



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Giurisprudenza

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA  
INDIRIZZO: UNICO  
CICLO: XXVIII

**IL PROBLEMA PENALE NEL PENSIERO DI GIUSEPPE BETTIOL**

**Direttore della Scuola :** Ch.mo Prof. Roberto E. Kostoris

**Supervisore :** Ch.mo Prof. Mauro Ronco

**Dottorando:** Andrea Ciandri

## Il problema penale nel pensiero di Giuseppe Bettiol

Il lavoro analizza una parte dell'opera scientifica di Giuseppe Bettiol nel tentativo di mettere in evidenza i tratti salienti della sua concezione del diritto penale, caratterizzata dall'esigenza di una lettura in chiave personalistica e teleologica dei concetti penalistici, volta ad ancorarli al mondo dei valori. La costante attenzione verso una prospettiva assiologica risulta tanto più importante in quanto l'Autore ha sviluppato il proprio pensiero in un contesto storico dominato prima dalle dottrine positivistiche e successivamente dall'avvento dei totalitarismi.

La coerenza con la quale Bettiol ha sostenuto l'esigenza di una prospettiva etica e filosofica con la quale affrontare i grandi problemi del diritto penale, rifiutando ogni concezione di carattere deterministico idonea a mettere in discussione il valore della persona umana e della sua volontà, rende la sua produzione scientifica ancor più significativa ed attuale.

Lo studio si compone idealmente di tre parti.

La prima è dedicata alle opere giovanili del Maestro, caratterizzate da un prevalente approccio tecnico-giuridico, e influenzate dalla formazione giuridica improntata al classicismo penale tedesco, ereditata dall'insegnamento di Giacomo Delitala. Ci si sofferma in particolare su alcuni dei più importanti scritti, quali quelli dedicati al concorso di persone nel reato, all'efficacia della consuetudine nel diritto penale, al problema dell'azione e, in ultimo, all'opera che segna il distacco dal tecnicismo giuridico e nella quale Bettiol assume una posizione critica verso la concezione liberale del bene giuridico.

La seconda parte è interamente riservata alle opere nelle quali il pensiero del Maestro giunge a piena maturazione, *Il Problema penale* e il celebre *Diritto penale*.

Infine una terza parte dedicata al ruolo assunto da Bettiol in Assemblea Costituente, con riferimento soprattutto alla stesura del primo e del terzo comma dell'art. 27 Cost., al

problema della pena e al tema controverso del *diritto penale dell'atteggiamento interiore*.

Un'attenzione particolare è riservata alla teoria bettioliana della pena, inquadrando il pensiero del Patavino nella più generale riflessione sul tema.

Andrea Ciandri

## The penal problem according to Giuseppe Bettiol's thought

The study analyses a portion of Giuseppe Bettiol's scientific work in the attempt to put in evidence the salient points of his idea of criminal law. It is typified by the necessity of a reading in a personalistic and teleological interpretation of criminal concepts, to secure them to the world of values. His unfailing interest to an axiological perspective comes out more and more important because the Author developed his thought in a historical context dominated before by positivistic doctrines and later by totalitarianisms advent.

The consistency by which Bettiol supported the exigency of an ethical and philosophical perspective to consider the great problems of criminal law, rejecting every idea of deterministic nature suitable to bring into question the value of human person and his will, makes his scientific production even more significant and contemporary.

The study ideally consists of three parts.

The first deals with the Master's juvenilia characterized by a technical and legal prevailing approach, influenced by the legal formation marked by German penal classicism, inherited by Giacomo Delitala's teaching. We dwell particularly on some of the most important writings, as the ones dedicated to the concurrence of people in crime, on the efficacy of custom in penal law, on the problem of action, and at last, on the work which marks the detaching from legal technicism and in which Bettiol adapts a critical position in relation to the legal good.

The second part is totally dedicated to the writing in which the Master's thought reaches full maturation, *Il problema penale*, and the famous work, *Diritto penale*.

At last the third part dedicated to the role Bettiol had in Assemblea Costituente (Constituent Assembly) with particular reference to the writing of the first and third paragraph of art. 27 of the Constitution, to the problem of the punishment and to the controversial theme of *penal law of the inner attitude*.

A special attention is given to the Bettiolian theory of punishment, setting Patavino's thought into the more general reflection about the theme.

Andrea Ciandri

# INDICE

<b>CAPITOLO I</b> .....	<b>7</b>
1.1 L'ESORDIO SCIENTIFICO DI GIUSEPPE BETTIOL: CLIMA STORICO E CULTURALE .....	7
1.2 I PRIMI SCRITTI TRA TECNICISMO E OGGETTIVISMO .....	12
1.2.1 <i>Il concorso di persone nel reato</i> .....	12
1.2.2 <i>L'efficacia della consuetudine nel diritto penale</i> .....	16
1.2.3 <i>Il problema dell'azione</i> .....	23
1.2.4 <i>Sistema e valori del diritto penale</i> .....	27
<b>CAPITOLO II</b> .....	<b>34</b>
2.1 NOTE INTRODUTTIVE .....	34
2.2 SULLE ORIGINI DEL DIRITTO PENALE .....	37
2.3 SULL'ILLUMINISMO PENALE E SUL GIUSNATURALISMO .....	41
2.4 SUL DIBATTITO TRA LE SCUOLE .....	69
2.4.1 <i>La Scuola Classica</i> .....	70
2.4.2 <i>La Scuola positiva</i> .....	84
2.5 LA DOGMATICA GIURIDICA: LA GIURISPRUDENZA DEI CONCETTI, LA GIURISPRUDENZA DEGLI INTERESSI, LA GIURISPRUDENZA DEI VALORI .....	93
2.5.1 <i>La giurisprudenza dei concetti</i> .....	95
2.5.2 <i>La giurisprudenza degli interessi</i> .....	99
2.5.3 <i>La giurisprudenza del sentimento</i> .....	101
2.5.4 <i>La giurisprudenza dei valori</i> .....	103
2.6 LA TEORIA GENERALE DEL REATO TRA OGGETTIVISMO, TELEOLOGIA E TENDENZE SOGGETTIVIZZANTI.....	105
2.6.1 <i>Concezione sostanziale del reato</i> .....	107
2.6.2 <i>Il sistema della tripartizione</i> .....	110
2.6.3 <i>Il fatto tipico</i> .....	114
2.6.4 <i>L'antigiuridicità</i> .....	115
2.6.5 <i>La colpevolezza</i> .....	118
<b>CAPITOLO III</b> .....	<b>127</b>
3.1 PREMESSA.....	127
3.2 I LAVORI PREPARATORI.....	132
3.3 IL CONTRIBUTO DI GIUSEPPE BETTIOL IN ASSEMBLEA COSTITUENTE .....	158
<b>CAPITOLO IV</b> .....	<b>180</b>
4.1 LA PENA IN EPOCA MODERNA: DALLA CONCEZIONE MEDIEVALE E TEOLOGICA A QUELLA RAZIONALE E LAICA.....	180
4.2 LA PENA ASSOLUTA E LA PENA RELATIVA .....	196
4.3 LA PENA GIUSTA: IL RETRIBUZIONISMO. ....	204
4.3.1 <i>Kant e la retribuzione morale</i> .....	205
4.3.2 <i>Hegel e la retribuzione giuridica</i> .....	213
4.4 LA PENA UTILE: LE TEORIE RELATIVE .....	214
4.4.1 <i>La prevenzione generale</i> .....	217
4.4.2 <i>La prevenzione speciale</i> .....	221
4.5 IL PROBLEMA DELLA PENA NEL PENSIERO DI GIUSEPPE BETTIOL .....	229
<b>CAPITOLO V</b> .....	<b>235</b>

5.1 PREMessa.....	235
5.2 IL DIRITTO PENALE D'AUTORE DELLA SCUOLA DI KIEL .....	236
5.3 LA CRITICA DI BETTIOL AL DIRITTO PENALE D'AUTORE .....	244
5.4 IL GESINNUNGSTRAFRECHT O DIRITTO PENALE DELL'ATTEGGIAMENTO INTERIORE.....	250
5.5. LA GESINNUNG E L'ULTIMA LEZIONE DI CONGEDO .....	255
<b>RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI .....</b>	<b>259</b>

# CAPITOLO I

## 1.1 L'esordio scientifico di Giuseppe Bettiol: clima storico e culturale

Giuseppe Bettiol, classe 1907, inizia la propria attività di studioso e pubblicista poco più che ventenne, in un decennio che vede l'avvento del nazismo in Germania e il consolidamento del fascismo in Italia, mentre in Europa serpeggia la paura che i regimi socialisti dell'est si diffondano anche in occidente. Gli anni trenta rappresentano un momento storico di transizione e pieno di incognite: la Grande Guerra è finita da alcuni anni ma gli echi della distruzione e della crisi economica che ne è conseguita sono ancora diffusi, soprattutto fra le nazioni perdenti, Germania *in primis*.

Le ideologie totalitarie stanno prendendo sempre più piede in oriente come in occidente, la concezione liberale dello stato quale ente patrocinatoro dei diritti individuali, assoluti e inviolabili, pare ormai tramontare e, con essa, pare tramontare anche la tradizione giuspenalistica classica, di impronta oggettivista e garantista. Prima il positivismo, poi le correnti soggettiviste incentrate sul cosiddetto *diritto penale della volontà*, cercano di ribaltare i paradigmi del diritto penale di impronta liberale, eliminando entrambi i cardini su cui si era retto fino ad allora il diritto criminale in occidente: principio di legalità, materialità del reato, causalità, colpevolezza, pena proporzionata alla gravità del fatto.

In Italia il regime si mostra insofferente verso la legislazione ereditata dal periodo liberale, sia quella riguardante il diritto civile e commerciale, che quella inerente il diritto pubblico, amministrativo e, ovviamente, penale.

Cambia la concezione dello stato, del suo ruolo e dei rapporti tra esso e i cittadini: da mero regolatore di interessi individuali, concepito per asservire i diritti dei singoli in un ordine politico ed economico basato sulla libertà, lo stato si trasforma nell'ente esponenziale degli interessi supremi della nazione, prevalenti rispetto a quelli individuali. L'individuo è visto come parte di un tutto: vive ed opera in funzione dello stato, della nazione, del popolo di cui fa parte. Una tale visione organicistica ed olistica



della società si accompagna ad una concezione autoritaria dello stato, che non è più concepito in funzione degli individui ma, al contrario, sono gli individui concepiti in funzione dello stato.

In tale quadro si rende necessario l'intervento dei pubblici poteri in ogni ambito della vita dei cittadini, da quella familiare a quella lavorativa, professionale e sociale. Il ruolo interventore dello stato si espande e raggiunge campi, come quello economico, fino ad allora lasciati quasi interamente alla libera iniziativa individuale, e sociale, con le prime politiche attive di assistenza e previdenza sociale.<sup>1</sup>

Tutto ciò fa sorgere l'esigenza di tutelare giuridicamente interessi nuovi, che non si appuntano sul singolo individuo, ma sulla nazione e sullo stato.

I codici ottocenteschi si mostrano a ciò inadeguati, di qui l'esigenza del loro superamento. Quello penale è il primo ad essere abrogato e sostituito da un nuovo codice, che, nelle intenzioni dei suoi compilatori, doveva essere funzionale al mantenimento del nuovo ordine politico, economico e sociale, garantendo la protezione delle istituzioni statali dagli oppositori al regime.

Il codice Zanardelli del 1889 è troppo orientato in senso liberale e inadeguato ad approntare un efficace grado di tutela degli interessi e dei nuovi valori dello stato fascista.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> A tal proposito Bettiol, nel suo celebre Trattato del 1943, parla di una nuova concezione dello stato che, superata la tradizione liberale dello stato unitario sorto col Risorgimento, si presenta come "autoritaria e realistica" in campo politico e più "interventista" in quello economico. Una concezione che pone lo stato in una posizione di netta supremazia rispetto all'individuo, in quanto supremo regolatore della vita politica, sociale ed economica, così da "perdere l'agnosticismo liberale, volendo imporre alla coscienza dei singoli, attraverso una educazione controllata, una data intonazione politica". BETTIOL G., *Diritto Penale*, Padova, 1982, pp. 43, 44.

<sup>2</sup> Nota il Vernacotola come in questo nuovo clima culturale cambi il ruolo e la missione del giuspenalista, il quale da un lato deve farsi interprete del ribaltamento dei rapporti tra stato e individuo, per cui al primo spetta il primato e al secondo viene riservato un ruolo subalterno ai superiori interessi collettivi, dall'altro deve limitarsi a svolgere l'ancillare funzione di tecnico del diritto al servizio del governo. La figura dello scienziato del diritto sfuma verso quella del burocrate, perdendo non solo un'autonoma capacità riflessiva ed interpretativa, ma anche (...) qualsiasi possibilità di ancorare la propria attività di ricerca ai principi di equità e giustizia tradizionalmente organici alle funzioni del diritto." Di ciò è consapevole anche il giovanissimo Bettiol, che in uno dei lavori dedicati al concorso di persone nel reato, afferma: "Come tecnici della disciplina noi dobbiamo, però, astenerci (...) da valutazioni più o meno favorevoli delle norme di legge, atte a indagare la loro aderenza alla nostra visione ideale o ai bisogni della vita comune, essendo il nostro compito limitato alla interpretazione e sistemazione delle medesime" (BETTIOL G., *I lineamenti dell'istituto del concorso di più persone nel reato, secondo il nuovo codice italiano*, in *Scritti Giuridici*, tomo I, p. 29, citazione dell'autore). VERNACOTOLA A., *Primato della persona e realismo metafisico. La filosofia del diritto di Giuseppe Bettiol*, edizioni scientifiche Calabresi, pp. 57, 58.

Tale esigenza viene soddisfatta – come rileva Bettiol – più nella parte speciale del nuovo codice che nella parte generale, attraverso l'introduzione di nuove fattispecie incriminatrici, variamente classificate come reati contro la personalità dello stato (simbolicamente collocati al titolo I del codice<sup>3</sup>) e contro l'economia pubblica, un aumento generalizzato dei limiti edittali di pena, la reintroduzione della pena di morte.

La parte generale subisce minori influenze "autoritarie" e rimane strutturata secondo i canoni del diritto penale classico a sfondo oggettivista. A differenza del nazismo, il fascismo non riesce a sovvertire i capisaldi del diritto penale liberale. Ciò per ragioni politiche attinenti alle caratteristiche ideologiche del regime fascista che, nonostante la proclamata rivoluzione, non sovverte l'ordine sociale ed economico esistente basato sulla libera iniziativa economica e sull'economia capitalistica, tanto che lo stesso codice civile del 1942, seppur infarcito di norme ispirate al corporativismo, rimane un codice di impronta liberale, fondato sull'autonomia privata e funzionale ad un'economia di mercato. Ma anche, e soprattutto, per l'indisponibilità di gran parte dei giuspenalisti italiani di abbandonare i principi e gli istituti del diritto penale classico, tanto che sono pochi quelli che propendono per seguire le derive soggettiviste del diritto penale tedesco.

Il nuovo codice è figlio del nuovo indirizzo tecnico-giuridico che ha, in Arturo Rocco, suo principale estensore, il principale esponente, e di quello sincretistico. Entrambi nascono per l'esigenza di superare il dibattito tra le scuole classica e positiva, che da diversi decenni stava assorbendo buona parte del dibattito penalistico senza trovare soluzione.

Mentre la cosiddetta *Terza scuola* offre una soluzione che tende alla sintesi dei paradigmi delle due scuole, con esiti tuttavia non soddisfacenti, il tecnicismo giuridico propugna il superamento totale delle due scuole, per basare la scienza penale esclusivamente sull'interpretazione del dato normativo, con un approccio puramente dogmatico e "agnostico". La scuola tecnico-giuridica si prefigge l'obiettivo di abbandonare le questioni filosofiche su cui si erano contrapposti classicisti e positivisti, ritenute superflue e fuorvianti. Altrettanto cerca di fare rispetto alle questioni non prettamente giuridiche ma sociologiche, psicologiche o criminologiche, sulle quali si

---

<sup>3</sup> Corre l'obbligo di ricordare che, tuttavia, anche il codice Zanardelli prevedeva al titolo I i delitti contro la sicurezza dello stato.

erano appuntati gli sforzi dei positivisti. Influenzata dalla dottrina pura del diritto, essa cerca di riportare lo studio del diritto penale sul piano esclusivo della dogmatica giuridica.

Ma se questo è l'intento, all'atto pratico Arturo Rocco e i suoi epigoni si rivelano tutt'altro che impermeabili ai temi su cui si erano fronteggiate le due scuole, optando per soluzioni normative nelle quali riecheggiano le tendenze dell'una e dell'altra.<sup>4</sup> Certamente a prevalere è l'indirizzo classico, tanto che nella parte generale del codice troviamo confermati i principi del diritto penale liberale, mentre gli istituti ivi trattati non risentono troppo delle tendenze soggettiviste di impronta positivista, che pur affiorano, in ambito sanzionatorio, con il cosiddetto "doppio binario".<sup>5</sup> Ma si può tranquillamente affermare che il codice del 1930 non venga minimamente lambito dall'indirizzo che Bettiol definisce *irrazionalismo penale*, che tanta fortuna avrà nella Germania nazista, soprattutto per merito di grandi giuristi come Mezger e Dahm, afferenti a quella che verrà chiamata scuola di Kiel.

Pur non volendo prendere posizione rispetto alle scuole, il codice opta per soluzioni che sono proprie dell'indirizzo classico, che fonda la risposta sanzionatoria sulla pena, concepita come sanzione repressiva e proporzionata alla gravità del fatto, temperandole con istituti tipici di una concezione puramente prevenzionale della sanzione penale, come le misure di sicurezza, non previste dal codice del 1889. *Al riguardo l'attuale codice ha seguito una via di mezzo, che è stata criticata dai positivisti, i quali non si danno pace fino a tanto che non vedono cancellate da una legislazione la <capacità di intendere e di volere> come sinonimo di libertà morale e la <pena> nella sua*

---

<sup>4</sup> Ciò dimostra quanto sia velleitario espungere dal diritto penale temi etici fondanti, che orientano gli stessi istituti classici di tale disciplina e che quindi sono tutt'altro che inutili superfetazioni. Il diritto penale è immerso nell'etica, è impensabile che uno studioso di questa scienza possa fare a meno di prendere posizione sulle questioni di fondo che giustificano la pretesa punitiva dello stato.

Lo Stesso Bettiol ritiene che l'opposizione tra scuola classica e scuola positiva rimanga anche qualora si tenti di eliminare, nello studio del diritto penale, ogni premessa filosofica: *"l'opposizione rimane decisa e insuperabile proprio perché le esigenze della vita sociale per essere bene intese abbisognano di una interpretazione filosofica per cui una <politica criminale delle cose> finisce (come è finita) nell'indistinto a tutto vantaggio del positivismo criminologico che è pur sempre figlio di una filosofia della vita. Senza filosofia il diritto penale rimane un grande mistero.* BETTIOL G., op. cit., p. 45.

<sup>5</sup> *"Per quanto riguarda gli istituti tradizionali del diritto penale basato sulle idee centrali della colpa e della pena, ben si può dire che non c'è stata una netta soluzione di continuità nelle linee fondamentali tra la vecchia e la nuova legislazione. In questo caso può dirsi che il codice penale ha – almeno nella sua parte generale ove si tratta della legge penale, del reato e delle pene – un'anima ispiratrice democratico-liberale, mentre il momento autoritario si manifesta nella parte speciale già <epurata> nelle sue più drastiche disposizioni.*

*tradizionale concezione etico-retributiva.*”In ogni caso – precisa Bettiol – l’introduzione del doppio binario di punibilità, ancorché necessario per fronteggiare la pericolosità sociale di soggetti che, pur non imputabili, delinquono, non deve essere considerato un omaggio incondizionato alla scuola positiva, la quale – giova ricordare – postulava il superamento della pena in favore di una sanzione criminale eminentemente preventiva, con l’unico presupposto della pericolosità sociale. *“Si può dire che la legislazione attuale accetta solo formalmente alcuni postulati della scuola positiva, mentre nella sostanza dà loro un significato diverso: vedremo come le misure di sicurezza siano da immettersi anch’esse nel mondo dei <valori>, in quanto passibili di una qualificazione etica a loro per lungo tempo negata”*, scriverà nel 1943 nel suo *Diritto penale*.

E’ in questa temperie culturale che un giovanissimo Giuseppe Bettiol esordisce nel panorama della dottrina penalistica italiana, confrontandosi con importanti problematiche legate ad alcuni classici istituti del diritto penale. In materia di concorso di persone nel reato pubblica, tra il 1931 e il 1932, quattro contributi che affrontano il tema della partecipazione delittuosa, dolosa e colposa, del tentativo di partecipazione delittuosa.<sup>6</sup>

Tali scritti rivelano l’approccio tecnico-giuridico del “Primo Bettiol”, dovuto all’influenza su di lui esercitata dal proprio maestro, Giacomo Delitala, da cui ha ereditato una formazione giuridica di forte impronta classica, con approfonditi studi della dogmatica tedesca. Questi ultimi favoriti, fra l’altro, dagli insegnamenti ricevuti all’università di Monaco di Baviera dal grande giurista germanico Ernst Von Beling, di cui è stato allievo.<sup>7</sup>

In questi, come in quelli che seguono nel corso degli anni trenta, anch’essi incentrati su temi dogmatici, emerge l’interesse alla trattazione di tematiche non squisitamente

---

<sup>6</sup>BETTIOL G., *“Sulla natura accessoria della partecipazione delittuosa nel Codice vigente e nel progetto Rocco*, in *Scritti Giuridici*, tomo I, Padova, 1966, pp. 1-14; *“Sul concorso di persone nei delitti colposi*, ibidem, pp. 15-28; *“I lineamenti dell’istituto del concorso di più persone nel reato, secondo il nuovo codice penale italiano”*, ibidem, pp. 29-41; *“Sul tentativo di partecipazione delittuosa”*, ibidem, pp. 84-90.

<sup>7</sup>Come dimostra la sua poderosa bibliografia, la conoscenza della dottrina penalistica tedesca da parte di Bettiol è assai elevata, ed è favorita dalla conoscenza della lingua, che gli permette lo studio diretto delle fonti.

dogmatiche, legate all'interpretazione della norma positiva.<sup>8</sup> Tematiche come quelle del bene giuridico, dell'antigiuridicità, della colpevolezza, che poi tratterà direttamente in specifici contributi monografici e nel Trattato.

Il disinteresse per quei grandi temi giusfilosofici su cui graverebbe la produzione scientifica della maturità di Bettiol è, quindi, solo apparente. Certo che si fa sentire l'impostazione dogmatica classica per via dei recentissimi insegnamenti ricevuti, ma il giovane Bettiol, pur adottando un approccio-tecnico giuridico, mostra di saper guardare agli istituti tradizionali del diritto penale in chiave problematica, rivelando sensibilità tipiche del grande studioso, e non certo quelle del tecnico "burocrate".

## 1.2 I primi scritti tra tecnicismo e oggettivismo

### 1.2.1 Il concorso di persone nel reato.

Quello del concorso di persone nel reato è il primo argomento su cui il giovane Bettiol dedica le sue ricerche a carattere dogmatico. L'occasione gli è data dall'entrata in vigore del nuovo codice, che riforma la disciplina del concorso introducendo, all'art. 110, il principio della *pari responsabilità*, in luogo di quello della responsabilità differenziata, fatto proprio dal codice del 1889<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Cfr. RONCO M., "L'attualità di Giuseppe Bettiol nel 100° anniversario della nascita e nel 25° anniversario della morte", in *Criminalia*, 2007, p. 149.

<sup>9</sup> Come noto, due sono i modelli fondamentali a cui la dottrina è ricorsa per risolvere il problema di come valutare il grado di responsabilità dei concorrenti nel reato, in base alle svariate modalità con cui, nella realtà, ciascuno di essi può apportare il proprio contributo alla realizzazione dell'evento.

Ad essi si sono ispirate le legislazioni del presente e del passato, per stabilire il criterio con cui graduare la pena in base al ruolo rivestito dal correo nell'esecuzione del fatto tipico.

Il modello della responsabilità differenziata, che prevede la definizione normativa del ruolo avuto dal concorrente tipizzandone la figura, è quello che risponde meglio sia all'esigenza legalistica di predeterminare, tassativamente, le figure astratte di concorrenti, riducendo conseguentemente il potere discrezionale del giudice nella valutazione del grado di responsabilità, sia quello di individualizzare il trattamento punitivo in ossequio al principio di proporzionalità della pena, insito nell'essenza retributiva della stessa.

Tradizionalmente, tale modello è ritenuto più conforme ai principi del classicismo penale, perché garantirebbe, almeno in astratto, il rispetto delle garanzie legalistico-formali, con cui l'istituto del concorso di persone ha, fin dalle origini, dovuto confrontarsi, in relazione al fondamento della punibilità delle singole condotte concorrenziali, formalmente atipiche. Al prioritario problema teorico inerente il fondamento della punibilità di condotte che, essendo partecipi alla realizzazione dell'evento tipico, non erano da sole in grado di realizzarlo e quindi di integrare la fattispecie monosoggettiva, si aggiungeva quello, consequenziale, di graduare o meno le diverse forme di partecipazione secondo uno schema legale astratto e formale.

Per capire il valore e il significato di tali scritti occorre porre mente al periodo storico in cui questi vedono la luce. Siamo agli inizi degli anni '30, decennio in cui le tendenze soggettivistiche nel panorama dottrinario europeo sono piuttosto forti, anche se, a parte il caso tedesco, non riusciranno poi ad imporsi e a prevalere.

---

La dottrina classica, sensibile al tema della legalità e delle garanzie, ha preferito il modello di differenziazione tipica delle diverse condotte concorrenziali, stabilendo per ciascuna di esse un dato regime sanzionatorio. Al giudice viene richiesto di compiere un giudizio di sussunzione della singola condotta concorrente, per come si è concretamente realizzata, nella fattispecie astratta delineata dalla norma secondo uno schema per classi tipologiche di concorso. Successivamente, il giudice potrà graduare la pena entro i limiti edittali riferiti alla "classe" di concorso, secondo i criteri dosimetrici legalmente prefissati al fine di commisurare la pena al reato.

La classificazione tradizionalmente operata si basa su tre figure: l'autore, che è colui che materialmente compie l'azione, integrando la fattispecie incriminatrice monosoggettiva; il coautore, ovvero colui che insieme all'autore compie l'azione tipica; il partecipe, cioè colui che materialmente non compiendo l'intera azione tipica, non potrebbe essere incriminato ai sensi della sola fattispecie incriminatrice monosoggettiva. Si suole distinguere, tradizionalmente, la partecipazione fisica, data dall'apporto materiale che il compartecipe dà all'autore durante la preparazione o l'esecuzione del reato, da quella psichica, che si ha nell'ipotesi di istigazione o determinazione a compiere la condotta tipica, o di rafforzamento psicologico del proposito criminoso.

La figura più problematica è sempre stata quella del compartecipe, dal momento che la condotta da questi tenuta, di per se, può non essere illecita, ma lo diventa grazie alla disciplina del concorso, che permette di estendere l'incriminazione dall'autore della condotta a colui che gli ha prestato sostegno agevolandone l'esecuzione. In particolare può presentarsi l'ipotesi in cui l'azione del compartecipe corrisponda ad una frazione della condotta tipica, qualora questa sia naturalisticamente frazionabile e a quest'ultimo sia affidata, nell'ambito del *pactum sceleris*, una data incombenza nella fase preparatoria o esecutoria della condotta tipica. Ma può aversi pure il caso in cui l'azione del complice non corrisponda neppure ad una frazione della condotta tipica, perché quest'ultima non è frazionabile e l'apporto del correo non è materialmente partecipe di essa.

Il modello alternativo della pari responsabilità, invece, è ispirato da ragioni sia tecnico-formali, che di politica criminale. Le prime dipendono dalla difficoltà di enucleare astrattamente una miriade di situazioni concrete difficili da predeterminare legalmente, col rischio di non riuscire a coprire la vasta gamma di tipologie di concorso e, quindi, vanificare la stessa tassatività. Inoltre, si sostiene in dottrina che all'interno del fenomeno associativo le singole condotte, seppur distinguibili, non vadano considerate come monadi ma come parte di un unico disegno che mira al compimento del fatto di reato come risultato ultimo e unico, su cui esse convergono. Le seconde sono ispirate da un'evidente logica generalpreventiva: minacciando, in astratto, la stessa punibilità di tutti i concorrenti, prescindendo dal loro effettivo apporto alla produzione dell'evento tipico, si tende a disincentivare le condotte agevolatrici più marginali ma che, spesso, sono determinanti perché rafforzano l'intento criminoso o rendono più facile l'esecuzione del fatto criminoso.

Il codice del 1889, ispirandosi al classicismo penale, adotta il primo modello, distinguendo le figure di correi in due classi: quella dei compartecipi primari (autore, coautore, determinatore), dei compartecipi secondari. Il regime sanzionatorio previsto per i primi è quello stabilito dalla norma di parte speciale, senza distinzioni; per i secondi è prevista una riduzione di pena, tranne il caso in cui la partecipazione dei correi secondari sia risultato essenziale al compimento del reato, così da assumere, in concreto, una valenza non secondaria.

Il codice del 1930, ispirato da logiche maggiormente repressive, opta per il secondo modello, anche se, a ben vedere, la previsione di una serie di circostanze attenuanti (art. 114) e aggravanti (art. 112) appare correttiva del principio della pari responsabilità, facoltizzando o obbligando il giudice ad apportare diminuzioni o aumenti di pena nei casi ivi previsti. Rimane comunque ferma la possibilità – per il giudice – di graduare il trattamento sanzionatorio rispetto al tipo di concorso attraverso il potere discrezionale di determinazione della pena ai sensi dell'art. 133 c.p.

Giuseppe Bettiol mostra in questi suoi scritti la preoccupazione per una involuzione in senso soggettivista della disciplina del concorso di persone nel reato, per cui l'azione del compartecipe sarebbe punibile a prescindere dalla sua antiggiuridicità e dalla sua offensività.

Occorre anzitutto considerare che agli inizi del secolo era ancora dominante, soprattutto in Germania, la teoria cosiddetta della accessorieta, che si era formata nel solco della tradizione classico-legalitaria. Essa distingue le condotte principali da quelle accessorie: mentre le prime sono tipiche perché integrano la fattispecie incriminatrice di parte speciale, le seconde sono atipiche e necessitano, per essere incriminate, di una norma apposita che ne preveda la punibilità, ovvero la norma sul concorso.

Bettiol prende spunto da tale teoria, per disquisire sulla natura accessoria della partecipazione del correo, distinguendo tra una interpretazione soggettivista ed una oggettivista. In base alla prima, la punibilità deriverebbe dalla mera adesione al *pactum sceleris*, e/o dalla volontà del compartecipe di partecipare alla commissione del fatto, prescindendo dal suo effettivo apporto in termini causali. In entrambi i casi ciò che conta è la pericolosità sociale dell'agente che presta il proprio contributo, e quella scaturente dall'accordo associativo, di per se indice di maggiore allarme sociale.

La norma sul concorso si spiega allora in termini essenzialmente preventivi: la sua funzione politico-criminale è quella di punire soggetti che, per il sol fatto di aver aderito al disegno criminoso offrendo un proprio contributo, si siano mostrati socialmente pericolosi, pertanto meritevoli di pena. Non è richiesto che tale contributo sia stato causalmente idoneo a cagionare l'evento o ad agevolarlo, né tanto meno che la condotta del partecipe sia antiggiuridica e lesiva del bene protetto dalla norma di parte speciale.

Secondo la concezione "volontaristica" del diritto penale di matrice nazista, non sarebbe neppure necessario il compimento della condotta agevolatrice, dunque la tipicità e la materialità dell'azione del partecipe, bastando la sua volontà a concorrere nel reato.

Secondo la concezione oggettivistica, dal giovane Bettiol strenuamente difesa, occorre che la condotta agevolatrice sia effettivamente avviata o intrapresa dopo che si è perfezionata la condotta principale, cui essa accede.

Tale condizione, insita nella stessa teoria agevolatrice, che estende la tipicità della fattispecie monosoggettiva integrata dall'autore del reato alla condotta atipica del partecipe, non deve interpretarsi, per Bettiol, come mera condizione di punibilità,

poiché la condotta partecipativa, per essere punita, deve essere antigiuridica e offensiva. Se mancante della carica offensiva necessaria quanto meno ad agevolare la messa in pericolo del bene tutelato dalla norma di parte speciale, quest'ultima, rispetto alla condotta partecipativa, non può dirsi integrata. Antigiuridica e offensiva deve essere anche la condotta principale, poiché da questa dipende quella agevolatrice.<sup>10</sup>

Inoltre rimane fondamentale, per il Nostro, che vi sia un rapporto di causalità materiale tra la condotta agevolatrice del partecipe e l'evento, per cui occorre dimostrare che essa abbia effettivamente concorso alla produzione di quest'ultimo. Manca di tipicità, quindi, l'azione del correo che non sia stata causalmente idonea a contribuire alla causazione dell'evento.<sup>11</sup>

Confrontando la precedente disciplina del concorso con quella del nuovo codice Bettiol rileva come la prima fosse orientata in senso oggettivistico e causalistico, richiedendo che le azioni del partecipe, per essere punite, dovessero essere eseguite non prima che fosse iniziata l'azione principale dell'autore; *“soltanto allora, in quanto vengono a trovarsi in una relazione causale con la lesione di un interesse protetto, esse acquistano il carattere antigiuridico, necessario all'irrogazione della pena”*<sup>12</sup>.

Il nuovo codice pare invece allontanarsi da tale rigore oggettivistico, adottando, secondo quanto dichiarato nella relazione al codice, la teoria *dell'equivalenza causale*, in forza della quale tutte le condizioni che concorrono a produrre l'evento sono cause di esso.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup>“La natura accessoria del concorso trova dunque, per Bettiol, la propria ratio nella necessità di far derivare il riscontro del fattore dell'antigiuridicità – e quindi la comminazione di un provvedimento sanzionatorio sempre e soltanto dall'esecuzione di un fatto delittuoso, a sua volta strutturalmente configurabile come un atto lesivo di un dato interesse giuridico.” VERNACOTOLA A., *ibidem*, pp. 61, 62.

<sup>11</sup>“L'istituto del concorso trova il suo antecedente logico nel rapporto di causalità, cioè nella soluzione che il legislatore ha dato al problema del nesso causale tra l'azione umana e l'evento illecito. Invero per poter essere chiamato a rispondere di un fatto antigiuridico bisogna averlo causato colpevolmente con la propria azione od omissione.” “I lineamenti dell'istituto del concorso di più persone nel reato, secondo il nuovo codice penale italiano”, in *Scritti giuridici*, tomo I, Padova, 1966, p. 31.

<sup>12</sup> BETTIOL G., “Sulla natura accessoria della partecipazione delittuosa nel Codice vigente e nel progetto Rocco”, in *Scritti Giuridici*, tomo I, Padova, 1966, p. 3.

<sup>13</sup>Tale teoria si fonda sul presupposto dell'unicità e indivisibilità dell'evento tipico, a cui ogni correo concorre nella produzione senza possibilità di distinguere il tipo di apporto, per cui a ognuno viene addebitato integralmente, con il medesimo trattamento sanzionatorio. Sono quindi considerati autori tutti i concorrenti che hanno cooperato nella produzione dell'evento, il cui contributo, alla stregua della teoria condizionalistica, è da ritenersi causale. In dottrina si ritiene che essa sia conforme ai sistemi penali non fondati sul principio di legalità, che richiedono, ai fini della punibilità della condotta concorsuale, una espressa previsione normativa, quale quella sul concorso, che la teoria in parola non richiede, poiché fonda la punibilità sul solo dato oggettivo dell'attribuzione causale. Va tuttavia precisato che al di là dell'adesione alla teoria dell'equivalenza causale, il codice del 1930 soddisfa il principio di tassatività



Tale opzione rivela la tendenza generalpreventiva del legislatore del 1930, come dimostra anche l'adesione al modello della pari responsabilità di tutti i concorrenti, sancito dall'art. 110 c.p. Bettiol ritiene necessaria un'interpretazione di tale norma in chiave oggettivistica, senza rinunciare all'accertamento in concreto del nesso causale di ciascuna azione, da dover distinguere al fine di individualizzare la pena per ogni compartecipe.

A conforto di ciò vanno considerate le stesse nuove norme in materia concorsuale, dal momento che la previsione di circostanze attenuanti e aggravanti che facoltizzano o obbligano il giudice ad apportare una riduzione o un aumento di pena nei confronti di talune figure di compartecipe (artt. 112, 114 c.p.), sono indicative della volontà del legislatore del '30 di smorzare il principio dell'equivalenza causale a favore di un giudizio sull'apporto causale di talune condotte da svolgere in concreto.

In questo modo è consentita l'individualizzazione della pena nell'ambito del concorso di persone in ossequio alla fondamentale istanza retributiva, secondo la quale il trattamento sanzionatorio deve essere parametrato, rispetto a ciascun concorrente, in base al suo concreto apporto causale e all'intensità del dolo o della colpa.

Alla luce di tale disciplina, il Patavino conclude che nonostante la lettera dell'art. 110 c.p., sia possibile, per via interpretativa, mediante una lettura combinata di tale norma con quelle di cui agli artt. 111, 112, 113, 114, 115, sostenere che anche il nuovo codice distingue la figura dell'autore da quella del partecipe, la cui punibilità rimane subordinata a quella dell'autore primario.

### 1.2.2 L'efficacia della consuetudine nel diritto penale

Altro tema affrontato da Bettiol nei suoi primi lavori è quello dell'efficacia della consuetudine nel diritto penale, che è stato oggetto della sua prima monografia.<sup>14</sup>

Anche qui, per comprendere l'interesse di Bettiol per una tematica che, oggi, non si può dire suscitò fervente interesse in dottrina, occorre avere riguardo al particolare momento storico in cui la monografia viene pubblicata. Dopo oltre un secolo in cui dominava incontrastato il principio di legalità della legge penale, che si impone a partire dal XVIII secolo grazie all'illuminismo, nel corso del XIX secolo, in particolare nella

---

mediante la previsione della norma sul concorso, l'art. 110, la cui funzione è quella di incriminare, per l'appunto, condotte altrimenti atipiche rispetto alle fattispecie monosoggettive.

<sup>14</sup> "L'efficacia della consuetudine nel diritto penale", Milano, 1931, in Scritti giuridici, tomo I, pp. 47-83.

prima metà, si forma in Germania una corrente dottrinale che, in opposizione al razionalismo antistorico della dottrina classica di ispirazione illuministico-liberale, propone una alternativa teoria sul fondamento della giuridicità, che prende il nome di *scuola storica del diritto*.

Essa mira a superare il principio di statualità del diritto, sia privato che pubblico, proponendone una concezione non più incentrata sul diritto naturale da un lato, e sulla legislazione statale (ad esso improntata) dall'altro, ma sulla storia di un dato popolo e sulla sua tradizione giuridica.<sup>15</sup> Il diritto così concepito deve essere espressione della voce del popolo, dicono i sostenitori di questa corrente che, dalla Germania, sprigiona i suoi echi anche in Italia, nel momento storico contrassegnato, in Europa, dal *romanticismo* e dalla *restaurazione*.<sup>16</sup>

La fonte del diritto che meglio può garantire che il diritto promani dalla tradizione non può che essere quella consuetudinaria, che scaturisce dal basso per via di una lenta evoluzione storica.

Non è casuale che sia il codice tedesco a contemplare la consuetudine fra le fonti del diritto penale, già prima che intervenga la nuova legislazione nazista. Ciò lo si deve,

---

<sup>15</sup>Esponente di tale scuola è, come noto, il Savigny. Essa prende le mosse dalla riscoperta dello studio del diritto romano dalle fonti antiche portata avanti dalla cosiddetta scuola *pandettistica*. Si riteneva che il diritto romano potesse essere oggetto di interesse non solo per ragioni storiche o comparatistiche, ma come fonte del diritto privato vigente. Da tale riscoperta, che valorizza il valore storico del diritto, prende avvio una concezione dello stesso sempre più svincolata dal razionalismo settecentesco e legata all'evoluzione storica di una nazione. Si riteneva che il diritto romano appartenesse alla tradizione giuridica europea e quindi anche germanica, e per questo potesse trovare una rinnovata applicazione anche a distanza di molti secoli da quando si è formato. Benché tale ricostruzione sia in parte fallace, posto che il diritto germanico affonda le sue radici anche, se non soprattutto, nella meno elaborata produzione giuridica proveniente dalla storia dei popoli barbarici nordeuropei dell'età di mezzo, mostra come l'intento di questi studiosi sia quello di svincolare il più possibile il diritto da una concezione razionale e antistorica, ritenuta artificiosa e non espressiva delle tradizioni popolari. Si riteneva, a tal proposito, che il diritto dovesse essere espressione della voce del popolo, e che non dovesse, pertanto, essere "costruito" a tavolino ad opera di un'élite, ma dovesse trovare le sue origini nella tradizione giuridica di una data nazione. In questo modo si superava l'individualismo razionalistico del liberalismo settecentesco, ritenuto eccessivamente solipsistico, in favore di una visione dell'individuo non più come monade a se stante, ma come membro di un popolo e di una nazione, i cui interessi dovevano prevalere. Di qui un diritto, anche penale, che non sia pensato in funzione degli interessi individuali secondo una logica utilitarista, ma in ragione del preminente obiettivo di garantire la conservazione della nazione e la sua prosperità.

Negli anni in cui Bettiol ha mosso i primi passi di ricercatore, un altro grande studioso, a cui Bettiol deve molto per la propria formazione giusfilosofica, l'Olgiate, scriveva pagine importanti.

<sup>16</sup> In una tale temperie storica, non meraviglia che, sul piano politico, le istanze liberali di difesa dell'individuo e dei suoi diritti perdano di forza a vantaggio di un ritorno al passato e alla tradizione. Ciò si riverbera sul diritto, che di tale tradizione deve essere espressivo. La fonte consuetudinaria non può che essere riscoperta e valorizzata al fine di collegare le norme giuridiche al retroterra culturale e alla storia di un dato popolo.

come osserva lo stesso Bettiol, all'influenza esercitata dalla scuola storica sui compilatori del codice, che pure non avevano del tutto rinunciato al principio di legalità, ma rispetto ad altre legislazioni, come quella italiana, riservavano alla norma consuetudinaria un ruolo per nulla marginale.<sup>17</sup>

Ma a valorizzare la fonte non scritta è anche una più recente corrente dottrinale, anch'essa di origine tedesca, che proprio negli anni trenta avrà grande fortuna perché legata al regime nazista: l'irrazionalismo penale, o *diritto penale della volontà*.

Se compito del diritto penale non è più quello di proteggere i diritti individuali ma la nazione e le sue istituzioni; se il reato non è più, necessariamente, un fatto antiggiuridico e colpevole, potendosi integrare anche con la semplice manifestazione della volontà di non ottemperare al precetto; se il principio di legalità e di certezza del diritto divengono un ostacolo alla punibilità di soggetti pericolosi perché ostili al regime, non è più necessario che le norme incriminatrici siano norme legali e irretroattive. Anche le fonti consuetudinarie potranno, in ambito penale, integrare quelle scritte, così da renderle il più possibile conformi al *sentimento popolare*. Quest'ultimo, peraltro, diviene criterio di interpretazione della norma positiva, per mezzo del quale se ne rende possibile un'applicazione estensiva e analogica.<sup>18</sup>

Tutto questo accadrà nel corso degli anni trenta in Germania, grazie anche alle basi dottrinali poste dalla scuola storica, che aveva favorito un graduale allontanamento dai postulati garantistici di origine illuministica.

In tale contesto, lo scopo che Bettiol si pone è quello di verificare quale sia l'efficacia della consuetudine nel diritto penale. Con l'occasione il nostro approfondirà, come in seguito vedremo, anche il tema dell'interpretazione analogica della norma scriminante, sia con la dottrina tedesca, che già conosce molto bene, sia con la più importante dottrina italiana del momento (Manzini e Antolisei per citare i principali).

---

<sup>17</sup>Osserva Bettiol che "nell'ordinamento giuridico tedesco si riconosce alla consuetudine un valore eguale a quello della legge scritta, e si ammette la possibilità che sorgano norme consuetudinarie disciplinanti rapporti di diritto privato o di diritto pubblico, o modificanti la struttura di rapporti giuridici già regolati dal *jus scriptum*." BETTIOL G., *ibidem*, p. 64.

<sup>18</sup>Il nuovo codice penale tedesco voluto dal regime nazista prevedeva, come noto, un ribaltamento dei principi illuministici posti a garanzia dell'individuo, al fine di meglio adempiere alla sua funzione, che diviene quella di proteggere la nazione e le istituzioni del reich dai nemici del popolo germanico. Cade il principio di legalità con i suoi fondamentali corollari, come il divieto di applicazione analogica e di retroattività della legge penale di sfavore. Le orme positive sono soggette all'interpretazione giudiziale secondo il canone del *sentimento popolare*, per come interpretato dal Führer.

La sua ricerca prende le mosse dalla nozione di consuetudine, per poi approfondire in quale delle sue tradizionali funzioni può trovare applicazione in ambito penalistico: interpretativa (*secundum legem*), integrativa (*praeter legem*), abrogativa (*contra legem*). Egli è convinto che la consuetudine non possa fare a meno di entrambi gli elementi su cui si struttura: quello oggettivo, consistente nel comportamento ripetuto nel tempo da una pluralità di consociati; quello soggettivo, rappresentato dalla convinzione di adempiere, con l'uso, ad un dovere o ad un obbligo giuridico. Prendendo spunto dal diritto canonico e dalla scuola storica del diritto<sup>19</sup>, che formulano una nozione mancante dell'uno o dell'altro elemento, Bettiol, sostiene che se privata di quello soggettivo, la consuetudine perde il carattere della giuridicità, dal momento che è la convinzione di stare rispettando un precetto che rende l'uso fonte del diritto. Se privata invece di quest'ultimo, essa viene a mancare del carattere di certezza, indispensabile per una fonte giuridica.

Secondo Bettiol la nozione fatta propria dalla scuola storica espunge l'elemento del comportamento ripetuto nel tempo per appuntare la fonte consuetudinaria nella sola convinzione di rispettare un precetto e nello *spirito popolare*.<sup>20</sup> A tal proposito tiene a precisare che *“l'elemento soggettivo non preesiste ab aeterno, ma si deve considerare come la proiezione spirituale dell'animo dei consociati di una norma di condotta osservata da lungo tempo, la quale s'impone come imperativo giuridico”*.<sup>21</sup>

Precisato questo Bettiol esclude che nel nostro ordinamento la consuetudine possa costituire fonte oggettiva di diritto penale: è da escludere invece che una norma incriminatrice possa essere applicata dal giudice in virtù di una norma consuetudinaria.

Nell'argomentare tale sua posizione, in perfetta linea con la tradizione classica, Bettiol confronta il nostro codice con quello tedesco ancora vigente, il quale, a differenza del nostro, prevede la consuetudine come fonte. Il nostro, all'art. 1, invece la esclude, in

---

<sup>19</sup>“Di particolare interesse può risultare il ricordare come la dottrina tedesca, a cavaliere tra i secoli XIX e XX, abbia rilevato, nell'impostazione della Scuola storica del diritto, un ricorrente vizio d'impostazione dato dal fraintendimento della fonte della giuridicità della consuetudine con l'elemento politico-culturale che ne individua la genesi; è così invalsa la tendenza a considerare con più attenzione il rapporto che s'instaura, nel determinarsi di una consuetudine, tra le specificità ideologiche e culturali di una particolare comunità ed il fattore dell'insistenza e della capacità modellante che pure esercita su di essa un dato complesso di norme.” VERNACOTOLLO A., *ibidem*, n. 166, p. 72.

<sup>20</sup>*Ibidem*, p. 48.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

ossequio al principio di legalità che, per il Patavino, ha un significato etico, oltre che politico.

Un diritto penale orientato ai valori, quindi alla punizione di condotte materiali e colpevoli, lesive di interessi e beni giuridici, sanzionate con una pena che mira a retribuire il reo per la propria colpa, non può rinunciare alla legalità e alla certezza del diritto positivo. Come si può punire per la propria colpa colui che, al momento del fatto, non era in grado di sapere se una data condotta è considerata illecita? La consuetudine non dà certezza e stabilità, non solo perché fonte non scritta, ma anche perché può essere utilizzata a discrezione del giudice come fonte estensiva di una norma incriminatrice codificata. In questo modo si attribuirebbe al magistrato il potere di incriminare condotte non previste dalla legislazione vigente, con evidente violazione del principio di uguaglianza.

Pur non essendo politicamente un liberale, e non mancando di criticare per tutta la sua lunga carriera di studioso il liberalismo giuridico per le sue aporie, Bettiol si mostra chiaramente ancorato ai principi del *nullum crimen e nulla poena sine lege*, anche in un periodo storico in cui essi non godevano più di così tanta generalizzata condivisione. Anche in pieno fascismo Bettiol non ha risparmiato critiche severissime al superamento del principio di legalità operato dal legislatore nazista nel nuovo codice, sollevando il timore che pure l'Italia fascista potesse adottare un tale modello di legislazione.

Assunta una posizione di netto rifiuto della consuetudine come fonte creatrice di norme penali incriminatrici, Bettiol passa ad analizzare la possibilità di contemplarla fra le fonti integratrici di norme scritte, per ovviare alle possibili lacune dell'ordinamento.

Una nozione più lasca del principio di legalità potrebbe consentire che la fonte consuetudinaria si atteggi a norma integratrice, ma il Nostro lo esclude. Lo esclude sia per la ragione di salvaguardare la certezza del diritto e il principio dell'uguaglianza di fronte alla legge, sia per un motivo più strettamente dogmatico: rifiuta l'idea stessa della lacuna normativa in una materia nella quale è riservato al legislatore il compito di scegliere quali condotte incriminare; se un dato fatto non è previsto dalla legge come reato significa che il legislatore ha scelto di non sanzionarlo penalmente, non può il giudice sostituirsi ad esso e colmare la presunta lacuna.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup>Sostiene Bettiol che la prova normativa della "completezza" dell'ordinamento penale sia data dall'art. 1 del codice, che assolve alla funzione di norma di chiusura. *Ibidem*, p. 56.

Prendendo spunto dalle tesi avanzate da Rittler sul diritto penale non codificato, consistente nell'insieme di principi elaborati dagli interpreti applicando le norme scritte (diritto penale non codificato impropriamente detto) e in quelli non ricavati direttamente dalle norme ma frutto pursempre di attività ermeneutica (diritto penale non codificato propriamente detto), Bettiol contesta che si possa parlare realmente di diritto non scritto frutto della sola elaborazione giurisprudenziale e dottrinale. Quello che Rittler chiama diritto non codificato è il risultato dell'attività ermeneutica compiuta dall'interprete partendo comunque da un dato normativo. Anche quando ci si riferisce a principi, nozioni, figure giuridiche non contemplate espressamente dal codice e dunque non ricavabili dall'interpretazione diretta di specifiche norme ivi contenute, in realtà si fa riferimento ad un'attività interpretativa che fa comunque capo al dato normativo, poiché l'interprete estrarrà tali principi e nozioni dall'interpretazione sistematica dell'ordinamento penale. Tanto più se il codice non si limita ad elencare precetti e sanzioni come quello italiano, ma enuclea una serie di nozioni e figure dogmatiche dai quali l'interprete potrà, per via interpretativa, estrarre dei principi.<sup>23</sup>

Tali considerazioni permettono al Nostro di puntualizzare il ruolo della consuetudine nell'attività interpretativa delle norme penali, in particolare di quelle che necessitano di essere "riempite" di contenuto o perché *norme penali in bianco* o perché la loro formulazione non è esaustiva e necessita dell'integrazione di nozioni extra penali o extra giuridiche. Si pensi al classico esempio della norma che incrimina gli atti contrari alla pubblica decenza o gli atti osceni: non potendo il legislatore fissare una volta per tutte il significato della pubblica decenza e dell'oscenità, dal momento che trattasi di concetti che risentono dell'evoluzione dei costumi sessuali e dell'ambiente sociale e culturale ove il fatto si verifica, non può che spettare all'interprete, in particolare al giudice, la loro definizione.

---

<sup>23</sup>Bettiol rileva che le tesi del Rittler possano avere maggiore fondamento in un sistema come quello tedesco, il cui codice, a differenza di quello italiano, non definisce gli elementi del reato, rimettendone la formulazione alla dottrina e alla giurisprudenza: "*La questione discussa trova la sua origine nel fatto che il codice tedesco non definisce gli elementi essenziali del reato, ma rimette la loro formulazione alla dottrina e alla giurisprudenza. Il nostro codice è, invece, ricco di definizioni, ma il problema interessa anche i giuristi italiani, perché ci sarà sempre da discutere sul dolo eventuale, colpa cosciente, rapporto causale, e via di seguito. Ora, non si deve credere che le soluzioni date dalla dottrina e applicate dalla giurisprudenza a certe questioni concernenti gli elementi essenziali del reato, possano divenire norme consuetudinarie, perché non colmano le ipotetiche lacune della legislazione, ma unicamente interpretano un elemento del reato espressamente enunciato dal legislatore.*" Ibidem, p. 60.

Ebbene Bettiol ritiene che la legge possa individuare nella consuetudine un criterio interpretativo per il giudice, in particolare quando si tratta di attingere dai costumi sociali e dall'ambiente culturale per specificare il significato del precetto, altrimenti applicabile secondo il mero arbitrio del magistrato. Dovendo scongiurare tale ultima ipotesi, è necessario che la norma legale sia interpretata alla stregua di consuetudini sociali che Bettiol chiama *norme culturali* o *di civiltà*, le quali assumono la funzione di norme consuetudinarie interpretative.

Le consuetudini sociali, assunte a norme culturali, svolgono anche una funzione orientativa della politica criminale, poiché suggeriscono al legislatore i fatti meritevoli di incriminazione secondo il comune sentire della società. L'ambiente culturale nel quale le norme operano è pertanto fattore condizionante la loro stessa previsione, oltre che la loro interpretazione.<sup>24</sup>

Il fatto che Bettiol assegni alla consuetudine una tale funzione è indicativo di quanto, anche nei suoi primi scritti, affiori la tendenza a non tenere separato il diritto penale dall'etica; anche se qui sarebbe più corretto parlare di etica pubblica, non ancorata a principi immutabili, ma legata all'evoluzione culturale di un dato ambiente sociale. Tuttavia pur escludendo che le norme culturali possano creare ex novo una norma penale di sfavore, Bettiol ritiene imprescindibile, per il legislatore come per l'interprete, attingere da esse, dal momento che il diritto penale è materia immersa nei valori, non può prescindere da essi. Il precetto penale non può trarre legittimazione dalla sola fonte legale da cui promana, ma deve rispondere a criteri di giustizia e di protezione dei beni giuridici, ovvero dei valori.

---

<sup>24</sup>“Il problema delle norme di cultura si riallaccia alla considerazione che il legislatore non crea ad nutum le ipotesi delittuose, ma le enuncia in base ad una valutazione delle comuni opinioni morali, politiche ed economiche, le quali richiedono che alcuni comportamenti umani siano da lui vietati e puniti. Questo ambiente culturale, dal quale si sprigiona il contenuto delle norme giuridiche, non esplica efficacia solo nel momento in cui la legge viene promulgata, ma deve essere preso in considerazione in tutti i successivi periodi di tempo nei quali essa vive ed opera. Il contenuto ed il significato della norma subiscono, quindi, una modificazione con il mutamento delle ideologie e dell'opinione sociale. (...). Questo, dunque, è il carattere precipuo delle norme di civiltà, quello di essere delle norme di indirizzo etico-politico tanto per il legislatore quanto per l'interprete; carattere, questo, che non comporta tuttavia, l'assunzione, da parte delle norme di civiltà, di valenze tali da conferire loro una specifica capacità creativa nel campo del diritto penale.” Ibidem, p. 62.

### 1.2.3 Il problema dell'azione

Nel 1940 Bettiol torna a interrogarsi sul rilievo che il concetto di azione aveva assunto nell'ambito della teoria generale del reato. Egli si pone criticamente rispetto a entrambe le concezioni che dominavano la riflessione penalistica dell'epoca in materia di azione: quella naturalistica e quella normativa.

L'autore patavino anzitutto esclude dall'ambito della sua ricerca le concezioni positivistiche, che vedono nell'azione il "*sintomo di uno stato di pericolosità del soggetto agente che postula l'applicazione di una misura di sicurezza*", di talché, procedendo logicamente, "*si potrebbe, ai fini dell'applicazione di una misura di sicurezza, anche prescindere dalla presenza di un'azione qualora si potesse desumere da altri sintomi lo stato di pericolosità di un soggetto*".<sup>25</sup>

Non essendo quindi essenziale, secondo tali orientamenti dogmatici, il concetto di azione ai fini della qualificazione delle ipotesi in si può ricorrere alla sanzione penale, l'Autore ritiene di poter circoscrivere la sua analisi alle teorie che poggiano sui presupposti della scuola classica: non è alla pericolosità dell'agente che occorre guardare, ma alla pericolosità e dannosità dell'azione in sé considerata.

Tuttavia, anche nel solco delle teorie antipositivistiche, vi sono profonde differenze circa il rilievo che l'azione viene ad assumere all'interno della struttura del reato: se da una parte vi è una visione oggettiva del reato, che guarda all'evento lesivo causato dall'azione più che all'azione in sé, dall'altra si è di fronte ad una concezione soggettiva del reato, caratterizzata invece da un'attenzione preminente verso l'azione diretta alla causazione di un evento lesivo. Nell'ambito della concezione soggettiva, che Bettiol qualifica come un "*diritto penale che guarda alla volontà*", contrapposto a un "*diritto penale che guarda al risultato*", il peso che l'azione viene ad assumere è quindi preminente, e ciò nondimeno non può dirsi che la concezione oggettiva, che sposta l'attenzione sull'evento, possa elidere il problema dell'azione, che rimane fondamentale.

Bettiol ritiene che le due dottrine che hanno fornito fino ad ora i criteri metodologici per la determinazione del concetto di azione, quella naturalistica e quella normativa, si siano mostrate insufficienti a fornire una nozione unitaria dell'azione.

---

<sup>25</sup> *Rilievi metodologici sul concetto di azione*, in *Scritti Giuridici*, tomo I, Cedam, 1966, p. 466.



Quanto all'impostazione naturalistica, rileva che tale corrente metodologica postula una scissione del concetto di azione tra un coefficiente fisico, dato dal movimento del corpo umano idoneo a produrre un evento lesivo costituente reato, e l'atto di volontà che lo determina. La componente fisica non è di per sé sufficiente a rendere conto del concetto unitario di azione, necessitando dell'integrazione di un elemento psichico. Tra l'azione e l'evento lesivo occorre che vi sia un nesso di causalità naturalisticamente inteso, vale a dire un nesso per il quale l'assenza dell'azione fa venir meno anche l'evento. Rispetto invece al coefficiente psichico, è necessario distinguere tra *atto di volontà* e *contenuto dell'atto di volontà*. L'atto di volontà è riferito al movimento corporeo nel quale si identifica la componente fisica dell'azione, ed è necessario affinché sussista la *suitas*. Il contenuto dell'atto di volontà è costituito dal dolo o dalla colpa, che non attengono alla volontarietà dell'azione interessando il legame che deve sussistere tra l'azione volontaria e l'evento tipico. Ai fini della ricostruzione del concetto unitario di azione secondo la concezione naturalistica, la volontà viene allora "*limitata al movimento muscolare il quale si deve trovare con la medesima in un rapporto di effetto a causa*"<sup>26</sup>.

L'impostazione naturalistica in tema di azione si lega con un'identica impostazione relativa all'inquadramento della nozione di bene giuridico, la quale escluderebbe in qualunque riferimento al contesto sociale ed assiologico, trattando tale nozione come entità legata all'azione da un mero nesso di causalità naturalistico-materiale.

La critica di Bettiol all'impostazione naturalistica si concentra sull'indifferenza che una tale dottrina sembra avere per i contenuti assiologici del diritto penale, a cominciare proprio dal concetto di bene giuridico, che deve essere inteso, piuttosto, quale strumento metodologico volto a ricavare gli scopi perseguiti dal legislatore nelle singole fattispecie penali. Corollario di tale assunto è che anche l'azione, come il bene giuridico, deve essere intesa in termini di valore, vale a dire come "*contenuto concreto*" che essa "*stessa presenta nella sua individualità storica*", poiché sarebbe contraddittorio "*usare criteri metodologici diversi per la determinazione di nozioni fondamentali del diritto penale*".<sup>27</sup>

Con riguardo invece alla concezione "normativa" dell'azione Bettiol riprende l'opera del Binding, massimo rappresentante di questa dottrina. Secondo tale impostazione

---

<sup>26</sup> Ibidem, p. 470

<sup>27</sup> Ibidem, p. 471

l'azione non è costituita da un coefficiente fisico corredato da un coefficiente psichico, ma è la realizzazione di una volontà giuridicamente rilevante. Per inquadrare questo concetto Binding propone tre elementi a suo dire necessari perché possa parlarsi di azione penalmente rilevante: occorre che vi sia una modificazione della realtà in un aspetto che sia rilevante per le norme penali; una tale modificazione deve legarsi la volontà giuridicamente rilevante di un soggetto il quale deve aver voluto causare quella modificazione; infine vi deve essere un giudizio che collega il fatto alla volontà nel senso descritto: tale giudizio costituisce l'imputazione giuridica, da intendersi come la statuizione della sussistenza di un'azione in senso giuridico.

Secondo Bettiol la dottrina in parola finisce per sostituire allo schematismo naturalistico fondato sul nesso di causalità, un altrettanto sterile schematismo legale fondato sulla considerazione del rapporto tra azione e norma, che non tiene conto della complessità della realtà, ponendo sullo stesso piano il caso fortuito, l'azione dell'incapace e l'azione del soggetto capace giuridicamente irrilevante ai fini penalistici. Come si vede, si tratta di tre ipotesi che non rientrano nei canoni descritti da Binding e quindi, sotto questo profilo, hanno per la concezione normativa dell'azione un eguale valore. Eppure non è difficile accorgersi delle divergenze significative che corrono tra un'ipotesi e l'altra, divergenze che tale impostazione ignora, motivo per cui deve ritenersi poco valida per la descrizione puntuale della realtà sociale.

A sostegno della sua analisi critica Bettiol porta il pensiero di Welzel, secondo il quale la concezione naturalistica dell'azione è insufficiente non permette di interpretare le fattispecie che postulano necessariamente che l'azione debba essere finalizzata verso uno scopo che l'agente si è prefisso. Si tratta di fattispecie che richiedono la presenza del dolo specifico, senza il quale il reato non può essere realizzato, neppure nella forma colposa.

Con specifico riguardo al rapporto tra azione e antigiuridicità, l'autore patavino sostiene che la maggior parte della dottrina dell'epoca nel qualificare una condotta come antigiuridica, presta attenzione soprattutto al concetto di evento più che al concetto di azione, di talché è antigiuridica ogni azione causalmente idonea a produrre l'evento lesivo. Si esclude con ciò qualunque valutazione circa l'atteggiamento psicologico dell'autore, circoscrivendo l'analisi alla sola concatenazione logico-causale tra azione e evento. Secondo Bettiol l'antigiuridicità si compone di elementi soggettivi che portano

l'interprete a valutarla con riguardo all'azione intesa come “*cosciente attività finalistica*”<sup>28</sup>.

Egli osserva come alcuni recenti orientamenti in tema di partecipazione delittuosa abbiano portato chiarimenti in merito al concetto di azione. Si riferisce alla nozione restrittiva di autore, in base alla quale non può qualificarsi come autore il soggetto che abbia comunque cooperato alla produzione dell'evento lesivo, ma solo colui che abbia realizzato l'atto tipico con la *volontà di autore*. Bisogna quindi intendere come autore dell'azione solo colui che realizza l'atto tipico: al requisito della causalità, comunque imprescindibile, si affianca (e diviene preponderante) quello di volontà di autore, la quale si differenzia dalla volontà dei partecipi, intesa come coscienza di affiancare il proprio comportamento a quello dell'autore.

Bettiol sostiene che ad una visione naturalistica o normativa dell'azione debba sostituirsi una valutazione assiologica, fondata sui valori; un'azione che diviene, in questo senso, *finalisticamente orientata*. L'autore non nega considerazione al nesso causale, ritenendolo comunque incorporato nel più generale concetto di azione. Tuttavia l'attenzione preminente dell'interprete deve essere rivolta non al rapporto causale inteso naturalisticamente, e neppure al rapporto tra l'azione e la norma incriminatrice, quanto al fine cosciente che l'autore si propone nella realtà sociale in cui agisce. Poiché “solo chi opera per fini coscienti compie nel vero senso della parola un'azione”, il concetto di azione penalmente rilevante dovrà essere ricondotto ai comportamenti umani finalisticamente orientati, escludendo il mero rapporto di causazione tra condotta ed evento che sia privo di un tale afflato finalistico.

Né si può obiettare che una simile concettualizzazione dell'azione penale non può rendere conto delle condotte colpose, nelle quali ad un primo sguardo pare mancare del tutto la componente finalistica in parola. Bettiol supera infatti un tale ostacolo sostenendo che non possono darsi azioni umane del tutto prive di fini: anche nelle azioni in cui il legame con l'evento lesivo è retto dalla colpa e non dal dolo, si può sostenere che la condotta dell'agente, pur non avendo una finalità contraria all'ordinamento penale, abbia comunque un fine, seppure diretto alla realizzazione di un evento non vietato dalla legge. Tuttavia il fine dell'azione che porta alla realizzazione di un fatto colposo, attraverso la verifica di un evento non voluto, attiene all'evento

---

<sup>28</sup> Ibidem, p. 475

che non si è verificato. L'agente ha compiuto un'azione finalisticamente orientata alla verifica di un evento diverso da quello che poi si è realizzato a causa della sua negligenza, imprudenza o imperizia. C'è sempre quindi un'azione finalistica, anche nel delitto colposo, anche se nel delitto colposo il nesso di causalità prevale sulla volontà, ma ciò non vale ad escludere la presenza di un'azione giuridicamente rilevante: l'agente avrebbe potuto evitare l'evento lesivo (e quindi la frattura tra la sua volontà cosciente e l'esito fattuale prodotto), valutando con maggiore attenzione l'adeguatezza dell'azione posta in essere rispetto alla volontà finalistica che la sorreggeva. In altre parole, nei reati colposi si può comunque ricondurre all'aspetto volontaristico il nucleo centrale del concetto di azione, nel senso che in questo caso il giudizio di rimproverabilità nei confronti dell'agente è dato dall'errata traduzione della propria volontà finalistica conforme all'ordinamento nella realtà sociale, errore che ha dato luogo all'evento lesivo. Sia con riguardo all'azione dolosa che all'azione colposa siamo in presenza di un nesso di causalità tra l'azione e l'evento lesivo: mentre però nel caso dell'azione dolosa il nesso di causalità è retto da una volontà finalizzata a produrre tale esito, nel caso dell'azione colposa la volontà finalistica è orientata a produrre un esito diverso da quello che si è poi concretizzato. Tale diverso esito è comunque rimproverabile all'agente che non ha saputo orientare correttamente la propria volontà.

Sostenendo che è azione *“ogni comportamento volontario diretto ad un fine”* Bettioli rifiuta la concezione naturalistica dell'azione così come quella normativa, facendo proprio un concetto di azione che ad una base naturalistica, comunque necessaria, affianca una valutazione puntuale del contesto sociale nel quale essa ha avuto luogo.

#### 1.2.4 Sistema e valori del diritto penale

Nel 1940 Bettioli pubblica il saggio che segna il passaggio dall'approccio tecnico-giuridico del primo periodo a quello che potremmo definire finalistico-valoriale della maturità. Anche se negli scritti giovanili che abbiamo fino ad ora esaminato non manca una visione problematica dei temi di fondo della scienza penalistica, *Sistemi e valori del diritto penale* è un'opera importante perché con essa Bettioli inizierà ad occuparsi di tali temi direttamente e non incidentalmente trattando di questioni dogmatiche, dando così inizio alla fase più matura del suo magistero.

Nell'analisi del problema circa la creazione di un sistema concettuale nel diritto penale Bettiol muove anzitutto dalla considerazione che ogni sapere, in special modo il sapere scientifico, si presta ad una visione sistematica, e presenta la necessità di porre i diversi concetti che lo caratterizzano in un'architettura fatta di legami e di reciproche interdipendenze. La logica che regge simili costruzioni concettuali può essere formale, trattando di progressive deduzioni da concetti precedenti, oppure concreta, come nel caso di un sistema retto da un criterio teleologico. Citando il Maggiore, Bettiol sostiene che nel diritto penale l'opera del giurista si sostanzia, per quanto concerne i sistemi retti da una logica formale, nella classificazione, per astrazione e generalizzazione, da concetti specifici a concetti progressivamente più generali, in modo simile a quanto viene fatto nelle scienze naturali. Non si tratta quindi di un'astrazione filosofica, poiché anche le astrazioni di più alto livello poggiano comunque su una solida base di diritto positivo; ciò non significa comunque che un sistema così costruito non abbia un valore filosofico.

Per la gnosologia kantiana il sistema concettuale ha valore costitutivo, poiché un fenomeno può essere considerato giuridicamente rilevante solo in quanto ascrivibile ad un universale logico del diritto, all'infuori del quale non è possibile parlare di entità che abbiano rilievo giuridico. Essendo l'ambito giuridico retto non solo da una logica del conoscere ma anche da una logica del volere, poiché il diritto non è che la traduzione della volontà di selezione dei valori sociali, allora tali valori devono essere considerati sistematicamente: in assenza di un simile sistema di valori l'esperienza giuridica perde di significato.

Le dottrine positiviste rifiutano una tale concezione, negando il rilievo che la sistematica avrebbe nella determinazione dei fenomeni giuridicamente rilevanti. Invero, autori come Florian e Rensi sostengono che l'ordinamento sistematico dei concetti della disciplina è utile solo nella misura in cui consenta una descrizione più puntuale e ordinata dei fenomeni stessi, escludendo che la creazione di una architettura concettuale possa condizionare il valore di senso delle singole parti. Ad opera di queste dottrine si assiste ad un processo di generalizzazione ed astrazione a posteriori, partendo dal fenomeno concreto per risalire in un percorso di progressiva astrazione concettuale. E' un processo retto da una finalità pratica e non meramente conoscitiva, basato sulla ricerca degli elementi comuni a più concetti, uno strumento tecnico volto alla migliore

comprensione dei singoli fenomeni e non all'individuazione di un più ampio orizzonte di senso dato dalle relazioni tra concetti.

Dopo aver inquadrato la dicotomia tra le dottrine neo-kantiane e quelle della scuola positiva sul tema in parola, Bettiol passa alla descrizione della fenomenologia di Husserl, da molti considerata fondamento delle concezioni giuridiche tedesche che andavano all'epoca affermandosi; secondo la dottrina di Husserl, la conoscenza si basa sull'intuizione dei concetti, con esclusione di qualunque procedimento logico-formale. Nonostante anche nell'ambito dell'intuizione, della passione, dell'approfondimento mosso dall'emotività, non possa escludersi completamente un'attenzione per una visione sistemica poiché *“il regno della verità non è un caos disordinato”*<sup>29</sup>, tuttavia una forte avversione per il procedimento razionale da parte di alcuni orientamenti filosofici (ad esempio quello di Bergson) ha portato anche nel campo del diritto penale ad alcune correnti che proponevamo, partendo dal concetto di intuizione, il superamento di ogni tentativo di sistemazione concettuale per mezzo di strumenti logico-formali, per concentrarsi invece su di un *“metodo complessivo o unitario nell'intento di offrire del dato giuridico una visione completa, concreta, anticoncettuale”*<sup>30</sup>.

In Italia è lo stesso Antolisei che ha sostenuto che l'analisi del reato deve essere preceduta da una sintesi che tratti il reato come un'entità unitaria, non frazionata, portatrice di un proprio intrinseco significato, insuscettibile di essere pienamente compreso ad opera di un'indagine analitica. Bettiol sostiene che il pensiero di Antolisei non neghi il valore ad un'indagine analitica del reato, ma che ritenga necessaria una preliminare visione unitaria e sintetica dello stesso. In questo senso, l'orientamento di Antolisei si differenzerebbe molto da alcune teorie tedesche, come quella di Dahm e Schaffstein, le quali negano invece dignità metodologica ai processi descrittivi logico-formali.

Venendo a mancare, nelle dottrine irrazionali poggiati sull'intuizione, gli strumenti di indagine propri del pensiero razionale, i sostenitori di tali orientamenti hanno tentato, nello studio dei singoli reati, l'individuazione di *tipi di autore* che permetterebbe la valutazione della fattispecie legale su basi diverse dallo schematismo razionalista. In altre parole, non sarebbe possibile descrivere concettualmente la fattispecie sulla base

---

<sup>29</sup> *Sistema e valori del diritto penale*, in *Scritti giuridici*, tomo I, Cedam, p. 494.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

della considerazione astratta della condotta, ma si dovrebbe invece guardare concretamente ad una classificazione tipologica del reo guidata dalla coscienza giuridica popolare. A parere di Bettiol un tale pensiero, espresso principalmente da Dahm, finisce per descrivere il reo non nella sua concretezza naturalistica, ma sotto il profilo normativo, alla stregua cioè della fattispecie legale. Poiché il *tipo di autore* è un concetto normativo, ricavabile per astrazione dalla fattispecie legale, non può essere che generico e astratto. Si ricade così in quell'astrazione che le tesi irrazionaliste dei giuristi della scuola di Kiel puntavano ad evitare. Il richiamo alla coscienza popolare, che nelle loro intenzioni avrebbe dovuto dare sostanza al tipo d'autore non rimedia alla sua astrattezza ma lo rende ancora più impreciso.

Il Nostro ricorda che il problema della creazione di un sistema penale è piuttosto recente, essendo nato sull'onda del razionalismo e dall'individualismo del XVIII secolo. Proprio attorno all'idea della tutela dell'individuo come elemento centrale del sistema ruota la concezione liberale dell'ordinamento penale. Tuttavia anche prima dell'avvento delle tesi razionaliste e illuministe il sistema penale non è totalmente privo di un'architettura concettuale, benché priva di sistematicità. Se è vero che nel periodo ante rivoluzione francese spesso i problemi penali erano trattati come residuali rispetto alle questioni di diritto civile, è altrettanto vero che un sistema categoriale di beni tutelati dal diritto penale esisteva ancor prima di essere riconosciuto, ed era dato dal carattere fortemente religioso del diritto penale, che era *diritto penale cristiano*. Le legislazioni dell'epoca preilluministica presentavano un forte afflato etico-religioso, che contribuiva a dare loro sistematicità. Non si vuol dire che il diritto penale veniva in quel contesto a tutelare specificatamente la Chiesa Cattolica, quanto che il fine delle costruzioni giuridiche tese all'individuazione delle condotte criminali e delle relative punizioni si muoveva nell'ottica di salvaguardare un'etica sociale condivisa, profondamente imperniata sulla dottrina morale cattolica. La laicizzazione della società mossa dalle dottrine illuministiche ha messo in crisi il fondamento religioso delle legislazioni penali, spostando il centro della tutela penale verso i diritti individuali. Anche quando residuava un rilievo penalistico verso le condotte offensive del fenomeno religioso questo doveva essere inquadrato nell'ottica della tutela della libertà individuale e non del fenomeno religioso in sé considerato.

Razionalismo e individualismo guidano quindi le legislazioni penali del XIX secolo, e l'interesse individuale diviene il primo criterio di valutazione dei beni giuridici degni di tutela. Questa concezione entra in crisi già nel secondo ventennio del XX secolo con l'avvento delle teorie marxiste, che muovono una severa critica all'individualismo, allo stato liberale e, conseguentemente, ad un diritto penale funzionale alla protezione dei diritti individuali. L'affermarsi dei regimi autoritari decreta il fallimento dei sistemi individualistici di ispirazione razionale ed illuministica, aprendo il problema dello statuto ontologico della sistema penale. Nel regime autoritario alla tutela dell'interesse individuale si sostituisce la tutela degli interessi dello stato, che può far propri gli interessi individuali solo quando li ritenga meritevoli e utili alla preservazione di se stesso.

Secondo Bettiol riprendere a parlare di valori nel diritto penale, vale a dire concentrare l'attenzione su un diritto penale fondato su criteri assiologici, non significa tornare a dar credito alle teorie neo-kantiane. Invero egli nega che i valori debbano intendersi come *“nozioni astratte e universali che il nostro spirito mette a contatto con il mondo empirico il quale prima del nostro intervento ordinatore sarebbe un caos disordinato”*<sup>31</sup>, sostenendo invece che esiste un ordine intrinseco ed immanente alle cose, di talché l'intelletto umano non interverrebbe a creare un sistema assiologico, non assegnerebbe a delle entità di per sé neutre un attributo valoriale, ma al contrario avrebbe la funzione di riconoscere e trasporre sul piano normativo una sostanza assiologica che già esiste precedentemente al suo intervento, trattandosi non di una categoria astratta messa in relazione con la realtà dall'intervento umano, ma al contrario *“un rapporto tra l'ordine che sussiste nella realtà e l'uomo considerato nella sua essenza di animale ragionevole e nella sua personalità morale”*<sup>32</sup>. Egli sostiene che il valore sia il frutto del rapporto tra l'uomo e una realtà che ha di per sé un ordine e una finalità che lo sguardo umano si limita a riconoscere. Sotto questo profilo è dunque possibile categorizzare i valori e coglierne lo sviluppo storico.

Al concetto di valore deve essere ricondotto, secondo Bettiol, anche la figura del bene giuridico, inteso come valore tutelato dalla norma penale.

---

<sup>31</sup> Ibidem, p. 498.

<sup>32</sup> Ibidem.



Invero molte delle correnti di pensiero che facevano riferimento allo Stato autoritario rifiutavano il concetto di bene giuridico, preferendo parlare di violazione di un dovere piuttosto che di violazione di un bene giuridico. Bettiol, pur ammettendo che la dogmatica penalistica andava concentrando l'attenzione più sulla volontà che sull'evento, sostiene che non è possibile fare a meno della nozione di bene giuridico (sempre inteso come valore tutelato), se si vuol procedere a una categorizzazione dei reati e degli elementi costituenti il reato stesso. Infatti un diritto penale retto da una visione teleologica, quale quella in cui si muove Bettiol, non può fare a meno del concetto di valore per addivenire ad un sistema omogeneo. Il concetto di "dovere" è troppo assoluto e insuscettibile di declinazioni che lo rendano uno strumento idoneo a descrivere i fenomeni giuridici rilevanti da un punto di vista penalistico.

Il Patavino nega che, a dispetto di quanto sostenuto da Sievertes, il valore debba essere considerato un concetto relazionale tra il mondo dei valori e il mondo della realtà, asserendo invece che il valore ha una sua sostanza già prima di divenire valore giuridico: esso è valore sociale retto da motivazioni religiose, culturali ed economiche che il diritto interviene a tutelare per mezzo della fattispecie incriminatrice. Intendere il concetto di valore come elemento centrale di un sistema penale implica la possibilità di renderlo elastico a fronte del mutare del quadro storico e sociale. Se le concezioni logico-formali postulano la creazione di valori astratti che poi vengono applicati alla realtà, in una metodologia retta dal concetto di valore il sistema sarà in grado di render conto dell'evoluzione del sub-strato assiologico che regge l'ordinamento.

L'Autore non nega che nella descrizione del reato acquistino rilievo elementi ulteriori rispetto alla nozione di valore giuridico, eppure ritiene che esso debba essere il perno dell'intero sistema. La visione teleologica consente inoltre di disporre gerarchicamente i valori in un determinato momento della vita sociale, rendendo possibile al legislatore una scelta ragionevole circa la tutela di beni giuridici portatori di valori reciprocamente confliggenti. Se in un sistema formale un valore sarebbe pariordinato ad un altro, in una visione teleologica è possibile costruire un'architettura retta da un giudizio di comparazione tra i diversi valori che informano il sistema, a vantaggio della coerenza dell'ordinamento.



## CAPITOLO II

### 2.1 Note introduttive

Senza dubbio l'opera di maggior valore della vasta produzione scientifica bettioliana è il trattato di diritto penale, edito nel 1945, all'indomani della fine della guerra. Viene però partorito in pieno periodo bellico, tra la fine del 1942 e l'agosto 1943, come egli stesso spiega nella prefazione alla prima storica edizione, a cui seguiranno altre dieci pubblicazioni nell'arco di quasi quarant'anni, fino all'anno della morte.

Non si può non provare emozione nel leggere le prime righe con le quali Bettiol presenta la sua opera al lettore, e non perché questi indulga in una qualche retorica ed enfatica allusione al terribile momento storico nel quale diede vita alla sua opera più matura. Suscita emozioni nel giurista odierno, che neanche può immaginare cosa significasse, negli anni '40 in Italia, essere un penalista apertamente critico verso un diritto penale di matrice autoritaria, l'impegno col quale il Maestro ha voluto difendere i principi di civiltà della tradizione giuridica occidentale in un momento nel quale sembrava fossero destinati al tramonto. E ha deciso di farlo nel bel mezzo della guerra, come volesse segnare emblematicamente la necessità di farsi testimone dei valori nei quali aveva sempre creduto, proprio quando venivano calpestati dalla barbarie della dittatura, del conflitto e della guerra civile. Se ne dispiace di non aver potuto pubblicare subito l'opera, per via degli avvenimenti politico-militari conseguenti alla resa dell'Italia. Ma rileva come non sia stato necessario apportare alcuna modifica al testo perché *“lo spirito con il quale mi ero allora accinto alla fatica è pienamente aderente al carattere del tempo in cui abbiamo la ventura di vivere e di lavorare”*. Egli rivendica l'impegno profuso negli anni del regime per interpretare *“liberisticamente e quindi democraticamente”* una legislazione penale che declinava verso concezioni totalitarie, al fine di salvare la tradizione giuridica occidentale, a cui l'Italia, con la sua secolare storia giuridica, apparteneva a pieno titolo. Certo che a differenza dell'esperienza tedesca, l'Italia di allora conservava i fondamenti di questa tradizione, seppur scalfiti da un nuovo codice che aveva rappresentato un segno di rottura e di involuzione rispetto alla codificazione ottocentesca, di matrice liberale. Pur tuttavia occorre dare alle norme codicistiche maggiormente espressive dell'afflato autoritario che aveva guidato le

pur sapienti mani del guardasigilli Rocco, un'interpretazione più aderente possibile con i principi cardine del liberalismo giuridico, di cui Bettiol era sempre stato, peraltro, un critico sostenitore.<sup>33</sup> Di tale esigenza si era fatto sostenitore fin dall'entrata in vigore del codice, senza temere di assumere posizioni apertamente critiche e minoritarie nella dottrina degli anni '30. Ora che l'Italia si avvia ad un regime democratico il suo superamento si fa necessario, ma al tempo stesso arduo: il suo crepuscolo, preconizza, durerà a lungo. Talmente a lungo perdurare per sette decenni, nel corso dei quali svariate riforme si sono succedute e altrettanti tentativi di riscrittura hanno avuto esito negativo. Avverte tuttavia la necessità che un nuovo codice si ispiri non solo ai principi democratici della futura repubblica ma anche a quelli elaborati dalla scienza giuridica europea degli ultimissimi anni, *“perché una ricostruzione spirituale dell'Europa non è possibile senza una ricostruzione giuridica che tenga conto di quei valori essenziali allo spirito umano che formano il lievito della civiltà occidentale, che è civiltà cristiana”*. Sorprende lo sguardo lungo dell'ancora giovane Bettiol, che nel 1945, non ancora quarantenne ma nel pieno della sua maturità scientifica, vede la necessità di rifondare l'Europa nel segno dell'unità e non della divisione, superando i nazionalismi che avevano causato le due guerre mondiali.

Nella seconda parte della prefazione, si addentra nei presupposti teoretici che hanno ispirato l'opera e anticipa l'orientamento fortemente critico verso le correnti penalistiche che avevano dominato nei decenni precedenti. *“Sono profondamente convinto – scrive – che lo sfacelo e il regresso della nostra disciplina siano dovuti all'exasperazione di un pensiero e di una mentalità naturalistici che comprimevano i valori supremi del diritto penale e privavano questo di ogni linfa vitale, di ogni valore”*. I valori supremi del diritto penale: nella concezione bettioliana il diritto penale si asside su dei valori che lo rendono filosofia e senza i quali finisce per essere un complesso di norme positive prive di afflato spirituale e strumentali al mantenimento del potere costituito.<sup>34</sup> Senza valori il diritto penale diventa mero strumento repressivo e cadono quei limiti posti a

---

<sup>33</sup>Bettiol non è certo un liberale, ma pur avendo sempre criticato, sul piano teoretico, i postulati illuministici del giusnaturalismo soggettivista e del contrattualismo, ha sempre sostenuto i principi fondamentali del classicismo penale che, come noto, sono diretta elaborazione del liberalismo giuridico. Se il pensiero politico del Maestro è ascrivibile al conservatorismo cristiano-cattolico, quello giuridico può dirsi, anche se con sfumature critiche e con punti di distacco, aderente alla tradizione liberale.

<sup>34</sup>Sul punto vedi Il Problema penale.

salvaguardia dei diritti fondamentali della persona che con il liberalismo giuridico si erano affermati prima di venire travolti dai regimi totalitari. Ora più che mai è necessario riportare al centro l'individuo e i suoi diritti, modellando il diritto penale sul rispetto di essi, superando *“la tragica esperienza del sistema livellatore”* che aveva soppiantato i principi individualistici in favore del primato dello stato e della nazione. Ciò era stato possibile anche grazie alla concezione meccanicistica e naturalistica dell'uomo delinquente, per la quale l'individuo non agisce liberamente secondo il proprio volere ma sotto l'impulso di condizionamenti esterni. Ciò implica che imputabilità e colpevolezza perdano di importanza e significato perché senza libertà del volere non c'è responsabilità per colpa, e la pena, da sanzione retributiva, si trasforma in misura puramente repressiva, preventiva, e correttiva, volta cioè a correggere il deviante, a contenerne la pericolosità sociale e a prevenire futuri fatti delinquenti. Una tale concezione dell'individuo porta a non riconoscere in lui il carattere di soggetto spiritualmente libero di scegliere fra il bene e il male e quindi in grado di rispondere colpevolmente dei propri atti. Il disconoscimento della libertà del volere porta anche al disconoscimento dell'individuo come persona umana con diritti innati da proteggere, con la conseguenza che il diritto penale viene ad essere piegato a mero strumento di profilassi sociale. *“I problemi dell'azione, della colpevolezza, della pena vengono pienamente illuminati solo quando siano posti a contatto con i supremi valori morali”*. Un diritto penale orientato ai valori non può non richiedere un approccio metodologico altrettanto orientato ai valori. Bettiol sostiene la necessità di un rinnovamento che porti al superamento dell'approccio tecnico-giuridico del Rocco, ma anche di quello razionalistico dei classici, per approdare ad una concezione teleologica. Ciò allo scopo di ancorare la materia alla realtà e alle esigenze umane, perché, scrive, *“il diritto penale non è fatto solo per le astratte verità di pochi studiosi, ma per l'uomo in genere che ha una sua concreta vita di gioia e di dolore nel quadro dei concreti valori della vita.”* Il diritto penale serve allora a tutelare concretamente questi valori, ed è a tali valori che deve essere orientato. Sul piano del metodo ciò comporta che lo studio degli istituti debba essere orientato non in chiave formalistica ma in chiave teleologica. Anche in ciò il Maestro è stato un precursore di un orientamento che poi diverrà prevalente in dottrina soprattutto dopo l'avvento della Costituzione repubblicana<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup>Nota sull'interpretazione teleologica.

*“Il diritto penale è una disciplina che si è svincolata dall'etica e che solo si comprende in una concezione etica della vita”*. In tale frase, forse, si racchiude il senso della filosofia del diritto penale di Giuseppe Bettiol, che matura nei primi anni '40 e che ritroviamo nelle sue più importanti opere: *Il Problema penale* e il Trattato.

## 2.2 Sulle origini del diritto penale

Il capitolo che apre il trattato è dedicato al dibattito tra le scuole e al diritto penale vigente. Non poteva essere altrimenti dal momento che l'opera vede la luce in un momento storico di grande transizione, segnato dalla fine della guerra e delle dittature fascista e nazista, e dal dilagare, nell'est Europa, dell'ideologia socialista, che porterà ad uno stravolgimento delle legislazioni penali dei paesi ove essa si diffonde dando vita a sistemi totalitari. Ai vecchi e nuovi codici entrati in vigore con i nuovi regimi dittatoriali egli dedica una sintetica disamina nella parte introduttiva dell'opera, soffermandosi in particolare sulla legislazione penale nazista e su quella sovietica oltre che, come ovvio, su quella italiana. Già in precedenza si era occupato delle riforme che l'ideologia nazista aveva imposto al codice penale del 1871, che, come un po' tutti i codici europei, era ispirato ai valori borghesi e liberali.<sup>36</sup> In esse, non aveva mancato di esprimere duramente le proprie critiche nei confronti delle novelle che, negli anni '30, trasformano il codice tedesco in un codice di impronta nazista, non più aderente ai principi cardine del diritto penale classico.<sup>37</sup> Conoscendo bene la lingua tedesca aveva potuto studiare le opere dei principali esponenti della scuola di Kiel, potendo così criticarne i presupposti dogmatici e filosofici.<sup>38</sup>

Sia il nazismo che il comunismo sovietico avevano imposto nuovi codici non più ispirati ai presupposti liberal-individualistici delle legislazioni ottocentesche, che, come osserva Bettiol, *“intendevano trovare un punto di equilibrio tra lo jus puniendi dello Stato e lo Jus libertatis dell'individuo, inteso come diritto a una libertà garantita*

---

<sup>36</sup>Citare opere precedenti al Trattato.

<sup>37</sup>*“Una disposizione precedente al regime nazional-socialista, non espressamente abrogata, poteva spiegare efficacia solo ed in quanto non contrastasse con le esigenze dell' 'ordine nuovo' nei suoi aspetti politici, sociali, economici e soprattutto etici, intesi come la risultante delle tendenze e aspirazioni dell'istinto razziale del popolo tedesco”*, BETTIOL G., *Diritto penale*, undicesima edizione, Padova, 1982, p. 4.

<sup>38</sup>Opere di Bettiol sulla scuola di Kiel.

anzitutto da una norma giuridica naturale.”<sup>3940</sup> L'esigenza di un tale ribaltamento si spiega col fatto che il diritto penale, più di ogni altra disciplina giuridica, risente dei cambiamenti sociali e delle concezioni dominanti in una data società in un certo momento storico.<sup>41</sup> Non può essere studiato, avverte il Maestro, senza tener conto del substrato culturale in cui matura: *“il diritto penale (...) è totalmente immerso nei “valori” che esprimono un determinato ambiente storico-culturale”*.<sup>4243</sup>

Occorre tener conto, altresì, della sua evoluzione storica. Per questo, nell'affrontare lo studio del codice vigente, bisogna prendere le mosse dal secolo in cui si assiste alla nascita di un vero e proprio diritto penale, frutto di una elaborazione scientifica, il XVIII secolo.<sup>44</sup> E' sul finire del 1700, con l'Illuminismo e il liberalismo giuridico, che inizia a profilarsi una dogmatica penale, perché è questa *“l'epoca nella quale lo spirito umano ha preso completa e concreta coscienza del problema penalistico”*, non perché in precedenza non vi fossero state opere dedicate al reato e alla pena, ma perché una

---

<sup>39</sup>Op. cit., pp. 5 e 6.

<sup>40</sup>Sul giusnaturalismo bettioliano cfr. ....

<sup>41</sup>*“Poche discipline giuridiche sono, come il diritto penale, permeate dal contenuto delle concezioni dominanti, da quel complesso cioè di elementi che determinano l' 'atmosfera culturale' del momento storico nel quale la norma viene alla luce. Non si può. Invero, studiare e comprendere il diritto penale elaborandolo con mentalità agnostica e con criteri di pura logica formale: questi possono essere utili per fissare l'intelaiatura del sistema penale, ma non aiutano affatto a penetrare nell' 'anima' e negli scopi del sistema stesso”*. Op. cit., p. 12.

<sup>42</sup>Op. cit., p. 13.

<sup>43</sup>Sul punto la letteratura è sterminata, ci limitiamo qui a riportare alcune delle opere citate nel Manuale, nota n° 10, p. 14:

GROPPALI, *Filosofia del diritto e diritto penale*, in 'S.P.', 1947, p. 444: *“la scienza del diritto penale, essendo questo, più di tutti gli altri rami del diritto, permeato dei principi etici e filosofici del tempo, è per ciò la scienza in cui meno può avere fortuna la logica puramente formale, almeno se degli ordinamenti penali si vuole arrivare a conoscere non solo l'impalcatura concettuale, ma anche e soprattutto lo spirito che ab intra li ravviva”*;

PETTOELLO MANTOVANI, *Il valore problematico della scienza penalistica*, Palermo, 1961, *“dove con un concreto lavoro di sondaggio compiuto sui quattro punti chiave della nostra disciplina – norma, reato, reo, pena – si rileva che l'atteggiamento speculativo viene ad incidere fin nella struttura del dato penalistico, il quale da una precisa ispirazione ideologica mostra di non ricevere solo un particolare fondamento di pensiero, né tanto meno uno sterile inquadramento razionale, ma d'esserne addirittura forgiato (p. 71)”*.

<sup>44</sup>Sul punto vedi il Problema penale.

Egli osserva come sino al XII secolo il diritto penale sia romanisticamente inteso come un'appendice del diritto civile, e i libri del Digesto ad esso dedicati non abbiano mai riscosso le simpatie dei giureconsulti. Anche quando essi se ne sono occupati lo hanno sempre fatto da un punto di vista civilistico, con l'ottica e gli strumenti dello studioso del diritto civile, come se, ed in effetti così è stato per lungo tempo, il diritto penale esistesse solo in funzione di tutela dei diritti soggettivi, come completamento del diritto civile: *“Sarebbe, a nostro avviso, errato attribuire il nome di scienza penalistica ai tentativi compiuti nel corso dei secoli passati per presentare in veste autonoma un complesso di regole e principi disciplinanti la materia dei delitti e delle pene. Si trattava in sostanza di una elencazione di norme e di principi rudimentali in base ai quali si pretendeva offrire una sistemazione dell' 'atroce' materia. Ma la sistemazione in effetti mancava e difficilmente poteva essere raggiunta.”*, *Il problema penale*, p. 15

visione organica e razionale dell'intera materia viene a delinearsi soltanto in quest'epoca.<sup>4546</sup> E' opinione questa ampiamente diffusa fra gli scrittori<sup>47</sup> ma da taluno contestata, in quanto alcuni dei principi di civiltà che comunemente vengono ascritti al diritto penale illuministico si rinverrebbero anche in epoche antecedenti, in particolare durante il rinascimento.<sup>48</sup> A tale epoca risale anche una elaborazione già di stampo dogmatico di alcuni dei più importanti istituti del diritto penale moderno, come il tentativo, il concorso di persone nel reato, la recidiva. Risulterebbe quindi falsa l'idea ampiamente diffusa che prima della rivoluzione francese e dell'illuminismo non esistesse un diritto penale o che quello esistente fosse un qualcosa di talmente barbaro da non potersi neanche qualificare come diritto. Del resto se è vero che è con la nascita dello stato moderno che vede la luce una branca del diritto fino ad allora inesistente, il diritto pubblico, e che il diritto penale ne è una importante diramazione<sup>49</sup>, è pur vero che dall'antichità al medioevo sia comunque esistita una normazione di carattere penale, seppur non finalizzata alla protezione dello stato, per come lo intendiamo noi oggi, ma a quella della *civitas* romana o della *polis* greca, e a quella degli ordinamenti feudali e

---

<sup>45</sup>Se il diritto penale è scienza giuridica assai giovane se si tiene conto della storia millenaria del diritto civile, e ciò per le ragioni già espresse precedentemente, è utile ricordare come il problema della giustificazione della pena sia altrettanto atavico, e si sia posto molto prima che nascesse lo stato moderno e con esso il diritto pubblico e il diritto penale, sua diretta derivazione. Cfr. p. ....(par. sul Problema penale, primo capitolo della mia tesi sul perché punire).

<sup>46</sup>“Se una scienza del diritto penale mancava non si può invece affermare che mancasse una filosofia del diritto penale. I problemi circa il fondamento del diritto di punire, la natura della pena, i fini della stessa, la liceità o meno della pena di morte hanno formato sempre oggetto di meditazione da parte di filosofi e interessato pure larghi strati dell'opinione pubblica.”, Op. cit., p. 17.

<sup>47</sup>Antolisei, nel suo celebre manuale, sostiene che pur esistendo un diritto penale della Roma antica, germanico e canonico, nonché un diritto penale dell'epoca dei comuni, dei principati e delle monarchie, la cui influenza su quello moderno è assai indiretta e remota, “non è dubbio che la nostra legislazione penale, come del resto quella di quasi tutti i popoli civili, si riallaccia a quel movimento di rinnovamento politico e sociale che alla fine del XVIII si verificò in Europa e prese il nome di *Illuminismo culminando nella Rivoluzione francese.*”, ANTOLISEI F., ....

<sup>48</sup>Interessante lettura critica dell'illuminismo penale e degli effetti su di esso prodotti dalla Rivoluzione francese è quella di Mereu:

“Uno degli 'idola' che ricorrono in tutte le trattazioni di diritto penale (dogmatiche e storiche) è il convincimento che una scienza del diritto penale cominci solo con l'illuminismo e con la Rivoluzione francese.

Solo allora sarebbe iniziato quel modo nuovo e razionale di trattare il diritto penale che rifacendosi a dei principi certi, da essi deducevano, come da un teorema, le conseguenze.

Prima non sarebbero esistiti che informi tentativi che avevano il solo scopo di servire alla prassi. (...)

L'illuminismo e la Rivoluzione francese sono le colonne d'Ercole che non bisogna mai superare per non affogare nel pianto della cattiveria umana legalizzata.

Per cui da una parte sta la Rivoluzione francese e dall'altra tutta la storia carica di barbarie e di orrori.”

MEREU I., *Storia del diritto penale nel '500 – Studi e ricerche*, Volume I, Napoli, 1964, p. 77 e ss.

<sup>49</sup>“Il diritto penale è diritto pubblico per eccellenza”, BETTIOL G., op. cit., p.



comunali dell'età medievale. Sia nel diritto romano che nel diritto comune troviamo norme punitive che attribuiscono ad organismi della *civitas* o al *princeps* piuttosto che al signore o al re il potere di prevedere delle sanzioni criminali o di applicarle verso colui che avesse violato norme fondamentali per la vita sociale della comunità. Sin dall'antichità si impone, infatti, la necessità di sostituire alla vendetta privata una punizione pubblica, per ovviare ai limiti e agli effetti negativi della prima. Ci limitiamo qui a ricordare quanto nella *polis* greca ciò avvenga per ovviare alla catena di rappresaglie generata dalla vendetta<sup>50</sup>, per via soprattutto del fatto che non era proporzionata all'offesa ricevuta, e generava pertanto in chi ne era destinatario, quel senso di ingiustizia che lo portava a reagire a sua volta, così da generare una spirale di violenza ipoteticamente illimitata.<sup>51</sup> Nel diritto romano la *poena* è riconosciuta come *diritto* della vittima di vendicarsi di un atto illecito, che può riguardare la persona o i suoi beni (*iniuria re e verbis*), mediante apposita azione processuale di natura privata (*iudicia* privata). Essa però deve essere proporzionata al *delictum*, tanto da presupporre un rapporto che leghi i due concetti e sia suscettibile di misurazione in termini monetari: la *poena* irrogata nei *iudicia* privata su iniziativa della vittima è, infatti, di natura pecuniaria.

Di qui l'esigenza per l'uomo antico di interrogarsi sul fondamento del magistero punitivo, tanto che la letteratura filosofica sul punto risale già ai pensatori greci.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup>Il filosofo danese Alf Ross, in un importante saggio sulla pena di cui ci occuperemo in seguito, parla di spiegazione psicologico-storica al fondamento del magistero punitivo, “*di come quel diritto penale che oggi generalmente ci si trova di fronte, si sia sviluppato dalla vendetta del sangue e da altre forme primitive basate sulla vendetta, come reazione spontanea ed allo stesso tempo come utile meccanismo di difesa, e su di un misto di credenze magiche, religiose e razionali.*”, ROSS A., *Colpa responsabilità e pena*, traduzione italiana, Giuffrè, Milano, 1972, p. 79.

<sup>51</sup>Cfr. *La sanzione nell'esperienza giuridica di D'Agostino*.

<sup>52</sup>La letteratura filosofica sul punto è sterminata, ce ne occuperemo nel capitolo dedicato alla pena. Qui ci limitiamo a ricordare il Protagora di Platone, il celebre passo nel quale si condenserebbe, secondo molti scrittori, le tesi “protogeneralpreventiva”, che assegnerebbe alla pena una funzione intimidatoria: “*Chi voglia saggiamente punire, non infligge la pena come retribuzione per un atto ingiusto – ché egli non può annullare ciò che è stato fatto -, ma punisce pensando all'avvenire, e perché la stessa persona non commetta di nuovo un'ingiustizia, e perché non lo faccia altri, dopo aver visto che quella è stata punita...la persona viene punita per servire da esempio e da ammonimento*”, PLATONE, *Protagora*, .....Vedremo in seguito che sempre nel Protagora è possibile riscontrare dei passi nei quali, al contrario, Platone assegna alla pena finalità di giustizia, quindi retributive. Cfr. p. ....

Altrettanto celebre, per non dire inflazionata, è la frase di Seneca “*Nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur*”, anch'essa presa ad esempio dai sostenitori delle teorie preventive della pena.

### 2.3 Sull'illuminismo penale e sul giusnaturalismo

L'epoca nella quale il diritto penale modernamente inteso ha origine è quella in cui domina il liberalismo, sia politico che giuridico. L'individualismo liberale porta a concepire lo stato come entità volta alla tutela e protezione dei diritti di libertà. Fonte della sua legittimazione è il diritto naturale (soggettivisticamente inteso) e il contratto sociale. Entrambi costituiscono i pilastri della dottrina liberale e del liberalismo giuridico. Non vanno considerati come due poli a se stanti ma come due facce della stessa medaglia: il contrattualismo è un derivato della premessa giusnaturalistica per la quale gli individui sono portatori di alcuni diritti innati per la cui tutela si rende necessaria la costituzione, mediante contratto, di un ente monopolizzatore della forza che prende il nome di Stato.

Bettiol considera tuttavia il diritto naturale e il contrattualismo due distinte premesse di cui il liberalismo giuridico si serve per giungere ad una medesima conclusione: un diritto penale funzionale alla tutela dei diritti individuali e non alla protezione dello Stato.

*“E' da notare come il liberalismo giuridico partisse da due premesse diverse per arrivare alla stessa conclusione: l'una, quella per la quale l'individuo possiede per natura dei diritti di libertà che lo Stato – esso pure organismo naturale – non può comunque misconoscere senza negare la sua natura e tramutarsi da regolatore di vita sociale in organismo di violenza bruta; l'altra, quella che, mentre nega allo stato un'origine naturale, considera questo come il prodotto di un libero accordo di volontà, di un 'contratto mediante il quale gli individui, per porre fine ad uno stato di ostilità, si accordano e rinunciano ciascuno ad una parte della propria libertà affinché sia garantita un'ordinata convivenza sociale. Sistema 'naturale' il primo, 'contrattuale' il secondo, i quali concordano nella necessità di considerare il diritto penale non tanto in funzione dello Stato, quanto in funzione dell'individuo che deve venir garantito da ogni intervento statale non predisposto dalla legge, e conseguentemente da ogni limitazione arbitraria della libertà”.*

Egli individua pertanto una dicotomia in seno al liberalismo giuridico: una premessa giusnaturalistica, per la quale lo stato avrebbe un'origine naturale, ed una contrattualistica, secondo la quale lo stato sarebbe frutto di un accordo fra una

determinata pluralità di individui stanziati su un certo territorio. Mentre nell'un caso esso trarrebbe nella natura la propria legittimazione, nel secondo essa scaturirebbe dal contratto sociale (*pactum subiectionis*).<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup>Dicotomia questa di cui si è occupato anche Ugo Spirito: SPIRITO U., *Storia del diritto penale italiano*, III ed., Firenze, 1974, p. 37.

L'autore, che colloca le origini del diritto penale nel XVIII secolo, più precisamente nella seconda metà del secolo, in corrispondenza dell'affermazione piena del pensiero illuministico, dopo aver colto opportunamente l'impossibilità di ricondurre la mentalità illuministica ad un'unica filosofia ed averne messo in risalto la disomogeneità per via delle differenti teorie sorte in seno ad essa, anche in campo giuridico, distingue le due correnti di pensiero su cui si divarica la filosofia illuministica: il razionalismo cartesiano, sorto in terra francese e diffusosi maggiormente nell'Europa continentale, e l'empirismo e il sensismo inglese, che maggiore espansione ha avuto nei paesi di cultura anglosassone. Le due teoriche rappresentano le due direttrici su cui si è formato il pensiero illuministico, così come classicamente ricostruito dagli storici della filosofia moderna. Di qui la classica bipartizione tra giusnaturalismo razionalista di matrice cartesiana, e contrattualismo di stampo empiristico di derivazione utilitaristica.

Nota lo Spirito come le due correnti di pensiero spesso si confondano tra loro e si intreccino in un sistema filosofico, quello illuministico, per nulla organico ed ordinato, sebbene sia stato determinante, in campo penalistico, nel dare una prima parvenza di sistematicità e di scientificità al diritto penale, motivo per cui lo studio del medesimo non dovrebbe precedere i criminalisti illuministi, primo fra tutti Beccaria, perché è con loro che compare l'esigenza di una vera scienza del diritto penale e iniziano le grandi costruzioni sistematiche su cui ancora oggi verte lo studio della disciplina. Nota lo Spirito come i problemi vivi del diritto penale tutt'ora attuali sono gli stelli di quelli affrontati per la prima volta dai criminalisti classici. Affermazione senza dubbio condivisibile posto che i primi studiosi della teoria generale del reato sono i classici, e il problema del fondamento della responsabilità e della teorica della colpevolezza e della pena sono temi affrontati dai criminalisti di cultura illuminista e rimangono attuali.

Sostiene lo Spirito che i presupposti metafisici e gnoseologici delle due teorie sono profondamente diversi, ciò nondimeno esse si intrecciano e confondono tra loro, rendendo il pensiero illuministico un sistema tutt'altro che univoco. Nel campo della morale e dei problemi sociali il conflitto tra le due impostazioni si fa più evidente: *“Il razionalismo cartesiano, depauperato del suo più profondo significato immanentistico, dà luogo a un astrattismo morale di carattere assiomatico, laddove l'empirismo, negato ogni vero concetto di universalità, sbocca fatalmente in una morale epicurea, individualistica ed egoistica. Moralismo e utilitarismo sono appunto i motivi dominanti di tutta la filosofia sociale dell'illuminismo, dove rimangono, talvolta, disgiunti e in opposizione, ma, più spesso, si contemperano e si confondono in una sola ideologia contraddittoria”*.

Lo Spirito riprende la classica critica di eccesso di astrattismo che molti autori rivolgono agli autori illuministi, ma che non sempre pare giustificata. L'ipostatizzazione di diritti individuali operata dal giusnaturalismo razionalista ed empirista si è resa necessaria per affermare assiomaticamente quegli stessi diritti che oggi vengono considerati, nel mondo occidentale, diritti umani non negoziabili e irrinunciabili. La stagione dei diritti umani, apertasi nell'immediato secondo dopoguerra con l'emanazione di una serie di Carte universali e culminata, in Europa, con la Convenzione EDU, mai si sarebbe verificata senza la teorizzazione dei diritti dell'individuo operata dal giusnaturalismo soggettivista. Si deve del resto all'astrattismo illuministico la elaborazione di concetti penalistici fondanti la stessa materia penale, come quelli di reato e colpa.

Per lo spirito razionalismo e giusnaturalismo acquistano, nel campo del diritto, una speciale fisinomia, *“dando luogo, da una parte, alle teorie contrattualistiche e, dall'altra, a quelle più propriamente giusnaturalistiche. Il contrattualismo è la conseguenza più logica e coerente dell'empirismo individualistico e l'affermazione più esplicita del suo utilitarismo più egoistico. Contro la negazione astratta dell'individuo esso pone l'esigenza (...) della rivendicazione dei diritti dell'individuo, ma per le sue basi empiristiche non può vedere l'individuo che in una astratta particolarità che porta a una concezione affatto atomistica del mondo sociale, visto come somma quantitativa di singoli e non come loro vera unità (...). Il contratto non è la risoluzione della molteplicità e l'affermazione di una realtà che superi veramente l'individuo, ma è la ragione stessa della molteplicità e il modus vivendi di*

La dicotomia enucleata da Bettiol in seno al liberalismo giuridico rispecchia quella che tradizionalmente è individuata in seno al liberalismo classico tra la concezione giusnaturalistico-razionalista di matrice illuministica e la concezione utilitaristico-contrattualistica di matrice empirista. La prima risalente al XVIII sec. e diffusasi maggiormente nell'Europa continentale, la seconda risalente al XVII secolo e radicata nei paesi anglosassoni, ad opera dei filosofi empiristi scozzesi, primo fra tutti, John Locke. E' a quest'ultimo che si deve la teorizzazione del contratto sociale finalizzato al rispetto dei diritti soggettivi, considerati prepolitici e dunque naturali.

Ma in realtà è errato ritenere che il liberalismo "continentale" affondi le sue radici nel giusnaturalismo e nel razionalismo mentre quello anglosassone no. Il contrattualismo è infatti un derivato del pensiero giusnaturalistico dominante nel XVII e nel XVIII secolo esattamente come l'utilitarismo, e sono entrambi due espressioni del razionalismo moderno.

Non è questa la sede per una esposizione approfondita del tema, ma è comunque utile un breve *excursus* che aiuti a comprendere il pensiero di Bettiol sul liberalismo giuridico e sull'illuminismo penale.

Come noto la scuola del diritto naturale moderno ha tre progenitori: Ugo Grozio, Cartesio, Bacone. Grozio ne è considerato il fondatore per via della celebre opera *De iure belli ac pacis*, nella quale viene delineata una concezione del diritto naturale ben diversa da quella aristotelico-tomista di epoca medievale. In essa sono tracciate le basi di un pensiero filosofico e politico che segna la nascita della modernità e segna una nuova era nella storia del diritto. Laicismo, razionalismo e individualismo sono i pilastri del giusnaturalismo moderno, detto anche soggettivista in contrapposizione a quello oggettivista di epoca medievale. Il laicismo è dovuto al fatto che il diritto naturale secondo Grozio e gli autori moderni che lo seguono non è un diritto di diretta derivazione divina o che trae la propria legittimazione da presupposti metafisici. Si realizza l'emancipazione del diritto dalla teologia, benché non manchino in certi autori

---

*essa. Esso sorge per rivendicare la libertà dell'individuo, ma il concetto di libertà che difende non può essere che quello empiristico di coesistenza e reciproca limitazione di arbitri. Il suo ideale è soltanto quello del benessere e della tranquillità".*

Anche in seno al liberalismo classico è riscontrabile la dicotomia tra un liberalismo di stampo razionalistico e un liberalismo di stampo giusnaturalistico.

come Locke espressi riferimenti all'origine divina dei diritti fondamentali, mentre nel *Leviatano* di Hobbes i riferimenti biblici sono numerosi. Pur maturando comunque in una cultura cristiana, in particolare protestante, il giusnaturalismo moderno ha una visione solipsistica e secolarizzata della società, relegando la religione a un fatto sempre meno pubblico e più privato. Legge divina e legge civile sono nettamente separate. E' un giusnaturalismo razionalista perché affida alla ragione l'elaborazione delle norme morali e delle leggi civili, esaltando l'autonomia individuale e le capacità dell'individuo di autodeterminarsi in base alle proprie capacità razionali e alle idee che la sua mente è in grado di elaborare. Non si fonda sulla ragione così come intesa dalla Scolastica medievale, cioè su una ragione oggettiva, ma sulla ragione intesa come metodo. E' un giusnaturalismo individualista perché pone al centro l'individuo con i suoi diritti innati: tutto è pensato in funzione del solo individuo, che è visto come fine e non come mezzo. L'individuo-persona umana, creatura di dio che come tale è portatore di valori intrinseci alla sua stessa natura umana.

Quanto al metodo i giusnaturalisti si affidano alle scienze e in particolare alla matematica. La scienza si emancipa dalla metafisica. Il metodo razionale di ricerca filosofica è ciò che caratterizza la scuola di diritto naturale nei suoi diversi filoni. Si suole distinguere il metodo analitico a priori di tipo cartesiano, dal metodo induttivo a posteriori di origine baconiana: al primo si collega il razionalismo continentale, al secondo l'empirismo inglese. Ma tali opzioni, che possono sembrare nettamente alternative fra loro, sono in realtà ben più vicine di quanto possano apparentemente sembrare. L'empirismo è pur sempre una forma di razionalismo, ma un razionalismo che adotta il metodo "a posteriori", secondo cui il procedimento conoscitivo si sviluppa a seguito della percezione sensoriale dei dati di realtà secondo un criterio induttivo. Il razionalismo cartesiano, invece, adotta il metodo analitico, per cui il procedimento conoscitivo prende avvio da un dato sillogismo e si sviluppa applicando quest'ultimo al caso concreto o al dato di realtà. Mentre Bacone è considerato il progenitore del metodo induttivo-empiristico e Cartesio di quello deduttivo-razionalistico, a Grozio si attribuisce un metodo sincretistico, dal momento che nel *De iure belli ac pacis* egli sostiene che il diritto naturale possa ricavarsi a priori per deduzione da certi principi dati, o a posteriori per induzione, ricercando nelle tradizioni giuridiche delle nazioni occidentali i principi fondamentali comuni.

Grozio è il primo che elabora lo schema teorico su cui si fonda il contrattualismo e in base al quale è giustificata, in chiave giusnaturalista, la creazione dello stato moderno: stato di natura – contratto sociale – stato politico.

Lo stato di natura, per Grozio, è la condizione primordiale in cui gli uomini si vengono a trovare, nella quale vi è piena condivisione dei beni secondo una logica non individualistica ma comunitaria: gli individui vivono fraternamente condividendo i beni necessari alla loro sopravvivenza. Ben presto però sull'amore fraterno prevale l'istinto egoistico che porta ciascuno ad appropriarsi violentemente delle cose e a sopraffare il prossimo: da una condizione di pace si passa ad una condizione di conflitti continui. Nello stato di natura si realizza il passaggio dalla originaria condizione comunitaria in cui non esiste la proprietà perché tutto è di tutti (*communio primaeva bonorum*) ad una condizione basata sulla proprietà individuale: l'umanità inventa l'istituto della proprietà per risolvere i conflitti sui beni. Con l'avvento della proprietà si rende necessario il superamento dello stato di natura in favore dello stato politico. Mentre lo stato di natura è lo stato in cui gli uomini si vengono naturalmente a trovare, quello politico è una condizione artificiosa creata dall'uomo per ristabilire l'ordine ed una pacifica convivenza, nel rispetto dei diritti individuali, primo fra tutti il cosiddetto *neminem ledere*. L'instaurazione dello stato politico avviene mediante il contratto sociale, quindi per via volontaria. Esso consegue alla creazione della proprietà privata ed è l'accordo mediante il quale gli uomini decidono di dar vita allo stato politico per porre fine ai conflitti e creare una società sicura ove siano garantiti i diritti individuali dal rischio della sopraffazione e della violenza.

A tale espediente concettuale ricorreranno gli altri filosofi giusnaturalisti del XVII e XVIII secolo, anche se ciascuno rappresenta le varie fasi di instaurazione e realizzazione dello stato politico in modo anche sensibilmente diverso, e con esiti persino opposti. Al fondo vi è una comune premessa individualistica, altrimenti non si potrebbe teorizzare l'idea di un ipotetico pactum che origina lo stato politico. L'individualismo è a sua volta un portato del razionalismo, del quale l'empirismo rappresenta una derivazione.

Hobbes, come Locke, è un individualista, perché nel dare lettura dei fenomeni sociali adotta la premessa metodologica per la quale è necessario partire dall'individuo e dalle sue facoltà mentali, che sono facoltà raziocinanti.

Lo stato di natura di Hobbes, però, non è rappresentato come una condizione di amore e comunione, ma come uno stato di guerra che vede ciascun individuo in perenne conflitto con altri individui (*bellum omnium contra omnes*) per via di un esercizio smisurato della libertà: la libertà naturale è il potere di fare tutto nei confronti di tutti. Nello stato di natura esiste solo l'individuo, non esiste una società organizzata e manca un senso di socialità. I diritti individuali sono esercitati senza limiti, generando inevitabili conflitti.

Di qui l'esigenza di instaurare la pace sociale mediante un patto: il *pactum unionis*. Con esso gli individui si uniscono in una comunità, si passa così da uno stato solipsistico ad uno stato comunitario.

Al *pactum unionis* segue il *pactum subiectionis*, col quale si crea un'entità politica sovraordinata agli individui e detentrica del monopolio della forza: il sovrano. Al sovrano vengono trasmessi tutti i diritti, tranne quello alla vita, che rimane in capo ai singoli individui. Tutte le libertà che in origine l'individuo possiede vengono devolute al sovrano, che gode di un potere assoluto in cambio della pace e sicurezza che spetta a lui garantire. In caso contrario si ha il ritorno allo stato di natura e ad un nuovo contratto sociale.

Con l'istituzione del sovrano e il passaggio allo stato politico quella libertà piena e illimitata che apparteneva agli individui passa in capo al sovrano: nasce così la monarchia assoluta.

In Hobbes emerge chiaramente l'idea che all'origine del problema politico vi sia la necessità di porre un limite all'esercizio dei diritti. Problema che viene risolto istituendo un'entità politica con poteri a loro volta privi di limiti.

In Locke i limiti all'esercizio dei diritti sono presenti anche nello stato di natura, perché gli individui qui non agiscono impulsivamente secondo i loro istinti come nello stato di natura prefigurato da Hobbes e da Grozio, ma secondo ragione. Nello stato di natura l'uomo agisce già nella consapevolezza che la propria libertà debba incontrare il limite della libertà altrui.

A differenza di Hobbes Locke enuclea i diritti fondamentali che, essendo naturali, sono presenti già nello stato di natura: il diritto alla vita, alla libertà, alla proprietà, a cui Locke aggiunge quali diritti complementari e sussidiari il diritto di farsi giustizia da sé e di punire. Fonte di tali diritti è la legge di natura, che è legge di ragione, ma non di

ragione oggettiva in senso tomista. Locke è un razionalista, e come tale crede nella ragionevolezza e nelle capacità razionali del singolo.

Il diritto di farsi giustizia e di punire sono un derivato della assenza, nello stato di natura, di un ente politico al quale affidare l'amministrazione della giustizia, come invece avviene con la creazione, per via pattizia, dello stato politico. Se nello stato di natura esistono solo gli individui e ad esse sono attribuiti dei diritti innati in quanto uomini, la giustizia non può che essere declinata in senso squisitamente soggettivistico, e la pretesa punitiva sarà anch'essa attribuita al singolo individuo per ristabilire, retributivamente, l'equilibrio dato dal rispetto reciproco a cui gli uomini sono tenuti anche nello stato di natura.

Il superamento dello stato di natura in Locke si rende necessario per ragioni simili a quelle delineate prima da Grozio e poi da Hobbes: la risoluzione dei conflitti, la pace e la sicurezza.

La rinuncia a una parte di tali diritti per devolvere allo stato i poteri necessari alla loro tutela riprende, ma con esiti opposti, lo schema già elaborato da Hobbes “stato di natura – stato civile”, ma con esiti opposti. Mentre per Hobbes l'esito del passaggio dallo stato di natura a quello civile mediante l'espedito del contratto sociale porta allo stato assoluto, per Locke porta a quello che verrà in seguito definito stato liberale, ovvero un regime politico incentrato sulla tutela dei diritti individuali quali diritti naturali.

Comune a entrambi è il giusnaturalismo soggettivista, in base al quale nell'originario stato di natura gli individui sono titolari di diritti innati, non concessi da alcuna autorità politica, che non c'è. La necessità di organizzare il potere per garantire una convivenza pacifica agli stessi individui rende necessario l'istituzione del potere statale retto dalla Corona per il tramite del contratto, strumento per mezzo del quale una porzione dei diritti individuali è devoluta al sovrano.

Tuttavia è diversa la concezione dello stato di natura: in Hobbes è uno stato di disordine irrazionale e di guerra di tutti contro tutti; in Locke è uno stato pacifico ordinato dalla ragione, ovvero dai diritti innati perché su di essa fondati, in quanto espressivi della razionalità umana. Situandoli nel primordiale stato di natura li sottrarre alla storicità e alla immanenza ad essa sottesa. Collegandoli alla ragione li ipostatizza e li rende universali e eterni, come universali ed eterni sono i principi evangelici e gli insegnamenti e le norme morali da essi ricavabili.



Nello stato di natura è presente anche l'idea di giustizia, per questo è dato il diritto di punire al singolo individuo. Diritto di punire secondo giustizia, non diritto di resistere o di reagire in difesa dei propri diritti. Il diritto di farsi giustizia è altro rispetto al diritto di difendersi.

Mentre nello stato di natura hobbesiano gli individui agiscono passionalmente per assecondare i loro istinti, senza seguire alcuna norma etica poiché non esiste ancora l'idea del giusto e dell'ingiusto, in quello lockiano esiste già l'idea di giustizia perché la legge di natura è legge di giustizia.

In Hobbes è con lo stato politico che sorge l'idea di giustizia, che deriva dalle leggi positive del sovrano. In Locke l'idea di giustizia precede l'istituzione politica e deriva dalla legge naturale. La legge positiva deve conformarsi alla legge naturale perché questa primeggia sulla prima vincolando il sovrano al suo rispetto e obbligandolo ad assolvere il compito precipuo di essere garante dei diritti naturali. Per questo lo stato politico lockiano nasce come stato di garanzia, in continuità con lo stato di natura, mentre in quello hobbesiano segna il passaggio da una condizione di piena e illimitata libertà ad una di totale negazione della libertà individuale.

Il contratto sociale per Locke serve a superare lo stato di natura senza rovesciarlo ma consolidando i principi su cui è fondato. I diritti naturali rimangono diritti fondamentali e cogenti anche nello stato politico, in piena continuità con lo stato di natura. Che deve essere superato non perché sia uno stato di belligeranza totale, ma perché senza un'autorità politica che sia garante dei diritti e che amministri la giustizia e redima i conflitti non è possibile preservare una condizione di civile ed ordinata convivenza. Locke ritiene che gli individui non siano in grado di agire sempre secondo ragione, e di regolare i loro conflitti secondo giustizia. Il rischio che l'emotività prevalga sulla razionalità e che alla punizione giusta sia sostituita la vendetta, intesa quale reazione smisurata all'offesa, rende necessaria l'istituzione politica.

Tuttavia mentre per Hobbes il potere statale deve concentrarsi nel sovrano, per Locke, teorizzatore della separazione dei poteri, deve dividersi tra quello di governo che spetta al re, e quello legislativo che spetta al parlamento.

Locke, con il suo *Secondo trattato sul governo*, è il primo teorizzatore del liberalismo classico, e precursore dell'illuminismo, che nel giusnaturalismo dei contrattualisti inglesi trova il suo fondamento teoretico.

Sia Hobbes che Locke sono fortemente condizionati dalle vicende storico-politiche dell'Inghilterra del '600, in particolare dalle due gloriose rivoluzioni, quella del 1648 e quella del 1689. Il *Secondo trattato sul governo* è coevo alla seconda e ad essa si ispira, dal momento che Locke si schiera dalla parte dei baroni e quindi del parlamento, mentre Hobbes prende le difese della Corona.

Per Hobbes lo Stato di natura è dominato dal caos e dalla violenza poiché gli individui, privi di regole che ne garantiscano la pacifica convivenza, sono in continuo conflitto fra loro (*bellum omnium contra omnes*): prevale il più forte sul più debole, non c'è giustizia e non ci sono giudici che regolino i conflitti. Ciascuno cerca di accaparrarsi i beni necessari alla sopravvivenza occupando le terre o sottraendo con la forza la ricchezza altrui. Lo stato di natura è una sorta di stato primordiale in cui emerge l'istinto animalesco che è, per Hobbes, innato nel genere umano.

La ragione porta l'uomo ad organizzare il potere in un'entità sovraindividuale che in Hobbes assume come noto il nome di Leviatano, al quale gli individui trasmettono tutti i loro diritti.

In un primo momento Locke, che si forma sugli scritti di Hobbes e ne trae l'indirizzo empiristico-giusnaturalistico, condivide l'analisi dello stato di natura quale condizione di invivibile e perenne conflitto fra individui portati a sopraffarsi l'un l'altro, tanto da condividere l'esito a cui giunge Hobbes per risolvere lo stato conflittuale della comunità umana non organizzata in stato: la tirannide. Locke si convince che, lo stato assoluto, sia la soluzione da preferire alla necessità di organizzare il potere, monopolizzandone l'esercizio in un ente sovraordinato. Tale posizione emerge nei suoi primi scritti e verrà mantenuta fino al 1660 – 1661, quando, in seguito alla restaurazione del potere dispotico degli Stuart, si convince della necessità di superare l'assolutismo e di elaborare una teoria del contratto sociale finalizzata non alla creazione di uno stato assoluto, ma di uno stato che abbia, quale primario compito, quello di preservare e tutelare i diritti individuali.

Il radicale cambiamento del pensiero di Locke non riguarda solamente il campo politico ma anche quello religioso, poiché passa dalle posizioni assolutiste e teocratiche della giovinezza alla enucleazione dello stato laico e della tolleranza religiosa nelle opere più celebri della maturità (*Epistola sulla tolleranza, Saggio sull'intelletto umano, Due trattati sul governo*).

Le due gloriose rivoluzioni inglesi del 1648 e del 1688 hanno fortemente condizionato l'opera di Locke, che si è mostrato particolarmente permeabile ai fatti politici dell'epoca, nei quali è fattivamente coinvolto a causa del suo attivismo politico nelle fila del partito Whig, per il quale è stato eletto in parlamento. Il coinvolgimento è tale da indurre nel filosofo una profonda revisione dei principi filosofici su cui aveva basato la produzione letteraria giovanile, peraltro rimasta inedita, e imperniata su una visione del mondo nella quale un ordine naturale di ascendenza divina, dato e immutabile, deve essere mantenuto e difeso attraverso istituzioni politiche che non ammettono visioni alternative.

E' la stessa idea di legge naturale che cambia, insieme a quella di ragione.<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup>Nicola Abbagnano rileva che dagli scritti inediti del periodo giovanile emerge quanto Locke fosse convinto dell'esistenza di un ordine unico e necessario del quale si facesse garante lo stato assoluto, che non poteva ammettere la tolleranza religiosa. La credenza in tale ordine comportava in Locke una concezione altrettanto assoluta della ragione, che su di esso doveva basarsi. *“La partecipazione di Locke alla vita politica del suo tempo, cioè alle vicende che portarono dall'assolutismo degli Stuart alla monarchia degli Orange e, in questa, al prevalere della borghesia e della nobiltà industriale, interessate alla libera difesa dei loro interessi e al soddisfacimento dei loro bisogni, condussero Locke a un mutamento radicale delle sue convinzioni politiche, a rigettare la credenza in un ordine necessario e assoluto, quindi l'assolutezza o infallibilità della ragione, e a cercare nuove tecniche razionali che consentano all'uomo di comprendere ed esercitare i suoi poteri nella vita individuale e sociale.”* Alla ricerca di queste tecniche è diretto il Saggio sull'intelletto umano, opera con cui Locke analizza i limiti, le condizioni, le possibilità effettive della conoscenza umana, rifacendosi al filone filosofico dell'empirismo inglese, e ad autori quali Bacone, Ockham ed Hobbes.

La tesi di fondo che emerge dal Saggio è che la conoscenza si fonda sulle idee e che queste derivano dall'esperienza, che ne costituisce fondamento e limite. Locke ambisce a spiegare l'origine della conoscenza umana definendo il concetto di idea ed elaborando una teoria del linguaggio fortemente legata ad essa. Nel farlo, confuta la concezione cartesiana di ragione basata sull'innatismo, ovvero sul postulato che la mente umana conterrebbe idee innate indipendenti dall'esperienza e comuni a tutti gli uomini. Da ciò, deriverebbe una concezione assoluta di ragione, mentre quella elaborata da Locke trova i suoi limiti nell'esperienza umana, ovvero in ciò che i sensi percepiscono della realtà che circonda l'uomo.

*“Scopo di Locke, sostiene Abbagnano, è quello di formulare una teoria della ragione che sia allo stesso tempo valida ed efficace; valida, perché fondata sui limiti reali che l'esperienza impone alla ragione; efficace, perché adatta a dirigere l'uomo in tutte le faccende della vita quindi anche nel dominio morale, religioso, politico. (...) La ragione trova il suo materiale, e in genere le condizioni della sua agibilità, nell'esperienza, e l'esperienza trova la sua organizzazione e la sua capacità di controllo nelle tecniche della ragione. Ciò che distingue il razionalismo di Locke dal razionalismo di uno Spinoza o di un Leibnitz è il suo rifiuto di ridurre la ragione a una tecnica una ed infallibile, fondata su poche regole o principi, che non si possono revocare in dubbio e dai quali è possibile dedurre tutte le verità, senza bisogno di ulteriori controlli o esami. Una tecnica siffatta, secondo Locke, non esiste, o almeno non è a disposizione dell'uomo. Lo sarebbe soltanto se l'uomo fosse a sua volta compreso in un ordine totale e necessario che lo renderebbe bensì infallibile, ma ne farebbe anche l'oggetto, non il soggetto dell'ordine stesso: cioè non gli consentirebbe di mutarlo.”*

Se in un primo momento Locke sostiene l'inscindibilità della ragione dall'ordine totale e necessario di cui fa parte l'uomo, con il Saggio sull'intelletto umano e le altre opere coeve Locke sostiene l'esatto contrario, sostenendo che una concezione assoluta della ragione porta al dogmatismo, esattamente come una visione assoluta dei principi religiosi porta al fanatismo e all'intolleranza.

*“Il saggio, rileva Abbagnano, contiene l'indicazione di tutti gli scopi cui gli strumenti razionali*

Se negli scritti giovanili emerge una concezione assoluta della ragione, legata ad un ordine naturale dato e immutabile, che non può essere modificato o messo in discussione, nelle opere della maturità, e in particolare nel *Saggio sull'intelletto umano*, Locke enuclea una nozione di ragione molto diversa, poiché rifiuta l'esistenza di un ordine naturale e universale e considera l'esperienza quale fondamento e limite delle capacità razionali dell'uomo<sup>55</sup>.

L'empirismo di Locke, come noto, si colloca nella tradizione empiristica e sensista della filosofia inglese, a cui apparteneva anche Hobbes, e si pone in netta antitesi con il razionalismo cartesiano<sup>56</sup>, fondato sul cosiddetto innatismo, ovvero sul postulato per cui la mente umana sarebbe capace di elaborare idee generali e universali indipendenti dall'esperienza, come ad esempio l'idea di Dio.<sup>57</sup>

---

*dell'uomo dovrebbero servire. Questi scopi sono in primo luogo negativi, combattere l'ignoranza e il sapere fittizio, il dogmatismo, il fanatismo; e, in secondo luogo, positivi: difendere ed esercitare in ogni campo la libera indagine, graduare l'assenso sulla misura delle probabilità, stabilire i limiti fra fede e ragione, giustificare le regole morali e politiche, e una fede religiosa che escluda il fanatismo e non si opponga in nessun modo ai diritti legittimi della ragione.”*

<sup>55</sup>“La parola ragione ha in inglese diversi significati: talvolta è presa per i principi veri e chiari; talvolta per chiare ed esatte deduzioni da questi principi e talvolta per la causa e in particolare per la causa finale. Ma io l'assumerò qui in un significato diverso da tutti questi, cioè in quanto sta per una facoltà umana, la facoltà per la quale l'uomo deve essere distinto dalle bestie e per la quale è evidente che egli le sorpassa di molto.” LOCKE J., op. cit., IV, XVII, § 1.

“Se la conoscenza generale (...) consiste nella percezione dell'accordo o del disaccordo delle nostre idee e la conoscenza dell'esistenza fuori di noi (...) può essere ottenuta solo dai sensi, quale posto rimane per l'esercizio di ogni altra facoltà che non sia il senso esterno e la percezione interna? Che bisogno c'è della ragione? Un gran bisogno: sia per estendere la nostra conoscenza sia per regolare il nostro assenso. Essa infatti ha da fare sia nella conoscenza sia nelle opinioni ed è necessaria, e di aiuto, a tutte le nostre facoltà intellettuali(...)” LOCKE J., op. cit., IV, XVII, § 2.

<sup>56</sup>Cartesio è ritenuto il fondatore della filosofia moderna e del razionalismo moderno. Nel suo *Discorso sul metodo* elabora il cosiddetto dubbio metodologico, che costituisce la base della moderna epistemologia. Il procedimento che porta all'accertamento della verità tramite la sperimentazione e la confutazione verrà fatto proprio dagli scienziati e da quei filosofi che, nel solco del razionalismo moderno, elaboreranno successive concezioni del pensiero razionalista fino al XX secolo.

<sup>57</sup>Cartesio distingue tre tipi di idee: idee avventizie, derivanti dalla percezione della realtà materiale, quindi dai sensi; idee fittizie, cioè inventate dall'uomo e non aventi riscontro in un dato di realtà; idee innate, cioè connaturate con la stessa mente umana.

Nel *Saggio sull'intelletto umano* Locke offre invece due distinte classificazioni di idee.

Nella prima distingue le idee di sensazione da quelle di riflessione, intendendo le prime come le idee derivanti dai sensi, ovvero dalla percezione sensoriale della realtà materiale, le seconde come le idee scaturite dalla mente, ovvero dalle proprie capacità razionali.

Nella seconda distingue tra idee semplici e complesse.

Nicola Abbagnano rileva come Locke abbia mutuato da Cartesio la nozione di idea, pur rielaborandola lui stesso, e in particolare l'assunto che il reale esiste in quanto pensato sotto forma di idea, per cui il dato di realtà è un dato del pensiero in quanto contenuto in un'idea. L'uso del termine idea significa, “per Locke come per Cartesio, che l'oggetto esterno non è immediatamente presente allo spirito, cioè non gli è presente nella sua realtà o (come Hasserl direbbe) in carne ed ossa o in persona, ma attraverso la mediazione di una entità mentale che, anche se è prodotta dall'oggetto reale, ha sempre con esso un rapporto problematico.”

Secondo Cartesio la ragione è universale e uguale in tutto il genere umano, per questo ciascuno individuo è in grado di pensare delle idee che sono costitutive della mente e ne rendono possibile il funzionamento. L'idea di se stessi, del proprio pensare, del proprio volere, è un'idea innata, che tutti possiedono. Per Cartesio non può aversi una mente vuota a mò di tabula rasa, perché in principio tutti gli uomini sono capaci di pensare le idee che rendono possibile lo sviluppo del pensiero e del ragionamento.

Su tale postulato si sviluppa il razionalismo continentale, che troverà, nei secoli successivi, svariati epigoni non solo in Francia.<sup>58</sup>

Sul piano gnoseologico Cartesio sviluppa un metodo di apprendimento della conoscenza di tipo deduttivo<sup>59</sup>, e così altri autori razionalisti come Spinoza, mentre l'empirismo inglese applica il metodo induttivo, dal momento che la fonte della conoscenza sta nell'esperienza e non esistono principi primi o leggi universali non ricavabili dallo studio del singolo fenomeno.

In Locke il rifiuto del metodo sillogistico-deduttivo<sup>60</sup> è strettamente collegato al rifiuto dell'innatismo e della concezione assoluta di ragione, che egli contesta ai razionalisti di matrice cartesiana.

Egli confuta il presupposto per cui vi sarebbero principi primi che appartengono allo spirito umano e che la mente eredita affinché ne sia garantito il suo stesso

---

<sup>58</sup>All'innatismo cartesiano si rifà, anche se con dei distinguo, il filosofo tedesco Leibnitz.

<sup>59</sup>La deduzione è concetto già elaborato da Aristotele con il sillogismo. Come rileva Nicola Abbagnano, ne Il Saggio sull'intelletto umano emerge a più riprese il rifiuto del metodo sillogistico ripreso nel medioevo dalla Scolastica, che si spiega per via del rifiuto del concetto di idea innata, ma anche alla critica dell'idea aristotelica di sostanza.

<sup>60</sup>“C'è ancora una cosa che desidero sia considerata circa la ragione: se il sillogismo, come spesso si pensa, sia lo strumento proprio di essa e il modo più utile di esercitare questa facoltà. I motivi per dubitarne sono i seguenti:

*Primo, il sillogismo serve alla ragione solo in una delle sue parti (...), cioè per mostrare la connessione delle prove in ogni singolo caso e non più; ma non è in questo di grande utilità perché lo spirito può percepire, dove c'è realmente, altrettanto facilmente, anzi far meglio, senza di esso.*

*Se osserveremo le operazioni del nostro spirito troveremo che ragioniamo meglio e più chiaramente quando osserviamo solo la connessione delle prove senza ridurre i nostri pensieri alle regole del sillogismo. Perciò si può osservare che molti uomini ragionano in modo estremamente chiaro ed esatto, senza sapere come costruire un sillogismo. (...) Ora se in tutta l'umanità quelli che sanno formulare sillogismi sono pochissimi in confronto di quelli che non sanno e se di quei pochi, cui la logica è stata insegnata, solo un numero piccolissimo fa qualcosa più che credere che il sillogismo, nei “modi” e nelle “figure” ammesse, concluda esattamente, ma non conosce con certezza che sia così: se il sillogismo dev'essere considerato come il solo strumento proprio della ragione, e il solo mezzo di conoscenza, ne seguirà che, prima di Aristotele, non ci fu nessuno che conobbe o avrebbe potuto conoscere qualcosa mediante la ragione e che, dall'invenzione del sillogismo, ci sarà stato solo uno su diecimila che abbia saputo farlo.” Op. cit., pp. 765, 766.*

funzionamento, sostenendo che non sia possibile dare per conosciuta un'idea o un'impressione quando l'individuo non la percepisce, o non è in grado di percepirla; non può esservi conoscenza di una verità data senza che la mente sia capace di riconoscere questa verità.

Se l'individuo non è consapevole di tale verità perché non è in grado di averne percezione non può sostenersi che tale verità gli appartenga in quanto persona umana. E' ciò che avviene negli infanti o nei soggetti affetti da demenza. I bambini, se avessero ricevuto delle idee innate così come ricevono in eredità i caratteri genetici dei genitori, ne avrebbero percezione fin dalla nascita, senza che nessuno debba loro inculcarli. Ma così, come noto, non è.

Quanto detto vale sia per i principi speculativi come per quelli pratici.

Per quanto riguarda le idee speculative prende ad esempio gli assiomi più noti, quali "ciò che è, è", "è impossibile che la stessa cosa sia e non sia" per smentire che siano conosciuti *ab origine* da tutti gli esseri umani, benché siano ritenute massime universalmente accettate.<sup>61</sup> Per negare che su di essi vi sia un universale assenso, come sostenuto dagli innatisti per giustificarne il fondamento, basta, secondo Locke, la banale constatazione che i bambini e i deficienti non hanno la minima percezione di questi assiomi.<sup>62</sup> E poiché se si sostiene che una tale proposizione sia impressa nella mente la si deve percepire, se molte persone non le percepiscono significa che non sono loro

---

<sup>61</sup> "Comincerò dai principi speculativi, e nella specie con quei celebri principi di dimostrazione: 'Tutto ciò che è, è' e 'E' impossibile che la stessa cosa sia e non sia'; i quali, fra tutti gli altri, credo abbiano il titolo più riconosciuto all'innatezza. Questi hanno una reputazione così salda di massime universalmente accettate, che senza dubbio si troverà strano che qualcuno sembri porle in dubbio. Ma mi permetto di dire che queste proposizioni sono tanto lontane dal ricevere un assenso universale, che da una gran parte dell'umanità non sono neppure conosciute." Op. cit., I, I, § 4.

<sup>62</sup> "Infatti, anzitutto è evidente che i bambini e i deficienti non hanno la minima percezione o pensiero di queste proposizioni. E questa mancanza basta a distruggere quell'assenso universale che deve essere per forza la concomitante necessaria di tutte le verità innate; mi sembra quasi una contraddizione dire che ci sono verità impresse nell'anima che essa non percepisce o comprende: giacché l'impressione, se significa qualcosa, non può essere altro che il far sì che certe verità siano percepite. L'imprimere qualcosa nello spirito senza che lo spirito lo percepisca mi sembra infatti cosa difficilmente intelligibile. Se dunque i bambini e i deficienti hanno un'anima o uno spirito nel quale ci sono queste impressioni, essi devono inevitabilmente percepirla e necessariamente conoscere quelle verità e darvi il loro assenso; poiché non lo fanno, è evidente che non ci sono tali impressioni. Infatti, se non sono nozioni naturalmente impresse, come possono essere innate? E se sono nozioni impresse, come possono essere sconosciute? Dire che una nozione è impressa nello spirito, e allo stesso tempo dire che lo spirito ne è ignorante e che finora non se ne è mai accorto, significa rendere quest'impressione nulla. Di nessuna proposizione si può dire che essa sia nello spirito mentre lo spirito non l'ha mai conosciuta o non ne è mai stato consapevole." Op. cit., I, I, § 5.

note, e quindi non sono impresse nella loro stessa mente.<sup>63</sup>

Cade allora il postulato che tali proposizioni siano universalmente accettate perché innate;<sup>64</sup> altrimenti si dovrebbe ammettere l'aporia che nella mente umana siano impresse nozioni sconosciute allo stesso individuo in quanto incapace di percepirle.

Inoltre, nota Loche, moltissimi individui, pur essendo capaci di percepire questi assiomi, ne sono all'oscuro, a dimostrazione di come la conoscenza sia acquisita e non data. Si dovrebbe altrimenti ammettere l'ulteriore aporia che tali assiomi siano impressi nella mente di chi non li conosce; ma se sono impressi nella mente, l'individuo non può non esserne consapevole.

Non vale a superare tale aporia, quanto sostenuto dagli innatisti circa la capacità per tutti gli individui di assumere i principi innati, a prescindere dalla loro effettiva conoscenza; tale capacità sarebbe data dall'uso della ragione, che ne permetterebbe la scoperta. Pertanto, quando l'individuo giunge ad un'età in cui può far uso della ragione, scoprirà le massime che già erano iscritte nella sua mente, ma che non era in grado di conoscere.<sup>65</sup>

Locke ritiene al contrario che la ragione non possa scoprire idee innate, dal momento che il procedimento razionale di scoperta è di tipo induttivo, e la ragione altro non è che la facoltà di dedurre verità sconosciute da principi o proposizioni già conosciute: se le

---

<sup>63</sup> “Se le verità possono essere impresse nell'intelletto senza essere percepite, non vedo quale differenza ci possa essere, rispetto alla loro origine, fra ogni verità che lo spirito è 'capace' di conoscere: devono essere tutte innate o tutte avventizie, e invano si cercherà di distinguerle. Dunque colui che parla di nozioni innate nell'intelletto non può (...) voler dire che tali verità si trovino nell'intelletto in modo che esso non le abbia percepite e che ne sia totalmente ignorante. Giacché se le parole 'esserne nell'intelletto' hanno una qualche proprietà, significano 'essere inteso'. Dunque essere nell'intelletto e non essere inteso, essere nello spirito e non essere percepito, è tutt'uno col dire che qualsiasi cosa è e non è nello spirito o nell'intelletto. Se quindi queste due proposizioni 'Tutto ciò che è, è' e 'E' impossibile che la stessa cosa sia e non sia' fossero impresse dalla natura, i bambini non potrebbero ignorarle; i bambini in fasce e tutti coloro che hanno un'anima dovrebbero necessariamente averle nel loro intelletto, conoscere la verità e assentire ad essa”. Op. cit., I, I, § 5.

<sup>64</sup> “Non v'è opinione più comunemente accettata di quella secondo la quale ci sono certi 'principi, sia speculativi che pratici (...), sui quali l'umanità è universalmente concorde; questi principi, si dice, devono quindi necessariamente essere le impressioni costanti che l'anima degli uomini riceve con l'esistenza stessa e porta nel mondo con sé con altrettanta necessità e realtà delle loro facoltà inerenti”. Op. cit., I, I, § 3.

<sup>65</sup> “Se essi intendono che con l'uso della ragione gli uomini possono scoprire questi principi e che ciò basta per provare che sono innati, il loro modo di ragionare sarà il seguente: qualunque verità che la ragione può farci scoprire con certezza e alla quale ci fa assentire saldamente, è naturalmente impressa nello spirito, giacché l'assenso universale, che ne è il contrassegno, equivale a questo: con l'uso della ragione siamo capaci di giungere ad una conoscenza certa di queste verità e di assentire ad esse.” Op. cit., I, I, § 8.

verità innate sono già conosciute, non possono essere scoperte.<sup>66</sup> Quindi se si assume che la ragione le scopra non si prova affatto che siano innate ma che, al contrario, sono state ri-conosciute mediante il ragionamento. Se la conoscenza delle idee innate è data dal consenso universale e non dal ragionamento non possono essere scoperte mediante le facoltà razionali dell'individuo adulto. Nella scoperta dei principi speculativi dati per innati non si fa uso del ragionamento; se se ne facesse si dimostrerebbe che sono tutt'altro che innati.

Inoltre, rileva Locke, è falso ritenere che gli individui scoprono i principi innati quando iniziano a far uso della ragione, perché da un lato i bambini tengono comportamenti razionali già prima che possano conoscere tali principi, dall'altro può accadere, e spesso così è, che un uomo viva la propria intera esistenza senza mai conoscerli, benché le proprie facoltà mentali siano fisiologicamente sviluppate. Gli incolti non conoscono, ad esempio, il principio di non contraddizione.<sup>67</sup>

Quanto detto per i principi speculativi vale a maggior ragione per quelli pratici, ovvero morali. Anzi, mentre sulle massime speculative può esservi una più generale e indiscussa accettazione, poiché meno soggette al giudizio personale e considerate inopinabili, i principi morali, per essere accettati, devono essere condivisi, e sono quindi tutt'altro che scontati e universalmente conosciuti e rispettati. Ciò non significa che certi principi morali non siano veri, ma che non sono conosciuti dall'intera umanità in quanto iscritti nella mente umana.<sup>68</sup> Conseguentemente le regole morali, per essere accettate, devono essere approvate, pertanto non possono essere accettate passivamente perché eterodeterminate.<sup>69</sup> Quando Locke sostiene che l'uomo abbia diritto di chiedere ragione

---

<sup>66</sup>“Ma come possono questi uomini pensare che l'uso della ragione sia necessaria per scoprire i principi che si suppongono innati, quando la ragione stessa (...) non è che la facoltà di dedurre verità sconosciute da principi o proposizioni già conosciute? Non si può certo ritenere innato ciò per la cui scoperta ci occorre la ragione (...). Dire che la ragione scopre quelle verità così impresse nella significa dunque dire che l'uso della ragione svela all'uomo ciò che già sapeva.” Op. cit., I, I, § 9.

<sup>67</sup>Op. cit. I, I, § 12.

<sup>68</sup>“Se le massime speculative (...) non ottengono da tutta l'umanità un assenso universale effettivo, come abbiamo provato, è ancora più evidente, per quanto riguarda i principi pratici, che essi sono ben lungi dall'essere accettati universalmente. E credo che sarà difficile trovare l'esempio di una regola morale morale che possa pretendere ad un assenso così pronto e generale come la massima 'Ciò che è, è' (...). Da ciò risulta evidente che i principi morali hanno ancora meno titolo degli altri ad essere innati, e il dubbio che si tratti di impressioni originarie nello spirito è ancora più forte che nell'altro caso. Con ciò non si pone in questione la loro verità. Essi sono ugualmente veri, anche se non ugualmente evidenti. Le massime speculative portano con sé la propria evidenza; ma i principi morali esigono ragionamenti e discorsi e qualche esercizio dello spirito perché sia scoperta la certezza della loro verità.” Op. cit. I, II, § 1.

<sup>69</sup>“Io credo che non si possa proporre alcuna regola morale di cui un uomo non abbia il diritto di



delle regole morali postula il principio dell'autonomia morale, che vuole che ciascun individuo trovi dentro di sé la regola morale, anche se la apprende mediante i sensi. Apprenderla non significa subirla e recepirla acriticamente, ma pensarla e farla propria. Egli pone pertanto le basi su cui si formerà, nel secolo successivo, l'autonomia individualistica, che culminerà nell'elaborazione kantiana. Anche i principi morali che nel mondo occidentale sono considerati patrimonio ampiamente condiviso, come quello evangelico del “fare agli altri ciò che vorresti che gli altri facessero a te”, non sono conosciuti perché iscritti nello spirito, e anche se conosciuti, devono essere provati.<sup>70</sup> La prova della loro immanenza e vitalità è data dalla condivisione, pertanto non possono dirsi innati. Se fossero verità indiscusse e incontestabili nessuno potrebbe dubitare di loro, non avrebbe senso interrogarsi sulla loro valenza.

Ciò vale anche per talune regole morali trasposte in principi giuridici che appartengono alla tradizione giuridica occidentale, come quello per cui ciascuno risponde degli atti negoziali compiuti assumendone gli effetti obbligatori, o quello per cui il contraente deve rispettare l'impegno assunto con la stipula di un contratto. Autonomia individuale e responsabilità patrimoniale non sono principi innati perché vi sono società che non li riconoscono, e che non li considerano principi regolatori del vivere civile.<sup>71</sup>

Ma anche la fede e la giustizia non sono riconosciute come principi da tutti gli uomini. L'idea di giustizia che deriva dalla tradizione filosofica occidentale e dal cristianesimo non è quella di altre culture. E comunque anche nelle società occidentali è banale riscontrare che non tutti rispettano questi principi, che sono principi pratici, orientanti l'agire umano. Non basta dividerli in astratto, dirsi d'accordo con essi, ma occorre

---

*chiedere la ragione. Ciò sarebbe ridicolo e assurdo se fossero innate, o anche solo autoevidenti, il che dovrebbe essere il caso per ogni principio innato, che non ha bisogno di prove per accertare la sua verità né di una ragione qualsiasi per guadagnare l'approvazione.” Op. cit., I, II, § 4.*

<sup>70</sup> “Ma se si proponesse ad una persona, che non ne avesse mai prima sentito parlare ma tuttavia fosse in grado di capirne il significato, quella regola più salda della moralità che è a fondamento di tutta la virtù sociale: ‘Si deve fare agli altri ciò che si vorrebbe che gli altri facessero a noi’, non potrebbe quella persona, senza assurdità, chiederne la ragione? E colui che la proponesse non avrebbe l'obbligo di dimostrarne la verità e la ragionevolezza?” Ibidem.

<sup>71</sup> “Che gli uomini debbano mantenere gli impegni è certamente una grande e innegabile regola della moralità. Ma se ad un cristiano, il quale ha in vista la felicità o la sofferenza nell'aldilà, si chiede perché un uomo deve tener fede alla propria parola, egli darà questa ragione: perché Dio, che ha il potere della vita eterna e della morte, ce lo comanda. Ma se si fa la stessa domanda ad un discepolo di Hobbes egli risponderà: perché il pubblico lo esige, e il Leviatano vi punirà se non lo fate. E se si fosse posta questa domanda ad uno dei filosofi antichi, egli avrebbe risposto: perché il fare altrimenti è disonesto, indegno della dignità dell'uomo e contrario alla virtù che è la perfezione più alta della natura umana”. Op. cit. I, II, § 5.

che il comportamento individuale sia ad essi conforme. Per questo Locke respinge l'obiezione di chi afferma che sebbene alcuni uomini li neghino in pratica, tutti li ammettano nei loro pensieri. Il principio per cui ciascuno deve rispettare gli obblighi contrattuali è un principio di giustizia, che viene negato da quanti si rifiutano di adempierli. Non vale secondo Locke a provare che in costoro è presente l'idea che sia doveroso adempiere le obbligazioni derivanti da contratto, se poi in pratica non lo fanno: le azioni degli uomini sono le migliori interpreti dei loro pensieri.<sup>72</sup>

Inoltre, afferma, giustizia e verità sono concetti necessari a regolare i rapporti sociali, per questo gli uomini li riconoscono; non perché siano innati, ma perché utili alla vita sociale e alla stabilità dei rapporti interpersonali. Chi li viola per fini utilitaristici sa comunque che senza di essi regnerebbe il caos.<sup>73</sup> Pare che in questi passi del Saggio Locke attrinuisca ai principi pratici una valenza utilitaristica. Tanto da affermare che la grande varietà di regole morali che è possibile riscontrare nelle diverse società è dovuta alle diverse forme di felicità a cui uomini di diverse culture tendono con il loro agire. La virtù è approvata non perché innata ma perché serve. Benché il suo fondamento sia divino, ed essa discenda dalla legge di Dio, gli uomini ne riconoscono l'utilità al fine di conservare un certo ordine sociale basato su certezza e sicurezza, due necessità da cui deriva, storicamente, il fondamento del potere politico.<sup>74</sup>

Sul piano politico tale impostazione filosofica comporta il rifiuto della tirannide, mentre

---

<sup>72</sup>“Forse si vorrà dire che assentono tacitamente nel loro spirito a ciò che smentiscono nella pratica. La mia risposta è che, in primo luogo, ho sempre pensato che le azioni degli uomini siano le migliori interpreti dei loro pensieri. Ma poiché è certo che la pratica della maggior parte degli uomini e la professione aperta di alcuni hanno posto in dubbio o negato questi principi, è impossibile stabilire un consenso universale (...), senza il quale è impossibile concludere che sono innati.” Op. cit. I, II, § 3.

<sup>73</sup>A tal proposito viene fatto l'esempio della banda di banditi, che pur violando le regole di giustizia compiendo atti violativi della proprietà altrui, al loro interno sentono la necessità di rispettare tali regole, pena la dissoluzione del consorzio criminoso. Ciò perché riconoscono una qualche utilità a queste regole, non perché siano conosciute in quanto innate.

“La giustizia e la verità sono i legami comuni della società; quindi anche i banditi e i ladri, che per il resto rompono con tutto il mondo, devono mantenere fra di loro la fedeltà e le regole di equità, altrimenti non potrebbero stare insieme. Mi dirà forse qualcuno che coloro che vivono di frode e di rapina hanno principi innati di verità e giustizia che ammettono e cui assentono?” Op. cit. I, II, § 2.

E' nota la frase di Kant che il ladro non ruba solo agli altri ma anche a se stesso, perché disconoscendo l'inviolabilità della proprietà altrui disconosce pure l'inviolabilità della propria.

<sup>74</sup>“Penso che si dovrà riconoscere che molte regole morali possono ricevere un'approvazione generalissima da parte dell'umanità senza che sia conosciuto o ammesso il vero fondamento della morale; il quale può essere solamente la volontà e la legge di Dio (...). Dio infatti ha connesso con un legame indissolubile la virtù e la felicità pubblica, e ha reso il loro esercizio necessario per la conservazione della società e visibilmente vantaggioso per tutti coloro con cui ha a che fare l'uomo virtuoso; non fa quindi meraviglia che ciascuno non solamente riconosca queste regole ma anche ne raccomandi l'uso ad altri, dalla cui osservanza egli è sicuro di cogliere un beneficio per sé.” Op. cit. I, II, § 6.

sul piano religioso il rifiuto del fondamentalismo. La teoria del contratto sociale esposta nei due *Trattati sul governo* rappresenta l'approdo di tale percorso filosofico, sin qui delineato in modo assai breve e frammentario, non essendo questa la sede per un'esposizione completa della filosofia di Locke. In essa si condensano il giusnaturalismo e il razionalismo di matrice induttivo – empirista, che porta l'autore a postulare l'esistenza dei diritti naturali, mercé il suo rifiuto dell'innatismo. Consapevole di tale apparente aporia, Locke tiene a precisare che tale rifiuto non comporta la negazione di questi diritti. Egli fa derivare il diritto alla vita, alla libertà e alla proprietà privata da un ordine naturale universale connaturato al genere umano, ma non sostiene che tale ordine sia conosciuto da qualunque individuo. Con ciò non nega però che questi diritti siano diritti naturali. Legge di natura e legge innata sono due concetti distinti: l'uomo non conosce la legge di natura perché iscritta nella sua mente. Negare allora che esistano leggi innate non equivale a negare l'esistenza di leggi naturali.<sup>75</sup>

Questa digressione sul giusnaturalismo lockiano permette di comprendere le origini del liberalismo classico e in particolare del liberalismo di matrice inglese, tradizionalmente distinto da quello continentale. Questa dicotomia poggia su differenti presupposti filosofici e su diverse evoluzioni storiche. Sul piano filosofico entrambi maturano nell'ambito del giusnaturalismo moderno, che a sua volta deriva dal razionalismo. In seno al razionalismo, si distingue la corrente cartesiana da quella baconiana di carattere empirista. La distinzione, come abbiamo visto, poggia più che altro sul metodo: deduttivo il primo, induttivo il secondo. Per il resto si riscontra una stretta contiguità fra i pensatori dell'una e dell'altra tradizione. Per questo la dicotomia ripresa da Bettiol appare discutibile, anche se utile sul piano descrittivo a distinguere due tradizioni che hanno determinato, sul piano storico, due differenti applicazioni dei principi liberali. Secondo taluni autori liberali l'assoluta fede nella ragione derivante dal razionalismo cartesiano ha fatto sì che nell'Europa continentale si sviluppasse un liberalismo di tipo statualistico, che può apparire come un ossimoro. In effetti le rivoluzioni borghesi del XIX secolo hanno determinato il rovesciamento delle monarchie assolute ricorrendo al costituzionalismo e facendo quindi leva sull'idea che fosse lo stato liberale a dover

---

<sup>75</sup> “Non vorrei che si credesse che, poiché nego una legge innata, io pensi che non ci siano che leggi positive. C'è una grande diversità fra una legge innata e una legge di natura; tra qualcosa impressa nel nostro spirito alla sua origine e qualcosa di cui, pur essendone ignoranti, possiamo ottenere la conoscenza con l'uso e la dovuta applicazione delle nostre facoltà naturali.” Op. cit. I, II, § 13.

concedere prima e garantire poi i diritti individuali, mediante la separazione dei poteri e un potere di governo limitato dalle costituzioni. Così non è stato in Inghilterra, dove non è mai esistita una costituzione che abbia segnato un momento di cesura nella storia, e dove i principi liberali si sono tramandati di generazione in generazione per centinaia di anni, a partire dalla *Magna Charta Libertatum* del XIII secolo, passando per le due gloriose rivoluzioni del secolo XVIII.

Tali differenti evoluzioni del liberalismo inglese rispetto a quello continentale, oltre ad essere dovute a ragioni storiche, che pure sono state di importanza esiziale e non meno importanti di quelle filosofiche, sarebbero comunque dovute al razionalismo, e all'eccessiva fede nelle capacità razionali dell'uomo di governare i processi sociali e di organizzare l'amministrazione pubblica. In conseguenza di ciò sarebbero sorte le oligarchie politiche e le burocrazie statali che gradualmente avrebbero ampliato la loro sfera di azione a scapito delle libertà e dei diritti civili. Con ciò dimostrando il fallimento dello stesso costituzionalismo, posto che compito delle costituzioni doveva essere quello di regimentare il potere politico a garanzia delle sfere di libertà dei singoli. Persino la nascita del socialismo sarebbe un portato del razionalismo, dal momento che l'idea della pianificazione statale dei processi economici deriverebbe dalla fede verso la capacità calcolante della mente umana.

Lo stesso illuminismo avrebbe partorito il liberalismo ma anche il socialismo: due visioni opposte dei rapporti fra stato e individuo che avrebbero quale comune denominatore la statualità del diritto, comparsa solo in età moderna. Il positivismo giuridico è un derivato dell'illuminismo, ma anche dello stesso liberalismo, che con la separazione dei poteri e la valorizzazione del principio di legalità, ha spianato la strada all'idea che il legislatore statale sia l'unica fonte legittima della produzione normativa. Il primato della legge, che nelle ottimistiche intenzioni degli illuministi prima, dei sostenitori del costituzionalismo poi, doveva rappresentare il presidio dell'eguaglianza e della tutela dei diritti contro l'arbitrio dei notabili locali e dei giudici, si è rivelato pericoloso viatico per un esercizio autoritario del potere politico. La stessa democrazia rappresentativa si è dimostrata non sempre in grado di garantire il rispetto delle sfere di libertà, per via delle involuzioni plebiscitarie e del rischio della "dittatura della maggioranza".

In campo penale l'illuminismo giuridico è stato determinante nel fissare dei principi di

civiltà giuridica come quello di legalità e l'irretroattività della norma penale incriminatrice. Ma non in tutti i campi del giure penale gli autori illuministi si sono rivelati efficaci assertori dei limiti alla pretesa punitiva dello stato. In materia di pena la giustificazione prettamente utilitaristica del fondamento e del fine della stessa ha favorito il sorgere delle teorie defenzioniste a partire dalla seconda metà del XIX secolo. Esse si fondavano sull'idea che compito dello stato fosse quello di difendere la società dal crimine e che la pena, pertanto, dovesse fondarsi sulla pericolosità sociale piuttosto che sulla colpevolezza, e che la sua commisurazione dovesse dipendere non dal grado della colpa ma dal grado del pericolo che il reo rappresenta per la società.

Perciò quando si parla di illuminismo giuridico occorre avere ben presente tutto questo. Il maestro patavino ne è ben consapevole, tanto che in tutta la sua produzione scientifica riecheggia costantemente la critica che rivolge agli autori illuministi e ai loro epigoni della scuola classica, rispetto al formalismo e al concettualismo, che sono un portato del razionalismo. La sua formazione filosofica, incardinata sulla Scolastica e sul tomismo, lo porta a cogliere il rischio che comporta l'esaltazione delle capacità razionali dell'uomo di scoprire la verità e di poterla conoscere. Una verità che non è più oggettiva e data, in quanto rivelata e trasmessa dai testi sacri, come interpretati dai dottori della Chiesa, ma una verità che può essere ricercata per mezzo della ragione da ogni singolo individuo. Ragione da intendersi non in senso oggettivo e metafisico, in quanto retta e conforme all'ordine naturale dato da dio (*recta ratio*), a cui l'individuo deve conformarsi, ma come potere dell'uomo di poter ricercare la *propria* verità. La conseguenza è che ad una legge morale oggettiva, a cui il diritto positivo deve tendere, si sostituisce una legge morale orientata alla tutela del singolo individuo, postulante i diritti soggettivi, declinati come naturali. Il paradosso che emerge nella storia dell'affermazione di tali diritti nel corso della modernità è che essi si sono affermati contemporaneamente all'affermazione dello stato moderno, quale soggetto monopolizzatore della forza. La questione che ne è sorta è se una tale concezione dello stato potesse essere compatibile con l'idea di fondo del giusnaturalismo, per cui il diritto non dovrebbe avere come unica fonte il potere politico statale. Non è un caso che nella storia del pensiero politico moderno si sia costantemente registrata la tensione sottesa tra due tendenze entrambi derivanti dall'affermazione della statualità del diritto: l'una che vuole affidare allo stato il monopolio della produzione normativa, l'altra che

ritiene di dover subordinare la legge positiva al rispetto della legge naturale, prepolitica e fondata su precetti morali. Qui si pone un altro apparente contrasto e paradosso: il giusnaturalismo moderno, se da un lato segna il passaggio da una civiltà teocentrica ad una antropocentrica e l'avvento della secolarizzazione, da un lato porta ad affermare che l'uomo è titolare di diritti soggettivi derivanti dalla legge di natura, che è legge fondata sulla ragione e sulla morale, dall'altro fornisce piena legittimazione morale e giuridica al potere politico, dunque al diritto positivo, seppur statuendo che esso dovesse uniformarsi alla legge di natura. Lo stato garante dei diritti diviene presto l'unico produttore di diritto, soprattutto del diritto punitivo, posto che il diritto di punire, con il sorgere dello stato moderno, viene attribuito esclusivamente allo stato, prima impersonato dal re, *legibus solutus* nelle monarchie assolute, poi identificato nel parlamento e nel governo delle monarchie costituzionali. La statualità del diritto potremmo dire che sia la conseguenza naturale di una visione ottimistica dello stato politico, garante dei diritti naturali.

Ma per capire i motivi dell'affermazione della statualità del diritto in un'epoca, quella moderna, nella quale imperversava il giusnaturalismo, occorre anzitutto partire dal presupposto che i giuristi del sei-settecento vivono in un'epoca in cui la produzione giuridica era ancora frammentaria e consuetudinaria, e non si era ancora affermata l'idea del primato della legge scritta, certa e applicata in tutta la nazione. L'epoca delle codificazioni deve ancora arrivare e in Inghilterra neanche ci si pone il problema di codificare il diritto, sia civile che penale, come non ci si pone il problema di redigere una costituzione scritta. Gli illuministi continentali, in particolare francesi, vedevano dunque nello stato politico scaturente dal contratto sociale la via mediante la quale realizzare gli ideali di giustizia e di uguaglianza formale che essi volevano affermare. Si convincono che il primato del diritto fondato sulla ragione possa realizzarsi soltanto attribuendo allo stato il potere di *iuris dicere*, e che vada definitivamente superata la disomogeneità e la frammentarietà tipica della produzione giuridica di epoca medievale, nella quale si sovrapponevano norme di diritto comune a norme di diritto canonico e di origine feudale. Per gli illuministi continentali il carattere statualistico del diritto non si pone allora in contrasto con la natura prepolitica e razionale del medesimo, posto che lo stato deve solo riconoscerlo, applicarlo, e garantirne la tutela mediante l'ordine giudiziario e l'uso della forza. La codificazione ottocentesca, in particolare quella

napoleonica, che ha rappresentato un faro per le codificazioni dei paesi europei fra cui, come noto, gli stati preunitari italiani e il regno d'Italia, deve quindi considerarsi come il normale esito di un processo storico rivoluzionario che ha avuto come presupposto filosofico il giusnaturalismo soggettivista. Lo stato di diritto, che vedrà in Kant uno dei suoi massimi teorici sul piano filosofico, può considerarsi il naturale sviluppo dello stato politico fondato sulla ragione, le cui leggi non possono che ispirarsi alla ragione e quindi essere orientate nel rispetto dei diritti e della giustizia.<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> Nel ripercorrere la storia della codificazione napoleonica l'Olgiati mette in risalto il forte afflato statualistico che caratterizza i giuristi illuministi e la loro intenzione di ridurre la giuridicità alla statualità, chiedendosi come sia possibile affermare il diritto naturale insieme alla teoria secondo cui solo lo stato crea il diritto, che avrebbe potuto portare all'affermazione del paradigma opposto, quello giuspositivista. Si trattava di una contraddizione grossolana, che i giuristi di epoca successiva avrebbero potuto cogliere e denunciare, oppure le due dottrine sono logicamente connesse, tanto che da un punto di vista storico si potrebbe affermare che la tesi della statualità sia figlia del giusnaturalismo?

Per dare una risposta Olgiati parte da una considerazione storico-filosofica. La mentalità francese della prima metà dell'800 è ancora imbevuta di razionalismo illuministico, benché il romanticismo fosse alle porte, ed essa non può essere compresa se non tenendo presente l'intima natura dell'età dei lumi, ossia dell'*Aufklärung*. Basterà ricordare cosa fosse la *raison* allora, fiamma e luce che in religione, filosofia, scienza, politica, letteratura e nel diritto, primeggiava e pretendeva di rischiarare dal sole le fitte tenebre dei secoli bui del medioevo.

*“Lo Stato illuministico non poteva e non voleva essere altro, se non uno Stato secondo la Raison; e, di conseguenza, la statualità del diritto si affermava non in funzione di ogni Stato, - non in funzione dello Stato assolutista, - ma solo per lo Stato poggiato sui cosiddetti ‘principi immortali’ dell’unica vera Dea degna di essere posta sugli altari di Notre-Dame.*

*Un secolo intero, e soprattutto Rousseau, avevano preparato un simile orientamento degli spiriti, come dal Taine al Sorel, dal De Tocqueville ai più recenti storici della Rivoluzione francese, è stato messo egregiamente in luce. Il principio che <l'uomo> nasce con diritti naturali inalienabili ed imprescrittibili; il dogma fondamentale del *Contract social*, che ‘si l'on recherche en quoi consiste précisément le plus grand bien de tous, qui doit être la fin de tout système de législation, on trouvera qu'il se réduit a ces deux objet principaux, la liberté et l'égalité’; l'ideale d'uno Stato nel quale <chacun, s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant>; la concezione, quindi, d'una incarnazione della <raison> in uno Stato, che ispirasse alla <ragione> tutte le sue leggi, - erano idee comuni a tutti e diventate quasi una seconda natura. Per usare una terminologia, che per le sue vicende e per le discussioni anche recentissime può essere occasione di malintesi, ma che da un punto di vista storico è esatta, essendosi imposta, da Grozio in poi, in tutta l'età illuministica, solo lo <Stato di diritto> era il vero Stato anche per i compilatori del Codice e per i commentatori di esso. Il diritto era posto al di sopra di ogni attività e lo stesso Stato doveva esistere, vivere ed operare sottoposto e conformemente ad esso.” (Citazioni dello stesso autore, tratta da TAINÉ H., *Les origines de la France contemporaine*, e da DE TOCQUEVILLE A., *L'ancien régime et la Révolution*).*

E' vero che il XIX secolo è comunque il secolo delle codificazioni in cui si afferma prepotentemente, con la statualità del diritto, l'idea che solo il diritto positivo è diritto, ancorché di ispirazione razionalista. E nell'Europa continentale sono sempre, in particolare in terra tedesca, ove minore era stato l'influsso dell'illuminismo, si fa strada una scuola alternativa a quella giusnaturalistica, la scuola storica, e nella

---

stessa Francia, con il passare del tempo, emergono posizioni critiche verso il giusnaturalismo, che a detta di alcuni giuristi rendeva i codici troppo ancorati a dei principi assoluti, incompatibili con una concezione dinamica del diritto. Olgiati rileva come questi scrittori additino *“una contraddizione evidente tra uno <Stato di diritto>, da una parte (che come tale implica la preesistenza del diritto allo Stato) e la statualità del diritto, dall'altra (che necessariamente, esige la preesistenza dello Stato al diritto), la mentalità d'allora avrebbe risposto che lo Stato era la <raison> concreta e vivente, il Codice era la <raison écrite> e che l'antitesi tra diritto naturale e statualità del diritto veniva superata nella <ragione> stessa, fonte dei principî immortali, dello Stato moderno e delle moderne legislazioni.”*

La fiducia nel legislatore statale era tale che i giuristi illuministi neanche revocavano in dubbio la loro granitica certezza che esso si sarebbe conformato al diritto naturale e non avrebbe legiferato in senso contrario ai diritti individuali e al senso di giustizia. Questo è stato il grave limite dell'illuminismo, che si è disvelato già nel corso dell'ottocento quando, con il romanticismo, si assiste alla restaurazione e ad un arretramento dai principi rivoluzionari e garantisti sanciti dal giusnaturalismo illuminista. Scema la fede nella ragione quale fonte di legittimazione storica del diritto, prevale l'idea che il diritto debba radicarsi non solo in astratti principi, ma nelle tradizioni di un popolo e nella sua storia, facendo perno sul concetto di nazione piuttosto che di individuo.

Olgiati coglie l'eccessivo ottimismo degli illuministi verso la capacità e la volontà dei parlamenti e dei sovrani degli stati europei di farsi interpreti del diritto naturale uniformandone le nascenti legislazioni nazionali e la imputa al timore reverenziale che i giuristi illuministi nutrivano verso *“Monsieur <le Code>, collegato alla Déclaration des droits, dalla concezione illuministica del diritto e dal giusnaturalismo del tempo”*, evidenziando come il codice del 1804 avesse un libro preliminare intitolato *Du droit et des Lois*, che dichiarava: *“Il existe un Droit universel et immuable, source de toutes les lois positives; il n'est que la raison naturelle en tant qu'elle gouverne tous les hommes”*.

Quanto all'antistoricismo del giusnaturalismo illuminista Olgiati sostiene che la *mancaza del senso della storia* nell'elaborazione del diritto sia una conseguenza dell'influsso razionalistico dell'illuminismo sui giuristi francesi, i quali si preoccuparono del carattere della statualità, trascurando quello della storicità. Pur ritenendo che l'astrattismo dei giuristi ottocenteschi sia minore di quelli del secolo precedente, Olgiati riscontra che anche nel IX secolo l'antistoricismo nella scienza giuridica francese continua a dominare.

*“L'orientamento di Rousseau e della Rivoluzione è ben noto(...). Ciò che esiste è <l'uomo> astratto, non l'uomo concreto che di fatto vive coi suoi caratteri individuali e nazionali, nei diversi paesi e nelle diverse epoche.(...) Aspirare ad una costituzione politica, che valga per l'eternità e che sia adatta all'uomo di tutti i tempi e di tutti i popoli; tendere ad una sistemazione giuridica, che possa vantare lo stesso valore perenne e non sia sottomessa al fluttuare delle vicende storiche; sostituire per questo alla realtà concreta quella astratta, l'uomo astratto agli uomini reali, l'umanitarismo alle nazionalità, il <cittadino del mondo> al francese, all'inglese, all'italiano: tale fu il sogno di coloro che hanno steso la Déclaration des droits de l'homme, cullantisi dell'illusione di offrirne un abito che si adattasse a perfezione all'homme in generale, fosse questo un bambino di un anno o un uomo adulto, una signorina elegante od una vecchia suocera.*

*Nulla di così consono con la mentalità illuministica d'una tale utopia. La raison non poteva concepire la politica e il diritto se non more geometrico.”*

Un altro paradosso insito nel pensiero giuridico illuministico è dato dal contrasto tra l'individualismo da un lato, e l'esaltazione dello stato dall'altro: come è possibile che da una premessa individualista di derivazione giusnaturalista si possa approdare allo statualismo?

Olgiati nota opportunamente che lo stato di diritto è concetto di matrice individualistica: individualistico è il concetto di proprietà (art. 544 del *Code Napoléon*: *“La propriété est le droit de jouir d'une chose de la*



Il costituzionalismo ottocentesco, che si poneva l'obiettivo di limitare e contenere il potere politico secondo una visione garantista dei rapporti tra stato e cittadino, si mostrerà presto non in grado di assolvere al proprio compito, mostrando la fragilità delle costituzioni ottocentesche di costituire un effettivo argine al potere politico.

Bettiol è ben consapevole di ciò, al punto da palesare nel Trattato come nel Problema i limiti del liberalismo politico e giuridico rispetto alla tutela della persona umana, e ai valori di cui essa è portatrice. Tuttavia egli non ha mai disconosciuto l'importanza dell'illuminismo e del liberalismo nella formazione del diritto penale come scienza giuridica, orientato in senso umano e garantista.

Ma nel sostenere che il liberalismo giuridico parta da due premesse diverse – giusnaturalista una, contrattualista l'altra -, e tutt'altro che complementari, per giungere

---

*manière la plus absolue*); individualistica la nozione di famiglia; individualistica la visione delle professioni, come prova il divieto di fondare qualsiasi associazione professionale, sulla scorta dell'abolizione delle corporazioni voluta dalla Rivoluzione francese.

*“Nessuno si meravigli – afferma Olgiati – se tale orientamento fu congiunto con l'adorazione dello Stato e se la visione individualistica della vita e della storia fu connessa con l'affermazione della statualità del diritto. Era l'intima dialettica dell'individualismo, che sempre (e così avrebbe proseguito anche in seguito) aveva fatto oscillare l'uomo tra la libertà e l'autorità, come se fossero stati due opposti, gettandolo ora nelle braccia di una licenza anarchica, ora fra le morsa di un assolutismo dispotico.”* Olgiati sostiene che l'individualismo non abbia mai potuto fare a meno di postulare un'idea forte di stato (o di stato forte?), complementare all'assolutezza dei diritti soggettivi che con esso affermati, della cui difesa è incaricato lo stato: quindi, se si vuole che la legge naturale divenga legge positiva e che i giudici la applichino occorre che gli organi dello stato preposti alla produzione delle leggi e alla loro applicazione (ad essa letteralmente fedele, in base alla nota concezione del giudice quale *bois de la loi*) siano dotati della forza e della sovranità necessarie. Diritti forti richiedono uno stato forte. A sostegno di ciò Olgiati si rifà ad Hobbes e a Rousseau. Del primo evidenzia il passaggio dallo stato di natura, in cui i diritti individuali sono dati in quanto innati, al Leviathan, *“ove anche un respiro è regolato dalla ferrea disciplina statale, negatrice di ogni libertà individuale”*. Del secondo riporta l'esaltazione dei diritti individuali da un lato (*“tout homme étant né libre et maître de lui-même, ne peut, sous quelque prétexte que ce puisse être, l'assujettir sans son aveu”*), dello stato dall'altro (*“L'État, à l'égard de ses membres, est maître de tous leurs biens. La vie même du citoyen est un don conditionnel de l'État”*), come si evince nel *Contrat social*. Ciò non vale solo per la Francia, ma ovunque, sostiene Olgiati, *“l'individualismo difese la tesi della esclusiva statualità del diritto. Dal momento che le libertà individuali vogliono affermarsi come un assoluto, a cui tutto deve inchinarsi; e dal momento che esse non possono coesistere senza cozzare tra loro e senza provocare conflitti e rovine, è fatale che si ricorra ad uno Stato onnipotente, che con la forza renda possibile alla libertà degli uni di svolgersi accanto alla libertà degli altri, secondo i principî della <ragione>.*

OLGIATI F. *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*, Milano, 1943, pp. 10-17. Le citazioni sono dello stesso autore.

ad una medesima conclusione – concepire il diritto penale in funzione dell’individuo e non dello stato - pare voler cogliere un’aporia: come è possibile che possano coesistere, in seno ad una corrente filosofica e giuridica due divergenti ricostruzioni dell’origine dello stato, che portano a conseguenze tutt’altro che speculari l’una all’altra nel campo del diritto penale, in special modo sotto il profilo della legittimazione all’esercizio della pretesa punitiva da parte dello stato e dei limiti entro i quali ciò debba avvenire? Egli infatti sostiene che la ricostruzione genealogica dello stato fornita dal giusnaturalismo moderno, secondo la quale i diritti di libertà preesisterebbero allo stato politico, concepito come frutto della legge di natura e dunque come organismo naturale, porta ad esiti diversi, in campo penale, rispetto a quelli a cui giunge l’altra ricostruzione, quella contrattualista: sistema “naturale” l’uno, “contrattuale” l’altro. Bettiol contrappone i due termini come se giusnaturalismo e contrattualismo fossero due correnti filosofiche opposte e non, come invece sono, complementari l’una all’altra. Il contrattualismo non esaurisce certo il pensiero giusnaturalista moderno, ma ne rappresenta una importante esplicazione. Il contratto sociale, in Grozio e in Locke, è lo strumento volontaristico che serve a giustificare la creazione dello stato dal basso, in base ad un atto di volontà finalizzato alla protezione dei diritti naturali. Lo stato politico è stato di ragione perché è basato sulla legge naturale, che è legge di ragione: il contratto sociale è il “ponte” che porta dallo stato di natura a quello politico, entrambi conformi, nel pensiero lockiano, alla legge di natura, che è legge razionale dalla quale sorgono i diritti individuali. Pertanto lo stato politico, ancorché scaturente dal contratto, è comunque organismo naturale, soggetto alla legge di natura e dunque ai criteri di una giustizia immutabile, che comporta una concezione della pena in senso retributivo. Bettiol sostiene, invece, che alla ricostruzione contrattualista consegua una visione utilitarista dello stato e della sua pretesa punitiva, così che la pena, anziché giustificarsi in se stessa, deve rivelarsi utile al condannato o a tutti i consociati.<sup>77</sup> Egli considera contrattualismo e utilitarismo sinonimi, ma a ben vedere né Grozio né Locke erano degli utilitaristi. Basti pensare a cosa scrive Locke sulla pena in *Il secondo Trattato sul Governo*: come nello stato di natura all’individuo leso nei suoi diritti non è attribuito un diritto di punire illimitato e arbitrario, in quanto la pena deve tendere a *ridare ciò che è stato tolto*, a ristabilire l’ordine turbato, così nello stato politico, la pretesa punitiva è soggetta agli stessi limiti

---

<sup>77</sup> BETTIOL G., *Op. cit.*, p. 18.

e la pena si giustifica nella lesione del diritto.<sup>78</sup> Certo può intravedersi sullo sfondo di una tale visione uno sfumato afflato utilitaristico dato dal fine della protezione dei diritti naturali attribuito alla pena, che quindi troverebbe, in tale protezione, la propria giustificazione, e non nella necessità morale di rendere giustizia del diritto violato. Che vi sia nel pensiero di Locke e nel giusnaturalismo liberale un forte collegamento tra pena e tutela dei diritti è innegabile. Ma ciò non esclude che la pena sia retributiva e che miri a perseguire l'ideale di giustizia, dal momento che la legge di natura da cui scaturiscono i diritti individuali contiene in se un'idea di giustizia fondata su questi stessi diritti.

L'utilitarismo è stato un'importante corrente del pensiero illuminista inglese ma non lo ha esaurito, tutt'altro. Soprattutto in campo giuridico, il suo massimo esponente, Jeremy Bentham, esprimeva idee e istanze minoritarie rispetto alla dottrina inglese a lui coeva, dal momento che sosteneva il superamento della *common law* in favore della codificazione. Come gli illuministi francesi pensava a un diritto *di ragione* universale e senza tempo, quasi perfetto (la perfezione appartiene solo a dio), così Bentham sosteneva che il diritto inglese dovesse trasformarsi in un corpo di norme che assumesse i caratteri della sistematicità e della completezza. Se per i giuristi sostenitori della tradizione il diritto naturale era quello scaturente, oltre che dai postulati assiomatici di impronta razionalistica di Grozio e Locke, nella secolare tradizione giuridica inglese, che è fatta di decisioni giurisdizionali assunte su casi concreti, dalle quali sono stati tratti i principi di ragione. Grozio e Locke li hanno espressi in modo deduttivo e astratto, anche se Locke in particolare, li elabora partendo dall'esperienza politica da lui stesso vissuta, traendo fondamentale spunto dalle Gloriose rivoluzioni del 1648 e del 1688. I giuristi inglesi, essendo dei pratici, li hanno invece ricavati dalle decisioni dei casi

---

<sup>78</sup>“E affinché tutti gli uomini possano essere frenati nella violazione dei diritti altrui e nel danneggiarsi l'un l'altro, affinché sia rispettata la legge di natura che vuole la pace e la conservazione di tutto il genere umano, l'esecuzione della legge di natura in quello stato è affidata nelle mani di ciascuno, per cui ognuno ha il diritto di punire i trasgressori di quella legge in misura tale da impedirne la violazione. (...) In tale modo nello stato di natura un uomo consegue un potere su un altro; ma non il potere assoluto o arbitrario di disporre di un criminale, quando è nelle sue mani, secondo gli appassionati furori o le stravaganze della sua volontà; ma soltanto di retribuire ciò che è proporzionato alla sua trasgressione, secondo quanto gli dettano la serena ragione e la coscienza, vale a dire tanto quanto può servire come riparazione e prevenzione. Infatti queste ultime sono le uniche ragioni per cui un uomo può legalmente fare ad un altro quel male che chiamiamo punizione”. (John Locke, *Il secondo trattato sul governo*, trad. di Anna Gialluca, Ed. BUR Rizzoli, 2004, p. 67, 69).

concreti. E' dal caso concreto che si è cercato di ricavare i principi di equità e giustizia. Il giusnaturalismo inglese, pertanto, non può che risentire del pragmatismo e della concretezza che ha sempre caratterizzato il metodo dei giuristi inglesi. Così si spiega il rifiuto di quest'ultimi di codificare una volta per tutte il diritto inglese. In un sistema giuridico basato sulla storicità delle norme giuridiche e sul carattere pretorio delle stesse, era impensabile impiantare l'idea della statualità del diritto, che implica la codificazione, per garantire stabilità e certezza alla produzione normativa. La certezza del diritto in Inghilterra era concetto ben diverso da quello a cui si riferivano gli illuministi di tradizione francese, che pensavano al primato assoluto del diritto scritto rispetto alle consuetudini. Per loro era naturale pensare quindi allo stato quale unico produttore di norme. Per i giuristi inglesi, al contrario, era naturale pensare che le norme giuridiche dovessero provenire dall'elaborazione giurisprudenziale, per come si era evoluta nei secoli.

Si delineano allora due tendenze opposte in seno al giusnaturalismo, che si differenziano non tanto, come sostiene Bettiol, per una diversa concezione della legge di natura, declinata da taluni come legge "di giustizia universale e immutabile", da altri come la "legge dell'utile e dell'interesse", quanto per una opposta visione sul concetto di giuridicità: di impronta statualistica quella dei giusnaturalisti francesi e "continentali", di impronta storicistica l'altra.

Anche alcuni storici del liberalismo propongono la medesima dicotomia per contrapporre al liberalismo inglese e anglosassone quello europeo – continentale. Si sostiene, a ragione, che quello inglese sia un liberalismo "storico" o "evoluzionistico", mentre quello del resto d'Europa sarebbe un liberalismo "razionalistico". Entrambi avrebbero comunque accomunati dall'individualismo, anche laddove la cultura liberale ha portato ad una forte affermazione dello stato, seppur costituzionale.

E' corretto quindi quanto dice Bettiol circa le diverse forme che il liberalismo giuridico ha assunto nella storia: *"Quando si parla (...) di liberalismo nel campo penale non si può fare riferimento ad un complesso chiaro, ordinato, omogeneo di dottrine, ma ad un complesso di concezioni tra loro diverse e spesso, sotto certi aspetti, contrastanti, che hanno però in comune la esigenza di garantire l'individuo nei suoi diritti di libertà contro ogni arbitrario intervento statale. L'elemento che accomuna le varie forme del liberalismo in ambito penalistico è certamente l'individualismo. Questo Bettiol lo*

riconosce, ma tiene a precisare che pur non potendo il liberalismo fare a meno dell'individualismo, altrettanto non può dirsi dell'individualismo: si può essere individualisti senza essere liberali. Ciò è vero se ci si riferisce al liberalismo giuridico, poiché anche giuristi di formazione politica non liberale sostengono il primato dell'individuo rispetto alla società di cui fa parte e allo stato: il garantimento penale non è certo appannaggio dei soli giuristi liberali. Del resto Bettiol, che non è certo un liberale, è un ferreo sostenitore dei diritti individuali e di un diritto penale orientato verso la persona e i valori di cui essa è portatrice in quanto umana. Il suo personalismo deve molto alle tesi individualistiche di origine liberale, così come queste sono debitrice alla tradizione cristiana. L'individualismo moderno, e con esso il liberalismo, non sarebbero probabilmente mai sorti senza i presupposti personalistici di matrice cristiana. *“Quando (...) si ammetta che l'individuo è pur sempre un <valore>, cioè un essere <personale> che non può mai servire da mezzo rispetto a un fine, anche la pretesa uguaglianza tra liberalismo e individualismo sparisce, perché non è ancora dimostrato come solo nel liberalismo l'individuo possa trovare il suo naturale ambiente di espansione epocale.”* Egli rivendica l'autonomia dell'individualismo dal liberalismo allo scopo di non imprigionare le tesi giusfilosofiche che si allignano sulla centralità dell'individuo e della persona umana, in una sola ideologia che, fra l'altro, è sorta solo in epoca moderna, mentre invece le tesi a sostegno del primato della persona sono ben più antiche e precedono la stessa scienza penalistica che, come detto e riconosciuto dallo stesso Bettiol, nasce in seno all'illuminismo. L'idea stessa che l'individuo non sia un mezzo ma un fine, che da Kant viene particolarmente valorizzata, non appartiene al solo pensiero liberale. *“Basta guardare al significato del pensiero cristiano in materia, il quale, pur senza immobilizzarsi in una formula politica che la storia può travolgere, ha sempre accentuato la posizione di preminenza dell'individuo <persona>, senza tuttavia negare allo Stato ciò che gli compete in quanto organismo fondato sulla natura delle cose, e quindi voluto da Dio.”*

E' chiaro che Bettiol, essendo di formazione cristiana, più che essere individualista è personalista, e ciò lo si scorge da queste stesse parole. Egli usa alternativamente il termine individuo a quello di persona, quasi a considerarli sinonimi, ma così non è. La differenza di significato gli è ben nota, ma egli ritiene, a ragione, che individualismo non siano due concetti antiteci. Si è persona in quanto individuo, soggetto umano unico

e indivisibile nella sua finitezza. Ma l'individuo ha *valore* in quanto individuo umano. Nel definire lo stato come organismo fondato sulla natura delle cose, e per ciò stesso voluto da Dio, Bettiol disvela l'afflato giusnaturalistico che è alla base del suo magistero, che non lo vede così distante dal pensiero illuminista. In fin dei conti anche gli illuministi francesi concepivano lo stato come un ente di ragione, e la ragione scaturisce, per l'appunto, dalla natura delle cose, ovvero dal creato. Anche in seno al classicismo penale, in particolar modo nel pensiero del Carrara, si rinvengono continui riferimenti alla ragione quale strumento di scoperta e conoscenza, da parte dell'uomo, di ciò che è dato dalla natura, dunque da Dio, e che per tale ragione non può essere disconosciuto, né tanto meno rifiutato. In base alla legge di natura l'uomo nasce libero perché dio lo ha voluto libero: libero di scegliere fra il bene e il male, e quindi di assumere su di se la responsabilità morale delle proprie azioni. Su queste basi sorge il diritto penale in pieno illuminismo, ma traendo le proprie origine anche dal pensiero greco e da quello cristiano.

#### 2.4 Sul dibattito tra le Scuole

Tra la fine del XIX e gli inizi del XX secolo in Italia i penalisti e i filosofi del diritto penale si dividono in due opposti fronti che recepiscono due inconciliabili antropologie, dalle quali scaturiranno dottrine filosofiche e giuridiche diversissime: quella di ispirazione liberale, orientata in senso individualistico, che elabora un'idea di diritto penale vincolato alla tutela dei diritti soggettivi; quella di matrice positivista, basata su una concezione naturalistica dell'uomo e organicistica dello stato, che postula una penalità esclusivamente orientata in senso utilitaristico e prevenzionistico, e utilizza metodi di studio recepiti dalla criminologia e dalla sociologia criminale, le nuove discipline alle quali questa dottrina deve la sua elaborazione. La prima prenderà il nome di Scuola Classica, la seconda di Scuola Positiva.

Queste due scuole, che si inscrivono perfettamente nel clima culturale del periodo, perché producono due sistemi di pensiero che nonostante abbiano al loro interno diverse correnti, sono tuttavia organici e caratterizzati da quell'aspirazione alla completezza e alla sistematicità che sono tipici della modernità. Il dibattito fra di esse ha occupato quasi un secolo, ed ha influenzato sia la formazione del codice Rocco che la stesura

della carta costituzionale.<sup>79</sup> Non si può quindi fare a meno di ripercorrerne – anche se per sommi capi – i tratti salienti, soprattutto inerenti alla pena, se si vuol comprendere l'attuale problematica relativa alla giustificazione della pena.

### 2.4.1 La Scuola Classica

Il presupposto antropologico della Scuola Classica è il *dogma del liberoarbitrio*: l'uomo è un essere raziocinante in grado di stabilire razionalmente cosa è bene e cosa è male, e di scegliere tra di essi; quindi è “*un essere moralmente libero capace di meriti e di demeriti*”.<sup>80</sup> Il bene e il male sono oggetti di conoscenza razionale, quindi conoscibili alla mente umana, che è guidata dalla ragione.

La *libertà del volere* è il postulato filosofico su cui i classici costruiscono il loro sistema, perfettamente aderente alla versione giusrazionalistica del giusnaturalismo moderno, che postula l'istanza progettuale.<sup>81</sup><sup>82</sup> L'uomo è in grado di elaborare un sistema assiologico nel quale si riconosca la maggioranza, cioè tutti coloro che agiscono razionalmente e sono quindi in grado di discernere fra il giusto e l'ingiusto. Ad esso debbono far capo le norme giuridiche, che quindi non devono essere frutto di un potere statale arbitrario, ma devono essere *ri-conosciute* dalla collettività come regole moralmente accette.<sup>83</sup> La norma non ricava la sua ragion d'essere nello stato, bensì nella ragione, in un ordine di natura che è pre-statale.<sup>84</sup> Allo stato spetta la *ricerca* e l'applicazione di queste norme.<sup>85</sup> Può apparire paradossale che una dottrina fortemente

---

<sup>79</sup>Cfr. Infra, p. (...).

<sup>80</sup>CARRARA F., *Varietà dell'idea fondamentale del giure punitivo*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. I, Prato, 1878, p. 157.

<sup>81</sup> Cfr. supra, p. (...).

<sup>82</sup> Tullio Padovani sottolinea la dimensione giusnaturalistica e razionalistica del pensiero di Carrara. Cfr. Tullio Padovani, *Francesco Carrara*, p. 868.

<sup>83</sup>Pellegrino Rossi sostiene la capacità della ragione “*di pervenire alla conoscenza di un sistema di norme universalmente valide, assolute in quanto specificazione necessaria del divieto di ledere la libertà individuale*”. (ROSSI P., *Trattato di diritto penale*, Milano, 1852, p. 253).

<sup>84</sup>“*Al magistero penale non può attribuirsi come genere un atto di volontà umana: ma il precetto di Dio, promulgato*

*all'uomo mercè la legge di natura. (...) Il magistero penale è assoluto in tutti i suoi principi fondamentali*”. (CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale*, Il Mulino, Bologna, 1993, p. 49).

<sup>85</sup>Francesco Cavalla rileva la debolezza del criterio adottato dai classici per stabilire quali norme (statuali) sono giuste, cioè quello “numerico” della loro rispondenza ai valori dominanti, cioè condivisi dalla maggioranza di una data popolazione in un certo momento storico. “*Il presupposto del libero arbitrio, per il quale l'uomo ha la capacità, e quindi il dovere, di rispettare divieti, si specifica come la premessa per cui bisogna rispettare quelle norme che sono note, che sono note (e accette) ai più o ai ceti dominanti. Il libero arbitrio in questa prospettiva diventa concetto idoneo alla difesa di una*

votata alla difesa dei diritti individuali affidi poi la loro tutela al diritto positivo e al potere statale.<sup>86</sup> Lo stesso Francesco Carrara, uno dei più insigni rappresentanti della Scuola, è costretto ad ammettere che l'uomo non è ancora riuscito ad elaborare dei criteri oggettivi per definire universalmente i reati, per tanto occorre che in attesa di riuscire si affidi provvisoriamente al diritto positivo.<sup>87</sup>

Il presupposto del libero arbitrio si riverbera sulla dottrina della Scuola Classica con una serie di conseguenze.<sup>88</sup>

- a) L'autodeterminazione dell'uomo, che in quanto essere razionante è capace di sapere cosa è bene e cosa è male, e di poter scegliere consapevolmente se usare il proprio libero arbitrio per compiere azioni giuste o ingiuste.
- b) La sanzione penale presuppone necessariamente la colpevolezza, che a sua volta comporta la rimproverabilità e quest'ultima implica la pena stessa, se concepita, come i classici appunto, in senso (parzialmente) retributivo.
- c) Il presupposto oggettivo del reato è rappresentato da un fatto, quindi un evento fenomenicamente apprezzabile e percepibile mediante i sensi, che sia sussumibile in una

---

*società scontata. Indipendentemente dai contenuti dell'organizzazione sociale che si intende avvalorare – magari singolarmente apprezzabili e giustificabili in un appropriato contesto – una acritica assunzione dei valori dominanti per fondare un sistema di norme presenta quanto meno due radicali motivi di contestazione. In primo luogo nessuno criterio, per il solo fatto che si presenta dominante, può seriamente considerarsi un valore. In secondo luogo viene travisata la struttura intrascendibile dei rapporti sociali. Proprio perché ogni sapere sulla giustizia rimane intrinsecamente problematico quanto alle sue determinazioni, il rapporto intersoggettivo non si definisce mai per l'obbedienza di un soggetto ad un altro, per la conformazione dell'esperienza di un soggetto ai criteri del più forte.”* (Francesco Cavalla, Op. Cit., p. 15).

<sup>86</sup>Sull'esito statualistico del pensiero dei classici Francesco Cavalla formula dei rilievi non marginali. *“Bisogna pensare (...) al carattere fortemente razionalistico del pensiero degli esponenti della Scuola Classica: per i quali dunque ogni sapere autentico si costituisce come deduzione di nozioni o regole da verità prime note alla ragione di tutti. La ben conosciuta debolezza di tale concezione del sapere consiste nel lasciare aperto il problema di dimostrare le verità prime: le premesse invero di una struttura deduttiva non sono scelte per deduzione; la loro formulazione non è mai rigorosamente fondata se il rigore può garantirsi solo dalla deduzione. (...) Se si pretende esporre la giustizia come un oggetto della conoscenza, bisogna sottrarre alla discussione il criterio fondamentale per il quale certe norme sono definite giuste ed inviolabili. Ciò non può farsi ricorrendo ad una dimostrazione deduttiva che comunque rinvierebbe al problema di giustificare le ulteriori premesse. (...) La concezione statualistica del diritto serve allora a difendere quello che alla fine appare il dogma originario e fondante del pensiero dei classici: vale a dire che il sapere, e il sapere penalistico in particolare, non può che ripetere il modello delle scienze esatte dovendo proporsi allora come ordinata esposizione di una serie di asserzioni derivate da assiomi pre-accettati. In questa prospettiva l'esito statualistico, più che condannarsi come contraddittorio rispetto alle premesse della Scuola Classica, deve vedersi come elemento rivelatore di contraddizioni e debolezze insite nelle premesse stesse.”* (CAVALLA F., *La pena come riparazione*, in *Ripensare la pena*, Padova, 2004, CEDAM, pp. 14-15).

<sup>87</sup>CARRARA F., *Se l'unità sia condizione del giure penale (1865)*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. II, Lucca, 1870, p. 25.

<sup>88</sup>Cfr. CAVALLA F., Op. Cit., p. 12.



fattispecie incriminatrice preesistente al fatto medesimo. Tassatività, determinatezza, irretroattività della legge penale, sono tutti principi che fanno da corollario all'elemento oggettivo del reato, per come è concepito dai classici.

Tali principi indurrebbero a ritenere che la concezione della pena nei classici sia di tipo retributivo. Difatti concetti quali libero arbitrio e colpevolezza non appartengono certo alle teorie relative all'epoca tanto in voga, bensì alla retribuzione. Tuttavia le tesi dei classici<sup>89</sup> non sono così univocamente orientate in senso retribuzionistico, ed anzi non sono ascrivibili a nessuna delle storiche concezioni della pena.

Si può ben dire infatti che la concezione del fondamento della pena elaborata dalla Scuola Classica sia di tipo sincretistico, in quanto unisce alle ragioni della retribuzione, da vari autori ritenuta giuridica<sup>90</sup>, alcuni elementi della prevenzione generale. Il presupposto da cui partono i classici per approdare ad una parziale adesione al retributivismo giuridico è che l'uomo non è in grado di realizzare una giustizia perfetta, perché essa non è di questo mondo ma solo del regno di Dio. Per avere una giustizia giusta e assoluta occorre attendere il giudizio divino, perché l'uomo, che è creatura di Dio, non può sostituirsi a lui. Quella terrena è una giustizia imperfetta e quindi parziale, dalla quale non si può pretendere una pena giusta in termini assoluti. Da tale premessa consegue l'impossibilità per l'uomo di trovare un criterio di commisurazione perfetto che “traduca” il reato in pena, e quindi determini una sanzione perfettamente proporzionata al delitto.<sup>9192</sup>

Tuttavia i classici non rifiutano totalmente la concezione retributiva<sup>93</sup>, anzi fondano la loro teoria della pena su principi di carattere retributivo, senza però ritenere di poter realizzare una giustizia retributiva perfetta, perché quella terrena non è una giustizia

---

<sup>89</sup>E' d'obbligo l'uso del plurale perché quando si parla di Scuola Classica si intende una tradizione di pensiero della quale fanno parte studiosi che pur essendo legati da un comune retroterra di presupposti filosofici e dottrinali, hanno prodotto orientamenti diversi e assunto posizioni dottrinali non sempre coincidenti. Alcuni autori, fra cui Raimondo Cerami, negano che all'interno della Scuola Classica regni l'unitarietà e l'uniformità di pensiero. Cfr. CERAMI R., *Origine*, p. 279.

<sup>90</sup>Si veda per es. la tesi autorevole di M. A. Cattaneo, contenuta nell'opera dedicata a Francesco Carrara (M. A. Cattaneo, *Francesco Carrara*, p. 132), nella quale sostiene che il maestro toscano abbia rifiutato la retribuzione morale per non rinunciare alle “fondamentali conquiste dell'illuminismo giuridico”. Cfr. inoltre l'opinione di Francesca Zanuso (ZANUSO F., *Op. Cit.*, p. 131, 135).

<sup>91</sup>Ciò è indicativo di quanto i classici prendano le distanze dal retribuzionismo morale kantiano. Cfr. n. .

<sup>92</sup>Cfr. CARRARA F., *Emenda del reato assunta come unico fondamento e fine della pena* (1863), in “Opuscoli di diritto criminale”, vol. I, Prato, 1878.

<sup>93</sup>Riguardo alla retribuzione Francesco Carrara dichiara che “l'assoluto principio di una legge diretribuzione (...) è senza dubbio una verità positiva”. (CARRARA F., *Se l'unità sia condizione del giure penale*, in “Opuscoli di diritto criminale”, vol. II, Lucca, 1870, p. 7.

capace di punire tutti coloro che meritano un castigo: per ovvie ragioni essa non può conoscere di tutti i fatti meritevoli di sanzione, perché sono molti quelli che non giungono alla cognizione di un giudice; solo il giudizio divino non lascia scampo a nessuno!<sup>94</sup>

Della teoria retributiva i classici prendono il criterio di commisurazione della sanzione, *“che non può avere i suoi criteri misuratori nell'arbitrio del legislatore, ma deve sottostare ai criteri impreteribili che ne regolano la quantità e la qualità, proporzionalmente al danno patito dal diritto o al pericolo corso dal medesimo”*. Carrara e gli altri adottano il principio della proporzione per due motivi principali: evitare che il *quantum* della sanzione sia lasciato all'arbitrio del legislatore e/o del giudice, e quindi salvaguardare la *suitas* del reo; ancorare l'entità della pena al tipo di diritto leso, ovvero al valore ad esso attribuito dalla collettività in un determinato momento storico.

L'entità del diritto soggettivo leso o minacciato è il parametro su cui calcolare la sanzione. Per comprendere la peculiarità della teoria elaborata dai classici occorre portare l'attenzione su questo punto. Ciò che legittima la punizione è la violazione di un diritto, perché compito del diritto penale, quindi dello stato, è tutelare i diritti soggettivi. In ciò si sintetizza la dottrina della tutela giuridica, che rappresenta il nucleo dell'indirizzo dottrinario che fa capo alla Scuola Classica. Essa non si prefigge solo di definire la pena e di giustificarla, ma in un'ottica sistematica tanto cara a Carrara, si spinge nel delineare gli elementi costitutivi, e la struttura concettuale del reato da un punto di vista sia empirico che ontologico, andando poi a delineare i tratti definitivi dell'intera scienza penale. L'ascendenza giusnaturalistica<sup>95</sup> di tale dottrina è chiara negli scritti del suo maggiore esponente, Francesco Carrara, il cui pensiero è fortemente condizionato dalla fede cattolica.<sup>96</sup> Per Carrara la legge eterna spinge l'uomo a vivere in società, e dalla necessità di un'esistenza sociale deriva il bisogno di difendere il consorzio umano da quei comportamenti che ne compromettono la conservazione.<sup>97</sup> Inoltre Dio ha creato l'uomo libero, con dei diritti di natura che gli appartengono e che

---

<sup>94</sup>Cfr. CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale*, Il Mulino, Bologna, 1993, pp. 42-43.

<sup>95</sup>Il pensiero di Francesco Carrara risente sensibilmente della tradizione giusnaturalistica liberale e in particolare dell'opera di John Locke. Cfr. n. 57.

<sup>96</sup>Cattaneo, a proposito del pensiero di Carrara, parla di “cattolicesimo liberale”.

<sup>97</sup> Cfr. CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale*, Il Mulino, Bologna, 1993, p. 38.

necessitano di tutela.<sup>98</sup> L'esigenza di fornire una protezione giuridica ad essi ha fatto sì che nascesse, secondo Carrara, la società civile.<sup>99</sup>

Essendo il potere di punire limitato alla sola violazione o minaccia dei diritti individuali, occorre che i reati si identifichino con quei delitti che mirano appunto a colpire i diritti. Per questo Carrara concepisce il reato come un ente giuridico che consiste nella violazione di un diritto individuale.<sup>100</sup> Da queste premesse Carrara conclude che *“l'unico fondamento della ragione di punire (...) è per noi la difesa”*, e che *“il fine primario della pena è il ristabilimento dell'ordine esterno della società”*.<sup>101</sup> Per Carrara la pena si giustifica quindi nella protezione di quell'ordine sociale fondato sui diritti individuali.<sup>102</sup>

Quella del grande penalista toscano e degli altri classici non è quindi una teoria retributiva della pena<sup>103</sup>, ma non è neanche ascrivibile alle teorie illuministiche. La

---

<sup>98</sup> *“L'osservanza e rispetto di quei diritti che la legge di natura avea dati all'uomo innanzi ad ogni legge politica, perché gli fossero mezzo a compiere i propri doveri ed a raggiungere la sua destinazione quaggiù. Per l'impulso delle passioni individuali cotesti diritti sarebbero stati inevitabilmente e senza riparo conculcati e distrutti (...). Ecco la vera ragione di essere della società civile”*. (CARRARA F., Op. Ult. Cit., p. 41).

<sup>99</sup> Afferma Francesca Zanuso: *“Carrara, in ossequio allo spirito della modernità, ritiene che compito della società sia quello di offrire un ordine politico e giuridico in grado di proteggere le varie manifestazioni della *suitas*, così come indicate dalla legge di natura; il perseguimento della protezione del diritto è infatti l'unico fine che giustifica l'autorità sociale e la presenza di un governo di pochi su molti”*. (ZANUSO F., Op. Cit., p. 137).

<sup>100</sup> *“Il delitto è un ente giuridico, perché la sua essenzialità deve consistere impretebilmente nella violazione di un diritto.”* (CARRARA F., Op. Cit., p. 73).

<sup>101</sup> CARRARA F., Op. Cit., p. 408.

<sup>102</sup> Francesca Zanuso rinviene nella concezione della tutela giuridica di Carrara elementi che attribuiscono alla pena una funzione anche riparatrice, in quanto il reato produce un danno sia nei confronti della parte lesa, che dell'intera società, perché genera allarme sociale e, citando Carrara stesso, *“il pericolo del malo esempio”*. (ZANUSO F., Op. Cit., p. 144).

La pena *“deve riparare a questo danno col ristabilimento dell'ordine, commosso pel disordine del delitto. Il concetto di riparazione, col quale esprimiamo il male della pena, ha implicite in sé le tre risultanti di correzione del colpevole, incoraggiamento dei buoni, ammonizione dei male inclinati”*. (CARRARA F., Op. Cit., p. 409). Da questa citazione sembrerebbe che Carrara propendesse per una concezione della pena alquanto eclettica, in parte special-preventiva (correzione del colpevole), in parte general-preventiva (incoraggiamento dei buoni, ammonizione dei male inclinati). In realtà, come preciseremo in seguito, quella di Carrara è una teoria della pena del tutto peculiare, nella quale occorre distinguere il fondamento della pena, rappresentato dalla tutela dei diritti e dell'ordine sociale su di essi basato, e la struttura della sanzione che è prettamente retributiva.

<sup>103</sup> Lo stesso Carrara afferma che *“non si punisce perché il colpevole soffra e col pentimento espia la propria colpa o si emendi; si punisce perché la pena racqueti negli animi guasti la libidine di delinquere, negli onesti la trepidazione”*. Francesca Zanuso, in relazione alla posizione di Carrara rispetto alla retribuzione, così argomenta: *“La pena non può aver la funzione di provocare l'espiazione del male commesso, poiché così pensando, secondo Carrara, si confondono inevitabilmente sfera interiore e sfera esteriore, e quindi diritto e morale, violando i principi garantistici del laicismo giuridico.”* (ZANUSO F., Op. Cit., p. 142). *“A questo riguardo Carrara critica il pensiero di Kant, ritenuto sostenitore della pena come espiazione, in quanto erroneamente confonderebbe sfera interiore ed esteriore e quindi diritto e morale”*. (Ivi, p. 142, n. 71).

teoria della pena di Carrara rappresenta per l'epoca un *unicum*, perché prende le distanze da tutte le concezioni classiche della pena, che l'autore non considera in grado da sole di fornire una giustificazione della sanzione che sia coerente con la dottrina della tutela giuridica.<sup>104</sup>

Tuttavia ritiene che alcuni degli scopi tipici della prevenzione speciale possano essere compatibili con la funzione che egli attribuisce alla pena se sono sussidiari. Egli prende infatti le distanze dalla prevenzione speciale rifiutando il fine dell'emenda, che considera irrazionale perché pericoloso per la stessa *suitas*, in quanto comporterebbe l'indeterminatezza della pena e quindi una perdita di certezza del diritto. Se però l'emenda che si intende ottenere è soltanto quella esteriore (cioè “*punire nella speranza che in avvenire*” il reo “*uniformi le sue azioni esterne al precetto della legge*”<sup>105</sup>) la sua compatibilità con la concezione della tutela giuridica non è da escludere.

*“La pena non è un mero bisogno di giustizia, che esiga l'espiazione del male morale. Dio solo ha la misura e la potestà di esigere la dovuta espiazione. Non è una mera difesa che l'interesse degli uomini si procacci a spese altrui. Non è lo sfogo di un sentimento (...), non è che la sensazione del precetto dettato dalla legge eterna: la quale sempre intende alla conservazione dell'umanità ed alla tutela dei suoi diritti”.*<sup>106</sup> Come sintetizza Francesca Zanuso “*la riaffermazione del diritto, in senso ampio, appare quindi a Carrara l'unica autentica funzione della comminazione, irrogazione, e esecuzione della sanzione che risponda organicamente e sistematicamente alla finalità di tutela giuridica, che sola giustifica la reazione penale. (...) Tale riaffermazione si avvarrà della struttura retributiva della sanzione per realizzarsi.*”<sup>107</sup>

Bettiol considera precursore della scuola Classica il Beccaria, il cui noto *saggio Dei diritti e delle pene* è considerato, a ragione, il primo testo italiano di diritto penale modernamente inteso. Lo considera precursore in quanto non lo ritiene un giurista ma un filosofo e un politico. In effetti la celebre opera del filosofo milanese è, per forma e contenuto, un libello illuministico che elenca una serie di principi più filosofici e politici

---

<sup>104</sup> Sostiene Francesca Zanuso che “*la dottrina penalistica ha ideato vari fini dell'attività sanzionatoria ma Carrara ritiene che essi siano per lo più inaccettabili, se non altro laddove vengano assolutizzati e considerati pertanto autosufficienti*”. (ZANUSO F., Op. Cit., p. 141).

<sup>105</sup> CARRARA F., *Emenda del reo assunta come unico fondamento e fine della pena* (1863), in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. I, Prato, 1878, p. 198.

<sup>106</sup> CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale*, Il Mulino, Bologna, 1993, p. 403.

<sup>107</sup> ZANUSO F., Op. Cit., p. 145.

che strettamente giuridici.<sup>108</sup>

---

<sup>108</sup> Come noto l'opera si compone di una introduzione e di quarantasette brevi paragrafi, ciascuno dedicato ad un tema o principio, alcuni di natura filosofica (*Dell'onore*), altri giusfilosofici (*Origine delle pene, Il diritto di punire, Proporzione fra delitti e pene*), giuspolitici (*Divisione dei delitti, Tranquillità pubblica, Dello spirito di famiglia, Educazione*), giuridici (*Dei testimoni, Indizi, e forme di giudizi, Furti*). All'edizione del 1765 viene aggiunta l'avvertenza *A chi legge*, in risposta alle accuse di ribellione alla sovranità del principe e alla religione del monaco Ferdinando Facchinei. Polemicamente Beccaria invita chi gli ha rivolto tali assurde critiche a comprendere lo scopo dell'opera, che è "*ben lontano di diminuire la legittima autorità, servirebbe ad accrescerla se più che la forza può negli uomini la opinione, e se la dolcezza e l'umanità la giustificano agli occhi di tutti.*" (BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene, Avvertenza A chi legge*).

Per fugare le critiche circa un suo asserito spirito antireligioso, Beccaria precisa il limite che separa la giustizia divina da quella umana, rifacendosi a Montesquieu: "*Tre sono le sorgenti delle quali derivano i principii morali e politici regolatoridegli uomini. La rivelazione, la legge naturale, le convenzioni fattizie della società.*"

Emerge qui chiaramente la vocazione giusnaturalistica dell'autore, che pare elencare le tre fonti del diritto secondo un ordine di importanza. La rivelazione, ovvero la *lex aeterna* di cui è data testimonianza nelle sacre scritture, è la legge di ragione che proviene da dio e che governa il mondo da lui creato. La legge naturale è la legge di ragione che amana dalla ragione umana, ed è quindi prodotto delle capacità razionali dell'uomo, a loro volta dono di dio. Per questo, pur imperfetta, è partecipe del magistero divino, ed è in grado, pertanto, di distinguere tra il bene e il male, in relazione al volere di dio: *èrecta ratio*. Convenzioni fattizie sono invece le leggi positive, anch'esse leggi umane ma provenienti dallo stato, che dovrebbero scaturire dalla stessa legge naturale o, comunque, non dovrebbero opporvisi.

Benché la prima di queste leggi sia superiore alle altre dal momento che fissa il fine cui la legge naturale di estrazione razionale e le leggi positive debbono tendere, tutte conducono "*alla felicità di questa vita mortale*". Si palesa qui lo spiccato orientamento utilitarista del pensiero giusnaturalista del Nostro, che affiora continuamente nel breve ma intenso trattato: anche le leggi divine e naturali, universali e immutabili, sono orientate a rendere l'uomo felice. Ma è di quelle positive che lo stesso tratterà, ovvero degli "*espressi o taciti patti degli uomini*", norme e obbligazioni nascenti dal contratto sociale che mutano da nazione a nazione e sono soggette al divenire storico.

Nell'affrontare il problema della relazione tra le tre classi di legge, Beccaria enuncia il principio di non contraddizione tra le stesse, asserendo al contempo che "*non tutte le conseguenze e i doveri che risultano dall'una risultano dalle altre*". Da un lato sostiene la necessità che la legge naturale e la legge positiva siano distinte ma conformi alla legge divina, dall'altro precisa che, tuttavia, non tutte le prescrizioni morali di estrazione cristiana possano essere assunte dalle leggi umane: "*non tutto ciò che esige la rivelazione lo esige la legge naturale, né tutto ciò che esige questa lo esige la pura legge sociale*". Qui Beccaria parrebbe sostenere da un lato la separazione fra leggi sociali e legge divina, in omaggio al secolarismo illuminista, dall'altro la necessità che le leggi degli uomini non contrastino con i sommi principii morali di estrazione divina. Le convenzioni sociali, come le definisce lui in ossequio al contrattualismo, non devono coincidere con la legge divina perché si pongono finalità diverse dalla stessa, regolano la vita sociale dell'uomo, cercando di rendere le relazioni sociali il più possibile orientate alla massima felicità degli individui, mentre la legge di Dio attiene alla sfera spirituale e interessa le scelte morali del singolo. Tuttavia, data la supremazia della legge rivelata, occorre che la legge naturale e quella convenzionale non contrastino con essa: la relazione va letta quindi in negativo.

Del resto l'idea della separazione si giustifica per la necessità di distinguere la forza della legge divina, che è data da dio, rispetto alle norme convenzionali, che promanano dalla volontà degli uomini: sarebbe assurdo e oltraggioso verso dio pretendere di porre sullo stesso piano la legge della rivelazione con le leggi umane. Mentre la prima non trova limiti alla sua applicazione, le seconde traggono legittimazione e forza dal patto sociale. In questo senso crediamo debba considerarsi coerente il pensiero del Nostro.

Ma vi è chi, come lo Spirito (SPIRITO U., op. cit., pp. 50, 51), rileva in ciò una contraddizione dovuta all'intento del Beccaria di difendersi dall'accusa di antireligiosità ("*Chiunque (...) volesse onorarmi delle sue critiche, non cominci dunque dal supporre in me principii distruttori o della virtù o della religione, mentre ho dimostrato tali non essere i miei principii, e in vece difarmi incredulo o sedizioso procuri di ritrovarmi attivo logico o inavveduto politico.*" Ibidem). Di talché avrebbe cercato di fare salva la sua posizione di credente ribadendo la verità della legge divina imputandone al contempo la sua alterazione

---

alle false religioni e alle arbitrarie nozioni di vizio e di virtù dovute a menti depravate di uomini miscredenti. Senza mancare, tuttavia, di *“ridurre il suo mondo a quello puramente umano, e a lasciare rispettosamente da parte la legge divina come astratto residuo di una fede al tramonto. La sua preoccupazione è perciò quella di tenere essenzialmente distinti i principî religiosi e quelli politici.”* (Ibidem).

La separazione fra la sfera politica e quella religiosa in Beccaria si rivela quando parla di giustizia: come la legge divina e la legge naturale sono senza tempo e senza luogo e dunque immutabili, altrettanto *immutabili e costanti* sono la giustizia divina e quella naturale; la giustizia umana, ossia politica, è invece mutevole a seconda del tempo e del tipo di società che lo studioso (il pubblicista) prende a riferimento. Interessante è la definizione che Beccaria dà di quest'ultima nell'introduzione rivolta al lettore (o, più precisamente, ai suoi detrattori): la giustizia politica è *“relazione fra l'azione e lo stato vario della società”*. Il criterio del giusto e dell'ingiusto dipende dal rapporto tra l'azione del singolo oggetto del giudizio e l'effetto, positivo o negativo, che questa esercita sulla società. E' la società, allora, che decreta se una tale azione è da ritenersi buona o cattiva, e tale valutazione, che risente inesorabilmente delle necessità immanenti ad un determinato consorzio sociale in un dato periodo storico, deve essere interpretata dal legislatore, è posta a base della legge che dichiara illecita l'azione prevedendo la corrispondente sanzione. Il criterio valoriale che la società prima e lo stato poi adotta per considerare dannosa o meno al consorzio sociale l'azione individuale è quello dell'utile: *“La giustizia umana, o sia politica, non essendo che una relazione fra l'azione e lo stato vario della società, può variare a misura che diventa necessaria o utile alla società quell'azione, né ben si discerne se non da chi analizzi i complicati e mutabilissimi rapporti, delle civili combinazioni.”* (Ibidem). *“E per giustizia io non intendo altro che il vincolo necessario per tenere uniti gli interessi particolari, che senz'esso si scioglierebbero nell'antico stato d'insocialità”* BECCARIA C., *op. cit.*, § 2). Pertanto Beccaria mette in guardia il lettore e, in particolare, gli studiosi del diritto pubblico e i giusfilosofi teorici delle origini dello stato, dal pericolo di confondere i principi religiosi con quelli politici, pena il venir meno della *“speranza di ragionare bene nelle materie pubbliche”* BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene, avvertenza A chi legge*). Ai teologi spetta stabilire il confine fra l'azione giusta e ingiusta, al pubblicista quello di *“stabilire i rapporti del giusto e dell'ingiusto politico”*. (Ibidem). A parere dello Spirito, il separatismo enucleato dal Beccaria sarebbe indice del fatto che in lui si rinvergono entrambi i capisaldi filosofici dell'illuminismo, giusnaturalismo e contrattualismo, ma che in lui prevalerebbe nettamente il secondo. A differenza di altri criminalisti a lui posteriori, che tenteranno di fondere i due termini in un unico pensiero, Beccaria li avrebbe distinti nettamente, per preferire l'opzione utilitaristica, che Spirito considera insita nel contrattualismo. Occorre sul punto fare chiarezza. Che Beccaria sia un utilitarista non vi è alcun dubbio, basti pensare alla sua idea di giustizia, di pena e della legittimazione filosofica all'esercizio della pretesa punitiva. Del resto l'opera si apre con una professione di fede verso l'utilitarismo, con la nota formula della morale utilitarista *La massima felicità divisa sul maggior numero*. E, come chiosa lo Spirito, tale formula esprime *“il fine essenziale di tutta l'attività sociale e il principio informatore di tutte le leggi, le quali, perciò, non sono che convenzioni a cui gli uomini pervengono per salvaguardare reciprocamente i loro diritti e le proprie rispettive sfere d'azione. Le leggi insomma sono l'espressione sempre più adeguata di quell contratto sociale che è fondamento del vivere civile.”* (SPIRITO U., *op. cit.*, p. 51). Ma è erroneo ritenere che il contrattualismo si esaurisca nell'utilitarismo, dal momento che vi sono filosofi contrattualisti che non sono utilitaristi. Ed è altrettanto erroneo considerare giusnaturalismo e contrattualismo come due monadi distinte e distanti fra loro, come se il contrattualismo potesse fare a meno della teoria del diritto naturale. Essi sono, invece, intimamente legati l'uno all'altro, perché non si sarebbero avute le teorie contrattualiste senza quelle giusnaturaliste a farne da presupposto. Quello che Spirito chiama sincretismo è, in realtà, il normale sviluppo del pensiero illuminista, che non può fare a meno di entrambi i termini filosofici. Che poi un autore possa propendere per l'uno o per l'altro, questo è possibile e Beccaria lo dimostra. Ovvio che propendendo per le teorie contrattualiste, relegando la stessa giustizia naturale sullo sfondo degli studi pubblicistici, l'esito non potesse essere che quello dell'utilitarismo più esasperato, che in effetti incarna l'intera opera dell'autore milanese. La quale può senza dubbio ritenersi un emblematico manifesto del contrattualismo e dell'utilitarismo. Ma non è da imputare alla secolarizzazione verso cui essa nettamente propende, la valorizzazione del contrattualismo declinato in senso utilitaristico, dal momento che il giusnaturalismo soggettivista dell'età moderna è, per definizione, laico e fondato sulla secolarizzazione, senza tuttavia che esso espunga completamente alcuni principi morali di matrice cristiana dalla nozione di legge naturale, ovvero della legge fondata sulla ragione.

Primo elemento caratterizzante l'indirizzo classico è, per Bettiol, quello del metodo di lavoro, che risente dei presupposti filosofico e antropologico su cui esso si fonda. Il giusnaturalismo razionalista porta i classici a considerare il diritto un prodotto della ragione, per cui gli stessi istituti giuridici sono definiti, in particolare dal Carrara, enti di ragione. Ciò comporta che lo studio dei classici prenda le mosse dai criteri di ragione, piuttosto che dal diritto positivo. Si parte cioè dal diritto che si vorrebbe, anziché da quello che c'è. Il motivo della scelta di tale criterio metodologico risiede, secondo Bettiol, nella diffidenza con la quale questi autori guardano al diritto penale allora vigente, non aderente alle loro concezioni filosofiche e giuridiche, oltre che nelle premesse giusnaturalistiche o contrattualistiche, per le quali è da considerarsi primariamente diritto quello che scaturisce per deduzione logica dalla natura razionale dell'uomo. Di qui i caratteri astratto, formale e antistorico della scuola classica, messo in risalto dal Nostro, ma che non devono indurre a pensare che essa rifiutasse il diritto positivo per attribuire al solo diritto naturale il rango di fonte del diritto. Abbiamo visto sopra come Carrara ritenesse imprescindibile il ruolo del legislatore nel codificare le fonti del diritto penale, in ossequio al principio illuministico della legalità. E come egli attribuisse al legislatore statale il compito di ricercare le norme morali che preesistono allo stato in quanto afferenti alla natura razionale dell'uomo, per codificarle e farle diventare norme giuridiche. Motivo, questo, per dubitare, secondo alcuni studiosi, della coerenza dei classici e rivelarne un contraddittorio esito statualista del loro pensiero. Per cui se è corretto affermare che il carattere della giuridicità è attribuito al reato non tanto per effetto della sua previsione legislativa, ma perché "ente di ragione" e, quindi, "ente giuridico", è altrettanto vero che è affidata comunque allo stato l'individuazione dei reati, ricercando la fonte razionale degli stessi nel comune sentire della società presa a riferimento. Ciò in ragione del fine utilitaristico che diversi autori classici attribuiscono alle istituzioni politiche scaturenti dal contratto e alle stesse leggi. Per cui è da considerarsi banalmente reato ogni comportamento che danneggia la società o che comunque si rivela inutile per il bene della stessa. Per cui una certa aderenza alla realtà delle norme incriminatrici deve pur esserci, benché i classici tentino di ipostatizzare i delitti cosiddetti naturali, per poi assimilarli nella legislazione statale. Del resto lo stesso Carrara quando afferma che il delitto non è un ente di fatto ma un ente giuridico lo fa per soddisfare sia ragioni filosofiche e di metodo, sia ragioni più strettamente

giuridiche. Quanto alle prime, Carrara è un giusnaturalista razionalista e quindi vuole che la prioritaria qualificazione dei delitti venga operata per mezzo di criteri astratti e razionali, allo scopo di sottrarre al legislatore il potere arbitrario di incriminare qualsiasi fatto, vincolandolo così alla legge di ragione. La stessa società potrà accettare la tipizzazione in fattispecie criminose di azioni ritenute già da essa, nella sua essenza, criminali, prima ancora che sia la legge formalmente a prevederlo. Relativamente al metodo bisogna pensare che quello di Carrara e dei classici in generale è un metodo che rifiuta l'indagine criminologica e sociologica prospettata dalla coeva scuola positiva, che si basava sul naturalismo e su un forte scientismo molto in voga sul finire dell'ottocento. Dire quindi che il delitto non è un ente di fatto ha il valore di escludere che i reati debbano essere studiati come fenomeni naturali, sociali o antropologici. Vuol dire quindi rivendicarne la loro ontologica giuridicità, che è data, prima che dalla tipizzazione legale, dalla loro ontologica razionalità, che li rende figure astratte, perché mutate in primis dalla ragione, non dalla realtà. Ma come opportunamente rileva lo Spirito, Carrara è uomo concreto, che ha ben chiara la natura di scienza pratica del diritto penale e la necessità che esso, senza perdere il carattere etico che lo contraddistingue da altre branche del diritto, acquisisca una necessaria valenza politica, in ragione dello scopo di protezione dei diritti soggettivi e delle istituzioni sociali che ad esso è attribuito. Non deve quindi meravigliare che egli aggiunga che il reato, oltre che essere un ente di ragione, e quindi un ente giuridico, costituisca anche la violazione della legge.<sup>109</sup>

A tal proposito Bettiol afferma che il reato considerato come ente giuridico consista nella violazione di una legge penale aprioristicamente intesa ed elaborata: intesa ed elaborata in termini per l'appunto razionali. La necessità tuttavia di normare il delitto e di enuclearlo in termini giuridici secondo principi e regole giuridiche ha fatto sì che sorgesse la necessità di compiere una prima analisi dogmatica del reato, individuandone gli elementi costitutivi e accidentali, le forme e via dicendo. *“Assistiamo, quindi, ad un processo di analisi logico-formale del reato in ogni suo elemento, ciò che ha indubbiamente posto le basi di partenza per le indagini che la dottrina posteriore, a noi*

---

<sup>109</sup> *“La concretezza della formula sta appunto in questo: che, in un'epoca di generale giusnaturalismo, il Carrara, giusnaturalista convinto anche lui, comprese tuttavia sul serio il significato del diritto positivo e guardò al diritto e alla pena in funzione di esso, senza smarrirsi dietro le solite ideologie. “ (SPIRITO U., op. cit., p. 22).*



*più recente, ha potuto compiere in seno alla nozione dell'illecito penale.*"<sup>110</sup>

Bettiol rileva come nell'ambito della teoria analitica del reato i classici pongano particolare attenzione all'azione, esattamente come lui del resto. Quello dell'azione è un problema esiziale per un diritto penale orientato verso la libertà nel rispetto della persona umana, fondato sul presupposto che la responsabilità penale derivi dal compimento di un'azione cosciente e volontaria da parte di un soggetto capace di intendere e volere. Se si considera l'uomo un soggetto morale in grado di scegliere fra il bene e il male, la volontarietà dell'azione non può che essere imprescindibile, pur se rimaniamo entro i confini del diritto penale del fatto.

Nella dogmatica dei classici l'azione umana rileva a tal punto che per essi il reato è, osserva il Maestro, *violazione cosciente e volontaria della norma penale*. Da essa emerge – sostiene – un astratto normativismo che caratterizza il classicismo penale, facendone risaltare un'apparente ambiguità: pur partendo da solide premesse giusnaturaliste e contrattualiste, e nonostante le critiche di un eccessivo astrattismo e antistoricismo, i classici finiscono per dare assoluta preminenza alla norma scritta, al punto da rapportare l'azione alla violazione non già ad un principio di diritto naturale, vago e astratto, ma alla violazione della norma. Norma che, tuttavia, deve contenere la violazione di un precetto penale di derivazione razionale e non arbitrariamente stabilito dal legislatore; ciò che la rende razionale è la finalità di tutela dei diritti a cui il precetto penale è preposto. In questo senso deve intendersi - a nostro avviso – il normativismo dei classici, che non è mero legalismo, ma in esso si disvela l'intento dei classici di coniugare il principio di legalità con il razionalismo giusnaturalista.

L'attenzione verso l'azione porta i classici a valorizzare la colpevolezza nell'ambito della teoria analitica del reato. È ai classici che se ne deve, in Italia, una prima elaborazione dogmatica che prende spunto dal libero arbitrio. La colpevolezza è il termine moderno con cui si indica l'elemento soggettivo del reato, che i classici incentrano sul concetto di azione libera e volontaria. Ne deriva una concezione psicologica che si attaglia proprio sul *dogma* del libero arbitrio, concepito – sostiene il Maestro – secondo i canoni di una psicologia meramente descrittiva della volontarietà dell'azione, che non si addentra nei motivi della stessa, trascurandone le circostanze di fatto da cui poter ricavare i motivi e il *convincimento* dell'agire. Ciò che conta è il

---

<sup>110</sup> BETTIOL G., op. cit., p. 22.

motivo della volontà stessa, che prevale su di ogni altro, per cui la volontà si esaurisce nel volere l'azione, cioè nell'impulso nervoso che permette, sul piano naturalistico, il compimento dell'atto. Bettiol non lo dice apertamente, ma pare ritenere che la colpevolezza elaborata dai classici sia da ascrivere alla nozione psicologica di colpevolezza, in voga in quel periodo anche, e soprattutto, nella dottrina tedesca.

Anche quando i tardi epigoni della scuola classica sostituirono il concetto di libero arbitrio, ritenuto troppo metafisico, con quello, più (apparentemente) giuridico, di volontarietà del fatto, i termini della questione rimangono, nella sostanza, gli stessi: perché l'azione sia considerata volontaria e dunque il fatto sia ritenuto colpevole occorre che l'agente sia capace di intenderne il valore etico-sociale e di determinarsi all'azione stessa. Al fondo della colpevolezza si rinviene, pertanto, l'imputabilità: solo l'imputabile è in grado di compiere un'azione libera, cioè cosciente e volontaria, e di sottrarsi alle cause esterne dell'azione, cioè all'influsso necessitante di fattori estranei alla sua volontà dovuti a fatti naturali o determinati dall'azione di terzi soggetti.<sup>111</sup>

L'imputabilità acquista quindi un ruolo centrale nella teoria generale del reato, dato che da essa dipende la nozione di colpevolezza e quella della pena, diretta sua conseguenza: *“L'imputabilità, sinonimo di libertà, porta alla pena – chiosa il Maestro – ad una penache è retribuzione per il male compiuto, la quale è direttamente proporzionata al reato e trova solo nel reato stesso la sua* Non potrebbe essere altrimenti, visto che lo stesso reato è definito come ente giuridico: se il delitto più che essere concepito come un male e quindi come violazione di un precetto morale è visto – in base alla tesi della *Tutela giuridica* - come negazione di un diritto, allora la pena sarà negazione di una negazione, secondo lo schema dialettico hegeliano. Bettiol aderisce dunque alla tesi sostenuta da molti studiosi della scuola classica secondo cui la teoria della pena da essa elaborata, alquanto eclettica, risente del retribuzionismo giuridico per ciò che attiene al fondamento della pena, che è dato dal suo stretto legame col diritto leso dal reato. Il diritto tutelato dalla norma incriminatrice rappresenta, come visto sopra, un metro di misura della gravità del reato, quindi della pena, che altro non è che la reazione prevista

---

<sup>111</sup> Quindi, secondo tale ricostruzione critica, i classici tenderebbero a sovrapporre le cause di esclusione della *suitas*, con le cause di esclusione della colpevolezza e con quelle di esclusione dell'imputabilità, benché le tre nozioni siano tutt'altro che sovrapponibili. La concezione strettamente psicologica della colpevolezza porterebbe a considerare le tradizionali cause che escludono la *suitas* (costringimento fisico, caso fortuito, forza maggiore) quali fattori esterni che escludono, di per se, anche la colpevolezza, posto che essa è ridotta a mera volontarietà dell'azione.

dall'ordinamento per ristabilire l'equilibrio giuridico turbato dalla violazione del diritto. Lo schema è sinallagmatico, secondo un approccio puramente individualistico: il reo compiendo il furto lede la proprietà della vittima, che subisce una spoliazione di una porzione del proprio patrimonio, trasferita nel patrimonio del ladro, accresciuto illecitamente. Per ristabilire l'equilibrio interviene *in primis* la sanzione civile, la cui finalità è, come noto, quella di ripristinare lo *status quo ante*. Ma, trattandosi di un diritto naturale dell'individuo, l'ordinamento ritiene necessario apprestare una tutela ulteriore di tipo punitivo: alla sanzione civile, che mira a ristabilire l'equilibrio economico tra il reo e il soggetto leso dal furto, si affianca la sanzione penale che, anch'essa, trova ragione nella necessità di ristabilire l'equilibrio violato; ma non l'equilibrio economico, dal momento che la pena non costituisce l'equivalente economico del danno (patrimoniale e non patrimoniale) subito dalla vittima del delitto, bensì un equilibrio astratto, giuridico-formale: la pena è il corrispettivo della violazione del diritto, sanziona il mancato rispetto del precetto normativo. La sua ragion d'essere sta nella violazione del diritto e del divieto posto a sua tutela, non nel male rappresentato dal furto. Essa allora non deve ristabilire un equilibrio di giustizia sul piano morale, ponendo in una relazione di equivalenza il quantum di male perpetrato col delitto con il quantum di pena, ma un equilibrio formale fra la violazione del precetto e la sanzione da esso stessa prevista. Ne deriva che tanto più grave è la violazione, tanto più severa sarà la pena, che non trova giustificazione nel delitto in se, ma nella violazione della norma penale posta a protezione del diritto. Quest'ultimo, rispetto alla pena, è rilevante sul piano della previsione edittale, in quanto misura la gravità astratta del reato. Ma non costituisce il presupposto assiologico della reazione punitiva di talché la pena per il furto si giustifica con il furto stesso. A questa concezione giuridico-formale della pena retributiva i classici giungono per la ragione sopra esposta: scopo della pena non è rendere giustizia, il sistema penale non deve realizzare la giustizia fra gli uomini, ma proteggere i diritti e i valori connaturati all'essenza umana. Il retribuzionismo giuridico dei classici si innesta, pertanto, nelle teorie preventive, in particolare nella generalprevenzione. Si presta a ciò in ragione del fatto che la pena è concepita dialetticamente come negazione di una negazione, e la negazione è rifiuto di rispettare un divieto penale. Basta allora a giustificarla la condotta disubbidiente del reo. La pena allora può trarre fondamento e misura nella gravità del comportamento

disubbidiente, ma giustificarsi in termini preventivi, ovvero assolvendo allo scopo di intimidire i consociati perché non violino il precetto penalmente sanzionato. Del resto secondo la teoria della *Tutela giuridica* lo scopo della reazione punitiva collegata alla violazione del precetto è proprio la protezione del diritto, dunque la finalità della pena è quella di prevenire l'aggressione del diritto stesso. Non certo quello di rendere giustizia al reo. Nonostante la varietà delle posizioni dei numerosi autori ascritti alla scuola classica, possiamo ribadire che la teoria della pena che più si addice ai postulati filosofici da essa elaborati, sia una teoria eclettica che tende a fondere il retribuzionismo giuridico di matrice hegeliana con la prevenzione generale.

Bettiol sostiene invece che il criterio formalistico del ristabilimento dell'equilibrio giuridico adottato dai classici per dare fondamento alla pena, è compatibile con qualsiasi teoria adottata per spiegare il fine della pena, sia essa relativa (specialprevenzione e generalprevenzione) o assoluta (retribuzione). Tanto che tra i classici vi è chi sostiene una concezione puramente retributiva della pena, come chi, invece, sostiene che essa abbia il fine intimidatorio dei consociati (prevenzione generale), o di emendare e correggere il reo (prevenzione speciale).

Al di là delle teorie finalistiche variamente adottate dai classici, la pena per loro è, spiega Bettiol, *“un provvedimento repressivo, afflittivo, proporzionato alla gravità del reato, che viene inflitto all'autor il quale abbia agito con capacità d'intendere e di volere.”* Caratteri, questi, che a ben vedere si coniugano sia con una concezione puramente retributiva, sia adottando soluzioni sincretistiche come quelle summenzionate. Del resto il proporzionalismo dei classici, che è tipico dell'illuminismo penale, tanto che lo ritroviamo in Beccaria, è considerato non certo sinonimo di retribuzionismo, soprattutto dai detrattori della retribuzione penale. E' noto come si sostenga che la proporzione fra reato e pena sia un principio di civiltà giuridica che prescinde da una considerazione della pena in termini retributivi, tanto da essere stato adottato sia dai teorici della prevenzione generale, soprattutto nella versione più attuale, comunemente definiti prevenzione generale positiva, sia dai sostenitori della prevenzione speciale, per come è stata declinata a partire dalla seconda metà del secolo scorso, e cioè la prevenzione speciale detta integrata.

La libertà del volere è il perno su cui si incentra il pensiero dei classici, per cui qualsiasi teoria che pretenda di poter fare a meno di essa per fondare la responsabilità penale si

pone al di fuori del classicismo penale. Così come chi volesse assegnare alla pena compiti che escludano la colpa quale suo presupposto.

#### 2.4.2 La Scuola positiva

Per Scuola Positiva si intende una corrente di pensiero nata in Italia nella seconda metà dell'ottocento che unisce giuristi di orientamento positivista attorno al presupposto antropologico del determinismo. È considerato suo iniziatore il medico Cesare Lombroso per la sua celebre teoria sull'origine del crimine contenuta nell'opera "*L'uomo delinquente*", di cui già si è parlato.<sup>112</sup> Attorno alla Scuola Positiva si sono sodalizzati studiosi quali Grispigni, Ferri, Garofalo, Florian, tutti influenzati dal positivismo e da discipline nuove come la sociologia e la criminologia.

Come abbiamo già accennato i giuristi di Scuola Positiva orientano la loro teoria della pena in senso decisamente special-preventivo, discostandosi però dal paradigma classico della prevenzione speciale, finendo per accettare di introdurre nella loro teoria della sanzione alcuni elementi delle altre concezioni.

Anzitutto, rispetto al presupposto oggettivo della pena, essi giungono ad ancorare l'applicazione della medesima all'avvenuta commissione di un fatto di reato. Pragmaticamente ritengono che non ci sia indice di pericolosità più efficace quale la violazione della legge penale incriminatrice.

A determinare quest'opzione staturalistica contribuisce il fallimento della tesi di Lombroso circa la possibilità di individuare nei tratti somatici anomali le cause della tendenza a delinquere, e quindi di poter selezionare gli individui potenzialmente pericolosi in base all'osservazione "scientifica". Per decenni i positivisti del XIX secolo avevano confidato nella possibilità di dare una spiegazione eziologica della criminalità attraverso l'approccio biologico-scientifico, sia ricorrendo alla criminologia che alla sociologia<sup>113</sup>. Quando, nei primi decenni del novecento, ci si rende conto che non è così facile individuare le persone potenzialmente pericolose attraverso la biologia e la medicina, si ripiega sul diritto positivo e quindi sulla norma statale che deve

---

<sup>112</sup>

<sup>113</sup> Ricorda Francesco Cavalla che mentre uno dei primi studiosi di Scuola Positiva, il Garofalo, dava all'origine del crimine motivazioni di tipo biologico, il Ferri propendeva per l'approccio sociologico imputando la delinquenza ai condizionamenti ambientali e sociali, mentre il Grispigni, negli anni trenta del secolo scorso, proponeva la soluzione normativa e staturalistica della violazione di un precetto penale. (Francesco Cavalla, Op. Cit., p. 23).

contemplare le fattispecie criminali.

Ciò porta i positivisti ad accettare l'idea di un diritto penale di parte speciale fatto di un complesso di norme consistenti in fattispecie incriminatrici contenenti una previsione di pena. Tuttavia mentre per i classici il principio di legalità "*nullum crimen e nulla poena sine lege*" va garantito con norme che tassativamente fissino nel tempo i comportamenti delittuosi, così da garantirne la stabilità e la conoscibilità, per i positivisti, molto meno sensibili ai temi del garantismo penale, la tipicità va intesa in senso soggettivistico, dovendo essa riguardare non dei fatti oggettivi, ma dei comportamenti indicativi della pericolosità sociale. Ciò che va tipizzato non è un fatto o una condotta antigiuridica, ben determinati e tassativamente previsti, ma dei comportamenti che sono sintomo di pericolosità e che non devono essere né determinati, né tassativi.<sup>114</sup> Perché venga inflitta la pena è però necessario che oltre alla commissione del reato (presupposto oggettivo) il reo mostri di avere una particolare attitudine soggettiva alla commissione di atti delinquenti (presupposto soggettivo). Se così non è il soggetto, pur avendo commesso il fatto criminale, non è punibile, perché la pena concepita dai positivisti non è rimprovero, ma sanzione preventiva, come tale irrogabile solo in presenza di motivi che fanno ritenere al giudice che sussistano ragioni di pericolo sociale. In ciò pena e misura di sicurezza si sovrappongono, ma si mantengono tuttavia distinte perché per i positivisti italiani la pena può anche assumere i caratteri strutturali tipici della sanzione retributiva nel momento della commisurazione, mentre in quello della previsione edittale può anche assolvere ad una funzione general-preventiva. Come ricorda Francesco Cavalla<sup>115</sup> i positivisti non negano l'utilità della prevenzione generale rispetto al perseguimento di quello che per loro è l'unico fine legittimo della pena: la correzione del reo. L'intimidazione produce sulla società effetti pedagogici, aiuta infatti ad indirizzare in senso positivo i comportamenti dei consociati.

Grispigni ritiene persino consono agli scopi della prevenzione speciale il criterio retribuzionistico di quantificazione della pena, se dalla collettività è ritenuta più giusta una sanzione proporzionata alla gravità del reato e basata sul principio di colpevolezza.<sup>116</sup>

I principi general-preventivi e retributivi vengono quindi accolti dalla Scuola Positiva

---

<sup>114</sup> Cfr. Francesco Cavalla, Op. Cit., p 26.

<sup>115</sup> Ivi, p. 27.

<sup>116</sup> Filippo Grispigni, *Diritto penale italiano*, vol. I, Milano, 1934, p. 109.

solo in quanto strumentali all'ottenimento, da parte dei pubblici poteri, dell'ubbidienza dei cittadini, così da uniformarne i comportamenti nel senso ritenuto più funzionale alla conservazione dello status quo.<sup>117</sup>

La concezione della pena portata avanti dalla Scuola Positiva ha quindi dei tratti peculiari che la distinguono certo dalla “pura” prevenzione speciale, ma solo perché accoglie al suo interno elementi tipici della retribuzione e della prevenzione generale, in quanto ne condivide gli *effetti*, ma non i fini. Per questo non riteniamo che si tratti di una teoria sincretistica ma solo di una versione più pragmatica e meno dogmatica della tradizionale concezione special-preventiva. Così simile, del resto, a quella stessa idea strumentale della deterrenza e della retribuzione che ha informato l'interpretazione estensiva dell'art. 27 comma 3 della Costituzione, e la concezione della pena dominante in Italia negli ultimi quarant'anni.<sup>118</sup>

Bettioli imputa all'eccessivo astrattismo dei classici, che con il loro razionalismo esasperato avevano posto il reato su un piano squisitamente astratto, fuori dalla realtà naturalistica in cui si manifesta, il sorgere di una scuola che intendeva portare lo studio del fenomeno delittuoso su un piano di realtà. Il cambiamento di metodo è, come visto, radicale: si passa dallo studio del reato come ente di ragione allo studio del reato come fatto che si manifesta naturalisticamente entro un determinato ambiente sociale; è il delitto per come concretamente si manifesta che viene fatto oggetto di ricerca, affidandosi all'indagine sperimentale e al metodo scientifico, esaltato dall'allora imperante naturalismo. Non è un caso che uno dei massimi esponenti di tale indirizzo sia, come visto, un medico, Lombroso. Al razionalismo dei classici i positivisti sostituiscono il naturalismo, applicandolo all'indagine sulle origini del delitto e sulle sue manifestazioni. Da un approccio filosofico si passa ad un approccio antropologico

---

<sup>117</sup> Contrariamente a quanto hanno sempre pensato molti dei suoi sostenitori la concezione special-preventiva non è funzionale ad un'idea di progresso e di cambiamenti sociali, perché il fine ultimo che si prefigge è quello della conservazione dell'ordine sociale che la stessa norma penale è chiamata a tutelare. In ciò prevenzione speciale e generale sono sovrapponibili: entrambi mirano al mantenimento dello status quo, anche se l'una utilizza lo strumento meno affascinante dell'intimidazione, l'altra quello più suggestivo dell'emenda. Ciò che ha dato fortuna alla prevenzione speciale è la (presunta) carica umanitaria del nobile fine della correzione del reo per il suo reinserimento sociale, che ne ha offuscato la sua intrinseca propensione ad essere particolarmente strumentale al potere politico.

<sup>118</sup> La concezione positiva della pena ha avuto un successo in Italia che è dimostrato dal dettato costituzionale in materia di pena (art. 27 comma 3), ma soprattutto dalla legislazione in materia di esecuzione in vigore da oltre trent'anni (la riforma del diritto penitenziario è del 1975), che anche se è stata varie volte novellata, non ha perso, ma anzi ha rafforzato, il suo carattere di disciplina esclusivamente orientata in senso special-preventivo.

prima, psicologico poi, infine sociologico.

Se Bettiol condivide la critica rivolta ai classici dai positivisti di non aver studiato il reato nella sua concreta manifestazione, trascurando completamente l'indagine criminologica, necessaria per la prevenzione del delitto, altrettanto non può dirsi sul rimedio da loro proposto, che il Nostro continuerà a rifiutare per tutto il lungo corso del suo magistero. Egli vedrà sempre, nelle soluzioni proposte dai positivisti, soprattutto sul piano sanzionatorio, il rischio di una involuzione del diritto penale verso derive autoritarie e illiberali. Egli imputa ai classici la colpa di aver spianato la strada al positivismo criminologico non essendo riusciti a portare il reato su un piano di realtà, e avendo delineato un "*diritto naturale logico-razionalistico*" inadatto a spiegare il reato e la pena, che sono fenomeni del mondo reale, dunque concreti<sup>119</sup>. Ma il realismo di Bettiol è un realismo metafisico<sup>120</sup>, quello dei positivisti un realismo naturalistico. Per lui il reato e la pena vivono nella realtà come nella realtà scaturiscono i valori, in quanto il reale è espressione di quell'ordine naturale delle cose che è dato dal volere di dio.<sup>121</sup>

Per i positivisti compito del criminalista è studiare le cause del reato e le forme che esso assume, nonché i fenomeni della delinquenza, con un approccio induttivo, che parte dal reato per come si è concretamente manifestato e dal suo autore, per approdare ad una sistemazione in classi dei tipi di autore. Ai classici non interessava spiegare le cause del delitto perché queste le consideravano estranee agli studi giuridici.

Se da un lato i positivisti consideravano come oggetto dei loro studi il reato nella sua concretezza, studiandolo da un punto di vista sociologico, dall'altro la loro attenzione si concentrava sul reo, dal momento che è il delinquente che deve essere osservato nel suo concreto agire, perché il reato altro non è che la manifestazione dell'agire delinquenziale del reo. Non ha senso studiare il reato senza studiarne l'autore.<sup>122</sup>

Per queste ragioni l'indirizzo positivista accentua l'importanza della derivazione causale dell'evento criminoso, al fine di rinvenirne la causa prima, secondo un criterio

---

<sup>119</sup> Cfr. BETTIOL G., op. cit., p. 27.

<sup>120</sup> Sul realismo metafisico di Bettiol, che trae origine dalla sua adesione al pensiero tomista e scolastico, ci addenteremo più avanti.

<sup>121</sup> Poiché i valori non sono astrazioni della mente umana ma si rinvengono nella realtà, ovvero nell'ordine reale naturale nel quale l'uomo si trova a vivere per volontà divina, Bettiol rifiuta una nozione puramente razionalistica del bene giuridico, come in seguito vedremo.

<sup>122</sup> È famosa a tal proposito la laconica frase di Enrico Ferri, secondo cui non esiste il reato in natura, ma esiste il delinquente; è lui seduto sul banco degli imputati nell'aula di giustizia, è lui che deve essere giudicato, non il delitto che ha commesso.



meccanicistico. Ai positivisti – osserva il Maestro – non importa considerare l’azione in se, né che sia volontaria perché espressiva del libero arbitrio. Essi rifiutano il concetto di libero arbitrio, che ritengono di ostacolo alla ricerca del nesso causale, poiché interrompe la serie di cause che determinano meccanicisticamente il fatto delittuoso.<sup>123</sup> Se i fatti accadono perché determinati da cause naturali, allora è da considerarsi naturale anche l’atto delittuoso, le cui cause andranno ricercate nella psicologia del reo, piuttosto che nella sua conformazione cranica o nell’ambiente da cui proviene.

Di qui la valorizzazione esasperata del principio di causalità, inteso però in senso meccanicistico, il quale può spiegare qualunque fenomeno, fisico e psichico, della vita individuale e sociale.

Il positivismo si articola in diversi approcci metodologici, accomunati dal ricorso al metodo scientifico e sperimentale ma distinti a seconda del tipo di indagine e della disciplina scientifica a cui ci si affida per scandagliare il reato ma, soprattutto, la personalità del reo.

Il primo criterio ad essere adottato è quello antropologico, di cui è stato precursore e maestro Cesare Lombroso. Per lui le cause del reato vanno rinvenute nelle caratteristiche morfologiche, strutturali e organiche del delinquente, studiandone le caratteristiche somatiche, che sarebbero rivelatrici di anomalie congenite del sistema nervoso, e sarebbero la causa del comportamento criminale del soggetto che le presenta. Comportamento ritenuto criminale secondo un giudizio proveniente dalle società odierne, che giudicano certi comportamenti come dannosi per se stesse, e perciò solo meritevoli di stigmati o di punizione. Quindi - sostiene Bettiol – questo comportamento primitivo sarebbe considerato normale in una società meno evoluta. Ciò dimostra che la criminalità di una data azione consiste in un giudizio proveniente dal consesso umano di cui il reo fa parte, è dunque frutto di una valutazione sociale. Non esiste il crimine in natura, il crimine è un prodotto del pensiero umano, della cultura di un dato popolo in un certo frangente storico. Certo esistono i cosiddetti delitti naturali, che sono delitti “senza spazio e senza tempo”, considerati, secondo il razionalismo dei classici, crimini

---

<sup>123</sup> “Non c’è soluzione di continuità tra i fenomeni di questo mondo: ammettere il libero arbitrio vorrebbe dire riconoscere uno hiatus, una frattura nello svolgimento della vita del mondo che la mente umana non può accettare senza distruggere alle sue radici la possibilità di una ricerca scientifica, anzi del pensiero stesso.” (BETTIOL G., op. cit., p. 28).

universali perché lesivi dei diritti naturali, anch'essi universali. Ciò non vale per i positivisti, che hanno del delitto una visione realistica e immanentistica, essendo questo un dato di realtà da studiare nella sua concretezza per come si è manifestato. E poiché il delitto non è un'entità astratta da considerarsi staccata da colui che lo ha commesso, e quest'ultimo deve essere studiato guardando all'ambiente sociale in cui l'azione criminosa è maturata, assume rilievo anche il modo in cui la società in cui è avvenuto il delitto considera questo lesivo dell'ordine sociale. Inutile dire, però, che è impensabile che il giudizio sociale si appunti esclusivamente su valutazioni di ordine squisitamente politico e sociologico, di talché la criminalità di un comportamento dipende dal danno che esso arreca alla stabilità sociale, alla vita di relazione. Un giudizio di tal genere è tipico del politico, del sociologo o del filosofo illuminista che guarda al delitto con oggettività avendo riguardo alla pace sociale e alla conservazione delle istituzioni politiche. Il giudizio popolare sul delitto ha basi etiche e psicologiche innegabili. Gli uomini pensano al delitto come a un male che deve essere retribuito e/o rispetto al quale occorre proteggersi. Una componente etica nell'istanza popolare di criminalizzazione c'è sempre, perché l'uomo è essere morale, che non può far a meno di imbattersi, nel corso della propria esistenza, in continue domande sulla bontà morale di una data azione umana. Pertanto, anche l'indagine sociologica sulle cause del delitto, non può prescindere dallo stigma etico-sociale<sup>124</sup>. Sul piano criminologico, assume importanza il ruolo di tale stigma quale contropinta alla commissione del delitto.

L'antropologia criminale considera il delinquente come un alienato che a cagione dello stadio primitivo in cui versano le sue facoltà mentali, è considerato dalla società in cui vive una sorta di selvaggio, di corpo estraneo incapace di adattarsi alla vita di relazione. L'uomo delinquente, sottolinea Bettiol, "nasce" tale, di qui lo studio anatomico di varie parti del corpo, in particolare del cranio e del volto, per individuare le anomalie. Di qui la tipizzazione dell'autore anziché dell'azione, come invece si sforzano di fare i classici nel classificare i delitti. Essa viene operata in base alle anomalie organiche che sarebbero la causa del comportamento criminoso, per questo attiene all'autore e non all'azione.

---

<sup>124</sup> La stessa istanza vendicativa ha una importante componente psicologica, dal momento che sottende il soddisfacimento, da parte della vittima, del desiderio di arrecare all'autore del crimine subito lo stesso male subito, o un male maggiore. La soddisfazione scaturente dal compimento dell'atto vendicativo è data anche dal convincimento che esso sia moralmente legittimo.

Ma il tentativo di operare una classificazione dell'uomo delinquente risulterà fallace, perché solo un piccolo numero di criminali vengono osservati rispetto ad una ampia platea di delinquenti, e solo in una minima percentuale di essi sono emerse delle anomalie organiche: il dato statistico è, quindi, insignificante, e toglie fondamento scientifico alle tesi di Lombroso. Inoltre, osserva opportunamente il Bettiol, è dalla dinamica dell'azione che è possibile ricavare l'eziologia del reato, non dall'esame di un cadavere: *"l'uomo da queste ricerche è inesorabilmente sparito!"*<sup>125</sup> Il giudizio sul reo deve basarsi sul fatto commesso, valutato nella sua globalità, e cioè nei suoi elementi oggettivi e soggettivi, guardando ai motivi che hanno spinto il reo al delitto, e all'intensità della partecipazione morale da egli profusa nel compimento dell'azione. Un diritto penale che abbia rispetto per l'uomo in quanto essere raziocinante e moralmente libero, non può considerare il reo come tipo delinquenziale solo perché in lui vengono riscontrate presunte anomalie fisiche o psichiche. Il reato non può essere ridotto a mero sintomo di una "malattia" da curare, con la conseguenza di spostare l'attenzione del penalista dal delitto che ne è l'effetto, all'anomalia organica del reo, che ne è la causa. Bettiol rifugge da un diritto penale sbilanciato in senso oggettivo, causalmente orientato, come quello dei classici italiani e tedeschi, tanto da risultare fascinato dalle teorie del Welzel, ma anche da un diritto penale sbilanciato in senso opposto, che esalti la figura dell'autore oscurando il fatto e l'azione. Un diritto penale umanamente orientato deve considerare il reo nella sua individualità e nella sua personalità, ma per come essa si è manifestata nel compimento dell'azione delittuosa. L'antropologia criminale nega all'uomo la *personalità morale* per sostituirla con una *personalità naturale*, nel segno di una concezione positivista statica, che giudica la capacità delinquenziale del soggetto e dunque la sua pericolosità attraverso un esame somatico e/o anatomico che, peraltro, su persona già indiziata o condannata. L'accertamento *ex post* serve dunque a trovare conferma di un'eziologia psico-fisica del reato, la quale, però, si rivela scevra di riscontri scientifici fondati.

L'antropologia criminale viene abbandonata da molti positivisti visti i suoi fallimentari risultati, e ciò apre la strada alla *sociologia criminale*, il cui principale esponente è Enrico Ferri, che appunta le sue ricerche sulle condizioni ambientali in cui matura il fatto criminoso, individuandone le cause nelle anomalie sociali, anziché in quelle

---

<sup>125</sup> BETTIOL G., op. cit., p. 30.

organiche.

Bettiol non nega l'importanza dell'influenza che l'ambiente può esercitare sulla manifestazione del reato, dal momento che nel giudizio sul grado di colpevolezza occorre tener conto dei condizionamenti esterni che possono aver influito sui motivi a delinquere o sul rafforzamento del proposito criminoso. Il fatto di reato deve essere valutato nella sua globalità, e la personalità dell'agente non può essere trascurata, vista la necessità di individualizzare la pena nel segno della retribuzione. Però il fattore ambientale non può essere considerato determinante nel provocare il processo volitivo che porta l'agente al compimento dell'azione delittuosa. Può solo entrare in gioco in sede di giudizio dosimetrico ex art. 133 c.p. Bettiol rifiuta sia l'estremo oggettivismo dei classici e della scuola tradizionale tedesca, che relegano l'aspetto ambientale ai margini del reato, come se il reato si manifestasse non nel mondo reale ma in un mondo astratto, ed il reo fosse un essere raziocinante puro, immune da ogni condizionamento esterno. Rifiuta altresì, e nella maniera più totale, l'idea determinista, sottesa alla sociologia criminale, perché nega l'essenza morale dell'uomo e svaluta completamente il concetto della responsabilità colpevole.

Terzo indirizzo del positivismo criminologico è la *psicologia criminale*, il cui esponente è il Grispigni, il quale cerca di rinvenire le cause del delitto nella *deviazione psichica* del reo.

Bettiol evidenzia anche qui come la ricostruzione del nesso causale tra la tara psichica e l'azione delittuosa sia di tipo deterministico, per cui data una certa anomalia psichica, si deve dedurre che ogni fatto criminoso sia causato da tale anomalia, secondo uno schema generalizzante e automatico. Egli non nega, però, l'importanza della psicologia e, in particolare, della psichiatria forense, strumento indispensabile per valutare la capacità di intendere e di volere del reo, al fine di valutare la sussistenza dell'imputabilità. Non nega neppure che i fattori psicologici possano essere considerati nel giudizio sulla colpevolezza, che, come detto, deve riguardare ogni aspetto del fatto e della personalità dell'agente. In particolare la psicologia è indispensabile per la piena comprensione dell'azione e per la sua *qualificazione morale*, al fine di esprimere un giudizio di colpevolezza approfondito e pieno. Essa non può però spiegare, da sola, la causa del delitto.

Affine alla psicologia criminale è la caratterologia, che classifica i tipi criminali in base

ai tratti caratteriali considerati determinanti nella spinta motivazionale al delitto. Il tratto caratteriale, se causa determinante l'azione criminosa, finisce allora per assorbire la stessa nozione di colpevolezza, la quale viene ricercata in un difetto del carattere stesso, di matrice congenita.

Comune a tutti gli indirizzi del positivismo criminologico è l'accentuazione delle caratteristiche dell'agente in luogo di quelle dell'azione, con l'effetto di trasformare il diritto penale da *“un diritto che considera il fatto oggettivo come l'unico titolo giustificativo della pena, in un diritto il quale guarda al fatto come a un semplice indice di pericolosità”*<sup>126</sup>. La pericolosità del reo è il perno su cui si sviluppano le tesi positivistiche, quello su cui si asside la sanzione, che non è pena ma misura di sicurezza o, nel tentativo di unificarle, *misura criminale*. La responsabilità morale del reo scompare, e scompare quindi anche la pena, che reca in se il senso dell'espiazione per il male arrecato. I positivisti, rifiutando la concezione classica della colpevolezza che, insieme al fatto tipico, costituisce il presupposto per l'inflizione della pena, propongono un ribaltamento dei postulati del classicismo penale per sostituire alla responsabilità colpevole la pericolosità sociale. Anche l'imputabilità è svalutata al punto tale da non essere più considerata il titolo che giustifica l'applicazione della misura di sicurezza, ma la mera pericolosità, che è un concetto, insiste Bettiol, naturalistico. “Pericolosità” e “anormalità” è il binomio su cui la criminologia e la sociologia criminale appuntano la legittimazione sanzionatoria dello stato, che mira più che a reprimere, a prevenire. La repressione, infatti, è concetto che presuppone la commissione di un fatto di reato, per cui la sanzione repressiva deve per forza guardare indietro. La prevenzione invece guarda al futuro, e rende legittimo l'intervento sanzionatorio prima ancora che un fatto di reato sia stato commesso. Per questo i positivisti rifiutano la pena, che reca in se il senso del castigo ed ha una componente etica imprescindibile, anche a volerla considerare non in termini puramente retributivi, per sostituirla con la misura di sicurezza, che è misura preventiva.

Se il classicismo penale è un portato del liberalismo giuridico il positivismo criminologico si ispira a sistemi politici nei quali è data preminenza alla società e allo stato rispetto all'individuo, considerato come un elemento del tutto, in una visione olistica della società. Il primato della comunità e dello stato sull'individuo fa sì che il a

---

<sup>126</sup> Ibidem, p. 39.

diritto penale non debba più fondarsi sulla tutela dei diritti e non debba più trovare in essi il proprio limite, di talché ciò che conta è tutelare il consorzio sociale e lo stato rispetto ai comportamenti devianti. La risposta alla devianza, non può essere la pena, concetto “borghese” come quello di responsabilità e di colpa, ma la *profilassi sociale* per mezzo di sanzioni essenzialmente preventive, miranti a rendere il deviante inoffensivo. Per questo cade il principio della proporzione tra gravità del fatto e sanzione, e la misura si fa illimitata, se lo stato di pericolosità del deviante è cronico.

Il motivo per cui i sistemi liberali avevano guardato con sfavore alle misure di sicurezza e preventive sta nel fatto che un'attività preventiva dello stato nella lotta alla criminalità poteva rappresentare un ostacolo all'esplicazione delle libertà individuali. *“Lo Stato liberale è tutto permeato dal concetto di due sfere di attività che, o per diritto di natura o per contratto sociale, spettano l'una allo Stato l'altra al cittadino, di modo che lo Stato solo nei casi espressamente consentiti dalla legge può per fini repressivi violare la sfera individuale. Ammettere un intervento anche per fini preventivi significa rompere quel diaframma che separa l'individuo dallo Stato e riconoscere a questo il diritto di regolare a suo modo la vita e l'attività dei singoli, non più <valori> indipendenti, ma subordinati, e quindi negazione di valori, semplici mezzi per fini propri e dello Stato.”*<sup>127</sup>

## 2.5 La dogmatica giuridica: la giurisprudenza dei concetti, la giurisprudenza degli interessi, la giurisprudenza dei valori

Gli indirizzi dogmatici dominanti tra il finire del XIX secolo e la prima metà del '900 sono la *giurisprudenza dei concetti (Begriffsjurisprudenz)*, la *giurisprudenza degli interessi (Interessenjurisprudenz)*, la *giurisprudenza del sentimento (Gefühlsstrafrecht)*, la *giurisprudenza dei valori*.

Essi rappresentano tre modi di concepire il diritto, in particolare la scienza giuridica, ed offrono dei criteri metodologici di studio della giurisprudenza, qui intesa come dogmatica giuridica.

Prima di esaminarle partitamente, confrontandole tra loro in modo critico, Bettiol si

---

<sup>127</sup> Ibidem, p. 41.

addentra sulla definizione di diritto penale, per indicare lui stesso un criterio di metodo da seguire e delimitare l'oggetto degli studi penalistici.

Il diritto penale può essere inteso in due modi: come sinonimo di legislazione penale, ovvero come sistema di norme giuridiche a contenuto penalistico; come scienza giuridica, ossia il complesso dei principi informatori della legislazione.

Le due definizioni sono parziali e non autosufficienti, perché il diritto non può essere ridotto alla legislazione di uno stato, così come non può essere identificato nella sola dogmatica: la legislazione senza l'elaborazione scientifica dei principi non è diritto, è pura norma positiva, che può difettare persino del carattere della giuridicità; la dogmatica, da sola, è puro concettualismo, sterile esercizio intellettualistico, mancante di quel realismo che il diritto, essendo scienza pratica, non può non avere. Il diritto è norma giuridica più elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, come dimostra la millenaria tradizione giuridica romana, alla quale hanno contribuito tanto le consuetudini ataviche (i *mores*), quanto le *formulae* frutto dell'elaborazione giurisprudenziale dei pretori e le *constitutiones* imperiali. A differenza però del diritto civile, il diritto penale non può esistere senza legislazione statale: la norma penale non può non essere norma legale, in omaggio al principio di legalità, che è garanzia di uguaglianza e di democraticità.

Oggetto degli studi penalistici non possono essere quindi le norme prese singolarmente, avulse dalle altre e dai principi ricavabili dal sistema. Occorre comprenderne il significato, a cui si approda mediante l'interpretazione, che non può limitarsi al dato letterale della singola fattispecie e deve avere carattere sistematico. E' il sistema normativo nel suo complesso a dover essere studiato, ma per aversi sistema occorre che le norme siano ordinate, e ordinarle è compito del giurista. Così come è compito del giurista sistemare i principi perché possa parlarsi di scienza giuridica.

Dovendo allora fissare un criterio per delimitare il campo della legislazione e della scienza penalistica Bettiol si affida a due concetti che sono sia giuridici che assiologici: *colpa* e *retribuzione*. Solo le norme che gravitano attorno ad essi costituiscono materia penalistica. Il diritto penale è quindi la branca del diritto pubblico punitivo che si incardina sulla colpa, quale requisito fondante della responsabilità penale e legittimante l'inflizione della sanzione ad essa conseguente, e sulla retribuzione, principio etico

ordinante l'intero sistema penale e non solo la pena.<sup>128</sup> In un'epoca in cui erano forti le tendenze volte ad ampliare il campo del giure penale a sanzioni tradizionalmente afferenti al diritto amministrativo e civile, come le misure di sicurezza e di prevenzione, le sanzioni amministrative e quelle civili, l'opzione di Bettiol si presenta in netta controtendenza ed è volta a salvaguardare quella che per lui è l'essenza del diritto penale: la retribuzione. Solo la pena può essere giusta retribuzione, perché il diritto penale è un diritto punitivo immerso nei valori. Valori sono i beni giuridici che esso protegge, valore è la pena se concepita come meritato castigo, valori sono i diritti individuali attinti dalla pena, valore è la persona umana su cui quest'ultima viene inflitta. Includere nel diritto penale le misure di prevenzione e di sicurezza significa "inquinarlo" con istituti e concetti estranei alla colpa e alla retribuzione, che lo connotano in senso profondamente etico.<sup>129</sup>

### 2.5.1 La giurisprudenza dei concetti

Sebbene l'Italia sia stata la patria delle dottrine penali, poiché è a partire da Verri e da Beccaria che si sono sviluppate le principali correnti ideologiche su cui si sono basate le diverse legislazioni nazionali, solo di recente una scienza giuridica penale vera e propria si è sviluppata nel nostro paese, grazie all'opera di Arturo Rocco e degli autori che, con lui, afferiscono al cosiddetto tecnicismo giuridico.<sup>130</sup> La disputa tra classici e positivisti

---

<sup>128</sup> Sarebbe riduttivo relegare la retribuzione a criterio commisurativo della pena o a principio metagiuridico fondante la stessa. Essa orienta l'intera materia, tanto la teoria generale del reato (si pensi alla valorizzazione della colpevolezza e della materialità del reato), quanto il sistema delle pene e della loro esecuzione. Ciò sarà approfondito nel capitolo dedicato alla pena.

<sup>129</sup> La questione dell'inclusione delle misure di prevenzione e di sicurezza nel campo del diritto penale è dibattuta fin dai tempi dei lavori preparatori al codice del 1889. Secondo la tradizionale concezione di impronta classicista, solo la materia dei delitti e delle pene doveva essere inclusa nel novero del diritto penale, a garanzia dei diritti individuali; si temeva infatti che annoverando altri tipi di sanzione nella materia penale se ne producesse un tale ampliamento da porre in pericolo le libertà del cittadino. Bettiol risente di questa impostazione, oggi del tutto abbandonata dalla dottrina, che considera invece una garanzia per i diritti individuali l'applicazione dei principi penalistici alle sanzioni non tipicamente penali, come le misure di prevenzione, sempre più utilizzate per fronteggiare la criminalità organizzata di matrice mafiosa e terroristica.

<sup>130</sup> Il dibattito tra le scuole perde di importanza durante il ventennio fascista, durante il quale, soprattutto per opera del maestro Arturo Rocco, prende il sopravvento un orientamento teso ad espungere il fondamento e i limiti della pena dalla riflessione penalistica, e concentrarla nel più limitato, e meno ambizioso, compito di elaborare e interpretare la norma positiva. Tale indirizzo, che prende il nome di tecnicismo giuridico, si pone quindi in opposizione a quell'intento di costruire un sistema penale fondato su grandi ideali (sui quali le divisioni ideologiche erano profonde), per portare la discussione su di un piano più basso, meno idealistico ma più tecnico, che, secondo Rocco, è più consono al ruolo del



verteva ancora su questioni pregiuridiche, più filosofiche e politiche che dogmatiche.<sup>131</sup>

Quando la dottrina penalistica ha iniziato ad emanciparsi dalle disquisizioni filosofiche che, nel corso della seconda metà dell'ottocento, avevano assorbito quasi interamente il dibattito tra le scuole, è venuto formandosi un diritto penale vero e proprio, prima ad opera di Bernardino Alimena e della cosiddetta terza scuola di indirizzo eclettico, poi del Rocco, a partire dalla famosa prolusione sassarese del 1908.

A quest'ultimo viene riconosciuto il merito dell'elaborazione di un metodo giuridico che rispondesse alla necessità di liberare il diritto penale dalla speculazione filosofica alimentata dalla Scuola Classica, ma anche dall'indagine sperimentale sui fattori naturalistici del reato, di derivazione positivista.

A ben guardare però, tale indirizzo, che mira alla purificazione del diritto liberandolo dalle "tossine" filosofiche che inquinano la scienza giuridica, si affida ad un metodo, quello sperimentale, molto simile, per Bettiol, a quello dei positivisti: così come il positivista indaga sul fatto presupposto della norma, cioè sul reato quale fenomeno naturalistico e sulla pericolosità del delinquente, assunta a dato criminologico *pretergiuridico*, così il giurista indaga sulla norma positiva; il lavoro di entrambi prende le mosse da un dato fattuale, l'uno di ascendenza naturalistica, l'altro di ascendenza giuspositivistica. Il metodo tecnico giuridico è, quindi, speculare a quello dei positivisti, poiché cambia solo l'oggetto dell'indagine, ma la premessa rimane la stessa: l'indagine è sempre di carattere induttivo prima (si parte dalla norma data), deduttivo poi (dallo studio analitico della norma se ne ricavano principi e classificazioni dogmatiche). Per il resto, esso si snoda secondo i canoni della logica formale, che esula dai contenuti per appuntarsi esclusivamente sulla forma. Il fine è quello della classificazione formale delle norme, secondo un procedimento che è quello che adotta il naturalista quando

---

penalista. Come vedremo però, i giuristi di epoca fascista che faranno capo al tecnicismo giuridico non potranno fare a meno di affrontare il tema della pena, perché è velleitario pensare a un diritto penale "asettico", sganciato da qualsiasi valore e principio filosofico. Lo dimostra il fatto che da una lettura critica del codice penale del 1930, che porta la firma dello stesso Rocco, si può capire quanto esso sia stato influenzato dalle scuole pur non essendosi ispirato, esplicitamente, ad alcuna di esse: al suo interno si rinvengono principi ed istituti afferenti alle tre tradizionali teorie della pena, che ne denunciano un orientamento sincretistico. Il codice Rocco apre quindi la strada ad una concezione polifunzionale della pena che verrà ripresa nel dibattito in seno alla Costituente, e rimarrà prevalente fino ai giorni nostri.

<sup>131</sup> Se è vero, tuttavia, che l'opera dei Beccaria e dei primi "classici" sia prettamente giusfilosofica, pare arduo ritenere che quella del più grande criminalista italiano, come lo definisce lo stesso Bettiol, Francesco Carrara, non sia da considerarsi un'opera giuridica di levatura scientifica, e che l'eredità dei classici, come quella dei positivisti, non debba essere annoverata nella storia del diritto penale come contributo scientifico all'approfondimento di concetti dogmatici quali l'imputabilità e la colpevolezza.

classifica, per esempio, le specie animali.

In tale opera classificatrice, pur utile al fine di dare un ordine alla scienza penale, dal momento che senza un ordine non può aversi un sistema compiuto di norme e di principi giuridici, Bettiol intravede il pericolo di considerare il diritto svuotato dei suoi contenuti etici.

Il diritto non è solo forma, è sostanza, e la sostanza del diritto penale è anche l'etica. Non solo, ma limitandosi ad appuntare lo studio sulle categorie si rischia di scambiare, quale oggetto di indagine, il contenitore per il contenuto, e di far degenerare gli studi giuridici in sterili esercizi formalistici. Con l'esito paradossale di non cogliere l'obiettivo di rendere il diritto penale più aderente alla realtà di quanto non ci fosse riuscito il classicismo, per colpa del suo eccessivo attaccamento ai presupposti razionalistici. Con una differente prospettiva però: mentre il razionalismo dei classici implicava uno studio formalistico degli istituti giuridici in chiave filosofica, con lo scopo di ancorare le norme penali a saldi principi garantistici, il normativismo tecnico-giuridico declina verso un formalismo *agnostico*, adatto allo studio di qualunque norma positiva.

La giurisprudenza dei concetti, che nasce sul finire del XIX secolo in ambienti di ispirazione liberale, finisce per essere funzionale allo studio di legislazioni penali illiberali, come quella fascista. Il tentativo di concentrare lo studio del diritto sul diritto vigente, con quello di costruire dei sistemi logici validi per ogni tipo di legislazione penale, come se potesse aversi un modello unico e universale di diritto penale,<sup>132</sup> porterà ad inaridire la scienza penale e a farle perdere quel necessario riferimento ai valori su cui deve basarsi l'interpretazione della norma.

Ma un sistema ordinato valevole per tutte le legislazioni, anche volendo escludere quelle di tradizione non occidentale, è impossibile da ritrovare o "costruire", perché ciascuna legislazione ha la sue peculiarità e risente di diversi modi di concepire gli istituti più importanti del diritto penale. Basti pensare che ordinamenti di paesi a noi vicini escludono la responsabilità oggettiva come forma di responsabilità penale, mentre

---

<sup>132</sup> Sul punto, Bettiol richiama lo Zimmerl (ZIMMERL L., *Der Aufbau des Verbrechenstystems*, Tübingen, 1930; *Strafrechtliche Arbeitsmethode de lege ferenda*, Berlin, 1931), il quale, arrivato alla conclusione che la giurisprudenza concettuale, nel tentativo di sistematizzare il diritto penale in concetti "*levigati, scelti, raffinati e ordinati fra loro in modo impeccabile*", aveva ridotto la scienza penale a mera forma, "*violentando la realtà giuridica, la quale non si presenta come una serie d'impeccabili deduzioni da premesse certe, ma come una serie di principî spesso in contrasto tra loro*". Ibidem, p. 68.

il nostro la ammette, o che in punto di pena, accanto a norme che si incardinano sul principio retributivo, ve ne sono altre, nel nostro stesso codice del 1930 che, invece, sono ispirate alla logica prevenzionale.

Il penalista può dunque trovarsi di fronte a norme di diversa ispirazione pur facenti parte di un unico sistema, sta a lui interpretarle in modo da renderle il più possibile coerenti tra loro, eliminando o superando, per via ermeneutica, le eventuali antinomie o le frequenti contraddizioni. Il legislatore è spesso incapace di produrre norme legate tra loro in maniera armonica: l'armonia quai mai appartiene alle raccolte normative. Ragioni di politica criminale portano spesso a legiferare, soprattutto in una materia così permeabile agli umori popolari come quella penale, in maniera confusa o addirittura schizofrenica. Sta all'interprete risolvere questi contrasti per via interpretativa, ma non partendo da schemi logici dati e perfetti, occorrendo avere un punto di vista che non escluda il dato di realtà, col quale la norma penale deve sempre fare i conti.

Primo compito del giurista – per il Nostro - rimane quello di conoscere il diritto penale vigente, sia esso perfetto o, come è più realistico che sia, imperfetto, tentando di interpretarlo non in senso logico-concettualistico, ma in senso *realistico* e valoriale.<sup>133</sup>

Bettiol riconosce, comunque, che in Italia la giurisprudenza concettuale, grazie al magistero del Rocco e del Delitala, suoi primi epigoni, ha mantenuto una certa *dose di "realismo"*, per via della elaborazione del concetto di *bene giuridico*, quale oggetto di tutela della norma. E' con esso che viene dato contenuto valoriale alla norma. Compito dell'interprete, allora, non è solo quello di studiare la norma solo sul piano astratto e formale, ma ricercarne il contenuto, lo spirito, la *ratio*. *Ratio* che è data anche dal valore ad essa sotteso, cioè dal bene che essa mira a proteggere.

L'assunzione del bene giuridico ad oggetto di tutela della norma comporta non solo che essa sia riconsiderata nella sua essenza (l'ontologia), ma che sia interpretata secondo un canone valoriale e finalistico (teleologia), non solo puramente logico.<sup>134</sup>

---

<sup>133</sup>“Credere alla possibilità di un codice privo di contraddizioni è credere a un'utopia, non perché il diritto, come l'Antolisei vorrebbe (ANTOLISEI F., *Il metodo nella scienza del diritto penale*, in <Problemi penali Odierni>, Milano, 1940, p. 18), sia per natura sua alogico (ciò che nella sostanza non può essere, perché il diritto è pur sempre ordinamento di ragione), ma perché esso deve scendere a patti con la realtà sociale, deve mercanteggiare tra opposte tendenze, cercare di uscire con delle transazioni da situazioni storiche spesso molto delicate”. Ibidem, p. 69 (nota dell'autore).

<sup>134</sup> A tal proposito il Nostro rileva come il proprio maestro Giacomo Delitala abbia ricordato che quanto il bene giuridico sia un concetto dal quale l'interprete possa ricavare un criterio ermeneutico di tipo

Se da un lato il Nostro ritiene che non si possa far a meno della logica aristotelica, su cui pure si è basata la giurisprudenza concettualistica nell'elaborazione del suo *logicismo formalistico*, questa tuttavia non può essere fine a se stessa, ma deve essere utilizzata strumentalmente al fine di costruire idee chiare, semplici e precise, ma incentrate sui valori che costituiscono il contenuto del diritto penale. Quei valori che, invece, l'adozione della logica aristotelica, per effetto del condizionamento delle teorie neo-kantiane sulla giurisprudenza dei concetti, ha finito invece per obliare.<sup>135</sup>

### 2.5.2 La giurisprudenza degli interessi

In risposta al dogmatismo concettualista viene elaborato l'orientamento dogmatico che prende il nome di giurisprudenza degli interessi. Questo però non nasce in seno alla scienza penale ma a quella civile, soprattutto nell'ambito del diritto commerciale e delle obbligazioni. Si ritiene che in tali campi la norma giuridica debba regolare gli interessi in conflitto delle parti, per cui essa deve essere interpretata in relazione al caso concreto, per stabilire quale sia l'interesse prevalente da tutelare. L'interprete, il giudice in particolare, non dovrà preoccuparsi di sussumere la fattispecie concreta nella fattispecie astratta secondo un procedimento logico di tipo induttivo, ma dovrà stabilire quale dei due interessi concreti è più *vicino* all'interesse astratto contenuto nella norma. La norma è quindi portatrice di un interesse, e la si deve interpretare nel senso di confrontare tale interesse astratto, con quello concreto delle parti configgenti. L'individuazione dell'interesse prevalente avviene per intuizione, per questo l'esito di tale opzione interpretativa è quello di sostituire al *logicismo* giuridico della giurisprudenza concettuale lo *psicologismo* giuridico. Ciò non toglie, però, che la giurisprudenza degli interessi rinunci ad un sistema giuridico ordinato e dunque ad ogni costruzione logica: la scienza giuridica, per essere tale, non può rinunciare alla

---

teleologico, con il merito di richiamare il penalista alla realtà della vita, che è quella su cui producono i loro effetti le norme penali. Ibidem, p. 67.

<sup>135</sup> Rileva a tal proposito Vernacotola come in Bettiol la scienza penale assuma il carattere della strumentalità rispetto alla sfera dei valori, "*sfera che, pur essendo pienamente integrata nel diritto, non rinviene in quest'ultimo la ragione ultima della propria fondazione, che va invece rintracciata nella riflessione ontologica e filosofico-antropologica.*" Cfr. VERNACOTOLA A., *Primato della persona e realismo metafisico. La filosofia del diritto penale di Giuseppe Bettiol*, Edizioni Scientifiche Calabresi, 2010, n. 686, p. 206.

sistematicità.<sup>136</sup>

Applicata al diritto penale, la giurisprudenza degli interessi avrebbe dovuto rendere questa disciplina più aderente alla realtà, posto che l'interesse è un concetto che richiama, per esempio, esigenze di politica criminale scaturenti da certi fenomeni criminosi, o il bene giuridico protetto dalla norma.

Bettiol tuttavia esalta di tale concetto il sostrato semantico utilitaristico – edonistico, così da escludere che l'interesse possa essere elevato a criterio ermeneutico della scienza penale. Ciò in quanto, ribadisce, *“il diritto penale è legato ai <valori>, abbia cioè una base ed un orientamento decisamente etici, per cui riesce difficile dare alla nozione dell'interesse un significato che supera la possibilità stessa di espressione del termine.”*<sup>137</sup> Il diritto penale non può mutuare allora un criterio utilitaristico quale quello di interesse, più adatto a orientare l'interpretazione di norme che appartengono a materie volte a regolare i rapporti privati, soprattutto quelli di scambio e legati alle attività commerciali. Tanto più se si considera che esso è incardinato su due concetti di tenore etico: la colpa e la pena. *“Nessuna considerazione di interessi individuali o sociali, nessun calcolo di utilità più o meno mascherato da formule <magiche> potranno far sì che la colpa non sia <riprovazione> per un'azione illecita liberamente compiuta, e la pena <retribuzione> per l'azione stessa. Qui il gioco degli interessi nulla ha a che fare, a meno che non si voglia scardinare tutto il diritto penale.”*<sup>138</sup> Il diritto penale non è volto a regolare interessi fra privati: lo scopo del processo penale è accertare una responsabilità penale onde far conseguire una pena.<sup>139</sup>

---

<sup>136</sup> Precisa Bettiol che il sistema prefigurato dalla giurisprudenza degli interessi, a differenza della giurisprudenza concettuale, non sia aprioristico ed estraneo all'esperienza, ma sia ricavato dall'esperienza, ovvero dalla pratica inerente i conflitti tra privati. BETTIOL G., op. cit., p. 72.

Cfr. sul punto anche Vernacotola: *“Il sistema, inteso dai concettualisti come <l'aprioristica conditio sine qua non di ogni possibile esperienza giuridica> (BETTIOL G., op. cit., p. 72), viene pertanto ridotto a risultato dell'esperienza, strumentalmente funzionale alla realizzazione di una stabilità sociale che, nel succedersi dei suoi aspetti provvisori, risulta di fatto estrinseca rispetto all'<ordine> nel quale le istanze rivendicative e gli indirizzi contenutistici rappresentati dagli interessi configgenti oggettivamente verrebbero a proiettarsi.”* Op. cit., p. 208.

<sup>137</sup> BETTIOL G., op. cit., p. 73

<sup>138</sup> Ibidem.

<sup>139</sup> Bettiol ricorda a tal proposito, e a titolo di esempio, quanto sostenuto da Carnelutti circa il conflitto di interessi tra ladro e derubato, che il processo penale sarebbe chiamato a dirimere. In ciò si staglia una critica alla funzione conciliativa del processo penale, che ne presuppone la disponibilità delle parti e fa scemare l'importanza dell'accertamento della verità processuale e della eventuale responsabilità dell'imputato, a vantaggio di un presunto interesse della parte offesa di veder risolto il conflitto a seguito dell'applicazione di una sanzione riparativa in suo favore. Tale critica può dirsi quindi estesa alla teorica

Non è conferente neppure l'accostamento dell'interesse al bene giuridico, dal momento che quest'ultimo, per il Patavino, è un valore, e come tale non può essere confuso con un concetto che non appartiene al mondo dei valori ma degli interessi. L'interesse non è un valore perché misura soltanto l'idoneità di un bene materiale a soddisfare un bisogno umano, *“senza dire nulla circa il rapporto con la natura razionale dell'uomo.”*<sup>140</sup>

Per Bettiol la giurisprudenza degli interessi potrebbe fornire un apporto utile alla dogmatica penalista in settori del diritto penale in cui emergono dei conflitti tra interessi opposti, che spetta all'interprete dover dirimere. Il caso più emblematico è certamente quello delle cause di giustificazione.

Tuttavia, osserva il Nostro che anche in tali casi l'orientamento dogmatico in parola si mostra inutile, dal momento che non offre dei criteri di valutazione degli interessi in conflitto. Criteri che, comunque, dovrebbero essere di ordine etico.

### 2.5.3 La giurisprudenza del sentimento

Tra il 1930 e il 1945 la dottrina penalistica tedesca, sotto l'influenza del totalitarismo nazista, subisce dei forti cambiamenti rispetto a quella tradizionale, incentrata sul logicismo della giurisprudenza dei concetti, per approdare ad un orientamento dogmatico del tutto alternativo, che poggiava su presupposti politici e filosofici altrettanto alternativi a quelli con i quali era maturata la dottrina causalistica e oggettivistica dei decenni precedenti. Ci riferiamo alla Scuola di Kiel e ad autori come Dahm e Shaffstein, che in risposta al razionalismo e all'intellettualismo tipici della giurisprudenza dei concetti sostengono la necessità di adottare un metodo che prescindere dalla stretta logica per affidarsi al sentimento, all'emozione, all'intuito.<sup>141</sup> L'interprete non deve più interpretare la norma ricorrendo alla logica e alla sua *ratio* interna, ma deve ricercarne lo spirito per via intuitiva, rifacendosi al sentimento popolare

---

della funzione riparativa della pena, che tanto successo avrà a partire dagli anni '80 del secolo scorso, soprattutto nei sistemi anglosassoni. Ibidem.

<sup>140</sup> Ibidem.

<sup>141</sup> Rileva il Vernacotola che l'orientamento in parola è sorto sotto l'influenza della filosofia esistenzialista, *“che riduceva i concetti logici a vacui ed artificiosi schematismi formalistici”*; esso *“appariva animato, fin dall'inizio, dal proposito di rinnovare dall'interno le metodologie operative della scienza giuridica, optando, per l'utilizzo, in modo esclusivo, di un procedimento a sfondo emozionale che fosse in grado di concentrarsi sui singoli fenomeni giuridici ed assumerli individualmente nella loro immediata e contingente concretezza”*. VERNACOTOLOA A., op. cit., pp. 209, 210.

nell'individuare il senso e il significato di un dato istituto o di un certo concetto. Non più allora un'interpretazione sistematica che, a fronte di eventuali lacune, riesce a ricostruire ex post il significato di una data norma, ma un'ermeneutica che si basa su sensazioni, opinioni, suggestioni del tutto arbitrarie. Cosa significa infatti la tanto enfatica, quanto rarefatta e inconsistente espressione "sentimento del popolo"?<sup>142</sup> Da cosa lo si evince? Nell'interpretarlo il giudice è completamente libero o può basarsi su norme di interpretazione autentica che lo precisino?<sup>143</sup> E' evidente che siamo di fronte ad una sorta di espediente per superare completamente il principio di legalità e di stretta interpretazione della norma penale. L'interprete dovrebbe sforzarsi di allineare il proprio sentimento con quello del popolo, ma il rischio dell'arbitrio è palese.

Ogni istituto deve essere interpretato secondo tale canone, per cui, a parere del Nostro, non si può dire che la giurisprudenza del sentimento sia una vera e propria dogmatica penale, posto che per dogmatica si intende un insieme di principi sistemati tra loro, secondo un ordine logico e razionale.<sup>144</sup> Qui la logica e la razionalità sono del tutto espunte, perché considerate di ostacolo al flusso della storia, ad un divenire normativo che va di pari passo col divenire storico della nazione e del popolo tedesco. Linfa vitale del diritto non sono più i diritti individuali o i concetti logico-formali, ma il sentimento del popolo tedesco.

Tale concezione per Bettiol è, naturalmente, da respingere nella sua totalità. Anzitutto per ragioni speculative, dal momento che un sistema penale, per essere veramente tale, non può prescindere da un ordine logico e formale, ovvero dai concetti. Non deve certo esaurirsi in essi, ma non può prescindere. Senza concetti non può esistere alcuna scienza. Inoltre egli scorge il pericolo sotteso all'eliminazione di ogni concetto razionale: quello che alla *ratio* sia sostituita la *voluntas* del potere politico costituito, camuffata da volontà popolare. Egli non è contrario all'accostamento della volontà alla norma giuridica, perché, afferma, *il diritto è volontà, ma volontà ragionevole, nel senso*

---

<sup>142</sup> "A nulla giova richiamarsi alle esigenze della coscienza giuridica del popolo, perché con tale richiamo ci si immerge in una atmosfera incerta e nebulosa dalla quale nessuna forma precisa si sprigiona". Ibidem, p. 77.

<sup>143</sup> Il codice penale tedesco di epoca nazista, a dire il vero, statuisce che costituisce canone legale di interpretazione delle norme penali il sentimento del popolo così come interpretato dal Führer.

<sup>144</sup> Rileva il Nostro che all'interprete non deve più interessare, per esempio, la distinzione tra il ruolo dell'istigatore e quello di complice in materia di concorso di persone nel reato, ma dovrà piuttosto sentire o intuire cosa come il popolo considera le due figure di concorrenti nel reato. Altrettanto deve dirsi rispetto ai concetti di ladro o di omicida, che non vanno definiti in base alle norme incriminatrici che descrivono il furto e l'omicidio, ma secondo l'idea che il popolo ha del ladro e dell'omicida.

*che essa deve essere in armonia colle esigenze sostanziali della ragione, e rispettare pure quelle esigenze formali di puntualizzazione logica che le sono necessarie per presentarsi in forme chiare, precise, sicure.*”<sup>145</sup>

#### 2.5.4 La giurisprudenza dei valori

Nel tentativo di superare la reciproca incompiutezza della giurisprudenza dei concetti e di quella, cronologicamente successiva, degli interessi, taluna dottrina ha tentato una via sincretistica, invisa a Bettiol. La soluzione prospettata permette di adottare, rispetto alla forma della norma, i canoni della giurisprudenza concettuale, mentre in relazione al contenuto, quelli della giurisprudenza degli interessi. In tal modo si coniugherebbero due necessità: quella di sistematizzare norme e principi secondo un ordine logico-formale, senza rinunciare al contenuto, perché la forma priva di sostanza porta al normativismo sterile, mentre la sostanza senza forma non conduce ad un sistema giuridico ma ad un disordinato affastellamento di norme.

Bettiol respinge questa ricostruzione sincretistica per via del suo netto rifiuto di utilizzare in ambito penale la nozione di *interesse*, che si mostra inadeguata ad indicare l’oggetto tutelato dalla norma penale, se non si vuole scivolare in una concezione edonistico-materialistica dell’oggetto della tutela.

Vero è che dell’interesse è stata data anche una definizione valoriale, di modo che con esso potessero venire assolte esigenze edonistiche quanto morali, religiose, politiche ecc.; ma è altrettanto vero che per indicare termini assiologici come questi – osserva il Nostro – c’è già il termine *valore*.

Ma che cos’è il valore, si domanda Bettiol? E’ *il principio metafisico delle cose*.

Tale nozione, di tipo ontologico, non può però essere adottata in ambito penalistico, dovendo avere riguardo ad una concezione *dinamica e relazionale* del valore. Esso acquista rilievo se posto in relazione *all’azione* umana, per cui il principio metafisico delle cose diviene principio di azione “*quando si viene in contatto non più con l’essenza ma con la natura di una cosa; quando l’uomo non è solo considerato essere ragionevole che cerca di conoscere, ma essere di ragione che agisce ed entra così in contatto con altri uomini. Ed è da questa relazione, da questo contatto, che si sprigiona il concetto di valore come di <ordine> che l’uomo deve seguire nell’esplicazione di*

---

<sup>145</sup> Ibidem, p. 78.



*ogni sua attività.*”<sup>146</sup>

Se il valore è dato dall’*ordine*, che è un ordine *naturale*, allora non si deve compiere l’errore, assai comune – ammonisce il Nostro – di riferire il valore ad una sfera ideale, ad un piano astratto, fuori dalla realtà e dunque dal mondo.<sup>147</sup> “*Il valore, per tale concezione, sta <al di fuori> delle cose, e finisce per essere idealizzato e formalizzato in una schematica di forme senza contatto con la vita e con la storia.*”<sup>148</sup>

Una giurisprudenza dei valori che avesse del valore una tale nozione, finirebbe per rivelarsi incapace di dare al diritto quell’aderenza alla realtà che si va cercando. Ci riferiamo ad una realtà intesa in senso non fisico, altrimenti sconfineremmo nel naturalismo positivista, ma metafisico. I valori appartengono dunque alla realtà metafisica, che è retta da un ordine naturale a cui l’uomo, in quanto essere razionale, deve uniformarsi. “*Il valore non è, perciò, un’idea aprioristica o una categoria astratta di un mondo irreali o ideale, ma è un rapporto tra l’ordine che sussiste nella realtà e l’uomo considerato nella sua essenza di animale ragionevole e quindi nella sua personalità morale. Possiamo ben dire che il valore è la natura delle cose espressa in termini intelligibili affinché l’uomo se ne possa servire per i suoi fini morali.*”<sup>149</sup>

Da tale concezione del valore, che risente dell’impostazione scolastica e tomistica del Maestro, egli desume che l’uomo abbia il dovere morale di agire in conformità dell’ordine naturale, che è ordine fondato sulla retta ragione. I valori sono dati, e sono strettamente inerenti alla natura razionale della persona umana. Conseguentemente la giurisprudenza orientata su valori fissi e dati, non può che essere una giurisprudenza teleologicamente orientata, ma altrettanto fissa, statica, antistorica.

Egli precisa che i valori, essendo reali, li ritroviamo nella vita sociale, da cui sono sussunti per confluire nella norma. Se appartengono alla società, sono sottoposti agli stessi cambiamenti culturali della società e, quindi, sono suscettibili di evoluzione storica.

---

<sup>146</sup> Ibidem, p. 81.

<sup>147</sup> “*Sarebbe invero lo spirito umano a collegare il mondo dei valori con quello della realtà, la quale, solo dopo tale contatto, assumerebbe ordine e significato. Prima di questa presa di posizione dell’intelletto umano il mondo della realtà sarebbe materia inerte, bruta, informe: sarebbe il mondo naturalistico privo di ogni luce intelligibile. Così il <vero>, il <bello>, il <buono> come categorie di valori sarebbero delle figure ideali di un mondo a sé stante, anche se il mondo nel quale viviamo ed operiamo per avventura non esistesse.*” Ibidem, p. 80.

<sup>148</sup> Ibidem.

<sup>149</sup> Ibidem, pp. 81, 82.

Ciò parrebbe contrastare però con l'assunto secondo cui il mondo dei valori non è quello reale in senso fisico, ma metafisico, e che l'ordine naturale delle cose sia un ordine non universale e senza tempo: se il valore giuridico, prima di essere tale, è sociale, allora non è immutabile nel tempo.

Rimane in ogni caso il dovere morale dell'individuo di conformare le proprie azioni all'ordine naturale; di talché la norma penale non può che recepire tale esigenza, prevedendo la sanzione in caso di comportamenti contrastanti con tale ordine.<sup>150</sup>

Il mondo nel quale opera il diritto è un mondo impregnato di esigenze di vario tipo, morali, economiche, politiche, ecc., che esso tutela in un dato momento storico.<sup>151</sup> Di qui la sua aderenza al mondo reale inteso come mondo sociale.

La realtà in cui il diritto è immerso è quella metafisica rispetto ai valori, quella sociale rispetto alle esigenze di sicurezza, ordine e giustizia provenienti dal consorzio sociale.

La giurisprudenza dei valori rappresenta, allora, la risposta più esauriente all'esigenza di superare il formalismo della dottrina classica per dare contenuto *reale* al diritto e offrire un criterio ermeneutico orientato in senso teleologico, incentrato sul bene giuridico; concetto, quest'ultimo, di importanza esiziale per il magistero del Patavino, anche in materia di teoria generale del reato.

## 2.6 La teoria generale del reato tra oggettivismo, teleologia e tendenze

### soggettivizzanti

Il realismo metafisico che orienta la dottrina del Patavino imprime alla nozione di reato che questi fa propria una connotazione sostanziale e valoriale che si riverbera su tutte le componenti del reato stesso, imprimendo alla sua dogmatica un forte afflato teleologico.

Il sistema tripartito da lui delineato, risente profondamente di questa impostazione, e la caratterizza al punto tale da renderla ben distinta dalla dottrina prevalente coeva alla pubblicazione del Trattato.

Il teleologismo cui il Nostro si ispira porta ad una eticizzazione del diritto penale che

---

<sup>150</sup> Bettiol fa l'esempio del furto, che tutela il valore privato della proprietà privata, cioè l'ordine che l'uomo è tenuto a seguire per procurarsi la ricchezza senza ledere la proprietà o il possesso altrui. Ibidem, p. 82.

<sup>151</sup> "Il diritto non scende dal regno <ideale> dei valori, ma è pur esso un <valore> che opera nel mondo sociale per dare al medesimo un significato e un indirizzo." Ibidem, p. 83.

non trova così larga condivisione fra gli scrittori del suo tempo. Siamo nell'immediato dopoguerra, l'esperienza delle legislazioni di impronta totalitaria da un lato avrebbe dovuto imprimere una forte tendenza a distaccare il diritto penale dal positivismo più accentuato, dall'altro a porre a fondamento delle legislazioni punitive un insieme di principi volti a tutelare i diritti umani, così orrendamente calpestati dall'esperienza nazista.

Ma l'eticizzazione del diritto penale è stata vista come un pericolo da gran parte della dottrina, che vedeva in essa il rischio di un ritorno al passato preilluminista, in cui la sfera morale e religiosa si sovrapponeva a quella politica e a fondamento della pretesa punitiva erano poste norme morali di estrazione religiosa.<sup>152</sup> Si teme il superamento della secolarizzazione del diritto e, in particolare, del diritto penale che, più di altre branche di diritto, ha sempre subito, fin dall'antichità, l'influenza delle dottrine religiose.

Bettiol guarda con grande apprensione alla necessità di rifuggire dal formalismo e dalla dottrina pura del diritto, che consentono al potere politico di dare alle norme qualsiasi contenuto utile al consolidamento dello stesso. Il garantismo penale non può basarsi esclusivamente sulle norme procedurali, che tutelano l'imputato nel processo, ma deve passare attraverso un forte ancoraggio di tutto il sistema, a partire dalla selezione delle norme incriminatrici e dunque dalla scelta di quali beni giuridici proteggere e di quali azioni incriminare, ad un solido apparato valoriale che ponga al centro l'uomo e la retta ragione.

Per questo egli è convinto che lo studio del concetto di reato debba affidarsi ad una

---

<sup>152</sup> E' pur vero però che proprio nell'immediato dopoguerra inizia la stagione delle carte dei diritti e sorgono le istituzioni sovranazionali a tutela dei diritti dell'uomo, come la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Pare quindi contraddittoria questa tendenza "neogiusnaturalista" a tutela dei diritti umani con l'opposta resistenza a riportare il diritto penale in una dimensione etica al fine di garantire gli stessi diritti fondamentali dell'individuo. Piuttosto va detto che l'eticizzazione del diritto penale è sempre stata vista con sospetto perché invisa alla maggioritaria dottrina, non solo italiana, che temeva il superamento della concezione prevenzionale della pena e del mito della rieducazione in chiave risocializzante, che con il sorgere degli stati sociali acquisisce particolare valore, favorita dalle tendenze politiche di ispirazione socialdemocratica. La valorizzazione della colpa come riprovazione morale e della pena come castigo, venivano viste come un ritorno al passato più retrivo, in cui il diritto penale era infarcito di principi morali e ad esso era demandato il compito di attuare la giustizia, piuttosto che quello di difendere la sicurezza del cittadino. Un ritorno, per semplificare, alla arcaica vendetta, seppur formalizzata e legalizzata, che a nulla serve, in un'ottica utilitaristica, quale è ancora quella che domina nella dottrina penalistica sul finire degli anni '40. La tara utilitaristica, in parte di derivazione illuministica, impediva e impedisce, del resto, tutt'oggi, di poter parlare con serenità di colpa e di retribuzione, senza essere considerati dei retrivi estimatori del tanto atavico, quanto rozzo e "inumano", principio del *Taglione*.

logica analitica e formale nella quale si rifletta “*l’incandescente materia o sostanza che anima il fatto dell’uomo*”.<sup>153</sup> Il fatto umano è un fatto che deve essere valutato sì sul piano oggettivo, con riferimento alla condotta tipica, ma non si può prescindere dal considerare l’apporto morale dell’autore alla condotta medesima. Il fatto umano è dato dall’azione dell’uomo, che essendo animale ragionevole, agisce non per istinto ma per scelta, e la scelta è un’opzione morale, che deve essere valutata nella sua intensità, ovvero nel grado di partecipazione (morale) al compimento dell’azione.

La teorica del bene giuridico impedisce di considerare il reato nella sua nozione formale, quale fatto previsto dalla legge come reato, ma occorre optare per una definizione che contempra il valore protetto dalla norma incriminatrice in quanto elemento che giustifica la previsione stessa del reato: è reato ogni comportamento umano lesivo di un valore incardinato nell’ordine naturale, o nell’interesse sociale.

La teoria analitica del reato di Bettiol richiede, quindi, l’adozione di una nozione sostanziale del reato.

### 2.6.1 Concezione sostanziale del reato

Due sono le nozioni di reato: formale e sostanziale.

La prima si basa sul semplice dato normativo, ed è, potremmo dire, di ispirazione prettamente positivista: è reato “*ogni fatto dell’uomo vietato dalla legge penale*”. La seconda si sforza di definire il reato non basandosi esclusivamente sulla forma, ma richiamandosi al suo contenuto: è reato “*ogni fatto dell’uomo lesivo di un interesse che sia tale da compromettere le condizioni di esistenza, di conservazione e di sviluppo della società*”.

Da tale definizione si desume la natura polisemica della nozione di bene giuridico adottata da Bettiol: il bene corrisponde al valore, di derivazione realistico-metafisica, e dall’interesse sociale. Però mentre il valore è un dato assiologico che, per quanto *reale*, appartiene all’*ordine naturale delle cose*, che per il credente è l’ordine divino, per il non credente l’ordine razionale fondato sulla natura umana, esclusa ogni derivazione trascendentale di essa.

L’interesse sociale è dato dai bisogni aggregati degli individui rispetto al tema della sicurezza, per cui esprime la necessità di soddisfare la domanda di protezione rispetto al

---

<sup>153</sup> Ibidem, p. 201.

fenomeno criminale. Sono due concetti per nulla sovrapponibili, che appartengono a campi ben diversi: valoriale il primo, utilitaristico il secondo.

A meno di non considerare, alla Bentham, valore ciò che è utile; ma non è certo questa la nozione adottata da Bettiol. Piuttosto, come abbiamo evidenziato sopra, Bettiol pare optare per una nozione bidimensionale di valore: metafisica, quando lo collega all'ordine naturale, sociale quando lo collega alla società e all'evoluzione storica. Non è chiaro se egli consideri valori sia i principi metafisici che quelli che metafisici non sono, ma che nascono nella società e rischiano di confondersi con gli interessi. Come non è chiaro se, quando afferma che i valori si rinvengono nelle società e sono quindi soggetti ai cambiamenti sociali, egli voglia sostenere che si tratta pur sempre di quei principi etici che considera frutto della natura razionale della persona umana e del mondo in cui questa vive, ma che essendo reali, "vivono" nella società, e con essa si modificano. Viene da chiedersi, però, come sia possibile che gli stessi valori precostituiti e universali derivanti dall'ordine naturale del mondo possano al contempo essere superati dalla storia.

Bettiol riconduce la sostanza del reato ai presupposti etici, politici e sociali, tutt'altro che sovrapponibili o intercambiabili. Pare allora che il Nostro voglia evitare di ancorare il reato ai soli principi metafisici, consapevole della necessità, per un sistema penale contemporaneo, di rimanere ancorato alla realtà sociale di una data nazione, e di essere espressione della volontà politica che, in un sistema democratico, trae legittimazione dal basso e deve farsi interprete delle istanze difensive e di giustizia dei cittadini.

La nozione formale di reato è una nozione legalitaria ed autoreferenziale, che nulla dice su cosa sia il reato.<sup>154</sup> L'esigenza di una concezione realistica del reato in risposta a tale nozione, funzionale ad una dottrina pura del diritto<sup>155</sup>, viene sentita dai positivisti, i

---

<sup>154</sup> In un'ottica illuministica, essa potrebbe essere considerata sufficientemente garantista, data la grande fiducia riposta dai giusnaturalisti nella legge e nello stato come garante dei diritti, ma nell'epoca in cui domina il positivismo giuridico il legalismo non assume più quel ruolo di garanzia bensì, al contrario, si traduce in uno strumento di legittimazione della legislazione per il sol fatto che ne sia rispettato l'iter produttivo. La norma è legittima in quanto valida, nessuna considerazione in termini di giustizia e quindi di valori interessa all'interprete nel valutarne il contenuto. Se non si assume una concezione dello stato di tipo liberale, proprio come accade nel corso del novecento, ogni norma è legittima se valida, a prescindere che sia violativa dei diritti umani, perché ispirata al sentimento del popolo o perché espressiva delle istanze rivoluzionarie della classe operaia.

<sup>155</sup> "E in quanto uno schema, per natura sua, costituisce sempre una forma di concettualizzazione, nella immobilità e astrattezza della quale il contenuto di vita si perde o non si rispecchia adeguatamente, il giurista che voglia fare opera utile e non limitarsi a giocare con i <fantasmi> della dottrina pura del diritto, deve prendere in esame i presupposti sostanziali dai quali il reato si svincola." Ibidem, p.

quali cercano la sostanza del reato nella sua manifestazione naturalistica, definendolo e classificandolo con criteri criminologici.

Lo fanno partendo dall' autore, in quanto la classificazione del fatto delittuoso è speculare a quella dell' "uomo delinquente". Ne studiano la personalità e il comportamento con un approccio psicologico e sociologico, relegando l'azione a pura espressione di tale personalità. Studiano il reato prendendo le mosse dal suo autore, valutando tutta una serie di circostanze (patologie psichiatriche, disturbi psichici, ambiente familiare e sociale ecc.) che sono esterni al fatto, che per loro è secondario.

Al contrario Bettiol ritiene centrale l'azione: è da essa che si deve partire nell'analisi del reato, perché il reato è pur sempre un *fatto*. Ma essendo un fatto comunque umano, posto in essere mediante l'azione del reo, è fondamentale che l'interprete appunti la sua attenzione anche sulla personalità di quest'ultimo, che nell'azione stessa si disvela.

A differenza dei positivisti, che lo rovesciano in nome di un soggettivismo naturalistico, non giuridico, egli rimane fortemente ancorato all'oggettivismo del diritto penale classico. Al contempo però rifugge da una considerazione del reato limitata al solo fatto, come se in esso, e solo in esso, si sostanzia il delitto.

Il delitto del caso concreto vede sempre, come protagonista, il reo, che deve essere considerato nella sua *personalità etico-sociale*. Usa quest'espressione perché la personalità dell'autore, per Bettiol, deve essere considerata non da un punto di vista psicologico o psicoanalitico, onde ricercare in essa l'eziologia del reato, ma sul piano morale, in quanto rivelatrice, per esempio, della particolare malvagità manifestata dal reo nel compimento dell'azione delittuosa

*"Bisogna seguire il processo inverso a quello seguito dai positivisti: far confluire sull'azione la personalità etico sociale del reo onde veramente l'azione tragga rilievo, risalto e contenuto."*<sup>156</sup>

L'azione deve essere considerata dunque da un punto di vista valutativo, ovvero in termini giuridici, posto che le norme impongono di sussumere, per via interpretativa, il fatto naturalistico (nel quale l'azione stessa si esaurisce) nella fattispecie generale e astratta.

Inoltre all'azione è data una qualificazione giuridica che permette di indagare sul titolo di imputazione soggettiva della stessa, nonché sulla sua gravità, valutata sia sul piano

---

<sup>156</sup> Ibidem, p. 204

oggettivo, che su quello soggettivo.

Per Bettiol la cosiddetta “colpa d’autore” esprime una valutazione etico-giuridica, non naturalistica, così che la personalità del reo viene inquadrata nel complesso delle componenti etiche che la compongono.<sup>157</sup>

La nozione sostanziale del reato è legata, come visto, ai valori, intesi sia in senso metafisico, che come interessi scaturenti dalla vita sociale. Ne deriva che è corretto parlare di reato in senso sostanziale come di un fatto idoneo a compromettere le condizioni di esistenza, conservazione e sviluppo della società, a patto di interpretare ciò nel senso che l’equilibrio sociale rotto è di ordine morale. Il reato contrasta con le esigenze morali della vita di relazione.

Tale precisazione serve a Bettiol per evitare l’equivoco di sconfinare in una concezione bidimensionale del valore, assiologica e utilitaristica. Tuttavia non pare convincente quando sostiene che il contenuto del reato inteso sostanzialmente vada riferito all’offesa delle condizioni che permettono la conservazione della società, purché si privi tale affermazione di ogni riferimento al mondo naturalistico. In effetti, quando si parla di conservazione della società si esprime un concetto che non ha nulla a che vedere col mondo dei valori, ma con quello dell’interesse.

### 2.6.2 Il sistema della tripartizione

Tradizionalmente, si distinguono in seno alla scienza penale due opposte ricostruzioni dogmatiche del reato: una concezione *unitaria* ed una concezione *analitica*. In seno a quest’ultima, si distingue un sistema *bipartito* da un sistema *tripartito*.

Storicamente si è venuta affermando prima la concezione analitica bipartita, maturata in particolare in seno al classicismo. Essa si prestava, infatti, ad una scomposizione del reato in singole parti tenute distinte tra loro secondo uno schema logico-formale, che

---

<sup>157</sup> Tale ricostruzione della “colpa d’autore” non in chiave naturalistica non pare convincente, poiché con tale espressione si indicano, normalmente, istituti o parti del diritto penale in cui si prevede un trattamento sanzionatorio differenziato per i reati commessi da una certa categoria di persone, ci pare lontana dall’anima del reo, di cui parla Bettiol a proposito delle esigenze etiche che il diritto penale sta studiando gettando lo sguardo anche sulla coscienza dell’agente. A noi pare che nella concezione della colpa d’autore non vi sia, in genere, una valutazione etica sull’azione specifica e concreta che viene presa in considerazione ai fini del giudizio di punibilità, che si sviluppa su presupposti fattuali quali la “razza”, l’appartenenza ad una classe sociale, lo status di migrante, del tutto estranei al reato e privi di rilevanza giuridica. Sono per l’appunto elementi naturalistici elevati a presupposti di una responsabilità che è implicitamente sottesa ad essi, in base ad una valutazione etica irrazionale che non verte sul singolo fatto concreto. Il legislatore, aprioristicamente stabilisce che tali condizioni naturalistiche estranee al fatto tipico siano rivelatrici, di per se, della colpa, o di una colpa più accentuata.

doveva spiegare il reato sul piano astratto. Il razionalismo dei classici, imponeva una considerazione formale e concettuale del reato, definito come ente giuridico e quindi distaccato dalla realtà.

Di qui l'esigenza di studiarlo analiticamente, distinguendo un elemento oggettivo (fatto tipico) e un elemento soggettivo (colpevolezza).

L'uso del lemma "elemento" non è casuale ma serve a ricomprendere, in seno a ciascuno, più "sottoelementi". Insieme al fatto tipico l'elemento oggettivo ricomprende, come noto, le cause di giustificazione o esimenti, considerate come elementi negativi del fatto, ovvero fattori che, affinché il fatto sia tipico, non devono essere presenti. Del resto se ne giustifica la collocazione in seno all'elemento oggettivo anche per il fatto che esse sono previste e descritte dal codice sottoforma di fattispecie, per cui per dirsi integrate occorre che in esse sia sussumibile l'azione concretamente posta in essere.<sup>158</sup>

Bettioli evidenzia come tale concezione analitica del reato, fosse viziata da un eccessivo logicismo, incompatibile con una nozione sostanziale dello stesso.

Anche se la concezione bipartita del Carrara è, a parere del Nostro, realistica, perché scompone il reato in *forza fisica* e in *forza psichica*, cioè in un'azione umana che determina la lesione di un bene presente nel mondo esterno, e un coefficiente psichico (colpa o dolo) che lega l'azione al suo autore. Ma il realismo di Carrara è, paradossalmente, di impronta naturalistica, perché il reato risente, quale effetto di forze fisiche e psichiche, di una nozione meccanicistica estranea al mondo dei valori.

Di talché Bettioli prende le distanze dalla concezione carrariana del reato, anche se riconosce che la teoria bipartita, così come espressa da autori più recenti a lui contemporanei, sia scevra da riferimenti meccanicistici, pur non mancando il tentativo di renderla compatibile con la nozione sostanziale del reato.<sup>159</sup>

L'altra concezione analitica del reato, quella tripartita, si compone di tre elementi: fatto tipico, antiggiuridicità, colpevolezza. Qui assume rilievo l'elemento dell'antigiuridicità, che entra a far parte del reato ed esprime la contrarietà del fatto tipico all'ordinamento giuridico nel suo complesso.

Tale ricostruzione, per Bettioli, si presta a valorizzare la concezione teleologica del

---

<sup>158</sup> Potrà dirsi così integrato un omicidio scriminato per effetto della legittima difesa se il fatto concreto risulta sussumibile sia nell'art. 575 che nell'art. 52 c.p. ipartita si si

<sup>159</sup> Vengono richiamati autori come Antolisei, Manzini, Florian, Paoli, i quali optano per il metodo analitico bipartitico, seppur temperato dalla necessità che il sistema sia realistico, orientato cioè verso i valori. Ibidem, p. 220.



reato, dal momento che la valutazione dell'antigiuridicità del fatto permette all'interprete di valorizzare il giudizio sulla sua contrarietà ai valori dell'ordinamento.

Al contrario la bipartizione è funzionale alla concezione causale del reato, tutta incentrata sul fatto e sul nesso causale tra il medesimo e l'azione.

Il primo autore che, pur non delineando ancora una concezione tripartita del reato, supera la concezione bipartita di Carrara di impronta naturalistico-meccanicista, per valorizzare l'antigiuridicità e portare il reato su di un piano di realtà, è Arturo Rocco. Nella sua teoria del reato l'antigiuridicità viene considerata *l'in sé del reato*, una qualità intrinseca al medesimo, parte essenziale della sua ontologia. Prova ne è che non la si colloca soltanto nell'elemento oggettivo, ma persino in quello soggettivo, andando così ad incidere sul dolo o sulla colpa.

Ma è col Delitala che la tripartizione viene proposta compiutamente, e a tale ricostruzione aderisce Bettiol.

Qui l'antigiuridicità si separa definitivamente dal fatto per assumere il rango di elemento costitutivo del reato. Il fatto è inteso come la *somma degli elementi oggettivi e costitutivi della fattispecie imputabili all'agente*; l'antigiuridicità *segna il contrasto tra il fatto e le esigenze di tutela dell'ordinamento giuridico penale, oggettivamente inteso*; la colpevolezza consiste nella riprovazione per il *contegno psicologico* con cui l'agente ha commesso il fatto tipico e antigiuridico.<sup>160</sup>

Il merito di tale ricostruzione analitica del reato è quello di aver isolato il fatto concreto rispetto alla valutazione giuridica ed etica circa la sua contrarietà all'ordinamento complessivamente e oggettivamente inteso. Il fatto considerato esclusivamente nella sua concretezza presenta quindi, per Bettiol quel carattere di naturalezza che lo rende scevro di qualsivoglia connotazione giuridica e valoriale: esso non è *ratio essendi* dell'antigiuridicità, se mai ne è un indice rivelatore. L'antigiuridicità deve essere valutata separatamente e dopo la sussunzione del fatto concreto nella fattispecie astratta. Questo è il procedimento logico proposto dal Delitala e che Bettiol fa proprio.<sup>161</sup> E' dal

---

<sup>160</sup> Ibidem, p. 216.

<sup>161</sup> Un omicidio per legittima difesa, esemplifica il Patavino, è pur sempre un fatto tipico, anche se non antigiuridico. Così non è nella teoria del *Tatbestand* di Beling, secondo la quale gli elementi oggettivi e soggettivi che compongono il reato, seppur astrattamente separati, sono raggruppati in un *quadro dominante* e sovrapposti l'uno all'altro. Per cui, ad esempio, l'uccisione di un uomo per legittima difesa non è un omicidio, mancando l'antigiuridicità dell'azione omicidiaria, così come non è un omicidio l'uccisione a seguito di lesione mortale se l'agente ha agito con la volontà di arrecare una lesione, mancando il dolo dell'omicidio. Fatto, antigiuridicità e coefficiente psicologico si intrecciano in una

fatto e dal giudizio di tipicità che occorre partire, per poi valutarne l'eventuale anti giuridicità.<sup>162</sup>

Contrapposto al metodo analitico vi è quello sintetico, che considera il reato nella sua unità, non nelle sue componenti. Tale indirizzo, sorto negli anni '30 soprattutto in Germania per merito della dottrina che aveva dato vita alla giurisprudenza del sentimento, risponde all'esigenza di superare il logicismo della giurisprudenza concettualista, che aveva portato a frammentare il reato in due, tre o persino quattro o cinque elementi.<sup>163</sup>

La concezione unitaria vede il reato come un'entità che non si lascia scindere in frazioni, per cui quelli che chiamiamo *elementi* sono in realtà *aspetti* di un unico fenomeno.

Per Bettiol però l'analisi sintetica, seppur utile, deve seguire quella analitica, perché non è possibile considerare compiutamente il reato nella sua unità, a meno di non optare per un criterio ermeneutico di tipo intuitivo, proprio dell'irrazionalismo tedesco della scuola di Kiel, per cui perde di importanza l'analisi concettuale degli elementi che compongono il reato, essendo esso un fenomeno sociale da intuire alla stregua del sentimento popolare. Se il reato è intuito, a che serve scomporlo per accertare la tipicità del fatto, la sua anti giuridicità e la sussistenza dell'elemento psicologico?

Il metodo analitico, in particolare tripartito, permette invece l'interpretazione del reato in senso teleologico, perché gli elementi che lo compongono devono – secondo il Patavino – essere considerati non solo sul piano ontologico come concetti, pure astrazioni, ma come elementi *funzionali* dotati di un *significato*. Il loro inquadramento nell'ambito della teoria generale del reato deve essere svolto con lo sguardo rivolto alla funzione che essi assolvono e al significato che, rispetto ad essa, assumono.

---

lettura unitaria che Bettiol giudica troppo astratta e non adatta ad una lettura analitica del reato in chiave realistica.

<sup>162</sup> “*In tal guisa - osserva Vernacotola - l'elemento dell'anti giuridicità, in quanto rappresenta la qualifica del fatto, oltre ad essere pervaso da un'istanza di concretezza per il suo legame costitutivo con il bene giuridico/valore oggetto di tutela, risulta altresì strettamente connesso, sotto un profilo strutturale, a quel principio di legalità al quale Bettiol ha più volte riconosciuto il ruolo imprescindibile punto di partenza di ogni impostazione giuridica che intenda essere autenticamente rispettosa della libertà umana*”. Ibidem, pp. 235, 236.

<sup>163</sup> Si pensi a tal proposito a quegli autori, coevi a Bettiol come Battaglini, da lui stesso citato (ibidem, p. 220) ma anche successivi, che scompongono ulteriormente il reato aggiungendo, alla tradizionale tripartizione, la punibilità. La quale, giustamente, è ritenuta dal Nostro un elemento esteriore al reato, afferente alla pena e alla sua esecuzione; prova ne è che un reato, ancorché perfezionato, può non essere punibile.

*“Il nostro deve essere, invero, un metodo analitico al servizio di una concezione teleologica del diritto penale, e non già causale, il che porta ad attribuire un’importanza del tutto speciale ad un elemento che è come il cuore del reato: vale a dire all’antigiuridicità. E’ a questa che spetta il primato nell’economia del reato, in quanto è misconoscimento di un valore, non all’elemento del fatto naturalisticamente inteso. Una superaccentuazione del fatto materiale, se è in armonia con le premesse sotto il profilo della causalità, non si adegua alle necessità di una concezione che vede nel reato la negazione di un valore ed è quindi orientata verso la considerazione dei fini. Ciò non toglie, però, che per ragioni di logica si debba dare la precedenza, non la prevalenza, all’elemento materiale del fatto nel sistema tripartito che noi crediamo opportuno seguire come quanto di meglio la scienza ha saputo fin’ora fare.”<sup>164</sup>*

### 2.6.3 Il fatto tipico

*“Il reato consta innanzi tutto di un fatto materiale (nullum crimen sine lege) perché non si danno reati che abbiano un’esistenza meramente spirituale”. Il primo elemento del reato, in ordine logico, è dunque il fatto tipico, costituito da quell’insieme di fattori materiali che generano l’evento, inteso da Bettiol in senso squisitamente naturalistico. Egli infatti distingue nettamente il concetto di azione da quello di evento, ritenendo la prima il presupposto del secondo: “l’azione è posizione di causa, è fattore causale, mentre l’evento è conseguenza.”<sup>165</sup>*

Se considerassimo però il fatto un “avvenimento” che accade nel mondo, ed è quindi percepibile mediante i sensi, osserva, allora anche l’azione dovrebbe considerarsi un fatto, perché anch’essa è naturalisticamente percepibile. Si pensi all’azione diffamatoria compiuta da chi pronuncia la frase diffamante al cospetto di più persone: la frase è percepibile mediante il senso dell’udito, può quindi considerarsi, latamente, un fatto. Ma questa nozione lata va respinta perché rende indistinguibile il fatto dall’azione. Così come va respinta la tesi dell’evento in senso giuridico, utilizzata per i reati formali, o di

---

<sup>164</sup> Ibidem, p. 222.

*“E’ a questo punto palese come Bettiol, nell’ambito della nozione di reato, tenda costantemente e, di fatto, riesca ad informare i suoi orientamenti ad un principio di sintesi tra quei criteri logico formali necessari per conferire un carattere di scientificità al diritto penale e quei fattori che invece consentono di mantenere inalterata l’adesione alla realtà delle cose, in particolare a quelle componenti che vanno ad identificare la sostanziale natura etico-assiologica dell’universo umano.” VERNACOTOLA, ibidem, p. 236.*

<sup>165</sup> Ibidem, p. 267.

sola azione. Il fatto umano è un fatto naturalistico, per cui anche l'evento deve esserlo. Perché un fatto umano possa essere ritenuto penalmente rilevante, dunque tipico, occorre procedere prima di tutto nella sua sussunzione nella fattispecie astratta. Procedimento che richiede una prima indagine empirica condotta con il metodo sperimentale, al fine di individuare e delineare il fatto per come si è naturalisticamente manifestato. Successivamente occorre confrontarlo con la qualificazione giuridica che ne viene fatta, in termini astratti, dalla norma. La prima valutazione è di natura empirica, la seconda di natura interpretativa.

L'interpretazione sottesa alla sussunzione deve essere sia logica che valoriale, poiché l'interprete non si deve limitare a stabilire se il fatto concreto possa rientrare nella descrizione del fatto tipico offerta dalla norma, secondo un processo induttivo. Ma deve verificare se vi è stata lesione o messa in pericolo del bene giuridico protetto dalla norma, secondo una concezione sostanziale del reato.<sup>166</sup>

Seguirà al giudizio di tipicità quello di antigiuridicità, anch'esso orientato in senso teleologico. Nella concezione tripartita di Bettiol il bene giuridico diviene un elemento di valutazione imprescindibile per entrambi i giudizi. In relazione al fatto e alla sua qualificazione normativa il bene giuridico diviene criterio interpretativo del principio di legalità, per cui potrà dirsi integrato un dato fatto di reato quando l'interprete avrà accertato l'offensività dello stesso. Per cui dovrà escludersi la tipicità quando manca l'offesa al bene intesa sia come lesione che come messa in pericolo dello stesso.

#### 2.6.4 L'antigiuridicità

Nell'affermare che l'antigiuridicità sia il cuore del reato Bettiol non si limita a stabilirne il primato rispetto al fatto e alla colpevolezza, ma le attribuisce la funzione di orientare in senso teleologico il reato. Ipostatizzando l'antigiuridicità rispetto all'elemento oggettivo, egli valorizza il momento valutativo circa l'illiceità del fatto rispetto ai valori in gioco: da un lato quello protetto dalla norma incriminatrice, dall'altro quello per il

---

<sup>166</sup>“E' bene rammentare che siamo al cospetto di un genere di valutazione ontologicamente distinta da quella che produrrà l'eventuale giudizio di antigiuridicità. Potrà benissimo verificarsi il caso, infatti, della definizione di uno schema astratto di reato cui la presenza di una causa di giustificazione (...) sottragga il carattere di antigiuridicità. Bettiol sottolinea con grande incisività come il fatto che la strutturazione della fattispecie concreta postula una valutazione preliminare, non infici per nulla la distinzione tra antigiuridicità e fatto, per quanto la determinazione di quest'ultimo quale fatto penalmente rilevante implichi la messa in opera da parte dell'interprete di una parificazione delle sue caratteristiche <naturali> con uno schema tipologico fissato dal legislatore. “ Ibidem, p. 237.

quale la legge giustifica il reato, considerato preminente.

L'espressione *causa di giustificazione* si spiega in ragione del fatto che ciò che si realizza al loro manifestarsi è la giustificazione della lesione del bene giuridico provocata dal fatto tipico. Ciò ne rivela il loro intrinseco carattere oggettivo, tanto da poter essere definite *cause oggettive di esclusione del reato*. Ciò che escludono è l'illiceità penale del fatto, che rimane comunque oggettivamente integrato.

Tenendo separato il giudizio di tipicità da quello di illiceità, dando *precedenza*, ma non *preminenza*, al primo, si rispetta anzitutto un ordine logico: non avrebbe senso valutare l'antigiuridicità di un fatto comunque lecito, in quanto non qualificabile penalmente.

Tale ordine logico è funzionale ad una visione garantista, poiché permette di dare priorità ad una assoluzione fondata sulla insussistenza del fatto, rispetto a quella, di minor favore per l'imputato, conseguente dall'accertamento di una causa di giustificazione, per cui il fatto non costituisce reato.<sup>167</sup>

Sul piano dogmatico tale ordine di analisi e di giudizio dell'elemento oggettivo e dell'antigiuridicità viene spiegato da Bettiol in base alla distinzione tra l'*oggetto della valutazione* (il fatto tipico) e la *valutazione* (giudizio di liceità). Dato il suo carattere materialistico e naturalistico, il fatto viene accertato empiricamente; l'antigiuridicità è oggetto invece di una valutazione assiologica, connessa al bene giuridico.<sup>168</sup> Un metodo dogmatico orientato verso il *telos* della norma incriminatrice implica la separazione tra il giudizio (di fatto) sul fatto concreto che deve essere qualificato come penalmente rilevante, e il giudizio valutativo circa la sua illiceità, non solo penale fra l'altro. Il fatto scriminato o giustificato, infatti, è pienamente lecito, in quanto conforme all'ordinamento giuridico nel suo complesso.<sup>169</sup> Esso non è *contra ius*, ma *secundum ius*.

Il reato commesso in presenza di una causa di giustificazione, allora, è solo apparente,

---

<sup>167</sup> Peraltro da tale formula assolutoria può derivare, come noto, la conseguenza sanzionatoria di cui all'art. 2045 c.c., che prevede l'indennizzo in favore del soggetto danneggiato in caso di stato di necessità

<sup>168</sup> Rileva Vernacotla che "è sull'urto tra il fatto e la norma che per lui va posto l'accento tonico nell'economia della conformazione di un atto illecito". È il bene giuridico, "nella posizione di caposaldo strutturale dell'intera dogmatica che, come abbiamo visto, Bettiol ad esso riconosce, a conferire all'antigiuridicità, intesa quale <valutazione che il giudice compie circa la lesività di un comportamento umano> un risultato affatto prioritario all'interno della teoria generale del reato. Ibidem, p. 239

<sup>169</sup> A conferma di ciò, il fatto scriminato non comporta nessuna conseguenza giuridica di tipo sanzionatorio, a differenza di altre cause che escludono la punibilità, ma non l'antigiuridicità, come le cause di esclusione della colpevolezza o le cause di esclusione della pena.

perché si presenta come fatto tipico, ancorché lecito, alla stregua di una valutazione che è sì dell'interprete, ma anche del legislatore che ha codificato l'esimente. La previsione legislativa della fattispecie esimente mira così a risolvere il contrasto di valori che necessariamente emerge quando viene commesso un fatto tipico che merita di essere giustificato e giudicato lecito, in ragione anche del principio logico di non contraddizione tra norme dell'ordinamento.<sup>170</sup>

Stante il carattere oggettivo delle cause di giustificazione quali *cause di liceità* del fatto tipico, Bettiol non esclude che il giudizio sull'antigiuridicità oggettiva, pur restando tale, possa richiedere la verifica della sussistenza di taluni elementi soggettivi della fattispecie scriminante, come il fine di adempiere un dovere del proprio ufficio. Ciò non implica però che essi producano effetti sul fronte dell'elemento soggettivo del reato. Le scriminanti non sono cause di esclusione della colpevolezza, come, per esempio, l'errore di fatto sul fatto di reato. Non escludono la colpa o il dolo ma l'illiceità del fatto.

Benché vi siano autori che ritengono valida questa ricostruzione, Bettiol la esclude in ragione del nesso che egli instaura tra l'antigiuridicità e il bene giuridico<sup>171</sup>, che comporta un giudizio assiologico, oltre che di pura sussunzione logica, sull'azione e sull'evento, alla stregua dei valori protetti dalla norma incriminatrice da un lato, e da quella che contempla la causa esimente dall'altro.

Inoltre, nell'ordine di analisi logico-formale e teleologica degli elementi del reato Bettiol ritiene che il giudizio di colpevolezza debba essere svolto successivamente a quello sull'antigiuridicità, che attiene alla *lesività* del fatto, non al profilo psicologico che lega il fatto concreto all'agente: *“la colpevolezza è un posterius rispetto all'antigiuridicità”*.<sup>172</sup>

---

<sup>170</sup> Principio che, come noto, implica che l'ordinamento non possa considerare illecito un fatto commesso dall'agente nell'adempimento di un proprio dovere o nell'esercizio di un proprio diritto.

<sup>171</sup> “Grazie al bene giuridico o valore tutelato, da cui la norma penale è di fatto inestricabile in quanto trova in esso la propria ratio ontologica e la sua stessa, ineludibile, ipostasi sostentativa, l'antigiuridicità acquista una corposa autonomia <strutturale> e <funzionale> e si sottrae così a qualsiasi rischio di dissolvimento nell'elemento oggettivo ovvero in quello soggettivo del reato come, del resto, taluni hanno ipotizzato.” VERNACOTOLO A., op. cit., p. 239.

<sup>172</sup> “Anche l'opinione che vorrebbe nel caso particolare parlare di un incidere della circostanza sul momento della colpevolezza, non si può accogliere se si vuole ancora ammettere il carattere illecito del comportamento. E' ben vero che viene meno la colpevolezza, ma per ragioni che attengono ad un momento precedente, cioè a quello della lesività, nel senso che non si può ammettere la legittimità di un giudizio di colpevolezza se il fatto perpetrato da un individuo è un fatto che non urta contro esigenze di tutela di norme giuridiche, se è un fatto giustificato.” Ibidem. P. 321.

Nega validità anche alla tesi che qualifica le scriminanti come elementi negativi del fatto. Sia perché in tal modo si confonderebbe l'oggetto da valutare (il fatto) con la valutazione (l'antigiuridicità), il giudizio di tipicità con quello di liceità. Sia perché tale tesi si iscrive in quell'oggettivismo "causalista" del classicismo italiano e tedesco dal quale Bettiol intende discostarsi, perché espressivo di una *visione eziologica* della teoria generale del reato. Nel farlo però non indulge, come abbiamo già precisato, nel soggettivismo, che è l'anticamera del diritto penale cosiddetto di autore, rimanendo entro il perimetro di un oggettivismo teleologicamente orientato.

Il primato dell'antigiuridicità, quindi, è espressione di quella tendenza teleologica che caratterizza tutta la dogmatica bettioliana.

### 2.6.5 La colpevolezza

Affinché possa dirsi integrata una fattispecie di reato non basta che l'agente, mediante la propria azione cosciente e volontaria, abbia commesso un fatto tipico e antigiuridico, ma occorre che lo abbia realizzato colpevolmente: non si dà reato senza colpevolezza.

Non in tutti i tempi e in tutti i sistemi penali la colpevolezza è stata annoverata fra gli elementi costitutivi del reato. Agli albori del diritto penale si riteneva sufficiente la responsabilità oggettiva, ovvero il titolo di imputazione incentrato sul solo nesso causale tra l'azione e l'evento tipico. Non era richiesto il nesso psicologico tra la condotta e l'evento data la concezione dogmatica spiccatamente oggettivista e causalista che allora dominava.

Del resto, la sensibilità per la colpevolezza è relativamente recente, ed è dovuta alle costituzioni novecentesche, che l'hanno prevista.

Per tutto il corso dell'ottocento prevale un indirizzo dogmatico causalista fra i classici, che esalta l'elemento oggettivo, mentre i positivisti propongono il superamento del concetto stesso di colpevolezza, in una prospettiva che vede la reazione penale al delitto esaurirsi nella misura di sicurezza e di prevenzione, il cui unico presupposto è la pericolosità sociale del reo.

Negli anni '30, soprattutto in Germania, matura una teoria che esclude la colpevolezza dal novero degli elementi costitutivi del reato, insieme al fatto tipico e all'antigiuridicità, poiché il presupposto della responsabilità penale consiste nella sola volontà di commettere un fatto tipico. Non è necessario che l'agente realizzi il fatto

tipico o compia atti idonei a commetterlo, bastando il compimento di un'azione dalla quale emerge la volontà di delinquere.

Si tratta del cosiddetto diritto penale della volontà (*Willensstrafrecht*), che ha avuto particolare fortuna durante il nazismo. Esso propone il ribaltamento dei canoni su cui si fonda il diritto penale classico di impronta oggettivista, fra cui la materialità del reato, e propone una visione puramente soggettivista, in cui ad essere punita è la volontà dell'agente di violare la norma penale.

Visione chiaramente autoritaria perché incentrata sulla mera volontà di disubbidire al precetto, senza che tale disubbidienza si sia concretizzata in un "avvenimento" percepibile naturalisticamente e integrante il fatto tipico.

Vero è che anche la concezione di colpevolezza fatta propria da Bettiol, quella normativa, consiste nella *disubbidienza*, ovvero in una *volontà colpevole*, ma tale volontà di disubbidire al precetto deve essere indirizzata al compimento di un'azione volta a cagionare, per colpa o dolo, l'evento tipico.

Per di più scompare il bene giuridico come substrato valoriale del fatto, da cui scaturisce il principio di offensività: l'offesa al bene non è più necessaria al fine di integrare il reato, si ha una tale anticipazione della tutela che si rende punibile la sola volontà di delinquere, seppur manifestata attraverso l'azione, per far salvo il principio *cogitationis poenam nemo patitur*.

Trattasi di una concezione del diritto penale che guarda alla volontà e non al bene giuridico, quindi al valore. La concezione liberale, a cui Bettiol aderisce, guarda al contrario al risultato dell'azione delittuosa, alla lesione del bene, per limitare la pretesa punitiva dello stato. Conseguentemente, l'anticipazione della tutela deve contemperarsi col principio di offensività, che in una visione teleologica del reato costituisce la linfa vitale di tutti gli elementi costitutivi del reato: del fatto, in quanto incide sulla tipicità, dal momento che non può dirsi tipico un fatto inoffensivo; dell'antigiuridicità, perché il giudizio sulla liceità del fatto tipico è un giudizio valoriale che pone a confronto il bene protetto dalla norma incriminatrice con quello presupposto dalla norma esimente; della colpevolezza, che, come il bene giuridico, appartiene al mondo dei valori.

Bettiol rifiuta totalmente questo indirizzo, come quelli che escludono la colpevolezza tra gli elementi necessari alla realizzazione del reato. Per alcune fondamentali ragioni.

La colpevolezza è concetto dal forte afflato etico, che presuppone la libertà del volere, e



la libertà del volere è un portato dell'essenza morale della persona umana. Riconoscere un uomo colpevole vuol dire riconoscerlo soggetto libero, perché capace di autodeterminarsi e di scegliere se compiere o meno l'azione antidoverosa dalla quale consegue la colpa. La colpevolezza è un concetto giuridico che richiama la colpa, concetto etico; potremmo dire che la colpevolezza è la traduzione giuridica del concetto etico di colpa. Un diritto penale fondato sui valori e orientato dai valori, non può che basarsi, come scrive ripetutamente Bettiol, su colpa e retribuzione. Quest'ultima presuppone la colpevolezza, poiché se la pena è retribuzione, morale e giuridica, per il reato commesso, è indispensabile che l'imputazione del reato avvenga sul presupposto soggettivo della colpevolezza: sarebbe aporetico retribuire con la pena un reato commesso, ma non voluto o non cagionato per colpa.

La colpevolezza esprime un giudizio di riprovazione, quindi un giudizio di valore. Tale giudizio di riprovazione è sia etico, perché basato sulla colpa (nella sua accezione morale) sia giuridico, perché vertente sul comportamento antidoveroso (rispetto al precetto penale) tenuto dall'agente. Per questo, pur essendo un concetto giuridico, ha un così forte afflato etico.

E' vero che di tale afflato etico non ne danno conto (o se lo danno, lo ridimensionano alquanto) gli autori che rifiutano l'idea della retribuzione per sposare quella della prevenzione, soprattutto speciale. Ma ciò è dovuto al loro rifiuto di attribuire alla colpevolezza una qualunque caratterizzazione etica che legittimerebbe una concezione, altrettanto etica della responsabilità penale e della pena. In una prospettiva falsamente laica del diritto penale e latamente utilitaristica, quale quella prevalente dell'immediato dopoguerra in poi, la dottrina penalistica prevalente, rifiutando l'idea della pena come castigo meritato, rifiuta anche l'idea della colpa morale e, quindi, della colpevolezza come giudizio di riprovazione, altrettanto morale.

Ma che cos'è la colpevolezza, si domanda Bettiol. Al tempo in cui scrive il Trattato la dottrina è sempre divisa tra i sostenitori, ancora numerosi, della tradizionale concezione psicologica della colpevolezza, e di quella cosiddetta normativa, alla quale egli aderisce. Quella psicologica è la concezione che sorge quando la dottrina appunta l'attenzione verso il nesso psicologico che lega un evento al suo autore, che si identifica nel dolo quando l'evento è previsto e voluto dall'agente, nella colpa quando l'evento, pur previsto o prevedibile, non è voluto. Poiché la previsione e la volizione sono due

concetti che afferiscono alle neuroscienze e presentano quindi un intrinseco carattere psicologico, la colpevolezza, che sul dolo o sulla colpa si identifica, non può che avere una connotazione psicologica. Essa si basa, infatti, sul legame soggettivo che unisce il fatto all'agente. Legame che consiste nel coefficiente psicologico con il quale è stato commesso il fatto tipico, ovvero il dolo o la colpa. La colpevolezza può quindi presentarsi, in concreto, nella forma del dolo o della colpa.

Nozione, questa, che per il Nostro è troppo generica e nulla dice sul contenuto e non tiene conto di altri elementi che concorrono a determinare il contenuto dell'elemento soggettivo del reato, che non può esaurirsi nel solo nesso psicologico. Certo che questo rimane il nucleo centrale della colpevolezza, ma non lo esaurisce. A meno di non voler considerare colpevole l'infermo di mente non imputabile, che può compiere un'azione cosciente e volontaria con la volontà di realizzare l'evento tipico, ma la sua volontà non è volontà colpevole.

Altrettanto deve dirsi rispetto al fatto preveduto e voluto dal soggetto che agisce in presenza di una causa di giustificazione: come può dirsi colpevole di un fatto colui che ha agito, per esempio, per legittima difesa? Vero è che chi per difendersi commette un omicidio, vuole l'azione omicidiaria, prevede e vuole la morte dell'uomo dal quale vuole difendersi, ma ciò che vuole è un omicidio lecito. Occorre tenere ben distinta la volontarietà dell'azione, che certo sussiste in un caso di omicidio per legittima difesa, dalla volontarietà del fatto tipico e antigiuridico. Se manca quest'ultima manca la colpevolezza, perché sarebbe aporetico sostenere che un soggetto che agisce in conformità ad una norma che gli consente, per difendersi, di uccidere, sia ritenuto colpevole per di un omicidio consentito e quindi non illecito. Ciò equivarrebbe ad ammettere che si può essere colpevoli di un fatto non costituente reato, perché non antigiuridico.

A tale conclusione può giungere quella dottrina che dà delle esimenti una definizione che non è quella di causa di esclusione dell'antigiuridicità, e che ritiene, pertanto, che esse non siano idonee ad escludere la lesività e la colpevolezza del fatto.

Il Patavino la respinge sia perché contraddice il carattere antigiuridico delle scriminanti, per lui essenziale, sia perché ritiene assurdo considerare qualcuno colpevole di un fatto lecito, dal momento che la colpevolezza non indica solo il nesso psicologico che sorregge l'azione e l'evento, ma esprime un giudizio di riprovazione, morale e giuridica,

che presuppone l'illiceità del fatto colpevole.<sup>173</sup> La concezione psicologica consente di compiere un giudizio sull'imputazione soggettiva del fatto tipico limitato al solo profilo psicologico, senza valutare gli altri elementi su cui occorre fondare la colpevolezza, se si vuole che essa esprima un giudizio di disapprovazione, e sia quindi un concetto a sfondo valoriale. Una nozione limitata al solo dato psicologico è, per il Nostro, una nozione a sfondo naturalistico e non assiologico.<sup>174</sup> Un limite di tale concezione è quello di non poter graduare la colpevolezza, poiché per graduarla, la colpevolezza, occorre che sia espressa in termini giuridici ed etici di minore o maggiore riprovazione. Intesa invece come nesso psicologico tra la condotta è il fatto, essa dice solo se c'è o non c'è il dolo o la colpa a sorreggere quest'ultimo. Il giudizio sul grado di colpevolezza, peraltro, consente di proporzionare la pena anche sotto il profilo soggettivo, oltre che quello oggettivo, così da personalizzare compiutamente la reazione dell'ordinamento al comportamento antidoveroso dell'agente, nel segno della retribuzione. La personalizzazione del trattamento punitivo, per Bettiol, è necessario per garantire l'umanità della pena e l'effetto emendativo che essa, sul piano morale, è auspicabile che promuova nel reo. L'emenda risulterebbe ostacolata a fronte di una risposta sanzionatoria inadeguata al grado di colpevolezza del reo. Perché la

---

<sup>173</sup> "Se, (...) come ci lusinghiamo di aver dimostrato, le esimenti (...) incidono sull'antigiuridicità, noi riteniamo che sia un assurdo parlare di colpevolezza là dove un comportamento umano si presenta lecito. La colpevolezza è un concetto di valore che presuppone un giudizio di disapprovazione per ciò che s'è compiuto, giudizio che non è certo possibile formulare quando il fatto perpetrato è un fatto lecito." BETTIOL G., op. cit., p. 383.

<sup>174</sup> Bettiol non fa mistero di considerare la nozione psicologica di colpevolezza una nozione a sfondo naturalistico, dal momento che si identifica nel coefficiente psicologico con cui l'agente commette il fatto, concetto non solo e non tanto giuridico. In realtà dolo e colpa sono due concetti giuridici.

Il dolo si presta certo ad essere studiato anche da un punto di vista neuro scientifico, dal momento che, per spiegare la volontà, occorre ricostruire il procedimento di formazione dell'atto volontario, che si esplica naturalisticamente a seguito degli impulsi nervosi. Stabilire in cosa consista la volontà è un problema che involge le neuroscienze, la filosofia e il diritto. La concezione psicologica della colpevolezza si appunta su una nozione di volontà riferita all'azione e non all'evento tipico. La volontà consiste nella rappresentazione dell'evento e nel compimento volontario dell'azione volta a generarlo, e si sostanzia negli impulsi nervosi che comandano i sensi e le varie parti del corpo, che permettono all'agente di porre in essere l'azione. Ciò che l'agente viole è l'azione, non l'evento (teoria rappresentativa del dolo). Legato alla concezione normativa della colpevolezza è invece il dolo inteso come volontà di cagionare l'evento (teoria del dolo come volizione).

La colpa è invece un concetto essenzialmente giuridico: non si dà colpa senza una definizione normativa della stessa. Non la si deve infatti confondere con la volontarietà dell'azione, che comunque sussiste anche in caso di comportamento colposo, posto che anch'esso presuppone il compimento di atti volontari da parte dell'agente. Atti che, però, non sono diretti a commettere volontariamente il fatto tipico, ma a violare le regole cautelari volte ad evitarne la realizzazione.

Pare quindi forzata la ricostruzione in termini naturalistici della colpevolezza psicologica, anche se valorizza, più di quella normativa, gli aspetti psicologici dell'azione.

colpevolezza esprima il grado di riprovazione morale e giuridica per l'azione compiuta occorre che in essa si rispecchi la personalità dell'agente. Personalità da intendersi non in senso naturalistico caratterologico, ma in senso etico. La colpa deve esprimere l'intensità con cui l'agente ha moralmente voluto l'azione antidoverosa, sia qualora essa fosse volontariamente indirizzata alla realizzazione dell'evento preveduto, sia qualora l'azione fosse diretta alla violazione di regole cautelari volte ad impedire la verifica dell'evento prevedibile.

La concezione normativa risponde all'esigenza di attribuire carattere valutativo ed etico alla colpa. Essa, esprimendo il grado di riprovazione morale e giuridica per il fatto commesso, permette di esprimere un giudizio etico e giuridico al tempo stesso. *“E' solo accentuando tale carattere valutativo proprio della colpa che si può ammettere che il giudizio giuridico di colpa non è diverso da quello etico.”*<sup>175</sup>

L'esito dell'adozione di tale nozione di colpa è quello di tenere ben distinta e separata la volontà dell'azione, di per sé indizio, non prova, di dolo e di colpa, quanto la volontà illecita di commettere un fatto altrettanto illecito.<sup>176</sup> *“La vera rivoluzione nel campo della nozione della colpa si è avverata il giorno nel quale la dottrina si è accorta che la colpa non è tanto una volontà riferita ad un fatto che non si doveva cagionare, quanto una volontà che non ci doveva essere: essa non è tanto volontarietà dell'illecito, quanto volontà illecita.”*<sup>177</sup>

In quanto *volontà illecita* la colpa normativamente intesa esprime la contraddizione tra la volontà dell'agente e la volontà della norma.<sup>178</sup> La responsabilità colpevole deriva da una volontà diversa rispetto a quella consentita dal precetto. In ciò si staglia il senso della disubbidienza al precetto che la colpa così concepita

---

<sup>175</sup> Ibidem, p. 384.

In polemica con gli autori che, pur aderendo alla concezione psicologica, finiscono per usare espressioni quali “disobbedienza” (Carnelutti), “volontà colpevole” (Antolisei), il Patavino chiosa che *“è inutile, invero, parlare di un carattere etico della colpa penale se poi si determina la colpa stessa alla stregua di un criterio naturalistico che si trova in antitesi con le esigenze di una concezione etica della stessa. Tanto la concezione etica quanto quella giuridica della colpa sono concezioni normative.”* Ibidem.

<sup>176</sup> Qui Bettiol pare precisare meglio la distinzione tra *suitas* e dolo, tra volontarietà dell'azione e volontà di realizzare il fatto tipico. Concetti che, poco prima, parlando della colpa in senso psicologico, sembrava confondere sostenendo che essa serve solo a determinare la sùità dell'azione sulla base del mero criterio psicologico. Ibidem, p. 383, 384.

<sup>177</sup> Ibidem, p. 384.

<sup>178</sup> *“Negare alla colpa un carattere normativo, o meglio valutativo, vuol dire degradare su di un piano naturalistico il momento della ribellione della volontà umana individuale alla volontà della legge.”* Ibidem, p. 386.

evoca.<sup>179</sup>

Dato che la colpevolezza si appunta su una volontà contraria ad una norma imperativa che prescrive di tenere un dato comportamento, qualcuno in dottrina ha ipotizzato la necessità che l'azione delittuosa sia stata compiuta con la coscienza dell'antidoverosità del fatto. Per dirsi colpevole l'agente deve aver agito con la consapevolezza che il fatto tipico da lui cagionato è illecito, perché antigiuridico.

Il Patavino ritiene che la coscienza dell'antigiuridicità non sia necessaria al fine di integrare la colpevolezza, la quale comporta un giudizio oggettivo sull'antidoverosità dell'azione, a prescindere che l'agente si sia rappresentato la qualificazione giuridica dell'azione stessa.

Peraltro egli tiene ben separati l'elemento dell'antigiuridicità da quello della colpevolezza, sia per ribadire il primato della prima sulla seconda, sia per distinguere il tipo di giudizio che ciascuna di esse richiede.

Il giudizio sull'antigiuridicità ha come riferimento normativo la norma che prevede la causa di giustificazione, la quale esprime una valutazione, mentre la colpevolezza ha come referente la norma incriminatrice, che contiene un messaggio imperativo. Per cui *“il giudizio di colpevolezza è formulabile sulla base dell'aspetto imperativo della norma che può essere qualificata quale azione colpevole.”*<sup>180</sup>

Il primato assegnato all'antigiuridicità nella dogmatica analitica del reato viene giustificato richiamando il concetto di bene giuridico, che conferisce ad attribuire valore assiologico alla colpevolezza. Quando la norma incriminatrice tutela un valore, la colpevolezza acquista contenuto, poiché la riprovazione è data dall'offesa al bene protetto dalla norma stessa. Quando il fatto tipico è privo di valori di riferimento, anche la colpevolezza perde di quel significato etico, indispensabile in un diritto penale anch'esso eticamente orientato: *“in una concezione teleologica del diritto penale è pur sempre la lesione del bene giuridico che assume la prevalenza e la funzione di criterio direttivo, perché anche la colpevolezza assume un contenuto e un significato solo in quanto sia posta in contatto con il mondo dei valori tutelati.”*<sup>181</sup>

---

<sup>179</sup> “Quando si parla di disobbedienza, di ribellione, si intende riferirsi ad un criterio che supera la semplice constatazione di un nesso psicologico tra soggetto ed evento, per guardare a ciò che v'è di più caratteristico: la volontà che si è determinata all'azione, mentre avrebbe dovuto e potuto determinarsi diversamente.” Ibidem.

<sup>180</sup> Ibidem, p. 387.

<sup>181</sup> Ibidem, p. 380.

Ciò non implica - avverte Bettiol – che una colpevolezza così concepita possa fare a meno del nesso psicologico. Questo rimane l'essenza dell'imputazione soggettiva, ma non la esaurisce. Essa si compone infatti di più elementi, fra cui il dolo e la colpa, che sono elementi di fatto, rappresentano pertanto la componente a sfondo naturalistico della colpevolezza. Il coefficiente psicologico assume significato valoriale nel momento in cui viene valutato insieme agli altri fattori che concorrono al giudizio di riprovazione, e può essere interpretato giuridicamente classificando il dolo e la colpa secondo una scala di graduazione che ne misura la gravità.<sup>182</sup>

Quanto agli altri elementi della colpevolezza Bettiol ritiene che essa debba comprendere l'imputabilità (capacità penale), la volontarietà del fatto, nei limiti del dolo o della colpa, la normale motivazione della volontà (assenza di un errore di fatto sul fatto).

E' questo l'ordine con cui l'interprete deve riscontrare la sussistenza di questi tre elementi nel caso concreto. Trattasi di un ordine logico, poiché la capacità penale comporta infatti la capacità di intendere e volere, per cui non ha senso procedere oltre se la volontà dell'agente è *ab origine* viziata.

Poi occorre valutare il nucleo centrale dell'elemento psicologico: il dolo o la colpa. Qui Bettiol pare tornare a confondere la *suitas* con il coefficiente psicologico che lega l'azione al fatto tipico.<sup>183</sup> Quando parla di azione cosciente e volontaria egli sembra riferirsi alla *suitas* dell'azione, che però è preconditione perché possa sussistere un legame tra la condotta e l'evento nella forma del dolo o della colpa. Ma la *suitas* non coincide con il nesso psicologico, né lo presuppone. Può aversi un'azione cosciente e volontaria, quindi imputabile all'agente perché *propria* e non necessitata, senza che a sorreggerne il legame con l'evento sia il dolo o la colpa. La *suitas* può sussistere anche quando l'evento è imputato all'agente oggettivamente.

Infine l'errore (di fatto), quale causa di sviamento della volontà, è idoneo ad escludere la colpevolezza, poiché l'errore ha impedito all'agente di orientare il proprio agire in

---

<sup>182</sup> Le diverse figure di dolo (dolo intenzionale, diretto, eventuale) e di colpa (colpa semplice, colpa cosciente) altro non sono che il frutto dell'interpretazione giuridica di un dato naturalistico che non sarebbe, di per se, scomponibile in più figure esplicanti un diverso grado di gravità. Abbiamo già evidenziato come, però, la nozione di colpa sia intrinsecamente giuridico-normativa.

<sup>183</sup> Occorre ammettere però, che in dottrina come in giurisprudenza, tale distinzione spesso sfuma e non è raro imbattersi in autori che non assegnano più alla *suitas* alcuna rilevanza, dal momento che le cosiddette cause di esclusione della coscienza e volontà di cui agli artt. 45 e 46 c.p. sono classificate vuoi come cause di esclusione della colpevolezza, vuoi come ipotesi di interruzione del nesso causale tra l'azione e l'evento. A tale confusione ha contribuito senza dubbio l'infelice definizione del dolo offerta dall'art. 42 c.p.

conformità al precetto.

Il primato che Bettiol assegna all'imputabilità nell'ordine con cui l'interprete deve valutare le tre componenti della colpevolezza lascia perplessi, sia per ragioni dogmatiche che per esigenze garantistiche a sfondo processuale.

Sul piano dogmatico riteniamo prevalente, sulla capacità penale, il coefficiente psicologico, dal momento che anche rispetto all'incapace è esiziale valutare preliminarmente se questi abbia compiuto un'azione cosciente e volontaria, e se il fatto sia stato realizzato con dolo o con colpa. Ciò perché, sul piano psicologico, anche l'incapace agisce volontariamente, ed occorre quindi tenere distinta l'ipotesi in cui l'incapace sia incolpevole in quanto incapace, e quindi la propria volontà non fosse vera volontà, dal caso in cui l'incapace abbia compiuto un'azione necessitata o non abbia agito con dolo o con colpa. La valutazione circa la capacità di intendere e di volere ha senso che avvenga dopo che è stata accertata la sussistenza del nesso psicologico. In assenza di questo, l'agente deve andare assolto senza che su tale statuizione incida la sua capacità penale.

Sul piano processuale dare priorità all'accertamento del nesso psicologico permette di pervenire ad una decisione assolutoria più favorevole per l'imputato, poiché sarà esclusa la possibilità di applicare una misura di sicurezza.

Alla stregua di ciò, Bettiol definisce la colpevolezza come *“un giudizio di riprovazione personale per la perpetrazione di un fatto lesivo di un interesse penalmente protetto”*.<sup>184</sup>

---

<sup>184</sup> Qui il lemma “interesse” dovrà essere inteso in senso valoriale e non nel senso che ad esso viene dato da chi persegue una visione utilitaristica del diritto penale.

## CAPITOLO III

### 3.1 Premessa

Giuseppe Bettiol inizia la sua lunga carriera politica con l'elezione all'Assemblea Costituente nelle fila della Democrazia Cristiana, per la quale sarà eletto alla carica di parlamentare per ben sei legislature, fino a rivestire l'incarico di ministro della Pubblica Istruzione nel governo De Gasperi VII e di ministro per i Rapporti con il Parlamento nel governo Segni II.

Prima di esaminare il ruolo avuto dal maestro padovano in seno all'Assemblea Costituente e il proprio contributo alla stesura dell'art. 27, riteniamo utile, preliminarmente, rendere conto delle fasi che hanno portato alla redazione dell'articolo in parola, a partire dai lavori della Prima Sottocommissione, a cui competeva la redazione di una prima bozza del titolo riguardante i rapporti civili.<sup>185</sup> In questa sede ci limitiamo ad un breve riepilogo di tali lavori, a cui Bettiol non ha partecipato in quanto non facente parte della "Commissione dei 75", incaricata di redigere il progetto di Costituzione che l'Assemblea avrebbe poi approvato.

Prima di concentrarci sui suoi interventi e sulle sue proposte di modifica, riteniamo utile ripercorrere i lavori preparatori per dare un quadro del dibattito politico da cui sono scaturite le due norme che rappresentano i capisaldi costituzionali del magistero penale: l'art. 25 e l'art. 27. Norme su cui, nella sua lunga carriera di studioso, Bettiol tornerà ad

---

<sup>185</sup>L'organizzazione dei lavori, in seno all'Assemblea Costituente, prevedeva che la redazione del progetto di Costituzione fosse demandata ad una commissione meno pletorica dell'intera assemblea, così da facilitare i lavori. Fu quindi eletta, come noto, la "Commissione dei 75", composta da settantacinque membri e presieduta dall'on. Ruini. Essa, a sua volta, venne suddivisa in tre sottocommissioni, incaricate ciascuna di redigere una prima bozza della parte di testo assegnata. All'interno di ciascuna sottocommissione, veniva assegnato l'incarico di stendere un primo schema di articolato ad uno o più relatori, in modo da velocizzare la stesura del testo su cui la sottocommissione avrebbe lavorato. Una volta licenziato dalla sottocommissione, il testo veniva sottoposto alla commissione, alla quale competeva l'integrale elaborazione del progetto di Costituzione, la cui approvazione, articolo per articolo, era demandata all'Assemblea.

La commissione competente ad elaborare un primo schema delle norme costituzionali inerenti il magistero penale è quella a cui è demandata la stesura della Prima Parte della Costituzione, comprendente i rapporti civili, titolo nel quale troveranno fin da subito collocazione gli attuali artt. 25 e 27: la Prima Sottocommissione, presieduta dall'on. Tupini.



appuntare la propria attenzione in vari scritti, oltre che nel Trattato, caricandole di significato e di portata innovativa.<sup>186</sup>

Concentreremo l'attenzione sull'elaborazione dell'art. 27 non solo perché è quello su cui l'impegno e il contributo del Bettiol "costituente" è stato maggiormente significativo, ma perché è la norma costituzionale che assume valore centrale nell'intera tematica penalistica, dal momento che fissa i principi cardine su cui basare l'imputazione soggettiva del reato e l'esecuzione della pena.<sup>187</sup>

Il primo comma contiene un'enunciazione laconica che necessita di essere riempita di contenuto; contiene un principio, che spetta all'interprete enucleare. Presa alla lettera, dice tutto e dice niente: ne può esser data una lettura meramente formale, da cui si ricaverebbe una sterile e per nulla innovativa formula in base alla quale è assoggettabile a pena solo l'autore del fatto tipico; oppure può essere interpretata in senso sostanziale, attribuendo all'aggettivo "personale" significato e valore connotativo del sostantivo cui è riferito.

Da una sua lettura superficiale e formalistica si ricaverebbe infatti ben poco, se non che ciascuno risponde per un fatto tipico proprio, e che dunque è punibile chi ha commesso un fatto previsto dalla legge come reato: la formula si ridurrebbe ad una inutile tautologia. Lo sforzo interpretativo deve dunque estrarre dal sintagma "responsabilità personale" la sostanza del precetto, se tale si vuol considerare la norma che lo contiene, e non una mera enunciazione tesa a ribadire ciò che era già acquisito nel tempo, che neppure i regimi totalitari avevano osato mettere in discussione, e cioè che ciascuno risponde di un fatto proprio e non altrui.

Statuendo laconicamente la personalità della responsabilità penale è stato fissato un principio che, come vedremo trattando dell'interpretazione che ne dà Bettiol, non si limita a stabilire che ciascuno risponde per un fatto proprio e non altrui, benché tale

---

<sup>186</sup>BETTIOL G., Dolo e responsabilità penale nel quadro dei principi costituzionali, in Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente, vol. II, p. 9; *Colpevolezza normativa e pena retributiva*, in *Gli ultimi scritti e la lezione di congedo*, p. 102; *Diritto penale*, op. cit., pp. 50-59.  
BETTIOL G. e PETTOELLO – MANTOVANI, *Diritto penale*, p. 59.

<sup>187</sup>Così Alessandrini, per il quale è "evidente che il problema della <responsabilità penale> assume un valore centrale rispetto all'intera tematica penalistica, venendo a costituire il <capitolo>, per così dire, in cui si instaurano e si modellano i rapporti tra il fatto di reato, quale fondamento della punibilità, e le sanzioni criminali, quali risposte dell'ordinamento alla condotta del reo." ALESSANDRINI Alberto, in *Commentario alla Costituzione*, art. 27, Zanichelli.

lettura estremamente minimalista abbia trovato un certo consenso sia nell'Assemblea Costituente, che nella giurisprudenza dell'immediato dopoguerra.

Da tale principio si ricava, invece, che il coefficiente psicologico del dolo o della colpa è il necessario termine relazionale tra il reato, la cui materialità è sancita dall'art. 25, e il suo autore. Vero è che tale interpretazione ha stentato ad affermarsi, e che in un primo momento ha prevalso la ricostruzione per così dire "minimalista" del principio, a cui Bettiol e altri deputati cattolici come Aldo Moro e Giovanni Leone si sono opposti. Si riteneva che la norma dovesse limitarsi ad escludere la responsabilità per fatto altrui, ma non la responsabilità oggettiva, peraltro contemplata dal codice del '30.

E' evidente quanto tale lettura fosse non in linea con lo spirito della norma, desumibile anche dai lavori preparatori, a partire dalla sua primigenia formulazione, nella quale il concetto di personalità è ripetuto per ben quattro volte e con significati diversi.

Ciò dimostra quanto i costituenti, soprattutto di formazione cattolica come Giorgio La Pira, relatore del primo schema della norma in parola in seno alla Prima Commissione, fossero sensibili al tema della personalità, nelle sue diverse declinazioni, ovvero come: valore e limite al potere punitivo dello stato (la personalità come valore insito nella natura umana, limitante la potestà punitiva); elemento qualificante il presupposto soggettivo dell'imputazione (responsabilità personale); indice caratterizzante l'essere della pena (la pena è personale, nel senso che è rivolta al solo autore del reato perché è conseguenza della sua colpevolezza); indice riguardante il dover essere della pena, dal momento che il valore della persona umana, cui essa è rivolta, impone il divieto di applicare sanzioni contrarie al senso di umanità (divieto delle pene corporali e della pena di morte) e di eseguire la pena in modo da favorire la rieducazione del condannato, nel rispetto della sua personalità (fine rieducativo della pena).

L'art. 27 c. 1, statuendo laconicamente la personalità della responsabilità penale, principio sommo che orienta l'intero sistema penale, enuclea il fondamento del magistero punitivo con implicazioni che vanno oltre la tematica dell'imputazione soggettiva se lo si interpreta attribuendo all'aggettivo "personale" una valenza etica. Se si intende attribuire al sintagma "responsabilità personale" un significato non meramente formale, che richiamerebbe la colpevolezza intesa in senso psicologico, consistente nel requisito soggettivo per l'attribuzione del fatto a colui che lo ha e causalmente cagionato, ma un significato etico che richiama la colpa, ecco che tale

principio assume un valore e una sostanza ben diversi. “Responsabilità personale” può infatti volere dire che il magistero punitivo, per essere legittimamente esercitato, richiede la commissione di un fatto *proprio* dell’agente, nel senso che questi lo ha commesso *con piena partecipazione morale*. Ne consegue che la pena deve essere concepita come conseguenza morale e giuridica del fatto commesso e per il quale il condannato è giudicato responsabile.

La responsabilità fonda eticamente e giuridicamente la reazione punitiva dello stato, che deve pertanto misurarsi su di essa. Di qui il nesso di proporzione tra la sanzione e la gravità del reato, che è gravità della colpa. La pena allora, avendo come presupposto la colpa morale e giuridica del reo, non può che essere retribuzione.

Una tale interpretazione del primo comma della norma in parola non può non riflettersi sul terzo comma, che imprime alla pena una (tendenziale) funzione rieducativa. Ma in che modo può dirsi compatibile una tale statuizione, che pare propendere per una concezione relativa della pena, assegnandole lo scopo del recupero del condannato, con una ricostruzione in chiave retributiva della pena fondata sulla responsabilità personale? Di seguito approfondiremo la questione occupandoci della posizione di Bettiol sul punto, che ha dedicato alla rieducazione appositi scritti. Qui ci limitiamo ad accennare ad una possibile interpretazione in chiave retributiva del terzo comma dell’art. 27, che muove dall’idea che il principio personalistico, cui si ispira non solo la norma in parola ma l’intero testo costituzionale, impone di rispettare la persona umana anche, se non soprattutto, quando è assoggettata a pena.

La rieducazione non può essere considerata, allora, in termini positivistic, ovvero come strumento di annientamento della carica deviante del reo col conseguente assoggettamento di quest’ultimo alle regole che l’ordinamento ritiene necessarie per il mantenimento dell’ordine sociale. In questo modo il reo diverrebbe un mezzo per il soddisfacimento di fini sociali, e la pena dovrebbe essere inflitta secondo modalità terapeutiche e per un arco temporale potenzialmente illimitato, posto che fin tanto che il condannato non è “guarito” dalla propria devianza, la pena dovrà continuare ad essere eseguita. Questa è, come abbiamo già avuto modo di esaminare parlando della prevenzione speciale, la visione che della pena avevano i positivisti, e che sarebbe del tutto incompatibile con la costituzione repubblicana. La quale, in virtù del carattere

personalistico, impone di non considerare mai la persona umana un mezzo per il perseguimento degli scopi che lo stato intende perseguire.

Una lettura interpretativa dell'art. 27 c. 1 in chiave retributiva è certamente recessiva perché la dottrina e la giurisprudenza costituzionale prevalente non ha attribuito al sintagma "responsabilità personale" il senso etico da noi proposto. L'evoluzione interpretativa della norma in parola ha portato a ricondurre ad essa la necessità che l'imputazione soggettiva del fatto tipico avvenga sulla base di un coefficiente psicologico. Essa però non ostacola, di per se, la ricostruzione proposta e sulla quale torneremo esponendo la visione che di essa aveva Giuseppe Bettiol.

La valorizzazione dell'elemento soggettivo del reato è in linea con una visione etica del diritto penale, perché se il reato è un male che merita il castigo, è necessario che sia commesso con colpa o con volontà: non si può espiare un male cagionato da altri, o del quale non si è responsabili per averlo voluto, o per averlo incautamente provocato.

Ma l'interpretazione dominante esclude che al principio della responsabilità personale possa ricondursi un concezione retributiva della pena. Non potrebbe essere altrimenti, visto che l'idea retributiva è a dir poco recessiva nella dottrina italiana, ora come nell'immediato dopoguerra, quando la costituzione ha visto la luce. Tanto più che la scelta di introdurre il principio rieducativo, in linea, va detto, con molte altre costituzioni novecentesche, ha legittimato a riconsiderare la pena sempre più in termini finalistici, come se, espunto lo scopo riabilitativo, essa perdesse di senso e persino di legittimazione morale e giuridica.

Si è consolidata nel tempo l'idea che la Costituzione imponga al legislatore di funzionalizzare la pena in senso rieducativo, e che dunque non sia compatibile con essa una concezione che escluda la prospettiva del recupero del condannato. Il personalismo, che implica il rispetto e l'intangibilità della personalità del condannato, esclude che la rieducazione possa consistere in trattamenti psicologici penetranti e incisivi sulla sfera intima e psicologica del reo. Va quindi interpretato come un limite alla stessa funzione rieducativa della pena, esattamente come il principio di proporzione, per cui la pena, ancorché rieducativa, non può eccedere oltre il grado di colpevolezza.

Il primo comma dell'art. 27, che eleva la colpevolezza a primario principio costituzionale, se combinato con il terzo comma, assumerebbe allora la funzione di limite e contemperamento del finalismo rieducativo. Tuttavia le teorie special-

preventive più recenti tendono a considerare sia il personalismo che il proporzionalismo non come fattori esterni al paradigma riabilitativo, ma come elementi complementari o, addirittura, costitutivi dello stesso. Quindi non si atterrebbero a limite esterno alla rieducazione, quanto a principi funzionali ad una sua piena attuazione, per come è interpretata a partire dal dopoguerra, da quando le teorie specialpreventive hanno ripreso graduale vigore, emancipandosi, ma non del tutto, dalla “tara” del positivismo criminologico.

Avremo modo di tornare sull’argomento. Qui ci preme rimarcare il valore della norma e le sue possibili interpretazioni, partendo dal dibattito in seno all’Assemblea Costituente, che ne ha segnato la sua scaturigine.

### 3.2 I lavori preparatori

In seno alla Prima Sottocommissione furono nominati relatori di una prima bozza di quello che diverrà l’attuale art. 27 i deputati Basso (PSI) e La Pira (DC).

Il testo primigenio, contenuto nell’art. 11, così recitava:

*“Nel suo magistero punitivo la legge non oblierà mai il valore della personalità del reo. Non possono essere irrogate che le pene tassativamente fissate dalla legge. La pena di morte non è ammessa.*

*Le pene corporali sono vietate.*

*Le pene sono personali e proporzionate al delitto: quelle privatrici o restrittive della libertà personale devono mirare alla rieducazione del reo.*

*Qualunque trattamento che aggravi la pena legalmente applicata importa la responsabilità personale di chi la mette in atto.”*

Risalta immediatamente il rilievo che si è voluto dare alla “personalità”, ripetuta per ben quattro volte: è richiamata con riferimento al reo, quale generico e ampio limite al magistero punitivo, che dal legislatore deve essere esercitato nel rispetto della persona umana; è riferita alla pena, così da fissare il termine relazionale tra la stessa e l’autore del reato; è enunciata a proposito della libertà, per attribuire finalismo rieducativo alla pena privatrice o restrittiva della libertà personale; è infine riferita alla responsabilità di chi aggravi arbitrariamente una pena legale. La personalità è principio che viene subito ad assicurare a fondamentale e sostanziale limite all’intervento punitivo dello stato, in

una doppia accezione: come limite esterno e come limite interno alla pretesa punitiva. Come limite esterno, che è quello enucleato al primo comma, essa si pone di ostacolo ad ogni previsione legislativa che per ragioni di opportunità e di sicurezza pubblica, possa comportare una qualche lesione all'integrità morale di un individuo, impedendone la strumentalizzazione a favore della società. Essa impedisce di sacrificare il valore della persona umana, la sua dignità e la sua integrità psico-fisica, a vantaggio del bene collettivo.

Apparentemente enfatico, il primo comma esprime, pur con un linguaggio forse un po' arcaico ma non per questo inappropriato, un principio fondamentale che non può non riportare alla mente il monito di Kant circa il pericolo che lo stato, nell'esercitare una pretesa punitiva svincolata dalla giustizia, finisca per considerare il reo un mezzo per il perseguimento della pace e dell'ordine sociale. E' chiaro come nei costituenti il pericolo avanzato da Kant, che aveva profeticamente previsto quello che si sarebbe verificato un secolo dopo con l'avvento del positivismo criminologico prima e con i regimi autoritari poi, fosse ben sentito, essendo ben consapevoli di quali derive avesse preso il diritto penale nella prima metà del secolo XX.

Limite interno è quello che il principio personalistico assume rispetto alla pena nel momento della sua comminatoria e in quello della sua esecuzione, ed opera non solo nei confronti del legislatore, al quale compete l'indicazione dei criteri legali di determinazione della pena inflitta e delle sue modalità di esecuzione, ma anche rispetto all'ordine giudiziario. La pena comminata nel caso concreto e quella che viene effettivamente eseguita non possono quindi violare il rispetto della persona umana e della sua dignità.

L'attenzione verso il momento esecutivo della pena e della sua conformità alla dignità umana è reso chiaro dal divieto della pena di morte e delle pene corporali. A ciò è aggiunto che le pene detentive debbono mirare alla rieducazione del condannato, principio che ricorrerà per tutto il corso dei lavori preparatori: non ci sarà versione della norma priva di tale previsione.

Quanto detto è particolarmente significativo e disvela un radicato e diffuso orientamento in seno all'Assemblea Costituente, che potremmo definire latamente special-preventivo, avendo però cura di precisare che, come emerge dal dibattito, è alquanto distante dallo special-prevenzionismo di matrice positivista.

Se si escludono le posizioni del gruppo parlamentare social-comunista, il resto dell'assemblea non ha minimamente messo in discussione i postulati del classicismo penale, in particolare la colpevolezza come presupposto e misura della sanzione penale. La rieducazione è vista non come il fondamento della pena ma come il suo scopo, rimanendo essa fondata sulla colpevolezza, dunque sulla colpa morale. Del resto il principio della responsabilità penale personale sarebbe stato incompatibile con una concezione positivista del reato e del reo, quale quella elaborata da studiosi come Ferri e Garofolo.

Piuttosto, pare che il finalismo rieducativo sia considerato dai costituenti un attributo indispensabile alla pena, tanto da non poterlo neppure mettere in discussione, come prova la circostanza che nessuno, tranne Bettiol, Moro e Leone, ne ha proposto l'espunzione.<sup>188</sup> La proposta fu respinta per pochi voti, a dimostrazione di come l'Assemblea Costituente non fosse del tutto chiusa ad escludere il finalismo rieducativo della pena. Ciò può significare che era considerato scontato che, in tema di pena, la Costituzione dovesse propendere verso il modello riabilitativo, senza tuttavia aderire completamente ad esso. I costituenti non vollero optare in modo netto per una determinata teoria della pena, tanto da elaborare delle bozze di norma dalle quali non si evinceva una piena adesione né alla teoria retributiva, né alle teorie dello scopo. Ritenere, come molti hanno fatto in dottrina, che l'enunciazione della finalità rieducativa, peraltro espressa in termini tendenziali nella versione definitiva del terzo comma dell'art. 27, che i costituenti abbiano sposato la teoria dello scopo e in particolare il modello riabilitativo è un errore, perché se fosse vero questo, la proposta emendativa di Bettiol non sarebbe stata respinta per pochissimi voti, ed avrebbe suscitato molte più reazioni negative di quelle che i verbali dei lavori testimoniano. Vero è, invece, che fin dall'esordio dei lavori sulla norma in parola, si evince che con

---

<sup>188</sup> Come vedremo in seguito, in sede di discussione generale sarà presentato un emendamento a firma Bettiol, Moro, Leone, con cui si proporrà di sostituire il fine rieducativo della pena con una disposizione che imponga l'esecuzione della pena con modalità tali da non ostacolare il recupero morale del condannato. L'intento è quello di sostituire il finalismo rieducativo con una previsione che obblighi il legislatore, la magistratura e l'amministrazione penitenziaria a garantire al condannato che la pena non gli sarà di ostacolo ad un suo (auspicabile, ma non obbligato) pentimento, così che possa realizzarsi, insieme all'espiazione, l'effetto (si badi bene, non lo scopo) emendativo, che trasformi il reo in un *homo novus*. Vedremo come l'emendamento verrà respinto solo per pochissimi voti, tanto che Bettiol, in uno dei suoi scritti dedicati alla pena e alla rieducazione, racconterà ironicamente che la modifica fu respinta a causa di alcuni colleghi, presumibilmente del proprio gruppo, che si assentarono nel momento della votazione per recarsi al bar di palazzo Montecitorio.

l'enunciazione della finalità rieducativa i costituenti non vollero optare per un modello di pena spiccatamente riabilitativo, e che per nulla misero in discussione i caratteri fondanti del classicismo penale, anzi ribadendoli e attribuendo loro un indiscusso primato, come si desume dall'enunciazione del principio della responsabilità personale, che evoca la colpevolezza come fondamento e presupposto della pena, e del principio proporzionalistico.

Il principio proporzionalistico non è di poca importanza, e dimostra quanto i costituenti fossero preoccupati di inserire in costituzione dei principi che limitassero il potere coercitivo statale a salvaguardia della libertà personale e della dignità della persona.

L'art. 11, a ben vedere, è norma di garanzia, che elenca una serie di precetti e di vincoli per il legislatore che affondano le loro radici sia nell'illuminismo che nel personalismo cristiano. Essa condensa i postulati del diritto penale liberale con quelli del diritto penale cristiano, ovvero di un diritto penale eticamente orientato, ma non confessionale, e incentrato sul rispetto per la persona umana, considerata essa stessa un valore e un fine, non un mezzo. Se il diritto penale liberale pone al centro l'individuo con i suoi diritti innati, ed eleva lo stato a garante di tali diritti, per cui la pretesa punitiva si fonda sulla loro tutela (si pensi alla teorica della tutela giuridica di Francesco Carrara), il diritto penale cristiano, del quale Bettiol, in uno dei suoi ultimi scritti, traccia i tratti distintivi pur chiedendosi se esista un diritto penale di matrice cristiana<sup>189</sup>, pone al centro la persona umana, la sua dignità, e si fonda su un'idea di giustizia oggettiva.

In una società pluralista e secolarizzata è impensabile porre a fondamento del diritto penale un'idea di giustizia che trae origine dalla rivelazione cristiana e dal diritto naturale oggettivo, su di essa fondato, ma ciò non implica l'esclusione di ogni riferimento al bene e al giusto, e quindi ad una visione etica del magistero punitivo. Per di più, una Costituzione così spiccatamente orientata in senso personalistico, se da un lato può dirsi senza dubbio pluralista e laica, dall'altro non può essere ritenuta scevra di ogni riferimento etico e giusnaturalistico<sup>190</sup>.

Certo che nell'art. 11 non troviamo riferimenti espressi alla giustizia e la definizione di pena come retribuzione per la colpa, tipici postulati di un diritto penale cristianamente orientato, ma anche di un diritto penale liberale non orientato in senso utilitaristico, ma

---

<sup>189</sup> Cfr.

<sup>190</sup> Su questo insisterà Bettiol nel suo primo lungo intervento all'Assemblea. Cfr. infra.



ciò lo si spiega facilmente: come potevano i costituenti imbarcarsi in una secolare discussione sulla funziona della pena, con il rischio di creare delle nette spaccature e di non riuscire a trovare un ampio accordo su di un testo? Non bisogna dimenticare, fra l'altro, che l'eco del dibattito tra Scuola Classica e Scuola Positiva era ancora ben percepibile, e si voleva evitare di riproporlo all'interno della Costituente perché non si venissero a formare due opposti schieramenti che avrebbero immobilizzato i lavori.

Non è però di poco conto la volontà, da subito manifestata, di voler inserire in Costituzione una norma sulla responsabilità penale, tutt'altro che scontata allora, come dimostra il fatto che molte altre costituzioni ne erano prive. La scelta di voler trattare il tema della responsabilità fu una scelta coraggiosa, e il contributo dei cattolici e dello stesso Bettiol al suo inserimento fu determinante.

Come è normale ed opportuno che sia, essendo una norma costituzionale, si caratterizza per brevità e per fissare dei principi che spetta poi all'interprete delineare. Essa, come del resto il vigente art. 27, si presta a varie interpretazioni, che risentono dell'orientamento giusfilosofico dello stesso interprete, a dimostrazione di quanto la *precomprensione ermeneutica* di un testo legislativo, tanto più se volto ad enunciare principi destinati a durare nel tempo come nel caso di una norma costituzionale, giochi un ruolo fondamentale.

Vi è chi, per esempio, ha ravvisato nel primo abbozzo della norma in parola, *“la stretta connessione ideale che fu vista tra personalità della <pena> e rieducazione come fine tendenziale della medesima, un collegamento che si caratterizza per essere proiettato sullo sfondo di un elemento unitario rappresentato dal valore della personalità del reo”*.<sup>191</sup> Tesi, questa, ampiamente riproposta dalla dottrina, anche autorevole, orientata in senso special-preventivo, che tende a dare della norma costituzionale una interpretazione incentrata a valorizzare il finalismo rieducativo coniugandolo col principio personalistico e con quello proporzionalistico, i quali non andrebbero considerati dei limiti alla rieducazione, ma dei fattori ad essa coesenziali. Si sostiene, in estrema sintesi, che per attuarsi compiutamente il trattamento rieducativo, che non è coercitivo, è necessario che avvenga nel pieno rispetto della persona umana. La colpevolezza, concetto di natura strettamente giuridica da non confondere con la colpa morale, lungi dall'implicare una concezione della pena come retribuzione, svolgerebbe,

---

<sup>191</sup> Ibidem, p. 6.

rispetto alla rieducazione, un duplice ruolo, di limite e di condizione. Di limite in quanto la pena deve essere commisurata alla colpevolezza e non può mai, per ragioni legate alla rieducazione, essere prolungata oltre il grado di colpevolezza; di condizione perché solo un condannato che sa di essere colpevole può essere rieducato, pertanto la colpevolezza è necessario presupposto affinché possa essere perseguito lo scopo riabilitativo.

Ciò dimostra quanto la disposizione che ci occupa sia aperta a interpretazioni che tendono ad attribuirle un contenuto e un significato molto diversi, ed è questa la ragione per la quale, pur a fronte di una evoluzione giurisprudenziale che ha visto attribuire al fine rieducativo una portata sempre più ampia, fino a farlo assurgere a principio teleologico condizionante tutte le fasi in cui si articola la prassi punitiva, dalla comminatoria edittale alla esecuzione della pena, la norma è rimasta inalterata ed ha convissuto con orientamenti giurisprudenziali e dottrinali tendenti a confinare il fine rieducativo nella fase esecutiva della sanzione.<sup>192</sup>

Tornando ai lavori preparatori occorre preliminarmente precisare che l'art. 11 non fu sottoposto all'esame della sottocommissione, in quanto per decisione dei relatori Basso e La Pira, fu da loro stesi trasfuso e rielaborato insieme all'art. 2, progenitore dell'attuale art. 25, in un unico articolo (art. 5), che così recitava:

*“Nessuno può essere sottoposto a processo né punito se non in virtù di una legge entrata in vigore anteriormente al fatto commesso.*

*Non possono essere irrogate che le pene tassativamente fissate dalla legge. La responsabilità è personale.*

*Le sanzioni penali devono tendere alla rieducazione del reo. La pena di morte non è ammessa se non nei codici penali militari di guerra. Non possono istituirsi pene crudeli né irrogarsi sanzioni collettive”.*

Scompare il divieto per la legge penale di obliare la personalità del reo, principio che riteniamo di gran valore e ben espresso. Altrettanto deve dirsi per il divieto di aggravare la pena legalmente applicata, precetto di forte significato garantista.

---

<sup>192</sup> Vedremo di seguito come questa evoluzione interpretativa sia partita col considerare il principio statuito dall'art. 27 c. 3 di portata limitata alla sola fase esecutiva, fino ad approdare alla nota sent. Della Corte Costituzionale n° 303 del 1990, la quale invece stabilisce che il suddetto principio deve ritenersi cogente per tutte le fasi in cui si articola la prassi punitiva.

Rimane fissato il principio di tassatività e di legalità delle pene, combinati con quello della irretroattività della legge penale di cui al primo comma.<sup>193</sup>

Compare invece il principio della responsabilità personale, senza precisare che si tratti di quella penale, a cui è aggiunto il divieto di applicare sanzioni collettive.

Quest'ultimo può apparire, oggi, del tutto inutile, ma dobbiamo porci nell'ottica dei costituenti, che avevano ben vivo il ricordo dei rastrellamenti e delle rappresaglie fasciste e naziste, con le quali si vendicavano atti compiuti da soggetti facenti parte della famiglia o della comunità nei cui confronti veniva esercitata la reazione vendicativa.

A conferma di quanto detto sopra circa una lettura minimalista del principio personalistico applicato alla responsabilità penale, da parte di alcuni costituenti, basti considerare che da taluni di loro venne sollevato il dubbio circa l'opportunità che in Costituzione si andasse ad inserire una norma sulla responsabilità.

L'on. Cevolotto (Deomcorazia del Lavoro), *“ritiene che il concetto espresso in questa formula (“La responsabilità è personale”) si potrebbe tralasciare, perché non vede la ragione per cui si debba esprimerlo nella Costituzione.”*

Sulla stessa linea l'on. Lombardi Giovanni (PSI), che ne propone l'espunzione per non creare equivoci dovuti al fatto la norma si riferirebbe anche alla responsabilità civile, la quale, come prevede il codice del 1942, può derivare, in taluni casi, da fatti altrui.

---

<sup>193</sup> In seno alla Prima sottocommissione si sviluppò un certo dibattito sull'opportunità di inserire in Costituzione il principio di irretroattività della legge penale e di tassatività e legalità delle pene. Vi fu chi fece notare che il divieto di retroattività era già previsto dal codice penale (on. Caristia), chi, come l'on. Mancini, chiedeva che venisse espunto il divieto di punizione per una legge entrata in vigore dopo la commissione del fatto.

Meritano attenzione gli interventi degli onorevoli Moro e La Pira in difesa della consacrazione costituzionale dei distinti principi: quello della irretroattività e quello della tassatività della legge penale, mantenendo la specificazione che nessuno può essere sottoposto a processo né punito per un fatto commesso anteriormente all'entrata in vigore della legge penale.

Precisa a tal proposito Aldo Moro che *“la Commissione debba garantire la libertà individuale contro la possibilità che gli organi giudiziari irroghino pene per fatti non previsti dalla legge quando furono commessi. (...) Siamo nel campo di una difesa della libertà umana; uno dei campi tra i più delicati della difesa della libertà umana che il Codice in atto ci garantisce. Il fatto, però, che questo principio sia oggi nel Codice non può impedire a chi fa una Costituzione, che deve garantire da tutti i punti di vista la libertà individuale, di porre nella Costituzione stessa quei principi.”*

La Pira osserva che *“il principio della non retroattività delle leggi è fondamentale e bisogna fissarlo nella Costituzione. Se c'è un problema politico che ha interessato il mondo in questi ultimi tempi è proprio questo.”*, ricordando come esso si trovi sancito nel progetto di Costituzione francese e nella Costituzione di Weimar, e come *“in questi ultimi anni sono stati pubblicati una quarantina di volumi in Germania, tanto di diritto civile quanto anche di diritto romano, con i quali si è pensato di giustificare, anche attraverso il diritto romano, il principio della estensione analogica in diritto penale. A questo i giuristi italiani hanno reagito.”* Atti dell'assemblea Costituente, resoconto sommario della seduta della Prima Sottocommissione del 18 settembre 1946, in *La Costituzione nei lavori Preparatori*, vol. VI.

Aggiunge che *“la formulazione è superflua in quanto la responsabilità personale non è un principio moderno o modernissimo: è un principio del diritto canonico del 1500 o 1600, quando appunto il diritto canonico, riportando il diritto ad un peccato dell’anima, lo rese per se stesso di natura personale. C’è bisogno— si chiede allora – di ritornare su questo principio, che poi porterebbe nelle altre leggi una grande confusione?”* Da tale intervento emergono due importanti elementi; da un lato quanto da parte di alcuni costituenti, soprattutto di sinistra, il principio della responsabilità personale fosse ritenuto superfluo se non fonte di confusione o di contrasto con l’ordinamento vigente, che prevedeva già forme di responsabilità non personale, oggettiva o per fatto altrui; dall’altro come il principio evochi un substrato spiritualistico contrastante con una concezione laica e moderna del diritto.

Il fatto che la responsabilità in diritto canonico sia personale in quanto ne è presupposto logico il peccato e conseguenza logica la penitenza, induce a ritenere che essa sia perciò stesso inadeguata ad essere inserita in un ordinamento giuridico statale e laico, senza valutare la profondità di una tale previsione e i suoi risvolti etici. Non ci si chiede se al di là dell’ascendenza religiosa, sia giusto che un soggetto risponda penalmente per un fatto che non ha commesso lui o che ha commesso involontariamente.

Ragioni di opportunità e di difesa del laicismo, che comunque non sarebbe stato messo in discussione, posto che dall’enunciazione del principio della responsabilità penale non può certo ricavarsi che l’ordinamento giuridico, in particolare quello penalistico, avrebbe dovuto orientarsi in senso confessionale, prevalgono su ragioni etiche che avrebbero dovuto essere ampiamente condivise e acquisite, prescindendo da considerazioni di carattere religioso. Tanto più se si considera che in quegli anni i regimi fascista e, soprattutto, nazista, avevano fatto scempio di quei principi di giustizia che, pur di ascendenza cristiana, erano da secoli considerati patrimonio della tradizione giuridica occidentale.

Appare allora sconcertante che una previsione che mira ad evitare che possano ripetersi questi scempi sia oggetto di una discussione nella quale si ritiene utile non prevederla. Altrettanto sconcertante è la considerazione di chi, come l’on. Cevolotto, ritiene che essa contrasterebbe, oltre che con la responsabilità penale delle persone giuridiche, allora discussa, anche con quella per fatto altrui, che iniziava a farsi strada anche in

diritto penale, soprattutto in materia contravvenzionale.<sup>194</sup> Da parte sua pare normale che in diritto penale possa parlarsi di responsabilità per fatto altrui, al punto da ritenere di non doverla vietare con una previsione costituzionale.

A difendere tale formula di indiscusso valore non solo garantistico - sarebbe riduttivo considerarla tale - ma costitutivo, perché con essa si vuole un diritto penale del fatto colpevole, in base al quale si risponde con una sanzione che è misura della colpevolezza e dunque della partecipazione morale e materiale del reo alla commissione del fatto tipico, è Aldo Moro, insieme agli altri componenti cattolici della Sottocommissione, incluso il presidente Tupini.

Moro, anzitutto, propone l'emendamento con cui si aggiunge l'aggettivo "penale", così da circoscrive la previsione all'ambito che le è proprio, quello del diritto penale, ove si impone l'esigenza dell'imputazione soggettiva per motivi giuridici ed etici. Perché la punizione, che è afflizione e dunque privazione di diritti fondamentali come la libertà personale, non può essere scollegata da un giudizio di riprovevolezza, il quale non può non avere base etica. Egli esclude che il principio della responsabilità personale non appartenga al diritto moderno e sia da considerarsi confinato nell'esclusivo ambito canonistico, ma è essenziale per un diritto penale della libertà. Esso – sostiene – *“è affermazione di libertà e di civiltà. Si risponde per fatto proprio e si risponde attraverso ogni partecipazione personale al fatto proprio. Questo è il principio del diritto moderno, che trova la sua espressione nel principio della consapevolezza che deve accompagnare quello che si chiama il fatto materiale. Parlare di responsabilità personale significa richiamarsi ad un principio che domina nell'odierno pensiero della scienza giuridica”*.<sup>195</sup>

---

<sup>194</sup> Ibidem, p. 372. Non sappiamo a quali fattispecie contravvenzionali si riferisse l'on. Cevolotto che, fra l'altro, era un giurista. Ma osserviamo che neanche negli ordinamenti totalitari, nazista e comunista, era in via generale prevista una forma di responsabilità penale per fatto altrui. Vero è che, soprattutto rispetto ai reati politici o contro lo stato, i regimi tendevano ad incriminare soggetti affini al responsabile (familiari, amici, compagni di partito o del sodalizio "sovversivo"), ma contestando loro forme di partecipazione o di favoreggiamento. Quanto alle rappresaglie, che soprattutto sono avvenute in tempo di guerra, potremmo candidamente dire che con esse, il diritto, nulla aveva a che fare, e che in quei frangenti, purtroppo, le questioni giuridiche sul titolo di imputazione non erano certo oggetto di valutazione da parte di chi dava l'ordine di eseguirle.

<sup>195</sup> Ibidem.

Alessandri coglie l'importanza dell'intervento di Moro, che *“oltre a rappresentare un innalzamento del livello del dibattito, aprono una prospettiva di evidente interesse. Nell'esplicitare la portata del principio, il carattere personale della responsabilità colto in un criterio di imputazione che, seppur generico in senso tecnico (<consapevolezza>), certo allude ad un rapporto ulteriore e più ricco rispetto al mero*

Moro evita accuratamente ogni riferimento spiritualistico per evitare, evidentemente, di animare un'opposizione preconcepita ad esso da parte di chi, travisando, riteneva di salvaguardare l'idea illuministica di un diritto penale laico respingendo l'idea stessa della responsabilità, perché evocativa della colpa, dunque del peccato. Ma parlare di colpa (morale) non significa parlare certo di peccato. Un diritto penale orientato al bene, cioè ai valori, non è un diritto penale confessionale, a cui né Moro, né Bettiol, né gli altri membri dell'Assemblea di formazione cattolica aspiravano minimamente. Lo dimostrano i loro interventi, tutti tesi ad ancorare il diritto penale a principi volti a tutelare i diritti individuali e la persona umana.<sup>196</sup> Lo stesso presidente Tupini, nel proporre l'espunzione dell'ultimo capoverso, ove si vietano le pene collettive, qualora venga approvato l'emendamento di Moro, dal momento che diverrebbe superfluo, invita la commissione a considerare la formula in questione alla stregua dell'attuale momento politico, e del recente passato.<sup>197</sup>

---

*legame oggettivo col fatto materiale: un quid pluris ch non può che collocarsi sul piano dell'attribuibilità soggettiva.*"ALESSANDRI, op. cit., p. 7.

<sup>196</sup> Il cattolico Corsanego "osserva che i Relatori, evidentemente, hanno proposto la formula che la responsabilità deve essere personale, non perché ignorassero che il principio è ormai affermato da tanti secoli, ma perché purtroppo durante l'ultimo ventennio si è assistito ad una involuzione del diritto e si deve tornare alla sana tradizione. Proprio in questi tempi si sono viste delle persone pagare con la vita colpe che non avevano assolutamente commesso. Si deve impedire che domani un legislatore possa arrivare agli eccessi che si sono verificati in Germania ed anche in Italia." Ibidem, p. 373.

<sup>197</sup> "Tutti ricordano che in occasione di attentati alla vita di Mussolini si arrivava a perseguire i famigliari dell'attentatore o i componenti dei circoli politici a cui era affiliata la persona che consumava l'attentato. Tenendo conto anche del momento politico speciale, nel quale si vogliono affermare certi principî, è opportuno trarre tesoro dalla esperienza del passato." Ibidem, p. 373.

Alessandri coglie nella proposta soppressiva del presidente Tupini, che sarà accolta, la radice della lettura minimalista del principio della responsabilità penale personale, "valutato come affermazione di una ripulsa, etica prima che giuridica, degli esiti sanguinosi prodotti dall'imbarbarimento di una <sana tradizione> giuridica ad opera dei regimi totalitari, in specie italiano e tedesco. (...) Resta da vedere se tale caducazione, tecnicamente ragionevole, sia da intendere come segno di una integrale – e quindi inutile – sovrapposizione, o di un assorbimento in un principio di più ampio respiro." L'autore solleva il dubbio che tale scelta sia rivelatrice del significato minimale che i costituenti intendevano dare alla formula sulla responsabilità, ovvero quello di evitare l'abominio di far pagare a qualcuno le colpe di altri, come nel caso delle pene collettive. Ma tale interpretazione vuol provare troppo. Non sappiamo il motivo per cui i relatori avevano ommesso di specificare che la responsabilità cui essi intendevano riferirsi era soltanto quella penale. Dal dibattito, che pure ci è tramandato in versione sommaria, non si evince se si tratti di una scelta o di una banale dimenticanza. Ma crediamo si possa evincere con una certa sicurezza che non fosse intenzione né dei relatori, né dei commissari, riferirsi ad altre forme di responsabilità, anche perché, quando l'on. Mastojanni fa presente il contrasto con le norme civilistiche che prevedono la responsabilità per fatto altrui, e l'on. Moro, in risposta, propone l'emendamento specificativo, nessuno vi si oppone. A ben vedere, il divieto di pene collettive rappresentava comunque un'inutile ripetizione, seppure volta a ribadirlo e specificarlo, del precetto ricavabile dal sintagma "La responsabilità è personale", perché nella sua genericità esso era idoneo comunque ad escludere dall'ordinamento pene per fatti altrui. Dalla circostanza che sia emersa l'idea di eliminarlo dopo la proposta emendativa di Moro non crediamo si possa ricavare quel significato minimalista di cui si è detto. Le argomentazioni addotte dai commissari cattolici per avallare la scelta di inserire in costituzione una norma sulla responsabilità,

Richiamando la consapevolezza che deve accompagnare il fatto materiale Moro considera il principio espressivo della necessità che il fatto sia commesso con un coefficiente psicologico, e che quindi sia imputabile al soggetto agente non solo perché proprio e non altrui, ma perché compiuto con volontà o con colpa.

Da parte dei commissari che esprimono riserve sulla sua menzione emerge chiaramente l'interpretazione "minimalista", che vuole che il principio escluda solamente l'imputazione del fatto altrui. Ciò vuol dire rispondere – come egli afferma - attraverso ogni partecipazione personale al fatto proprio.

La formula, come proposta da Moro, verrà comunque approvata.

Il prosieguo della discussione vede la Sottocommissione affrontare l'ultimo capoverso dell'art. 5, contenente la proposizione sul fine rieducativo della pena: *"Le sanzioni penali devono tendere alla rieducazione del reo."*

Con un certo stupore, leggendo il resoconto sommario, si evince che l'esame di essa è assai breve e non verte minimamente né sul senso, né sull'opportunità di una tale previsione. Si sarebbe potuto pensare, a ragione, che da parte dei commissari di area cattolica e conservatrice potessero sollevarsi riserve su una norma che rischiava di far prendere posizione alla Costituzione su un tema tanto sensibile quanto insidioso per le implicazioni filosofiche e ideologiche che importa, quello sulla funzione della pena. Tanto più sorprende questo esame rapido e superficiale se si considera che in sede plenaria, al contrario, la norma ha fatto discutere ed è stata oggetto di numerosi tentativi di modifica, per mezzo, fra l'altro, di emendamenti di segno anche opposto, che hanno reso il dibattito articolato e adeguatamente approfondito all'importanza della previsione.

Qui l'unico motivo di discussione è quello sollevato dall'on. Marchesi circa l'uso del sostantivo "reo", da lui ritenuto meno univoco e appropriato del termine "condannato",

---

richiamandosi ai tragici e recentissimi (allora) fatti nei quali i familiari degli avversari politici seguivano le stesse sorti punitive di questi ultimi, non sono di per se rivelatrici di un modo di concepire tale norma solamente come divieto di punire per fatti cagionati da altri. L'argomento principe, a sostegno di essa, rimane quello esplicito con efficace sintesi da Aldo Moro, parlando della necessità che la pena consegua alla commissione di un fatto consapevole. Questa è la motivazione giuridico-morale su cui viene basata, soprattutto dall'ala cattolica della commissione, la formula sulla responsabilità. Gli altri sono argomenti a sfondo etico e politico che si aggiungono ad essa e che si giustificano per il particolare momento storico in cui viene scritta la Costituzione repubblicana. Che poi vi fossero commissari che comunque intendessero il principio in senso minimalista questo è certo, come abbiamo evidenziato sopra commentando la discussione iniziale sulla norma in questione.

che risulterà preferito dalla Sottocommissione, approvandone la sostituzione. Moro, nel difendere l'originaria previsione, anche rispetto alla proposta di usare il sostantivo "colpevole", osserva che *"colpevole s' intende colui che è riconosciuto come tale e che ha partecipato personalmente al reato (la partecipazione spirituale in senso tecnico si chiama anche colpevolezza). Questo sarebbe il lato soggettivo del reato. Quando si dice <reo> invece si ha riguardo sia al lato soggettivo che a quello oggettivo"*.<sup>198</sup>

Merita attenzione l'espressione "partecipazione spirituale" quale sinonimo di colpevolezza, così da intendere l'elemento soggettivo del reato non solo come coefficiente psicologico di legame del fatto causalmente cagionato al suo autore, ma come fatto alla cui realizzazione l'agente ha moralmente partecipato. Di qui la riconduzione della colpevolezza al concetto etico di colpa.

La norma, così come modificata, viene approvata quasi all'unanimità, senza alcun'altra proposta modificativa o soppressiva.

La discussione prosegue sulla proposizione inerente alla pena di morte: *"La pena di morte non è ammessa se non nei Codici penali militari di guerra"*.

Come è facile immaginare la discussione ha riguardato la soppressione della norma in parola, dato il rifiuto unanime della Sottocommissione della pena capitale in generale, mentre dei distinguo (per esempio, fra gli altri, Togliatti) emergono sull'opportunità di mantenerla nei codici militari di guerra, per ragioni di necessità.

Lo stesso relatore La Pira era contrario a sottoporre tale previsione alla Sottocommissione. Ne viene proposta la soppressione, ma senza successo, da parte di alcuni commissari.

Di particolare significato è la posizione del socialista Lombardi Giovanni, che pur dichiarandosi contrario in linea di massima alla pena di morte, ritiene vada prevista *"solo per quei delinquenti tipici, non costituzionali ma atavici, la cui esistenza è un'offesa al genere umano."*<sup>199</sup> Affermazione che, fortunatamente, non trova seguito fra i sottocommissari, ma che è indicativa di una visione utilitaristica della pena, compresa quella di morte, largamente presente nell'Assemblea Costituente, come dimostrato dalla prevalente volontà di mantenerla in vigore nei codici penali militari, per l'irrinunciabile funzione deterrente da essa assolta in tempo di guerra. Visione che trova ancora più

---

<sup>198</sup> Ibidem, p. 376.

<sup>199</sup> Ibidem, p. 377.



limpida conferma nelle proposte emendative volte ad assegnare alla pena il solo scopo curativo ed educativo, che verranno presentate in sede plenaria.<sup>200</sup>

La discussione sulla previsione che vieta pene crudeli vede distinguersi due posizioni: quella di chi, come l'on. Lombardi Giovanni, la considera superflua, dal momento che *“la pena è per se stessa un male necessario e crudele”*, e quella di coloro, come il relatore Basso e Aldo Moro, la difendono, pur con differenti argomenti.

L'on. Basso ritiene che il divieto di pene crudeli rientri nel più generale principio rieducativo della pena. Interpretazione, questa, assai discutibile, posto che la crudeltà delle pene non ha nulla a che vedere con la loro funzione. O meglio, l'aspetto esteriore della pena, consistente nelle modalità con cui viene eseguita e produce sofferenza in colui al quale è rivolta, è del tutto indipendente con l'essenza della stessa, che secondo la concezione retributiva consiste nell'espiazione per il male commesso, secondo quella general-preventiva nella deterrenza, per quella special-preventiva nella rieducazione.

La crudeltà della pena attiene alla forma di essa, non alla sostanza, tant'è che può essere crudele tanto una misura puramente riabilitativa di tipo coercitivo e detentivo, come prefigurata dal positivismo criminologico, quanto una pena concepita come pura espiazione. E' un errore logico quello che porta a collegare l'umanizzazione della pena con lo scopo rieducativo, perché umanità e rieducazione sono due concetti diversi, non sovrapponibili e non necessariamente complementari: il primo è un concetto spiritualistico, derivante dal personalismo, il secondo è un concetto a sfondo criminologico e sociologico. E' umana la pena che rispetta l'uomo in quanto uomo, la pena che non snatura il condannato privandolo della sua dignità di persona umana. Non la pena che rieduca, anche se si intende la rieducazione nell'accezione positiva del recupero sociale del reo, e non nel senso positivistico, che ne comporta l'esclusione dal consorzio sociale, fin tanto che perdura lo stato di pericolosità.

L'interpretazione del relatore Basso anticipa quella che dominerà nella dottrina special-prevenzionista del dopoguerra e di oggi, ed è volta a valorizzare oltre modo lo scopo rieducativo, attribuendo ad esso meriti che non ha, quale quello di aver reso il sistema sanzionatorio più civile ed umano. Il risultato è stato quello di elevare la rieducazione a

---

<sup>200</sup> Emblematico è l'emendamento, proposto dall'on. Persico, che così recita: *“Le sanzioni penali hanno soltanto scopo curativo ed educativo, secondo i casi e le necessità, e devono essere a tempo indeterminato.”* Ce ne occuperemo più avanti.

principio di civiltà talmente inossidabile e irrinunciabile da non poter essere minimamente discusso.

La sua mitizzazione è dovuta al fatto che ad esso è stato attribuito il merito di avere, da un lato, dato un senso al *perché della pena*, in ragione del rifiuto ideologico dell'idea dell'espiazione; dall'altro per avere orientato la concreta attuazione della sanzione in senso meno afflittivo, a vantaggio della logica trattamentale. Con l'effetto di rendere la pena sempre più flessibile e individualizzata, nonché inapplicata, in tutto o in parte, qualora si ritenga che la sua integrale esecuzione sia di ostacolo alla rieducazione e al recupero sociale del reo, secondo una logica di puro utilitarismo.

Ma la logica utilitarista ha solo in parte favorito l'umanizzazione delle pene, perché, come si evince dalle parole di Beccaria e di Bentham, la pena non deve generare sul condannato una sofferenza superiore a quella necessaria allo scopo per cui essa è applicata: la pena che consista in un'afflizione eccessiva rispetto all'utilità che ne deve conseguire, consistente nella protezione degli individui e dello stato e nella conservazione della società, è una pena inutile, quindi ingiusta. E' ingiusta perché inutile, non perché inumana. Così si spiega l'accettazione in Beccaria della pena di morte: fin tanto che è necessaria per la pace sociale va prevista e applicata, prescindendo da qualsiasi valutazione circa la sua conformità alla dignità umana o circa il diritto dello stato di privare l'individuo del suo primo diritto, quello alla vita.

E' altrettanto errato ritenere che sia da ascrivere all'idea rieducativa il superamento della pena di morte, in base alla sola considerazione che lo scopo rieducativo implica necessariamente il recupero sociale del condannato. Il soggetto irrecuperabile, perché impermeabile ad un lungo e infruttifero trattamento, che abbia commesso efferati e gravi delitti e che sia ancora, pertanto, un pericolo per la società, dovrebbe essere definitivamente escluso da essa, con la morte. L'alternativa sarebbe la detenzione a vita, ma poiché lo scopo della detenzione è la riabilitazione, se questa diviene impraticabile per le resistenze del reo, perde di utilità, quindi di senso, la misura di sicurezza illimitata; risulta allora più utile la pena capitale, che elimina alla radice il pericolo che l'esistenza in vita del deviante rappresenta per la propria comunità di appartenenza.

L'affermazione di cui sopra è esemplificativa di questo pensiero: la pena di morte è accettabile se serve ad eliminare dalla società delinquenti atavici, quindi irrecuperabili; a tale giudizio a sfondo – direbbe Bettiol – naturalistico, si affianca quello etico, che fa

dire all'on. Lombardi Giovanni che delinquenti di questo tipo rappresentano un'offesa per l'umanità, come tali immeritevoli di continuare a far parte del consorzio umano.

E' quindi fallace l'argomentazione di chi sostiene che la pena di morte trovi solamente giustificazione in una prospettiva retributivistica. Questa non la esclude a priori, come non la escludono a priori le concezioni prevenzionistiche. Se la pena è il castigo per la colpa che il reo porta con se a seguito della colpevole realizzazione del fatto delittuoso, e per la gravità di quest'ultimo, e della conseguente colpa (morale, prima che giuridica) l'unica pena idonea a retribuirlo è la morte, che si impone, secondo lo schema kantiano, come imperativo categorico. Secondo la retribuzione morale, di matrice kantiana, la pena capitale trova fondamento in ragioni di giustizia, mentre secondo le tesi utilitaristiche, si giustifica per ragioni di opportunità.

Al di fuori delle considerazioni umanitarie, esterne al fondamento morale e giuridico della pretesa punitiva, che giustificano il rifiuto odierno della pena di morte in quasi tutte le società occidentali, il discrimine fra la teoria retributiva classica, che si sviluppa su basi morali, e le teorie preventive, che si sviluppano su basi utilitaristiche, rispetto alla giustificazione della pena capitale, è riconducibile alla risposta che si intende dare alla domanda sul *perché punire*. Si tratta allora di scegliere se sia preferibile una pena di morte per ragioni di giustizia o per ragioni di utilità. Se si accetta la legittimità morale della pena di morte basandola su considerazioni di giustizia, quindi etiche, essa acquisterà valore, e non potrà essere definita, come i detrattori della concezione retributiva sostengono, in un omicidio di stato.

L'omicidio è l'uccisione ingiusta di un uomo, priva di giustificazione morale e giuridica. Ma non sempre l'atto di uccidere non è giustificato, come nel caso della legittima difesa o dello stato di necessità. In entrambi i casi è considerato moralmente e giuridicamente giusto, perché giustificato, l'atto estremo di sopprimere una vita altrui, in ragione della (ritenuta) necessità per l'individuo di proteggere un diritto proprio o altrui. Se uccidere per difendersi, ovvero per garantirsi la possibilità di poter continuare ad esercitare un proprio diritto, minacciato da un'offesa altrui o da un pericolo esterno, è considerato lecito, occorre chiedersi per quale ragione non dovrebbe essere altrettanto lecito reagire all'ingiustizia dell'offesa alla vita, insita nell'atto omicidiario, con una pena che, a sua volta, elimini il diritto alla vita. Occorre cioè chiedersi se sia maggiormente giustificabile la privazione del diritto alla vita sottoforma di reazione

difensiva all'offesa piuttosto che come reazione volta a far espiare al reo la propria colpa.

Reazione, quest'ultima, che richiama inesorabilmente l'idea della vendetta, concetto tutt'altro che univoco, dal momento che la vendetta può consistere in una reazione del tutto smisurata, perché scollegata dal criterio commutativo, su cui la sanzione retributiva si fonda. Ma non è escluso che essa consista in una reazione commisurata alla gravità del male subito, e che colui che la compie sia mosso dall'intento di ristabilire l'equilibrio relazionale rotto dall'atto offensivo. E' quindi discutibile, sul piano astratto, che chi uccide per vendicare chi è stato a sua volta ucciso, commetta a sua volta un omicidio, ovvero un atto altrettanto privo di giustificazione morale e giuridica.

Se la vendetta consiste in una reazione proporzionata all'offesa si realizza una condizione di equilibrio simile a quella da cui sorge la legittima difesa. La difesa è legittima, infatti, quando è proporzionata all'offesa, e il giudizio di proporzione attiene ai beni giuridici in gioco, non alle modalità concrete con cui l'offesa e la difesa sono espletate. A dimostrazione di quanto la proporzione, nella legittima difesa, sia un criterio valoriale che concorre a determinare, insieme alla necessità di difendere un proprio o altrui diritto, la liceità del fatto e non solo a limitare la reazione difensiva. Se scopo dell'istituto fosse solo quello di permettere la difesa incondizionata del diritto la proporzione non avrebbe senso. Ciò che rende lecita, quindi giusta, la reazione difensiva è la sua proporzione rispetto all'offesa, di talché non può dirsi lecita l'uccisione di un uomo che avvenga per difendere un bene che non sia di pari valore, come per esempio il patrimonio. Si coglie pertanto quanto l'istituto in parola, anche se funzionale al diritto di autodifesa e al principio di non contraddizione, in base al quale non può essere punito colui che compie un fatto tipico nell'esercizio di un diritto, poggia su basi etiche e di giustizia. Altrettanto potrebbe dirsi della *vendetta retributiva*, cioè finalizzata a restituire all'autore dell'offesa un'offesa equivalente che, però, non consta in un atto ingiusto, assurgendo ad un meritato castigo, quindi a pena privata.

La Sottocommissione si occupa pure dell'ergastolo, anche se l'articolo sotto esame non ne fa cenno. Il dibattito viene introdotto dall'on. Togliatti in relazione al divieto di pena di morte, sostenendo che così come quest'ultima non è ammessa, altrettanto dovrebbe essere per l'ergastolo, in quanto entrambi sarebbero pene inumane.

Altri commissari, come l'on Mancini (PSI), sono dello stesso avviso, mentre alcuni, come il liberale Lucifero, non entra nel merito della legittimità della pena perpetua (pur dichiarandosi favorevole alla sua abolizione) osservando che, grazie ad istituti clemenziali come l'amnistia e la grazia, la pena è stata di fatto abrogata.

I deputati cattolici Merlin e Moro ne difendono il mantenimento per ragioni di politica criminale legate a considerazioni di natura essenzialmente prevenzionistica. Il presidente ritiene comunque che data l'importanza della questione e la necessità di ulteriori approfondimenti, la proposta di Togliatti debba essere rinviata ad altra più opportuna sede.

Pur trattandosi di un dibattito estremamente breve, come dimostrano le poche righe di resoconto sommario che ci sono pervenute, è possibile osservare come sul tema dell'abolizione dell'ergastolo si formino due schieramenti: quello cattolico, contrario, quello "laico", favorevole; quest'ultimo fra l'altro è estremamente variegato perché va dal comunista Togliatti al liberale monarchico Lucifero.

Tale confluenza così trasversale sulla proposta abrogativa si deve ad un comune giudizio sulla (ritenuta) inumanità della pena detentiva perpetua. Giudizio che non viene per niente approfondito e argomentato, ma dato per scontato. La superficialità dell'approccio non consente un approfondito esame dei commenti estesi su di esso. Tuttavia non possiamo non svolgere alcune brevi considerazioni sul tema.

Riteniamo errato considerare la pena dell'ergastolo una pena inumana, perché non può essere la perpetuità della detenzione il discrimine della conformità di quest'ultima alla dignità umana. O si ammette che la detenzione, di per se, sia contraria al principio di umanità, che sia eticamente inaccettabile che lo stato privi il reo della libertà personale per punirlo, di talché sarebbe inumana anche la detenzione di un giorno, oppure si deve ammettere la possibilità che la pena carceraria, essendo facilmente commisurabile alla gravità del reato attraverso la sua durata, possa protrarsi per tempi lunghissimi o per l'intera vita del condannato. A meno di non considerare, il cosiddetto "*diritto alla speranza*", spesso menzionato dalla dottrina special-prevenzionista, anche di orientamento cattolico, come un diritto poziore alla libertà personale; per cui il condannato a pena detentiva vanterebbe la legittima pretesa a sperare nella liberazione per potersi reinserire nel consorzio sociale.

Il “diritto alla speranza” sarebbe quindi funzionale al reinserimento sociale e al recupero del reo, cui la pena deve mirare a scapito dell’idea di giustizia (commutativa), che vuole che essa sia proporzionata alla gravità del reato. Secondo tale opzione interpretativa, oggi prevalente nella dottrina abolizionista, l’ergastolo sarebbe incostituzionale perché negherebbe la possibilità del reinserimento sociale, e contrasterebbe pertanto con la funzione rieducativa della pena, costituzionalmente prescritta. La sua incostituzionalità deriverebbe inoltre dal contrasto con il principio dell’umanità della pena, in ragione del fatto che negherebbe al reo ogni speranza di poter tornare libero. Ma tale diritto alla speranza, che non è chiaro da quale norma costituzionale sia ricavabile, se non da quella che assegna alla pena scopo rieducativo, in base a quale ordine etico può dirsi prevalente rispetto al principio di giustizia e al diritto alla libertà personale? Perché questo è l’esito a cui si giunge se si ritiene che la pena perpetua sia inumana in quanto non dà possibilità di recupero sociale del reo. Con il paradosso di considerare invece umana una pena detentiva di lunga durata, applicata a persona che, stante l’età anagrafica, vedrebbe comunque negarsi il (presunto) “diritto alla speranza”.

Ad essere coerenti, si dovrebbe sostenere che la pena carceraria è sempre inumana quando, di fatto, nega al condannato ogni possibilità che questa possa cessare prima che questi deceda. Allora dovremmo considerare incostituzionali le norme del codice penale laddove non prevedono che il giudice del giudizio prima, quello di sorveglianza poi, possano determinare la pena tenendo conto dell’età anagrafica del reo o delle sue condizioni di salute (si pensi al caso di chi sia affetto da malattia con diagnosi infausta, con una prospettiva di vita di pochi anni). E’ evidente l’insostenibilità di una tale disciplina per la violazione del principio di giustizia, che soccomberebbe rispetto all’esigenza di garantire al condannato una qualche possibilità di morire da uomo libero. Ma sarebbe insostenibile anche per l’evidente violazione del principio di uguaglianza, dal momento che la pena non sarebbe uguale per tutti, dipendendo la sua durata dall’età anagrafica del condannato.

L’esito di una ricostruzione dell’inumanità del carcere a vita basata sulla speranza del reinserimento porta quindi a queste palesi e macroscopiche aporie. Nonostante ciò in dottrina sono molti coloro che considerano la disciplina dell’ergastolo compatibile con la costituzione, solo perché prevede la possibilità che, in fase di esecuzione, il condannato possa beneficiare di una serie di “sconti” e di misure alternative che, di

fatto, hanno reso l'ergastolo una pena detentiva temporanea, peraltro di durata effettiva che spesso non oltrepassa i venti anni. Caso a parte è quello dell'ergastolo così detto "ostativo", della cui legittimità costituzionale molti infatti dubitano.

Noi riteniamo che sia inumana la pena non rispettosa della dignità dell'uomo. L'ergastolo consiste nella detenzione carceraria perpetua, se lo si ritiene inumano si deve ritenere altrettanto inumana la reclusione, anche se breve, perché il discrimine non può essere la sua durata. Sono le modalità concrete con cui la detenzione è scontata che possono renderla non rispettosa della dignità umana, come nel caso, purtroppo assai frequente, del sovraffollamento degli istituti di pena. La pena detentiva consiste nella privazione della libertà personale, ogni altra afflizione dovuta alle condizioni di vita interne alla struttura carceraria non è ammissibile perché si traduce in una ulteriore pena che il condannato non merita di subire. L'ordinamento deve fare in modo che siano garantite al recluso condizioni di vita civili all'interno del carcere, così che questi possa espiare la sua colpa senza subire sofferenze ulteriori e potendosi redimere.

Troviamo non giustificata l'affermazione dei costituenti secondo cui l'ergastolo sarebbe inumano quanto la pena di morte. Pena di morte e pena carceraria sono due pene differenti perché consistenti nella privazione di due distinti diritti fondamentali dell'uomo: la libertà personale e la vita. Consideriamo illogico porre sullo stesso piano l'ergastolo con la pena capitale, perché l'ergastolo non è privazione della vita e, quindi, soppressione fisica del reo; l'ergastolo non esclude la possibilità per il condannato di vivere la propria vita realizzandosi nei limiti concessi dalla detenzione, se questa non ostacola, oltre quanto necessario, le condizioni di sviluppo della personalità dedicandosi, ad esempio, ad attività di studio e di lavoro.

Secondo i detrattori della pena carceraria questa sarebbe totalizzante, perché coinvolgerebbe integralmente la persona nella sua individualità, fino a lederne l'integrità morale e la personalità.<sup>201</sup> Ciò in quanto la detenzione, in concreto, non toglie al reo la sola libertà personale, ma anche la possibilità di svolgere la propria personalità in ambito affettivo e lavorativo, di curare i propri interessi, ecc.

E' certamente vero che la pena carceraria, più di altre pene detentive come la detenzione domiciliare, stravolge la vita del condannato e non si esaurisce nella sola privazione della libertà personale. Questi però sono gli effetti imprescindibili del tipo di sanzione,

---

<sup>201</sup> Cfr. CECCHI Silvia, *Pena assoluta, giustizia relativa*, Liberlibri, Macerata.

non i suoi elementi costitutivi: privare qualcuno della libertà costringendolo a vivere nella cella di un carcere significa impedirgli di lavorare, di crescere i propri figli (facendo ricadere su di essi gli effetti della pena applicata), di fare liberamente sport e di realizzare i propri interessi. Ma è in una certa misura imprescindibile, a meno di non sostituire la reclusione con altri tipi di pena, cosa peraltro auspicabile per i fatti meno gravi, per i quali non sussistono ragioni di sicurezza tali da giustificare la sanzione custodiale.

L'art. 5, nel quale si concentrano le disposizioni degli attuali articoli 25 e 27, verrà licenziato dalla prima sottocommissione e successivamente rivisto dal comitato di redazione alla luce degli emendamenti di cui sopra, sarà scisso in due distinti articoli, come suggerito inizialmente dai relatori Basso e La Pira. Del resto il primo comma dell'art. 5, nel testo sottoposto dai relatori alla sottocommissione, a tenore del quale *“nessuno può essere sottoposto a processo né punito se non in virtù di una legge entrata in vigore anteriormente al fatto commesso”* conteneva un principio riguardante un tema, quello della irretroattività della legge penale, diverso da quello della responsabilità penale e della pena, che merita, per la sua importanza, di essere enucleato in un distinto articolo. Per altro tale comma verrà arricchito dal lavoro della sottocommissione e da quello successivo del comitato di redazione, venendo ad essere proposto, con altra numerazione (art. 19) alla Commissione dei 75, con il seguente testo:

*“Nessuno può essere distolto dal suo giudice naturale, preconstituito per legge; né può essere punito se non in virtù di una legge già in vigore prima del fatto commesso e con la pena in essa prevista, salvo che la legge posteriore sia più favorevole al reo”<sup>202</sup>.*

La restante parte dell'art. 5 diviene l'art. 20, che viene portato all'esame della Commissione con il seguente testo:

*“La responsabilità penale è personale. L'imputato non è considerato colpevole, fino alla condanna definitiva.*

---

<sup>202</sup>Atti dell'assemblea Costituente, resoconto sommario dell'adunanza plenaria della Commissione per la Costituzione del gennaio 1947, in *La Costituzione nei lavori Preparatori*, vol. VI, pp. 180, 181.

L'articolo viene immediatamente diviso in due commi dalla Commissione, così da assumere la stessa conformazione del vigente articolo 25. L'iniziativa emendativa è di Giovanni Leone, che spiega come i concetti ivi contenuti, di esiziale importanza viste le dolorose recenti esperienze, sono ben distinti.



*Le pene devono tendere alla rieducazione del condannato e non possono ricorrere a trattamenti crudeli e disumani.*

*Non è ammessa la pena di morte. Possono far eccezione soltanto i Codici militari di guerra”.*

Prima di addentrarci, seppur sommariamente, nel dibattito sviluppatosi in Commissione sulla norma in parola, preme precisare che nel testo licenziato dalla prima sottocommissione il principio della personalità della responsabilità penale si trovava già al primo comma. A chiedere che venisse anteposto ai principi sulla pena e collocato al primo comma era stato il deputato cattolico Amadei, a cui si era unito Aldo Moro, nella seduta del 10 dicembre 1946.

Non si tratta di una mera scelta stilistica, perché sancire per primo questo principio significa attribuirne maggior valore rispetto a quelli che seguono, così che lo scopo rieducativo sia interpretato in senso conforme al solco tracciato dal principio personalistico.

La discussione interna alla Commissione prende avvio da un emendamento dei deputati Terracini (PCI) e Nobile (...), su cui essa finirà per incentrarsi senza alcun esito concreto, posto che non sarà approvato.

E' un emendamento importante perché rivelativo di una accentuata visione utilitaristica in chiave special-preventiva della pena, che a dire il vero non trova, in seno alla commissione, l'opposizione che ci saremmo aspettati. Anzi, dal dibattito emerge quanto il tema della funzione della pena sia declinato essenzialmente in chiave preventiva, senza prendere in considerazione o ricordare, anche solo incidentalmente, la tesi retributiva. Neppure i deputati cattolici come Leone, che pure si fa promotore di una proposta emendativa in tema di umanità della pena, si oppongono in modo netto all'emendamento in questione, rifiutandone l'idea utilitaristica sottesa e resa palese dal testo: *“Le pene e la loro esecuzione non possono essere lesive della dignità umana. Esse devono avere come fine precipuo la rieducazione del condannato allo scopo di farne un elemento utile alla società.”*

Il primo periodo stempera quanto postulato dal secondo, impedendo che l'esecuzione della pena orientata al fine precipuo della rieducazione possa consistere in trattamenti degradanti e inumani; ciò dimostra quanto il personalismo cristiano abbia contagiato

anche le menti dei deputati comunisti, che pure propongono una concezione della pena che ricorda molto quella marxista.

Ma ciò che preoccupa è il doppio richiamo allo scopo, laddove si dice, con una formula letterale non impeccabile che finisce per essere tautologica, che la pena deve avere come *fine precipuo* la rieducazione del condannato, *allo scopo* di farne un *elemento utile* alla società.

La preoccupazione di ribadire il concetto della pena rieducativa, già espresso dal testo in esame, rafforzandolo con un ulteriore richiamo allo scopo di rendere il reo utile alla società palesa l'intento, da parte dell'ala marxista della Commissione, di inserire in Costituzione una nozione di pena ben determinata, senza che possano, in sede interpretativa, sorgere equivoci.

L'intento è rendere la pena una misura di profilassi sociale, volta non a retribuire per il male perpetrato, ma a rieducare il reo secondo i valori e gli interessi della società di cui fa parte, di cui lo stato è interprete e tutore. L'individuo è visto come parte di un tutto, cioè la società organizzata e identificata politicamente nello stato, a cui egli, vivendo in funzione di essa, deve assoggettarsi. Il passo per la sua strumentalizzazione è breve, perché è evidente che al fono di questa visione del magistero punitivo vi sia un'idea organicistica della società, nella quale l'individuo perde di valore ed è visto come mezzo e non come fine.

La tutela penalistica deve essere orientata verso la difesa sociale, funzionale alla preservazione della società e della sua proiezione giuridica, lo stato. Lo stato non è quell'ente che sorge attraverso il contratto sociale per tutelare gli individui secondo una visione solipsistica della società quale è quella liberale, ma si personifica rappresentando la società e i suoi interessi secondo una concezione organicistica, per cui l'individuo, secondo la metafora usata dai sociologi organicistici della prima metà del novecento come Comte e Spencer, è paragonabile alla minuscola porzione di tessuto di un organo umano: è l'organo che conta, che deve funzionare ed essere mantenuto in vita, non il tessuto, che è solo una sua infinitesima parte. Benché non esplicitata, riteniamo sia questa la premessa filosofica e antropologica da cui muovono i costituenti che propongono una così netta funzionalizzazione della pena verso l'utilità sociale.

Essa si colloca nel solco del positivismo criminologico, anche se lo contempera con il postulato giusfilosofico della personalità della responsabilità penale, da cui deriva il

necessario requisito della colpevolezza per la punibilità dell'azione. Non è contestata neanche la materialità del reato e quindi la necessità che l'azione si traduca in un fatto tipico, come invece avevano fatto i positivisti. Tuttavia, con la valorizzazione dello scopo rieducativo in chiave nettamente utilitaristica si cerca di inquinare ampiamente il diritto penale classico con le istanze positivistiche. E' evidente l'influenza della scuola positiva da un lato e della teoria dello scopo dall'altra, il cui principale teorico è, come noto, Von Liszt con il suo programma di Marburgo.

Posto che le pene e la loro esecuzione, come propongono gli stessi promotori dell'emendamento, non possono ledere la dignità umana, vien da chiedersi come si contemperi tale previsione, volta a rafforzare la tutela dei diritti umani di fronte alla pretesa punitiva dello stato, con lo scopo di rendere il reo un elemento utile alla società nell'ipotesi, tutt'altro che rara, che questi non accetti il trattamento rieducativo e si mostri impermeabile alla rieducazione. Qual è la conseguenza dell'indisponibilità del condannato a divenire un elemento utile per la società? Questa domanda i proponenti non se la pongono e non forniscono quindi neanche una risposta, limitandosi a proporre la formula senza spiegarne il senso e le ragioni.

Il dibattito sul punto è assai scarno, e vede contrapposti ai proponenti coloro che ritengono impropria una formula che evidenzia l'adesione della Costituzione ad una data teoria, dal momento che non spetta alla Carta optare per una specifica scuola di pensiero; si ritiene che il dibattito teorico sulla pena debba essere appannaggio degli studiosi, e non debba essere intrapreso in quella sede.

Di questo avviso il deputato Cevolotto: *“In seno alla prima Sottocommissione non si è voluto risolvere la questione della finalità della pena. La pena ha – secondo alcuni – un fine di intimidazione; secondo altri, deve avere soltanto il fine di prevenzione; secondo altri ancora, deve avere soltanto il fine della rieducazione del colpevole. Si è voluto evitare di accettare nella Costituzione una di queste teorie, trattandosi di materia di Codice penale. 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”*.

Da notare come tra i vari scopi che possono essere attribuiti alla pena non venga menzionato quello della retribuzione, benché secondo alcuni sia improprio parlare di

fine retributivo o di giustizia della pena, in quanto la pena intesa come retribuzione è, per definizione, una pena senza scopi, che si autogiustifica.<sup>203</sup>

Inoltre si distingue l'intimidazione dalla prevenzione, come se l'intimidazione non fosse una modalità con cui attuare la prevenzione, così come la rieducazione. Interessante la ricostruzione delle ragioni che hanno portato la sottocommissione all'uso del verbo <tendere>: come noto l'interpretazione oggi più accreditata è quella che spiega tale scelta in chiave garantista, in quanto la rieducazione deve essere attuata soltanto col consenso del condannato.

Dello stesso avviso l'on. Paolo Rossi, per il quale *“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 anni”*.

Lo scopo rieducativo è dato per scontato, ma pragmaticamente deve essere temperato con gli altri scopi della pena, in particolare la difesa sociale, che è il fine principale della pena; per questo è corretto l'uso del verbo “tendere”, che indica al legislatore di orientare, per quanto possibile, la sanzione verso la rieducazione del reo, fatta salva la difesa sociale. Anche qui si distingue lo scopo rieducativo da quello della difesa sociale, come se la rieducazione non fosse finalizzata a prevenire l'eventualità che il condannato torni a delinquere.

Interviene pure Aldo Moro, ma senza contestare la norma in parola, limitandosi a sostenere l'emendamento di Giovanni Leone sull'umanità delle pene.

Con riferimento al limite detentivo massimo di quindici anni, il proponente Terracini spiega che esso si giustifica in relazione al fine rieducativo, perché una pena eccessivamente lunga lo impedisce, producendo un *“abbruttimento progressivo. (...) Prolungata per tanto tempo, la pena detentiva porta a questo processo di deformazione”*.<sup>204</sup>

Risulta chiaro da questi interventi quanto la rieducazione sia concepita nel senso della *risocializzazione*, secondo la cosiddetta prevenzione speciale *oggettiva*, distinta dalla concezione positivista. Tuttavia rimane inspiegato il problema del rifiuto della rieducazione da parte del condannato.

---

<sup>203</sup>Così RONCO M., op. cit.

<sup>204</sup>*La Costituzione nei lavori Preparatori*, op. cit., p. 183.

Inoltre il tema della limitazione delle pene detentive non viene affrontato seriamente perché non viene spiegato dai proponenti come si concilia un limite così contenuto (quindici anni) con lo scopo della difesa sociale e con l'idea di giustizia. Di fronte a reati molto gravi, magari reiterati, come nel caso dei pluriomicidi, come si spiega una pena di soli quindici anni, che implicherebbe di ridurre, in proporzione, le pene per tutti i delitti meno gravi? Se è comprensibile e persino condivisibile la critica verso l'eccessivo rigore sanzionatorio del codice Rocco, non è fissando un limite massimo di pena, peraltro così contenuto, che si può risolvere il problema, essendo invece necessaria una integrale revisione dei limiti edittali di pena, tendenzialmente verso il basso<sup>205</sup>; con una accortezza però: quella di rivedere al contempo l'insieme dei cosiddetti benefici di legge, attraverso i quali la pena effettivamente scontata si riduce ad una frazione, spesso esigua, della pena inflitta.

Non è risolutivo neppure quanto propone lo stesso Terracini in alternativa al limite dei quindici anni, e cioè di commisurare il massimo di pena alle aspettative di vita, perché ciò implicherebbe che tale limite, anziché essere parametrato alla gravità del reo, dipenderebbe dall'età anagrafica del condannato, con evidente violazione del principio di uguaglianza e, financo, del principio di legalità e di certezza del diritto, perché verrebbe meno la prevedibilità della pena da parte dei consociati.

Di particolare interessa è il richiamo, fatto dall'on. Nobile, al codice sovietico, che fissa il limite massimo della pena detentiva in dieci anni.

Senza entrare nel merito del sistema sanzionatorio di quel codice, ci limitiamo ad una semplice e banale considerazione: il codice sovietico non è certo un codice a fondamento liberale, e non può essere preso ad esempio se non da chi non si riconosca in un diritto penale classico.

Si può comprendere ed apprezzare l'intento umanitario di chi voglia contenere le pene detentive e fissare un limite costituzionale a garanzia dell'individuo, ma la proposta di Terracini e Nobile non è mossa soltanto da intenti umanitari, ma da una ben specifica visione del diritto penale, secondo la quale la pena dovrebbe essere essenzialmente una

---

<sup>205</sup> Dell'avviso di rivedere le pene edittali per contenere l'eccesso rigoristico del codice sono diversi deputati, anche di parte conservatrice come l'on. Mastrojanni, che non esita a definire aberranti e crudeli i limiti di pena previsti dal codice, motivo per cui si dichiara favorevole a fissare un limite massimo alla pena detentiva. Ibidem, pp. 184, 185.

misura preventiva e risocializzante, finalizzata alla difesa sociale attraverso il recupero del reo.

Il contrasto non è tanto tra funzione rieducativa e difesa sociale, che sono le due facce della stessa medaglia, quella della prevenzione e dell'utilitarismo penale, quanto tra una concezione prevenzionale della pena e una retributiva. Se la pena ha da essere utile non ha da essere giusta, per questo perde ogni riferimento alla colpa e dunque alla gravità del reato. Conseguentemente, viene meno il nesso di proporzione, che non si impone più per senso di giustizia. Fissare un limite massimo di pena così basso come quello proposto in Commissione significa rinunciare, di fatto, al principio proporzionalistico, il quale, giova ricordare, era indicato nell'originaria bozza presentata alla sottocommissione dai relatori Basso e La Pira.

Moro, a proposito del tema in questione, osserva che la difesa sociale sia una delle finalità che il legislatore penale deve prendere in considerazione, ma non è esatto affermare che se si dà al legislatore la possibilità di prevedere sanzioni di lunga durata si finisce per attribuire alla pena solamente la funzione general-preventiva. *“Pur essendo sostenitore delle finalità emendative della pena, ritiene che la rieducazione del reo si compia attraverso la detenzione, in quanto attraverso la pena si realizza un emendamento della personalità umana.”* Si comprende come la rieducazione sia intesa da Moro in senso morale, esattamente come Bettiol, dal momento che l'emenda è riferita alla personalità del reo. Ovviamente è da escludere che Moro e Bettiol intendano una rieducazione che agisca forzosamente e forzatamente sulla sfera morale del condannato, perché ciò contrasterebbe con il personalismo cristiano da cui costoro muovono. La rieducazione deve fungere da stimolo al ravvedimento morale del reo, che non può certo essere imposto o indotto.

L'emendamento Terracini e Nobile non verrà approvato non tanto perché respinto nel merito, quanto perché la Commissione ritiene di dover rinviare l'argomento al sistema delle leggi penali, non rientrando nella materia costituzionale.<sup>206</sup>

---

<sup>206</sup> Con riferimento alla funzione emendativa della pena lo stesso Moro osserva che *“determinare fino a che punto la pena debba punire allo scopo di emendare è compito di dosaggio talmente delicato e legato ad un tale complesso di elementi, che si può dare soltanto una indicazione di massima, lasciando al legislatore di valutare il problema”*. Ibidem, p. 184.

### 3.3 Il contributo di Giuseppe Bettiol in Assemblea Costituente

Il contributo di maggiore valore di Bettiol in Assemblea Costituente è quello inerente al titolo della prima parte dedicato ai rapporti civili, del quale fa parte l'articolo di cui ci siamo occupati nel precedente paragrafo, che nella numerazione definitiva del testo assumerà il numero 27.

Costituzione, presentata all'assemblea dalla *Commissione dei 75*, è quello che tiene il 26 marzo 1947, e che si apre con una lunga e profonda digressione sull'importanza di sancire nella prima parte della Carta i diritti fondamentali, alla luce del recente passato nel quale i diritti dell'uomo sono stati calpestati nel nome di “*dèi falsi e bugiardi*”<sup>207</sup>. Egli coglie l'importanza del momento costituente, che vede per la prima volta il popolo italiano coinvolto democraticamente nel dare a se medesimo una Costituzione che è “*espressione di una profonda sanità morale*” e costituisce “*felice sintesi delle forze sociali e politiche operanti in questo momento nel nostro Paese*”<sup>208</sup>. Ricordando il costituzionalista austriaco Merkal, il quale definiva le costituzioni come l'espressione delle forze politiche dominanti in un dato momento storico, Bettiol osserva come ciò sia vero, dal momento che il metodo democratico che porta all'elaborazione delle costituzioni novecentesche comporta inesorabilmente che a dominare il processo costituente siano le forze politiche maggioritarie nel momento in cui esso prende inizio. Ma queste costituzioni sono democratiche proprio perché, “*pur essendo l'espressione di concezioni politiche dominanti, riconoscono e garantiscono i diritti politici delle minoranze*”<sup>209</sup>. Egli collega i diritti delle minoranze al carattere democratico delle costituzioni novecentesche, omettendo tuttavia di menzionare il contributo determinante del costituzionalismo del secolo XIX, al quale si devono i principi fondamentali della separazione e del bilanciamento dei poteri dello stato, e la tutela delle minoranze, che ne è un corollario. E' certamente vero che le costituzioni del secondo dopoguerra sono più sensibili al riconoscimento dei diritti che spettano alle minoranze, le quali, se non

---

<sup>207</sup> Atti dell'Assemblea Costituente, resoconto sommario dell'Assemblea, seduta del 26 marzo 1947, in *La Costituzione nei lavori Preparatori*, vol. VI, p. 670.

<sup>208</sup> Ibidem, p. 671.

<sup>209</sup> Ibidem.

trovassero protezione in costituzioni rigide, sarebbero alla mercé delle forze maggioritarie. Questo del resto era avvenuto in Italia con lo Statuto Albertino, che si era rivelato insufficiente a garantire i diritti individuali perché legge ordinaria, dunque facilmente superabile da una norma di pari rango, ma è pur vero che senza il liberalismo, a cui si deve la stagione delle prime costituzioni, la tutela delle minoranze non avrebbe mai visto la luce. Pur con tutti i limiti derivanti dall'essere quelle sette-ottocentesche costituzioni non legittimate da un voto a suffragio universale, concesse, quelle europee, dalle corone, esse costituiscono un primo e fondamentale strumento limitativo del potere politico, che non è diretta espressione del pensiero democratico. Quest'ultimo, al contrario, ha espanso il potere politico legittimandolo a diffondersi in ogni ambito della vita delle persone, esponendole al pericolo di un'eccessiva intrusione dello stato nelle loro vite. E' al giusnaturalismo liberale che si deve il concepimento dei diritti individuali come diritti innati, e al costituzionalismo, che ne rappresenta l'evoluzione in campo giuspubblicistico, l'idea che tali diritti, prepolitici e quindi non concessi dallo stato, siano da questo protetti e garantiti giuridicamente. La critica espressa di Bettiol alle costituzioni liberali ottocentesche, nel corso del suo intervento rispondendo ai colleghi Vittorio Emanuele Orlando e Condorelli, è solo in parte condivisibile. La critica alle costituzioni ottocentesche, permeate a suo dire dal veleno positivista e naturalista, ci pare fuori luogo, perché il retroterra di quelle costituzioni è giusnaturalista. Eccessiva è anche la considerazione che il loro spirito non fosse liberale, benché si dichiarassero tali. Una critica fondata al costituzionalismo è se mai quella che si appunta sull'eccessiva fiducia nello stato e nella legge (intesa come legislazione) per la protezione dei diritti individuali. Il liberalismo statualistico del XIX secolo, di matrice illuministica, ha offerto una soluzione rivoluzionaria alla necessità di superare l'assolutismo monarchico in favore dei diritti di libertà, una soluzione che si concretizza, in Europa, nei moti del 1848. Ma l'esito di tali moti rivoluzionari non sarà, purtroppo, la nascita di stati garanti dei diritti dell'uomo, perché il potere politico dei governi tenderà ben presto ad ampliarsi, e tale processo sarà accelerato, e non frenato, dal metodo democratico-rappresentativo quando, con l'introduzione del suffragio universale, inizieranno ad affermarsi i primi partiti di estrazione socialista e popolare, che favoriranno un allargamento della sfera di azione dei governi nelle società.



Coglie nel segno invece la risposta all'on Condorelli, per il quale i diritti evocati nel titolo primo del progetto non sarebbero diritti innati, bensì creati dallo stato. Ma erra, a nostro avviso, nel ricondurre questa affermazione al “*veleno positivistico, naturalistico, liberaleggiante, che ha permeato di sé l’opera costituzionalistica del secolo scorso*”.<sup>210</sup>

Il positivismo nel quale sfocia il liberalismo giuridico nel corso dell’ottocento è senza dubbio criticabile nella misura in cui finisce per negare, implicitamente, i presupposti giusnaturalistici su cui esso è sorto e sono sorte le costituzioni liberali, ma tale approdo è dovuto all’errore di fondo di credere che le costituzioni flessibili potessero fungere realmente da schermo per la limitazione del potere politico, nonché dall’eccessiva valorizzazione della legge come fonte del diritto che salvaguardare i diritti in modo egualitario.<sup>211</sup>

La difesa dell’impianto giusnaturalistico dei primi articoli del progetto da parte del Maestro è netta, come quella di Aldo Moro, del quale condivide il pensiero circa le origini storico-politiche della Carta, che affondano nell’antifascismo. Ogni vera Costituzione – afferma – è di per se antifascista, perché intrinsecamente antitotalitaria. Salvo ammettere, però, che i regimi totalitari si fondano su delle costituzioni, anche se si tratta di costituzioni che enucleano dei diritti di libertà attribuiti agli individui da parte dello stato, che ne è l’unica fonte. Con ciò Bettiol vuol sostenere che quando si parla di costituzioni si deve intendere degli atti che riconoscono i diritti individuali come diritti innati, e ne sanciscono l’invulnerabilità da parte delle stesse istituzioni statali, concepite per esserne il garante e non gli enti da cui essi promanano. Le costituzioni che non prevedono questo ma che, al contrario, elevano lo stato ad unica e primaria fonte del diritto, dotato di una sua personalità e di una sua spiritualità, concepiscono l’individuo come parte di un tutto, la nazione, in funzione del quale egli vive e agisce. Costituzioni animate da statolatria, che quindi concepiscono l’individuo come mezzo per il raggiungimento dei superiori fini della nazione. Ne consegue che non ci sono diritti che

---

<sup>210</sup> Ibidem, p. 672.

<sup>211</sup> In Inghilterra, dove i principi liberali si erano gradualmente affermati nel corso della storia, a partire dalla Magna Charta, le istituzioni politiche si sono evolute nel solco della tradizione, senza rotture rivoluzionarie che finissero per affidare al parlamento, che pure aveva un ruolo essenziale nel compensare il potere della corona e del suo governo, il ruolo di solo e supremo garante dei diritti tramite la legge, come era avvenuto nel continente europeo. Questo svolgeva il compito di rappresentare la nobiltà e la borghesia inglese e di impedire che il re potesse abusare delle proprie prerogative in danno dei loro diritti, ma concorreva alla loro tutela un diritto che non era solo legislazione, ma anche, se non soprattutto, diritto pretorio.

scaturiscono dall'essenza umana dell'individuo, che gli appartengono in quanto appartenente al genere umano, ma diritti concessi se ritenuti funzionali alla nazione e allo stato, nella quale essa, come lo stesso individuo, si annulla e si identifica.

Secondo Bettiol i diritti di libertà previsti nel titolo sui rapporti civili sono stati concepiti come diritti innati, quindi riconosciuti dalla nascente repubblica. Lettura questa che porta dunque ad annoverare fra i diritti inviolabili, non solo i diritti umani evocati dall'art. 2 Cost., ma anche i diritti di libertà, in linea con il pensiero liberale classico. Sono diritti naturali quindi, sanciti da articoli scritti col sangue del popolo italiano lungo un percorso che parte dalla lotta *“contro ogni forma di statolatria che vorrebbe strangolare i diritti innati di libertà”*<sup>212</sup>.

In polemica con quanti ritengono la figura dei diritti naturali sia superata in quanto non può aversi diritto che non sia concesso dallo stato e quindi previsto dal diritto positivo, Bettiol ne rivendica l'attualità e la necessità per evitare che possano ripetersi i sanguinosi fatti che hanno visto negare la dignità di persona umana a milioni di perseguitati dai regimi fascista e nazista. Sono diritti che traggono origine dal valore della personalità umana, che ciascuno porta con se *“dalla nascita alla bara, dei diritti che non possono assolutamente essere calpestati dal potere statale”*<sup>213</sup>.

Di tali diritti egli ha una concezione giusnaturalistica che, diversamente dalla tradizione liberale, si fonda non sull'individualismo ma sul personalismo. Si tratta comunque di diritti individuali, ma cambia la fonte da cui promanano: non dall'individuo in quanto tale, come nell'individualismo, ma dall'individuo quanto persona. E' dalla natura umana che derivano questi diritti. Le libertà fondamentali postulate dalla Carta costituzionale sono quindi libertà che l'individuo ha in quanto uomo. Poiché sono diritti naturali che devono essere giuridicamente sanzionati, è necessaria la loro piena presenza in Costituzione, per questo Bettiol è contrario alla proposta, discussa dall'Assemblea, di predisporre un preambolo alla Costituzione nel quale inserirli.<sup>214</sup> Libertà che non devono

---

<sup>212</sup> Ibidem, p. 671.

<sup>213</sup> Ibidem.

<sup>214</sup> *“Le disposizioni del titolo primo della parte prima di questo progetto di Costituzione rappresentano indubbiamente una garanzia fondamentale di libertà per l'individuo, la quale si inquadra in quella concezione non già individualistica, ma profondamente umana, che sta alla radice di tutto il progetto costituzionale. E come tali (...) queste disposizioni non possono, a mio avviso, nemmeno in parte essere relegate in un fantomatico preambolo col quale dovrebbe aprirsi la nostra Costituzione, perché, a tal proposito, parlando delle libertà fondamentali del cittadino bisogna che siano specificatamente determinati questi diritti di libertà che spettano all'uomo prima e al cittadino poi. Relegare questi*

essere semplicemente enunciate in forma di generici principi, ma la cui disciplina deve essere specificata e dettagliata, entro i limiti consentiti, ovviamente, da un testo costituzionale. La sua preoccupazione è che questi diritti, se non vengono adeguatamente normati in Costituzione, non siano sufficientemente garantiti, come è accaduto durante il fascismo.

Di fronte a chi, in Assemblea Costituente, sostiene la opportunità che i diritti di libertà vengano contemplati dalla Carta, perché non essendo essi frutto della nostra tradizione giuridica non sono immanenti all'ordinamento e devono pertanto essere previsti e disciplinati, il Maestro Patavino ribatte che ciò non è vero, poiché tali diritti sono comparsi in Italia ben prima dell'illuminismo, ovvero al tempo dei liberi comuni, prima che comparissero le signorie, i principati e infine gli stati assoluti. L'Italia ha, quindi, una sua secolare tradizione in materia, anche se è stata per lungo tempo interrotta e va ora recuperata *“perché la prima Costituzione del libero popolo italiano deve idealmente ricongiungersi alla prima costruzione dei liberi comuni italiani”*<sup>215</sup>.

Bettiol tiene a precisare che i diritti civili sono diritti concreti, perché azionabili. Non sono quindi mere astrazioni prive di utilità concrete; non sono il frutto di esigenze logico-deduttive, ma di esigenze logiche concrete, e sono teleologicamente orientati a rendere la libertà di ciascun individuo compatibile con quella degli altri.

Veniamo adesso ai temi penalistici nell'ordine in cui egli li affronta nel corso del suo lungo intervento, a partire dal problema del bene giuridico, a cui fa cenno a proposito della libertà di culto e del vilipendio della religione cattolica. La libertà di coscienza e di culto – afferma – è la prima libertà, sancita nell'art. 14 del progetto, che non contrasta, con gli artt. 405, 406 e 407 del codice penale, come sostenuto da alcuni deputati. Per costoro queste norme, nel tutelare con pene più severe il vilipendio della religione cattolica, contrasterebbero col principio di uguaglianza, che esclude discriminazioni legate al culto. Bettiol giustifica il differente trattamento sanzionatorio, che ritiene non contrastante con tale principio, in base alla considerazione che il vilipendio della religione più diffusa e radicata nella società italiana (la religione dei padri, da trasmettere ai figli), per la quale il progetto prevede – tra l'altro - una specifica norma

---

*principi, o parte di questi principi, in un preambolo vorrebbe dire togliere quel carattere di certezza giuridica che questi principi giuridici costituzionali che vengono a garantire le libertà fondamentali dei cittadini, dato che i preamboli delle Costituzioni hanno il puro scopo di inquadrare storicamente le Costituzioni, ma non hanno già un chiaro, decisivo, espresso valore giuridico.”* Ibidem, p. 672.

<sup>215</sup> Ibidem.

costituzionale che ne regola i rapporti con lo stato, così distinguendola dalle altre confessioni, è produttivo di un danno sociale maggiore. Il danno o il pericolo sociale sono il criterio con il quale nel diritto penale si misura, in termini quantitativi, il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice: *“il problema del bene giuridico nell’ambito della nozione del reato è un problema che è stato sempre risolto e che va risolto in base a criterio quantitativo, perché il criterio del danno sociale, del pericolo sociale è un criterio puramente quantitativo”*<sup>216</sup>. L’equivalenza così operata tra bene giuridico e danno o pericolo sociale porta a considerare, però, il bene giuridico un concetto legato alle contingenze storico-sociali, con l’effetto che la lesività di un dato fatto è fatta derivare dalla percezione sociale della sua dannosità. Ciò lo rende soggetto a valutazioni di politica criminale latamente discrezionali, necessarie in quanto il parlamento, espressivo delle diverse sensibilità presenti nella società, è certamente il migliore interprete di esse, e il luogo migliore ove operare un giudizio valoriale del fatto delittuoso in relazione alla scala gerarchica di valori che la Costituzione cerca di esprimere. E’ noto infatti che con l’avvento della Carta repubblicana la dottrina ha interpretato la nozione di bene giuridico in relazione ai valori espressi da essa, al fine di limitare l’area del penalmente rilevante ai fatti lesivi di interessi di rango costituzionale o comunque connessi ad interessi primari. Si è quindi cercato di ancorare la politica criminale ad una scala valoriale nella quale i beni giuridici direttamente o indirettamente enucleati nella Costituzione fossero posti al vertice della medesima, al fine di rispettare un certo ordine valoriale che costituisse una sorta di guida per il legislatore. E’ evidente infatti che lasciare libero quest’ultimo di prevedere tutte le fattispecie penali che più ritiene utili alla società in un dato momento, significa esporsi ad una deriva pan penalistica, quale quella che poi si è puntualmente verificata, anche nel nostro paese. Deriva che non si è avuta solamente durante il regime fascista, come è normale che sia, visto che i regimi autoritari si servono ampiamente del diritto penale per tenere la società sotto controllo e difendere loro stessi, ma anche nel dopoguerra, a costituzione vigente.<sup>217</sup> A dimostrazione di quanto si sia rivelato velleitario l’intento di limitare l’area dei fatti illeciti di rilevanza penale per mezzo della Carta. Se la nozione di bene

---

<sup>216</sup> Ibidem, p. 673.

<sup>217</sup> Come noto, la stagione delle depenalizzazioni prenderà avvio tardivamente, con la nota legge n° 689/1981, proseguendo fino ai giorni nostri con provvedimenti che, a differenza di questa, avranno carattere disomogeneo e frammentario, senza alcuna visione d’insieme che richiederebbe una riforma generale del sistema penale, a partire dal codice.

giuridico, in un regime democratico-rappresentativo quale è quello disegnato dalla Costituzione repubblicana, non può non essere determinata anche per mezzo di valutazioni politiche, per loro natura contingenti e legate al normale succedersi di maggioranze parlamentari diverse, è necessario tuttavia che concorra a determinarla una scala valoriale di natura prettamente etica, a meno di non volere un diritto penale piegato alle sole esigenze di controllo sociale. Ma poiché crediamo, come il Maestro patavino, che il diritto penale sia immerso nei valori, occorre che essi siano anteposti alle valutazioni di opportunità politica, che spesso si traducono, come dimostrano certe riforme penali degli ultimi anni, in cosiddette “norme-manifesto”, volte a reprimere con pene severissime, fatti di cosiddetto allarma sociale, ma che non così gravi, dal punto di vista del bene leso, da giustificare tali pene. Questo avviene quando la gravità di un fatto è legata alla percezione del pericolo, o a valutazioni extravaloriali.

Torniamo alle fattispecie di vilipendio citate da Bettiol a proposito del bene giuridico.

E' indubbio che il danno sociale provocato da un fatto commesso contro la religione cattolica è maggiore di quello provocato contro una confessione religiosa minoritaria, per la banale considerazione che il primo colpisce la sensibilità di decine di milioni di persone, il secondo, magari, quella di poche migliaia. Ma se per bene giuridico intendiamo non solo il danno sociale conseguente alla commissione del fatto tipico, ma anche, se non soprattutto, il valore da esso leso, per giustificare una pena più severa dovremmo considerare il credo religioso cattolico intrinsecamente superiore alle altre credenze, ma ciò è da escludere dal momento che la Costituzione postula la laicità dello stato, impedendo che lo stesso possa attribuire ad una certa fede religiosa un valore intrinseco superiore alle altre. Se il valore protetto dalle norme in questione è la sensibilità religiosa, questa va tutelata in quanto tale, prescindendo dalla confessione più diffusa nella società. Non esistendo più la religione di stato, ogni sensibilità religiosa merita la stessa protezione se si considera la libertà di culto la prima libertà.<sup>218</sup>

L'attenzione di Bettiol si sofferma sul principio di legalità, espresso nel progetto all'art. 20, a tenore del quale nessuno può essere punito se non in virtù di una legge in vigore prima del fatto commesso e con pena in essa prevista. Trattasi di un sommo principio di

---

<sup>218</sup> La Corte Costituzionale, con la sent. 9 luglio 2002 n° 327 ha dichiarato incostituzionale l'art. 405 “nella parte in cui, per i fatti di turbamento di funzioni religiose del culto cattolico, prevede pene più gravi, anziché le pene diminuite stabilite dall'articolo 406 del codice penale per gli stessi fatti commessi contro gli altri culti”.

civiltà giuridica, contenuto già nel codice penale, e mai messo in discussione durante il regime fascista, nonostante le critiche che venivano dai giuristi tedeschi della scuola di Kiel, che rimproveravano ai compilatori del nuovo codice di aver seguito un'impostazione troppo liberale. E' necessario – sostiene il Maestro – che esso sia sancito anche dalla Costituzione, sulla scorta di quanto già previsto in alcuni statuti del XII e XIII secolo. Escludendo la possibilità di interpretare analogicamente le norme penali di sfavore, esso consente di comprimere la libertà individuale soltanto nei casi espressamente e tassativamente previsti dalla legge. Tiene a ricordare che i giuristi italiani, a differenza di altri giuristi europei, non ne hanno mai chiesto l'abrogazione, *“la quale avrebbe la conseguenza che tutte le volte che un individuo è nocivo alla categoria può essere punito o eliminato, anche se una espressa disposizione di legge non disciplina il caso o non prevede come reato una determinata condotta dell'individuo stesso.”* I destini del futuro diritto penale democratico dipendono da questo principio, che Bettiol auspica a gran voce che venga confermato dall'Assemblea. Auspica quindi che esso sia considerato da tutte le forze politiche rappresentate nell'Assemblea un principio cardine della futura legislazione italiana. Compresa quella di estrazione socialista. Ricorda a tal proposito alcuni recenti orientamenti dottrinali aventi ad oggetto un “diritto penale socialista”, che rispetto al principio di legalità ricalcano i passi segnati dal diritto penale di matrice nazista. *“Si chiede l'abolizione del principio di legalità; si chiede, in un libro di Giotto Bonini, che il reato sia spostato dall'evento all'azione; si chiede l'eliminazione non già nei confronti di individui colpevoli, ma di individui considerati dannosi; e non soltanto di individui dannosi da un punto di vista politico, ma anche da un punto di vista umano, materiale, biologico, come i pazzi, i deformi e via dicendo”*. La preoccupazione di Bettiol, che certe tendenze in voga nei paesi dell'est, caduti nell'orbita sovietica dopo la fine della seconda guerra mondiale, possano diffondersi in Italia, ove è massiccia la presenza di due partiti marxisti, quello socialista e quello comunista, è del tutto comprensibile. Tanto più se si considera la tradizione positivista nella dottrina penalistica italiana, sviluppatasi su uno sfondo politico di orientamento marxista (non a caso Enrico Ferri ha avuto trascorsi politici socialisti). Non deve stupire che il diritto penale di orientamento marxista condividesse con quello di orientamento nazista alcuni importanti tratti comuni. Entrambi i regimi sono totalitari e propugnano il rovesciamento dello stato di diritto e

del paradigma liberale della separazione dei poteri. La rivoluzione socialista postula in più il superamento del capitalismo di mercato e la collettivizzazione dell'economia. La lotta di classe porta all'annientamento della classe borghese, il nemico da abbattere perché prodotto del capitalismo e nemico della classe proletaria. Se il nazismo aveva individuato come nemico l'appartenente alla razza ebraica, il comunismo aveva indicato come nemico l'appartenente alla classe borghese. Il nemico del popolo, che si pone come ostacolo alla rivoluzione socialista e alla dittatura del proletariato deve essere eliminato, come dovevano essere eliminati i sionisti, ritenuti dalla propaganda nazista nemici del Reich. Il diritto penale socialista, allora, non può che essere, come quello nazista, un *diritto penale del nemico*, ovvero un diritto penale funzionale ad estirpare dalla società i nemici del regime, prescindendo dai postulati classici della disciplina: legalità, materialità del reato, colpevolezza. I capisaldi del diritto penale classico, che è un diritto penale delle libertà, devono essere superati perché quello che si vuole creare è un diritto penale non fondato sulla libertà individuale, principio liberale, quindi borghese. Il principio di legalità, con tutti i suoi corollari, perde allora di significato perché cade la necessità di garantire gli individui dall'arbitrio del potere politico. La fiducia che il liberalismo aveva nutrito per la legge derivava dall'essere questa emanata dal parlamento, nel quale era rappresentata la borghesia, che quindi si sentiva tutelata nei propri interessi. Il parlamentarismo viene quindi visto come un portato della cultura liberale e borghese da rovesciare. Nei paesi socialisti i parlamenti non vengono aboliti ma diventano luoghi di discussione per i membri del solo partito ammesso, quello comunista. Perdono pertanto quella funzione di rappresentanza e di garanzia con i quali sono nati nella tradizione liberale, a partire dal parlamento inglese, il più antico del mondo. Il principio di legalità diventa un ostacolo per i nuovi compiti che il diritto penale socialista deve adempiere: non più la protezione dei diritti individuali, considerati appannaggio della cultura borghese, ma la protezione delle nuove istituzioni statali, nate a seguito della rivoluzione proletaria, e della classe lavoratrice. Al diritto penale del fatto si sostituirà un diritto penale della volontà, che guarda all'azione, nella quale si concreta l'atteggiamento interiore del deviante. Ciò che interessa è reprimere la devianza, che costituisce di per se un pericolo per il mantenimento della nuova società socialista, prescindendo dal fatto che questa porti o meno alla commissione di un fatto materiale. Di qui la punibilità dei reati di opinione o di atti meramente preparatori o dai

quali possa sorgere il mero sospetto che l'agente possa essere un dissidente e quindi un nemico del popolo. Anche la colpevolezza viene rimossa, perché echeggiante la colpa morale, che a sua volta richiama il libero arbitrio, principio individualistico e liberale, quindi estraneo all'ideologia socialista e pericoloso, perché attribuisce valore all'individualità, a scapito della società socialista, nel quale l'individuo deve annullarsi. La caduta del nazi-fascismo fa temere che l'ondata socialista, arrestatasi per il momento nei paesi dell'Est Europa che sono stati assegnati all'Unione Sovietica, possa espandersi anche in occidente, portando con sé una tradizione giuridica del tutto diversa da quella occidentale, non solo in campo penale. Ma quello penale, essendo il ramo del diritto che più coinvolge i diritti fondamentali della persona, è anche quello che deve essere salvaguardato da pericolose contaminazioni.

Bettiol passa quindi a commentare, molto brevemente, l'art. 21, già art. 11 nel testo discusso dalla Sottocommissione, il quale si apre con la formula "La responsabilità penale è personale".<sup>219</sup> Di tale principio coglie un doppio significato: quello per cui la responsabilità penale implica che alla radice di un fatto di reato vi sia sempre un atto cosciente e volontario; quello per cui la responsabilità penale è solo per fatto proprio. La prima è un'accezione positiva, perché comporta che un fatto, per essere punito, sia accompagnato da un coefficiente psicologico che lo leghi al suo autore; perché un fatto sia punibile occorre quindi che sia commesso con dolo o con colpa, e che l'azione sia posta in essere con coscienza e volontà, così che sia attribuibile all'agente (*suitas*). La seconda accezione è negativa, in quanto dice che non è punibile il fatto commesso da altri. E' chiaro che la lettura di Bettiol non è da annoverare fra quelle cosiddette minimaliste, cioè volte a ricavare da tale fondamentale principio il mero divieto di punire qualcuno per un fatto commesso da altri.<sup>220</sup> Al contrario, lo considera la premessa da cui ricavare l'elemento soggettivo del reato, la colpevolezza.

Passa poi a commentare, altrettanto brevemente, la spinosa norma riguardante la pena, che così recita: "*Le pene devono tendere alla rieducazione del condannato e non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità*". Principio nobilissimo, ma del quale non condivide l'inciso riguardante il fine rieducativo, per due ragioni.

---

<sup>219</sup> Nel testo licenziato dalla prima sottocommissione il principio si trova già al primo comma. A chiedere che venisse anteposto ai principi sulla pena e collocato al primo comma era stato il deputato cattolico Amadei, a cui si era unito Aldo Moro, nella seduta del 10 dicembre 1946.

<sup>220</sup> E' quindi errata la conclusione a cui Giunge Alessandri quando



*“Primo perché nel campo penalistico le dottrine sono quanto mai diverse e in secondo luogo perché questo potrebbe dar luogo a pericolosi equivoci e da un lato i sostenitori dell’una corrente potrebbero trovarsi in contrasto con l’altra in sede di interpretazione”.*<sup>221</sup> In tutto il dibattito sul progetto di Costituzione la posizione di Bettiol che meglio esprimere il suo pensiero e lo fa distinguere è questa, ma le motivazioni che assurge sono deludenti, in quanto non colgono il merito vero e proprio della sua opposizione al principio rieducativo. A noi pare che egli volesse volutamente celare le ragioni giusfilosofiche per evitare di esporsi con gli altri deputati e di apparire come il patrocinatore di una ben definita scuola di pensiero, quella retributiva. E’ probabile che ritenesse controproducente portare la discussione sul piano filosofico, nel quale si sarebbe potuta arenare senza portare a nessun risultato, se non quello di vedersi respingere ogni proposta emendativa per ragioni pregiudiziali. Egli, come del resto i colleghi che insieme a lui si opporranno al principio rieducativo, sa benissimo di essere in minoranza, anche all’interno del proprio gruppo. Sa che è perdente affrontare la questione frontalmente, addentrandosi nel tema della natura e del fondamento della pena, perché ciò lo avrebbe dovuto portare ad esporre la sua concezione retributiva, che difficilmente sarebbe stata accolta. La scelta di incentrare la critica sull’inopportunità di enucleare un principio sul quale potrebbero crearsi forti contrasti interpretativi appare pertanto strategica e finalizzata ad ottenere un più vasto appoggio alla proposta emendativa. Del resto le considerazioni da lui esposte hanno un fondamento: fissare un principio che, per quanto ampiamente condiviso, è suscettivo di fraintendimenti e di letture interpretative sensibilmente diverse fra loro, espone al rischio di generare confusione e di far aderire – anche se solo apparentemente - la Costituzione ad un certo orientamento dottrinale.

Vedremo di seguito che anche Giovanni Leone terrà un profilo di questo tipo come e che la strategia si mostrerà quasi vincente, perché l’emendamento da entrambi proposto non passerà per pochissimi voti.

Mantiene uno stesso profilo anche quando spiega la sua contrarietà alla pena di morte, se non nei casi previsti dal codice penale militare in tempo di guerra.

Evita anche in questo caso di addentrarsi in motivazioni dogmatiche per limitarsi a considerazioni prettamente umanitarie e politiche; perché, afferma, la questione della

---

<sup>221</sup> *La Costituzione nei lavori Preparatori*, op. cit., p. 675.

pena di morte è puramente politica e non scientifica. Non è scientifica perché in dottrina le opinioni favorevoli e quelle contrarie si equivalgono, con validi argomenti a favore e contro. Per cui la scelta se prevederla è solo politica.<sup>222</sup>

Alla luce di quello che il Maestro aveva scritto sulla pena capitale nel suo celebre Trattato, pubblicato nel 1945, sappiamo che per lui il problema non è soltanto politico, ma è un problema legato al principio di umanità delle pene. Non è esauriente, allora, la motivazione che espone nel suo lungo intervento, che si incentra sull'opportunità che la Costituzione repubblicana, dopo il ventennio fascista, nel quale si è abusato della pena capitale, la ripudi per evitare che si torni ad abusarne.

Passiamo adesso ad esaminare le proposte emendative che il Maestro presenta in seno all'Assemblea, partendo da quella che riguarda l'estradizione del cittadino italiano. Proposta che si innesta su quella del deputato liberale Crispo, che ha ad oggetto la norma del progetto che vieta l'estradizione dello straniero per reati politici.

L'emendamento presentato da Bettiol insieme ai deputati Leone e Benvenuti è volto ad estendere il divieto di estradizione ai cittadini, a prescindere dal titolo di reato per la quale è richiesta.

Come per il divieto della pena di morte, Bettiol si argomenta sul piano politico, sapendo che il divieto assoluto di estradizione del cittadino è oggetto di discussione, quindi tutt'altro che scontato. Dopo l'esperienza fascista, che ha visto ripristinare l'estradiabilità del cittadino, prima vietata, è necessario tornare a vietarla con una previsione costituzionale.

All'argomento politico associa una considerazione giuridica: la regola che vieta l'estradizione del cittadino *“si può anche riferire, grosso modo, alla regola che nessuno può essere distolto dai propri giudici naturali (...). E qual è il giudice più naturale, se non il giudice dello Stato cui il cittadino stesso appartiene?”* E' il giudice italiano che può meglio valutare l'azione delittuosa perpetrata all'estero dal cittadino, perché il giudice straniero ha una sensibilità diversa da quello italiano, vivendo in un'altra situazione politica e sociale.

---

<sup>222</sup>“Ma la questione s' inquadra nell'attuale momento storico e politico, onde, dopo l'inflazione per cui migliaia e milioni di individui sono morti e le loro ceneri sono ancora calde nei forni crematori, deve essere stabilito il principio che la Costituzione democratica del popolo italiano ripudia la pena di morte, ammettendola solo in casi del tutto eccezionali per quanto riguarda le leggi militari di guerra.” Ibidem.

La proposta è discutibile, sia sotto il profilo politico, che giuridico.

Sotto quello politico perché il divieto per ragioni di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo si spiega quando ha ad oggetto reati politici, nel caso in cui essi contrastano con un diritto inviolabile quale, per esempio, la libertà di manifestazione del pensiero. Per di più il codice prevede, all'art. 8, la punibilità del cittadino e dello straniero che commette in territorio estero un delitto politico contro lo stato italiano.

Sul piano giuridico non convince il riferimento al giudice naturale precostituito per legge, norma posta a garanzia del cittadino inquisito, il cui giudice, terzo e imparziale, non può essere scelto arbitrariamente da nessuno (in particolare dal governo), ma deve essere prefissato dalla legge. Il divieto di estradizione si potrebbe far valere nell'ipotesi in cui l'ordinamento che intende perseguire il cittadino italiano non conosca questo principio fondamentale di garanzia. Ma basarlo sulla considerazione che il giudice naturale sarebbe in ogni caso quello italiano, perché garantirebbe una valutazione del fatto conforme alla sensibilità del giurista di formazione italiana, espone alla facile critica che il principio del giudice naturale precostituito per legge non è legato a questa (presunta) necessità che il giudice naturale sia il giudice nazionale. Tanto più che qui si tratta di delitti politici commessi contro un altro stato, che ha tutto il diritto di chiedere l'extradizione per giudicare il cittadino inquisito, tanto più se, come previsto in molti ordinamenti, è necessaria la sua presenza nello stato ove avviene il giudizio per sottoporlo ad esso, dal momento che non è ammesso il processo in contumacia.

La discussione sugli emendamenti entra nel vivo con quelli riguardanti il terzo comma dell'art. 21 del progetto, quello inerente alla pena, e che così recita: *“Le pene devono tendere alla rieducazione del condannato e non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità”*.

Anche se decaduto e quindi neanche messo ai voti, si segnala un primo emendamento dell'on. Persico, che sulla scorta di quello presentato in Commissione dei 75 dai deputati comunisti Terracini e Nobile<sup>223</sup>, tende di fatto a sostituire alla pena una misura special-preventiva di tipo risocializzante e illimitata: *“Le sanzioni penali hanno soltanto scopo curativo ed educativo, secondo i casi e le necessità, e devono essere a tempo indeterminato.”*<sup>224</sup>

---

<sup>223</sup> Cfr. supra.

<sup>224</sup> Ibidem, p. 903.

La proposta è indicativa di un orientamento di tipo *neo positivistico* che, pur ponendo attenzione all'umanità dell'esecuzione della pena e pur distinguendosi, almeno negli intenti dei suoi patrocinatori, dalle tesi positivistiche classiche proponendo un'idea non coercitiva di rieducazione, desta comunque preoccupazione, per come sarebbe stato interpretato dalla giurisprudenza e dal legislatore in sede di riforma penale. Riforma che, se approvata, avrebbe reso necessario lo stravolgimento del codice del 1930, il quale, nonostante gli eccessi rigoristici in ambito sanzionatorio, non sarebbe stato compatibile con una previsione costituzionale di questo tipo. Si sarebbero dovuti ribaltare i canoni del diritto penale liberale e classico, fra cui il nesso di proporzione tra pena e gravità del fatto, secondo una logica di giustizia commutativa. La pena avrebbe perso completamente ogni legame col reato, se non quello di semplice conseguenza dello stesso: la commissione di un fatto tipico sarebbe divenuta il solo presupposto per l'applicazione della pena quale indice di pericolosità del reo, così come previsto per la misura di sicurezza. Sarebbe venuto meno, quindi, il cosiddetto doppio binario di punibilità, perché pena e misura avrebbero perso ogni profilo distintivo.

Va detto che una tale concezione della pena trovava sostegno prevalentemente nei gruppi di sinistra dell'Assemblea, e non avrebbe avuto alcuna speranza di essere approvata, dal momento che l'opinione dominante era quella che, pur non prescindendo dall'idea dello scopo, non rinunciava ai caratteri propri di una sanzione fondata sulla colpa e ad essa parametrata, secondo la tradizione illuministico-liberale. Potremmo dire, per semplificare, che dai lavori dell'Assemblea emerge chiaramente la volontà di non abbandonare i postulati classici del fondamento della pena inerenti l'ontologia della stessa, pur attribuendole uno scopo che, nell'intenzione che traspare dai relatori della norma e da coloro che l'approvano, non ne intacca i presupposti fondativi, perché interviene non sull'ontologia ma sulla sua teleologia della sanzione. Per cui il fine rieducativo è un elemento esterno ad essa, che vi si aggiunge senza snaturarla, facendola diventare una sanzione prevenzionale e "curativa", priva di contenuto afflittivo-punitivo.

Di segno totalmente opposto è l'emendamento dell'on. Crispo, liberale, che propone la cancellazione dal terzo comma dell'art. 21 delle parole "*devono tendere alla rieducazione del condannato e*", così da espungere dalla norma la finalità rieducativa della pena. Esso rappresenta il tentativo più estremo di obliare del tutto il riferimento

finalistico alla sanzione penale, in evidente opposizione alle teorie dello scopo e alla concezione special-preventiva.

Trattasi dell'unica iniziativa emendativa di segno nettamente e palesemente contrario all'introduzione in Costituzione del finalismo rieducativo della pena, posto che la modifica di Bettiol e Leone, che stiamo per esaminare, non cancella il riferimento alla rieducazione, anche se essa è intesa in modo completamente diverso da come l'hanno intesa i proponenti. Sorprende, ma non del tutto, che ad avanzarla non sia un cattolico ma un liberale, dal momento che i deputati di area liberale facenti parte della prima sottocommissione e della "Commissione dei 75" non si erano interessati particolarmente della problematica dello scopo della pena, e non si erano espressi fino a quel momento in maniera così nettamente contraria alla rieducazione.

Non sorprende, tuttavia, che sia stato un liberale ad opporsi ad una concezione finalisticamente orientata della pena, dal momento che la tesi retributiva non è necessariamente basata su presupposti religiosi ed compatibile con l'individualismo. Se si ritiene che ogni individuo sia libero in quanto dotato di libero arbitrio, cioè della capacità di compiere scelte morali, assumendosene la responsabilità, allora la pena non potrà che essere retribuzione per l'azione immorale compiuta, essendo conseguenza dell'atto libero compiuto, e trovando legittimazione morale nella responsabilità, anch'essa morale, oltre che giuridica, che accompagna tale atto.

Non si ha libertà senza responsabilità, e non si ha responsabilità senza la pena. Faticiamo a pensare libero l'individuo che non viene punito per le proprie azioni. La retribuzione risponde all'esigenza di regolare i rapporti interindividuali secondo lo schema della giustizia commutativa, che si esprime nel noto brocardo di Ulpiano "*unicuique suum tribuere*": a ciascuno il suo.

Sappiamo che l'individualismo ha favorito anche l'affermarsi di una concezione prevenzionale della pena, funzionale alla protezione dei diritti soggettivi, secondo una logica utilitaristica. Delle aporie gravanti sugli approdi dell'utilitarismo penale in materia di pena ci siamo occupati nei capitoli dedicati al Trattato di diritto penale di Bettiol e in quello riguardante la pena, nei quali abbiamo spiegato le ragioni della fallacia di tali conclusioni, in relazione al fine di proteggere i diritti naturali dell'individuo. Abbiamo anche rilevato come le tesi utilitaristiche, comportando una nozione prevenzionale e quindi strumentale della sanzione penale, portino

inevitabilmente a quel rischio di strumentalizzazione dell'individuo paventato da Kant, che certo non rappresenta un esito auspicabile da un punto di vista liberale.

Veniamo adesso all'emendamento di Bettiol e Leone che abbiamo più volte citato, che recita: *“Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità o che ostacolano il processo di rieducazione morale del condannato”*.<sup>225</sup>

Come abbiamo già osservato tale iniziativa emendativa si discosta da quella dell'on. Crispo per il fatto che non viene eliminato il concetto di rieducazione, anche se viene declinato in tutt'altro modo, con la conseguenza di eliminare del tutto il riferimento allo scopo della sanzione. Conseguentemente, l'idea di pena che traspare da questo emendamento è quella di una pena senza scopo, intesa quindi come pura retribuzione.

La scelta di aggettivare la rieducazione con il termine “morale” ha delle importanti conseguenze. Anzitutto quella di intenderla come un percorso di resipiscenza interiore del condannato, che attiene al proprio animo e alla propria sfera morale. Si tratterebbe quindi di una sorta di *“autorieducazione”* del reo, di rieducazione di se stesso attraverso la riflessione interiore. Sarebbe stato allora più corretto, forse, parlare di recupero morale, se non di pentimento, anche se quest'ultimo termine avrebbe evocato fin troppo una dimensione religiosa che si voleva tenere lontana da una Costituzione laica, quale quella repubblicana.

La rieducazione morale comporta l'esclusione dell'accezione con cui la rieducazione è intesa dalle tesi special-prevenzioniste, inclusa quella cosiddetta *oggettiva*, fatta propria dalle costituzioni del novecento perché funzionale al ruolo dello stato inteso come stato sociale. Tra i compiti che lo stato sociale si dava vi era quello di assistere anche il cittadino deviante durante l'esecuzione della pena, attraverso il trattamento rieducativo, così da recuperarlo alla società. La rieducazione, qui, è intesa in senso *pedagogico-sociale*, ovvero come educazione ai valori funzionali alla convivenza e alla coesione sociale e come risocializzazione volta a non abbandonare il reo a se stesso, sia durante che dopo l'espiazione della pena, ed impedirne futuri comportamenti recidivanti.

Così intesa la rieducazione è risocializzazione, non emenda. Quest'ultima è auspicata ma non costituisce né il principale effetto, né tanto meno lo scopo del trattamento rieducativo. Ciò che importa è che il condannato sia reinserito in società per evitare che possa tornare a delinquere, dal momento che la segregazione carceraria è considerata,

---

<sup>225</sup> Ibidem, p. 903.

sul piano criminologico, uno dei fattori determinanti la ricaduta nel reato, se non accompagnata da un percorso che accompagni il condannato verso la libertà. Di qui la funzionalizzazione della pena verso ciò che è ritenuto utile, sia per il reo che per la società: il suo reinserimento sociale, che assume maggiore rilevanza dell'idea di giustizia, alla quale è sottesa l'effettività della pena e la sua completa espiazione.

Se la rieducazione morale non è rieducazione sociale e quindi risocializzante, ma recupero morale del reo, che solo il reo può compiere su se stesso non potendo lo stato imporlo, pena la violazione della sua libertà morale, allora la pena non deve avere nessuno scopo. Conseguentemente, ciò che con la norma si vuole prescrivere non è ciò che la pena *deve essere* o ciò a cui *deve finalisticamente tendere*, ma ciò che *non deve esteriormente essere* e a cui *non deve finalisticamente tendere*. Di qui la scelta di formulare l'emendamento mediante un periodo espresso in negativo, e di utilizzare il verbo "ostacolare" : "le pene *non possono* consistere in trattamenti contrari al senso di umanità o che *ostacolano* il processo di rieducazione morale del condannato". La formula non dice cosa la pena è (ontologia), ma cosa non deve essere sul piano concreto della sua fattualità: non deve consistere in trattamenti inumani. Non dice neppure cosa la pena debba essere (deontologia) o a cosa debba finalisticamente mirare (teleologia): non deve ostacolare il processo di rieducazione morale del reo.

Giovanni Leone, nel presentare l'emendamento, si limita a dire che esso mira ad evitare che la Costituzione entri nel merito del problema secolare della funzione della pena, prendendo posizione verso una determinata scuola di pensiero. Non è quella la sede per dirimere una questione irrisolta, pertanto è preferibile non entrarvi con formule che possono dare adito, in futuro, ad interpretazioni a favore dell'una o dell'altra tesi.

Se la Costituzione si limita a prescrivere che lo stato non ostacoli la rieducazione morale del reo durante l'esecuzione della pena non assume, rispetto alle sue finalità, alcuna posizione, ma impedisce che nella sua concreta attualità la sanzione produca effetti negativi sull'auspicabile emenda del condannato. L'ultima parte del comma in questione è diretta conseguenza ed esplicazione della prima parte, in cui si vietano i trattamenti inumani: se la pena deve essere eseguita nel rispetto della personalità del condannato non deve essere di ostacolo alla sua *redenzione*.

Leone sottolinea quanto sul punto vi fosse unanimità di consensi nella Commissione, motivo per cui sarebbe opportuno limitare la portata della norma alla tutela dell'integrità morale del condannato, evitando di entrare nel merito degli scopi della pena.

Il presidente della prima sottocommissione Tupini, nel respingere l'emendamento, ritiene eccessive le preoccupazioni dei proponenti, ridimensionando la portata della norma in questione, che non avrebbe il senso di far aderire la Costituzione ad una determinata scuola. La formula elaborata dalla sottocommissione mira soltanto ad offrire al reo una possibilità di rieducazione, possibilità che non può, per un elementare senso umano, essere negata.<sup>226</sup>

Bettiol insiste sull'emendamento proprio "*per evitare di entrare nell'atmosfera di una determinata scuola, per evitare, cioè di prendere posizione 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*"<sup>227</sup>. L'esigenza è quella di impedire che la pena, nella sua concreta esecuzione, affligga il reo più di quanto sia necessario ai fini della sua applicazione: la detenzione è privazione della libertà personale, l'afflizione che essa produce sulla persona del detenuto deve limitarsi, per quanto concretamente possibile, all'eliminazione di tale diritto, senza ulteriori effetti afflittivi fini a se stessi e non strettamente necessari alla sua concreta esecuzione. Egli tiene a precisare che tale esigenza è politica e non filosofica, così da sottolinearne il carattere neutro rispetto alle tendenze dottrinarie sull'argomento.

A ben vedere però, anche questa opzione ha un suo retroterra filosofico perché, come abbiamo già detto, la scelta di espungere il riferimento allo scopo rieducativo denuncia un'opzione tutt'altro che neutra: se la norma si limita a dire che la pena non deve essere inumana e non deve ostacolare il processo di rieducazione morale, significa che la pena viene privata di un qualunque scopo, e la pena senza scopo è quella retributiva, se a suo fondamento è posta la responsabilità personale, dunque la colpa. Una lettura del terzo comma dell'articolo in questione, così come emendato, combinata con il primo comma, che prevede la formula sulla responsabilità, e con l'art. 20 comma 2 (il vigente art. 25), che collega la punibilità alla commissione di un *fatto*, permetterebbe di ricostruire la

---

<sup>226</sup> Ibidem, p. 905.

<sup>227</sup> Ibidem, p. 906.



nozione di pena in chiave retributiva. La conseguenza giuridica della commissione di un fatto tipico colpevole sarebbe una pena che si giustifica nel reato, senza bisogno di attribuirle alcuna finalità.<sup>228</sup>

Bettiol, come Leone, evita accuratamente di attribuire alla sua iniziativa una qualche connotazione ideologica o dottrinarica, probabilmente per riuscire ad ottenere un consenso più ampio all'approvazione. Così si spiega il suo accento sulla necessità della rieducazione, da lui stesso condivisa, seppur in termini diversi, e propone una modifica all'emendamento che espunga la parola "processo" riferita alla rieducazione morale, *"per sottolineare che la pena, nel suo concreto modo di essere, sia tale da giovare direttamente alla rieducazione morale del condannato, senza mettere questo principio in forma dogmatica all'inizio dell'articolo"*.<sup>229</sup> Probabilmente tale proposta deriva dal timore per il Patavino che l'espressione "processo di rieducazione morale" potesse dare adito ad una interpretazione della norma in senso funzionalistico, come se la rieducazione morale, anziché essere spontanea e autoindotta, dovesse consistere in un trattamento a cui il condannato viene sottoposto.

Forse la preoccupazione è eccessiva, ma indicativa di quanto Bettiol volesse preservare la libertà morale del reo anche durante l'espiazione della pena, perché è impensabile, per lui e per chi crede nel valore della persona umana, che uno stato possa in modo coercitivo pretendere che il deviante si redima.

Fra i deputati che si dichiarano favorevoli all'emendamento di Leone e Bettiol si segnala quello del cattolico Bastianetto, autore, insieme ad altri, di un altro emendamento volto ad espungere il fine rieducativo della pena sostituendo interamente il terzo comma dell'art. 21 con uno che stabilisce che l'esecuzione delle pene deve

---

<sup>228</sup> E' interessante chiedersi, allora, se qualora il terzo comma dell'art. 21 (ora 27) fosse stato modificato nel senso voluto da Leone e Bettiol il risultato sarebbe stato quello di prescrivere al legislatore una pena priva di scopi ultranei rispetto a quello di rendere giustizia. Se cioè si sarebbe potuta sostenere l'incostituzionalità di norme vigenti ispirate alla logica rieducativa o impedire una riforma penale ad essa orientata, alla stregua di una interpretazione che ravvisasse nelle norme costituzionali in questione una non dichiarata concezione retributiva della sanzione. La risposta che ci pare più plausibile, benché non sia scontata, è che se anche la norma fosse stata modificata non avrebbe impedito una legislazione penale che finalizzasse la pena verso la risocializzazione del reo, a patto che tale finalizzazione non finisse per prevalere così da stravolgere la pena nel suo contenuto afflittivo-retributivo. Si sarebbe potuta sostenere la compatibilità con le norme costituzionali di istituti e discipline che, pur favorendo delle modalità di esecuzione della sanzione finalizzate al recupero sociale del reo, non obliassero gli elementi fondativi della pena intesa in senso retributivo, come la proporzione.

<sup>229</sup> Ibidem.

avvenire nel rispetto della persona umana.<sup>230</sup> Qui l'attenzione è rivolta all'esteriorità della pena, alle modalità con cui viene applicata, senza addentrarsi sui profili fondativi o di scopo. E' chiaro l'intento di fissare in Costituzione solamente dei principi che tutelino la dignità del condannato nel momento esecutivo, dando per scontato, si potrebbe ritenere, che la pena sia intrinsecamente una sanzione dall'indefettibile contenuto afflittivo-retributivo, tanto da non sentire la necessità di ribadirlo dandone una definizione. Del resto le Costituzioni devono connotarsi per brevità, dovendo enucleare dei principi e non dare definizioni o spiegazioni analitiche dei concetti o degli istituti, di questo devono occuparsi i codici e le leggi speciali. Le Costituzioni sono fatte per durare, dunque per resistere ad un cambio di rotta della dottrina su una determinata questione o su un certo concetto. Di qui la preoccupazione manifestata da Bettiol, Leone e altri circa il fatto che in materia di pena la Costituzione si limiti a dire ciò che in pratica non deve essere per non ledere la dignità umana del condannato.

Dello stesso avviso Aldo Moro, che dichiarando il proprio appoggio alla proposta emendativa dei colleghi democristiani osserva che spetta al legislatore decidere in merito agli orientamenti in materia di pene, sotto la pressione della coscienza sociale di un dato momento storico. *“Tuttavia – afferma – non posso nascondermi il pericolo che deriva dalla formulazione così come è presentata. Il parlare di pene che devono tendere alla rieducazione del condannato, può essere considerato da parte dei futuri legislatori e da parte degli scienziati di un determinato orientamento, come fondamento di una pretesa ad orientare la legislazione penale italiana in modo conforme ai postulati della scuola positiva.”*<sup>231</sup> Il rilievo di Moro è più che condivisibile, ed il timore che la dottrina e la giurisprudenza futura avrebbero potuto considerare il terzo comma dell'art. 21 (poi 27) come la norma legittimante una nozione di pena in chiave special-preventiva si è avverato, se si pensa all'evoluzione interpretativa della norma in parola. Ricordiamo

---

<sup>230</sup> L'emendamento così recita: *“Nella esecuzione delle pene si deve aver riguardo soprattutto al rispetto della persona umana”*. Argomenta Bastianetto: *“Il problema secolare dell'esecuzione della pena, deve trovare in questa nostra Costituzione una formula che abbia a servire soprattutto a quella che sarà la futura riforma carceraria, dobbiamo cioè impostare il problema dell'esecuzione delle pene. (...) Ora qui si arrischia di votare una formula che non dà l'indirizzo a quelli che dovranno fare la riforma carceraria; e penso, pertanto, che sia molto più opportuno di inserire una formula semplice, generica, che possa offrire domani la base solida per questa riforma.”*

Ibidem, p. 904.

<sup>231</sup> *“Tutti quanti i postulati penalistici sono evidentemente rispettabili, ma il problema che essi involgono è talmente grave e talmente serio che non possiamo pretendere, con una rapida discussione, quale è quella che si è verificata in questa sede, di risolverlo.”* Ibidem, p. 908.

infatti che mentre dall'immediato dopoguerra agli anni sessanta ha prevalso una lettura minimalista della funzione rieducativa della pena, confinata nella fase esecutiva, successivamente, a partire dalla fine degli anni sessanta, ha iniziato a farsi strada l'idea che tale funzione dovesse imprimersi in ogni fase della prassi sanzionatoria, dalla previsione, alla comminatoria giudiziale, fino ad arrivare alla fase ultimale dell'esecuzione. Tale orientamento è stato fatto proprio, come abbiamo già avuto modo di ricordare, dalla Corte Costituzionale con la sent. n° 303 del 1990, anche se preme ricordare che in tale materia la Corte ha mostrato orientamenti alquanto oscillanti ogni volta che ha dovuto occuparsi, seppure incidentalmente, dell'annoso e complicato tema della funzione della pena. In diverse sentenze degli ultimi anni la Corte fa propria la tesi polifunzionale della pena, ribadendo che nessuna delle tre classiche funzioni debba essere elisa in favore delle altre, inclusa quella retributiva, che invece da parte di certa autorevole dottrina non è neppure considerata degna di essere presa in considerazione, perché retriva e antistorica.<sup>232</sup>

A differenza di Bettiol e Leone, Moro non nasconde di aderire ad un indirizzo dottrinale antipositivistico, ma senza negare il valore della rieducazione, intesa in senso morale. Di talché ritiene importante menzionarla in Costituzione, ma con una formula che onesti il sospetto che i costituenti abbiano voluto aderire ad una data tesi dottrina. La disposizione proposta con l'emendamento in questione, osserva, *“vale come orientamento per la riorganizzazione del sistema penitenziario, ma senza prendere posizione, neppure in apparenza, in ordine a uno dei problemi più gravi della nostra scienza e della nostra prassi sociale, cosa che mi parrebbe in questa sede estremamente pericolosa.”*<sup>233</sup>

L'esito della votazione sull'emendamento di Bettiol e Leone, come abbiamo già avuto modo di accennare più sopra, è estremamente incerto, tanto da necessitare di due votazioni consecutive, la prima per alzata e seduta, la seconda per divisione. Leone insisterà per una terza votazione per appello nominale, che il presidente Ruini non concede. La richiesta di una terza votazione dimostra comunque quanto lo scarto fra i favorevoli e i contrari sia minimo. Ciò dimostra che quanto sostenuto ironicamente da Bettiol in uno dei suoi scritti, e cioè che l'emendamento non passò per colpa di alcuni

---

<sup>232</sup> Si vedano, fra i tanti, gli autori di scuola pisana Tullio Padovani e Giovannangelo De Francesco.

<sup>233</sup> Ibidem.

colleghi democristiani assentatisi dall'aula per pochi minuti, abbia un fondamento di verità. Noi non neghiamo l'importanza che il fine rieducativo rivestiva per i costituenti, abbiamo visto che fin dalla primigenia formulazione di quello che diventerà l'attuale articolo 27 la disposizione circa lo scopo rieducativo della pena sarà sempre presente. Ma se escludiamo i gruppi di sinistra, schierati su posizioni che potremmo definire *neopositiviste*, i restanti gruppi non mostrano né di avversare le tesi retributive, né di considerare la funzione special-preventiva un'acquisizione imprescindibile alla scienza penalistica e alla civiltà giuridica. Se così fosse stato, l'emendamento sarebbe stato respinto a larga maggioranza. Di tale circostanza paiono non avere memoria coloro che, ancora oggi esercitano il culto del mito della rieducazione facendo leva sulla previsione costituzionale.

## CAPITOLO IV

### 4.1 La pena in epoca moderna: dalla concezione medievale e teologica a quella razionale e laica

Fin dall'antichità i filosofi si interrogano sul *perché punire*. Il concetto di punizione è infatti intimamente connesso a quello di giustizia. Nel *Gorgia* Platone fa dire a Socrate che *“il più grande dei mali è il fare ingiustizia (...). Chi punisce in modo retto, punisce anche in modo giusto (...). Il male che per gravità viene secondo è il fare ingiustizia, mentre il fare ingiustizia e non scontare la pena è veramente il più grande e il primo di tutti i mali.”*<sup>234</sup>

La riflessione sulla giustizia e sulla pena ha attraversato la storia della filosofia morale perché l'esigenza di indagare sul senso del giusto e del castigo ha riguardato tutti i popoli e tutte le civiltà. L'esigenza di regolare la vita sociale attraverso regole che fossero giuste secondo valori prefissati ha reso necessario per i filosofi determinare tali valori, e per i giuristi individuare le regole che in questi traessero il loro fondamento. Se essere retti e reprobì è un bene per se stessi poiché migliora la propria anima, è un bene

---

<sup>234</sup> Platone, *Gorgia*. Dialogo dedicato alla retorica composto ipoteticamente tra il 399 e il 387 a. c. I personaggi sono Socrate, il fedele Cherofonte e tre retori, ossia Gorgia, Polo e Callicle. E' nel dialogo tra Socrate e Polo che Platone si dedica ai temi della giustizia e della pena da un punto di vista etico.(...)

Socrate - (...) *il più grande dei mali è il fare ingiustizia.*

Polo - *Questo è il male più grande? Non è il più grande il ricevere ingiustizia?*

Socrate - *Niente affatto!*

Polo- *E allora, tu preferiresti ricevere ingiustizia piuttosto che farla?*

Socrate- *Io non preferirei né l'una né l'altra cosa; ma, se fosse necessario o fare o ricevere ingiustizia, sceglierei piuttosto il ricevere che non il fare ingiustizia.*

(...)

Socrate sostiene che il compiere atti ingiusti sia fonte di infelicità più di quanto non sia riceverne, ma tale infelicità può essere attenuata se l'uomo ingiusto si sottopone a pena. La pena è *un patire*, ma se chi punisce lo fa rettamente punisce anche giustamente e compie, su chi subisce la pena, un atto giusto e quindi buono. La punizione, se giusta, è quindi intrinsecamente un bene, un bene che migliora l'anima di chi la riceve. Scontare la pena è infatti un liberarsi dal male dell'ingiustizia e perciò un bene, ma non un bene qualunque, bensì il più grande perché consente di liberarsi dal più grande dei mali, l'ingiustizia. Quella di Platone è una concezione assiologica della pena che fondandone la legittimità nella negazione del male arrecato con l'atto ingiusto può essere considerata antesignana della concezione retributiva.

anche per gli altri perché agire nel giusto significa far del bene anche al prossimo. Penetrante è l'affermazione di Socrate che convince il retore Polo che il fare ingiustizia è più dannoso che riceverla, poiché si sancisce la maggiore prostrazione morale di chi compie atti ingiusti piuttosto che di chi li riceve.

La giustizia è quindi un imperativo morale indispensabile, sia per il singolo, che può innalzarsi moralmente, sia per la collettività organizzata che voglia fondare la propria esistenza su di essa; questo perché il concetto di giustizia investe sia l'ambito della morale, che riguarda il solo individuo, sia quello dell'etica, che riguarda l'individuo nelle sue relazioni sociali, nel suo rapporto con l'altro, nell'essere membro di una società.

Il concetto di pena fa presto ingresso nella filosofia tradizionale, così come nel diritto antico. La punizione del deviante si ritrova in tutte le civiltà e in tutte le epoche, perché l'esigenza di punire è nata con le prime forme di organizzazione umana. Essa, come la giustizia, opera su due piani: come mezzo di espiazione, sull'individuo che la riceve (che ne trae giovamento perché attraverso il castigo rimuove il male che è in se) e come mezzo di risoluzione delle controversie e di riequilibrio di un ordine, su cui la comunità è organizzata. Si pensi al *delictum* e al *crimen* romani, categorie di “reati” che traevano la loro distinzione dalla natura del bene giuridico colpito: afferenti alla sfera privata dell'individuo i *delicta* (per esempio il furto), afferenti alla sfera pubblica della *civitas*, i *crimina* (per esempio il tradimento e il parricidio)<sup>235</sup>.

La pena ha avuto nel corso della sua storia significati ambivalenti: quello di castigo, ovvero di penitenza, quando assumeva connotati religiosi, e mirava a correggere i comportamenti del deviante e ad elevarlo spiritualmente, cambiandolo sia

---

<sup>235</sup>La distinzione muove dal fatto che mentre il *delictum* è un atto illecito lesivo di un diritto soggettivo o di un interesse privato, punito secondo le regole dello *ius civile* mediante ricorso al *praetor* (azione civile, per es. *l'actio furti*), il *crimen* è un delitto pubblico che infrange l'ordine sociale o compromette l'interesse della *civitas*, come tale perseguito pubblicamente attraverso le giurie denominate *quaestiones*, che applicano la *poena publica*.

Per i delitti la pena aveva natura “privata” ma non arbitraria, essendo decisa a seguito di un giudizio instaurato mediante azione civile; il suo scopo era ristabilire, grosso modo, un ordine simmetrico tra le parti (a tanto male ricevuto dalla vittima corrispondeva il male arrecato – dalla vittima stessa - al “reo”) e contestualmente risarcire il danno arrecato.

Ben diversa era la pena prevista per i *crimini*, eseguita dalle giurie popolari per conto del popolo romano, consistente nella perdita della cittadinanza, esilio, morte.

Tale ripartizione appare poco comprensibile al giurista moderno, abituato a distinguere gli illeciti civili dai reati, in quanto concetti afferenti a due autonome branche del diritto. La dicotomia diritto pubblico e privato è però tipica del diritto moderno, e lo stesso diritto penale è divenuto scienza giuridica autonoma soltanto nel corso del XVIII e del XIX secolo.

“esternamente”, perché non commettesse più i fatti per i quali aveva meritato la penitenza, sia “internamente” perché se ne ravvedesse e quello di giusta riparazione e di ristabilimento di un equilibrio simmetrico o di un ordine sociale, mirante a salvaguardare le regole di una comunità e a tutelarne l'ordine costituito. Significati questi che sono rimasti validi e attuali, dato che sono oggetto di discussione tra filosofi e giuristi che tentano ancora di dare un senso alla pena.

Rispetto però all'epoca antica e al medioevo sono cambiati i soggetti autorizzati a irrogare la pena, e ciò ha influito anche sui fondamenti del diritto di punire. Se nell'antichità e nell'età di mezzo la pena aveva carattere prettamente privatistico, nell'età moderna diventa unica prerogativa dello stato moderno quale monopolizzatore della forza. Da prima arma di repressione e di controllo del potere assoluto del sovrano, che traeva da essa la propria legittimità e giustificazione, a strumento di tutela dei diritti individuali e di difesa dell'ordine sociale.

E' comunque con il sorgere dello stato moderno, e con la conseguente nascita del diritto pubblico come disciplina scientifica separata dal diritto civile di matrice giustiniana, che nasce il diritto penale propriamente detto. Come scrive Bettiol, sino al XII secolo il diritto penale è romanisticamente inteso come un'appendice del diritto civile, e i libri del Digesto ad esso dedicati non hanno mai riscosso le simpatie dei giureconsulti. Anche quando essi se ne sono occupati lo hanno sempre fatto da un punto di vista civilistico, con l'ottica e gli strumenti dello studioso del diritto civile, come se, ed in effetti così è stato per lungo tempo, il diritto penale esistesse solo in funzione di tutela dei diritti soggettivi, come completamento del diritto civile.<sup>236</sup> Se il diritto penale è materia di studio recente, non è però altrettanto recente la filosofia del diritto penale. Come sostiene sempre Bettiol *“se una scienza del diritto penale mancava non si può invece affermare che mancasse una filosofia del diritto penale. I problemi circa il fondamento del diritto di punire, la natura della pena, i fini della stessa, la liceità o meno della pena di morte hanno formato sempre oggetto di meditazione da parte di filosofi e interessato*

---

<sup>236</sup>“Sarebbe, a nostro avviso, errato attribuire il nome di scienza penalistica ai tentativi compiuti nel corso dei secoli passati per presentare in veste autonoma un complesso di regole e principi disciplinanti la materia dei delitti e delle pene. Si trattava in sostanza di una elencazione di norme e di principi rudimentali in base ai quali si pretendeva offrire una sistemazione dell' "atroce" materia. Ma la sistemazione in effetti mancava e difficilmente poteva essere raggiunta.” BETTIOL G., *Il Problema Penale*, in *Scritti Giuridici*, tomo I, Padova, 1966, p. .

*pure larghi strati dell'opinione pubblica.*”<sup>237</sup>

Dovendo in questa sede affrontare temi e problematiche che riguardano la filosofia del diritto penale è utile fare un breve raffronto tra le concezioni della pena che hanno dominato nelle varie epoche per capire meglio le ragioni per cui le domande che i pensatori si sono sempre rivolti per dare un senso alla pena sono ancora così attuali.

La pena è un fenomeno che rimanda alle epoche più arcaiche, nelle quali chi si macchia di una colpa, cioè infrange un tabù, è sanzionato dal capo-clan in modo personale e discrezionale, se non arbitrario. La persona punita è identificata con il fatto illecito commesso: il suo essere è identificato col suo agire, quindi con il crimine compiuto. Non si fa distinzione tra persona e fatto perché il fatto qualifica la persona, la etichetta come ostile alle regole della comunità di appartenenza, quindi meritevole di stigmatismo sociale e perciò di sanzione. Le pene sono incerte e diseguali perché decise liberamente e caso per caso dal capo clan o dal *pater familias*, e possono consistere nel versamento di una somma di denaro, nel bando (*ostrakon*) del colpevole, o nella sua uccisione. Con l'emergere della comunità politica si iniziano a fissare pene certe e uguali per tutti, non sempre frutto dell'arbitrio del capo ma determinate secondo il principio biblico noto come “legge del taglione”<sup>238</sup>.

La pena medievale ha anch'essa carattere privatistico, in quanto è inflitta dal signore medievale, unico soggetto deputato a dare ordini e sanzionare il “reo”. L'assenza di codici e leggi scritte rende la consuetudine l'unica fonte del diritto e quindi anche del sistema sanzionatorio, che si basa sulla legge del taglione intesa nel suo significato etico – giuridico: restituire al “reo” il male da questi arrecato, privandolo di un bene della vita (l'integrità fisica, il patrimonio, ecc.) o della vita stessa, secondo un criterio in linea

---

<sup>237</sup>Ibidem, p. 17.

<sup>238</sup>E' nell'ultimo libro del Pentateuco che è contenuto il noto verso “*L'occhio tuo non avrà pietà: vita per vita, occhio per occhio, dente per dente, mano per mano, piede per piede.*” (Deut. 19). Si riferisce alle norme da applicare in caso di falsa testimonianza, nelle quali sono rinvenibili i criteri di fondo sui quali si baseranno le concezioni retributive e general preventive della pena. Se da un lato si afferma, infatti, che chi ha deposto il falso, debba essere punito da dei giudici che gli dovranno procurare il male che egli voleva arrecare alla persona da lui accusata (“*I giudici faranno una diligente inchiesta; e se quel testimonia risulta un testimonia falso, che ha deposto il falso contro il suo fratello, farete a lui quello ch'egli avea intenzione di fare al suo fratello.*”), dall'altro si indicano gli effetti di deterrenza che la pena inflitta al falso testimonia produrrà sugli altri uomini (“*Gli altri udranno e temeranno, e d'allora in poi non si commetterà più in mezzo a te una simile malvagità.*”). All'imperativo del punire restituendo al colpevole il male da egli arrecato (o che avrebbe voluto arrecare) si accompagna la necessità che la punizione spaventi coloro che vogliano imitare il condannato.



di massima proporzionalistico, per il quale tra male dato e male ricevuto deve sussistere un rapporto di equivalenza. La pena è quindi quella retributiva, basata sull'idea che sia giusto, legittimo o doveroso retribuire il male con il male, “*rendere male per male*”.<sup>239</sup>Le sanzioni sono normalmente corporali, spettacolarizzate e particolarmente crudeli, così da assolvere anche ad una funzione deterrente.

Per tutto il medioevo *reato* e peccato si confondono e si sovrappongono. La pena è spesso considerata come penitenza impartita dal signore o dal re, quale *braccio secolare* della Chiesa. Il primato del diritto divino sul diritto secolare impone di sanzionare la violazione dei peccati ricorrendo agli strumenti del diritto canonico, e a quelli che i diversi ordinamenti formati in seguito alle invasioni germaniche, fornivano ai capi militari e ai sovrani. La legittimazione del potere punitivo, essendo di ascendenza divina, è totale, e come tale indiscutibile. Perfetto è tale potere, perfetta è la pena. Inconcepibile sarebbe stato un potere sanzionatorio che non facesse appello alla giustizia divina, e una pena che non traesse dal peccato la sua stessa giustificazione.

La pena è da taluni spiegata in termini di riparazione<sup>240</sup>: scopo della pena è ripristinare l'ordine umano violato, che essendo voluto e creato da Dio è anche ordine divino; tale ripristino avviene secondo il criterio della reciprocità che vede “*lo stemperarsi del male di una lesione nel bene di una reazione e viceversa*”. La riparazione si compie quindi ricercando e ricreando l'equilibrio dato dall'ordine voluto da Dio e violato dal peccatore, che merita per ciò stesso di essere punito. Al male dell'aver agito contro Dio deve conseguire il bene della giusta – perché voluta da Dio stesso – penitenza, che deve consistere in una sofferenza, talvolta in un vero e proprio supplizio, reso pubblico o addirittura spettacolarizzato per intimorire gli astanti, e allontanarli dal proposito di commettere ulteriori *reati*-peccati.

La pena medievale si caratterizza quindi per essere intrinsecamente retributiva, perché fondata sullo *ius talionis* e giustificata dalla volontà divina, che all'uomo ha prescritto, tramite l'Antico Testamento, di non avere pietà per chi commette il male, infliggendogli tanto dolore quanto quello arrecato (*vita per vita, occhio per occhio, dente per dente, mano per mano, piede per piede*); essa assolve però anche ad uno scopo intimidatorio,

---

<sup>239</sup>WIESNET E., “*Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita. Sul rapporto tra cristianesimo e pena*”, Milano, Giuffrè.

<sup>240</sup>AA.VV., *Pena e riparazione*, Cedam, Padova, parte curata da D. Velo Dalbrenta.

perché deve spaventare al punto tale da ingenerare, in chi assiste alla sua esecuzione, una reazione psicologica opposta alla motivazione che porta a compiere il *reato*. Una sanzione così concepita è funzionale al mantenimento dello status quo, di un potere basato sulla forza e sulla necessità, per le popolazioni dell'epoca, di affidarsi alla protezione dei signori. “*Il concepire il dolore come contenuto della pena in ossequio alla divina necessità della stessa, apriva al potere la possibilità di fare della medesima un uso strumentale*”<sup>241</sup>.

Come vedremo in seguito, tale uso strumentale della sanzione penale non è proprio dei soli ordinamenti medievali. Essendo la pena il mezzo principale di controllo e di difesa sociale, le più diverse forme di potere se ne serviranno anche in epoche successive per ottenere l'ubbidienza e sopire i moti di ribellione. Sarà proprio la nascita dello stato moderno, quale ente monopolizzatore della forza, ad esaltare l'utilizzo della sanzione, ed a concentrarne il potere di emanazione in un unico soggetto o autorità da lui delegate. Così avverrà con le monarchie assolute del cinque, sei, settecento, nelle quali il sovrano, tale per volontà divina, esercita sui propri sudditi tutti i poteri, compreso quello giudiziario, da lui affidato a giudici e corti chiamati a giudicare secondo leggi da lui dettate.

Con le monarchie costituzionali, il fenomeno dell'uso strumentale della sanzione allo scopo di mantenere il potere si attenuerà, perché troverà dei limiti negli statuti e nelle prime codificazioni, ma non scomparirà. Anche un diritto penale cosiddetto minimo, ancorato ad una concezione altrettanto minimale dello stato, non può non assolvere alla funzione di protezione e mantenimento delle istituzioni e dell'ordinamento. La sovranità dello stato, di sola ascendenza divina all'epoca delle monarchie assolute, emanazione del popolo nelle contemporanee democrazie, presuppone l'uso legittimo della forza verso i consociati, tanto più di una forza punitiva verso coloro che minano la vita stessa dello stato. Per questo la pena non può non essere strumentale al potere da cui è sancita e comminata. Mentre però un potere illimitato può usare la pena senza alcuna riserva, un potere regimentato, quale quello delle monarchie costituzionali e delle liberal-democrazie odierne deve usare lo strumento penale rispettando le regole di diritto poste a salvaguardia dei diritti individuali. La strumentalità della pena in uno stato di diritto è,

---

<sup>241</sup>D'AGOSTINO F., *La sanzione nella esperienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 1999.

perciò, una strumentalità non totale, ma limitata dai diritti fondamentali che l'ordinamento democratico è chiamato a rispettare, e al tempo stesso a tutelare. Ciò però non deve indurre a ritenere che nelle attuali democrazie occidentali il pericolo che gli stati possano fare un uso eccessivo della pena sia venuto meno. Se è vero, come sostengono alcuni filosofi politici<sup>242</sup>, che quella del potere limitato è solo un'illusione, perché chi detiene il potere è tentato ad espanderlo, il rischio che l'ambito della penalità tenda ad accrescersi è serio e fondato. La storia recente ha dato del resto ragione proprio a coloro che avevano profetizzato una graduale espansione del potere politico a danno della libertà individuale e delle garanzie.

Fin qui si è parlato di una concezione retributiva morale e divina della pena, vale a dire di un'idea di pena giusta in quanto conseguente alla violazione di un precetto morale di ascendenza religiosa. Tale concezione rimanda ad una impostazione filosofica che fa discendere il diritto dalla morale, e quindi il diritto penale dall'etica<sup>243</sup>, con tre conseguenti implicazioni: la legge giuridica non è altro che specificazione di quella etica; colpevolezza giuridica e colpevolezza morale si basano su medesimi elementi; la pena è espressione di quell'idea di castigo che appartiene alla legge morale e divina.

Secondo Bettiol, merito di tale impostazione è della Scolastica, la quale non distingue la colpevolezza giuridica da quella morale, perché non distingue la *legalità* dalla moralità dell'azione, ma considera l'azione punibile in quanto immorale, e illegale in quanto immorale. Fulcro di tale concezione è l'idea che l'azione umana sia punibile in quanto *volontaria*, pertanto non ha senso frammentarla separandone il momento volitivo da quello naturalistico o fenomenico, per dire che compito delle leggi morali sarebbe occuparsi del primo, cioè della coscienza dell'individuo agente, mentre compito delle leggi giuridiche sarebbe quello di giudicare il fatto conseguente all'azione. Ciò che Bettiol ricava da tale impostazione, è l'inscindibilità del giudizio esterno all'azione da quello interno alla stessa, quindi la complementarità di quelli che i penalisti chiamano elemento oggettivo e soggettivo del reato. Oggetto del giudizio penale è il fatto *colpevole*, non il fatto in sé, sganciato dalla volontarietà dell'azione, colposa o dolosa che sia. Oggetto di quello morale è, secondo la Scolastica, la volontarietà dell'azione

---

<sup>242</sup>Si pensi ai cosiddetti anarco - capitalisti, filosofi ed economisti provenienti dalla scuola austriaca di economia. Il loro massimo esponente è lo statunitense Murray Rothbard.

<sup>243</sup>BETTIOL G., Op. cit., pp. 19-20.

unita però alle conseguenze fenomeniche della stessa. Entrambi guardano all'azione nel suo complesso, incentrandosi sull'elemento che la rende punibile: *la volontà*. Non solo: entrambi i giudizi si basano sul presupposto della conoscibilità del precetto violato, perché è rimproverabile solo colui che abbia agito nella consapevolezza di violare la norma, giuridica o morale che sia.

Questa ricostruzione, oltre ad aiutare a capire le origini della retribuzione morale, è utile a comprendere le radici del diritto penale, e il suo rapporto con la morale.

E' nota l'affermazione di Bettiol, contenuta nel suo *Problema penale*, secondo cui *il diritto penale è una filosofia*, ed è nato come filosofia. “*Senza per ora insistere sul carattere concreto che anche la considerazione filosofica deve assumere (...)*” - sostiene - “*si può senz'altro affermare che storicamente il diritto penale è nato su di un piano filosofico, su di un piano cioè di ragione ove l'esperienza non fu chiamata in causa. (...) E' la natura dell'uomo a costituire il punto cruciale della materia, e sebbene tutti si trovino d'accordo nell'affermare la razionalità di questa natura, il disaccordo incomincia a farsi aspro quando si addviene all'esame del contenuto e dei limiti di questa razionalità. Quale è la natura del rapporto tra uomo e uomo; quale quella del rapporto tra la libertà del singolo e l'autorità del gruppo politico al quale l'individuo appartiene? Ecco due questioni filosofiche oltre che politiche le quali postulano una presa di posizione ed una soluzione, se al diritto penale si vuole dare un contenuto e una ragione di essere*”.<sup>244</sup> Il diritto penale investe infatti un problema di ampie dimensioni per la filosofia morale e politica: quello di giustificare la limitazione della libertà individuale attraverso la pena, e di definire i termini di legittimazione del potere che la applica.

L'uomo è per natura soggetto morale in quanto razionale, dotato di una coscienza che lo rende responsabile delle proprie azioni di fronte a Dio e alla comunità di appartenenza. Tale responsabilità lo rende rimproverabile e meritevole di essere punito sia da Dio che dai giudici terreni; alla base della rimproverabilità sta il libero arbitrio, ovvero la libertà *morale* di scegliere tra il bene e il male. Oltre ad una libertà *esteriore*, che attiene all'agire in termini naturalistici, c'è una libertà *interiore* che attiene ai valori che ciascun individuo sceglie di far propri.

Della libertà intesa in questo doppio significato deve occuparsi, secondo Bettiol, la

---

<sup>244</sup>Ibidem.

scienza penale: “Quando (...) si parla di libertà non si intende solo la esenzione da vincoli esterni, ma anche quella da vincoli interni, senza della quale l'uomo come persona morale scompare nel buio. E' questo ultimo il punto di sutura tra il diritto penale e la morale, o meglio la ragione ultima per la quale si è voluto risolvere il diritto penale in quella parte dell'etica sociale la quale postula un intervento statale onde punire azioni dell'uomo che compromettono una ordinata convivenza. E quando si parla di punizione si intende usare questo termine in un significato sostanziale che richiama quello di retribuzione, di riprovazione, e di castigo”<sup>245</sup>

Se la definizione formale di pena è che essa è “la conseguenza giuridica di un reato, cioè la sanzione predisposta per la violazione di un precetto penale”, non può il penalista fare a meno di porsi queste quattro domande: *perché punire, come punire, quando* (cioè quali comportamenti) *punire, chi punire*. Anche coloro i quali volessero espungere queste problematiche dal proprio campo scientifico limitandosi ad un acritico tecnicismo giuridico, e quindi ad uno studio della e sulla norma quale puro dato legislativo, assumono una posizione filosofica, fanno una filosofia del diritto penale, attribuiscono al diritto penale una determinata connotazione filosofica.<sup>246</sup>

Se fino al medioevo la penalità non può fare a meno della giustificazione divina, nell'età moderna si inizia a distinguere la pena inflitta da Dio da quella inflitta dall'uomo. Iniziano a porsi le basi per una lenta e graduale separazione tra norma giuridica e norma religiosa. La modernità sconvolge tutto, anche il diritto. Con essa nasce la scienza giuridica, dotata di quella sistematicità che caratterizza il diritto odierno, codificato e sistemato in modo organico. Nasce anche il diritto penale come disciplina autonoma, emancipata dalla filosofia e dal diritto civile.

Tale sistematicità caratterizzerà ogni campo del sapere, perché l'uomo acquista fiducia in sé e nella propria capacità, mediante la ragione, di ampliare le conoscenze e di studiare la natura per poterla trasformare. La centralità della ragione, nell'atteggiamento mentale e nel pensiero filosofico, che caratterizzano quest'era favoriscono la nascita del cosiddetto metodo scientifico, al quale si deve non solo il sorgere della scienza e della tecnica, ma anche lo studio sistematico e ordinato di ogni campo dello scibile

---

<sup>245</sup>Ibidem.

<sup>246</sup>Ibidem, p. 22. Si noti come Bettiol disprezzi tale filosofia definendola “pessima”.

umano.<sup>247</sup> Ciò è possibile perché l'uomo moderno, elaborando e dotandosi del metodo analitico-deduttivo, si pone alla scoperta della natura per comprenderla, allo scopo di trasformarla e adattarla secondo le sue esigenze, e migliorare così le proprie condizioni di esistenza.<sup>248</sup> Se fino al medioevo si pensava che l'ordine terreno fosse immutabile perché voluto da Dio, e quindi l'uomo dovesse ad esso adeguarsi, pena il giudizio divino, con la modernità si fa strada l'idea che sia l'uomo l'artefice dell'ordine terreno, che egli sia dotato insomma di un'autonomia che gli deriva dalla ragione, e lo renda capace di costruire un proprio mondo con valori e regole da lui elaborati senza bisogno di ricorrere al trascendente.<sup>249</sup> *“La mente autonoma e legislatrice dell'homo faber pretende (...) di ravvisare un più o meno compiuto sistema assiologico universale, in base al quale riformare il mondo circostante.”*<sup>250</sup> L'homo faber è in grado di darsi un sistema di valori senza doverli ricercare nei testi sacri e in una verità rivelata. Ciò lo porta a ricercare una propria verità con gli strumenti che la ragione gli ha messo a disposizione: il ragionamento logico e il metodo analitico-deduttivo. Ad una Verità assoluta perché rivelata, che pure non viene disconosciuta o abbandonata, ma gradualmente ridimensionata e relegata all'ambito religioso e metafisico, si affianca una verità relativa cui l'uomo perviene mediante la ricerca scientifica, che perciò è sperimentale, analitica e provvisoria, perché esposta alla verifica e alla confutazione<sup>251</sup>. Il razionalismo moderno condurrà poi a diversi e opposti sbocchi: (all'individualismo,

---

<sup>247</sup> Francesca Zanuso, dà questa definizione di modernità: *“Con il termine modernità intendo riferirmi all'atteggiamento mentale, dominante nel periodo che va dal secolo XV alla seconda metà del XX, per il quale l'uomo, razionalista ed individualista, elabora in ogni campo del sapere un sistema ordinato di concetti in base al quale perseguire un progetto di trasformazione della natura e dell'ambito dei rapporti intersoggettivi, finalizzato ad ottenere ed ampliare il proprio benessere materiale e psichico.”* (ZANUSO F., *La concezione retributiva fra modernità e postmodernità*, in CAVALLA F., *Ripensare la pena*, Padova, 2004, Cedam, p. 125).

<sup>248</sup> Il cristianesimo ha favorito questo atteggiamento nei confronti della natura. Secondo la tradizione cristiana, infatti, la natura è messa da Dio a disposizione dell'uomo perché la possa usare e sfruttare; egli quindi è legittimato a trarre da essa ciò che gli è utile per la sua esistenza terrena. Tale concezione del rapporto fra uomo e natura, ben diverso da quello degli antichi, per i quali la natura, quale prodotto divino, andava rispettata e contemplata come un qualcosa di eterno e immutabile, ha contribuito al sorgere della scienza e della tecnica in epoca moderna.

<sup>249</sup> *“La ragione è chiamata ad attuare la propria autonomia non più rispecchiando un supposto ordine dell'intero, ma piegando tutto al proprio volere progettuale.”* (CAVALLA F. *La verità dimenticata. Attualità dei Presocratici dopo la secolarizzazione*, CEDAM, Padova, 1996, p. 49).

<sup>250</sup> ZANUSO F., op. cit., p. 126.

<sup>251</sup> CAVALLA F., op. cit., p. 49.

che sul piano giuridico partorisca due sistemi di pensiero: il giusnaturalismo liberale, e il contrattualismo; all'organicismo e al positivismo giuridico).

L'ordine volontaristico e progettuale, che secondo il pensiero moderno è frutto dell'argomentare analitico deduttivo (a sua volta concepito come una concatenata serie di nozioni o regole consequenziali le une alle altre, partenti da un'ipotesi data e non dimostrata deduttivamente) darà luogo a modelli di società ben determinati e strutturati, quale quello liberale, socialista marxista, democratico, ai quali si affiancheranno le corrispondenti forme di stato. E' con la modernità che nasce quell'organizzazione del potere cui abbiamo dato il nome di stato, la cui legittimità sarà fatta derivare dalla volontà divina (si pensi alle monarchie assolute), dal contratto sociale, dalla volontà del popolo sovrano, a seconda dei momenti storici e delle ideologie di volta in volta prevalenti nelle diverse realtà dell'occidente<sup>252</sup>. Spiega Francesca Zanuso che nell'ambito del progetto riformatore che dovrà portare alla nascita di questi archetipi di società, il diritto penale svolge il primario compito di salvaguardare la pace sociale, espletando due fondamentali funzioni: quella del controllo sociale, proteggendo la società dalla devianza, e quella di tutelare la *suitas*, vale a dire la libertà individuale e gli altri diritti fondamentali della persona, sia dalla giustizia privata (per sua natura informale e quindi arbitraria), che dai possibili abusi del potere statale.<sup>253</sup>

In realtà il pensiero moderno non ha sviluppato modelli uniformi di diritto e di giustizia penale, bensì sistemi tra loro molto differenti e fondati su presupposti filosofici o ideologici completamente diversi. Ciò che li accomuna è la sistematicità, l'ordine interno che li fa essere organici e coerenti; caratteristiche queste che sono proprie anche delle grandi teorie della pena che hanno dominato fino alla fine dell'ottocento, e che tanto hanno interessato e diviso gli studiosi al punto da far nascere, come in Italia,

---

<sup>252</sup>Secondo Francesco D'Agostino in età moderna l'autorità statale diviene il fondamento laico della pena. (D'AGOSTINO F., *Diritto e secolarizzazione*, in *Pagine di Filosofia giuridica e politica*, Milano, p. 55 e seg.). La "sacralizzazione" dello stato, utile persino oggi per giustificare l'esistenza, ed essenziale alle monarchie, sia assolute che costituzionali, per legittimare il loro potere nei secoli scorsi, ha determinato la secolarizzazione della concezione assoluta e morale della pena, che sebbene acquisti una sua autonomia dalla religione, rimane comunque "figlia" dello *ius talionis*.

<sup>253</sup>ZANUSO F., op. cit., p. 128. In verità non tutti i modelli di stato e di società che secondo l'Autore sono frutto del pensiero moderno hanno sviluppato ugualmente sistemi penali orientati nella difesa della sfera di autonomia soggettiva e dei rapporti intersoggettivi (a loro volta regolati dalla libertà individuale). Basti pensare alla società marxista.

Scuole ad esse ispirate<sup>254</sup>. Ci riferiamo alla teoria assoluta della pena, ovvero il retribuzionismo, e alle teorie relative o preventive, nelle differenti versioni della prevenzione generale e speciale. Queste teorie, pur essendo elaborate nel corso della modernità, nascono da concezioni ben più risalenti, perché, come abbiamo già avuto modo di dire, la domanda sul *perché dellapena* ha da sempre interessato i filosofi, e questi, fin dall'antichità, hanno tentato di fornire delle risposte<sup>255</sup>. Come afferma la stessa Zanuso, il pensiero moderno non fa altro che “*elevare a sistemi concezioni che fin dai primordi dell'Occidente avevano tentato di offrire giustificazione al fondamento ed ai limiti della sanzione penale*”<sup>256</sup>.

Ciò lo si deve alla nascita dello stato moderno sul piano storico, ed alle teorie sviluppate dai filosofi politici del sei-settecento per giustificarlo sul piano filosofico. In tale contesto, la riflessione sulla pena viene sviluppata all'interno della costruzione teorica che legittima la concentrazione del potere del monarca prima nelle monarchie assolute, poi in quelle costituzionali. Essa acquista una dimensione politica e pratica legata alla formazione di una nuova entità politica sconosciuta alla storia antica e medievale, detentrica del monopolio della forza<sup>257</sup> e, come tale, detentrica del potere punitivo: lo stato. Se il potere punitivo rappresenta l'esplicazione più autoritaria del potere politico troverà in quest'ultimo la sua stessa legittimazione. Allora la domanda di fondo, a carattere filosofico, sul *perché punire*, non può che trovare una risposta all'interno delle

---

<sup>254</sup>Francesco Cavalla colloca le concezioni fondamentali della pena in una tradizione secolare che risalirebbe almeno al *Gorgia* di Platone. (CAVALLA F., *La pena come riparazione*, in *Ripensare lapena*, Padova, 2004, CEDAM, p. 5).

<sup>255</sup>Cfr Platone, *Parmenide*, 324 a b, (...) XIII.

<sup>256</sup>ZANUSO F., Op. Cit., p. 128. Afferma l'Autrice che “*La tesi retributiva e quella preventiva (nelle sue due versioni) vengono (...) rielaborate in modo da proporsi come costruzioni intellettuali, dotate di un intrinseco ordine e organicità, ed in grado pertanto di offrire risposte puntuali a tutte le domande che scaturiscono dalla prassi penalistica. Le versioni della retribuzione o della prevenzione, che si oppongono talvolta veementemente nel corso dei secoli moderni, sono ambedue coerenti prodotti della modernità; esse risultano infatti ideologicamente compatibili con la mentalità dominante e si affermano a seconda della concezione antropologica e sociale teorizzata più o meno esplicitamente dai pensatori moderni*”.

<sup>257</sup>Il concetto di stato come lo intendiamo noi oggi è recente ed appartiene all'era moderna. Nell'antichità e nel medioevo l'organizzazione del potere avveniva, come noto, nelle forme della città-stato, dell'impero, del libero comune. In particolare, è con la modernità che nasce, a partire dal XVI secolo, lo stato nazionale, e si assiste ad una profonda trasformazione dell'organizzazione del potere politico rispetto al periodo medievale: non più diffuso ed “orizzontale”, ma accentrato e “verticale”. Ciò si riflette anche nel mondo del diritto, le cui fonti, nell'età di mezzo, erano frastagliate e diffuse come frastagliato e diffuso è il potere politico ed amministrativo.



costruzioni teoriche con le quali la filosofia politica del XVII e XVIII secolo ha dato una spiegazione del nascente stato moderno. Di qui la secolarizzazione del concetto stesso di pena, poiché perde sempre più di importanza ogni riferimento all'etica e alla giustizia per giustificare quello che essa è sul piano strettamente fattuale: sofferenza inflitta a colui che ne è destinatario.

La necessità di giustificare, sul piano filosofico, un atto umano finalizzato ad infliggere dolore a colui al quale è rivolto, ha arrovellato i filosofi morali di ogni epoca, i quali hanno dovuto fin da sempre confrontarsi su due prospettive: quella della pena volta a prevenire futuri atti criminali, in un'ottica di pura prevenzione e, quindi, di utilità; quella della pena volta a castigare per il male commesso, in un'ottica di pura giustizia.

Utilità e giustizia sono i due poli su cui si è sviluppata la secolare discussione filosofica sulla pena, fin dall'antichità.

Sarebbe un errore pensare che la concezione di pena come difesa sia legata esclusivamente all'individualismo moderno e all'utilitarismo. Vero è, però, che questi ultimi hanno senza dubbio posto sullo sfondo, relegato a “vetusta” e antistorica concezione arcaica, l'idea della pena come castigo, perché a sfondo religioso. Come se l'idea di castigo recasse in se, necessariamente, l'idea della penitenza cristiana, che oltre ad essere la conseguenza del peccato, è anche quella dell'assoluzione dal peccato.<sup>258</sup> Come se l'idea di pena come giusta afflizione per il male commesso non potesse fare a meno di un substrato religioso, dal quale ricavare l'essenza del bene e del male, quando, in realtà, è possibile desumere cosa è bene e cosa è male anche da una ricerca che prescindendo da una data dottrina religiosa. La filosofia greca ne è un candido esempio.

Il motivo dello snaturamento della pena, della negazione della sua essenza, la quale si asside sull'espiazione della colpa, è dovuta ad una duplice necessità che si presenta agli illuministi: quella di “secolarizzare” il diritto penale per renderlo razionale rispetto alla dimensione utilitarista che caratterizza una parte del giusnaturalismo moderno, e sulla quale viene costruita la genesi “contrattuale” dello stato; quella di attribuire alla pena lo scopo di difendere i diritti soggettivi e la conservazione delle istituzioni statali preposte alla loro difesa.

In seno al contrattualismo si sviluppa una concezione della pena puramente utilitaristica

---

<sup>258</sup>A ben vedere, la penitenza inflitta nel sacramento della confessione non è concepita soltanto la sanzione per il peccato commesso, ma come strumento di redenzione conseguente all'assoluzione dal peccato stesso. La penitenza è, quindi, conseguenza del pentimento e dell'emenda del peccatore.

per via del fatto che essa viene ricondotta al diritto di difesa del singolo rispetto alle aggressioni altrui che, nello stato di natura, sono inevitabili, in quanto l'istinto di sopraffazione è innato nell'uomo.<sup>259</sup> Precursore di tale concezione è Thomas Hobbes, il primo a proporre una teoria fondativa dello stato moderno incentrata sul contratto sociale.

Tuttavia non tutti gli autori che, rifacendosi ad Hobbes, elaborano delle loro tesi a fondamento dello stato moderno, altrettanto improntate sulla nozione di contratto sociale, propongono una stessa nozione di pena, ed espungono da essa ogni riferimento etico.

In Locke è evidente che la pena, ancorché mirante alla protezione dei diritti, debba tendere alla giustizia, la quale si desume dalla legge di natura, immutabile perché fondata sulla ragione.<sup>260</sup>

In Hobbes, invece, la pena è razionale non perché giusta e basata sulla legge di natura, ma perché mira a difendere il singolo dalla naturale tendenza di ciascun individuo ad espandere i propri diritti. Una tale concezione della pena come difesa, delineata in modo esemplare da Hobbes, non è altro che la conseguenza di una ricerca sul significato della pena che si appunta sul dover essere, e non sull'essere della pena stessa. Il senso della pena viene ricercato non nella sua ontologia ma nella sua teleologia.

A tali conclusioni giunge Mauro Ronco, per il quale alle origini del concetto di pena come “difesa” vi è la scelta metodologica degli illuministi di non occuparsi della dimensione ontologica e filosofica della pena, per concentrarsi su ciò che la pena deve essere nella sua dimensione “pratica e operativa”<sup>261</sup>. Non a caso il tema della pena viene

---

<sup>259</sup>Sul contrattualismo e sulla differenti costruzioni di Hobbes e di Locke si rinvia al cap. II.

<sup>260</sup>Cfr. cap. II.

<sup>261</sup>Mauro Ronco rende conto di un duplice livello su cui può attagliarsi la riflessione sulla pena: l'uno che trae spunto da ciò che la pena è nel suo concreto manifestarsi; l'altro che muove da ciò che la pena dovrebbe essere, in base ad una prefissata funzione ad essa attribuita. *“Si potrebbe dire, avvicinandosi al tema per approssimazioni successive, che al primo livello si scandaglia ciò che la pena è nell'esperienza che si offre all'osservatore disinteressato; al secondo livello si approfondisce ciò che la pena dovrebbe essere, alla luce della funzione che l'operatore, il consulente di politica criminale o lo scienziato di diritto penale vorrebbero che essa svolgesse.”*

Non è casuale che l'Autore riferisca il secondo approccio all'operatore del diritto che svolga compiti di consulenza in favore dell'organo politico di governo: in questa veste, lo scienziato del diritto penale deve pensare alla pena come ad uno strumento funzionale alla necessità di tenuta delle istituzioni politiche, di mantenimento dell'ordine e della sicurezza interna allo stato.

Egli rileva come a questa duplicità di prospettive corrisponda una *“tensione irrisolta, interna al medesimo ricercatore, tra un dato sostanziale indesiderato, ma perpetuamente incombente, e un orizzonte ipotetico fortemente voluto, ma che sarebbe altrettanto vigorosamente tradito dall'esperienza.”*

affrontato dagli illuministi nell'ambito della riforma penale, quindi in una prospettiva prettamente politica, tanto da cancellare del tutto ogni “*prospettazione filosofica del problema*”<sup>262</sup>.

Va pure evidenziato che il ripensamento della pena nell'ambito della riforma penale sia la conseguenza del rifiuto, da parte degli illuministi, dell'uso arbitrario ed inumano che di essa è stato fatto nel passato. Si pensa che introducendo il principio di legalità e vincolando il giudice all'applicazione di pene predeterminate secondo le esigenze di protezione dei diritti e delle istituzioni statali se ne possa evitare l'abuso. Una pena che oltrepassi i limiti imposti dalla necessità di protezione e sicurezza è una pena irrazionale, come afferma Hobbes<sup>263</sup>, e come sostiene Cesare Beccaria nel suo celebre “*Dei diritti e delle pene*”.

Il passo successivo intrapreso dai filosofi illuministi è quello della umanizzazione della pena, attraverso la sostituzione delle pene corporali, fino ad allora le più praticate, con la detenzione carceraria, che rappresenta, per l'epoca, una conquista di civiltà.<sup>264265</sup>

E' in questa stagione di riforme che riaffiora prepotentemente lo “scandalo” che la pena ha sempre suscitato fra i filosofi, dovuto al fatto che essa che ha, come effetto, quello di generare, in colui che la subisce, una sofferenza fisica e psichica.<sup>266</sup> Di qui il bisogno di

---

RONCO M., *Il problema della pena, alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 5.

<sup>262</sup>A fronte di una duplice attitudine riflessiva sulla pena, l'una, di tipo filosofico, che è “*volta criticamente e dialetticamente ad afferrare nel fatto il suo <verum>*”, l'altra di tipo operativo, “*intesa a fare dell'idea astratta e generale lo strumento per la destrutturazione e/o la ricostruzione dell'esistente storico*”, i filosofi e i penalisti illuministi optano per questa seconda “*modalità di pensiero*”, la quale prevarrà allora come oggi. La prospettiva filosofico-ontologica è, secondo l'Autore, quella che parte dalla pena per come è e come si manifesta in concreto, per ricavarne l'essenza nel suo <verum>. La prospettiva “pratico-operativa”, invece, rifiuta la pena per quello che è concretamente, perché non è spiegabile senza ricorrere a fini ulteriori ed esterni alla stessa. Paradossalmente, tale approccio guarda alla pena in astratto, per come si vorrebbe che fosse, per spiegarla come concreto strumento politico. *Ibidem*.

<sup>263</sup>

<sup>264</sup>La detenzione carceraria è un portato della riforma illuministica del sistema penale, dal momento che si presenta più umana rispetto alla pena corporale, ordinariamente praticata sia nell'antichità che nel medioevo, mentre la reclusione era riservata ai condannati per motivi politici e di alta levatura sociale, oppure agli arrestati in attesa di giudizio. Inoltre la detenzione carceraria garantisce l'uguaglianza di tutti i rei, a prescindere dalla loro estrazione sociale, rispetto alla pena, posto che la privazione della libertà personale – pensano gli illuministi – presenta per tutti uno stesso grado di afflizione.

<sup>265</sup>Nel sintetizzare l'esito della riforma penale illuministica, Ronco evidenzia come la pena venga da un lato resa più umana, attraverso il superamento delle sanzioni corporali, dall'altro trasformata in una “*tecnica di condizionamento*” dell'agire umano, “*volta a provocare l'adeguamento e la normalizzazione attraverso l'operazione sulla sensibilità, mettendo in disparte il tema della giustizia partecipata e partecipante dell'atto che tale violenza attira come conseguenza a essa intrinsecamente inerente.*” *Ibidem*, p. 31.

<sup>266</sup>Di tale scandalo ne sono ben consapevoli anche i filosofi greci, fra cui Platone, la cui ricerca sul senso

attribuirle uno scopo che giustifichi tale effetto e lo renda moralmente accettabile. La pena retributiva, comunemente ed impropriamente definita pena senza scopo<sup>267</sup>, non solo non è sufficiente ad offrire questa giustificazione morale, ma è considerata pura vendetta e dunque irrazionale da quegli autori, come Hobbes<sup>268</sup>, che rifiutano l'idea della pena come meritato castigo.

Di qui una nozione relativa della pena che mira a dare di essa una spiegazione utilitaristica: la pena ha senso se indirizzata ad uno scopo utile per la società, che non è quello di attuare la giustizia secondo un dato ordine morale, perché non è compito dello stato realizzare la giustizia.

L'esito più estremo di tale di una tale concezione è quello di considerare giusta la pena utile alla conservazione della società e dello stato, poiché l'utile e il giusto si sovrappongono: è giusto ciò che utile ed è utile ciò che giusto. Ma poiché l'utile è un concetto relativo, che varia da società a società e in base al periodo storico, anche il diritto penale dovrà risentire dei cambiamenti sociali, e quindi delle diverse esigenze di protezione che si possono presentare nel corso del tempo. La selezione dei fatti criminosi meritevoli di pena sarà quindi fatta in relazione a contingenti esigenze politiche, senza alcun riferimento ad un dato ordine etico nel quale l'uomo, in quanto uomo, possa riconoscersi. Conseguentemente, una concezione relativa e, quindi, utilitaristica, della pena, non può che giustificare qualunque tipo di sanzione per qualunque tipo di reato, purché sia utile al mantenimento dell'ordine sociale. Se la tortura è utile ad estorcere informazioni utili dal colpevole sarà giusta. Se la pena corporale costituisce un deterrente valido, sarà altrettanto giusta. Lo stesso dicasi per la pena di morte, che, come noto, gli illuministi più "illuminati" come il Beccaria ammettevano tranquillamente.

---

della pena li porta a sostenere vuoi tesi retribuzioniste, vuoi tesi di ispirazione, diremmo noi oggi, generalpreventive.

<sup>267</sup>La pena concepita come retribuzione ha infatti uno scopo, che è insito nella sua stessa essenza, ovvero quello di rendere giustizia.

<sup>268</sup>Da notare come Hobbes, in *Elementa philosophica de cive*, assimili la pena alla vendetta per denunciarne l'irrazionalità e sostenerne il superamento con una sanzione che si prefigga lo scopo di "correggere il peccatore o di migliorare gli altri con l'ammonimento della pena inflitta". Da notare come Hobbes nel considerare la pena *tout court* come vendetta, ne riconosca la naturale essenza retributiva. Tuttavia, nel prospettarne il superamento, prefigura una pena finalizzata alla prevenzione, secondo la tradizionale duplice accezione di strumento di correzione del deviante, che chiama peccatore, e di intimidazione. Il fatto che Hobbes si riferisca al reo come peccatore è indicativo di quanto fosse radicata in lui l'idea che la pena avesse un forte ascendente religioso.

## 4.2 La pena assoluta e la pena relativa

Per pena assoluta si intende una pena che si giustifica in se stessa, in quanto conseguenza del male commesso, formalizzato nel concetto di reato, e che non persegue altro fine se non quello di rendere giustizia infliggendo al colpevole un male proporzionato a quello da lui compiuto. La sanzione trova quindi il suo perché nel fatto *delittuoso* avvenuto nel passato: per usare le parole di Seneca, il suo fondamento sta nel “*quia peccatum*”.

Tale concezione si fonda su una teoria della giustizia di tipo distributivo, per la quale l'uomo, in quanto essere razionante in grado di discernere tra il bene e il male, e di orientare la sua condotta in modo consapevole, merita di essere punito o premiato dalla società cui appartiene a seconda che i propri comportamenti siano consoni o contrari ai valori che la società stessa si è data. Per tanto la pena assoluta è il castigo meritato, conseguente alla responsabilità morale, prima che giuridica, del soggetto agente, al quale è giusto infliggere un'afflizione quantitativamente pari alla sofferenza arrecata con il proprio atto delittuoso.

E' questa la più arcaica concezione della giustizia, risalente, come noto, all'Antico Testamento (*Legge del taglione*), che nonostante sia stata sottoposta a dure critiche nel corso degli ultimi tre secoli<sup>269</sup>, tanto da far pensare ad una sua definitiva scomparsa, è tutt'oggi ben presente nel sentire comune delle società occidentali<sup>270</sup>. Il senso più diffuso di giustizia è infatti quello che vuole che colui che ha compiuto un'azione ritenuta - nel tempo e nella società in cui è avvenuta - “delittuosa”, riceva una sanzione proporzionata alla gravità del “delitto” commesso. L'aspettativa che l'uomo comune matura nei confronti delle autorità statuali è infatti quella di veder punire in modo giusto chi ha fatto del male<sup>271</sup>. La punizione è percepita come un imperativo morale a cui lo stato, cui

---

<sup>269</sup>Come vedremo, umanitarismo e utilitarismo penale, dominanti tra il XVIII e il XIX secolo, sottoporrono a serie critiche la teoria retributiva, sostenuta invece, con differenti orientamenti, da Kant ed Hegel.

<sup>270</sup>Francesco Cavalla individua nel bisogno dei corpi sociali di un tale tipo di giustizia una secondaria giustificazione della prassi retributiva, oltre a quella, primaria, della distribuzione, all'interno dei corpi sociali medesimi, di premi e sofferenze in rapporto alla bontà o malvagità della condotta tenuta da ciascun consociato. (CAVALLA F., Op. cit., pp. 5-6).

<sup>271</sup>Vari sono gli autori che sottolineano come la necessità di soddisfare il bisogno psicologico delle masse di punire i reati secondo criteri retributivi sia alla base del riemergere di teorie assolute nel corso degli ultimi tre decenni del secolo scorso. Rispetto al neo-retribuzionismo si vedano le considerazioni

è delegata, non può rinunciare. Compirebbe ingiustizia uno stato che sottoponesse a una pena sproporzionata (o perché troppo bassa, o perché troppo alta rispetto alla gravità del fatto di reato) o che rinunciasse a punire in vista di altri fini (per esempio adottando provvedimenti quali indulto e amnistia o istituti indulgenziali come la sospensione condizionale della pena, tutti strumenti di politica criminale che mirano a perseguire scopi ultronei alla giustizia).

Il retribuzionismo è per antonomasia la classica teoria assoluta della pena. Lo è quello pre-moderno, di ascendenza teologico-cristiana, e quello secolarizzato messa a punto da Kant ed Hegel, nelle differenti versioni del retributivismo morale e di quello giuridico. Ciò che li distingue è soprattutto la fonte di legittimazione: la legge divina nel primo; un sistema assiologico (che può anche, a seconda dei casi, contenere principi religiosi), appartenente ad un determinato corpo sociale in un preciso momento storico, nel retributivismo morale kantiano; la violazione di un diritto protetto dalla norma statale in quello giuridico di Hegel.

Le teorie relative sono quelle che giustificano la pena su scopi ultronei alla giustizia per come l'abbiamo fino ad ora intesa, cioè per fini che non dipendono dal perseguimento di un'ideale distribuzione del bene e del male, a seconda del comportamento tenuto dal soggetto nel passato. La sanzione non si giustifica nel male arrecato, bensì negli scopi relativi e contingenti che lo stato si è posto di perseguire con essa, ricorrendo a criteri utilitaristici.

Mentre la pena assoluta guarda al passato perché lì c'è ciò che la motiva e la rende giusta (*quia peccatum*), la pena relativa guarda al futuro perché nel futuro si collocano gli scopi che la giustificano. Sempre per usare le parole di Seneca, la sanzione relativa punisce *non quia peccatum, sed ne peccetur*. Se la pena nella concezione retributiva è il fine che i pubblici poteri perseguono, perché nel fine della retribuzione sta il mezzo per rendere giustizia (fine e mezzo si sovrappongono perché nella pena si realizza il principio, assoluto, della giustizia), la pena relativa è solo un mezzo con cui lo stato cerca di realizzare quella pace sociale per cui – secondo le tesi utilitaristiche e contrattualistiche – è stato creato.

Le teorie relative sono state infatti elaborate all'interno di quel grande filone di pensiero

---

critiche di L. Eusebi in *La "nuova" retribuzione*, sez. I, in Riv. it. dir. proc. Pen. XXVI (1983), p. 969, e Pavarini in M. Pavarini, *Lo scopo della pena*, (...), p. 308.

che tanto ha influenzato la cultura moderna e la filosofia morale e politica in particolare, l'utilitarismo.

Principio cardine di tale pensiero è che vale ciò che è utile, quindi l'indice dei valori morali sarà dato da ciò che razionalmente è ritenuto utile all'uomo al fine di perseguire un progressivo miglioramento delle sue condizioni di vita<sup>272</sup>. Massimizzare ciò che è ritenuto utile per la società è il compito delle istituzioni statuali. Tale principio, trasposto in ambito penale, porta a finalizzare la pena verso la prevenzione, al fine di garantire agli individui quel clima di serenità e di pace, necessario al loro libero interagire per il raggiungimento del loro massimo interesse. Alla pena giusta delle teorie assolute si contrappone quella utile e preventiva delle teorie relative.

Tale concezione relativistico-utilitaristica si iscrive perfettamente in un'altra corrente di pensiero di ascendenza anch'essa - come l'utilitarismo - illuministica: il contrattualismo<sup>273</sup>. Per i *contrattualisti* infatti, gli individui appartenenti ad una determinata società si organizzano allo scopo di delegare ad altri individui rappresentanti le istituzioni statuali, il compito di proteggerli. Tale protezione è rivolta sia contro le aggressioni esterne alla società medesima, ed attuata mediante l'uso delle forze armate, sia da quelle interne, assicurata dalle forze di polizia e dagli organi giurisdizionali, cui è demandata la risoluzione dei conflitti interni alla collettività organizzata.

Se compito primo dello stato è quello di proteggere i suoi sudditi-cittadini è evidente che il diritto penale dovrà essere del tutto piegato alla cosiddetta difesa sociale, quindi a prevenire la commissione di tutti quegli atti ritenuti dannosi per la realizzazione della felicità del maggior numero di consociati.<sup>274</sup>

Scrivo a tal proposito Bettiol: *“Se la morale deve insegnare agli uomini il modo di diventare felici con la realizzazione dei loro interessi, il diritto penale non può essere concepito se non come strumento di conservazione di quell'aggregato politico*

---

<sup>272</sup>Celebre è il motto di Jeremy Betham, padre dell'utilitarismo: “Utility: or the greatest happines for the greatest number.”

<sup>273</sup>Cfr. cap. II.

<sup>274</sup>Circa la fondamentale teorica contrattualista di Thomas Hobbes, Mauro Ronco rileva come le ragioni che portano gli uomini a consociarsi tramite il contratto sono, per Hobbes, da rinvenire nella necessità di soddisfare un bisogno o di compiacere l'ambizione e la vanità, oltre che nella naturale predisposizione a nuocere agli altri. Di qui il primo fondamento del diritto naturale, che è quello di difendere la vita e l'integrità fisica di ciascun individuo. Il diritto naturale è diritto del singolo alla propria conservazione. Ibidem, p. 9.

“volontariamente” creato dagli uomini per garantirsi reciprocamente le particolari sfere di libertà e di utilità. E' il diritto penale in vista dell'utile individuale, al servizio dell'individuo, ma non già dei valori individuali, perché nell'ambito di una concezione contrattualistica il valore si riduce all'utile, ad una considerazione parziale, non totale, delle esigenze della personalità umana”<sup>275</sup>.

La concezione contrattualistica del diritto penale è quindi basata su un forte individualismo razionalistico, come del resto anche la concezione retributiva, entrambe, vale la pena ribadirlo, figlie della modernità. Sia l'una che l'altra hanno come premessa l'autonomia razionalistica. Però mentre per i retribuzionisti tale autonomia è sorretta dal libero arbitrio e da un forte afflato etico, per i contrattualisti è letta in chiave empirica ed utilitaristica.

Il razionalismo illuministico, oltre a partorire l'utilitarismo e ilcontrattualismo, è alla base anche di un'altra corrente di pensiero che ha influenzato tutte le discipline scientifiche nel XIX secolo, quindi anche il diritto: il positivismo. L'impatto che esso ha avuto sul modo di concepire l'approccio scientifico è a tutti noto: basti pensare al meccanicismo, all'idea di fondo che tutto l'ambito del conoscibile sia riducibile ad un meccanismo naturalistico che lo scienziato deve solo scoprire e capire.

In ambito antropologico il positivismo ha portato a studiare i comportamenti umani tentando - senza peraltro riuscirci - di darne una spiegazione biologica, individuando cioè nei caratteri biologico-genetici dell'individuo le ragioni dei suo agire. L'approccio nello studio della devianza è stato orientato da tali presupposti: basti solo pensare, per rimanere in Italia, all'opera di Cesare Lombroso, *L'uomo delinquente* (1876).<sup>276</sup> Poiché l'agire umano è naturalisticamente predeterminato, non è possibile imputarlo alla coscienza del soggetto agente, e quindi alla sua responsabilità morale e giuridica.

Dalla premessa eziologica secondo cui l'individuo è una “macchina biologica” il cui funzionamento è regolato dal proprio patrimonio genetico, nasce allora il determinismo. Secondo questa teoria, diretta diramazione del positivismo, il comportamento umano è

---

<sup>275</sup>BETTIOL G., op. cit., p. 36.

<sup>276</sup>Secondo Lombroso, medico, la propensione dell'individuo a commettere i reati più gravi è determinata da alterazioni genetiche che comporterebbero delle “anormalità” somatiche tali, da renderlo per ciò stesse riconoscibile. L'uomo delinquente presenterebbe, quindi, dei caratteri somatici irregolari (per esempio la forma del cranio) che ne consentirebbero l'individuazione e la possibile “cura”, per renderlo inoffensivo.



sempre condizionato da fattori esterni alla sua volontà. Conseguenza di ciò è la *naturale* irresponsabilità dell'individuo per le azioni da lui compiute; e se non è responsabile non è neppure rimproverabile, e quindi non punibile.

Da ciò consegue il rifiuto della pena, almeno per come è stata storicamente concepita, ovvero castigo meritato: se le inclinazioni naturali dell'individuo sono tali per cui questi è portato ad agire in modo dannoso verso la società in cui vive, è necessario che essa reagisca con misure atte a neutralizzarne l'“offensività”. Per questo i positivisti spostano la loro attenzione dal reato, concepito come violazione di una legge morale, oltre che giuridica, alla *pericolosità sociale*, che invece è un concetto naturalistico. E a tale concetto si allaccia quello, giuridico, di *misura di sicurezza*, che nell'ottica positivistica si va a sostituire alla pena. Infatti se il presupposto antropologico è che l'uomo sia un essere il cui comportamento è predeterminato dalla genetica e dai condizionamenti ambientali, è inconcepibile che venga punito perché colpevole, in quanto la colpevolezza è un concetto che si basa sulla volontarietà dell'azione, quindi sul libero arbitrio.

*Pena e reato sono termini assiologici, pericolosità e misura di sicurezza termini criminologici e sociologici.*

Ma come qualificare allora, dal punto di vista positivistico, il fatto di reato? Certamente non come “delitto” perché questo è un concetto assiologico, ma come violazione di un bene sociale che diviene anche giuridico, e che serve al buon funzionamento della società. Essa deve difendersi dal soggetto deviante, colui cioè che tiene comportamenti anormali, non consoni a quelli tenuti dalla maggioranza, col rischio che possa “contagiare” il prossimo e indurlo quindi alla sua emulazione. La delinquenza è una malattia che va prevenuta e curata per difendere la società, i suoi beni e i suoi interessi<sup>277</sup>, dal *danno* che essa le può arrecare.

La dannosità di un comportamento, conseguente alla sua pericolosità sociale, è assunto dal positivismo come criterio in base al quale selezionare i soggetti da sottoporre a misura di sicurezza. Il danno sociale è quindi un concetto chiave del positivismo, ma che – secondo Bettiol - ritroviamo anche nel pensiero utilitaristico: “*E che cos'è il diritto penale per i positivisti se non un combinato gioco di concetti per giustificare un*

---

<sup>277</sup>CAVALLA F., op. Cit., p.20.

*intervento “difensivo” dello Stato, onde poter realizzare la felicità del maggior numero di consociati attraverso la segregazione e l'eliminazione del colpevole? Non è forse il reato una azione dannosa che turba la tranquillità e la felicità di un gran numero di consociati per cui è necessario che la felicità di un singolo venga sacrificata per realizzare quella del maggior numero? (...) Si afferma che la pena si giustifica perché serve al mantenimento dell'ordine sociale perché attraverso ad essa lo Stato, quale espressione della collettività organizzata, si difende dagli attacchi della delinquenza e realizza le condizioni di equilibrio fisico della società, alterate o compromesse dal delitto. E' questa la teoria della necessità di conservazione dell'aggregato sociale, avanzata per dare una giustificazione alla minaccia e alla applicazione della pena, la quale però, quando sia intesa in termini naturalistici, porta direttamente alla teoria della difesa, bandiera del moderno indirizzo criminologico.*<sup>278</sup>.

Per capire come al centro del pensiero positivo stiano i concetti di pericolosità e di danno sociale, occorre ricordare che questo è legato ad un'idea evoluzionistica della società, di chiara ascendenza darwiniana. Secondo tale concezione, l'uomo è naturalmente portato ad assumere comportamenti che ne favoriscano la sua adattabilità al mondo circostante, e ai propri mutevoli bisogni. Come le specie animali sono destinate alla selezione naturale in base alla loro capacità di adattamento alle circostanze ambientali, così gli individui che non si adattano alla società a cui appartengono, che non ne accettano cioè i valori dominanti e tengono comportamenti non ortodossi e invisibili alla grande maggioranza dei loro consociati, vengono isolati, esclusi dal consorzio sociale mediante l'inflizione di una misura restrittiva, che necessariamente dovrà essere reclusoria. La reclusione è infatti l'unica soluzione se si vuole estromettere il deviante dalla collettività organizzata, per preservarne quei beni sociali che le sono congeniali per la propria conservazione. Come scrive Francesco Cavalla *“gli interessi sociali (...) vengono identificati con la finalità di proteggere quei beni (ad es.: l'integrità dello stato, della persona, dell'onore, del patrimonio) che la maggioranza dei cittadini ritiene indispensabile siano difesi da ogni eventuale turbativa individuale. L'opinione dei più diventa un fatto decisivo per l'identificazione degli interessi sociali: in quanto deterministicamente orientate in senso evoluzionistico le volontà singolari saranno (si*

---

<sup>278</sup> BETTIOL G, op. cit., pp. 109-110).

presuppone) concordi o complementari apparendo allora espressive di una legge naturale, in senso fisico, irrefragabile e perciò incriticabile”<sup>279</sup>. Le istituzioni sociali, secondo l'evoluzionismo naturalistico<sup>280</sup>, sono quindi frutto di un processo innato di adattamento dell'uomo alle condizioni ambientali, al fine di perseguire il massimo soddisfacimento dei bisogni della società a cui appartiene. Anche il diritto, che è diritto positivo perché posto da pubblici poteri espressivi della volontà della maggioranza, è un'istituzione che nasce per tutelare i beni sociali e gli interessi dominanti della collettività organizzata.

Riepilogando, il pensiero moderno è padre sia delle teorie assolute che di quelle relative

---

<sup>279</sup>CAVALLA F., op. cit., p. 21.

<sup>280</sup>L'evoluzionismo di matrice positivista non va confuso con quello elaborato, nello stesso periodo, da Carl Menger, padre della Scuola Austriaca di Economia, alla quale si deve una teoria gnoseologica applicata alle scienze sociali, del tutto innovativa.

In breve, Menger sostiene che gli individui interagiscano liberamente tra loro per il soddisfacimento dei loro bisogni, così da generare spontaneamente un ordine fondato sulla libertà individuale. Posto infatti che solo l'individuo esiste, pensa e agisce, tutte le forme di organizzazione sociale che si creano, e che sono frutto della libera interazione dei loro componenti, sono entità da non considerare a se stanti rispetto agli elementi (individui appunto) che le compongono.

Le istituzioni sociali non sempre si formano per un disegno razionale di alcuni soggetti che impersonano i pubblici poteri, ma spesso sono il risultato del libero interagire degli individui, in quanto le loro azioni producono conseguenze anche inintenzionali, che sfuggono quindi al volere, e per tanto alla ragione.

Esempio classico di istituzione sociale che è nata in modo spontaneo dalla libera interazione degli uomini è la lingua.

Quella di Menger e dei suoi epigoni è una prasseologia che spiega da un punto di vista individualistico il formarsi delle istituzioni sociali, fra cui il mercato. Egli infatti, oltre che filosofo, è un economista, come lo saranno altri autorevoli esponenti della Scuola Austriaca, Ludwig von Mises e Friedrich von Hayek. Ad essi si deve l'elaborazione di un metodo di studio delle scienze sociali che prende il nome di individualismo metodologico, che mira a studiare i fenomeni sociali partendo dal presupposto che solo l'individuo agisce, e le istituzioni sociali sono spesso il frutto di conseguenze inintenzionali di azioni (individuali) intenzionali.

Tale forma di evoluzionismo si discosta molto da quella di matrice positivista perché la prima poggia su un'idea pessimistica della ragione, secondo la quale il razionalismo porta ad una esaltazione delle capacità dell'uomo di creare un ordine sociale, con il rischio che ciò porti alla tirannide di coloro che sono ritenuti più capaci degli altri di organizzare e guidare una società. Non a caso Von Hayek definirà falso individualismo quello razionalistico proprio perché la fede nella ragione, e nella capacità quindi dell'uomo di progettare una trasformazione della natura e dell'ordine sociale, anziché portare ad uno stato liberale, ha favorito l'avvento del socialismo (Friedrich Von Hayek, *Individualismo, quello vero, quello falso*, Rubbettino, 1997)

L'evoluzionismo deterministico invece è un prodotto del razionalismo, e poggia su presupposti completamente diversi: gli individui, tutt'altro che liberi perché determinati, creano le istituzioni sociali secondo un disegno razionalistico ancorato ad una visione naturalista dell'uomo, per cui egli agisce spinto dalle proprie inclinazioni naturali, condizionato dall'ambiente in cui vive e al quale si deve adattare. La società, al contrario degli evoluzionisti di scuola austriaca, è concepita come un organismo che vive secondo leggi di natura a cui ciascuno dei suoi componenti, gli individui, deve adeguarsi, pena l'espulsione dalla collettività organizzata.

Per tanto mentre l'evoluzionismo degli austriaci è di carattere liberale e individualistico, quello dei positivisti è di tipo organicistico e quindi antiindividualistico. Cfr. Carl Menger, (...).

della pena, in quanto ha contribuito ad una rielaborazione sistematica delle concezioni storiche della pena, quella retributiva, e quella preventiva. Tuttavia nelle teorie relative il peso della *modernità* è maggiore: non a caso sono ritenute le teorie moderne per eccellenza. Esse derivano infatti da due correnti di pensiero che hanno dominato nel corso del XVIII e del XIX secolo: l'utilitarismo e il positivismo, dai quali provengono, il contrattualismo e il determinismo.

Le concezioni relative della pena si dividono, come vedremo più avanti, in una classica bipartizione: la prevenzione generale e la prevenzione speciale. La prima è stata maggiormente influenzata dall'utilitarismo contrattualista, la seconda dal positivismo determinista. Entrambe si basano sull'idea di *pena-difesa*, cioè di una pena finalizzata alla difesa sociale e all'esigenza utilitaristica della *sicurezza*, a cui si contrappone quella retributiva della *giustizia*.

Nella prevenzione generale lo scopo preventivo viene perseguito avendo come punto di vista quello della generalità dei consociati, nel senso che la difesa viene attuata mediante l'intimidazione rivolta all'intera collettività. Ciò lo si attua con la previsione di limiti edittali determinati in base a criteri che attengono alla pericolosità di talune figure di rei, al grado di allarme sociale che un certo reato produce, e con l'esecuzione della pena inflitta non necessariamente ad un colpevole, in quanto basta che il soggetto sia potenzialmente pericoloso perché si giustifichi l'inflizione della sanzione. Fondamentale è che la pena applicata sia adeguata alla pericolosità dell'autore del reato e alla capacità del medesimo di destabilizzare il consorzio sociale, di modo che essa appaia esemplare alla collettività, ed assolvà quindi ad una funzione di deterrenza.

Nella prevenzione speciale invece l'attenzione è rivolta prevalentemente al singolo. Lo scopo preventivo si attua intervenendo unicamente sul soggetto deviante sostituendo la pena con la misura di sicurezza, caratterizzata come non intrinsecamente afflittiva (anche se poi di fatto lo è perché consiste principalmente in una forma di reclusione), in quanto orientata non già a punire, ma a correggere il comportamento del soggetto che ne viene colpito, così da orientarlo in senso valoriale nella direzione del sistema assiologico che la collettività cui appartiene si è data.

Sia la pena *general-preventiva* che quella *special-preventiva* sono pene utili, cioè sono pene con scopo. Però mentre la prima è accolta anche dai sostenitori della visione

liberale dello stato (sia di matrice contrattualistica che giusnaturalistica)<sup>281</sup>, la seconda fa capo a pensatori non certo liberali e tutt'altro che individualisti, e deve molto agli apporti della scienza criminologica e di certa sociologia, entrambe orientate in senso positivistico e deterministico. Se quindi la concezione general-preventiva sarà fatta propria, almeno in parte e combinandola con principi retributivistici, da pensatori giusnaturalisti e liberali come i classici, la prevenzione speciale sarà soprattutto appannaggio di ambienti culturali *di sinistra*, inclini al socialismo e ad una visione tendenzialmente organicistica dello stato.

### 4.3 La pena giusta: il retribuzionismo.

Per una spiegazione sintetica e schematica delle tre fondamentali teorie della pena ci affideremo alle quattro domande a cui il penalista e il filosofo del diritto penale non possono non rispondere, se intendono dare un senso alla disciplina stessa, visto che essa prende il nome proprio dal concetto di cui ci stiamo occupando: la pena. *perché punire* (fondamento della sanzione), *quando punire* (presupposto oggettivo della sanzione), *chi punire* (presupposto soggettivo), *come punire* (struttura della pena). Nel fare questo ci faremo aiutare dal buon lavoro di Francesco Cavalla<sup>282</sup>, che opera una schematizzazione simile e quindi è particolarmente congeniale ad una lettura comparata delle tre fondamentali teorie.

Partiamo dunque dal retribuzionismo.

*Perché punire?* Il retribuzionismo è una teoria cosiddetta assoluta, perché giustifica e pone a fondamento della pena la pena stessa, escludendo che essa possa avere scopi estrinseci, quindi ultronei rispetto all'intrinseca finalità di giustizia che essa ha da sempre portato con sé. Si punisce quindi se è stato arrecato un male, formalizzato dal legislatore come reato, arrecando al colpevole un'afflizione proporzionata alla gravità del reato commesso.

*Quando punire?* La pena è la conseguenza giuridica di un reato, predeterminata in misura fissa o entro un minimo e un massimo edittale. Il reato non è altro che una

---

<sup>281</sup>Per l'Italia si pensi alla Scuola Classica di diritto penale. Cfr. cap. II

<sup>282</sup>CAVALLA F., *ibidem*.

fattispecie generale e astratta nella quale sono sussumibili fatti che esprimono un disvalore, perché contrari ad un sistema assiologico valido, effettivo, conoscibile e precostituito all'azione del reo.

*Chi punire?* Presupposto soggettivo è la *colpevolezza*. Tale concetto sta a significare che il soggetto agente ha agito in modo cosciente e volontario, compiendo quindi un'azione o un'omissione a lui ascrivibile e della quale va ritenuto responsabile, a cui consegue il fatto tipico, ad essa collegato dal coefficiente psicologico della volontà (dolo), o della colpa. Colpevole è quindi colui la cui condotta, attiva od omissiva, che è causa dell'evento tipico, è a lui imputabile, in quanto è da escludere che l'abbia posta in essere incoscientemente, senza cioè averla voluta. Per i retributivisti *colpevolezza* è sinonimo di rimproverabilità, perché solo colui che ha voluto il reato, sia esso doloso o colposo, merita il castigo.

*Come punire?* La pena è *afflittiva, determinata e proporzionale* alla gravità del reato commesso. *Afflittiva* significa che essa deve consistere in una sofferenza, quindi nella privazione di un bene della vita (per es. la libertà personale). *Determinata* vuol dire che per essere applicata deve essere prima contemplata dall'ordinamento, che ne deve fissare la qualità e la quantità per ciascun reato, di modo che da un lato i soggetti ad essa sottoposti sappiano prima di commettere il fatto tipico quale può essere la conseguenza giuridica di esso (principio di legalità della pena, *nulla poena sine lege*), e dall'altro che il potere di infliggere la pena non sia arbitrario, ma vincolato alla legge. La *proporzionalità* è il principio cardine di commisurazione della sanzione retributiva, in quanto ragioni di stretta giustizia impongono di infliggere a chi ha fatto del male un male proporzionato a quello arrecato. La proporzione è il criterio che lega la pena al reato, due concetti opposti (perché l'uno, la pena, è un valore, un giusto merito, mentre l'altro, il reato, è un dis-valore, la negazione cioè del giusto) ma speculari, che nella teoria retributiva sono posti in uno stretto rapporto di consequenzialità.

Ma veniamo adesso alle due principali versioni della retribuzione *moderna*: la retribuzione *morale* e la retribuzione *giuridica*.

#### 4.3.1 Kant e la retribuzione morale.

Kant, insieme ad Hegel, è uno dei massimi teorici della retribuzione. Ad entrambi si deve il recupero di questa atavica concezione della pena ed una sua rielaborazione in

chiave moderna.

Quella di Kant è definita in letteratura retribuzione morale, ed è probabilmente la più vicina alla storica teoria assoluta, trattandosi di una rievocazione dello *ius talionis*. Le premesse della impostazione kantiana le ritroviamo in *Critica della Ragion Pratica*, dove il grande filosofo tedesco elabora i concetti di imperativi ipotetici e categorici. La legge penale è un imperativo categorico, perché per Kant la norma penale deve coincidere con la norma morale, nel senso che la prima deve essere piegata alla seconda, così che si possa punire solo chi viola i principi etici necessari a garantire la libertà ad ogni individuo. Come afferma Francesco Cavalla, “*la libertà individuale è – nel pensiero kantiano – principio universale regolativo dell'intera esperienza etica*”<sup>283</sup>. L'etica kantiana è un'etica della libertà individuale, che implica una legge di ragione regolativa dei rapporti umani, essenzialmente improntata alla difesa dei diritti soggettivi espressivi di tale libertà. Il rapporto tra diritto e morale nel pensiero kantiano è un rapporto di ancillarità: ciò comporta che anche la giustizia penale risponda a principi etici, ai quali lo stato è vincolato sia nel selezionare i comportamenti meritevoli di sanzione (i reati), sia nell'applicare la pena. Non a caso Kant definisce il reato come *una colpevole e fenomenicamente apprezzabile violazione del diritto altrui, che si traduce in una indebita, e per tanto violenta, limitazione della libertà esterna di un cittadino*. Quindi lo stato è vincolato a punire solo quei fatti che sono direttamente o indirettamente lesivi di un diritto soggettivo, e che per tanto violano quella legge etica di ragione che è la libertà individuale<sup>284</sup>.

Quella di Kant è una filosofia del diritto penale fortemente orientata in senso liberale, molto più di quanto non lo sia quella ascrivibile ai pensatori utilitaristi e contrattualisti.<sup>285</sup> In Kant il rifiuto dell'utilitarismo penale è netto. Egli lo giudica

---

<sup>283</sup>Ibidem, p. 53.

<sup>284</sup>La concezione del reato come violazione di un diritto soggettivo, sarà sostenuta in Italia dagli esponenti della Scuola Classica.

<sup>285</sup>Nonostante il contrattualismo di ispirazione liberale abbia segnato un'epoca di conquiste civili con il sorgere dei primi stati liberali, avendo esso fornito un criterio di legittimazione del monopolio della forza che ne rappresentava anche una forte limitazione in favore dei diritti soggettivi, in ambito penalistico esso ha raggiunto posizioni poco soddisfacenti sotto il profilo della difesa della *suitas*. La troppa fiducia in una concezione razionalistico-utilitaristica della giustizia penale ha portato a “limitare” la funzione della pena alla protezione dei diritti soggettivi, con il conseguente paradosso che quello che ai contrattualisti sembrava un limite al potere di punire, in realtà si è rilevato come fonte di legittimazione di un controllo sociale ben lungi dal rispettare la *suitas* del cittadino-suddito.

pericoloso per la libertà individuale in quanto presuppone un uso strumentale dell'individuo in favore di un interesse superiore. *“La punizione giuridica (...) non può mai venire decretata semplicemente come un mezzo per raggiungere un bene, sia a profitto del criminale stesso, sia a profitto della società civile, ma deve sempre venirci inflitta soltanto perché egli ha commesso un crimine. E ciò perché l'uomo non deve mai essere trattato come un puro mezzo in servizio dei fini di un altro ed essere confuso con gli oggetti del diritto reale, contro di che egli è garantito dalla sua personalità innata, quantunque possa benissimo essere condannato a perdere la sua personalità civile (...). La legge penale è un imperativo categorico e guai a colui che si insinua nelle spire tortuose dell'eudemonismo per scoprirvi qualche vantaggio”*<sup>286</sup>. Tale doverosità della pena, espressa definendo la legge penale come imperativo categorico, porta Kant ad assimilare il dovere (*morale*) di compiere un'azione giusta (*imperativo categorico*) con l'imposizione dell'obbligatorietà di un'azione sancita dalla norma giuridica, la quale *da imperativo ipotetico diviene imperativo categorico*, perché assume dentro di sé il principio etico che ne fonda e giustifica la presenza in modo appunto categorico. Osserva M.A. Cattaneo, grande studioso della filosofia penale di Kant, che *“indubbiamente la radice ultima della dottrina penale kantiana è di natura retributiva morale; egli sostiene, infatti, la doverosità della retribuzione penale nel caso di commissione di un delitto, affermando addirittura che la società della popolazione di un'isola, che sta per sciogliersi, deve tuttavia prima giustiziare l'ultimo assassino ancora presente in prigione, affinché ciascuno riceva ciò che ha meritato.”*<sup>287</sup>

Punire è quindi un diritto-dovere del potere statale, che si estende al popolo qualora il

---

La prevenzione mediante l'intimidazione altro non è che una valvola di sfogo per il potere politico, nel quale l'istinto ad espandersi, a travalicare gli argini posti dal costituzionalismo, è sempre stata – come la storia ha dimostrato – latente.

A tal proposito Mauro Ronco rileva nella pena come *tecnica di condizionamento* strumentale al benessere collettivo e all'utilità sociale un segno dell'aporia dell'individualismo: *“Con la teoria della scopo appare per la prima volta in modo autarchico, svincolata da ogni altro fattore, la categoria del benessere dell'insieme, di cui sarebbe sottoclasse omogenea il benessere dell'individuo, che sostituisce le categorie della colpa, della libertà e della responsabile dignità di ogni singolo uomo. Si considera altresì, fino a diventare, esclusiva, la categoria del potere sovrano che, per meglio badare all'utilità dell'insieme, decide dell' <an > e del <quantum> della minaccia necessaria a ottenere l'utilità più grande del corpo sociale, assicurando la regolarità comportamentale di ciascuno.”* Ibidem, p. 31.

<sup>286</sup>I. Kant, *Metafisica dei Costumi*, I, II, Sez. I. nota E.

<sup>287</sup>M. A. Cattaneo, *Pena diritto dignità umana* (saggio sulla filosofia del diritto penale), G. Giappichelli Editore, Torino.



potere sia dissolto, perché l'imperativo categorico di fare giustizia ricade su tutti i membri di una collettività<sup>288289</sup>.

L'itinerario esposto da Kant nella *Metafisica dei Costumi* prende le mosse dal rifiuto del ricatto culturale avanzato dagli illuministi attraverso il rovesciamento del piano su cui discutere della legittimazione – morale prima, giuridica poi – della pena: alla domanda se sia giusto punire l'azione ingiusta del colpevole, essi sostituiscono quella se sia utile punirlo anche quando la società non ne trae alcun vantaggio. Non serve domandarsi quale pena sia giusta e cosa renda giusta una pena, ma se essa comporti una qualche utilità per il reo stesso e per i suoi consociati. Alla giustizia è sostituita l'utilità. Anzi potremmo dire che per gli illuministi è giusta la pena utile, cioè la pena i cui effetti comportano per la società dei vantaggi superiori ai costi sociali conseguenti alla sua esecuzione. La loro attenzione è tutta rappresa attorno all'utilità sociale della punizione, dal momento che la pretesa punitiva dello stato si fonda esclusivamente sulla protezione degli individui. Se lo scopo è proteggere, allora ha senso punire nei limiti in cui ciò serve a preservare i diritti individuali e la conservazione della società organizzata attorno all'idea del contratto sociale. Allora il fondamento della pena non sta tanto nell'azione colpevole, quanto nella pericolosità sociale del suo autore. Benché gli illuministi rimangano ancorati all'idea di un diritto penale del fatto, per cui la responsabilità penale si fonda sul fatto materiale colpevole, l'esecuzione della pena viene sottoposta ad un giudizio di opportunità che trascende la colpa e la valutazione della riprovevolezza del fatto criminoso, per appuntarsi sugli effetti preventivi che essa

---

<sup>288</sup> “Anche laddove la società civile si dissolve col consenso di tutti i suoi membri (se per esempio un popolo abitante su un'isola si decidesse a separarsi e a disperdersi per tutto il mondo) l'ultimo assassino che si trovasse in prigione dovrebbe prima venir giustiziato, affinché ciascuno porti la pena della sua condotta e il sangue versato non ricada sul popolo che non ha reclamato quella punizione.” (I. Kant, Op. Cit.). Questa celebre metafora di Kant è spesso citata in letteratura per esemplificare il senso della pena kantiana. I suoi detrattori, talvolta, la prendono ad esempio per sottolinearne il paradosso intrinseco, che essi strumentalmente estendono a tutta la tesi kantiana, quindi alla retribuzione, dimentichi del fatto che si tratti, per l'appunto, di una metafora! E tali autori, di impronta non a caso special-prevenzionista, denunciano con enfasi l'inutilità e l'inumanità di una pena così concepita.

<sup>289</sup> Mauro Ronco osserva che “tal esempio, nella sua paradossalità, vuol contraddire radicalmentel'ipotesi contrattualistica posta dagli autori illuministi a fondamento della pena: questa, rispondendo a un'esigenza indefettibile di giustizia, dovrebbe trovare applicazione anche nel caso in cui si sciogliesse il consorzio sociale ove il delitto è stato realizzato. Non l'utilità della società, in vista della quale il contratto sarebbe stato stipulato, giustifica la pena, bensì esclusivamente l'attuazione dell'imperativo categorico imposto dalla giustizia.” .

potrà produrre. Tali effetti ricadono sia sul reo che subisce la pena, sia sul consorzio sociale ove incombe la minaccia della pena. Gli illuministi trascurano il primo aspetto per concentrarsi, come abbiamo visto trattando del general-prevenzionismo, sugli effetti intimidativi che la pena produce sia nel momento della sua previsione edittale, ove assume il carattere della minaccia, sia nel momento dell'esecuzione, ove si palesa l'esempio concreto della sofferenza che viene inflitta al colpevole, così che i cittadini possano trarre da ciò l'esempio per trattenersi dall'emularne il comportamento criminoso. Gli effetti emendativi della pena e la capacità della stessa di prevenire il pericolo della recidiva, saranno oggetto di studi successivi da parte dei positivisti. I classici polarizzano la loro riflessione sulla funzione della pena su di un piano generale e deduttivo, oltre che astratto. Il loro razionalismo impone di pensare alla pena come conseguenza giuridica del reato, ovvero come reazione all'azione colpevole, come contropinta alla spinta criminosa. Si servono della retribuzione per ricavarne alcuni aspetti che attengono al fondamento della pena e al suo *quantum*, ovvero per stabilire il nesso consequenziale tra fatto materiale colpevole e reazione punitiva, che si traduce, sul piano commisurativo, nell'idea della proporzione. Il proporzionalismo è elemento fondamentale della teoria della pena dei classici, a partire da Beccaria, che dedica un paragrafo del suo *Dei delitti e delle pene* proprio al tema della proporzione fra i delitti e le pene. In esso è esplicitata in modo nettamente chiaro il senso della proporzione per gli illuministi, che non è il senso di giustizia, per cui la pena deve essere commisurata alla gravità del reato in quanto deve compensarne il disvalore del fatto criminoso con il valore della pena, suo equivalente. Il senso sta nella reazione psicologica che susciterebbe l'applicazione della stessa pena a reati di diversa gravità: se la contropinta all'azione criminosa più grave è la stessa di quella prevista per il reato meno grave, gli uomini saranno orientati a commettere il delitto che offende maggiormente la società se ritengono che da esso potranno trarne vantaggi maggiori rispetto a quelli che deriverebbero dalla commissione del fatto di minore gravità. Se la rapina e il furto fossero puniti allo stesso modo, e un soggetto ritenesse di trarre dalla rapina maggior profitto, compirebbe la rapina, senza preoccuparsi delle conseguenze della stessa sull'incolumità fisica delle vittime, dal momento che la conseguenza sanzionatoria sarebbe comunque la stessa. Per gli illuministi e per i classici orientati in senso utilitaristico la questione dell'opportunità della pena ruota tutta attorno alla

comparazione tra i vantaggi del delitto, che sono quelli che muovono gli individui a commetterlo, e gli svantaggi che ne derivano, rappresentati dalla pena ma anche dalle altre sanzioni previste dall'ordinamento, come quelle civili. Se gli svantaggi superano i vantaggi gli individui saranno psicologicamente indotti a trattenersi dal delinquere. Ciò è reso chiaro dallo stesso Beccaria, che per spiegare la necessità della proporzione fra la gravità del delitto e la pena muove dall'interesse sociale ad impedire maggiormente i delitti che arrecano più danni alla società.<sup>290</sup> Per concludere che “se il piacere e il dolore sono i motori degli esseri sensibili, se tra i motivi che spingono, gli uomini anche alle più sublimi operazioni, furono destinati dall'invisibile legislatore il premio e la pena, dalla inesatta distribuzione di queste ne nascerà quella tanto meno osservata contraddizione, quanto più comune, che le pene puniscano i delitti che hanno fatto nascere. Se una pena uguale è destinata a due delitti che disugualmente offendono la società, gli uomini non troveranno un più forte ostacolo per commettere il maggior delitto, se con esso vi trovino unito un maggior vantaggio”.<sup>291</sup>

In letteratura ricorre spesso la considerazione che general-prevenzionismo e retribuzionismo sono due teorie tutt'altro che opposte o incompatibili, come dimostra la teorica della pena elaborata dai classici, che si ispirerebbe ad entrambe, ponendo a fondamento della pena i tratti caratteristici dell'idea retributiva: il libero arbitrio, la colpa, la proporzione fra pena e reato. Il tratto distintivo tra la teoria general preventiva e quella retributiva risiederebbe essenzialmente sul fondamento giustificativo della pena, ovvero sul perché punire: punire per retribuire, ovvero per rendere giustizia, così che la pena si autogiustifichi; punire per proteggere i diritti e il consorzio sociale, ovvero per prevenire, così che la pena si giustifichi nello scopo ad essa assegnato. Per il resto, sul come e sul quando punire, le due teorie sarebbero talmente affini da commistionarsi. Ciò è condivisibile ma solo in parte. Come vedremo di seguito il general-prevenzionismo, nella sua versione più pura, non richiede il presupposto soggettivo della colpevolezza, essendo sufficiente l'imputazione oggettiva. Ciò in

---

<sup>290</sup> “Non solamente è interesse comune che non si commettano i delitti, ma che siano più rari a proporzione del male che non si commettano delitti, ma che siano più rari a proporzione del male che arrecano alla società. Dunque più forti debbono essere gli ostacoli che risospingono gli uomini dai delitti a misura che sono contrari al bene pubblico, ed a misura delle spinte che gli portano ai delitti. Dunque vi deve essere una proporzione fra i delitti e le pene.” BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § 6.

<sup>291</sup> Ibidem.

quanto lo scopo della pena è quello di prevenire la commissione di fatti pericolosi per la società, poco importa quindi che siano commessi con dolo o colpa. Inoltre il nesso di proporzione fra reato e pena è tutt'altro che necessario ma, tutt'al più, tendenziale. Non vi è necessità che la pena sia proporzionata per ragioni etiche, quindi il nesso di proporzione non è un elemento indefettibile, intrinseco alla concezione della pena. La proporzione è un criterio che può essere adottato se utile agli scopi preventivi assegnati alla pena. A seconda della prospettiva utilitaristica adottata, l'opportunità della proporzione può pure venire meno. Se è vero infatti che punire in egual misura due delitti di *differente* gravità induce gli individui a propendere per la commissione del delitto che rende loro, nel caso concreto, maggiori vantaggi, è altrettanto vero che lo svantaggio rappresentato dalla pena deve essere maggiore dell'utilità che l'autore del delitto può trarre da esso. Di talché la pena dovrà comportare un grado di afflizione superiore alla soddisfazione che il reo trae dal reato. Perciò essa ha da essere sproporzionata rispetto alle utilità che derivano al reo dal delitto. Poiché è impossibile predeterminare il grado di soddisfazione che gli individui possono trarre dalla realizzazione di un certo crimine, è altrettanto impossibile stabilire una pena edittale in grado di rappresentare una contropinta efficace alla propensione individuale a commettere quel reato. Si renderà necessario, allora, prevedere un range di pena che il legislatore riterrà, secondo una valutazione ampiamente discrezionale, se non arbitraria, sufficiente ad intimidire i consociati alla commissione di quel dato reato. Spetterà poi al giudice, nel caso concreto, applicare una pena in misura tale da scoraggiare il reo a ricadere in comportamenti recidivanti, e da rappresentare per la collettività una minaccia sufficiente. La pena comminata, allora, dovrà comportare per il condannato uno svantaggio superiore all'utilità che gli è derivata dal delitto, per cui non può essere il "corrispettivo" di quest'ultimo, secondo la logica retributiva. Se la pena rappresenta l'equivalente del reato, non potrà fungere da contropinta efficace alla commissione del delitto per i consociati, i quali sanno di rischiare al massimo di perdere quanto "guadagnato" con il delitto che vorrebbero compiere; il condannato, d'altro canto, non sarebbe sufficientemente indotto a non ripetere la stessa azione delittuosa perché il rischio a cui va incontro è pari all'utilità che ne trarrà. Per questo riteniamo aporetici i criteri di opportunità adottati dagli illuministi per stabilire il chi, quando e come punire.

In effetti il diritto penale per Kant è un diritto razionale, prodotto ed espressione della ragione, composto di leggi universali e necessarie, perché dettate dall'etica della libertà. La retribuzione kantiana è quindi molto rigida, e non sembra concedere alcun compromesso.<sup>292</sup> All'autore del reato deve essere mosso un rimprovero perché violando il diritto soggettivo altrui ha disatteso la legge di ragione espressa nella norma giuridica. Chi commette un reato compie un atto contro ragione, perché va contro una norma che tutela un diritto che lui stesso riconosce nel momento in cui lo vuole esercitare o accrescere indebitamente, ponendo in essere l'atto delittuoso. Per esempio chi ruba desidera incrementare il proprio patrimonio estendendo (mediante sottrazione illegittima) la sua proprietà a cose di proprietà altrui. Così facendo il ladro dimostra di riconoscere e apprezzare un diritto che però nega illecitamente ad altri. Per usare le parole di Kant egli “ruba a se stesso”<sup>293</sup>. Ruba a se stesso perché compromette la certezza del diritto, rendendo quindi più incerto anche il suo. L'adesione di Kant alla legge del taglione è totale.

La pena infatti è legittima se giusta e giusta se la sua misura è tratta dallo stesso reato, essendo essa diretta conseguenza del medesimo. Deve pertanto essere determinata secondo un calcolo proporzionalistico che tenga conto di vari fattori: la gravità del danno prodotto, e l'intensità del coefficiente psicologico che lega l'autore del reato a quest'ultimo. La legge del taglione è per Kant la sola idea che possa determinare il principio del diritto penale. Essa consente di realizzare una giustizia simmetrica e distributiva, perché presuppone una pena eguale ed equa, che si prefigge di *dare a ciascuno il suo (suum cuique tribuere)*<sup>294</sup>.

---

<sup>292</sup>Alcuni autori postmoderni della corrente neoretribuzionistica definita “*limiting retributivism*” si sono fatti invece portatori di una rilettura delle tesi kantiane che ne mette in dubbio l'impostazione totalmente retributiva.

<sup>293</sup>“*Ma che cosa significa: “se tu rubi a qualcuno, rubi a te stesso”?* Colui che ruba rende incerta la proprietà di tutti gli altri: egli priva dunque se stesso (secondo il diritto del taglione) della garanzia per ogni proprietà possibile”. KANT I., op. cit..

<sup>294</sup>“*Nessun altro principio se non quello dell'eguaglianza (figurato dalla posizione dell'ago nella bilancia della giustizia), il quale consiste nel non inclinare più da una parte che dall'altra. Onde si può dire: il male immeritato che tu fai a un altro del popolo, lo fai a te stesso. Se oltraggi lui, oltraggi te stesso; se rubi a lui rubi a te stesso; se colpisci lui, colpisci te stesso; se uccidi lui, uccidi te stesso. Soltanto la legge del taglione (ius talionis), ma beninteso solo davanti alla sbarra del tribunale (non nel tuo giudizio privato), può determinare con precisione la quantità e la qualità della punizione; tutti gli altri principi sono oscillanti e non possono, per le considerazioni estranee che vi si mescolano, accordarsi con la sentenza della pura e stretta giustizia.*” Ibidem.

### 4.3.2 Hegel e la retribuzione giuridica

La concezione della pena nella filosofia hegeliana non ha basi morali. La sanzione si giustifica in quanto negazione della volontà razionale del reo. Questi è punibile, in quanto essere razionale che volontariamente orienta il proprio agire contro quella legge di ragione che, lui stesso, pone nel momento in cui compie il fatto antiggiuridico.

Per comprendere la tesi hegeliana occorre partire dalla sua concezione del reato. Il reato, per il filosofo, è violazione del diritto: *“benchè esso abbia un'esistenza positiva, è in sé nullo (...), la sua nullità consiste nell'aver eliminato il diritto in quanto tale. Se quindi il reato è qualcosa di negativo, la pena (poiché negazione del reato) è negazione della negazione. La pena è retribuzione in quanto violazione della violazione, ovvero restaurazione del diritto violato”*<sup>295</sup>.

Quindi la pena come *negazione dellanegazione*. Essa acquista la sua intrinseca positività in negativo, in quanto nega ciò che esclude la legge di ragione. Si punisce chi vuole il reato, colui al quale può essere addebitata la responsabilità per il fatto colpevole. La *volontà* del reo è elemento importante per la filosofia penale hegeliana: il colpevole deve essere sottoposto a pena se il reato è stato da lui voluto, perché compito del diritto penale è annullare tale volontà.

La sanzione assume una funzione riparatoria e ristabilizzatrice dell'ordine violato, ma non al punto tale da divenire strumento di mantenimento e rafforzamento dell'ordine costituito, qualunque esso sia. La riflessione dell'autore tedesco ripensa la pena nella sua relazione di identità con il fatto antiggiuridico, in una prospettiva in cui *“non gli interessi oggettivi di stabilizzazione del sistema sociale sono primariamente riguardanti, bensì è in questione il profilo di ingiustizia di un contegno intrinsecamente contraddittorio poiché fondamentalmente nichilistico”*<sup>296</sup>. Secondo Hegel, è la pena che determina l'istituzione penale, e non viceversa, come, invece, asseriscono le teorie illuministiche dello scopo<sup>297</sup>.

---

<sup>295</sup>CATTANEO M.A., *La filosofia della pena nei se. XVII e XVIII*, Ferrara.

<sup>296</sup>RONCO M., Op. Cit.

<sup>297</sup>HEGEL G.F.W., *Grundlinien der philosophie des rechts oder naturrecht und staatswissenschaft im grunrisse (1820)*, a cura di M. Riedel, Frankfurt, 1968.

#### 4.4 La pena utile: le teorie relative

Alle origini del diritto penale moderno, la *pena utile* coincideva con lo scopo del diritto penale, che si legittimava politicamente a fini utilitaristici di prevenzione. *“I limiti che si ponevano al potere o diritto di punire del Principe erano deducibili dalla fondazione contrattuale del diritto penale stesso; la sua origine pattizia determina, quindi, il contenuto degli interessi generali da proteggere e la loro rilevanza, indicando, contemporaneamente, anche i beni individuabili contrattualmente disponibili e quindi sacrificabili per l'interesse generale”*<sup>298</sup>.

Le teorie relative hanno avuto nel corso della modernità un maggiore successo, perché hanno trovato nel giusnaturalismo e nel contrattualismo prima (XVII sec.), nelle correnti di pensiero illuministiche poi (XVIII e XIX sec.) il loro *humus* perfetto. Ciò che caratterizza le teorie relative non è la pena in sé, ma gli scopi che essa si prefigge. Esse infatti si fondano sul rifiuto categorico della pena senza scopo, giustificata solo in se stessa come giusto castigo, meritato per il male commesso nel passato. I contrattualisti e gli illuministi non riescono a concepire una sanzione che non guardi al futuro mirando a salvaguardare i diritti prevenendone la loro violazione<sup>299</sup>.

---

<sup>298</sup>PAVARINI M., *I nuovi confini della penalità*, Ed. Martina, Bologna, 1996, p. 60 e seg.

<sup>299</sup>Anche John Locke, “padre” del liberalismo classico, primo teorico dello stato liberale, al quale si deve una teoria del contratto sociale basata su presupposti giusnaturalistici, che si è rilevata fondamentale per la nascita del pensiero liberale e del costituzionalismo, riferendosi al diritto di farsi giustizia che nello stato di natura la legge (di natura) riconosce a ciascun individuo, evoca quali criteri di quantificazione della pena sia la retribuzione, perché la pena deve essere proporzionata alla “trasgressione”, che la riparazione e la prevenzione. *“Lo stato di natura è governato dalla legge di natura che è per tutti vincolante, e la ragione – che è quella legge stessa – insegna a tutti gli uomini, purchè vogliano consultarla, che essendo tutti uguali e indipendenti, nessuno deve recar danno ad altri nella vita, nella salute, nella libertà o negli averi. (...) La legge di natura, come tutte le altre leggi che riguardano gli uomini in questo mondo, sarebbe vana se non ci fosse qualcuno che ha il potere di renderla esecutiva, e così proteggere gli innocenti e reprimere i trasgressori. E se nello stato di natura a uno è dato di punire un altro per un male commesso, la stessa cosa è permessa a ciascuno. Infatti in quello stato di perfetta uguaglianza, dove per natura non vi è alcuna superiorità o giurisdizione di un altro su un altro, ciò che non può fare per rendere esecutiva quella legge ognuno deve di necessità avere il diritto di farlo.”* (LOCKE J., *Il secondo trattato sul governo*, trad. di Anna Gialluca, Ed. BUR Rizzoli, 2004, p. 67, 69).

Nella legge di natura è quindi contemplato anche il principio di giustizia, visto che questa è intimamente legata ai diritti: non c'è giustizia senza diritti, non ci sono diritti senza giustizia. Un diritto esiste solo se, e in quanto è, azionabile. Nello stato di natura a ogni individuo è ammesso il ricorso all'azione per tutelare un suo diritto naturale. Ma tale azione non ha come referente un giudice perché un giudice non c'è, e ognuno è legittimato a farsi giustizia da sé. La legittimazione a farsi giustizia implica il potere di punire, oltre a quello di imporre il risarcimento del danno arrecato. Tale potere tuttavia non è illimitato, non è lasciato al libero arbitrio. L'individuo non è lasciato libero di determinare la pena, questa deve essere quantificata in termini retributivi, ma tanto quanto può servire come riparazione e prevenzione. *“E affinché tutti gli uomini possano essere frenati nella violazione*

L'idea di pena in Thomas Hobbes ne è un limpido esempio, come desunto da Mauro Ronco, il quale, nel ricostruire il processo di formazione della società civile attraverso il passaggio dallo stato di natura allo stato politico, rileva come – per Hobbes – il potere di autotutela, originariamente spettante all'individuo per *conservare ed espandere se stesso*<sup>300</sup> nella condizione *primitiva* dello stato di natura, coincida con il diritto di infliggere sanzioni attribuito, mediante il contratto sociale, al sovrano. *“La pena dunque è il mezzo di difesa della collettività, garanzia di sicurezza e strumento della sua espansione: l'accertamento in capo al sovrano del potere di infliggerla va ricollegato alla rinuncia di tutti gli individui – tranne che il sovrano – a usare della propria forza secondo il suo arbitrio, ma non importa affatto una differenza qualitativa tra essa e l'autotutela individuale. Si staglia a questo punto il significato della pena statale come strumento di difesa della collettività, proiettato esclusivamente verso il futuro, e non come punizione del colpevole per il delitto commesso nel passato.”*<sup>301</sup> Il potere di punire attribuito al sovrano, dunque allo stato, è un derivato del potere di autotutela dell'individuo che, nello stato di natura, ciascuno esercita però arbitrariamente, con l'evidente effetto di travalicare il limite della propria difesa, per travalicare nell'offesa altrui. Di qui la necessità di devolvere questo potere illimitato al sovrano, che diviene l'unico, nello stato politico, ad avere il diritto di esercitarlo.<sup>302</sup>

La definizione di pena di Hobbes è chiarissima nel rifiutare la concezione retributiva,

---

*dei diritti altrui e nel danneggiarsi l'un l'altro, affinché sia rispettata la legge di natura che vuole la pace e la conservazione di tutto il genere umano, l'esecuzione della legge di natura in quello stato è affidata nelle mani di ciascuno, per cui ognuno ha il diritto di punire i trasgressori di quella legge in misura tale da impedirne la violazione. (...) In tale modo nello stato di natura un uomo consegue un potere su un altro; ma non il potere assoluto o arbitrario di disporre di un criminale, quando è nelle sue mani, secondo gli appassionati furori o le stravaganze della sua volontà; ma soltanto di retribuire ciò che è proporzionato alla sua trasgressione, secondo quanto gli dettano la serena ragione e la coscienza, vale a dire tanto quanto può servire come riparazione e prevenzione. Infatti queste ultime sono le uniche ragioni per cui un uomo può legalmente fare ad un altro quel male che chiamiamo punizione”.* (Ivi, p. 70-71).

Locke sembra aver anticipato le teorie integrate del postmodernismo. Infatti, se per quanto attiene alla commisurazione della pena egli sposa il criterio retributivo della proporzione, per quanto riguarda la sua ragione d'essere egli ne individua le ragioni fondative nella funzione riparativa e preventiva.

<sup>300</sup> *“L'istinto di conservazione, insieme con la tendenza all'accumulazione del potere, come strumento idoneo a soddisfare la ricerca del piacere, costituirebbero – in Hobbes - i <diritti> fondamentali dell'uomo, a cui ciascuno rinunciarebbe, in favore del sovrano, soltanto al fine di garantire la propria sicurezza.”* Ibidem, p. 12.

<sup>301</sup> Ibidem, p. 14.

<sup>302</sup> *“Il potere di infliggere sanzioni che appartiene al sovrano nello stato civile, sarebbe perfettamente identico, <mutatis mutandis>, al potere di autotutela a scopo conservativo ed espansivo di se stesso che il singolo possederebbe senza limitazione alcuna nello stato di natura.”* Ibidem, p. 12.



che egli considera speculare alla vendetta, in favore di una sanzione puramente preventiva, sia in senso specialpreventivo – diciamo noi oggi -, che in senso general preventivo.<sup>303</sup>

Per Bettiol il contrattualismo non è neppure in grado di giustificare il diritto penale, perché non si spiega razionalmente come un ente che sorge per il bene e la felicità degli individui ne possa prevedere la punibilità. Alla difficoltà insuperata di dare una risoluzione a questo problema logico, egli collega l'abbandono, da parte di taluni individualisti moderni, delle tesi contrattualiste, per sposare quelle giusnaturaliste. *“Dal punto di vista dell'individualismo contrattualista, una giustificazione razionale del diritto penale non è possibile: se lo Stato è creazione, sia pure ipotetica, dell'individuo, non si può razionalmente ammettere che questi consenta alla sua negazione. Lo Stato è strumento di vita non già carceriere o carnefice! Ed in sostanza per l'impossibilità di superare tale obiezione, altre correnti individualistiche hanno abbandonato l'ipotesi del contratto sociale per sostenere la necessità dello Stato sulla base di una esigenza naturale. (...) Lo Stato è un organismo di natura che oltrepassa l'individuo, esso esiste perché l'individuo possa nel suo ambito trovare tutte le condizioni per il suo sviluppo e perfezionamento. Lo Stato è per l'individuo. Ora tutto il pensiero classico, almeno in Italia, più che dall'idea contrattualistica, è dominato da un'idea giusnaturalistica, nel senso cioè di concepire lo Stato come un ente di natura al di fuori di ogni artificioso contrattualismo.”*

Queste conclusioni di Bettiol ci appaiono però eccessive, perché dimentiche di come

---

<sup>303</sup>*Nel vendicarsi, ossia nel comminare le pene, non bisogna preoccuparsi del male ormai passato, ma del bene futuro: cioè non è lecito infliggere pene se non con lo scopo di correggere il peccatore o di migliorare gli altri con l'ammonimento della pena inflitta...la vendetta, in quanto si prende in considerazione nell'esercitarla il passato soltanto, non è altro che un'ambiziosa soddisfazione non diretta ad alcuno scopo (difatti essa riguarda solo il passato, mentre lo scopo è un termine futuro): ora quel che non ha scopo è vano. Quindi la vendetta, non riferendosi al futuro e nascendo dalla vanagloria, è un atto contro ragione”. HOBBS T., ibidem., cit. tratta da RONCO M., op. cit., n. 23, p. 14.*

Nel *Leviathan*, a proposito della settima legge di natura, Hobbes osserva: *Una settima che è nelle vendette (cioè nel ripagare male con male) gli uomini non guardino alla grandezza del male passato, ma alla grandezza del bene che seguirà. Per via di essa ci è vietato di infliggere una punizione con altro disegno che non sia quello di correggere l'offensore o di dirigere altri. Questa legge è infatti una conseguenza della precedente che comanda di perdonare quando ci sia sicurezza per il futuro. Inoltre, la vendetta senza riguardo all'esempio e al profitto avvenuto è un trionfo o un gloriarsi di nuocere ad altri senza tendere ad alcun fine (poiché il fine è sempre qualcosa che è da venire); il gloriarsi per nessun fine è vanagloria e contrario a ragione, e il nuocere senza ragione tende ad introdurre la guerra; ciò è contro la legge di natura e comunemente definito con il nome di crudeltà”. HOBBS T., *Leviathan*, cit. tratta da RONCO M., op. cit., n. 24, p. 15.*

certo contrattualismo (John Locke) individua nella legge di natura il diritto, e quindi il potere dell'individuo, di difendere i propri diritti innati infliggendo la pena; e come tale diritto, col sorgere della società civile mediante il contratto sociale, venga dall'individuo devoluto allo stato, che lo può esercitare entro gli stessi limiti *di ragione* a cui nello stato di natura era soggetto l'individuo stesso. Diverso è sostenere che l'eccessiva fiducia riposta nella tesi del potere limitato per via "contrattuale" ha fatto sì che il ricorso alla pena sia stato sempre più ampio e sia degenerato in una intollerabile strumentalizzazione dell'individuo sia a fini general preventivi che special preventivi.

Si è visto come, soprattutto in Italia, i penalisti di Scuola Classica aderiranno più che altro al giusnaturalismo liberale<sup>304</sup>.

Ma veniamo adesso alle due principali teorie relative, la prevenzione generale e speciale.

#### 4.4.1 La prevenzione generale

Affidandoci ancora allo schema di Francesco Cavalla, diamo una sintesi della teoria general preventiva, rispondendo alle domande sul fondamento (*il perché*), la struttura (*il come*), il presupposto oggettivo (*il quando*) e soggettivo (*il chi*) della pena.

*Perché punire?* Compito della pena è distogliere la generalità dei consociati dalla commissione dei reati, minacciandoli di un male notevole qualora violino i precetti penali. La sanzione dovrà essere tale da apparire esemplare, così che possa costituire un valido deterrente alla commissione di futuri illeciti, e rafforzare quindi la disposizione all'obbedienza da parte della collettività.

*Quando punire?* Il presupposto oggettivo per l'irrogazione della sanzione è dato dall'aver compiuto un reato, ovvero un comportamento vietato dall'ordinamento, modificando in modo fenomenicamente apprezzabile l'ordine fenomenico (si punisce il *fatto*).

*Chi punire?* Il presupposto soggettivo consiste nell' *apparire rimproverabile*, in quanto è sufficiente che l'agente abbia materialmente commesso il fatto, non essendo necessario che sia colpevole.

*Come punire?* Strutturalmente la sanzione è simile a quella retributiva: è afflittiva,

---

<sup>304</sup>Cfr, cap. II.

determinata, e *tendenzialmente* proporzionale. La proporzionalità è solo tendenziale perché nella concezione general-preventiva l'entità della pena non è ricavata dalla gravità del reato: i due concetti non sono strettamente legati da un rapporto di consequenzialità, anche se un parziale rapporto di derivazione tra i due sussiste. La sanzione infatti è sì conseguenza della commissione del fatto di reato, anche in assenza degli elementi psicologici che lo fanno essere colpevole, ma non è necessario che essa sia misurata sull'entità dell'evento delittuoso, perché suo scopo non è fare giustizia, ma prevenire futuri reati. Tuttavia un certo nesso di proporzione tra *delitto* e punizione è opportuno che esista, perché se la collettività avverte come eccessiva una certa sanzione è indotta a ribellarsi ad essa e a vanificarne quindi il fine intimidatorio.<sup>305</sup>

Il sistema general-preventivo è funzionale ad una concezione utilitaristica e contrattualistica della società. Scrive Francesco Cavalla: *“A fondamento della concezione general-preventiva sta una visione dell'uomo, ancora individualistica, per la quale ogni soggetto agisce – di diritto e di fatto – motivato da impulsi prettamente utilitaristici: sicché in linea di principio il soggetto non è moralmente riprovevole se, per procurarsi un qualche bene, disobbedisce alla legge; restando però che non è utile per i più che ciascuno sia lasciato libero di perseguire il proprio arbitrio. Allora l'organizzazione del potere si legittima presso i cittadini proprio in quanto riesca a produrre quell'utilità, diffusamente apprezzata, che consiste nell'impedire la selvaggia persecuzione del bene privato da parte di ogni soggetto. Per il che non v'è da predisporre che un adeguato sistema di proibizioni: le quali per risultare efficaci debbono corredarsi della minaccia di idonee sanzioni in caso di disobbedienza. Infatti, stanti le premesse sopra menzionate, l'unico modo per inibire una eventuale motivazione soggettiva ad infrangere il precetto dell'autorità è quello di produrre una contromotivazione costituita dalla paura di una sofferenza notevole, quale appunto si ingenera nel singolo dalla minaccia di una pena e dalla inflizione della stessa ad altri che abbia già delinquito.”*<sup>306</sup>

Mauro Ronco, occupandosi dell'opera di uno dei maggiori filosofi assertori del general-prevenzionismo, Feuerbach, analizza i tratti nei quali il grande filosofo si occupa della legittimazione del potere punitivo in capo al sovrano e del concetto di pena.

---

<sup>305</sup>Cfr. BECCARIA C., *ibidem*.

<sup>306</sup>CAVALLA F., *op. cit.*, p. 7.

Rifacendosi allo schema contrattualistico, per cui all'origine della pretesa punitiva statale sta il diritto di autotutela dell'individuo devoluto al sovrano, Feuerbach offre una spiegazione pratica e a sfondo utilitaristico di come la pena possa adempiere allo scopo di prevenire le aggressioni ai diritti individuali. Posto che ciascun individuo è portato egoisticamente ad agire in vista di una propria utilità, anche aggredendo i diritti altrui, la pena deve costituire una minaccia tale da ingenerare una paura superiore al piacere che l'individuo ritiene di poter trarre dalla commissione del fatto illecito.<sup>307</sup> Alla radice della teoria della pena dell'Autore germanico sta quindi la coazione psicologica, che Ronco riconduce all'adesione di quest'ultimo all'antropologia materialistica e meccanicistica e alla psicologia sensistica<sup>308</sup>.

Bettiol, nel suo *“problema penale”*<sup>309</sup> propone una ricostruzione storico-politica della funzione della pena, dall'illuminismo al secondo dopoguerra, e colloca il successo della prevenzione generale nel periodo storico che ha segnato il prevalere in Italia e in Europa di quello che lui chiama liberalismo di destra, fortemente influenzato dal giusnaturalismo. *“Concepito lo Stato come ente di natura, anche la giustificazione del diritto penale diventa cosa facile perché se lo Stato sussiste per il bene degli individui da tutto ciò che questo bene può compromettere, deve cioè impedire e minacciare di pena quelle azioni che alterano l'ordine morale e sociale sul quale lo Stato si basa e nel quale gli individui trovano la loro ragione di vita.(...) Nell'ambito di una concezione penale a sfondo individuale naturalistico, il principio di legalità “nullum crimen nulla poena sine lege”, diventa così un postulato fondamentale di ragione. Se anche è vero che tale principio può trovare una spiegazione nella logica di altre impostazioni*

---

<sup>307</sup> *“Contro le possibili aggressioni ai diritti, il mezzo più efficace di difesa è la minaccia di mali fisici, che agisce nei riguardi delle inclinazioni anti-giuridiche, eliminandone il fomite con la paura che la minaccia ingenera. L'oggetto desiderato senza rappresentarsi il male minacciato, s'è che quest'ultima rappresentazione agisce sulla facoltà di desiderare e influisce riduttivamente sull'intensità della spinta criminosa. Condizione indispensabile per l'efficacia della minaccia è che la natura e l'intensità del male minacciato provochino una paura superiore al desiderio dell'azione illecita.”* RONCO M., *ibidem*, p.58.

<sup>308</sup> *“Nell'opera di Feuerbach (...) trova approdo sicuro e decisivo consolidamento la linea di sviluppo (...) caratterizzata dal distacco radicale del diritto dalla morale, dalla distruzione dell'idea retributiva e dalla forgiatura di una pena meramente preventiva, secondo l'antropologia materialistica e meccanicistica e la psicologia sensistica. (...) Intento dell'Autore è svolgere l'intera <revisione> della scienza penalistica precedente (...) rovesciando gli assi della considerazione penalistica tradizionale, imperniata sul concetto dell'imputazione morale. (...) Non è più dall'imputazione morale, e, dunque, dalla libertà, alla pena e alla legge; bensì dalla legge (e dallo Stato che la pone) e dalla pena minacciata al contenuto dell'imputazione.”* *Ibidem*, pp. 52, 53.

<sup>309</sup> BETTIOL G., *op. cit.*.

*politiche del diritto penale, solo in quella liberale esso trova la sua naturale sede di origine perché rappresenta la suprema garanzia delle libertà individuali contro arbitrari interventi dello Stato nel campo della penalità. Ogni fatto illecito sotto il profilo penale deve quindi essere espressamente previsto da una norma di legge.*<sup>310</sup>

Il Patavino considera il principio di legalità intimamente connesso con l'idea della prevenzione generale. La pena, che deve costituire una contro-spinta nei confronti della propensione a delinquere, deve essere per ciò stesso determinata e legalmente prevista, così che sia il più possibile nota alla generalità dei cittadini, e possa su di loro esercitare quel condizionamento psicologico che indurrà i più a non ritenere conveniente la commissione dell'illecito.<sup>311</sup>

La teoria fino ad ora illustrata è definita prevenzione generale *negativa*, per distinguerla da un'altra sottospecie più recente della teoria general-preventiva, quella *positiva*.

---

<sup>310</sup>Ibidem, p. 39. Il liberalismo di destra, secondo Bettiol, avrebbe impresso una tale "oggettivazione" della materia da ridimensionare sensibilmente il ruolo dell'interprete, riducendolo al lavoro di sussunzione del fatto concreto nella fattispecie generale e astratta. L'interpretazione analogica e sistematica in campo penale vengono viste con sfavore perché la discrezione giudiziale viene vista come un pericolo per la libertà dei cittadini.

Si deve ai penalisti classici il cosiddetto *diritto penale del fatto*, vale a dire un diritto penale in cui si punisce in seguito al verificarsi di fatti concreti, quindi sensorialmente accertabili. Il giudice è chiamato a verificare se un certo fatto è avvenuto e se corrisponde ad una fattispecie incriminatrice. Il giudizio sull'elemento psicologico, quindi sulla volontarietà dell'azione, sul dolo o sulla colpa, sui motivi a delinquere ecc. è secondario e deve essere svolto solo dopo l'accertamento del fatto.

Quello che Bettiol chiama "*diritto penale oggettivamente orientato*" appartiene, come lui stesso riconosce, alla Scuola Classica, che non è corretto dire che sia orientata in senso general-prevenzionista. Del resto, in un'ottica preventiva – seppur generale – l'elemento psicologico non può essere ignorato o troppo ridimensionato, perché anche se il presupposto oggettivo dell'inflizione della pena è la commissione di un fatto di reato pure in assenza di colpevolezza, una valutazione della personalità del reo è importante al fine di pronosticarne la pericolosità.

Quindi sarebbe improprio attribuire una concezione garantistica quale quella dell'*oggettività* del diritto penale alla *sola* prevenzione generale di stampo liberale, anche perché essa, ammettendo l'applicazione della pena anche a chi non è colpevole del fatto, ha ben poco di garantistico! E' certamente più corretto invece riconoscere che essa appartiene sì ai penalisti ottocenteschi di orientamento liberale, ma che aderivano a una teoria della pena orientata più in senso sia retributivistico che general-preventivo. Del resto, sono molti autori ritengono che la concezione classica della pena accolga sia elementi retributivistici che general-preventivi, in un'ottica sincretistica.

<sup>311</sup>Nell'ottica utilitaristica l'uomo orienta il proprio agire secondo un criterio di utilità. Il reato, affinché venga commesso, deve apparire utile, e perché la pena possa costituire un valido contro-motivo al reato stesso, deve apparire, alla maggioranza delle persone, più *sconveniente* di quanto non sia *conveniente* il fatto *delittuoso*. E' questa la ragione per cui riteniamo che una pena così concepita, per funzionare, debba essere tendenzialmente sproporzionata rispetto alla gravità del reato. Compito del legislatore è "misurare" la gravità-*utilità* del crimine secondo il sentire comune della società di riferimento, e fissare una corrispondente pena ad un livello un po' superiore a quello della gravità del reato, facendo attenzione a che la sproporzione non sia eccessiva per non suscitare gli effetti contrari di cui già abbiamo parlato.

A differenza della prima, che è una dottrina di ascendenza psicologica, quella positiva ha un'impronta sociologica, in quanto rivolta alla conservazione del sistema non attraverso l'intimidazione, ma accrescendo la fiducia nel medesimo promuovendo - attraverso la pena, che li tutela - i diritti e i beni giuridici riconosciuti dalla società, rassicurando la popolazione circa il rispetto della legge.

La prevenzione generale *positiva* infatti, funzionalizza la pena verso la conservazione e l'aumento della fiducia nell'ordinamento giuridico e nella sua capacità di affermazione. Ciò in una triplice direzione: quale effetto pedagogico rispetto alla generalità dei consociati; quale incentivo all'accrescimento della fiducia nel sistema, soprattutto quello giudiziario; quale mezzo di rassicurazione dei consociati che vedono in tal modo confermato il loro senso del diritto.

Le due versioni della prevenzione generale perseguono entrambi lo stesso scopo: la prevenzione di futuri reati. Diverse sono le modalità con cui si punta alla stabilizzazione sociale. Nel caso di quella *negativa*, che è la versione originaria e più nota della prevenzione generale, attraverso la minaccia della pena e la sua effettività, cioè la sua concreta applicazione senza lasciare spazio ad eccezioni e indulgenze; nel caso di quella *positiva* mediante una sanzione che, oltre a costituire un deterrente, sia anche uno strumento di difesa dei valori dominanti, i quali, piuttosto che essere imposti e fatti rispettare con l'uso della forza, vengono promossi in modo da plasmare su di essi la società, cosicché siano rispettati. La tesi *positiva* rappresenta il volto buono della prevenzione generale. Appare infatti più umana e rispettosa della *suitas*, perciò più compatibile con un diritto penale contemporaneo, fortemente garantista.

Non è detto però che un sistema che si prefigge di ottenere l'ubbidienza attraverso il consenso piuttosto che con l'intimidazione, sfugga del tutto al rischio di favorire un eccessivo controllo sociale da parte del potere politico, con conseguenze negative proprio sui diritti individuali.

#### 4.4.2 La prevenzione speciale

Laddove l'edonismo tipico dell' *homo faber* venga letto in chiave eminentemente pulsionistica, e l'uomo sia quindi inteso come essere determinato e determinabile, si elabora una concezione terapeutica della sanzione, che si pone come principale obiettivo

la “cura” della devianza, quindi il recupero del reo, al fine di annullarne l'indole criminosa e impedire quindi che possa tornare a delinquere.

*Perché punire?* La giustificazione special-preventiva della sanzione si fonda sull'idea che la maggioranza degli uomini sia incline a riconoscersi, e quindi ad obbedire, al sistema di norme che regolano una data società in un dato momento storico, e che solo alcuni, per deficienze più o meno obiettive, siano invece inclini a delinquere, ovvero a ledere i beni riconosciuti dai più. Il diritto penale ha quindi il compito di prevenire i reati puntando l'attenzione su alcuni individui, che appunto per alcune loro caratteristiche appaiono pericolosi.

*Quando punire?* A rigore, il presupposto oggettivo è dato da qualsiasi comportamento (non necessariamente manifestato in senso fenomenico, quindi percettibile mediante i sensi, ma anche ipotizzato o basato esclusivamente su opinioni) che sia ritenuto pericoloso dal sistema, anche se non è tipizzato in una norma generale e astratta nella quale sia sussumibile.<sup>312</sup>

*Chi punire?* Il presupposto soggettivo consiste nella *pericolosità*, non nella rimproverabilità. Infatti nell'ottica della prevenzione speciale, fortemente influenzata dal meccanicismo positivisticò, il libero arbitrio non esiste perché l'uomo è un essere determinato nel proprio agire dalle proprie inclinazioni naturali. Quindi, se non responsabile delle proprie azioni perché sono indipendenti dalla sua volontà, non è neppure rimproverabile, quindi, paradossalmente, neanche punibile. La pena qui assume infatti in toto i caratteri della misura di sicurezza, volta a inibire l'indole criminale e portare quindi il reo a guarigione (laddove è possibile, perché non tutti sono guaribili). Per tanto sono sottoponibili a sanzione coloro che sono ipoteticamente pericolosi per l'assetto sociale.

*Come punire?* La struttura della sanzione è *terapeutica*, come tale indeterminata, sia nella specie che nella durata. Infatti la terapia si basa su una prognosi, che per definizione non è certa perché dipende dal decorso della “malattia”: può avere breve

---

<sup>312</sup>Tuttavia, fa notare Francesco Cavalla, la maggior parte dei giuristi che si sono fatti sostenitori della prevenzione speciale, soprattutto quelli più recenti, hanno corretto tale presupposto escludendo che la pena possa essere applicata senza che essa, come la fattispecie di reato, sia preventivamente contemplata dalla legge. (CAVALLA F., op. cit.).

Il principio di legalità dei reati e delle pene, nato, come abbiamo visto, sotto altri vessilli, è divenuto valore irrinunciabile di un diritto penale umano e garantista, del quale non hanno certo potuto fare a meno i tanti special-prevenzionisti della nostra epoca.

durata se il “paziente-reo” risponde positivamente alla cura, come può avere al contrario una decorrenza molto lunga, o addirittura perpetua, se il deviante non è recuperabile. Inoltre la pena deve essere idonea ad annullare la pericolosità del reo e a favorirne il reinserimento nella società, per questo non può essere determinata nella specie, perché per ottenere il suo scopo risocializzante deve adattarsi al tipo di devianza e al carattere del soggetto, pertanto deve essere individualizzata proprio come una terapia medica, che è dettata infatti sia dal tipo di malattia che dalle condizioni fisiche e cliniche del paziente.

In Europa la prevenzione speciale è stata la teoria dominante dalla seconda metà del XIX secolo, fino agli anni settanta del XX. L'opera classica in cui la dottrina è stata formulata è lo scritto di Franz von Liszt del 1882, noto come “*Programma di Marburgo*”, incentrato sul concetto di “scopo” nel diritto penale.

In esso v. Liszt individua nello scopo una triplice direzione: la correzione del reo mediante una pena detentiva a lui adeguata; una funzione di dissuasione per gli altri consociati; il “miglioramento” del reo. Alla base della dottrina vi è una concezione dell'individuo come di un essere privo di autonomia e di libertà di autodeterminarsi. Non a caso la seconda metà dell' ottocento è l'epoca del determinismo positivista, che pretende di poter stabilire scientificamente, ossia su presunti dati empirici, quantitativi, se una determinata società sia sana o malata; ciò vale anche per i singoli individui. Dunque il soggetto che delinque è un essere malato. Non vi è più spazio per una qualsiasi attribuzione di autonomia all'essere umano: il fatto naturale, biologico, viene elevato a fondamento della volontà dell'uomo. Il reato rappresenta una significativa regressione ai primordi dell'umanità, un fatto intimamente connesso con la persona del colpevole, espressione della sua personalità malata e da lui non separabile.

Bettioli colloca la prevenzione speciale in un momento storico nel quale il liberalismo di sinistra prende il sopravvento su quello di destra, con non poche conseguenze sul pensiero penalistico: l'elemento soggettivo, che nell'ambito del pensiero penalistico classico era relegato ai margini, acquista una sua centralità nell'ambito della nozione del reato, grazie al prevalere delle correnti di sinistra.

L'indagine penalistica, su spinta della criminologia positivista, inizia ad interessarsi di concetti come volontà, dolo, colpa, motivi a delinquere, delinquenza per tendenza, e a marginalizzare le concezioni meccanicistiche, per le quali il reato è da imputare



all'agente secondo regole oggettive tratte dalla *natura*. “Ed è per questa ragione che la pena non viene più tanto considerata sotto il profilo della prevenzione generale come contropinta alla spinta criminosa, quanto sotto quello della prevenzione speciale: si tende cioè, attraverso la pena, ad agire sull'animo del condannato, onde educarlo, migliorarlo, redimerlo. Il carattere della pena, nella logica della concezione liberale di sinistra, si illanguidisce rispetto alle note caratteristiche della retribuzione, di fronte alle esigenze della prevenzione generale. Le campagne in favore della sospensione condizionale, del lavoro carcerario, di una particolare legislazione penale minorile non si comprendono senza un riferimento all'ambiente politico nel quale sono state condotte. E' l'autore che interessa quando è chiamato ad espriare la pena”.<sup>313</sup>

E' quindi ad un liberalismo sociale che si deve il progressivo diffondersi della prevenzione speciale, con tutto il suo corollario di istituti tesi a far assumere alla sanzione il carattere della correzionalità, così da renderla sempre più individualizzata e, di conseguenza, meno certa nella sua durata.

Con il diffondersi del socialismo in tutta Europa, della criminologia e della sociologia “criminale”, entrambe discipline provenienti da una cultura non liberale ma di sinistra in senso stretto, l'ideologia del trattamento prende definitivamente il sopravvento, anche nei paesi che non hanno conosciuto l'esperienza socialista, e nei quali il cosiddetto classicismo penale, di matrice liberal-conservatrice, aveva avuto radici profonde.<sup>314</sup>

Con l'ideologia del trattamento fa il suo ingresso nel diritto penale l'istituto della *misura di sicurezza*, che va ad affiancarsi alla pena. La misura di sicurezza entra in gioco nella lotta al crimine come strumento di sola prevenzione speciale, mirante a correggere quelle personalità particolarmente inclini al comportamento delinquenziale, che magari necessitano, oltre che di una pena (anche se strutturata in termini rieducativi), di un ulteriore percorso trattamentale che può essere completamente scollegato dal reato eventualmente compiuto, dall'imputabilità e dalla colpevolezza.

E' ovvia a questo punto un'osservazione. Abbiamo visto che nella concezione special-preventiva la pena assume in sostanza gli stessi caratteri della misura di sicurezza, sia

---

<sup>313</sup>Ivi, p. 42-43.

<sup>314</sup>L'Italia è certamente uno di questi, avendo avuto una feconda scuola del classicismo penale orientata politicamente in senso liberale, alla quale afferivano nomi illustri di maestri quali Carrara, Rossi, Pessina, Carmignani.

sotto il profilo della struttura (terapeuticità, indeterminatezza, personalizzazione), del presupposto oggettivo (comportamento ipoteticamente pericoloso), e soggettivo (pericolosità). Quindi niente sembra distinguere la pena special-preventiva dalla misura di sicurezza, potremmo dire che sono concetti che si sovrappongono completamente. In effetti così è, se si considera la teoria della prevenzione speciale nella sua accezione più “pura”. Sarebbe per questo più corretto non parlare più di pena, perché la pena è un concetto che atavicamente evoca il senso del castigo, del rimprovero morale, dell'afflizione meritata, non certo della misura preventiva e di sicurezza.<sup>315</sup>

L'idea di “sicurezza” appartiene al mondo dell'utile, la pena a quello dei valori. Una sanzione totalmente orientata a dare sicurezza non è più una pena ma una misura preventiva e securitaria, che con la pena condivide solo alcuni aspetti delle modalità attuative, per esempio la privazione della libertà personale. *“Nell'ambito del pensiero positivistico (...) di pena non si può più far parola in quanto essa richiama tutto un mondo d'idee e di valori che con la reazione difensiva non hanno nulla a che fare. La pena sparisce per lasciare il posto alla misura di sicurezza incardinata nel mondo dell'utile! E' qui che gioca l'idea della “sicurezza” come espressione di esigenze utilitaristiche che si contrappongono all'idea retributiva su cui la pena si basa. E' proprio della misura difendere la società dai pericoli di nuovi reati e prescindere da ogni indagine sulle condizioni di morale imputabilità degli individui, e quindi sulla possibilità di una retribuzione. Non a caso tutto il pensiero positivista gravita attorno alle idee di difesa e di sicurezza, per cui, già a priori, si può affermare l'inconciliabilità di esse, quali giustificatrici della pena, con quella di retribuzione.”*<sup>316</sup>

La pena “classica” è quindi solo quella intesa in senso retributivo. Essa però è inconciliabile con l'ideologia del trattamento per come è stata elaborata dai giuspositivisti della seconda metà dell'ottocento, perché rifiuta l'idea stessa di pena. Per questi motivi pena e misura di sicurezza sono due concetti inconciliabili in un sistema penale che volesse abbracciare esclusivamente la concezione retributiva o quella special-preventiva della sanzione, che sono in realtà due diversissime idee di penalità in

---

<sup>315</sup>Basti considerare l'etimologia della parola. Pena viene dal lemma latino *poena*, che significa *pena, punizione, castigo*, ma anche *risarcimento* e *vendetta*, termini, questi ultimi, che evocano un senso di giustizia simmetrica connotato fin dall'antichità con il concetto di pena.

<sup>316</sup>BETTIOL G., *ibidem*, pp. 110, 111.

senso generale.<sup>317</sup> “Quando si vuol abbandonare l'idea retributiva per spostare la pena su quelle di difesa e sicurezza, si finisce inesorabilmente per toglier di mezzo l'unico saldo criterio discretivo tra pena e misura, per cui, più che unificarsi in un concetto superiore avente in sé i caratteri dell'una e dell'altra, la pena finisce per essere fagocitata dalla misura. E sulle rovine del diritto penale canta la sua vittoria il pensiero naturalistico!”<sup>318</sup>

L'idea di Bettiol è molto netta: laddove il giuspositivismo ha prevalso è morto il diritto penale!

Non si comprende tale apodittica conclusione, che può sembrare persino assurda, se non si parte dal presupposto che un retribuzionista “puro” come Bettiol, per il quale “la pena si basa sull'idea retributiva”<sup>319</sup>, non può concepire la sanzione penale in un significato estraneo a quello retributivo, tanto da considerare un'aporia l'idea stessa di *poena medicinalis*<sup>320</sup>, cioè di pena intesa in senso special-preventivo, quindi *rieducativa* e *risocializzante*. “La pena si asside (...) esclusivamente sull'idea della retribuzione. Essa trova in sé stessa il suo fondamento e la sua giustificazione. Se la pena è un valore incardinato nel mondo morale, nessuna considerazione finalistica potrà macchiare la sua purezza. L'uomo deve essere punito perché la sua natura morale postula una punizione per il reato commesso, al di fuori di ogni considerazione utilitaristica o finalistica. L'idea retributiva non può essere menomata o violentata, in quanto è l'espressione di un dover essere che non ammette compromessi di sorta. Punitur quia peccatum è l'espressione che sintetizza ancora alla perfezione la necessità che la pena – come valore – trovi in sé medesima la sua ragione di essere.”<sup>321</sup>

Quello prospettato dai positivisti, per Bettiol, non è neanche più diritto penale!

Quanto al dualismo tra pena e misura di sicurezza la sua riflessione è vasta e approfondita.

---

<sup>317</sup>E' evidente ormai che le classiche teorie della pena costituiscono anche delle diverse concezioni del diritto penale, a dimostrazione della nostra tesi per cui a diverse idee di pena corrispondono altrettante idee diverse di diritto penale.

<sup>318</sup>Ibidem, p. 111.

<sup>319</sup>Ivi, p. 111.

<sup>320</sup>L'espressione – fra l'altro tomista – di “*poena medicinalis*” evoca il fine dell'emenda, cioè un ulteriore scopo della sanzione, che oltre a mirare alla risocializzazione, deve raggiungere l'obiettivo del pentimento del reo, per ottenere il suo miglioramento interiore (“*homo novum*”).

<sup>321</sup>Ibidem, p. 112.

La pena è concetto monodimensionale, perché contempla solo l'idea del rimprovero, ed è legata ad un concetto altrettanto monodimensionale, la colpevolezza, che infatti esclude altre forme di responsabilità. *“La pena non assume su di sé dei compiti di sicurezza: se il suo presupposto – la colpevolezza – è a carattere monodimensionale in quanto espelle da sé tutto ciò che non concerne la possibilità di rimprovero, anche la pena deve essere concepita come grandezza monodimensionale che non può assumere su di sé dei compiti ultronei all'idea del castigo che segue il rimprovero. C'è un perfetto parallelismo tra l'idea del rimprovero, propria della colpevolezza e l'idea retributiva, propria della pena.”*<sup>322</sup>

La misura di sicurezza invece ha un carattere polidimensionale, perché non è un concetto prettamente naturalistico incardinato solo sull'idea di difesa. Essa infatti è *“ispirata a un'idea di carità, di amore, di compassione, oltre che di difesa”*<sup>323</sup>, perciò non appartiene esclusivamente all'ordine meccanicistico, ma tocca anche l'ambito della morale.

La *pericolosità sociale* invece è un concetto puramente naturalistico e monodimensionale, come tale escluso dal mondo dei valori. Perciò mentre pena e colpevolezza sono entrambi caratterizzati dalla monodimensionalità, misura di sicurezza e pericolosità sociale presentano al contrario dimensionalità diverse, perché la misura di sicurezza, secondo Bettiol, presuppone anche una valutazione etica. Essa infatti si prefigge di fare il bene del deviante, di *trattarlo* in modo tale da ottenerne il recupero ad una vita sociale *normale*, e poiché non è *colpa sua* se ha delinquito perché nessuno – nell'ottica positivista – è *libero di volere*, non è *giusto* infierire su di lui con una misura applicatagli meccanicamente, ma è semmai *giusto* e opportuno che essa venga attuata in modo tendenzialmente indulgenziale. *“Noi pensiamo che anche la misura, sebbene trovi nella pericolosità sociale (concetto naturalistico) il suo presupposto, debba essere immessa nel mondo dei valori, debba cioè venir qualificata come eticamente rilevante (...). Mentre la pena è permeata dal criterio di giustizia, la misura di sicurezza è ispirata a un'idea di carità, di amore, di compassione, oltre che di difesa. La difesa sarà il criterio fondamentale decisivo che giustifica l'intervento statale nei confronti dei delinquenti abituali, professionali, per tendenza, e sarà pure il criterio*

---

<sup>322</sup>Ibidem, p. 111.

<sup>323</sup>Ibidem, p. 112.

*fondamentale dei provvedimenti da prendersi per gli infermi di mente, i minori, i sordomuti, ma, specie nei riguardi di quest'ultime categorie di delinquenti pericolosi, il criterio della difesa è illuminato e moralizzato dalla carità.*”<sup>324</sup>

*Bisogna soprattutto curare, educare, indirizzare al bene, procedere ad un'opera che non è solo di “bonifica sociale”, come dicono i positivisti, ma di vera e propria redenzione morale.*”<sup>325</sup>

Quello messo in risalto da Bettiol è il “volto buono” della misura di sicurezza, è cioè la versione interpretativa che più si adatta alla visione umanitaria e cristiana che tanto ha influenzato la dottrina special-prevenzionista nella seconda metà del secolo scorso. La concezione rigida e meccanicistica delle origini mal si conciliava, infatti, con il clima culturale degli anni 60 e 70 del novecento, in cui, soprattutto in Italia<sup>326</sup>, dominava l'istanza della depenalizzazione e un' ideologia della rieducazione fortemente intrisa di umanitarismo e garantismo, che interpretava il fine rieducativo non in modo totalizzante come i positivisti, ma nel senso di non rendere la pena più desocializzante del necessario. Del resto in un ordinamento come quello italiano, nel quale il principio di colpevolezza ha copertura costituzionale, sarebbe impensabile una pena che mancasse del presupposto del fatto colpevole.

Anche la disciplina originaria delle misure di sicurezza si è dovuta adeguare ai principi costituzionali, vincolando il giudizio di pericolosità alla commissione di un fatto tipico, escludendone quindi l'applicazione nei casi in cui il soggetto pericoloso non abbia commesso un fatto previsto dalla legge come reato.

Una misura di sicurezza concepita come la concepivano i positivisti non sarebbe stata compatibile con il nostro ordinamento, che pur avendo ricevuto notevoli influssi dall'ideologia del trattamento, non ha mai rinunciato ai principi cardine del classicismo penale (legalità, tassatività, determinatezza, colpevolezza, materialità del reato, irretroattività della legge penale sfavorevole, ecc.), neppure durante il fascismo, come l'attuale codice ben dimostra.<sup>327</sup>

---

<sup>324</sup>Ibidem.

<sup>325</sup>Ibidem.

<sup>326</sup>Determinante a tal proposito è stata l'esperienza del centro-sinistra e il clima di convergenza tra cattolicesimo democratico (sinistra democristiana) e partito comunista negli anni 70.

<sup>327</sup>Sulla misura di sicurezza nel codice Rocco e sul cosiddetto doppio binario, Cfr. cap. I.

Ciò spiega la ragione per cui il legislatore del '30 optò per il cosiddetto doppio binario, vale a dire per un sistema che contemplasse la pena in senso classico, anche se con “correzioni” di tipo special-prevenzionistico, e le misure di sicurezza previste per i non imputabili, ma anche come ulteriore provvedimento da applicarsi dopo aver scontato la pena se sussistono ragioni di pericolosità. Se il codice Rocco fosse stato concepito solamente da giuristi di scuola positiva le misure di sicurezza avrebbero preso il posto della pena o la pena avrebbe assunto i caratteri della misura preventiva, mentre il presupposto della loro applicazione non avrebbe contemplato né la colpevolezza, né – necessariamente – la materialità del reato, dato che sarebbe bastata una prognosi di pericolosità (anche non fondata sull'avvenuta commissione di un fatto tipico).

#### 4.5 Il problema della pena nel pensiero di Giuseppe Bettiol

Il problema dell'ontologia della pena correlato ad una visione morale e teleologica del diritto penale torna sovente nella produzione scientifica di Giuseppe Bettiol. E' noto il suo marcato dissenso per l'impostazione che in Assemblea Costituente aveva portato alla formulazione dell'articolo 27 co.3. Come abbiamo avuto modo di vedere ampiamente, in quella sede Bettiol aveva invece proposto che la pena non dovesse ostacolare la rieducazione morale del reo. Tra le due norme, quella effettivamente adottata e quella proposta dal Patavino e respinta per pochi voti dall'Assemblea, vi è una distanza che misura il modo di intendere non solo l'ontologia della pena, ma anche il valore che l'ordinamento attribuisce alla persona umana e alla sua volontà.

Lungi da essere una questione meramente tecnica o accademica, quello dell'ontologia della pena è un tema che investe le fondamenta dello Stato di diritto, e da questa considerazione muove l'appassionata analisi critica di Bettiol, una critica che è formulata non solo dallo studioso, ma anche dal politico e dall'uomo di fede.

In due articoli scritti a distanza di pochi anni l'uno dall'altro, il primo “*Sulla rieducazione del condannato*” del 1958 e il secondo “*Il mito della rieducazione*” del 1963, Bettiol ricostruisce il percorso attraverso il quale ci si è allontanati dalla concezione della pena come strumento di ordine eminentemente morale per addivenire a teorie caotiche e agnostiche che vedono nell'utilitarismo l'unico orizzonte verso il quale orientare la pena. La critica di Bettiol non si arresta ai presupposti che hanno portato

all'imporsi di tali teorie nella scienza penalistica, ma involge il modo in cui esse attribuiscono alla pena una sostanza diversa da quella che le è propria, ovvero la retribuzione espiatoria della colpa.. Proprio quest'ultimo punto viene richiamato con grande forza dal Patavino, il quale ritiene che il principio retributivo sia "l'essenza stessa del diritto penale, destinato diversamente a scomparire in un'atmosfera romantico-sentimentale che tutto confonde e disperde"

Secondo Bettiol si è assistito progressivamente ad opera della dottrina e del legislatore allo svuotamento di senso dei principi che regolano la scienza penalistica, principi che sono stati adattati alle circostanze storico-sociali del momento, negando loro qualunque valore autonomo. In nome di un non meglio definito "progressismo", si è rifiutata qualunque visione del diritto penale in termini morali ed assoluti, per fare spazio invece ad una concezione storicistica che piega il senso dei fondamenti penalistici ad uso delle contingenze sociali, spostando l'asse dell'analisi dai concetti "astratti" ai concetti "concreti", intendendosi con l'aggettivo concreto "*la capacità di cogliere aspetti e momenti di una realtà fluida e contraddittoria*"<sup>328</sup>. L'Autore nega la possibilità che possano darsi delle teorie "sincretiche", vale a dire orientamenti che tengano conto ad un tempo del principio retributivo e delle esigenze di difesa sociale. Essendo ontologicamente diverse, esse sono insuscettibili di contaminarsi l'una dall'altra.

Il Patavino denuncia la crisi della scienza penalistica sostenendo che la rinuncia a qualunque valore assoluto o appiglio metafisico nell'analisi della disciplina è comunque una scelta di tipo filosofico. La perdita di un orizzonte assiologico assoluto a vantaggio di un diritto penale fondato sul netto rifiuto di impostazioni metafisiche e pre-scientifiche "*capace di sapersi adattare ai molteplici bisogni della realtà sociale*" è per una ben precisa scelta filosofica e metodologica. In questo senso l'agnosticismo in campo penale non è, come si vorrebbe pensare, un orientamento neutro capace di adattarsi in modo flessibile alla evoluzione sociale, ma è invece un preciso indirizzo filosofico che postula un relativismo esasperato figlio del positivismo giuridico, ove non vi sono valori o principi immutabili cui render conto, ma ogni assunto può essere messo in discussione in nome di una più efficace tutela dell'ordine sociale.

---

<sup>328</sup> BETTIOL G., "*Sulla rieducazione del condannato*", in *Scritti giuridici*, tomo II, 1966, p. 902.

Alla negazione di qualunque visione dei principi penalistici in termini di assolutezza, si lega anche la perdita del valore “assoluto” della persona umana: essa viene vista non come un fine in sé, ma come un mezzo volto alla realizzazione di un ordine morale e sociale che lo Stato si prefigura.

La rieducazione altro non sarebbe se non il tentativo dello stato di imprimere i valori sociali condivisi nella coscienza del reo, così che possa tornare a far parte del consorzio sociale. Non vi è quindi, nel concetto di rieducazione, un’attenzione verso il reo e per la sua emenda morale, ma al contrario la sanzione interviene a cooptare la libera determinazione dell’individuo verso i valori che la società in un dato momento storico ritiene meritevoli di essere acquisiti. La persona umana in questo modo arriva ad essere, secondo Bettiol, una “*creazione dello Stato*”<sup>329</sup>, il quale ha interesse ad imprimere sull’individuo i propri principi etici anche al di fuori del circuito penale, come nel campo della formazione per esempio. Il suo intervento sarebbe volto a introiettare le basi etiche della società stessa, ispirandosi ad una logica che vede nell’idea di società un’entità diversa e di maggior rilievo rispetto alla persona umana, suscettibile quest’ultima di essere usata quale mezzo in vista della preservazione dell’equilibrio sociale.

Bettiol osserva come una simile idea del diritto penale abbia costituito la base culturale degli ordinamenti totalitari, ascrivendo all’ideologia marxista il concetto di “ricupero sociale”, con il quale si intende la restituzione alla classe operaia di un elemento che con il comportamento delittuoso si è posto contro l’ethos sociale, creando una frattura in un sistema che vede quale fine il corretto funzionamento di un’entità sovra-individuale, la società.

La matrice marxista di un simile portato non deve far credere che questo sia proprio solo dei regimi socialisti, ma di tutti i sistemi totalitari. L’idea di una “falla da sanare”, di un “ingranaggio da riparare”, muove tutte le teorie preventive della pena, mortificando il valore della persona umana, che da fine ultimo e assoluto diviene un semplice mezzo volto alla realizzazione di un più alto interesse, quello sociale.

Il disposto costituzionale in merito all’ontologia della pena, descritto nell’art.27 co.3, mentre per molti autorevoli studiosi, primo fra tutti Antolisei, dovrebbe essere dato per assodato e fungere da base di partenza per il corretto invernarsi nell’ordinamento di una

---

<sup>329</sup> **Ibidem**, p. 903.



precisa scelta dogmatica posta dal Costituente, a parere del Patavino merita non solo uno stringente vaglio critico, ma anche un adeguato inquadramento sistematico.

Per Bettiol vi è anzitutto un equivoco circa il valore semantico da attribuire al concetto di rieducazione. Poiché la Costituzione è il frutto di un compromesso tra tre orientamenti politico-culturali molto diversi, quello cattolico, quello social-comunista e quello liberale, il concetto di rieducazione può essere declinato in modo assai diverso in base all'approccio che si adotta. Né dal testo costituzionale, né dai lavori preparatori si ricavano indicazioni interpretative sulla portata di tale precetto e sulla sua coerenza. L'attribuzione di contenuto alla norma in parola è quindi rimessa al legislatore ordinario, con la conseguenza che essa dipenderà dalle maggioranze politiche contingenti.

Secondo Bettiol, per inquadrare in modo corretto il concetto di rieducazione in un regime democratico quale quello italiano, occorre procedere ad una lettura sistematica della norma di cui all'art.27 co.3 con altre previsioni costituzionali, in particolare con l'art.2, vero perno della Carta. Statuendo di riconoscere in chiave giusnaturalistica i diritti inviolabili dell'uomo, e in questo senso di garantirli, la Costituzione pone un serio limite all'interpretazione in chiave preventiva della rieducazione, nel senso che questa non potrà mai tradursi in norme che considerino la persona umana come mezzo e non come fine, e postulino l'"intromissione" dello Stato nella coscienza individuale del reo. La pena non potrà essere "*oppressione spirituale*"<sup>330</sup> esercitata dallo Stato sull'individuo.

Il Nostro non si limita a mettere in discussione su basi ontologiche le idee preventive della pena e le conseguenze che una certa concezione della rieducazione può avere sulla considerazione della persona umana entro l'ordinamento, ma critica altresì che vi sia una reale necessità di porre la rieducazione penale al centro del dibattito pubblico. Egli muove la sua critica dalla ovvia considerazione che solo una piccola parte dei condannati potrebbe effettivamente necessitare di un'opera di educazione o rieducazione sociale: i rei primari che hanno piena coscienza del disvalore del proprio atto non necessitano di alcun intervento rieducatore, mentre esso appare inefficace a priori nei confronti dei criminali abituali o professionali o dei cosiddetti "colletti bianchi". L'idea della rieducazione come elemento centrale della sanzione penale si

---

<sup>330</sup> *Ibidem*, p. 904.

basa in quindi su di una “*arbitraria generalizzazione*” che non tiene conto della realtà concreta.

Come ricordato all’inizio, per Bettiol all’esecuzione penale spetta un compito negativo e tuttavia importantissimo: quello di non ostacolare il ravvedimento morale del condannato. La pena non deve essere espiata attraverso modalità tali da rendere il reo incapace di un processo di emenda morale, l’unico tipo di ravvedimento compatibile con il rispetto della libertà della persona umana di determinarsi al bene così come al male.

Su tale ultimo aspetto Bettiol torna nel suo saggio del 1963, “*Il mito della rieducazione*”, in cui critica quegli orientamenti culturali, particolarmente diffusi in quegli anni, che ripongono una fiducia incondizionata nella capacità dell’intelletto umano di superare qualunque criticità, qualunque problema, qualunque ostacolo. Questo ottimismo di fondo, basato fra l’altro anche su una enorme considerazione per la tecnica e la sua evoluzione, è additato dal Patavino come un grande inganno. Partendo dal suo retroterra cattolico, egli nega che l’uomo possa essere completamente padrone di sé stesso e possa condizionare la propria esistenza al punto da eliminare qualunque fonte di sofferenza.

Egli denuncia quindi la pericolosità delle dottrine utilitaristiche di Jeremy Bentham, le quali postulano l’adozione di un istituto giuridico qualora questo sia funzionale all’incremento della felicità della maggior parte della popolazione. A partire da questa impostazione di fondo, avverte Bettiol, ben potrebbero darsi norme che in nome dell’incremento della felicità collettiva finiscano per sacrificare la sfera di libertà dell’individuo fino ad annientarla.

La fiducia incondizionata della possibilità umana di estirpare il male unita ad un certo afflato utilitaristico, hanno portato alla negazione del valore retributivo della pena per concentrarsi esclusivamente sulle sue qualità preventive. Vassalli era arrivato in proposito a negare l’interesse verso l’emenda morale del condannato per porre l’attenzione solo sul profilo esterno della rieducazione, intesa come recupero. Un tale recupero dovrebbe sostanziarsi in un’opera di indirizzamento verso i postulati etici propri del gruppo e della società di riferimento, ed il fine dell’intervento sarebbe a vantaggio della collettività e non del reo.

Fermo restando il pieno rigetto di una tale impostazione, che Bettiol aveva già espresso in precedenza, in questo nuovo articolo *Il Patavino* si sforza di chiarire come oltre ad essere estremamente pericoloso per la preservazione del valore della persona umana in sé considerata, questo orientamento politico-culturale muove dalla fallace convinzione che ogni male possa essere superato, che ogni comportamento difforme dall'etica sociale possa essere prevenuto ed arginato attraverso un idoneo trattamento. E' opportuno invece non cedere alle lusinghe di tali "miti", poiché, come si è visto, le conseguenze di una normazione basata su certi postulati possono essere devastanti, occorre invece prendere atto di una realtà nella quale il male e la propensione umana al delitto non potranno mai essere estirpate.

L'aspetto a cui prestare attenzione è dato dalla considerazione verso la libertà individuale di agire e di determinarsi in un certo comportamento, a cui si lega inevitabilmente il concetto di responsabilità: l'individuo deve essere lasciato libero di agire nel bene come nel male, ben sapendo che l'offesa ai beni giuridici protetti dall'ordinamento penale comporteranno una pena, un castigo meritato che non è affatto una vendetta, come taluni detrattori tendono a sostenere, ma è invece la giusta riparazione morale verso uno scorretto esercizio della facoltà di autodeterminazione dell'individuo. E' solo inquadrando la pena sotto questo profilo ontologico che l'uomo e la sua volontà vengono pienamente rispettati, altrimenti vi sarà sempre una strumentalizzazione della persona verso un orizzonte sovra-individuale, fino al punto di pensare di poter sacrificare l'individuo sull'altare di finalità arbitrarie e contingenti.

## CAPITOLO V

### 5.1 Premessa

Nel 1971 Giuseppe Bettiol dà alle stampe uno dei saggi più controversi della sua cinquantennale produzione scientifica, che darà adito ad una accesa polemica con Franco Bricola e la scuola di Bologna. Il tutto nasce dall'espressione usata dal Patavino per indicare la teoria che espone per la prima volta e che riprenderà in altre opere successive, fino alla lezione di congedo. Essa sarà motivo di malinteso, dal momento che Bricola le attribuirà un senso ben diverso da quello che Bettiol fin da subito esprime senza equivoci. Proprio per questo la polemica non può essere ridotta ad un equivoco, che pure, a nostro avviso, c'è stato, proprio a cagione dell'uso del termine *gesinnung*, ma deve essere riportata sui corretti binari di una diatriba tra scuole su alcuni temi di fondo del diritto penale. Potremmo dire che la polemica fosse rivelatrice dell'originalità e della peculiarità della dottrina bettioliana, motivo per cui è risultata sempre minoritaria nel panorama dottrinale italiano e non solo. E' allora utile riprendere l'analisi, seppur breve nell'economia del presente lavoro, di questa teorica, per comprenderne il significato e il valore nell'ambito del magistèro del Penalista. E' importante capirne l'origine inquadrandola nel suo pensiero, per poi confrontarla con quel diritto penale d'autore di matrice nazista, a cui l'espressione scelta per indicarla ha finito per rimandare non solo lo stesso Bettiol, che pure se ne discosta recisamente, ma soprattutto i suoi critici. La decisione di mutuare dal diritto penale degli anni trenta, in particolare dalla dottrina afferente alla scuola di Kiel, il termine *gesinnungstrafrecht*, tradotta dallo stesso Bettiol con l'espressione *diritto penale dell'atteggiamento interiore*, è ciò che ha reso controversa la sua opera più tarda, posto che su tale teoria tornerà spesso nei suoi ultimi lavori, sollevando in alcuni il sospetto che addirittura si

stesse assistendo ad un cambiamento di rotta della sua visione dottrinale.<sup>331</sup> A queste insinuazioni il Nostro risponderà in vari scritti nei quali tornerà a parlare di *gesinnung*<sup>332</sup>, a dimostrazione dell'importanza che tale dottrina ha assunto nell'ultimo scorcio della sua lunga carriera. Si tratta allora di capire se si tratta di un'inversione di tendenza che porta il giure penale di Bettiol su posizioni marcatamente soggettiviste, fino a lambire il campo del diritto penale d'autore, oppure se al contrario Bettiol rimanga su posizioni tradizionali e oggettiviste, e quella del diritto penale dell'atteggiamento interiore sia una teoria costituente l'approdo di un consolidato orientamento. Riteniamo a tal fine necessario un breve excursus sulla dottrina del *gesinnungstrafrecht* elaborata dalla scuola di Kiel, onde compiere un confronto con quella partorita dal Maestro, che peraltro si rifà, come notato da alcuni, ad una precedente elaborazione dello Zuccalà di pochi anni prima, evidenziando con ciò che in quegli anni non fu solo il Patavino ad essere attratto da una prospettiva interpretativa imperniata sulla personalità morale e sulla coscienza dell'autore del reato.<sup>333</sup>

## 5.2 Il diritto penale d'autore della scuola di Kiel

Il nazismo impone un ribaltamento dei paradigmi liberali dello stato di diritto di bismarckiana memoria in ogni ambito del diritto. In pochissimi anni si assiste in Germania ad una vera e propria rivoluzione del sistema politico e sociale che coinvolge l'intero sistema giuridico. Il diritto pubblico, come accade ogni qual volta si assiste a tali capovolgimenti, è la branca del diritto maggiormente coinvolta, perché si deve adattare ai nuovi regimi. Il diritto pubblico punitivo è lo specchio di un modello di società, perché più permeabile all'etica di quanto non lo sia il diritto privato, normalmente più resistente ai cambiamenti sociali. Come abbiamo avuto modo di vedere nel capitolo sul Trattato, a proposito delle origini del diritto penale, Giuseppe

---

<sup>331</sup> Così TORÌO A., *Anuario de derecho penale*, Madrid, 1973.

<sup>332</sup> Cfr. BETTIOL G., *Stato di diritto e "Gesinnungstrafrecht"*, *Sul diritto penale militare dell'atteggiamento interiore, Colpevolezza normativa e pena retributiva oggi*.

Nel primo di questi saggi Bettiol, rispondendo a Torio, ne respinge l'opinione in base alla quale egli avrebbe compiuto, con la teoria in parola, un giro di volta, cambiando completamente orientamento. Al contrario Bettiol sostiene che la dottrina del diritto penale dell'atteggiamento interiore si pone in netta continuità con il suo consolidato magistèro.

<sup>333</sup> Cfr. VERNACOTOLLO A., *op. cit.*, p. 264.

Bettiol insiste su queste differenze per sostenere la sua visione etica del diritto penale: il diritto penale è immerso nei valori. Se con il regime politico cambiano i valori su cui il regime stesso si regge, cambia allora il diritto penale. La Germania Nazista spazza via i postulati liberali e ad una visione individualistica della società ne sostituisce una olistica, in cui l'individuo è visto solo come infinitesima componente della comunità nazionale, in funzione della quale deve vivere. Il popolo tedesco, e il Führer, che ne è guida, sono al centro di tutto. Il diritto penale deve allora trasformarsi da strumento di tutela degli individui e dei loro diritti, in strumento di tutela del popolo tedesco, identificato prima nello stato germanico, poi nel Reich. Di qui la necessità di un nuovo codice, il codice del Reich appunto, il quale si basava non più sui principi illuministici del diritto penale classico, perché non confacenti col nuovo assetto politico-sociale. Il principio di legalità rimane in piedi anche se perde totalmente di centralità e importanza. La legge non è più fonte indefettibile della norma penale incriminatrice, dal momento che un fatto può essere punito anche se non previsto da una legge come reato, qualora meriti comunque di essere sanzionato in base ai principi che sono a fondamento del sano sentimento del popolo tedesco. Cadono anche i corollari tipici del principio di legalità, tassatività e determinatezza. L'analogia è criterio ermeneutico legalizzato che permette l'incriminazione di fatti simili, ma non solo. Qualora un determinato fatto non sia sussumibile in una data norma, potrà essere comunque sanzionato da altra norma il cui criterio ispiratore si addice maggiormente alla sua punibilità. Qui l'analogia non opera solo rispetto al fatto, e non attiene al giudizio di sussunzione, riguardando addirittura ciò che sta al di fuori della norma, ovvero il suo criterio ispiratore, ricavabile per via interpretativa. Ne consegue che l'estensione del campo applicativo di una norma incriminatrice è di portata maggiore rispetto a quello che consegue all'applicazione del criterio analogico, per cui dei fatti simili vengono sussunti in un'unica fattispecie, interpretata letteralmente in maniera lasca. È il principio ispiratore della norma che guida l'interprete nel decidere se essa sia applicabile al caso di specie. Tale principio lo si ricava in base al primo dei criteri ermeneutici contemplati dal nuovo codice, il sano sentimento del popolo, per come interpretato dal Führer. È evidente infatti che siamo di fronte ad un criterio metagiuridico, il cui contenuto è del tutto aleatorio e intriso di valutazioni ideologiche e politiche. Questo fa del giudice un tecnico che deve però applicare le norme sulla base di giudizi a sfondo politico.

La norma del codice del Reich che rappresenta la cartina di tornasole del nuovo corso e che enuclea tutto questo è l'art. 2<sup>334</sup>, il quale rende punibile un fatto che, ancorché non previsto dalla legge come reato, merita di essere sanzionato in base ai principi che sono a fondamento di una norma penale o del sano sentimento del popolo. Il giudizio di tipicità non scompare ma diviene residuale, dato che il fatto, per essere punito, non deve necessariamente essere tipico e sussunto, quindi, nella fattispecie incriminatrice. Al giudizio di tipicità si affianca un giudizio di punibilità del fatto alla stregua dei principi fondativi di una norma penale o del sano sentimento popolare. La norma non lo prevede, ma il sentimento popolare, criterio che tende ad innervare di ideologia nazista il diritto penale, verrà interpretato dal Führer, al quale è attribuito il potere arbitrario di decidere quale azione rendere punibile perché avversa al nuovo ordine costituito.

Il codice di epoca nazista supera, pur non abolendolo del tutto, il principio di legalità formale (*nullum crimen sine lege*), che diviene subalterno a quello di legalità sostanziale (*nullum crimen sine iniuria*), in quanto il fulcro della punibilità non è più il fatto tipico ma il fatto offensivo del sano sentimento popolare: al principio formalistico se ne affianca uno sostanzialistico, che prende il sopravvento, dal momento che compito precipuo del diritto penale diviene quello di proteggere il popolo dal nemico del Reich. Il principio di legalità sostanziale assurge a principio alternativo a quello di tipicità, posto che l'interprete deve ricorrervi quando il fatto non è tipico, ma è comunque dannoso per il popolo tedesco. Nulla a che vedere, quindi, con il principio di offensività per come si è evoluto nella seconda metà del novecento quando, grazie anche all'avvento delle costituzioni democratiche, si è imposto il problema del bene giuridico. Nella sua evoluzione in chiave garantistica e valoriale il principio di legalità sostanziale non si è posto in alternativa a quello formale, lo ha invece integrato con il requisito dell'offensività, per cui un fatto, per essere tipico, deve essere anche offensivo del bene che la norma incriminatrice protegge. Deve raggiungere quel grado minimo di lesività o di messa in pericolo del bene perché possa essere tipico, non bastando il giudizio formale di sussunzione. Così si restringe l'ambito applicativo della norma anziché allargarlo, come invece accade con il nuovo paragrafo 2 del codice tedesco.

---

<sup>334</sup> Questo il testo tradotto: "Oggetto di sanzione è chi commette un fatto che la legge dichiara punibile a chi ha meritato la sanzione sulla base di principi che sono a fondamento di una norma penale o a fondamento del sano sentimento del popolo. Qualora non sia applicabile al fatto una determinata norma penale, esso verrà sanzionato in base alla norma il cui criterio ispiratore più si avvicina ad esso".

Il codice penale tedesco subisce quindi delle modifiche che lo rendono sempre più distante dalla tradizione liberale, facendogli prendere una pericolosa deriva soggettivista, in base alla quale acquista centralità l'autore del reato, colui che rappresenta un pericolo per il popolo tedesco e che viene quindi considerato un nemico da cui difendersi. La difesa sociale diviene la logica preponderante della prassi punitiva, che viene indirizzata ad estirpare ogni possibile minaccia per il regime. La pena perde ogni significato etico-retributivo divenendo strumento di mera repressione e minaccia. A seconda dei casi essa si profila come misura preventiva di carattere generale o speciale. Basti considerare il trattamento sanzionatorio previsto per i reati considerati di maggiore allarme sociale o più pericolosi per la stabilità del regime, per i quali vengono previsti dei limiti massimi di pena elevati, senza prevedere quelli minimi, così che il potere discrezionale del giudice diviene di fatto arbitrio.<sup>335</sup> Oppure si pensi alla disciplina della recidiva in caso di furto, particolarmente severa e fortemente indirizzata in senso special-preventivo.<sup>336</sup>

Un contributo fondamentale alla riforma penale viene dagli studiosi dell'università di Kiel, che hanno fornito le basi dottrinali del diritto penale d'autore.

Fra i massimi esponenti di tale scuola spiccano, come noto, Edmund Mezger, George Dahm, Friedrich Schaffstein.

Il saggio Di Edmund Mezger dal titolo *Tatstrafe und Täterstrafe*, insbesondere in *Kriegsstrafrecht (Diritto penale del fatto e diritto penale d'autore, con particolare riguardo al diritto penale di guerra)*, pubblicato nel 1941 insieme a quelli di altri due

---

<sup>335</sup> Sono molti gli esempi in tal senso, dal "Danneggiamento di insegne dello Stato tedesco" (§ 135), punito con il carcere fino a due anni, alla "Falsificazione di moneta" (§ 146), sanzionato con il carcere duro non inferiore ai due anni, agli "Atti di gravi di libidine" (§), per cui è previsto il carcere duro fino a 10 anni.

<sup>336</sup> Il paragrafo 244, che punisce il furto in caso di recidiva, prevede che "*chi nel territorio nazionale è stato punito quale ladro, rapinatore o in modo equivalente a rapinatore o ricettatore e ha di nuovo commesso uno di questi fatti per i quali è stato penalmente sanzionato, qualora commetta un furto semplice (§ 242) viene punito con carcere duro fino a dieci anni, nel caso di un furto grave con carcere duro non inferiore ai due anni*".

La formulazione della norma è esemplificativa dell'orientamento che la ispira, il diritto penale d'autore, dal momento che identifica il recidivo con il reato per cui è già stato condannato (ladro, rapinatore), *così da sottolineare che essa è rivolta al reo e contro il reo, che viene visto e giudicato non per il fatto commesso, ma per il fatto di essere stato già condannato per reati contro il patrimonio, come se quella di rubare, rapinare o ricettare fosse una sorta di attività professionale.*

*La previsione di un tipo di pena quale il carcere duro, con un limite massimo così alto ed un potere amplissimo di determinazione della stessa da parte del giudice, rende la disciplina della recidiva per furto ampiamente repressiva e discrezionale al tempo stesso. E' evidente che ogni legame proporzionale tra reato e pena viene assolutamente a mancare, e l'effetto "moltiplicatore" della recidiva sulla pena è spaventoso.*



grandi esponenti della dottrina penale tedesca di quegli anni, Wilhelm Gallas e Paul Bockelmann<sup>337</sup>, anch'essi vertenti sullo stesso argomento, ne costituisce una sorta di manifesto.

In premessa Mezger osserva come la politica criminale a cavallo tra l'ottocento e il novecento sia stata caratterizzata dal contrasto tra la figura del colpevole e il reato considerato nella sua esteriorità di fatto colpevole, come se i due elementi, soggettivo e oggettivo, fossero due monadi. "Oggi invece dobbiamo renderci conto di una realtà, e cioè che il fatto è solo una manifestazione della personalità dell'autore del reato e che quest'ultimo nel mondo delle apparenze costituisce solo la serie dei suoi fatti esteriori e interiori." Il reo esprime la propria personalità nel fatto, e il fatto è rivelatore della sua propensione criminosa. Quindi i due elementi si compenetrano a tal punto che non ha più senso l'analisi analitica del reato della dottrina classica tedesca. La dottrina del tipo d'autore è l'espressione di questa reciproca appartenenza.

E' chiaro sin dall'incipit che da tale approccio la definizione tradizionale di reato come fatto viene ad essere stravolta per lasciare il posto ad una concezione ipersoggettivista, che sposta il baricentro del diritto penale dall'elemento oggettivo a quello soggettivo. Ad essere superata sarà la dottrina classica, di marcata impronta causalista, che per decenni si era concentrata sul problema della causalità dell'azione rispetto all'evento tipico.

Il codice penale vigente in epoca nazista è ancora quello del Reich, anche se subirò in breve tempo sensibili modifiche per adeguarlo alle nuove esigenze del regime. La definizione di reato, osserva Mezger, è ancora quella risalente al XIX secolo, tanto che ancora consideriamo l'evento, sia esso un fatto determinato da una condotta attiva od omissiva, separato dal suo autore, e la pena, sia nel suo aspetto esteriore che nel suo contenuto intrinseco di sanzione retributiva, fa ancora riferimento ad un singolo evento, non alla personalità del colpevole. La legge astrae il reato dalla persona del colpevole, ma ciò è solo un artificio logico-formale che contrasta con la realtà delle cose, che vede il reo commettere il reato e manifestare in esso la sua carica criminosa. La necessità di ancorare la pena al disvalore del fatto così da creare un rapporto di proporzione ha reso necessaria la tipizzazione dei fatti, trascurando quella dell'autore del reato. La dottrina

---

<sup>337</sup> MEZGER E., GALLAS W., BOCKELAMANN P., "*Tatstrafe und täterstrafe, insbesondere im Kriegsstrafrecht*", ZstW, 1941, p. 353 ss.

del tipo d'autore mira invece alla tipizzazione della figura del colpevole, afferma Mezger.

Il primo ad aver elaborato una dottrina del tipo di autore è Erik Wolf, anche se già sul finire del diciannovesimo secolo la dottrina criminologica e positivista aveva fornito le prime tipizzazioni d'autore. Ma mentre quelle criminologiche sono tipizzazioni che si basano sulle scienze naturali e sono utili allo studio dei fenomeni criminali, la tipizzazione che deve interessare il giuspenalista è quella normativa. E' a questa che pensa Wolf, il quale però non arriva alle conclusioni stesse autoritarie di Mezger e Dahm. Nella relazione introduttiva all'università di Freiburger dal titolo "*Dell'essenza dell'autore del reato*" ("*Vom Wesen des Täters*") del 1932 Wolf per primo delinea i tratti del *tipo normativo d'autore*. "*Già qui – evidenzia Mezger - la *gesinnung* viene qualificata come ciò che dura nel volere, e l'autore del reato, nella sua essenza intima, viene qualificato come un membro della comunità giuridica con una sensibilità giuridica in decadenza*". L'indagine di Wolf, seppur volta a tipizzare normativamente la figura del colpevole, non si muove in una prospettiva soggettivistico-intuizionistica, evitando la deriva autoritaria.<sup>338</sup>

Come i tentativi operati dalla criminologia positivista e da Wolf dimostrano sono due i punti di vista su cui può essere elaborata una teoria del tipo d'autore: quello criminologico e quello normativo. Essi si distinguono per ragioni di metodo. Quello criminologico è di tipo induttivo poiché esamina il singolo criminale e il singolo caso, per operare una successiva classificazione del modello di delinquente e si affida alle scienze naturali. Il metodo normativo opera al contrario secondo la logica della deduzione: la norma generalizza un tipo di criminale, che si ricava per via interpretativa; sta all'interprete decidere se il colpevole del caso concreto rientra o meno nella classe di reo desumibile dalla fattispecie.

La tipizzazione criminologica si basa su criteri empirici che hanno ad oggetto lo studio della condotta di vita del colpevole (*Lebensführung*), per cui, sostiene Mezger, il tipo d'autore è un concetto che si basa sulla concreta personalità del soggetto esaminato nella sua vita concreta, è un tipo di criminale che si connota mediante una ripetuta commissione di reati.

---

<sup>338</sup> Cfr. FORNASARI G., *Diritto penale liberale e derive autoritarie*, in Dallo Stato Costituzionale Democratico di Diritto allo Stato di Polizia? Attualità del "Problema penale" a cura di Silvio Riondato, Padova University Press, 2012, p. 65.

La tipizzazione normativa si fonda su una concettualizzazione penalistica dell'autore del reato, resa possibile dal paragrafo due del vigente codice. Non è dallo studio della personalità del singolo reo che se ne ricava la sua aderenza ad un dato tipo di criminale, ma dall'interpretazione della norma, sia di parte generale che speciale, poiché la figura dell'autore sta dietro ad ogni fattispecie incriminatrice, ed emerge dall'interpretazione che di essa va data ricorrendo al canone ermeneutico della coscienza giuridica popolare. E' l'intuizione dell'interprete che deve ascrivere un certo fatto ad una certa fattispecie se ritiene che l'autore di quel fatto sia ascrivibile al tipo d'autore sotteso alla norma incriminatrice. *“Il tipo di autore del reato è, nella sua totalità, singolo elemento della fattispecie”*. Già nella tipizzazione del fatto si trovano importanti elementi che portano ad una tipizzazione dell'autore del reato. *“Una autentica tipizzazione del colpevole si ha sempre allorché l'intenzione (gesinnung) del colpevole svolge un ruolo decisivo nella valutazione del fatto, ovvero quando nella fattispecie si individuano caratteristiche che si distinguono tra tipiche del fatto e tipiche dell'autore del reato; esse però non si limitano a dire che ogni fatto è un fatto dell'autore del reato, ma che deve comunque esistere una connessione con il fatto concreto, e che non si possono separare dalle caratteristiche criminologiche del reo.”* Pur distinguendo nettamente il metodo tipizzante della criminologia da quello della scienza penale, Mezger non può far a meno di riconoscere l'importanza del contributo della criminologia nel delineare i tratti essenziali dei modelli di autore, posto che la fattispecie va applicata sempre a un caso concreto e l'interprete ha di fronte a sé un soggetto che ha commesso un fatto con certe caratteristiche, per cui il criterio con cui deve stabilire se questi rientra o meno in un dato tipo d'autore sotteso ad una certa fattispecie dovrà tener conto delle sue caratteristiche criminologiche. L'esigenza di una connessione tra la fattispecie generale e astratta e il fatto concreto serve ad evitare che il giudizio di tipicità per modelli d'autore finisca per essere altrettanto formale quanto quello di tipicità sul fatto. I sostenitori del diritto penale d'autore accusano la dottrina classica di eccessivo formalismo nel basare il giudizio di tipicità sul fatto, che si esaurisce nel procedimento di sussunzione logica e nell'accertamento causale. Però il giudizio di tipicità basato sul modello di autore finisce per essere altrettanto formale dal momento che si regge pur sempre sul confronto tra la fattispecie e il fatto. Ma mentre il giudizio di tipicità sul fatto è estremamente rigoroso perché vincolato dal canone di stretta interpretazione e di

divieto di analogia, quello proposto da Mezger non è fondato su criteri razionali e logici, bensì su un impalpabile e inconsistente *sano sentimento del popolo*, formula retorica priva di contenuto, che serve solamente a dare mano libera al giudice, il quale può arbitrariamente decidere, caso per caso, se colui che ha di fronte è un nemico del popolo oppure no. Per questo si suole parlare, come fa Bettiol, di dottrine irrazionaliste, perché fondate su nessun criterio razionale e su alcun valore, ma solo sulla necessità di dare assoluta preminenza alla volontà politica dello stato, per cui chiunque vi si opponga merita perciò solo di essere sanzionato.

La nota espressione di Dahm, per cui il tipo di autore del reato è l'ombra della fattispecie è esemplificativa del ruolo che il criterio ermeneutico del tipo d'autore assume per questi autori. La fattispecie di parte incriminatrice, infatti, è spesso formulata secondo i canoni classici, delineando un fatto generale e astratto, non un autore generale e astratto. E' vero che in talune norme si fa espressamente riferimento a categorie di criminologiche più che penalistiche, come nel caso del paragrafo 244, in cui si menziona il ladro e il rapinatore, ma la generalità delle fattispecie non descrivono un autore ma un fatto. Per cui la metafora coglie nel segno: il tipo d'autore non sta nella fattispecie ma al di fuori di essa, è la sua proiezione nascosta, che spetta all'interprete scovare ricorrendo al criterio del sano sentimento del popolo. Per Dahm la qualità di autore è data da un modo di essere nella società, per cui lo si ricava in rapporto ai *valori* su cui si basa la società. Il deviante è avvertito dalla società come tale perché non si conforma al modello di vita da essa imposto.

Per Mezger il tipo di autore non è l'ombra ma l'anima della fattispecie. Egli tende quindi ad incardinare il modello tipizzante per autore all'interno della fattispecie, costituendone un elemento intrinseco della stessa. Esso non appare ma c'è, sta all'interprete disvelarlo mediante il canone interpretativo del sano sentimento del popolo. Salvo però sostenere, come Dahm, che in casi dubbi ciò che conta è il "*corpore tangibile della fattispecie*". Egli vuole riconoscere nell'autore del reato non un essere a priori, una struttura ontico esistenziale dell'essere del reo, bensì una realtà della vita del popolo e quindi vede l'autore del reato nel senso di una reale concezione del popolo (*Volksanschauung*). Tuttavia dalla fattispecie che descrive un fatto tipico occorre pur sempre partire e finire.

Mezger precisa che il tipo d'autore del reato svolge nel singolo caso un ruolo che cambia a seconda della chiarezza e determinatezza della fattispecie: quanto più essa è descritta in modo vago e impreciso tanto più si renderà necessario l'intervento integrativo dell'interprete attraverso il criterio ermeneutico del sano sentimento popolare. Quindi il criterio ermeneutico enucleato dal paragrafo 2 fungerebbe da criterio integrativo e succedaneo rispetto all'interpretazione letterale. Ma non bisogna dimenticare che esso consente comunque l'applicazione estensiva della norma a fatti in essa non sussumibili, quindi la sua portata è ben maggiore. Ed è questo che lo rende un principio funzionale ad una concezione del diritto penale illiberale e fortemente intrisa di contenuti ideologici, volti a rappresentare l'autore del reato come un nemico della società e dello stato.

### 5.3 La critica di Bettiol al *diritto penale d'autore*

Nel corso della sua lunga carriera Bettiol non farà mai mancare delle aspre critiche alla dottrina del Täterstrafe della scuola di Kiel, neppure nei primi anni quaranta, quando ancora tale dottrina era in auge. Nel 1942, un anno dopo la pubblicazione di Mezger sul tipo d'autore nel diritto penale di guerra, il Patavino pubblica uno scritto dal titolo *Azione e colpevolezza nelle teorie dei <tipi> di autore*, nel quale si occupa ampiamente del tema.

L'irrompere di una tale rivoluzionaria teorica sposta il dibattito che aveva interessato la dottrina penalistica nei primi decenni del secolo, impegnata a correggere l'eccessivo oggettivismo dell'impostazione classica del secolo precedente, che poneva eccessiva attenzione verso le teorie causali a scapito di una visione finalistica e valoriale dell'azione. Come noto, uno dei massimi esponenti di lingua tedesca della dottrina critica verso il casualismo è il Welzel, a cui Bettiol guarda con molto interesse negli anni quaranta. Con l'avvento del diritto penale nazionalsocialista le questioni circa la necessità di integrare l'astrattismo logico-deduttivo del metodo adottato dai classici per l'interpretazione delle norme penali vengono superate, anche perché si era nel frattempo consolidata l'idea di contemperare l'impostazione oggettivistica classica con il finalismo valoriale. Ma le tesi della scuola di Kiel sono talmente rivoluzionarie da attrarre su di loro l'attenzione di studiosi di paesi che si guarderanno bene dal farle

proprie.<sup>339</sup> Esse portano a trasformare gli istituti tradizionali o a crearne di nuovi per mezzo delle legislazioni di guerra.<sup>340</sup> Da questa legislazione, osserva Bettiol, si vorrebbero trarre nuove regole e principi per un diritto penale del futuro, nel quale si accentuano le caratteristiche dell'autore del reato con espressioni quali "delinquente dannoso per il popolo", "delinquente violento", trascurando l'azione e il fatto, come se il legislatore volesse punire il tipo d'autore piuttosto che l'azione da questi posta in essere. Viene spostata l'attenzione dal disvalore del fatto e dell'azione al disvalore della condotta di vita del reo in rapporto alla società in cui vive. Bettiol è consapevole del rischio di una tale teorica che finisce per mettere in discussione l'esigenza stessa che vi sia un'azione da incriminare, potendo bastare che il deviante manifesti la volontà di disubbidire allo stato e si mostri ostile al recepimento delle regole di vita che la società ha fatto proprie. Qui non si discute più tanto di come concepire l'azione e di quali criteri metodologici applicare, quanto del superamento della stessa ai fini dell'applicazione della pena. *"E ciò non in nome di quei criteri ai quali si appellavano i positivisti quando degradavano l'azione a sintomo di anormalità o di anomalie del soggetto, ma in nome di criteri normativi, di quelle esigenze etiche che urgono particolarmente nell'accentuato clima romantico che avvolge oggi l'Europa."*<sup>341</sup> E' nel rinnovato clima politico che ha visto in buona parte dell'Europa centro-orientale sovvertiti i vecchi regimi liberali in favore del nazionalsocialismo e del comunismo che matura l'idea di porre al centro della valutazione penalistica l'autore piuttosto che l'azione. Ciò – osserva Bettiol – sarebbe stato impossibile nel clima agnostico del liberalismo giuridico conservatore, che per tutelare la sfera della libertà morale dell'individuo impediva allo stato di valutarne l'animo, il carattere, la personalità, e di guardare all'azione nella sua completezza, cioè come un'azione umana che deve essere giudicata sia nei suoi aspetti più esteriori e oggettivi, sia con riguardo al suo autore, al suo carattere, ai motivi che lo hanno spinto a compierla, al grado di partecipazione morale con cui questi l'ha voluta

---

<sup>339</sup> In Italia la concezione così estrema di diritto penale d'autore come quella degli studiosi di Kiel non sarà mai presa in seria considerazione neppure in pieno regime fascista, perché la dottrina italiana, come noto, non era intenzionata ad abbandonare del tutto i presupposti classici e liberali del diritto penale, attirandosi le critiche degli studiosi nazionalsocialisti, che accusano Rocco e gli altri compilatori del codice del '30 di essere troppo appiattiti su posizioni classico-liberali.

<sup>340</sup> A differenza dell'Italia la Germania adotterà largamente lo strumento delle leggi eccezionali di guerra, che in vari ambiti introducono una serie di norme incriminatrici nuove altamente repressive.

<sup>341</sup> *Azione e colpevolezza nelle teorie dei <tipi> di autore*, in *Scritti Giuridici*, tomo II. Cedam, 1966, p. 536.

porre in essere. La eparazione netta fra diritto e morale di derivazione imposta dalle teorie neo kantiane ha imposto una visione agnostica del diritto penale che lo ha svuotato del suo animo umano e del suo afflato etico-valoriale. Colpa morale e colpa giuridica non sono due monadi per Bettiol, ma pur essendo due concetti distinti si compenetrano l'un l'altro, perché il diritto penale senza morale è solo diritto punitivo volto alla difesa sociale o strumento di profilassi sociale; un diritto, quindi, non al servizio dell'uomo ma dei pubblici poteri, che rischia di divenire uno strumento di privazione della libertà piuttosto che di tutela della stessa. Secondo la visione liberale la separazione tra etica e diritto doveva comportare che la prima si doveva occupare del lato spirituale dell'azione, ovvero delle ragioni che hanno spinto il reo a compierla, mentre al diritto spettava quello di giudicare l'azione oggettivamente considerata. In questo modo si operava una scissione che non permetteva di giudicare il reo in quanto persona umana intesa nella sua unità inscindibile, fatta di atti compiuti perché voluti e sorretti da scelte moralmente sindacabili. Il giudizio di riprovazione operava solamente rispetto all'azione, senza considerare il processo decisionale che ha portato il reo a compierla, le motivazione gli influssi esterni che lo hanno condizionato. Il giudizio non poteva quindi essere completo e unitario.<sup>342</sup>

*“Tale netta distinzione tra autore e azione è invece insostenibile di fronte alle nuove concezioni politiche, le quali non solo hanno abbandonato il terreno della neutralità di fronte al modo di essere e di pensare dell'individuo, ma in nome di un nuovo eticismo hanno trasformato l'individuo in un organo cosciente ed operante dello Stato stesso, per cui egli deve improntarsi spiritualmente a quelle concezioni che lo Stato considera come determinanti.”*<sup>343</sup> Ai nuovi regimi totalitari interessa l'uomo per quello che è piuttosto per quello che fa: l'azione, il fatto, l'evento sono considerati ai fini della valutazione della personalità del soggetto che li ha cagionati. Allo stato non interessa rendere giustizia e retribuire il reo per il male commesso e rappresentato dal fatto tipico colpevole, ma reprimere ogni devianza che rappresenta una minaccia per se stesso, e fare in modo che il deviante non costituisca più un pericolo. Di qui uno smisurato uso di

---

<sup>342</sup> “E' naturale che questa separazione concettuale del diritto dalla morale, con la relativa neutralizzazione dello Stato e del diritto, ostavano ad una valutazione completa della personalità e limitavano la funzione del diritto alla punizione del fatto. Se è vietato allo Stato entrare nella sfera spirituale dell'individuo, l'uomo in quanto tale è perduto per il diritto, perché questo si limita a riferirsi alle azioni e alle situazioni di fatto sussumibili.” Ibidem, p. 537.

<sup>343</sup> Ibidem.

misure preventive e repressive volte ad annientare la carica di pericolosità del reo, visto come un nemico della società. E di misure dal contenuto e dalla finalità rieducativa, per forgiare il deviante dei *valori* del regime e farne un cittadino modello.<sup>344</sup> Si vuole fare dell'individuo un singolo membro cosciente ed operante dalla comunità di popolo di cui fa parte.

A rendere necessaria una valutazione unitaria dell'azione che tenga conto sia del lato soggettivo che oggettivo della stessa è la natura retributiva della pena, per cui se essa è castigo meritato non può commisurarsi esclusivamente sull'azione in se considerata come fatto naturalisticamente percepibile, ma deve essere accompagnata da una valutazione sull'elemento soggettivo del reato, in particolare sulla personalità dell'autore, sui motivi a delinquere, sull'intensità del dolo. L'espiazione è sempre rivolta a un uomo per ciò che ha fatto, ma il ciò che ha fatto deve essere inteso e considerato non solo dal lato del fatto, ma da quello non meno importante del lato soggettivo. L'importanza e il significato dell'azione dipendono dalla volontà della stessa e dai motivi che hanno spinto l'agente. Diversamente, spiega Bettiol, l'istituto della recidiva<sup>345</sup> non potrebbe trovare cittadinanza in un diritto penale a sfondo liberale.

---

<sup>344</sup> “Lo Stato interviene non solo per influire sull'azione esterna dell'individuo vietandola e approvandola, ma agisce in modo da dare un'impronta spiccata alla mentalità ed alla personalità dell'individuo, Tutto l'uomo appartiene allo Stato, e quando si dice tutto l'uomo s'intende non solo l'uomo in quanto agisce, ma pure in quanto, è, coi suoi bisogni, le sue tendenze, le sue esigenze materiali e spirituali.” Ibidem.

<sup>345</sup> Sulla recidiva la nostra opinione si discosta da quella di Bettiol per aderire a quella di chi, come Carrara, la giustifica soltanto in chiave utilitaristica. “Il legislatore prevede che ad un dato delitto possa essere pena bastevole una data quantità di male. E lo è di fatti per i più. Che se qualcuno delinque malgrado quella minaccia, si ritiene averlo fatto per non avere sperimentato la pena; e si calcola che la esperienza del male che lo colpisca per il primo suo fallo gli lezion bastante per l'avvenire. E questo secondo calcolo riesce confermato dalla esperienza per il maggiore numero dei delinquenti che non ricadono. Ma quando, dopo avere sperimentato il patimento effettivo, in condannato torna a delinquere, ci dà chiaro segno di disprezzare quel male: mostra che per lui non è freno sufficiente quella somma di patimenti. Rinnovare contro di lui la medesima pena diviene in tal caso futile; perché la presunzione di sufficienza relativa alla forza oggettiva di quella penalità è contraddetta dal fatto.” (§739) “Vi è presunta insufficienza relativa della forza fisica oggettiva della pena a cagione della insensibilità che costui mostra al male patito. Laonde a cagione di quella natura dello individuo, eccezionalmente più insensibile, bisogna aumentare il castigo se vuol sene ragionatamente sperare un utile effetto. Quando pertanto il colpevole, niente erudito dalla riportata condanna, torna ad insultare la maestà della legge, e ad attaccare la sicurezza dei cittadini è egli stesso che dice essere stato troppo mite per lui quel primo patimento, che per la generalità dei caduti è pur sufficiente. Egli non può in conseguenza tacciare di ingiusta la società se ricorre contro di lui ad un castigo più grave.” (§740) “Vi è insufficienza relativa della forza morale della pena; perché quello spavento che il primo delitto avea cagionato, e che fu sopito con la punizione del delinquente, in certa guisa torna a risorgere quando questi dopo la pena torna a delinquere. La pena ordinaria non è più farmaco bastante a tranquillizzare i consociati; poiché la esperienza l'ha mostrata inetta a frenare quell'individuo. E' questo l'ordine d'idee secondo il quale si giustifica il rincaro di pena contro i recidivi malgrado il saldo della vecchia partita, e malgrado la



La strada percorsa dalla dottrina tedesca - rileva il Patavino – porta a questo risultato: *“il processo di personalizzazione del diritto penale ( vale a dire l’accentuazione degli elementi soggettivi nell’ambito della nozione del reato a scapito di quelli oggettivi e particolarmente del bene giuridico e dell’evento) e quello di eticizzazione (in senso lato) per cui il reato è stato principalmente considerato quale violazione di un dovere (...) dovevano naturalmente mettere sempre in maggior luce l’agente, visto non tanto nella sua natura individuale bio-psicologica, ma quale esso è genericamente inteso dietro ad ogni fattispecie dal legislatore ed intuito dalla coscienza giuridica del popolo.”*<sup>346</sup>

Come Mezger Bettiol rileva che i primi tentativi di tipizzazione dell’autore di reato sono stati quelli dei positivisti, per i quali, come sosteneva il Ferri, il tipo criminale è colui che presenta un certo numero di anomalie o di stigmati ataviche, degenerative e patologiche. Trattasi di una tipizzazione caratterologica che questi considera generica e funzionale a stabilire una predisposizione personale al delitto che giustificava l’applicazione di misure preventive.<sup>347</sup>

Il tipo di delinquente di estrazione positivista, pur essendo frutto di una ricerca che si fonda sull’esperienza e sulle scienze naturali, finisce per essere, secondo Bettiol, un tipo generico e astratto. E’ un *tipo individuale*, poiché si riferisce alla personalità del singolo delinquente esaminato da un punto di vista criminologico, ed è un *tipo criminale* poiché

---

*permanenza della loro imputazione nello stato normale.” (§741). CARRARA F., Programma di diritto penale.*

Noi riteniamo aporetica la tesi giustificatrice della recidiva in chiave retributiva per almeno due ragioni. Non è adeguatamente spiegata in termini razionali la maggiore rimproverabilità del reo già condannato, per il solo fatto che questi mostra di essere ulteriormente insensibile al rimprovero già mossogli dalla legge e dalla giustizia penale, così da volere con maggiore intensità e partecipazione la commissione del nuovo fatto. Se si postula, come fa Bettiol, la libertà morale del deviante, ebbene occorre riconoscere a questi la *libertà* di opporsi alla legge e di voler agire contro i valori che essa protegge; pertanto, punirlo più severamente per aver esercitato la propria libertà di scelta potrebbe consistere in una reazione contro tale libertà, che disconosce all’individuo la facoltà di rimanere ostile all’ordinamento, salvo pagare il meritato castigo, ma solo per il fatto nuovo.

Altra ragione che rende inspiegabile la recidiva in un’ottica retributiva è quella che attiene alla proporzione tra la pena e la gravità del fatto. Rifiutando l’dea di un grado di colpevolezza maggiore del recidivo, in quanto il giudizio di colpevolezza, che si concentra, pur non esaurendosi in esso, nell’intensità del dolo e nel grado della colpa, si riferisce alla sola azione oggetto del giudizio in relazione all’evento tipico costituente il reato per cui il reo non è stato ancora condannato, quindi non possono essere considerati ai fini del giudizio di colpevolezza i fatti di reato per cui vi è già stata condanna passata in giudicato. Pertanto se la pena è aumentata in ragione di una presunta, ma inesistente, maggiore colpevolezza, essa risulterà sproporzionata e non corrispondente al meritato castigo, quindi ingiusta.

<sup>346</sup> BETTIOL G., op. cit., pp. 536, 537.

<sup>347</sup> *“I loro tipi di delinquenti erano in funzione di provvedimenti preventivi che la società doveva prendere per potersi più efficacemente difendere, e come tali dovevano prendere il posto di tipi di azione che troppo risentivano delle tradizionali concezioni etico-retributive.”* Ibidem, p. 543.

caratterizzato da una ripetuta commissione di reati; la recidiva si atteggia ad elemento qualificante il tipo criminologico. La sanzione che consegue al comportamento recidivante dell'agente è la reazione dell'ordinamento alla sua pericolosità, resa evidente dalla sua appartenenza a un tipo di delinquente. In questo modo la pena, o meglio la misura, si riferirà alla personalità dell'agente piuttosto che all'azione da questi posta in essere. *“Ma una pena che faccia riferimento alla personalità dell'agente come tale rappresenta un'eccezione nell'ambito del diritto penale che guarda al fatto, nel senso che la reazione penale assume il carattere di espiazione per il reato che è stato perpetrato, mentre la reazione contro la personalità criminale come tale viene rimessa alla misura di sicurezza o a quella correttiva.”*<sup>348</sup> L'azione viene quindi relegata sullo sfondo del diritto penale, considerata alla stregua di un primo oggetto di studio per il criminologo e il sociologo, che dalla condotta delittuosa partono per risalire alla personalità del suo autore. L'evento tipico, dal canto suo, funge da mero sintomo di uno stato di pericolosità dovuto ad anomalie o patologie che fanno dell'uomo delinquente un soggetto da curare e non da punire per la propria azione antigiuridica e colpevole.

Ma ad offuscare l'azione interviene anche la successiva teorica del tipo normativo d'autore. Rispetto alla primigenia formulazione di Erik Wolf Bettiol osserva che quella Wolf propone una teoria soggettivista alternativa a quella positivista perché mira a classificare l'autore non in base alle proprie caratteristiche psicologiche, ma secondo la sua *personalità giuridica*, per cui il delinquente è considerato *“quale membro personale della comunità giuridica con coscienza giuridica decaduta”*.<sup>349</sup>

Quanto alla scuola di Kiel Bettiol sostiene, come Dahm, che è stata elaborata a fini repressivi, ovvero per fornire all'interprete un criterio per la punibilità o meno di certi fatti non rientranti nelle fattispecie legali e muove dalla critica al razionalismo astrattista della teoria del *Tatbestand*, troppo rigida. Secondo Dahm il delinquente non è solo il nemico della comunità ma *un determinato modo di essere nella comunità*. Il tipo d'autore è *l'ombra della fattispecie*, ovvero una regola di interpretazione norma incriminatrice che si ricava dal sentimento popolare. Mentre la teoria di Wolf si caratterizza per fornire una nozione aprioristica e logico-formale del tipo di autore,

---

<sup>348</sup> Ibidem, p. 548.

<sup>349</sup> Secondo Bettiol si tratterebbe di una teoria che si ispira alla fenomenologia di Husserl. Ibidem, p.551.

Dahm ne propone una nozione concreta che lo riporta all'interpretazione e alla valutazione della fattispecie.

Quella del Mezger invece è una nozione che si ricava non tanto dalla coscienza popolare quanto dalla legge, *“la quale molte volte racchiude dei termini o delle espressioni dalle quali si può affermare come davanti agli occhi del legislatore fluttui una determinata figura di autore, la quale deve essere rivissuta dall'interprete che voglia cogliere il vero significato della legge”*.<sup>350</sup>

Per Bettiol sia la tesi del tipo criminologico d'autore che quella del tipo normativo d'autore si mostrano fallaci nell'intento di spazzare via l'azione sostituendola al reo, perché comunque sempre all'azione occorre riportare il giudizio sull'agente. Non si può prescindere dall'azione. Del resto, come abbiamo osservato poco sopra riguardo al tipo d'autore come anima della fattispecie, quest'ultima contiene pur sempre la descrizione di un fatto, per cui l'interprete non può che guardare per prima cosa all'azione per verificare se essa è ascrivibile alla fattispecie. Il tipo normativo d'autore più che eliminare la fattispecie elimina il principio di tassatività rendendo possibile l'estensione applicativa della norma incriminatrice. *“Malgrado l'accentuazione degli elementi personali del reato nella teoria del tipo normativo, l'agente viene chiamato penalmente a rispondere della singola azione compiuta, perché la concezione della colpevolezza che sta alla base di questa teoria è pur sempre quella tradizionale. La colpa è colpa per la singola azione.”*<sup>351</sup>

#### 5.4 Il *Gesinnungstrafrecht* o diritto penale dell'atteggiamento interiore

Su la Rivista Italiana di diritto e procedura penale compare nel 1971 il testo di una conferenza tenuta da Bettiol all'università di Parma nel novembre dell'anno prima e intitolata *“Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore”*. L'intervento si apre con alcune considerazioni introduttive sulla dogmatica volontaristica e sul finalismo welzeliano, che negli anni quaranta aveva attratto le sue attenzioni.

---

<sup>350</sup> Ibidem, p. 552.

<sup>351</sup> Ibidem, p. 555.

Anzitutto non può più parlarsi, sostiene il Nostro, di un contrasto tra un *diritto penale dell'evento* (*Erfolgsstrafrecht*) e un *diritto penale della volontà* (*Willensstrafrecht*) come negli anni trenta, quando i regimi totalitari avevano generato una deriva soggettivistica che aveva posto al centro la volontà criminale dell'agente in luogo dell'evento, per anticipare la punibilità ad azioni che, essendo allo stadio iniziale, non sono produttive dell'evento tipico, né sono idonee e univocamente dirette a cagionarlo (tentativo). Si punivano così i meri atyti preparatori, che un diritto penale del fatto non permette di sanzionare perché inoffensivi. Nel diritto penale della volontà il bene giuridico perde di significato perché ciò che rileva non è la lesività della condotta ma la pericolosità dell'agente, di talché possono essere puniti i fatti di mera disubbidienza all'autorità.

A Welzel si deve la svolta finalista in risposta al concettualismo esasperato del liberalismo giuridico, e al casualismo di impronta naturalistica che ne è conseguente, per attribuire all'azione un connotato valoriale. E' finalistica l'azione rivolta a un fine, e se tale fine consiste nella lesione di un bene, essa sarà non solo causalmente idonea a produrre la lesione, ma sarà espressione della volontà dell'agente di produrla. *“Un'azione finalistica è per natura sua è azione libera sia nel bene come nel male.”*<sup>352</sup> Ma per Welzel è libera solo l'azione rivolta al bene, l'azione malvagia dipende causalmente da un impulso contrario ad ogni volere. Per cui l'azione tipica non è mai libera, e non è pertanto suscettibile di valutazione morale, insita nel giudizio di colpevolezza. In questo la tesi di Welzel non è convincente e mostra i propri limiti. Tuttavia il suo finalismo rimane nell'orbita dell'oggettivismo, ovvero di un diritto penale basato sulla tutela dei beni giuridici, per cui l'accusa di aver sconfinato nel *Willensstrafrecht* è infondata.

Il *Gesinnungsstrafrecht*, rileva Bettiol, trae origine dalla filosofia esistenzialista, la cui impostazione è un'impostazione *di coscienza*, in quanto il personalismo attorno al quale essa gravita si impernia sulla coscienza umana, sull'atteggiamento spirituale dell'individuo, che sente dentro di sé il dovere di rispettare un dato precetto e se lo viola percepisce il senso del rimprovero che ne consegue e la necessità di espiare la propria

---

<sup>352</sup> *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale, 1971, p. 5.

colpa.<sup>353</sup> *“Il merito storico dell’esistenzialismo è stato appunto quello di aver saputo individualizzare e personalizzare il giudizio del rimproveropenalisticamente rilevante, eliminando schemi e formule delle quali ampiamente si erano serviti i sistema tori del classicismo e del positivismo”*<sup>354</sup>

All’origine di tale dottrina per Bettiol stanno anche alcune scelte politiche volte ad eticizzare il diritto penale in senso personalistico, come è stato fatto in Italia con il primo comma dell’art. 27 Cost. La politica influenza la dogmatica penalistica quando orienta la materia fissando principi come quello della responsabilità personale, che non significa banalmente responsabilità per fatto proprio e non si esaurisce nella necessità che il fatto sia commesso con dolo o colpa. Questi ultimi sono concetti naturalistici, in quanto appartenenti alla psicologia, la responsabilità è un concetto etico che rimanda alla coscienza dell’agente, alla sua sfera interiore. La personalità della responsabilità penale ha *“orizzonti larghi e profondità non ancora intraviste o sospettate Essa investe tutto il diritto penale.”*<sup>355</sup>

Anche quando, negli anni dei totalitarismi, si è sentita la necessità di valorizzare l’aspetto oggettivo della fattispecie, ovvero l’evento tipico lesivo del bene giuridico in reazione al soggettivismo irrazionalista del diritto penale di autore e della volontà, lo si è fatto badando a non obliare l’elemento personalistico, perché *“senza una grossa sottolineatura della personalità morale del soggetto agente il diritto penale rimaneva un mistero e finiva per diventare un semplice strumento di profilassi sociale”*<sup>356</sup>.

Il diritto penale dell’atteggiamento interiore pone in evidenza il concetto della responsabilità della *“cosciente decisione del reato”*.

Si comprende allora che la *Gesinnung* non ha niente a che vedere con il *Tätertyp*, errano clamorosamente coloro che lo invocano. Essa esprime infatti *“la possibilità di porre una corrispondenza tra colpevolezza e responsabilità nella formazione della personalità.”*<sup>357</sup> *“Gesinnung è mentalità, è il consapevole orientamento interiore*

---

<sup>353</sup> *“L’essere <uomo> sta proprio in questo: sentire nella propria coscienza un imperativo che può essere seguito o trasgredito, ma doverne poi portare le conseguenze sulla base comportamento tenuto e del grado della colpevolezza stessa. Colpevolezza che è un concetto che si esprime in termini di rimprovero e che varia di intensità tra uomo e uomo, tra azione e azione a seconda dell’atteggiamento di coscienza, dei motivi, dei fini.”* Ibidem, p. 7.

<sup>354</sup> Ibidem.

<sup>355</sup> Ibidem, p. 8.

<sup>356</sup> Ibidem, p. 9.

<sup>357</sup> Ibidem, p. 10.

*(Einstellung) di un soggetto che emerge e si determina con riferimento a taluni valori della comunità sociale*”<sup>358</sup>.

A riprova di ciò sta il fatto che il *Gesinnungsstrafrecht* si trova in perfetta armonia con la pena retributiva, tanto che quest’ultima può essere considerata un suo logico precipitato. Tanto che – sostiene il Nostro – tutti gli autori retribuzionisti ricorrono alla *Gesinnung*, poiché la retribuzione è un concetto al quale deve essere data concretezza in funzione della personalità del reo. La retribuzione morale non è mera reazione dell’ordinamento alla lesione del bene giuridico che esso protegge, ma deve essere carica di contenuti etici. Essa mira all’espiazione del reo, che solo rispettandone la personalità può essere ottenuta. La pena retributiva porta con sé un profondo senso di umanità. E’ pur sempre una *pena d’autore* anche se riferita al fatto, dal quale non può assolutamente prescindere. La teoria retributiva è ancillare ad un diritto penale del fatto, non tollera visioni ultra soggettivizzanti. Ma poiché deve essere commisurata alla gravità del reato anche nel suo elemento soggettivo la pena retributiva deve corrispondere al grado di colpevolezza, che si misura non solo in base al grado della colpa e all’intensità del dolo, ma prendendo in considerazione la personalità del reo per come si è manifestata nell’esecuzione del fatto delittuoso, ma non solo. Si dovrà valutare alla stregua del tenore e della condotta di vita, dei motivi che lo hanno portato a delinquere, dalla condotta contemporanea o susseguente al reato. In questo la teoria del diritto penale dell’atteggiamento interiore gioca un ruolo utile, poiché valorizza questi elementi per meglio individualizzare la pena rispetto alla personalità dell’agente. E’ chiaro allora che essa si discosta nettamente dal *Tätertyp*, per il quale la pena non è retribuzione perché non c’è un colpevole a cui fa espiaire la sua colpa, ma anche dal positivismo criminologico, che considera la personalità del reo come presupposto per l’applicazione di una misura di sicurezza, che non avendo un carattere non si deve misurare con la colpa.

Il Patavino mette in guardia anche dal rischio di fraintendere l’espressione *diritto penale dell’atteggiamento interiore* considerandolo un diritto penale che punisce l’intenzione, la motivazione a delinquere, il carattere del reo. Nulla di tutto questo, perché altrimenti si scivolerebbe verso il cosiddetto diritto penale del nemico. Qui si è agli antipodi,

---

<sup>358</sup> Ibidem, p. 11.

poiché “non siamo nell’ambito di un diritto penale soggettivamente inteso”<sup>359</sup>, ma di un diritto penale che si radica su una “filosofia esistenzialistico-personalistica sulla quale riposa la concezione politica democratica oggi risorta in Europa.”<sup>360</sup>

Qui non si tratta di valutare la personalità del condannato da un punto di vista naturalistico come hanno fatto i positivisti per stabilire se e quanto sia pericoloso e quindi meritevole di misura, ma di graduare meglio la colpevolezza. La *Gesinnung* è un modo per individualizzare meglio la pena dal lato della colpa, giuridica e morale, valutando la partecipazione morale dell’agente alla commissione del fatto. Concretamente questo avviene valorizzando il criterio della capacità a delinquere nella determinazione della pena, dal momento che essa permette di valutare le modalità dell’agire del reo, i motivi che lo hanno spinto, la propria condotta di vita. Precisa tuttavia Bettiol che l’atteggiamento interiore non si riferisce espressamente direttamente a questi fattori, dal momento che esso attiene ad uno status di coscienza che li precede. I motivi acquistano significato nell’ambito di un diritto penale dell’atteggiamento interiore se si considerano quali fattori esteriori e rivelatori di una personalità dalla quale essi dipendono.

La *Gesinnung* valorizza allora l’istituto della capacità a delinquere ma interpretato in chiave retributiva e non special-preventiva. “La capacità a delinquere va riferita alla colpevolezza e al grado della stessa quale si è esplicitata nel reato: essa va identificata con la malvagità dell’autore desunto dai motivi, dal carattere, dall’educazione, dall’orientamento di vita quali emergono dagli indizi di cui all’art. 133 c.p.”<sup>361</sup>

Il diritto penale dell’atteggiamento interiore non è tale allora da rappresentare una vera e propria svolta nello studio del diritto penale, ma *rappresenta pur sempre l’accentuazione del momento eticopersonalistico del mondo penale che riteniamo ancora troppo trascurato.*<sup>362</sup>

---

<sup>359</sup> Ibidem, p. 14.

<sup>360</sup> Ibidem.

<sup>361</sup> Ibidem, p. 16.

<sup>362</sup> Ibidem, p. 17.

### 5.5. La *Gesinnung* e l'ultima lezione di congedo

Il 6 maggio 1982 Giuseppe Bettiol tiene all'Università di Padova la sua ultima lezione. Si tratta di un congedo dal mondo accademico che precederà di pochi giorni la sua morte, avvenuta il giorno 29 dello stesso mese. Si può ben dire che questa sua ultima lezione costituisca una sorta di testamento intellettuale, che ripropone e condensa i concetti che ne hanno guidato l'opera scientifica.

Il nucleo centrale del suo intervento di commiato riguarda il concetto di colpevolezza, in un duplice senso: quale elemento costitutivo del reato e quale parametro per il giudizio di valore che, per mezzo dell'opera del giudice, l'ordinamento penale è chiamato a compiere. Dopo aver ricordato come la dogmatica penalistica abbia concentrato i suoi sforzi nella prima parte del XX secolo sull'analisi del fatto tipico, per spostare successivamente l'attenzione sul principio di lesività come metro di valutazione circa l'antigiuridicità della condotta, il Patavino afferma che in quel momento storico il problema centrale della dottrina penalistica è quello di una profonda riconsiderazione del concetto di colpevolezza. Ciò a dispetto di una tendenza particolarmente sentita da parte della dottrina e da una larga cultura politica del tempo che vede nella colpevolezza *“un rudere storico che intralcia il cammino”*<sup>363</sup> in vista del contenimento e del recupero della devianza sociale. La visione della persona umana come mezzo rivolto verso un fine che è esterno ad essa stessa, postulato delle teorie preventive, torna ad essere severamente criticata dal Patavino anche nell'epilogo della sua carriera scientifica, al punto da considerare la colpevolezza, marginalizzata dalle teorie preventive *“la più seria e solida garanzia per la persona umana”*<sup>364</sup> Bettiol rileva che siano in molti a considerare la colpevolezza quale un elemento da intendersi in chiave naturalistica, vale a dire come un nesso di

---

<sup>363</sup> BETTIOL G., *Gli ultimi scritti e la lezione di congedo*, p. 96

<sup>364</sup> *Ibidem*, p. 97.



natura psicologica che lega il reo alla condotta tipica, riducendosi all'analisi circa la sussistenza del dolo e della colpa. In realtà, sostiene il Nostro, il concetto di colpevolezza racchiude, come molti altri concetti della scienza giuridica, un giudizio di valore, il quale deve venire ad esistenza facendo riferimento ad una realtà *“dove esistono elementi ontologici che devono essere presi in considerazione”*<sup>365</sup>

Nel nostro ordinamento positivo il concetto di colpevolezza non è chiaramente espresso. Benché la colpevolezza sia universalmente accettata dalla dottrina come elemento costitutivo del reato, essa è dettata da una visione tecnicistica che vuole espungere dall'ordinamento penale ogni connotazione di carattere etico-morale. Eppure, nonostante un indubbio afflato ostile alla visione della colpevolezza in termini morali, si è comunque fatta strada un concezione normativa della colpevolezza che vede nel rimprovero un momento essenziale per un diritto penale retributivo, e quest'ultimo altrettanto essenziale ad un ordinamento caratterizzato da una *“concezione personalistico-esistenziale dell'uomo, unico essere caratterizzato da libere scelte morali”*<sup>366</sup>.

Se la nostra legislazione positiva non valorizza sufficientemente il concetto di colpevolezza altrettanto non si può dire della normazione più recente di altri paesi. Bettiol a questo proposito fa riferimento al paragrafo 46 del codice penale tedesco del 1975, il quale statuisce che *“la colpevolezza dell'agente è il fondamento per la commisurazione della pena”*. Sulla stessa linea si muovono I nuovi codici dell'Austria e della Colombia, anch'essi riformati di recente. Ciò è indice della circostanza in virtù della quale la colpevolezza assurge a *“valore determinante ed essenziale per dare fondamento e credibilità al diritto penale”* A parere di Bettiol è comunque possibile risalire, a partire da un'interpretazione sistematica dell' art 27 co. 1 della Costituzione che faccia perno sul principio personalistico, un'attenzione verso *“quel momento di coscienza o di atteggiamento interiore detto dai tedeschi *Gesinnung*”*, concetto che sarebbe indirettamente ricavabile anche dalla nozione di capacità delinquere.

---

<sup>365</sup> Ibidem, p. 98.

<sup>366</sup> Ibidem, p. 100.

Se il concetto di *Gesinnung* era sconosciuto alla dogmatica penalistica fino alla fine degli anni '60, negli ultimi anni era stato sostenuto con crescente forza, soprattutto ad opera della dottrina tedesca. Bettiol ricorda la polemica con Bricola e rifiuta decisamente gli addebiti mossigli, sostenendo di non aver mai voluto slegare la colpevolezza dall'imprescindibile presenza di un fatto lesivo, senza il quale non può esserci il reato e quindi una situazione rilevante per l'ordinamento.

Occorre per Bettiol separare concettualmente due aspetti della colpevolezza: da una parte la colpevolezza intesa come elemento costitutivo del reato, dall'altra come criterio di commisurazione della pena. E' sotto questo secondo profilo che acquista importanza la *Gesinnung* e il diritto penale dell'atteggiamento interiore.

Nel nostro ordinamento è l'articolo 133 c.p che permette di parametrare la pena sul grado di colpevolezza. Secondo il patavino le norme in esso contenute sono *“il polmone della legislazione penale italiana”* E' possibile esprimere un giudizio di rimprovero (e quindi un giudizio di colpevolezza) in ordine al fatto singolo e alla condotta di vita, quando la ripetizione del reato mostra una inclinazione dell'agente verso il medesimo, oppure con riguardo alla formazione della personalità morale del reo alla luce del progressivo decadimento della sua coscienza.

Infine è possibile parlare di *“colpa o colpevolezza d'autore”* la quale si lega alle altre forme di colpevolezza ma riguarda le circostanze in cui *“il fatto lesivo, che non può mancare, è soverchiato da una decisione del reo, il quale in base alle sue preve opzioni fondamentali di vita nella scelta tra il bene e il male, sceglie il male e in esso si incallisce”*.

Mantovani vede in tale ricostruzione il rischio di violare il principio di offensività costituzionalmente previsto. Invero Bettiol mai in precedenza e neppure in questa sua ultima lezione sostiene che la lesività non sia un requisito essenziale ed imprescindibile del diritto penale. L'autore Patavino sostiene non solo che la considerazione dell'atteggiamento interiore non sia in contrasto con la Costituzione, ma anzi che tale valutazione permetta una migliore espressione di quel principio personalistico posto alla

base dell'ordinamento. Vi sono per l'Autore delle fattispecie delittuose che senza una valutazione dell'atteggiamento interiore non si possono comprendere.

Attraverso la nozione di capacità a delinquere di cui all'art.133 c.p., a sua volta cascato normativo dell'art. 27 co.1 Cost., è possibile un giudizio di valore circa *“un atteggiamento interiore di maggiore o minore intensità di disprezzo riguardo ai beni o valori che la legge tutela”* . A ben vedere si tratta di una concezione della compevolezza che consente di valorizzare un aspetto, quello dell'atteggiamento interiore del reo, che altrimenti verrebbe escluso dal complessivo giudizio penale, a detrimento della ricerca di una pena equa e retributiva. La valutazione dell'atteggiamento interiore potrà portare ad un aggravamento o un alleggerimento della sanzione, sulla base della sostanza morale riconducibile all'interiorità del reo sulla base del fatto criminoso.

Il diritto penale dell'atteggiamento interiore è l'ultimo tema affrontato da Giusrppe Bettiol. Nonostante le critiche dei detrattori nella sue parole traspare il peso indiscusso assegnato ai concetti di tipicità e lesività del fatto, condizione necessaria perché questo possa dirsi “criminoso”. Ciò che il Paravino tenta di dimostrare è che il giudizio di rimprovero alla base del diritto penale non può fermarsi ad un'analisi formalistica degli elementi costitutivi del reato applicati tecnicamente alla realtà. Il giudizio penale è principalmente un giudizio morale, che deve tener conto della finalità che il reo ha voluto perseguire con la sua condotta, e non parliamo di una finalità pratica, ma di una finalità assiologica, che attiene ai valori verso i quali il reo ha espresso disprezzo e con quale intensità. Il legame con la visione teleologica della disciplina, con l'attenzione costante che Bettiol ha dedicato agli aspetti morali e metafisici del diritto penale, è molto evidente. Nella sua ultima lezione il Maestro ripropone il tema che è stato la pietra angolare di tutta la sua produzione scientifica: il diritto penale è essenzialmente una scienza basata sulla ricerca di un giudizio morale, il quale deve considerare e preservare l'integrità della persona umana, la quale deve essere sempre pista come un fine, mai come un mezzo.

## Riferimenti Bibliografici

- AA.VV. "Pena e retribuzione" Cedam, Padova 2000;
- AA.VV. "Post-modernità e pena; alcune riflessioni sulla Just desert theory" in "Diritto e Società" 1998/4;
- Bettiol G. "Diritto penale", Cedam, Padova, 1982;
- Bettiol G. "Il problema penale" Palermo, 1948;
- Bettiol G. "L'efficacia della consuetudine nel diritto penale", in "Scritti giuridici", tomo I, Cedam, Padova, 1966;
- Bettiol G. "Scritti giuridici", tomo I, Cedam, Padova, 1966;
- Bettiol G. "Scritti giuridici", tomo II, Cedam, Padova, 1966;
- Bettiol G. "Scritti giuridici", 1966 – 1980, Cedam, Padova, 1980;
- Bettiol G. "Gli ultimi scritti 1980 – 1982 e la lezione di congedo", Cedam, Padova, 1984;
- Bettiol G. "Le tre ultime lezioni brasiliane", Cedam, Padova, 1987;
- Bockelmann P. "*Tatstrafe und Täterstrafe, insbesondere im Kriegsstrafrecht*", ZstW, 1941, III;
- Carrara F. "Programma del corso di diritto criminale" Il mulino, Bologna 1993;
- Carrara F. "Varietà dell'idea fondamentale del giure punitivo" in "Opuscoli di diritto criminale" Vol I Prato, 1878;
- Cattaneo M.A. "Pena, diritto, dignità umana" Giappichelli Editore- Torino;
- Cattaneo M.A. "La filosofia della pena nei secoli XVII e XVIII" Ferrara;
- Cavalla F. "La pena come riparazione" in "ripensare la pena", Padova 2004;
- Cavalla F. "La verità dimenticata. Attualità dei Presocratici dopo la secolarizzazione" Cedam, Padova 1996;
- Cecchi S. "Giustizia relativa e pena assoluta", Liberlibri, 2011;

D'Agostino F. "Diritto e secolarizzazione" in "Pagine di filosofia politica e giuridica", Milano;

D'Agostino F. "Filosofia del diritto", Giappichelli, 1996;

D'Agostino F. "La sanzione nella esperienza giuridica", Torino Giappichelli, 1999

De Ruggiero "Storia del liberalismo europeo", Laterza, 2003;

Eusebi L. "La 'nuova' retribuzione", Rivista Italiana di procedura penale XXVI, 1983;

Eusebi L. "La pena in crisi", Morcelliana, Brescia, 1990;

Ferrajoli L. "Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale", Bari, 1989;

Gallas W. "*Tatstrafe und Täterstrafe, insbesondere im Kriegsstrafrecht*", ZstW, 1941, II;

Grispigni F. "Diritto Penale Italiano" Vol I, Milano 1934

Hegel G.F.W. "*Grundlinien der philosophie des rechts oder naturrecht und staatswissenschaft im grunrisse*" (1820); a cura di M.Reidel, Frankfurt 1968;

Jeschek H. H., "Giuseppe Bettiol e la scienza penalistica italiana", Indice penale, 1993;

Jori M.-Pintore A. "Manuale di teoria generale del diritto" Torino 1995;

Kant I. "Metafisica dei costumi";

Locke John "Secondo Trattato sul Governo", BUR, 2004;

Mannozi G. "Razionalità e giustizia nella commisurazione della pena-II just desert model e la riforma del *sentencing* nordamericano", Cedam, Padova 1996;

Mantovani F. "Diritto Penale", Padova 1992;

Mantovani F. "Il personalismo e la personalità del reo nel pensiero di Giuseppe Bettiol, Criminalia, edizioni ETS, 2007;

Mathieu V. "Perché punire. Il collasso della giustizia penale", Liberlibri, 2007;

Marini G. "Giuseppe Bettiol. Diritto penale come filosofia", Edizioni scientifiche italiane, 1985;

Mereu I. "Storia del diritto penale nel '500", vol. 1, Morano editore,

Mezger E. "*Tatstrafe und Täterstrafe, insbesondere im Kriegsstrafrecht*", ZstW, 1941, I;

Olgiati F. "Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto", Milano, 1943;

- Platone "Gorgia" in "Platone: tutte le opere" ed. Bonbiani;
- Rawls J "A theory of justice", Harvard University Press, 1971; ed. it. "Una teoria della giustizia", Feltrinelli 2008;
- Riz R. "Relazione al ddl 2038" in "Indice penale 1995";
- Riondato S. "Un diritto penale detto <ragionevole>. Raccontando Giuseppe Bettiol", Cedam, 2005;
- Riondato S. (a cura di) "Dallo Stato Costituzionale Democratico di Diritto allo Stato di Polizia?" Attualità del "Problema penale", Padova University press, 2012;
- Ronco M. "Il problema della pena", Giappichelli, Torino 1996;
- Ronco M. "L'attualità di Giuseppe Bettiol nel 100° anniversario della nascita e nel 25° anniversario della morte", Criminalia, edizioni ETS, 2007;
- Ronco M. "Retribuzione e prevenzione generale, in studi in onore di G. D: Pisapia, Giuffrè, 2000;
- Spirito U. "Storia del diritto penale italiano", Lansonì, Firenze, 1974;
- Ross Alf "Colpa, responsabilità e pena", Giuffrè, Milano, 1972;
- Tonry-Morris "Crime and justice. A review of research", Chicago, London 1988;
- Todescan F. "Compendio di storia della filosofia del diritto", Cedam, Padova, 2009;
- Velo Dalbrenta D. "Pena e riparazione" AA.VV. Cedam-Padova;
- Vernacotola A. "Primato della persona e realismo metafisico. La filosofia del diritto penale di Giuseppe Bettiol", Edizioni Scientifiche Calabresi (Gruppo ESI), Rende, (CS), 2010;
- Von Hayek F. "Individualismo, quello vero e quello falso" Rubbettino 1997;
- Von Hirsch W. "Non-custodial penalties and the principles of desert" in "Crim. L. Riv." 1988;
- Von Liszt F. "La teoria dello scopo nel diritto penale", Giuffrè, Milano, 1962;
- Wiesnet E. "Pena e retribuzione. La conciliazione tradita. Sul rapporto tra cristianesimo e pena" Milano, Giuffrè;
- Zanuso F. "La concezione retributiva tra modernità e postmodernità" in Cavalla F. "Ripensare la pena", Padova, Cedam 2004.