

Gian Paolo Trifone

## L'elemento politico nell'interpretazione della legge penale secondo la dottrina del periodo fascista\*

SOMMARIO: 1. Tecnicismo e sistema "apolitico". – 2. Norme giuridiche, ragioni politiche. – 3. Indagine storico-filosofica: per una dogmatica da aggiornare. – 4. Più politica e meno dogmatica. – 5. L'interpretazione come elaborazione logico-sistematica. – 6. Diritto "dinamico", indagine realistica.

ABSTRACT. The essay focuses on the particular value that the doctrine of the fascist period has attributed to the political content of the penal norms, sometimes remaining in the rails of the technical-juridical method, other times in open disagreement with it. During the regime, authoritarian tendencies were right to assert themselves to the point that the value of the technical system had become "means" for the political purpose. It is also pointed out that the legal culture of the fascist period was not completely approved to authoritarianism, although, apart from very rare exceptions, criticism open to fascism had not come and could not come from those who were committed to building an adequate legal system to the political course. In other respects, keeping the debate on the formalistic profile had served to remove criminal law from investigations and discussions unfavourable to the regime, grafting critical points that would have been difficult to resolve later on.

KEY WORDS: Law, Politics, Fascism

### 1. Tecnicismo e sistema "apolitico"

Nel 1929 Enrico Romano-Di Falco scrive sulla "Rivista di diritto penale":

ha un particolare valore, ai fini dell'interpretazione delle norme giuridiche e della costruzione giuridica dei principii attinenti a un istituto giuridico o a un determinato sistema legislativo, la conoscenza degli elementi politici ed etico-sociali che, nel momento della formazione della legge, furono tenuti presenti e che ne costituiscono il contenuto politico ed etico-sociale<sup>1</sup>.

Sono passati diciannove anni dalla famosa prolusione sassarese di Arturo Rocco inaugurante il metodo tecnico giuridico nella produzione del diritto penale<sup>2</sup>, conseguenza anche di un senso di scetticismo per le vecchie posizioni

---

\* Il presente elaborato costituisce l'approfondimento della relazione tenuta al Convegno di Studi *Il ruolo dell'interpretazione nel diritto penale. Prospettive antiche, moderne e contemporanee*, Salerno 16-17 novembre 2017.

<sup>1</sup> E. Romano-Di Falco, *L'elemento politico nell'interpretazione delle leggi penali*, in "Rivista di diritto penale", II (1929), p. 681. Sul tema, cfr. G. Neppi Modona-M. Pelissero, *La politica criminale durante il fascismo*, in L. Violante (cur.), *Annali*, 12, *La criminalità*, Torino 1997, pp. 831-835.

<sup>2</sup> Cfr. Ar. Rocco, *Il problema ed il metodo della scienza del diritto penale*, in "Rivista di diritto e procedura penale", I (1910), pp. 497 ss.

teoriche delle scuole classica e positiva<sup>3</sup>. Basti solo un breve accenno al metodo in questione<sup>4</sup>, che, nelle intenzioni del giurista, sarebbe stato utile al risanamento della disciplina attraverso “la costruzione dogmatica degli istituti penali in base ai principii del diritto positivo vigente”, rifondandone l’identità in autonomia dalle scienze sociali e dalla pur riconosciuta “opportunità politica” alla base del diritto costituito. Funzione del diritto penale è, con le parole dell’illustre penalista, lo

studio della disciplina giuridica di quel fatto umano e sociale che si chiama delitto, e di quel fatto sociale e politico che si chiama pena, cioè lo studio delle norme giuridiche che vietano le azioni umane imputabili, ingiuste e dannose indirettamente produttive e rivelatrici di un pericolo per l’esistenza della società giuridicamente organizzata<sup>5</sup>.

L’elemento politico deve farsi da parte affinché la scienza giuridica penale risulti un sistema formale di principi di diritto: pura tecnica giuridica. Tale programma è in linea con l’operazione “di fondazione” condotta da Vittorio Emanuele Orlando a partire dal 1889<sup>6</sup>, consistente nel liberare il diritto pubblico dalle “incrostazioni” di filosofia, economia, politica, onde restituire un complesso di principi giuridici sistematicamente coordinati, sul modello del diritto privato<sup>7</sup>.

Tuttavia, come è stato osservato, “il diritto si pensa neutrale e si vuole apolitico [...] disinteressandosi (in teoria: non sempre nei fatti) del valore dei

---

<sup>3</sup> Cfr. U. Spirito, *La concezione tecnico-giuridica del diritto penale*, in *Nuovi studi di diritto, economia e politica diretti da Ugo Spirito e Arnaldo Volpicelli*, vol. II, Roma 1929, p. 26. A ricercare una continuità tra scuola giuridica e scuola classica è invece Silvio Ranieri, che pure critica l’indirizzo positivo, cfr. *Sullo stato della scienza del diritto penale in Italia nei primi venticinque anni del secolo XX*, in “Rivista penale”, CIV (1926), pp. 126 ss.

<sup>4</sup> Come esposto da Mario Sbriccoli, “tale adozione trasferisce nel campo penalistico i metodi d’analisi, i principi regolatori, i sistemi classificatori, le categorie esegetiche, la sintassi e la logica proprie del diritto privato, che Rocco regola programmaticamente con una scansione quasi pedante della sequenza delle operazioni che essa comporta: prima l’esegesi dei testi legislativi, corredata delle metodologie ermeneutiche tipiche (e consentite) nel campo del diritto penale. Poi la ricerca dogmaticamente descrittiva ed espositiva dei principi fondamentali del diritto positivo nella loro logica e sistematica coordinazione: un inventario dei concetti giuridici penali fondamentali, in buona sostanza, sistematicamente ordinati. Da ultimo la critica: fondata su logiche deduzioni, essa mette in evidenza disparità, antinomie e disarmonie esistenti tra gli istituti del diritto vigente, e può proporre di modificarne la disciplina o di abolirne l’esistenza giuridica” (*Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*), in *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano 2009, p. 642). Cfr. anche Id., *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in op. ult. cit., p. 1019.

<sup>5</sup> Ar. Rocco, *Il problema*, cit., p. 518.

<sup>6</sup> V.E. Orlando, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in Id., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano 1954. Sul punto, G. Cianferotti, *La crisi dello Stato liberale nella giuspubblicistica italiana del primo Novecento*, in A. Mazzacane (cur.), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli 1986, p. 159; M. Fioravanti, *Le dottrine dello Stato e della costituzione*, in R. Romanelli, *Storia dello Stato italiano dall’unità a oggi*, Roma 2001, pp. 424 ss.

<sup>7</sup> Cfr. A. Del Giudice, *Obietto, limiti e metodo in diritto penale*, in “Rivista penale”, CII (1926), p. 5; S. Ranieri, *Sullo stato della scienza*, cit., p. 135; F. Antolisei, *Per un indirizzo realistico nella scienza del diritto penale*, in “Rivista italiana di diritto penale”, I (1937), pp. 130 ss.

suoi contenuti”<sup>8</sup> sulla base del dogma della potestà punitiva dello Stato, persona giuridica superiore al complesso delle persone fisiche che esso comprende. Il successo del metodo di Rocco è dovuto quindi alla sua capacità di compiere agevolmente il passaggio dal liberalismo - conservatore e autoritario - al fascismo sul presupposto della centralità dello Stato, “senza neppure diventare fascista, ma semplicemente rimanendo fedele a sé medesimo”<sup>9</sup>.

Per tali ragioni, non appare incoerente dichiarare che

la interpretazione stessa del diritto positivo, anche ristretta nell’ambito delle immediate necessità storiche e pratiche dell’applicazione della legge, esige la conoscenza dei criteri che ispirano nella sua azione di governo la volontà suprema che il destino ha posto a timone dello Stato<sup>10</sup>.

In certi casi<sup>11</sup> la predilezione per il metodo tecnico-scientifico viene affermata senza celare lo scopo politico, anzi elevandolo a sua premessa indispensabile.

Apparentemente senza le stesse finalità<sup>12</sup>, l’operazione dogmatica avrebbe ricevuto, in pieno regime fascista, anche il contributo di un civilista, abile esploratore anche della scienza del diritto penale: Francesco Carnelutti, nel tentativo di riportare nel raggio dell’osservazione di una teoria generale del diritto i dati del diritto penale, identifica “concetti validi per tutte le discipline giuridiche”<sup>13</sup>. Progetto audace, fino al punto di “sostituire i concetti penalistici

<sup>8</sup> M. Sbriccoli, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell’Italia unita*, in Id., *Storia*, cit., p. 642. Sul tema, anche F. Colao, *Cultura e ideologie penalistiche fra Ottocento e Novecento*, in A. Mazzacane (cur.), *I giuristi*, cit., pp. 107-123; G. Quazza (cur.), *Fascismo e società italiana*, Torino 1973; P. Costa, *Lo “Stato totalitario”: un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, I (1999), pp. 61-174; *Diritto e giustizia penale nel periodo fascista*, in L. Lacchè-C. Latini-P. Marchetti-G. Meccarelli (curr.), *Penale Giustizia Potere. Metodi, Ricerche, Storiografie. Per ricordare Mario Sbriccoli*, Macerata 2007, pp. 341 ss.; G. Melis (cur.), *Lo Stato negli anni trenta. Istituzioni e regimi fascisti in Europa*, Bologna 2008; P.A. Cavaliere, *Il diritto penale politico in Italia dallo Stato liberale allo Stato totalitario. Storia delle ideologie penalistiche tra istituzioni e interpretazioni*, Roma 2008; E. Gentile, *La via italiana al totalitarismo. Partito e Stato nel regime fascista*, Roma 2008; S. Cassese, *Lo Stato fascista*, Bologna 2010; I. Stolzi, *Fascismo e cultura giuridica: persistenze ed evoluzioni della storiografia*, in “Rivista di storia del diritto italiano”, LXXXVII (2014), pp. 257-286; I. Birocchi, *Il giurista intellettuale e il regime*, pp. 9-62, in I. Birocchi-L. Loschiavo (cur.), *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma 2015; L. Garlati, *Arturo Rocco inconsapevole antesignano del fascismo nell’Italia liberale*, in op. ult. cit., pp. 191-215.

<sup>9</sup> L. Ferrajoli, *Scienze giuridiche*, in C. Stajano, (cur.), *La cultura italiana del Novecento*, Roma-Bari 1996, p. 575.

<sup>10</sup> F. Grisogni, *La funzione della pena nel pensiero di Benito Mussolini*, in “Rivista penale” (1942), p. 652.

<sup>11</sup> “Come sostenitore del moderno indirizzo nelle scienze criminalistiche, avevo cercato di disancorare il medesimo dalla filosofia del materialismo e del positivismo, convinto della necessità di dare al problema un carattere tecnico, che possa essere accolto dai seguaci di qualsiasi sistema filosofico e religioso” (ivi, p. 655).

<sup>12</sup> Invero, le sue teorie erano intese a legittimare le scelte politiche del regime, tra cui quella in favore della pena di morte. Sul punto, mi sia consentito rinviare a G.P. Trifone, *Una voce fuori dal coro. Paolo Rossi nel dibattito sulla pena di morte durante il fascismo*, in “Rivista di storia del diritto italiano”, XC (2017), pp. 324-327.

<sup>13</sup> A. Pagliaro, *Il contributo di Francesco Carnelutti alla scienza penalistica*, in *Giornata in memoria di Francesco*

da lui non condivisi con concetti elaborati *ex novo*<sup>14</sup>. In effetti, egli non nasconde una premessa che lo affranca da un dogmatismo di tipo asettico:

non v'è concetto giuridico, il quale non supponga uno o più concetti non giuridici alla sua base. Costruire quello con ogni cura senza curarsi della bontà di questi, sebbene sia purtroppo per i giuristi e forse per tutti gli scienziati un'abitudine, non cessa perciò di essere un controsenso<sup>15</sup>.

Ma in buona sostanza il metodo proposto consiste nel trattare “il reato con gli strumenti che i civilisti adoperano per lo studio del negozio”<sup>16</sup>. In primo luogo, perché i dubbi intorno al carattere scientifico del diritto, che “si fondavano su una pretesa differenza di natura tra leggi naturali e leggi giuridiche”<sup>17</sup>, sembrano superati. Conseguentemente, perché detta teoria

non intende di ricercare degli istituti la forma più semplice e primitiva, ma bensì di ricondurre tutta l'immensa materia del diritto (s'intende, soprattutto contemporaneo, e quindi nella pienezza del suo sviluppo) entro quadri sistematici capaci di comprendere in sé tutta quell'immensa materia in tutti i suoi vari campi<sup>18</sup>.

In linea, sembrerebbe, con il progetto gius-formalistico di Arturo Rocco, sebbene con qualche elemento di originalità rispetto alla tradizione non di meno che alla penalistica coeva<sup>19</sup>, nell'intento di riportare in campo penale nozioni di origine privatistica e di diritto processuale civile. Ad ogni modo, trattare il reato “con gli strumenti, che i civilisti adoperano per lo studio del negozio” è utile alla “unificazione del metodo per il trattamento giuridico del negozio e del reato” in funzione della comprensione dell’“atto giuridico” in senso generale<sup>20</sup>. Quanto alla materia in questione, “tutto il diritto penale è diritto processuale”, per cui “la

---

*Carnelutti a 130 anni dalla sua nascita*, Roma 2009, p. 12. Un elogio al lavoro di Carnelutti arriva da Arturo Santoro: “da questo carattere umano del diritto, il Carnelutti deriva la sua relatività, che viene superata dalla giustizia, che sta oltre il diritto, sopra il diritto. [...] Dommatica giuridica italiana, ma dommatica integrale, estensione cioè del metodo e degli strumenti dall'uno all'altro ramo del diritto; solidarietà armonica, e costante. Come è noto, il Carnelutti è un pioniere di questo metodo, che consiste nell'adoperare le categorie giuridiche conquistate in un ramo del diritto, come strumenti per ulteriori sistemazioni in altri rami” (A. Santoro, *Scienza giuridica e realtà*, in “Rivista italiana di diritto penale”, II (1936), pp. 529 s.). Critico, invece, Giacomo Delitala sulla posizione assegnata nel conflitto tra *Begriff* e *Interessensjurisprudenz* (Postilla a A. Santoro, *Scienza giuridica e realtà*, cit., p. 534).

<sup>14</sup> “Ciò che nel quadro della evoluzione delle categorie scientifiche corrisponde a una metodologia perfettamente corretta” (*ibidem*).

<sup>15</sup> F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma 1951, *Prefazione alla seconda edizione*, p. VII.

<sup>16</sup> F. Carnelutti, *Teoria generale del reato*, Padova 1933, p. VI.

<sup>17</sup> F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, cit., p. XI.

<sup>18</sup> V.E. Orlando, “Rivista internazionale di filosofia del diritto” (1942), p. 304, cit. in F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, cit., p. XIII. Sul punto, D. Quaglioni, *Il ‘peccato politico’ di Vittorio Emanuele Orlando*, in I. Birocchi-L. Loschiavo (curr.), *I giuristi*, cit., pp. 373-388.

<sup>19</sup> Basti l'affermazione: “io chiamo l'azione del reato offesa, e danno il suo evento. Azione ed evento sono, pertanto, il *genus*, offesa e danno, la *species* (F. Carnelutti, *Teoria generale del reato*, cit., p. 231).

<sup>20</sup> *Ivi*, p. VII.

soluzione del problema del processo è la chiave della soluzione del problema della legge penale<sup>21</sup>. La dogmatica, dunque, è impareggiabile proprio ai fini dell'“esercizio pratico” del diritto:

sono soprattutto (e oserei dire, soltanto) i principi, che permettono al pratico quei precisi e rapidi orientamenti, senza i quali la applicazione delle norme giuridiche procede a stento e spesso a caso<sup>22</sup>.

Ciò precisato, la teoria giuridica non esclude altre teorie del reato – antropologica, fisiologica, psicologica, sociologica – le quali giovino ad integrarne i risultati: si tratta pur sempre di definire il “lato giuridico della attività sociale rivolta contro il reato”. Occorre invece evitare la confusione o, peggio, la “pretesa” di sostituire il punto di vista sociologico allo studio giuridico del fenomeno criminale. A tal proposito, si parla di “azione giuridica pura”:

in altre parole, quando si combatte il reato con la pena, lo combatte soltanto il diritto: se, invece, il diritto impone certi trattamenti fisici o psichici su chi si ritenga predisposto al reato, vi è una collaborazione nella lotta tra la attività puramente giuridica e un'altra attività, che può essere quella del custode, del medico, del maestro e via dicendo<sup>23</sup>.

La determinazione del reato, dunque, è operazione che ha un prospetto politico e un connotato tecnico:

dal lato politico, si tratta di prevedere, alla stregua dell'esperienza, quei fatti, i quali, per il danno che ne deriva alla società, debbono essere impediti con la minaccia della pena e perciò, se accadono, debbono essere puniti. Il lato tecnico del compito consiste nel formare la descrizione in modo che rappresenti con chiarezza ai *cives* il fatto, che debbono astenersi dal compiere<sup>24</sup>.

In senso più ampio, si ha riguardo a tutti i provvedimenti genericamente diretti alla eliminazione del reato; in senso più specifico, si fa riferimento alla previsione della sanzione, ossia della pena:

dal punto di vista sociologico un fatto è un reato perché è in contrasto col bene comune o, in altre parole, reca danno alla società. Dal punto di vista giuridico è un reato perché è colpito con la pena mediante processo<sup>25</sup>.

Secondo una specificazione del concetto di reato, esso non è più il “fatto dannoso” da evitare; bensì “quel fatto che la legge prevede come causa della punizione”<sup>26</sup>. Pertanto occorre “la sistemazione logica delle proposizioni,

<sup>21</sup> F. Carnelutti, *Lezioni di diritto penale*, pp. V, VII.

<sup>22</sup> F. Carnelutti, *Teoria generale del reato*, cit., p. VIII.

<sup>23</sup> Ivi, p. 4.

<sup>24</sup> Ivi, p. 7.

<sup>25</sup> Ivi, p. 20.

<sup>26</sup> Ivi, p. 8 e *passim*: “il reato si considera come un fatto giuridico; e la pena è la conseguenza in che

mediante le quali l'ordine giuridico attua la determinazione del reato"<sup>27</sup>.

## 2. Norme giuridiche, ragioni politiche

Il diritto, insomma, avrebbe per oggetto “le norme giuridiche, i principi costitutivi e fondamentali, la terminologia, la forma, le relazioni, la tecnica dell'interpretazione e dell'applicazione”<sup>28</sup>. Lontano da “insulse gherminelle verbali”<sup>29</sup>, per Vincenzo Manzini<sup>30</sup> la determinazione dogmatica si pone a parte rispetto a qualsiasi precognizione filosofica<sup>31</sup>. Non si vuol dire che l'idealità politica non abbia una importanza rilevante per la qualificazione del diritto; ma tra le “norme” politiche e le norme giuridiche in genere e penali in specie esiste un “divario”:

queste si applicano universalmente nello Stato, la loro esecuzione è garantita, non contengono prescrizioni ipotetiche ma prescrizioni certe; quelle consentono libertà di riconoscimento in base ad un apprezzamento di necessità o di convenienza relativa, non sono universali nel territorio dello stesso Stato, e non possono essere oggetto che di una opinione personale e di partito<sup>32</sup>.

La differenza è tra leggi e principi, per cui vale distinguere i precetti giuridici dalle regole morali in senso ampio, queste ultime non imperative, non imposte coattivamente, ma “finali” laddove la loro osservanza “si richiede soltanto per far sì che si possa conseguire, con efficacia giuridica, un determinato scopo”<sup>33</sup>.

---

consiste la sua giuridicità” (p. 14).

<sup>27</sup> Ivi, p. 8.

<sup>28</sup> V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Torino 1891, p. 4. In tema, P. Nuvolone, *Vincenzo Manzini e la scienza del Diritto penale*, in “L'indice penale”, XVII (1983), pp. 8 ss.; A. Berardi, *Vincenzo Manzini. Del metodo giuridico*, Napoli 2003; M.N. Miletta, *La scienza nel codice processuale penale nell'Italia fascista*, in L. Garlati (cur.), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, Milano 2010, pp. 57-107.

<sup>29</sup> V. Manzini, *Trattato*, cit., p. 12.

<sup>30</sup> Manzini avrebbe fondato assieme ad Arturo Rocco la *Società italiana per gli studi di diritto penale* nel 1920 e, con Rocco e Eduardo Massari, la *Rivista italiana di diritto penale*, nel 1929; sempre con Arturo Rocco, Manzini avrebbe fondato anche *Annali di diritto e procedura penale*, nel 1939 (cfr. F. Colao, *Le scuole penalistiche*, [http://www.treccani.it/enciclopedia/le-scuole-penalistiche\\_\(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/le-scuole-penalistiche_(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto)/), p. 9).

<sup>31</sup> “La scienza dell'ordinamento giuridico penale è suscettiva di una sintesi concettuale superiore, che costituisce il così detto principio idealistico del diritto, e, come tale, essa ha un valore non soltanto logico, ma altresì ontologico, potendosi considerare come principio di tutta la realtà. Ma lo studio dell'idea del diritto, in contrapposto alla legge (che i filosofi denominano “universale astratto”), è compito della filosofia del diritto, e non della scienza del diritto” (*ibidem*, p. 4). Su un Manzini filosofo-politico ironizza G.B. De Mauro, *Il problema del metodo e la concezione scientifica del diritto penale*, in “Rivista penale”, XLVI (1920), pp. 24-25; cfr. anche M. Sbriccoli, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra otto e novecento. Il problema dei reati politici dal Programma di Carrara al Trattato di Manzini*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, II (1973), pp. 663 ss.

<sup>32</sup> V. Manzini, *Trattato*, cit., p. 48.

<sup>33</sup> Ivi, p. 30.

Detto altrimenti, sul piano formale, la condotta - morale o immorale - è di per sé indifferente al diritto, che quella considera solo in modo strumentale. Tanto vale appunto per le norme politiche: non regole “perfette, pratiche, di immediata applicabilità concreta”, ma “principi che non possono concretamente applicarsi se non col mezzo di regole di diritto che li svolgano e li applichino per la disciplina giuridica di determinate materie”<sup>34</sup>.

La politica penale, secondo quanto rilevato, sarebbe essenzialmente

studio e valutazione di interessi sociali preesistenti meritevoli di protezione giuridica, indicando quelli che, per la loro natura e importanza, conviene tutelare con norme penali, e [...] scelta delle pene che si ritengono più adeguate e idonee alla repressione della delinquenza in generale e dei singoli reati<sup>35</sup>.

Ma, in questa prospettiva, essa considererebbe l'opportunità, l'adeguatezza, l'idoneità dei mezzi di attuazione del diritto penale; terrebbe conto degli orientamenti della giurisprudenza e della dottrina e registrerebbe le istanze provenienti dall'opinione pubblica; si occuperebbe di misure preventive della delinquenza: avrebbe, insomma, una funzione “vitalissima”, tuttavia distinta dalla scienza giuridica penale, per cui si deve far capo al concetto di “Stato ordinato giuridicamente”<sup>36</sup>.

Già Giovanni Battaglini aveva definito la politica criminale “la dottrina (arte) che addita i mezzi migliori onde lo Stato possa raggiungere, mediante la legislazione, lo scopo della diminuzione della delinquenza”<sup>37</sup>. Analogamente, secondo Filippo Grispiigni, funzione della pena è quella di salvaguardia della “Polis”: “la pena risponde appunto ed è commisurata al concetto della difesa sociale”<sup>38</sup>. Ma è Vincenzo Manzini a mettere ancor meglio in luce il motivo “statocentrico”, per cui

il complesso del diritto penale concorre a costituire l'ordine giuridico dello Stato, nel quale è compresa anche quella disciplina dell'ordine pubblico che entra a far parte del diritto stesso<sup>39</sup>.

Esso si presenta dunque “costitutivo dell'ordine giuridico” - in concorso con altri ordinamenti giuridici particolari: civile, costituzionale, amministrativo – proprio per la sua funzione di tutela dell'interesse sociale, la garanzia per l'individuo non essendo che “il riflesso della tutela dell'interesse pubblico”, nelle

---

<sup>34</sup> Ivi, p. 48.

<sup>35</sup> Ivi, p. 52.

<sup>36</sup> Ivi, p. 87.

<sup>37</sup> G. Battaglini, *Programma di una classificazione delle discipline criminali*, in “Rivista penale” (1915), p. 17.

<sup>38</sup> “La funzione della pena è quella della difesa, la quale si attua mediante l'intimidazione e l'emenda”. Nelle parole del Programma del partito fascista è, a dire del giurista, la “sintesi della più moderna concezione penale. [...] Lo Stato deve unicamente difendersi. Lo Stato non è la Chiesa, ed esso ha dei compiti diversi, che sono di natura terrena” (F. Grispiigni, *La funzione*, cit., p. 656).

<sup>39</sup> V. Manzini, *Trattato*, cit., p. 87.

condizioni che “la volontà dello Stato ha ritenuto indispensabili al mantenimento dell’ordine giuridico generale”. Lo Stato, insomma, è misura giuridica della società, garanzia della collettività e dei singoli suoi membri, le cui attività sono “riconosciute e protette dal diritto, contro i fatti lesivi o pericolosi che la legge considera come reati”<sup>40</sup>. È a tal fine che il codice del 1930, ripudiando le idee illuministe, ha accolto il principio per cui

la potestà punitiva dello Stato non è un derivato del preteso diritto naturale dell’individuo, ma un potere di conservazione e di difesa preventiva e repressiva propria dello Stato, nascente con lo Stato medesimo e avente lo scopo di assicurare e garantire le condizioni fondamentali e indispensabili della vita sociale<sup>41</sup>.

Si può dire che lo Stato compie una sorta di attività di “rassicurazione” in favore della collettività ogni qual volta si occupa del mantenimento o della reintegrazione dell’ordine attraverso la limitazione della libertà individuale, “per modo che il detto fine venga anteposto da tutti e da ciascuno ad ogni altro scopo”<sup>42</sup>.

Quanto a Romano-Di Falco, è possibile intravedere una contraddizione tra le sue teorie e quella tecnico-giuridica? Non proprio, in virtù di quella “neutralità non neutrale” che si è cercato di porre in evidenza a proposito del metodo dogmatico. In pieno regime fascista, le tendenze emergenziali e “necessitarie” del “nuovo ordine” hanno ragione di affermarsi sino al punto che il giurista può ben sostenere la valenza del sistema tecnico per lo scopo politico di modo che il primo diventa “mezzo” per il secondo, allorché

mediante il riferimento al contenuto e agli scopi politici ed etico-sociali di una norma giuridica o di un gruppo di norme giuridiche, l’interpretazione viene, nei casi dubbi, a essere agevolata<sup>43</sup>.

Si assiste invero al tentativo di un ricongiungimento degli elementi fino ad allora accuratamente separati, per cui valutazione giuridica e valutazione politica degli istituti penali si presenterebbero come due aspetti di un criterio unitario della considerazione del reato, in quanto “le norme giuridiche altro non sono che la espressione, a così dire, esteriore di ideologie di carattere politico o etico-sociale”<sup>44</sup>. Tanto più – si sostiene – che il diritto è preordinato a scopi pratici per cui le costruzioni giuridiche, esercizio di mera attività logica, ricevono addirittura un *flatus vitae* dall’*humus* politico.

<sup>40</sup> Ivi, p. 88. Il concetto dello Stato “ente originale, ‘personale’, capace di volontà” è, come noto, già liberale; sul punto, P. Costa, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Otto e Novecento*, Milano 1986; Id., *La giuspubblicistica dell’Italia unita: il paradigma disciplinare*, in A. Schiavone (cur.), *Stato e cultura giuridica in Italia dall’unità alla repubblica*, Roma-Bari 1990, p. 119.

<sup>41</sup> V. Manzini, *Trattato*, cit., p. 91.

<sup>42</sup> Ivi, p. 89.

<sup>43</sup> E. Romano-Di Falco, *L’elemento*, cit., p. 680.

<sup>44</sup> Ivi, p. 682.



Le medesime istanze di praticità portano a soffermarsi sul tema dell'analogia in senso "creativo"<sup>45</sup>. Anche in questo caso il problema non è strettamente giuridico, ma

nel suo contenuto profondo, nella sua efficienza esterna, pratica, in seno alla società, è problema di civiltà e di politica nel senso più alto e più nobile della parola, perché involge in duplice guisa i rapporti fra lo Stato ed il giudice, in quanto alla funzione di questo, fra lo Stato e gli individui, in quanto alla libertà degli stessi<sup>46</sup>.

Tra coloro che si sono occupati della questione, Eugenio Florian non è favorevole ad "un preteso diritto di punire anche quando non vi sia legge"; significherebbe minare alla base il principio di legalità che il codice italiano non solo non ha rinnegato, ma ha anche esteso alle misure di sicurezza (artt. 1, 199, 202 c.p.). Per specificare, l'analogia si distingue dalla interpretazione estensiva: in questa si tratta di interpretare eventualmente al di là dell'espressione letterale una norma che esiste; l'analogia, invece, ha un presupposto negativo: "non vi è norma da interpretare, bensì una lacuna, un vuoto da colmare"<sup>47</sup>, di modo che essa diventa a sua volta fonte di norme penali. Quindi la funzione del giudice di fronte alla legge – il che vale a dire di fronte allo Stato – si vedrebbe ampliata fino a confondersi con quella del legislatore. Conseguenza sarebbe il *vulnus* della "sicurezza giuridica degli individui", laddove le esigenze della difesa sociale, che l'analogia dovrebbe tutelare, sarebbero invece messe in pericolo dalla confusione dei ruoli istituzionali.

Non diversamente, Gennaro Escobedo afferma che

la concentrazione nei poteri del giudice della stessa potestà legislativa costituirebbe un vero pericolo sociale, perché i cittadini, da una parte, mancherebbero di una guida sicura alla condotta loro civile, qual è quella dei precetti della legge, e, dall'altra, sarebbero esposti a tutti i pericoli, a tutte le incertezze, a tutte le sorprese che la concentrazione nella stessa persona dei poteri di giudice e legislatore renderebbe inevitabili<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> Il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, secondo l'A., subisce attacchi dottrinali e smentite legislative. Il codice sovietico del 1926, art. 16 attribuisce al giudice, per ragioni di difesa sociale, di accertare "il fondamento e i limiti della responsabilità incorsa dal soggetto" scegliendo la sanzione o, all'inverso, di ritenere decaduto un delitto, in nome della da lui presunta pericolosità sociale. Analogamente il Terzo Reich – l. 25 giugno 1935, che comprende modificazioni al cod. pen e di proc. pen. – sancisce il principio fondamentale del "sano sentimento del popolo" cui appellarsi onde attribuire al tribunale l'esame del concetto fondamentale delle disposizioni penali; si intende, in senso creativo più che meramente estensivo (cfr. E. Florian, *Analogia penale dei giuristi ed analogia penale degli antropologi criminalisti*, in "La scuola positiva" (1936), pp. 2-3). Sul punto, cfr. E. De Cristofaro, *Legalità e pericolosità. La penalistica nazifascista e la dialettica tra retribuzione e difesa dello Stato*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", II (2007), p. 1045; B. Bushart, *Il diritto penale totale. "Sistema di valori" o mera repressione?*, in L. Lacchè (curr.), *Il diritto del Duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, Roma 2015, pp. 118-120.

<sup>46</sup> Ivi, p. 4.

<sup>47</sup> Ivi, p. 3.

<sup>48</sup> G. Escobedo, *Ancora sull'analogia nel diritto penale sostanziale*, in "La giustizia penale", XL (1934), p. 195. Il saggio consiste nella critica agli orientamenti sovietico e nazional-socialista favorevoli

Questa volta la critica è mossa al codice italiano relativamente al principio della responsabilità obiettiva e al rigore con cui viene valutato l'estremo della volontarietà e della scienza in rapporto al reato, alle aggravanti e alle scusanti<sup>49</sup>. Nella misura in cui il fondamento della imputabilità e della pena è riposto nella "capacità di sentire la coazione psicologica derivante dalla minaccia penale", è opinione del giurista che non occorra fare capo a criteri di eccezione; anzi, è necessario assicurare la determinatezza della pena "perché essa possa spiegare tutta la sua efficacia onde trattenere dal delitto coloro che ne sono proclivi"<sup>50</sup>. In breve: se le suddette esigenze di difesa sociale "denuncino la eventuale incompletezza della legge e ne reclamino l'integrazione, ciò deve avvenire giusta il magistero della legge"<sup>51</sup>. È il caso di rilevare il palese fondamento politico alla base della questione "formale", "vale a dire il desiderio di garantire anche in questo campo la libertà e la persona del singolo e insieme la società stessa dagli eventuali abusi del giudice"; ché anzi, come viene sostenuto da Giuliano Vassalli, "in realtà il divieto dell'analogia in tema di pericolosità è sfornito di ogni fondamento scientifico o giuridico"<sup>52</sup>.

### 3. Indagine storico-filosofica: per una dogmatica da attualizzare

La scienza del diritto penale ha per oggetto "lo studio del diritto penale vigente, ossia del diritto positivo". Fin qui Eduardo Massari, non concependo altro diritto all'infuori dello Stato, sembra attenersi a posizioni realistiche. Ma l'esito della sua teoria è tutto formalistico: non potendosi assegnare alla scienza oggetto diverso dal diritto statale, "non possono pertanto ammettersi un diritto penale filosofico, ideale, razionale, naturale; essi non sarebbero che semplici astrazioni"<sup>53</sup>.

Da tutt'altro punto di vista, mettere insieme i suddetti aggettivi significa cadere nell'assoluto "scetticismo, ovvero inconsciamente riaffermare un diritto naturale di più bassa lega e non meno ideologico e metafisico di quello rinnegato"<sup>54</sup>. Secondo Ugo Spirito<sup>55</sup>, fare sul serio i conti col diritto razionale e

---

all'applicazione analogica ed estensiva del giudice laddove al concetto di colpa è sostituito quello di pericolosità sociale (cfr. n. 45). Critiche all'Escobedo vengono mosse da M. Carrara e M. D'Amelio sulla differenza tra principio di imputabilità – ispirato all'idea di repressione – e principio di pericolosità – ispirato all'idea di prevenzione. Non è questa la sede per approfondire il dibattito. Sul punto, cfr. G. Vassalli, *Nullum crimen sine lege*, in "Giurisprudenza italiana" (1939), pp. 114 ss.

<sup>49</sup> C.p. artt. 59, 60, 82, 83, 116, 117, 118, 119 (cfr. G. Escobedo, *Ancora sull'analogia*, cit., p. 195).

<sup>50</sup> Ivi, p. 193.

<sup>51</sup> Ivi, p. 4.

<sup>52</sup> G. Vassalli, *Nullum crimen*, cit., p. 115.

<sup>53</sup> E. Massari, *Le dottrine generali del diritto penale*, Spoleto 1928, cit., in U. Spirito, *La concezione*, cit., p. 28.

<sup>54</sup> U. Spirito, *La concezione*, cit., p. 28. Cfr. C.F. Grosso, *Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano tra Ottocento e Novecento*, in L. Violante (cur.), *La criminalità*, cit., pp. 7-34.

<sup>55</sup> Sul punto, A.A. Calvi, *Ugo Spirito criminalista (riflessioni sulla terza edizione della "Storia del diritto penale*

ideale non significa disfarsi di un fardello scomodo, quanto piuttosto riconoscere la “più profonda razionalità o idealità del diritto”. Con riferimento a Rocco e Manzini:

laddove essi, lungi dal sentenziare dogmaticamente, si fossero chiesta sul serio la ragione che rende ormai inammissibile il giusnaturalismo, avrebbero compreso che il diritto non può essere naturale, solo perché non ha altra realtà se non quella veramente razionale o ideale<sup>56</sup>.

Tutto il diritto pubblico, non escluso il diritto penale, ha per sua caratteristica la politicità intesa come dinamismo, coerentemente all’ideale – per non dire ideologia – che lo sostiene:

il diritto penale è tale scienza che, siccome fornisce l’estrema sanzione a tutte, si può dire, le leggi e a tutti i regolamenti, così esso penetra, con la sua dialettica e col suo scandaglio, in qualunque estrinsecazione della vita individuale e sociale, massime in quelle concernenti il diritto pubblico, di cui è esperienza essenzialissima<sup>57</sup>.

Così Luigi Lucchini enfatizza il connotato politico della sua disciplina<sup>58</sup>. Si potrebbe dire che il diritto penale è reale solo nella misura in cui corrisponde al suo principio informativo, dunque la legge “non ha senso se non in funzione dell’intera realtà ed in virtù di una visione integrale della vita”<sup>59</sup>. I tecnici, malgrado le distanze che dalla scuola positiva sostengono di prendere, paventano il deviazamento idealistico e, come novelli positivisti, sostituiscono il dato sociologico col dato giuridico quale esclusivo oggetto di studio: “non più il delinquente e tutti i fenomeni sociali ad esso relativi, bensì il sistema delle norme legislative, che hanno per scopo la repressione del delitto”<sup>60</sup>. Ma, ad approfondire, il castello di carte crolla:

se è vero che comprendere significa giudicare, e giudicare non si può senza assumere un criterio di giudizio, è pur vero che spiegare il diritto con il diritto altro non può significare se non contrapporre un diritto ideale a un diritto reale e giudicare questo

---

italiano”), in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, *Il “socialismo giuridico”. Ipotesi e letture*, II (1974-75), pp. 820 ss.

<sup>56</sup> U. Spirito, *La concezione*, cit., p. 29.

<sup>57</sup> L. Lucchini, *Agli amici e lettori della Rivista*, in “Rivista penale”, 52 (1926), p. 7.

<sup>58</sup> Sebbene Ugo Conti (*L’indirizzo giuridico attraverso cinquant’anni di “Rivista penale”*, in *Per il cinquantenario della “Rivista penale” fondata e diretta da Luigi Lucchini*, Città di Castello 1925, pp. 567-568) abbia tentato di ascrivere Lucchini al metodo giuridico, tacciato di “aridità e nullismo” perché non innervantesi “di contenuti filosofici e politici e non tentasse una sintesi con gli orientamenti bio-sociologici” (M.N. Miletti, *Dall’adesione alla disillusione. La parabola del fascismo nella lettura panpenalistica di Luigi Lucchini*, in I. Birocchi-L. Loschiavo (curr.), *I giuristi*, cit., p. 289); cfr. anche M. Sbriccoli, *Il diritto penale liberale. La “Rivista penale” di Luigi Lucchini, 1874-1900*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno” (1987), pp. 105 ss.

<sup>59</sup> G. Delitala, *Postilla a A. Santoro, Scienza giuridica*, cit., p. 535.

<sup>60</sup> U. Spirito, *La concezione*, cit., p. 33. Per una critica della presunta “perfettibilità” della dottrina positiva, cfr. anche A. Del Giudice, *Obietto*, cit., pp. 8 ss.

alla stregua di quello<sup>61</sup>.

Posta la questione in certi termini, lo studio del sistema sul presupposto della validità oggettiva della legge restituisce una impalcatura di “formale dialettica giuridica”, un mero esercizio di stile. È ciò che Arturo Rocco ha preteso di fare: “tenersi fermi, religiosamente e scupolosamente attaccati allo studio del diritto”<sup>62</sup>, che tuttavia non può essere determinato, ma è *in fieri*, “mutevole e occasionale a seconda delle diverse finalità della vita sociale in continuo svolgimento”<sup>63</sup>.

Al pari dell’elemento politico, quello morale torna essenziale per le scelte da compiersi da parte del legislatore, posto che, in diritto penale, l’approccio filosofico ricerca la “ragion d’essere della pena”<sup>64</sup>. Sono parole di Antonino Cordova, giurista di vedute affini a quelle di Pietro De Francisci e Alfredo De Marsico, che ravvisano l’importanza degli studi storici a fronte di una connessione esistente tra scienza del diritto, fatto sociale e momento politico<sup>65</sup>:

funzione prima della conoscenza storica – considerata ai fini dell’educazione giuridica – è appunto di costituire un correttivo di visione ed una difesa contro le insidie che si nascondono nella dogmatica<sup>66</sup>.

Ad evitare il pericolo che quest’ultima degeneri in “dogmatismo” - tanto più pericoloso nella materia giuridica, ove causerebbe un “vuoto spirituale” - l’osservazione della storia risveglia lo spirito critico, invita all’analisi dei dati, cerca di rintracciare dei principi “le basi, la portata, l’efficienza nell’ambiente sociale e nella concretezza dei fatti”<sup>67</sup>. Così non fosse, la dogmatica sfuggirebbe alla sua funzione, correttamente focalizzata da Jhering<sup>68</sup>, di sviluppo del diritto, il cui sistema è complesso di conoscenze relative, “dati rappresentativi di una materia fenomenica variabile”<sup>69</sup>. La norma, presa isolatamente, costituisce uno “strumento di conoscenza imperfetto” perché, al di là del volere della legge condensato in una formula, restituisce della vita una rappresentazione

<sup>61</sup> Ivi, p. 34. E ancora Delitala: “i neopositivisti hanno finito per esasperare, quasi fino all’inverosimile, il dogmatismo concettuale, riducendo la scienza giuridica ad una costruzione puramente logico- astratta, per compiere la quale non ci sarebbe nulla da sperimentare e ben poco da osservare, all’infuori degli articoli di legge” (G. Delitala, *Postilla a A. Santoro, Scienza giuridica*, cit., p. 535).

<sup>62</sup> Ar. Rocco, *Il problema*, cit., p. 506.

<sup>63</sup> U. Spirito, *La concezione*, cit., p. 32.

<sup>64</sup> A. Cordova, *Filosofia e diritto penale*, in “Rivista penale”, CIII (1926), p. 9.

<sup>65</sup> Cfr. F. Antolisei, *Per un indirizzo realistico*, cit., p. 127.

<sup>66</sup> P. De Francisci, *Dogmatica e storia nell’educazione giuridica*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, III (1923), p. 384. Per una analisi da parte dell’A. dei mali della dogmatica coeva, il suo discorso in qualità di Ministro di Grazie e Giustizia al primo Congresso Giuridico Italiano (5 ottobre 1932-X) (Id., *Ai giuristi italiani*, in *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, V, cit., pp. 269 ss.).

<sup>67</sup> P. De Francisci, *Dogmatica*, cit., p. 383.

<sup>68</sup> Cfr. R. Jhering, *Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen rechts*, I, Jena, 1857, p. 11.

<sup>69</sup> P. De Francisci, *Dogmatica*, cit., p. 383.

incompiuta<sup>70</sup>: l'”obbiectivazione assoluta” comporta irrigidimento di un fenomeno provvisorio<sup>71</sup>.

È tempo di riconoscere che la scienza del diritto penale non può prescindere dallo strumento tecnico-giuridico, “ma lasciarsi soffocare non deve”<sup>72</sup>. Con buona pace di Arturo Rocco, il campo del diritto penale è “il più battuto dalle contingenze” e la dogmatica

nella esuberanza del suo sviluppo, devia dalla sua essenza di disciplina per lo studio del diritto, di metodo per un fine insomma, ed aspira a diventare unico fine e totale contenuto dello studio del diritto, sì che anche ora spuntano correnti iperdogmatiche, secondo le quali la scienza del diritto penale non è che spietata autonomia di norme per la creazione di un sistema che è tutto avvicinati e contrasti di parole e di concetti, perfino di sfumature di quelle e di questi<sup>73</sup>.

Come De Francisci, neanche De Marsico intende rinnegare il metodo in questione, ma piuttosto implementarlo alla luce dei fatti sociali e dei relativi contenuti nuovi che la giurisprudenza attribuisce alla norma. Di fronte alla “asimmetria fra la vita e la legge”, la dogmatica rischia di “constatare il fenomeno senza risolverlo”, tanto che sempre più di frequente si è di fronte alla necessità di ricercare soluzioni fuori da essa. Quale ogni altro aspetto della scienza, anche il tecnicismo giuridico è risultato della propria epoca<sup>74</sup>. Ad una corretta osservazione, la lotta che si animò prima del 1914 fra dogmatica da un lato - sociologia, antropologia, politica dall'altro, rispecchiava le inclinazioni individualistiche del tempo, per cui alla legge fu riconosciuto il predominio sullo Stato; così

l'atomismo sociale, l'agnosticismo filosofico, la dogmatica si congiungono come i tre anelli di una medesima catena che, movendo dalla premessa della inconciliabilità fra diritto e politica, mette capo alla demolizione della essenza politica del diritto<sup>75</sup>.

Tuttavia separare criminologia e politica dal diritto significa privare quest'ultimo della sua essenziale “funzione pratica”. Si ritiene necessario, allora, che “dall'eccesso di analisi – la pleiade – si torni non alla monade ma alla

---

<sup>70</sup> Sul punto anche W. Cesarini Sforza, *Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale*, Milano 1913, pp. 59 ss.

<sup>71</sup> Cfr. P. De Francisci, *Dogmatica*, cit., p. 381.

<sup>72</sup> A. De Marsico, *Il pensiero di Alessandro Stoppato e gli attuali orientamenti del diritto penale*, in Id., *Nuovi studi di diritto penale*, Napoli 1951, p. 23. Sulle stesse tematiche, cfr. anche Id., *Dogmatica e politica nella scienza del processo penale e I problemi penali nel teologismo di Bettiol* (in op. ult. cit., pp. 71-102 e 210-241).

<sup>73</sup> A. De Marsico, *Il pensiero di Alessandro Stoppato*, cit., p. 24.

<sup>74</sup> “Il diritto, espressione della vita sociale ordinata a Stato, è l'arma di una funzione pratica, cioè riceve la sua determinazione dai suoi caratteri storici; e il problema è risolto dalla sua posizione rispetto al tempo in cui lo si pone. L'apriorismo della dogmatica non può essere corretto che storicamente” (ivi, p. 26).

<sup>75</sup> Ivi, p. 27.

sintesi”<sup>76</sup>. La crisi del diritto penale è “una questione di nessi”. E, in ogni caso, “l’antica dogmatica, applicata ai nuovi codici, non sarebbe atta ad abbracciare ed elaborarne la materia”<sup>77</sup>. La recente legislazione è sintesi della coscienza che la Nazione riprende di sé<sup>78</sup>; pertanto, quella politica che al Carrara si presentava come “furore di passioni e fazioni” diviene ora “condizione necessaria per sollevar[si] da individui a cittadini, da moltitudine a Stato” e, in riguardo al diritto, “condizione del suo essere, della sua forma, del suo contenuto”. Ecco spiegato anche il mutamento della funzione assolta dalla legge penale, che mentre nel periodo liberale era di difesa, positiva solo dopo che l’aggressione ai beni tutelati fosse avvenuta, nel regime fascista si fa “propulsiva, se non creatrice di energie socialmente utili”. Dunque, intendere il diritto penale come “coefficiente di azione” è obiettivo filosofico e politico<sup>79</sup>.

Si vuole rimarcare che i principi stanno fuori le norme e ne determinano la formazione: “la realtà porge il fatto, e il fatto la norma, cioè il vero giuridico”<sup>80</sup>. Ne consegue che la dogmatica deve conformarsi alle nuove esigenze non atrofizzando la legge ma rendendola corrispondente alle emergenze sociali. In che modo? Proprio considerando lo scopo politico elemento integrante del metodo giuridico, perché le categorie generali ed astratte governino i fatti:

solo confrontando i risultati concreti che derivano dall’interpretazione delle norme con i risultati che si proponeva il legislatore, si può valutare l’esattezza di una interpretazione o l’opportunità di tentarne eventualmente un’altra che non urti contro la conoscenza etico-giuridica di un popolo e consenta di realizzare gli scopi della legge<sup>81</sup>.

Ciò che importa è la “comunicabilità dei risultati” fra le diverse dottrine, “perché l’uno non sia soltanto scienza di cose fissatesi in fisionomia di passato (le norme), e queste non siano soltanto preparazione ed attesa di avvenire (diritto *condendo*)”<sup>82</sup>.

Se quindi il diritto penale va inquadrato sistematicamente, il metodo tecnico giuridico deve essere alimentato dalla “induzione sperimentale” di talune altre

<sup>76</sup> Ivi, p. 25.

<sup>77</sup> Ivi, p. 26.

<sup>78</sup> “Uno spontaneo, necessario costituirsi in regime sulle ceneri di tutti i partiti, il nascere della Nazione, totale ed una insieme”. E *passim*: “il fattore politico è il conio di tutta la riforma: dalla diversa misura della pena in genere alla energica repressione della recidiva, della delinquenza abituale e professionale; dall’originale sistema delle sanzioni civili a quello, più complesso che in ogni altro paese, delle misure di sicurezza; dal sorgere di nuove figure di reati contro la personalità dello Stato alla mutata struttura di quelle che preesistevano; dalla costituzione di un gruppo di reati contro l’economia a quello di un gruppo di reati contro la integrità e la sanità della stirpe; e gli esempi potrebbero moltiplicarsi” (ivi, pp. 27 e 30).

<sup>79</sup> Cfr. ivi, p. 28.

<sup>80</sup> Ivi, p. 30.

<sup>81</sup> F. Grispianni, *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice*, I, Padova 1931, p. 36.

<sup>82</sup> A. De Marsico, *Il pensiero*, cit., p. 35.

scienze, quale “mezzo ai fini scientifici” del primo; è lo studio “sostanziale” del diritto a rendere il suo “contenuto critico”,

non essendo né immaginabile, né rappresentabile il concetto di un diritto, che non sia quello che possa dall’esperienza, come attività, essere constatato [...]. Il diritto penale quindi rientra esclusivamente nello studio che à per oggetto il diritto penale che l’esperienza ci offre all’osservazione<sup>83</sup>.

Per Pietro Mirto, la logicità della sintesi metodologica è formale “nella sua veste esteriore”, ma promana direttamente dall’esperienza in virtù del “rapporto di causazione”, che permetterebbe di stabilire in che misura la realtà fenomenica si trova nell’orbita dei fatti giuridici. In altre parole, la proposizione, forma logica, deve essere fornita di un contenuto, “il quale è costituito da un fatto di generalizzazione di tanti casi particolari esaminati e osservati”<sup>84</sup>. Così prospettata, la questione del formalismo e del sostanzialismo viene a perdere ogni importanza. Il che segna la distanza da Arturo Rocco, dal momento che la dogmatica va riguardata non come un mezzo di ricerca, ma come “l’aspetto finale [...] concludente e pratico delle indagini cui deve essere sottoposto il diritto penale”<sup>85</sup>.

Su tale falsariga, Cordova fa un riferimento specifico al principio di imputabilità, in particolare agli elementi dell’autocoscienza e della responsabilità:

non è sufficiente una continuità fisica dall’oggetto all’atto, ma occorre altresì che il soggetto “riconosca” l’oggetto, ossia abbia la coscienza della natura e della portata etica della sua azione<sup>86</sup>,

al fine di comprendere la pena ed i suoi attributi primari e secondari (retribuzione, intimidazione, emenda ecc.) giusto il disposto dell’art. 45 del codice Zanardelli, secondo cui “nessuno può essere punito per un delitto se non abbia voluto il fatto che lo costituisce”. Né manca una nota polemica nei confronti della confusione, dal giurista eccepita, tra pene e misure di sicurezza, una *fiction juris et facti* per cui l’estensione del concetto di responsabilità ai non imputabili svisciva il significato di dolo, che è “profondamente legato a questa coscienza dell’identità”:

l’equivoco e la confusione che vanno perpetuandosi fra pene e misure di sicurezza alimentano questi assurdi accostamenti, onde il diritto penale si svuota di ogni contenuto politico e giuridico, si trasforma in un mezzo livellatore e ingiusto<sup>87</sup>.

Avverso il formalismo puro, la creazione di sistemi giuridici privi di

<sup>83</sup> P. Mirto, *Oggetto e limiti negli studi di diritto penale*, in “Rivista penale”, C (1925), p. 122.

<sup>84</sup> Ivi, p. 123.

<sup>85</sup> Ivi, p. 125.

<sup>86</sup> A. Cordova, *Filosofia*, cit., p. 9.

<sup>87</sup> *Ibidem*.

riferimento storico e filosofico<sup>88</sup> snatura il diritto, che va invece considerato “un momento, un aspetto e una speciale formulazione delle dottrine morali”<sup>89</sup>. Inutili, quindi, gli schemi del diritto civile al cospetto della coscienza umana turbata. E invece utilissimi i contributi delle scienze affini – sociologia, antropologia – che conferiscono alla penalistica il senso della sua funzione. In breve: “il dato giuridico ha avuto il suo avvento più tardi; e staccarlo ora dalla sua genitrice, la filosofia, prima del suo integrale sviluppo”, significa smarrirne “la coscienza”<sup>90</sup>.

#### 4. Più politica e meno dogmatica

Sono posizioni estremizzate da uno dei più entusiasti sostenitori del fascismo, Giuseppe Maggiore, esponente di spicco dell'indirizzo idealista insieme a Ugo Spirito<sup>91</sup>. In un famoso scritto del 1939, Maggiore azzarda persino la riformulazione della definizione classica di reato, affermando di veder bene come primo articolo del codice penale una norma così concepita:

è reato ogni fatto espressamente previsto come reato dalla legge penale e represso con una pena da essa stabilita. È altresì reato ogni fatto che offende l'autorità dello Stato ed è meritevole di pena secondo lo spirito della Rivoluzione fascista e la volontà del Duce unico interprete della volontà del popolo italiano<sup>92</sup>.

Lo “Stato fascista” nasce da una rivoluzione che, per tale, si aggancia sempre a interessi politici; “ciò deve dirsi in particolar modo del diritto, e del diritto penale, permeati, in altissimo grado, di elementi e di interessi statuali”<sup>93</sup>. Per costruire il nuovo occorre demolire il vecchio, o perlomeno legittimarlo a partire da nuovi paradigmi. Entrambi gli indirizzi classico e positivo hanno avuto il medesimo difetto: “restava fermo lo stesso concetto di individuo, che il classicismo concepiva spiritualisticamente e il positivismo naturalisticamente”<sup>94</sup>, mentre è la difesa dello Stato – che Maggiore tiene a definire “totalitario” più che semplicemente autoritario - l'obbiettivo fondamentale da perseguire, in quanto ad “origine”: “lo Stato crea la società, perché non c'è società senza un'autorità super-individuale”; a “struttura”: lo Stato non si fonda più sull'astratta autorità della legge, ma sul “prestigio di una persona fisica, armata di volontà e coscienza”; alla “sostanza”: il popolo, inteso anche in senso di razza,

<sup>88</sup> Il giurista non tiene separate le due discipline: “una scienza che non ha passato non ha nemmeno avvenire, non è una scienza” (ivi, p. 14).

<sup>89</sup> Ivi, p. 13.

<sup>90</sup> *Ibidem*.

<sup>91</sup> Cfr. U. Spirito, *La concezione tecnico-giuridica* cit., pp. 26 ss.

<sup>92</sup> G. Maggiore, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in “Rivista italiana di diritto penale”, XVII (1939), p. 160.

<sup>93</sup> Ivi, p. 140.

<sup>94</sup> Ivi, p. 141.



risulta “una massa omogenea che forma un tutto e si sente tale: nazione”; a “funzione”: “forma di attività individuale e collettiva, il suo posto è dappertutto”; ai “fini”: “potenziare la collettività [...] e potenziare l’individuo mediante la formazione dell’uomo integrale”<sup>95</sup>.

In questo quadro, lo Stato di per sé è “politica in atto” quale “più alta e perfetta forma di attività umana”. Il che segna l’inseparabilità di quest’ultima dal diritto. In un passato recente e tuttavia lontanissimo, lo iato tra le due discipline è stato dovuto al “pregiudizio privatistico”, che non è mancato neanche nel campo del diritto penale, secondo cui il diritto sarebbe un “dato”, mentre la politica rimarrebbe un “ideale”. Si è dimenticato che non si può avere alcun dato reale “se non in funzione di un ideale che lo trascende”<sup>96</sup>. La dottrina, dunque, anziché chiudersi nella torre d’avorio della propria scienza, ha l’obbligo di essere politica: “se il giurista oggi vuole contare qualcosa, si ricordi di una parola d’ordine: più politica e meno dogmatica”<sup>97</sup>.

A proposito di interpretazione, in ragione del fortissimo connotato sociale dei fenomeni del delitto e della pena, la risistemazione del diritto penale riguarda metodo, fondamento, legislazione e giurisprudenza. Il processo di astrazione e deduzione in forza dell’*analogia legis* e dell’*analogia iuris* mostra il limite del formalismo, in virtù del quale si dimentica che “il diritto è fatto per la vita e non la vita per il diritto”<sup>98</sup>. Il che rimanda al punto principale, ossia la politica che alimenta il diritto in ogni suo momento: legislazione, interpretazione, esecuzione e che, a ben vedere, è stata alla base anche del metodo tecnico-scientifico, allorché il dogma dello Stato liberale-democratico si è imperniato sulla legge, “rigida misura della sua giustizia”. Sostituiti il principio di legittimità con il principio di autorità col “dissolversi dello Stato-contratto nello Stato-potenza”, se ancora ha senso parlare di metodo giuridico, esso non va inteso più come un insieme di norme astratte, bensì come una “forma viva concreta e storica che ha la più immediata espressione nella politica”<sup>99</sup>.

In precedenza<sup>100</sup>, il giurista aveva già preso le distanze da positivismo e agnosticismo, nonché dalla dogmatica giuridica. Oltre allo *jus positum* - “fissato, oggettivato, realizzato nella legge”<sup>101</sup> - ve n’è un altro non codificato: “la giustizia che si trasforma in leggi”. Il che riporta alla filosofia, che è sempre in fondo al diritto, soprattutto nel diritto penale, branca del diritto pubblico “più aderente alla vita, più mobile e fluido, lontano dalla schematizzazione e cristallizzazione che è propria del diritto privato”<sup>102</sup>. Lo “splendido isolamento

<sup>95</sup> Cfr. *ivi*, pp. 144-145.

<sup>96</sup> *Ivi*, p. 147.

<sup>97</sup> *Ivi*, p. 148.

<sup>98</sup> *Ivi*, p. 152.

<sup>99</sup> *Ivi*, p. 153.

<sup>100</sup> G. Maggiore, *Correnti filosofiche e riforme penali*, In *Scritti in onore di Eduardo Massari*, Napoli 1936.

<sup>101</sup> *Ivi*, p. 8.

<sup>102</sup> *Ivi*, p. 9.

del diritto penale nel continente del cosiddetto giurismo puro” è considerato errore non più ripetibile: costruire giuridicamente la scienza penalistica non vuol dire doverla trasformare in “tessuto arido di schematizzazioni”<sup>103</sup>.

Quale, a questo punto, il fondamento del diritto di punire? Messe da parte le teorie emendative e difensive – creanti un dualismo inaccettabile tra società e Stato, dal momento che “la società concepita come un ordine di individui, al di fuori dello Stato, diviene un paravento del diritto dell’individuo”<sup>104</sup> - rimane la teoria della retribuzione, che tiene in considerazione tanto il singolo chiamato a rispondere del reato, quanto lo Stato portatore dell’interesse lesso:

il principio di retribuzione rispetta le profonde e insopprimibili esigenze della coscienza individuale, per cui solo chi sa moralmente di essere colpevole è tenuto a espiare il suo peccato (“nessuna pena senza colpa”) ma rispetta altresì le esigenze della collettività dello Stato, onde nessuna convivenza umana è possibile ove sia capovolta la massima che a bene segue male e a male segue male<sup>105</sup>.

L’offesa - per non dire l’esposizione al pericolo - di individuo e collettività non esaurisce la ragione dello *ius puniendi*, che invece è da ricercare nel *crimen lesae majestatis*, una volta che la trasposizione della personalità dal sovrano nello Stato, categoria formalistica tardo-ottocentesca, si perfeziona con la immedesimazione tra il “nuovo ordine” ed il suo Capo. La riproposizione di lemmi antichi, che sembravano sorpassati, è giustificata da Maggiore proprio col presupposto politico:

la legge, come entità astratta, non può essere offesa. È offeso invece lo Stato, come persona e autorità, che ha posto la legge. [E *passim*.] Ogni delitto è dunque un delitto di fellonia [...], un delitto politico. Il delinquente è anzitutto un ribelle. Ribellandosi all’ordine giuridico-politico costituito dallo Stato, esso aggredisce l’onore dello Stato – consistente nella sua autorità – ma offende parimenti il suo onore di suddito dello Stato<sup>106</sup>.

Nella prospettiva della riaffermazione della maestà offesa vanno riletti anche i rapporti tra legge e giudice, il che significa ridiscutere la teoria illuministica della divisione dei poteri. Non funzioni separate, ma “modi di esistere dell’autorità dello Stato”, unico e indivisibile. Una volta smentita la preminenza del legislativo, ne dovrebbe conseguire anche l’opportuno ridimensionamento del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, che nemmeno la codificazione del 1930 ha inteso scalfire<sup>107</sup>. Lontano da coloro che, pur acquiescenti al nuovo

<sup>103</sup> Ivi, p. 15.

<sup>104</sup> G. Maggiore, *Diritto penale totalitario*, cit., p. 154.

<sup>105</sup> Ivi, p. 155.

<sup>106</sup> *Ibidem*.

<sup>107</sup> “Anche il nostro codice del 1930 ha bruciato il suo incenso all’altare di quel sacrosanto principio e ha ripetuto, con i vecchi codici, e con l’art. 4 delle preleggi del cod. civ., ‘nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano

regime politico ed alle sue inedite prerogative, non hanno voluto mettere in dubbio il principio suddetto<sup>108</sup>, Maggiore non sa che farsi del vieto imperativo illuministico addirittura incompatibile con lo Stato totalitario, che non ha limiti:

si dice: al di sopra dello Stato c'è la legge. Ma la legge fatta dallo Stato non può convertirsi in un impedimento alla sua attività e in una remora alla sua potenza. La legge non è lo Stato, ma una espressione, tra le altre, della sua volontà<sup>109</sup>.

Senza mezzi termini, di fronte alla domanda: “dato che un fatto nuovo si produca, il quale sia *sostanzialmente*, ma non *formalmente*, reato, perché non incriminato da nessuna disposizione di legge, che farà lo Stato?”<sup>110</sup>, il giurista non esita a legittimare l'operazione analogica da parte dei giudici/“organi” dello Stato medesimo, in adempimento di un principio di conio originale: *in dubio pro republica*, al posto del sorpassabile *in dubio pro reo*. Sicché il *gasundes Volksempfinden* chiamato in causa dal legislatore germanico può ben essere sostituito, nel caso dell'Italia, dalla “volontà del Duce”. L'interpretazione del giudice non è libera, ma “vincolata e disciplinata da una legge superiore” secondo lo spirito del regime; il pericolo della “creatività” è scongiurato dal fatto che il giudice “applica” e non “crea”, la “creazione” essendo prerogativa esclusiva del Capo dello Stato:

impropriamente dicesi che il diritto è creato dal giudice: esso è creato soltanto dalla coscienza popolare, dallo spirito della nazione e della razza, che s'impersonano e sintetizzano nel condottiero dello Stato<sup>111</sup>.

In risposta al giurista palermitano, sarebbe stato Biagio Petrocelli a riportare il fondamento garantistico nell'alveo del tecnicismo “di regime”, sostenendo che lo Stato autoritario, forte nel suo atteggiamento di “pacata disciplina”, non ha bisogno di alcuna “giustificazione” per tenere fermo il principio della certezza della legge:

il *nullum crimen nulla poena sine lege*, ben lungi dall'essere rimasto nel nostro codice come sopravvivenza di mentalità illuministica e liberale, vi rappresenta invece [...] una delle basi più solide del regime autoritario. Posto come principio dell'autorità

---

da esse stabilita”. E il Guardasigilli ha ancora una volta giustificato la disposizione, spiegando che essa “costituisce il presidio massimo per la libertà dei cittadini, la quale non può essere personalmente limitata, se non in seguito a espresso divieto di legge”. E *passim*: “molti sono i giuristi che s'ingegnano di evadere, nel terreno dello stesso diritto positivo, dai cancelli proibitivi dell'analogia; moltissimi sono quelli che reclamano la espunzione dal codice dell'anacronistico principio – giustamente definito la *magna charta* del delinquente – a somiglianza di quel che ha fatto la legislazione sovietica e la legge tedesca del 28 giugno 1935” (ivi, pp. 157-158).

<sup>108</sup> Cfr. *supra*, p. Per un riferimento al rapporto di Maggiore con la Scuola di Kiel, cfr. M. Pelissero, G. Neppi Modona, *La politica criminale*, cit., p. 834.

<sup>109</sup> G. Maggiore, *Diritto penale*, cit., p. 158.

<sup>110</sup> Il corsivo è dell'A., cfr. ivi, p. 159.

<sup>111</sup> Ivi, p. 160.

dello Stato, si può sicuramente affermare che la certezza del diritto è la maggiore manifestazione della sua potenza. Certezza del diritto vuol dire innanzi tutto certezza del comando, e quindi certezza del manifestarsi dell'autorità dello Stato<sup>112</sup>.

Ad ogni buon conto, Maggiore fornisce una rappresentazione deontologica e non ontologica, il “dover essere del diritto”<sup>113</sup> che è alla base di tutta la riforma penale. Sempre secondo il giurista, ogni sistema di diritto penale positivo rispecchia le idee sociali, economiche, religiose del suo tempo, ma la prospettiva è ribaltata: non più progresso verso la libertà dell'individuo, di cui la norma penale dovrebbe porsi a tutela, ma strumento di salvaguardia della rivoluzione fascista divenuta permanente, e della sua suprema istituzione. Posto che la politica criminale è il processo di verifica del diritto penale *in fieri*, non *conditum* ma *condendum*, il suo fine è difendere lo Stato, totalitario e totalizzante.

##### 5. L'interpretazione come elaborazione logico-sistematica

Certe enfattizzazioni non sono generalmente condivise. Qualcuno, tenendosi su un profilo tecnicistico, ha fatto in modo di evitarle. Come poco sopra accennato, Biagio Petrocelli riconosce a Rocco il merito di aver riportato la legge penale da un piano di “ipotetico diritto razionale” all'interno dello Stato come diritto positivo vigente, rimediando, così, anche agli errori della scuola positiva, che ne voleva fare “un capitolo della sociologia”<sup>114</sup>.

Con particolare riferimento alla norma, essa si presenta in tre fasi: “formazione” – che a sua volta consta di una preparazione politico-sociale e di una elaborazione tecnica legislativa -; “cognizione” – di tipo dottrinale e giurisprudenziale -; “attuazione” – nei due momenti: applicativo ed esecutivo.

Nel dettaglio, la politica criminale concerne la fase di formazione, che è “pregiuridica” e

comprende propriamente quel processo di preparazione, più o meno lungo, durante il quale un dato fenomeno sociale si presenta, alla conoscenza dei consociati, come implicante la necessità di una disciplina penale; e determina in tali sensi l'attività del legislatore<sup>115</sup>.

Entrano in questa fase non solo i processi di formazione *ex novo* delle leggi, ma anche quelli di modificazione di norme già esistenti.

La cognizione risponde al fine di collocare la norma in un sistema di principi ordinati secondo uno scopo: essa è la più importante,

---

<sup>112</sup> B. Petrocelli, *Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale*, in “Rivista italiana di diritto penale” (1941), p. 20.

<sup>113</sup> G. Maggiore, *Correnti filosofiche*, cit., p. 25.

<sup>114</sup> B. Petrocelli, *I limiti della scienza del diritto penale e la nuova legislazione*, Modena 1931, p. 7.

<sup>115</sup> Ivi, p. 15.

perché quella che riguarda più strettamente la scienza del diritto, è la fase in cui la norma, già entrata nell'ordinamento giuridico positivo, diventa oggetto di studio e di valutazione, per l'interpretazione e la elaborazione logico-sistematica del suo contenuto.

Tale fase è indipendente dall'ultima, cosiddetta di attuazione,

in cui la norma penale, già riconosciuta nel suo contenuto generico di volontà legislativa nella fase precedente, entra nella realtà pratica; gli organi giudiziari passano a considerarla in rapporto al caso concreto sottoposto al loro esame, ponendo in relazione ad esso il precetto e commisurando la sanzione, la quale è poi messa in esecuzione dagli organi amministrativi<sup>116</sup>.

Cessata, infine, la *considerazione* astratta, teorica della norma, non v'è più scienza del diritto penale, ma sua *applicazione*, che riguarda la valutazione del fatto da parte del giudice, fedelmente all'interpretazione che il giurista offre della volontà del legislatore:

se il giudice [...] ai fini di un equo trattamento del delinquente più o meno pericoloso [si serve] del potere discrezionale lasciategli dalla legge di spaziare fra qualità e quantità diverse di pena, egli compie in tal caso una applicazione, non una interpretazione della legge<sup>117</sup>.

Distinguere applicazione da interpretazione dà agio al giurista di aggirare l'ostacolo della funzione "creativa" della giurisprudenza sul piano formale, laddove appunto, non consentita al giudice l'interpretazione della legge, può egli proporre diverse applicazioni: "ciò perché nell'applicazione è la volontà del giudice che agisce". Mentre Maggiore, più arditamente, aveva risolto la questione "scaricando" la responsabilità delle "politiche giudiziarie" sull'autorità del Capo del governo, secondo Petrocelli

è vero che, per un complesso di circostanze ed influenze di ogni genere, la volontà del legislatore può diversamente essere vista e quindi interpretata dai diversi soggetti giudicanti, ma è inammissibile che lo stesso soggetto la veda in modi diversi, mentre è chiaro a ognuno che, nei limiti del potere concessogli, può solo applicarla in modi diversi<sup>118</sup>.

Per rispondere, poi, alle accuse rivolte al formalismo, di lontananza dalla realtà sociale, il giurista napoletano si sofferma sul problema della "critica" nella elaborazione scientifica del diritto penale, che non deve mancare; occorre soltanto definirne correttamente i limiti. Si tratta di cercare il fine "qual è", giusto il suesposto processo di interpretazione della volontà del legislatore; altrimenti il fine "quale dovrebbe essere", ovvero la critica cosiddetta

---

<sup>116</sup> Ivi, p. 16.

<sup>117</sup> Ivi, p. 23.

<sup>118</sup> Ivi, p. 24.

“subiettiva”, dando adito a considerazioni sulle conseguenze della norma e a proposte di “diritto futuro”<sup>119</sup>, determinerebbe una serie di giudizi fuorvianti rispetto ad una corretta indagine giuridica<sup>120</sup>.

La critica – che “risulta dalla dogmatica”, non essendo essa un “momento autonomo della costruzione scientifica”<sup>121</sup> – può avvenire in relazione a tre gruppi i casi: nel primo gruppo si tratta di difetti “intrinseci” alla norma, considerata in sé, nella sua struttura tecnica e nella sua posizione nell’ambito del sistema; nel secondo gruppo la legge può risultare perfetta, ma presentare delle “vicende di applicazione” non prevedibili da parte del giurista; in tali casi è la giurisprudenza a prospettare alla scienza “i casi della vita reale applicati alla norma”<sup>122</sup>; il terzo gruppo è quello per cui entrano in ballo esigenze ed interessi sociali tali da precorrere la formazione di una legge nuova. Negli ultimi due casi – l’uno “il rovescio del secondo” -

l’ambiente sociale esercita, per dir così, una pressione diretta a far entrare nella disciplina di quella norma casi della vita reale che invece non possono, a rigore, esservi compresi [...]. Ciò avviene particolarmente quando imperiosi interessi sociali, economici e soprattutto politici presentino la necessità o opportunità di una tutela penale contro un dato fatto dannoso o pericoloso e non la trovino nelle leggi del tempo e, d’altra parte, l’esigenza della tutela si presenti in modo così vivo alla coscienza pubblica da precorrere la formazione delle leggi nuove<sup>123</sup>.

Nei cosiddetti periodi di “transizione legislativa”, il legislatore deve prendere atto dei motivi per i quali una norma non trovi più concreta applicazione o si vuole che sia “estesa a casi che giuridicamente non la riguardano”. Ad ogni modo, non si è ancora nell’ambito della critica sociale o politica. Il giurista, pur servendosi - “come del resto nel processo interpretativo” - della conoscenza di elementi della realtà fenomenica, deve rimanere all’interno di una critica oggettiva e non soggettiva e prendere le mosse sempre dalla norma, che gli si presenti più o meno confacente alle esigenze cui fare fronte. In altre parole, “la critica sorge non dal di fuori, dall’ambiente sociale, ma dalla stessa elaborazione

<sup>119</sup> Su posizioni analoghe anche G. Paoli, *Tecnicismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano 1922, pp. 13 ss.; A. Bonucci, *La critica del diritto positivo e le scienze giuridiche*, Torino 1912, pp. 230 ss.

<sup>120</sup> Al contrario, per A. Del Giudice, “nella scienza del diritto, che à tanta analogia con le scienze matematiche, non solo può, ma deve – diciamolo una buona volta francamente – darsi la prevalenza al metodo deduttivo, e la speculazione, il ragionamento, il sillogismo devono avere un posto d’onore, anziché essere banditi [...]. Il criterio obiettivo, veramente utile nella scienza della natura, deforma, dimezza, scolora la materia delle scienze dello spirito, perché confonde e annulla in un universale fenomenismo il vero sapere, il quale può essere conosciuto a condizione che esso si consideri come il risultato di un lavoro della mente, la quale, mentre è intenta a raccogliere gli elementi del vero, che contempla, diventa essa stessa operatrice della verità che conosce” (*Obietto*, cit., p. 11).

<sup>121</sup> O. Vannini, *La scienza del diritto penale e la polemica fra le cosiddette scuole “classica, positiva, eclettica, giuridica”*, in “Rivista penale”, LXXXV (1917), p. 220.

<sup>122</sup> B. Petrocelli, *I limiti* cit., p. 67.

<sup>123</sup> Ivi, p. 69.

sistematica della norma in rapporto alle sue vicende giurisprudenziali”<sup>124</sup>.

A sostenere la necessità di una trasformazione della dogmatica in seguito al mutato regime è anche Giuseppe Bettiol, giurista accorto all’indirizzo teleologico sviluppatosi in Germania a partire da Jhering<sup>125</sup> e alla *Interessenjurisprudenz* della Scuola di Tubinga<sup>126</sup>. Ma Bettiol, a differenza di Petrocelli, prefigura il carattere politico della interpretazione:

l’antiformalismo che in questi ultimi tempi ha determinato il sorgere di nuove correnti interpretative non può spiegarsi se non in funzione del risorgere di valori metagiuridici [...] che sembravano ormai del tutto banditi dalla dogmatica penale a sfondo liberale<sup>127</sup>.

E capovolge il teorema della tutela dell’interesse giuridico. In uno Stato “realtà vivente” non c’è più considerazione per l’elemento dell’antigiuridicità in rapporto a un interesse privato. Ad essere mutata è “la giustificazione o lo spirito informatore di queste reciproche sfere di libera attività”. La dottrina autoritaria nega l’esistenza di mutue libertà del cittadino e dello Stato, laddove il primo è assorbito nell’orbita del secondo:

mentre in una concezione liberale si tratterebbe di una sfera autonoma nella quale l’individuo può agire liberamente e in certi casi anche contro l’interesse dello Stato in nome di un diritto naturale di libertà, sulle tracce autoritarie si tratta invece di una sfera delegata nella quale l’individuo può agire nell’interesse proprio e in quello dello Stato<sup>128</sup>.

In questo quadro, la concezione dell’antigiuridicità come violazione del “puro e semplice diritto obbiettivo” rimane comunque una esagerazione tipicamente “logico-formalistica”:

quando nel reato non si vuole vedere altro che la contraddizione tra una condotta individuale e un imperativo giuridico indipendente dalla lesione di un bene della vita, si viene ad accentuare il lato formale del diritto e a cadere inevitabilmente in un vano e vacuo formalismo astrattista che nessun sofisma sarà mai capace di giustificare<sup>129</sup>.

---

<sup>124</sup> Ivi, p. 70.

<sup>125</sup> R. Jhering, *Der Kampf um's Recht*, Vienna, 1872, nella edizione italiana a cura di M. Losano, *Lo scopo nel diritto*, Torino 1972.

<sup>126</sup> “L’indirizzo che va sotto il nome di giurisprudenza degli interessi (*Interessenjurisprudenz*), come è noto, afferma che il diritto non è soltanto un sistema di proposizioni che connettono ad una data situazione di fatto un certo effetto giuridico e cioè un complesso di imperativi, ma è essenzialmente un insieme di giudizi di valori, espressi dal legislatore in forma coattiva. Sostiene, quindi, che il giudice non deve limitarsi alla semplice interpretazione logica, ma deve penetrare nell’intenzione del legislatore ed applicare la legge sulla base dell’esame degli interessi” (F. Antolisei, *Per un indirizzo realistico*, cit., p. 125).

<sup>127</sup> G. Bettiol, *Bene giuridico e reato*, in “Rivista di diritto penale”, XVI (1938), p. 4.

<sup>128</sup> Ivi, p. 7.

<sup>129</sup> Ivi, p. 8. Anche secondo Delitala, “lo stesso sistema del Rocco, imperniato sul concetto di “bene

Posizione eccentrica, pur nell'orbita dell'ampiamente diffuso atteggiamento favorevole alla centralità dello Stato. Ottorino Vannini non usa infingimenti e definisce il diritto penale "illimitata statale potestà politica punitiva giuridicamente disciplinata", o, da un punto di vista obiettivo, l'insieme di regole che determinano la "pretesa punitiva statale"; mentre, da un punto di vista "subiettivo", si tratta del diritto dello Stato all'osservanza della *norma agendi*<sup>130</sup>. Più precisamente, nell'orbita del diritto pubblico, i rapporti giuridico-penali sono "generici" e "specifici". Rapporto generico è quello che si stabilisce tra lo Stato e coloro che sono tenuti all'osservanza delle norme penali; "contenuto di questo rapporto è il diritto statale all'osservanza dei precetti, e il diritto dei singoli di compiere quelle azioni che la legge non vieta, nonché il loro dovere di uniformarsi alle norme penali". Rapporto specifico è quello "punitivo", immediatamente determinato dalla sentenza o decreto di condanna. A conti fatti, lo Stato figura come unico titolare di un diritto attivo: quello di punire, mentre al cittadino non rimane che il dovere di "soddisfare la obbligazione penale". Poco serve, a questo punto, specificare che il diritto penale obiettivo sia "regola di condotta per i sudditi e per lo Stato stesso"<sup>131</sup>.

Meno diretto Silvio Ranieri, che comunque considera i delitti "fatti giuridici" una volta "regolati dall'ordinamento giuridico positivo", ossia dal momento che ad una condotta umana si ricollegli la pena come "conseguenza giuridica"<sup>132</sup>; perciò definire l'oggetto della scienza del diritto penale come del diritto privato consiste nel prefigurare una premessa maggiore: la norma penale obiettiva; ed una premessa minore: il fatto o la condotta. Dal loro confronto scaturisce la conseguenza, che sia la condanna o l'assoluzione. In un quadro così schematizzato, parte essenziale è sempre lo Stato,

sia ch'esso determini la norma obiettiva penalmente sanzionata, sia ch'esso costituisca l'organo adeguato, partecipe della sua sovranità, per applicare la conseguenza del confronto fra norma e specie di fatto, pronunciando la condanna e facendola obbligatoriamente eseguire<sup>133</sup>.

In ultima analisi, i rilievi socio-antropologici e politici sono funzionali "nella verifica dei reati e nei mezzi per combatterli", ma il fatto sociale deve

---

giuridico", non può invero – a mio giudizio – ritenersi puramente formale, poiché quello di bene giuridico è indiscutibilmente un concetto teleologico (G. Delitala, *Postilla a A. Santoro, Scienza giuridica*, cit., p. 536). Sul punto, cfr. E. Schwinge, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht: ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Bonn, 1930, pp. 27 ss. Sul diverso approdo del metodo teleologico tra Germania e Italia – diritto penale della "volontà" nel primo caso; svincolo dal formalismo tecnico-giuridico nel secondo, cfr. G. Neppi Modona, M. Pelissero, *La politica criminale*, cit., p. 833.

<sup>130</sup> O. Vannini, *Diritto penale e scienza del diritto penale*, in "Rivista penale", XCV (1922), p. 406.

<sup>131</sup> Ivi, p. 407.

<sup>132</sup> S. Ranieri, *Sullo stato*, cit., p. 124.

<sup>133</sup> Ivi, p. 137.



rimanere distinto dalla scienza penale, il cui compito deve ritenersi esaurito nella trattazione giuridica<sup>134</sup>.

Dunque i delitti sarebbero “creazione della legge statale”. Secondo Arturo Del Giudice, “la realtà materiale presta l’oggetto, ma il reato sorge soltanto dal conflitto fra esso e la norma giuridica”<sup>135</sup>. Anche se, per uscire dagli ingranaggi del tecnicismo, viene tentata una sintesi tra elementi formali e materiali:

anche il diritto è qualche cosa di *reale*, perché il fenomeno giuridico cade sotto i nostri sensi, e può inferirsi da dati empirici; esso è involucro esteriore dei rapporti sociali, è di natura eminentemente formale, donde una maggiore possibilità e una più legittima ragione d’astrazione<sup>136</sup>.

Ma la conclusione è inevitabilmente favorevole alla ricerca dommatica, l’unica in grado, mediante un “processo logico tecnico ricostruttivo”, di pervenire alla “esposizione sistematica dei principi fondamentali del diritto positivo nella loro razionale coordinazione”<sup>137</sup>.

Non così Bettiol. Una volta impostata la questione nei dovuti termini – ovvero che le norme dello Stato non hanno per fine esclusivo la loro osservanza, ma la “tutela delle condizioni necessarie a garantire una ordinata convivenza sociale”, dato che “non si vede la ragione per cui uno Stato autoritario a differenza di uno a sfondo liberale non dovrebbe interessarsi della tutela dei bisogni e delle necessità sociali”<sup>138</sup> - sostituire l’interesse oggettivo al diritto soggettivo significa che quest’ultimo viene considerato come una parte dell’interesse collettivo degno di tutela. Alla luce di queste considerazioni, più che di interessi<sup>139</sup>, meglio sarebbe parlare di valori, così che il bene giuridico acquisti un contenuto più corrispondente al suo scopo, che non è legato alla singola fattispecie ma all’intero ordinamento giuridico<sup>140</sup>.

<sup>134</sup> Trattazione giuridica che sia “fondata nella legislazione positiva penale, nella determinazione del concetto giuridico generale del reato e della pena, nello svolgimento sistematico delle prescrizioni della legge fino a determinare i concetti fondamentali e gli ultimi principi, nella presentazione, nella parte speciale, dei singoli reati e delle pene comminate” (ivi, p. 124).

<sup>135</sup> A. Del Giudice, *Obietto*, cit., p. 7.

<sup>136</sup> Ivi, p. 8.

<sup>137</sup> Ivi, p. 11.

<sup>138</sup> G. Bettiol, *Bene giuridico*, cit., p. 10.

<sup>139</sup> Cfr. G. Bettiol, *Giurisprudenza degli interessi*, in “Rivista italiana di diritto penale”, XVI (1938), pp. 385-402.

<sup>140</sup> “In contrapposizione allo scopo particolare (bene giuridico) che può essere chiamato *criterio teleologico materiale o sostanziale*, gli scopi più generali vengono anche chiamati *criteri teleologici formali* mediante i quali si giunge a un certo grado di astrazione che permette l’elaborazione scientifica” (G. Bettiol, *Bene giuridico*, cit., p. 17). Sul punto, cfr. R. Treves, *Il metodo teleologico nella filosofia e nella scienza del diritto*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto” (1933), p. 14. Per una critica all’impostazione del Bettiol cfr. A. De Marsico, che da un lato polemizza contro la interpretazione limitata che viene fatta del positivismo; da un altro giudica meritevolmente il richiamo che egli fa alla “importanza decisiva degli scopi della norma (alla logica concreta del diritto penale), dei nessi fra vita sociale e diritto penale; di rafforzare le dighe contro la dispersione del diritto penale tanto nel naturalismo quanto nel sociologismo, ma al tempo stesso di assicurare la permeabilità del diritto penale

Quanto alle facoltà riconosciute all'interprete, Bettiol si riavvicina a Petrocelli: egli deve sempre rimanere aderente all'indirizzo fondamentale dell'ordinamento; può colmare delle lacune, ma "sono sempre gli indirizzi fondamentali della legislazione che deve tenere presenti, non i propri indirizzi o le personali vedute". In definitiva, il rispetto dei limiti è condizione imprescindibile, anche quando l'interprete faccia riferimento a principi "metagiuridici" per allargare o restringere il senso di una norma, "dovendosi trattare di quei principi e di quelle norme culturali che hanno informato di sé l'opera del legislatore"<sup>141</sup>.

## 6. Diritto "dinamico", indagine realistica

Comunque "le scienze in genere, quelle morali in ispecie, sono sempre espressioni del loro tempo; e i tempi mutano"<sup>142</sup>. Invece di prendere atto di questo dato incontrovertibile, ci si protende verso l'"astrattismo", sicché

le esigenze concrete della vita sono sempre maggiormente perdute di vista per dar luogo a costruzioni dialettiche straniate dalla realtà, mentre la dottrina diviene sempre più un'arena di evoluzioni logiche e di astruserie, poco o meno concludenti<sup>143</sup>.

Ai critici di idealismo e formalismo, indirizzi accusati entrambi di uno scetticismo desolato, pare che il metodo scientifico inaugurato negli anni dieci non abbia alcunché di autenticamente culturale:

i logici del diritto si affaticano intorno alla forma del diritto, tentano di spiritualizzare la dommatica e concludono i loro sforzi in teorie del successo e del fatto compiuto. Essi tendono, in prevalenza, a ridurre la filosofia giuridica a pura gnoseologia, liberandola da ogni elemento etico. E i criminalisti li hanno seguiti e li seguono, proclamando l'eccellenza del metodo meramente tecnico, la vacuità, e più ancora il danno, di ogni incursione dello studioso del diritto nel campo speculativo<sup>144</sup>.

Sono parole forti, scritte da Paolo Rossi, l'unico penalista italiano apertamente avverso al fascismo, che pertanto avrebbe fatto le spese delle sue affermazioni<sup>145</sup>. In comune con Francesco Antolisei c'è senz'altro l'idea per cui "la tecnica giuridica ignora e ordisce trame sempre più perfette e più conseguenti, fondate sul principio che la legge è tutto e non vi è nulla di fuori

---

dall'elemento sociale, gettando una voce di allarme contro gli eccessi di un formalismo vuoto che non tarderebbe ad incadaverire la nostra scienza" (*I problemi penali nel teologismo di Bettiol*, cit., p. 222).

<sup>141</sup> G. Bettiol, *Bene giuridico*, cit., p. 18.

<sup>142</sup> F. Antolisei, *Per un indirizzo*, cit., p. 128.

<sup>143</sup> *Ibidem*.

<sup>144</sup> P. Rossi, *Scetticismo e dogmatica nel diritto penale*, Messina-Milano 1937, p. 89. Cfr. G.P. Trifone, *Una voce*, cit., pp. 293-296.

<sup>145</sup> Cfr. G.P. Trifone, voce Paolo Rossi in Dizionario biografico Treccani, v. 88 (2017), [http://www.treccani.it/enciclopedia/paolo-rossi\\_\(Dizionario-Biografico\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/paolo-rossi_(Dizionario-Biografico)).

della legge”<sup>146</sup>. Antolisei riterrebbe altresì opportuno un bilancio “sia consuntivo che preventivo” dei risultati raggiunti e delle nuove mete da perseguire, invece di abbandonarsi alla “idolatria della parola della legge [e all’] isolamento della scienza”<sup>147</sup>, che significa tralasciare “gli effetti dell’applicazione del diritto nella vita sociale”. A suo parere, l’inaridimento degli studi penalistici contrasta palesemente con la natura di una scienza “satura di umanità”<sup>148</sup>, mentre dall’abuso della logica astratta è conseguito

l’uso eccessivo del procedimento deduttivo con inclinazione a ritenere valide le illusioni per il solo fatto che derivano logicamente dalle premesse, senza verificare la loro rispondenza ai bisogni concreti della vita giuridica. Ne è derivata la sopravvalutazione dei concetti e categorie generali, i quali sono stati assunti come dogmi, validi per tutti i tempi e tutti i luoghi. Di qui l’irrigidimento delle costruzioni; di qui quell’inflexibile dogmatismo che [...] ha creato un’infinità di vuote formule concettuali, librate nel cielo delle astrazioni, al di sopra della realtà dei fatti<sup>149</sup>.

Il diritto è per sua natura “alogico”, comprensivo di una grande quantità di elementi irrazionali<sup>150</sup>, cioè regole e principi che non è possibile ricondurre a sistema. Basti considerare il modo in cui si formano le leggi, quasi sempre frutto di transazione e compromesso:

alla formazione di queste concorrono in genere varie persone che rappresentano spesso interessi diversi, seguono ideologie differenti, hanno ciascuna un proprio ordine di idee. La prima proposta, la proposta per così dire originaria, viene da una di queste persone e, in generale, corrispondendo alle sue direttive, si presenta logica. Difficilmente, però, tale proposta riesce a prevalere per intero: allo scopo di giungere ad un accordo e formulare così un progetto collettivo, che esprima il pensiero della maggioranza, avvengono delle reciproche concessioni e viene fuori qualcosa che né da un punto di vista né dall’altro può considerarsi del tutto razionale<sup>151</sup>.

La necessità di introdurre dei temperamenti, “vere deviazioni dalla logica dei principi accolti”, è ragione di opportunità da parte del legislatore per l’attuazione del suo scopo. Ma altri ancora potrebbero essere gli elementi irrazionali “inconsapevoli”, residui di percorsi compiuti o principi nuovi, per i quali i tempi

<sup>146</sup> P. Rossi, *Scetticismo*, cit., p. 114.

<sup>147</sup> Ivi, p. 131.

<sup>148</sup> Ivi, p. 132.

<sup>149</sup> Ivi, p. 133.

<sup>150</sup> Sulle stesse coordinate, P. De Francisci: “in ogni ambiente giuridico appaiono diverse stratificazioni, corrispondenti alle diverse origini degli istituti, alle diverse classi, a diverse influenze; vi è in ogni sistema una numerosa serie di regole e di principi, che colla logica di esso come viene concepito e ricostruito dalla dogmatica sono inconciliabili, una serie di elementi che in quanto a quella logica si oppongono si possono chiamare, più che anormali, irrazionali [...]. Ma talora questi elementi irrazionali, che non quadrano col sistema costruito dalla dogmatica, rappresentano invece i principi nuovi che si manifestano nel fatto” (Id., *Dogmatica*, cit., p. 380).

<sup>151</sup> F. Antolisei, *Per un indirizzo*, cit., p. 134.

non sono ancora maturi. Per non dire delle anomalie relative ai concetti sottesi all'ordinamento giuridico. Basti accennare alla pena, informata agli inconciliabili criteri della retribuzione e della emenda; mentre, quanto ai presupposti della sua applicazione, il concetto di colpevolezza pare incompatibile con il principio *ignorantia legis non excusat* sancito nell'art. 5 del codice penale<sup>152</sup>.

Prendendo le mosse da François Gén<sup>153</sup>, Antolisei giudica che l'astrazione è soltanto una "immagine": il concetto non ha importanza in sé, ma ha valore strumentale; e l'interpretazione ha per scopo "di determinare il significato e la portata di una norma giuridica e di precisare il campo in cui questa deve applicarsi". Ben oltre i concetti generali, sono i concetti particolari - "quei concetti che, giova ripeterlo, stanno alla base del diritto e servono poi per costruire gli istituti e il sistema"<sup>154</sup> - a dare contenuto alla norma:

lo scopo non può essere considerato come un elemento metagiuridico, e cioè estraneo al diritto. L'accertamento di esso, essendo indispensabile per interpretare la norma giuridica, per comprenderne il significato e determinarne la portata, rientra fra i compiti del giurista, il quale, ricercandolo, non esorbita dalla legge, ma ne pone in luce un elemento essenziale<sup>155</sup>.

Assunto fondamentale è che tutte le costruzioni giuridiche sono "intimamente permeate dalle ideologie politiche sociali ed etiche dell'epoca in cui sono sorte", contenendo esse sempre un "elemento volontaristico fondato su un giudizio di valore"<sup>156</sup>. Funzione della dogmatica deve essere quella "pratica" di "fornire al giudice e a coloro che collaborano con lui i criteri per una esatta interpretazione della legge", abbandonando la "grande favola" della completezza del diritto, nell'impossibilità di elaborare un sistema definitivo". Particolarmente

la mania del sistema, del sistema a ogni costo, va abbandonata e nel tempo stesso bisogna convincersi che le costruzioni sistematiche servono sopra tutto per l'esposizione chiara ed ordinata della materia legislativa. Tendendo a questo fine pratico, la loro importanza non va sopravvalutata. Si potrebbe anche dire che ogni sistema è buono, se raggiunge convenientemente il suo scopo<sup>157</sup>.

Giova ripetere che in diritto penale un sistema perfetto non può darsi, perché è la stessa materia a porsi come relativa, ovvero mutevole per ragioni politiche, sempre contingenti. Dato ciò, la scelta dell'"ordine di esposizione"

<sup>152</sup> Cfr. *ivi*, p. 135.

<sup>153</sup> Cfr. F. Gén, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Parigi 1899 e Id., *Science et technique en droit privé positif*, 2 voll., Parigi 1914.

<sup>154</sup> F. Antolisei, *Per un indirizzò*, cit., p. 139.

<sup>155</sup> *Ivi*, p. 140.

<sup>156</sup> *Ivi*, p. 144.

<sup>157</sup> *Ivi*, p. 147.

non può che essere di “opportunità dialettica”<sup>158</sup>. Del resto, la smentita delle teorie formalistiche viene proprio dal fratello di Arturo Rocco, Alfredo, che rileva lucidamente il nesso tra *forma* e *substantia iuris*:

il diritto è forma, e perciò presuppone una sostanza, è regola e quindi non può esistere senza un fatto regolato, è disciplina di rapporti sociali, *proportio hominis ad hominem*, e non può pertanto concepirsi che come connesso a rapporti sociali. Il diritto non crea i rapporti umani; li prende come sono nella realtà sociale e li regola per ottenere scopi che sono necessariamente, anche essi, sociali<sup>159</sup>.

Il fatto “o rapporto regolato dalla norma” va considerato dato integrante della norma stessa; non, quindi, elemento “metagiuridico”, ma “la sostanza di cui il diritto è materiato”<sup>160</sup>. L’applicazione di una determinata interpretazione si riverbera sulla vita sociale, dunque il giurista è tenuto sempre a considerarne “gli effetti”<sup>161</sup>.

Antolisei, pur senza mettere formalmente in discussione il progetto politico nel cui interesse la scienza giuridica è tenuta ad operare, perviene a conclusioni che, di fatto, ne minano le fondamenta: innanzitutto, se la perfezione è requisito che non si addice a nessun sistema giuridico, la critica del giurista è non soltanto possibile, ma utile allo sviluppo della legislazione al fine della preparazione delle riforme del diritto in vigore. Gravemente erronea, insomma, “l’opinione che lo studio dei problemi *de jure condendo* non rientri fra i compiti della scienza del diritto”<sup>162</sup>, nella prospettiva, propria dello Stato moderno autoritario, per cui esso

esplica un’azione eminentemente attiva che è intesa a trasformare la coscienza del popolo per assicurare a questo condizioni di vita più elevate ed anche per indirizzarlo a determinate finalità nazionali o sociali<sup>163</sup>.

Ciò vale anche per il giudice, che ha il compito di “continuare, con giudizi valutativi, l’opera del legislatore nello spazio che questi ha lasciato libero”<sup>164</sup>. Rossi, contrariamente alle posizioni di quanti, come Maggiore, sono entusiasti della interpretazione creativa, si attiene al dato di fatto per cui, nel diritto penale, la funzione della giurisprudenza è quasi nulla: non ha avuto alcun ruolo nelle riforme del 1930 o nelle precedenti, che sono invece state tutte ispirate da teorie criminalistiche o politiche. Né tale “timidità” della giurisprudenza si può

---

<sup>158</sup> Ivi, p. 148.

<sup>159</sup> Al. Rocco, *Politica e diritto nelle vecchie e nuove concezioni dello Stato*, in *Nuova antologia*, nov.-dic. 1931, p. 364.

<sup>160</sup> F. Antolisei, *Per un indirizzo*, cit., p. 149.

<sup>161</sup> Ivi, p. 150.

<sup>162</sup> Ivi, p. 153.

<sup>163</sup> Ivi, p. 160.

<sup>164</sup> Ivi, p. 161.

imputare al divieto di interpretazione estensiva o analogica; ci sono altri motivi che rendono l'interpretazione della legge penale "statica, quasi meccanica e incapace di concorrere alla rinnovazione del diritto":

carattere formalistico del diritto penale, scopo intimidatorio che richiede la cristallizzazione della norma in schemi semplicissimi e immutabili, ispirazione implicitamente religiosa e quindi tendente a esprimersi per proposizioni dogmatiche ecc<sup>165</sup>.

Dal canto suo, Antolisei riconosce che la divisione dei poteri è ancora in atto nello Stato fascista e smentisce la "preconcetta diffidenza verso l'autorità giudiziaria", criticando anch'egli le recenti impostazioni in materia di analogia, sebbene senza condividere lo scetticismo di Rossi. Piuttosto, la dottrina secondo la quale dal reato nasce un rapporto giuridico tra lo Stato e il reo<sup>166</sup> contiene il pericolo di "trasformare il rapporto di subordinazione penale in rapporto di coordinazione" e, in conseguenza, "di considerare alla stessa stregua lo Stato che punisce e l'individuo che deve essere punito"<sup>167</sup>. È proprio per salvaguardare la preminenza dell'interesse statale su quello individuale che la funzione giudicante non deve esorbitare dai tradizionali limiti. Il rischio di creare devianze giuridiche scaturisce proprio dalla separazione tra la forma astratta e la realtà concreta degli effetti sociali, che vanno esattamente conosciuti per poter essere efficacemente regolati.

In conclusione, il diritto penale ha sempre una "giustificazione utilitaria". Soltanto una poco probabile universalizzazione della coscienza dei popoli convergente su un modello ideale di società potrebbe ovviare al formarsi di "teologie politiche giuridiche contrastanti"<sup>168</sup>, e non è certo il caso del regime. Diversamente, l'operazione di "spogliare il diritto penale da ogni contaminazione di scienze antropologiche, sociali o filosofiche" è stata finalizzata a

sottrarre detto diritto ad indagini e discussioni che avrebbero rivelato alla fine la matrice autoritaria di taluni istituti e dei maggiori principii, innescando o favorendo processi sociali e politici che la borghesia capitalistica dapprima e il fascismo poi tenevano al sommo delle loro preoccupazioni<sup>169</sup>.

Non di meno si è cercato di mettere in evidenza che la cultura giuridica del ventennio fascista non si è completamente omologata nella quiescenza all'autoritarismo. Certo, con le rarissime eccezioni cui si è fatto cenno, critiche aperte al fascismo non sono venute e non potevano venire da parte di chi era

<sup>165</sup> P. Rossi, *Scetticismo*, cit., p. 119.

<sup>166</sup> Antolisei fa riferimento a F. Schaffstein, *Der begriff "Strafanspruch" und seine rechtspolitischer gebalt*, in "Deutsche juristen zeitung" (1934), pp. 1174 ss.

<sup>167</sup> F. Antolisei, *Per un indirizzo*, cit., p. 162.

<sup>168</sup> P. Rossi, *scetticismo*, cit., p. 67.

<sup>169</sup> E. Gallo, *Una politica per la riforma del codice penale*, in "La questione criminale", I (1981), p. 52.

impegnato a costruire un sistema giuridico adeguato al corso politico. Come affermato da Giuseppe Capograssi, questi giuristi “debbono fare così, è necessario che facciano così [...] il loro lavoro serve per la sua parte a dare consistenza allo Stato”. L'accettazione dell'“assetto attuale *pro tempore* con cui lo Stato si regge” è “condizione tecnica del lavoro tecnico del giurista”<sup>170</sup>. Ciò detto, il diritto penale provvede ad una difesa “rassicurante” della comunità civile dai suoi “nemici interni”<sup>171</sup>. È soprattutto in tal senso che è dato riscontrare la continuità tra Stato liberale e regime fascista: la presunta neutralità del metodo tecnico-giuridico ha celato un disegno politico di ispirazione borghese. Non a caso il regime ha tutelato lo Stato, ossia sé stesso, come ordine costituito, confermando indirettamente la pericolosità della società, essenzialmente disordinata:

il carattere garantista del codice penale non toglie che sia ispirato a una concezione autoritaria dello Stato e ad una concezione dei rapporti fra le classi fondata sul primato dei più abbienti e sul timore nei confronti di quelli che i criminologi dell'Ottocento chiamavano la classe pericolosa<sup>172</sup>.

Del resto, è grazie al tecnicismo che alcuni capisaldi della “penalistica civile” hanno potuto compiere in qualche modo indenni il passaggio dallo Stato liberale al fascismo, fino allo Stato costituzionale. La medaglia, però, ha due facce: se per un verso l'operazione tecnico-giuridica ha svolto un ruolo garantista e temperante gli eccessi autoritari, dal verso opposto essa ha costituito un ostacolo ad una riforma effettiva della legislazione penale sin dagli anni successivi all'approvazione della Costituzione<sup>173</sup>. Con tutte le criticità che, quotidianamente, si è tenuti a riscontrare<sup>174</sup>.

<sup>170</sup> G. Capograssi, *Il problema di V.E. Orlando*, in Id., *Opere*, V, Milano 1959, p. 374. Sul punto, I. Birocchi, *Il giurista intellettuale*, cit., pp. 60-61.

<sup>171</sup> Cfr. anche F. Colao, *Le scuole penalistiche*, cit., p.8.

<sup>172</sup> P. Caroni, *Codice penale e regime autoritario*, in “La questione criminale”, I (1981), p. 131. Sul punto, M.N. Miletti, *Giustizia penale e identità nazionale*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno” (2016), pp. 698 ss.

<sup>173</sup> Sul punto F. Colao: “nel salvataggio previa defascistizzazione dei codici era decisivo l'argomento della “resistenza della scienza a qualsiasi infiltrazione del dato politico nel tradizionale sistema penale” (G. Leone, *La scienza giuridica penale nell'ultimo ventennio*, in “Archivio penale” (1945), p. 28). Da allora, passando per la Costituzione fino agli anni Settanta del Novecento, la penalistica continuava a riconoscersi nel ‘vecchio’ tecnicismo giuridico, con il contribuire, più che all'adempimento costituzionale, a riforme compatibili con la tradizione liberale, più o meno inventata” (F. Colao, *Le scuole penalistiche*, cit., p. 10). Paradossalmente, è stato osservato, “l'indirizzo tecnico-giuridico che nella seconda metà degli anni trenta ha svolto [...] un ruolo comunque garantista di fronte allo sfacelo della teoria classica del reato che si andava consumando in Germania, ostacola nella risorgente democrazia la valutazione e la comprensione della politica criminale condotta dal regime e oppone una forza conservatrice contraria alla riforma della legislazione, priva di ogni giustificazione negli anni successivi all'approvazione della Costituzione” (G. Neppi-Modona, M. Pelissero, *La politica criminale*, cit., p. 846).

<sup>174</sup> Ancora a detta di Pio Caroni: “un sistema penale disomogeneo, che può essere definito non come slittante dal modello liberale ad un modello autoritario, ma come funzionale ad un sistema politico che slitta dal modello liberal-democratico ad un modello democratico giacobino. Nel quale contro il

---

deviante o alcuni devianti si adotta la logica della guerra [...]. Di una guerra che nel mondo moderno è dotata di regole, ma non sempre corrispondenti a quelle dei codici del tempo di pace [...]. Il mondo moderno e la cultura giuridica continentale assistono alla crisi della codificazione. Nell'universo degli scambi privati e del diritto civile la crisi è stata accertata. Ma non occorre preoccuparsi per una crisi della codificazione penale?" (*Codice penale*, cit., p. 37). Cfr. anche M. Sbriccoli, *Caratteri originali*, cit., pp. 649 ss.