

MANUALI PER IL SERVIZIO SOCIALE

Collana diretta da Guido Neppi Modona

4

Guido Neppi Modona - Davide Petrini - Barbara Giors

Diritto penale e servizio sociale

Seconda edizione



G. Giappichelli Editore – Torino

Presentazione

Il sistema complessivo della giustizia penale comprende vari settori che sono oggetto di autonomi insegnamenti universitari. Ne fanno parte il diritto penale sostanziale, il diritto processuale penale, il diritto penitenziario e dell'esecuzione penale, le misure di prevenzione o di polizia. Indirettamente hanno influenza sulla giustizia penale anche l'ordinamento giudiziario, in ragione delle attività che i magistrati – giudici e pubblici ministeri – svolgono nell'ambito del processo penale e dell'esecuzione delle pene, e la giustizia costituzionale, in relazione alle questioni di costituzionalità di norme penali sollevate davanti alla Corte costituzionale.

Questo manuale, giunto alla seconda edizione, è dedicato al diritto penale sostanziale, all'interno del quale si collocano una parte generale e una parte speciale. Nella prima rientrano i principi e le garanzie costituzionali della legge penale, gli elementi costitutivi del reato, oggettivi (condotta, evento, rapporto di causalità, cause di giustificazione, soggetto attivo e soggetto passivo del reato) e soggettivi (dolo e colpa), le forme di manifestazione del reato (circostanze aggravanti e attenuanti, tentativo, concorso di persone nel reato), l'imputabilità (capacità di intendere e di volere dell'autore del reato), le sanzioni conseguenti al reato (pene e misure di sicurezza, pene accessorie).

La parte speciale del diritto penale è costituita dai reati descritti nel codice penale e nelle numerosissime leggi penali speciali.

Il manuale contiene una sintetica esposizione della parte generale del diritto penale (qui intitolata "La legge penale e il reato"), necessaria per poter apprezzare e valutare le categorie di reati che verranno esaminati nella parte speciale, qui intitolata "I singoli reati", selezionati in quanto commessi in danno di soggetti o da soggetti di cui gli operatori sociali possono essere chiamati ad occuparsi.

L'intervento dei servizi sociali può riferirsi a varie categorie di reati, caratterizzati dall'essere commessi in danno di soggetti qualificabili come "deboli", quali anziani, minorenni, vittime di violenza domestica e di genere, disabili per incapacità fisiche o psichiche, destinatari di atti persecutori (c.d. *stalking*). Deboli sono anche le persone offese dei reati contro la libertà sessuale, tra cui, in particolare, minori abusati nell'ambito della famiglia, nonché vittima dei reati di sfruttamento sessuale di minorenni, dalla prostituzione alla pedopornografia minorile.

In relazione alla posizione di debolezza delle vittime la legge penale appresta forme di tutela rafforzata, sia ricorrendo alle specifiche categorie di reato sopra menzionate, sia prevedendo un aumento di pena sotto forma di circostanza aggravante di reati comuni ove commessi in danno di soggetti deboli, soprattutto minorenni e anziani.

L'operatore sociale verrà a trovarsi dalla parte del soggetto debole anche in relazione alle varie ipotesi di interruzione volontaria della gravidanza, specie in caso di donna minorenne o interdetta e, ovviamente, in caso di aborto doloso, preterintenzionale o colposo su donna non consenziente, anche maggiorenne.

La prospettiva muta ove l'operatore sociale debba occuparsi di tossicodipendenti-piccoli spacciatori, che rivestono anche la qualità di imputati, condannati o destinatari di misure amministrative volte alla riabilitazione, a vario titolo limitative dell'autonomia e della libertà personale. Qui l'operatore si trova nella delicata situazione in cui il ruolo assistenziale viene in parte a sovrapporsi alle funzioni di prevenzione e di controllo che si accompagnano alle sanzioni penali e amministrative.

Anche gli immigrati extracomunitari irregolari non ancora identificati o internati nei centri di permanenza per i rimpatri (CPR) possono assumere la duplice qualità di potenziali imputati e di soggetti destinatari degli interventi dei servizi sociali, ponendo talvolta l'operatore di fronte al dilemma, di non facile soluzione, tra avvalersi del segreto professionale o essere tenuto, nella qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio, all'obbligo di denuncia.

Infine verranno prese in esame le situazioni in cui l'operatore sociale potrebbe essere chiamato a rispondere per reati commessi nell'esercizio delle sue funzioni, dall'abuso all'omissione di atti d'ufficio, dall'omessa denuncia di reato alla violazione del segreto professionale.

Il manuale è destinato in primo luogo agli studenti dei corsi di laurea in servizio sociale ove siano attivati, comunque denominati, insegnamenti relativi al diritto e alla giustizia penale. Il manuale si propone anche come testo per i laureati che devono sostenere gli esami di abilitazione alla professione di assistente sociale, nonché per la preparazione ai concorsi pubblici dei ruoli di assistente sociale e di educatore e per l'aggiornamento professionale delle varie categorie di operatori sociali.

Per tutti i destinatari del manuale, costituirà utile strumento di consultazione un'edizione aggiornata del codice penale.

Parte prima

La legge penale e il reato

I

Cenni storici

1. *Il diritto penale dell'ancien régime*

Il diritto penale moderno nasce con l'illuminismo nella seconda metà del Settecento, in antitesi contro l'arbitrio e la crudeltà del sistema penale dell'*ancien régime*. Alcuni principi e valori, mirabilmente esposti e sintetizzati nell'opera "Dei delitti e delle pene" (1764) di Cesare Beccaria, sono tuttora praticati e difesi come espressione dei fondamentali diritti di libertà e delle garanzie dei cittadini di fronte alla legge penale.

In estrema sintesi si possono ricordare: principio di stretta legalità, in forza del quale nessuno può essere punito per un fatto non preveduto espressamente dalla legge come reato; certezza del diritto, cioè esigenza che le norme penali siano formulate in maniera chiara e precisa, in modo che ciascuno sia in grado di conoscere quali sono i comportamenti vietati dalla legge; irretroattività della legge penale, secondo cui non si può essere puniti per un fatto che nel momento in cui è stato commesso non era previsto dalla legge come reato; proporzione tra misura e qualità della pena e gravità dell'offesa cagionata dal reato; divieto di pene contrarie al senso di umanità o degradanti; principio della personalità della responsabilità penale, in base al quale non si può essere puniti per un fatto commesso da altri o realizzato senza colpevolezza.

Riferendosi all'*ancien régime* Voltaire ebbe a scrivere che il diritto penale sembrava "pianificato per rovinare i cittadini", era la traduzione giuridica dei poteri dispotici dell'assolutismo monarchico, dell'aristocrazia e della Chiesa, era la negazione dei diritti dell'individuo.

In effetti l'arbitrio e l'incertezza erano presenti in tutti i settori dell'ordinamento penale. I reati erano definiti in maniera generica e si poteva essere puniti anche per fatti che non erano previsti dalla legge come reato, nonché per mere idee, opinioni e intenzioni manifestate contro la religione (delitti di lesa maestà divina, quali eresia, stregoneria, ateismo, sacrilegio, magia, sortilegio) o contro lo Stato (delitti di lesa maestà umana, tra i quali era compresa qualsiasi forma di attentato all'autorità del sovrano e di disturbo all'ordine pubblico).

La sovrapposizione tra diritto penale e morale religiosa, tra reato e “peccato”, inteso come violazione delle regole del conformismo religioso, era uno dei caratteri di fondo del sistema penale.

Le pene erano barbare e discriminatorie, diverse a seconda del rango sociale del condannato e della natura del reato. Ad esempio, quanto alla pena di morte, l'impiccagione era riservata ai contadini, la decapitazione ai nobili; la ruota era prevista per i reati più atroci, il rogo per i delitti di lesa maestà divina, lo squartamento per i delitti di lesa maestà umana. Il carcere era praticamente sconosciuto come pena per i condannati e veniva tendenzialmente utilizzato solo nel corso del processo per impedire la fuga dell'imputato. Oltre alla pena di morte, prevalevano le pene corporali, dolorose e disumane, quali varie forme di mutilazione, la fustigazione, il marchio a fuoco. Per i delitti di lesa maestà divina e umana la pena si estendeva alla famiglia del condannato, che veniva indirettamente colpita con l'esilio e la confisca generale dei beni. Infine erano puniti anche i bambini e i pazzi.

A sua volta l'impianto del processo penale era rigorosamente inquisitorio, caratterizzato dalla massima segretezza e dal totale disconoscimento del diritto di difesa dell'imputato. Mezzo di prova privilegiato era la confessione dell'imputato, ottenuta anche con la tortura, considerata normale strumento processuale, come tale disciplinato analiticamente dalla legge.

Al giudice era riconosciuta la più ampia discrezionalità: poteva scegliere, tra le pene in uso, quella che riteneva più conveniente e poteva modificare le pene legali, aggravandole o attenuandole, alla stregua di scelte assolutamente discrezionali e, quindi, arbitrarie. Il sovrano poteva sostituirsi all'azione dei tribunali, sia mediante i poteri di grazia, di perdono, di remissione del procedimento penale, sia infliggendo la pena mediante un semplice ordine, denominato *lettre de cachet*.

L'arbitrarietà, l'incertezza e la crudeltà dominavano tutti i settori dell'ordinamento penale. Non è pertanto casuale che la critica dell'illuminismo, tradottasi nell'opera di Cesare Beccaria, non si limiti al diritto penale sostanziale, ma coinvolga il processo penale, l'amministrazione della giustizia, l'esecuzione delle pene e i poteri della polizia.

2. Cesare Beccaria e l'indirizzo liberale del diritto penale

Premesse centrali della concezione penalistica di Beccaria sono l'utilitarismo e il laicismo del diritto penale, valori che vengono appunto a porsi in diretto e irrimediabile contrasto con la sovrapposizione tra diritto e morale religiosa, con il particolarismo giuridico, con l'arbitrarietà e l'incertezza delle leggi che caratterizzavano il diritto penale dell'*ancien régime*.

I principi sostenuti da Cesare Beccaria possono essere così sintetizzati:

Utilitarismo sociale: il diritto penale non deve proporsi di fare trionfare un astratto concetto di virtù morale, ma deve semplicemente rispondere all'“utile della società mondana”, cioè tutelare le regole minime della convivenza sociale in un determinato contesto storico. Poiché il diritto penale comporta restrizioni al fondamentale diritto della libertà personale, ad esso si deve ricorrere soltanto quando sia assolutamente necessario e socialmente utile.

Certezza e chiarezza del diritto penale: la conoscenza preventiva di ciò che è proibito e ciò che è consentito costituisce garanzia fondamentale del cittadino e serve a dissuadere i potenziali delinquenti dal commettere reati. La legge deve pertanto definire con chiarezza e precisione quali sono i fatti puniti e nessuno spazio può essere consentito all'applicazione retroattiva della legge penale.

Proporzionalità della pena: la proporzione tra pena e offesa cagionata dal reato deve riguardare sia la qualità che la quantità della sanzione; deve essere privilegiata la pena carceraria, sia perché incide sulla libertà, che dopo la vita è il bene di maggior valore, sia perché si presta a essere graduata nel tempo in proporzione alla gravità del reato commesso; la pena non deve comunque oltrepassare il limite necessario per impedire al reo di danneggiare nuovamente la società e per distogliere i cittadini dal commettere reati uguali o simili.

Mitezza e ineluttabilità della pena: l'applicazione delle pene, definite chiaramente e tassativamente dalla legge, deve essere rapida e immancabile. Il potere intimidatorio di una pena mite ma certa è maggiore di quello di una pena terribile, ma incerta nel se e nel quando della sua applicazione.

Eguaglianza della pena: la pena deve essere eguale per tutti, indipendentemente dalle condizioni personali e sociali del reo, perché diversamente si aprirebbe il varco alla diseguaglianza dei cittadini di fronte alla legge e all'arbitrio del giudice.

Eliminazione della pena di morte: l'abolizione è legata ad una concezione rigorosamente contrattualistica, in base al presupposto che nessun uomo consentirebbe a concedere alla società il diritto di disporre della sua vita.

Il modello di giustizia penale propugnato da Beccaria trova un fertile terreno di penetrazione nelle leggi di alcuni stati più sensibili alle correnti dell'assolutismo illuminato degli ultimi decenni del Settecento, ma è soprattutto con la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 e con i codici penali francesi del 1791 e del 1795 che le garanzie del diritto penale liberale trovano la loro più compiuta espressione: stretta legalità e irretroattività della legge penale; ricorso al diritto penale solo come *extrema ratio*; diritto di manifestare liberamente le proprie opinioni anche in tema di religione e conseguente abolizione dei delitti di opinione e di coscienza; presunzione di innocenza sino alla dichiarazione definitiva di colpevolezza.

3. La “ragion di stato” e i codici penali dell’Ottocento

I principi dell’illuminismo giuridico non sono destinati ad avere lunga vita. La concezione dell’utile sociale di Cesare Beccaria, secondo cui perché la “pena non sia una violenza di uno o di molti contro un privato cittadino, dev’essere essenzialmente pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionata ai delitti, dettata dalle leggi”, a partire dal codice penale napoleonico del 1810 cede sovente all’opposto criterio della “ragion di stato”. Il codice del 1810 costituirà il modello delle codificazioni penali dell’Europa continentale, tra cui, per quanto riguarda il territorio italiano, alcuni codici penali degli stati preunitari, il codice penale Albertino del 1839 e quello del Regno sardo del 1859, destinato a essere esteso nel 1865 all’Italia unita.

Le principali garanzie del diritto penale liberale continuano ad essere presenti nella parte generale dei codici, ma assumono sempre più il valore di mere dichiarazioni di principio, posto che il sistema delle sanzioni e la parte speciale dei codici, ove sono descritti i singoli reati, sono ben lontani dai principi dell’utile sociale e della mitezza delle pene propugnati pochi decenni prima dall’illuminismo.

Nel codice napoleonico del 1810 ritroviamo la pena di morte (prevista per oltre trenta reati), il marchio a fuoco, la gogna, la confisca generale dei beni. I delitti contro la sicurezza dello Stato, contro la costituzione del regno e contro la pace pubblica sono formulati in maniera talmente generica da consentire l’incriminazione di ogni forma di dissenso politico, non diversamente da quanto accadeva nella monarchia assoluta; i delitti contro il patrimonio, con particolare riferimento al furto, sono caratterizzati da una esasperata tutela della proprietà privata, sproporzionata per eccesso nella misura e nella qualità delle pene e destinata a riprodursi in tutti i codici penali dell’Ottocento. Al principio illuministico di un diritto penale sorretto dall’utile sociale si sostituisce un modello di prevenzione e repressione dei reati basato su pene terroristiche, dettate dall’esigenza di tutelare non le regole minime di convivenza civile dell’intera società, bensì gli interessi dei ceti che detengono il potere politico ed economico. Il diritto di punire è ora finalizzato alla tutela delle classi sociali che si sono affermate nell’Europa della Restaurazione.

Il codice penale italiano del 1889 (c.d. codice Zanardelli dal nome del ministro della giustizia in carica), qualificato come liberale rispetto alle precedenti codificazioni, è caratterizzato da una soddisfacente formulazione legislativa delle tradizionali garanzie di stampo illuministico. Sul terreno sanzionatorio il codice del 1889 ha un impianto decisamente progressista: sono aboliti la pena di morte, le pene infamanti, i lavori forzati e sono previste – a fianco delle tradizionali pene detentive – sanzioni per i reati minori che non comportano la privazione della libertà, quali l’interdizione dai pubblici uffici, la sospensione dall’esercizio di una professione o di un’arte, la prestazione di un’opera determinata a servizio dello Stato, di una provincia o di un comune, la riprensione giudiziale.

Assai garantista è anche la disciplina del tentativo e del concorso di persone nel reato, entrambi costruiti in modo da evitare che i due istituti possano essere utilizzati per vanificare il principio di stretta legalità.

Quanto alla parte speciale riemerge però l'esasperata tutela del diritto di proprietà, emblematicamente espressa dalle pesanti sanzioni per il delitto di furto, sproporzionate per eccesso sia in senso assoluto, sia in relazione alle minori pene previste per altri delitti contro il patrimonio, quali ad esempio truffa, appropriazione indebita, circonvenzione di persone incapaci, normalmente realizzati da soggetti che non sono del tutto emarginati dal contesto sociale. Sintomatico è anche il confronto con i delitti di lesioni personali, puniti in alcuni casi con pene inferiori a quelle stabilite per il furto.

I delitti politici sono caratterizzati da un'impronta meno illiberale rispetto ai codici precedenti, ma nei momenti di maggiore tensione politica e sociale e di rottura delle fragili barriere della legalità dello stato borghese ottocentesco riappare la tendenza a colpire mere manifestazioni di dissenso politico. A tal fine vengono utilizzati alcuni dei delitti contro i poteri dello stato, nonché il reato di associazione per delinquere contro gli anarchici e le frange più combattive delle organizzazioni socialiste e sindacali. Ma in coerenza con il dichiarato impianto liberale del codice del 1889 e a differenza di quanto avverrà nel codice fascista del 1930 alcuni delitti contro l'ordine pubblico – tra cui l'apologia di reato, l'incitamento alla disobbedienza della legge e l'istigazione all'odio tra le classi sociali – sono subordinati alla circostanza che si verifichino “in modo pericoloso per la pubblica tranquillità”.

Per quanto riguarda i conflitti di lavoro, lo sciopero è punito solo se accompagnato da episodi di violenza o minaccia per indurre i lavoratori ad astenersi dal lavoro, ma gli indirizzi giurisprudenziali tenderanno a estendere la portata della norma anche allo sciopero pacifico.

4. *Le “scuole” del diritto penale*

4.1. *Scuola classica*

Sul terreno ideologico nella seconda metà dell'800 si afferma in Italia la scuola classica del diritto penale, in radicale antitesi con la concezione utilitaristica dell'illuminismo giuridico. La scuola, di cui Francesco Carrara (1805-1888) è stato il fondatore e l'esponente di maggior rilievo, si sviluppa lungo tre linee direttive: continuità dei principi garantistici e liberali a suo tempo propugnati dall'illuminismo; sostituzione dell'utile sociale che aveva connotato il pensiero penalistico della fine del Settecento con una concezione astorica, metafisica e trascendentale del diritto penale; progressivo perfezionamento dell'elaborazione tecnico-giuridica della teoria generale del reato.

Questi caratteri di fondo convergono nella costruzione di un sistema “scientifico” del diritto penale, concepito come un’entità astratta e immutabile, indipendente dalle contingenze politiche e sociali, ancorato ai valori eterni della ragione assoluta. In questa prospettiva Carrara scrive ad esempio che “il diritto deve avere una vita e dei criteri preesistenti ai placiti degli umani legislatori; criteri impreteribili, costanti e indipendenti dai capricci di costoro e dalle utilità da loro avidamente agognate. Così la scienza del giure criminale viene a riconoscersi come un ordine di ragione che emana dalla legge morale giuridica, ed è preesistente a tutte le leggi umane, e che impera agli stessi legislatori”.

Su queste basi la scuola classica costruisce un diritto penale sganciato da ogni collegamento con la politica e con la società, come un sistema perfetto che trova in se stesso la sua ragion d’essere, a prescindere dalle concrete finalità politiche di governo e di controllo sociale che sottostanno all’ordinamento penale nella seconda metà dell’Ottocento. Sistema perfetto, e quindi sottratto a ogni critica contingente non solo dei presupposti di ordine metafisico e trascendente, ma anche della costruzione degli elementi costitutivi del reato. Il reato a sua volta è definito come un “ente giuridico astratto”, che trova fondamento e giustificazione nella violazione di un diritto, a cui si risponde reintegrando il diritto violato mediante l’irrogazione della pena.

Nella costruzione del sistema penale la scuola classica ripropone le garanzie di stampo liberale: stretta legalità delle fattispecie di reato, irretroattività della legge penale, principio di tassatività e certezza dei reati si accompagnano al divieto di punire le mere opinioni o intenzioni. I reati e la conseguente responsabilità penale presuppongono una condotta, cioè un fatto materiale che costituisce la “forza fisica” del reato, e un elemento psicologico sotto forma di dolo o di colpa, che costituisce la “forza morale” del reato. La responsabilità penale è subordinata alla capacità di intendere e di volere, cioè presuppone il libero arbitrio dell’autore del reato.

Il reato è costruito come un ente giuridico i cui elementi costitutivi oggettivi (condotta, evento) e soggettivi (dolo, colpa) sono tutti misurabili nella quantità e nel grado secondo parametri predeterminati, che a loro volta sono i presupposti per l’applicazione di un sistema di sanzioni rigorosamente proporzionato alla forza fisica (elemento oggettivo) e alla forza morale (elemento soggettivo) del reato. Il sistema si chiude così in una sorta di cerchio perfetto, risultante della corrispondenza matematica tra l’entità del diritto violato e la gravità della pena che deve essere inflitta al reo per ristabilire l’ordine giuridico offeso dal reato.

Per Carrara i singoli reati e la qualità e misura delle relative sanzioni non sono il frutto delle scelte di politica criminale del legislatore in un determinato periodo storico, ma derivano da un sistema penale astratto, costruito sulla base di asseriti canoni di assoluta razionalità. Ma lo stesso Carrara non è in grado di inserire nel sistema i delitti politici contro lo Stato, incompatibili, data la loro

natura subalterna alle concrete e contingenti esigenze di governo e di gestione del potere politico, con la sua costruzione scientifica.

I presupposti scientifici e dogmatici della scuola classica trovano una significativa corrispondenza nella teorizzazione dei rapporti tra i poteri dello stato di diritto liberale ottocentesco, in particolare per quanto riguarda il potere politico e il ruolo della magistratura. A un diritto penale astratto e metafisico corrisponde non a caso la altrettanto astratta teorizzazione di una magistratura neutrale e *super partes*, insensibile agli interessi politici e sociali del ceto a cui appartengono i giudici, indipendente dal potere esecutivo, vincolata solo al comando della legge. In realtà, sia la teorizzazione del carattere metafisico e trascendente del diritto penale, sia la dichiarata ma non realizzata neutralità e indipendenza della magistratura dal potere esecutivo concorrono a mistificare il ruolo politico svolto dal diritto penale in difesa dello *status quo* e la funzione servente dei giudici nell'applicazione della legge penale in difesa degli interessi dei ceti dominanti.

Per buona parte della seconda metà dell'Ottocento la scuola classica ha oggettivamente svolto la funzione di precludere qualsiasi valutazione critica dei contenuti politici della codificazione penale, ma ad essa va comunque riconosciuto il merito di avere contribuito sul terreno tecnico-giuridico alla costruzione della teoria generale del reato e dei suoi elementi costitutivi, nonché dei principi relativi alla responsabilità, all'imputabilità, alle cause di giustificazione, al sistema sanzionatorio, lasciando in eredità al diritto penale contemporaneo un patrimonio in gran parte ancora attuale.

4.2. *Socialismo giuridico*

Nell'ultimo decennio dell'Ottocento e nel primo del Novecento si sviluppa nella cultura penalistica un indirizzo culturale che si riallaccia al c.d. "socialismo giuridico". Gli esponenti del socialismo giuridico sono professori universitari, avvocati, parlamentari del nascente partito socialista, accomunati dal comune intento di denunciare i reali contenuti e finalità del diritto e della giustizia penale. La denuncia è rivolta al circolo virtuoso tra i postulati astratti e metafisici della scuola classica, gli aspetti autoritari presenti anche nel codice penale "liberale" del 1889 e la sostanziale dipendenza della magistratura dal governo in funzione repressiva delle proteste popolari e del dissenso politico negli ultimi anni del secolo. Vengono così alla luce gli aspetti mistificatori di questa apparentemente perfetta e intangibile sistemazione dei fondamenti teorici e ideologici del diritto penale, dei contenuti della codificazione e del ruolo della magistratura.

I titoli di alcuni degli scritti dei più noti esponenti del socialismo giuridico sono significativi della vivace polemica contro i postulati della scuola classica: "Ingiustizie sociali del codice penale"; "La lotta di classe nella legislazione penale"; "I difetti sociali delle leggi vigenti di fronte al proletariato e al diritto

nuovo”; “Il delitto e la questione sociale”; “Lo Stato e il proletariato”; “Capitalismo e criminalità”.

Attraverso questi scritti viene svolta una critica serrata di singoli reati e istituti che maggiormente rivelano la loro matrice classista, quali il ricorso all’associazione per delinquere per colpire le organizzazioni legali del movimento operaio; la sproporzione tra le pene rispettivamente previste per i delitti contro la proprietà e contro l’integrità personale, il pudore, l’onore e la libertà; la perseguibilità d’ufficio anche per i più lievi reati contro il patrimonio, mentre la procedibilità a querela consente agli imputati economicamente più forti di sfuggire alla responsabilità penale per delitti molto più gravi (ad esempio contro la libertà sessuale) tacitando la persona offesa.

Quanto al processo penale viene denunciata la sperequazione tra difesa di fiducia e difesa d’ufficio, che lascia sostanzialmente privi di difesa gli imputati non abbienti; il regime della libertà personale nettamente sfavorevole agli imputati economicamente più deboli e emarginati; i criteri politici grazie ai quali il pubblico ministero, dipendente dal ministro della giustizia, non esercita l’azione penale per gli abusi di autorità commessi da pubblici dipendenti.

L’attenzione del socialismo giuridico si rivolge anche alle istituzioni penitenziarie, denunciando le incivili condizioni di vita dei detenuti, le forme di violenza cui sono sottoposti e la totale emarginazione dalla società libera.

Manca però una visione di insieme capace di collegare fra loro le “ingiustizie sociali” del diritto penale, di proporre sul terreno tecnico-giuridico un sistema alternativo a quello costruito dalla scuola classica, di misurarsi nel mondo accademico con la dottrina dominante. Questi limiti di fondo e la mancanza di un sistematico e organico progetto legislativo spiegano l’intensa ma breve esistenza del socialismo giuridico nella storia della cultura penalistica. Il socialismo giuridico si sviluppa nell’arco di meno di un trentennio, tra il 1880 e il 1910, e muore di morte naturale prima che l’avvento del fascismo spenga anche nel campo penale ogni spunto di dibattito critico.

Solo negli anni ’70 del secolo scorso, sulla spinta della stagione della contestazione delle istituzioni totali, alcuni studiosi hanno riportato alla luce gli scritti degli esponenti di quella ormai lontana “presenza culturale”, segnalandone aspetti di perdurante attualità in un sistema penale autoritario risalente al periodo fascista ed in gran parte ancora in vigore, da decenni in attesa di riforme sempre promesse e sino ad allora mai attuate.

4.3. Scuola positiva

Ben diversi sono stati il peso e le vicende della scuola positiva del diritto penale, che nelle sue espressioni più mature si è misurata sul terreno tecnico-giuridico con la costruzione dogmatica del reato elaborata dalla scuola classica e ha progettato anche a livello legislativo una radicale alternativa ai postulati del diritto penale imperanti negli ultimi decenni dell’Ottocento.

Mentre per la scuola classica oggetto principale del diritto penale sono il reato e le conseguenti sanzioni retributive volte a ristabilire l'ordine giuridico violato, la scuola positiva pone al centro della sua costruzione l'uomo delinquente e la sua personalità, applicando il metodo induttivo proprio delle scienze fisiche e naturali. Cambiano completamente anche i presupposti della responsabilità penale: il delinquente è per la scuola classica un soggetto dotato di libero arbitrio, cioè della facoltà di scegliere tra il bene e il male, punito con una sanzione proporzionata alla gravità oggettiva e soggettiva del reato; per i positivisti il reato è una manifestazione di devianza, posta in essere da un soggetto anormale, portatore di patologie fisio-psichiche, in quanto tale socialmente pericoloso, nei cui confronti deve essere attuato un programma di cure e riabilitazione.

Sono qui particolarmente evidenti i postulati della concezione antropologica del diritto penale, propugnata da Cesare Lombroso (1835-1909), che ritiene assolutamente prevalenti quali cause del reato le patologie dei delinquenti, classificati in cinque categorie secondo criteri biologici che si sarebbero peraltro rivelati del tutto inattendibili sul terreno scientifico: delinquenti nati o per tendenza congenita, pazzi o per infermità di mente, abituali o per attitudine acquisita, d'occasione, per passione. Alle cause bio-psichiche Enrico Ferri (1856-1929), cofondatore della scuola positiva, affiancò poi le cause sociali del delitto.

Queste premesse mutano profondamente la concezione della pena: non più retribuzione scaturente dalla colpa per il reato commesso, ma sanzione intesa come misura di difesa sociale volta a rimuovere le cause della pericolosità sociale del delinquente, indeterminata nel tempo in quanto destinata a durare sino a che l'autore del reato non sia più socialmente pericoloso.

I principi della scuola positiva sono sinteticamente espressi nella relazione illustrativa del progetto preliminare di un nuovo codice penale elaborato nel 1921 da Enrico Ferri per incarico dell'allora ministro della giustizia: "Ogni delitto prima di essere un ente o un rapporto giuridico è l'azione di un uomo ... Onde s'è maturata nella pubblica coscienza la convinzione ... che la riforma debba per gran parte consistere nel trasportare l'obiettivo delle norme legislative dal delitto al delinquente ... I provvedimenti di difesa sociale contro la delinquenza devono essere adattati non tanto alla obiettiva gravità maggiore o minore del delitto ... quanto alla maggiore o minore pericolosità del delinquente ..., derivata da tendenze congenite per atrofia del senso morale oppure da condizioni psicopatologiche clinicamente precisate oppure da impulsi passionali o infine da prevalenti influenze dell'ambiente familiare o sociale, e dagli inconvenienti degli stessi sistemi carcerari, che fanno come da stufe per la coltura dei microbi criminali".

L'altra idea guida della Relazione è la sostituzione del concetto di responsabilità legale a quelli di imputabilità e di responsabilità morale: "la giustizia penale deve avere come obiettivo la difesa dei consociati contro le aggressioni

criminoze, anziché una irrealizzabile retribuzione di colpa morale”; pertanto dalla imputabilità materiale del reato discende sempre la responsabilità legale o sociale (cioè nei confronti della società) del delinquente, per il solo fatto di avere dimostrato mediante la materiale commissione del reato la sua pericolosità sociale. La tradizionale pena a termine fisso della scuola classica, proporzionata alla gravità del reato e al grado della colpa, si trasforma in misura di difesa sociale, che deve “durare tanto tempo quanto sia necessario perché l’individuo divenga adatto alla vita libera: e quando esso sia incorreggibile deve durare a tempo assolutamente indeterminato”.

A seguito dell’avvento del fascismo il Progetto Ferri fu lasciato cadere, ma la scuola positiva ebbe una notevole influenza sulla cultura penalistica non solo italiana e alcuni dei suoi postulati vennero utilizzati o, meglio, strumentalizzati in chiave autoritaria e repressiva dal codice penale Rocco del 1930.

4.4. *Indirizzo tecnico-giuridico*

Nel corso del primo decennio del Novecento, quando lo scontro tra scuola classica e scuola positiva era al suo culmine, incomincia a manifestarsi una reazione a entrambe le scuole, che prese il nome di “tecnicismo giuridico”, formalizzato nel 1910 in una sorta di manifesto elaborato da Arturo Rocco, illustre giurista fratello del futuro guardasigilli del regime Alfredo Rocco.

Secondo il nuovo indirizzo la crisi del diritto penale deriva dalla sovrapposizione tra diritto e antropologia, psicologia, statistica, sociologia, filosofia del diritto e politica, dalla “sfrenata voluttà della critica legislativa e della riforma delle leggi penali vigenti”, dal “disprezzo per la costruzione dogmatica degli istituti penali in base ai principi del diritto positivo vigente”. La colpa della scuola classica è di avere preteso di studiare un diritto penale di carattere assoluto, immutabile, universale; difetto della scuola positiva è avere affermato che il diritto penale non è altro che un capitolo o un’appendice della sociologia, sì da arrivare, a forza di distruggere e di criticare, a un “diritto penale senza diritto”.

Queste sono le premesse del nuovo metodo introdotto dal tecnicismo giuridico: “È giunto il momento – scrive Rocco – di tenersi fermi, religiosamente e scrupolosamente attaccati allo studio del diritto ... positivo vigente, il solo che possa formare oggetto della scienza giuridica penale, la quale a sua volta deve essere circoscritta a un sistema di principi di diritto, a una teoria giuridica, a una conoscenza scientifica della disciplina giuridica dei delitti e delle pene ... È questo l’indirizzo c.d. tecnico-giuridico, il solo indirizzo possibile in una scienza appunto giuridica”.

Lo studioso del diritto penale deve quindi preoccuparsi esclusivamente di interpretare il diritto positivo vigente e di costruire il sistema in aderenza alla legislazione in vigore. Scienza giuridica e politica criminale divengono così mondi del tutto separati, la prima si deve occupare soltanto della realtà norma-

tiva prodotta dal legislatore, la seconda è appannaggio esclusivo di politici, politologi, sociologi. Il giurista non deve occuparsi di politica e di società, né eventualmente valutare criticamente le leggi vigenti. Al “giusrazionalismo” della scuola classica si sostituisce così il “giuspositivismo”, ma entrambe le concezioni convergono nel sottrarre il diritto vigente a qualsiasi critica e valutazione di ordine politico e sociale.

Se il principale obiettivo dell’indirizzo tecnico-giuridico è di contrastare le “contaminazioni” tra diritto e società, tra diritto e politica, al fine di impedire qualsiasi contestazione delle scelte politiche del diritto penale vigente, sembra doversi concludere che le critiche di Rocco erano in realtà rivolte non tanto alla scuola positiva, quanto al socialismo giuridico, che si era appunto proposto di demistificare le scelte politiche e sociali della codificazione liberal-borghese ottocentesca.

L’indirizzo tecnico-giuridico divenne ben presto il metodo di studio dominante nella cultura penalistica, sia a livello accademico che sul terreno delle prassi giudiziarie, non solo durante il ventennio fascista, ma ben oltre nel corso dell’ordinamento repubblicano.

È comunque doveroso tenere presente che il tecnicismo giuridico, proprio grazie al suo obiettivo di limitare il ruolo del giurista alla mera ricognizione “scientifica” delle leggi penali vigenti, costituì per molti giuristi, sotto l’incalzare della dittatura fascista, l’unico rifugio per continuare la ricerca e l’insegnamento a livello universitario.

5. *Il codice del 1930 e l’ideologia penale del fascismo*

Il codice penale del 1930, comunemente definito codice Rocco dal nome del ministro della giustizia che ne fu l’artefice, riflette fedelmente l’ideologia totalitaria del regime fascista. È vero che vengono mantenute alcune delle tradizionali garanzie del diritto penale – dal principio di stretta legalità alla irretroattività della legge penale – ma sia nella parte generale che in quella speciale prevalgono i segni della svolta autoritaria rispetto al codice del 1889.

È lo stesso Rocco a teorizzare nella Relazione al codice il nuovo sistema incentrato sulla tutela della personalità dello Stato, organismo a un tempo economico e sociale, politico e giuridico, etico e religioso, alla stregua di valori nettamente prevalenti sulla tutela dei diritti individuali dei cittadini.

L’ordine delle varie categorie di reati nella parte speciale del codice esprime chiaramente la nuova gerarchia di valori su cui si fondano i rapporti tra Stato e cittadini: delitti contro la personalità dello Stato, contro la pubblica amministrazione, contro l’amministrazione della giustizia, contro il sentimento religioso, contro l’ordine pubblico, contro l’incolumità pubblica, contro la fede pubblica, contro l’economia pubblica, contro la moralità pubblica e il buon costume, contro l’integrità e la sanità della stirpe, contro la famiglia. È signifi-

cativo che i delitti contro la persona e contro il patrimonio, con cui vengono tutelati interessi individuali quali la vita, l'incolumità fisica, la libertà morale, il diritto di proprietà, siano collocati all'ultimo posto, una volta esauriti gli interessi pubblici facenti capo allo Stato, e che sia scomparso il titolo dei delitti contro la libertà che figurava nel codice Zanardelli.

In tale contesto il mantenimento del principio di stretta legalità assume sovente un valore meramente formale, posto che le fattispecie relative ai reati più spiccatamente politici contro lo Stato e in tema di ordine pubblico sono formulate in maniera talmente lata e indeterminata da consentire la repressione di qualsiasi manifestazione di opposizione e di dissenso nei confronti del regime. Ne sono un esempio i reati associativi, i reati di cospirazione, di istigazione, apologia e propaganda, attraverso i quali vengono punite anche le mere intenzioni e manifestazioni del pensiero.

Concorre a vanificare l'effettiva incidenza del principio di stretta legalità anche la disciplina riservata agli istituti del tentativo e del concorso di persone nel reato. Circa il primo, abbandonato il principio secondo cui si poteva essere puniti titolo di delitto tentato solo per atti che segnassero un inizio di esecuzione dell'azione tipica, la punibilità viene estesa ad atti connotati dagli incerti requisiti della univocità e idoneità degli atti a commettere il delitto; circa il secondo, superato il sistema che descriveva le varie condotte materiali o morali punibili a titolo di concorso, viene genericamente incriminato chiunque concorre nella realizzazione del reato, sino a comprendere in alcuni casi la mera presenza sul luogo del delitto.

Sul terreno sanzionatorio il nuovo codice si trova a dover affrontare l'inconciliabile contrasto tra scuola classica e scuola positiva, rispettivamente ancorate alla pena retributiva e alle misure di difesa sociale, entrambe concepite come sanzione unica ed esclusiva. Il contrasto è disinvoltamente composto introducendo il sistema del c.d. doppio binario, e cioè affiancando alla tradizionale pena retributiva proporzionata alla gravità del reato, propria della scuola classica, le misure di difesa sociale (ora denominate misure amministrative di sicurezza) commisurate alla pericolosità sociale, proprie della scuola positiva. L'effetto di questo vistoso esempio di strumentalizzazione dei postulati delle due scuole è un sostanziale raddoppio del carico sanzionatorio, posto che il condannato prima viene sottoposto alla tradizionale pena a termine fisso proporzionata alla gravità del reato e successivamente alla misura di sicurezza di durata indeterminata, ancorata al perdurare della pericolosità sociale.

Le numerosissime modifiche operate nel corso degli oltre settanta anni trascorsi dalla caduta del fascismo hanno cancellato i segni più evidenti dell'ideologia e dei valori tutelati dal regime fascista, ma la struttura e l'impianto sistematico del codice Rocco sono rimasti inalterati.

Le principali tra le incessanti modifiche introdotte nel codice sia per iniziativa del legislatore, sia a seguito di interventi della Corte costituzionale che ha