

COSTITUZIONE, COLPEVOLEZZA, PENA^(*)

di Rocco Blaiotta

SOMMARIO: 1. Beccaria: le origini. — 2. Carrara: un lungo pellegrinaggio tra le tenebre. — 2.1. L'opera monumentale e la scienza dei limiti. — 2.2. Il Programma: un progetto universale. — 2.3. La fondazione trascendentale. — 3. La rottura della continuità: la Scuola positiva ed il Codice Rocco. — 4. Colpevolezza: una breve storia. — 4.1. Colpevolezza normativa: la fondazione valoriale. — 5. Colpevolezza e prevenzione speciale rieducativa. — 6. Proporzione. — 7. Colpevolezza e pena: le nuove direttrici. — 8. Brevi chiose.

1. Beccaria: le origini.

Le immagini che accompagnano le notizie di atti violenti nei confronti di minorenni detenuti nell'istituto di reclusione si soffermano sulla targa che ricorda l'intitolazione a Cesare BECCARIA. Il pensiero corre alle origini della penalistica moderna: a BECCARIA appunto. Al denso e vibrante lavoro, comunemente e con ragione ritenuto atto ispiratore della moderna scienza penale. Mosso dall'orrore per le aberrazioni del diritto punitivo, egli affermava la necessità che la pena non sia un arbitrario e crudele atto di violenza di uno o di molti contro un singolo cittadino, e sia invece determinata dalla legge, pubblica, pronta, necessaria, proporzionata, minima nelle condizioni date, garantita dal processo e sottratta all'arbitrio dei giudici; una pena soprattutto umana.

2. Carrara: un lungo pellegrinaggio tra le tenebre.

Circa un secolo dopo, CARRARA evocava gli insegnamenti di BECCARIA e ROMAGNOSI e riviveva l'esperienza personale e storica delle aberrazioni insite nelle punizioni legali. In una prolusione accademica del 1862 il Maestro si dedicava alla storica varietà dell'idea fondamentale del giure punitivo: *“Un lungo pellegrinaggio tra le tenebre”*. *“Un agitarsi fra le onde fatali dell'ignoranza e delle passioni*. Dove il giure penale è ad ogni passo lo specchio del progresso del genere umano. Spero piaccia al lettore una breve sintesi.

Negli ultimi quaranta secoli fu dapprima il principio individuale, la preoccupazione della vendetta privata, che coltiva il sentimento dell'odio e rende gli uomini selvaggi ed ostili l'uno verso l'altro.

^(*) Testo del contributo al volume *Liber amicorum per Giorgio Lattanzi* edito da Guffrè nel 2025.

Poi il principio teocratico. La dominazione sacerdotale che subito si convertì nell'esercizio di una autorità illimitata. Il concetto dell'offesa divina come cardine della giustizia punitiva rimpicciolisce il diritto umano e fonda il principio superstizioso. Il processo convertito in cerimonie religiose. Delitti immaginari come la magia, la divinazione, i sortilegi, senza limiti alla crudeltà. La teologia che si confonde con la giurisprudenza. Immani castighi, carneficine, barbarie del diritto.

Seguì il principio dispotico. L'autocrazia sovrana. La giustizia fatta e disfatta *ad libitum*, che opprime i soggetti e conculca il diritto. L'incensurabilità della legge sovrana che respinge ogni sindacato della ragione. La pena di morte per le più leggere irriverenze al sovrano. Perseguitate le parole ed i pensieri. Patiboli a custodia dei troni.

Ancora, la mostruosa alleanza tra principio dispotico e principio teocratico.

Poi la rinascita del principio individuale: ordalie, riti superstiziosi, l'inganno e la forza arbitri della giustizia. Il processo inquisitorio, la persecuzione dell'innocente, la segretezza, la tortura crudele e stolta. La prima codificazione: la costituzione Carolina, cui altre fecero seguito in Europa. Statuti penali nei quali il principio dispotico si alleava con quello superstizioso. Puniti di morte ogni minimo insulto alla dignità reale, il furto, il contrabbando, la caccia nelle bandite, la stampa di libri vietati. La draconiana parità delle pene: la pena capitale con strumenti crudeli. La tortura. L'arbitrio sfrenato dei giudici.

In quei secoli, nel "*parossismo di irrequieta ignoranza*" si perse ogni razionale criterio nella scelta e nella determinazione di castighi. Le pene non si ordinarono come potenza che operasse sugli animi riconducendoli al bene, ma come forza meccanica: dita tagliate agli spergiuri, occhi cavati ai lussuriosi.

A queste aberrazioni CARRARA oppone la scuola della Ragione. La ragione è "*la guida primitiva e perpetua*" che Dio ha dato agli uomini per illuminare le coscienze, dirigerne le condotte e favorirne il morale perfezionamento. Il pauroso edificio del vecchio diritto penale è stato demolito da Cesare Beccaria, "*capitano immortale*". La rigenerazione virtuosa è avvenuta attraverso la ricognizione della vera ragione della legge punitiva: "*la necessità di difendere gli umani diritti*". Evocando, Feuerbac, Romagnosi e Carmignani, il Maestro esalta "*la sovranità del diritto*", l'istanza di "*tutela giuridica*", il principio universale assoluto della "*garanzia della libertà umana*". Il diritto penale è, deve essere, dunque strumento di protezione di diritti e di libertà.

Il pericolo sempre incombente è quello della *statolatria*: l'idea che gli uomini siano fatti per lo Stato e non lo Stato per gli uomini: la confusione dello *ufficio del criminalista* con gli *uffici di polizia*.

Il fondamento del giure penale è la tutela giuridica. Esso non può agire ove non vi è violazione di diritti; non è il nemico, il moderatore della libertà umana, ma invece il protettore, il guardiano. Il portato di tale configurazione è quello della "*moderazione nella penalità*", di un "*principio razionale ed umano*", della "*diminuzione dei delitti*". Insomma un diritto penale consegnato al dominio della ragione, *il cui primo anello partì dalla mente del Creatore, fonte della legge morale*. E se il delitto e punizione non potranno cessare si verranno vieppiù diradando. "*non si punirà più con avvilito o annientare la umana personalità, ma col rialzare l'uomo per la via del dolore al sentimento della propria dignità, e richiamarlo all'amore del bene*", al solo fine di tutelare l'ordine esteriore. Occorre, allora

“*aspettare e sperare*” che la giusta moderazione delle pene stimoli alla fratellanza ed alla concordia; che l’abolizione della pena di morte inciti tutti al rispetto della vita umana.

2.1. *L’opera monumentale e la scienza dei limiti.*

In un altro saggio Carrara esprimeva sinteticamente lo stesso ordine di idee affermando che *la scienza penale sottrae il giure punitivo alle mani del boia*. Vi è in questa *brevitas* l’eco dell’orrore per le crudeltà e la spietatezza delle punizioni ed al contempo per l’irrazionalità, l’imprescrutabilità della mano del boia e della decisione che la muove, che quella scienza è chiamata a contrastare col metro della ragione. Ed è degno di nota che un così vigoroso impegno scientifico trovi la riconosciuta scaturigine non solo nello sguardo retrospettivo alle iniquità del passato, ma anche in una concreta vicenda processuale: Carrara, quarantenne ignoto avvocato lucchese fu coinvolto nella difesa della banda dei sette ladri: pericolosi ladri notturni, le cui mani — come si disse — non erano lorde d’altro sangue oltre quello delle numerose galline rubate. Quasi tutti vennero condannati a morte. L’impressione per questi disumani eccessi indusse l’avvocato ad intraprendere una vigorosa azione per l’abolizione della pena di morte e soprattutto fece maturare l’ispirazione ad avviare la costruzione sistematica della scienza penale.

Altri hanno fondato questa scienza, ma CARRARA ha edificato tutto intero l’edificio: una costruzione letteralmente monumentale: nove tomi del Programma, continuamente aggiornati. Nove tomi di saggi: gli opuscoli. Oltre a tutto il resto. Della grandezza di questa opera è stato detto tutto. Potenza di costruzione dogmatica unica ed al contempo idea umana del delitto e della pena (CAPOGRASSI). Monumento intessuto di lucida razionalità.

Il diritto penale è *scienza dei limiti*: limiti dell’azione umana individuale, a protezione dei diritti e delle libertà della società. Limiti dei poteri dello Stato, che sono legittimati solo dalla stretta necessità di ricostituire quei diritti e quelle libertà violate e proteggere la sicurezza dei cittadini; e non oltre, a tutela delle libertà dei cittadini. Banditi, dunque, la ragion di Stato ed i delitti politici.

2.2. *Il Programma: un progetto universale.*

Il Maestro ha la consapevolezza che la scienza nuova richiede tutta intera la elaborazione dei costrutti che consentono di delineare l’itinerario che conduce all’imputazione, all’attribuzione di paternità dell’illecito. Da questa consapevolezza, oltre che dalle emozioni per il sangue versato (CARMIGNANI) nasce il Programma. Un progetto universale, un disegno del diritto come deve essere, rivolto forse più al legislatore che agli studiosi.

L’impianto razionale dell’opera si basa sull’idea di reato come ente giuridico, di cui vanno definiti i tratti. Il libero arbitrio e la colpevolezza: cognizione della legge, previsione degli effetti, libertà di elezione e volontà di agire. L’imputazione richiede che

l'agente sia causa fisica e morale, sia autore di un atto che la legge descrive e considera biasimevole, dannoso per la società.

L'effetto del reato è un danno immediato (la forza fisica) ma vi è anche una forza morale (un danno morale) che riguarda l'effetto di intimidazione e diseducazione nella sfera sociale. Questo giustifica l'imputazione per dolo e per colpa; e non invece per colpa lievissima che è appunto priva di forza morale oggettiva.

La configurazione del reato come ente giuridico apre il grande capitolo della concezione gradualistica del reato: qualità, quantità, grado. Qui si introducono copiosamente temi che hanno segnato l'evoluzione della scienza penale: il danno immediato e mediato, il dolo nelle sue varie forme dell'intenzione diretta e indiretta; i motivi dell'azione, il tentativo ed il concorso; l'ignoranza della legge, la minore età, la malattia mentale e l'incapacità di discernere il bene dal male; L'impeto degli affetti, i perturbamenti emozionali, la povertà. Tutti elementi che fondano e graduano la pena in rapporto al delitto. Tutto è svolto in modo sistematico e razionale (SPIRITO).

2.3. *La fondazione trascendentale.*

Come si è accennato, tutta l'opera poderosa ha bisogno di principi fondanti, universali, trascendentali. Essa si fonda sul codice immutabile di ragione, sull'ordine morale naturale, dove tutto ascende infine al Creatore. Insomma, la ragione ha bisogno di una garanzia sovrumana che ne esprima il dover essere e pretenda di sedare la *statocrazia*, la ragion di Stato.

Si è molto dibattuto sul peso dell'evocazione del Creatore, dei dettami della giustizia divina, che compare in apertura di quasi tutti i lavori. Si è parlato di teismo, di giusnaturalismo teista, ingigantendo l'evocazione della sfera trascendente. In realtà l'opera sta tutta nella analitica costruzione dei concetti e dei principi che tratteggiano l'ente giuridico reato (PETROCELLI). Tuttavia, come si è accennato, una lettura complessiva restituisce l'idea di un bisogno di fondazione, una fondazione costituzionale che sta nel diritto naturale di cui la ragione è il *demiurgo* (PADOVANI). Al diritto naturale, insomma, si attribuiva la funzione oggi svolta dalle Costituzioni: un ruolo di protezione e di garanzia (DELOGU). Un bisogno di fondazione costituzionale che, come meglio si vedrà nel prosieguo, si è diversamente espresso ed ha prodotto elaborazioni valoriali in tema di colpevolezza e di pena.

Si è discusso se nell'opera vi siano anticipazioni della moderna concezione normativa della colpevolezza. Non si può trascurare che nella concezione carrariana del dolo vi sia la coscienza dell'offesa nei delitti naturali e nei delitti sociali la determinazione di violare la legge (PALAZZO). E si è ritenuto di cogliervi assonanze con la storia del principio costituzionale di colpevolezza che ha avuto la sua consacrazione con la sentenza costituzionale n. 364 del 1988 che, come è noto, ha agito sulla presunzione di conoscenza della legge di cui all'art. 5 c.p. Tuttavia, leggendo le pagine sul dolo e sulla colpa nel Programma si sente un approccio riconducibile (per usare le classificazioni tradizionali) alla concezione psicologica: si parla di volontà, di previsione ecc. E dunque è meglio evitare forzature, visto che non mancano certo spunti per

sottolineare le pagine precorritrici del futuro: lo Stato di diritto; la presunzione di innocenza; il contraddittorio; l'apertura alla politica criminale ed alla scienza della legislazione. E come non cogliere l'assonanza dell'affermazione del diritto penale come strumento di protezione di diritti e di libertà con le pagine moderne (PALAZZO) che evidenziano come i diritti abbiano assunto il ruolo principale di oggetto della tutela penale; con qualche arroganza di valori non negoziabili.

Infine, lineare è la visione della pena: risposta dolorosa e necessaria, mossa da esigenze di protezione giuridica, di *riparazione sociale*, proporzionata alla gravità del reato e dunque in chiave schiettamente retributiva; scevra da profili di prevenzione generale e speciale. La pravità dell'atto e non dell'agente. L'evocazione dell'emenda, dell'istanza di rigenerazione mossa dall'afflizione e dalla acquisita coscienza del male, che pure ripetutamente compare, è sicura espressione del talento umanizzante del Maestro ma non esprime un tratto ontico dello strumento punitivo quale si è manifestato nel prosieguo.

In CARRARA la colpevolezza ha matrice etica: l'ordine morale umano retto dal libero arbitrio; l'istanza di adeguamento dell'ordine giuridico all'ordine morale, radicato in una legge che è assoluta perché costitutiva dell'unico ordine possibile all'umanità secondo la previsione e i voleri del Creatore. Imputabilità come libertà di eleggere e di volere, verità racchiusa nel codice immutabile della ragione. Forza morale soggettiva: la moralità dell'azione non si ottiene che per il concorso di quattro requisiti che abbiano accompagnato la operazione interna. Tali condizioni sono cognizione della legge, previsione degli effetti, libertà di eleggere, volontà di agire. E mentre i primi due basta per la legge umana che esistano in potenza, gli ultimi non possono mai mancare, essi si assumono nella formula "*concorso di volontà*" perché la libertà è un attributo indispensabile della volontà cosicché questa non può esistere senza quella nel modo stesso che non può esistere in materia senza gravità.

Dunque, per concludere, concezione normativa della colpevolezza no. Ma razionalità che ha il suo primo anello nella mente del Creatore. Una guarentigia, una metafisica, sovraordinata, cogente fonte di protezione della ragione. Un sostituto delle costituzioni. E questa razionalità si esprime nella proporzionalità, principio assoluto e supremo del diritto punitivo. Principio che si invera. Non solo gli accenti su tutto ciò che può guidare la graduazione della pena. Mi piace pensare che la costruzione del monumento dogmatico sia al servizio della idea di forgiare strumenti per analizzare e classificare i comportamenti umani, nella prospettiva di sottrarre il giudizio all'ispirazione di un giudice incontrollabile e temibile. Insomma, oggi come allora la dogmatica non è (solo) un impegno teoretico ma sta nella edificazione di contenitori concettuali in grado di promuovere risposte dell'ordinamento uniformi, condivise, prevedibili, proporzionate.

3. La rottura della continuità: la Scuola positiva ed il Codice Rocco.

Ma il corso degli eventi non ebbe continuità. La dottrina espressa dalla Scuola penale classica fu oggetto di una critica frontale, con la confutazione del principio di

libertà in nome delle dottrine dell'epoca, del determinismo biologico e psicologico. FERRI affermava che *“considerando, come non si può altrimenti, come l'ultima forma, e la più complessa attività animale l'attività volontaria dell'uomo, riesce evidente che dall'estremo inferiore di una semplice reazione di irritabilità nella forma animale sino all'estremo superiore di un'azione umana deliberata, si passa per una serie continua di sfumature e di gradi che non lasciano luogo all'intervento, nel solo mondo umano, di una potenza di libertà morale che sarebbe eccezione miracolosa a tutto l'ordine dell'universa attività naturale”*. Di qui il programma di abbattimento del diritto tradizionale e di realizzazione di un sistema rivolto ad esercitare *“funzione clinica di preservazione sociale dal morbo criminoso, indipendentemente da ogni considerazione di libertà morale o di morale colpabilità dell'individuo delinquente”* (FERRI). Coerente la conclusione che la scienza penale dei diritti e delle pene di BECCARIA e CARRARA ha compiuto il suo ciclo, ha esaurito la sua missione storica e scientifica.

La tesi ebbe sostegni autorevoli nella dottrina penale. Si affermò che l'indirizzo che si ostina a sottrarre alla valutazione del diritto penale gli atti dell'incapace deriva da una inammissibile confusione tra diritto e morale, dal non voler ammettere la amoralità del giudizio giuridico. Il compito del diritto è tutelare le condizioni fondamentali della vita associata, ed il giudizio giuridico non può che essere il giudizio di utilità; l'infermo di mente può costituire un pericolo ed è quindi naturale che il diritto valuti le sue azioni dal punto di vista dell'utilità e del danno. D'altra parte, l'atto valutato dal diritto deve essere volontario ma ciò non implica che la volontà debba essere cosciente e libera cioè normale (GRISPIGNI).

Pure Arturo ROCCO espresse critica differente ma altrettanto radicale: l'inutilità e l'astrattezza di un diritto penale avulso dalla legge positiva dello Stato, fondato sulla divinità e sulle leggi di natura. Una critica interessata ed ingenerosa, visto che la dottrina Carrariana era scienza del dover essere del diritto penale, rivolta ancor prima che ai giudici, al legislatore (PADOVANI).

In questa visione, che abbattava la concezione liberale del diritto come tutela di diritti e di libertà perorata dalla Scuola classica, maturava la convergenza tra positivismo penale e dottrina fascista. L'attacco alla presunzione di innocenza ed alla tutela della libertà personale apriva la strada alla concezione autoritaria del codice Rocco (AMODIO): il Codice, che con la dottrina del doppio binario, accoglieva alcuni aspetti della dottrina positivista. Per quel che qui ci interessa più da vicino, scorgiamo l'imputabilità topograficamente lontana dalla disciplina dell'elemento soggettivo, collocata nel titolo dedicato al reo; e soprattutto gli artt. 222 e 224 che, nel disciplinare l'applicazione delle misure di sicurezza ai non imputabili impongono minimi di durata dipendenti dalla gravità del reato e quindi in primo luogo dall'accertamento del dolo e della colpa. Non solo la terminologia è sempre rigorosamente la medesima, ma, quel che più conta, ciascuna delle disposizioni nelle quali si determinano i requisiti del fatto reato si applica anche alle persone non imputabili (ANTOLISEI, GALLO). Un disorientamento aggiuntivo per la dottrina che in quell'epoca si occupava della colpevolezza. Un assetto della disciplina, che induceva a considerare (prima dell'avvento della concezione normativa della colpevolezza) l'imputabilità come base della soggettività, della capacità penale (MORO, LEONE). E nel caso di azioni compiute dal non imputabile, i profili psicologici

che caratterizzano dolo e colpa si definivano in realtà come *pseudodolo* e *pseudocolpa*, cioè privi di contenuti di valore.

4. Colpevolezza: una breve storia.

Volgendo lo sguardo al principio di colpevolezza, va ricordato che in origine il termine *colpevolezza* fu utilizzato per indicare il versante soggettivo, psicologico del reato ed era espressione di sintesi per riferirsi ai diversi criteri di imputazione soggettiva, nonché ai coefficienti psichici sottesi all'espressione *coscienza e volontà*. Tale uso è ancora spesso presente nel lessico della giurisprudenza.

Lo sviluppo dell'elaborazione teorica ha condotto a delineare la colpevolezza quale distinta categoria dogmatica per dare sistemazione ai profili soggettivi dell'azione e quindi per rispondere all'esigenza di costruire un concetto superiore unitario che offrisse una base comune al dolo e alla colpa (PAGLIARO).

Come è noto, storicamente si dividono il campo due concezioni: quella psicologica e quella normativa, ma vi si è aggiunto un terzo punto di vista: quello della colpevolezza come principio costituzionale.

La concezione psicologica vuole costituire un concetto di genere derivato dall'astrazione degli elementi comuni sul piano psicologico del dolo e della colpa. Tale configurazione risale al pensiero classico ed è influenzata dal liberalismo ottocentesco. Come si è visto, essa esprime l'idea che la responsabilità penale richiede una partecipazione psicologica al fatto e prescinde da una valutazione della personalità dell'autore e dei singoli processi motivazionali personali. In tale concezione vi è un risvolto ideologico connesso all'idea di pena come retribuzione solo per il singolo fatto. La colpevolezza come relazione psicologica non ammette graduazione in funzione delle caratteristiche personali del reo e la gravità del reato va valutata principalmente sulla base di criteri oggettivi focalizzati sull'entità del danno arrecato alla società.

Tuttavia, la ricerca di tratti comuni ed unificanti si è rivelata deludente. Diverse strade sono state percorse. La colpevolezza è stata vista come volontà cosciente di attuare il fatto in tutti i suoi estremi costitutivi: è unica di fronte a qualsiasi reato. Tra dolo e colpa non vi è alcuna differenza strutturale. La colpa non è che è un dolo di pericolo, la volontaria e consapevole ribellione consistente nell'esposizione a pericolo di un bene protetto. Tale impostazione, tutta concentrata sulla ricerca della volontà anche nella colpa, induceva a concludere che l'unica colpa concepibile è quella cosciente. Quella incosciente è negazione di colpevolezza (VANNINI).

Si è pure proposto (RANIERI) di risalire al momento iniziale del processo psicologico, la coscienza di agire in relazione ai doveri che si manifesta in un contegno consapevole al quale si collega il fatto realizzato. Risalendo dalla condotta alla sua origine psichica si risale ad un atto volitivo posto nel fondo del processo psicologico, quale che sia l'atteggiamento in relazione al fatto realizzato.

BELLAVISTA si concentrò sul rapporto psicologico tra l'agente e l'azione che cagiona un evento voluto, non voluto ancorché preveduto, ma prevedibile.

A tale visione sono state storicamente opposte critiche decisive, analizzando le omissioni colpose che talora si svolgono fuori dal campo della coscienza. Inoltre, alla nozione di colpa non è essenziale un legame psichico con l'azione o l'evento: ciò che conta è la contrarietà ad un dovere giuridico o extragiuridico in forza del quale una condotta umana si qualifica come leggera o imprudente. Un concetto tutto normativo dunque. Infine la concezione psicologica è stata da più parti criticata oltre che sul piano strutturale ancor più su quello contenutistico: incolore, naturalistica, fredda incapace di adeguarsi alla ricca casistica delle situazioni per giungere ad un concreto giudizio di disapprovazione.

4.1. Colpevolezza normativa: la fondazione valoriale.

La concezione normativa è nata dall'esigenza di riportare alla colpevolezza i motivi e le circostanze dell'azione. Il centro della valutazione è stato spostato dall'elemento psicologico al rapporto con la norma, così trasformando la colpevolezza in un giudizio di rimproverabilità per l'atteggiamento antidoveroso della volontà. Non più concetto di genere ma concetto normativo unitario, superiore, e non riconducibile ad alcuna delle sue componenti materiali: l'imputabilità, il dolo, la colpa, la normalità delle circostanze (PADOVANI).

DELITALA per primo, introdusse in Italia (1930) la dottrina normativa nata in Germania agli inizi del Novecento: dolo e colpa sono unificati solo sul piano della qualificazione normativa, sono forme in cui può concretamente atteggiarsi la riprovevolezza.

L'approccio è stato sviluppato nella prima monografia sul tema: un giudizio di valore, di biasimo, di carattere giuridico-sociale ma non privo di *pathos* etico, giacché ribellarsi alle norme della convivenza sociale non è morale (MUSOTTO).

Di certo concezioni eticheggianti della colpevolezza non sono mancate. BETTIOL conferì alla categoria una forte intonazione etica e retributiva. La colpevolezza va colta nell'antidoverosità dell'atto, nel contrasto con l'atto imperativo espresso nel precetto. Essa si risolve in un giudizio che attinge al mondo dei valori e per questo ha carattere normativo "non può essere essiccato nelle formule di una giurisprudenza naturalistica". Al centro vi è dunque un atteggiamento interiore: una concezione della colpevolezza fortemente orientata eticamente e connessa all'idea retributiva della pena.

Pure PETROCELLI, pur contrastando la concezione normativa, enfatizzò il lato valoriale: il concetto di colpevolezza, prima che giuridico, è essenzialmente etico nel senso che importa un modo di valutazione dell'azione umana che vige nell'ordine morale e sociale prima che nell'ordine giuridico. Il diritto può dei coefficienti che costituiscono la colpevolezza nel senso etico accogliere eventualmente solo una parte, ma non può fare a meno di questo minimo.

Per finire la breve ed incompleta rassegna, le voci più moderne. Bella la sintesi di ROMANO: il concetto di colpevolezza è l'autentico caposaldo del diritto penale moderno e costituisce il punto di arrivo di una lunga evoluzione verso il rispetto della persona umana, che designa l'idea di responsabilità soggettiva per fatto proprio commesso da

un soggetto al quale può essere mosso un rimprovero da parte dell'ordinamento. Tale concetto è preferibile perché graduabile ed utile anche alla graduazione della pena. Un rimprovero correlato ad un valore, la colpevolezza come dimensione spirituale dell'illecito e del diritto penale.

Non meno interessante il *caveat* di FIANDACA. Il concetto di rimprovero fa riferimento all'atteggiamento antidoveroso della volontà esclusivamente in riferimento a parametri normativi e non evoca l'idea di una valutazione compiuta sulla base di criteri puramente morali. In un moderno Stato laico e pluralistico lo strumento penale non può pretendere di imporre coattivamente l'osservanza di concezioni morali e religiose, sicché la colpevolezza non può che tradursi nel rimprovero giuridico penale, che può anche essere moralmente indifferente o anche conforme ad una concezione etica particolare.

In concreto, la concezione normativa raccoglie in unità l'imputabilità, il dolo e la colpa, la conoscibilità della legge e l'inesigibilità, un capitolo quello della inesigibilità prima vuoto (PADOVANI, DONINI).

I cenni proposti pare mostrino la necessità di radicare una superiore base valoriale per la colpevolezza. La storia della concezione normativa è proprio la storia della ricerca di tale fondazione valoriale. Ma quale moralità quali, valori, quale fondazione? Torna alla mente CARRARA: la ragione, le leggi di natura, e ancora più in alto la mente del Creatore. Come si diceva, il diritto penale umanistico ha bisogno di una potenza trascendentale che lo protegga e vincoli lo stesso legislatore. Colgono dunque nel segno quanti rinvennero nel teismo carrariano un sostituto delle Costituzioni, in una epoca in cui Costituzioni rigide non ve ne erano.

Questo bisogno di fondazione nei valori si mostra ampiamente nello sviluppo della dottrina della colpevolezza normativa. Accade ora che i valori evocati ed iscritti nel rimprovero trovano guarentigia, ispirazione, fondamento nella Costituzione. Il primo contributo, negli anni Sessanta dello scorso secolo parte dalla critica al principio della assoluta inescusabilità dell'errore sulla legge penale posto dell'articolo 5; afferma la valenza costituzionale del principio di colpevolezza, caratterizzato dal requisito della coscienza del disvalore penale del fatto in relazione al carattere personale della responsabilità penale ai sensi dell'articolo 27 Cost., quale presupposto della funzione retributiva della pena (SPASARI).

Come è noto, la prospettiva è stata ampliata alla luce di una lettura integrata del primo e del terzo comma dell'art. 27 Cost. La funzione rieducativa della pena ha assunto un ruolo di primo piano. Infatti, essa non potrebbe agire se non fondata su una concreta relazione psichica, su un rimprovero personale all'agente. L'intreccio costituzionale si è ancora arricchito attraverso il riferimento ai principi dello Stato di diritto: la certezza dell'agire individuale e dei diritti personali; la legalità penale espressa dall'articolo 25 comma 2 e dalla conoscibilità della norma. La colpevolezza viene dunque assunta nella accezione di postulato o principio che fissa i requisiti minimi di un'imputazione giusta sulla base di parametri di valutazione che implicano il coinvolgimento psichico dell'agente non solo nel fatto ma anche nel suo valore giuridico penale (BRICOLA, PULITANÒ).

Infine la celeberrima sentenza costituzionale n. 364 del 1988, che ha delineato il volto costituzionale della colpevolezza e rappresenta oggi un concreto vincolo per ogni

operazione interpretativa del sistema penale. Le coordinate sono note. La funzione rieducativa della pena che richiede l'appartenenza soggettiva dell'atto all'autore. Il principio di legalità che costituisce la parte forse più densa dell'opera. Il dovere di solidarietà che impone di informarsi sulle leggi e di rendersi attivo per conoscerle prima di agire, a patto che esse siano per l'appunto conoscibili. La colpevolezza viene assunta non già come categoria formale e concetto sistematico che racchiude i presupposti della responsabilità soggettiva alla stregua delle norme vigenti, bensì nella accezione di principio che fissa i requisiti minimi di una imputazione giusta sulla base di parametri di valutazione metapositivi desumibili dal sistema costituzionale (FIANDACA).

Dunque, il cerchio si chiude: la fondazione della colpevolezza alla stregua di un principio sovraordinato. Un'etica pubblica che sostituisce la luce del Creatore.

5. Colpevolezza e prevenzione speciale rieducativa.

Qui, naturalmente, l'accento cade sulla pena e sulla sua funzione rieducativa, anche in rapporto alle istanze di prevenzione generale e speciale. Come si è visto, è ampiamente accreditata in dottrina l'idea che la colpevolezza riceva rinnovata legittimazione, specialmente nell'ottica della prevenzione speciale rieducatrice, giacché è solo un atteggiamento psicologico in contrasto con l'ordinamento che giustifica la necessità di educare al rispetto delle regole. Non avrebbe senso parlare di rieducazione in situazioni in cui non fosse possibile muovere all'agente un rimprovero personale. Dunque colpevolezza e prevenzione speciale rieducativa si connettono (BRICOLA, PULITANÒ, PALIERO).

Come pure è noto, il consolidarsi di teorie ispirate all'idea di prevenzione generale e speciale ha in qualche misura messo in crisi la legittimazione della concezione normativa della colpevolezza: la prevenzione prevale sull'indagine concentrata sulla rimproverabilità (PADOVANI). Il tema, come si vedrà, ricompare nelle più recenti riflessioni sulle riforme ultime.

Lo sfuggente polimorfismo della pena sembra aver trovato un punto di equilibrio nell'idea che la colpevolezza tende a svolgere il ruolo di limite sia nella commisurazione della pena che nell'individuazione dei presupposti della punibilità. Ma non si può dimenticare che la pena è una punizione, ha un contenuto afflittivo e coinvolge inevitabilmente un rimprovero personale, che giustifica assiologicamente la pena inflitta, che altrimenti risulterebbe indecifrabile e calata nell'assurdo (PADOVANI). Insomma, la colpevolezza ha una funzione costitutiva della pena, oltre che limitativa. I reati sono pensati e stimati con dentro la colpevolezza (ROMANO).

Infine, si vuole qui particolarmente sottolineare che la colpevolezza entra anche nella commisurazione della pena; ha un ruolo graduante, fondato su distinti parametri. Un tema forse non del tutto approfondito: l'esigenza che la pena sia proporzionata e che tale proporzionalità sia equanimente attuata e distribuita per evitare un fenomeno che solo recentemente è stato scientificamente analizzato: la ingiustificata disparità delle risposte in differenti processi riguardanti casi identici o molto simili, che vulnera profondamente la accettabilità, la plausibilità di un sistema giudiziario. Il fenomeno del

“*rumore*” (KANEMAN, SIBONY, SUNSTEIN). Indagini che restituiscono l’immagine di una giustizia punitiva che troppo spesso si esprime in decisioni radicalmente ed irrazionalmente divergenti. Il principio di proporzione e l’ideale commisurativo entrano in crisi quando ci si confronta con la realtà. I processi decisionali della giurisprudenza pullulano di *rumore*, di soluzioni arbitrariamente difformi.

È un tema che chiama in causa errore, certezza, verità e che recentemente mi ha coinvolto in riflessioni anche personali e retrospettive sul difficile compito di giudicare; e su ciò che può esser fatto per limitare tale genere di *rumore*: la formazione del decisore professionista, la addestrata capacità di cogliere e graduare gli elementi di giudizio rilevanti; la comprensione intima dei diversi ragionamenti probatori; soprattutto la motivazione; e la dogmatica, come accennerò ancora nel seguito.

6. Proporzione.

Proporzione dunque. Anche qui l’idea della rieducazione ha celebrato il suo ruolo trionfale nella produzione di principi; mentre nella pratica, come è noto, la pena di rado produce l’emenda operosa che evita la recidiva.

Anche a proposito del principio di proporzione la giurisprudenza costituzionale ha esercitato un ruolo importante, con la sentenza n. 313 del 1990, forse meno celebrata del dovuto. Erano state prospettate diverse questioni afferenti all’istituto del patteggiamento della pena nella sua configurazione originaria. Un rito che i penalisti avevano bollato con severe parole: un affare di parti, una fiera della casualità ed un fomite di intollerabili sperequazioni (PADOVANI); un relevantissimo arretramento rispetto alla necessità di razionalizzare ed orientare la discrezionalità nella commisurazione della pena (DOLCINI). Un *vulnus* al principio costituzionale della soggezione del giudice solo alla legge (LOZZI). La mancanza di ogni seria condizione per l’individualizzazione della sanzione con riguardo alle particolarità del caso (MONACO e PALIERO) In quella temperie Giorgio LATTANZI, cui questo scritto è dedicato con affetto, fece mostra della lucida razionalità e della sensatezza che ha sempre caratterizzato il suo pensiero. In un’appassionata difesa delle ragioni del nuovo istituto processuale mostrò che esistono nella prassi giudiziaria tratti di negoziabilità latente e di discrezionalità di cui non sempre si percepisce la rilevanza.

Ma il problema esisteva. E la Corte lo ha affrontato attingendo al principio della funzione rieducativa della pena. Sovvertendo la precedente giurisprudenza che aveva ritenuto applicabile tale principio solo nella fase esecutiva, ha affermato che nella fase di commisurazione della pena le classiche finalità retributive devono essere contemperate con la preminente finalità rieducativa. Si deve evitare da un lato il pericolo che attraverso l’esemplarità della sanzione l’individuo sia sacrificato per fini di politica criminale o di difesa sociale; e dall’altro lato il pericolo di una condanna incongruamente mite. I due divergenti pericoli si compongono nell’affermazione che la pena deve essere individualizzata, commisurata all’autore con equilibrata ponderazione dell’offesa e della colpevolezza, sì che possa essere ed essere avvertita come adeguata e tendere alla rieducazione del condannato. Dunque, la funzione rieducativa si pone come limite sia

verso l'alto che verso il basso nella misura della sanzione. Emerge così il costituzionale principio di proporzione, solitamente affermato in riferimento alle pene edittali, alla legge; e qui invece per la prima volta colto nel momento commisurativo (RECCHIA).

7. Colpevolezza e pena: le nuove direttrici.

Ma come perseguire la pena proporzionata e dunque accettabile? C'è un metro? E la colpevolezza serve ancora? Si vedrà a breve che l'interrogativo è stato recentemente posto, con conclusioni pessimistiche, proprio in relazione alla recente riforma CARTABIA.

Qui, con la dovuta brevità, si può solo accennare che nel presente due appaiono le direttrici fondamentali, nel segno della rieducazione, della razionalità e della mitezza (DOLCINI). Il ridimensionamento della pena detentiva, con la introduzione di pene sostitutive: un itinerario, del resto, da tempo avviato e che costituisce lo strumento più efficace per il ridimensionamento della brutalità insita nella materia penale e per la umanizzazione del diritto punitivo (PALAZZO). In parallelo l'ingresso della giustizia riparativa.

Il *novum* ha suscitato pensieri alati, che è bello leggere. Nel considerare i rapporti tra giustizia punitiva e giustizia riparativa, si immagina la ricomposizione di una frattura, conformemente all'orientamento personalistico della Costituzione: un modello opposto a quello classico fondato sulla corrispettività e simboleggiato dalla bilancia. La liberazione della vittima dalla vittimizzazione secondaria, dalla sollecitazione dell'istinto ritorsivo barattato come fare giustizia, dal vuoto di verità sui presupposti soggettivi del reato. Il superamento delle ambiguità della teoria dell'emenda, non del tutto liberata dallo schema del negativo per il negativo. In sostituzione, un impianto personalistico della pena, un percorso promozionale verso scelte di adesione ai valori espressi dal precetto penale. La lettura dell'art. 27.3 Cost. come norma strategica e non ancillare rispetto alla modalità corrispettiva; strumento di prevenzione generale reintegratrice che guarda al soggetto recuperato che esprime accreditamento della norma trasgredita (EUSEBI).

In questo quadro si pensa a pene *agite*, imperniate su impegni in favore dei beni giuridici e delle persone offese. Prima della condanna, con la messa alla prova; o dopo, con l'affidamento in prova ai servizi sociali o con le prescrizioni che accompagnano le pene sostitutive; o ancora col ripristino dei beni compromessi: una riparazione prestazionale distinta da quella interpersonale (DONINI).

In breve, un paradigma punitivo "reattivo premiale" (BARTOLI).

Il *novum* è ben evidenziato dal ruolo attribuito al giudice di cognizione dall'art. 545-bis c.p.p. Una procedura bifasica per le pene sostitutive: un percorso ad orientamento rieducativo, in coerenza con la sentenza costituzionale n. 313 del 1990, contrassegnato da contenuti progettuali. Un dialogo costruttivo tra Stato e condannato (EUSEBI).

Manca tuttavia, ancora, la previsione di autonome pene principali riparative. Né è stata accolta la proposta formulata dalla Commissione ministeriale presieduta da Giorgio LATTANZI che, con sensatezza, ipotizzava nel processo di cognizione la sanzione

sostitutiva dell'affidamento in prova ai servizi sociali che, oltre a costituire una sanzione prescrittiva, avrebbe avuto un impatto deflattivo.

In questo quadro anche la giustizia riparativa viene da più parti vista con un significato preventivo, costituendo *“una opportunità per il trasgressore, di responsabilizzarsi nei confronti dell’illecito”*. I programmi non sono esterni al diritto penale tradizionale, ma segnano il passaggio a sanzioni *“progetto”* di responsabilizzazione, riparazione e recupero: riconoscimento della vittima del reato coerente con la rieducazione. Dialogo tra le parti che rivela il reato come fatto umano (EUSEBI).

Il tema ha suscitato tesi ardite. La lettura in chiave prettamente retributiva della pena viene vista addirittura come una *perversione morale inaccettabile*, oltre che socialmente dannosa, guardando solo all'autore come capro espiatorio su cui concentrare la violenza collettiva. L'idea di fondare il contenuto della pena misurandola sulla colpevolezza della persona riporta la prassi nelle nebbie dell'incertezza. Che cosa sia e come si misuri la colpevolezza non è oggetto di prova processuale se non in via eventuale. Sono infatti oggetto necessario di prova solo il fatto oggettivo, il dolo e la colpa oppure le scusanti, non la colpevolezza-rimprovero (DONINI).

Irragionevolmente — si afferma — lo Stato tradizionalmente non pensa alla riparazione come al primo problema da risolvere in favore di una vittima. Per concepire la riparazione come una modalità o una forma di pena occorrerebbe pensare che essa può non essere soltanto subita; si può trattare di una pena agita, cioè di una sanzione che rimane sì negativa, privativa o limitativa di diritti, ma che al contempo implica un comportamento attivo del soggetto per la specificità della sua esecuzione; e non un mero processo di interiorizzazione di precetti e valori indotti. Si tratta di un modello costituzionale di rieducazione che vede nella pena un progetto diverso dalla mera soggezione ad una sofferenza.

Si afferma altresì che, come accennato, misurare la colpevolezza è impresa impossibile, soggetta com'è a discrezionale apprezzamento, tanto che è quasi impossibile prevedere che due giudici irroghino la stessa pena per fatti identici. Per recuperare la razionalità commisurativa di base alla pena, il fondamento deve essere quello del bene giuridico, della riparazione dell'offesa, oltre che del risarcimento del danno. Dunque un'alternativa con una base epistemica diversa da quella della colpevolezza passatista misurata a tempo di reclusione. E si invoca lo stesso BECCARIA che, pur esprimendo un pensiero troppo radicale, intendeva delegittimare o ridimensionare le dosimetrie soggettive perché prive di controllabilità critica e di base scientifica.

Le componenti soggettive, scarsamente misurabili, devono essere ripensate con una valenza non centrale, subordinata, per rendere il più possibile controllabile razionalmente il dosaggio della pena. Le componenti personalistiche e motivazionali, i precedenti, la capacità delinquere, sono quindi chiamate ad un ruolo solo specialpreventivo, commisurativo o di scelta del tipo di sanzione. La colpevolezza resta così come limite in termini commisurativi ed ha fondamento solo in termini di imputazione del fatto reato per dolo o colpa.

Tracce del *novum* si scorgono nella riforma recente per ciò che riguarda le condotte riparative: le oblazioni speciali, la ampliata messa alla prova; ed inoltre la pena

agita ancorché non riparatoria in senso proprio, costituita dal lavoro di pubblica utilità come pena sostitutiva della pena detentiva, irrogata con la sentenza di condanna.

Il cuore della riforma viene tuttavia visto nella disciplina processuale della giustizia riparativa di tipo interpersonale, cioè nella mediazione penale eletta a modello. È compito solidaristico dello Stato alla stregua dell'art. 2 Cost., riparare le offese attraverso la collaborazione delle persone coinvolte nel reato, inserendo autore e vittima in una dialettica triadica di garantismo penale. Così il giudice assume un ruolo meno odioso e più positivo ma non buonista; perché si esige una prestazione o, consensualmente, una riconciliazione. La pena non è più l'insondabile misura di una colpevolezza soggettiva. È invece il recupero del danno fatto alla nazione (ancora usando le parole di BECCARIA) per restituirlo alla vittima, o per restituire alla società una sorta di riscatto. L'idea riparativa può essere soluzione di vari problemi classici della pena, ma essa è tale solo se viene intesa come riparazione prestazionale e non meramente interpersonale e altresì se riconduce l'orizzonte punitivo alla dimensione della pena agita.

Non sono mancate tesi opposte: la riparazione eretta a progetto e dunque promessa al futuro criminale lo indurrebbe a delinquere, perché egli potrebbe sempre contare su sconti di pena per condotte sopravvenute a sua disposizione. Ne risulterebbe indebolito il precetto (PULITANÒ).

Il dibattito ha suscitato pure analisi più problematiche, che partono — pare — dalla considerazione del rischio di involuzione antiumanitaria insito nell'istituzione carceraria (PALAZZO). Si evoca il lungo, secolare cammino dell'umanità della pena, che va oltre l'art. 27 Cost. e si considera che l'espressione normativa più imponente delle idee rieducative è stata, storicamente, quella delle alternative al carcere, come la sospensione condizionale ed i benefici penitenziari. La colpevolezza, d'altra parte, assurge ad un universalismo anche categoriale nella misura in cui non cessa di presentare una sostanza in certo senso anche metafisica, nel suo schema tendenzialmente astratto di volontà giuridica. Il che non può fare dimenticare il tentativo dei penalisti della scuola positiva di frantumare e archiviare la categoria della colpevolezza per fare posto all'estremo particolarismo costituito delle più diverse caratteristiche dell'uomo delinquente in carne e ossa.

Si considera che la giustizia riparativa esprime la ricomposizione del conflitto interpersonale e non ha una diretta ed immediata connessione con la riparazione. Si rammenta il ruolo della pena detentiva: soddisfa l'esigenza di proporzione, essendo adatta a precisa misurazione, soddisfa esigenze di garanzia e di contenimento della penalità, appaga la pulsione vendicativa, esprime la vendetta attraverso la mediazione razionalizzante della retribuzione, ne pensa il contenimento corrispondente all'ansia garantista della modernità. Risponde al razionalismo utilitaristico di matrice general-preventiva figlia del razionalismo filosofico, dell'idea di compensazione a titolo di riprovazione del male.

Con la giustizia riparativa — si afferma ancora — tutto diventa più complesso e problematico e si intravede tensione tra la legalità classica e la mutata relazione autore-vittima, prima cristallizzata nella fattispecie legale. Si prevede che l'armamentario tradizionale del penale punitivo continuerà a svolgere la sua funzione, accanto a quella

parte di giustizia riparativa che penetrerà nell'ordinamento con complementarità. Tuttavia, la ricomposizione della frattura insita nel reato può avvenire solo su un terreno valoriale, quello dei precetti legali. Si perverrebbe altrimenti a forme di relativismo, di anomia. Così si intravede un punto di contatto con la rieducazione. Non se ne nascondono di certo i risvolti positivi per via dello spazio che si offre alla pressione di sentimenti, emozioni, passioni, strati profondi della psiche che oggi premono come umanità: uno nuovo e più difficile *umanismo*.

8. Brevi chiose.

I temi accennati sono talmente alti e complessi che mi viene di scusarmi con il lettore per aver osato proporre una sintesi tanto sommaria. E mi riesce solo di aggiungere qualche flebile chiosa.

Intanto la inestricabilità degli intrecci che è forse proprio impossibile comporre guardando a tutte le facce del prisma. Si finisce sempre col sogguardare l'universo cogliendone solo qualche frammento. Ho provato a mettere insieme alcuni frammenti della lunga storia, guardando alla ricerca di fondazione: la ragione ispirata dal Creatore e poi, più laicamente, la Costituzione. Ma le chiavi di lettura sono diverse e non proprio incompatibili. Penso agli studi anche recentissimi (LACCHÉ, PALAZZO) che, collocandosi in diversi momenti della storia, hanno colto l'intrinseco ruolo costituzionale del diritto penale: *un volto costituzionale del penale che non è più solo quello delineato dalla Costituzione ma che con quest'ultimo coesiste in rapporti che possono essere di sostanziale omogeneità o di eterogeneità o comunque molto mobili*. Un ruolo costituente del diritto penale, parallelo ed integrativo rispetto alla Costituzione; un diritto penale inteso nella sua complessiva natura di prodotto legislativo e di prodotto di pratiche applicative. Un'altra lunga storia — dunque — di cui sono stati colti i tratti più recenti guardando alla legislazione ed ad alcuni (severi) indirizzi della giurisprudenza (PALAZZO).

Penso pure al carattere circolare della lunga storia. Da BECCARIA si parte ed a BECCARIA si torna alcuni secoli dopo; ed a CARRARA inevitabilmente. La ricomposizione dell'ordine violato col danno mediato. La edificazione monumentale di principi guida, freno all'arbitrio incontrollabile di un giudice che esercita la discrezionalità con stile tutto personale e genera un intollerabile *rumore*. Una esigenza che, a me pare, giustifica ancora la dedizione alla dogmatica come strumento sempre attuale, da affinare ed adeguare; senza il timore di restare indietro, di essere antiquati rispetto a celebrazioni teoriche del momento.

Ancora, viene da pensare alle contraddizioni; al confronto tra le nobili ispirazioni ideali e la dura realtà del male, della pena, della necessità di risposte a fatti che offendono i diritti e le libertà tanto profondamente e pericolosamente da richiedere risposte severissime.

Né si possono ignorare i sentimenti che si muovono nelle coscienze dei giudici. Il rimprovero, la colpevolezza, ispirano le decisioni e le ponderazioni più di quanto appare nelle motivazioni, quasi sempre penosamente brevi quando si tratta di spiegare l'esercizio della discrezionalità insita in tante parti del giudizio.

D'altra parte, l'idea di ridimensionare il principio di colpevolezza, sebbene giunga da un grande giurista sempre attento ai bisogni della giurisprudenza, non pare del tutto convincente; visto che esso è entrato nella sensibilità dei giudici e svolge un importante ruolo ispiratore nei più diversi contesti di decisione. Insomma, si tratterebbe di un mutamento culturale troppo radicale.

Infine il carcere: il luogo della sofferenza, dell'umiliazione, della rinuncia (troppo spesso!) alla voglia di vivere, di brutalità talvolta somministrate proprio dalle mani dello Stato. Qui, alla fine, oltre ai raffinati ed ispirati principi, contano le esperienze, i gesti, gli impegni costruttivi, le iniziative generose e non meramente caritative di grandi e piccole istituzioni.

Le esperienze individuali, dicevo. Il pensiero corre ancora una volta a CARRARA, al suo orrore per le esecuzioni capitali di ladri di galline. E corre anche a Giorgio LATTANZI (un pensiero che ha ispirato questo scritto). A Giorgio ed alla sua Corte costituzionale. Al pellegrinaggio nelle carceri per testimoniare la presenza ed il ruolo di protezione del giudice delle Leggi, per suscitare *il diritto alla speranza*; ma forse non meno per vivere l'esperienza di quei luoghi, di quelle atmosfere, onde trarne ispirazione *umanista*.