

*La scienza giuridica penalistica in Italia  
tra Otto e Novecento: crisi o rinascita?*

di Emilia Musumeci

### **1. I vestiti nuovi della penalistica**

Dalla seconda metà dell'Ottocento in Italia si assiste all'inizio di una nuova e delicata stagione per la scienza giuridica: la *penalistica* si emancipa una volta per tutte dalle altre sfere ma nello stesso tempo risulta attraversata da venti di cambiamento così forti che la sua stessa identità appare a rischio. Quest'epoca è del resto subito caratterizzata da un clima di aspettativa e instabilità dopo l'evento, a dir poco deflagrante, della pubblicazione di *Dei delitti e delle pene* (1764)<sup>1</sup> che aveva reso protagonisti della penalistica i giuristi-*philosophes* una categoria di studiosi e intellettuali dalla formazione complessa come Pellegrino Rossi o Gian Domenico Romagnosi oltre che lo stesso Cesare Beccaria. Questi ultimi, approdati a volte persino per caso al diritto penale, si erano posti il problema del fondamento del diritto di punire, strettamente legato al dibattito sulla pena capitale<sup>2</sup>, che aveva in sostanza monopolizzato l'intera questione penale. Chiaramente tali eclettici *penalisti*, che poco o nulla avevano in comune con i grandi criminalisti del passato, come

---

<sup>1</sup> In occasione dei 250 anni dalla pubblicazione del noto volume di Beccaria si è assistito ad un fiorire di studi e ricerche sulla reale portata della sua opera e del suo lascito sia sul sistema penale sia sul processo. Tra i numerosi contributi si vedano almeno, G. Chiodi, L. Garlati (a cura di), *Dialogando con Beccaria. Le stagioni del processo penale italiano*, Torino, 2015 e M. Porret, É. Salvi (dir.), *Cesare Beccaria. La controversie pénale, XVIIIe-XXIe siècle*, Rennes, 2015.

<sup>2</sup> Su tale cruciale dibattito la bibliografia è pressoché sterminata. Tuttavia non si può non rinviare almeno a M. Da Passano, "La pena di morte nel Regno d'Italia 1859-1889", *Materiali per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXII/1, 1992, pp. 341-379; R. Canosa, "La pena di morte in Italia: una rassegna storica", *Critica del diritto*, 25-26, 1982, pp. 29-43 e da ultimo, E. Dezza, "Il problema della pena di morte" (voce), *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti*. Ottava Appendice. *Diritto*, Roma, 2012, pp. 223-231. In maniera specifica sul ruolo svolto dalla classe forense e dalla dottrina in tale dibattito si veda invece E. Tavilla, "Gli avvocati italiani e l'abolizione della pena di morte", in S. Borsacchi, G.S. Pene Vidari, *Avvocati protagonisti e rinnovatori del primo diritto unitario*, Bologna, 2014, pp. 503-537 e Id., "Guerra contro il crimine. Pena di morte e abolizionismo nella cultura giuridica italiana", in A. Sciumè (a cura di), *Il diritto come forza. La Forza del diritto. Le fonti in azione nel diritto europeo tra medioevo ed età contemporanea*, Torino, 2012, pp. 151-186.

Prospero Farinacci<sup>3</sup> o Tiberio Deciani<sup>4</sup>, non possono dirsi dei ‘penalisti di professione’ non solo per la loro formazione ma soprattutto per l’approccio in cui spesso le esigenze politico-strategiche avevano la meglio su costruzioni teoriche di ampio respiro e finalmente slegate dalla contingenza. Per tale generazione di studiosi, insomma, “il diritto conta meno della ‘legislazione’”<sup>5</sup>. È solo nella fase post-Beccaria ed esattamente tra gli anni Quaranta e Cinquanta dell’Ottocento che incomincia ad affermarsi la figura professionale del penalista, cioè un giurista specialista esclusivo di un settore vasto e complesso della scienza giuridica avente come oggetto privilegiato la materia penale. Una nuova generazione di penalisti *tout court* tra cui emerge preponderante la figura di Francesco Carrara<sup>6</sup> che continua l’opera idealmente iniziata con la monumentale *Elementa iuris criminalis* da Giovanni Carmignani<sup>7</sup>, collocabile, malgrado i remissibili “errori di gioventù”, nel *Pantheon dei criminalisti*<sup>8</sup>, ovvero un lento ma profondo lavoro di *modernizzazione* del diritto penale finalmente in grado di trarre dai principi consacrati da Beccaria delle ‘formule scientifiche’<sup>9</sup>. Dopo la gloriosa stagione della criminalistica cinquecentesca questa rinnovata penalistica comincia ad assumere una diversa rilevanza ed autonomia proprio sulla penisola italiana grazie alle scuole sorte non solo in Toscana ma anche nel

---

<sup>3</sup> Su Farinacci e in particolare sulla nascita della medicina legale in ambito processuale cfr. A. Pastore, *Il medico in tribunale. La perizia medica nella procedura penale d’antico regime (secoli XVI-XVIII)*, Bellinzona, 2004<sup>2</sup> e F. Cordero, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, 1985.

<sup>4</sup> Sull’opera di Deciani si rinvia a M. Pifferi, *Generalia Delictorum. Il Tractatus Criminalis di Tiberio Deciani e la “parte generale” di diritto penale*, Milano, 2006 e M. Cavina (a cura di), *Tiberio Deciani (1509-1582). Alle origini del pensiero giuridico moderno*, Udine, 2004.

<sup>5</sup> M. Sbriccoli, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell’Italia unita*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, 2009, Tomo I, p. 497.

<sup>6</sup> Sul pensiero di Carrara molto è stato scritto, per tutti si vedano almeno AA.VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte. Atti del Convegno internazionale (Lucca-Pisa, 2-5 giugno 1988)*, Milano, 1991; M.A. Cattaneo, *Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*, Torino, 1988; A. Santoro, *Francesco Carrara e l’odierna scienza del diritto criminale*, Milano, 1936.

<sup>7</sup> Su Carmignani e in particolare sul rapporto tra la sua opera e il lascito di Beccaria si veda da ultimo G. Chiodi, “Le garanzie processuali di Beccaria e la penalistica italiana dell’Ottocento: il contributo di Giovanni Carmignani”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 44, 2015, pp. 43-84.

<sup>8</sup> Così espressamente Carrara che assume una sorta di difesa d’ufficio di Carmignani rispetto alle dure critiche rivoltegli da Cesare Cantù nel suo *Beccaria e la scienza criminale* per aver sostenuto nello scritto giovanile *Saggio di giurisprudenza criminale* (1795) l’ammissibilità della pena di morte. Per Carrara sarebbe ingiusto e superficiale lasciare che l’intera opera di Carmignani possa essere offuscata da quello che definisce “peccato del giovin dottore, inesperto della vita, e balbettante ancora nell’atrio della scienza” (F. Carrara, *Cantù e Carmignani*, in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, II, Lucca, 1870, p. 600).

<sup>9</sup> *Ivi*, pp. 604-605.

Lombardo Veneto, nel Regno delle Due Sicilie e nello Stato Pontificio che permettono un'indipendenza dalla tradizione francese non riscontrabile in altre discipline come il diritto civile e pubblico. In breve il penalista diventa una figura di riferimento per il potere politico posto continuamente di fronte al "problema penale"<sup>10</sup> nelle sue variegata sfaccettature (oltre alla questione della pena, dal dissenso politico alle esigenze di sicurezza) che attanagliano gli stati preunitari prima e la neonata Italia unificata dopo<sup>11</sup>. Tra gli anni Quaranta e Settanta dell'Ottocento prende infatti forma quella che, con una formula efficace quanto ormai celeberrima, è stata definita la *penalistica civile*<sup>12</sup>.

Se il ceto dei giuristi specializzati in ambito penale, sempre più tecnicamente raffinati, non fa che rafforzarsi non sa che di lì a poco un evento catastrofico sarebbe piombato come un meteorite sulla scienza giuridica dell'epoca trasfigurandola definitivamente: la nascita della Scuola Positiva. Con la pubblicazione della prima edizione del discusso volume di Cesare Lombroso<sup>13</sup> *L'uomo delinquente* nel 1876 non solo si pone la prima pietra nell'edificazione dell'Antropologia Criminale ma si apre la via ad un modo del tutto inedito di immaginare il diritto penale. Come avevano già fatto i pioneristici lavori di Gaspare Virgilio (*Saggio sulla natura morbosa del delitto*, 1872) e Giovanni Bovio (*Saggio critico del diritto penale*, 1873) il testo lombrosiano traccia un inedito percorso che tiene conto di un intreccio tra diritto e scienza (dalla psichiatria alla

---

<sup>10</sup> L'espressione è rinvenibile in G. Tarello, *Il "problema penale" nel secolo XVIII*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, V, 1975, pp. 15-25, successivamente ripresa e sviluppata da Sbriccoli in diversi saggi della sua produzione. A tal proposito cfr. L. Lacchè, "Introduzione", in L. Lacchè, C. Latini, P. Marchetti, M. Meccarelli (a cura di), *Penale Giustizia Potere. Metodi, Ricerche, Storiografie. Per ricordare Mario Sbriccoli*, Macerata, 2007, pp. 13-15.

<sup>11</sup> Sul rapporto tra giustizia e politica nella difficile transizione tra stati preunitari e regno d'Italia si veda da ultimo, F. Colao, L. Lacchè, C. Storti (a cura di), *Giustizia penale e politica in Italia tra Otto e Novecento. Modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto*, Milano, 2015. Per quanto attiene alle questioni più squisitamente legate al processo penale si rinvia a M.N. Miletto (a cura di), *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*, Milano, 2006.

<sup>12</sup> M. Sbriccoli, "Dissenso politico e diritto penale in Italia tra otto e novecento. Il problema dei reati politici dal Programma di Carrara al Trattato di Manzini", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 2, 1973, p. 663.

<sup>13</sup> Sulla figura di Lombroso in rapporto alla sua epoca si vedano almeno, P. Marchetti, "Cesare Lombroso" (voce), *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti*. Ottava Appendice. *Diritto*, Roma, 2012, pp. 366-370; D. Velo Dalbrenta, "Cesare Lombroso" (voce), in I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletto (a cura di), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (secc. XII-XX)*, Bologna, 2013, pp. 1189-1192; D. Frigessi, *Cesare Lombroso*, Torino, 2003; S. Montaldo (a cura di), *Cesare Lombroso. Gli scienziati e la nuova Italia*, Bologna, 2011 e S. Montaldo, P. Tappero (a cura di), *Cesare Lombroso cento anni dopo*, Torino, 2009, nonché da ultimo, D. Palano, *Delinquenti nati, mattoidi, folli morali: figure di un nuovo immaginario*, in Id. (a cura di), *Cesare Lombroso. Scritti per il «Corriere» 1884-1908*, Milano, 2014, pp. 15-176. Sul lascito dell'opera lombrosiana si veda invece il più recente P. Knepper, P.J. Ystehede (eds), *Cesare Lombroso Handbook*, London, 2013.

medicina legale passando per la statistica). Al di là di luoghi comuni che identificano la ricerca lombrosiana solo con la ‘teoria del delinquente nato’ e l’atavismo, a ben vedere, la sua spiegazione del crimine, non è infatti fossilizzata in una teoria ma è costituita da un quadro composito in cui le cause scatenanti dell’agire criminoso, pur avendo sempre un substrato soprattutto biologico, si sovrappongono e si intrecciano vicendevolmente: all’atavismo si aggiungono così ben presto la follia morale e l’epilessia, dando vita ad un concetto di devianza complesso e multiforme<sup>14</sup>. Per quanto attiene all’impatto sul diritto penale è una vera e propria rivoluzione, vale a dire lo spostamento di attenzione dallo studio del reato, come avvenuto fino a quel momento, a quello del delinquente in ogni sua sfaccettatura. Non c’è da stupirsi allora se al seguito della neo-nata Scuola Positiva, pur essendo guidata da un medico quale Lombroso, si arruolano presto brillanti giuristi tra cui meritano un posto di indubbio rilievo Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, allo scopo di opporsi ad un diritto penale di matrice razionalistico-illuminista, nella convinzione che il delitto debba essere una manifestazione scaturente da determinate cause e non la scelta libera e volontaria da parte dell’uomo. Al centro della *querelle* finisce inevitabilmente l’istituto giuridico dell’*imputabilità* secondo cui il reato è attribuibile (e, quindi, perseguibile penalmente) solo a chi l’ha commesso nel pieno possesso delle proprie facoltà mentali. L’elaborazione di tale istituto è considerabile come una vera e propria svolta nella storia del diritto penale, costituendo la condizione dell’ingresso a pieno titolo della psichiatria nel foro. Si tratta di una fase di passaggio decisiva che coincide con l’emanazione del codice Zanardelli nel 1889, il quale all’art. 46 prevede che “non è punibile colui che, nel momento in cui ha commesso il fatto, era in tale stato di infermità di mente da togliergli la coscienza o la libertà dei propri atti (*omissis*)”<sup>15</sup>, introducendo due concetti fondamentali: da un lato, quello di “libertà dei propri atti” che va a sostituire quello di “libertà d’elezione” stabilito nel codice penale toscano pre-unitario e, dall’altro, quello di “infermità di mente” per definire la follia<sup>16</sup>. Solo con il Codice Rocco, elaborato nel 1930, verrà delineata la nozione di *imputabilità*<sup>17</sup>, prevedendo all’art. 85 c.p. che “è

---

<sup>14</sup> A tal riguardo v. *amplius*, E. Musumeci, *Cesare Lombroso e le neuroscienze: un parricidio mancato. Devianza, libero arbitrio, imputabilità tra antiche chimere ed inediti scenari*, Milano, 2012, pp. 22-92.

<sup>15</sup> Su tali aspetti si rinvia a E. Dezza, “Imputabilità e infermità mentale: la genesi dell’articolo 46 del Codice Zanardelli”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXI/1, 1991, pp. 131-158.

<sup>16</sup> Su tali aspetti si rinvia a V.P. Babini, “La responsabilità nelle malattie mentali”, in V.P. Babini, M. Cotti, F. Minuz, A. Tagliavini, *Tra sapere e potere: la psichiatria in Italia nella seconda metà dell’Ottocento*, Bologna, 1982, pp. 135-198.

<sup>17</sup> Sul lento travaglio legislativo che portò all’elaborazione del concetto di

imputabile chi ha la capacità di intendere e di volere” e inserendo gli articoli 88 c.p. e 89 c.p. per definire i concetti di vizio totale e parziale di mente.

## **2. Un sistema penale sacrificato sul *fragile altare del libero arbitrio***

La Scuola Positiva di matrice lombrosiana non si accontenta però di imporre il potere medico nei tribunali grazie al ruolo del perito che rimane pur sempre una sorta di ‘intruso’ nel processo. L’intento è ben più ambizioso: distruggere dalle proprie fondamenta il diritto penale ‘classico’ basato sulla libertà dell’uomo per elaborare un nuovo diritto penale che tenga conto dei progressi scientifici e che, abbandonato il concetto di libero arbitrio, impervi il proprio sistema punitivo non tanto sul ‘vetusto’ concetto di imputabilità, inteso come capacità di scegliere tra il bene e il male, quanto sulla pericolosità del delinquente cioè sul danno che potenzialmente il crimine potrebbe arrecare alla società. Non è un caso se proprio il dibattito sul libero arbitrio quale fondamento dell’istituto giuridico dell’imputabilità abbia costituito il campo di battaglia in cui si sono fronteggiati i seguaci della nuova scuola di diritto penale e i suoi oppositori. Nonostante vi sia chi ritenga già da tempo che il libero arbitrio sia un falso problema per il diritto<sup>18</sup> che serve come un’azione di disturbo per nascondere le questioni sostanziali, ha delle implicazioni giuridiche evidenti sul sistema di diritto penale.

Chi adotta un approccio che nega il libero arbitrio e afferma il determinismo si accompagna inevitabilmente un effetto deresponsabilizzante, con l’ambivalente conseguenza del venir meno della rimproverabilità nei confronti del reo, che, da un lato, non può essere biasimato per un’azione che non ha *realmente scelto di compiere*, ma dall’altro, è considerato un’inquietante ed oscura minaccia per la società, da neutralizzare in qualche modo.

L’opera lombrosiana, avendo come base di partenza la difformità biologica rispetto agli individui cosiddetti “normali” dei delinquenti che sarebbero già predestinata a commettere il male. Così, se per un verso

---

imputabilità in Italia dai codici preunitari al codice Rocco, con particolare riferimento alla delicata questione della rilevanza della *forza irresistibile* e degli stati emotivi e passionali cfr. E. Musumeci, *Emozioni, crimine, giustizia. Un’indagine storico-giuridica tra Otto e Novecento*, Milano, 2015, pp. 39-88.

<sup>18</sup> Già nel 1924 Ugo Spirito osservava come, pur avendo la critica mossa da Ferri alla concezione del libero arbitrio un fondamento indiscutibile, tuttavia quest’ultimo non si era “accorto ch’egli combatteva ormai contro un nemico già sconfitto e che tutto l’idealismo moderno aveva affermato un nuovo concetto di libertà come legge e cioè come sintesi di necessità e libertà [...] Il libero arbitrio era stato debellato da un pezzo, ma i classicisti come i positivisti non ne erano al corrente e non ne sono ancor oggi informati” (U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, Firenze, 1974<sup>3</sup>, p. 158).

Lombroso invoca un miglioramento delle condizioni carcerarie e un mitigamento delle pene – in quanto *inefficaci* e dunque inutile incrudelimento – per l’altro risulta favorevole, in certi casi, alla pena di morte. Perciò la questione che sembra tormentarlo è se sia lecito punire l’uomo se questi non è libero e che senso possono avere biasimo, ricompensa, speranza e timore, onore e disonore per chi ha agito solo perché così vuole la sua natura e così si interroga: “perché deve essere punito il ladro? Come accade che l’asino è punito per la sua stupidità, e come accade che si uccide il cane idrofobo? Noi uccidiamo dunque chi ci danneggia? Agisce giustamente chi uccide il cane arrabbiato? Che ne può pertanto il cane della sua rabbia?”<sup>19</sup>.

L’obiettivo polemico di Lombroso è dunque il concetto di libero arbitrio<sup>20</sup>, concetto-chiave della punibilità secondo la Scuola Classica. Non deve affatto stupire che Lombroso, totalmente impregnato del naturalismo positivista e convinto che il pensiero derivi da “un continuo movimento molecolare della corteccia cerebrale”<sup>21</sup> o da un “arido movimento di molecole”<sup>22</sup>, neghi anche l’esistenza del libero arbitrio. Lombroso, in particolare, condivide appieno la concezione materialista propugnata da Vogt e Moleschott, secondo cui i pensieri sono prodotti del cervello allo stesso modo in cui la bile è prodotta dal fegato, nonostante il pensiero non sia né liquido né fluido quanto piuttosto un movimento, una “trasposizione della sostanza del cervello”<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> C. Lombroso, *Le più recenti scoperte ed applicazioni della psichiatria ed antropologia criminale*, Torino, 1893, p. 385. Qui Lombroso riporta, facendole sue, le parole di Joch citate da Alfredo Frassati nel suo *La nuova Scuola penale in Italia ed all’Estero* (Torino, 1891) in cui ripercorre le conquiste della Scuola lombrosiana e le sorprendenti assonanze tra le tesi sostenute da tale Scuola e quanto già affermato da autorevoli autori del passato troppo presto dimenticati, come Franz Joseph Gall o quasi del tutto sconosciuti, come Rondeau e Joch, veri e propri “precursori” degli ideali della “nuova Scuola”.

<sup>20</sup> In parziale disaccordo c’è chi ha osservato che, nonostante la negazione del libero arbitrio propugnata dalla Scuola Positiva in campo penale sia la “premessa antropologica” su cui fece perno il positivismo penale lombrosiano, il dibattito tra determinismo e indeterminismo fosse per Lombroso “qualcosa di affatto improficuo ed anzi controproducente per lo sviluppo di un’autentica scienza antropologico-criminale” (V. Velo Dalbrenta, *La scienza inquieta. Saggio sull’Antropologia criminale di Cesare Lombroso*, Padova, 2004, p. 25).

<sup>21</sup> C. Lombroso, *Le nuove conquiste della psichiatria*, discorso pronunciato il 3 novembre 1887 in occasione della solenne apertura degli studi nella Regia Università di Torino e poi riportato in Id. “Le nuove conquiste della psichiatria”, *Rivista di filosofia scientifica*, vol. V, 1887, pp. 641-655.

<sup>22</sup> C. Lombroso, *Genio e follia. Prelezione ai corsi di Antropologia e Clinica psichiatrica presso l’Università di Pavia*, Milano, 1864, p. 5.

<sup>23</sup> J. Moleschott, *Der Kreislauf des Lebens. Physiologische Antworten auf Liebig’s chemische Briefe*, Mainz, 1852; trad. it. *La circolazione della vita. Lettere fisiologiche di Jac. Moleschott in risposta alle lettere chimiche di Liebig, traduzione sulla quarta edizione tedesca pubblicata con consenso dell’autore dal Prof. Cesare Lombroso*, Milano, 1869, p. 329.

e la ‘mania’ solo un sintomo di una malattia del cervello. Secondo tale concezione non può esistere nessun tipo di ‘volontà libera’, cioè un “atto volitivo indipendente da quelle influenze che agiscono ad ogni istante sull’uomo”<sup>24</sup>, essendo la volontà umana – secondo la definizione di Moleschott condivisa da Lombroso – nient’altro che “l’espressione necessaria di una particolare condizione del cervello”<sup>25</sup>. Così già prima di aver ‘scoperto’ la fossetta nel cranio di Villella, divenuta poi la chiave di volta della teoria del delinquente nato, Lombroso nel presentare ai lettori italiani il contestato volume di Jacob Moleschott, *La circolazione della vita* – volume fermamente voluto da Lombroso per scuotere il Paese e scrostarlo da quella “triste vernice pretesca che s’alligna”<sup>26</sup> – nel 1868 afferma come il materialismo stesse ormai permeando anche la “cittadella, per tanto tempo invulnerata, delle scienze morali”<sup>27</sup>, come la “statistica morale” o “fisica sociale” che dimostrando come l’avvicinarsi a determinati giorni, mesi ed ore, di matrimoni, nascite e delitti dipendesse non tanto “dal libero arbitrio dell’uomo o dalla volontà provvidenziale”<sup>28</sup> quanto piuttosto da una “necessità naturale”<sup>29</sup>. Per quanto può apparire avvilente per l’uomo, infatti, ogni evento naturale, anche quello apparentemente più lontano ed estraneo, quale la “meteora” o il “clima” può essere un fattore scatenante del delitto, della follia e del genio. Questa è, secondo Lombroso, una severa ed umiliante lezione per l’uomo che annulla una volta per tutte ogni confine artificiale tra “bene” e “male” che diventano categorie ‘naturali’ e non ‘moralì’<sup>30</sup> e mostra quanto siano “semibarbare” le teorie dominanti nel diritto penale (Scuola Classica) e aventi come perno l’esistenza del libero arbitrio. Il libero arbitrio, accusa Lombroso, è solo una sorta di mito, o meglio, “di dio termine o di *sancta sanctorum*”<sup>31</sup>, al pari dell’indissolubilità del matrimonio, che per quella tendenza al conservatorismo rende sordi anche di fronte alle più evidenti dimostrazioni. Così con la consueta vena provocatoria Lombroso si rivolge ai suoi ‘avversari’: “hanno torto di

---

<sup>24</sup> *Ivi*, p. 339.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> Lettera di Lombroso a Moleschott del 5 novembre 1861 in M.L. Patrizi, *Addizioni al “dopo Lombroso”. Ancora sulla monogenesi psicologica del delitto*, Milano, 1930, p. 207.

<sup>27</sup> C. Lombroso, “Prefazione del traduttore”, in J. Moleschott, *La circolazione della vita*, cit., p. VII.

<sup>28</sup> *Ivi*, p. IX.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> Secondo la concezione elaborata da Moleschott e condivisa da Lombroso, le categorie di ‘bene’ e ‘male’ rispondono entrambe a leggi naturali, essendo il bene strettamente collegato alla necessità di conservazione della specie umana e il male tutto ciò che contrasta con le esigenze della specie stessa. V. *amplius*, J. Moleschott, *La circolazione della vita*, cit., pp. 348-354.

<sup>31</sup> C. Lombroso, “Polemica”, in C. Lombroso, E. Ferri, R. Garofalo, G. Fioretti, *Polemica in difesa della Scuola Criminale Positiva*, Bologna, 1886, p. 19.

farcì supporre *senza libero arbitrio* solo il delinquente: ma anche il legislatore ed il giudice sono senza libero arbitrio<sup>32</sup>, poiché come il delinquente è ‘costretto’ a commettere il reato, allo stesso modo il giudice è ‘costretto’ a punirlo, secondo la ferrea legge di causalità. Una volta crollata questa certezza infatti il delitto appare, agli occhi di Lombroso “una sventurata produzione naturale, una forma di malattia”<sup>33</sup> che, come tale, merita “cura e sequestro” piuttosto che “pena e vendetta”. Il miglioramento del sistema penale e la lotta della società contro il crimine, finora ridotto ad un gioco illusorio in cui quest’ultimo ne usciva sempre più forte, possono essere dunque raggiunti – a detta di Lombroso – solo se la morale scende da “quel fragile altare del libero arbitrio, in cui l’elevanto i metafisici”<sup>34</sup>.

### **3. Contro un *sillogistico apriorismo giuridico*: l’offensiva della Scuola Positiva**

Le provocazioni lombrosiane vengono trasfuse in campo giuridico dai penalisti orbitanti attorno alla Scuola Positiva che nata con il precipuo scopo di fare del diritto penale una vera e propria scienza sociale per sganciarlo dal “sillogistico apriorismo giuridico”<sup>35</sup>, rifiuta una concezione del delitto come mera conseguenza della violazione di una norma giuridica. A tale razionalismo astratto e antistorico, da cui scaturisce un diritto “immutabile” e avulso dal contesto, la Scuola Positiva si oppone strenuamente con il precipuo intento di voler espungere ogni elemento *metafisico* dal campo giuridico penale e riportare così “il diritto nella vita”<sup>36</sup>. Non a caso Enrico Pessina, nel 1905, guardando retrospettivamente al dibattito ormai concluso, identifica proprio nel “*bando alla Metafisica*”, il metodo che accomuna i vari orientamenti dottrinari influenzati dalle scienze naturali e recepiti poi dalla Scuola Positiva (la *Statistica morale*, la *Craniologia*, la *Criminologia*) che dal 1870 in poi, avevano sconvolto *ab imis fundamentis* la scienza giuridica penale, aprendo una crisi senza precedenti<sup>37</sup>. L’obiettivo che si pone la Scuola Positiva è appunto quello

---

<sup>32</sup> C. Lombroso, “Recensione a La teorica dell’imputabilità e la negazione del libero arbitrio di Enrico Ferri (1), Firenze, Barbera 1873 edit. Macario di Pisa”, *Archivio Giuridico*, 1878, vol. XXI, p. 328.

<sup>33</sup> C. Lombroso, *Prefazione del traduttore*, cit., p. IX.

<sup>34</sup> *Ivi*, p. XI.

<sup>35</sup> C. Lombroso, E. Ferri, R. Garofalo, G. Fioretti, “Prefazione”, in Id., *Polemica in difesa della Scuola Criminale Positiva*, cit., p. I.

<sup>36</sup> U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, cit., p. 25.

<sup>37</sup> Cfr. E. Pessina, *La crisi del diritto penale nell’ultimo trentennio del secolo XIX. Prolusione al corso di diritto penale nella R. Università di Napoli (1905-1906)*, Napoli,

di rovesciare “il tipo ideale d’uomo che l’egoismo sociale e la filosofia aprioristica avevan foggiate”<sup>38</sup> e studiare “l’uomo non quale dovrebbe essere astrattamente, ma quale esiste e muovesi in natura”<sup>39</sup>.

Il maggiore sforzo teorico degli esponenti della Scuola di Lombroso nel negare il libero arbitrio e cercare di conciliare la sua inesistenza con il sistema penalistico è senza dubbio rappresentato dalla primissima riflessione di Enrico Ferri, ineguagliato e discusso tentativo di dimostrare che a fondamento del diritto penale non vi sia la nozione di libero arbitrio. Ponendosi in aperta polemica con Carrara e gli altri studiosi dell’epoca che ritenevano indispensabile ai fini dell’esistenza stessa dell’intero sistema di diritto penale l’esistenza del libero arbitrio, Ferri con un non sempre lineare *excursus* storico-giuridico, sostiene la tesi opposta e si dilunga sulla conciliabilità tra il diritto della società a punire e la negazione del libero arbitrio, affermando che, nonostante le azioni umane siano “necessitate” nel senso scientifico del termine, rimane ugualmente giusta la punizione per i delitti commessi. Anzi, afferma non senza azzardo il giovane Ferri<sup>40</sup>, il fondamento della pena<sup>41</sup> e il diritto punitivo risiedono paradossalmente proprio nella negazione del libero arbitrio: poiché l’uomo non è libero ma è “determinato necessariamente dai più forti motivi, che agiscono sopra di lui”<sup>42</sup> va punito. Alla legge della necessità cui risponde l’azione del criminale si contrappone nella teoria un’altra necessità, quella della società che *deve* sanzionare i comportamenti ritenuti criminosi. Come le misure vengono prese nei confronti di un pazzo per tutelare quest’ultimo e la pubblica quiete, allo stesso modo anche le pene risultano alla stregua di “disposizioni che la necessità costringe di adottare”<sup>43</sup>. Negare il libero arbitrio dunque (come anche sostenere la sua esistenza) non incide affatto sul fondamento del diritto punitivo che si esplica grazie a quella ‘forza ignota’ che regge

---

1906, pp. 3-15.

<sup>38</sup> Queste le parole di Arrigo Tamassia, uno degli allievi di Lombroso e suo successore nella cattedra di Medicina Legale presso l’Università di Pavia. Cfr. A. Tamassia, *Prefazione*, in E. Maudsley, *La responsabilità nelle malattie mentali*, Milano, 1875, p. XXXVIII.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> Su Enrico Ferri e sull’evoluzione del suo percorso teorico, si rinvia a R. Bisi, *Enrico Ferri e gli studi sulla criminalità*, Milano, 2004 e più di recente, Stronati M., “Enrico Ferri” (voce), *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti*. Ottava Appendice. *Diritto*, Roma, 2012, pp. 371-375.

<sup>41</sup> Sulla funzione della pena nella dottrina penalistica e criminologica ottonecentesca si rinvia a M. Pifferi, *L’individualizzazione della pena. Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento*, Milano, 2013 nonché per un approccio storico-comparatistico Id., *Reinventing Punishment. A Comparative History of Criminology and Penology in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, Oxford, 2016.

<sup>42</sup> E. Ferri, *La teorica dell’imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, Firenze, 1878, p. 418.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

l'universo. Detto altrimenti, la *necessità* che si esplica sia nelle azioni individuali, sia in quelle 'sociali', fa uscire di scena il libero arbitrio: "come Nemese, la mitologica dea della vendetta, era figlia di Giove e della Necessità, così la Nemese sociale, cioè la potestà punitiva, spoglia ora delle viete idee di vendetta, nasce unicamente dalla necessità dell'ordine"<sup>44</sup>. Ferri con il passare degli anni ha apertamente rinnegato alcune delle tesi portanti della sua opera giovanile sul libero arbitrio, mettendone in evidenza i tratti più ingenui o errati, specie nella parte relativa alla formulazione di una "teorica positiva dell'imputabilità", che non esita a definire "un'anticaglia" più volte "sconfessata" e "diseredata"<sup>45</sup> e tirata in ballo, in buona o mala fede, dai suoi avversari soltanto per far risaltare le contraddizioni del suo pensiero. Del resto, i suoi detrattori hanno gioco facile quando sostengono che Ferri, nell'elaborare più tardi le basi della sua *sociologia criminale*<sup>46</sup>, in cui il delitto viene posto in rapporto non solo ai fattori fisici e psichici ma ai fattori sociali<sup>47</sup> e all'intera realtà in cui si esplica l'azione umana, sembra in parte allontanarsi sia dall'astrattismo psicologico di Garofalo, sia dall'atavismo di Lombroso. Paradossalmente le tesi di Ferri, da un lato, spingeranno lo stesso Lombroso a modificare (solo in parte) la sua classificazione dei delinquenti, sin dall'edizione de *L'uomo delinquente* del 1889, mediante l'inserimento anche dei fattori sociali come possibili fattori criminogeni da cui derivano accanto al delinquente nato (che assume per molti versi ancora i caratteri dell'atavismo) anche altre figure di criminali tra cui il "delinquente d'impeto", quello "d'abitudine" e "d'occasione"<sup>48</sup>. Dall'altro lato, Ferri continuerà a negare l'esistenza del libero arbitrio sostenendo come l'uomo debba ritenersi "responsabile dei suoi delitti, di fronte alla legge criminale, come dei suoi errori economici di fronte alle leggi dell'ambiente economico, delle sue colpe morali di fronte alle leggi della pubblica opinione ecc., non già perché sia

---

<sup>44</sup> *Ivi*, p. 422.

<sup>45</sup> E. Ferri, "Polemica", in C. Lombroso, E. Ferri, R. Garofalo, G. Fioretti, *Polemica in difesa della Scuola Criminale Positiva*, cit., p. 86.

<sup>46</sup> Ferri definisce questa sua nuova 'creazione' come "la conversione della scienza dei delitti e delle pene da una dottrina espositiva di sillogismi, per sola forza di logica fantasia, in una scienza di osservazione positiva così dell'antropologia, della psicologia, della statistica criminale, come del delitto penale e delle discipline carcerarie, diviene quella scienza sintetica, che io appunto chiamai 'sociologia criminale'" (E. Ferri, *Sociologia criminale*, Torino, 1900<sup>4</sup>, p. 61).

<sup>47</sup> V. *amplius*, AA.VV., "Il socialismo giuridico. Ipotesi e letture", numero monografico di *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 3/4, tomi I e II, 1974-75, ed in particolare *ivi* le considerazioni di M. Sbriccoli, "Il diritto penale sociale, 1883-1912", tomo I, pp. 557-642.

<sup>48</sup> "Il delitto si spoglia della sua atavica ferocia, grazie al miglioramento delle condizioni sociali e assume le forme "meno ripugnanti e meno selvagge" della truffa, del falso e della bancarotta" (D. Frigessi, *La scienza della devianza*, in C. Lombroso, *Delitto, genio, follia. Scritti scelti*, Torino, 2000<sup>2</sup>, p. 359).

moralmente o intellettualmente libero, ma soltanto perché e finché vive in società”<sup>49</sup> poiché – continua il giurista – “chi vive in un dato ambiente deve adattarsi o uscirne o perire”<sup>50</sup>. Anche in un’altra occasione afferma difatti che “l’uomo non può essere dotato di questo libero arbitrio, perché ogni sua volizione è determinata, caso per caso, necessariamente dallo stato del suo pensiero, che alla sua volta dipende necessariamente dalle condizioni dell’organismo, che alla loro volta dipendono necessariamente dall’ambiente esterno”<sup>51</sup>. La negazione del libero arbitrio, implicando l’esclusione di ogni valutazione morale sul comportamento e sulla personalità del colpevole e, dunque, della stessa determinazione della pena, fa sì che la pena diviene il mezzo utilizzato dalla società per difendersi dai criminali. Ferri non rinnega la sua appartenenza alla Scuola Positiva ma la difende strenuamente, rivendicandone il metodo sperimentale e galileiano di chi raggiunge il risultato “provando e riprovando”, piuttosto che in base a formule aprioristiche. Proprio tale metodo è la principale differenza che separa Scuola Classica e Scuola Positiva: se la prima con il metodo deduttivo e la logica astratta ha come oggetto il delitto come entità giuridica, la seconda, invece, con metodo induttivo e l’osservazione dei fatti ha come obiettivo il “‘delinquente’ come persona rivelatasi più o meno socialmente pericolosa col delitto commesso”<sup>52</sup>.

In estrema sintesi, Ferri riassume i principi cardine delle due Scuole, affermando come, se prima dell’avvento dei positivisti il diritto penale si era retto sulle illusorie convinzioni che l’uomo sia dotato di libero arbitrio, che “il delinquente sia fornito di idee e di sentimenti, come ogni altro uomo”<sup>53</sup> e che l’effetto principale della pena sia quella preventiva, basterebbe uscire dalla ristretta cerchia giuridica per comprendere come tali assunti, portati come un vessillo per decenni dalla dottrina penalistica siano palesemente contraddetti dai risultati delle scienze sperimentali. Quest’ultime costituiscono, a detta di Ferri, le nuove basi su cui fondare il diritto penale: 1) illusorietà metafisica del libero arbitrio; 2) anormalità organica e psichica del delinquente; 3) aumento e diminuzione dei reati per cause del tutto avulse dalle pene sancite nei codici e applicate dai magistrati. Ciò può essere messo in pratica, secondo i positivisti, mediante l’elaborazione del tanto contestato concetto di pericolosità sociale<sup>54</sup> e l’attuazione di misure di sorveglianza, che riecheggeranno

---

<sup>49</sup> E. Ferri, “Polemica di Enrico Ferri”, in C. Lombroso, E. Ferri, R. Garofalo, G. Fioretti, *Polemica in difesa della Scuola Criminale Positiva*, cit., p. 94.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> E. Ferri, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna, 1881, p. 8.

<sup>52</sup> E. Ferri, *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928, p. 45.

<sup>53</sup> E. Ferri, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, cit., p. 5.

<sup>54</sup> Su tale concetto si vedano le interessanti considerazioni critiche, più volte riprese

poi, nei “sostituti penali” teorizzati da Ferri più tardi, tesi a contenere il crimine per difendere la società più che per educare, sostituendo la responsabilità morale basata sull’esistenza del libero arbitrio con una forma di “responsabilità sociale”. Ciò ha spinto Ugo Spirito<sup>55</sup> a definire la Scuola Positiva come una “scuola di immoralità”<sup>56</sup>, la quale grazie alla dicotomia normale/anormale annulla ogni valore e rende impossibile una concezione etica della pena poiché la società deve ‘sbarazzarsi’ del delinquente, divenuto ormai un *nemico*<sup>57</sup>, da rinchiodare per sempre o, nei casi più estremi, eliminare fisicamente.

#### **4. La materia non soffochi lo spirito! La pervicace trincea della c.d. Scuola Classica**

Ovviamente le osservazioni di Lombroso e degli studiosi appartenenti alla sua Scuola tese a negare l’esistenza del libero arbitrio e a scardinare così le vecchie categorie giuridiche poste a fondamento del diritto penale, non possono lasciare indifferente la nutrita schiera di giuristi convinti di dover difendere strenuamente i principi derivanti direttamente dalla tradizione illuministica. Tale dottrina, che fin a quel momento aveva dominato nella scienza giuridica penale, presupponeva che ogni uomo fosse libero di effettuare coscientemente le proprie scelte e, come tale, responsabile delle proprie azioni anche davanti alla legge. Questi

---

negli ultimi decenni da una certa dottrina filosofico-giuridica e sociologica italiana, di M. Foucault, “About the Concept of the ‘Dangerous Individual’ in 19<sup>th</sup> - Century Legal Psychiatry”, *International Journal of Law and Psychiatry*, vol. 1, 1978, pp. 1-18. Per una ricostruzione storica della pericolosità sociale, con particolare riferimento al giudizio prognostico sulla reiterazione del reato, si veda, invece, P. Marchetti, *L’armata del crimine. Teoria e repressione della recidiva in Italia. Una genealogia*, Ancona, 2008.

<sup>55</sup> Nonostante Spirito riconosca in parte i meriti scientifici di Lombroso ritiene che le sue valide intuizioni vengano troppo spesso soffocate da un eccessivo “semplicismo della metafisica materialistica”. Su tale punto cfr. A.A. Calvi, “Ugo Spirito criminalista. Riflessioni sulla terza edizione della ‘Storia del diritto penale italiano’”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 3/4, 1974-75, p. 816. Su Ugo Spirito come filosofo del diritto penale cfr., L. Zavatta, *La pena tra spiare e redimere nella filosofia giuridica di Ugo Spirito*, Napoli, 2005.

<sup>56</sup> Cfr. D. Frigessi, *Cesare Lombroso*, cit., p. 207.

<sup>57</sup> Sul criminale inteso come ‘nemico della società’ nel contesto italiano del XIX secolo cfr. P. Marchetti, “Le ‘sentinelle del male’. L’invenzione ottocentesca del criminale nemico della società tra naturalismo giuridico e normativismo psichiatrico”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 38, 2009, tomo II, pp. 1009-1080 e M. Stronati, “Il brigante tra antropologia e ordine giuridico: alle origini di un’icona dell’uomo criminale nel XIX secolo”, *ivi*, tomo I, pp. 953-1008. Più di recente si vedano inoltre, G. Alessi, “Un delitto impolitico? Lo Stato liberale e i suoi nemici: anarchici”, in L. Lacchè, M. Stronati (a cura di), *Questione criminale e identità nazionale in Italia tra Otto e Novecento*, Macerata, 2014, pp. 79-103 e Id., “Lupi, volpi, selvaggi. Il paradigma del nemico tra eretici e anarchici”, in M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Le regole dell’eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, Macerata, 2011, pp. 103-125.

studiosi, dagli anni Ottanta dell'Ottocento, sono così etichettati dagli stessi positivisti, *per diletto*, come osserverà con stizza il penalista Luigi Lucchini<sup>58</sup> (colui che ha cercato più di tutti di fondare un diritto penale liberale e garantista nell'Italia post-unitaria)<sup>59</sup>, come “Scuola Classica del Diritto Penale” e di cui viene tradizionalmente considerato il massimo esponente Francesco Carrara. A differenza della Scuola Positiva, quella c.d. “classica”, definita anche “la Scuola Penale Italiana” da Carrara o sarcasticamente “la vecchia Scuola” da Aristide Gabelli<sup>60</sup>, non ha la stessa omogeneità e spirito di appartenenza di una vera e propria “Scuola”, essendo piuttosto una schiera di giuristi con diverse formazioni, in certi casi anche lontane, ma comunque accomunati dalla ferrea volontà di voler resistere strenuamente agli attacchi inferti dalle ‘nuove’ concezioni propugnate dai positivisti, dopo una più che trentennale egemonia<sup>61</sup>. La semplicistica dicotomia Scuola Classica/Scuola Positiva<sup>62</sup> è ormai tanto diffusa da figurare nelle pagine introduttive di qualunque manuale di diritto penale in uso negli atenei italiani. È chiaro che il dibattito in realtà fu ben più complesso e articolato rispetto alla contrapposizione tra due scuole dottrinali che può apparire come nient'altro che una “scarna ‘descrizione di una battaglia’”<sup>63</sup>. È stato invero sottolineato a ragione come quella Classica non fosse una Scuola, essendo più la manifestazione di “una scienza civilmente matura, ma tecnicamente in formazione [...] capace di esprimere in quella fase: una realtà [...] fin troppo articolata in tendenze metafisiche, eclettiche, fidanti nell'origine divina del diritto penale, tardoutilitaristiche, di liberalismo toscano o di praticismo napoletano, di giusnaturalismo laico o cattolico, di spiritualismo integralista o di garantismo contrattualista”<sup>64</sup>. Nonostante ciò, è lo stesso Carrara a voler

---

<sup>58</sup> L. Lucchini, *I semplicisti del diritto penale*, Torino, 1886, p. XXIV.

<sup>59</sup> Su Luigi Lucchini e tale tentativo, v. *amplius*, M. Sbriccoli, “Il diritto penale liberale. La “Rivista Penale” di Luigi Lucchini 1874-1900”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 16, 1987, pp. 105-183.

<sup>60</sup> “La vecchia Scuola parole che nulla significano, perché la vecchia Scuola à i miti e à i severi, à i mistici e i politici, gli idealisti e i pratici, à tutti fino a ieri e fino à oggi, che confondendosi insieme, si cominciarono a chiamare così” (A. Gabelli, “Sulla “Scuola positiva” del diritto penale in Italia”, *Rivista Penale*, vol. XXIII, III della II serie, 1886, p. 524).

<sup>61</sup> “Dominata dalla grande figura di Francesco Carrara, che è però il punto di arrivo, sebbene altissimo, di una tradizione ormai esaurita, essa è alla ricerca di un rinnovamento, anche di uomini” (M. Sbriccoli, “Il diritto penale liberale. La “Rivista Penale” di Luigi Lucchini 1874-1900”, cit., p. 109).

<sup>62</sup> Per un inquadramento generale si veda per tutti, F. Colao, “Le scuole penalistiche” (voce), *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti*. Ottava Appendice. *Diritto*, cit., pp. 349-356.

<sup>63</sup> M. Sbriccoli, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia*, in Id., *Storia del diritto penale*, cit., Tomo I, p. 551, n. 87.

<sup>64</sup> *Ivi*, pp. 537-538.

difendere la Scuola Classica ‘arruolando’ tra le sue fila i penalisti più autorevoli del Settecento e dell’Ottocento<sup>65</sup>, per affermare con maggiore autorevolezza che l’uomo può essere imputabile giuridicamente solo in quanto libero: i seguaci della Scuola Positiva, osserva Carrara, confondono l’*arbitrio*, che presuppone una azione immotivata ed avulsa dalla natura umana, con la *libertà* che implica, al contrario, la facoltà di scegliere fra due opposti motivi ciò che sembra più confacente ai propri bisogni. In poche parole, avverte Carrara, il rischio tangibile è quello di scambiare la “*spontaneità*”<sup>66</sup> per la *libertà* e pertanto così conclude il giurista toscano in aperta polemica con la Scuola lombrosiana: “a noi, cultori delle scienze morali, nulla giovano i termometri e i cannocchiali perfezionati, perché gli strumenti del nostro scibile non hanno sussidio dai sensi, ma soltanto dallo studio dello interno dell’uomo rivelato dagli atti esterni del medesimo, che è sempre stato e sempre sarà lo identico, finché l’uomo sarà, in tema di facoltà psicologiche, tale e quale uscì dalle mani del Creatore. Per giudicare se l’uomo è o no libero, a nulla giovano i cannocchiali e i termometri. Bisogna scendere nelle interne latèbre dell’animo nostro”<sup>67</sup>. A tali parole fanno eco quelle di Lucchini, il quale sembra dedicarsi totalmente alla lotta contro la “nuova scuola” tanto da richiedere la fondazione di una rivista *ad hoc* (*Rivista di Penale*) che, seppure forse troppo concentrata sulla sua figura<sup>68</sup>, doveva servire proprio per difendere la scienza giuridica penale da quella “bufera di empirismo”<sup>69</sup> che l’aveva investita<sup>70</sup>. Per Lucchini infatti le discipline penalistiche sono “troppo imbevute ancora di metafisica e di scolastica”<sup>71</sup>, risultando facili prede di “empiriche e retoriche fatuità”<sup>72</sup> dei “*semplicisti* del diritto penale”, cioè antropologi, psicologi e sociologi. Proprio per confutare le tesi dei “semplicisti”, Lucchini mette

---

<sup>65</sup> “Beccaria, Filangieri, Romagnosi, Carmignani, Rossi, Haus, Nypels e tanti altri dotti, che costruirono quella scuola, non vaneggiarono edificando sopra un fantasma” (Carrara F., “Libertà e spontaneità. Prolusione al corso di diritto e procedura penale (28 novembre 1882)”, in Id., *Reminiscenze di cattedra e foro dell’avvocato Francesco Carrara*, Lucca, 1883, p. 517).

<sup>66</sup> *Ivi*, p. 515.

<sup>67</sup> *Ivi*, pp. 508-509.

<sup>68</sup> “Rivista Penale” è stata felicemente definita da Sbriccoli (prendendo in prestito un’espressione di Renato Serra) una “rivista persona”. Cfr. M. Sbriccoli, “Il diritto penale liberale”, cit., p. 116.

<sup>69</sup> L. Lucchini, “Ai lettori”, *Rivista Penale*, 1885, vol. XXI, I della seconda serie, p. 18.

<sup>70</sup> Proprio sulla *Rivista Penale* diretta da Lucchini viene pubblicato un saggio di Aristide Gabelli (“Sulla ‘Scuola positiva’ del diritto penale in Italia”, cit.) che suscita l’entusiasmo dei classicisti e l’indignazione dei positivisti, tanto da richiedere una controreplica pubblicata su un intero volume da parte di Lombroso, Ferri, Garofalo e Fioretti, (C. Lombroso, E. Ferri, R. Garofalo, G. Fioretti, *Polemica in difesa della Scuola Criminale Positiva*, cit.).

<sup>71</sup> L. Lucchini, “Ai lettori”, cit., p. 18.

<sup>72</sup> *Ibidem*.

in piedi un corposo volume, in cui cerca di decostruire, punto per punto, tutte le tesi poste a fondamento della Scuola Positiva, dedicando un intero capitolo alla questione del libero arbitrio in cui afferma come sia illusorio il tentativo della “nuova scuola” e dei suoi predecessori, di “sfatare con grande sfoggio di argomentazioni il libero arbitrio”<sup>73</sup>, in quanto non avesse alcun senso “spezzare lance di raffinata *dialettica*”<sup>74</sup> contro tale sentimento, vista l’impossibilità di annichilire la sfera affettiva con sottili argomentazioni. A prescindere dall’esistenza o meno del libero arbitrio, si chiede sarcasticamente Lucchini, come possano, coloro che lo negano rassegnarsi a considerare anche i loro stessi pensieri e le loro dottrine come il risultato di un mero processo fisio-psicologico. Lucchini non manca di osservare inoltre come i positivisti che vogliono negare la libertà delle azioni umane, richiamando la “funzione fisiologica dell’atto volontario”, in realtà, non riescano a spiegare nulla né a convincere l’interlocutore con dati “certi e inconfutabili”, rischiando, al contrario, di criticare la “vecchia metafisica” con una “nuova specie di metafisica [...] sotto l’orpello di positivismo scientifico”<sup>75</sup>.

Anche l’esimio giurista e filosofo napoletano Enrico Pessina sembra andare nella stessa direzione laddove esorta enfaticamente il ceto dei giuristi a non cedere alle lusinghe dei materialisti che, con l’intento di voler bandire definitivamente la metafisica dalla scienza giuridica per avvicinarla ad una ‘scienza esatta’, vogliono ridurre l’uomo a pura materia<sup>76</sup>, dimenticando come la legge che governa l’agire umano non sia la “ferrea e cieca legge della necessità del destino”<sup>77</sup> ma la cultura morale, ovvero quella “libertà razionale che domina il mondo della natura e coopera a quella divina armonia di mezzi e di fini, che costituisce la legge dell’Universo!”<sup>78</sup>. Pessina inorridisce di fronte alle affermazioni dei materialisti francesi e britannici (ad esempio “*i delinquenti sono mostri che bisogna soffocare compiangendoli*” o ancora “*il delinquente va equiparato alla belva*”)<sup>79</sup>, fondate sul dogma della *fatalità del delitto* e su cui poi si sarebbe basata la nuova scienza penale propugnata dalla Scuola Positiva. Se i materialisti avessero ragione, osserva Pessina, dimostrando come l’uomo non sia libero poiché le sue azioni sono fatalmente causate dai “movimenti della materia”, anche il

---

<sup>73</sup> L. Lucchini, *I semplicisti del diritto penale*, cit., p. 44.

<sup>74</sup> *Ibidem*.

<sup>75</sup> *Ivi*, p. 50.

<sup>76</sup> Così enfaticamente Pessina: “La materia, da cui siamo sorti, e a cui siamo incatenati, non soffochi lo spirito!” (E. Pessina, *Il naturalismo e le scienze giuridiche. Discorso inaugurale letto nella Regia Università di Napoli il 17 novembre 1878*, in Id., *Pel cinquantesimo anno d’insegnamento di Enrico Pessina*, Napoli, 1899, p. 258).

<sup>77</sup> *Ibidem*.

<sup>78</sup> *Ibidem*.

<sup>79</sup> Cfr. E. Pessina, *La crisi del diritto penale*, cit., p. 8.

delitto ne risulterebbe snaturato: non essendo più un atto odioso da punire ma il risultato di una certa determinazione di forze fisiche, non potrebbe essere considerato riprovevole dalla società e perciò sanzionato penalmente. Al contrario, secondo Pessina, sarebbe più opportuno dare ascolto al grido levatosi in Europa alla fine dell'Ottocento: *Zurück zu Kant!*, ovvero l'esortazione al ritorno alla dottrina del filosofo di Königsberg, nella ferma convinzione che, come "il cielo stellato, cioè l'Universo infinito sta di sopra al nostro capo" allo stesso modo la legge morale è "inviolabile e santa" poiché "scolpita nell'animo nostro"<sup>80</sup>.

Nello stesso senso si esprime anche Mario De Mauro, professore nella Regia Università di Catania ed allievo di Pessina, il quale riprendendo le tesi già sviluppate dal suo Maestro, insiste nel sottolineare come non possa concepirsi la sanzione penale se non si ritiene l'esistenza di una volontà libera alla base di tutte le azioni umane. Per De Mauro invero "la pena vera e propria non può cadere che su esseri, i quali abbiano agito con volontà intelligente e libera"<sup>81</sup>. Se ciò dovesse accadere, cioè se l'uomo fosse spinto fatalmente al delitto anche la pena inflitta sarebbe un altro delitto – conclude De Mauro – allo stesso modo di come "la società che l'inflingerebbe un altro delinquente"<sup>82</sup>.

Alle critiche dei penalisti si aggiungono quelle di filosofi del diritto come Giuseppe Cimbali, il quale, a sostegno degli oppositori della Scuola Positiva, pubblica nel 1889, nel pieno della polemica tra le due Scuole, un volume interamente dedicato alla questione del libero arbitrio intitolato appunto *La volontà umana in rapporto all'organismo naturale, sociale e giuridico*. Qui lo studioso siciliano, seguace della dottrina filosofica di Nicola Spedalieri, attacca a viso aperto quel "pestifero movimento di idee"<sup>83</sup> rappresentato da Lombroso, cioè "colui che, senza avere idea del diritto, era stato improvvisato fondatore della nuova Scuola di diritto penale"<sup>84</sup>. Cimbali propugna infatti un ritorno ad una concezione giusnaturalistica per fronteggiare l'indirizzo determinista e bio-sociologico del diritto insistendo principalmente su due fronti strettamente collegati: da un lato, sostenendo che il delitto sia una creatura astratta e artificiale del legislatore e, dall'altro, sulla "naturalità del reato" vale a dire la possibilità che qualunque uomo possa delinquere, in contrapposizione ad una visione 'patologizzante' del reo propugnata

---

<sup>80</sup> *Ivi*, p. 15.

<sup>81</sup> M. De Mauro, "La libertà del volere ed il Codice penale italiano", in AA.VV., *Pel cinquantesimo anno d'insegnamento di Enrico Pessina*, vol. II, *Studii di diritto penale*, Napoli, 1899, p. 125.

<sup>82</sup> *Ivi*, p. 120.

<sup>83</sup> G. Cimbali, "Prefazione alla seconda edizione", in Id., *La volontà umana in rapporto all'organismo naturale, sociale e giuridico*, seconda edizione riveduta e corretta, Roma, 1898, p. VII.

<sup>84</sup> *Ivi*, p. IX.

dai Positivisti che considera i delinquenti “individui più o meno disgraziati per uno stato anormale del loro organismo che li spinge al delitto fino alla prima età o non li rende abbastanza forti per resistere alle occasioni impellenti”<sup>85</sup>. A tale scopo, Cimbali richiama la dottrina dei Padri della Chiesa, secondo cui l’uomo è libero di scegliere il bene o il male e dunque responsabile delle proprie azioni in quanto, come già affermato da Gregorio Magno, “il lupo sarà sempre lupo, ma l’uomo può essere lupo ed agnello”<sup>86</sup>. Sulla base di tali argomentazioni Cimbali attacca duramente i deterministi, i cui intenti definisce senza mezzi termini ‘donchisciotteschi’ poiché riducono l’uomo a macchina o ad una bestia, non comprendendo, invece, che “la vera prova che l’uomo non è una macchina è il poter dire che, così dicendo, danno prova della vera iniziativa e della vera libertà dell’uomo”<sup>87</sup>.

#### 4. Superare l’*impasse*: la “Terza Scuola”

Già da queste brevi notazioni è facile capire come la reazione polemica degli studiosi appartenenti alla Scuola Classica nei confronti dell’*offensiva* positivista più che instaurare un fecondo dialogo abbia avuto piuttosto l’effetto di inasprire sempre più i toni ed esasperare le posizioni, sempre più antitetiche sulla questione del libero arbitrio. Forse per la durezza del confronto polemico e la sterilità dei risultati raggiunti, molti studiosi comprendono che sia ormai inutile rimanere arroccati nelle proprie inconciliabili posizioni, essendo opportuno, piuttosto, trovare una soluzione di compromesso tra le due Scuole. Per tale ragione dalle critiche alla Scuola Positiva non è nato solo un atteggiamento di rifiuto ma anche il tentativo di rinascita su nuove basi che potessero tener in debito conto anche delle istanze positivistiche. Così, alla fine della fase più acuta della polemica ovvero verso la fine dell’Ottocento e i primi anni del Novecento, alcuni giuristi cominciano ad elaborare una via d’uscita dall’*impasse* in cui sembra essersi arenata la scienza giuridica penale. Questo tentativo, visto anche come un segnale di insicurezza o incapacità da parte dei fautori del classicismo di fronteggiare le nuove istanze provenienti dalle teorie positivistiche<sup>88</sup>, porta all’abbandono delle tesi più ortodosse della Scuola Classica a favore di una maggiore apertura del diritto penale ai progressi delle scienze naturali.

---

<sup>85</sup> E. Ferri, *I nuovi orizzonti*, citato da Cimbali, *ivi*, p. 173, nota 1.

<sup>86</sup> G. Cimbali, *La volontà umana in rapporto all’organismo naturale, sociale e giuridico*, p. 54.

<sup>87</sup> *Ivi*, p. 14.

<sup>88</sup> Questa è l’opinione di U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, cit., pp. 171-182, il quale giudica negativamente questi tentativi di “compromesso”.

Su questa scia si pone la corrente degli ‘eclettici’ in cui Ugo Spirito fa rientrare anche Enrico Pessina e Luigi Lucchini, solitamente<sup>89</sup> indicati come sostenitori della Scuola Classica, ma che per il filosofo aretino si trovano in una sorta di zona grigia tra i due orientamenti, finendo con il proprio atteggiamento conciliativo col risultare infecondi e imprecisi. Questo “vuoto e astratto eclettismo” in cui si sarebbero rifugiati, secondo Spirito, “gli ultimi epigoni della scuola classica o i pavidetti assertori di un positivismo a metà”<sup>90</sup>, è dunque sinonimo di inconcludenza poiché, nonostante gli sforzi, le argomentazioni degli eclettici non solo non riescono a confutare le tesi dei positivisti ma sembrano addirittura confermarle. Il terreno franso su cui si trovano a misurarsi i giuristi è, ancora una volta, quello del dibattito sul libero arbitrio. Esemplicativa di questo atteggiamento è la critica mossa alla Scuola Positiva sia da Lucchini che da Pessina entrambi “paladini del libero arbitrio, lontani dall’approccio sociologico”<sup>91</sup>, i quali nel tentativo di confermare la validità delle tesi della Scuola Classica rimangono avviluppati nella ‘trappola positivista’, non riuscendo a trovare argomenti validi per confutare la negazione del libero arbitrio. Entrambi cercano dunque di risolvere solo superficialmente la questione sostenendo che trattandosi di un *sentimento* non solo sia impossibile schierarsi pro o contro di esso ma che sia comunque un problema ininfluenza per la scienza giuridica penale<sup>92</sup>. Tutte le critiche mosse alla Scuola positiva risultano pertanto accomunate da “un’intima ribellione alla negazione della libertà, una rivendicazione in termini energici e spesso volte non priva di *pathos* della dignità e del valore spirituale dell’uomo”<sup>93</sup>, ma che, come tale, finisce con l’essere una protesta dal significato del tutto “superficiale e sentimentale”<sup>94</sup>, poiché condotta ancora una volta in nome di un concetto tradizionale di libero arbitrio e quindi da un punto di vista che non riesce a fuoriuscire dall’impostazione data al problema dalla Scuola Positiva. Da quest’atteggiamento, visto come “debolezza” e “indeterminatezza”<sup>95</sup>

---

<sup>89</sup> Questa fama ha travalicato i confini nazionali visto che la storica americana Mary Gibson senza alcuna esitazione definisce Pessina “rispettato leader della scuola classica” (M. Gibson, *Born to Crime. Cesare Lombroso and Origins of Biological Criminology*, Westport-London, 2002; trad. it. *Nati per il crimine. Cesare Lombroso e le origini della criminologia biologica*, Milano, 2004, p. 105) e, più in generale reputa sia Pessina, sia Lucchini, diretti eredi della dottrina di Beccaria (*ivi*, p. 60).

<sup>90</sup> U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, cit., p. 172.

<sup>91</sup> M. Gibson, *Nati per il crimine*, cit., p. 60.

<sup>92</sup> U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, cit., pp. 175-177.

<sup>93</sup> *Ivi*, p. 171.

<sup>94</sup> *Ibidem*.

<sup>95</sup> *Ivi*, p. 178.

o, al contrario, come lucida presa di coscienza<sup>96</sup> della necessità di trovare una terza via tra i due fronti contrapposti irriducibili, nasce nei primi anni del Novecento la *Terza Scuola*. Appare significativo che in quel periodo alcuni tra i più illustri penalisti, tra cui Eugenio Florian, Vincenzo Manzini e Filippo Grispigni, decidono di inaugurare i propri corsi di diritto penale con discorsi improntati ad uno sguardo rivolto a future riforme e soluzioni tendenti ad armonizzare o far dialogare l'indirizzo positivista e quello liberale realistico. Lo sforzo più importante è forse quello di Bernardino Alimena<sup>97</sup>, giurista calabrese che insegna a Napoli e in seguito a Cagliari e Modena, promotore della c.d. "Scuola Critica", poi denominata, per l'inevitabile confronto con le altre due, "Terza Scuola". Non è un caso se l'opera maggiore di Alimena riguarda proprio il concetto di imputabilità e i suoi limiti a cui dedica ben tre tomi di più di cinquecento pagine ciascuno<sup>98</sup>. Il giurista cosentino, infatti, ben comprende come per cercare di andare oltre lo scontro dottrinale tra classicisti e positivisti debba intervenire su quello che costituisce il *punctum dolens* del dibattito: la questione del libero arbitrio e della responsabilità penale. È nell'introdurre la sua corposa opera che Alimena, convinto di esprimere un bisogno che tutti sentono ma che pochi manifestano "come quando, nel rumore d'una folla, s'intuisca un anelito comune"<sup>99</sup>, traccia il manifesto programmatico della terza scuola. Alimena afferma, in particolare, come di fronte all'inadeguatezza del monismo idealistico rispetto ai progressi della biologia da un lato e l'exasperazione del monismo materialistico propugnato dai positivisti, che vorrebbero sostituire i medici ai giudici dall'altro, si apre una nuova fase del diritto penale, quella del "naturalismo critico"<sup>100</sup> caratterizzata dal suo essere "positivista nel metodo" e, contemporaneamente, "essenzialmente critica nel suo contenuto, pur restando naturalista"<sup>101</sup>. Queste considerazioni, poi ribadite anche nella prolusione pronunciata il 29 novembre 1894 e intitolata non a caso "La scuola critica di diritto penale", costituiscono la base di un inedito orientamento dottrinario che si vuole porre al di là della Scuola Classica e della Scuola Positiva,

---

<sup>96</sup> M. Sbriccoli, *Il problema penale*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., tomo I, p. 676.

<sup>97</sup> La bibliografia italiana relativa alla figura e all'opera di Alimena è particolarmente esigua. Per alcune considerazioni generali, si rinvia a A. Pasquale, *Bernardino Alimena nella scienza e nella vita*, Milano, 1918 e, più recentemente, L. Sirianni, "Un incontro tra due progressisti: Pasquale Rossi e Bernardino Alimena", in T. Cornacchioli, G. Spadafora (a cura di), *Pasquale Rossi e il problema della folla. Socialismo, mezzogiorno, educazione*, Roma, 2000, pp. 317-329.

<sup>98</sup> B. Alimena, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, 3 volumi, Torino, 1894-1899.

<sup>99</sup> *Ivi*, vol. 1, p. 8.

<sup>100</sup> *Ivi*, p. 5.

<sup>101</sup> *Ibidem*.

rifondando il diritto penale a partire dalla negazione del libero arbitrio e l'affermazione della responsabilità penale, cercando così di portare a compimento, su altre basi, l'ambizioso tentativo posto in essere da Ferri in giovane età: conciliare l'imputabilità con la mancanza di libero arbitrio. Alimena è difatti fermamente convinto che "anche dopo aver negato il libero arbitrio, distingueremo sempre l'uomo, che si determina in conformità della propria indole, dall'uomo che è trascinato da una forza maggiore; nello stesso modo come noi distinguiamo, sempre, una nave o una carrozza o un'altalena, dalla terra ferma, quantunque sappiamo che la terra corra velocissima verso l'infinito"<sup>102</sup>. Perciò si può fare ben a meno del libero arbitrio che Alimena non esita a definire un fantasma o una mera illusione poiché si confonde "la libertà di volere con la libertà di fare"<sup>103</sup>, a vantaggio della valorizzazione del fattore intimidatorio della pena. Se, da un lato, si ritiene necessaria la difesa sociale propugnata dai positivisti, dall'altro, essa per la sua genericità che la pone di là dalla mera reazione al delitto comprendendo una varietà di provvedimenti ("dall'uccisione del cane idrofobo al lazzaretto per l'appestato"<sup>104</sup>) risulta insufficiente. La penalità richiede un *quid pluris* rispetto ad essa che Alimena individua nella *minaccia di un male* e la coazione psicologica che tale minaccia esercita sulla coscienza degli uomini, che costituirebbe il vero "determinante speciale della penalità"<sup>105</sup>. Qui chiaramente Alimena sembra sviluppare la *tesi dell'intimidabilità*<sup>106</sup> elaborata in quegli anni da Giovan Battista Impallomeni<sup>107</sup>, il quale ha cercato di rifondare proprio il concetto di imputabilità sganciandolo dal libero arbitrio.

Sulla stessa scia di Alimena si pone anche, Emanuele Carnevale<sup>108</sup>, penalista presso la Regia Università di Palermo nonché altro strenuo

---

<sup>102</sup> B. Alimena, *La scuola critica di diritto penale. Prolusione ad un corso di diritto e procedura penale nell'Università di Napoli, 29 novembre 1894*, Napoli, 1894, p. 28.

<sup>103</sup> B. Alimena, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, vol. 1, cit., p. 49.

<sup>104</sup> B. Alimena, *La scuola critica di diritto penale*, cit., p. 29.

<sup>105</sup> *Ivi*, p. 30.

<sup>106</sup> "La intimidabilità della maggior parte degli uomini sani e maturi di mente è dunque la proprietà psicologica che dà ragione della imputabilità; con questo, che, nello stadio della minaccia, la legge presuppone intimidabile la maggioranza degli uomini ad essa sottoposti, e nello stadio della irrogazione della pena l'azione della legge si esercita su coloro che a quella minaccia hanno resistito" (G.B. Impallomeni, *Istituzioni di diritto penale*, opera postuma curata da Vincenzo Lanza, Torino, 1908, pp. 240-241).

<sup>107</sup> Sulla figura e la bibliografia del giurista siciliano si vedano G. Pace Gravina, A. Cappuccio, "Giovan Battista Impallomeni o del coraggio del giurista", in C. Russo Ruggeri (a cura di), *Studi in onore di Antonino Metro*, vol. IV, Milano, 2010, pp. 443-467.

<sup>108</sup> Su Carnevale e la sua opera, si rinvia a M. Finzi, "Emanuele Carnevale e il problema metodologico del diritto penale", *Il Filangieri*, gennaio-febbraio 1918, pp. 1-22 ed a G. Contursi Lisi, *L'opera scientifica di Emanuele Carnevale nel diritto criminale*, Roma, 1934.

fautore della “Terza Scuola” tanto da utilizzare espressamente tale denominazione<sup>109</sup>. Il suo intento è lottare una concezione eccessivamente dogmatica del diritto penale a vantaggio di un approccio *critico* alla disciplina<sup>110</sup>. Anche il giurista siciliano, nell’elaborare le linee programmatiche di tale Scuola, si sofferma sulla spinosa questione del libero arbitrio, dalla presa d’atto che se la dottrina che nega il libero arbitrio è vecchia di parecchi secoli è anche vero che solo con gli studi dell’Antropologia criminale essa abbia avuto la prima vera “dimostrazione positiva”<sup>111</sup>. Carnevale, data per assodata l’inesistenza del libero arbitrio, precisa che occorre distinguere tra i motivi che limitano la libertà dell’uomo poiché “interni” ad esso (le “*cause organiche nel delitto*”<sup>112</sup>) da quelli “esterni” (le “*cause sociali nel delitto*”<sup>113</sup>), adottando così una visione ampia ed inedita di libero arbitrio, che sottintende una chiara volontà di apertura ad un approccio di tipo interdisciplinare. Per Carnevale occorre guardare ai frutti dati singolarmente dalle due discipline coinvolte nello studio del diritto penale da punti di vista diversi: la biologia criminale e la sociologia criminale. Tra chi vuole dare maggior rilievo alle cause organiche nella commissione di un delitto e chi, invece, vuole trovare la scaturigine dell’agire criminoso nelle cause sociali è necessario trovare un punto di contatto e mediazione; solo mettendo insieme i risultati dei due approcci si può, secondo il giurista siciliano, comprendere la vera origine del delinquere che, non potendo tradursi né in una “fatalità d’organismo”<sup>114</sup>, in quanto le cause sociali contraddirebbero le cause organiche, né in una “fatalità d’ambiente”<sup>115</sup>, poiché potrebbe avvenire l’inverso. Più condivisibile, invece, sarebbe una “fatalità psicologica”<sup>116</sup>, che è la risultante dell’adozione dei due approcci contemporaneamente e non in contrapposizione l’uno con l’altro, riuscendo così a conciliare “gli studi moderni sulla libertà del volere colla fede nel magistero educativo”<sup>117</sup>. Un simile criterio riuscirebbe, d’altro canto, a superare la critica avanzata dagli studiosi afferenti alla Scuola Classica, secondo cui alla negazione del libero arbitrio si accompagna inevitabilmente un effetto

---

<sup>109</sup> E. Carnevale, *Una terza scuola di diritto penale*, Roma, 1891.

<sup>110</sup> “La *critica penale* deve avere il significato di un esame libero: quanto alla materia, non accettando termini prestabiliti, e mettendone a nudo ogni lato, il più appariscente come il più nascosto; quanto al metodo, servendosi dell’osservazione propria e diretta, schiva da qualunque pregiudizio, sia vecchio sia nuovo, venga da amici o da avversari” (E. Carnevale, *Critica penale. Studio di filosofia giuridica*, Lipari, 1889, p. 5).

<sup>111</sup> *Ivi*, p. 115.

<sup>112</sup> *Ivi*, p. 116.

<sup>113</sup> *Ibidem*.

<sup>114</sup> *Ivi*, p. 118.

<sup>115</sup> *Ibidem*.

<sup>116</sup> *Ibidem*.

<sup>117</sup> *Ibidem*.

deresponsabilizzante nei confronti di chi delinque. Secondo Carnevale in effetti “il fatalismo criminale non annulla i limiti fra il vizio e la virtù”<sup>118</sup> e non mina l’istituto della responsabilità penale ma elimina solo il sentimento d’odio e vendetta nei confronti del reo, che sarebbe piuttosto sostituito da un ben più auspicabile sentimento di compassione: si prova non più disprezzo nei confronti del criminale quanto *pietas*. Nonostante ciò si continua a punire perché è necessario difendersi dai delitti che, seppur meno odiosi e spregevoli agli occhi della popolazione, rimangono – nell’ottica utilitaristica abbracciata da Carnevale – di per sé dannosi per la società.

## 5. Contaminazioni e sconfinamenti

Lo scontro dottrinale tra le scuole di diritto penale non interessa tuttavia solo il campo giuridico e travalica ben presto gli angusti confini disciplinari. Com’è stato osservato “le critiche rivolte alle nuove teorie della scuola positiva furono e sono tuttora innumerevoli: critiche di filosofi o di giuristi; volte ai presupposti filosofici o alle conseguenze di carattere pratico; violente, assolute, condite d’ironia e di disprezzo o equilibrate e conciliative; critiche, insomma di ogni genere e ogni parte”<sup>119</sup>.

Negli ambienti più prettamente filosofici è noto l’ostracismo dei maggiori esponenti del neo-idealismo, Benedetto Croce e Giovanni Gentile, che esprimono entrambi giudizi durissimi nei confronti di Lombroso e dei suoi seguaci. Se il giudizio di Croce è *tranchant* laddove afferma che “col Lombroso e la sua scuola [...] siamo giunti all’estremo limite, che separa l’errore decoroso da quello grossolano, che si chiama sproposito”<sup>120</sup>, ancora più virulenti sono gli attacchi inferti da Gentile il quale punta a decostruire punto dopo punto i due capisaldi della Scuola Lombrosiana: la teoria antropologica del delitto e la teoria psicopatica del genio. Il filosofo siciliano cerca appunto di metterne in evidenza errori e contraddizioni, affermando come per i positivisti la libertà diviene un’illusione destinata a svanire o un mito e “il canto del poeta è il guaito di un cane pesto, anzi di un animale-macchina, alla cartesiana; l’estro del genio, l’irritazione dei lobi frontali”<sup>121</sup>. In entrambi i casi gli strali della sua critica si appuntano proprio contro la negazione del libero arbitrio e,

---

<sup>118</sup> *Ivi*, p. 119.

<sup>119</sup> U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, cit., p. 171.

<sup>120</sup> B. Croce, *Estetica come scienza dell’espressione e linguistica generale. Teoria e storia*, Bari, 1908<sup>3</sup>, p. 462.

<sup>121</sup> G. Gentile, “Le origini della filosofia contemporanea in Italia”, vol. II, “I positivisti”, in *Id.*, *Opere*, Tomo XXXII, Firenze, 1957, p. 167.

più in generale, del concetto stesso di libertà dell'uomo derivanti da una costruzione semplicisticamente materialistica elaborata da Moleschott che, essendo così affascinante e convincente per un medico, aveva ben presto conquistato "il buon Lombroso"<sup>122</sup>. Proprio quanto sostenuto da Moleschott sulla volontà umana come "l'espressione necessaria di una particolare condizione del cervello, occasionata da influenze esterne"<sup>123</sup>, secondo Gentile, avrebbe portato Lombroso a teorizzare (erroneamente) che anche il delitto, alla stregua di qualunque altra azione umana, non è nient'altro che un fenomeno della natura, e come tale soggetto alla dura legge di causalità: "dalla delinquenza e dalla pazzia, ossia dalle forme infime della spiritualità, al genio, forma suprema, l'attività dello spirito viene ridotta ad un giuoco di molecole, tutta avvinta a una stessa catena"<sup>124</sup>. Gentile rimprovera a Lombroso di aver ignorato che è lo spirito dell'uomo a delinquere e non il suo corpo, così come se lo spirito agli occhi del naturalista sparisce anche la libertà diventa un assurdo. Su tale punto Gentile si rivolge causticamente a Ferri, 'reo' più di chiunque altro seguace della Scuola Positiva, di aver cercato invano di disconoscere l'esistenza della libertà dell'uomo: "ed ecco l'ansimare del povero Ferri sulle peste del vecchio libero arbitrio, per giungerlo e dargli il colpo mortale, senza sapere che quel vecchio libero arbitrio è morto da un pezzo, e dalle sue ceneri è nata la libertà"<sup>125</sup>.

Queste prese di posizioni sono sintomatiche dell'intero clima culturale che caratterizza la fase terminale del dibattito dottrinale tra le scuole di diritto penale che si consuma sul delicato crinale tra Otto e Novecento. Come una distesa desolata in cui si è appena consumato un combattimento senza esclusione di colpi la dialettica che ha interessato la scienza giuridica penalistica non ha visto né vincitori né vinti. Le macerie rimaste in campo avrebbero però poi costituito terreno fertile per l'avvio di una nuova stagione della penalistica, quella del tecnicismo giuridico<sup>126</sup>

---

<sup>122</sup> *Ivi*, p. 161.

<sup>123</sup> *Ivi*, p. 162.

<sup>124</sup> *Ivi*, p. 164.

<sup>125</sup> *Ivi*, p. 167.

<sup>126</sup> Tradizionalmente si ritiene che il punto di avvio di tale indirizzo in Italia coincida con la nota prolusione sassarese di A. Rocco, "Il problema e il metodo della scienza del diritto penale", *Rivista di diritto e procedura penale*, 1, 1910, pp. 497-521 e 561-582 in cui Arturo Rocco parte proprio dal presupposto che sia necessario disfarsi dell'eredità della Scuola Positiva fondata da Cesare Lombroso, rea di aver 'contaminato' la 'purezza' del diritto, attraverso l'interferenza di altre discipline. Il suo dichiarato intento è adottare la dottrina tecnico-giuridica del diritto penale, l'unica ai suoi occhi in grado di andare oltre l'aspro dibattito sull'imputabilità tra Scuola Classica e Scuola Positiva che avevano monopolizzato il campo penale degli ultimi trent'anni. Sull'apporto dei fratelli Arturo e Alfredo Rocco alla scienza giuridica novecentesca nonché sul reale lascito della Scuola Positiva nel 'diritto penale fascista' si rinvia a E. Musumeci, "The Positivist School of Criminology and The Italian Fascist Criminal Law. A Squandered Legacy?" in S. Skinner (ed), *Fascism and Criminal Law: History, Theory, Continuity*,

che di lì a poco avrebbe ancora una volta trasfigurato la scienza giuridica, prima che la stessa si piegasse a diventare irrimediabilmente “diritto del duce”<sup>127</sup>.

---

Oxford-Portland, 2015, pp. 35-58. Più specificamente su Alfredo Rocco si vedano almeno P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, 2000, pp. 92-93 e 155-163; P. Costa, “Alfredo Rocco” (voce), in I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletta (a cura di), *Dizionario biografico dei giuristi italiani* cit., pp. 1701-1704; M. Sbriccoli, “Alfredo Rocco”, in V. de Grazia, S. Luzzatto (a cura di), *Dizionario del fascismo*, Torino, 2005, II, pp. 533-538 nonché da ultimo G. Chiodi, “Alfredo Rocco e il fascino dello Stato totale”, in I. Birocchi, L. Loschiavo (a cura di), *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma, 2015, pp. 103-127. Quanto ad Arturo Rocco si rinvia invece a A. De Marsico, “Arturo Rocco”, *Annali di diritto e procedura penale*, 1942, pp. 469-481; G. Maggiore, “Arturo Rocco e il metodo 'tecnico-giuridico'”, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, 2 voll., Milano, 1952, pp. 1-18 e, più recentemente L. Garlati, “Arturo Rocco inconsapevole antesignano del fascismo nell’Italia liberale”, in I. Birocchi, L. Loschiavo (a cura di), *I giuristi e il fascino del regime*, cit., pp. 191-213 e L. Garlati, M.N. Miletta, “Rocco Arturo” in I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletta (a cura di), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., pp. 1704-1708.

<sup>127</sup> Si prende qui in prestito l’efficace titolo di uno dei volumi collettanei che si sono interessati del diritto durante il regime fascista, L. Lacché (a cura di), *Il diritto del duce. Giustizia e repressione nell’Italia fascista*, Roma, 2015. Tra gli altri recenti studi si segnalano S. Skinner (ed), *Fascism and Criminal Law: History, Theory, Continuity*, cit. e, in maniera specifica sugli elementi di continuità e discontinuità tra regime e repubblica, G. Focardi, C. Nubola (a cura di), *Nei tribunali. Pratiche e protagonisti della giustizia di transizione nell’Italia repubblicana*, Bologna, 2016 nonché l’accurata nota critica M.N. Miletta, “Giustizia penale e identità nazionale”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 45, 2016, pp. 683-705.