

Ugo Spirito: un maestro per la storia del diritto penale italiano

È già trascorso il centenario della nascita di Ugo Spirito (1896-1996), un autore tuttora e non di rado soggetto a fraintendimenti, benché la sua opera in questi ultimi anni si collochi nuovamente con la dovuta centralità nel panorama della cultura italiana. Una centralità che è testimoniata dagli innumerevoli, recenti, saggi e convegni a lui dedicati, spesso con eco anche nella stampa quotidiana¹. Tuttavia, alcune sue tematiche fondamentali ancor oggi necessitano di un adeguato approfondimento. È questo, appunto, il caso dei suoi studi sulla storia del diritto penale italiano, nonostante che autori come G. Vassalli, solo per citare uno degli esempi più significativi, abbiano in merito affermato: “Tra le infinite costanti presenze del filosofo Ugo Spirito nei problemi giuridici e politici del nostro tempo non può essere taciuta quella da lui mantenuta negli studi penalistici. Forse nessun cultore specifico della materia in questo secolo in Italia ha contribuito ad una visione storica ed unitaria del problema del reato e della pena quanto questo maestro di filosofia teoretica e di scienza politica, la cui critica penetrante, vigorosa ed originale, ancorché condotta alla luce di una ben determinata corrente di pensiero, offre ognora al giurista *spunti di meditazione e di controllo*”².

Un interrogativo che inevitabilmente ci si pone, valutando il pensiero di Ugo Spirito sul diritto penale, è se esso consista in puro empirismo, in moralismo giuridico, in deontologia politica, oppure sia vera e propria filosofia del diritto. La soluzione del quesito è rilevante alla luce dell'assunto di accreditata dottrina che il problema secolare della filosofia del diritto non può venire risolto “finché ci si adagi nel sonno dell'empirismo (con gli assurdi concetti di *interno* ed *esterno*, minimo etico, coazione, liceità, ecc.)”³. Per poter giudicare correttamente la concezione spiritiana del diritto è essenziale considerare che, in base ad essa, proprio nel mondo giuridico si rinvengono i più dibattuti problemi filosofici. E solo la filosofia può fornire i mezzi necessari alla loro risoluzione. Il che è sostanzialmente comprovato dal rigore del metodo induttivo a cui il Nostro ricorre nelle sue dissertazioni in materia penale. Non gli si può perciò muovere l'accusa – che Croce formulava nei confronti di alcuni filosofi suoi contemporanei - di aver cercato di isolare la filosofia del diritto “dall'organismo della filosofia”, facendola diventare “così evanescente da doverla riempire, per darle l'aspetto di una cosa solida, di un contenuto estraneo e raccogliuccio”⁴.

Spirito, infatti, tratta figure e principi generali dell'ordinamento penale italiano e sovietico in concreto e indica la via di un diritto etico ideale, da attuarsi necessariamente nello Stato etico. E ciò non implica una mancata distinzione tra filosofia del diritto ed empirismo, moralismo, deontologia politica; né, tanto meno è indice di una tendenza ad isolare la filosofia del diritto dal contesto della filosofia. Al contrario, questo peculiare metodo denota che l'Autore fa filosofia del diritto in modo del tutto coe-

rente alla sua posizione teoretica, mosso dalla convinzione che filosofia e scienza rappresentino due forme del conoscere in rapporto di reciproca interferenza e complementarità. Egli stesso, e non a caso, dichiara di aver proceduto - "sempre, in ogni affermazione, e in ogni dubbio" - ad una riflessione speculativa con un'attitudine tale da inscrivere coerentemente in una visione unitaria di teoria e storia. In altre parole, di aver sì svolto una ricerca scientifica, "ma di una scienza sollevata alla filosofia e identificata con essa"⁵, che cioè si è esplicita libera da ogni *veste intellettualistica* e in antitesi ad ogni infeconda cristallizzazione in un concetto definitorio. Ricerca che ha determinato il necessario confronto con l'esperienza concreta, per ritrovare "la vera filosofia nella politica, nella pedagogia, nel diritto, nell'economia"⁶. In altri termini, egli individua e analizza i criteri informativi dei vari sistemi penali con un'interpretazione speculativa tale da elevarne gli elementi particolari su un piano universale⁷. Spirito, anche nella sua fase problematicistica - contraddistinta comunque da un coerente svolgimento delle implicazioni teoretiche dell'attualismo e dal tentativo di una sintesi tra positivismo e idealismo - non muta la propria visione del diritto e continua a considerare lo studio dei sistemi penali come una indagine da svolgere non soltanto su di un piano particolare (ossia circoscritto all'ambito di una specifica teoria), ma ampliato alla globalità della vita, intesa come totale problema di tutto il reale⁸. Si può quindi affermare che l'Autore affronta a partire da un'ottica filosofica la problematica della scienza penale. La sua stessa posizione speculativa, però, lo spinge ad analizzare i problemi giuridici concreti, al pari di altri i neo-idealisti italiani⁹. Tanto che egli si è ampiamente occupato, come di un problema fondamentale del diritto penale, e per così dire in dettaglio, del dissidio tra scuola classica e scuola positiva, oggi giorno codificato in non pochi Paesi, mediante la previsione di sistemi sanzionatori penali dualistici.

Secondo il Delitala, nell'opera *Storia del diritto penale italiano* di Spirito - che costituisce "certamente uno dei contributi più notevoli alla risoluzione dei problemi filosofici del nostro diritto" - le due scuole sono condannate per "una stessa ragione: il naturalismo di cui sono intinte, poiché, mentre la scuola giuridica ipostatizza il delitto e lo considera nella sua astratta obiettività, la scuola positiva obiettivizza il soggetto stesso e riduce delitto e delinquente a puri fatti naturali". In entrambe tuttavia - precisa tale autore - "si contiene qualche elemento di vero, e così, mentre la scuola giuridica determina il problema nel suo significato giuridico, la scuola positiva pone l'esigenza di ricondurre il diritto alla realtà concreta della vita sociale". Per superare i limiti di queste scuole ed esaudirne le istanze occorre quindi "una più esatta rielaborazione del concetto di diritto penale". Rielaborazione che "sarebbe finalmente fornita dall'idealismo nella sintesi dialettica di libertà e necessità"¹⁰. Il Delitala non si pronuncia però sull'attendibilità delle conclusioni raggiunte dal Nostro (ossia: l'essenza etica del diritto, la conseguente elevazione del concetto di imputabilità a quello di responsabilità morale, la riduzione del concetto di "responsabilità giuridica" a quello di "responsabilità universale", la finalità essenzialmente educativa e redentiva della

pena), osservando che “la risposta spetta propriamente ai filosofi”¹¹. A suo giudizio, “il problema della natura del diritto, sia che lo si riduca, con il Gentile, all’attività etica, o con il Croce, a quella economica, sia che, invece, lo si ritenga costituire, con il tradizionale pensiero scolastico, una categoria autonoma, da quelle distinta, è essenzialmente un problema filosofico”. Problema che, nondimeno, deve interessare anche i giuristi, “a patto però di tenerlo ben distinto” - come ha compreso la moderna scuola giuridica ed in particolare Arturo Rocco - dalle specifiche ricerche giuridiche, “necessariamente tecniche ed astratte”. In particolare, per il Delitala - che lamenta, nel ‘26, il silenzio di Spirito sul tecnicismo giuridico, non intuendo le posizioni da questi assunte nei confronti di esso e dimostrando così una scarsa conoscenza del suo pensiero - alla base della moderna scuola giuridica “non sta... il più indifferente agnosticismismo, ma sta invece la più chiara coscienza della natura filosofica del problema e dei rapporti che devono intercorrere fra scienza e filosofia”¹². Ma, per poter valutare adeguatamente le posizioni giuridiche di Spirito occorre tener conto del fatto che egli si oppone al tecnicismo giuridico mosso da divergenze fondamentali. Un primo palese motivo si riscontra nella considerazione che - a suo parere - il diritto non consiste in una categoria astratta, avulsa dal contesto della vita e relegata in una sfera di concetti generali. Al contrario, esso è strettamente connesso alla realtà storica sotto il duplice profilo genetico e operativo, rappresentando di per sé la realtà etica di un popolo e la sua coscienza storica. Qui basta solo ricordare - onde evitare di dilungarci ulteriormente - la completa disapprovazione dell’Autore riguardo alle posizioni assunte dalla scuola in questione.

I punti deboli della teoria generale del reato, individuati con acume dal Filosofo, sono oggi oggetto di disamina a livello internazionale, da parte di autorevoli scuole penali. Osserva al riguardo il Roxin, un maestro di indiscussa fama internazionale nel campo del diritto penale contemporaneo: “Separare nettamente la costruzione dommatica dalle giuste scelte di politica criminale non è assolutamente possibile. Anche la consueta contrapposizione tra il lavoro dommatico-penalistico e quello criminologico perde il suo significato: infatti trasformare acquisizioni criminologiche in istanze di politica criminale ed istanze di politica criminale in regole giuridiche *de lege lata o ferenda*, rappresenta un procedimento i cui singoli stadi sono tanto necessari quanto importanti per la realizzazione del socialmente giusto. Una tale penetrazione della politica criminale nelle categorie giuridiche della scienza penalistica non comporta neppure la rinuncia o la relativizzazione del pensiero sistematico, i cui contributi alla chiarezza ed alla certezza del diritto sono irrinunciabili; al contrario, un sistema teleologico del genere proposto è in grado di evidenziare le interrelazioni di un settore del diritto, rilevabili soltanto in un ambito normativo, meglio di quanto possa fare un sistema che viene costruito deduttivamente, procedendo da astrazioni o assiomi. Infine, malgrado il fondamento normativo, il rapporto con la realtà di una tale dommatica è essenzialmente più stretto di quello esistente nel quadro di una sistematizzazione piramidale dei concetti. Infatti, mentre le astrazioni, risalendo la piramide di gradino in

gradino, si allontanano sempre più dalla realtà, l'attuazione delle direttive di politica criminale di volta in volta prevalenti obbligano ad un riesame di tutta la materia oggetto di disciplina; solo la complessità della realtà della vita con tutte le sue varianti rende possibile quella concretizzazione dei criteri, che permette di dare al caso singolo una giusta risoluzione - cioè adeguata alla peculiarità del caso¹³.

Le citate riflessioni avvalorano l'assunto - pienamente accolto dal Nostro - che gli stessi criteri fondamentali dell'ordinamento penale si ricavano, non soltanto dal complesso delle disposizioni di diritto positivo, ma anche dall'insieme degli elementi sociali, etici, storici, da cui le norme giuridiche hanno origine¹⁴. Sviluppando coerentemente questa tesi, risulta inconcepibile la conformità delle decisioni giudiziarie a principi ipostatizzati. Appaiono, invece, necessarie la formulazione delle singole fattispecie penali in un'ottica di preminenza del loro valore effettivo, e l'applicazione di esse nel modo più idoneo al caso concreto. Come è facilmente comprensibile, Spirito, basandosi sulle aspirazioni della coscienza etico-giuridica nel criticare il sistema penale italiano, non può ovviamente condividere una teoria generale del reato.

Il dualismo nei sistemi sanzionatori penali di quasi tutti i Paesi del mondo costituisce indubbiamente un tema fondamentale delle opere penalistiche dell'Autore, per il quale, il relativo superamento può avvenire solo se i legislatori acquistano consapevolezza dei risultati delle scienze umane. Confermano l'attualità di questa opinione recenti orientamenti di politica criminale e del pensiero giuridico, i quali - soprattutto per impulso della nuova scuola di difesa sociale - senza respingere la distinzione fra i diversi fattori della criminalità, mirano all'unificazione (sia pur limitatamente ai soggetti capaci e semincapaci) della pena e della misura di sicurezza in una sanzione di tipo unitario. Sanzione che, non soltanto teoricamente, ma soprattutto nell'esecuzione concreta risponda ad esigenze di repressione e di prevenzione speciale, in una prospettiva di progressivo recupero del reo, ove ciò sia possibile. Come sostiene il Nuvolone, detti orientamenti contemperano "i diritti della società e i diritti dell'individuo, in una visione realistica della personalità criminale, che, pur nelle sue varie componenti, presenta pur sempre, in ciascun soggetto, una sostanziale unità"¹⁵. In conclusione, l'assurdità del c.d. sistema a doppio binario è stata dimostrata a livello internazionale dalla migliore dottrina, che ha posto in luce i peculiari aspetti di tale sistema, quali la divisione "a compartimenti stagni" della personalità umana e la conseguente "contrapposizione e addizione aritmetica tra pene e misure di sicurezza". Tuttavia, contrariamente all'indirizzo idealistico, l'incongruenza delle misure di sicurezza si è in genere evidenziata solo per quanto concerne i minori, i semimputabili e gli imputabili pericolosi¹⁶.

Nell'ambito della legislazione penale italiana, le richiamate istanze non hanno tuttora determinato alcuna modifica sostanziale. Semmai, le nuove leggi emanate in materia sanzionatoria si sono rivelate antisistematiche, dando inevitabilmente luogo anche a problemi di costituzionalità¹⁷. Va precisato che, secondo il Nostro, il codice Rocco appare "intrinsecamente viziato da un errore di carattere fondamentale", per cui

“un’opera di continua revisione” sortisce risultati scarsi, se non addirittura negativi. Occorre, invece, “compilare un *altro* codice” al fine di “abbandonare il dualismo di pene e misure di sicurezza che avvolge in un assurdo mostruoso tutto il sistema”. Si deve procedere, non a “correzione”, ma a “distruzione e nuova costruzione”. A suo giudizio, anche la Costituzione italiana dimostra un carattere reazionario e “costringe il legislatore a confermare un codice antiggiuridico e antiscientifico”¹⁸. La concezione che il Filosofo ha dello Stato appare compenetrata da istanze umanistiche. Egli, difatti, erge i principi del nuovo umanesimo anche a criteri di valutazione degli spazi di disvalore sociale. Questa peculiare posizione, unitamente alla fiducia riposta nella giustizia statale, è alla base della visione spiritiana della legalità, che ha carattere sostanziale.

Da vari autori è stato sottolineato come la concezione sostanziale di legalità previene fratture tra criminalità legale e criminalità reale proprio perché si fonda su una nozione materiale di reato ricavabile da fonti extralegali. Si ricorda, a titolo esemplificativo, che sulla falsariga di questa concezione la dottrina tedesca - da sempre incline alle fonti materiali¹⁹ - elaborava, negli anni '50, la teoria sostanzialistico-funzionale dell'obbligo di impedire l'evento, allo scopo di mitigare le posizioni della dottrina e della giurisprudenza nazionalsocialiste²⁰. Queste ultime, infatti, ritenevano punibile, nel silenzio della legge, il reato omissivo improprio e precisavano - superando in tal modo la distinzione tra obbligo giuridico e obbligo morale - che a tal fine fosse sufficiente la violazione di obblighi derivanti da situazioni fattuali di garanzia (“stretto rapporto di vita”, “comunità in pericolo”) o dallo stesso “ordine etico del popolo”²¹. La dottrina italiana ha rielaborato la citata concezione sostanzialistico-funzionale, ricercando però i legami - indispensabili per il nostro ordinamento - con il principio di legalità, di riserva di legge e di tassatività. Si può affermare che Spirito, per la propensione manifestata riguardo alle fonti sostanziali del diritto, sia in certo qual modo più vicino alla tradizione giuridica tedesca che non a quella italiana. Come osserva giustamente il Maggiore, su una nozione sostanziale di reato avrebbe dovuto fondarsi anche il diritto penale fascista per il fatto stesso di essere un diritto penale realmente totalitario²². Alla conquista civile del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* non può, invece, rinunciare un diritto penale della libertà. Questo principio ha, infatti, la insostituibile “funzione di garanzia del cittadino”, che è *massima* negli Stati pluralisti dalle leggi giuste²³.

Il Nostro, in effetti, non si occupa specificamente del principio di legalità, pur opponendosi in linea generale alle ideologie e ai principi illuministici. La sua posizione nei riguardi della legalità formale si deduce dal modo in cui contesta aspetti del sistema riconducibili ad essa. Basti pensare alle critiche che egli muove al principio di commisurazione della pena al reato e non al reo. Principio in base al quale la durata della detenzione è solo in funzione del reato, mentre - a suo parere - dovrebbe esser segnata “esclusivamente” dall'effettiva rieducazione dell'autore del crimine. Questo particolare atteggiamento in ordine alla durata delle pene denota oltretutto che il

Filosofo - proprio perché, concepisce il diritto come realtà etica - non attribuisce alcuna importanza alle garanzie giuridiche individuali. Egli d'altronde, nel propugnare la teoria dello Stato etico, non si pone minimamente il problema di valutare i limiti alla coesistenza di un diritto fondato sull'etica con la tutela di sfere di libertà individuale. Non avverte, infatti l'esigenza fondamentale che è alla base della legalità formale, ossia la salvaguardia della libertà del singolo individuo (*favor libertatis*). La stessa ostilità dell'Autore nei confronti della teoria generale del reato (il cui oggetto consiste appunto nell'analisi e sistemazione degli elementi costitutivi delle fattispecie legali) denota avversione agli aspetti formali della legalità. Pertanto, il quesito se il reato sia il fatto previsto dalla legge come tale o il fatto antisociale - perenne dilemma del diritto penale, costantemente oscillante tra l'esigenza di certezza e quella di giustizia - va comunque risolto, secondo Spirito, in una prospettiva di giustizia, essendo quest'ultima valore preminente per una civile vita sociale.

Delle due critiche di fondo mosse negli anni al principio di legalità, ossia di costituire un ostacolo alla difesa sociale contro il crimine, legittimando fratture tra criminalità legale e criminalità reale, e di non offrire garanzie contro l'arbitrio dello Stato legislatore²⁴, soprattutto la prima si presenta di attualità. La situazione di dilagante criminalità venutasi a creare a livello mondiale e, conseguentemente, la necessità assoluta (avvertita in Italia specialmente di recente) di porle tempestivamente rimedio con un'azione sinergica dei vari organi statali, hanno, infatti, dato luogo a diffuse dispute sull'eccessivo garantismo (si parla di iper-garantismo) del nostro sistema penale²⁵. Similmente a quanto il Nostro suggerisce, la lotta alla delinquenza, in Italia, si avvia ormai ad acquistare toni politici, nella generale consapevolezza che la criminalità vada combattuta, non soltanto con nuove leggi o decreti (che potrebbero pure dar luogo a un ginepraio di atti normativi), ma soprattutto con riforme istituzionali e con l'indispensabile collaborazione di tutti gli organi dello Stato. Non si può certo contestare la validità dell'asserzione del Filosofo che *la delinquenza aumenta perché non può non aumentare*, in quanto alle trasformazioni sociali non sono seguiti gli adeguati mutamenti di condizioni ancorate al passato; lo stesso fenomeno della criminalità, che ha ormai acquistato una nuova fisionomia, ci costringe a porci, rispetto al passato, su un diverso piano teoretico e pratico²⁶.

È importante ribadire che l'Autore ha sempre contestato il carattere repressivo delle sanzioni penali, contrariamente a quanto oggi avviene negli ambienti giuridici e politici, in cui si parla con insistenza di misure di repressione della criminalità. Egli ha, infatti, più volte precisato - in particolare criticando il volume di Arturo Rocco, *L'oggetto del reato* - come reprimere la delinquenza non equivalga a debellarla, secondo la regola generale che alla repressione di un fenomeno non consegue mai la sua cessazione. Si tratta, quindi, di due concetti ben distinti.

Nonostante Spirito, per i motivi suesposti, contesti l'attuale sistema costituzionale italiano, definendolo reazionario, è inconfutabile che questo sistema sia orientato, in senso dinamico, a principi umanistici. Rimane, tuttavia, aperta la questione se la tute-

la costituzionale dei diritti fondamentali e delle regole solidaristiche si ispiri a criteri morali oppure a metodi contrattualistici di esclusivo carattere utilitaristico. Qualunque soluzione si dia al quesito, appare evidente che alla base delle garanzie costituzionali vi è pur sempre un patto sociale che concerne i cittadini e le istituzioni. Ed anche in virtù di questo patto, o meglio, per scongiurare la sua rottura (evento che può verificarsi col crescere della sfiducia nelle istituzioni statali) che si viene delineando l'orientamento contro il super garantismo. Si può certamente concludere che, per tutta una serie di motivi, il pensiero penale del Nostro non può essere relegato nell'ambito di una scuola ormai ritenuta superata e dimenticata. Al contrario, per i suoi evidenti aspetti costruttivi - riguardando temi di notevole interesse, analizzati con una rara lungimiranza - deve essere oggetto di studio per i cultori della scienza penale.

Tommasina MAZZONE

1. Cfr., a titolo esemplificativo, i due voll., con appendice biografica, di "Atti del Convegno Internazionale" su *Il pensiero di Ugo Spirito*, Istituto della Enciclopedia Treccani, Roma 1988-89.

2. Cfr. G. VASSALLI, *Un maestro per la storia del diritto penale italiano*, in "Il Tempo", 30 aprile 1979, p. 3.

3. Cfr. per tutti A. ATTISANI, *Introduzione* a B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, ed. R. Ricciardi, Napoli, 1926, p. XV. L'A. osserva: "In verità, se si riflette, il moralismo tende ad abbassare la moralità, che è voce interiore e assolutamente autonoma (nel senso kantiano), alla materialità del diritto, alla sua così detta exteriorità. E poiché l'esteriorità (l'ubbidienza alla legge per non incorrere nella sanzione) è principalmente utilità, il moralismo giuridico riduce la moralità ad utilità, precipitando nelle ampie braccia dell'utilitarismo, dal quale voleva difendere perfino l'attività giuridical... Soltanto col rifare... l'inventario delle forme dello spirito umano e, perciò, col porsi sopra un terreno squisitamente speculativo può venire risolto il problema secolare della filosofia del diritto. La memoria del Croce è il primo libro che tenti una soluzione veramente filosofica del problema del diritto. Prima non si usciva decisamente dal terreno dell'empirismo o di una deontologia politica: perfino pensatori come un Kant, un Fichte, un Hegel, allorché filosofarono sul diritto, non ebbero ritengo di far larga accoglienza a quegli intrusi".

4. Cfr. B. CROCE, *Conversazioni critiche*, I, ed. Laterza, Bari, 1918, p. 244.

5. Cfr. U. SPIRITO, *Come ho fatto storia della filosofia*, in *Dall'attualismo al problematismo*, ed. Sansoni, Firenze, 1976, p. 166.

6. U. SPIRITO, *Scienza e filosofia*, ed. Sansoni, Firenze, 1950, pp. 39-43.

7. Cfr. U. SPIRITO, *Come ho fatto storia della filosofia*, cit., p. 165.

8. Contro tale concezione si sono schierati vari autori. Tra questi si citano M. A. CATTANEO, *La filosofia del diritto penale di Ugo Spirito*, in *Il pensiero di Ugo Spirito*, Istituto della Enciclopedia italiana, Città di Castello, 1990, p. 320. L'A., dopo aver constatato che, per Spirito, la obbligatorietà del diritto positivo è fondata storicamente sulla moralità del processo storico spirituale, dichiara: "Vi è così sostanziale identificazione fra morale e diritto positivo, obbligatorio perché sostanzialmente posto, e vengono in ombra le migliori conquiste dell'illuminismo giuridico". B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, cit., pp. 77-94. L'A., ritenendo che il concetto di attività giuridica e quello di attività economica altro non siano che un solo concetto, afferma: "Il mero Diritto è nient'altro che la Forza". A. ATTISANI, *op. cit.*, p. XV. L'A. osserva come "la riduzione dell'attività giuridica a quella economica, nell'atto stesso che la distingue dalla moralità, salva di quest'ultima l'autonomia spirituale e, perciò stesso, l'assoluto dominio nella vita".

9. Si citano per tutti F. COSTA, *Delitto e Pena nella storia della filosofia*, ed. Facchi, Milano, 1924; G. MAGGIORE, *L'unità delle scuole di diritto penale*, ed. O. Fiorenza, Palermo, 1918; ID., *Correnti filosofiche e riforme penali*, in *Scritti giuridici in memoria di E. Massari...*, Napoli, 1938.

10. Cfr. G. DELITALA, *Per la storia del diritto penale italiano*, in "Rivista di filosofia neoscolastica", fasc. IV, luglio - agosto 1926. L'A., dopo aver osservato come la scuola critica, nel tentativo di rielaborazione del concetto di diritto penale, assommi in un "ibrido eclettismo" i difetti delle due scuole del passato, dichiara che libertà e necessità - la cui sintesi dialettica è dal Croce asserita ma non ugualmente dimostrata - si dialettizzano effettivamente nel pensiero di Giovanni Gentile. "Secondo i principi di questa filosofia, il processo volitivo, come ogni altro processo spirituale, importa una duplicità di momenti o di aspetti o di termini opposti perpetuamente risolvendosi: fatto e fare, astratto e concreto, voluto e volere. Poiché, nell'incessante processo della vita dello spirito, il voluto si stacca dal volere, si trasforma nel già voluto, e pur senza sottrarsi alla dialettica del volere, appare come limite della libertà, come momento positivo astratto del volere. Rientra per altro nella dialettica dell'atto spirituale, che costituisce nel suo svolgimento la negazione o risoluzione così del non essere - male -, come dell'essere della volontà - diritto. Di qui l'apparente dualismo fra diritto e morale risultante dal fatto che il diritto rappresenta proprio il momento astratto del processo etico concreto, e nel processo si risolve acquistando a sua volta la propria concretezza".

11. *Ibidem*. L'A., citando il Maggiore, sottolinea come, nel pensiero idealistico, la pena assume la valenza di diritto più che di dovere, in quanto consiste in sanzione inflitta dall'io a sé stesso per redimersi, quindi in strumento di autoeducazione.

12. *Ibidem*.

13. Cfr. C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, a cura di S. Moccia, editori Guida, Napoli, 1986, p. 68 s.

14. In tal senso riguardo ai criteri giuridici fondamentali del sistema penale italiano F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, IX ediz. riveduta e aggiornata da L. Conti, ed. Giuffrè, Milano, 1982, p. 63. Si ricorda che Spirito è contrario ai concetti generali e soprattutto alla loro cristallizzazione.

15. Sull'argomento P. NUVOLONE, voce *Misure di sicurezza*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVI, ed. Giuffrè, Varese, 1976, p. 662. L'A., nel menzionare (in nota 32) che alcuni codici penali hanno adottato il criterio della sanzione unitaria, ossia della pena in correlazione con la responsabilità e pericolosità, cita in particolare il codice brasiliano.

16. Sull'argomento P. NUVOLONE, *op. cit.*, p. 662; ID., *Dell'unificazione delle pene e delle misure di sicurezza*, in "Rivista Penale", 1954, I, pp. 125 ss.; G. BETTIOL, *Aspetti etico-politici delle misure di sicurezza*, in *Stato di diritto e misure di sicurezza* (Atti del I Convegno di diritto penale organizzato da G. Bettiol, Bressanone, 1961), Padova, 1962, p. 7; I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, ed. Giuffrè, Milano, 1970.

17. Si pensi, ad es., alle singolari modifiche apportate al sistema penale italiano dalla L. 689/81, che prevede, al Capo III, sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, e a tutti i problemi teorici e pratici derivati dal fatto che una pena detentiva possa essere sostituita con misure di sicurezza. Non vi è dubbio, comunque, che la normativa in questione denoti tendenze riformistiche, mirando ad eliminare il distacco tra i due tipi di sanzione.

18. Cfr. U. SPIRITO, *Codice anti-giuridico e antiscientifico. Il diritto penale italiano*, ne "Il Giornale d'Italia", 5 - 6 aprile 1974. L'A. puntualizza che Gonella, nel '73, in qualità di ministro di grazia e giustizia dichiarava idoneo a sopravvivere "il dualismo della pena e della misura di sicurezza, della pena principale e della pena accessoria". Secondo tale ministro, bisognava conservare la distinzione tra pene e misure di sicurezza, "non tanto e non solo" perché a ciò inducevano "la dottrina e l'esperienza consolidate", quanto per il fatto che le misure di sicurezza fossero esplicitamente previste dall'art. 25 della Carta costituzionale.

19. In effetti, nello stesso sistema tedesco, anche gli elementi circostanziali del reato hanno un rilievo sostanziale più che formale. Come è noto, la dottrina italiana - specialmente prima del mutamento di disciplina in materia di circostanze - si è posta il problema di conciliare "la migliore valutazione del fatto" e "la giustizia del caso concreto" con "la legalità". Sull'argomento F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, II ediz., Cedam, Padova, 1988, p. 378 s.

20. Cfr. per tutti GRUENWALD, *Zur gesetzlichen Regelung der. un. Unterlas.*, in "ZStW", 1958, p. 412.

21. Sull'argomento F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 188.

22. Cfr. G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in "Rivista it.", 1939, p. 140.

23. In tal senso F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 49. L'A. osserva che il principio del *nullum crimen nulla poena sine lege* "ha una funzione insostituibile di garanzia del cittadino: *massima* negli Stati pluralisti dalle 'leggi giuste', *minima* in qualunque tipo di Stato, poiché qualunque sfera di libertà, ampia o ristretta che sia diventa di difficile esercizio quando la legge non ne determina con chiarezza i confini". Pertanto, detto principio, nella visione unitaria della Carta costituzionale, "è inscindibilmente connesso alla concezione del diritto penale come strumento di difesa dei valori e di propulsione per la realizzazione delle finalità da essi espressi".

24. *Ibidem*, p. 46.

25. Come è noto, nel nostro Paese, a causa della gravità dei recenti fatti criminosi, ha avuto avvio una politica di misure di emergenza - secondo alcuni autori, inevitabilmente anticostituzionale - mirante a tutelare la sicurezza dei cittadini e le garanzie della comunità anche a scapito del garantismo. In particolare, in ordine al fenomeno mafioso, sul presupposto che un super-garantismo non ne consenta la lotta, si discute sull'efficacia repressiva di nuove leggi anticiclaggio e sui pentiti, nonché delle nuove strutture, quali, ad es., la super procura, la direzione investigativa antimafia, gruppi operativi a livello

europeo. Non mancano, tuttavia, nuove istanze garantiste; un esempio è in materia di custodia cautelare, ove si è evidenziato come debba escludersi l'utilizzazione delle cautele allo scopo di estorcere confessioni.

26. Cfr. U. SPIRITO, *La violenza e la criminalità*, in *Lo sviluppo della società italiana nei prossimi anni*, Tip. Dott. G. Bardi, Roma, 1978, p. 99.