del sistema [...] ma osta pure all'analisi della singola norma»²⁴. Profondo conoscitore della dottrina tedesca, Bettiol contesta la svolta irrazionalista e l'intuizionismo propri dalla scuola di Kiel che portavano alla teoria dei tipi d'autore nella costruzione del penale totalitario²⁵. Nel prendere le distanze da Dahm, Schaffstein e Mezger, tuttavia, egli si distingue anche dall'indirizzo fenomenologico neo-kantiano (in particolare si riferisce a Schwinge e Zimmerl²⁶) proprio perché non intende i valori come «nozioni astratte e universali che il nostro spirito mette a contatto con il mondo empirico il quale prima di tale intervento ordinatore sarebbe un caos disordinato», e dunque non vede nessun contrasto irriducibile tra «valore (categoria astratta) e vita (individualità concreta)»²⁷. Per Bettiol, infatti, «il valore tutelato da una norma è bensì un valore giuridico in quanto entra in contatto con il mondo del diritto», ma esso ha comunque un significato proprio anche fuori da tale rapporto di relazione, poiché «prima di essere un valore giuridico è un *valore sociale* scaturente dall'ordine immanente nella realtà delle cose»: in una visione neotomista, «il diritto non crea ma trova preesistenti nella realtà sociale (che non è la realtà naturalistica) i valori la cui tutela si dimostra in un dato momento necessaria per il bene e per il progresso della società»²⁸. Bettiol resta ancorato ad uno studio

sistematico del reato, il cui «punto d'appoggio» è il bene giuridico inteso come «valore tutelato»²⁹: in questo modo rifiuta ogni approccio irrazionalista, prende le distanze dalla nozione di anti-giuridicità materiale³⁰, e contesta anche le tendenze tedesche alla «subbiectivizzazione» del diritto penale e alla sostituzione, nella struttura del reato, del concetto di lesione del bene giuridico con l'idea «totalitaria» della violazione di un dovere³¹. Certo tale concezione teleologica «nella quale i valori si dispongono fra loro gerarchicamente» marca anche una qualche differenza rispetto alla concezione logico-formalistica del tecnicismo in cui, ad avviso del giurista friulano, manca un criterio superiore di scelta e valutazione di valori concorrenti.

Negli scritti che seguono la fine della guerra e precedono l'entrata in vigore della Costituzione, Bettiol continua a voler «portare un modesto contributo a un'opera di rinnovamento del diritto penale»³² attraverso un costante perfezionamento dell'indirizzo teleologico. Sono due le direttrici di sviluppo del suo pensiero, che caratterizzeranno anche la produzione scientifica successiva, fino ai primi anni Settanta: da un lato la radicale avversione alla metodologia e all'impianto teorico del positivismo criminologico, dall'altro la critica serrata al tecnicismo giuridico. Nelle idee della scuola positiva il professore dell'Università patavina vede l'«esasperazione di un pensiero e di una mentalità *naturalistiche*» che priva il diritto penale di «ogni linfa vitale, di ogni valore»³³; le considera espressione di «un movimento ideologico che può portare ad una "pianificazione" della politica e del diritto criminale la quale finirebbe per soffocare la calda e incon-

fondibile individualità umana»³⁴; le accusa di aver dimenticato la personalità morale e la dignità dell'individuo ridotto a puro dato meccanico-zoologico oggetto di classificazioni e categorizzazioni. Il bersaglio principale delle sue critiche è, e sarà ancora negli anni a venire, il concetto di pericolosità sociale come fondamento di una pena il cui scopo è la prevenzione speciale, cuore del credo positivista che ha trovato nel doppio binario pena/misure di sicurezza recepito nel codice del 1930 la sua più evidente e ambigua traduzione normativa³⁵. Il tecnicismo giuridico «a sfondo pancivilistico» continua, invece, ad essere indicato come il metodo che ha «veramente depauperato il diritto penale ed essiccato in una geometria concettuale ineccepibile problemi che urgono nel cuore dell'uomo»³⁶, costruendo «grattaciel della dogmatica» in cui però non pulsa la vita³⁷. «Esigenza *teleologica*» ed «*idea retributiva*» sono i due perni sui quali Bettiol costruisce il suo sistema alternativo tanto al positivismo quanto al tecnicismo, nella convinzione che i valori della vita che il diritto penale deve tutelare possano e debbano riflettersi nella elaborazione concettuale delle categorie giuridiche³⁸.

4. *L'irrelevante discontinuità della Costituzione*

Con manifesta indifferenza rispetto al mutato quadro politico-costituzionale, nel 1950 gli epigoni del tecnicismo replicano con fermezza alle 'deviazioni' di Maggiore, Antolisei, Bettiol e Nuvolone. Biagio Petrocelli confuta tanto l'«accesso teleologismo del Bettiol» quanto la «vivace ripresa fi-

losofica e giusnaturalistica del Maggiore», sostenendo che il loro «antitecnicismo» manifesta una «insofferenza di limiti», sia di quelli «positivi e storici che una bene intesa interpretazione pone al contenuto e all'efficacia della norma», sia di quelli «logici che la dommatica segna al contenuto e alla riferibilità dei concetti giuridici»³⁹. Più che un'analisi del reato dal punto di vista filosofico, Petrocelli liquida il saggio di Maggiore come «una infiltrazione di filosofia in campo strettamente giuridico». Le aporie del filosofo e giurista palermitano derivano dalla incomprendimento dei confini propri del diritto, che sono necessariamente determinati dalla forma, ovvero dal dato positivo-normativo: se si vuole comprendere il contenuto dell'illecito *giuridico*, così come del bene o dell'interesse *giuridici*, quell'aggettivo qualificativo inevitabilmente rinvia ad un'identità che non può non essere definita dalla legge. Inutile confondere il campo giuridico con quello extragiuridico – sostiene il penalista napoletano – e pure Maggiore «bisognerà che si rassegni, come tutti, a subire la tanto deprecata volontà del legislatore, la quale come è arbitra di tutelare i beni, così è arbitra di stabilirne l'importanza e il valore, perfino di creare beni e interessi, che la coscienza sociale non è riuscita e non riesce a intravedere»⁴⁰. L'onnipotenza del legislatore nel definire il perimetro del penalmente rilevante necessariamente circoscrive ed esaurisce anche lo statuto disciplinare dei giuristi che, pur non rifiutando il contributo della filosofia, «sono piuttosto, per la natura stessa della loro attività e per l'abito che ne deriva, il quale è abito di precisione e di concretezza, aborrenti da ciò che ondeggia fra diritto e non diritto, aborrenti da ogni infiltrazione di elementi estranei entro le linee della va-

lutazione giuridica»⁴¹. Se il diritto coincide con la legge, non può esservi spazio per una scienza giuridica che varchi i confini del puro dato normativo. Così, rispetto all'apertura di Bettiol (e prima ancora di von Liszt) al contenuto metagiuridico e materiale dell'illecito, al richiamo al valore come preesistente alla legge, Petrocelli ribadisce che «la forma è contenuto e il contenuto è forma»: ogni contenuto metagiuridico, che non sia conforme alla volontà del legislatore, che non «si compenetr[i] nella legge», molto semplicemente «rimane al di fuori del diritto»⁴².

La difesa del positivismo giuridico contro i due opposti pericoli dell'«arbitrio dispotico» e del «vago idealismo» diviene anche l'occasione per rivendicare il merito politico del tecnicismo durante il regime fascista: limitandosi allo studio del mero dato legislativo «i giuristi di professione» non si sono fatti «ministri di iniquità», poiché «dichiarare e applicare la norma nella sua integrità significa indubbiamente ribadire a carico del cittadino quella eventuale parte di ingiustizia che essa contiene; ma significa anche garantirgli quella zona di libertà»⁴³. Il giurista, per non venir meno al proprio ruolo, non può che rimanere fedele al tecnicismo anche nel nuovo ordinamento repubblicano perché, garantendo in modo estremo il valore della certezza del diritto, non solo tutela «nel cittadino il limite che ogni norma gli assicura», ma contribuisce anche, mostrando gli errori e gli arbitri del diritto posto, «all'avvento della legge migliore»⁴⁴.

L'apologia del tecnicismo proietta la propria autolegittimazione non solo verso il passato fascista ma anche nel presente e nel futuro costituzionale⁴⁵. È Girolamo Bellavista, sempre nel 1950, a chiarire che

le «deviazioni metodologiche» rispetto al tecnicismo derivano da una lettura sbagliata del metodo rocciano. Esso, infatti, non prevede solo la fase esegetica, ma anche quelle dogmatica e critica: il problema è consistito in una sbilanciata proporzione, con esagerazione delle prime due (in particolare con una «elefantiasi dogmatica») a discapito del trascurato momento critico revisionale, che rappresenta anche «il fertile terreno di incontro» tra diritto penale e discipline ausiliarie come la criminologia⁴⁶. Un giusto riequilibrio restituirebbe alla scienza giuridica il proprio ruolo più autentico senza stravolgerne l'identità e senza produrre rotture metodologiche: anche l'elemento teleologico o finalistico dovrebbe essere tenuto presente in tutti e tre i momenti, con la consapevolezza, tuttavia, che «scopo e norma *sunt unum et idem*, e che la ricerca del *telos* della norma non sbocca in indagine metapositivista»⁴⁷. Ma pur con queste precisazioni, Bellavista afferma con nettezza che «avanti il diritto costituzionale l'unico metodo che ha limpide patenti di legittimità ad esercitarsi dal giurista è quello tecnico giuridico inteso a costruire, attraverso la esegesi e la dogmatica, il diritto positivo costituito e vigente [...] così come è stato posto dal legislatore»: non può esservi alcuno spazio per interpretazioni creative, né per «*a priori Weltanschauung*» (leggasi valori pre-dati) che limitino le scelte del legislatore, perché, molto semplicemente, fuori dal tecnicismo «si è fuori dalla legalità costituzionale»⁴⁸.

5. *L'indirizzo critico di Nuvolone e la penalistica 'costruttrice' di norme*

Tra il 1948 e il 1954 Pietro Nuvolone, altro allievo di Delitala⁴⁹, in alcuni scritti metodologici propone un "indirizzo critico" nella scienza del diritto penale⁵⁰. L'obiettivo è superare la visione tutta interna al dato normativo che, a suo avviso, accomuna sotto l'etichetta del tecnicismo-giuridico tanto il metodo logico-formale, in cui la norma penale è considerata come un dato statico e in sé compiuto, quanto il metodo teleologico, a sua volta diviso nel ramo interno (Antolisei), secondo il quale la norma penale è funzione di un fine rinvenibile all'interno della stessa norma o del sistema, e nel ramo esterno (Bettiol) in cui il fine è posto invece fuori dalla norma⁵¹. Con riferimento sia ai canoni di interpretazione sia ai criteri di collegamento tra norme, Nuvolone è convinto che si debba andare oltre il dato normativo. La crisi provocata dalla guerra, che è poi crisi del positivismo giuridico, ha posto alla scienza penale nuovi interrogativi orientati a disancorare lo *ius puniendi* dalla base statualistica e dalla legge scritta per fondarlo invece su principi universalistici, i quali, tuttavia, né le nuove istanze giusnaturalistiche né l'approccio esegetico-dogmatico del metodo tecnico-giuridico sono in grado di individuare⁵².

La via da seguire è indicata nella parte generale dei trattati di diritto penale, nella quale ci si imbatte «molto frequentemente in teorie e in principi che, pur essendo elaborati in occasione di norme positive, cercano la loro validità al di fuori del diritto positivo», che «indicano un optimum, un punto ideale di convergenza, la cui validità è indipendente dalla legislazione particolare», ed in cui «è rilevabile un *quid* [...] che

non ha la sua ragione di validità nel diritto positivo»⁵³. Tale tendenza deve maturare scientificamente, perché «il compito che si deve proporre oggi il giurista» è quello di «acquisire la consapevolezza critica di quelle indagini: sceverare la dogmatica del diritto positivo (singolo o comparato) dai principi scientifici universalmente validi»⁵⁴. L'orientamento critico di Nuvolone cerca, dunque, di portare la scienza giuridica oltre i confini definiti dallo *ius conditum*: solo riuscendo a distinguere nel diritto penale i "fini", che sono rinvenibili fuori dal diritto e lo condizionano, dai "mezzi", che sono invece immanenti al diritto, anzi sono il diritto stesso, il giurista riesce a cogliere il problema essenziale della sua disciplina che è un «problema di *nessi*»⁵⁵. Il penalista deve, in altri termini, saper conciliare "natura" e "storia", principi costanti e generalissimi con derivazioni necessariamente variabili e determinate dalle circostanze storiche. Questo è il senso del nuovo indirizzo, la sua pretesa originalità: individuare una terza via tra l'astratto giusnaturalismo sganciato dalla storia (quello di Carrara ma anche di Maggiore⁵⁶) e la semplice analisi del testo legislativo, perché «la crisi della scienza giuridica penale [...] può essere superata soltanto capovolgendo, con intuizione copernicana, il punto di partenza: la scienza del diritto non è esegesi o dogmatica, ma costruzione delle leggi secondo determinati principi e rapporti»⁵⁷. La "rivoluzione" che Nuvolone propone è un invito alla responsabilità della penalistica, chiamata ora, nelle macerie del dopoguerra e nell'ordinamento repubblicano appena inaugurato, ad essere propositiva e non solo passiva esegeta della volontà legislativa, a saper bilanciare principi universali ed esigenze storiche particolari, a farsi, appunto,

come sempre ripete il giurista bergamasco, *costruttrice delle norme*⁵⁸.

6. *Il fine della pena e l'ambigua costituzionalizzazione della rieducazione*

Il dibattito metodologico pone in continuità le fasi pre- e post-Costituzione. Le posizioni dottrinali che si confrontano dopo il 1948 risentono ancora profondamente degli indirizzi elaborati a partire dagli anni Trenta: se, in Germania e di riflesso anche in Italia, le istanze irrazionaliste e antiformaliste più marcatamente plasmate dalla politica totalitaria sembrano ormai superate, cadute esse stesse con i regimi che le alimentavano, le diverse visioni del tecnicismo, del positivismo e del teleologismo (nelle sue diverse sfumature) restano pienamente attuali. Nei primi anni Cinquanta, ciò che colpisce è anzi l'apparente incomunicabilità tra principi costituzionali e scienza penale, la distonia tra il "nuovo" che la Carta rappresenta, il futuro che essa disegna, e il "vecchio" riproporsi di contrasti interni alla penalistica⁵⁹.

Un tema su cui inevitabilmente i giuristi sono costretti a tener conto della Carta, senza però esserne ancora profondamente orientati, è quello della funzione della pena⁶⁰. L'art. 27, terzo comma («Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato»), era frutto di faticosi compromessi in Assemblea Costituente: non si era voluto scegliere con decisione il fine rieducativo per timore che esso venisse inteso come un'adesione alle teorie positiviste⁶¹. Quel «tendere alla rieducazione» si prestava, dunque, a dif-

ferenti letture, da quella che ne sminuiva la portata a semplice norma programmatica, a quella che la vedeva comunque come un irreversibile passo verso la concezione positivista della pena, a quella opposta che la interpretava come chiara conferma del primario fine retributivo⁶². Il confronto sulla corretta interpretazione della norma costituzionale è poi ulteriormente alimentato dal Progetto di codice penale del 1949, che riformula in senso retributivo il dettato dell'art. 27, prevedendo all'art. 140 che «entro i limiti della funzione punitiva, e per realizzare interamente le finalità morali e sociali, la pena deve tendere alla rieducazione del condannato».

Progetto di codice e Costituzione divengono l'occasione per riaprire il confronto sul rapporto tra repressione e prevenzione, sia nei termini filosofici del fondamento della pena, sia nel rapporto concreto tra pene e misure di sicurezza, colpevolezza e pericolosità. Sul fronte positivista Filippo Grispigni, tacendo sul faticoso compromesso che aveva portato alla formulazione definitiva della norma, ritiene che l'art. 27 abbia operato una scelta netta e chiara in favore della rieducazione come «*unica* funzione della pena»⁶³. Su questa lettura fonda l'accusa di violazione costituzionale «clamoros[a] e macroscopic[a]» operata dall'articolo 140 del Progetto, il cui significato, che farebbe «regredire il diritto penale almeno di un secolo», è «che prima di tutto ed essenzialmente, si deve punire (nel senso di *retribuere moralmente*), e solo nell'ambito di tale funzione preminente, si provvederà alla rieducazione»⁶⁴. La novità costituzionale è in qualche modo attenuata dall'accentuazione del carattere progressivo del Codice Rocco, «codice della distensione e della pace»⁶⁵ tra le due opposte

scuole capace di introdurre nell'ordinamento idee ormai largamente condivise sulla pericolosità del reo e la difesa sociale. Più che una lettura del Codice (e delle sue eventuali modifiche) in senso costituzionale, quella di Crispigni sembra piuttosto una lettura codicistica (anche se palesemente forzata in chiave positivista) della Carta per contestare il progetto regressivo-retributivista del '49.

Da tale approccio si discosta di poco Silvio Ranieri: la scelta rieducativa non è una novità introdotta dai costituenti ma era già ben presente nel codice del '30⁶⁶. Il problema è che accanto a disposizioni codicistiche chiaramente orientate alla difesa sociale ve ne sono altre che in modo contraddittorio si ispirano al criterio retributivo. Il vero apporto dell'art. 27 consiste non tanto nell'aver indicato la "natura" della pena, ma nell'aver imposto un vincolo sui "mezzi" per raggiungere lo scopo stabilito. Significa, per Ranieri, che diviene un obbligo costituzionale non eludibile la predisposizione di strumenti di indagine della personalità del condannato a cui la pena deve adattarsi: certo non si devono abolire le pene per sostituirle con misure di prevenzione, ma l'individualizzazione richiede un approccio diverso da quello classico, poiché «restringere [...] la portata della rieducazione nei limiti della funzione repressiva della pena, facendo questa prevalere su quella, è svuotare del suo contenuto il 2° cpv. dell'art. 27, e annullare ogni possibilità di rieducazione»⁶⁷. La corretta interpretazione e l'attuazione dell'art. 27 non devono essere misurate, dunque, in funzione delle maggiori o minori modificazioni che esso apporta al sistema punitivo, perché in realtà la norma richiede una revisione radicale del sistema stesso, «diversamente

orientato» se si vuole davvero sperare nel riadattamento del condannato alla libera vita sociale⁶⁸. Se tale impegno alla rieducazione è inteso così integralmente, Ranieri riconosce che il capoverso costituzionale può assumere un contenuto rivoluzionario e «può anche segnare un profondo mutamento nelle dottrine del diritto penale»⁶⁹. Una trasformazione, tuttavia, solo ipotizzata e di cui Ranieri non spiega né i modi di realizzazione né le ricadute giuridiche. Una trasformazione, peraltro, che sembra una lontana utopia considerando che proprio mentre consegna alle stampe il suo contributo per la *Giustizia penale* nel 1956⁷⁰, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione dichiarano manifestamente infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale della norma del codice penale che prevede l'ergastolo, affermando contraddittoriamente che mentre nel «tendere alla rieducazione» dell'art. 27 «si debba intendere compresa anche la prospettiva della correzione del reo all'ulteriore fine del suo ritorno in società, sempre che, beninteso, questo sia possibile», tuttavia «nulla autorizza a ritenere abbandonato il carattere punitivo o retributivo al pari che la funzione intimidatrice della pena»⁷¹.

Tra i cattolici, Giacomo Delitala riconosce come «si debba energicamente reagire contro la esasperazione del principio retributivo», ma la sua apertura alla prevenzione speciale, intesa come «opera di redenzione» e non di «bonifica», non implica alcuna concessione alle tesi dei positivisti, rispetto ai quali ha un'opposta visione del principio di responsabilità che ritiene sia «incrollabilmente alla base del diritto e della società»⁷². Bettiol rimane invece fermamente ancorato all'idea di giustizia retributiva, le cui immanenti esigenze razio-

nali «costituiscono altrettante vertebre del mondo morale e sociale»⁷³. L'umanizzazione della pena implica, per lui, «un'impostazione *politica* che possiamo chiamare senz'altro *democratica*» e che si traduce in un rifiuto della difesa sociale vista come riflesso di «quel pensiero politico che subordina ontologicamente e funzionalmente l'individuo al gruppo sociale» senza accordargli efficaci garanzie⁷⁴: prevenzione speciale e positivismo criminologico sono, dunque, intesi come manifestazione e riflesso penalistico dell'idea marxista che è stata antesignana delle moderne concezioni del totalitarismo politico⁷⁵. In tale prospettiva il testo dell'art. 27 della costituzione democratica va inteso come una conferma del principio retributivo e come un'indicazione per «risolvere solo un *problema pratico* di esecuzione penale e non già una questione di indirizzo scientifico»⁷⁶: il riferimento alla rieducazione del condannato, quella che Bettiol qualche anno dopo chiamerà il «momento mitologico del diritto penale»⁷⁷, è cosa diversa dal recupero sociale di cui parlano i positivisti, e «bene si esprime»⁷⁸ l'art. 140 del Progetto del '49 nel ribadire l'essenza retributiva della pena. Il ravvedimento del reo è un effetto eventuale che non può identificarsi con il fine necessario cui la pena deve tendere e, «nonostante l'equivoca dizione dell'art. 27», può essere perseguito nella fase esecutiva grazie a modalità di attuazione della sanzione più umane, senza per questo ergersi a scopo della pena. L'interpretazione retributivista delle disposizioni statutarie è l'occasione per ribadire il suo rifiuto della pena indeterminata e delle misure di sicurezza, ritenute un «corpo estraneo» nel quadro di una costituzione democratica, e per confermare che «ci sono fondamentali

ragioni costituzionali per ritenere inoperante, assurdo, fuori posto il finalismo riconosciuto alla pena»⁷⁹.

Se le letture dei positivisti restano minoritarie, anche per il ruolo marginale giocato dagli epigoni della scuola nel dopoguerra, marginale resta pure la tesi di Bettiol che vorrebbe espungere le misure di sicurezza dal campo penale. Il combinato degli artt. 25 e 27 della Costituzione è interpretato in continuità con il codice, senza rotture metodologico-contenutistiche né cesure sulla filosofia punitiva. Come il codice del '30 ha disciplinato caratteri e funzioni di pene e misure di sicurezza, così «la Costituzione non fa che ribadire la distinzione» tra la funzione punitiva delle prime e difensiva delle seconde⁸⁰. Nessun assorbimento, pertanto, delle pene nelle misure in virtù di un comune fine rieducativo. Se la Carta «si preoccupa di avvertire che *le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità*, ciò è perché le pene devono rimanere *pene*»: il divieto, infatti, non avrebbe senso se queste ultime dovessero «avere un contenuto essenzialmente ed esclusivamente rieducativo» e non, invece, «punitivo». La pena, nella Costituzione come nel Codice, conserva il «proprio logico e naturale contenuto di *afflittività*», la quale però non potrà più – come accaduto in passato – tradursi in trattamenti disumani. Inutile e sbagliato voler attribuire al secondo capoverso dell'art. 27 significati che esso non ha: «si dovrà *tendere* (cioè non realizzare necessariamente, ma fare il possibile per realizzare) alla rieducazione del condannato», realizzata però sempre nell'ambito di una pena retributivo-repressiva. «In conclusione – scrive Petrocelli –: il limite posto dall'*afflittività* costituisce la logica riaffermazione della stessa *afflittività*»⁸¹.

Se si confrontano due edizioni del manuale di Antolisei, una precedente ed una successiva il 1948, si può constatare come l'entrata in vigore della Costituzione non abbia comportato alcuna discontinuità teorica sulla funzione della pena, ma abbia, se mai, confermato tendenze dottrinali già prevalenti fondate sulla fonte codicistica. Negli *Elementi* del 1945, il professore dell'Università di Torino scrive che «per avere un'idea della funzione della pena che non sia unilaterale e corrisponda esattamente alla realtà nei suoi molteplici aspetti» occorre considerare come la pena stessa opera nelle tre distinte fasi legislativa, giudiziaria ed esecutiva. Se, per un verso, si può assegnare alla prima fase una funzione di prevenzione generale, alla seconda di retribuzione e alla terza di prevenzione speciale, per altro verso, tuttavia, Antolisei precisa che negli stati più progrediti «la pena moderna» si è trasformata unendo al tradizionale carattere del «castigo giuridico» provvedimenti che tendono alla risocializzazione del reo⁸². In realtà, poi, le tre fasi sono strettamente collegate e dunque tutte condividono il medesimo scopo ultimo della pena che è «il mantenimento dell'ordine giuridico: in altri termini, l'osservanza della legge e, quindi, la difesa della società»⁸³. Se, dal punto di vista teorico, non solo non vi è contrapposizione ma «esiste un stretta, anzi strettissima connessione fra la repressione e la prevenzione», nel diritto positivo vigente «la verità è che la pena [...] non ha un carattere rigorosamente unitario: è un *mixtum compositum*, nel quale l'idea dell'emenda del reo ha un'influenza considerevole accanto al concetto centrale del corrispettivo»⁸⁴. Nella sua prospettiva realista e ancorata al dato normativo, Antolisei chiarisce che «gli scrittori che sostengono

il contrario, evidentemente, confondono la pena-come-è con la pena-come-si-vorrebbe-che-fosse: scambiano, cioè, per realtà giuridica le proprie vedute filosofiche e di politica criminale»⁸⁵. Se già nel sistema punitivo costruito dal legislatore fascista è possibile ritrovare una polifunzionalità della pena, con uno spazio non irrilevante per la risocializzazione del condannato, dall'art. 27 della Carta arriva poco più di una conferma. Nel *Manuale* del 1952 Antolisei riproduce alla lettera quanto scritto in precedenza, aggiungendo solo poche righe di richiamo alla nuova fonte ed assorbendone del tutto il potenziale innovativo entro le coordinate già ricavabili dall'assetto legislativo precedente: «Della trasformazione della pena che abbiamo prospettato e delle nuove esigenze affiorate nell'evoluzione del diritto penale hanno mostrato di rendersi esatto conto, con squisita sensibilità, i compilatori della Costituzione» nel redigere il terzo comma dell'art. 27⁸⁶.

7. La rieducazione come principio costituzionale: Nuvolone e Vassalli

In un panorama dominato da interpretazioni che pongono la Costituzione in continuità con il codice, sminuendone così le potenzialità di trasformazione del sistema penale in generale e della natura della pena in particolare, le voci che tentano di invertire i fattori e porre la nuova Carta al centro della riflessione sono poche ma significative. Nella *Premessa* del volume *Le leggi penali e la Costituzione* del 1953, Nuvolone spiega che «il tema dei rapporti tra leggi penali ordinarie e norme costituzionali è diventato ormai un capitolo fondamentale della

scienza del diritto penale positivo», reso «sempre più attuale e, nello stesso tempo, difficile» dalla «coesistenza di leggi penali vecchie e di una costituzione nuova» e dall'emanazione di norme penali successive alla Carta «in un periodo di non consolidate garanzie costituzionali»⁸⁷. L'oggetto di studio del volume si carica di un valore programmatico: non si tratta semplicemente di porre la nuova fonte *accanto al* – e, in un certo senso, *dopo il*, sia in termini temporali che contenutistici – codice (o la legge ordinaria). Capire a fondo il *novum* che la Carta implica per la materia rappresenta, piuttosto, «uno dei campi più interessanti e delicati del diritto penale italiano [...] perché in esso sono contenuti i limiti supremi del potere legislativo e le gelose garanzie di quelle libertà politiche e civili, che la Costituzione ha sancito, e di cui il diritto penale deve segnare i confini, ma formare anche l'estrinsecazione più fedele e il più sicuro presidio»⁸⁸. Nuvolone coglie la vera sfida per la penalistica repubblicana, ovvero il radicale capovolgimento di prospettiva non solo nella ovvia rinnovata gerarchia delle fonti, ma nel fatto che l'impatto della Carta sul diritto penale non possa certo limitarsi ad un'interpretazione continuista del principio di legalità⁸⁹ e dello scopo della pena. Il diritto penale deve, invero, sintonizzarsi con i principi, le libertà, i valori, le garanzie – per gli individui e per le formazioni sociali in cui la personalità dei singoli si svolge (art. 2) – che il testo costituzionale ha sancito, deve costituirne il confine difensivo e, al contempo, deve farsene interprete e promotore. Al penalista spetta un ruolo non di passivo, e quasi indifferente, spettatore, ma di consapevole ad attivo attore nella edificazione di un sistema penale orientato dalla Costituzione nel suo complesso: «Il

giurista non può limitarsi a prendere atto e a classificare: egli deve porsi anche dall'angolo visuale del legislatore come costruttore di norme. E deve denunciare i difetti del sistema perché vengano corretti e, comunque, non vengano aggravati»⁹⁰.

Alla luce di tali considerazioni il primo riferimento va proprio alla pena e all'art. 27 con cui «il principio della *prevenzione speciale* ha fatto il suo ingresso costituzionale anche nel diritto penale punitivo»: ciò significa che il termine "pena", pur senza perdere «la sua essenza di retribuzione», include anche «una serie di misure ispirate ad esigenze diverse»⁹¹. Certo non si tratta di una innovazione radicale, perché già il codice Rocco si era aperto a questa doppia dimensione, «ma il riconoscimento contenuto nella costituzione ha pure la sua importanza»; proiettata verso il futuro, la disposizione statutaria «impegna, infatti, il legislatore ad adeguare sempre di più il regime penale e penitenziario alle istanze della prevenzione speciale»⁹². Per questo motivo Nuvolone critica «le accentuazioni dell'esigenza repressiva che si riscontrano talvolta in sede di riforma legislativa insieme al ripiegamento su linee più rigorosamente classiche» – il riferimento è evidentemente al Progetto del 1949 ma anche alle tesi rigorosamente retributiviste di Bettiol – qualificandole come «singolarmente dissonanti con l'orientamento della costituzione»⁹³. Dall'ordinamento penitenziario all'«artificiosa e meccanica addizione di pena e misure di sicurezza per gli imputabili pericolosi», sono vari gli ambiti in cui il diritto positivo non concorda con l'indirizzo indicato dalla Carta. Limitandosi ad un accenno ai possibili problemi d'incostituzionalità, Nuvolone è ben consapevole che la volontà dei costituenti

ha impresso «una direttiva [...] nel senso di una progressiva individualizzazione della pena»⁹⁴: non si tratta, dunque, solo di un mero riconoscimento di quanto già scritto nel Codice, ma di un più profondo vincolo progettuale destinato a proiettare negli anni a venire l'impegno a realizzare una diversa «sintesi sempre più efficace dei mezzi di repressione e dei mezzi di prevenzione», senza cadere «in ritorni su posizioni di intransigenza teorica e di involuzione pratica»⁹⁵.

La tesi di Antolisei sulla continuità pre- e post-1948 della polifunzionalità della pena viene ripresa e rielaborata in chiave costituzionale nella prolusione romana del 1960 da Giuliano Vassalli: «Il criterio della prevenzione speciale, già largamente presente nel codice Rocco, entra poi a vele spiegate nel nostro sistema con l'art. 27 della Costituzione repubblicana, nel quale il fine della rieducazione è iscritto addirittura come obiettivo principale, oltre che inderogabile, della pena»⁹⁶. Vassalli critica tanto la rigidità retributivista di Bettiol, sorda al dettato statutario, quanto l'opinione di chi vuole relegare l'istanza rieducativa alla sola fase esecutiva «come un accessorio di auspicabile ma non necessaria realizzazione»⁹⁷. Tuttavia la rieducazione non diviene scopo esclusivo della pena, come vorrebbe Crispigni, perché la capacità a delinquere, che rappresenta «il fulcro della prevenzione speciale nel nostro diritto» e nella quale sono condensate le funzioni d'individualizzazione, resta comunque nel codice «subordinata alla gravità del reato» come elemento di commisurazione di una sanzione che mantiene (anche) il carattere di riaffermazione del diritto violato⁹⁸. La pena, dunque, per il professore romano, è frutto di un compromesso tra le

diverse necessità dello stato nell'esercizio dello *ius puniendi*, è «pluridimensionale o quantomeno plurifunzionale», è – con formula simile ad Antolisei appunto – «un *quid compositum* in cui, pur partendosi dal nucleo centrale del suo carattere retributivo, le esigenze della prevenzione speciale e della prevenzione generale spiegano una grande influenza»⁹⁹. Tale concezione, tuttavia, non impedisce a Vassalli di abbozzare «gli sviluppi che l'idea della rieducazione, divenuta principio costituzionale, ancora attende e deve avere nel nostro diritto»: un diverso bilanciamento di castigo e recupero sociale nella fase esecutiva, una revisione del sistema processuale e del carcere preventivo che quasi mai può avere effetti riabilitativi, una valorizzazione delle pene alternative alla detenzione¹⁰⁰.

8. *La discrezionalità del giudice e la rilettura in chiave costituzionale dell'art. 133 c.p.*

Il discorso sulla funzione costituzionale della pena trova una ricaduta concreta in riferimento al potere discrezionale attribuito al giudice nella commisurazione della pena dall'art. 133 del Codice penale. I due profili non possono, evidentemente, non sovrapporsi, dato che gli elementi di cui il giudice deve tener conto nel determinare la pena da irrogare ad uno specifico reo sono necessariamente orientati ad individuare la giusta proporzione della sanzione in funzione dello scopo che con essa si vuole perseguire¹⁰¹. Per Vassalli la discrezionalità «regolata e controllata» prevista dalla «tassativa» elencazione dei fattori valutabili *ex art. 133* deve essere intesa come strumentale alla realizzazione dei plurimi fini della puni-

zione, retributivi e special-preventivi: essa, dunque, deve prendere in considerazione tanto elementi del fatto e della condotta (*aestimatio delicti*), quanto elementi legati alla personalità del reo espressi attraverso la formula della "capacità a delinquere" (*aestimatio sentis*)¹⁰².

Contenuto e limiti del potere discrezionale disciplinato dall'art. 133 devono, in vero, essere letti in relazione non solo all'art. 27 ma anche all'art. 25 della Carta. Come osserva Nuvolone nell'*incipit* della sua relazione presentata VII Congresso internazionale di diritto penale di Atene nel 1957, «il problema più drammatico dell'esperienza penalistica contemporanea è quello di impostare e regolare i rapporti tra il principio della difesa sociale e il principio di legalità»¹⁰³. Se, infatti, «i moderni indirizzi del pensiero criminalistico» hanno portato ad un'accentuazione del principio dell'individualizzazione della pena e, dunque, della prevenzione speciale, come testimoniano istituti ormai adottati in molti ordinamenti (*probation*, sospensione condizionale della pena, scelta tra pena e misure di sicurezza), e se tale tendenza trova conferma nel principio rieducativo richiamato dai costituenti, è vero anche che la conseguente discrezionalità necessaria per dare attuazione a tale sistema rischia di entrare in conflitto con il principio del *nullum crimen nulla poena sine lege*, «conflitto più o meno accentuato ma comunque presente in ogni ipotesi in cui il cittadino-imputato non trova nella legge o non trova esclusivamente nella legge la previa indicazione delle conseguenze penali cui lo esporrà il proprio comportamento»¹⁰⁴. La «*fattispecie legale*» rappresenta il «limite» della discrezionalità giudiziale, secondo un'interpretazione che mantiene salda la prima parte del bro-

cardo latino, ovvero la definizione normativa del comportamento punibile, mentre rende più flessibile il *nulla poena*¹⁰⁵. L'art. 133 offre criteri che il giudice deve seguire sia per determinare in concreto la durata della pena, sia per stabilire se un individuo è socialmente pericoloso, tanto nelle ipotesi previste dal codice quanto in quelle regolate da altre leggi: «Evidentemente – precisa il giurista bergamasco – l'interpretazione dei fatti è in funzione diversa; ma i fatti sono gli stessi. Considerazione di notevolissima importanza per gli sviluppi del diritto penale verso una valutazione unitaria della personalità»¹⁰⁶.

La ricerca del giusto bilanciamento tra garanzie penali costituzionali e valorizzazione delle riforme criminologiche, carattere peculiare nel pensiero di Nuvolone, sembra trovare il punto di equilibrio nell'idea del passaggio dalla legalità alla giurisdizionalità, poiché «il principio di giurisdizionalità deve subentrare per la tutela della libertà del cittadino là dove le istanze della difesa sociale non permettono di applicare il principio di legalità»¹⁰⁷. Il principio di giurisdizionalità – scrive ancora Nuvolone nel 1961 – «consiste, nel suo fondamento, nell'obbligo della garanzia giurisdizionale per ogni atto limitativo della libertà personale»¹⁰⁸; da esso, e, più in generale, dalla stessa struttura costituzionale dello stato di diritto, «che presuppone un rapporto di alterità tra Stato e cittadino, e quindi piena soggettività giuridica del cittadino stesso di fronte allo Stato [...], derivano pertanto il diritto alla contestazione, il diritto alla difesa, l'obbligo per il giudice penale di motivare i suoi provvedimenti»¹⁰⁹. Nell'impossibilità logica, pertanto, di prevedere il rigoroso rispetto del principio di legalità tradizionale nella predeterminazione, per

esempio, di tutti i caratteri delle misure di sicurezza, il discrimine per la loro accettabilità in conformità allo stato (costituzionale) di diritto sta proprio «nell'istituzione di un processo di sicurezza, separato dal processo ordinario di cognizione (che gli è pregiudiziale), e organizzato con tutte le garanzie di un normale processo»¹¹⁰.

9. *La costituzionalizzazione della dogmatica penale di Franco Bricola*

Con Vassalli e Nuvolone, tra fine anni Cinquanta e anni Sessanta, il confronto tra diritto penale e Costituzione appare ormai aperto, grazie anche al riconoscimento del ruolo chiave che può e deve giocare la Corte come giudice delle leggi¹¹¹. Come noto, il processo di costituzionalizzazione del diritto penale giunge a piena maturazione grazie soprattutto al contributo di Franco Bricola¹¹². Il riferimento, in particolare, è al suo saggio *Teoria generale del reato*, pubblicato nel 1973¹¹³. In questa sede, seguendo il percorso che legge gli approcci metodologici in relazione ai discorsi sulla pena, interessa richiamare tre precedenti contributi bricoliani, rispettivamente del 1962, 1965 e 1968¹¹⁴. Nella recensione al libro di Warda, Bricola prende spunto dalle considerazioni del giurista tedesco sui vincoli costituzionali all'esercizio della discrezionalità da parte del giudice penale per stimolare la discussione anche nella dottrina italiana, ancora piuttosto restia ad approfondire il tema¹¹⁵. I principi della *Grundgesetz* del 1949 che secondo Warda influiscono sulla ricostruzione dogmatica della discrezionalità e «godono di un ruolo di assoluta preminenza»¹¹⁶ sono i principii di giustizia,

proporzionalità, eguaglianza, e tutela della personalità umana. È evidente come il recensore stia cercando spunti per trasferire la riflessione dogmatica sul piano del proprio ordinamento nazionale, ed infatti tre anni dopo pubblica uno studio monografico sull'argomento, con un sottotitolo (*Nozione e aspetti costituzionali*) che rende espliciti sia il metodo sia l'orizzonte valoriale che guidano la ricerca.

Il volume inizia richiamando l'incipit dell'articolo sopra citato di Nuvolone, suo maestro a cui l'opera è dedicata, dove il rapporto tra difesa sociale e principio di legalità è posto come problema fondamentale della penalistica. Se sono condivisi i punti critici da cui la riflessione deve muovere, ovvero le esigenze dell'individualizzazione della pena e dell'accertamento della personalità del reo con il conseguente «progressivo allontanamento dal dogma della fattispecie e un correlativo aumento dei poteri discrezionali del giudice»¹¹⁷, diverso è invece l'approccio teorico che orienta la ricerca di soluzioni. La Costituzione è la guida e il riferimento costante, il fulcro la cui luce nuova deve illuminare l'interpretazione anche delle norme positive emanate in precedenza: «L'indagine – scrive Bricola – si propone [...] l'obiettivo di individuare la portata che il potere discrezionale del giudice assume, *de jure condito*, nel sistema penale italiano, nonché – ed ecco subito chiarita la scelta di metodo e di contenuto – i limiti che all'espansione di esso assegna la Costituzione», alla luce degli articoli 25 e 27 e delle norme sulle garanzie giurisdizionali¹¹⁸. «Si tratta, perciò, – aggiunge ancora – di cogliere, a livello costituzionale, il punto di equilibrio tra bisogno di certezza formale, ancorato ad un sistema di tassative fattispecie legali e il bisogno di giustizia so-

stanziale»: compito del giurista è, dunque, definire la nozione di discrezionalità e individuare i profili dogmatici partendo dall'«unico schema offerto dal sistema penale positivo», ossia l'art. 133 c.p., interpretato però alla luce della Carta nel suo complesso di principi, valori, garanzie¹¹⁹.

Riletto in rapporto all'art. 27 della Costituzione, l'art. 133 assume un significato diverso: se, infatti, Bricola considera infondata l'interpretazione che mira a «svirilizzare la forza innovativa» della disposizione statutaria, e pur senza «misconoscere» la retribuzione accetta come «costituzionalmente riconosciuta» la finalità rieducativa, ne consegue che è «non solo legittimo da un punto di vista costituzionale, ma, altresì, *imposto* il potere discrezionale del giudice nella fissazione della pena»¹²⁰. Visto il fine che la Carta assegna alla pena, la seconda parte dell'art. 133, quella che definisce i criteri per misurare la capacità a delinquere, diviene «essenziale»: «Si stabilisce, in tal modo, nel superiore riconoscimento costituzionale e nella prospettiva della rieducazione, uno stretto collegamento teleologico tra la 1ª e la 2ª parte dell'art. 133 c.p.»¹²¹. Bricola precisa però che il fine della pena, inteso nel senso di rieducazione come «reinserimento dell'individuo nel contesto sociale» e non come il trattamento curativo o di difesa sociale di categorie astratte di delinquenti proposto dai tardo-positivisti¹²², implica tanto «la pura valutazione della personalità dell'agente» quanto «un fatto *colpevole*, come presupposto per l'imputazione penale»¹²³. Non vi è alcuna contraddizione tra principio di colpevolezza («*an* della responsabilità») e «completa esplorazione della personalità dell'agente anche al di fuori del puro terreno della rimproverabilità, in sede di

graduazione (*quantum* o scelta del tipo di pena) della responsabilità»: si tratta di due elementi distinti, ma concorrenti ai fini della determinazione della pena. In questo senso, anticipando l'idea che avrebbe poi meglio articolato in seguito secondo la quale la Costituzione non deve essere intesa solo come «limite» del diritto penale ma come suo «fondamento»¹²⁴, Bricola sottolinea le nuove potenzialità interpretativo-dogmatiche che la Carta apre al penalista: «Breve: il fine rieducativo della pena, sollevato dal terreno puramente esecutivo, schiude all'interprete ampie prospettive di indagine»¹²⁵.

10. *Verso la criminologia critica di Alessandro Baratta*

In chiusura pare opportuno menzionare un contributo di Alessandro Baratta del 1963. La compiuta teorizzazione del metodo della criminologia critica è databile ad inizio degli anni Ottanta¹²⁶, preceduta e preparata da quel laboratorio di idee e metodologie che fu *La questione criminale. Rivista di ricerca e dibattito su devianza e controllo sociale*, fondata da Bricola e Baratta nel 1975 e da loro codiretta fino al 1983. L'articolato commento alla traduzione in lingua italiana del discorso di Marburg di Franz von Liszt sullo scopo della pena curata da (e con la prefazione di) Alessandro Alberto Calvi¹²⁷, rappresenta l'occasione per riflettere sull'attualità delle «linee essenziali della teoria lisztiana della pena [...] ancora oggi insuperate e insuperabili» e del tutto corrispondenti «alle condizioni obiettive della moderna società»¹²⁸. Baratta vede nello scritto del giurista viennese la compiuta teorizzazione

della combinazione e della necessaria integrazione tra retribuzione e prevenzione/rieducazione, tra natura sanzionatoria della sanzione penale e sua adattabilità all'autore del reato: «il diritto penale moderno, che obbedisce all'idea dello scopo quanto all'individualizzazione del trattamento, rispetta lo schema astratto della retribuzione per quanto si riferisce all'obiettivazione giuridica dei presupposti e dei limiti degli aspetti coattivi del trattamento stesso, per ora ineliminabili»¹²⁹. «Il significato più profondo e più attuale del programma di Marburgo» consiste dunque per Baratta nel «punire il *concetto di reato*» per «trattare e rieducare *l'uomo delinquente*»: il contenuto retributivo-sanzionatorio della pena «si trasferisce tutto e, si potrebbe dire, scarica tutta la sua primitiva portata ideologica, nel principio della obiettivazione e della astrattezza delle misure penali, cioè nella legalità del trattamento alla stregua della sanzione prevista per la fattispecie realizzata»¹³⁰. Giungendo a conclusioni simili a quelle di Bricola, anche se attraverso un percorso differente, Baratta non vede contraddizione tra principio di legalità e principio rieducativo (non a caso sanciti dagli artt. 25 e 27 della Costituzione, pur non richiamati da Baratta), perché «in quanto limite astratto della sanzione, la giustizia si risolverà nella legalità; in quanto individuazione concreta del trattamento, la giustizia si risolverà [...] nella *necessità*» alla luce delle scienze criminologiche¹³¹.

Dal punto di vista metodologico, lo studio del pensiero di Liszt offre a Baratta l'occasione per combinare l'analisi filosofica sulla funzione della pena con considerazioni sugli attuali scopi concreti della sanzione e per mostrare l'utilità sia della conoscenza storico-giuridica sia di quella sociologica

ai fini di una comprensione più profonda dei problemi della scienza penale. Nella conclusione dell'articolo, già è abbozzato *in nuce* l'approccio che svilupperà nella criminologia critica: il compito della filosofia nel processo di approfondimento che la scienza giuridica fa di se stessa è «di favorire quel processo entrando nell'interno della scienza per scoprire la filosofia e l'ideologia che sono al fondo delle posizioni dogmatiche, denunciarne i condizionamenti storico-culturali; suscitare insomma quella consapevolezza critica e storica dell'opera del giurista, che sola potrà evitare che la dogmatica giuridica [...] finisca per degenerare nel dogmatismo»¹³².

I due metodi avviati da Bricola e Baratta, la costituzionalizzazione della dogmatica penale e la criminologia critica, rappresentano quanto di più innovativo offra la penalistica italiana negli anni Sessanta; oltre a segnare una decisiva cesura con il tecnicismo, essi sono destinati ad influire in modo determinante anche sugli sviluppi della scienza penale negli anni successivi.

* Il contributo è frutto di una Alexander von Humboldt Research Fellowship presso la Humboldt Universität di Berlino nell'autunno 2021: ringrazio il prof. Florian Jeßberger per il supporto e il costante confronto scientifico. Una versione provvisoria è stata presentata al convegno "La España de los años 50 y 60 en su contexto europeo. El encuentro de historia jurídica comparada", tenutosi all'Università di Siviglia, Facultad de Derecho, il 10-12 novembre 2021, i cui atti sono in corso di stampa nel volume *Desarrollo de la dictadura, dictadura del desarrollo. El régimen franquista en su entorno internacional (1946-1968)*, Sevilla, Athenaica, 2023, curato da Sebastián Martín, Federico Fernández-Crehuet e Alfons Aragoneses. Sono grato a Donato Castronuovo e Alberto Di Martino per i consigli sulla prima stesura del manoscritto.

¹ Per un utile inquadramento della legislazione penale fascista si rinvia almeno a G. Neppi Modona, M. Pelissero, *La politica criminale durante il fascismo*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia. Annali*, 12, *La criminalità*, Torino, Einaudi, 1997, pp. 759-847.

² E. Casati, *Considerazioni e proposte sulla riforma dei codici penali*, in «Archivio penale», I, n. 1-2, 1945, p. 43. Nella stessa rivista cfr. anche R. Pannain, *Notizie e spunti sulla riforma dei codici penali*, pp. 56-61. Argomenti analoghi in riferimento al codice di procedura penale in G. Leone, *Sulla riforma del Codice di Procedura Penale*, in «Archivio penale», III, pt. I, 1947, pp. 442-470; sul tema cfr. M. Sbriccoli, *Caratteri originali e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia. Annali*, 14: *Legge Diritto Giustizia*, Torino, Einaudi, 1998, pp. 485-551 ed ora in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 649-650; Id., *Il problema penale*, in *Enciclopedia*

italiana di Scienze, Lettere ed Arti – Appendice 2000 – Eredità del Novecento, a cura di G. Bedeschi, Roma, Enciclopedia Italiana, 2001, vol. II, pp. 822-837, ed ora in Id., *Storia del diritto penale*, cit., pp. 695-697; 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. Carlati (a cura di), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 271-304.

³ Si veda S. Musio, *La vicenda del Codice Rocco nell'Italia repubblicana*, in «L'Altro Diritto. Rivista», 1999, consultabile online al link: <<http://www.adir.unifi.it/rivista/1999/musio/index.htm>> ottobre 2023.

⁴ Sulla lunga vita del Codice Rocco sono utili i contributi nel volume monografico *Il Codice Rocco cinquant'anni dopo*, in «La questione criminale», VII, n. 1, 1981; e L. Stortoni, G. Insolera (a cura di), *Gli ottant'anni del Codice Rocco*, Bologna, Bononia University Press, 2012.

⁵ Il riferimento è in particolare a F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in «Novissimo Digesto Italiano», XIV, 1973, pp. 7-93, ora anche in Id., *Scritti di diritto penale*, v. I, t. I, a cura di S. Canestrari e A. Melchionda, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 539-809.

⁶ A. Baratta, *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Bologna, il Mulino, 1982.

⁷ F. Londoño Martínez, *Il 'romanticismo' 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, n. 4, 2019, pp. 1943-1960; cfr. anche Id., *Idiosincrasia y dogmática penal italiana. De paso, sobre si acaso Franco Bricola fue un revolucionario o un reformador. (un ejercicio poco*

"científico", ma con grande affetto), in «Criminal Justice Network», 22.03.2019, <<https://www.criminaljusticenetwork.eu/it>> ottobre 2023.

⁸ Sul ruolo dell'indirizzo tecnico-giuridico fondato da Arturo Rocco nel 1910 dopo l'entrata in vigore della Costituzione, cfr. Neppi Modona, Pelissero, *La politica criminale*, cit., p. 846 («forza conservatrice contraria alla riforma della legislazione»); M. Sbriccoli, *Le mani in pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 28, 1999, ed ora in Id., *Storia del diritto penale*, cit., pp. 1001-1034 («freno all'attuazione costituzionale», p. 1031). Meno severo il giudizio in F. Colao, *Le scuole penalistiche*, in «Enciclopedia italiana. Il Contributo italiano alla storia del Pensiero: Diritto», Roma, Treccani, 2012, online al link: <https://www.treccani.it/enciclopedia/le-scuole-penalistiche_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/> ottobre 2023, secondo la quale «passando per la Costituzione fino agli anni Settanta del Novecento, la penalistica continuava a riconoscersi nel 'vecchio' tecnicismo giuridico, con il contribuire, più che all'inadempimento costituzionale, a riforme compatibili con la tradizione liberale, più o meno inventata». S. Seminara, *Sul metodo tecnico-giuridico e sull'evoluzione della penalistica italiana nella prima metà del XX secolo*, in M. Bertolino, L. Eusebi, G. Forti (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, v. 1, Napoli, Jovene, 2011, pp. 575-616, insiste sulle trasformazioni interne allo stesso tecnicismo dalla prolusione rocciana del 1910 al fascismo al dopoguerra, sottolineando come «il tecnicismo giuridico del dopoguerra [sia] dunque solo vuoto formalismo» e «da metodo si [sia] trasformato in ideologia: allo scopo non di progredire ver-

- so la riconquistata libertà civile e politica, ma di spegnere sul nascere ogni riforma i cui esiti potrebbero rivelarsi incontrollabili» (pp. 612-613); secondo M. Donini, *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'europeismo giudiziario*, in «Criminalia», 2010, pp. 130-131, «i penalisti si autoassolsero negli anni Quaranta e Cinquanta, e solo a partire dagli anni Sessanta cominciò un'opera di revisione storica che, di pari passo con l'approccio costituzionalistico, condurrà al recepimento di un giudizio assai più negativo o critico» sul tecnicismo giuridico.
- ⁹ G. Maggiore, *Diritto penale totalitario nello stato totalitario*, in «Rivista italiana di diritto penale», XI, 1939, pp. 140-161: «Oggi – scriveva il giurista palermitano – tutti coloro che non si sono lasciati addormentare dall'opio del formalismo panlogistico, sono proclivi ad ammettere che la politica non va espulsa dal grembo del diritto [...] se non si vuole essere inghiottiti dal gorgo del più sterile astrattismo» (p. 151). Nello stesso anno Maggiore pubblica anche *Razza e fascismo*, Agate, Palermo, 1939, in cui appoggia con convinzione la legislazione razziale del regime; cfr. I. Pavan, *La cultura penale fascista e il dibattito sul razzismo (1930-1939)*, in «Ventunesimo Secolo», VII, n. 17, p. 56.
- ¹⁰ Cfr. S. Zoppoli, Maggiore, Giuseppe, in «Dizionario Biografico degli Italiani (DBI)», n. 67, 2006, consultabile online al link: https://www.treccani.it/enciclopedia/giuseppe-maggiore_%28Dizionario-Biografico%29/ ottobre 2023; S. Seminara, Maggiore, Giuseppe, in I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletta (a cura di), «Dizionario biografico dei giuristi italiani (DBGI)», Bologna, il Mulino, 2013, pp. 1127-1128.
- ¹¹ G. Maggiore, *Delitto naturale e delitto legale*, in «La Scuola Po-
- sitiva», LVI, n.s. II, n. 1-2, 1948, pp. 366-404 (p. 399); poco dopo (pp. 403-404) ribadisce che «Nulla ferisce tanto l'ordine di natura (in cui s'inserisce la libertà e la dignità della persona) come il prescrivere al giudice di punire per un fatto non incriminato espressamente da veruna legge o incriminata *ex post* da una legge retroattiva [...] La formula "nessun delitto senza pena" sostituita all'altra tradizionale "nullum crimen sine lege" diviene programma di vendetta, giammai di giustizia».
- ¹² Maggiore riconosce il ruolo della corte costituzionale come «salvaguardia contro gli abusi del legislatore ordinario, in quanto esercita un controllo anche sul contenuto della legge», ma considera le decisioni della consulta come espressione di *lex humana*, e considera comunque indispensabile il rinvio ad un diritto naturale che possa fungere da criterio di valutazione totalmente esterno alle leggi positive (ivi, p. 148).
- ¹³ Ivi, pp. 366-367.
- ¹⁴ G. Maggiore, *Normativismo e antinormativismo nel diritto penale*, in «Archivio Penale», V, pt. I, 1949, pp. 3-29 (citaz. p. 4).
- ¹⁵ Cfr. ad es., K. Marxen, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht: eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreißiger Jahre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1975; Id., *Die rechtsphilosophische Begründung der Straftatlehre im Nationalsozialismus. Zur Frage der Kontinuität strafrechtswissenschaftlichen Denkens*, in H. Rottleuthner (hrsg.), *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus. Vorträge aus der Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) in der Bundesrepublik Deutschland vom 11. und 12. Oktober 1982 in Berlin (West)*, Wiesbaden: Franz Steiner Verlag, 1983, pp. 55-64; A. Baratta, *Positivism giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teorici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, Milano, Giuffrè, 1966; R. Cavallo, *L'antiformalismo nella temperie weimariana*, Torino, Giappichelli, 2009.
- ¹⁶ A. Rocco, *Il problema e il metodo della scienza di diritto penale*, in «Rivista di diritto e procedura penale», I, n. 1, 1910, pp. 497-521, 560-582.
- ¹⁷ F. Antolisei, *Per un indirizzo realistico nella scienza di diritto penale*, Estratto dalla «Rivista italiana di diritto penale», IX, n. 2, 1937, Cedam, Padova, 1937, pp. 15-16.
- ¹⁸ Ivi, p. 17.
- ¹⁹ Ivi, p. 25. Antolisei chiarisce in chiusura (Ivi, p. 47) che «Realismo nel campo del diritto penale e del diritto in genere [...] significa anzitutto praticità [...] significa tenere presente che la scienza è fatta per la vita e non la vita per la scienza [...] significa poi riconoscere che il diritto non può essere concepito come pura forma e che per la esatta conoscenza di esso è assolutamente necessario considerare non solo gli scopi delle singole norme e le direttive dell'intero ordinamento giuridico, ma anche e soprattutto il fatto o rapporto sociale regolato dalla legge». P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 261-265, valorizza di Antolisei la capacità di stimolare «dal di dentro un essenziale rinnovamento» dell'indirizzo tecnico-giuridico pur senza abbandonarlo, «la percezione del naturale dinamismo dell'ordinamento giuridico» contrapposta «alla fissità della dommatica», la storificazione e demitizzazione di alcuni dogmi liberali, la rivendicazione del «'realismo' latino» contro il logicismo tedesco per fare uscire la penalistica dalle strettoie del rigido e astorico formalismo.
- ²⁰ Si vedano, per es., il collegamento tra formalismo e individualismo liberale, così che al superamento del secondo per l'avvento dello stato autoritario debba seguire

di conseguenza ed inevitabilmente una revisione del metodo giuridico (critico su tale punto dello scritto di Antolisei, è G. Bettiol, *Sui recenti orientamenti metodologici nello studio del diritto penale*, in «Jus», I, 1940, ed ora in Id., *Scritti giuridici*, t. I, Cedam, Padova, 1966, p. 487), ed il riferimento allo stato moderno autoritario «maestro ed educatore del popolo» la cui funzione «eminentemente propulsiva, si manifesta anche nel campo del diritto penale» (Ivi, pp. 28, 44). Lo scritto del 1937 è indicato da S. Seminara, *Antolisei, Francesco*, in «DBGI», p. 79, come un «approccio coraggioso [...] sebbene con qualche cedimento all'autoritarismo imperante all'epoca». Con riferimento agli scritti degli anni Trenta, S. Seminara, *Sul metodo tecnico-giuridico*, cit., p. 607, considera Antolisei «alfiere di un indirizzo realistico puntigliosamente teso a smantellare i principi cardine dello Stato liberale, avvalendosi di continui richiami alle esigenze della pratica e della semplicità che valgono a mascherare le gravi implicazioni politiche delle teorie sostenute».

²¹ Le potenzialità innovative dischiuse dal realismo di Antolisei nei confronti di teorie ormai cristallizzate da decenni di positivismo legale e metodo logico-formale dominanti, è sintetizzato in G. Bettiol, *Sui recenti orientamenti penalistici in Italia*, trad. italiana del testo tedesco pubblicato nella «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 59, 1940, ora in Bettiol, *Scritti giuridici*, I, cit., pp. 592-601.

²² Bettiol, *Sui recenti orientamenti metodologici*, cit., p. 484.

²³ Sugli scritti del 1940, i «più significativi per comprendere l'approdo del suo percorso scientifico», cfr. M. Ronco, *L'attualità di Giuseppe Bettiol nel 100° anniversario della nascita e nel 25° anniversario della morte*, in «Criminalia», 2007, pp. 147-164, sp., pp. 156-159.

²⁴ Bettiol, *Sui recenti orientamenti metodologici*, cit., p. 484. Bettiol (*Sui recenti orientamenti penalistici*, p. 594), prendendo le distanze da Antolisei, sostiene che «Un sistema perfettamente logico non è mai esistito, ma a noi non pare che il diritto sia per natura sua alologico».

²⁵ Si vedano, su questo aspetto, G. Marinucci, *Giuseppe Bettiol e la crisi del diritto penale negli anni Trenta*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 37, 2008, pp. 325-347; Id., Bettiol, Giuseppe, in «DBGI», pp. 246-248; G. Fornasari, *Diritto penale liberale e derive autoritarie: riflessi nel pensiero del giovane Giuseppe Bettiol*, in S. Riondato (a cura di), *Dallo stato costituzionale democratico di diritto allo stato di polizia? Attualità del "Problema penale"*. Nel trentesimo dall'ultima lezione di Giuseppe Bettiol, Padova, Padova University Press, 2012, pp. 57-70.

²⁶ Sull'indirizzo teleologico neokantiano, cfr. A. Nisco, *Neokantismo e scienza del diritto penale. Sull'evoluzione autoritaria del pensiero penalistico tedesco nel primo Novecento*, Torino, Giappichelli, 2019; S. Ziemann, *Neukantianisches Strafrechtsdenken. Die Philosophie des Südwestdeutschen Neukantianismus und ihre Rezeption in der Strafrechtswissenschaft des frühen 20. Jahrhunderts*, Baden-Baden, Nomos, 2009.

²⁷ G. Bettiol, *Sistema e valori nel diritto penale*, in «Jus», 4, 1940 ed ora in Id., *Scritti giuridici*, I, cit., pp. 491-503 (p. 498).

²⁸ Ivi, p. 501.

²⁹ In replica alla critica di Alfredo De Marsico (*I problemi penali nel teleologismo del Bettiol*, in «Archivio penale», II, pt. I, 1946, pp. 537-565), Bettiol ribadisce che il suo manuale, scritto tra il Natale del 1942 e l'agosto del 1943 e dato alle stampe nel dicembre del 1945 (*Diritto penale (Parte generale)*, Palermo, Priulla, 1945), è proprio costruito attorno all'idea di bene giuridico quale giudizio di valo-

re: «Valore: ecco l'espressione che vorrei chiamare (se ciò m'è consentito) nuova del mio volume perché su di essa costruisco il sistema penale teleologicamente orientato e quindi concreto» (G. Bettiol, *Indirizzi metodici nella scienza del diritto penale (Risposta cortese ad un autorevole critico)*, in «Giurisprudenza Italiana», 1947, ora in Id., *Scritti giuridici*, t. II, Padova, Cedam, 1966, pp. 718-729, p. 726).

³⁰ Cfr. Seminara, *Sul metodo tecnico-giuridico*, cit., p. 614.

³¹ Le citazioni, con corsivi nell'originale, sono in Bettiol, *Sistema e valori*, cit., pp. 502 e 500. Analogamente criticherà del pensiero di Maggiore, di cui pure apprezza la visione integrale della realtà e l'attenzione alla storia oltre l'aspetto puramente formale, l'idea di stato etico e la prospettiva autoritaria (G. Bettiol, *Sul pensiero penalistico di Giuseppe Maggiore*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1968, ora in Id., *Scritti giuridici 1966-1980*, Padova, Cedam, 1980, pp. 28-37).

³² Bettiol, *Diritto penale (Parte generale)*, 1945, cit., p. 8.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Bettiol, *Indirizzi metodici*, cit., p. 720.

³⁵ Sul concetto di pericolosità sociale nella scuola positiva e sulle sue applicazioni sia consentito rinviare a M. Pifferi, *From responsibility to dangerousness? The failed promise of penal positivism*, in M. Pifferi (a cura di), *The Limits of Criminological Positivism. The Movement for Criminal Law Reform in the West, 1870-1940*, Abingdon, Routledge, 2022, pp. 255-279, e Id., *The Theory of Social Defence and the Italian Positive School of Criminal Law*, in «Glossae. European Journal of Legal History», 17, 2020, pp. 22-46.

³⁶ Bettiol, *Diritto penale (Parte generale)*, 1945, cit., p. 8.

³⁷ Bettiol, *Indirizzi metodici*, cit., p. 718.

³⁸ Questo l'intento dichiarato in chiusura della prefazione del

- manuale nel settembre del 1945 (Bettiol, *Diritto penale (Parte generale)*, 1945, cit., p. 8).
- ³⁹ B. Petrocelli, *Tecnicismo e antitecnicismo nel diritto penale*, in «Rivista italiana di diritto penale», 3, 1950, pp. 285-319, citaz. pp. 285, 287. Sul professore napoletano, giudice della Corte costituzionale dal 1956 al 1968, «intransigente nell'impiego del metodo tecnico-giuridico», cfr. F. Angioni, *Petrocelli, Biagio*, in «DBGI», pp. 1563-1564.
- ⁴⁰ Petrocelli, *Tecnicismo e antitecnicismo*, cit., p. 295.
- ⁴¹ *Ibidem*.
- ⁴² Ivi, p. 304. In questo senso, precisa l'Autore, «Il sano positivismo giuridico [...] non ha mai rifiutata l'idea di scopo» purché lo si intenda come lo scopo «che risulta proprio del legislatore e che, come parte della norma, diventa esso stesso un elemento formale» (p. 308).
- ⁴³ Ivi, p. 317.
- ⁴⁴ Ivi, p. 319.
- ⁴⁵ M. Donini, *Teoria del reato*, in «Digesto discipline penalistiche», XIV, 1999, pp. 227, ha osservato come ancora alla fine degli anni Sessanta, diversamente dell'esperienza tedesca, non ci sia un cambio metodologico imposto dalla Carta, poiché «lo stile tecnico-giuridico viene ora applicato alla Costituzione esattamente come lo si era adattato al codice».
- ⁴⁶ G. Bellavista, *Deviazioni metodologiche e crisi nella scienza del diritto criminale*, in «Archivio penale», VI, pt. I, 1950, pp. 85-104, sp., pp. 99-102. Sulle differenze tra l'originale "manifesto" rochiano e i caratteri del tecnicismo successivo insiste anche Donini, *Tecnicismo giuridico*, cit., pp. 130-134.
- ⁴⁷ Bellavista, *Deviazioni metodologiche*, cit., p. 97.
- ⁴⁸ Ivi, p. 91.
- ⁴⁹ Per un profilo biografico cfr. S. Seminara, *Nuvolone, Pietro*, in «DBGI», pp. 1446-1447.
- ⁵⁰ Mi riferisco ai seguenti saggi di P. Nuvolone: *I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale*, in «Rivista italiana di diritto penale», I n.s., 1948, pp. 38 s., ora in Id., *Trent'anni di diritto e procedura penale*. Studi, vol. I, Padova, Cedam, 1969, pp. 151-165; *Introduzione a un indirizzo critico nella scienza del diritto penale*, in «Rivista italiana di diritto penale», II n.s., 1949, pp. 379 s., ora in Id., *Trent'anni di diritto*, cit., pp. 166-179; *Natura e storia nella scienza del diritto penale*, in «Rivista italiana di diritto penale», IV n.s., 1951, pp. 225 s., ora in Id., *Trent'anni di diritto*, cit., pp. 190-206; *Brevi note metodologiche in tema di scienza del diritto penale*, in *Atti del Congresso di metodologia (Torino 10-12 dicembre 1952)*, ora in Id., *Trent'anni di diritto*, cit., pp. 207-211; *Diritto penale e criminologia*, in *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Padova, Cedam, 1954, ora in Id., *Trent'anni di diritto*, cit., pp. 240-251. Sbriccoli, *Caratteri originari*, cit., nt. 145 p. 651, indica la prolusione parmense del 1949, *Introduzione a un indirizzo critico* come «segno allora precoce di una 'apertura' consapevole al nuovo che sarebbe venuto».
- ⁵¹ Nuvolone, *Introduzione a un indirizzo critico*, cit., pp. 170-171; limite del teleologismo "esterno" sarebbe, per Nuvolone, che i suoi sostenitori rifiutano formalismo, legalismo e positivismo nella teoria dell'interpretazione, ma «non accolgono il principio sostanzialistico nella teoria delle fonti» (p. 171).
- ⁵² Il riferimento è, naturalmente, al problema dei crimini di guerra e dei crimini di lesa umanità, su cui più diffusamente cfr. P. Nuvolone, *La punizione dei crimini di guerra e le nuove esigenze giuridiche*, Roma, Edizioni della bussola, 1945.
- ⁵³ Nuvolone, *I fini e i mezzi*, cit., p. 155.
- ⁵⁴ *Ibidem*.
- ⁵⁵ Ivi, p. 157.
- ⁵⁶ In questo senso cfr. Nuvolone, *Introduzione a un indirizzo critico*, cit., pp. 177-178.
- ⁵⁷ Nuvolone, *Natura e storia*, cit., p. 191.
- ⁵⁸ Questo della "scienza costruttrice" ci pare il nucleo essenziale degli scritti metodologici menzionati: cfr. oltre al passo citato, anche Id., *I fini e i mezzi*, cit., p. 165; Id., *Diritto penale e criminologia*, cit., p. 241. Il tema, come vedremo, è poi di nuovo ripreso in Id., *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1953, p. 3.
- ⁵⁹ Sul punto cfr. Sbriccoli, *Caratteri originari*, cit., p. 653; Id., *Il problema penale*, cit., pp. 698-700.
- ⁶⁰ Donini, *Teoria del reato*, cit., p. 228 vede un segno di novità nella penalistica italiana proprio in riferimento al «circolo ermeneutico a tutto campo che "mette in gioco" contemporaneamente la concezione della pena e quella del reato, nella piena consapevolezza dell'esigenza di correlare quel nesso al tipo di Stato nel quale si esercita l'intervento punitivo».
- ⁶¹ Per una ricostruzione del dibattito costitutivo cfr. 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», 3, 2021, pp. 177-198.
- ⁶² Le diverse posizioni sono riasunte in G. Fiandaca, *Il 3° comma dell'art. 27*, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario alla Costituzione art. 27-28 Rapporti civili*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. Ed. del Foro Italiano, 1991, pp. 228 s.; E. Dolcini, *La commisurazione della pena*, Padova, Cedam, 1979, pp. 93-108.
- ⁶³ F. Crispigni, *Regresso di un secolo nella legislazione penale (Il Progetto preliminare di un nuovo Codice penale)*, in «La Scuola positiva», LVI, n.s. III, n. 1-2, 1949, pp. 329-363, citaz. p. 332. Ancora più radicale è l'interpretazione di R. A. Frosali, *La giustizia penale*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da Piero Calamandrei e Alessandro Levi, Firenze, Barbera, 1950, pp. 217-246, che non solo afferma che il secondo capoverso dell'art.

- 27 «risponde ai postulati della moderna scienza criminologica, enunciati dalla "scuola positiva"», ma precisa anche che la formula del dettato costituzionale «debba intendersi quale *tendenza generica*, che potrà non realizzarsi in tutti i casi in cui la eliminazione dal consorzio sociale si rende necessaria a vita, data l'inenunciabilità del condannato» (p. 230).
- ⁶⁴ Crispigni, *Regresso di un secolo*, cit., pp. 331, 333.
- ⁶⁵ Ivi, p. 336.
- ⁶⁶ S. Ranieri, *La prevenzione nell'esecuzione delle pene*, in «La Scuola positiva», LXI, n.s. VIII, n. 1-2-, 1954, pp. 53-59, ed ora in Id., *Scritti e discorsi vari. Volume primo. Scritti di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 371-377, p. 373: «può con fondamento ritenersi che il 2° cpv. dell'art. 27 della Carta Costituzionale sia da intendere, non già nel senso che con esso si sia introdotto nel diritto positivo italiano un criterio nuovo, ignoto al codice penale vigente, ma nel senso di una riaffermazione solenne di un criterio direttivo, rivolta sia a chi è chiamato ad attuare le leggi vigenti, sia, e maggiormente, al legislatore futuro».
- ⁶⁷ S. Ranieri, *Il 2° capoverso dell'art. 27 della Costituzione e il problema della rieducazione del condannato*, in *Studi in onore di G.M. De Francesco (1957)*, ed ora in Id., *Scritti e discorsi vari. Volume primo*, cit., pp. 379-387, p. 383; su tali premesse, Ranieri traduce l'art. 27 nella formula: «le pene debbono essere concepite e organizzate sulla base del risanamento morale della personalità del condannato [...] mediante un trattamento ad essa personalità conforme e, per questo, idoneo a convincere il condannato a cooperarvi affinché possa avere esito positivo» (p. 386).
- ⁶⁸ «Per attuarlo – precisa Ranieri – si debbono concepire e organizzare le pene sull'idea della ricostruzione morale della personalità del delinquente e il regime carcerario su basi di cura psichica» (Ivi, p. 386).
- ⁶⁹ *Ibidem*.
- ⁷⁰ In una nota di chiusura dell'articolo (nt. 1, p. 387), l'A. critica l'ordinanza 16 giugno 1956 delle S.U.
- ⁷¹ Corte di Cassazione, S.U. penali. Ordinanza 16 giugno 1956, in «Il Foro Italiano», 79, 1956, coll. 145-152, citaz. col. 150.
- ⁷² G. Delitala, *Prevenzione e repressione nella riforma penale*, in «Rivista italiana di diritto penale», III, n. 1, 1950, pp. 701, 703.
- ⁷³ G. Bettiol, *Orientamenti generali nel diritto penale*, in «Jus», 4, 1951, ora in Id., *Scritti giuridici*, t. II, Padova, Cedam, 1966, p. 756.
- ⁷⁴ Ivi, p. 759. Bettiol è critico anche nei confronti di quella «esplosione atomica» che la visione carneluttiana della carità produrrebbe sulla giustizia punitiva (pp. 756-757); per la posizione di Francesco Carnelutti cfr. il suo *Il problema della pena*, Roma, Tumminelli, 1945, ed anche Id., *Il problema carcerario*, in «Jus», 1956, pp. 75-85.
- ⁷⁵ G. Bettiol, *Repressione e prevenzione nel quadro delle esigenze costituzionali*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, Milano, Giuffrè, 1952, vol. II, ora in Id., *Scritti giuridici*, t. II, cit., p. 843. F. Palazzo, *La pena*, in «Enciclopedia italiana. Il Contributo italiano alla storia del Pensiero: Diritto», Roma, Treccani, 2012, online al link: <https://www.treccani.it/enciclopedia/la-pena_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/> ottobre 2023, osserva che «il principio rieducativo della pena, posto nell'art. 27, viene da Bettiol largamente depauperato di quell'implicita premessa di corresponsabilità sociale nella criminogenesi, da cui muoveva la componente d'ispirazione marxista che pure contribuì alla formulazione di quell'allora rivoluzionario principio».
- ⁷⁶ Bettiol, *Orientamenti generali*, cit., p. 761.
- ⁷⁷ G. Bettiol, *La rieducazione del condannato*, in «Minerva Medica», 1968, ora in Id., *Scritti giuridici 1966-1980*, Padova, Cedam, 1980, pp. 66-77, citaz. p. 76.
- ⁷⁸ Bettiol, *Orientamenti generali*, cit., p. 761.
- ⁷⁹ Bettiol, *Repressione e prevenzione*, cit., p. 846.
- ⁸⁰ B. Petrocelli, *Retribuzione e difesa nel progetto di codice penale del 1949*, in «Rivista italiana di diritto penale», III n.s., 1950, pp. 573-623, p. 594.
- ⁸¹ Ivi, p. 593.
- ⁸² F. Antolisei, *Elementi di diritto penale. La parte generale*, Torino, Giappichelli, 1945, pp. 238, 240.
- ⁸³ Ivi, p. 243.
- ⁸⁴ Ivi, pp. 242, 245. «Il nostro legislatore – continua Antolisei (p. 245) – ha conservato alla pena, nelle linee essenziali, il carattere di castigo giuridico, ma ha introdotto nella disciplina di essa notevoli temperamenti per cercare di conciliare le varie e complesse esigenze della lotta contro il delitto, ispirandosi, più che a un particolare sistema filosofico o dottrinale, a motivi di necessità sociale e di opportunità politica».
- ⁸⁵ *Ibidem*.
- ⁸⁶ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale* (Ristampa seconda ed. aggiornata e riveduta), Milano, Giuffrè, 1952, p. 378. Poco dopo (p. 380), conferma: «Aggiungiamo che dopo l'entrata in vigore della nuova Costituzione [...] la tesi del carattere puramente retributivo della pena, a nostro parere, rappresenta nulla più che una nostalgia del passato». Scarsissimo rilievo al dettato costituzionale viene riservato da un altro manuale di taglio tecnico-giuridico come quello di Remo Pannain (*Manuale di diritto penale. I. Parte generale*, 2ª edizione aggiornata e riveduta, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1950) che, dopo non aver neppure menzionato la Costituzione tra le fonti del diritto penale (pp. 84 ss.), quando tratta dei fini della pena dedica solo un cenno in

chiusura all'art. 27, riducendone l'impatto alla sola fase esecutiva e, dunque, al diritto penitenziario (p. 675).

⁸⁷ Nuvolone, *Le leggi penali e la Costituzione*, cit., p. vii.

⁸⁸ Ivi, p. VIII.

⁸⁹ Una lettura che sottolinea la costituzionalizzazione del principio, senza però andare oltre la conferma di una regola già formulata nel Codice del '30 e mai messa in discussione neppure negli anni del regime; cfr. C. Esposito, *Irretroattività e "legalità" delle pene nella nuova Costituzione*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, 1950, poi riedito in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, pp. 87-101.

⁹⁰ Nuvolone, *Le leggi penali e la Costituzione*, cit., p. 3.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² *Ibidem*. In termini simili cfr. anche P. Nuvolone, *Norme penali e principi costituzionali*, prolusione per l'A.A. 1956-57 dell'Università degli Studi di Pavia, ora in Id., *Trent'anni di diritto e procedura penale. Studi*, vol. I, Padova, Cedam, 1969, pp. 678-702, p. 680, dove afferma che «I principi costituzionali si presentano, in un certo senso, come una proiezione del sistema vigente» ma precisa poi che «i principi di umanizzazione e rieducazione non rappresentano solo direttive per il legislatore futuro, ma anche principi aventi un valore positivo attuale nell'ambito della legislazione vigente».

⁹³ Nuvolone, *Le leggi penali e la Costituzione*, cit., pp. 3-4.

⁹⁴ Sulla storia del principio d'individualizzazione a partire dagli ultimi decenni dell'Ottocento, rinvio a M. Pifferi, *L'individualizzazione della pena. Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013; Id., *Reinventing Punishment. A Comparative History of Criminology and Penology in the 19th and 20th Century*, Oxford, Oxford University Press, 2016, specie capitoli 5-6.

⁹⁵ Nuvolone, *Le leggi penali e la Costi-*

tuzione, cit., p. 4.

⁹⁶ G. Vassalli, *Funzioni e insufficienze della pena*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1961, pp. 297-346, ed ora in Id., *Scritti giuridici*, v. I., t. II, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 1361-1413, citaz., p. 1402. Cfr. sul punto G. Chiodi, *Vassalli, Giuliano*, in «DBI», vol. 98, 2020, consultabile online al link: <https://www.treccani.it/enciclopedia/giuliano-vassalli_%28Dizionario-Biografico%29/> ottobre 2023, che sottolinea come nella prolusione sia tracciato «un programma di riforma del sistema sanzionatorio in linea con i dettami della Costituzione» e come, più in generale, «Dal 1948 in avanti non c'è un suo scritto che non faccia appello ai valori costituzionali». Convinzioni antiautoritarie sulla funzione punitiva ed attenzione alle garanzie dei diritti individuali erano state espresse da Vassalli anche prima del '48, ad es., nel volume *La potestà punitiva*, Torino, Utet, 1942, su cui cfr. G. Dodaro, *Giuliano Vassalli tra fascismo e democrazia. Biografia di un penalista partigiano (1915-1948)*, Milano, Giuffrè, 2023, pp. 186-192.

⁹⁷ Vassalli, *Funzioni e insufficienze*, cit., p. 1402. Anche la Corte Costituzionale, Sent. n. 67 del 15 maggio 1963, afferma che «l'emenda del condannato» posta dal terzo comma dell'art. 27 «quale una delle finalità della pena, è affidata piuttosto ai modi della sua esecuzione» (in «Giurisprudenza costituzionale», VIII, 1963, p. 578).

⁹⁸ Vassalli, *Funzioni e insufficienze*, cit., pp. 1401-1403.

⁹⁹ Ivi, pp. 1402-1404. Sulla concezione della pena di Vassalli, «libera da apriorismi di ogni tipo, eclettica, storicistica», in cui «il suo umanesimo personalistico e sociale fece sì che non si piegasse mai all'idea di archiviare la finalità rieducativa come un sogno – o un 'mito' – di una stagione forse felice ma utopistica», cfr. F. Palazzo, *Vassalli, Giuliano*, in «Enciclope-

dia Italiana. Il Contributo italiano alla storia del Pensiero: Diritto, Roma, Treccani, 2012, consultabile online al link: <https://www.treccani.it/enciclopedia/giuliano-vassalli_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/> ottobre 2023.

¹⁰⁰ Vassalli, *Funzioni e insufficienze*, cit., p. 1406. La concezione polifunzionale della pena prevale sia in dottrina sia nella giurisprudenza della Corte costituzionale almeno fino alla sentenza 313 del 1990, secondo alcuni (ad es., A. Pugiotto, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 10 giugno 2014, critico nei confronti della teoria polifunzionale che avrebbe di molto rallentato un chiaro riconoscimento del finalismo rieducativo della pena nella giurisprudenza costituzionale), mentre, secondo altri, continua ben oltre il nuovo millennio, finché viene sostituito in anni a noi più recenti dal paradigma della poliedricità della pena (il riferimento è all'opinione di Francesco Palazzo, in F. Palazzo, F. Viganò, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, il Mulino, 2018, pp. 107-110). Le discussioni, più datate o più recenti, sulla legittimità dell'ergastolo (ed oggi dell'ergastolo ostativo), sono state segnate da tale teoria e dalla sua evoluzione: cfr. F. Carnelutti, *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, in «Rivista di diritto processuale», XI, 1956, pp. 1-6; per un profilo storico cfr. C. Danusso, *Ergastolo e Costituzione: il dibattito del 1956*, in «Historia & Ius», 14, 2018, paper 3, pp. 1-22; per una tematizzazione più recente, cfr. ad es., C. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, in «Forum di Quaderni costituzionali. Rassegna», 4, 2020; S. Anastasia, F. Corleone, A. Pugiotto (a cura di), *Contro gli ergastoli*, Roma, Futura, 2021.

¹⁰¹ Cfr. G. Vassalli, *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, in *Conferenze: primo corso di perfezionamento per uditori giudiziari* (10 maggio-27 giugno 1957), vol. 2, ed ora in Id., *Scritti giuridici*, v. I, t. II, cit., pp. 1307-1336, p. 1325: «non sembra possibile che il giudice, nell'interpretare ed applicare i criteri dettati con tanta latitudine dall'art. 133 per la misura della pena, non cerchi di tener conto, in certa misura, di quelle che sono le finalità della pena secondo la volontà del diritto positivo».

¹⁰² Ivi, p. 1323. La capacità a delinquere non coincide per Vassalli con la pericolosità; essa, piuttosto, come riflesso dell'ecletticità del sistema penale e in sintonia con quanto sostenuto da Nuvolone, «è fonte di due diversi giudizi: uno di responsabilità moralmente valutabile [...] ed uno di pericolosità, avente per oggetto la costituzione biologica e la predisposizione ereditaria ed ogni altro elemento estraneo alla volontà del soggetto» (p. 1328).

¹⁰³ P. Nuvolone, *Il controllo del potere discrezionale attribuito al giudice per la determinazione delle pene e delle misure di prevenzione*, in «Jus», 1958, pp. 244-257, citaz., p. 244.

¹⁰⁴ Ivi, p. 245.

¹⁰⁵ Nel contributo qui citato, la preoccupazione di Nuvolone è soprattutto per i casi in cui il giudice può applicare misure preventive *ante o extra delictum*, perché verrebbe meno anche il limite del *nullum crimen*. La sua analisi, in particolare, ha ad oggetto la L. 27 dicembre 1956 n. 1423 sulle «Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità», di cui apprezza il fatto che abbia giurisdizionalizzato, in modo «conforme alla norma della costituzione» (p. 246), la disciplina di misure la cui attuazione era prima lasciata ad autorità amministrative.

¹⁰⁶ Ivi, p. 250.

¹⁰⁷ Ivi, p. 256.

¹⁰⁸ P. Nuvolone, *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie sostanziali e processuali della libertà del cittadino*, in *Stato di diritto e misure di sicurezza. Convegno di diritto penale – Bressanone 1961*, Padova, Cedam, 1962, pp. 161-179, citaz., p. 166.

¹⁰⁹ Ivi, pp. 166-167.

¹¹⁰ Ivi, p. 175. Nello stesso senso cfr. anche P. Nuvolone, *Antinomie fossili e derivazioni nel codice penale italiano*, in *Bollettino dell'Istituto di diritto e procedura penale*, Università degli Studi di Pavia (1960-61), ed ora in Id., *Trent'anni di diritto e procedura penale. Studi*, vol. I, cit., pp. 703-715, p. 707; Id., *Processo penale: legalità, giustizia e difesa sociale*, in *Bollettino dell'Istituto di Diritto e Procedura Penale*, Università degli Studi di Pavia (1962-63), ed ora in Id., *Trent'anni di diritto e procedura penale. Studi*, vol. I, cit., pp. 446-455, p. 453. Sul punto rinvio a M. Pifferi, *Oltre Beccaria? Le proposte della criminologia tra Otto e Novecento*, in G. Chiodi, L. Garlati (a cura di), *Dialogando con Beccaria. Le stagioni del processo penale italiano*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 132-133. Qualche rilievo critico sulla possibilità che la giurisdizionalità compensi la diminuita legalità è espresso nelle conclusioni dell'articolo di F. Bricola, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della sanzione criminale (natura e profili costituzionali)*, in «Monitore dei tribunali», 1968, ed ora in Id., *Scritti di diritto penale*, vol. I, t. I, cit., pp. 465-497, pp. 497-498.

¹¹¹ Esempificativi, in questo senso, ad es., sia il già citato Nuvolone, *Norme penali e principi costituzionali*, sia G. Vassalli, *Sulla legittimità costituzionale della responsabilità penale obiettiva per fatto proprio*, in «Giurisprudenza Costituzionale», 1957, ed ora in Id., *Scritti giuridici*, v. I, t. I, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 555-558; Id., *Interpretazione giudiziale e Corte costituzionale (A proposito di un recente progetto*

legislativo), in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli* (1968), ed ora in Id., *Scritti giuridici*, v. I, t. I, cit., pp. 157-169; Id., *Le presunzioni di pericolosità sociale di fronte alla Costituzione*, in «Giurisprudenza Costituzionale», 1967, ed ora in Id., *Scritti giuridici*, v. I, t. II, cit., pp. 1503-1514.

¹¹² È qui sufficientemente rinviare a M. Donini, *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 2, 2012, pp. 51-74; L. Ferrajoli, *Scienze giuridiche*, in C. Stajano (a cura di), *La cultura italiana del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1996, pp. 559-97, specie p. 591; Sbriccoli, *Caratteri originali*, cit., pp. 662-664; Palazzo, *La pena*.

¹¹³ Bricola, *Teoria generale del reato*, cit.

¹¹⁴ F. Bricola, *Recensione a: Günther Warda, "Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht"* (Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 1962), in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1962, ed ora in Id., *Scritti di diritto penale*, vol. I, t. I, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 221-232; Id., *La discrezionalità nel diritto penale*. Vol. I. *Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1965; Id., *Il potere discrezionale del giudice*, cit.

¹¹⁵ Bricola, *Recensione a: Günther Warda*, cit., p. 229: «L'A. afferma che le disposizioni costituzionali hanno valore vincolante anche per l'attività giudiziaria e, quindi, per l'esercizio del potere discrezionale [...] Il problema, ampiamente sviluppato nella dottrina tedesca, soprattutto con riferimento alla commisurazione della pena, non è, per contro, sviluppato in forma organica nella dottrina italiana: di qui l'estremo interesse che suscitano i rilievi di Warda».

¹¹⁶ Ivi, p. 231.

¹¹⁷ Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. VII.

¹¹⁸ Ivi, pp. VIII-IX.

¹¹⁹ L'attenta analisi dogmatica della discrezionalità è sempre condotta alla luce delle disposizioni costituzionali; per esempio, nell'individuazione del «criterio differenziale tra la discrezionalità e gli elementi elastici della fattispecie», connessa, la prima, alla tematica delle fonti e i secondi «alla tecnica di strutturazione delle norme penali», Bricola precisa come «i due profili devono essere colti nelle loro dimensioni costituzionali» (Ivi, p. 70). Tutta la parte seconda del volume (*Stretta legalità e discrezionalità penale alla luce dei principi costituzionali*, pp. 227 ss.) segue lo stesso metodo.

¹²⁰ Ivi, pp. 356-357. Nello stesso senso anche Bricola, *Il potere discrezionale del giudice*, cit., p. 489.

¹²¹ Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 357. Il principio di personalità della pena, previsto dal primo comma dell'art. 27, e quello rieducativo, previsto dal terzo comma, coerentemente «si inseriscono nel movimento teso alla rivalutazione della persona che la stessa Costituzione ha compiuto [...] e di cui l'art. 27, nel suo contenuto complessivo, è espressione significativa» (*ibid.*, p. 358).

¹²² Cfr., ad es., G. Guarnieri, *Attualità e prospettive della rieducazione del condannato*, in *Sul problema della rieducazione del condannato* (II° Convegno di diritto penale – Bressanone 1963), Padova, Cedam, 1964, pp. 261-280, che ancora solleva il dubbio della incorreggibilità di alcune categorie di delinquenti (pp. 276-279).

¹²³ Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 358 e nt. 295 p. 358. Il fine rieducativo è pertanto inconciliabile con forme di responsabilità oggettiva, così come rende incostituzionale il sistema di pene fisse; in questo senso, cfr. anche Bricola, *Il potere discrezionale del giudice*, p. 489. Novità e radicalità della posizione bricoliana si comprendono ancor meglio se si considera che la pena fissa è ritenuta costituzionalmen-

te legittima dalla Corte costituzionale, ad es., nella già citata Sent. 67 del 1963, e che Carlo Esposito, nel commentare la medesima decisione della Corte, sostiene che «anche se le pene mobili e comunque adeguantesi alla personalità del reo rispondono meglio di quelle fisse allo spirito della Costituzione», tuttavia le disposizioni dell'art. 27 (personalità e fine rieducativo della pena) e le deduzioni dei costituenti «hanno la forza e il significato di "massime" che sarebbe bene che il legislatore rispettasse in omaggio alla consequenzialità logica e sistematica e dello spirito unitario della Costituzione», ma che comunque non lo vincolano in modo cogente a prevedere pene adeguate alla personalità del condannato (*Le pene fisse e i principi costituzionali di eguaglianza, personalità e rieducatività della pena*, in «Giurisprudenza costituzionale», VIII, 1963, pp. 663-664). La medesima sentenza è commentata anche in F. Bricola, *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducativa*, in *Sul problema della rieducazione*, cit., pp. 191-216, dove l'A. argomenta la sua tesi dell'incostituzionalità delle pene fisse, sia detentive sia pecuniarie, e stigmatizza «la scarsa consapevolezza critica circa il valore dell'art. 27 comma 3°» manifestata dalla Corte nella decisione esaminata (p. 213).

¹²⁴ Cfr. F. Bricola, *Art. 25, 2° e 3° comma*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Giuseppe Branca, *Rapporti civili*. Art. 24-26, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. del Foro Italiano, 1981, pp. 227-316, citaz., pp. 228-229.

¹²⁵ Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., nt. 295 p. 359.

¹²⁶ Il riferimento è a 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», VII, n. 1, 1981, pp. 349-389; e più estesamente Id., *Criminologia critica*

e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale, Bologna, il Mulino, 1982.

¹²⁷ F. von Liszt, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, a cura di A.A. Calvi, Milano, Giuffrè, 1962.

¹²⁸ A. Baratta, *La teoria dello scopo nel diritto penale. A proposito di una recente traduzione*, in «Annali di storia del diritto», 7, 1963, pp. 249-260, p. 255.

¹²⁹ Ivi, p. 256. Continua chiarendo: «Potremmo allora esprimere il significato più profondo e più attuale del programma di Marburgo capovolgendo le parole stesse del von Liszt: e diremo che sì, vogliamo, perché vogliamo trattare e rieducare l'uomo delinquente».

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² Ivi, p. 260.