

BOCCA DELLA LEGGE: LA METAFORA
SGRADITA NELLA PENALISTICA ITALIANA
(1748-1948)*

Criminalia
Annuario di scienze penalistiche

in disCrimen dal 20.7.2023

Marco Nicola Miletti**

BOUCHE DE LA LOI: THE UNPOPULAR METAPHOR
IN ITALIAN CRIMINAL LAW STUDIES (1748-1948)

The metaphor of the judge as bouche de la loi, coined by Montesquieu in De l'Esprit des lois, established one of the cardinal ideal types of modern constitutionalism: the reduction of the judiciary to a "null power", i.e. to a mere retelling of the legislator's will. Despite boasting an unrivaled symbolic significance, not only does the maxim turn out to be inaccurate in summarizing Montesquieu's juridical and political thought, but it also turns out to be impracticable, as it assumes a purely mechanical process of interpretation, which is coherent with neither the cognitive nor the evaluative syllogism. The paper delves into the reasons for the fame or, more often, the abandonment of Montesquieu's teaching in Italian criminal law scholarship. The analysis goes through the various schools of thought (classic, positivist, Free Law Movement, Italian School of Legal Technicism), showcasing their lively internal composition and controversial hermeneutic approaches, in particular with regard to whether analogy is admissible or not. A common denominator can then be found not only in the constant awareness of the unbridgeable gap between law in the books and law in action, but also in the scholars' shared goal, be it more or less express, of ensuring an ineliminable creative margin to legal science and, thus, to the judge.

KEYWORDS Montesquieu – Bouche de la loi – Interpretation – Syllogism – Analogy – Legality – Nullum Crimen, Nulla Poena sine Lege – Italian Penal Code

SOMMARIO 1. L'interpretazione del giudice nel disegno costituzionale di Montesquieu. – 2. Il pensiero eccedente: compromessi della penalistica liberale. – 3. Il vento anti-legalista: Scuola positiva e diritto libero. – 4. Giuseppe Maggiore contro le ipocrisie democratiche. – 4.1. Le prolusioni gius-filosofiche. – 4.2. I *Principi* del 1932: l'interpretazione attualistica. – 4.3. Equità e analogia. – 5. Dall'incanto del *nullum crimen* alle colonne d'Ercole: l'analogia in penale. – 6. Il Maggiore del 1939: l'eresia totalitaria. – 7. Legalità autoritaria: Biagio Petrocelli (1941). – 8. Eclisse d'una metafora ingenua.

1. L'interpretazione del giudice nel disegno costituzionale di Montesquieu

«I giudici della nazione non sono altro che la bocca che dice le parole della legge: esseri inanimati che non possono modificarne né la forza né il rigore»¹.

* È il testo della relazione tenuta al seminario su “*Le metafore antropomorfe nel diritto: funzioni speculative e regolative*”, svoltosi a Firenze il 12 maggio 2023.

** Professore ordinario nell'Università di Foggia.

¹ Charles DE SECONDAT baron de MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, in ID., *Œuvres complètes. II*,

La celebre metafora antropomorfa di Montesquieu era incastonata nel capitolo dell' *Esprit des lois* dedicato alla costituzione d'Inghilterra: quello che teorizzava la tripartizione dei poteri e che definiva «in certo senso nullo» (*en quelque façon nulle*) il potere di giudicare². La riduzione ai minimi termini della discrezionalità del giudice è dunque timbro genetico del moderno costituzionalismo.

Si ritiene di solito che l'espressione *bouche de la loi*, prodromica al *nullum crimen sine lege*³ ma più mortificante e perciò più gustosa per chi covi sentimenti anti-giurisprudenziali, aspirasse a depositare una pietra tombale sulle ambizioni 'legislative' delle magistrature d'antico regime e, nel contempo, a segnare *pro futuro* il confine tra poteri nei sistemi giuridici di matrice illuministico-liberale.

Le pagine che seguono si prefiggono di dimostrare lo scarso credito accordato a quella formula dalla penalistica italiana e di fornirne qualche plausibile giustificazione. L'analisi verterà su un campione di fonti circoscritto sia cronologicamente (tra la metà del Settecento e la fine della seconda guerra mondiale) sia tipologicamente (si è preferito compulsare opere ad alto impatto quali i manuali o le prolusioni-manifesto). La ricerca, dunque, non ha pretese di esaustività: e anzi andrebbe integrata scrutinando la giurisprudenza. Conviene però precisare che, quando la dottrina fissava criteri ermeneutici, non agiva solo per sé, ma, in qualche misura, anche per conto dei giudici⁴. Non si vuol dire, con questo, che i giudici penali fossero bocche dei professori, anziché della legge; ma solo che sarebbe stato auto-lesionistico per gli uni e per gli altri, cattedratici e magistrati, insistere troppo nell'auto-dipingersi come diàfane leggi *animate*.

texte présenté et annoté par R. Caillois, Paris, Gallimard, 1949-1951, lb. XI, cap. VI, 404: «*Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*». La versione italiana qui utilizzata è quella di Charles DE SECONDAT barone di MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, a cura di S. Cotta, *Volume primo*, Torino, Utet, 1952 [Novara, De Agostini 2015], pt. II, lb. XI *Delle leggi che formano la libertà politica, nel suo rapporto con la costituzione*, cap. VI *Della costituzione d'Inghilterra*, 287.

² MONTESQUIEU, *Lo spirito*, cit. (nt. 1), pt. II, lb. XI, cap. VI, 282. Per G. TARELLO, *Per una interpretazione sistematica de «L'Esprit des lois»*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1971, I, 11-53: 40 il sottinteso di questa altrettanto drastica asserzione era che il giudizio fosse «attività puramente intellettuale e non realmente produttiva di "diritto nuovo"».

³ G. VASSALLI, "Nullum crimen sine lege", in *Nuovo Digesto Italiano*, a cura di M. D'Amelio, con la collaborazione di A. Azara, VIII, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1939, 1173-1177: 1175 riconduceva proprio all' *Esprit* montesquieviano l'origine del *nullum crimen*, poi 'curvato' verso il penale dal *Lehrbuch* di P.J.A. Feuerbach.

⁴ Ad es. L. ZUPPETTA, *Corso completo di diritto penale comparato*, Salerno, Stab. Tipografico Nazionale, 1869, *Parte prima – Metafisica della scienza delle leggi penali*, Ottava edizione, *Volume II: Svolgimento*, 170 riteneva che al giudice spettasse l'interpretazione dottrinale (aggettivo adoperato in senso alternativo ad *autentica*).

D'altro canto, la massima *bouche de la loi* perde non poco dell'effetto dirompente già se la si correla ad altre sezioni dell'opera di Montesquieu. L'intellettuale francese fu a lungo *président à mortier* del *Parlement* di Bordeaux. Dal suo osservatorio, «i poteri intermedi, subordinati e dipendenti» gli parevano gli indispensabili «canali mediani per i quali scorre il potere» entro la monarchia. Indispensabili perché, se «non esiste nello Stato che la volontà momentanea e capricciosa di uno solo, non può esistere nulla di fisso, e quindi nessuna legge fondamentale»⁵.

Oltre che degli ordini intermedi, la monarchia montesquieviana aveva bisogno anche di «un deposito delle leggi, il quale non può essere che nei corpi politici [*in primis* i *Parlements*, n.d.r.] che annunciano le leggi quando vengon fatte e le richiamano alla memoria quando vengon dimenticate». Tale compito non sarebbe certo potuto spettare né ai nobili, ignoranti per indole e privi di senso civico; né al gabinetto del principe, di solito impopolare e in balia del regnante di turno⁶. Sempre per garantire la continuità nei governi monarchici, le decisioni dei tribunali, pur talora contraddittorie, «debbono esser conservate [e] impariate, affinché si giudichi oggi come si giudicava ieri, e la vita, i beni dei cittadini siano stabili ed assicurati, quanto lo è la costituzione stessa dello Stato»⁷.

Da questi inequivoci tasselli si comprende che Montesquieu non coltivava alcun proposito di ridimensionamento politico delle magistrature. Quanto, poi, allo spazio da lui immaginato per l'interpretazione giudiziale rispetto al dettato della legge, l'*Esprit des lois* lo modulava a seconda della forma di governo. «Negli Stati dispotici le leggi non esistono: il giudice stesso è la regola. Negli Stati monarchici vi è una legge: il giudice la segue dove è precisa, ne cerca lo spirito dove non lo è [...]. Nel governo repubblicano la natura della costituzione vuole che i giudici seguano la lettera della legge. Contro nessun cittadino è lecito interpretare la legge, quando i suoi beni, la sua vita o il suo onore sono in gioco»⁸.

Questa gamma di opzioni va letta tenendo conto della predilezione di Montesquieu per la monarchia, unico orizzonte politico realisticamente possibile nella

⁵ MONTESQUIEU, *Lo spirito*, cit. (nt. 1), vol. I, pt. I, lb. II *Delle leggi che derivano direttamente dalla natura del governo*, capo IV *Dei rapporti delle leggi colla natura del governo monarchico*, 77-78.

⁶ MONTESQUIEU, *Lo spirito*, cit. (nt. 1), pt. I, lb. II, cap. IV, 80. La necessità, nella monarchia, di poteri intermedi e del deposito di leggi è rimarcata da G. TARELLO, *Per una interpretazione sistematica*, cit. (nt. 2), 24.

⁷ MONTESQUIEU, *Lo spirito*, cit. (nt. 1), pt. I, lb. VI *Conseguenze dei principi*, capo I *Della semplicità delle leggi civili*, 155-156.

⁸ MONTESQUIEU, *Lo spirito*, cit. (nt. 1), pt. I, lb. VI, cap. III *In quali governi e in quali casi si debba giudicare secondo un testo preciso di legge*, 160. G. TARELLO, *Per una interpretazione*, cit. (nt. 2), 30, nt. 7 annette «grande importanza» a questo brano.

Francia di metà Settecento. Può perciò supporre che per il barone di La Brède il giudice ideale, nel rispetto d'un sistema istituzionale policentrico, potesse senz'altro ricercare la *ratio legis*: non era un automa, insomma, a differenza dell'omologo repubblicano⁹.

Dall'*Esprit des lois* i tre più illustri criminalisti dell'Italia tardo-settecentesca trassero indicazioni non perfettamente sovrapponibili.

Cesare Beccaria, subito dopo aver illustrato il «sillogismo perfetto», tuonava contro l'«assioma comune» secondo cui bisognasse «consultare lo spirito della legge», un pericoloso «argine rotto al torrente delle opinioni»¹⁰.

Su una linea parimenti intransigente si poneva il Gaetano Filangieri del 1774, autore del fulminante libello a sostegno dei dispacci tanucciani che obbligavano i tribunali a motivare le sentenze. Il gius-filosofo napoletano dichiarava che «il linguaggio del magistrato» avrebbe dovuto essere quello «delle leggi», che il primo dovesse parlare allorché le seconde parlavano, e che «l'interpretazione» (quella arbitraria però, precisava una nota, e non quella letterale) andasse proscritta¹¹. Ne *La Scienza della legislazione* Filangieri, forse allarmato dalla deriva della corte borbonica e quindi quasi costretto a rinnovare la fiducia alle sperimentate capacità di mediazione del ceto togato, consigliava al monarca di formulare «leggi generali, precise, semplici e chiare», ma nel contempo di lasciare ai magistrati «l'adattare queste leggi a' casi particolari», purché costoro non *arbitrassero* «a capriccio» né si allontanassero «col pretesto dell'equità da' loro espressi dettami». Insomma, il sovrano doveva evitare che il cittadino vedesse «nel legislatore il suo giudice» e nel giudice «il suo legislatore»¹².

⁹ Così S. ROTTA, *Il pensiero francese da Bayle a Montesquieu*, in *Storia delle idee politiche, economiche e sociali* diretta da L. Firpo. IV: *L'età moderna*, Torino, Utet, 1975, 177-244: 218-219. Cfr. anche A. MERLINO, *Montesquieu e la scienza giuridica italiana*, in *MPIL Research Paper Series*, 2017, n. 13, 1-20: 8-10.

¹⁰ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. Francioni con *Le edizioni italiane del «Dei delitti e delle pene»* di L. Firpo, in *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria* diretta da L. Firpo, I, Milano, Mediobanca, 1984, § IV *Interpretazione delle leggi*, 36. *Ivi*, 37, nt. 2 il curatore rimarca l'influenza di Montesquieu, in tema di interpretazione, su Beccaria e Pietro Verri.

¹¹ G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche su l'ultima Legge del Sovrano, Che riguarda la riforma dell'amministrazione della Giustizia*, Napoli, Nella Stamperia di Michele Morelli, 1774, rist. anast. Napoli, Bibliopolis, 1982, 12. *Ivi*, 42-44 la precisazione 'montesquieviana' che la separazione dei poteri dovesse attuarsi soprattutto nei «governi moderati».

¹² G. FILANGIERI, *La Scienza della legislazione*. Edizione critica. Volume primo, a cura di Antonio Trampus, Venezia, Centro di Studi sull'Illuminismo europeo "G. Stiffoni", 2003, cap. X, 101. Sui motivi del 'pentimento' filangieriano per aver scritto le *Riflessioni* v. Raffaele AJELLO, *I filosofi e la regina. Il governo delle Due Sicilie da Tanucci a Caracciolo (1776-1786)*, in *Rivista Storica Italiana*, 1991, CIII, pt. II, fasc. III, 657-738: 684-685; M. TITA, *Sentenze senza motivi. Documenti sull'opposizione delle magistrature napoletane ai dispacci del 1774*, Napoli, Jovene, 2000, 120-121. In tema di interpretazione

Nelle *Considerazioni sul processo criminale* (1787) Francesco Mario Pagano si lasciava invece ammaliare dalla *bouche de la loi*. A suo parere, quanto più l'arbitrio giudiziale si dilatava tanto più si restringeva la «libertà civile». Inequivocabile la chiosa: «Felice e fortunato» il popolo presso il quale è «infinito» il «potere delle leggi e limitato assai quello del giudice; ove costui sia il semplice braccio e la voce della legge, anzi la legge istessa animata e parlante, e niente più»¹³.

2. Il pensiero eccedente: compromessi della penalistica liberale

Il progetto costituzionale sotteso al positivismo statualistico d'inizio Ottocento presupponeva «la riduzione del giudice a una macchina capace di compiere perfetti sillogismi»¹⁴. Ma la magistratura non si lasciò docilmente «sterilizzare» e, grazie anche alla sua piena appartenenza all'*establishment*¹⁵, conservò significativi margini di autonomia nell'interpretare il dettato codicistico¹⁶. L'illusione *euclidèa* della *bouche de la loi* – scrive provocatoriamente Franco Cordero – poteva dirsi già sfumata con la Scuola dell'Esegesi, quando i tribunali ripresero a disporre «più che mai delle norme»¹⁷.

In asse con queste macro-dinamiche di *civil law*, la penalistica italiana del secolo

aveva già assunto una posizione moderata il maestro di Filangieri, Antonio Genovesi, il quale, pur avendo chiarito che l'interpretazione è attività sempre necessaria, aveva però ricordato come nel penale giovasse «più la lettera che lo spirito»: cfr. M.A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1966, 59-60.

¹³ F.M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale*, a cura di F.M. Paladini. Prefazione di V. Ferrone, Venezia, Centro di Studi sull'Illuminismo europeo "G. Stiffoni", 2009, cap. V, 41-42.

¹⁴ N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo* (1963), in N. MATTEUCCI-N. BOBBIO, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, a cura di T. Greco, Brescia, Morcelliana, 2021, 136-137. Cfr. anche M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del diritto. Annali IX*, Milano, Giuffrè, 2016, 391-476: 392.

¹⁵ Spunti in tal senso in G. TARELLO, *Orientamenti della magistratura del giurista-interprete e della dottrina sulla funzione politica*, in *Politica del diritto*, 1972, III, n. 3-4 (ago.), 459-499: 461-463, il quale ritiene che sia la Scuola dell'Esegesi sia la Scuola Storica convergessero verso un'interpretazione meccanica e a-valutativa.

¹⁶ Cfr. ad es. A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société. Du XIX^e siècle à nos jours*, Paris, Presses Universitaires de France, 1975, tr. it. *Da giureconsulti a tecnocrati. Diritto e società in Francia dalla codificazione ai giorni nostri*, a cura di F. Di Donato. Con un capitolo di aggiornamento dell'Autore, Napoli, Jovene, 1993, 60.

¹⁷ F. CORDERO, *I poteri del magistrato*. Relazione al convegno su «Potere, poteri emergenti e loro vicissitudini nell'esperienza giuridica italiana» (Roma, 20-22 marzo 1985), in *Indice Penale*, 1989, 29-33, ora in F. CORDERO, *Ideologie del processo penale con un'appendice [...]*, Roma, Università La Sapienza, 1998, 219-223: 220-221.

XIX, peraltro non omologabile entro uno schieramento omogeneo¹⁸, non sembrò spendersi per un giudice *lex inanimata* né per il geometrico sillogismo del *Dei delitti*.

Negli *Elementi di diritto criminale* (I ed. 1808, in latino) Giovanni Carmignani moveva dalla duplice constatazione della strutturale incompletezza delle leggi e del fatto che i giudici, «cheché altri ne abbian pensato» (una nota chiariva che gli «altri» erano Montesquieu e Beccaria), non possono «sì materialmente eseguire ogni minima parola della legge, da essere ridotti a pure macchine senz'anima». Perciò il giurista pisano non esitava a riesumere l'*arbitrio* del giudice nell'accezione del criminalista Johann Samuel Friedrich Böhmer (1732), vale a dire come potestà di giudicare «con una certa latitudine» perseguendo lo «spirito» e la «giustizia» (la «naturale equità») della legge¹⁹.

Nella *Teoria delle leggi della sicurezza sociale* (1832) Carmignani paragonava l'applicazione della legge a un prisma che, filtrando il raggio solare (la norma astratta), ne sceverava i colori appropriati all'oggetto da illuminare. Essenziale era che prisma e raggio fossero governati da soggetti diversi. E invece – commentava pungente il giurista pisano – pochi avevano intuito il senso della scissione tra titolarità del «dritto astratto di giudicare» e «delegazione» del suo «concreto esercizio»: tra questi, il geniale Niccolò Machiavelli, senza il quale Montesquieu «avrebbe avuta la gloria delle *Lettere persiane*, e non altre»²⁰. L'ultima battuta rimandava all'elogio, contenuto ne *Il Principe*, del sistema istituzionale francese fondato sulla rete dei *Parlements*: un assetto che, a detta del Segretario fiorentino, consentiva al monarca di scaricare su «uno iudice terzo» la responsabilità della giustizia e, al contempo, teneva a freno le ambizioni dello stesso sovrano²¹.

Come spiegare la nostalgia di Carmignani per l'*arbitrium*²² del diritto comune e per l'ipertrofia dei Grandi Tribunali d'età moderna? Probabilmente in piena età

¹⁸ Il monito a evitare omologazioni tra scuole, ricorrente in dottrina (Lucchini, Maggiore etc.), è storiograficamente avallato da 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 A. Schiavone, Roma-Bari, Laterza, 1990, 147-232, ora in M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, I, Milano, Giuffrè, 2009, 493-590: 537-541.

¹⁹ G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [...]. Traduzione italiana sulla quinta edizione di Pisa del prof. Caruana Dingli [1833]. Prima edizione milanese riveduta e annotata da F. Ambrosoli, Milano, Francesco Sanvito Editore, 1863, § 681, 249 e *ivi*, nt. 1; *ivi*, § 682 l'invito a rispettare, nella ricerca dello spirito della legge, le «regole della critica» e i «principij della naturale equità».

²⁰ G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale. Tomo IV*, Pisa, Presso i Fratelli Nistri e Co., 1832, 42; *ivi*, 42-43, nt. 2.

²¹ N. MACHIAVELLI, *Il Principe*, a cura di G. Inglese, con un saggio di F. Chabod, Torino, Einaudi, 1995, 125.

²² Il termine non va inteso in senso dispregiativo: cfr. M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998.

codificatoria un simile rimpianto va collegato alla «missione», da lui assegnata alla scienza criminale, di «custode perpetua della naturale sicurezza dell'uomo». Per il professore di Pisa la scienza, «anziché partecipare al principio politico, diviene un antemurale contro di esso, e non gli permette di afferrare, e colpir l'individuo preso di mira da lui, se non quando o la interpretazione della legge, o la critica de' fatti, o la equità non ha più armi da opporre contro al suo scopo. È questa la sublime, e sacrosanta missione della giurisprudenza penale sopra la terra»: costituire un «momento di resistenza contro» le «caparbietà», l'«immodico zelo», le «private vendette» del potere²³.

Carmignani, insomma, non solo rivendicava fieramente la funzione anti-sistemica del giurista, ma precisava che essa si espletava anche *interpretando*, o aprendo senza imbarazzi 'illuministici' la vecchia valvola dell'equità. Perché privarsi di quegli antichi strumenti e assoggettarsi a una legalità spesso arrogante?

Sul punto l'impostazione del giurista pisano presenta ampi profili di contatto con quella del suo più illustre allievo. Anche Francesco Carrara, infatti, credeva in un diritto penale «protettore» della libertà umana: un diritto assoluto, fondato sull'«eterna ragione», invariabile, indipendente dai «codici degli umani legislatori» e perciò *scienza*²⁴. Un diritto che non si lasciava totalmente avvincere dai lacci legalistici. Per di più, Carrara non rinunciava a infarcire i suoi scritti, anche quelli di taglio professionale, con citazioni desunte dal vecchio *ius criminale*, di cui era provetto conoscitore²⁵: quasi che confidasse ancora nel valore para-legale dell'*opinio doctoris*.

Il giurista lucchese restava, però, pur sempre l'erede del magistero beccariano. Sicché nel *Programma* osteggiava l'interpretazione *estensiva*, per lui equivalente a «creare una nuova legge». Altrettanto perplesso lo lasciava l'eventualità di punire comportamenti contrari allo *spirito* e non alla *lettera* della legge: non si sarebbe mai dovuto sanzionare l'agente per aver «violato soltanto un pensiero arcano, o una *analogia*»²⁶.

²³ G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale. Tomo I*, Pisa, Presso i Fratelli Nistri e Co. 1831, 185.

²⁴ F. CARRARA, *Dottrina fondamentale della tutela giuridica (Prolusione al corso accademico 1861-62 rifiuta ed ampliata nel 1866)*, in ID., *Opuscoli di diritto criminale. Seconda edizione corretta, ampliata e riordinata*, vol. I, Lucca, Tipografia Giusti, 1870, 219-287: 256-257. Il testo è ora (parzialm.) anche in ID., *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale. Con una selezione dagli Opuscoli di diritto criminale*, Bologna, il Mulino, 2004, 327-334.

²⁵ Cfr. ad es., quanto ai criteri per distinguere tra *omicidio* e *ferimento* premeditati, il richiamo di F. CARRARA, *Questioni sul tentativo* [Pisa, 4 aprile 1872], in ID., *Opuscoli di diritto criminale [...]. Vol. V*, Lucca, Tipografia Giusti, 1874, XXI, 177-322: § I, 209-210 a una regola probatoria (tuttora valida, e concernente le modalità di caricamento dell'arma) insegnata «da tutti i dottori, ed accolta costantemente in tutte le pratiche criminali».

²⁶ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, Tip. Canovetti, 1863, § 889, 407

Il testo del *Programma* appena citato rimase immutato nelle successive edizioni²⁷. Ma dagli anni Settanta, prolungando una nota preesistente, Carrara entrava in polemica con Domenico Giuriati, al quale contestava la *recente* proposta di introdurre *ex lege* un obbligo di interpretazione *letterale*. In particolare, il professore lucchese invitava a contemplare il conflitto tra interpretazione *letterale* e *razionale* dal punto di vista non del «solo giudice», ma del cittadino: le leggi, infatti, non disciplinavano tanto «*i fatti dei giudici*», ma quelli «*dei cittadini*», ai quali indicavano la regola di condotta. Di conseguenza – concludeva Carrara – i cittadini, in quanto non giuristi, erano tenuti a rispettare la sola lettera della legge; non erano perseguibili per averne violato lo spirito; e nemmeno per averne violato la lettera ma non lo spirito (perché in tal caso il punirli avrebbe tradito la volontà del legislatore)²⁸.

Il Carrara ‘codificatore’ arrivava a sostenere che la legge dovesse fissare al giudice criteri interpretativi cogenti: «l’ermeneutica legislativa» fungeva da «freno agli errori della ermeneutica personale del giudice, troppo spesso fallace»²⁹. Pressoché opposta –

(interpretazione estensiva); *ivi*, § 890, 407-408 (dilemma dell’analogia). In una breve nota bibliografica (*ivi*, 536) l’A. si limitava a elencare una serie di giuristi (da Carpzov a Farinacci, da Montesquieu a Beccaria e Cremani, sino a una recente dissertazione di Hélie) diversamente schierati sul tema. Era contrario all’interpretazione estensiva nel penale anche L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze, Barbèra, 1895, § 66, 81.

²⁷ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa [...]. Parte generale. Terza edizione con aggiunte*, Lucca, Tipografia Giusti, 1867, §§ 889-890, 535-536; F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale [...]. Parte generale. Vol. II*, Ottava edizione, Firenze, Casa Editrice Libreria “Fratelli Cammelli”, 1897, §§ 889-890, 365-366.

²⁸ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa [...]. Parte generale. Quarta edizione con aggiunte*, Lucca, Tipografia Giusti, 1871, § 890, 623-624, nt. 1. Nella successiva ed., F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa [...]. Parte generale. Vol. II. Quinta edizione con aggiunte*, Lucca, Tipografia Giusti, 1877, § 890, 434, nt. 1 aggiungeva una sorta di clausola generale, secondo cui andava sempre osservata «la vecchia regola che in ogni dubbio deve accettarsi la dottrina più mite». Non è chiaro con quale scritto del Giuriati (apparso tra il 1867 e il 1871) Carrara polemizzasse. Certo è che D. GIURIATI, *Arte Forense*, Torino, Roux e Favale, 1878, 93 avrebbe riproposto la dicotomia tra interpretazione *letterale* e *filosofica*; e avrebbe ricordato (implicitamente condividendola) la preferenza di Beccaria e dei giuristi inglesi per la *letterale*, giacché la *filosofica* – solitamente basata sul passo paolino *littera occidit* (lett. ai Corinzi II, 3, 6) e alla massima di Celso *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem* (D. 1.3.17) – poteva condurre all’*assurdo* dell’assoluzione del trigamo dall’accusa di bigamia. Per un’apertura all’interpretazione *razionale* v. già F. CARRARA, *Lineamenti di pratica legislativa penale esposti mediante svariate esemplificazioni [...]*, Torino, Fratelli Bocca, 1874, 106-107.

²⁹ F. CARRARA, *Pensieri sul progetto di codice penale italiano del 1874. Terza edizione con aggiunta di note storiche e di appendici [...], e dei progetti posteriori, che possono servire di critica al progetto della commissione Mancini del 1877*, Lucca, Tipografia di B. Canovetti, 1878, II: *Lettera al sen. Baldassarre Paoli, Avvocato Generale della Corte di Cassazione di Firenze* [Pisa, 2 gennaio 1877], 155-169: 166-167. Carrara si lamentava perché gli era stata contestata la proposta d’introdurre nel progetto

a conferma della pluralità di punti di vista presenti nella cd. Scuola classica – la tesi perorata, in una prolusione senese del 1878, da Luigi Lucchini, secondo cui la «logica giudiziaria» (ossia le regole sull'interpretazione) doveva restare disciplinata «da norme assolute ed invariabili», estranee alla politica: la sovranità dello Stato si esauriva nel momento della legislazione³⁰.

Come s'intuisce, la penalistica liberale si dibatteva tra la perpetuazione dei canoni ermeneutici illuministici e il desiderio di non azzerare del tutto la storica, e nobile, funzione dell'*interpretatio* giurisprudenziale. Incarnazione di queste oscillazioni, il foggiano Luigi Zuppetta, studioso brillante e irregolare, pensava ancora che *interpretare* fosse atto disprezzabile, e perciò necessario «nel solo caso di silenzio o di dubbio e di oscurità, e non già quando la parola della legge è di per se stessa chiara e manifesta». Per altro verso, però, lo stesso giurista dauno, appellandosi al diritto romano e ai dottori del diritto comune, ammetteva la possibilità di ricorrere alla «voce sempre parlante» dell'equità³¹.

Il dissidio tra sottomissione alla legge positiva e libertà interpretativa veniva stemperato dai maestri della Scuola classica tenendo distinto un livello discorsivo etico-teorico e uno pratico-normativo. Rifugge, in questa conciliazione degli opposti, la prosa di Enrico Pessina.

In linea generale, per lo studioso napoletano la legge non «crea arbitrariamente» incriminazioni, pene, organi giudiziari, giacché «è la necessaria manifestazione della coscienza del popolo»; il giudice, dal suo canto, è *viva vox juris*³². Da notare lo scarto semantico (da *legis* a *iuris*) quanto mai pregnante: lo si ritroverà in Manzini (v. *infra*, § 8).

Concentrandosi sul penale, Pessina si dichiarava contrario all'interpretazione estensiva e all'analogia *legale* consentite dai codici «alemanni». E propendeva per il modello codicistico francese, che stabiliva il criterio *restrittivo* a meno che quello *razionale* non migliorasse la posizione del giudicabile. Sicché lo studioso napoletano accettava la possibilità che il giudice attingesse alla *ratio* «per ammolire il rigore delle leggi». Ne conseguivano due preziosi «canoni pratici» (già abbozzati dal Carrara, e più

Mancini una norma (analoga al c.p. toscano) in base alla quale, quando non fosse provato a quale, tra più reati, fossero diretti gli atti del tentativo, doveva presumersi che fossero indirizzati al meno grave.

³⁰ L. LUCCHINI, *Della dignità politica del diritto penale. Prolusione al corso di Diritto e procedura penale letta il giorno 6 maggio 1878 nell'Aula Magna della R. Università di Siena*, Siena, Tip. Sordo-Muti di L. Lazzeri, 1878, 20-22. L'A. non negava un certo imbarazzo nello spiegare la formula, a suo avviso impropria, dell'art. 68 dello Statuto, secondo cui la giustizia emana dal Re.

³¹ ZUPPETTA, *Corso completo*, cit. (nt. 4), pt. I, vol. II: *Svolgimento*, 170 e 178.

³² E. PESSINA, *Manuale del diritto penale italiano [...]. Parte prima*, Napoli, Eugenio Marghieri, 1893, § 34, 43 e 46.

tardi affinati dalla penalistica del Novecento, come si vedrà *infra*, § 5): l'interpretazione della parte incriminatrice della norma avrebbe dovuto esser sempre restrittiva («in questo senso» andava accolto il sillogismo beccariano); per le altre parti della norma si sarebbe potuto risalire «alla *mente* della legge, e [...] propendere per il significato più benigno»³³.

Ragionamenti come quello di Pessina mostrano come la penalistica liberale fosse disposta ad accantonare il vessillo della *bouche de la loi* se questo avesse tarpato le garanzie. Rintracciare il «pensiero eccedente», per riprendere una bella riflessione di Emilio Brusa, era «opera di una pratica illuminata, non usurpazione di potere legislativo»³⁴.

Sintetizzando le opinioni dei 'classici', il più diffuso commentario al codice Zanardelli, a cura di Giulio Crivellari, elevava a 'regola' l'interpretazione restrittiva in penale; ammetteva l'interpretazione *razionale* quando essa giovasse al giudicabile; accettava la possibilità (ma «con assai cautela») dell'analogia *legale*, onde evitare esiti assurdi come la non punibilità del *trigamo* laddove la lettera della legge vietasse la bigamia. Crivellari sposava, sul punto, la tesi d'un illustre civilista, Luigi Borsari, per il quale da un lato le leggi penali «non hanno atmosfera: niuna effusione, irraggiamento o influenza sopra fatti somiglianti», dall'altro però erano pur sempre «interpretabili» sino all'analogia, a condizione che – in caso di incertezza – l'interprete optasse per la soluzione «meno gravante»³⁵.

Il codice Zanardelli fu dunque varato da un *milieu* di studiosi che non esagerava l'anomalia ermeneutica del penale né esaltava la metafora montesquieviana della *bouche*.

3. Il vento anti-legalista: Scuola positiva e diritto libero

D'altronde, a partire dall'ultimo ventennio del secolo XIX qualche aggiustamento dell'ermeneutica legalistica sembrava imposto dall'esplosione della questione

³³ E. PESSINA, *Elementi di diritto penale. Volume primo*, Napoli, Riccardo Marghieri di Gius., 1882, 92-94; *ivi*, 94, nt. 1 il rinvio al sillogismo di Beccaria. Cfr. F. CARRARA, *Programma*, IV ed., cit. (nt. 28), 624, nt. 1: «Per analogia non si può estendere la pena da caso a caso; per analogia si deve estendere da caso a caso la scusa».

³⁴ E. BRUSA, *Osservazioni sul libro I°, tit. I° del Progetto del Codice penale per il Regno d'Italia approvato con legge 22 novembre 1888 – Analogia nell'interpretazione della legge penale. Efficacia nel tempo e nello spazio*, in *Il Filangieri*, 1889, XIV, disp. feb., 90-134: 90-93 (a proposito di alcune perplessità sulla formula *espressa disposizione*, contenuta nell'art. 1 – poi modificato – del progetto definitivo del c.p.).

³⁵ G. CRIVELLARI, *Il Codice penale per il Regno d'Italia [...] Volume Primo (art. 1-10) – Dell'applicazione della legge penale*, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1890. L'A. si riferiva a L. BORSARI, *Commentario del Codice civile*, I, Torino-Napoli, Dalla Società L'Unione Tipografico-Editrice, 1871, 76-77.

criminale, dalle turbolenze dell'ordine pubblico e, non ultimi, dai progressi della criminologia. Ad esempio, teorie come quella della *pena indeterminata*, che in Italia ottenne poco più d'una fiammata d'interesse³⁶, minacciavano di annientare il principio *nulla poena sine lege*. La confusa proposta positivista di riforma della procedura (una sorta di accertamento clinico del profilo del delinquente finalizzato alla sua classificazione e quindi al trattamento terapeutico o eliminativo) avrebbe richiesto l'assegnazione al giudice di poteri non comprimibili entro il *nullum crimen*: il codice di rito, nelle intenzioni dei lombrosiani, avrebbe dovuto ridursi a una semplice 'guida' che lasciava al magistrato ampia libertà di modulare la decisione in base alla personalità o alla pericolosità dell'imputato³⁷.

Forse distratta da questi obiettivi empirici, la compagine positivista s'interessò solo sporadicamente, e in modo superficiale, di sottigliezze ermeneutiche. In un breve scritto del 1893 Enrico Ferri ironizzava sul criterio dello *spirito* della legge, giudicandolo inafferrabile, visto che il legislatore (lo aveva insegnato Turati) non era che un «mito» e che i codici erano di solito redatti da «impiegati», non certo «Papiniani», e abituati a usare forbici e gomma più che il cervello. Né più soddisfacente gli pareva l'interpretazione letterale: i codici penali si basavano infatti su calcoli aritmetici astratti e avulsi dal caso concreto. La proposta dello studioso mantovano era che il giudice interpretasse «mitemente» quando si pronunciava su «delinquenti d'occasione o per passione»; e procedesse invece *ad literam* quando decideva su «delinquenti nati, pazzi o abituali»: una differenziazione, del resto, sempre effettuata «nella pratica».

³⁶ La tesi della pena indeterminata, promossa specialmente dal medico francese Prosper Despine e dallo psichiatra tedesco Emil Kraepelin (sui quali cfr. M. PIFFERI, *L'individualizzazione della pena. Difesa sociale e crisi della legalità tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013, 115-118), fu sostenuta in Italia da R. GAROFALO, *Di un criterio positivo della penalità*, Napoli, Vallardi, 1880, 52 e 54 (la durata della pena sarebbe dipesa dalla *temibilità* del delinquente); ID., *Criminologia. Studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, Torino, Fratelli Bocca, 1885, 154-155. Cfr. anche E. FERRI, *Sociologia criminale*. Terza edizione completamente rifatta dei *Nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Torino, Fratelli Bocca, 1892, 684-694. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*. Seconda edizione accresciuta e perfezionata. *Volume terzo*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1921, n. 367, 36 definiva la pena indeterminata «un assurdo giuridico, perché, nello Stato libero, ognuno deve essere posto in grado di conoscere preventivamente» le conseguenze della sua condotta, anche a fini general-preventivi e di rispetto dell'eguaglianza.

³⁷ M.N. MILETTI, *Ritorno all'inquisizione. Scuola positiva e pulsioni autoritarie nel processo penale italiano*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2011, X, n. 2, 455-92: 458-459; 461-462; M.N. MILETTI, «*Melancolico spettacolo*». *Scientismo criminologico e spirito reazionario nelle proposte processualistiche della prima Scuola positiva*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2021, XX, n. 2, 350-393: 354-357 (lineamenti del processo 'positivista'); *ivi*, 367 (nuova professionalità dei giudici): *ivi*, 355 (codice come guida psico-antropologica).

Ferri concludeva con un pro-memoria e un *caveat*. Rammentava la rilevanza annessa dalla Scuola positiva alla selezione di giudici adeguati alla nuova «missione»; e precisava (citando la sua fortunata battuta parlamentare sui codici dei *birbanti* e dei *galantuomini*) che proprio per tutelare i galantuomini l'interpretazione giudiziale della legge non avrebbe mai dovuto «diminuire le garanzie procedurali»³⁸.

Per un principio del foro, evidentemente, i corollari del principio di legalità contavano più dell'ottusa coerenza scientifica. Del resto, come avrebbe acutamente notato Giuliano Vassalli, era stato proprio il «timore dell'arbitrio dello Stato o del giudice» a persuadere i teorici della difesa sociale a non rinunciare al *nullum crimen*, sebbene questo criterio fosse in contraddizione logica con il carattere naturalmente imprevedibile della pericolosità³⁹.

Più serio l'attacco alla stretta legalità portato dal movimento per il diritto libero. Secondo questo indirizzo, l'interprete giudiziale avrebbe *dovuto* discostarsi dalla lettera dei codici per mitigarne le asperità e realizzare la giustizia del caso concreto. Contro questo orientamento si scagliò a più riprese Vincenzo Manzini nel suo *Trattato*, una sorta di bibbia del tecnicismo giuridico. L'edizione del 1926, ricalcando quasi alla lettera quella del 1908⁴⁰, sosteneva che «l'interpretazione non può essere che *vera* o *falsa*». Non v'era quindi possibilità che il giudice-interprete usasse della *benignitas* o di addolcimenti a seconda della qualità morale dei delinquenti: egli avrebbe potuto, certo, servirsi delle mitigazioni o dell'equità laddove consentite da norme positive, ma allora avrebbe «non interpreta[to] ma applica[to] la legge»⁴¹. Manzini prendeva di mira il «pietismo miope e sdolcinato di un *bon juge* francese» (Magnaud), il quale, mosso da ipertrofia del sentimento, si era arrogato un sistematico diritto di grazia e aveva così perpetrato un incostituzionale «abuso di potere». «Non è la società – concludeva il giurista udinese – che conferisce al magistrato il potere di giurisdizione, bensì lo Stato.

³⁸ E. FERRI, *Interpretazione della legge e Scuola positiva*, in *La Scuola positiva*, 1893, III, 158-163, poi in E. FERRI, *Difese penali. Studi di giurisprudenza penale. Arringhe civili*. Terza edizione riveduta ed aumentata. *Volume terzo: Leggi penali e tipi di delinquenti. Le riforme della giustizia penale. Arringhe civili*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1925, 51-56.

³⁹ G. VASSALLI, «Nullum crimen», cit. (nt. 3), 1177. L'A. intendeva così accreditare la tesi della continuità del *nullum crimen* nella penalistica italiana.

⁴⁰ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano. Volume I*, Torino, Fratelli Bocca, 1908, n. 135, 201-204.

⁴¹ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*. Ristampa della seconda edizione accresciuta e perfezionata. *Volume terzo*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1926, n. 137, 231. Per l'ampia condivisione della dicotomia tra interpretazione *vera* o *falsa* v. A. DEL VECCHIO, *Dell'analogia in materia penale*. Nota a Cass., I sez., 8 aprile 1929, pres. Bianchi, rel. Marconi, p.m. Bruno, in *Giustizia Penale*, 1930, XXXVI, pt. III, col. 13.

Il giudice deriva il suo potere dalla precisa volontà della legge, alla quale è soggetto. Suo compito non è di giudicare la società, ma l'imputato»⁴².

Manzini, per la verità, non auspicava un giudice «bigotto della legge» o isolato «dal mondo per pedantesca cura d'imparzialità». Lo avrebbe voluto, anzi, ben inserito in società e attento alle condizioni degli umili. «Ma egli è soggetto alla legge, né può alterarla in base ad una [...] usurpata missione di risolutore delle questioni sociali: santa soggezione, che assicura la vera libertà». Un popolo veramente liberale invocava le riforme dal legislatore, non dal singolo giudice⁴³.

In una nota non presente nell'edizione 1908, il Manzini del 1926 confutava secamente l'illusione che il magistrato potesse correggere la legge in virtù d'una presunta prossimità alla vita 'reale' e del fatto che egli «sente stridori», «contempla lacrime, raccoglie "brandelli d'anima"» etc. Dietro simili stereotipi il penalista udinese percepiva «un ragionamento sindacalistico», un'indebita appropriazione di funzioni⁴⁴.

Non era solo l'anelito di giustizia sociale a poter spingere un giudice, nei primi lustri del Novecento, a forzare la lettera della legge. A volte occorreva aggiornarla alle innovazioni scientifiche. Per risolvere queste evenienze Manzini, benché formalista, ammetteva l'interpretazione *progressiva*, ma entro il limite consentito dal testo: gli pareva lecito, ad esempio, estendere l'espressione legale *gas illuminante* dal carbon fossile all'acetilene⁴⁵.

Su questo fronte, probabilmente, l'indirizzo tecnico-giuridico (al quale Manzini apparteneva) pativa la separatezza della scienza penale (auspicata da Arturo Rocco nella prelezione sassarese del 1910) dagli altri saperi: un criterio metodologico che, secondo i detrattori, avrebbe reso il giudice simile a un medico iper-specializzato ma digiuno di altre discipline⁴⁶. Un'obiezione analoga veniva mossa alla giuria, i cui

⁴² V. MANZINI, *Trattato* (1926), cit. (nt. 41), I, n. 137, 231-232, nt. 1. La vicenda Magnaud fu diffusa in Italia dalla traduzione annotata di R. MAJETTI, *Le sentenze del Presidente Magnaud riunite e commentate da Enrico Leyret [...]*, S. Maria Capua Vetere, Cavotta, 1901. Per un recente inquadramento della figura di Paul Magnaud (1848-1926), presidente del Tribunale di Chateau-Thierry (1887-1906), cfr. M. ROBERTAZZI, *Giurisprudenza e responsabilità morale: il "buon giudice" Magnaud*, in *Universitas*, 2018, 85-112.

⁴³ V. MANZINI, *Trattato* (1926), cit. (nt. 41), I, n. 137, 232.

⁴⁴ V. MANZINI, *Trattato* (1926), cit. (nt. 41), I, n. 137, 231, nt. 1.

⁴⁵ V. MANZINI, *Trattato* (1926), cit. (nt. 41), I, n. 137, 233; con qualche variante e senza l'es. v. V. MANZINI, *Trattato* (1908), cit. (nt. 40), I, n. 135, 203.

⁴⁶ G.B. DE MAURO, *Il problema del metodo e la concezione scientifica del diritto penale*, in *Riv. pen.*, 1920, XLVI, vol. 91, fasc. 1-2, 15-33: 22-23. Cfr. anche *ivi*, 29. Oggetto di critica era la prelezione tenuta all'Università di Sassari il 15 gennaio 1910 da AR. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Rivista dir. proc. pen.* 1910, I, pt. I, 497-521 e 561-582; poi in AR. ROCCO, *Opere giuridiche*, III, *Scritti giuridici vari*, Roma, Società Editrice del «Foro Italiano», 1933, 263-323: 274-275.

verdetti dipendevano dall'impulsiva «impressione» dei componenti popolari, proprio quando i primi studi di psicologia consigliavano «di scendere con le indagini nel fondo delle anime»⁴⁷.

4. Giuseppe Maggiore contro le ipocrisie democratiche

4.1. - *Le prolusioni gius-filosofiche*

A contrastare la sterilizzazione dell'ermeneutica a cui rischiava di approdare il tecnicismo giuridico s'impegnò tenacemente Giuseppe Maggiore. Qui si concederà ampio spazio al suo tragitto intellettuale non perché particolarmente rappresentativo del clima penalistico italiano tra gli anni Venti e Quaranta, ma per l'indubbia acribia nello snidare, da posizioni di viscerale anti-formalismo (e spesso di piena empatia ideologica col fascismo), luoghi comuni consolidati.

Gentiliano, libero docente di Filosofia del diritto e, all'epoca, ancora magistrato, Maggiore, in una prolusione perugina pubblicata nel 1924, denunciava il grave limite cognitivo del sillogismo giudiziale penale: quello di innescare, come qualsiasi sillogismo aristotelico, un «circolo chiuso, dove il pensiero si avvolge in se stesso». Lo studioso si sentiva, tuttavia, confortato dal constatare che il metodo «giuridico-tradizionale» stava subendo un'erosione e che erano ormai «pochi» a non riconoscere «un'attività creativa, pur che sia, al giudice che applica la legge». Appariva sempre più evidente che «il magistrato non ripete la legge, ma le dà una nuova – anzi una vera – esistenza, fecondandola al contatto con la realtà»; l'interpretazione «non si arresta» alla ricerca della volontà del legislatore ma trae «dai principî tutte le conseguenze», anche *virtuali*, implicite nelle norme. «Questo fa e ha fatto sempre l'interprete, anche suo malgrado: onde, più che strumento del legislatore, è stato, ed è, suo cooperatore, anzi con creatore del diritto»⁴⁸. *Concreazione* è sostantivo che il giurista palermitano avrebbe impiegato spesso, ritenendolo meno 'impertinente' (ma anche meno appropriato) di *creazione*.

Sulla cripto-creatività, per così dire, dell'interpretazione Maggiore tornava, da ordinario di Filosofia del diritto, nella prolusione di Palermo del 10 dicembre 1925. Egli si diceva convinto che la penalistica avesse, più di altre discipline, urgente bisogno di

⁴⁷ E. CARNEVALE, *Democrazia e giustizia penale*, in *Scientia*, 1915, IX, vol. XVII, n. 3, 411-425: 419.

⁴⁸ G. MAGGIORE, *Funzione e limiti della dommatica nella scienza del diritto criminale*, estr. da *Annali dell'Università di Perugia*, 1923-24, VI-VII, Perugia, Tipografia Guerriero Guerra, 1924, 19-21.

«snebbiare la giurisprudenza da quell'ombra d'ipocrisia che la circonda: [...] la stentata simulazione di legalismo», per effetto della quale l'interprete non temeva di «mettere in bocca al legislatore, col pretesto che siano insite nella legge, le più arrischiate fantasie che fioriscono dal suo cervello». La *purgazione* intellettuale – ecco la forte provocazione politica della prolusione – doveva partire da un ripensamento della teoria delle fonti, la quale andava svincolata dal «pregiudizio democratico» gravante sull'intera storia della codificazione. Quel pregiudizio aveva portato a considerare erroneamente la legge, proprio in quanto espressione della volontà del popolo, l'unica fonte del diritto: sicché, al cospetto del legislativo, gli altri poteri «passavano in seconda linea». E qui partiva la stoccata sia alla *bouche de la loi* di Montesquieu, sia all'auspicio di Robespierre affinché la parola *giurisprudenza* venisse cancellata dal vocabolario francese⁴⁹.

4.2. - I Principi del 1932: l'interpretazione attualistica

Orientando sempre più i suoi interessi verso il penale, Maggiore, che si dichiarava «senza riserve» seguace dell'indirizzo tecnico-giuridico (l'unico «che convenga alla nostra scienza», in ragione della piena giuridicità), non attenuò la crociata contro i canoni legalistici dell'interpretazione giudiziale. Il suo manuale del 1932, noncurante dei codici Rocco che quei canoni avevano appena riaffermato, proclamava stentoreo che «il mito della volontà del legislatore irrigidita, quasi imbalsamata, nella legge è ormai tramontato» e che perciò interpretare avrebbe dovuto significare determinare il contenuto *attuale* della legge anziché cercarne l'astratta *voluntas* storica⁵⁰.

La tesi dell'interpretazione *attualistica* era accolta con scetticismo dai dogmatici, perché faceva della norma giuridica un'«entità [...] distaccata dall'epoca sua, vagante

⁴⁹ G. MAGGIORE, *La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1926, VI, fasc. III (lug.-set.), 364-386: 380 (creazione), 383 (effetti del «pregiudizio democratico»).

⁵⁰ G. MAGGIORE, *Principi di diritto penale. Volume I: Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 1932, 64 (adesione al tecnicismo giuridico), 92 (tramonto del mito), 90 (ricerca del contenuto *attuale*). Lo stesso G. MAGGIORE, *Principi di diritto penale. Volume I: Parte generale*. 4ª edizione, Bologna, Zanichelli, 1943, 120 parlava di «attualità palpitante» e ribadiva che l'unico *metodo* interpretativo era quello *attualistico*, consistente nel «rendere vivente la storia, accomodarla ai bisogni dell'ora che passa»; se interpretare – notava lo studioso – significasse ricostruire ciò che il legislatore *volle*, l'interprete si comporterebbe da «archeologo, mai» da giurista; è un «cattivo interprete» quello che «si rassegna a essere un automatico applicatore di norme e non sente la dignità di concorrere alla formazione del diritto», di esser cioè l'aristotelico *giusto vivente*. Tesi ribadite quasi alla lettera da G. MAGGIORE, *Diritto penale. Volume I: Parte generale (Art. 1 – Art. 240). Tomo Primo*, 5ª edizione accresciuta e aggiornata, Bologna, Zanichelli, 1949, 126-127.

per proprio conto e dilatabile secondo il vento»⁵¹. Ma la padronanza delle categorie gentiliane permetteva a Maggiore di prendersi la ‘licenza’ filosofica di qualificare l’interpretazione giudiziale come atto di ricongiungimento del «diritto alla vita». Atto necessario, si badi (altrimenti la legge «rimarrebbe lettera morta»), non «fenomeno contingente [...]». Tutte le leggi vanno interpretate, e non soltanto quelle imprecise ed oscure. La massima *in claris non fit interpretatio* è vuota di senso»⁵².

Entro questa cornice teorica Maggiore rinnovava l’esortazione a riconoscere, «senza scrupoli ed ipocrisie, che l’interprete concorre alla determinazione e, diciamo pure, alla creazione del diritto». O meglio, alla *concreazione*. «Il giudice, per applicare la legge, è tratto fatalmente» a piegarla, correggerla, completarla: «e quando il consenso costante e uniforme di una serie di giudicati e l’autorità unanime di scrittori converge in una data interpretazione, questa acquista – di *fatto* – valore di legge, creando un nuovo diritto»⁵³. Certo, ammetteva Maggiore, sul piano *dogmatico* autorizzare la creatività giudiziale avrebbe significato «sovvertire» il principio di legalità. Ma, sul piano *storico*, era necessario prendere atto della situazione effettiva⁵⁴.

Proprio guardando «alla realtà delle cose», il romanista-civilista Giovanni Pacchioni, da almeno vent’anni assertore della giurisprudenzializzazione del sistema, aveva attribuito alla «giurisprudenza (forense e dottrinale)» il rango di «fonte viva di diritto»⁵⁵. Maggiore riportava integralmente il brano di Pacchioni e chiosava: «Ciò è tanto più visibile nel diritto penale», per «natura» il «campo» di maggiore interferenza tra morale e diritto⁵⁶.

⁵¹ B. PETROCELLI, *Principi di diritto penale. Corso di lezioni universitarie. Volume 1°. Introduzione – La norma penale – Il fatto*, Padova, Cedam, 1943, 147. «La volontà in partenza», quella storicamente accertabile, secondo l’A. (*ibidem*), permetteva di «conservare alla norma giuridica quella funzione di limite che le è essenziale».

⁵² G. MAGGIORE, *Principi* (1932), cit. (nt. 50), I, 90. Così anche ID., *Principi* (1943), cit. (nt. 50), I, 119. Per la svolta teoretica (dall’immanentismo idealistico al trascendentalismo realistico) segnata, in Maggiore, dai *Principi* del 1932, in cui lo studioso palermitano apriva a principi metagiuridici, cfr. G. GARILLI, *Giuseppe Maggiore (1882-1954)*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1954, 426-434: 428 e 431. Per la confutazione della massima *in claris non fit interpretatio* v. anche G. BELLAVISTA, *L’interpretazione della legge penale*, Milano, Giuffrè, 1936, 18; e G. BETTIOL, *Diritto penale (parte generale)*, Palermo, Priulla, 1945, 76.

⁵³ G. MAGGIORE, *Principi* (1932), cit. (nt. 50), I, 90. Questo concetto [ripreso ancora da ID., *Principi* (1943), cit. (nt. 50), I, 121; ID., *Diritto penale* (1949), cit. (nt. 50), I.1, 126-127] fu contestato da G. BELLAVISTA, *L’interpretazione*, cit. (nt. 52), 28, a cui parere l’adattamento interpretativo costituiva opera conoscitiva e non necessariamente creativa.

⁵⁴ G. MAGGIORE, *Principi* (1932), cit. (nt. 50), I, 91.

⁵⁵ G. PACCHIONI, *Elementi di diritto civile*. Terza edizione riveduta e ampliata, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1926, 49.

⁵⁶ G. MAGGIORE, *Principi* (1932), cit. (nt. 50), I, 91; ID., *Principi* (1943), cit. (nt. 50), I, 121.

4.3. - *Equità e analogia*

L'ontologica contaminazione del penale con l'etica era la bussola che, secondo il gius-filosofo palermitano, avrebbe dovuto ri-orientare l'interpretazione giudiziale. Due gli strumenti irrinunciabili, proprio perché situati al «punto d'intersezione» tra «ordinamento giuridico» e «ordinamento morale»: l'equità e l'analogia. La prima, somigliante al regolo di Lesbo che adegua l'«astrattezza logica del diritto alla concretezza della vita» e vince l'«ostruzionismo» legalistico, si rivelava, secondo Maggiore, particolarmente confacente all'«interpretazione penale, dove la considerazione etica del delinquente e del delitto occupa la prima linea»: lo provava la vastissima sfera di discrezionalità, accordata al giudice dal nuovo codice, nella determinazione quantitativa della pena. D'altronde, aggiungeva lo studioso, «chi ha dimestichezza della vita giudiziaria sa che nessuna causa è stata mai decisa senza prevenzione (santa prevenzione) morale, e che il delinquente è ed è stato sempre, per il giudice, un personaggio che ha per teatro il mondo della moralità»⁵⁷.

Quanto al secondo strumento ermeneutico, l'analogia *legis*, Maggiore la identificava con l'equità e la presentava come la riprova «più eloquente del valore creativo della giurisprudenza». Di nuovo in spregio alle «ipocrisie legalistiche», ma tenendosi lontano dal gius-liberismo perché «incompatibile col nostro ordinamento costituzionale», l'Autore ricordava come, grazie all'analogia, il giudice «rituff[asse] il diritto nelle sue scaturigini prime, che sono schiettamente etiche e collabor[asse], con il legislatore, alla sua formazione»⁵⁸.

⁵⁷ ID., *Principi* (1932), cit. (nt. 50), I, 18-20 (regolo di Lesbo); *ivi*, 96-97 (peculiare eticità del penale). La concezione dell'equità era stata già tratteggiata da ID., *L'equità e il suo valore nel diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1923, III, fasc. III, 256-287 (spec. 272 quanto all'«intersezione» tra diritto e morale). Sul finire degli anni Trenta, G. MAGGIORE, *Correnti filosofiche e riforme penali*, in *Scritti giuridici in memoria di Eduardo Massari*, Napoli, Jovene, 1938, 29-56: 40-41 inseriva, tra i meriti del programma penale fascista, quello d'aver attribuito «larghi poteri discrezionali al giudice, perché la punizione sia quanto più appropriata alla personalità del reo, non solo nella applicazione ma nella esecuzione (giudice di sorveglianza)». Questo saggio, un duro attacco all'isolazionismo tecnico-giuridico, si concludeva con la convinzione che solo la *carità* («sentimento, passione») avrebbe scardinato l'arida *logica* dei «giuristi tecnici», per i quali «tutto è concetto, giudizio e sillogismo» e non vi era spazio «per il cuore».

⁵⁸ ID., *Principi* (1932), cit. (nt. 50), I, 97. ID., *Diritto penale* (1949), cit. (nt. 50), I.1, 135 avrebbe nuovamente rimproverato ai giuristi di *finger*e («per evitare lo scandalo della creazione») di credere che l'analogia fosse «scoperta di diritto esistente» e non «invenzione di diritto nuovo».

5. Dall'incanto del *nullum crimen* alle colonne d'Ercole: l'analogia in penale

Forse perché finalizzato alla didattica, il manuale di Maggiore del 1932 discetteva dei 'pregi' dell'analogia in penale, ne dava per scontata la configurabilità teorica ma non ne sollecitava un'introduzione *ex lege* nell'ordinamento. In quegli anni il dibattito sul punto era assai vivace. All'indomani del varo del codice Rocco, l'indirizzo tecnico-giuridico, quasi contraddicendone il dettato, cominciava a riconoscere all'analogia *legis* – pur tra titubanze e articolate sfumature – un qualche margine di operatività, sul presupposto che il divieto di estensione delle *leggi penali*, posto dall'art. 4 disp. prel. c.c. 1865, riguardasse le sole norme *stricto sensu* punitive⁵⁹. Se ci si fosse spinti oltre, e si fosse abolito *in toto* il divieto di analogia, sarebbero state varcate le colonne d'Ercole degli ordinamenti illuministico-liberali a legalità formale⁶⁰; e la bandiera stinta della *bouche de la loi* avrebbe potuto dirsi definitivamente ammainata.

A valicare quelle colonne puntava la conferenza *L'equità nel diritto penale* tenuta da Francesco Carnelutti all'Università Cattolica di Milano il 14 marzo 1935. In quella sede lo studioso veneziano invitava (proprio come il Maggiore) a osservare senza paraocchi come l'effettivo funzionamento del processo penale rappresentasse «la più solenne smentita» del *nulla poena sine lege*. Che il penale fosse «un diritto legale non è mai stato vero, neppure quando, come ora, il monopolio del legislatore arriva ai limiti della frenesia». D'altronde, argomentava il conferenziere, già la scelta codicistica

⁵⁹ A. DEL VECCHIO, *Dell'analogia*, cit. (nt. 41), col. 15; C. SALTELLI, *L'analogia e i principi generali di diritto in materia penale*, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1934, III, 125-158: 126 (tendenza favorevole all'analogia); *ivi*, 127-130 (panorama delle opinioni dottrinali, non solo interne all'indirizzo tecnico-giuridico); *ivi*, 128-129 (tesi dell'A., secondo cui l'espressione *leggi penali* dell'art. 4 pre-leggi, storicamente ispirata all'esigenza di reagire all'*arbitrium iudicis*, andava ora delimitata alle sole norme incriminatrici e alle relative sanzioni). Era, invece, ancora contrario all'analogia (e anche all'interpretazione progressiva) E. MASSARI, *Le dottrine generali del diritto penale. Corso di lezioni universitarie*. Ristampa della I^a edizione, Napoli, Jovene, 1930, 25. Contribuivano a incrinare il divieto di analogia in penale le correnti di teoria generale del diritto che collocavano concettualmente l'analogia nell'orbita non dell'interpretazione della legge ma dell'integrazione delle lacune: A. DEL VECCHIO, *Dell'analogia*, cit. (nt. 41), col. 13. Per un puntuale esame di alcuni rilevanti contributi dell'epoca (Bellavista, Vassalli, Bobbio) v. O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, Giuffrè, 2006, 27-41.

⁶⁰ «Colonne d'Ercole» è la formula adoperata criticamente da F. CARNELUTTI, *L'equità nel diritto penale*, in *Riv. it. proc. civ.*, 1935, XII, pt. I, 105-121: 116 per contestare l'idea che la legge scritta costituisse il limite dell'interpretazione penale. Che il tema dell'analogia presentasse uno stretto legame con il principio del *nullum crimen* era riconosciuto dagli studi di due giovani promesse della cultura giuridica italiana: N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto* (1938), a cura di P. Di Lucia, Milano, Giuffrè, 2006, 226; G. VASSALLI, «Nullum crimen», cit. (nt. 3), 1175.

di fissare la pena tra un minimo e un massimo equivaleva a «una cambiale in bianco che il legislatore trae sull'imputato a favore del giudice»⁶¹.

Per arrestare la «decadenza» della forma legge, costruita in termini eccessivamente dettagliati e al perenne inseguimento d'una «disperata casistica», Carnelutti proponeva di riformulare gli articoli, anche quelli penali, in termini ampi e generali. Grazie a questa ri-scrittura il «comando» sarebbe risultato dalla combinazione tra il materiale semi-lavorato (la legge) e l'equità: operazione che avrebbe restituito al giudice il ruolo di «collaboratore del legislatore nella formazione» della norma. Il 'dosaggio' di quella combinazione andava corretto: bisognava incrementare la componente *equità* (fonte di etero-integrazione dell'ordinamento: la «coscienza» del giudice rispetto al caso concreto) e ridurre, in compenso, i margini dell'*analogia* (fonte di auto-integrazione della legge)⁶².

Carnelutti non intendeva disfarsi dello strumento legislativo: ma esortava a liberarsi della «superstizione» della «legge scritta» e a *demolire* i limiti dell'art. 4 disp. prel. c.c. 1865. Un simile percorso gli sembrava meritoriamente avviato, per quanto in forma *esasperata*, dalla «rivoluzione russa», la quale aveva compreso che non esiste una «vera ragione» per non punire «un atto socialmente dannoso non espressamente previsto dalla legge penale»⁶³.

Il riferimento carneluttiano all'esperienza sovietica va decifrato tenendo presente che la conferenza del marzo 1935 s'inseriva in un ciclo di incontri organizzato dall'Università Cattolica, sotto l'egida di Giacomo Delitala, per discutere delle recenti tendenze della penalistica italiana e straniera⁶⁴. Gli studiosi coinvolti discussero principalmente della scelta, compiuta dall'Unione Sovietica e, di lì a pochi mesi, dalla Germania nazista, di spalancare all'analogia le porte dei rispettivi codici penali.

La portata epocale di quelle riforme e il rischio che esse contagiassero

⁶¹ F. CARNELUTTI, *L'equità*, cit. (nt. 60), 115.

⁶² ID., *L'equità*, cit. (nt. 60), 118 (leggi eccessivamente dettagliate), 119-121 («combinazione» tra legge ed equità), 108 (definizione di analogia ed equità).

⁶³ ID., *L'equità*, cit. (nt. 60), 115-117.

⁶⁴ G. DELITALA, *Criteri direttivi del nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1935, VII, fasc. 5, 585-599. Contro l'ipotesi di un'importazione in Italia della riforma tedesca dell'analogia, l'A. (*ivi*, 591-592) da un lato, per marcare una differenza tra ordinamenti fascista e nazista, precisava che esistono forme diverse di autoritarismo; dall'altro faceva notare che tanto il rafforzamento del potere giudiziario, quanto l'invocazione alla «sana coscienza» del popolo come fonte non scritta (entrambi corollari di un eventuale ingresso dell'analogia nel sistema penale) avrebbero dato a una siffatta innovazione «una colorazione nettamente antiautoritaria». Sui seminari organizzati dalla Cattolica cfr. G. DODARO, *Giuliano Vassalli tra fascismo e democrazia. Biografia di un penalista partigiano (1915-1948)*, Milano, Giuffrè, 2022, 44.

l'ordinamento italiano stimolarono l'attenzione comparatistica delle riviste. Invitato da «La Giustizia penale» del 1934 a illustrare la riforma sovietica (culminata nell'art. 16 del c.p. 1926), il filosofo del diritto Anossov, professore all'Università di Taschkent, osservò come il *nullum crimen*, da «indiscusso assioma» e «palladio della libertà civile», avesse perduto il «suo incanto»: l'individualismo aveva ceduto il posto alla «difesa della società». Con il medesimo piglio empirico d'un Maggiore o d'un Carnelutti, anche Anossov faceva notare che la formula di Montesquieu *bocca della legge* e il divieto d'interpretazione di Beccaria erano stati surclassati dall'«assoluto arbitrio» ormai concesso ai giudici dai codici vigenti. D'altronde, proseguiva il giurista sovietico proprio per rimarcare l'obsolescenza della metafora montesquieviana, «i giudici non potevano restare [...] per molto tempo una materia inanimata». «Il nostro tempo esige che si concepisca il giudice come un essere del tutto *vivificato* [...]. La volontà del legislatore non si esplica tutta nella legge» e «la legge non esaurisce affatto tutto il diritto vigente. La teoria del sillogismo giuridico» mostrava i suoi limiti⁶⁵.

La disamina di Anossov non convinceva il direttore della rivista ospitante, Genaro Escobedo. Il quale si premurava di precisare: «Agli ortodossi del diritto penale, a noi che fummo educati nel culto della classica tradizione giuridica e intendiamo rimanervi fedeli, può sembrare assolutamente assurda e pericolosa una siffatta tendenza nella quale il comunismo e il social-nazionalismo confluiscono»: segno del «tramonto della civiltà giuridica»⁶⁶.

Quando la novella 28 giugno 1935, modificando il codice penale tedesco (§ 2), vi ammise il ricorso all'analogia, quel *tramonto* dovette apparire a molti *ortodossi* notte fonda. In Italia solo «una esigua minoranza» di studiosi si schierò a sostegno dell'analogia *sfavorevole*⁶⁷; la quale per «fortuna» (a detta di Delitala) non riusciva «a far breccia nel campo della giurisprudenza»⁶⁸.

⁶⁵ J.J. ANOSSOV, *L'analogia nel diritto penale*, in *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, 1933, fasc. 6, 321 ss., poi in *La Giustizia Penale*, 1934, XL, pt. I, coll. 171-189: 171-172 (nuove concezioni dello Stato), 176 e 178 (assioma, incanto, difesa sociale), 180-181 (bocca della legge, «materia inanimata», giudice *vivificato*, sillogismo).

⁶⁶ G. ESCOBEDO, *Ancora sull'analogia nel diritto penale sostanziale*, in *La Giustizia Penale*, 1934, XL, pt. I, coll. 189-202: 191.

⁶⁷ G. VASSALLI, «Nullum crimen», cit. (nt. 3), 1177. Sulla prudenza della penalistica italiana dinanzi alla novella tedesca del 1935 cfr. M. PIFFERI, *Brief Remarks on the Prohibition of Penal Analogy in Fascist Italy*, in *Strafrecht und Systemunrecht. Festschrift für Gerhard Werle zum 70. Geburtstag*, a cura di F. Jessberger-M. Vormbaum-B. Burghardt, Mohr Siebeck, Tübingen, 2022, 625-634: 625-626; sulla cautela dei positivisti *ivi*, 633-634.

⁶⁸ G. DELITALA, *Analogia in "bonam partem"*, in *Riv. dir. pen.*, 1936, fasc. 6; in *Scritti giuridici in memoria di Eduardo Massari*, cit. (nt. 57), 511-519; poi in G. DELITALA, *Diritto penale. Raccolta degli*

6. Il Maggiore del 1939: l'eresia totalitaria

Ecco perché il saggio del 1939 di Maggiore dal titolo *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario* è reputato la più plateale deviazione della dottrina italiana dal principio di legalità⁶⁹. Mostrando la cointeressenza tra diritto penale e politica⁷⁰, il testo caldeggiava l'importazione della soluzione adottata dal legislatore nazista.

Dei tanti strali lanciati nell'articolo contro la tradizione illuministica e legalistica qui ne vanno evidenziati due.

Il primo è la riproposizione (v. *supra*, § 4.1) dell'abbinamento Montesquieu-Robespierre (*bouche de la loi* e sparizione de *le mot jurisprudence*), identificato come *dies a quo* dell'improvvida enfattizzazione del legislativo a discapito del giudiziario⁷¹.

Il secondo è il dileggio riservato a quella visione liberale che obbligava il magistrato a «professare fedeltà» a una legge «divinizzata», «perfetta», priva di lacune, «una forza misteriosa che si libra sopra lo Stato» e che lo auto-limita. Nel penale, notava Maggiore, l'ossequio era accentuato dal divieto di analogia, «muraglia insormontabile avanti l'interprete» e «Palladio inviolabile della giustizia»: «avanti ad esso s'inchina la dottrina e si genuflettono i codici». Persino quello del 1930 – aggiungeva l'Autore con disappunto – aveva «bruciato il suo incenso all'altare di quel sacrosanto principio», con l'avallo della *Relazione* del guardasigilli⁷².

In prospettiva, però, Maggiore vedeva roseo. Grazie all'«incessante marcia innanzi della rivoluzione [fascista], la religiosità fanatica per la famosa massima illuministica» del *nullum crimen* stava perdendo «terreno», così come si moltiplicavano le richieste di emulare gli ordinamenti sovietico e tedesco e di espungere l'«anacronistico» divieto di analogia. Lo Stato totalitario italiano avrebbe dovuto perseguire anche i fatti costituenti *sostanzialmente* reato, ordinando ai suoi giudici di creare essi stessi «la norma mancante». A coloro che temevano lo scivolamento nell'anarchia anti-

scritti. I, Milano, Giuffrè, 1976, 397-406: 399. Attraverso una raffinata esegesi, anche storica, dell'art. 4 delle pre-leggi e degli artt. 1 cc.pp. (1889 e 1930), lo studioso smontava la tesi d'un divieto assoluto di analogia (e dunque anche di quella *in bonam partem*). Sulla posizione di Delitala, soprattutto in occasione del ciclo di conferenze organizzato nel 1935 presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore, v. ora G. DODARO, *Giuliano Vassalli*, cit. (nt. 64), 44-45.

⁶⁹ M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in *Quaderni fiorentini*, 1999, 28, *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, II, 817-850, ora in M. SBRICCOLI, *Storia*, cit. (nt. 18), II, 1001-1034: 1013.

⁷⁰ G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939, XI, 140-161: 148.

⁷¹ G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario*, cit. (nt. 70), 144-145; 152.

⁷² ID., *Diritto penale totalitario*, cit. (nt. 70), 157.

costituzionale del diritto libero Maggiore spediva un sarcastico messaggio: «Non si allarmino le vestali, gelose custodi del fuoco sacro della legge»; il giudice non avrebbe applicato «il suo capriccio», bensì interpretato la volontà, seppur «formalmente inespressa, dello Stato e del suo capo», al pari della legge tedesca che aveva elevato a fonte del diritto il «sano sentimento del popolo»⁷³.

7. Legalità autoritaria: Biagio Petrocelli (1941)

Probabile risposta ai destabilizzanti incitamenti del Maggiore⁷⁴, la prolusione del 1941 di Biagio Petrocelli proponeva una restaurazione della legalità in chiave autoritaria. Ad avviso del penalista, appena chiamato sulla cattedra dell'Ateneo fridericiano, «una riaffermazione del valore della legge come fonte del diritto e della vera funzione del giudice» s'imponeva «anche dal punto di vista politico». La certezza del diritto significava infatti «certezza del comando» e quindi «la maggiore manifestazione della [...] potenza» dello Stato⁷⁵. Secondo l'accondiscendente rilettura petrocelliana, Alfredo Rocco, nella *Relazione* al nuovo codice penale, aveva non a caso voluto collegare alla *libertà dei cittadini* la scelta di conservare all'art. 1 il *nullum crimen* e il divieto di

⁷³ ID., *Diritto penale totalitario*, cit. (nt. 70), 159-160. Com'è noto, il saggio si chiudeva con la proposta d'un nuovo testo dell'art. 1 c.p.: «È reato ogni fatto» previsto dalla legge penale. / «È altresì reato ogni fatto che offende l'autorità dello Stato ed è meritevole di pena secondo lo spirito della Rivoluzione fascista e la volontà del Duce unico interprete della volontà del popolo italiano», se del caso mediante analogia. A chi temeva il «sapore di eresia» insito nella proposta, Maggiore replicava che la rivoluzione in camicia nera era ancora in marcia e dunque ancora in tempo a spazzar via l'ultimo residuo di liberalismo.

⁷⁴ G. NEPPI MODONA-M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia. Annali 12. La criminalità*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1997, 757-847: 834 (il brano è di Pelissero); M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit. (nt. 18), 584.

⁷⁵ 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*, 1941, XIII, 3-26, ora in B. PETROCELLI, *Saggi di diritto penale*, Padova, Cedam, 1952, 341-364: 359. Concetti simili si ritrovano in ID., *Principi* (1943), cit. (nt. 51), I, 126-127. Esortano a meditare sulla lettura autoritaria, da parte di Petrocelli, della legalità F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1979, 137; S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza / tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, 30; G. DODARO, *Giuliano Vassalli*, cit. (nt. 64), 142, per il quale la posizione petrocelliana suonava «più insidiosa» perché «più presentabile»; v. anche *ivi*, 144-150, un severo (ma documentato) ritratto biografico di Petrocelli, che ne mostra la piena adesione, anche accademica e operativa, agli ideali del fascismo. Si v. anche G. FIANDACA, *Giuliano Vassalli dal fascismo alla democrazia: luci e ombre di un percorso esistenziale, accademico e politico*, in *Sistema Penale*, 25 aprile 2023, 1-12: 7-8.

analogia proprio perché consapevole che il vincolo comando-obbedienza necessita dell'esatta conoscenza (la certezza, appunto) dei limiti della libertà⁷⁶.

Con qualche acrobazia Petrocelli incorporava i pilastri della tradizione penalistica liberale entro le campate d'un edificio dittatoriale. In un lampo di sincerità, confessava di provare fastidio verso la «tendenza» a marchiare di *liberismo* o *illuminismo* qualsiasi posizione dialettica. «La verità è che segnare i limiti fra il lecito e l'illecito, in ispecie nel campo penale, è interesse, prima che del cittadino, dello Stato», che «in regime di comando incerto» si sarebbe trovato a fronteggiare non più il singolo ribelle ma la «massa»⁷⁷.

L'insolito paradigma di legalità forgiato da Petrocelli si prestava a qualsiasi contenuto, anche totalitario, della legge. E però si presentava illuministico nella forma. Tanto da generare vere e proprie torsioni semantiche. Il suo manuale del 1943, per esempio, echeggiava la metafora della *bouche* in termini che, viste le premesse, suonavano tutt'altro che tranquillizzanti: «L'autorità del giudice deriva [...] dall'essere egli la voce che esprime» la volontà legislativa⁷⁸.

All'interpretazione giudiziale la prolusione napoletana di Petrocelli dedicava un congruo approfondimento. Senza tirare in ballo Maggiore, essa rimproverava ai tanti indirizzi anti-legalistici in campo (giurisprudenza dei concetti, giurisprudenza degli interessi, teleologismo, Scuola di Kiel) di spalancare solo in apparenza gli spazi di apprezzamento per il giudice, ma in realtà di immiserirne la «figura». Infatti «il vero potere del giudice e l'alta considerazione del suo ufficio nella coscienza civile derivano dalla legge, dal fatto cioè di essere il giudice in ciascun caso l'interprete di un potere che sovrasta, innanzi tutto, il suo, e che pertanto lo distacca dalla vicenda concreta che è l'oggetto del suo esame, ponendolo in una sfera superiore». Un «abusato luogo comune» – ironizzava il cattedratico napoletano, in questo concorde con Manzini (v. *supra*, § 3) – voleva che «il miglior giudice [fosse] quello che più vivamente si rivolge col suo sentimento alla concreta realtà della fattispecie. L'esperienza ci dimostra che un tal giudice, quando esiste, è quello sul quale nessuna delle parti fa assegnamento e che costituisce un pericolo e uno spauracchio per tutte». Quanto all'idea che il giudice

⁷⁶ B. PETROCELLI, *Per un indirizzo italiano*, cit. (nt. 75), 359-360. L'A. si riferiva ad AL. ROCCO, *Relazione sul Libro I del Progetto*, in MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Volume V. Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del guardasigilli on. Alfredo Rocco. Parte 1ª* [...], Roma, Tipografia delle Mantellate, 1929, 5-281: 19.

⁷⁷ B. PETROCELLI, *Per un indirizzo italiano*, cit. (nt. 75), 359-360.

⁷⁸ ID., *Principi* (1943), cit. (nt. 51), I, 144. L'A. ribadiva la natura «conoscitiva, non creativa» dell'interpretazione giudiziale (*ibidem*).

collaborasse alla «formazione del diritto» (la *concreazione* di Maggiore), Petrocelli non ne era affatto entusiasta: atteggiarsi da «legislatore del caso concreto» avrebbe ‘declasato’ il magistrato dai ranghi della giustizia a quelli, più *modesti*, dell’amministrazione e della polizia. Meglio, perciò, tenerlo ancorato alla garanzia della legge⁷⁹.

Evidentemente il penalista napoletano non si fidava del tutto della ‘inventiva’ dei giudici. E anche per questo non gli dispiaceva che una legalità forte, verticistica, li mettesse sotto tutela. A questa esigenza ‘conformatrice’ alludeva, forse, la prolusione quando, nel sottolineare l’intrinseca politicità dell’interpretazione, si augurava che i magistrati acquisissero una «conoscenza sicura», e anzi «una vera e propria *penetrazione* spirituale del mondo politico» che aveva originato la norma da interpretare⁸⁰.

Non sfugga la distanza tra il giudice ‘politicizzato’ del Petrocelli e quello delinente, in quegli stessi anni, da Calamandrei. Un giudice, quest’ultimo, che, all’opposto, nulla avrebbe dovuto sapere dello scontro di interessi all’origine della legge e, anzi, avrebbe dovuto «usare senza passione e senza preferenze» il «prodotto finale» (la norma) d’un procedimento cui era rimasto estraneo⁸¹.

Anche da questo parallelismo si evince quanto la tesi petrocelliana sulla legalità (una legalità *falsificatrice*, l’avrebbe probabilmente bollata Calamandrei) s’inscriveva appieno nel clima di *crisi della legge* che investiva la cultura giuridica europea⁸² e che aveva nella competizione tra legislazione e giurisdizione uno dei fronti più turbolenti.

Non a caso, solo a partire dal manuale del 1943 Maggiore avvertì l’esigenza di inserire un paragrafo sul *principio di legalità*. Esso dapprima etichettava il *nullum*

⁷⁹ ID., *Per un indirizzo italiano*, cit. (nt. 75), 354 (nuovi indirizzi), 357 (Scuola di Kiel), 358-359 (degrado della funzione giudiziale; rifiuto del giudice legislatore). ID., *Principi* (1943), cit. (nt. 51), I, 126-127 avrebbe notato che la legge formale, per quanto imperfetta, sarebbe stata sempre «più sicura» di quanto non fosse una giustizia sostanziale rimessa all’incostante parere dei magistrati. Critico verso l’idea di giustizia sostanziale anche G. BETTIOL, *Diritto penale* (1945), cit. (nt. 52), 76.

⁸⁰ B. PETROCELLI, *Per un indirizzo italiano*, cit. (nt. 75), 349.

⁸¹ P. CALAMANDREI, *Non c’è libertà senza legalità* (1940), Roma-Bari, Laterza, 2013, 15.

⁸² Cfr., a titolo meramente esemplificativo, F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*. Nuova edizione riveduta. In aggiunta saggi di G. Capograssi, P. Calamandrei, F. Carnelutti e P. Fedele, a cura di G. Astuti. Appendice di M. Corsale, Milano, Giuffrè, 1968, 38-39; P. CALAMANDREI, *La crisi della legalità*, in *La Nuova Europa*, I, n. 4, 31 dicembre 1944; poi in P. CALAMANDREI, *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*, Firenze, Edizioni U, s.d. (ma 1945), ried. Firenze, Vallecchi 1995; e in ID., *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, Volume Terzo con presentazione di C. Mortati, Napoli, Morano, 1968, 127-134 (alle pp. 131-132 si parla di legalità fascista *falsificatrice*). Sulla legalità in senso debole v. L. FERRAJOLI, *Lo Stato di diritto fra passato e futuro*, in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Milano, Feltrinelli, 2002, 349-386: 352. A proposito della progressiva emersione novecentesca della crisi della legalità statualistica P. GROSSI, *L’invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, 79 evoca proprio l’appannamento del concetto di *bouche de la loi*.

crimen come «valore assoluto», *programma* per il legislatore e *imperativo inderogabile* per il giudice. In chiusura però ricordava maliziosamente che il principio, «come tutti i dogmi», aveva «un valore storico», relativo, cioè, alla civiltà «democratico-liberale inaugurata dal secolo dei lumi»: e perciò quel valore si sarebbe potuto perdere «nei regimi autoritari», allorché «la necessità di reprimere alcuni fatti dannosi alla vita dello Stato non p[otesse] arrestarsi innanzi alle barriere della legalità». Insomma, al «nessun delitto senza legge» tendeva a sostituirsi il «nessun delitto senza pena»⁸³.

L'ultimo accenno richiamava in causa l'analogia, il cui rapporto con la *legalità* si presentava ambivalente. Come aveva intuito Giacomo Delitala (1936), anche la «malintesa idolatria della legge», ossia il formalismo estremo, avrebbe potuto minacciare «la libertà dei singoli» anziché proteggerla: sicché sarebbe stato preferibile consentire l'analogia *in bonam partem*⁸⁴. Di contro, e dando corpo ai sospetti di Delitala, Petrocelli (1941) era convinto che uno Stato forte non necessitasse dell'analogia in penale, anche perché per reprimere illeciti non previsti dalla legge esso avrebbe sempre potuto servirsi (ben inteso, *secundum leges*) della polizia⁸⁵.

Proprio questa era la preoccupazione espressa da Giuliano Vassalli, giovane allievo di Delitala, nella voce *Nullum crimen* del 1939: ossia che l'analogia esponesse il cittadino sia agli «organi di polizia», sia a un giudice «reso molto più libero di provvedere a suo modo e nello stesso tempo più facilmente soggetto a risentire influenze e pressioni del potere esecutivo». Per ovviare al rischio, Vassalli suggeriva di perfezionare la tecnica di formulazione delle norme; oppure di reclutare «giudici vigili ed intelligenti, che vengano via via incontro ai nuovi bisogni sociali con una solerte ed acuta interpretazione estensiva della legge penale»⁸⁶.

8. Eclisse d'una metafora ingenua

Il crollo della monarchia e del regime fascista e l'approdo alla democrazia

⁸³ G. MAGGIORE, *Principi* (1943), cit. (nt. 50), I, 100-102.

⁸⁴ G. DELITALA, *Analogia in "bonam partem"*, cit. (nt. 68), 400-406 (la cit. finale è a p. 406). L'anno seguente, Francesco ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico nella scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1937, IX, 121-64: 131 avrebbe contestato alla «dogmatica formalistica» l'aver assegnato «un peso predominante alla lettera in confronto allo spirito delle norme giuridiche», con conseguente «idolatria della parola della legge». Quel formalismo, secondo la prospettiva teleologica di Antolisei (ivi, p. 144), era stato «al servizio» dell'individualismo liberale e doveva perciò reputarsi sorpassato.

⁸⁵ B. PETROCELLI, *Per un indirizzo italiano*, cit. (nt. 75), 361.

⁸⁶ G. VASSALLI, «Nullum crimen», cit. (nt. 3), 1177.

ripristinarono, almeno in via di principio, la linea di confine liberal-costituzionale tra legislazione e giurisdizione.

Anche su questo versante tuttavia, come nella difesa dei codici Rocco e nella rivendicazione della tenuta dei cardini legalitari durante il ventennio, settori non marginali della penalistica diedero prova di tenace continuismo. Maggiore, ad esempio, nella parte generale aggiornata del suo manuale riproponeva pressoché intatti i capitali ermeneutici fissati nel 1932: la *concreazione* giudiziale, il giudice *viva vox iuris*. Si noti: *iuris* (come già aveva osato Pessina, v. *supra*, § 2), non *legis*, giacché in ogni tempo la «coscienza del giudice, riflesso della coscienza giuridica collettiva, [...] è maniera inesausta di diritto nuovo»⁸⁷.

Nella parte speciale, invece, il giurista palermitano orchestrava un plateale *reversione* ideologico. Qui, infatti, riscopriva il valore de-politicizzante della legalità illuministica:

«La certezza del diritto, nella sua formulazione legale, è condizione imprescindibile di una giustizia penale affrancata dalle interferenze, spesso deleterie, del potere politico. [...] Deve quindi ravvisarsi un sintomo di decadimento nella tendenza, invalsa in alcuni ordinamenti europei, a discostarsi dal principio di legalità, per orientarsi verso una, più o meno, libera creazione del diritto da parte del giudice come interprete di una problematica coscienza popolare. Ciò va detto della legislazione penale della Germania nazista e della Russia sovietica, che hanno fatta sì larga parte all'analogia»⁸⁸.

Dunque, dopo aver auspicato l'importazione in Italia della novella tedesca del 1935, adesso Maggiore la additava come un *vulnus* soprattutto per quella sezione del penale (quella che descrive le singole figure di reato) indispensabile «non solo a tutelare la libertà del cittadino che, con tutto il rispetto all'autorità dello Stato, è un bene non trascurabile; ma a regolare la sua condotta e a educarlo moralmente». Il cittadino, ammoniva inopinatamente lo studioso, avrebbe dovuto conoscere quali fossero le azioni permesse e quelle vietate: «e deve saperle *a priori* dalla bocca della legge e non *a posteriori* dalla bocca del giudice»⁸⁹. Il ribaltamento rispetto alle veementi invettive anti-legalitarie del ventennio precedente era spiazzante.

⁸⁷ G. MAGGIORE, *Diritto penale* (1949), cit. (nt. 50), I.1, 135-136 e *ivi*, 136, nt. 1 [ove l'A. riusciva a combinare Edmund Mezger (*Strafrecht. Ein Lehrbuch*, I ed. 1931) e *La dottrina pura del diritto* di Hans Kelsen].

⁸⁸ G. MAGGIORE, *Diritto penale. Volume II: Parte speciale. Delitti e contravvenzioni. Tomo primo (Art. 241 – Art. 544). 3ª edizione riveduta e ampliata*, Bologna, Zanichelli, 1948, 4.

⁸⁹ ID., *Diritto penale. Volume II: Parte speciale* (1948), cit. (nt. 88), t. I, 6.

Dogmi granitici, a dirla tutta, non ne esistono nemmeno oggi. La storia della giustizia penale nell'Italia repubblicana ha mostrato come la sottoposizione del giudice alla legge (art. 101 Cost.) sia suscettibile d'una pluralità di modulazioni teoriche e declinazioni pratiche. A prescindere dalla cronicizzazione del conflitto tra politica e magistratura, ben noti e convergenti fattori sistemici, quali la crescita del formante giurisprudenziale⁹⁰, la conformazione multi-livello degli ordinamenti e il pluralismo delle fonti, la tendenza a legiferare per *principi*⁹¹ rendono la gloriosa metafora della *bouche de la loi* obsoleta e ingenuamente romantica⁹². Eppure mai come in questo tornante si avverirebbe il bisogno d'una formula altrettanto suggestiva per ricondurre legislatori e giudici a una reciproca assunzione di responsabilità o, almeno, al senso della misura.

⁹⁰ Sulla crescita del formante giurisprudenziale si rinvia al dibattito su *Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale*, in *Criminalia*, 2016, 155-244; nonché a G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008; M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3/2016, 13-38; F. PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, LXIII, fasc. 3, 1249-1277.

⁹¹ Cfr., in senso critico (quanto al penale), F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, XI ed., Padova, Cedam, 2021, 61.

⁹² Per G. ZAGREBELSKY, *Il futuro della Costituzione*, in *L'arcipelago del diritto. Lezioni per i futuri naviganti*. In ricordo del decennale della Cattedra Galante Garrone, a cura di M. Vogliotti, Torino, Rosenberg & Sellier, 2022, 85-101: 91 «l'idea della giurisdizione come semplice bocca della legge [è] insostenibile in generale», e tanto più a séguito dell'impatto della Costituzione. Così anche G. TARLI BARBIERI, *Il diritto, oggi: tra il dire e il fare*, in *Il burocrate creativo*, cit. (nt. 90), 215-228: 215. D'altro canto F. GIUNTA, *Nota introduttiva al dibattito su Il burocrate creativo*, *ivi*, 157-160: 159, pur ammettendo che l'ideale è «irrealistico», invita a non cadere, a Costituzione invariata, nell'eccesso opposto d'un «giudice penale totipotente».