



Quaderno di storia del penale e della giustizia

3 / 2021



Il castigo

Riflessioni interdisciplinari per un dibattito
contemporaneo su giustizia,
diritto di punire e pena



Quaderno di storia del penale e della giustizia

rivista annuale

3 / 2021

ISSN (print) 2612-7792

ISSN (online) 2704-7148

ISBN 978-88-6056-800-7 (print)

ISBN 978-88-6056-801-4 (PDF)

© 2022 eum edizioni università di macerata, Italy

Il logo, da un disegno di Pablo Picasso, è tratto dall'*ex-libris* di Mario Sbriccoli

Comitato di Direzione

Ninfa Contigiani, Luigi Lacchè (Coordinatore), Paolo Marchetti, Massimo Meccarelli, Monica Stronati

Consiglio scientifico

Alejandro Agüero (Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba - CONICET, Argentina), Yves Cartuyvels (Université Saint-Louis, Bruxelles, Belgique), Patrick Cavaliere (Laurentian University, Ontario, Canada), Paul Garfinkel (Simon Fraser University, British Columbia, Canada), Mary Gibson (John Jay College of Criminal Justice, City University of New York, USA), Jean-Louis Halpérin (Ecole Normale Supérieure, Paris, France), Karl Härter (Max Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main - Institut für Geschichte der Technischen Hochschule Darmstadt, Deutschland), Marta Lorente Sariñena (Facultad de derecho, Universidad Autónoma de Madrid, España), Michel Porret (Département d'histoire générale, Université de Genève, Confédération suisse), Philippe Robert (CESDIP, Directeur de recherches émérite CNRS, France), Stephen Skinner (Law School, University of Exeter, Great Britain), Thomas Vormbaum (FernUniversität in Hagen, Deutschland)

Editing

Francesca Martello

Indirizzo

Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Macerata, via Garibaldi 20, 62100 Macerata, Italia

web: riviste.unimc.it/index.php/qspg

e-mail: luigi.lacche@unimc.it

Editore

eum edizioni università di macerata
Palazzo Ciccolini, via XX settembre, 5 - 62100 Macerata; tel. (39) 733 258 6080

web: eum.unimc.it

e-mail: info.ceum@unimc.it

Progetto grafico e impaginazione

Carla Moreschini

I saggi contenuti in ciascun numero del *Quaderno* sono sottoposti a referaggio da parte dei membri del Comitato di redazione.

I numeri del *Quaderno di storia del penale e della giustizia* sono consultabili gratuitamente a partire dai siti web del periodico e dell'editore e rilasciati nei termini della licenza Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International CC BY-NC-ND 4.0.

Sommario

Il castigo

Luigi Lacchè

- 7 I paradossi del castigo

Passaggi

Umberto Curi

- 19 Verso un nuovo paradigma

Adriano Prosperi

- 25 Non uccidere, tra fede e potere

Flavia Stara

- 37 L'umano che deve rimanere. Le sfide allo spazio-tempo del castigo

Alfredo Verde

- 53 Il castigo in una prospettiva psico(socio)criminologica

Antropologie e Storie del diritto penale

Grazia Mannozi

- 73 Il "castigo": dimensione terminologica e meta-significati giuridici. Una lettura a partire dalle radici protoindoeuropee della lingua del diritto

Aglaia McClintock

- 99 *Ius, paricidas, necare*. Castigo e purificazione a Roma

Pierangelo Buongiorno

- 111 Precipizio e castigo. Forme, funzioni e mitologie delle *deiectiones e saxo* in Roma antica

Ettore Dezza

- 131 Le origini della legge penale nella *Summa de maleficiis* di Bonifacio Antelmi

- Michel Porret
141 Il male del castigo: conservare ma limitare la pena di morte nell'età dei Lumi
- Floriana Colao
159 Percorsi della pena castigo tra attualismo penale, umanesimo penale, giustizia fascista
- Loredana Garlati
177 Punire per (ri)educare. Il fine della pena tra emenda e risocializzazione nel dibattito costituzionale
- Lessico e politica del penale**
- Roberto Cornelli
201 Le società cambiano, il castigo rimane? La giustizia tra eccedenza del diritto e ordinamento sociale
- Domenico Pulitanò
217 Problema castigo e principio responsabilità
- Roberto Bartoli
231 Castigo: vendetta o giustizia? Una riflessione sulla penalità dalla prospettiva del costituzionalismo
- Ombretta Di Giovine
253 Delitto senza castigo? Il bisogno di pena tra motivazioni razionali e istinti emotivi
- Andrea Francesco Tripodi
277 L'idea di pena nei percorsi tracciati dalle Corti europee in materia di *ne bis in idem*
- 293 Abstracts
- 303 Autori

Loredana Garlati

Punire per (ri)educare.

Il fine della pena tra emenda e risocializzazione nel dibattito costituzionale

1. *Delitto e castigo*

«La parola “pena” è sinonimo di “castigo”»¹. Ma davvero «è il *buon castigo* la *finalità* del diritto criminale-penale?»².

Non è oggetto di questo saggio ripercorrere storicamente il tema del *ius puniendi* né il fondamento e la funzione della pena in una prospettiva di lungo periodo, questione tra le più dibattute in ambito giuridico e filosofico³. Basta

¹ Due esempi per tutti: F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 9ª ed., Milano, Giuffrè, 1982, p. 593 e M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1995, I, n. 29, p. 12. Su un possibile parallelismo tra *poiné* (nella duplice accezione di riparazione/contraccambio e sofferenza) e castigo (dal latino *castus*), intesi entrambi come strumenti di purificazione attraverso il dolore cfr. U. Curi, *Il colore dell'inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Milano, Bollati Boringhieri, 2019, pp. 103-109). Una posizione diversa fu assunta da Carnelutti, per il quale la pena «ha un significato particolare, che ne fa una sottospecie, ben distinta, del castigo» (F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, 3ª ed., Roma, Foro Italiano, 1951, p. 27). Non è mancata poi la distinzione tra pena e sanzione: se la prima non può che avere carattere afflittivo, la seconda «è sinonimo di conseguenza giuridica, ma una conseguenza può riguardare tanto l'adempimento quanto l'inadempimento di un obbligo giuridico» e può pertanto consistere sia in un premio che in un castigo. Al contrario, la pena è «un vero e proprio castigo!» ed è ciò che la differenzia dalla sanzione civile e amministrativa, le quali, al pari della pena, sono conseguenza di un atto illecito, ma l'una ha carattere patrimoniale, l'altra ha di mira la tutela degli interessi della pubblica amministrazione più che la posizione del trasgressore. «In sostanza non sono dei castighi, essendo infatti il castigo espressione di un'idea retributiva a carattere meramente morale» (G. Bettioli, *Il problema penale*, 2ª ed., Palermo, Priulla, 1948, p. 108). Sull'origine ed evoluzione filologica della parola pena, oltre al già citato Curi, si veda per il passato F. Puglia, *Manuale teorico-pratico di diritto penale*, 2ª ed., Tocco, Napoli, 1895, pp. 78-80.

² D. Pulitanò, *Responsabilità, osservanza, castigo*, «Sistema Penale», p. 3, <<https://www.sistemapenale.it/it/opinioni/pulitano-responsabilita-osservanza-castigo>>, giugno 2021.

³ Sulla finalità della pena vi è «una bibliografia sterminata» (Romano, *Commentario* cit., n. 28, p. 12), impossibile da riassumere anche per sommi capi. Per una sintesi e bibliografia aggiornata cfr. da ultimo G. Stea, *Contributo alla descrizione del significato intrinseco della pena tra solidarietà comunitaria e dignità individuale*, «Archivio penale», 2, 2021, pp. 1-34. Per una ricostruzione nell'età di diritto comune G.A. Nobile Mattei, *Prospettive moderne per una teoria della pena. Declinazioni della giustizia e causae puniendi tra XVI e XVII secolo*, «Quaderni fiorentini», 48, 2019, pp. 183-220.

un cenno alle note teorie fondamentali, rappresentative di «una dialettica mai superata e continuamente riproponentesi»⁴, quali quella della retribuzione⁵, della prevenzione, generale⁶ e speciale⁷, e dell'emenda⁸, per provare a rico-

⁴ F. Mantovani, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 2001, p. 764.

⁵ La concezione retributiva intende la pena come corrispettivo per il male compiuto. Essa si riassume nella celebre affermazione *malum passionis quod infligitur ob malum actionibus* (H. Groot, *De iure belli ac pacis libri tres*, Amsterdam, 1625, lib. II, cap. XX, § 1), applicata *quia peccatum est*: «nessuno è punito per aver voluto la punizione, ma per aver voluto un'azione meritevole di punizione» (E. Kant, *La metafisica dei costumi*. Parte prima *La dottrina del diritto*, 2ª ed., prima traduzione italiana con prefazione e note di G. Vidari, Torino, Paravia & C., 1923, p. 177). A Kant, sostenitore di una retribuzione morale in cui la pena costituisce un imperativo categorico, veniva contrapposto Heghel, favorevole a una retribuzione giuridica. Per Kant l'esigenza di punire era insita nell'uomo, espressione di un'esigenza di giustizia morale che risiede nella coscienza prima ancora di essere imposta dalle leggi (si veda, in via esemplificativa *ivi*, p. 177). Per Heghel, il quale «ha dato alla dottrina in parola una forma dialettica» (Antolisei, *Manuale cit.*, p. 600), il delitto è la lesione del diritto e per ristabilire il diritto, e quindi eliminare la lesione, occorre la pena. Il delitto è negazione del diritto; la pena è negazione del delitto e, pertanto, negando la negazione, si ripristina il diritto stesso, in una prospettiva creatrice assunta dalla negazione stessa (G.W.F. Heghel, *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello Stato in compendio*, 13ª ed., Roma-Bari, Laterza, 2021; tr. it. di G. Marini, §§ 99-101, pp. 88-92). Nella sterminata bibliografia mi sia consentito rinviare, da ultimo, a M. Donini, *Responsabilità e pena. Da Kant a Nietzsche. La decostruzione del rimprovero*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LXIII, 4, 2020, in particolare pp. 1703-1707. Sulla questione della retribuzione morale si veda la polemica epistolare intercorsa tra Terenzio Mamiani e Pasquale Stanislao Mancini, riprodotta in T. Mamiani, P.S. Mancini, *Fondamenti della filosofia del diritto e singolarmente del diritto di punire*, 4ª ed., Torino, G. Cassone, 1853.

⁶ È una teoria che in ambito nazionale ritroviamo espressa da Romagnosi con la celeberrima concezione della pena come *controspinta* alla *spinta criminosa*. Il fine della pena, secondo il giurista piacentino, non è quello di «tormentare o affliggere un essere sensibile; non di soddisfare un sentimento di vendetta; non il rinvocare dall'ordine delle cose un delitto già commesso, ed espiarlo, bensì di *incutere timore* ad ogni facinoroso onde *in futuro* non offenda la Società» (G.D. Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, 7ª ed., Prato, Guasti, 1837, parte seconda, capo XXX, § 395, pp. 117-118). Sulla scia illuministica, la pena assume un fine utilitaristico, che è quello di distogliere i consociati dal crimine attraverso l'intimidazione, ossia la minaccia sanzionatoria (Cfr. P. Nuvolone, *Delitto e pena nel pensiero di Giandomenico Romagnosi*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», n.s., 4, ottobre-dicembre 1961, pp. 959-966 e «Studi parmensi», 10, 1961, pp. 175-183; S. Scandellari, *Difesa sociale e funzione della pena nella dottrina di Romagnosi*, «Archivio giuridico», 192, fasc. 1-2, 1977, pp. 113-159; L. Garlati, *La macchina del flagello. Romagnosi alla ricerca della pena perfetta*, «Italian Review of Legal History», 1, 2015, n. 07, pp. 1-23 <<https://riviste.unimi.it/index.php/irlh/article/view/12522>>, gennaio 2022). La funzione preventiva della pena, contrapposta a quella retributiva, aveva trovato già un fervente alfiere in Cesare Beccaria, con accenti riproposti dallo stesso Romagnosi (C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1984, Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria, diretta da L. Firpo e G. Francioni, I, § XII *Fine delle pene*, p. 55; § III *Conseguenze*, p. 35; § VII *Errori nella misura della pena*, p. 45). Sui punti di contatto e di distanza tra Romagnosi e Beccaria cfr. R. Ghiringhelli, *Introduzione a Genesi del diritto penale* (1791), Milano, Giuffrè, 1996, pp. 93-98; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2008, pp. 264-265; L. Garlati, *Utilità, esemplarità, certezza della pena. Il pensiero di Beccaria tra mito e realtà*, «Archivio Storico Lombardo», XIX, 2014, pp. 47-74.

⁷ In questo caso si punisce *ne peccetur*: agendo sul singolo, si agisce sulla società, dal momento che l'individuo è visto come parte di quella comunità da cui si è escluso con il delitto ma in cui si ambisce possa essere riaccolto. Per una ricostruzione di sintesi cfr. A. Frosali, voce *Pena*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1960, VII, pp. 816-825; P. Nuvolone, voce *Pena*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1982, XXXII, pp. 787-817. Si rinvia anche a E. Florian, *Trattato di diritto penale, parte generale*, 4ª ed., Milano, Vallardi, 1934, pp. 64-79.

⁸ La teoria della pura emenda aveva conosciuto una travaglia stagione avviata da K. Roeder,

struire il dibattito svoltosi nell'Assemblea Costituente in relazione al terzo comma dell'art. 27, dal momento che il problema degli scopi della pena ha assunto «una rilevanza (anche) costituzionale»⁹. Ci si propone di comprendere se, nell'elaborazione di quel capoverso, vi sia stata piena adesione a una di queste concezioni o se, al contrario, si sia voluto dar vita a una pena poli o multifunzionale che mantenesse la natura retributiva (sul presupposto che qualunque sia la funzione della pena essa reca in sé inevitabilmente il carattere dell'afflittività e della sofferenza) ma mirasse, al contempo, a un'umanizzazione capace di differenziarla dallo «splendore dei supplizi»¹⁰ dei secoli precedenti. In altre parole l'art. 27, 3° comma è stato voluto (e perché) quale contemperamento tra intimidazione, retribuzione, prevenzione e rieducazione in una prospettiva pluridimensionale in cui la pena è inflitta *quia peccatum est ne peccetur*?¹¹

Ci si soffermerà inoltre sul rapporto tra rieducazione ed emenda, per verificare se nel confronto sviluppatosi in seno alla Costituente i due concetti siano stati intesi come connessi, distinti o sovrapponibili¹². L'intento non è di am-

Sul fondamento e sullo scopo della pena in riguardo alla teoria dell'emenda (Critica delle opinioni di Carrara e di Ellero), «Rivista penale», II, 4, 1875, pp. 273-286. Essa fu fieramente combattuta da Carrara e, in generale, dalla scuola classica. Per Carrara era un «concetto simpatico» pensare che la società avesse il diritto di punire il colpevole per emendarlo. L'emenda, a detta del giurista lucchese, «denatura la pena [...] correndo dietro a seducenti illusioni» con l'idea di «intramettere la protezione dei buoni per la mania d'educare i malvagi. Lo spettacolo di un delinquente corretto è edificante, è utilissimo alla pubblica morale: ne convengo. Ma un delinquente corretto a prezzo dello alleggerimento della pena meritata è un eccitamento a delinquere; è uno scandalo politico» (F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, 3ª ed., Lucca, Giusti, 1867, p. 343, nt. 8 e pp. 371-372). L'argomento si riproporrà come una costante nei suoi scritti: F. Carrara, *Emenda del reo assunta come unico fondamento e fine della pena (prolusione al corso accademico dell'anno 1863-64)*, in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, Lucca, Giusti, 1870, I, pp. 189-217; F. Carrara, *Dottrina fondamentale della tutela giuridica (prolusione al corso accademico 1861-62 rifiuta ed ampliata nel 1866)*, in Id., *Opuscoli cit.*, pp. 219-287; F. Carrara, *Difesa sociale e tutela giuridica. Empirismo e ragione. Prolusione al corso accademico di diritto penale dell'anno 1872-73 della R. Università di Pisa*, Lucca, Giusti, 1872.

⁹ 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-Il Foro Italiano, 1991, IV, p. 222.

¹⁰ È questo il titolo del secondo capitolo di M. Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, Einaudi, 2019.

¹¹ L'idea di una concezione polivalente della pena è stata sostenuta da autori come Carnelutti, Vassalli, Nuvolone, De Marsico, Antolisei e Mantovani, ma vede recentemente un contraddittore in Dolcini, per il quale proprio il terzo comma dell'art. 27 imporrebbe di individuare il fine giustificativo della pena nella prevenzione generale e speciale «in un rapporto dialettico variamente modulato nei diversi stadi della dinamica punitiva (E. Dolcini, *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive ovvero della lungimiranza del costituente*, «Rassegna penitenziaria e criminologica», 2, 3, 2005, p. 70. Cfr. dello stesso autore *Il principio della rieducazione del condannato: ieri, oggi, domani*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 61, 3, 2018, pp. 1667-1692). Delitala, pur vicino a una concezione retributiva ispirata al messaggio cristiano (su cui *infra* sosteneva che «il *quia peccatum* e il *ne peccetur* non rappresentano due esigenze opposte inconciliabili, ma l'una l'essenza e l'altra il fine della sanzione punitiva» (G. Delitala, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Milano, Giuffrè, 1976, 2, p. 598).

¹² L'equivalenza tra emenda e rieducazione fu affermata nel secondo Convegno di diritto penale

bire a risposte di verità, ma solo di immergersi nel clima culturale e giuridico in cui si svolsero le infuocate sedute che interessarono l'art. 27¹³, proiettando l'analisi alla produzione dottrinale sviluppatasi fino agli anni Sessanta, alle soglie della nascita della Corte Costituzionale, per verificare se e come quei primi decenni rappresentarono o meno un tentativo di contenimento della forza innovatrice del dettato costituzionale¹⁴.

2. *Le parole sono importanti*

Nella I^a Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, che aveva iniziato i propri lavori il 26 luglio sotto la presidenza Tupini, le prime sedute furono soprattutto dedicate a questioni di carattere semantico. Quella del 19 settembre 1946 fu interamente consumata a dibattere sulla correttezza o meno dell'impiego della parola *reo* presente nell'allora art. 5, il quale sanciva che «le sanzioni penali devono tendere alla rieducazione del reo». Rimase sullo sfondo la prima parte del capoverso, destinato a divenire foriero di animati confronti nel prosieguo dei lavori. Da un lato La Pira e Moro difendevano il termine “reo”¹⁵ contro le posizioni di Lelio Basso (nella veste di relatore insieme a Giorgio La Pira), il quale preferiva il lemma “colpevole”, e di Concetto

di Bressanone, dove Zuccalà asseriva che era da escludere che «tra queste due formule lessicali vi sia, sul piano del sistema penale, una differenza di contenuto [...] si tratta di espressioni che contraddistinguono non due nozioni diverse, bensì una medesima realtà, qual è la redenzione morale del reo, la sua riconduzione nella norma del vivere sociale» (G. Zuccalà, *Della rieducazione del condannato nell'ordinamento positivo italiano*, in *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, Cedam, 1964, pp. 65-66).

¹³ Alcuni cenni si ritrovano in C. Danusso, *Ergastolo e Costituzione: il dibattito del 1956*, «Historia et ius», 14, 2018, paper 3, pp. 1-5; M. Terzi, *La comminatoria editale di una pena perpetua al vaglio del principio costituzionale del teleologismo rieducativo: una ricostruzione diacronica nella prospettiva costituzionalistica*, «Forum dei Quaderni costituzionali», 2017, pp. 2-8.

¹⁴ Si veda per una sintesi riassuntiva Fiandaca, *Il 3° comma cit.*, in particolare pp. 222-242. Sono anni in cui la concezione della funzione della pena non poteva dirsi perfettamente unitaria (A. Pagliaro, *Pluridimensionalità della pena*, in *Sul problema della rieducazione cit.*, p. 327) essendovi ancora chi poneva in secondo piano l'aspetto rieducativo rispetto a quello retributivo, e chi invece esaltava la funzione preventiva.

¹⁵ Moro motivava la preferenza per l'uso del termine *reo* ritenendolo l'unico tecnicamente corretto, impiegato tanto nei codici quanto nel linguaggio giuridico in generale, a differenza di “condannato”, relegato alla sola sfera processuale per indicare colui al quale era stata irrogata una pena. Se era pur vero che anche la parola “colpevole” appariva nel caso di specie adeguata, non si poteva negare che «la terminologia giuridica fa differenza tra “colpevole” e “reo”. Colpevole s'intende colui che è riconosciuto come tale e che ha partecipato personalmente al reato [...]. In questo caso la parola è giusta dal punto di vista tecnico giuridico», ma se si guarda «il complesso della persona, sia sotto il profilo sostantivo che processuale, si dice sempre “reo”» (Atti Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Prima Sottocommissione, 9, resoconto sommario della seduta di giovedì 19 settembre 1946, pp. 73-74. Sono stati consultati i testi originali reperibili sul sito della Camera dei Deputati all'indirizzo: <<https://legislatureprecedenti.camera.it>>, gennaio 2022).

Marchesi, che sosteneva l'espressione "condannato"¹⁶. Fu quest'ultimo, approvato all'unanimità, a entrare definitivamente nella modulazione espressiva del capoverso.

Quelle che sembravano schermaglie, espressione di un'erudita disquisizione semiologica, costituivano in realtà confronti dietro i quali si celavano delicate questioni. L'enunciazione del principio di presunzione di non colpevolezza dei commi precedenti riverberava infatti riflessi non indifferenti nella formulazione del terzo allinea: per questo motivo l'espressione colpevole sollevava perplessità, volendo evitare una sorta di cortocircuito all'interno dell'articolo¹⁷.

Lo stesso potrebbe dirsi circa la trattativa sull'ultima parte del comma: quando la discussione cadde sulla proposizione «non possono istituirsi pene crudeli», l'adeguatezza dell'aggettivo "crudeli" accostato al sostantivo "pene" sollevò una serie di obiezioni. Da una parte Togliatti dichiarava la propria predilezione per la locuzione "pene corporali", contraddetto dal qualunque Ottavio Mastrojanni e dallo stesso Basso, pronti a sostenere che se l'intento era quello di sopprimere tutte le pene crudeli allora la proposta di Togliatti risultava troppo limitativa. Dall'altra vi era chi, come il socialista Lombardi, in uno degli ultimi interventi ai lavori prima della sua scomparsa, tacciava la formula di ingenuità, essendo ogni pena, dalla segregazione alla morte, intrinsecamente crudele. Per questa ragione proponeva la soppressione dell'intera frase, superflua e ridondante, sostenuto in ciò da Umberto Merlin¹⁸.

L'asse dei partiti di sinistra, costituita da Lombardi-Merlin-Cevelotto-Togliatti, riuscì nell'impresa di far approvare, a stretta maggioranza, la cancellazione dell'inciso, che, tuttavia, ritornò sotto mentite spoglie, grazie al progetto presentato dall'onorevole Gennaro Patricolo del Gruppo misto nella seconda sezione della seconda sottocommissione, occupata a delineare l'organizzazione costituzionale dello Stato sotto la guida di Umberto Terracini. L'art. 26 del progetto, secondo il quale «le pene e la loro esecuzione non possono essere lesive della dignità della personalità umana»¹⁹, fu al centro della seduta del 12

¹⁶ Sfoggiando la propria formazione classico-giuridica, Marchesi si destreggiava nella ricostruzione storica della parola *reus*, dal diritto romano fino all'evoluzione moderna, per evidenziare che il significato aveva finito nel tempo per distaccarsi dall'accezione originaria di "giudicabile" e assumere quella di "giudicato". Per il giurista catanese era quindi preferibile un'espressione "senza storia", una parola che nel tempo non avesse mutato così radicalmente il proprio senso (e per questo foriera di ambiguità). Tale era appunto il termine "condannato", «che dalla legge delle Dodici Tavole, dal Codice decemvirale fino ad oggi, mantiene lo stesso significato» (ivi, p. 74).

¹⁷ Occorreva, secondo Concetto Marchesi, ricorrere a un'espressione che consentisse di indicare «il colpito da una condanna penale» e nello stesso tempo lasciasse posto a una possibilità di innocenza che la parola "colpevole" rimuoveva completamente (ivi, p. 73).

¹⁸ Ivi, pp. 76-77.

¹⁹ Atti Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, II Sottocommissione, Relazione del deputato Patricolo Gennaro, p. 222.

dicembre 1946, in cui Giovanni Leone rilevava come ci si stesse occupando di questione di competenza di altro ramo della Costituente²⁰. Si decise comunque di sottoporre a votazione la norma, con l'intesa di rinviarla al Comitato di redazione (detto anche dei Diciotto), come nei fatti avvenne²¹.

Da queste prime battute emerge come già la discussione sulla scelta della miglior locuzione possibile per evitare il ricorso a forme sanzionatorie lesive dell'umanità del condannato mostrasse che sul tavolo della Costituente era in gioco una nuova concezione di pena (etica e sociale), sia nel momento di previsione normativa che nella modalità attuativa della stessa (reclamando un intervento sul regime detentivo del nostro paese) seppur con diversi distinguo, come si vedrà nelle brevi note seguenti.

3. *Il fine della pena: deterritio o emendatio?*

Le divergenze emerse in prima battuta si amplificarono durante le sedute plenarie. Sotto i riflettori finì inevitabilmente l'inciso "le pene devono tendere alla rieducazione del condannato", oggetto di un vivace contraddittorio, dove più che l'appartenenza partitica rilevò l'orientamento dottrinale, in un clima culturale ancora imbevuto dei postulati della Scuola classica e di quella positiva.

Il 25 gennaio 1947 la Commissione dei Settantacinque ebbe modo di confrontarsi sulla formulazione presentata dai Diciotto, condensata nell'art. 20: «Le pene devono tendere alla rieducazione del condannato e non possono ricorrere a trattamenti crudeli e disumani». Una disposizione che incontrò l'aperto disfavore di Umberto Nobile e di Umberto Terracini, i quali avanzarono la richiesta di stravolgere completamente il dettato normativo per evidenziare ancor meglio il nuovo orientamento che la Costituzione avrebbero dovuto imprimere al paradigma sanzionatorio. Non si trattava più di procedere in punta di fioretto, ma di affrontare di petto il vero argomento spinoso: la finalità della pena.

Essi proponevano una formulazione più netta e decisa, con cui dichiarare apertamente che le sanzioni dovevano avere come fine precipuo la rieducazione del condannato allo scopo di farne un elemento utile alla società²²: una declinazione non priva di ambiguità, in cui la rieducazione rispondeva ai fini propri di «un'idea collettivistica di Stato»²³. Entrambi denunciavano come la

²⁰ Atti Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione (seconda sezione), 3, Resoconto sommario della seduta di giovedì 12 dicembre 1946, pp. 17-18.

²¹ Ivi, p. 20.

²² Atti Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Adunanza plenaria, 19, resoconto sommario della seduta antimeridiana di sabato 25 gennaio 1947, p. 181.

²³ Fiandaca, *Il 3° comma cit.*, p. 227, nt. 12.

dicitura prescelta lasciasse impregiudicato e irrisolto il problema della finalità della pena, sui cui la sottocommissione aveva volutamente evitato di prendere posizione.

Fu Mario Cevolotto, esponente di Democrazia del lavoro, a chiarire le ragioni che avevano spinto a optare per quella che sarà nel tempo definita una formula vaga e generica²⁴. Sostenere che le pene dovevano “tendere” alla rieducazione aveva impedito di operare una scelta tra le diverse teorie succedutesi nel tempo, in modo da non impegnare la Costituzione su un’opzione vincolante: «Ecco perché si è usata la parola: “tendere”; perché si è voluto dire, in un senso altamente sociale e umano, che una delle finalità della pena in tutti i casi deve essere la rieducazione del condannato»²⁵.

La proposta Nobile-Terracini fu confutata dal socialista Paolo Rossi, proprio per quel voler indicare nella finalità pedagogica il fine esclusivo delle pene:

è bene che la Costituzione sia ottimista; ma bisogna che non sia ingenua. È noto, infatti, che la rieducazione è uno degli scopi della pena, ma purtroppo né l’unico, né il principale. Lo scopo principale della pena è scientificamente la difesa sociale e tutti sanno che è impossibile parlare seriamente di rieducazione, quando si tratti di condannati a venti o trenta anni²⁶,

affrontando con cinico realismo un delicato profilo.

Nell’occasione si evidenziò la spaccatura tra due anime della Costituente: l’una volta a superare le incrostazioni del passato e determinata a procedere a una costituzionalizzazione del penale in modo radicale; l’altra, più moderata, volta a un compromesso tra eredità del passato e proiezioni nel futuro.

Nonostante le obiezioni, il testo definitivo dell’articolo rimase inalterato nella prima parte («Le pene devono tendere alla rieducazione del condannato») mentre la variazione più considerevole riguardò la sostituzione dei due aggettivi “crudeli” e “disumani”, riferiti ai trattamenti riservati ai carcerati, con la più generica locuzione: «le sanzioni non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità», secondo quanto richiesto da Giovanni Leone²⁷.

E proprio Giovanni Leone infiammò la discussione nelle sedute plenarie dell’Assemblea costituente. Fu lui infatti, insieme a Bettiol²⁸, Crispo, Trimar-

²⁴ G. Bettiol, *Sulla rieducazione del condannato*, in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 1966, II, pp. 902-910.

²⁵ Atti Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Adunanza plenaria, 19, resoconto sommario della seduta antimeridiana di sabato 25 gennaio 1947, p. 181.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Ivi, p. 182. L’emendamento di Leone fu approvato con la sola contrarietà di Tupini, il quale sosteneva che il testo presentato dal futuro presidente della Repubblica peccasse di eccessiva vaghezza rispetto a quello elaborato in origine.

²⁸ Giuseppe Bettiol si fece per primo portavoce di quanti rinvenivano un’ambiguità di fondo nella

chi, Mastino, Moro, a confutare (sebbene ciascuno declinando in vario modo le proprie motivazioni) la locuzione “tendere alla rieducazione del condannato”: tutti convinti assertori che la finalità della pena non avesse “natura” costituzionale, bensì dottrinale e che pertanto la scienza penale non aveva diritto di cittadinanza nell’aula e nella Carta.

Per il liberale Amerigo Crispo, se la pena doveva obbedire a esigenze di difesa sociale, risultava del tutto avulso un fine di emenda, a meno di non voler correre il rischio di giustificare pratiche passate che attribuivano tale valore anche alla pena di morte²⁹, ma soprattutto a trattenere da un’adesione non condizionata era la preoccupazione, già espressa da Rossi³⁰, che l’allora articolo 21 (*ex* 20) indicasse il fine pedagogico quale fine unico della pena, escludendo o mettendo in ombra le diverse altre finalità che la pena era chiamata ad assolvere, tanto da indurre uno spaventato Girolamo Bellavista, compagno di partito di Crispo, a chiedere la soppressione dell’inciso, ritenendo sufficiente ad evitare derive future il principio del divieto di pene contrarie al senso di umanità³¹.

L’autonomista Pietro Mastino, nella seduta del 27 marzo 1947, rifiutava la formulazione, ritenendo che non tutti avessero possibilità di “redenzione”: esclusi erano ad esempio i pazzi e i criminali nati. Redenzione (si noti) non rieducazione: un lessico che ricorreva a un equivoco frasario religioso-intimista di pentimento morale³².

Fiero nemico di quell’art. 21 fu, come si è detto, Giovanni Leone:

Io qui riaffermo la mia concezione conseguente alla concezione cristiano sociale, che la pena ha un duplice fine, la conservazione dell’ordine etico vigente nella società, funzione preventiva, e la restituzione dell’ordine violato, funzione vendicativa e satisfattoria. L’emenda per noi è un fine complementare della pena ed è un fine che nella concezione cristiana si radica nella carità, mentre il fine principale si riallaccia alla giustizia su cui si fonda una ordinata convivenza sociale³³.

formulazione del futuro art. 27, profetizzando che quella locuzione avrebbe nel tempo dato adito a equivoci interpretativi e a vere e proprie “scissioni” dottrinali. La spiegazione di Cevolotto, che aveva offerto una sorta di appiglio, esplicitando la *mens legis* dei redattori, risultava, per l’insigne giurista, poco convincente e non risolutiva (Atti Assemblea Costituente, LXXVI, seduta di mercoledì 26 marzo 1947, p. 2499).

²⁹ Ivi, p. 2502.

³⁰ V. *supra*, nt. 26.

³¹ Atti Assemblea Costituente, LXXVI, seduta di mercoledì 26 marzo 1947, p. 2511.

³² Atti Assemblea Costituente, LXXVIII, seduta pomeridiana di giovedì 27 marzo 1947, p. 2570. Rispondeva a questa obiezione due giorni dopo Dante Veroni, esponente di Democrazia del lavoro, per il quale occorreva tenere fermo il principio di una pena rieducativa senza pensare a casi specifici, come potevano essere singoli delinquenti incalliti o recidivi reiterati (Atti Assemblea Costituente, LXXXI, seduta di sabato 29 marzo 1947, p. 2655).

³³ Atti Assemblea Costituente, LXXVIII, seduta pomeridiana di giovedì 27 marzo 1947, pp. 2559-2560.

Leone riesumava i valori della religione cristiana al solo fine di dimostrare che il recupero del condannato, anche di quello più incallito e del pluri recidivo, era faccenda estranea al diritto: problema eterno e insolubile. Con il pretesto di non voler imporre una visione etico-religiosa, dal momento che, a suo dire, la rieducazione del reo poggiava su valori di fraternità e di carità propri del mondo cristiano (trasformando così la rieducazione in un recupero dell'anima del delinquente), l'autorevole giurista napoletano metteva in guardia dal pericolo di trasformare un'ansia di civiltà e di umanizzazione della pena in una scelta di campo tra dottrine differenti, inquinando la tanto agognata laicità del penale.

A dar manforte a Leone fu il democristiano Michelangelo Trimarchi, per il quale la formulazione dell'art. 21 avrebbe potuto prestarsi nel futuro ad un'interpretazione di carattere restrittivo, avvicinandosi alla teoria positivista della pena, rispettabile in astratto ma non rispondente alle vere esigenze della giustizia³⁴.

Last but not least, non poteva mancare la netta presa di posizione di Aldo Moro. Quando il 15 aprile 1947 Leone e Bettiol, in perfetto sodalizio, presentarono un emendamento che superasse l'asserita oscurità del terzo comma dell'attuale art. 27, trovarono al loro fianco l'autorevole esponente democristiano. La riformulazione ("le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità o che ostacolano il processo di rieducazione morale del condannato"), più cauta e neutra rispetto alla proposta della Commissione, fu dai proponenti presentata come espressiva della unanime volontà di attribuire una funzione anche pedagogica alla pena, ma in senso prettamente morale, senza impegnare lo Stato su un problema che «tormenta da secoli le menti dei pensatori e dei filosofi e che agita le legislazioni di tutto il mondo»³⁵. E Moro, nell'intento di lasciare libero il futuro legislatore di decidere in materia di pene rispondendo solo alla «pressione della coscienza sociale», aderiva alla proposta Leone-Bettiol per scongiurare il pericolo di «orientare

³⁴ «Sì, noi ammettiamo che la pena ha, tra i suoi fini, l'emenda, ma vi sono altri fini, quali quello della giustizia, della prevenzione generale, della remunerazione, ecc., che esigono che le pene siano giuste e agiscano come contropinta al delitto. Ove si ritenesse esclusivo il fine della emenda, noi creeremmo uno strumento di pena che invece di agire per il bene della collettività, potrebbe agire per il male della collettività» (ivi, p. 2573).

³⁵ Così Giovanni Leone (Atti Assemblea Costituente, LXXXIX, seduta antimeridiana di martedì 15 aprile 1947, p. 2879). Che la preoccupazione fosse la preminenza di una scuola sull'altra fu ben espressa anche da Bettiol, sempre nel corso di quella seduta. Nell'intervento con cui respingeva la richiesta di Tupini di ritirare l'emendamento, Bettiol affermò infatti: «Anche a nome del collega Leone Giovanni, affermo che non siamo disposti a ritirare il nostro emendamento, per il semplice fatto che vogliamo proprio evitare di entrare nell'atmosfera d'una determinata scuola, per evitare, cioè, di prendere, con una norma costituzionale, posizione rispetto al contenuto dottrinario d'una tendenza penalistica piuttosto che d'un'altra, per esprimere, invece, una esigenza che possa trovare la sua concretizzazione sul piano politico e sul piano giuridico» (ivi, p. 2881).

la legislazione penale italiana in modo conforme ai postulati della scuola positiva»³⁶, vero spauracchio capace di agitare le acque della discussione, anche per l'accusa di aver in fondo ispirato la penologia fascista.

L'assenza fortunosa (ma per i più fortunata) dell'onorevole Giovanni Persico determinò la dichiarazione di caducazione di un emendamento dall'evidente matrice positivista presentato dall'onorevole socialista, in cui si chiedeva di sostituire il terzo comma con un altro del seguente tenore: «Le sanzioni penali hanno soltanto scopo curativo ed educativo, secondo i casi e le necessità, e devono essere a tempo indeterminato»³⁷.

Si trattava di una vera e propria pressione a tenaglia su quanti erano invece favorevoli a mantenere la formulazione della Commissione, come ad esempio il repubblicano Ugo Della Seta, per il quale le pene, «oltre a richiamare il colpevole alla responsabilità espiatrice delle proprie azioni, obbediscono anche all'etica di riabilitare il condannato» attraverso il lavoro³⁸, o Umberto Tupini, esponente democristiano, a dimostrazione di un non omogeneità di posizioni all'interno della stessa compagine politica³⁹. A conferma di ciò si pensi che Tupini, forte anche del suo ruolo di presidente della prima sotto-commissione, si spinse fino a chiedere ai compagni di partito Leone e Bettiol di ritirare l'emendamento, ritenendo pretestuose le motivazioni addotte per contestare la formulazione dell'articolo 21, incontrando la netta opposizione dei proponenti⁴⁰.

Nemmeno la discesa in campo di Meuccio Ruini (il quale, respingendo al mittente la supposta volontà di ricondurre agli insegnamenti della scuola positiva il problema della rieducazione, costringeva gli esponenti democristiani a riflettere sul fatto che si trattava di principi cari al cristianesimo e al diritto canonico) spense i malumori, sorti dopo una votazione contestata, ripetuta più volte, per alzata e seduta e, in seguito, per divisione, vista l'incertezza del risultato, da cui uscì respinto l'emendamento Leone-Bettiol. Ma non ci si arrese. Moro e Leone cercarono di costringere il presidente Terracini a ricorrere a una nuova votazione per appello nominale: richiesta ricusata ai sensi

³⁶ «Dobbiamo preoccuparci che per una leggerezza da parte nostra, per una imprecisione nella formulazione, non si dia l'apparenza di aver risolto quello che in realtà non si voleva e non si poteva risolvere in questa sede» (ivi, p. 2884).

³⁷ Ivi, p. 2878.

³⁸ Atti Assemblea Costituente, LXXX, seduta pomeridiana di venerdì 28 marzo 1947, p. 2623. Nello stesso senso l'esponente di Democrazia del lavoro Guido Basile (Atti Assemblea Costituente, LXXXI, seduta di sabato 29 marzo 1947, p. 2652) e il compagno di partito Dante Veroni (v. *supra*, nt. 32).

³⁹ Fu quanto evidenziato anche dal presidente Terracini di fronte all'insistenza di Giovanni Leone, che non voleva arrendersi alla votazione con la quale era stato respinto l'emendamento proposto da una parte della DC (v. *infra*): «Onorevole Leone, il fatto stesso che in questa votazione i gruppi politici si sono suddivisi, mi pare dimostri che non vi fu in essa una posizione di partito» (Atti Assemblea Costituente, LXXXIX, seduta antimeridiana di martedì 15 aprile 1947, p. 2885).

⁴⁰ *Ibidem*.

del Regolamento della Costituente⁴¹ con conseguente approvazione del terzo comma dell'articolo 21 (poi art. 27) nella formula originale⁴².

Tuttavia, in sede di coordinamento finale da parte del Comitato di redazione, vi fu un'inversione tra le due proposizioni del terzo comma: il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità prevalse nella stesura finale sulla finalità rieducativa, relegata in secondo piano, a dimostrazione di una volontà di sterilizzazione del principio «in nome della neutralità dello Stato di fronte alla dispute scolastiche»⁴³. Sembrerebbe una mera scelta di tecnica legislativa, ma dietro di essa si cela il peso della polemica avvenuta in Costituente.

Proprio il richiamo all'umanità fu ciò che permise al principio rieducativo di entrare quasi di soppiatto nello schema costituzionale, rendendosi accettabile anche ai più tenaci avversari, spesso incarnati proprio da quei penalisti la cui *forma mentis* faticava ad allontanarsi dalle teorie più tradizionali e preoccupati da quel 'nuovo' che avanzava e che avrebbe sprigionato la sua forza intrinseca nei decenni a venire. Vi era sì una nuova sensibilità, coniugata con la volontà di una mediazione tra opposte fazioni, ma al tempo stesso emergeva la volontà di annacquare gli spunti più originali e genuini del principio solidaristico, per evitare che quell'articolo fosse il manifesto del trionfo dei fautori della scuola positiva⁴⁴.

La posizione defilata riservata alla finalità rieducativa non bastò tuttavia né a limitarne la portata a suo modo "rivoluzionaria", né a sopire le contrapposizioni nei decenni a venire. Ma era indubbio che, pur conservando la pena il suo carattere retributivo, questi, grazie al terzo comma dell'art. 27, aveva perso la sua centralità.

⁴¹ Le modalità di votazione erano stabilite dal Regolamento della Camera dei Deputati, approvato il 1° luglio 1900 con le modifiche apportate fino al 1922. Tale regolamento venne applicato all'Assemblea costituente in base all'art. 4, comma 3, del D.Lgs.Lgt del 16 marzo 1946, n. 98. Nello specifico erano gli articoli 97-109 a disciplinare la questione. La votazione per alzata e seduta (effettuata alzandosi in piedi o restando seduti a seconda che si volesse esprimere un voto favorevole o contrario) aveva dato esito incerto e per questo si era proceduto a votazione per divisione, la quale prevedeva che il Presidente indicasse la parte in cui dovevano posizionarsi i favorevoli e dove i contrari e procedere, dopo la conta, a proclamare l'esito del voto, a seguito del quale non poteva essere richiesto altro tipo di votazione (art. 100).

⁴² In realtà la bocciatura dell'emendamento ebbe un successivo strascico: Leone, Bettiol e Moro si compattarono a sostegno della proposta radicale di Crispo che chiedeva la soppressione della frase incriminata, ma anche questa votazione, seppur nuovamente contestata, decretò la sconfitta del drappello democristiano (Atti Assemblea Costituente, LXXXIX, seduta antimeridiana di martedì 15 aprile 1947, pp. 2885-2886).

⁴³ E. Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, il Mulino, 1980, p. 74.

⁴⁴ «Anche perché il rango dei suoi esponenti» non era «tale da far supporre una condiscendenza della Commissione al verbo di uno o più mattattori» (ivi, p. 71).

4. Dalla Costituzione agli anni Sessanta

I contrasti generatisi all'interno della Costituente tra coloro che concepivano la pena in chiave prevalentemente retributiva o rieducativa produssero una formulazione che senza rinunciare al carattere dell'afflittività introduceva il principio di umanizzazione⁴⁵ e di rieducazione della pena, sebbene l'accettazione di tale concetto dovette passare attraverso la garanzia che la rieducazione del condannato rappresentasse un fine collaterale e secondario dell'esecuzione penale.

Evidente che l'art. 27 segnava una frattura con il passato (perché è soprattutto nel settore penale che più marcatamente si rivela il carattere democratico o antidemocratico di una Costituzione, come ricordava Bettiol⁴⁶), forse «l'unico principio penale costituzionale davvero di rottura», capace di temperare l'impostazione repressiva e general preventiva dell'intero codice: una formulazione voluta, non a caso, da Basso e La Pira, «che penalisti non erano» e militavano in due partiti politici di opposta ispirazione⁴⁷.

Non si può nascondere la difficoltà con cui tale principio fu accolto, per l'esplicita volontà di alcuni di conservare alla pena il suo tratto di sofferenza, ben espresso, come si è visto da Giovanni Leone, per il quale doveva continuare ad essere lo strumento di «restituzione dell'ordine violato attraverso la funzione vendicativa e satisfattoria»: un linguaggio che non si era liberato dalle pastoie di un passato che vedeva nella pena una vendetta.

Un secolo di dibattito scientifico non era trascorso invano se ancora si chiamavano in causa le scuole classica e positiva, che lungi dal conoscere un tramonto, mandavano ancora vividi bagliori⁴⁸. La preoccupazione, come si è anticipato, era infatti quella di evitare che fossero i postulati dell'una o dell'altra a prevalere⁴⁹ e soprattutto di anestetizzare l'idea che la rieducazione del

⁴⁵ «Che cosa si intende invero quando si parla di “umanizzazione del diritto penale”? Il problema nella sua impostazione non è un problema tecnico-giuridico. Appartiene alla *metafisica* del diritto penale e quindi alla *filosofia* [...]. Sorge ora l'altro problema: se appartenga all'idea e quindi al processo di umanizzazione delle pene anche l'inciso della Costituzione [...]. È un dato di fatto che tale inciso è stato approvato dall'Assemblea Costituente (su questo punto si è divisa senza particolari significativi schieramenti di partito) perché la maggioranza dei suoi componenti – senza rendersi esatto conto del significato di certe espressioni – era in vena di “umanizzazione” quale espressione di un certo senso di compassione, di misericordia, di carità verso i condannati» (G. Bettiol, *Sull'umanizzazione del diritto penale*, in *Scritti giuridici* cit., pp. 740, 747, ma si veda anche *Orientamenti generali nel diritto penale*, ivi, pp. 754-763).

⁴⁶ G. Bettiol, L. Pettoello Mantovani, *Diritto penale*, 12^a ed., Padova, Cedam, 1986, p. 53.

⁴⁷ F. Palazzo, *La pena*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Treccani, 2012, p. 653. Cfr. anche P. Rossi, *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Palermo, Priulla, 1953, p. 182; Fiandaca, *Il 3° comma* cit., p. 227, nt. 15.

⁴⁸ L'avvocato siciliano Guido Basile in un intervento rimarcava chiaramente il fatto che la discussione rimetteva in gioco le due grandi correnti di pensiero scientifico (Atti Assemblea Costituente, LXXXI, seduta di sabato 29 marzo 1947, p. 2651). Si veda Fiandaca, *Il 3° comma* cit., p. 225.

⁴⁹ Lo esprime chiaramente Tupini: «Vede, onorevole Leone, si sono proiettate in questa discussione

condannato fosse ricollegabile alla teoria preventiva della pena, figlia diretta del positivismo, delle cui scorie buona parte dei costituenti voleva liberarsi. Una simile concessione alla scuola positiva fu considerata da molti inaccettabile e questo giocò probabilmente un ruolo non indifferente anche nello scontro dottrinale degli anni successivi, in qualche modo rallentando l'esplosione della carica innovativa contenuta nel terzo comma dell'art. 27, destinata per di più a scontrarsi con una realtà (quella carceraria) che nella pratica finiva per vanificare lo sforzo di elaborazione concettuale.

Come anticipato, uno dei problemi da chiarire era se rieducazione ed emenda fossero espressioni sovrapponibili e sinonimiche o non rappresentassero due momenti distinti della penalità⁵⁰ e quanto la tanto vagheggiata laicità del diritto penale non finisse per presentare rigurgiti moralistici proprio nella configurazione della sanzione. Una certa disinvoltura espressiva nell'usare indifferentemente parole come emenda, pentimento, redenzione sembra richiamare l'idea della pena come strumento di contrasto all'immoralità attraverso la catarsi del dolore.

Il problema era stato ben posto da Nuvolone, il quale si chiedeva cosa dovesse intendersi per rieducazione del condannato: se dovesse essere affrontato dal punto di vista del contenuto o nel rapporto finalistico con la pena⁵¹. L'intreccio tra recupero individuale e risocializzazione sollevava alcuni interrogativi: si mirava all'espiazione, e pertanto alla purificazione della coscienza e al

le preoccupazioni che hanno riferimento alle scuole filosofiche. C'è la preoccupazione di chi è più ligio alla scuola classica, l'altra di chi è più ligio alla scuola positiva, e il timore che la nostra formula aderisca più all'una che all'altra e viceversa. Fo osservare agli onorevoli proponenti degli emendamenti che, in fondo, se noi siamo convinti, come chi vi parla è convinto, che effettivamente la società non deve rinunciare ad ogni sforzo, ad ogni mezzo affinché colui che è caduto nelle maglie della giustizia, che deve essere giudicato, che deve essere anche condannato, dopo la condanna possa offrire delle possibilità di rieducazione, perché ci dobbiamo rinunciare? Non importa a me che questo possa rispondere ad un postulato scientifico di una determinata scuola. Sono convinto, per un elementare senso umano, che bisogna fare ogni sforzo perché il reo possa essere rieducato, e credo che non dobbiamo rinunciare in nessun caso a questa possibilità» (Atti Assemblea Costituente, LXXXIX, seduta antimeridiana di martedì 15 aprile 1947, pp. 2880-2881).

⁵⁰ «Costituzionalmente, rieducare non è sinonimo di emendare» [A. Pugiotto, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, «Rivista AIC», 2, 2014 p. 3].

⁵¹ P. Nuvolone, *Il problema della rieducazione del condannato*, in *Sul problema della rieducazione* cit., p. 349. Bettiol invece si chiedeva se nell'invocazione alla rieducazione non si celasse un apriorismo non dimostrato né dimostrabile, ossia che i delinquenti adulti avessero davvero necessità di un'opera di rieducazione, dando alla domanda risposta negativa qualora si considerasse l'educazione come conoscenza della legge morale e dei conseguenti doveri. Era infatti da escludere la possibilità di ri-educare chi aveva sicuramente avuto modo di conoscere le regole fondamentali cui ispirare le proprie azioni, come ad esempio i delinquenti occasionali (consapevoli del male compiuto: tale consapevolezza era la miglior dimostrazione di una coscienza comunque ancorata a valori etici), ma ciò non era possibile nemmeno con i recidivi, abituali e di professione, considerati incorreggibili (Bettiol, *Sulla rieducazione del condannato* cit., pp. 902-910).

pentimento attraverso la sofferenza⁵², e/o alla risocializzazione per garantire allo Stato la conservazione di una pacifica convivenza civile?

Nel primo caso la pena presenta indubbi riflessi di carattere morale⁵³; nel secondo, accanto a soprassalti utilitaristici, occorre stabilire a quali valori deve essere rieducato il reo e in quale modo può avvenire il recupero e il reinserimento sociale. Di fronte a reati sovversivi dall'indubbia impronta ideologico-politica, essere rieducati significa accettare di essere conformati, quasi plasmati a un sistema valoriale contro il quale si combatte e che si disconosce. Se si ammettesse che obiettivo dello Stato è l'emenda interiore, ciò significherebbe indurre il condannato a ricredersi delle proprie opinioni e uniformarsi alle convinzioni politiche o religiose prescritte dalla pubblica autorità, giungendo a spegnere ogni voce dissidente: operazione che può presentare profili ambigui e problematici soprattutto laddove non vengano valori democratici e liberali, come il passato insegna⁵⁴. In altre parole, l'emenda morale conduce alla risocializzazione che consiste però nella «correzione politico-ideologica, propria degli Stati totalitari e ivi praticata attraverso le impositive tecniche dell'indottrinamento e delle manipolazioni delle coscienze»⁵⁵.

Il nodo da sciogliere era se la società per realizzare l'emenda attraverso la pena avesse il diritto di agire penetrando nell'animo del reo attraverso un'azione coattiva destinata a generare un nuovo sentimento morale. Ecco dunque che la prudente formula del comma terzo aggirava il rischio di un'ingerenza (quasi una profanazione) delle leggi nella sfera privata, tracciando una sottile linea di demarcazione tra emenda intensa come rigenerazione morale, lasciata alla libera e autonoma scelta di ciascuno, ed emenda intesa recupero alla vita sociale.

La rieducazione venne intesa (o fraintesa) da alcuni in senso più che altro spirituale e al tempo stesso l'afflato religioso fu quasi strumentalizzato sia

⁵² Sosteneva ad esempio l'avvocato beneventano Costantino Preziosi che il reo doveva pentirsi del delitto e trovare nelle carceri un luogo in cui racchiudersi in se stesso per giungere a una rigenerazione interiore (Atti Assemblea Costituente, LXXVI, seduta di mercoledì 26 marzo 1947, p. 2509).

⁵³ Ci si potrebbe interrogare se non fosse anche questo il timore che aveva spinto Beccaria ad escludere l'emenda da una trattazione pur permeata da accenni di mitezza. Se la sanzione, che reca in sé un *quantum* di sofferenza, non doveva per il marchese lombardo mirare a «tormentare ed infliggere un essere sensibile» (Beccaria, *Dei delitti* cit., § XII *Fine delle pene*, p. 54), estranea era invece la funzione di rieducazione: l'emenda fu rifuggita da Beccaria perché a chi sosteneva la «laicità del diritto penale, ripugnava certamente l'idea di assegnare allo Stato un compito paternalistico di valutazione morale della coscienza del colpevole» (A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, 2, Giuffrè, Milano, 2005, p. 200).

⁵⁴ Carrara aveva sollevato questa preoccupazione con riferimento alla realtà del tempo, esemplificando come il repubblicano avrebbe dovuto essere convinto alle idee monarchiche (e viceversa), l'acattolico o l'ateo allo spirito cattolico e via discorrendo, attraverso lo strumento punitivo (Carrara, *Emenda* cit., p. 201).

⁵⁵ Mantovani, *Diritto penale* cit., pp. 776-777.

da chi sosteneva la teoria della retribuzione sia da chi premeva per esaltare il significato special preventivo dell'art. 27, 3° comma⁵⁶.

Si pensi a Carnelutti, che proprio in nome della religione cristiana e della carità, intendeva la pena come espiazione e la sua inflizione quale gesto di amore, conservando tracce della già ricordata teoria della pura emenda⁵⁷, proseguita poi da esponenti italiani⁵⁸.

Nell'affrontare quello che definiva l'enigma penale (la lotta del diritto contro il male), Carnelutti concepiva la pena come penitenza e di fronte all'impossibilità di risolvere il problema della pena attraverso la scienza, ricorreva alla fede, equiparando la pena a un gesto di carità e di amore capace di salvare l'uomo e di «(e)mendarlo»⁵⁹. La pena doveva mirare a cancellare il reato dall'animo del reo, imponendogli una disciplina e un *modus vivendi* in grado di indurlo al pentimento e pertanto alla liberazione, intesa come libertà interiore. Raggiunto il pentimento, la pena cessava la sua funzione (e utilità). Ma perché tutto ciò fosse possibile, era necessario rifugiarsi nell'insegnamento cristiano per abbracciare «il verbo luminoso della redenzione!»⁶⁰.

Biagio Petrocelli, pur in dissidio con la teoria dell'emenda e con le tesi di Carnelutti, definite troppo generiche e astratte, incapaci di calarsi nella realtà e nella concretezza dei problemi⁶¹, riteneva tuttavia che la carità ispirasse il principio retributivo⁶², anche se mitigava l'idea che l'esecuzione della pena dovesse essere indirizzata sempre e comunque «verso la redenzione morale del reo» con il fatto che ciò non fosse possibile per tutti⁶³: non lo era per determinati soggetti⁶⁴ (e per questo occorreva rifugiarsi in una concezione retributiva umanizzata) e non era necessaria in relazione a taluni reati (come quelli colposi o di minima entità). L'articolo 27 della Costituzione, per Petrocelli, mirava a questo compromesso: «liberare la pena di ogni inutile asprezza e guardando

⁵⁶ Si vedano ad esempio i già ricordati interventi di Crispo, Rossi e Mastino (*supra*, nt. 29, 30, 32).

⁵⁷ Cfr. *supra*, nt. 8.

⁵⁸ Si pensi al tentativo di dare vita a una scuola penalista umanista, il cui più autorevole esponente può essere individuato in Vincenzo Lanza con il suo *Umanesimo e diritto penale. Saggio sulla nuova scuola penale italiana*, 2ª ed., Catania, Muglia, 1929. Nella direzione dell'emenda si mosse anche U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, 3ª ed., Firenze, Sansoni, 1974.

⁵⁹ F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, Roma, Edizioni dell'Ateneo, 1946, I, pp. 5-21, ma anche Id., *Il problema della pena*, Roma, Tumminelli, 1945.

⁶⁰ Carnelutti, *Lezioni cit.*, p. 14. Le posizioni di Carnelutti gli fecero meritare da parte di Bettiol l'appellativo di «distruttore del diritto penale» (Bettiol, Pettoello Mantovani, *Diritto penale cit.*, p. 810).

⁶¹ B. Petrocelli, *Principi di diritto penale*, Napoli, Jovene, 1955, I, p. 41.

⁶² B. Petrocelli, *Le pena come emenda del reo*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, Milano, Giuffrè, 1952, II, pp. 317-348.

⁶³ Ivi, p. 328.

⁶⁴ Tali erano tanto i delinquenti occasionali quanto i criminali incorreggibili «per i quali è vano sperare che l'emenda possa mai verificarsi. Di fronte a questa realtà gli assertori dell'emenda, di solito, tacciono, in un atteggiamento che sembra essere di implicita negazione» (ivi p. 334, 331).

nel condannato l'uomo, condurlo, se possibile alla redenzione. Il che nulla toglie all'essenza propria della pena»⁶⁵.

Anche Maggiore finiva per invocare la carità come «forza moderatrice», capace di addolcire la pena, introducendo «nel diritto penale moderno istituti che, lungi dall'offendere o affievolire il principio della pena-castigo, lo potenziano e lo rafforzano nella luce della cristianità»⁶⁶. Contrapponendosi a Petrocchi, respingeva l'idea di ricorrere all'esperienza per negare il carattere etico-pedagogico che la pena poteva assumere con il pretesto che di rado il reo si corregge: «professare un tale scetticismo significherebbe darsi in braccio alla più odiosa teoria della predestinazione al delitto [...] e disdire il dogma della libertà»⁶⁷. Ciò non gli impediva di negare la finalità di emenda della pena, la quale era invece necessaria alle supreme necessità dell'ordine giuridico, tanto che essa avrebbe dovuto essere prevista anche qualora si fosse dimostrato l'incapacità di correggere anche un solo delinquente o di impedire un solo reato: «l'emenda può essere dunque un effetto desiderabile, mai un fine essenziale della pena»⁶⁸. Orgogliosa, da parte di Maggiore, la difesa della teoria retributiva, in grado di superare indenne ogni tipo di critica: a quanti scorgevano in essa l'usurpazione di un attributo proprio della divinità, la risposta riposava nella distinzione tra la giustizia assoluta, che appartiene a Dio, e quella da Dio stesso delegata agli uomini che non potevano che ripagare il male con il male per reintegrare l'ordine giuridico offeso⁶⁹.

Per quanti intendevano l'emenda in senso intimista o soggettivo, essa non poteva essere richiesta né tanto meno imposta (avrebbe significato che lo Stato obbligava al bene quando invece poteva solo evitare e reprimere il male⁷⁰) senza correre il rischio di ricadere nelle pratiche dell'inquisizione (ossia la purgazione dell'anima attraverso la sofferenza)⁷¹. Affermare poi che essa rispondeva a un fine utilitaristico (il recupero sociale per il bene dello Stato e la tutela dell'ordine pubblico, in un significato oggettivo) equivaleva, per dirla con Carrara, a riconoscere che l'emenda «è mezzo potente di tutela giuridica»⁷².

Nella contestazione del terzo comma dell'art. 27 non vi era il rifiuto della rigenerazione morale del delinquente, ma la richiesta che questa avvenisse

⁶⁵ Ivi, pp. 345-346.

⁶⁶ G. Maggiore, *Principi di diritto penale*, I Parte generale, 3ª ed., Bologna, Zanichelli, 1939, p. 558.

⁶⁷ Ivi, p. 553.

⁶⁸ Ivi, p. 558.

⁶⁹ Ivi, p. 556. Polemico verso Maggiore e Bettiol fu R. Pannain, *Il diritto penale e la morale*, in *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Padova, Cedam, 1954, pp. 343-360.

⁷⁰ «Lo Stato non può imporre la virtù. Esso può solo, o meglio, deve creare le condizioni perché l'uomo possa condurre una vita virtuosa» (Bettiol, *Il mito della rieducazione*, in *Sul problema della rieducazione* cit., p. 11).

⁷¹ «Noi non possiamo ricondurre la pena alla penitenza, il delitto al peccato» (Guido Basile, Atti Assemblea Costituente, LXXXI, seduta di sabato 29 marzo 1947, p. 2651).

⁷² Carrara, *Emenda* cit., pp. 198-200.

entro il principio retributivo, irrinunciabile per l'essenza stessa della pena. In qualche modo tornavano a galla le posizioni mediate di certi esponenti della scuola classica, a cui alcuni componenti della Costituente non nascondevano di ispirarsi: auspicavano l'emenda del condannato, ma *a latere* o come finalità ulteriore, augurabile, ma non esclusiva⁷³.

È la posizione di Bettiol, enunciata in Assemblea e ripresa nella sua produzione scientifica: egli, pur ritenendo ipocrita da parte della società ritenere rieducato il condannato attraverso la pena⁷⁴, lasciava aperti spiragli per una possibile "redenzione" come conseguenza del carattere retributivo della pena temperato da umanità⁷⁵. Nel pensiero di Bettiol, impregnato di valori discendenti dal pensiero cattolico e da un intreccio non sempre coerente tra retribuzione e prevenzione, la persona era sì al centro, ma ciò non significava rinunciare a una concezione penalistica ispirata alla responsabilità individuale cui non poteva che corrispondere la retribuzione. Bettiol non nascose mai la sua aperta antipatia verso il principio rieducativo, smorzando gli entusiasmi di quanti vedevano in esso una delle più significative novità introdotte da una Costituzione ispirata a un palingenesi generale del diritto, e l'ostilità manifestata durante i lavori della Costituente trovò modo di esprimersi anche nei decenni a venire, denunciando come dietro il richiamo a una "carità laica" si camuffasse una illecita intromissione di uno Stato etico-missionario nella coscienza individuale e nella libertà morale⁷⁶.

⁷³ Vi è la posizione di aperto dissenso verso il principio dell'emenda espresso ad esempio da Carmignani, convinto assertore che «le pene umane qualunque esse sieno sono per se medesime poco atte a correggere», dal momento che ricorrono alla forza per imporsi e che pertanto «è difficile concepire come risultato della forza la correzione». Gli effetti salutari del pentimento interiore non possono essere creati dalle leggi: «non vi è chi non senta l'assurdo di convertire un nemico in discepolo» (G. Carmignani, *Teoria delle leggi della sciurezza sociale*, Pisa, Fratelli Nistri, 1832, III, pp. 107-109). Al contrario Carrara, seppure in un inciso, indicava la «correzione interna del reo» un'opera santa del governo da lodare come convinzione, anche se tornava a ribadire, dopo questa breve parentesi, di non ravvisare in ciò un fine proprio della pena (Carrara, *Programma* cit., p. 369). Lo stesso può dirsi per Pellegrino Rossi («la pena può egualmente produrre l'istruzione, il timore, l'emendamento del colpevole [...]. Esso è possibile. Esso è desiderabile. Il non tentarlo è negligenza repressibile. Permettere delle pene che in luogo di correggere il condannato divengano per lui una sorgente di corruzione ed una scuola d'iniquità è più che una negligenza»: P. Rossi, *Trattato di diritto penale*, Napoli, 1853, pp. 245-247), o per Enrico Pessina («Intanto la dottrina dell'emendamento ha un lato vero quando si coordina con la teoria della retribuzione. La società proponendosi con la *pena* di riaffermare il Diritto deve nel suo contenuto fare che il Diritto si riaffermi nello stesso delinquente, estirpando in lui per quanto è possibile la cagione del delinquere; epperò la rigenerazione morale come mezzo di siffatta rieducazione può e dee formar parte del contenuto della pena. L'emendamento è una delle condizioni, e non già lo scopo fondamentale, né la ragione giustificatrice della pena»: E. Pessina, *Elementi di diritto penale*, 2ª ed., Napoli, Giuseppe Marghieri, 1871, I, § 5, p. 25). In tutti gli autori citati, tuttavia, non erano questi gli effetti primari della pena.

⁷⁴ Bettiol, Pettoello Mantovani, *Diritto penale* cit., p. 55.

⁷⁵ Ivi, pp. 811-812.

⁷⁶ G. Bettiol, *Sulle massime pene: morte ed ergastolo*, in *Scritti giuridici* cit., p. 887.

Assimilare rieducazione e redenzione era un modo per disconoscere l'effettiva portata del 3° comma ed evitare di impegnarsi per dare attuazione concreta a tale principio nella realtà. Il verbo "tendere" offriva infatti la possibilità di una lettura riduttiva: rieducare per quanto possibile, se possibile, con soggetti con cui ciò fosse possibile⁷⁷.

Il tentativo di attutire la nuova visione costituzionale trovò modo di esprimersi anche sottolineando la difficoltà di un coordinamento tra Carta e codice penale⁷⁸, che aveva introdotto con il cd. doppio binario un impianto sanzionatorio in cui, accanto alle pene di tipo retributivo-punitivo, si ponevano le misure di sicurezza, applicate al delinquente socialmente pericoloso, finalizzate, queste sì, al suo recupero⁷⁹. L'apparente abile miscela operata nel codice tra i *desiderata* della scuola positiva e i capisaldi della scuola classica⁸⁰ aveva alla fine dato luogo a un apparato fortemente intimidatorio, chiamato ad assolvere quindi sia scopi di difesa sociale che preventivi-repressivi⁸¹. Si riteneva pertanto che la Costituzione, con la dizione generica alla fine approvata, finisse per estendere a tutte le pene lo scopo che invece il codice aveva riconosciuto alle sole misure di sicurezza⁸², a discapito della certezza e determinatezza della pena.

⁷⁷ Ineccepibile, da un punto di vista letterale e logico, il ragionamento di Petrocelli: «L'accenno ai trattamenti contrari ai sensi di umanità non avrebbe avuto ragion d'essere se la pena avesse dovuto avere una finalità puramente rieducativa». Di conseguenza, solo l'accettazione della tradizionale funzione della pena «può dar spiegazione al monito contenuto nell'art. 27, potendo quegli eccessi verificarsi appunto nell'esercizio della funzione punitiva propriamente intesa» (Petrocelli, *Principi* cit., p. 44).

⁷⁸ Le riflessioni dottrinali erano volte più che altro a segnalare continuità o discontinuità rispetto all'ideologia fascista che aveva dato vita al codice, il quale aveva accostato a «istituti consolidati dalla tradizione classica-liberale, che il tecnicismo giuridico aveva ripulito delle "incrostazioni" metafisiche i principi elaborati dalla scuola positiva. Si acquietavano così gli opposti sostenitori delle due scuole, che si ritennero soddisfatti dall'accoglimento, almeno a parole, delle proprie tesi» (G. Neppi Modona, M. Pellissero, *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia, Annali*, 12: *La criminalità*, Torino, Einaudi, 1997, p. 784). Vi leggevano un avvicinamento alla scuola classica ad esempio B. Petrocelli, *I limiti della scienza del diritto penale e la nuova legislazione*, Modena, Società tipografica modenese, 1931; E. Altavilla, *Manuale di diritto penale*, Napoli, Morano, 1934, p. 2. Ovviamente Ferri vi scorgeva invece prevalente il contributo della scuola positiva (E. Ferri, *Il progetto Rocco di Codice penale*, «La Scuola positiva», n.s., 7, 1927, p. 489).

⁷⁹ Sulla lettura correlativa tra finalità preventiva e misure di sicurezza cfr. Bettiol, *Il problema penale* cit., pp. 111-112 e G. Bettiol, *Repressione e prevenzione nel quadro delle esigenze costituzionali*, in *Scritti giuridici* cit., pp. 838-848.

⁸⁰ Restano ancora un punto di riferimento le pagine di M. Sbriccoli, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, ora in *Saggi di storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, I, pp. 493-590; Id., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, ivi, pp. 591-670 ss.; sulla violenta polemica ottocentesca tra le due scuole, ingaggiata dalla "Rivista penale", v. Id., *Il diritto penale liberale. La "Rivista penale di Luigi Lucchini (1874-1900)*, ivi, II, in particolare pp. 958-973.

⁸¹ A. Rocco, *Relazione e RD 19 Ottobre 1930*, in *Codice penale*, Roma, 1930, p. 7. Cfr. sul punto Bettiol, Pettoello Mantovani, *Diritto penale* cit., pp. 941-979; Neppi Modona, Pellissero, *La politica criminale* cit., pp. 785-786.

⁸² Zuccalà, *Della rieducazione* cit., pp. 61-65.

Il timore era di non rintracciare più alcuna differenza tra le due tipologie sanzionatorie, determinando così, sia pure indirettamente, il trionfo del positivismo criminologico. Al contrario, non mancava chi riteneva si stesse presentando l'occasione per superare il binomio codicistico a favore di una concezione unitaria della pena che assolvesse al contempo funzioni general-preventive e rieducative⁸³.

Evidente tuttavia che l'accoglimento del principio di rieducazione indirizzava, anzi, blindava, le scelte del futuro legislatore, a cui spettava il compito di rivisitare a quel punto il "penale"⁸⁴. In generale, la Costituzione dava slancio a un progressivo mutamento della cultura e della legislazione penalistica, che non sarebbe giunta, nonostante i tentativi, alla predisposizione di un nuovo Codice penale, ma che via via avrebbe determinato il progressivo allontanamento dalle disposizioni in contrasto con i valori enunciati dalla Carta, grazie anche agli interventi della Corte Costituzionale. Indubbio che «l'insieme dei valori e dei principi costituzionali sia divenuto progressivamente «il metro critico per rivisitare il sistema penale»⁸⁵. Al tempo stesso fino agli anni Sessanta, che rappresentano il limite cronologico di questa indagine, «molta parte della dottrina penalistica si attarda ad attualizzare la base di legittimazione del vecchio codice penale del fascismo nonostante l'avvento della nuo-

⁸³ Per un orientamento volto a ricomprendere pene e misure di sicurezza in un *genus commune* con finalità preventiva, seppure con motivazioni diverse, cfr. P. Nuvolone, *La prevenzione nella teoria generale del diritto penale italiano*, «Rivista italiana di diritto penale», 1956, p. 18; G. Delitala, *Prevenzione e repressione nella riforma penale*, «Rivista italiana di diritto penale», 3, 1950, pp. 708-709; G. Vassalli, *Funzioni e insufficienze della pena*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2, 1961, p. 341; A. Pagliaro, *Il fatto di reato*, Palermo, Priulla, 1960, p. 76. Si veda l'ampia trattazione di A. Molari, *Il problema dell'unificazione delle pene e delle misure di sicurezza nella Costituzione italiana*, in *Sul problema della rieducazione* cit., pp. 161-189. «Se pure il sistema del doppio binario non è stato superato, superata è stata comunque la vecchia concezione di una pena a valenza esclusivamente retributiva e/o preventivo-generale, mentre anch'essa ha acquisito una finalità rieducativa che a lungo andare ha permeato il dibattito scientifico e pungolato l'attività riformatrice del legislatore» (C.F. Grosso, *Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano tra Ottocento e Novecento*, in *Storia d'Italia* cit., p. 29).

⁸⁴ P. Nuvolone, *Le leggi penali e la costituzione*, Milano, Giuffrè, 1953. In particolare, per l'autore il terzo comma dell'art. 27 impegnava il legislatore ad adeguare sempre di più il regime penale e penitenziario alle istanze della prevenzione speciale. Senza che ciò facesse perdere alla pena la sua essenza di retribuzione di un male commesso, risultava costituzionalmente sancito che nella sanzione che va sotto il *nomen iuris* di pena la pena non poteva più essere intesa solo come castigo (ivi, p. 3). Tesi confutata da Bettiol, che vedeva in questa (errata, a suo parere) interpretazione del dettato costituzionale l'apertura per una legislazione penale futura sempre più orientata verso i principi del positivismo, facendo ritenere del tutto esaurita la spinta ispiratrice della scuola classica e la sua concezione retributiva: «Una tale impostazione "progressista" della norma costituzionale sulla pena è in perfetta armonia con una impostazione generale marxista o per lo meno socialistoide del problema» (Bettiol, Pettoello Mantovani, *Diritto penale* cit. p. 4. Si veda anche E.A. Bernabei, *Il problema della pena nel codice, nella Costituzione e nel progetto preliminare di riforma*, «La Giustizia penale», 1951, pt. I, I *Presupposti*, coll. 103-106; Rossi, *Lineamenti* cit., *passim*; M. Spasari, *Diritto penale e costituzione*, Milano, Giuffrè, 1966; M. Siniscalco, *Giustizia penale e Costituzione*, Torino, Eri, 1968.

⁸⁵ Grosso, *Le grandi correnti* cit., p. 29.

va Costituzione»⁸⁶, cercando di evidenziare i legami con la dottrina liberale ottocentesca piuttosto che dare seguito all'inversione di rotta che la Carta aveva indubbiamente impresso al tema della penalità. Una lettura riduttiva ha impedito per lungo tempo di «cogliere tutte le possibili implicazioni del principio di rieducazione, quale fondamentale criterio di politica criminale»⁸⁷ e un periodo connotato anche da un alto tasso di criminalità spinse molti a “chiudersi a riccio” a protezione delle teorie retributive, con qualche spruzzata, come si è visto, di principi religiosi per consolidarne la portata in una società fortemente permeata da valori cattolici. Se figure come quelle di Nuvolone o Rossi si fecero interpreti di un valore ‘moderato’ della rieducazione come finalità prima della pena, per mitigare le vette raggiunte da un Grispiigni che decretava la morte della teoria retributiva⁸⁸, la maggioranza, come si è visto (pur attraverso cenni non esaustivi), si impegnò, se non a distruggere, certo a ridimensionare quello che Bettiol definiva il mito della rieducazione.

Furono quei primi decenni contrassegnati da un'antinomia tra la velocità della ricostruzione economico-materiale del paese e uno stagnante clima della cultura penalistica, rotto però da alcune figure e prese di posizione capaci di cogliere lo spirito della Costituzione e di tracciare la strada per l'evoluzione futura del penale. La Costituzione avrebbe proiettato (e continua incessantemente a farlo) la propria luce nel tempo con una vera e propria direttrice teleologica, nonostante la preoccupazione maggiore dopo la promulgazione della Carta sia stata quella di mantenere in vita lo scheletro del codice del '31 depurato delle più marcate disposizioni a carattere antidemocratico e di procedere con una pletora di nuove norme che hanno determinato una sorta di decodificazione nell'ambito penale.

Non si può a conclusione non ricordare il fatto che la Costituzione «attribuendo anche alle pene una funzione rieducativa ha posto le premesse per una trasformazione del concetto di esecuzione penitenziaria»⁸⁹. Già durante i lavori dell'Assemblea si evidenziò (a volte in modo strumentale per respingere le aperture umanitarie dell'art. 27) la necessità di accompagnare alla previsione rieducativa una radicale riforma degli istituti e della vita penitenziaria (ecco tornare la *penitenza*), in mancanza della quale la riabilitazione del detenuto sarebbe rimasta una chimera e il dettato costituzionale un nobilissimo, ma astratto principio⁹⁰. Non ci si nascondeva, con sano realismo, che le strutture

⁸⁶ Palazzo, *La pena* cit. p. 653.

⁸⁷ Fiandaca, *Il 3° comma* cit., p. 222.

⁸⁸ F. Grispiigni, *Regresso di un secolo nella legislazione penale: il progetto preliminare di un nuovo codice penale*, Roma, Edizioni dell'Ateneo, 1949.

⁸⁹ Grosso, *Le grandi correnti* cit., p. 33.

⁹⁰ Così Bettiol: «*Sunt lacrymae rerum* [Virgilio, verso 462, primo libro dell'Eneide *n.d.r.*]. E veramente è il pianto delle cose se si pensa alla situazione dei nostri stabilimenti carcerari, in cui, in condizioni inumane, trova esecuzione la pena» (Atti Assemblea Costituente, LXXVI, seduta di mercoledì

carcerarie non erano adeguate a impedire che l'enunciazione rieducativa rimanesse mera asserzione programmatica, senza possibilità di attuazione nella fase di esecuzione della pena⁹¹.

Il carcere era stato già al centro dell'attenzione della prima Sottocommissione nell'adunanza del 10 dicembre 1946. Anticipando tematiche ancora oggi laceranti, ci si interrogava sulla possibile compatibilità tra rieducazione ed ergastolo⁹², tra stabilire pene massime per i reati più gravi (che secondo la già ricordata proposta Nobile-Terracini non avrebbero dovuto essere superiori ai quindici anni⁹³), nella convinzione che si trattasse di materia costituzionale, in contrapposizione a chi all'opposto, riteneva si dovesse rinviare il tutto alla legislazione penale⁹⁴.

La similitudine tra pena di morte ed ergastolo, sollevata da Togliatti, considerate entrambe inumane e come tali da sopprimere⁹⁵, non ricevette risposta

26 marzo 1947, p. 2499). Sulla stessa linea, con qualche ulteriore precisazione, si ponevano Costantino Preziosi e Girolamo Bellavista. L'uno e l'altro sostenevano «che in Italia vi è un sistema carcerario che non so quanti epiteti di vergogna meriterebbe; vi è un sistema carcerario in Italia, non solo il più antiquato, ma il più vergognoso», ricordando che molti dei presenti quel giorno in aula ne avevano sperimentato l'asperità (ivi, pp. 2509, 2511). Interessante ai nostri fini le parole con cui Alfredo Rocco accompagnò il Regolamento penitenziario del 1931 (promulgato con Regio decreto del 18 giugno, n. 787), in cui si enunciano norme di vita carceraria «che siano bensì idonee a emendare il condannato, ma non tolgano alla pena il carattere afflittivo e intimativo», anticipando espressioni che risuoneranno nell'Assemblea costituente (Alf. Rocco, *Relazione al Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena*, Roma, 1931, pp. 14 e 16). In continuità rispetto al precedente regolamento, risalente al 1891, quello del '31 ribadì all'art. 1 l'obbligo del lavoro, un vero e proprio dovere giuridico sanzionato in caso di inosservanza, ma spogliato di ogni finalità rieducativa (il lavoro era concepito come mezzo educativo solo per i minori); quello dell'istruzione civile (artt. 136-141) e dell'insegnamento religioso (artt. 142-146), strumentalizzato, questo sì, a fini di rieducazione morale, imponendo a ciascun detenuto che non dichiarasse l'appartenenza ad altro culto l'obbligo di seguire le pratiche collettive di quello cattolico.

⁹¹ La contrapposizione fu tra chi sosteneva che la risocializzazione fosse funzione preminente della pena (così Filippo Grisogni, intento a proseguire i dettami della scuola positiva: *Diritto penale italiano*, Milano, Giuffrè, 1947, I, pp. 76-77), chi rifiutava l'idea che essa avesse solo natura programmatica (ad esempio Delitala, *Prevenzione e repressione* cit., pp. 699-714; Vassalli, *Funzioni e insufficienze* cit., pp. 298-346; Nuvolone, *Il problema della rieducazione* cit., p. 350, per il quale la rieducazione non rispondeva ad aspirazioni dottrinali ma si configurava come imperativo giuridico), mentre alcuni, come Bettiol, ritenevano operativa tale funzione solo nella fase esecutiva (Bettiol, *Il mito* cit., p. 15, fornendo un'interpretazione restrittiva dell'art. 27, condivisa da A. Tesaurò, *La funzione del diritto penale per la Costituzione attuale*, «Foro penale», 1962, p. 136). Si veda E. Dolcini, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, Cedam, 1979, pp. 96-98.

⁹² M. Terzi, *La comminatoria editale*, in particolare pp. 8-11.

⁹³ Atti Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Adunanza plenaria, 19, resoconto sommario della seduta di sabato antimeridiana 25 gennaio 1947, p. 181.

⁹⁴ Ivi, pp. 182-185.

⁹⁵ Atti Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Prima Sottocommissione, 47, resoconto sommario della seduta di martedì 10 dicembre 1946, p. 470. La proposta suscitò la reazione, tra gli altri, del Presidente Tupini, per il quale «l'abolizione della pena dell'ergastolo potrebbe essere un incentivo a commettere delitti efferati, essendosi soppressa l'unica pena, quella di morte, capace di incutere paura ai grandi criminali» (*ibidem*). E nel 1956 Bettiol, tornando sull'argomento, respingeva la possibilità di abolire l'ergastolo, generatasi per un'errata interpretazione del concetto di rieducazione,

allora come oggi⁹⁶. E il regime carcerario attende ancora parole chiare e risolutive, nell'evidente paradosso di una Costituzione che nell'arco temporale di un solo anno e mezzo ha riscritto i valori fondanti di una società e di un legislatore ordinario che ha vanamente inseguito una riforma organica del diritto penale⁹⁷ e penitenziario.

Ma questa è un'altra storia. Su cui confidiamo che le generazioni future possano scrivere una parola di saggezza giuridica e di legalità costituzionale, oltre che di umanità⁹⁸.

in grado di realizzarsi anche nel caso di una pena perpetua. Se infatti si intende la rieducazione in una dimensione spirituale, l'ergastolo consentiva quell'isolamento necessario per una conversione dal male al bene e, contemporaneamente, non escludeva un minimo di organizzazione di vita sociale all'interno dello stabilimento carcerario: «il problema dell'ergastolo non è già quello della sua abolizione ma quello della *trasformazione* delle condizioni nelle quali il condannato è chiamato ad espiare la pena» (Bettiol, *Sulle massime pene* cit., p. 891).

⁹⁶ L. Esusebi, *L'ergastolo, una pena di morte nascosta*, «Munera», 1, 2015, pp. 29-49, nato sulla scorta del *Discorso del Santo Padre Francesco alla delegazione dell'Associazione Internazionale di diritto penale*, Giovedì, 23 ottobre 2014 su cui, dello stesso Esusebi, *Cautela in poena*, commento al cfr. *Discorso del Santo Padre Francesco alla delegazione dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LVIII, 1, 2015, pp. 459-465.

⁹⁷ Cfr. F. Palazzo, *La politica criminale nell'Italia repubblicana*, in *Storia d'Italia* cit., p. 856. Si veda C. Latini, *Una legislazione per spot. Dalle idee di riforma del 1944-45 al progetto Grosso di Codice penale*, «Archivio giuridico», CLI, 4, 2019, pp. 763-788.

⁹⁸ Le spinte abolizioniste dell'ergastolo hanno avuto quasi sempre «motivi sentimentali» (A. Dessi, *Note in tema di ergastolo*, «Archivio penale», 1959, p. 84) o si sono basati sull'umanizzazione delle pene (F. Cigolini, *Sull'abolizione della pena dell'ergastolo*, «Rivista penale», 1958, p. 299), senza mai rispondere alla domanda «i giudici italiani, condannando taluno all'ergastolo, irrogano una pena costituzionalmente legittima?» (L. Gullo, *Il problema dell'ergastolo è sempre attuale*, «Democrazia e diritto», 2, 1960, p. 56).