

Marco Nicola Miletta

«*Gioco cinese*».

*La dogmatica e i suoi critici
nella penalistica italiana (1900-1950)*

SOMMARIO: 1. Forma ed esperienza nella penalistica d'inizio Novecento – 2. Per una dogmatica storico-filosofica: Giuseppe Maggiore – 3. I filosofi fuori dal tempio – 4. La «prigione» della legge positiva – 5. Un dogmatico anti-formalista: Francesco Carnelutti – 6. Un dogmatico positivista: Filippo Grisogni – 7. Incrinature nell'indirizzo tecnico-giuridico: a) Alfredo de Marsico e la nuova dogmatica fascista; b) Il gius-realismo di Francesco Antolisei; c) Giuseppe Bettiol e la riscoperta dei 'valori' – 8. Il secondo dopoguerra: tra antiggiuridicità formale e teleologismo – 9. Pietro Nuvolone e il ritorno del giusnaturalismo – 10. In difesa del tecnicismo legalistico: Petrocelli e Bellavista – 11. Qualche considerazione conclusiva.

1. *Forma ed esperienza nella penalistica d'inizio Novecento*

All'inaugurazione dell'anno accademico 1921-22 dell'Università di Siena Piero Calamandrei descriveva il disorientamento dei neo-laureati in Giurisprudenza nell'impatto con la professione, allorché si accorgevano che il diritto «è cosa del tutto diversa da quelle ingegnose alchimie di concetti» *manipolati* da «inventori allucinati». La responsabilità ricadeva, a suo parere, su «certi seguaci intransigenti del metodo tecnico-giuridico, i quali, ritenendo estranea al campo del giurista ogni indagine che non miri alla astratta costruzione dogmatica degli istituti positivi, hanno rimpicciolito la nostra scienza ad una specie di gioco cinese altrettanto ingegnoso quanto inconcludente»¹.

La divaricazione, deplorata da Calamandrei, tra teoria ed esperienza, concetti e interessi, formalismo (*chineserie*, come si diceva beffardamente) e realtà sociale investiva l'intera cultura giuridica europea. E trovava nella pe-

¹ P. CALAMANDREI, *Governo e magistratura*. Discorso inaugurale dell'anno accademico dell'Università di Siena, letto il 13 novembre 1921, in «Annuario accademico della R. Università degli Studi di Siena», 1921-22, pp. 13-44; ora in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche. Volume II. Magistratura, avvocatura, studi e insegnamento del diritto*. Presentazione di Mauro Capelletti, RomaTre Press, Roma, 2019, pp. 195-221: 196-197.

nalistica italiana della prima metà del Novecento un *habitat* ipersensibile. Le pagine seguenti proveranno a scandagliarlo, rendendo omaggio alla convinzione bettiana circa la «reciproca illuminazione» tra dogmatica e storia².

La *dogmatica* sarà scelta come *fil rouge* perché, quantunque consacrata dal dominante (ma non monopolistico) indirizzo tecnico-giuridico³, per una sorta di sineddoche passò a contrassegnare, entro l'arco cronologico preso in esame, il *metodo* logico-sistematico. Sicché abbozzarne una trama diacronica vuol dire lumeggiare uno dei cardini del penale contemporaneo.

Com'è noto, la prelezione sassarese di Arturo Rocco del 1910 coglieva una preoccupazione diffusa e non infondata: la perdita dell'identità *giuridica* del penale⁴. Già nel 1895, per esempio, Pietro Lanza, libero docente, allievo

² E. BETTI, *Storia e dogmatica del diritto*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Atti del primo congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto, Olschki, Firenze, 1966, pp. 105-115; poi in E. BETTI, *Diritto Metodo Ermeneutica. Scritti scelti*, a cura di Giuliano Crifò, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 573-586, spec. p. 585.

³ P. NUVOLONE, *Introduzione a un indirizzo critico nella scienza del diritto penale*. Prolusione al corso ufficiale di Diritto penale, tenuta il 3 febbraio 1949 nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Parma, in «Rivista italiana di diritto penale», n.s. II, 1949, n. 4, pp. 379-395; poi in P. NUVOLONE, *Trent'anni di diritto e procedura penale. Studi. Volume primo*, Cedam, Padova, 1969, pp. 166-179: 169 affermava che «l'indirizzo tecnico-giuridico, inteso come metodo» che poneva al centro il diritto positivo, teneva «ancora il primato nella scienza del diritto penale». G. BELLAVISTA, *Deviazioni metodologiche e crisi nella scienza del diritto criminale*. Prolusione al corso ufficiale di Diritto penale, tenuta il 16 gennaio 1950 nella Aula Magna della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Trieste, in «Archivio Penale», VI, 1950, pt. I, pp. 85-104: 87 parlava di dominio *incontrastato* del metodo tecnico-giuridico nell'«ultimo quarantennio», ma anche delle tante voci (v. *ivi*, p. 86, nt. 1) di crisi della scienza.

⁴ M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di Aldo Schiavone, Laterza, Roma-Bari, 1990, pp. 147-232; ora in M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, I, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 493-590: 574-580. AR. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*. Prelezione al corso di diritto e procedura penale letta nella R. Università di Sassari il 15 gennaio 1910, in «Rivista di diritto e procedura penale», I, 1910, pt. I, pp. 497-521 e 561-582; poi in AR. ROCCO, *Opere giuridiche*, III, *Scritti giuridici vari*, Società Editrice del «Foro Italiano», Roma, 1933, pp. 263-323: 289 proponeva che la scienza penalistica si limitasse «a studiare il delitto e la pena sotto il lato puramente e semplicemente giuridico», avvalendosi dell'unico dato empirico disponibile, vale a dire il diritto positivo. Sulla prelezione la letteratura, anche penalistica, è vastissima. Tra i contributi soffermatasi soprattutto sugli effetti di media e lunga durata delle indicazioni di Rocco si segnalano: *Legittimazione e metodo della scienza penale: a cento anni dalla prolu-*

di Carrara e poi aggregato alla cd. Terza scuola, paventava che la disciplina venisse *snaturata* e *sopraffatta* dalle scienze ausiliarie (l'antropologia e la sociologia criminali) qualora fossero state abbattute quelle che Ferri aveva sprezzantemente battezzato «barriere doganali» tra i saperi⁵. Parimenti in polemica con Ferri, e intervenendo nell'acceso dibattito *fin de siècle* sullo iato metodologico tra scienze naturali e scienze giuridico-morali, Pietro Lanza ammoniva queste ultime a tener conto del dover essere, anziché accontentarsi del 'dato'⁶.

Per la verità, neanche Rocco chiudeva le porte alla dimensione deontologica della scienza penale. Ma la relegava a terzo e ultimo elemento della triade *esegesi-dogmatica-critica*, raccomandando peraltro di tenerla ancorata ai «principi del diritto positivo vigente»⁷.

sione sassarese di Arturo Rocco. Dibattito in «Criminalia», 2010, pp. 125-252 (con interventi di Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Renzo Orlandi, Tullio Padovani, Domenico Pulitanò); *Gli ottant'anni del codice Rocco*, a cura di Luigi Stortoni e Gaetano Insolera, Bononia University Press, Bologna, 2012; M. DONINI, *Arturo Rocco und der Rechtstechnizismus im italienischen Strafrecht*. Mit Beiträgen von Sergio Seminara, Giovanni Fiandaca und Massimo Donini und dem Text des "Manifesto" aus dem Jahre 1910, hrsg. Thomas Vormbaum Lit, Münster-Berlin, 2013, pp. 73-125.

⁵ P. LANZA, *Trattato teorico pratico di diritto penale con esteso commento del vigente codice. Parte I: Filosofia del diritto penale*, Nella Tipografia Vannucchi, Pisa, 1895, I, pp. 289-290. E. FERRI, *Sociologia criminale. Terza edizione completamente rifatta dei Nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Fratelli Bocca, Torino, 1892, p. 699 aveva, per l'appunto, definito *bizantinismo* la permanenza delle «barriere doganali» tra saperi. Da notare che lo stesso E. FERRI, *Sociologia criminale*. IV ed., Fratelli Bocca, Torino, 1900, p. 31, nt. 2 avrebbe sprezzantemente inglobato Lanza tra gli «eclettici criminalisti che, come i molluschi, poco si differenziano tra loro».

⁶ LANZA, *Trattato*, I (1895), cit. nt. 5, *Introduzione*, pp. 7-8. Ivi, p. 9 l'A. aggiungeva che sulle istituzioni influiscono senza dubbio «gli scritti dei filosofi e la propaganda degli apostoli». Qui la critica di Lanza riguardava E. FERRI, *Socialismo e Scienza Positiva (Darwin-Spencer-Marx)*, Casa Editrice Italiana, Roma, 1894, p. 19, il quale, nel proporre il marxismo come punto di confluenza tra darwinismo e socialismo, aveva sostenuto che «le teorie politiche o scientifiche» fossero entrambe l'ineluttabile prodotto dell'evoluzione, e non frutto di scelte individuali.

⁷ ROCCO, *Il problema e il metodo* (1910), cit. nt. 4, pp. 289-290 (esegesi, dogmatica, critica); ivi, pp. 274-275 (rilancio del «criterio giuridico» nel penale, sulla scia di V.E. Orlando [per il diritto pubblico] e dei privatisti); ivi, p. 266 (dogmatica da edificare sul diritto vigente; rifiuto del diritto naturale, della contaminazione con la politica, degli sfuggenti concetti bio-psico-sociologici). Che l'apertura rocciana alla *critica* non fosse pienamente compa-

Occorre tener conto che, negli anni della prelezione rocchiana, si discuteva dei confini disciplinari tra diritto penale e politica criminale. Una tesi «gretta e volgare» – sbottava Vincenzo Lanza nel 1908 – inchiodava il primo allo studio delle norme; e affidava alla seconda la disamina del «momento causale e finalistico», così degradando il giurista a «un gendarme di mediocre intelligenza»⁸. Il penale – incalzava nel 1916 Emanuele Carnevale – tratta di «uomini» e del «male» commesso e «futuro»; di «contenut[i] uman[i] e social[i]» non suscettibili della sola «elaborazione tecnico-giuridica»⁹. Al 'legalismo' dei colleghi Carnevale eccepiva che ormai il diritto positivo dipendeva «più di prima [...] da fattori e finalità sociali»: alla norma penale il legislatore chiedeva ormai non finezze concettuali, bensì «*sostanza di lotta* contro il delitto»¹⁰. Se si sfoglia la «Rivista Penale» del primo dopoguerra, ci s'imbatte nel frequente scoramento per una penalistica ormai avvitata nell'iper-formalismo¹¹ e refrattaria a innalzarsi alla riflessione filosofico-politica¹².

tibile con la 'distinzione' tra scienza penale e politica criminale fu rilevato da E. CARNEVALE, *Il perfezionamento del metodo giuridico e la concezione integrale del diritto criminale. Saggio di sintesi storica e ideale*, in «Rivista Penale», XLII, 1916, vol. 84, pp. 257-272 e 497-517: 507.

⁸ V. LANZA, *Diritto penale italiano. Principi generali*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1908, p. 15.

⁹ CARNEVALE, *Il perfezionamento*, cit. nt. 7, pp. 510 e 512. Ivi, p. 513 l'A. esemplificava il suo dissenso dal tecnicismo giuridico contestando l'idea per cui il fine della pena dovesse restare questione filosofica o politica, non giuridica. Si noti che pochi anni prima, interrogandosi sulla possibilità che la scienza giuridica si estendesse anche alla valutazione 'politica' del diritto, A. BONUCCI, *La critica del diritto positivo e le scienze giuridiche*. Prolusione al corso di Filosofia del diritto, letta il giorno 21 novembre 1912 nella R. Università di Siena, in «Studi Senesi», XXIX, 1912, fsc. 3-4, pp. 113-141: 115 e 121-122 osservava come tale esigenza, a partire da von Liszt, fosse particolarmente avvertita nel penale, a causa della peculiare rilevanza degli interessi in gioco.

¹⁰ CARNEVALE, *Il perfezionamento*, cit. nt. 7, p. 508.

¹¹ A. CORDOVA, *La questione del metodo nella scienza del diritto penale*, in «Rivista Penale», XLIV, 1918, vol. LXXXVII, fsc. I-II, pp. 5-37, pur ammettendo la diversità di metodo tra diritto penale e politica criminale, metteva in guardia dal rischio che una scienza penalistica incentrata soltanto sullo «studio del carattere formale della norma», e dunque disinteressata alle «indagini causali» e «genetiche», divenisse «una costruzione accademica e vuota, che starebbe al diritto come alla teologia già stavano le distinzioni e le sottigliezze scolastiche così minute, così sottili, così inutili».

¹² G.B. DE MAURO, *Il problema del metodo e la concezione scientifica del diritto penale*, in «Rivista

2. *Per una dogmatica storico-filosofica: Giuseppe Maggiore*

Traendo esplicitamente spunto da questi studi critici¹³, nel 1924 Giuseppe Maggiore, allora professore ‘gentiliano’ di Filosofia del diritto presso la Libera Università di Perugia (in quell’anno avrebbe vinto la cattedra a Siena)¹⁴, lanciava alla dogmatica una robusta sfida intellettuale. Egli esortava ad aprire gli occhi:

Che la dommatica giuridica attraversi oggi – segnatamente nella scienza del diritto criminale – il suo periodo aureo sarebbe arduo asserire. Essa mostra la floridezza appariscente della pianta che ha finito di spighire: grandeggia e frondeggia. Ma non è forse tale esuberanza già segno di decadimento?¹⁵.

Penale», XLVI, 1920, vol. 91, fsc. 1-2, pp. 15-33: 25, nell’escludere la possibilità d’un «taglio netto» tra diritto penale e politica criminale, ridicolizzava il giurista dogmatico che, per non invadere il terreno della filosofia e della politica, dopo aver «spiegato, illustrato, applicato la norma penale vigente» ed esser risalito «ai principî generali del diritto», chiudeva i libri e indossava «l’abito del filosofo o del politico» per poter elaborare proposte di norme nuove. «Ora, francamente, la scienza dev’essere [...] qualche cosa di piú serio [...]. Queste sono frottole che si scrivono per la mania di dir cose nuove e originali, o per far piacere ai propri mecenati!».

¹³ G. MAGGIORE, *Funzione e limiti della dommatica nella scienza del diritto criminale*, estr. da «Annali dell’Università di Perugia», VII-VIII, 1923-1924, Tipografia Guerriero Guerra, Perugia, 1924, p. 33, nt. 1 citava, a proprio sostegno, Lanza, De Mauro e Cordova, su cui cfr. súbito *supra*, § 1. Non può escludersi che Maggiore si fosse imbattuto nelle tesi di V. Lanza all’Università di Palermo, dove si adottava il testo del 1908.

¹⁴ Libero docente, magistrato dal 1905, Giuseppe Maggiore era procuratore del re a Perugia (e neo-ordinario [straordinario dal 1921] nella Libera Università del capoluogo umbro) quando, nel dicembre del 1924, vinse il concorso a cattedra di Filosofia del diritto presso l’Università di Siena, dove aveva ottenuto per due anni (1923 e 1924) un incarico d’insegnamento. La Facoltà (relatore Ugo Conti) propose l’assegnazione della cattedra a Maggiore, Eugenio Di Carlo e Sergio Panunzio; ma la commissione giudicatrice (Vincenzo Miceli [pres.], Alfredo Bartolomei e Giorgio Del Vecchio) scelse solo il primo, pur rilevando che l’inclinazione filosofica da lui seguita lo rendeva «incline al dommatismo». Cfr. *Relazioni della Facoltà di Giurisprudenza e della Commissione giudicatrice del concorso alla Cattedra di Filosofia del diritto nella R. Università di Siena*, in «Boll. Uff. Min. Pubbl. Istruz.», LII, 1925, vol. II, n. 44 (15 ottobre 1925), pp. 3280-3283 (l’affermazione della commissione Miceli è a p. 3283).

¹⁵ MAGGIORE, *Funzione e limiti* (1924), cit. nt. 13, p. 3.

Lo studioso palermitano non intendeva *scomunicare* la dogmatica. Non solo perché essa approntava al giurista arnesi irrinunciabili come gli istituti, le nozioni, i concetti, il sistema. Ma anche perché non era «altro che la *dottrina del concetto* trasferita in sede giuridica»: e la *logica* permea i «tre momenti» della giurisprudenza», vale a dire scienza, legge, interpretazione (dall'Autore intesa come *concreazione*). Si trattava, semmai, di evitare due opposti errori: sostituire «un metodo sociologico a un metodo giuridico», privandosi dell'«impalcatura logico-formale»; ovvero «costruire una scienza puramente formalistica del diritto», abitata da «scheletri e larve, non uomini vivi, bisognosi di aria e di luce». La via d'uscita consisteva, allora, nel *completare* la dogmatica con la storia, «che rimane la vera vita del diritto, mobile e fluttuante al disopra delle rigide costruzioni della logica astratta»¹⁶.

Al «metodo dogmatico» Maggiore contestava specialmente l'identificazione della scienza penale con il diritto *positivo*. Eppure, notava lo studioso, gli stessi «sostenitori del giurismo puro» (Rocco, Vannini) riconoscevano «alla scienza una funzione critica»: dunque non avrebbero potuto estrometterne la *politica criminale*, «tutta dentro il diritto». «Dentro» il penale dovevano ritenersi anche filosofia e storia, non meritevoli dello sprezzante appellativo (manziniano e rocchiano) di *scienze ausiliarie*: la prima assicurava il «cordone ombelicale» con la politica criminale; la seconda collegava scienze naturali e sociali, giuntura vitale ove si considerasse che il diritto è *contenuto* e non solo forma¹⁷.

In definitiva, Maggiore invogliava a coniugare dogmatica (logico-sistemica) e realtà storica. I positivisti avrebbero dovuto abbandonare il na-

¹⁶ MAGGIORE, *Funzione e limiti* (1924), cit. nt. 13, pp. 7-8, 10, 13, 16, 21; ivi, pp. 23-25 gli errori da evitare. Per una definizione di dogmatica v. G. MAGGIORE, *Principi di diritto penale. Volume I: Parte generale*. 4ª edizione, Zanichelli, Bologna, 1943, p. 42: «un procedimento analogo alla *classificazione* del naturalista», che muove dalla norma e risale dapprima all'istituto e poi al sistema attraverso un percorso logico di generalizzazione e di sistemazione gerarchica dei concetti. Per Maggiore (ivi, pp. 43-44) la dogmatica assolveva una funzione *strumentale, teleologica*: serviva a «dominare» l'ordinamento, piuttosto che a conoscerlo; vichianamente, mirava più alla certezza che alla verità; non presentava «nulla di assoluto e inalterabile, ma, relativa e plastica, d[oveva] adattarsi alla realtà storica». Nella stessa sede (ivi, p. 45) l'A. esprimeva pari «diffidenza» nei confronti delle due opposte correnti: la dogmatica *libera*, «negazione di ogni dogmatica» (la scuola del diritto libero); e la dogmatica *formalistica*, che si abbandonava a «virtuosità, bravure e combinazioni di parole, dove del diritto non resta che l'ombra».

¹⁷ MAGGIORE, *Funzione e limiti* (1924), cit. nt. 13, pp. 31-34 (politica criminale); 34-37 (filosofia e storia).

turalismo aprioristico; i «seguaci del metodo tecnico-giuridico» sarebbero dovuti scender «giú dal monte sacro dell'astratto giurismo», se non volevano «trovarsi in mano quel che resta di una cipolla, svestita di tutti i suoi veli. Un puro nulla»¹⁸.

Nella prolusione dell'anno seguente, tenuta all'Università di Palermo che lo aveva appena chiamato, Maggiore allargava lo sguardo all'intero *metodo* giuridico, non senza sottolineare lo speciale «stato di inquietudine» procurato tra i penalisti dalla *dottrina Monroe*, ossia dall'ossessione per la 'separatezza' della scienza giuridica. Il professore citava Jhering, che aveva elevato il sistema a «forma più perfetta della conoscenza scientifica». E notava che, mentre il romanista tedesco aveva fatto leva sulla dogmatica quale «superamento della regola del diritto, la dottrina posteriore si [era] imbozzolata entro quel dato, che è la norma, senza saperne più uscire». Di conseguenza, per «i moderni dommatici» il lavoro del giudice risultava meramente applicativo: e «la parola “creazione”, che l'Jhering non aveva esitato a pronunziare apertamente, diviene [...] qualcosa di peggio di una pietra di scandalo»¹⁹.

Il brano de *Lo spirito del diritto romano* evocato dal Maggiore è quello in cui Jhering aveva spiegato che la peculiarità del sistema *giuridico* consiste nel modificare il suo oggetto. Esso cioè, grazie alla topografia dei concetti e a un lavoro di scomposizione e ricomposizione dei comandi e dei divieti, può «accrescere il diritto a mezzo di sé stesso», ingrandirlo «per forza interna», «creare nuove idee e precetti nuovi»²⁰.

Pienamente persuaso dall'intuizione jheringhiana, Maggiore spronava i giuristi a «infrangere il circolo chiuso della logica formale» e a «riprendere contatto con la vita concreta». Ma stavolta aggiungeva una chiosa politica: additava il legalismo come epifenomeno d'un assetto costituzionale ormai sorpassato. A suo parere, il progressivo avvicendamento tra democrazia e

¹⁸ MAGGIORE, *Funzione e limiti* (1924), cit. nt. 13, pp. 38-40.

¹⁹ G. MAGGIORE, *La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica*. Prolusione al corso di Filosofia del diritto, tenuta nella R. Università di Palermo, il 10 dicembre 1925, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», VI, 1926, fsc. III (lug.-set.), pp. 364-386: 366-368; ivi, p. 372 i danni degli «eccessi» provocati nel penale dal «giurismo puro».

²⁰ R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Erfter Theil*, Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1852, tr. it. *Lo spirito del diritto romano nei diversi gradi del suo sviluppo [...]*. Traduzione dal tedesco di Luigi Bellavite dottore di legge. Con aggiunte e cambiamenti dell'Autore, o da Esso approvati; e una prefazione del Traduttore, Tipografia e Libreria Pirotta e C., Milano, 1855, *Introduzione*, § 3, pp. 21, 24.

«Stato sindacale» (corporativo), depotenziando il legislativo, avrebbe finalmente svelato le ipocrisie della «positività» e del «monopolio statale del diritto», della «divisione dei poteri», della «pretesa completezza dell'ordinamento giuridico»; e riscoperto, di contro, la natura *creativa* dell'interpretazione. La «dogmatica nuova», pur senza deporre l'«armatura logico-formale», avrebbe dovuto inglobare il «divenire storico del diritto». «Crollato il dogma della sovranità popolare», la legge si sarebbe limitata a «porre dei principj direttivi docili e larghi al possibile, entro i quali il potere esecutivo e giudiziario si pot[esser]o muovere creando il diritto»²¹.

Parole scritte nell'anno delle leggi *fascistissime*. Ma Maggiore avrebbe riproposto nel manuale di Diritto penale del 1943 la medesima giustificazione 'politica' del rinnovamento dogmatico²².

3. *I filosofi fuori dal tempio*

Si è indugiato sulle prolusioni di Maggiore degli anni Venti non tanto per ricercarvi qualche premonizione del famigerato *Diritto penale totalitario* (1939), bensì per mostrare come esistessero, tra gli intellettuali organici al regime e partecipi del dibattito penalistico, posizioni schiettamente anti-dogmatiche. Nel 1929 Ugo Spirito, anch'egli ancora gentiliano, rilevava con disappunto che i «tecnico-giuridici amoreggia[va]no in cuor loro con il positivismo» e ne abbracciavano «più di un postulato filosofico»: il loro «positivismo alla seconda potenza» trovava nella «norma obiettiva, precisa, rigorosa ed assoluta», anziché nel fenomeno sociale della delinquenza, un surrogato di realtà. Per Spirito quel normativismo solo in apparenza «garanti[va] la scientificità del diritto dal diletantismo dei filosofastri»: in realtà, celava «una inconsistente», «vuota e formale impalcatura giuridica [...]. L'assurdo dei tecnico-giuridici» consisteva nello «spiegare il diritto con il di-

²¹ MAGGIORE, *La dottrina* (1926), cit. nt. 19, pp. 378, 381, 383-385. Ivi, pp. 385-386 l'A. collegava la fisionomia della *nuova dogmatica* all'esperienza giuridica romana, come d'altronde suggeriva la riscoperta politica della «romanità». Va ricordato che JHERING, *Lo spirito*, cit. nt. 20, § 4, p. 39 aveva criticato quella romanistica che si limitava alla storia dei dogmi (legislazione e dottrina), senza accertare lo «sfondo vivente» e il «legame col mondo reale».

²² MAGGIORE, *Principi di diritto penale* (1943), cit. nt. 16, I, p. 44 continuava a vedere nella dogmatica lo stigma originario del liberalismo individualistico, ma non riteneva vi si potesse rinunciare: semmai, archiviato il «tipo di Stato democratico-liberale», bisognava trasformarla.

ritto», «il dato con il dato»: la loro *dogmatica* oscillava «tra un macchinoso verbalismo e un vago filosofismo», più interessata al «pesante paludamento» che alla «concezione umana del delitto e della pena»²³.

Una piena sintonia tra Maggiore e Spirito si registrava anche nello stigmatizzare l'insensato rifiuto della filosofia sbandierato dai corifei dell'indirizzo tecnico-giuridico. Maggiore sceglieva come bersaglio il Manzini del *Trattato*, il quale professava un presunto agnosticismo teoretico²⁴ senza ammettere che la filosofia, «ospite *indesiderabile*» della «provincia» penalistica, rientrava in gioco ogni qualvolta ci s'interrogava sul significato di *scienza, positivismo, sistematica, critica*²⁵. Spirito manifestava analoga incredulità a proposito de *L'oggetto del reato* di Arturo Rocco, altra bibbia dei tecnicisti. E si domandava sarcastico «se valeva la pena insorgere contro la filosofia [...] per poi reintrodurla sotto tale pietosissima veste e ad essa volgersi per mendicare i così detti *principi di diritto*; se ci si potesse *atteggiare* «a rivendicatori della purezza scientifica del diritto penale contro i filosofi, contro i sociologi, e contro tutti coloro che si vogliono scacciare dal tempio del giure sotto l'accusa infamante di diletterantismo, quando poi si tien cattedra di logichetta da scolastico diletterante» e «si accozza insieme una risibile metafisica [...]. Il vero è che il diritto, visto» come *dato* o *fatto* legislativo, «è soltanto una materia brutta», la quale necessita d'un criterio che lo trascenda²⁶.

²³ U. SPIRITO, *La concezione tecnico-giuridica del diritto penale*, in «Nuovi Studi di diritto, economia e politica», II, 1929, fasc. I (gen.-feb.), pp. 26-45: 29-35; ivi, p. 40 («paludamento»).

²⁴ Com'è noto, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*. Seconda edizione accresciuta e perfezionata. *Volume Primo*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1920, § 2, nn. 3-6, pp. 5-7 definiva l'indagine filosofica, per il penale, inutile, dannosa e addirittura «comicamente assurda».

²⁵ MAGGIORE, *Funzione e limiti* (1924), cit. nt. 13, pp. 25-26.

²⁶ SPIRITO, *La concezione tecnico-giuridica* (1929), cit. nt. 23, pp. 39 e 41. L'A. si riferiva ad AR. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Fratelli Bocca, Torino, 1913. Lo stesso SPIRITO, *La concezione tecnico-giuridica*, cit. nt. 23, p. 44 coglieva analoghe contraddizioni già nella prelezione sassarese (1910) di Rocco. Ivi, pp. 41-42 l'ironia di Spirito verso l'impiego, da parte dell'«antifilosofo Manzini», della categoria del libero arbitrio. Più clemente (ivi, pp. 42-43) il giudizio circa lo spessore teoretico di Eduardo Massari. Anche per G. BETTIOL, *Diritto penale (parte generale)*, Priulla, Palermo, 1945, p. 33 Rocco aveva provato a liberare il penale di «ogni "tossina" filosofica inquinante l'indagine giuridica».

4. *La «prigione» della legge positiva*

Il saggio di Spirito del 1929 riservava la stoccata finale al *Progetto preliminare* del codice penale, bollato come «filiazione diretta» dell'ecllettismo tecnico-giuridico che combinava classicismo e positivismo²⁷. La diagnosi voleva esser critica, ma in realtà rispondeva alla strategia 'decisionista' del guardasigilli Alfredo Rocco²⁸. Ed era avallata dalla scuola 'vincente'. L'editoriale (gennaio 1934) della «Rivista italiana di diritto penale», firmato dai nuovi condirettori Ugo Aloisi (presidente di sezione della Cassazione), Francesco Antolisei e Giacomo Delitala, presentava il tecnicismo come metodo ormai unico, in grado di comporre i dissidi dottrinali: tanto che vi si erano «da gran tempo» uniformati due dei più autorevoli seguaci (Floriano e Grispigni) dell'«indirizzo sociologico». I condirettori però tenevano a distinguere la buona dalla cattiva «dommatica»: la buona, «mantenendosi aderente alla realtà del diritto, serve a signoreggiarne l'immensa varietà e ad illuminare la pratica con la luce del principio»; la cattiva, «straniandosi dalla vita, solo si diletta della faticosa elaborazione di vacui schematismi, praticamente inutili e scientificamente arbitrari». L'ultima frase voleva omaggiare Vittorio Scialoja, da poco scomparso, il quale aveva insegnato a non indulgere ai «teoremi» filosofici «assolutamente inutili»²⁹.

Per la verità, non era così pacifico il discrimine tra *dommatica* buona e cattiva. Quando parlava di aderenza alla *realtà* e alla *vita*, una parte dell'indirizzo tecnico-giuridico alludeva non tanto al dato naturalistico, quanto a quello normativo. A Biagio Petrocelli, che in una prolusione barese del 1934, aveva osato attribuire alla pena una funzione (retributiva) non «supinamente» coincidente con quella prescelta dal nuovo codice Rocco³⁰, An-

²⁷ SPIRITO, *La concezione tecnico-giuridica* (1929), cit. nt. 23, p. 45.

²⁸ AL. ROCCO, *Relazione a S.M. il Re [...] Presentata nell'udienza del 19 ottobre 1930-VIII per l'approvazione del testo definitivo del Codice Penale*, in MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Volume VII [...]*, Tipografia delle Mantellate, Roma, 1930, pp. 7-150: 11.

²⁹ LA DIREZIONE, *Ai lettori* [Milano, gennaio 1934], in «Rivista italiana di diritto penale», VI, 1934, pp. 3-4. Il riferimento andava a V. SCIALOJA, *Per un programma di studi del Circolo giuridico* [Roma, 25 giugno 1911], in «Bollettino del Circolo giuridico di Roma», 1911, p. 3 ss.; poi, col tit. *Diritto pratico e diritto teorico*, in «Rivista di diritto commerciale», 1911, p. 941 ss.; quindi in V. SCIALOJA, *Scritti e discorsi politici. II*, Anonima Romana Editoriale, Roma, 1936, pp. 159-167: 160. Scialoja era scomparso il 19 novembre 1933.

³⁰ B. PETROCELLI, *La funzione della pena*. Dagli appunti della prolusione al corso ufficiale di

tolisei contestò non solo d'aver ignorato il dettato codicistico (a suo parere, prettamente ispirato alla prevenzione), ma soprattutto d'esser venuto meno al «postulato fondamentale» del «metodo tecnico-giuridico», pur professandosene «seguace»: e cioè l'esclusivo riferimento al «diritto positivo» quale «punto di partenza della scienza giuridica»³¹.

Petrocelli (che pure, di lì a poco, sarebbe assunto ad alfiere del legalismo autoritario: v. *infra*, § 8) replicò seccamente che «nessuno, in nome dell'indirizzo tecnico-giuridico, si [era] mai sognato di proibire la trattazione, al di fuori del vero e proprio diritto, di quei problemi che ad esso soltanto indirettamente afferiscono, ma che tuttavia ne sono il presupposto storico, filosofico, sociale, oltre che il lievito continuo per la sua formazione e rinnovazione». Il tecnicismo, s'infervorava lo studioso, non vedeva affatto nel diritto positivo un'«invalicabile prigione»: dalla quale per di più sarebbero potuti iniquamente evadere gli epigoni della Scuola positiva³².

Antolisei precisò di non aver voluto «tappare la bocca» al contraddittore, ma d'aver solo inteso evitare l'errore, bandito dalla comune scuola di appartenenza, di confondere «le proprie idee e il diritto positivo». Senza timore di esser tacciato di «bigottismo tecnico-giuridico», il professore marchigiano ribadì che la pretesa di determinare la funzione della pena prescindendo dalla legge costituiva «opera antiscientifica»³³.

diritto e procedura penale, pronunciata nella R. Università di Bari l'11 gennaio 1934, in «Rivista di diritto penitenziario», VI, 1935, vol. II, n. 6, pp. 1315-1366: 1365. L'A., se da un lato esprimeva ammirazione per il coraggio dei positivisti nell'affermare le proprie idee (*ibidem*), dall'altro dissentiva puntigliosamente (ivi, pp. 1318-1321, nt. 1) da F. ANTOLISEI, *Pene e misure di sicurezza*. Discorso inaugurale dell'anno accademico 1932-1933 nella R. Università di Sassari, in «Annuario della R. Università di Sassari», 1932-33; poi in «Rivista italiana di diritto penale», V, 1933, pp. 129-149; quindi in F. ANTOLISEI, *Scritti di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1955, pp. 221-241, il quale aveva criticato il sistema del cd. doppio binario adottato dal c.p. del 1930.

³¹ F. ANTOLISEI, Recensione a B. Petrocelli, *La funzione della pena* [1935, op. qui cit. nt. 30], in «Rivista italiana di diritto penale», VIII, 1936, n. 1 (gen.), pp. 114-115: 114.

³² B. PETROCELLI, *Tecnicismo giuridico e libertà di opinione (Risposta al prof. Antolisei)*, in «Rivista italiana di diritto penale», VIII, 1936, n. 3, pp. 269-272.

³³ F. ANTOLISEI, *Postilla a PETROCELLI, Tecnicismo giuridico* (cit. nt. 32), in «Rivista italiana di diritto penale», VIII, 1936, n. 2, pp. 281-282.

5. *Un dogmatico anti-formalista: Francesco Carnelutti*

Il dibattito sull'autonomia della dogmatica dalle prescrizioni normative travalicava, negli anni Trenta, il perimetro penalistico. Nel 1933 Francesco Carnelutti, provocatoriamente conscio di muoversi *in munere alieno*, si avventurava in una discussa *teoria generale del reato*, da costruire «con gli strumenti, che i civilisti adoperano per lo studio del negozio» e da collocare entro la teoria generale del diritto. Il libro carneluttiano – ed è l'aspetto che qui rileva – aveva un esplicito, dichiarato «carattere dogmatico». Della dogmatica l'Autore voleva affermare «risolutamente i vantaggi [...]. Alle bellissime cose scritte recentemente su questo tema dal mio amico Betti» egli aggiungeva, da avvocato, la testimonianza dell'«impareggiabile utilità» di essa «nell'esercizio pratico del diritto. Sono soprattutto (e, oserei dire, soltanto) i principî, che permettono al pratico quei precisi e rapidi orientamenti, senza i quali l'applicazione delle norme giuridiche procede a stento e spesso a caso»³⁴.

Due anni dopo (1935), in una prolusione milanese di forte impatto, Carnelutti esprimeva la preoccupazione che la dottrina giuridica italiana, avendo raggiunto una ragguardevole finezza concettuale, potesse «smarrirsi tra le nuvole», «in un mondo di chimere», nel «castello dei sogni». Rischio «probabile» quando, «per esempio, chi studia l'omicidio non abbia mai visto un omicida»³⁵. Nella Penisola, ragionava il professore, la «più drammatica» contesa metodologica tra concetti e interessi, forma e causa, diritto e politica si era combattuta «sul terreno del diritto penale, dove l'animoso attacco della scuola positiva alla scuola classica» non era stato che un «episodio» dello scontro tra *Interessenjurisprudenz* e *Begriffsju-*

³⁴ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*. Secondo migliaio, Cedam, Padova, 1933, *Prefazione*, pp. v-viii. La citazione riguardava Emilio BETTI, *Educazione giuridica odierna e ricostruzione del diritto romano*, in «Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano», 39, 1931, pp. 33-71; poi in BETTI, *Diritto Metodo*, cit. nt. 2, pp. 135-153. Apprezzamento per la tesi di Betti circa l'utilizzabilità della dogmatica odierna per decifrare fenomeni antichi avrebbe espresso lo stesso F. CARNELUTTI, *Scuola italiana del diritto*. Prolusione al corso di Diritto processuale civile, Regia Università di Milano, 22 novembre 1935, in «Rivista di diritto processuale civile», XIII, 1936, pt. I, pp. 3-17: 12.

³⁵ CARNELUTTI, *Scuola italiana del diritto* (1936), cit. nt. 34, pp. 5-6. L'istanza carneluttiana per il ricorso alle *cliniche* nella formazione dei giuristi fu prontamente raccolta da G. PAOLI, *Dommatica e clinica penale*. Prolusione al Corso ufficiale di Diritto e procedura penale, letta nella R. Università di Pavia il 14 novembre 1935, in «Rivista italiana di diritto penale», VIII, 1936, n. 1 (gen.), pp. 3-18; ora in G. PAOLI, *Fare l'avvocato (con l'arringa nel processo Majorana e scritti vari)*, a cura di Mario Pisani, Edizioni Ets, Pisa, 2011, pp. 33-46: 40-43.

risprudenz. Sorprendente il giudizio carneluttiano su quella disputa: il positivismo aveva saputo *fondere l'interesse* (o il *fenomeno*) al *concetto* lucrando sulla vocazione alla sintesi «della scuola giuridica italiana». La medesima conciliazione Carnelutti rivendicava d'aver perseguito nella sua recente *Teoria generale del reato*, progettata per l'appunto non «nella meditazione solitaria di non so qual torre di teorico avorio, ma in quella scapigliata realtà, nella quale m'è sempre piaciuto di vivere»: la somiglianza tra reato e negozio gliela aveva suggerita «il contatto col delinquente e col negoziatore [...], due *species*» del «genere umano»³⁶.

Pur con qualche *distinguo*, Arturo Santoro, professore a Pisa e allievo prediletto di Ferri, condivise prontamente la proposta carneluttiana d'una teoria generale del diritto *unitaria* e squisitamente italiana. Apprezzò, della prolusione milanese, la demolizione della dogmatica come «prigione dei concetti» *estranea* alla vita; nell'irridente caricatura dell'esperto di omicidi che non ne aveva mai incontrato davvero uno, come pure nell'elogio della *pratica*, rivide il *naturalismo* del maestro Ferri. Paradossalmente, si inorgogliava Santoro, il «più provetto e puro dommatico» (Carnelutti) aveva capito meglio di tutti il senso dell'anti-formalismo: uno sforzo di «accostamento della legge alla realtà, nella convinzione che la dommatica non sia tutto»³⁷.

Al di fuori della cerchia positivista, invece, la posizione carneluttiana suscitò ovvie riserve. In una *Postilla* al saggio di Santoro, Giacomo Delitala obiettò che, se entrambe le scuole avevano peccato di astrattismo, quella positiva era caduta «in tutti gli eccessi, nessuno escluso, della giurisprudenza concettuale», esasperando «quasi fino all'inverosimile» il dogmatismo: lo dimostravano alcune pagine del *Corso* di Grispiigni (cfr. § 6), peraltro coerenti con la logica positivista della spiegazione del «dato con il dato». *A contrario* Delitala elogiava la capacità dell'indirizzo tecnico-giuridico, rivelata sin dall'embrionale teleologismo insito nel *bene giuridico* di Arturo Rocco, di abbattere qualsiasi «barriera insormontabile» tra diritto e realtà sociale³⁸.

³⁶ CARNELUTTI, *Scuola italiana del diritto* (1936), cit. nt. 34, pp. 9-10 (concetti/interessi, Scuola positiva); 13-14 (riferimento auto-biografico).

³⁷ A. SANTORO, *Scienza giuridica e realtà*, in «Rivista italiana di diritto penale», VIII, 1936, n. 2, pp. 529-534: 531-534.

³⁸ G. DELITALA, *Postilla a SANTORO, Scienza giuridica* (cit. nt. 37), in «Rivista italiana di diritto penale», VIII, 1936, n. 2, pp. 534-536: 534-535. La locuzione *barriera insormontabile* era stata usata da Grispiigni sin dal 1920 (v. *infra*, § 6 e ivi, nt. 47). Nel richiamo di Delitala all'interesse pratico F. LONDONO MARTINEZ, *Il 'romanic' nella dogmatica penale italiana del XX secolo. Note al 'fatto' di Delitala, alla 'discrezionalità' di Bricola e all' 'azione' di Marinucci*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LXII, 2019, fsc. 4, pp. 1943-1960: 1953 ravvisa il tratto

A rintuzzare il severo attacco anti-positivistico di Delitala intervenne nel 1937 la rivista messinese «Il Pensiero giuridico-penale», appena passata dalla direzione di Girolamo Penso a quella dell'avvocato Filippo Mandalari. Nel presentare la nuova linea editoriale, il neo-direttore preannunciava che il periodico avrebbe operato per integrare il *diritto vivente* con gli apporti professionali provenienti dalla «prassi forense», così come suggerito da Filippo Grispigni³⁹.

Il primo fascicolo della nuova serie ospitava una minuziosa disamina dello stato di salute della dogmatica (sia generale, sia penalistica) a firma di Paolo Curatolo, assistente di Diritto penale all'Università di Milano. L'Autore riepilogava i principali «limiti» della dogmatica generale già messi a fuoco da illustri studiosi: la pretesa di spiegare il diritto con il diritto, il «*dato con il dato*» (Spirito); l'identificazione del diritto con le sole fonti formali (De Francisci, Maggiore); la rinuncia alla «fantasia» creatrice (Kohler); la carenza di «sensibilità storica» (De Francisci); la scissione metodologica tra logica dell'astratto e logica del concreto (Maggiore); il conseguente formalismo. Per farvi fronte, Curatolo consigliava di guardare ai movimenti anti-formalistici d'inizio Novecento (giurisprudenza degli interessi, indirizzo teleologico, scuola del diritto libero) e di provare a innestare «una ventata di sano realismo entro le aeree impalcature di una dogmatica stratosferica»: si sarebbe potuto, ad esempio, consentire alla scienza giuridica di segnalare al legislatore le «antinomie» normative; o riconoscere all'interprete una qualche potestà creativa; o utilizzare come «ponte di congiunzione tra dogmatica e realtà sociale» le «discipline causali esplicative», vale a dire le scienze ausiliarie (sociologia, antropo-psicologia etc.)⁴⁰.

Un antidoto pressoché identico Curatolo suggeriva per la dogmatica *penalistica*. Affinché questa non diventasse «una giostra accademica di vuote generalizzazioni», occorreva integrarla con l'«induzione sperimentale» apportata dalle «scienze causali esplicative», con una maggiore «sensibilità storica» e con la «realistica aderenza alla evoluzione [...] degli interessi sociali», come del resto aveva auspicato l'indirizzo teleologico sulla scia della teoria lisztiana di bene giuridico. Così arricchita, la dogmatica, senza perdere la «fisionomia di scienza teoretico-normativa», sarebbe stata «vivificata come

romano (ossia la tendenza a costruire dal basso) che connotò la dogmatica italiana.

³⁹ IL DIRETTORE [F. MANDALARI], *Presentazione*, in «Il Pensiero giuridico-penale», IX, 1937, fsc. 1-2, pp. 1-5: 2-3.

⁴⁰ P. CURATOLO, *Dogmatica giuridico-penale e realtà sociale*, in «Il Pensiero giuridico-penale», IX, 1937, fsc. 1-2, pp. 43-76: 48-54 (critiche di altri studiosi); 63-67 (proposta).

da un soffio di vita» e sarebbe divenuta utile anche all'applicazione giurisprudenziale⁴¹.

6. *Un dogmatico positivista: Filippo Grispigni*

Perché il nome di Filippo Grispigni, «gran positivista al cospetto di Dio, ma giurista finissimo, e dommatico perfetto»⁴², ricorreva con frequenza nel dibattito degli anni Trenta sulla dogmatica?

Va premesso che, sin da giovane, nel 1909, lo studioso viterbese aveva captato la transizione in atto della Scuola positiva dalla fase socio-antropologica alla «fase giuridica»⁴³. Il soggiorno berlinese (1908-11) presso il *Kriminalistisches Seminar* di Franz von Liszt gli aveva fatto capire che la sociologia, l'antropologia, la statistica dovevano cedere alla scienza penalistica la guida della lotta alla criminalità⁴⁴. Indizi, dunque, di un'adesione tutt'altro che acritica alla criminologia lombrosiana.

Nella prolusione camerte del 1920, mentre era segretario della commissione Ferri per la riforma del codice penale, Grispigni aveva polemizzato proprio col suo maestro mantovano, cui imputava d'aver degradato la scienza penalistica a «capitolo della sociologia criminale», o della filosofia del diritto, o della politica criminale⁴⁵. Per la verità, qualche anno dopo (1928) un Ferri ormai anziano avrebbe precisato che quella affermazione andava letta in combinazione con l'avvertenza – anch'essa contenuta nella *Sociologia criminale* del 1900 – che tutte le discipline 'neonate' richiedono uno studio integrale, e non ripartito per singole branche. Ora invece, aggiungeva un

⁴¹ CURATOLO, *Dommatica giuridico-penale* (1937), cit. nt. 40, pp. 71-76.

⁴² Così scherzosamente Grispigni era definito da PAOLI, *Dommatica e clinica penale* (1936), cit. nt. 35, p. 40.

⁴³ F. GRISPIGNI, *La odierna scienza criminale in Italia*, in «La Scuola positiva», XIX, 1909, n. 5, p. 258, nt. 1 (csv. dell'A.). Per G. LEONE, *Contro la riforma del Codice Penale*, in «Archivio Penale», I, 1945, pt. I, p. 280 tale evoluzione della penalistica positivista andava ascritta a merito dell'indirizzo tecnico-giuridico. Invece secondo BELLAVISTA, *Deviazioni metodologiche* (1950), cit. nt. 3, p. 92 l'adozione dello sperimentalismo galileiano aveva guadagnato al tecnicismo giuridico «la pronta ed illustre conversione [...] di tanti positivisti».

⁴⁴ P. COCO, *Luci e ombre nell'opera di Filippo Grispigni*, in «Archivio Penale», LXXII, 2020, fsc. 1, pp. 1-64: 8.

⁴⁵ F. GRISPIGNI, *La dommatica giuridica e il moderno indirizzo nelle scienze criminali* [estr. da «Rivista di Diritto e Procedura Penale», XI, 1920, fsc. 11-12], Vallardi, Milano, 1920, p. 4.

Ferri soddisfatto, i progressi della Scuola positiva permettevano ai militanti di risparmiarsi il diretto approfondimento di materie come l'antropologia, la psicologia, la statistica criminale e di limitarsi a raccoglierne i risultati. Restava però – ammoniva il vecchio capo-scuola, onorando le sue radici criminologiche – il dovere dello studioso «di non rinchiudersi, come il baco nel suo bozzolo, entro le sue [sterili] astrazioni logiche», ma di «considerare sempre il delitto nel delinquente» concreto, «inseparabile nella realtà della vita»⁴⁶.

Diversamente da Ferri, già nel 1920 Grispigni s'era mostrato attratto dalla dogmatica, concepita à la Jhering come scienza *deduttiva, logico-razionale, formale, astratta, normativa* e squisitamente *giuridica*: tanto che l'eventuale «infiltrazione» dell'elemento filosofico, sociologico o politico non avrebbe potuto che «inquinare[n]e la limpidezza». A Grispigni era parso, pertanto, «del tutto ingiustificato [...] il tentativo recente del Manzini e del Rocco di voler elevare una barriera insormontabile tra noi seguaci del moderno indirizzo [la Scuola positiva, *n.d.r.*] e i seguaci della teoria dominante». Comunque, aveva precisato lo studioso quasi a non voler recidere le sue radici positiviste, la connotazione logico-astratta della scienza penale non esimeva il giurista dal dovere di tener presenti «i risultati della *storia del diritto*, della *sociologia giuridica*, della *filosofia* e della *politica giuridica*»: solo questi sussidi gli avrebbero permesso di capire, senza «meschine pedanterie scolastiche», le trasformazioni sociali in atto e di coglierne le «vibrazioni»⁴⁷.

Se il Grispigni del 1920 aveva sposato appieno la dogmatica, ne aveva mostrato la piena compatibilità con la criminologia positivista, e aveva lasciato alle scienze *ausiliarie* un ruolo di complemento, il suo *Corso* del 1931-

⁴⁶ E. FERRI, *Principii di diritto criminale – Delinquente e delitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza* [...], Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1928, pp. 80-82 e 85. L'autocitazione era tratta da E. FERRI, *Sociologia criminale* (1900⁴), cit. nt. 5, pp. 922 e 925. A G. MAGGIORE, *Diritto penale. Volume I: Parte generale. Tomo primo*. 5^a edizione accresciuta e aggiornata, Zanichelli, Bologna, 1949, p. 85 non sfuggì la distinzione, maturata nell'ultimo Ferri, tra studio *naturalistico* e studio *giuridico* del reato.

⁴⁷ GRISPIGNI, *La dogmatica giuridica* (1920), cit. nt. 45, pp. 11 (metodo giuridico), 12-14 (caratteri della dogmatica), 15-16 (politica criminale e filosofia del diritto), 25 (Liszt, «fondatore» e «capo riconosciuto» della Scuola positiva in Germania, aveva «insistito sul carattere rigidamente giuridico della scienza del diritto penale», identificandola con la dogmatica), 23-24 (inesistenza d'una «barriera» tra tecnicismo e positivismo), 27-29 (dovere di considerare gli altri saperi per decifrare la realtà sociale; concetto, quest'ultimo, ribadito quasi negli stessi termini dallo stesso F. GRISPIGNI, *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice*, Cedam, Padova, 1931-32, *Introduzione*, pp. 23-24 [v. subito *infra*, nt. 48]).

32 sembrò protendersi ancor più verso l'empireo logico-concettuale del penale. L'*Introduzione* definiva la dogmatica giuridica «quella scienza teoretica che mira a riflettere in un sistema ordinato di cognizioni il contenuto delle disposizioni costituenti l'ordinamento giuridico-positivo». «Scienza *formale*», dunque: «il mondo del giurista è il mondo delle astrazioni», della forma «distinta dalla materia sociale», non quello «obiettivo degli eventi naturali»; nella scienza del diritto non v'era «nulla da sperimentare e ben poco da osservare, all'infuori della lettura degli articoli di legge»⁴⁸. Affermazioni così drastiche furono pretestuosamente utilizzate dall'ala più inquieta del tecnicismo giuridico per mostrare che, ormai, i veri formalisti erano i positivisti⁴⁹.

Nel secondo dopo-guerra Grispigni, forse infastidito dall'etichetta di più 'tecnicistico' degli eredi di Lombroso, avrebbe precisato che i due metodi non erano affatto inconciliabili: se sociologia e antropologia atenevano ai *contenuti* e ai *presupposti* biologici e sociologici del penale, una certa dose

⁴⁸ GRISPIGNI, *Corso di diritto penale* (1931-32), cit. nt. 47, *Introduzione*, pp. 9-11 (studio della forma astratta; «mondo delle astrazioni») e 17-18 («nulla da sperimentare»). Peraltro l'A. precisava (ivi, pp. 11-12) che la realtà oggetto della dogmatica era quella mediata dal diritto, e più esattamente dal «volere statale», non la «realità oggettiva»: l'affermazione adombrava forse un sottinteso politico (sul probabile sostegno accordato dal giurista laziale al fascismo v. *Moderne Italienische Strafrechtsdenker*, hrsg. Ettore Dezza, Sergio Seminara, Thomas Vormbaum, Springer, Heidelberg-Berlin, 2012, p. 329). Da notare che CURATOLO, *Dottrina giuridico-penale* (1937), cit. nt. 40, pp. 68-71 riteneva ingenerose e immotivate le critiche mosse nel 1936 al Grispigni (in particolare circa l'espressione «mondo delle astrazioni») da parte del Delitala: questi (obiettava Curatolo) dimenticava che lo stesso GRISPIGNI, *Corso* (1931-32), cit. nt. 47, pp. 6-7 aveva auspicato una dogmatica *critica* verso le leggi vigenti, vigilante sugli «scopi» voluti dal legislatore, e (ivi, p. 24) aderente alla realtà socio-politica. Più vicina al dato materiale che a quello normativo la concezione della dogmatica coltivata da E. FLORIAN, *Lezioni sulla Parte Generale del Diritto Penale*, Giappichelli, Torino, 1932, per il quale l'aspetto speculativo del diritto penale avrebbe dovuto vertere sulla «realità» e dunque su «elementi antropologici e sociologici» (p. 36); di conseguenza, «il tecnicismo giuridico, in quanto propugna il metodo dogmatico, merita plauso», ma quel metodo non è «esauriente» e va perciò «respinto perché unilaterale ed inadeguato» (p. 40).

⁴⁹ DELITALA, *Postilla* (1936), cit. nt. 38, p. 536. Analogamente, G. BETTIOL, *Sistema e valori del diritto penale*, in «Jus», 1940, fsc. 4; poi in G. BETTIOL, *Scritti giuridici. Tomo I*, Cedam, Padova, 1966, pp. 491-503: 493 faceva notare come fosse stato proprio il positivismo giuridico, d'altronde in ossequio al «positivismo speculativo», a introdurre le classificazioni e le generalizzazioni dei concetti: tendenza particolarmente palese in quei positivisti (Grispigni, Frosali, Santoro) che avevano adottato il metodo tecnico-giuridico.

di astrazione logica era indispensabile a tutte le scienze, comprese quelle naturali⁵⁰. Passaggi come questo riscossero il plauso di Maggiore⁵¹.

Un'analoga distinzione tra dogmatica, avente ad oggetto «esclusivamente delle norme giuridiche», e «studio storico, sociologico, filosofico e politico» Grispiigni trasportò nel campo processuale⁵². Carnelutti, suo successore sulla cattedra romana di Procedura penale, gli obiettò d'aver confuso strumento conoscitivo (la dogmatica, i concetti) e oggetto della cognizione (il diritto, le cose), alla maniera d'«un astronomo innamorato del telescopio anziché delle stelle». Il giurista udinese, peraltro 'pentito' d'aver egli stesso coniato, in passato, troppi concetti, nella temperie post-bellica non faceva sconti alla Scuola positiva, che ora gli pareva *irretita* «nei magici lacci del concettualismo tedesco, notevolmente perfezionati dal concettualismo italiano»⁵³.

Volendo tentare un rendiconto del contributo reso dai positivisti alla dogmatica penalistica, non può non stupire una sensazione di rovesciamento delle parti in gioco. La criminologia e la sociologia dei tempi di Garofalo e di Ferri avevano provato a cambiare il volto del penale partendo dalla società, dai fatti, dai delinquenti in carne e ossa⁵⁴. Ancora a metà degli

⁵⁰ F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano. Volume primo: Introduzione e parte prima – Le norme penali sinteticamente considerate*. Seconda edizione, Giuffrè, Milano, 1947, pp. 23-24; ivi, p. 24, nt. 7 l'A. citava, a proprio sostegno, il Ferri dei *Principii* (1928), cit. nt. 46; e riconosceva a Florian il merito d'aver distinto la scienza giuridica penale dalle altre scienze criminalistiche.

⁵¹ MAGGIORE, *Diritto penale* (1949), I, cit. nt. 46, p. 85: «Insomma si può essere positivisti nei presupposti, e giuristi tecnici negli sviluppi dogmatici del diritto criminale» (l'osservazione si riferiva a Florian, Grispiigni, Frosali, De Marsico, Altavilla, Ranieri). Il brano era riportato pressoché alla lettera (ma con qualche nome in meno: mancavano Florian e Altavilla) da BELLAVISTA, *Deviazioni metodologiche* (1950), cit. nt. 3, p. 87.

⁵² F. GRISPIGNI, *Diritto processuale penale. Con l'indicazione di tutte le modificazioni legislative posteriori all'8-9-1943, fino al 28-2-1945. Volume I*, Edizioni Italiane, Roma s.d. [1946?], pp. 5-6.

⁵³ F. CARNELUTTI, *La lotta del diritto contro il male*. Prolusione, in ID., *Lezioni sul processo penale*, I, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1946, p. 19. Sul contrasto tra Grispiigni e Carnelutti v. M. NOBILI, *La procedura penale tra «dogmatica» e sociologia: significato politico d'una vecchia polemica*, in «La Questione criminale», III, 1977, n. 1, pp. 51-91: 60-62. Ivi, p. 62 le preoccupazioni anti-formalistiche di Bettiol.

⁵⁴ E. FERRI, *Il diritto-staccionato (A proposito del «fine nella diffamazione» e del «risarcimento del danno ex delicto»)*, in «La Scuola positiva», XXVI, 1916, sr. III, vol. VII, n. 10 (31 ott.), pp. 865-878; poi in E. FERRI, *Difese penali. Studi di giurisprudenza penale. Arringhe civili*. Terza edizione riveduta ed aumentata. *Volume terzo [...]*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1925, pp. 233-248: 248: l'uomo delinquente deve essere «il soggetto vivente del diritto

anni Trenta la Scuola incassava da Carnelutti lodi insperate per aver saputo tenere nel debito conto l'universo degli interessi (v. *supra*, § 5). Eppure i seguaci più brillanti si scoprivano oltranzisti del tecnicismo.

Forse rivelando una crisi d'identità, Enrico Altavilla si poneva nel 1947 un quesito non peregrino: se tutti i penalisti dovevano «limitarsi all'esame del diritto positivo, con un semplice processo logico-formale», poteva considerarsi «esaurita la [...] funzione storica» della Scuola positiva? Niente affatto, rispondeva il giurista aversano. La rotta restava quella indicata da Florian: «I positivisti non sono i distruttori del diritto, i denigratori della dogmatica, essi vogliono soltanto dare al diritto criminale» una specifica «fisionomia». In dissenso dal pregiudizio 'concettualistico' di Petrocelli, Altavilla riteneva che la scienza penale potesse tuttora *vivificarsi* studiando naturalisticamente i singoli delinquenti e classificandoli in categorie, secondo i consueti dettami della Scuola: interpretazione *progressiva* delle norme-polmone dell'ordinamento; accentuazione dell'elemento psicologico del reato; tipizzazione delle personalità del reo. «Questo è il compito che noi ci proponiamo: quegli che compare dinanzi al magistrato è una dolorante entità umana, non è una astrazione»⁵⁵.

7. *Incrinature nell'indirizzo tecnico-giuridico*

Alla pluralità di atteggiamenti che connotava la declinante Scuola positiva dinanzi alla dogmatica (l'entusiastica recezione di Grispigni e Florian, la freddezza di Ferri e di Altavilla) corrispondevano autorevoli dissensi all'interno del *milieu* tecnico-giuridico. Si accennerà, qui, a una netta presa di posizione di Alfredo de Marsico e a due paradigmi metodologici ben noti: il gius-realismo di Francesco Antolisei e il teleologismo di Giuseppe Bettiol.

e della legge» penale. L'A., prendendo spunto (ivi, p. 233) da alcune note a sentenza apparse sulla «Rivista di diritto e procedura penale» diretta proprio da Florian, descriveva impietosamente (ivi, pp. 234-235) l'«aberrazione metodica» dell'indirizzo tecnico-giuridico (l'astrazione formalistica, espressa di solito in un «gergo accademico altrettanto scipito quanto inconcludente»); ivi, pp. 236-237 l'elenco dei 'vantaggi' (in termini accademici e di «strettezza cerebrale») che rendevano comodo l'approccio formalistico anziché l'immersione nella prassi. Avrebbe, più tardi, contestualizzato l'articolo di Ferri e spiegato la successiva conciliazione con Florian (con conseguente unificazione delle due riviste) E. ALTAVILLA, *La vitalità della Scuola positiva*, in «La Scuola positiva», I, 1947, n. 1-2, pp. 77-85: 78.

⁵⁵ ALTAVILLA, *La vitalità* (1947), cit. nt. 54, spec. pp. 79 e 84-85.

a) *Alfredo de Marsico e la nuova dogmatica fascista*

Al primo Congresso giuridico italiano del 1932 il guardasigilli Pietro De Francisci, nel sollecitare gli astanti alla costruzione d'una nuova dottrina giuridica, elencava impietosamente i vizi della prevalente dogmatica. Tra questi spiccava, oltre al legalismo, il «formalismo assoluto», ossia la pretesa di «svolgersi con piena autonomia in confronto alla vita». Tale «aspirazione curiosa» non sembrava cosciente del fatto che «l'interpretazione e l'applicazione del diritto, la determinazione dei principî», la «costruzione del sistema» dipendevano da «giudizi di valore» legati al contesto sociale e politico: la dogmatica d'età liberale, per esempio, presentava una matrice «intimamente» individualistica (nonché privatistica). Ammessa l'irrinunciabile necessità di disporre di concetti, principî, sistemi, il guardasigilli assumeva «l'impegno di costruire una dogmatica nuova»: utile, epistemologicamente relativista, adattabile ai mutamenti di funzione degli istituti. «A realtà nuova, dogmatica nuova», proclamava il ministro con enfasi: alludeva, ovviamente, alla «rivoluzione» fascista della nazione, della società e dello Stato. Per poi aggiungere: «Non esitiamo [...] ad affermare [...] la preminenza del momento politico» come «sintesi di attività»⁵⁶.

Tra i pochi a raccogliere l'indicazione del ministro fu Alfredo de Marsico⁵⁷. In una lunga e densamente ideologica commemorazione di Alessandro Stoppato, il giurista salese rifletteva sullo stato di salute della dogmatica italiana all'indomani della codificazione. Quest'ultima aveva agito, a suo parere, da «nemesi storica» contro le *esuberanze* esegetiche e *iperdogmatiche* d'un tecnicismo ridottosi a «spietata anatomia di norme per la creazione di un sistema [...] tutto avvicinati di parole e di concetti». In nota lo studioso portava velenosamente l'esempio de *La teoria generale del reato* di Carnelutti, «un prodotto ingegnoso ma inquietante, per la sua stessa acutezza e per la dovizie di spezzettamenti, polverizzazioni e ricomposizione delle norme». Per arginare la deriva, de Marsico suggeriva di *superare* o almeno *integrare* la dogmatica con «la critica della legge»; nonché di colmare la «asimmetria fra la vita e la legge» non già diluendo la critica entro la dogmatica (come aveva ipotizzato Arturo Rocco), bensì facendo «rientrare *nella scienza*

⁵⁶ P. DE FRANCISCI, *Ai giuristi d'Italia*. Discorso inaugurale del I Congresso giuridico italiano (Campidoglio, 5 ottobre 1932), in «Lo Stato», III, 1932, fsc. X, pp. 674-691: 677, 679-682. Il testo fu pubblicato su diversi periodici, anche con titoli diversi: v. ad es. P. DE FRANCISCI, *Per la formazione della dottrina giuridica italiana*, in «Rivista di diritto pubblico», sr. II, XXIV, 1932, pt. I, pp. 581-597.

⁵⁷ Così F. ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico nella scienza del diritto penale*, in «Rivista italiana di diritto penale», IX (1937), pt. I, pp. 121-164: 127.

del diritto ciò che per gli idolatri della dogmatica ne esorbita». Nata come reazione all'«espansione delle scienze ausiliarie», l'«eccesso di analisi» prodotto dalla dogmatica – incalzava il professore dalla cattedra di Bologna – aveva «forse impoverito» la «funzione pratica» della scienza giuridica⁵⁸.

A questo punto il taglio della commemorazione compiva un salto di qualità. Strizzando l'occhio all'*intelligencija* giuridica di regime, de Marsico rinfacciava alla dogmatica d'aver incarnato, insieme con l'«atomismo sociale» e l'«agnosticismo filosofico» («tre anelli di una medesima catena»), l'individualismo a-politico della stagione liberale. Il vento però – avvertiva l'oratore – era cambiato. Da quando era stata finalmente acquisita l'idea della «inscindibilità dell'aspetto filosofico e di quello politico», entrambi sorgenti dall'«io etico, politico, intellettuale della nazione», il diritto penale aveva cessato di rappresentare un «ostacolo alla infrazione» per assurgere a «coefficiente di azione». Era stata la «ragione politica», non la dogmatica ad aver forgiato la riforma dei codici penali: vichianamente, «la realtà porge il fatto, e il fatto la norma, cioè il vero giuridico». Da qui la franca critica al passo della prelezione sassarese in cui Rocco aveva affermato che al di fuori delle norme non vi è diritto penale. Così ragionando, eccepiva de Marsico, «per il dogmatico il fatto sociale cessa di esistere ed è totalmente sostituito» dalla legge; e «il problema del normale, necessario adeguamento della legge alla realtà» resta intatto⁵⁹.

Quale, dunque, la soluzione? Per de Marsico «la dogmatica, strumento indispensabile della scienza giuridica», doveva «ringiovanire». Esigeva «un lievito nuovo, una integrazione». D'accordo col De Francisci, che in una recente polemica con Betti aveva incitato i giuristi a esaminare le relazioni tra le *case* piuttosto che tra i *concetti*, il penalista campano suggeriva di ristabilire la corrispondenza tra norma e «fatto sociale». «In altri campi del diritto» si era proposto di realizzare questo avvicinamento o attraverso lo studio della storia (De Francisci) o mediante l'uso di categorie attuali abbastanza elastiche da modellarsi su istituti storicamente cangianti (Betti). Entrambe le tesi presupponevano che «la dogmatica opera al di fuori del

⁵⁸ A. DE MARSICO, *Il pensiero di Alessandro Stoppato e gli attuali orientamenti del diritto penale*. Discorso tenuto nella solenne Cerimonia del conferimento dei Premi Vittorio Emanuele II. IX gennaio 1933-XI e.f., Tipografia Paolo Neri, Bologna, 1933; nonché in «Rivista italiana di diritto penale», V (1933), pt. II, pp. 472-481 e 577-596: 479-481; ivi, p. 479, nt. 1 la severa critica a Carnelutti. Sulla necessità di combinare la dogmatica (tipizzante la scienza penale) con la sociologia e la politica criminale v. anche ivi, p. 587.

⁵⁹ DE MARSICO, *Il pensiero di Alessandro Stoppato* (1933), cit. nt. 58, pt. II, pp. 577-579 e 581-582.

fatto storico». De Marsico immaginava, viceversa, una dogmatica penalistica consustanziale alle trasformazioni in atto. A tal fine occorreva, anzitutto, «considerare elemento integrante od inseparabile della norma lo scopo politico, il fatto sociale da cui è nata [...]». Noi non vogliamo incoraggiare affatto la giurisprudenza libera [...]: cerchiamo soltanto il mezzo per cui nella legge possa sempre pulsare la vita, e rivendichiamo il valore del fine della norma [...] [e] la dominante importanza dello studio della personalità umana» (retaggio, l'ultimo inciso, delle giovanili simpatie positiviste dell'Autore). Al mutare della realtà – concludeva il professore-avvocato – si evolveva «anche il significato della norma per virtù della giurisprudenza, che è forza viva del diritto e per noi deve essere politica criminale in atto»⁶⁰.

In nota de Marsico registrava una sintonia con Grispiigni. Questi credeva a una stretta *intimità* tra dogmatica penale e politica criminale, e pensava che la «conoscenza dei fini» del legislatore servisse a spiegare la *ratio* degli istituti e a valutare la correttezza dell'interpretazione⁶¹. Il giurista campano teneva, tuttavia, a differenziarsi dal collega viterbese. A suo parere, la politica penale non era distinta dalla dogmatica, ma ne costituiva «uno dei coefficienti costanti e necessari». In tal modo si sarebbe dato séguito al «giusto rilievo» accordato da De Francisci al «momento politico» quale «strumento di orientamento dell'interprete e del giudice»⁶².

b) *Il gius-realismo di Francesco Antolisei*

In uno scritto sul *metodo* del 1937 (aggiornato nel 1940 e poi riprodotto con significative auto-censure) Francesco Antolisei, allora ordinario all'Università di Parma, deplorava la penetrazione, nella scienza giuridica italiana, del formalismo kelseniano e del connesso «dogma della neutralità o indifferenza politica». Quella «fantastica chimera», quella «grande illusione» gli sembravano il portato storico del liberalismo, il «massimo postulato dell'individualismo liberale» (un tasto propagandistico già battuto, come s'è

⁶⁰ DE MARSICO, *Il pensiero di Alessandro Stoppato* (1933), cit. nt. 58, pt. II, pp. 583-586.

⁶¹ GRISPIGNI, *Corso di diritto penale* (1931-32), cit. nt. 47, p. 36.

⁶² DE MARSICO, *Il pensiero di Alessandro Stoppato* (1933), cit. nt. 58, pt. II, p. 587, nt. 1. L'A. rinviava (forse semplificandone alcuni passaggi, e comunque criticandone il mancato riferimento al penale) a DE FRANCISCI, *Ai giuristi italiani!* (1932), cit. nt. 56, pp. 682 («preminenza del momento politico») e 689-690 («compito altissimo» dell'interprete e del giudice era il mantenimento dell'equilibrio tra diritto e «ambiente», in modo da «temperare la rigidità della formula»; il giudice non avrebbe potuto «sostituirsi al legislatore», ma ciò non gli inibiva affatto la «possibilità di concorrere» al procedimento preparatorio del «rinnovamento legislativo»).

visto, da De Francisci e de Marsico): la preoccupazione garantista, «alla quale si accompagna[va] la diffidenza, di marca schiettamente illuministica, verso il potere giudiziario [...], [aveva] portato all'esigenza di uno stretto legame del giudice alla lettera della legge» e a trascurarne, per contro, gli «elementi non strettamente logici», bensì «politici, sociali ed etici». In quella deformazione il penalista marchigiano vedeva proiettarsi l'illusione lisztiana del codice penale quale *magna charta* del delinquente, l'idea *grottesca* d'una «costituzione elargita dallo Stato a coloro che si ribellano alla sua volontà». Egli, invece, scommetteva che «lo Stato moderno autoritario», affermatosi «nel clima ardente» del primo dopoguerra, stesse rovesciando la gerarchia tra individuo e comunità, rendesse obsoleto il formalismo individualistico e imponesse un mutamento di metodo⁶³.

Per Antolisei, in particolare, urgeva «portare nello studio del diritto un vero e sano realismo. Soltanto in questo modo la dogmatica [avrebbe potuto] uscire dalla morta gora» e assumere una funzione non più cognitiva (teorica e vanamente terminologica) ma pratica. «Adoperare il cannone per uccidere un passerotto è stata e sarà sempre una cosa poco sensata, ed anche ridicola. Insomma, bisogna fare della teoria utile, come ammonì il nostro grande Scialoja». Analogamente, per il professore di San Severino Marche bisognava abbandonare le «ingannevoli speranze» del vecchio razionalismo e la «mania del sistema», prendendo atto che la costruzione sistemica poteva servire, tutt'al più, alla didattica⁶⁴.

Il metodo proposto da Antolisei consisteva dunque nell'accertare non solo lo *scopo* (come insegnava il finalismo «ora dominante in Germania») ma anche il *fatto sociale* regolato dalla norma; nel «piegare la logica alle necessità della vita»⁶⁵. Lo studioso incitava a prendere atto del carattere *dina-*

⁶³ ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico* (1937), cit. nt. 57, pp. 141 («dogma della neutralità»), 142 (chimera), 143 (illusione; formalismo ispirato al garantismo individualistico liberale), 144 (idea *grottesca*; avvento dello Stato autoritario). F. ANTOLISEI avrebbe ripubblicato il saggio, col tit. *Il metodo nella scienza del diritto penale*, in F. ANTOLISEI, *Problemi penali odierni*, Giuffrè, Milano, 1940, pp. 1-61; e di nuovo, col tit. originario, in ANTOLISEI, *Scritti di diritto penale*, cit. nt. 30, pp. 3-41.

⁶⁴ ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico* (1937), cit. nt. 57, pp. 145-147. Dissentiva dalla concezione di Antolisei circa la natura prettamente pratica della giurisprudenza (concezione che avrebbe reso inutile studiare il diritto, se privo di logica) CURATOLO, *Dommatica giuridico-penale* (1937), cit. nt. 40, p. 72, nt. 2.

⁶⁵ ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico* (1937), cit. nt. 57, pp. 148 (accertamento dello scopo e del fatto sociale); 150 (necessità della vita). NUVOLONE, *Introduzione a un indirizzo critico* (1949), cit. nt. 3, p. 166 avrebbe riconosciuto allo «spirito atticamente chiaro e scevro dalle

mico del diritto, che smentiva l'illusione della «vecchia dogmatica [...] di poter stabilire dei principî» assoluti. Egli reputava, di conseguenza, perfettamente lecito sia avanzare proposte *de iure condendo*, sia criticare le leggi vigenti, sebbene «giovani epigoni del tecnicismo formalistico» fossero *inverosimilmente* arrivati a sostenere che la mera entrata in vigore d'una norma ne 'sanasse' l'eventuale difetto. Occorreva recuperare la dignità della professione di giurista, avvertiva una nota in calce che suonava come un richiamo all'orgoglio corporativo⁶⁶.

Antolisei non era convinto della trasponibilità, nel penale, di istituti privatistici. Questi, a suo parere, non possedevano «un valore assoluto, universale»; non erano «una specie di chiave fatata che apra qualsiasi porta», sebbene «alcuni di essi po[tesser]o avere una portata costruttiva più vasta di quella originaria», come aveva dimostrato Betti qualche anno prima⁶⁷. Il riferimento al giurista camerte riguardava la nota prolusione milanese del 14 novembre 1927 su *Diritto romano e dogmatica odierna*. In quella sede l'insigne romanista, posta la *storicità* sia del soggetto sia dell'oggetto della conoscenza, aveva sostenuto che l'interpretazione del diritto antico richiede la padronanza delle categorie dogmatiche attuali, le quali consentono di accostarsi a testi remoti nella «più completa libertà» di integrazione e correzione. Polemizzando con la dogmatica «cristallizat[a]», «goffa» e *antistorica* del De Francisci, Betti aveva ipotizzato che almeno alcuni dei concetti elaborati dal diritto romano trascendessero quel tempo remoto, al pari di «certe categorie» (ordinamento, fonte, norma, rapporto, soggetto etc.) forgiate in ambiente privatistico, poi mutuate dal diritto pubblico e infine traslate nella «teoria generale del diritto»⁶⁸.

eccessive complicazioni dottrinarie» di Antolisei, che pure moveva dal tecnicismo giuridico, d'aver spinto la penalistica italiana «verso un realismo [...] ugualmente lontano dal dogmatismo puro e dal nebuloso sostanzialismo».

⁶⁶ ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico* (1937), cit. nt. 57, pp. 151-153; *ivi*, nt. 1, pp. 152-153.

⁶⁷ ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico* (1937), cit. nt. 57, pp. 154-156. Pochi anni dopo, Giuseppe BETTIOL, *Sui recenti orientamenti metodologici nello studio del diritto penale*, in «Jus», 1940, fsc. 1, ora in BETTIOL, *Scritti giuridici*, cit. nt. 49, I, pp. 479-490: pp. 489-490 si dichiarava parimenti convinto della non-trasponibilità dei concetti tra i vari rami dell'ordinamento e bocciava la «perniciosa visione *pancivilistica*»: «basti pensare al tentativo carneltuttiano di applicare al reato lo schema del negozio». Esprimeva ancora la medesima insofferenza verso il formalismo pancivilistico BETTIOL, *Diritto penale* (1945), cit. nt. 26, *Prefazione*, p. 8 (su cui v. *infra*, § 8).

⁶⁸ E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in «Archivio giuridico F. Serafini», XCIX,

Della dottrina dominante il saggio metodologico di Antolisei metteva in discussione anche la sottoposizione del giudice alla legge. A suo parere, nello «Stato moderno autoritario» la «preconcetta diffidenza verso l'autorità giudiziaria» non si giustificava. Pur restando ferma nello Stato fascista la divisione dei poteri, era tempo di vedere nel giudice non più la «macchina logica» sognata dall'illuminismo, ma un «organo vivente dello Stato», deputato a «continuare, con giudizi valutativi, l'opera del legislatore nello spazio che questi ha lasciato libero»⁶⁹. Anche questa iniezione di fiducia nell'attività della giurisprudenza rappresentava un elemento di convergenza con de Marsico.

Per i motivi qui riassunti lo scritto di Antolisei del 1937, peraltro non

1928, pp. 129-150; C, 1929, pp. 26-66; poi in BETTI, *Diritto Metodo*, cit. nt. 2, pp. 59-133: pp. 64, 66, 68, 70-71, 75-76. Il riferimento riguardava P. DE FRANCISCI, *Dogmatica e storia nell'educazione giuridica*. Prolusione al corso di Istituzioni di Diritto romano letta a Padova il 22 gennaio 1922, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», III, 1923, fasc. IV, pp. 373-397, il quale, nell'auspicare l'inscindibilità di dogmatica e storia nella formazione del giurista (ivi, p. 390), aveva messo in guardia da alcuni gravi rischi d'una dogmatica aprioristica: il monismo legislativo e l'immobilismo anti-storico delle categorie logiche (ivi, pp. 379-381). Peraltro, poiché lo stesso De Francisci aveva auspicato una dogmatica capace di adeguarsi alla mutevolezza dei fatti (ivi, p. 383), BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna* (1928-29), cit. in questa nt., p. 71, nt. 24 ammetteva che il collega era «ben lungi dal disconoscere» i tratti d'una «dogmatica saggiamente intesa ed applicata». Com'è noto, B. CROCE, Recensione a Emilio Betti, *Diritto romano e dogmatica odierna* [...], in «La Critica», XXVIII, 1930, pp. 289-291 apprezzò, della prolusione bettiana, la tesi di fondo (la spendibilità dell'odierna dogmatica) e l'idea della *storicità* non solo dell'oggetto ma anche del soggetto. Avrebbe però preferito che Betti fosse più esplicito nel descrivere i «concetti classificatori» come semplici «strumenti di orientazione», mai totalmente *rigidi*. Sulla prolusione milanese di Betti v. I. BIROCCHI, *Emilio Betti: il percorso intellettuale e il tema dell'interpretazione*, in *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, a cura di Antonio Banfi, Massimo Brutti, Emanuele Stolfi, RomaTre Press, Roma, 2020, pp. 9-42: 21-24.

⁶⁹ ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico* (1937), cit. nt. 57, p. 161. Per le idee di Antolisei su *Il giudice penale e la legge* (tit. della prolusione torinese del 21 novembre 1940, pubbl. in «Rivista italiana di diritto penale», XII, 1940, pp. 465 ss., poi in ANTOLISEI, *Scritti di diritto penale*, cit. nt. 30, pp. 43-60) cfr. G. DODARO, *Giuliano Vassalli tra fascismo e democrazia. Biografia di un penalista partigiano (1915-1948)*, Giuffrè, Milano, 2022, pp. 132-133. Anche G. BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, in «Rivista italiana di diritto penale», X, 1938, n. 1, pp. 3-18, poi in BETTIOL, *Scritti giuridici*, cit. nt. 49, I, pp. 318-329: 318 avrebbe dichiarato di preferire la tesi della natura *conoscitiva* (Grispigni) e non *creativa* (Mezger) dell'interpretazione per evitare che insorgesse «una confusione tra giudice e legislatore pericolosa nell'ambito di un regime autoritario».

scevro da «ammiccament[i]» al regime, può reputarsi una «rilevant[e] incrinatur[a]» all'interno del *côté* tecnico-giuridico⁷⁰.

c) *Giuseppe Bettiol e la riscoperta dei 'valori'*

Il teleologismo di Giuseppe Bettiol, allievo di Delitala, si riprometteva di coniugare una «dogmatica flessibile» con le correnti anti-formalistiche⁷¹. Da una prospettiva schiettamente cattolica, il giurista friulano era anzitutto impegnato ad annodare la scienza penalistica all'orizzonte dei *valori*, che il diritto «non crea ma trova preesistenti nella realtà sociale»⁷² e disposti se-

⁷⁰ M. PIFFERI, *La penalistica del dopoguerra e le sfide della Costituzione repubblicana. Qualche considerazione sul problema del metodo e il fine della pena*, in «Giornale di Storia costituzionale», 46, 2023, fsc. II, pp. 211-235: 213; e già S. SEMINARA, *Sul metodo tecnico-giuridico e sull'evoluzione della penalistica italiana nella prima metà del XX secolo*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Jovene, Napoli, 2011, pp. 575-616: 607.

⁷¹ S. RIONDATO, *Un diritto penale detto "ragionevole". Raccontando Giuseppe Bettiol*, Cedam, Padova, 2005, p. 11. Per NUVOLONE, *Introduzione a un indirizzo critico* (1949), cit. nt. 3, p. 169 Bettiol apparteneva a quel nòvero di giuristi che, pur «apparentemente eterodoss[i]» rispetto all'indirizzo tecnico-giuridico, restavano convinti che la legge positiva fosse «l'unica fonte» del diritto penale. Sulla diffidenza di Bettiol verso il formalismo, da lui temuto per le connessioni con lo statualismo e con il positivismo totalitario, v. G. MARINI, *Giuseppe Bettiol. Diritto penale come filosofia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1985, p. 39. Per M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in «Quaderni fiorentini», 28, 1999, *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, II, pp. 817-850, ora in SBRICCOLI, *Storia del diritto penale*, cit. nt. 4, II, pp. 1001-1034: 1033 Bettiol fu tra i giovani penalisti che usarono il «metodo giuridico» come strumento di «difesa» o di rifugio» dal regime fascista. Contesta tale giudizio, con riferimento a Bettiol, S. RIONDATO, *Ricordo di Giuseppe Bettiol, quarant'anni dopo la scomparsa*, in «Diritto penale XXI secolo», n. 41, 2/2022, pp. 393-415: 397, nt. 10, che a quella di Sbriccoli contrappone la lettura di P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 265: questi apprezzava la tormentata ricerca epistemologica di Bettiol, insofferente al tecnicismo 'chiuso' e privo di visione teleologica.

⁷² BETTIOL, *Sui recenti orientamenti metodologici* (1940), cit. nt. 67, p. 501 (su questo saggio v. M. RONCO, *L'attualità di Giuseppe Bettiol nel 100° anniversario della nascita e nel 25° anniversario della morte*, in «Criminalia», 2007, pp. 147-164: 157); così anche BETTIOL, *Sistema e valori* (1940), cit. nt. 49, p. 501. Sulla concretezza del *valore* concepito da Bettiol cfr. MARINI, *Giuseppe Bettiol*, cit. nt. 71, pp. 53-54; RIONDATO, *Un diritto penale detto "ragionevole"*, cit. nt. 71, p. 4; G. GENTILE, *Alice, Humpty Dumpty e la penalistica italiana: ovvero, una breve storia dell'interpretazione letterale dall'illuminismo all'ermeneutica giuridica*, in «Diacronia», 1/2022, *La koinè ermeneutica-giuridica*, pp. 179-222: 199-201.

condo un ‘naturale’ ordine gerarchico⁷³. Un evidente strappo rispetto all’ortodossia tecnicistica.

Nel saggio del 1938 sul *bene giuridico*, confortato dal «risorgere di valori metagiuridici» quali l’antigiuridicità materiale e «la considerazione del fatto sociale», Bettiol presentiva «il sorgere di nuove correnti» anti-formalistiche⁷⁴. Nel 1940, però, lo studioso di Cervignano del Friuli salvaguardava senza equivoci il ruolo-chiave della «giurisprudenza concettuale»: la quale, quantunque viziata di «panlogismo», fungeva da baluardo *razionalista* contro le derive irrazionalistiche e anti-sistematiche della *Begriffjurisprudenz* tedesca. A tal proposito, egli dissentiva, probabilmente a causa d’una diversa (pur se ancora inespressa) sensibilità politica, dal giusrealismo di Antolisei, che aveva visto nella «dogmatica formalistica» un grimaldello ‘liberale’ del quale sbarazzarsi⁷⁵.

8. *Il secondo dopoguerra: tra antigiuridicità formale e teleologismo*

I fermenti realistici interni all’indirizzo tecnico-giuridico non vanno forse enfatizzati. Ma, in ogni caso, mal si combinano con lo stereotipo d’una penalistica italiana totalmente prigioniera del dogmatismo austero, se non cupo⁷⁶.

In un benevolo bilancio stilato nel 1946, Pietro Nuvolone osservava

⁷³ BETTIOL, *Sistema e valori* (1940), cit. nt. 49, p. 502 (su questo saggio v. RONCO, *L’attualità di Giuseppe Bettiol*, cit. nt. 72, pp. 157-159). BETTIOL, *Diritto penale* (1945), cit. nt. 26, p. 35 si sarebbe mostrato riconoscente verso il maestro DELITALA, *Postilla* (1936), cit. nt. 38, p. 535, che aveva apprezzato l’apertura dell’ala *teleologica* dell’indirizzo tecnico giuridico alla «realtà sociale» (cfr. *supra*, § 5).

⁷⁴ BETTIOL, *Bene giuridico e reato* (1938), cit. nt. 69, pp. 318-319. Il riferimento al «fatto sociale» era desunto da ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico* (1937), cit. nt. 57, spec. p. 149: «Il fatto o rapporto regolato dalla norma [...] deve essere ritenuto, al pari dello scopo, elemento integrante della norma stessa [...], la sostanza di cui il diritto è materiato». Altri spunti BETTIOL, *Bene giuridico* (1938), cit. nt. 69, p. 322 traeva da Delitala, che aveva da poco (1936) parlato di bene giuridico come concetto teleologico; e da Florian, che vi aveva visto un «germe» suscettibile di interessanti sviluppi. Per un inquadramento del saggio del 1938 nella temperie penalistica del tempo v. RONCO, *L’attualità di Giuseppe Bettiol*, cit. nt. 73, pp. 147-164: 152-155.

⁷⁵ BETTIOL, *Sui recenti orientamenti metodologici*, cit. nt. 67, pp. 484 e 487.

⁷⁶ Sul punto v. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit. nt. 71, pp. 261-265, con precipuo riguardo ai lavori di Antolisei e di Bettiol degli anni Trenta.

come la dottrina tra le due guerre, pacificata, «almeno apparentemente, nell'eclettico agnosticismo dei codici Rocco», si fosse tenuta lontana dall'irrazionalismo e dagli eccessi anti-legalistici della dottrina tedesca, anche quando – come nel caso di Antolisei e di de Marsico – aveva propugnato l'adozione di «criteri esegetici che tenessero conto della realtà sociale». Nella Penisola, secondo il giurista bergamasco,

il maggiore equilibrio del popolo, la probità e la ponderatezza degli studiosi, il dogma statualistico» avevano impedito gli «sconfinamenti» della politica e avevano contenuto «la scienza del diritto penale nei limiti della legge positiva [...], baluardo contro i possibili arbitri dello Stato totalitario. Il quale fu costretto, rinunciando ad ogni impostazione di principio, ad abusare del suo potere nei casi concreti, attraverso violazioni più o meno palesi della legge scritta». [Insomma,] «nonostante l'evidente orientamento contrario del potere politico [...], l'indirizzo legalitario [aveva dominato] quasi incontrastato in dottrina,

come mostravano i percorsi scientifici di un Antolisei e di un Petrocelli, e con l'isolata eccezione del Maggiore⁷⁷.

Nel turbolento periodo della *transizione* costituzionale, a calamitare l'attenzione degli studiosi era specialmente la sorte dei codici Rocco. Sin dal 1944 Remo Pannain e Giovanni Leone si erano fatti paladini della *conservazione* del codice penale vigente, sul presupposto che esso fosse, in larga misura, il frutto sano della scienza giuridica italiana e che non sarebbe stato arduo 'ripulirlo' dalle incrostazioni estrinseche dell'ideologia fascista⁷⁸. Di questa campagna si fece promotore, dal 1945, «Archivio Penale» diretto da Pannain⁷⁹. Per una sorta di eterogenesi dei fini, quindi, la de-fascistizzazione

⁷⁷ Pietro NUVOLONE, *Il momento penale*, in «Archivio Penale», 1946, fsc. v-vi (mag.-giu.), pp. 269-281; poi in NUVOLONE, *Trent'anni*, cit. nt. 3, I, pp. 140-150: 140-144 e 146.

⁷⁸ R. PANNAIN, *La riforma della legislazione*, in «Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Camerino», 1942-44, voll. 16-18, pp. 17-18, 28-29; G. LEONE, *Sulla riforma del codice penale*, in «La Giustizia», 25 settembre 1944; R. PANNAIN, *Notizie e spunti sulla riforma dei codici penali*, in «Archivio Penale», I, 1945, fsc. I-II, pp. 56-61: 59-60.

⁷⁹ P. PIASENZA, *Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato: il dibattito sulla riforma del codice penale e della legge di pubblica sicurezza*, in «Politica del diritto», X, 1979, n. 3, pp. 261-317: 264-265. Cfr., ad es., T. DELOGU, *L'elemento politico nel codice penale*, in «Archivio Penale», I, 1945, pt. I, fsc. III, pp. 161-195: pp. 169 e 184. Da altra angolazione, il primo presidente della Casazione E. CASATI, *Considerazioni e proposte sulla riforma dei codici penali*, in «Archivio Penale», I, 1945, pt. I, fsc. I-II, pp. 43-56: 46-47, al medesimo fine di 'sganciare' dalla volontà politica del fascismo il codice Rocco, ne sottolineava, invece, le continuità con i cardini del posi-

finì addirittura per rinvigorire il positivismo tecnicistico, mettendo nell'angolo le correnti 'valoriali' della penalistica⁸⁰.

Questo singolare effetto è esemplarmente rappresentato da un articolo di Biagio Petrocelli, non a caso ospitato da «Archivio Penale» del 1945. L'Autore meditava sulle pagine de *L'oggetto del reato* (1913) nelle quali Arturo Rocco, muovendo dal presupposto del carattere «meramente formale» del diritto penale, aveva identificato «la sola e vera illiceità giuridica» in quella *formale*; l'illiceità *materiale* era invece, per Rocco, il «danno o il pericolo di danno» derivante dal reato⁸¹. Per Petrocelli, al contrario, la materialità del reato consisteva proprio nella violazione della norma, a prescindere dall'effettivo verificarsi del danno o del pericolo; la «sostanza umana e sociale» penalmente rilevante (si noti l'affinità, sul punto, col pensiero di Grispi) era soltanto quella racchiusa nella norma e vivente «nella sagoma del suo imperativo». Di conseguenza, «la valutazione» giudiziale della «socialità o antisocialità dell'azione» avrebbe dovuto «sempre cedere innanzi alla diversa valutazione del legislatore». Per non mortificare del tutto l'attività giurisprudenziale Petrocelli le assegnava il compito, piuttosto fumoso, di ripercorrere «mentalmente il cammino del legislatore» e di confrontarne la volontà con la «concreta e vivente realtà dell'oggi». Perentoria la conclusione: «La cosiddetta antigiridicità materiale [...] non esiste»⁸².

Da una prospettiva assai diversa, la *Prefazione* di Bettiol al manuale, licenziata negli stessi mesi (settembre 1945) dell'articolo di Petrocelli, esplicitava il desiderio di rilanciare la dimensione etica (in chiave cristiana) del penale in vista della «ricostruzione spirituale dell'Europa». Tuttavia il professore friulano, come già si era arguito dai lavori ante-guerra, non intendeva affatto sovvertire il metodo dogmatico. Da un lato, infatti, si prefiggeva il «superamento» del «tecnicismo giuridico a sfondo panciviltistico, il quale ha veramente depauperato il diritto penale ed essiccato in una

tivismo: difesa sociale «trasfus[a]» nella difesa dello Stato, misure di sicurezza.

⁸⁰ PIASENZA, *Tecnicismo giuridico*, cit. nt. 79, pp. 269 e 281. Con particolare riferimento al diritto processuale penale v. NOBILI, *La procedura penale* (1977), cit. nt. 53, p. 70. SEMINARA, *Sul metodo tecnico-giuridico*, cit. nt. 70, pp. 612-613 sostiene che, nel secondo dopoguerra, il tecnicismo divenne «vuoto formalismo» nonché ideologia frenante sulla strada dell'adeguamento alla Costituzione. Per la bibliografia sul punto v. PIFFERI, *La penalistica del dopoguerra*, cit. nt. 70, pp. 228-229, nt. 8.

⁸¹ AR. ROCCO, *L'oggetto del reato* (1913), cit. nt. 26, p. 477.

⁸² B. PETROCELLI, *Forma e sostanza nell'antigiuridicità*, in «Archivio Penale», I, 1945, fsc. V, pt. I, pp. 241-252: 250-252.

geometria concettuale ineccepibile problemi che urgono nel cuore dell'uomo»: di qui il tentativo «di dare una impostazione teleologica ai concetti penali onde ancorarli alla realtà della vita dopo di averli tolti dall'*aer perso* di una scialba considerazione formalistica». Dall'altro però egli spiegava con passione ai lettori del manuale che lo studio del Diritto penale non consisteva in articoli del codice da «mandare a memoria» o in un «affastellamento di cognizioni», bensì in un «sapere “ordinato”» da mettere a sistema. Sicché, d'accordo col maestro Delitala, Bettiol riteneva che bisognasse sfruttare le potenzialità della dogmatica, intesa come metodo logico induttivo e deduttivo, come strumento ordinante, come «*slancio*» sistematico finalizzato alla classificazione di tipo naturalistico (la metafora, come si è visto, risale al Maggiore). Ciò nonostante, Bettiol non nascondeva i «notevoli pericoli» insiti nel concettualismo: il formalismo, l'intellettualismo, lo «splendido isolamento» del diritto penale «da ogni contatto con la realtà fenomenica tenuta in dispregio» nonché «con il mondo dei valori e quindi con il campo dell'etica che urge alle porte». Egli suggeriva perciò di coordinare «idee chiare, semplici, precise [...] verso i “valori” [...]». Bergson può insegnare molte cose anche al giurista⁸³.

9. *Pietro Nuvolone e il ritorno del giusnaturalismo*

Nell'articolo d'inizio 1946 sopra citato (§ 8) Nuvolone azzardava una prima fotografia della penalistica che andava riorganizzandosi dopo la frattura politico-istituzionale post-bellica. Come tratto caratterizzante egli indicava l'«insoddisfazione profonda per il positivismo giuridico». A suo giudizio lo scontento, già affiorato nella crisi del penale ante-guerra, si andava ora accentuando sia dal punto di vista del diritto interno, nel quale la «legislazione politica eccezionale» veniva configurata (da lui stesso e da Giuliano Vassalli, tra gli altri) come ripristino «di un concetto superiore di giustizia»; sia sul piano del diritto internazionale, dove il medesimo argomento

⁸³ BETTIOL, *Diritto penale* (1945), cit. nt. 26, *Prefazione*, p. 8 (critica al pancivilismo; illustrazione del teleologismo); ivi, pp. 32-36 (utilità della dogmatica, pericoli del concettualismo). Per il paragone di Maggiore con la classificazione del naturalista v. *supra*, nt. 16. Le oscillazioni presenti nel manuale di Bettiol erano oggetto di apprezzamento da parte di C. PEDRAZZI, *Il «diritto penale» del Bettiol*, in «Rivista di Filosofia Neo-Scolastica», 39, 1947, n. 2 (giu.), pp. 110-122, il quale vi ravvisava un «giusto equilibrio fra fonti formali e fonti sostanziali» (ivi, p. 111); del teleologismo professato dallo studioso friulano Pedrazzi rimarcava la matrice tomistica (ivi, p. 112).

(l'esistenza d'un «diritto superiore alle leggi positive») era invocato per la «punizione dei crimini di guerra e dei delitti di lesa umanità»⁸⁴. A questa duplice spinta, per così dire, endo-giuridica si sommava, secondo Nuvolone, un fattore esogeno del tutto nuovo: l'utilitarismo anglo-americano, che avrebbe presto condotto a un «ripudio istintivo del positivismo giuridico di tipo latino», giacché nulla era «più straniero allo spirito anglosassone dei sistemi chiusi di norme». L'avvicinamento alla *common law* – confidava lo studioso lombardo – avrebbe consentito alla cultura giuridica italiana di affrancarsi sia dalle correnti irrazionalistiche tedesche sia dal «dogma stualista, che intristisce la vita del diritto»; di progettare riforme legislative calibrate sull'evoluzione sociale; di orientare la scienza penalistica verso «categorie logiche sostanziali»⁸⁵.

Nuvolone coglieva taluni riscontri dell'avanzante neo-giusnaturalismo nella dottrina coeva: per esempio, nell'«indirizzo umanistico» di Bettiol, il quale comunque mostrava «di tenersi tuttora ancorato al diritto positivo»; nei saggi di Vassalli sui criminali di guerra e sul collaborazionismo; e, sintomo d'una tendenza più generale, nel Carnelutti de *L'equità nel giudizio penale*⁸⁶. Di contro, il giurista bergamasco percepiva resistenze da parte di

⁸⁴ NUVOLONE, *Il momento penale* (1946), cit. nt. 77, p. 147. Per entrambi i profili l'A. citava adesivamente recentissimi lavori di G. VASSALLI: per il diritto interno, *La collaborazione col tedesco invasore nella giurisprudenza della Sezione speciale della Cassazione*, in «La Giustizia Penale», L, 1945, fsc. un., pt. II, coll. 1-15 (saggio integrato sullo stesso periodico nel 1946 e completato da G. VASSALLI – G. SABATINI, *Il collaborazionismo e l'amnistia politica nella giurisprudenza della Corte di Cassazione. Diritto materiale. Diritto processuale. Testi legislativi*, La Giustizia penale, Roma, 1947; cfr. R. BIANCHI RIVA, *L'ordine del superiore gerarchico nella giustizia di transizione italiana: diritto, etica e politica*, in «Historia et Ius», 16/2019, paper 4, pp. 1-57 e spec. 11-12, 15, 17, 24-25, 51); per il diritto internazionale l'altro lavoro vassalliano *La punizione dei criminali di guerra*, in «Idea», 1945, pp. 23-26, poi in G. VASSALLI, *Scritti giuridici*, II, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 673-686 (cfr. G. CHIODI, *Legalità penale e punizione dei crimini contro l'umanità al processo di Norimberga: la visione di Giuliano Vassalli*, in «Historia et ius», 10/2016, paper 29, pp. 1-15: 4). Lo stesso P. NUVOLONE aveva da poco pubblicato il vol. *La punizione dei crimini di guerra e le nuove esigenze giuridiche*, Edizioni della Bussola, Roma, 1945.

⁸⁵ NUVOLONE, *Il momento penale* (1946), cit. nt. 77, pp. 148 e 150.

⁸⁶ NUVOLONE, *Il momento penale* (1946), cit. nt. 77, p. 149 e ivi, nt. 32. Di G. BETTIOL era citato *Il problema penale*, Editrice Scientifica Triestina, Trieste, 1945; di G. VASSALLI i saggi *La collaborazione e La punizione dei criminali di guerra*, entrambi qui cit. nt. 84; infine veniva richiamato F. CARNELUTTI, *L'equità nel giudizio penale (Per la riforma della Corte d'assise)*, in «La Giustizia penale», L, 1945, pt. III, coll. 1-11; poi in F. CARNELUTTI, *Questioni sul processo penale*, Dott. Cesare Zuffi, Bologna, 1950, pp. 63-78.

autori (come Petrocelli) che non intendevano superare «i confini rigidi del diritto positivo». Egli le attribuiva al comprensibile timore dell'«influenza russa», che intendeva il diritto quale «strumento di lotta» politica e di classe. Ma non per questo gli pareva opportuno «fondare una scienza unicamente su basi così labili e pericolose come quelle della legge scritta, che non offre, tra l'altro, al cittadino nessuna garanzia sostanziale contro gli arbitri dello Stato»⁸⁷.

In un breve scritto del 1948, tuttavia, lo stesso Nuvolone manifestava un certo scetticismo verso il montante giusnaturalismo, specie nella versione 'universalistica' che, a suo parere, se disancorata dalle leggi d'uno Stato sovrano minava l'esigenza di certezza del diritto. Di questo saggio due aspetti appaiono qui degni d'interesse. In primo luogo, l'Autore individuava tre correnti penalistiche attive: la *metodologica* (il finalismo di Bettiol), la *sostanzialistica* (diritto libero e scuola di Kiel), la *reformista*. In quest'ultima egli includeva la Scuola positiva, della quale lo colpiva il fatto che si ponesse il problema «del contenuto delle forme penali» ma che restasse conservatrice «sul piano della dogmatica»: «tipico» di tale «atteggiamento» gli sembrava il manuale di Grispigni del 1947⁸⁸.

Quest'ultimo testo in effetti, ribadendo le posizioni già espresse dallo studioso positivista nel 1932, asseriva senza tentennamenti che «oggetto della dommatica è il diritto positivo»; che non bisogna preoccuparsi «di ricercare se gli effetti concreti» della norma «nella vita sociale siano, o non, da approvare come conformi ad un ideale di giustizia»; che «la norma deve essere assunta così com'è, come un domma, che non si vuole valutare»⁸⁹. Poco oltre però, bilanciando, come in passato, il rigido legalismo di queste affermazioni, Grispigni ripescava il fraseggio della prolusione camerte del 1920 (v. *supra*, § 6) e ripeteva l'invito al giurista a non fermarsi «alla fredda

⁸⁷ NUVOLONE, *Il momento penale* (1946), cit. nt. 77, pp. 149-150. Come esempio di resistenza alle aperture neo-giusnaturalistiche l'A. citava PETROCELLI, *Forma e sostanza dell'antigiuridicità* (1945), cit. nt. 82.

⁸⁸ P. NUVOLONE, *I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale*, in «Rivista italiana di diritto penale», 1948, n. 1-3, pp. 38-55; ora in NUVOLONE, *Trent'anni*, cit. nt. 3, I, pp. 151-165: 152-154.

⁸⁹ GRISPIGNI, *Diritto penale italiano* (1947), I, cit. nt. 50, *Introd.*, pp. 7-8. Tesi ribadite da F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano. Volume primo* [...]. Ristampa invariata della seconda edizione con l'aggiunta di una appendice, Giuffrè, Milano, 1950, *Introd.*, p. 8. Cfr. anche ivi, p. 10: le norme giuridiche sono *forme*, la vita sociale è la *materia*, e lo studio della vita sociale «non rientra nel compito specifico della dommatica» (convinzioni inalterate rispetto al *Corso* 1931-32).

considerazione delle disposizioni di legge» e a tener «da mano sul polso delle vibrazioni sociali»⁹⁰.

Il secondo versante del saggio di Nuvolone del 1948 meritevole, qui, di attenzione è il giudizio piuttosto severo sull'indirizzo tecnico-giuridico. Secondo il penalista lombardo, esso, sebbene avesse *affinato* «la conoscenza del diritto positivo», aveva *ridotto* il ruolo «del giurista a quello di interprete», 'condannandolo' a consumare «una imponente massa di lavoro logico sopra un oggetto, molte volte, lacrimevolmente indegno»: si era, di conseguenza, *perpetuato* e addirittura *aggravato* «il paradosso per cui i migliori erano chiamati a commentare e ad applicare le leggi, elaborate dai meno preparati». Eppure, ad avviso di Nuvolone, esisteva la possibilità d'una *scienza* «al di fuori dell'esegesi e della dogmatica» del diritto positivo. Questa 'altra' dogmatica avrebbe potuto basarsi su una selezione dei «principi universalmente validi» di solito esposti nella parte generale dei trattati: la causalità, il dolo e la colpa, la tesi dicotomica o tricomica del reato⁹¹.

Era proprio la cernita tra «dogmatica del diritto positivo» e «dogmatica metapositiva» (ossia i principi «universalmente validi»), nonché il filtro tra vero e falso *a priori*, il nucleo qualificante dell'indirizzo *critico* che Nuvolone illustrava nella prolusione parmense del 1949. Lo faceva prendendo di mira il più grave 'peccato' del tecnicismo giuridico: l'aver attinto ampiamente alla dimensione meta-giuridica, nonostante la conclamata intenzione di aderire al diritto positivo. A suo parere, tale incoerenza si era manifestata sotto una pluralità di profili. Anzitutto, in ambito ermeneutico, la dottrina si era schierata ora per l'interpretazione logica, ora per quella teleologica; la teleologica era partita talora da una visione statica della norma (Grispigni), talaltra da una concezione funzionale a un fine interno al sistema (Antolisei) o esterno ad esso (Bettioli); ma, in ogni caso, i canoni interpretativi non potevano che collocarsi al di fuori dell'ordinamento positivo. In secondo luogo, «natura tipicamente metagiuridica o, quanto meno, extra-legale» presentavano le questioni dell'analogia, dell'oggetto e della bipartizione o tripartizione del reato. L'«ultima e definitiva riprova della continua *contaminatio* tra positivismo e metapositivismo giuridico» era data, per Nuvolone, dalle disquisizioni sulla funzione della pena, tema sul quale il codice innegabilmente taceva e che pertanto era rimesso alla *Weltanschauung* del singolo stu-

⁹⁰ GRISPIGNI, *Diritto penale italiano* (1947), I, cit. nt. 50, *Introd.*, pp. 21-22.

⁹¹ NUVOLONE, *I fini e i mezzi* (1948), cit. nt. 88, pp. 154 (mortificazione dell'interprete), 155 (selezione dei principi), 156-157 (compito del giurista: non «da posizione dei fini», sempre mutevoli e relativi e perciò rimessi al legislatore, ma dei mezzi congrui a raggiungerli).

dioso. Insomma – sintetizzava il professore – «l'indirizzo tecnico-giuridico non [era] riuscito a circoscrivere alle pure norme del diritto positivo l'oggetto della scienza penale», giacché aveva prelevato al di fuori della legge taluni fondamentali «concetti, teorie, argomentazioni»⁹².

Ma non è tutto. È noto che l'indirizzo tecnico-giuridico aveva largheggiato nell'impiego di categorie logiche astratte. Ebbene, ad avviso di Nuvolone, esso aveva trasformato più o meno inconsapevolmente le tante astrazioni *improprie* (ossia le generalizzazioni a fini classificatori) in astrazioni *pure*, come se queste fossero dotate di un'«entità» autonoma effettiva: tale, ad esempio, l'«illusione ottica» del Carnelutti che, nelle *Lezioni* penalistiche del 1943, aveva scambiato per «realtà» categorie ordinatorie meramente nominalistiche. Ma così la scienza si rivelava «una pseudo-scienza»; e il tecnicismo giuridico restava zavorrato al «giusnaturalismo carrariano», pretenziosamente universalistico⁹³.

10. In difesa del tecnicismo legalistico: Petrocelli e Bellavista

Il dibattito sulla perdurante attendibilità scientifica del tecnicismo giuridico era aperto. Se ne occupavano due saggi apparsi nel 1950.

Negli *Scritti Carnelutti* Petrocelli faceva il punto su tecnicismo e anti-tecnicismo nel penale. Il primo, a suo parere, scontava l'errore d'essersi proposto come scuola tra le altre, anziché agire come monito di giuridicità contro ogni «confusionismo metodologico». Il secondo, «una specie di moda, che ha ogni tanto i suoi ritorni», si era, da ultimo, palesato nel neogiusnaturalismo filosofico di Maggiore, che aveva agganciato la nozione di reato a un presunto ordine superiore e universale; e nel teleologismo di Bettiol, che specialmente nel manuale aveva rimproverato alla corrente maggioritaria d'aver trascurato i *contenuti* e aver così costretto il penale a uno «splendido isolamento»⁹⁴. Il dissenso di Petrocelli dal collega friulano na-

⁹² NUVOLONE, *Introduzione a un indirizzo critico* (1949), cit. nt. 3, pp. 177-179 (programma dell'indirizzo *critico*); 170-175 (esempi di aperture meta-giuridiche).

⁹³ NUVOLONE, *Introduzione a un indirizzo critico* (1949), cit. nt. 3, pp. 176-177 e ivi, p. 177, nt. 50. Qui l'A. citava F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale. Il reato. I*, Giuffrè, Milano, 1943, pp. 1-4.

⁹⁴ B. PETROCELLI, *Tecnicismo e antitecnicismo nel diritto penale*, in *Scritti in onore di Francesco Carnelutti. Volume Quarto: Diritto pubblico e storia del diritto*, Cedam, Padova, 1950, pp. 337-368; poi in B. PETROCELLI, *Saggi di diritto penale*, Cedam, Padova, 1952, pp. 391-426: 391-392 (sul tecnicismo); ivi, pp. 397-403 (sull'anti-tecnicismo); ivi, p. 407 (critica a Bettiol; signi-

sceva sia dal timore che i suddetti *contenuti* venissero selezionati e ‘imposti’ dai ceti dirigenti; sia dal sospetto che un eccesso di spiritualismo si lasciasse sfuggire la concreta dialettica degli interessi; sia, soprattutto, dalla preoccupazione (ma Petrocelli assicurava di non alludere a Bettiol, mostratosi anzi coraggioso «in tempi difficili») che il sostanzialismo sfociasse nell’idea del «sano sentimento del popolo, ed altre cose del genere. Delle quali, mi sia lecito una volta tanto il ricordarlo, proprio quando erano di moda, anzi di ordinanza, io scrissi che con quelle formule si voleva né più né meno la libera regolamentazione del caso concreto, cioè la fine del diritto». A scanso di equivoci, Petrocelli puntualizzava che non avrebbe avuto nulla da eccepire se per *contenuto* si fosse inteso, à la Liszt, l’«imperativo giuridico» o, come aveva sostenuto proprio Bettiol, la volontà dello Stato racchiusa nella legge⁹⁵.

Le ultime battute del saggio levavano un inno al positivismo giuridico, identificato con il formalismo tecnicistico. Petrocelli ne rivendicava l’originaria portata garantista, sebbene ora, per effetto d’uno «strano destino», esso fosse esecrato come «strumento di totalitarismo». La norma positiva restava quel residuo di ragione che al giurista importava salvare, «senza perdersi in chimere», «anche quando, nelle alterne vicende, la ragione fosse costretta a cedere alla forza». Anziché piegare «il capo, inerte e cieco», dinanzi a qualsiasi legge, il giurista – concludeva fiducioso il cattedratico napoletano – avrebbe potuto fondarsi sulla norma sia per «tutelare nel cittadino il limite che ogni norma gli assicura», sia per «promuovere, attraverso l’aperta dichiarazione della legge qual è, con tutti i suoi errori e i suoi arbitri, l’avvento della legge migliore»⁹⁶. Com’è stato acutamente osservato, la serrata difesa

ficato di *contenuto*). L’A. si riferiva sia a G. MAGGIORE, *Delitto naturale e delitto legale*, in «La Scuola positiva», LVI, 1948, fsc. 3-4, pp. 366-404: 376, il quale aveva denominato reato *sostanziale* quello la cui criminalità dipendeva da un «ordine superiore» e «universalmente valido», «preesistente [...] all’imperativo del potere legiferante»; sia a BETTIOL, *Diritto penale* (1945), cit. nt. 26, p. 35, dove si legge l’espressione «splendido isolamento».

⁹⁵ PETROCELLI, *Tecnicismo e antitecnicismo* (1950), cit. nt. 94, pp. 414, 418, 417, 411. In effetti B. PETROCELLI, *Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale*. Prolusione al corso ufficiale di diritto penale, letta nella R. Università di Napoli il 13 gennaio 1941, in «Rivista italiana di diritto penale», XIII, 1941, pp. 3-26, ora in PETROCELLI, *Saggi*, cit. nt. 94, pp. 341-364: 357 aveva già scritto che accettare la tesi della scuola di Kiel (diritto creato dalla comunità anziché dalla legge) implicava «la libera regolamentazione del caso concreto», ossia «la fine del diritto». Questa prolusione tenuta da Petrocelli a Napoli nel 1941 è stata, di recente, considerata da G. DODARO, *Giuliano Vassalli*, cit. nt. 69, p. 150 «un manifesto politico per un diritto penale autoritario».

⁹⁶ PETROCELLI, *Tecnicismo e antitecnicismo* (1950), cit. nt. 94, pp. 424-426. Sulla curvatura au-

petrocelliana del tecnicismo legittimava la professionale neutralità del giurista sia retrospettivamente, ossia rivangando il recente passato fascista, sia «nel presente e nel futuro costituzionale», quasi come se la Carta non esistesse⁹⁷.

Anche la prolusione triestina (1950) di Girolamo Bellavista, allievo palermitano di Maggiore, pronunciava un «atto di fede» verso il metodo tecnico. L'Autore, scomponendo il 'trittico' rocchiano, ne riconosceva lo «sviluppo» asimmetrico: «rachitic[a]» l'esegesi, «elefantiac[a]» la dogmatica, «inesistente» la critica. Ma ne rilevava la piena legittimità costituzionale, dal momento che l'esegesi e la dogmatica imponevano di rispettare la legge vigente, «rinunziando alle pericolose ed anticostituzionali suggestioni della interpretazione come atto creativo»⁹⁸. Un eventuale spazio alle propensioni dell'interprete – concedeva il professore siciliano – residuava, semmai, solo nel «*posterius* logico e cronologico» della *critica*⁹⁹.

Bellavista passava quindi a contrastare meticolosamente le teorie dei principali oppositori 'interni' (Nuvolone, Antolisei, Bettiol) del metodo tecnico-giuridico. A Nuvolone che, come s'è visto (v. *supra*, § 9), ne aveva colto la più imperdonabile contraddizione nell'aver spostato al di fuori della legge alcuni pilastri fondanti (i canoni ermeneutici, la struttura del reato, la funzione della pena), Bellavista replicava che i criteri d'interpretazione erano tutti ricavabili da norme giuridiche, come insegnato da Vittorio Scialoja; che la concezione tricotomica dell'antigiuridicità doveva pur sempre attersi al materiale «grezzo» del diritto positivo (senza abusare della fantasia consigliata da Kohler ai dogmatici); che la funzione della pena era desumibile dagli articoli del codice, a meno di non voler *contrabbandare* per «dogma

toritaria, operata da Petrocelli, del principio di legalità v. la documentata ricostruzione di DODARO, *Giuliano Vassalli*, cit. nt. 69, pp. 141-155.

⁹⁷ PIFFERI, *La penalistica italiana*, cit. nt. 70, p. 216.

⁹⁸ BELLAVISTA, *Deviazioni metodologiche* (1950), cit. nt. 3, pp. 87-90 (Antolisei, Maggiore, Nuvolone); 91 (diseguale sviluppo della prelezione Rocco; limiti costituzionali dell'interpretazione). Una nota in calce alla parola *suggestioni* (ivi, p. 90, nt. 13) richiamava le oscillazioni tra G. MAGGIORE, *L'interpretazione delle leggi come atto creativo*, Ergon, Palermo, 1914; e MAGGIORE, *Diritto penale* (1949), I, cit. nt. 46, p. 127, dove si distingueva tra un indubbio divieto *dogmatico*, in capo al giudice, di «creare la legge» in un sistema «impennato al principio di legalità» e la constatazione «logico-storic[a]» (merito di Giovanni Pacchioni) del fatto che la giurisprudenza era ormai «fonte viva del diritto». Come osserva G. MARINI, *Giuseppe Maggiore. L'interferenza tra filosofia e diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1983, p. 94, Maggiore, dopo aver *esasperato*, negli anni Venti, la concezione creativa dell'interpretazione, l'avrebbe poi profondamente rivista.

⁹⁹ BELLAVISTA, *Deviazioni metodologiche* (1950), cit. nt. 3, p. 92.

legislativo» il personale *credo* politico, «filosofico o religioso»¹⁰⁰.

Quanto al *realismo* di Antolisei e al *teleologismo* di Bettiol, Bellavista li riteneva entrambi acquisiti al metodo tecnico-giuridico. Con specifico riguardo al teleologismo, egli osservava che, «se la legge penale è il mezzo [...] attraverso il quale la volontà dello Stato vuole raggiungere determinati fini sociali», l'interpretazione, ma anche la dogmatica e la critica, non potevano che indossare un abito finalistico. Nella ricerca dello scopo però, come aveva ammonito Rocco e come Bellavista si sentiva di ribadire, bisognava tener presente «il *telos* della norma giuridica» e non le preferenze soggettive dell'interprete: e ciò per non dar àdito al «malaugurato» ritorno della meta-giuridica «filosofia dei valori» propugnata da Bettiol e giustamente avversata dal tecnicismo e dallo stesso Antolisei¹⁰¹.

Dimostrata «l'infondatezza di certe critiche», Bellavista esortava a tornare all'indirizzo tecnico-giuridico, a condizione di reimboccare la «diritta via [...] smarrita». Bisognava, anzitutto, restaurare la proporzione tra le fasi: ridimensionare, cioè, l'«elefantiasi dogmatica», con corredo di formalismo e nominalismo, a favore di esegesi e critica. Occorreva dissipare la nebbia del nord (ossia l'influenza tedesca) per ricominciare a costruire il sistema dal basso, ossia dai reati. Infine s'imponeva un «amorevole ritorno agli studi sulla parte speciale». Di contro, andava arginata la pretesa carneluttiana di trattare il reato con gli strumenti civilistici del negozio: di questo passo, ironizzava il professore palermitano, si sarebbe ridotta «da pena di morte ad una espropriazione per pubblica utilità»¹⁰².

La carenza più grave del tecnicismo giuridico, per Bellavista, aveva sinora riguardato la fase critica. I giuristi avevano inspiegabilmente *abdicato* al compito loro spettante di rilevare le antinomie non solo *interne* all'ordinamento ma anche «esterne tra il diritto e la realtà sociale», giacché per sua

¹⁰⁰ BELLAVISTA, *Deviazioni metodologiche* (1950), cit. nt. 3, pp. 92-95. Esprimeva perplessità su questo passaggio dell'articolo P. NUVOLONE, *Natura e storia nella scienza del diritto penale*. Prolusione al corso ufficiale di Diritto penale, tenuta il 18 gennaio 1951 nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pavia, in «Rivista italiana di Diritto penale», n.s. IV, 1951, n. 3, pp. 225-245; in *Studi in memoria di Arturo Rocco. Volume II*, Giuffrè, Milano, 1952, pp. 251-275; ora in NUVOLONE, *Trent'anni*, cit. nt. 3, I, pp. 190-206: p. 192, nt. 6.

¹⁰¹ BELLAVISTA, *Deviazioni metodologiche* (1950), cit. nt. 3, pp. 96-98. Proprio ad Antolisei, invece, Bellavista rimproverava (ivi, pp. 98-99) sia lo spazio accordato all'*irrazionalismo*, che invero sottintendeva sempre un qualche disegno di ordine politico-criminale; sia la «concezione dinamica» del penale, giacché solo un diritto «fisso ed immobile» riusciva a evitare i danni dell'interpretazione storico-evolutiva e del diritto libero.

¹⁰² BELLAVISTA, *Deviazioni metodologiche* (1950), cit. nt. 3, pp. 99-100.

natura il diritto serve «alla vita»; quello penale, in particolare, alla «lotta contro la criminalità». Nell'opera di modifica e di adattamento della legge il giurista, secondo il professore siciliano (poco allineato, sotto questo profilo, all'iper-positivismo tecnico-giuridico), avrebbe dovuto dialogare con le scienze ausiliarie, specie con la criminologia¹⁰³.

Nella prolusione pavese d'inizio 1951 Nuvolone replicò alle critiche di Bellavista ribadendo le sue posizioni. Agli insoddisfatti dal tecnicismo egli prospettava l'eventualità di assegnare al giurista non tanto l'esegesi e la dogmatica quanto la «posizione delle norme», in cui consisteva la «vera scienza del diritto»: restituirgli la più «nobile» funzione avrebbe permesso di contrastare la crescente inadeguatezza della legislazione e di «sottrarre agli incompetenti la regolamentazione dei rapporti sociali». In termini più incisivi di quelli prefigurati dal collega palermitano, Nuvolone auspicava che la scienza giuridica acquistasse un'«impostazione legislativa» e contribuisse a selezionare gli interessi da tutelare. Una così delicata missione richiedeva una formazione basata sullo studio non solo del diritto ma anche delle «scienze politiche e sociali», sulla conoscenza della personalità del delinquente e dell'efficacia degli strumenti adoperati. «La dogmatica – concludeva Nuvolone – resta preziosa e insostituibile attività di ricostruzione del diritto positivo; ma essa sta alla scienza come la parafrasi alla poesia»¹⁰⁴.

11. *Qualche considerazione conclusiva*

La tortuosa traiettoria che qui si è provato a ripercorrere ha preso le mosse dall'allarme lanciato da Arturo Rocco, nella prelezione sassarese del 1910, per la progressiva perdita d'identità della penalistica a causa delle disinvolute contaminazioni con l'antropologia, la sociologia, la politica. Il rimedio proposto da Rocco consisteva nel costruire una *scienza* penale esemplata sul paradigma civilistico-pandettistico¹⁰⁵ e articolata in *esegesi, dogmatica,*

¹⁰³ BELLAVISTA, *Deviazioni metodologiche* (1950), cit. nt. 3, pp. 101-102 e 104. L'ultima affermazione di Bellavista, ossia la possibilità che il giurista rilevasse «antinomie [...] tra il diritto e la realtà sociale», pareva a NUVOLONE, *Natura e storia* (1951), cit. nt. 100, p. 192, nt. 6 poco *ortodossa* rispetto all'indirizzo tecnico-giuridico.

¹⁰⁴ NUVOLONE, *Natura e storia* (1951), cit. nt. 100, pp. 191-192, 195-196, 205.

¹⁰⁵ Si allude, qui, alla *civilistica penale*, efficace sintagma coniato da SBRICCOLI, *La penalistica civile* (1990), cit. nt. 4, pp. 580-583 (ma la formula si trova già in M. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale. 1883-1912*, in «Quaderni fiorentini», 3-4, 1974-75, I, pp. 557-642, ora in SBRICCOLI, *Storia del diritto penale*, cit. nt. 4, II, pp. 819-902: 827). Lo stesso SBRICCOLI, *La penalistica*

critica. Il termine mediano, nato nel seno dell'indirizzo tecnico-giuridico, ne oltrepassò il recinto e divenne sinonimo di *metodo* logico-sistematico¹⁰⁶. Si verificò un fenomeno non dissimile da quello magnificamente descritto da Max Weber: «La parabola della ragione moderna si [trasformò] da emancipatrice» in gabbia d'acciaio (*stalbartes Gehäuse*)¹⁰⁷.

Per lunghi decenni i cultori italiani della disciplina dovettero misurarsi con la *dogmatica*. Lemma polisemico e controverso: ora foriero di algide astrazioni, ora inclusivo d'un qualche contatto con la realtà (normativa o materiale)¹⁰⁸; a volte rifugio dai condizionamenti della contingenza legislativa, a volte, all'inverso, sistema da erigere usando come tasselli proprio le norme vigenti.

Per opinione condivisa la dogmatica forniva un formidabile supporto didattico-espositivo. È forse per questo motivo che chi oggi si accosti a un manuale o a un trattato della prima metà del Novecento avverte la sensazione, alquanto respingente, di asettico formalismo e di aridità narrativa.

Un'analisi meno superficiale del vivacissimo confronto dottrinale restituisce un quadro molto più mosso. Il tecnicismo giuridico era attraversato da vistose spaccature circa la morfologia e le funzioni della dogmatica. I filosofi schernivano l'ottusità esegetica e il logicismo dilettantesco dell'indirizzo dominante e ne biasimavano l'ingenuo rifiuto della dimensione teoretica. Il tardo positivismo, nonostante i rinvii sempre più sfocati alla sociologia e all'antropologia empirica, si tramutava, per effetto d'un paradossale scambio di ruoli, nell'ultimo sacrario dell'iper-legalismo.

La parabola della dogmatica s'intrecciava con nodi costituzionali cruciali. Della sua camaleontica flessibilità prima e dopo il fascismo molto si

civile (1990), cit. nt. 4, p. 583 esprimeva dubbi sulla possibilità di retrodatare al 1910 la potenzialità autoritaria del ragionamento rocchiano.

¹⁰⁶ Da notare, per analogia con quanto sostenuto nel testo, che NUVOLONE, *Natura e storia*, cit. nt. 100, p. 192, nt. 6 contestava a Bellavista d'aver identificato *indirizzo* e *metodo* tecnico-giuridico.

¹⁰⁷ M. WEBER, *Die Protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, tr. it. *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*. Introduzione di Giorgio Galli. Traduzione e appendici di Anna Maria Marietti. Con «La storia di una controversia» di Ephraim Fischhoff, Bur, Milano, 2018, p. 240 («gabbia di durissimo acciaio»). Il rapporto con la ragione emancipatrice è sottolineato da C. GALLI, *Ideologia*, il Mulino, Bologna, 2022, p. 101 (cui appartiene l'espressione virgolettata nel testo).

¹⁰⁸ LONDONO MARTINEZ, *Il 'romanico'*, cit. nt. 38, pp. 1943-1960 ha parlato d'una conformazione *romanica* della dogmatica italiana, cioè ascendente dal basso delle esigenze sociali, a differenza della dogmatica *gotica* tedesca.

è scritto¹⁰⁹. Meno esplorato è forse il rapporto tra una scienza penalistica a forte trazione logico-formale e i margini di manovra lasciati sia all'interprete in sede giurisdizionale sia allo studioso quale consigliere del principe.

Sotto il primo profilo, gli autori qui passati in rassegna preferivano, di massima, il magistrato applicatore di leggi: durante il fascismo, oltretutto, la costituzione materiale non consentiva troppe alternative. Ma non serve attingere al solito Maggiore (fautore esplicito dell'ermeneutica *creativa*) per rinvenire aperture di credito alla giurisprudenza quale raccordo tra ordinamento e vita 'reale' della comunità (v. ad es. Curatolo, De Francisci, de Marsico, Antolisei).

Quanto alle possibilità, per la dottrina, di partecipare al processo di produzione delle leggi (e non soltanto, com'è scontato, in occasione della codificazione), la letteratura della prima metà del Novecento, persino quella fedele al verbo tecnico-giuridico, non escludeva che il giurista potesse non solo apportare ritocchi specifici all'ordinamento vigente (la *critica* di Rocco), ma anche ridisegnarne l'architettura complessiva (così Curatolo, Antolisei, Nuvolone, Bellavista).

Il crollo del fascismo acuì, come s'è visto, l'inclinazione della penalistica al tecnicismo astratto. Un irrigidimento a lungo impermeabile sia agli echi della rivolta contro il formalismo, sia soprattutto all'entrata in vigore della Costituzione, pressoché ignorata per qualche lustro¹¹⁰. Certo, sarebbe miope disconoscere gli epocali cambiamenti intervenuti nella disciplina dagli anni Cinquanta a oggi. Ma non sembra solo una curiosità da storici interrogarsi sull'eredità della dogmatica (e del dogmatismo) nelle mentalità, nei metodi, nelle responsabilità della dottrina. Di quella stagione non sarebbero ormai più tollerabili non pochi guasti, come il concettualismo nominalistico, il compiaciuto logicismo, la farisaica a-politicità. Ma meritereb-

¹⁰⁹ Cfr., per tutti, SBRICCOLI, *La penalistica civile* (1990), cit. nt. 4, pp. 583-584; SBRICCOLI, *Le mani nella pasta* (1999), cit. nt. 71, p. 1033.

¹¹⁰ Risale agli anni Sessanta-Settanta la «scoperta» della Costituzione, espressione di Alessandro Pizzorusso mutuata da L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 68-71 per indicare l'ampio rinnovamento della cultura giuridica che nel penale ebbe in Franco Bricola la punta avanzata (in proposito PIFFERI, *La penalistica italiana*, cit. nt. 70, p. 225 parla di *costituzionalizzazione della dogmatica*). Cfr. anche M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia. Annali 14 – Legge Diritto Giustizia*, a cura di Luciano Violante in collaborazione con Livia Minervini, Einaudi, Torino, 1998, pp. 485-551, ora in SBRICCOLI, *Storia del diritto penale*, cit. nt. 4, I, pp. 591-671: 659.

bero forse una serena ri-considerazione l'ambizione sistematica¹¹¹, l'approccio problematico al circuito teoria/prassi, l'elaborazione d'una grammatica solida e identitaria, la fiera autorevolezza d'una dottrina 'ordinante' o comunque non al traino del legislatore e della giurisprudenza.

¹¹¹ Ad es. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale* (1965). Introduzione di Gaetano Insolera, RomaTre-Press, Roma, 2024, p. XXXIII sosteneva che per individuare, «a livello costituzionale, il punto di equilibrio tra il bisogno di certezza formale, ancorato ad un sistema di tassative fattispecie legali, e il bisogno di giustizia sostanziale» occorreva preliminarmente determinare l'«aspetto *dogmatico*» della discrezionalità.