

L'eredità francesco-gentiliana per il penalista contemporaneo

Gabriele Civello

ABSTRACT

L'Autore esamina il pensiero di Francesco Gentile (1936-2009), filosofo del diritto nell'Università patavina, ponendo in luce alcuni "messaggi" che il pensatore invia al penalista contemporaneo, in relazione ai quattro versanti fondamentali del diritto penale, ossia la legalità, la teoria del reato, la teoria del reo e quella della pena. La costante che accompagna la gius-filosofia gentiliana è rappresentata dal richiamo al pensiero classico di matrice realistica, nella sequela del padre Marino Gentile e della scuola della c.d. "esperienza giuridica", il che determina alcune importanti conseguenze teorico-generalistiche nell'ambito del reato e della pena.

The author examines the thought of Francesco Gentile (1936-2009), philosopher of law at Padua University. The work analyses the legacy Professor Gentile has left to the contemporary Criminal Law scholars, especially in relation to the fundamental aspects of Criminal Law science, namely the principle of le-

gality, the general theory of crime and the theory of punishment. The constant of Gentile's academic and scientific career is the reference to the classical philosophy, following the father (Marino Gentile) and the Italian School of the so-called "esperienza giuridica", which determines some important consequences in the context of crime and punishment.

PAROLE CHIAVE

FRANCESCO GENTILE; DIRITTO PENALE;
REATO; LEGGE; LEGALITÀ; PENA;
REALISMO; ESPERIENZA GIURIDICA.

KEYWORDS

FRANCESCO GENTILE; CRIMINAL LAW;
OFFENCE/CRIME; LAW; LEGALITY;
PUNISHMENT; REALISM; LEGAL EXPERIENCE.

*«L'abito della giustizia è relativo,
non si ha a che fare con la giustizia assoluta,
perché la giustizia è sempre all'interno
di una relazione fra persone.
Eppure la giustizia non può mai essere relativistica,
perché può essere esercitata
soltanto a condizione di essere aperti
al rivelarsi della verità».*
F. GENTILE, *Filosofia del diritto*.
Le lezioni del XL anno raccolte dagli allievi, pag. 149.

SOMMARIO: 1. CONSIDERAZIONI
INTRODUTTIVE. 2. TEORIA DELLA LEGGE PENALE.

3. TEORIA DEL REO E DEL REATO. 4. TEORIA DELLA
PENA

1.
Considerazioni introduttive. – Nell'opera e
nel magistero di Francesco Gentile¹ (1936-

¹ Ho avuto il privilegio di assistere al magistero del professor Gentile dal 2000 al 2009, anno della sua prematura scomparsa, e cioè – come Egli amava sempre ricordare – dal 779° al 787° anno accademico dell'università patavina; da ultimo, ebbi l'onore di

2009) convergono almeno due importanti filoni di pensiero²: la scuola filosofica del padre Marino³ (1906-1991), docente di filosofia teoretica e storia della filosofia presso le università di Trieste e – dal '53 – di Padova, nonché la filosofia della c.d. “esperienza giuridica” di Enrico Opocher⁴ (1914-2004), maestro diretto di Gentile, che presso il medesimo ateneo patavino tenne – dal '48 – la cattedra che era stata di Adolfo Ravà e Giuseppe Capograssi⁵.

Da queste due fertili radici Gentile trasse una propria gius-filosofia che, pur essendo fondamentalmente “classica” – e, in misura prevalente, platonica – assunse contenuti e modalità espressive del tutto originali: pensiamo solo al concetto di “geometria legale”⁶, in cui egli collocò i pensatori politici – da Marsi-

collaborare alla raccolta e trascrizione degli appunti, poi confluiti in F. Gentile, *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova, 2006, oggi nella collana *I quaderni* (Napoli, 2017); ogni citazione del testo sarà tratta, per uniformità, dalla prima edizione del 2006.

2 Cfr. E. Ancona, *Alle fonti della concezione dell'esperienza giuridica nel pensiero di Francesco Gentile. La nozione di esperienza in Giuseppe Capograssi, Marino Gentile ed Enrico Opocher*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, 2015, 1, pp. 91 ss.

3 La produzione marino-gentiliana è sconfinata; per ragioni di sintesi, trattandosi peraltro di un testo di estrema chiarezza e fruibilità, richiamiamo qui M. Gentile, *Breve trattato di filosofia*, Padova, 1974, *passim*, testo che peraltro il figlio Francesco più volte cita e rievoca nei propri scritti, dimostrando di dividerne l'impostazione metafisico-problematica. Sulla figura di Marino Gentile, rinviamo fra tutti a E. Berti (a cura di), *Marino Gentile nella filosofia del Novecento*, Napoli, 2003, *passim*.

4 Si veda, fra tutti, E. Opocher, voce *Esperienza giuridica*, in “Enciclopedia del diritto”, Milano, 1966, pp. 735 ss.; cfr. F. Gentile, *Ricordo di Enrico Opocher*, Istituto di Scienze, Lettere ed Arti, Venezia, 2006; Id., *Legalità Giustizia Giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*, Napoli, 2008, pp. 29 ss., anche in nota. Sul tema, è fondamentale la lettura di F.A. Lamas, *Experiencia jurídica*, Buenos Aires, 1991, *passim*.

5 Per un ricordo di Francesco Gentile e della sua vita terrena, cfr. F. Todescan, *Francesco Vittore Gentile (1936-2009). In memoriam*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, 2010, 1, pp. 137 ss.; nonché F.A. Lamas, *In memoriam. Francesco Gentile en la Argentina*, www.lircocervo.it/index/?p=902, consultato l'8/05/2019.

6 Da ultimo, cfr. *La navigazione nell'arcipelago delle geometrie legali* (a cura di A. Berardi), in F. Gentile, *Filosofia del diritto*, cit., pp. 23 ss.

lio da Padova a Hans Kelsen – accomunati da un medesimo approccio che Gentile chiamava “convenzionale ed operativo”, al quale egli contrappose sempre il proprio afflato autenticamente *dialettico e problematico*⁷ (quello della c.d. “intelligenza politica”); o pensiamo, ancora, alla nozione di “virtualità”⁸, contrapposta alla “realtà giuridica” di cui l'insigne Autore si fece da sempre investigatore.

Nel corso della sua esistenza e fino alla prematura scomparsa, Francesco Gentile, pur combattendo strenuamente ogni forma di normativismo e positivismo giuridico, coltivò in modo altrettanto costante il rapporto tra la filosofia del diritto e le materie positive, nella più profonda convinzione che una gius-filosofia la quale si rinchioda nella propria *turris eburnea* è destinata ben presto ad “avvizzire”, senza lasciare segno alcuno all'interno delle discipline giuridiche di applicazione (anche) operativa e pratica. Da ciò nacquero le plurime iniziative promosse da Gentile nell'ottica di una costante sinergia interdisciplinare, come ad esempio il “Corso di applicazione forense in preparazione degli esami di avvocato”⁹, nonché gli incontri calabresi dell'*Ircocervo* su “Teoria e prassi alle radici dell'esperienza giuridica”, in occasione dei quali un folto gruppo di filosofi del diritto si raccoglieva attorno a un insigne giurista di diritto positivo di volta in volta individuato, al fine di apprenderne l'esperienza, la ricerca e il “messaggio” fondamentale¹⁰.

Quest'ultima iniziativa, in particolare, si tenne per cinque fervide edizioni, tra il 1984 e il 1988, nel corso delle quali vennero invitati

7 Sul concetto di “problema”, cfr. F. Gentile, *Filosofia del diritto*, cit., pp. 3 ss.

8 F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Padova, 2000, *passim*; cfr. anche l'edizione spagnola *El ordenamiento jurídico, entre la virtualidad y la realidad*, Madrid, 2001, *passim*.

9 Giova rammentare che Francesco Gentile, soprattutto negli ultimi decenni di insegnamento, invitava tutti i suoi allievi e dottorandi a svolgere anche la pratica professionale e a sostenere l'esame di Stato per la professione forense, ritenendo che ciò costituisse un vero arricchimento per la preparazione dell'allievo, e non già una forma di *deminutio* rispetto all'impegno scientifico e accademico.

10 Cfr. F. Gentile, *Legalità Giustizia Giustificazione*, cit., pp. 41 ss.

pensatori del calibro di Pietro Perlingieri, Pietro Giuseppe Grasso, Pietro Ziccardi, Massimo Severo Giannini ed Elio Fazzalari, con dibattiti sul diritto civile, costituzionale, internazionale, amministrativo e processuale. A causa dell'interruzione di tale ambizioso progetto, tuttavia, non fu possibile estendere pienamente alla materia penale i lavori dell'*Ircocervo* e, a quanto consti, Gentile non chiarì mai, quanto meno *expressis verbis* e in modo compiuto, quali fossero le "influenze" che le sue idee gius-filosofiche erano destinate a produrre in seno alla scienza del delitto¹¹.

Alla luce di ciò, a dieci anni dalla scomparsa dell'insigne Autore padovano, sembra utile ripercorrere – seppur in modo cursorio – le tappe fondamentali del suo pensiero, al fine di illuminare il lascito teorico-generale che Egli affida al penalista contemporaneo.

2.

Teoria della legge penale. – Il primo versante che ci proponiamo di esaminare è quello della legge penale e del principio di legalità: Gentile non se ne occupò specificamente ma, come si diceva pocanzi, ci proponiamo ora di calare le sue riflessioni gius-filosofiche all'interno della materia penale, al fine di dedurne i possibili corollari.

Come sappiamo, durante gli oltre quarant'anni di ricerca filosofico-politica, Gentile condusse in modo costante e quasi martellante la battaglia contro il positivismo giuridico e il normativismo di matrice kelseniana: non si trattò, a ben vedere, di un ribaltamento ideologico di tali correnti di pensiero allora dominanti, bensì di un procedimento confutatorio

11 Meritano, però, di essere senz'altro ricordati gli studi penalistici condotti, nella sequela del maestro, da alcuni eccellenti allievi di Gentile, fra i quali: G. Marini, *Giuseppe Maggiore, L'interferenza di filosofia e diritto*, Napoli, 1983; Id., *Giuseppe Bettioli. Diritto penale come filosofia*, Napoli, 1985; A. Berardi, Vincenzo Manzini. *Del metodo giuridico*, Napoli, 2003; Id., *Il diritto e il terrore. Alle radici teoriche della "finalità di terrorismo"*, Padova, 2008; G. Caruso, *Delitti di schiavitù e dignità umana nella riforma degli artt. 600, 601 e 602 del Codice Penale*, Padova, 2005; da ultimo, A. Berardi, *Il soggettivismo politico della giurisprudenza: la giustizia politicizzata di Francesco Gentile, trent'anni dopo*, in F. Gentile, *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Napoli, 2017, pp. 321 ss.

(ἔλεγχος) molto più solido e perspicace, consistente nell'"introdursi" all'interno delle medesime e nello sconfessarle *dall'interno*, mettendo cioè in luce le aporie che ne minavano alla radice il fondamento¹².

Anzitutto, si trattava di mettere sotto scacco la stessa idea moderna di sovranità, dimostrando come la nozione di "pubblico" non sia altro che l'altra faccia del "privato" o, meglio, rappresenti una figura di "privato" che si erge unilateralmente sugli altri soggetti (altrettanto "privati") assumendo la maschera convenzionale del "pubblico" (cfr. *Il privato e il pubblico*¹³; *Il partigiano divino*¹⁴; *Res publica*¹⁵): la critica gentiliana, dunque, non era certo al concetto di "sovrano" *tout court* – vale a dire all'idea di autorità come snodo cruciale dell'ordinamento politico, ché ciò integrerebbe una forma di anarchismo che Gentile non sostenne mai –, bensì al concetto *moderno* di sovranità, intesa come la sovrapposizione "meccanica" (cioè *per arte* e non *per natura*) di un soggetto politico *legibus solutus*¹⁶ rispetto alla comunità naturale tra uomini¹⁷, con la riduzione della *politica* a mera *statistica* (si veda, sul punto, il "Libro alessandrino", come l'Autore era solito chiamare il testo *Politica aut/et statistica*, dal colore della sua copertina) e il prevalere del *regime* sulla *comunità*¹⁸.

In questa prospettiva, il dogma da mettere in discussione era, *in primis*, quello del volontarismo giuridico e dunque, anzitutto, l'idea contrattualistica per la quale l'ordinamento politico troverebbe genesi e fondamento nel c.d.

12 Da ultimo, cfr. *In rotta verso l'arcipelago delle aporie e La navigazione nell'arcipelago delle aporie* (a cura di G. Ferasin), in F. Gentile, *Filosofia del diritto*, cit., pp. 97 ss. e 115 ss.

13 F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, II ed., Milano, 1984, pp. 9 ss.; Id., *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento politico*, Milano, 2003, pp. 67 ss.

14 F. Gentile, *Intelligenza politica*, cit., pp. 97 ss.

15 F. Gentile, *Politica aut/et statistica*, cit., pp. 211 ss.

16 Celebre, e più volte richiamata da Gentile, la definizione che Bodin dà del sovrano, inteso come «[colui che] nulla riceve dagli altri... e non dipende che dalla sua spada» (*Six livres de la République*).

17 F. Gentile, *Intelligenza politica*, cit., pp. 3 ss.; Id., *Politica aut/et statistica*, cit., pp. 43 ss.

18 F. Gentile, *Intelligenza politica*, cit., pp. 137 ss.

“contratto sociale” fra individui, un accordo nel quale l’uomo dello stato di natura si sdoppierebbe schizofrenicamente, assumendo al contempo le vesti di cittadino e poi anche, in certi casi, di sovrano¹⁹. Una volta postulata una tale genesi negoziale del sistema sociale, risultava poi del tutto fisiologico – se non addirittura necessitato – il ritenere che il sistema medesimo, dopo siffatta fondazione, possa continuare ad operare solo “a colpi di volontà”, e cioè quale vettore di una risoluzione unilaterale che s’imponga con la forza rispetto alle altre volontà particolari e, per così dire, recessive. Medesime considerazioni valgono in merito al concetto di “violenza”, poiché, se l’uomo pre-politico viene postulato come un *lupus* i cui soli registri comunicativi sono la frode e la violenza, a questo punto anche la creazione e il funzionamento dell’ordinamento politico non possono che assumere le vesti di una frode e, persino, d’una violenza istituzionalizzata e, per così dire, “proceduralizzata” (cfr. *La ‘violenza’ delle istituzioni*²⁰).

Da tali premesse generali Francesco Gentile ricava una serie di “corollari” come la critica all’*utopismo* politico, visto come una forma di ribaltamento pregiudiziale dello *status quo* in vista del perseguimento di (nuove) finalità di controllo sociale²¹; alla riduzione del *governo* politico a mera *amministrazione*, ove le persone e le relazioni intersoggettive vengono trattate come fossero cose o merci da gestire “a tavolino”²²; alle *ideologie* di ogni genere – reazionarie o progressiste – intese come l’aspirazione di applicare il metodo scientifico allo studio dell’uomo e della sua attività intellettuale, con la relativa pretesa razionalistica che

la scienza costituisca la forma più alta di sapere umano, destinata a far tacere per sempre ogni residua filosofia²³; infine, al *formalismo* giuridico che soffoca la realtà sostanziale del diritto nei mille rivoli delle procedure e dei protocolli di matrice convenzionale e operativa (cfr. *Il gioco della macchina politica*²⁴).

Per venire alle teorie gius-filosofiche della contemporaneità, il percorso francesco-gentiliano si confronta e culmina con la più importante concezione gius-politica del secolo 20°, vale a dire il normativismo kelseniano, posto da Gentile all’apice di quella tradizione “geometrica” (cioè, al contempo, materialistica e immanentistica) che parte da Marsilio da Padova e, attraverso Hobbes, il giusnaturalismo razionalistico moderno, l’illuminismo giuridico e il positivismo ottocentesco, giunge sino all’attualità. Anche in questo caso, il punto non è tanto, per l’Autore patavino, criticare apoditticamente il normativismo al fine di rovesciarlo e di sostituirlo con una nuova forma di gius-naturalismo “dal basso”, quanto il dimostrare che la geometria legale è intrinsecamente destinata ad auto-confutarsi nei suoi stessi postulati teorici: infatti, pur partendo da premesse di anòdina purezza e di indifferentismo metafisico-assiologico (il «*non tentar l’essenze*» di galileiana memoria, che giunge indisturbato sino alla *Weltanschauung* neo-kantiana), i normativisti finiscono per giungere a un sistema di pensiero che, per reggersi, ha la necessità di postulare pur sempre un’idea di giustizia “naturale” e pre-normativa, quantomeno laddove l’ordinamento giuridico positivo, per mantenersi valido ed efficace, ha la necessità di ipotizzare l’esistenza, in capo ai cittadini, di una spontanea tensione all’obbedienza e al rispetto delle regole (aspetto che rileverà più oltre nella nostra disamina sulla teoria del reo e del reato)²⁵. Simili argomenti vengono spesi

19 Come sappiamo, l’idea proto-contrattualistica era già diffusa nel mondo antico, soprattutto nelle scuole di pensiero che oggi chiameremmo “relativistiche” (come quella dei Sofisti); già in Aristotele, peraltro, viene criticata l’idea che la *polis* possa avere genesi in un mero accordo finalizzato ad evitare danni reciproci o a favorire scambi commerciali (Aristotele, *Politica*, 1280a ss., 1276a 20 ss., 1303b ss., 1326 a-b).

20 F. Gentile, *Intelligenza politica*, cit., pp. 127 ss.; Id., *Politica aut/et statistica*, cit., pp. 100 ss.

21 F. Gentile, *Intelligenza politica*, cit., pp. 107 ss.; Id., *Filosofia del diritto*, cit., pp. 153 ss.

22 F. Gentile, *Intelligenza politica*, cit., pp. 121 ss.; cfr. Id., *Politica aut/et statistica*, cit., pp. 85 ss.

23 F. Gentile, *Intelligenza politica*, cit., pp. 121 ss.; Id., *Filosofia del diritto*, cit., pp. 155 ss. Sull’ideologia, cfr. anche E. Opocher, *Il diritto senza verità*, in *Scritti in onore di F. Carnelutti*, Padova, 1950, I, spec. pp. 184-185.

24 F. Gentile, *Intelligenza politica*, cit., pp. 25 ss.; Id., *Politica aut/et statistica*, cit., pp. 107 ss.

25 Cfr. *L’ambiguità della ‘Grundnorm’*, in F. Gentile, *Intelligenza politica*, cit., pp. 147 ss.; Id., *Politica aut/et statistica*, cit., pp. 171 ss.

dal Nostro in relazione alla presunta alternativa al normativismo, costituita dall'istituzionalismo di Santi Romano²⁶.

Il punto fondamentale da mettere allora in luce, ai fini della nostra breve disamina, è che la critica gentiliana al legalismo moderno e contemporaneo non comporta un attacco radicale all'idea di legge *tout court*, ma solo una confutazione dialettica e problematica – e cioè “dall'interno”, e non apodittica od estrinseca – dei diffusi atteggiamenti di acritica idolatria nei confronti della legge positiva²⁷, intesa come “voce celeste”²⁸ e “panacea” di tutti i mali, di per ciò solo idonea a garantire il fondamento e il funzionamento della “macchina politica”. In buona sostanza, si tratta per Gentile di mettere in luce che la legge del sovrano soggiace pur sempre a canoni naturali e pre-normativi di giustizia, di proporzione e di armonia, i quali legano il piano politico a quello “ontologico-metafisico”, vincolandolo ad una sorta di “principio di realtà”; e che non tutto il diritto è “legge”²⁹, in quanto la materia giuridica consta di gangli e aspetti veritativi³⁰ – primo fra tutti quello della natura dell'uomo e della comunità naturale fra uomini³¹ – che prescindono da una

26 F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., pp. 16 ss.

27 In F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 56, si parla del «rovesciamento del mito illuministico della “maestà della legge”».

28 La definizione è rousseauiana: cfr., da ultimo, F. Gentile, *Legalità Giustizia Giustificazione*, cit., p. 55.

29 Cfr. Cicerone, *De legibus*, I, 16-17: «La disciplina giuridica non si ricava dagli editti del potere, come anche oggi molti ritengono, e neppure dalle Dodici Tavole, come ritenevano gli antichi, ma dai supremi principi della filosofia» (cit. in F. Gentile, *Legalità Giustizia Giustificazione*, cit., p. 64).

30 Qui Gentile rinnova il monito del maestro Opocher al recupero di un “diritto di verità”, contro la tendenza contemporanea a un “diritto senza verità”, avente carattere meramente strumentale e volontaristico (cfr. E. Opocher, *Il diritto senza verità*, cit., pp. 181 e ss.); cfr. anche Platone, *Minosse*, 315a: «La legge non è semplice deliberazione, bensì scoperta di ciò che è (τοῦ ὄντος ἐξέυρεσις)».

31 Infatti, come ben dice lo Stagirita, «la politica non fa gli uomini, ma ne fa uso prendendoli come sono in natura» (Aristotele, *Politica*, 1258a 20; cfr. 1333a 37); per tale motivo, «l'uomo politico deve conoscere in qualche modo ciò che riguarda l'anima» (Aristotele, *Etica*

volontà unilaterale che li “crei” o li imponga in modo autoritativo.

Per tali motivi, l'errore più grossolano che si potrebbe compiere è quello di ritenere che il nucleo del pensiero politico francesco-gentiliano consista nel superamento della legge e nell'individuazione di nuovi strumenti di regolazione della comunità: tale asserto, invero, contrasterebbe con quello che potremmo definire il “secondo versante”, altrettanto essenziale, della ricerca gentiliana sul tema della legge e, più in generale, della sovranità.

Infatti, a fronte dell'idea anarchica secondo cui l'umanità non sarebbe altro che una giustapposizione di monadi auto-gestite e operanti in modo unilaterale, e – diametralmente – all'idea “geometrica” che pretende di unificare la moltitudine di uomini sotto l'ombrello convenzionale ed operativo della sovranità di matrice volontaristica, Gentile propone una sorta di *terza via*: il recupero di un paradigma classico di matrice dialettica (cfr. *La politica come giusta misura*), vale a dire la «buona regola secondo la quale, di fronte a cose aventi tra loro alcunché di comune non bisogna smettere di esaminarle prima d'aver distinto, nell'ambito di quella comunità, tutte le differenze che costituiscono la specie; e d'altra parte, di fronte alle differenze di ogni sorta che si possono percepire in una moltitudine, non bisogna scoraggiarsi e distogliersene prima d'aver compreso, in una sola somiglianza, tutti i tratti di parentela che esse nascondono e di averli raccolti nell'essenza di un genere»³².

La dialettica politica, per il nostro Autore, dunque, non è altro che la via “comunitaria” per recepire *in iure* una verità ontologica fondamentale: il reale non è né solo *uno* (come vorrebbe un rigido monismo che da Parmenide³³ giunge ad un certo neo-platonismo, sino al nostro Emanuele Severino e trova eminente

Nicomachea, 1102a 15). Cfr. F. Gentile, *Filosofia del diritto*, cit., p. 147: «Non è possibile dire su quale fondamento si radichi la pretesa del “suo di ciascuno”, e quindi il dovere di giustizia, qualora non si abbia una concezione della natura personale dell'uomo».

32 Si tratta della citazione dal *Politico* di Platone, contenuta *inter alia* in F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 33.

33 F. Gentile, *Intelligenza politica*, cit., p. 45.

espressione nella *reductio ad unum* dei geometri politici³⁴) né solo *molti* (come pretendono di sostenere i pluralisti di ogni tempo, dagli antichi Sofisti agli atomisti, dagli epicurei agli scettici, sino a Nietzsche e ai relativisti contemporanei), ma è al contempo *uno e molti*, secondo relazioni di progressiva identificazione, differenziazione e analogia, e sempre considerando che “uno” – al pari di “ente” – si dice in molti modi e molte accezioni (πολλαχῶς), nel che risiede il più prezioso lascito metafisico della dottrina platonico-aristotelica dell’essere.

Peraltro, secondo l’insegnamento aristotelico, posto che la politica non è altro che la branca “civile” della filosofia pratica, in essa non è possibile raggiungere un grado di certezza matematica (μαθηματικῶς³⁵), ma solo una conoscenza che si serve di argomenti di natura topica e “prudenziale”: ciò consente a Francesco Gentile di scongiurare entrambi gli eccessi opposti, vale a dire la pretesa geometrica di “incasellare” il ragionamento politico all’interno di griglie matematizzanti e quantitative, ma anche l’opposta deriva verso un irrazionalismo civile, anticamera del nichilismo giuridico più vorace.

Ecco, dunque, che la legge – al netto di quelle incrostazioni normativistiche e positivistiche che il Nostro ha avuto cura di individuare e rimuovere – rappresenta pur sempre lo strumento³⁶ per il *riconoscimento umano del bene comune*, che per Gentile significa al contempo il *riconoscimento in comune del bene* e, dunque, della pace sociale³⁷: così come, nella filosofia “generale”, la dialettica consente di conoscere il diverso nel comune e il comune

34 Cfr., ad es., il “monismo politico” di Marsilio da Padova, in F. Gentile, *Intelligenza politica*, cit., pp. 104 ss.; v. anche pp. 164 ss., 194 ss. Inoltre, per la critica all’“unitarismo” del positivismo giuridico, cfr. F. Gentile, *Legalità Giustizia Giustificazione*, cit., pp. 35 ss.

35 Aristotele, *Metafisica*, 995a 6 ss.; cfr. anche *De anima*, 402a; *Etica Nicomachea*, 1094b 10-15, 22-27.

36 F. Gentile, *Legalità Giustizia Giustificazione*, cit., pp. 79-80: «La legge non è l’ordine e neppure la fonte dell’ordine, ma uno strumento utile ad individuare le modalità dell’ordinamento delle relazioni intersoggettive a muovere dal caso e, specificamente, è lo strumento principale per la traduzione del conflitto in controversia».

37 Cfr. Aristotele, *Politica*, 1262b.

nel diverso, all’interno della comunità politica la legge dello Stato consente di far dialogare in modo costruttivo e armonico le istanze potenzialmente disgregatrici dei singoli e le istanze “agglutinanti” e potenzialmente totalitarie del tutto civile, secondo la virtù al contempo etica e dianoetica della intelligenza politica (cfr. *Il diverso e il comune*³⁸); laddove, si badi, il procedimento “unificante” di cui consta la dialettica platonica segue pur sempre fedelmente le pieghe oggettive della realtà e, dunque, non va confuso con la *reductio ad unum* volontaristico-convenzionale dei geometri del diritto³⁹.

Se desideriamo allora trarre le dovute conclusioni e addentrarci nella materia della legalità penale, possiamo senza dubbio ricorrere al parallelo gentiliano fra *concetto* e *precetto*⁴⁰: così «come il concetto, con la sua fissità interlocutoria, costituisce un principio regolatore della conoscenza umana, nel senso che l’uomo, mediante il concetto, o meglio mediante la rete dei concetti, in cui si unificano le precedenti esperienze, si apre ad esperienze nuove, così il precetto, con la sua fissità interlocutoria, esercita la funzione di modello per l’azione umana, nel senso che l’uomo trova nel precetto, o me-

38 F. Gentile, *Intelligenza politica*, cit., pp. 43 ss.

39 F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., pp. 9 ss., 13 ss. Una tale concezione “realistica” della dialettica politica comporta un corollario immediato, vale a dire il principio di c.d. “sussidiarietà”: se la legge, infatti, rappresenta uno strumento di comunicazione intersoggettiva che consente di “unificare dialetticamente” il molteplice dell’esperienza giuridica, essa è legittimata a intervenire solo laddove tale comunicazione non si riesca a perseguire autonomamente con modalità extra-legali e, per così dire, meno “coattive” ed “invasive” (si pensi, ad esempio, alle dinamiche intra-familiari o alle attività dei corpi intermedi) (F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., pp. 45 ss., 63; Id., *Politica aut/et statistica*, cit., pp. 220 ss.). Il principio di sussidiarietà, peraltro, ha radici platoniche, come possiamo leggere in Platone, *Leggi*, 784e – 785a: «Dove la maggior parte delle persone si comporti in maniera moderata, intorno a questa materia non si stabiliscano delle leggi, e si mantenga il silenzio; se invece regni l’indisciplina, si stabiliscano delle leggi» (cfr. anche 843e).

40 Cfr. l’antecedente in F. Gentile, *Intelligenza politica*, cit., pp. 46 ss.; da ultimo, Id., *Filosofia del diritto*, cit., pp. 218 ss. Per alcune considerazioni critiche, cfr. G. Letelier Widow, *El problema de la autonomía en la obra de Francesco Gentile: una propuesta tomista de respuesta*, www.lircocervo.it/index/?p=1794, consultato l’8/05/2019.

glio nella rete di precetti, in cui si sono raccolti i tratti qualificanti di un rapporto, le indicazioni utili per disporsi alla relazione con gli altri»⁴¹.

Detta *in criminalibus*: è pur vero che l'essenza o causa formale del delitto è la lesione del bene comune, e che causa finale della pena è il ristabilimento del bene della relazionalità compromesso dal reato; ma è altrettanto vero che tale procedimento di "lesione vs. ripristino", affinché non si tramuti in uno strumento di prevaricazione e di arbitrio, dev'essere pur sempre convogliato nell'alveo della legge posta dalla legittima autorità politica, legge che – nella sua "fissità interlocutoria", per usare il lessico gentiliano – è vocata per sua natura a *dicere* quali siano le modalità più opportune per il perseguimento del bene comune⁴². E invero: un ipotetico ordinamento giuridico senza legge sarebbe come una piovra senza testa, una scienza senza concetti, vale a dire uno strumento soggetto a continue fluttuazioni e incertezze⁴³,

41 F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., pp. 58-59.

42 Aristotele, *Retorica*, 1354a-b: «Leggi formulate correttamente dovrebbero sempre definire, per quanto possibile, tutti i casi, e lasciare quanto meno possibile al libero apprezzamento dei giudici, in primo luogo perché uno o pochi uomini assennati e in grado di legiferare e giudicare sono più facili a trovarsi che non molti; in secondo luogo le legislazioni sono il risultato di riflessioni protratte nel tempo, mentre le sentenze vengono emesse in via estemporanea e sul momento, e di conseguenza è difficile che i giudici possano stabilire correttamente ciò che è giusto e opportuno. Tra tutte, però, la ragione più importante è il fatto che il giudizio del legislatore non è rivolto al caso particolare, ma riguarda il futuro e l'universale, mentre chi è membro di un'assemblea popolare o giudice decide di questioni presenti e specifiche. [...] Si deve [dunque] abbandonare all'autorità del giudice il minor numero possibile di questioni». Cfr. *Politica*, 1272b: «Sarebbe meglio che tutti questi processi fossero regolati dalla legge, e non dal volere degli uomini, che non è canone sicuro»; 1281a: «Non è bene che la suprema autorità non sia costituita dalla legge, ma sia posta esclusivamente nelle mani di un uomo che può essere turbato dalle passioni dell'anima»; 1287b: «Vi sono dei casi in cui anche oggi i magistrati sono assoluti padroni di decidere, per esempio i giudici; ma si tratta di quei casi in cui la legge non può decidere, ché, per quelli per i quali può, nessuno dubita che essa è quella che comanda e giudica nei migliori dei modi». Cfr. anche D. Alighieri, *De monarchia*, I, XI, 9-11.

43 Cfr., sotto altro profilo, la critica aristotelica al continuo mutamento delle leggi: Aristotele, *Politica*, 1269a ss.

come se il fabbro chiamato a forgiare un determinato oggetto utilizzasse un martello incandescente e malleabile, incapace di imprimere una certa forma senza subire, a propria volta, una deformazione estemporanea a causa del contraccolpo. Il giudice penale diverrebbe così un inaccettabile *facitore* della regola chiamata a disciplinare il caso concreto e, in tal modo, si abbatterebbe l'imprescindibile diaframma che separa la *regola* e il *giudizio* – per parafrasare un aureo libello di Marcello Gallo⁴⁴ –, trasformando il giudizio da luogo di individuazione/applicazione della regola a luogo di inammissibile creazione della medesima.

In ciò Francesco Gentile sottoscriverebbe in pieno ciò che l'Aquinate afferma *de lege humana*: «per natura l'uomo ha una certa attitudine alla virtù [...], ma la perfezione di questa virtù viene da lui raggiunta mediante una disciplina. [...] Ora, l'uomo non risulta facilmente preparato in se stesso a tale disciplina, poiché la perfezione della virtù consiste principalmente nel ritrarre l'uomo dai piaceri illeciti [...]. Perciò è necessario che gli uomini siano applicati da altri a quella disciplina che fa raggiungere la virtù. [...] Perciò era necessario stabilire delle leggi per la pace e per la virtù degli uomini»⁴⁵.

44 M. Gallo, *La regola e il giudizio*, Torino, 2016, *passim*; ci sia consentito anche il rinvio alla nostra recensione di tale opera, in "Giustizia penale", 2016, pp. 94 ss., nonché la recensione di M. Ronco, in "Archivio penale", 2016, 2, pp. 620-622, e on-line.

45 San T. d'Aquino, *Summa Theologica*, I-II, q. 95, a. 1, *resp.*; cfr. M. Ronco, *Il principio di legalità*, ora in *Scritti patavini*, Torino, 2017, tomo I, p. 6, n. 8: «Il riconoscimento del valore cruciale nel diritto penale del principio di legalità non implica assolutamente l'accettazione del mito della legge come unica fonte del diritto né delle ipotesi dello stato di natura e del patto sociale come basi giustificative della sussistenza della comunità politica, secondo il programma analitico, ipotetico, costruttivo e fondativo della stessa giuridicità elaborato dai teorici moderni della legalità. [...] Il concetto di legge qui accolto è limitato e restrittivo, vista come prodotto storico imperfetto, indispensabile tuttavia a che gli uomini sottoposti allo stesso governo siano, "per quanto possibile, uguali e amici tra loro" [Platone, *Repubblica*, IX, 13, 590d]»; cfr. anche M. Ronco, *Legalità penale. Introduzione*, in R.E. Kostoris (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, Bologna, 2017, oggi in *Scritti patavini*, cit., tomo II, pp. 1883 ss.; nonché M. Ronco, *La legalità stratificata*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 2018, 3, pp. 1387 ss. Sulla legge penale, fra tutti, cfr. anche M. Gallo, *La*

D'altra parte, sembra proprio questo il prezioso portato penalistico della critica franco-gentiliana alla "giustizia politicizzata" (cfr. *Equivoci e paradossi della giustizia politicizzata*⁴⁶): come perfettamente segnalato da Gentile, infatti, nel nostro sistema politico serpeggiano da decenni alcuni fenomeni distorsivi che vedono la magistratura arrogarsi un compito che, per sua natura, non le compete: si tratta, da un lato, della «"intenzione alternativa" nel senso di rivoluzionaria, rispetto all'organizzazione giuridica vigente», come accadde allorché i giudici esclusero l'applicazione delle fattispecie di invasione di pubblici edifici (art. 633 c.p.) e di interruzione di pubblico servizio (art. 340 c.p.) nei casi di occupazione studentesca dei locali universitari⁴⁷; dall'altro, dei fenomeni di c.d. "supplenza legislativa", vale a dire «l'intenzione alternativa [che] si esplica mediante una legiferazione suppletiva, la cui motivazione fondamentale consiste nell'inadeguatezza delle norme vigenti a ordinare la tumultuosa e variegata realtà sociale»⁴⁸.

Non ci dilungheremo sul punto, ma diremo solo che al giorno d'oggi, come perfettamente argomentato da Alberto Berardi in un recente e acuto saggio⁴⁹, la deriva pretoria segnalata da Gentile è quanto mai attiva e produttiva, nel frequente torpore del Foro e di certa Accademia, se solo si pensa agli orientamenti giurisprudenziali che accedono a un'interpretazione estensiva o persino analogica *in malam partem* dei precetti penali: poniamo mente, ad esempio, alla figura del disastro ambientale innominato (prima della riforma del 2015), alla clamorosa

legge penale. Appunti di diritto penale, Torino, 1965, pp. 10 ss., oggi in Id., *Diritto penale italiano*, Torino, 2015; G. Marini, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege (dir. pen.)*, in "Enciclopedia del diritto", XXVIII, Milano, 1978, pp. 1950 ss.; F.C. Palazzo, voce *Legge penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, VII, Torino, 1993, pp. 338 ss.

46 F. Gentile, *Intelligenza politica*, cit., pp. 207 ss.; Id., *Politica aut/et statistica*, cit., 134 ss.

47 F. Gentile, *Intelligenza politica*, cit., p. 209.

48 F. Gentile, *Intelligenza politica*, cit., p. 211.

49 A. Berardi, *Il soggettivismo politico della giurisdizione: la giustizia politicizzata di Francesco Gentile, trent'anni dopo*, cit., pp. 321 ss., in cui l'insigne allievo di Gentile segnala la perfetta attualità della nota "la giustizia politicizzata" del maestro, a trent'anni dalla sua originaria pubblicazione.

figura del concorso esterno in associazione mafiosa, alla nozione di dolo eventuale "senza volontà" (quantomeno sino alla sentenza "ThyssenKrupp"), alla forzatura dei reati colposi mediante la nozione *extra ordinem* di "rischio", o ancora all'impropria applicazione del reato di "getto pericoloso di cose" art. 674 c.p. per sanzionare l'inquinamento elettromagnetico.

Proprio al fine di limitare il pernicioso fenomeno di una giustizia penale politicizzata – vale a dire una giustizia che pretenda di rinvenire il proprio fondamento non nella legge (come impone l'art. 101, co. 2, Cost.), bensì nelle convinzioni individuali o (peggio) intuizioni del giudicante – la materia del reato e della pena è presidiata dal principio di legalità (art. 25, co. 2, Cost.): in tal modo, se la causa *formale* – o essenza – del reato è la lesione o la messa in pericolo del bene comune, la legge funge a questo punto quasi da causa *esemplare*, nel senso che costituirà reato non già una qualsivoglia compromissione del bene relazionale, bensì proprio e solo quella compromissione che si sia estrinsecata in un fatto siccome precisamente scolpito e modellato, nei suoi aspetti oggettivi e soggettivi, dalla legittima legge dello Stato⁵⁰. L'analogia con la causa *esemplare* consente così di evitare gli opposti eccessi: i fatti concreti non verranno, infatti, devoluti ad un criterio di giudizio creato, a posteriori, dal magistrato (cosa che avverrebbe se si negasse *tout court* l'esistenza di una regola pre-esistente al giudizio); ma al contempo, il compito del giudice non sarà mai qualificabile – come pretende un certo illuminismo oltranzista – in termini di sussunzione "tassonomica" di un fatto concreto in uno schema astratto⁵¹ (c.d.

50 Devo al mio maestro di diritto penale, Mauro Ronco, l'intuizione di studiare la materia del reato secondo la "griglia" delle cause aristoteliche, come peraltro fece, presso lo studio patavino, il geniale giureconsulto tardo-rinascimentale, Tiberio Deciani (1509-1582) (cfr. *Tractatus criminalis*, Venetiis, 1590); cfr. M. Ronco, *Legalità penale*, cit., pp. 1883 ss.

51 Cfr. F. Gentile, *Legalità Giustizia Giustificazione*, cit., p. 64: «L'errore grossolano è quello di ritenere che l'applicazione formale del disposto normativo, ossia dell'imperativo veicolato dalla legge, al caso abbia automaticamente l'effetto di risolverlo. Ché, se anche così dovesse essere, cosa peraltro che non è, sarebbe un sovrapporsi della volontà pubblica sulle volontà private

“giudice bocca della legge”), ma assumerà le forme di un confronto ermeneutico-analogico (e, dunque, circolare o persino spiraliforme) tra evento storico e fattispecie incriminatrice, in modo simile a quanto avviene, per la filosofia aristotelica, nei rapporti tra individui (καθ' ἑκάστα) e universale (καθόλου)⁵², o tra la *res* e la parola che la sta a significare.

3.

Teoria del reo e del reato. – Esaminato il primo versante della materia penale, vale a dire quello relativo al principio di legalità, affrontiamo ora i profili attinenti alla teoria del reo e del reato.

La quasi totalità delle dottrine politiche moderne, avendo una fonte sostanzialmente contrattualistica, si fonda su un presupposto cruciale: la nozione di “uomo dello stato di natura”, che Francesco Gentile sviscera compiutamente, dimostrandone l'infondatezza non solo politica ma, prima ancora, antropologica e metafisica. Tali sistemi gius-filosofici postulano, infatti, l'uomo (futuro cittadino) come un essere a-nomico, isolato, *ab-solutus* e privo di qualsiasi tendenza intrinseca all'ordine: fin troppo celebre ed esemplare, sul punto, la nozione hobbesiana dell'*homo homini lupus* (cfr. *L'unico e gli altri*⁵³; *La quadratura del «cerchio politico»*).

Qui l'Autore patavino, con dovizia di argomenti teorici, storici e pratici, dimostra che l'uomo dello stato di natura non è altro che la costruzione a tavolino di un'idea fittizia e priva di base reale, finalizzata a giustificare a posteriori l'esistenza di un ordinamento coattivo e a “convincere” l'umanità a sopportare di buon grado l'altrimenti intollerabile giogo del controllo sociale. Anche in tal caso, la con-

futazione è intrinseca, poiché Gentile mette in luce come le stesse geometrie legali di matrice contrattualistica cadano in un'insanabile contraddizione: da un lato, infatti, non si comprende come un essere a-nomico e disordinato possa, *ex abrupto* e senza l'intervento di alcun *deus ex machina*, determinarsi a creare dal nulla un nuovo ordine sociale; dall'altro lato, una volta generato l'ordinamento giuridico, non si comprende come possano gli stessi uomini, presunti *ab initio* come “lupi selvaggi”, sottomettersi spontaneamente ai comandi del sovrano. Inoltre, l'intera retorica odierna dei diritti umani, che in tale substrato gius-filosofico trova la propria antica radice, finisce per implodere sotto il peso della propria ambiguità: non è chiaro, infatti, se il titolare dei diritti sia “l'uomo di natura”, e cioè la persona pre-giuridica e pre-statuale (*homme*), oppure il cittadino come parte del tutto sociale (*citoyen*); peraltro, lo Stato viene ad assumere la doppia veste, da un lato, di soggetto obbligato a rispettare i diritti dell'uomo e, dall'altro lato, di tutore di tale rispetto.

Sono, dunque, le stesse geometrie legali, come pocanzi accennavamo, a cadere in patente contraddizione, laddove dapprima partono dal postulato dell'uomo “a-nomico” dello stato di natura ma, poi, devono anche ammettere che tale uomo è anche tendenzialmente obbediente e proclive al rispetto delle regole: qui Gentile si spende in numerosissimi approfondimenti sul naturale senso del dovere insito nell'uomo⁵⁴, sulla sua intrinseca lealtà e fedeltà come capacità di auto-limitazione e auto-dominio, di intelligenza della giusta misura⁵⁵ e di disposizione al bene⁵⁶. Esemplare, sul punto, lo scritto

dei litiganti, con un definitivo troncamento della relazione intersoggettiva e la sostituzione di questa con una subordinazione, ma sarebbe meglio dire un assorbimento, delle volontà private dei sudditi in quella pubblica del sovrano».

52 Cfr. Aristotele, *Politica*, 1269a: «Per l'ordinamento politico è impossibile stabilire con precisione per iscritto tutte le disposizioni, perché le determinazioni scritte vanno fatte in termini *universali*, mentre le pratiche concrete vertono sulle cose *individuali*».

53 F. Gentile, *Intelligenza politica*, cit., pp. 57 ss.; Id., *Politica aut/et statistica*, cit., pp. 72 ss.; Id., *Legalità Giustizia Giustificazione*, cit., pp. 52 ss.

54 F. Gentile, *Intelligenza politica*, cit., p. 29; Id., *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., pp. 34 ss.; Id., *Filosofia del diritto*, cit., pp. 165 ss.; Id., *Legalità Giustizia Giustificazione*, cit., pp. 57 ss. Cfr. anche Platone, *Leggi*, 690c, ove si afferma che «il comando della legge vale per chi lo accetta spontaneamente [ἐκόντων], e non è per natura violento», tant'è che sarebbe opportuno che il legislatore governasse convincendo e persuadendo i cittadini, come fa il medico, e non forzandoli ad un certo comportamento privo di spontaneità (720c ss.).

55 F. Gentile, *Intelligenza politica*, cit., pp. 35 ss.

56 *Ibidem*, p. 47.

su *L'ambiguità della 'Grundnorm'*⁵⁷, in cui si dimostra come lo stesso sistema normativistico della piramide kelseniana si possa reggere solo se, a monte, si sia data per assodata una "intrinseca regolarità" in capo all'essere umano secondo natura⁵⁸, il che sconfessa le stesse pretese di purezza e di a-valutatività dalle quali pretendeva di partire la "geometria legale".

È questo il punto in cui il pensatore patavino giunge alle più alte considerazioni in merito alla naturale autonomia⁵⁹ che caratterizza l'uomo come animale razionale e politico, ed è qui che si allaccia la nostra modesta disamina più strettamente penalistica: «L'autonomia, insomma, prima di un modo di fare è *un modo di essere* del soggetto umano; ciò che ne fa una persona, designandone l'intelligenza di ciò che è, che è reale, che è veramente, e per ciò naturalmente capace di comunicare, ciascuno con gli altri condividendola. [...] L'autonomia è dunque all'origine anche dell'ordinamento giuridico delle relazioni intersoggettive, inteso come modalità della comunicazione interpersonale, attuantesi attraverso l'obbedienza delle leggi variamente poste nella comunità politica»⁶⁰.

In particolare, contro le dottrine sofistiche che negavano la possibilità per l'uomo di essere "auto-nomo", cioè di sapersi dare e imporre determinate regole (giacché nessuno potrebbe essere "padrone di se stesso", come recitava l'ingenua obiezione), Gentile recupera la dottrina platonica – e poi aristotelica – delle due parti dell'anima⁶¹, quella migliore e quella peggior

giore, sostenendo che è proprio la temperanza a consentire alla parte migliore di governare quella peggiore⁶²; qui Egli ricorre ai due celebri passi che meritano di essere riportati per intero: «Questo Platone scrive nella *Repubblica* a proposito della temperanza, la *σωφροσύνη*, virtù che, a differenza del coraggio e della prudenza proprie solo di una parte della comunità, "si estende senz'altro a tutta la *polis*, facendo sì che tutti a una voce cantino la stessa canzone, i più deboli, i più forti e quelli di mezzo o che tu li voglia tali per intelligenza, o per forza, o per numero, o ricchezza, o per qualsivoglia altro carattere simile". Nelle *Leggi*, poi, ove si parla specificamente dell'ordinamento giuridico della comunità, il Maestro ritorna su quella che chiama "fra tutte la suprema e la più bella vittoria: la vittoria su se stessi", per constatare come da essa dipenda ogni relazione umana, "nella casa, come nel borgo o nello stato"»⁶³.

Se Francesco Gentile sconfessa allora il "pessimismo antropologico", che pretendeva di dipingere l'uomo come un essere disordinato e a-sociale per natura, mettendo in luce l'esatto contrario, e cioè che l'uomo è in realtà – come voleva il pensiero classico di matrice platonico-aristotelica – un animale razionale e politico che necessita solo di un sussidio "frammentario" da parte dell'ordinamento, ciò si traduce necessariamente in una visione antropologica per così dire "ottimistica" (ma noi preferiamo dire *realistica*), la quale inciderà poi su tutta l'edificazione del sistema politico e del suo apparato sanzionatorio.

57 F. Gentile, *Intelligenza politica*, cit., pp. 147 ss.; Id., *Politica aut/et statistica*, cit., pp. 171 ss.

58 Cfr. Aristotele, *Politica*, 1269a ss.: «La legge, per farsi obbedire, non ha altra forza che il costume (*ethos*) il quale si forma solo con il trascorrere di un lungo periodo di tempo».

59 La nozione è presente anche nella dottrina della Chiesa: «Alla base della vita morale sta il principio di una 'giusta autonomia' dell'uomo, soggetto personale dei suoi atti» (*Veritatis splendor*, 40, cit. in F. Gentile, *Legalità Giustizia Giustificazione*, cit., 63, n. 2); cfr. anche Id., *Politica aut/et statistica*, cit., pp. 240 ss.

60 F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., pp. 34-35 (corsivo nostro).

61 In ciò l'Autore pare seguire altresì l'insegnamento aristotelico per il quale «sembra che la conoscenza dell'anima contribuisca grandemente alla verità in tutti i campi e, specialmente, alla ricerca sulla natura

giacché l'anima è come il principio degli animali» (Aristotele, *Politica*, 1258a 20; cfr. 1333a 37); cfr. anche Platone, *Timeo*, 46 d-e: «Di tutti gli esseri si deve dire che soltanto l'anima è quella cui conviene che sia fornita l'intelligenza: infatti, essa è invisibile, mentre il fuoco e l'acqua, la terra e l'aria sono tutti corpi visibili. È allora necessario che chi ama l'intelligenza e la scienza vada alla ricerca delle cause prime della natura ragionevole».

62 Da ultimo, in F. Gentile, *Filosofia del diritto*, cit., pp. 171 ss.; cfr. anche M. Ronco, *Coscienza morale e colpevolezza giuridica*, in M. Ayuso Torres (a cura di), *Dalla geometria legale-statualistica alla riscoperta del diritto e della politica. Studio in onore di Francesco Gentile*, Madrid-Barcellona, 2006, pp. 359-371, ora in M. Ronco M., *Scritti Patavini*, cit., tomo II, pp. 1127 ss.

63 F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 34.

Anzitutto, da una tale impostazione deriva un ben chiaro messaggio sullo statuto della persona e, per il diritto penale, sul c.d. “statuto del reo”, il quale si presume fino a prova contraria libero di intendere e di volere, contro ogni determinismo tipico di approcci penali di matrice positivista; ed esattamente in ciò risiede la ragione e il fondamento di un’umana responsabilità e punizione⁶⁴. Inoltre, la convinzione circa la naturale autonomia dell’uomo non può che comportare una fondamentale presunzione di non colpevolezza, nonché la necessità di accedere sempre, ove possibile, ad un’interpretazione benigna della legge penale e del fatto *sub judice*.

Ma la dottrina francesco-gentiliana sull’uomo, sulla sua naturale autonomia e sul ruolo della legge come guida sussidiaria di tale autonomia si riverbera non solo in una precisa teoria del reo, che nella libertà dell’uomo trova il proprio nucleo metafisico inconcusso, ma

64 A tal proposito, non possiamo non richiamare la dottrina aristotelica dell’atto umano (cfr. tutto il libro III dell’*Etica Nicomachea*), per la quale lode e biasimo si danno solo per le azioni che trovino nel soggetto agente il proprio principio («ἡ ἀρχὴ ἐν αὐτῷ») (Aristotele, *Etica Nicomachea*, 1114a 19; *Etica Eudemia*, 1222b 15, 1223a; *Retorica*, 1369b); «la virtù dipende da noi [ἐφ’ ἡμῖν], e così pure il vizio. [...] Il dire che “nessuno è volontariamente malvagio, né involontariamente felice” [cfr. Platone, *Timeo*, 86d-86e] sembra essere in parte falso e in parte vero: infatti, è pur vero che nessuno è felice involontariamente, ma la malvagità è sempre volontaria. Argomentando diversamente, bisognerebbe mettere in discussione quanto abbiamo ora detto, e cioè bisognerebbe negare che l’uomo sia principio e “padre” delle proprie azioni come lo è dei figli» (*Etica Nicomachea*, 1113b 6-19). Cfr. *Etica Nicomachea*, V, 5, 1135b 16-17: «Quando il danno si produce contro ogni ragionevole aspettazione [παράλογως], si tratta di una disgrazia fortuita [ἀτύχημα]; quando, invece, non si produce contro ogni ragionevole aspettazione, ma comunque senza malvagità, si tratta di un errore [ἀμάσθημα]: si erra infatti quando l’origine della colpa è in colui stesso che agisce; si tratta di una disgrazia quando l’origine della colpa è fuori di lui [ἔξωθεν]»; San T. d’Aquino, S. Th., I-II, q. 1, a. 1: «L’uomo si distingue dalle altre creature non razionali perché è padrone dei propri atti. Quindi, in senso stretto, si dicono umane le sole azioni di cui l’uomo è padrone [«*quarum homo est dominus*»]. D’altra parte, l’uomo è padrone dei propri atti mediante la ragione e la volontà»; S. Th., I-II, q. 21, a. 2: «L’atto è imputato a chi lo compie quando è in potere dell’agente, il quale ha il dominio sui propri atti».

anche in una ben delineata teoria del reato.

È particolarmente suggestiva, sul punto, l’ennesima critica che l’Autore muove alla geometria legale, in questo caso impersonata dal Natalino Irti dei *Due saggi sul dovere giuridico* del 1973. Afferma, sul punto, Gentile: «L’acuto cultore di “geometria legale” [cioè Irti: n.d.r.] fa notare come non sarebbe la “fisionomia storica o esistenziale” delle azioni individuali ad interessare l’ordinamento giuridico. [...] L’ordinamento giuridico, mediante il processo descrittivo della norma, “rompe l’unità dell’agire umano e ne isola i singoli tratti, che fungono da criteri di individuazione del comportamento”. Ai fini del controllo sociale dei comportamenti individuali, nell’ottica geometrica, “la norma non valuta un comportamento reale, appartenente al passato e ricostruibile come semplice dato storico: essa si rivolge al futuro, e considera un contegno che potrà o non potrà seguire. [...] In tal modo, il disposto normativo non si presenterebbe come “criterio direttivo”, bensì come “criterio selettivo”, noi diremmo “qualificante”, del comportamento individuale, ai fini del controllo sociale. Operativamente. In tal modo, conclude Irti, si perviene “all’assoluta e rigorosa obiettivazione dell’azione, che si scioglie da ogni riferimento psicologico e si limita a designare lo stato di un contegno futuro ed eventuale»⁶⁵. Conclude poi l’Autore di *Ordinamento giuridico*: «per la geometria legale, la più “assoluta obiettivazione giuridica dell’azione o contegno dell’uomo” consiste nella depurazione di questo da ogni elemento soggettivo, consiste nella sua più assoluta e rigorosa desoggettivazione o, come sarebbe preferibile dire, nella sua *spersonalizzazione*»⁶⁶.

Come possiamo notare, alle dottrine normativistico-geometriche il Nostro⁶⁷ imputa

65 F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., pp. 27 ss.

66 *Ibidem*, p. 29.

67 Si veda anche la critica di Opocher, sul punto, alla laicità giuridica, ossia «la pretesa di fondare e far valere la verità del diritto nel mondo sociale, indipendentemente dalle connessioni profonde che la legano alla complessa trama del mondo morale e quindi prescindendo da un’unitaria e coerente concezione del significato metafisico e dei suoi valori. [...] Giacché il *laicismo giuridico* esclude di per sé ogni possibilità di cogliere nella sua concretezza la

di valutare il comportamento umano solo nel suo andamento estrinseco, quale modificazione empirica del mondo esteriore, disinteressandosi della radice autenticamente personale e “colpevole” della condotta materiale; inoltre, esse avrebbero il vizio di parcellizzare eccessivamente l’azione umana, notomizzandola in una serie di singoli aspetti legalmente selezionati e smarrendo così l’unità di senso che essa rappresenta nella realtà delle cose.

Se volessimo, dunque, ipotizzare quali siano le teorie del reato maggiormente armoniche rispetto alla dottrina francesco-gentiliana, potremmo senza dubbio indicare quelle concezioni penali che, lungi dall’enfatizzare oltremodo il versante oggettivo del reato a scapito dei profili c.d. “psicologici”, mettono in luce, da un lato, la fondamentale importanza del versante “personale” del fatto illecito e, dall’altro lato, la naturale compenetrazione tra elementi oggettivi e soggettivi del *Tatbestand*, lungi da frazionamenti artificiosi i quali contraddicono la reale e compatta natura dell’atto umano⁶⁸. Se l’uomo, infatti, è sinolo inscindibile di anima e di corpo – come Francesco Gentile ha sempre creduto⁶⁹

verità giuridica, implica una rinuncia alla consapevolezza di questa verità, porta, se spinto fino alle sue estreme conseguenze, all’inaudita pretesa di guidare e garantire l’azione, prescindendo dalla sua stessa verità» (E. Opocher, *Il diritto senza verità*, cit., pp. 188-189).

68 Cfr. F. Gentile, *Legalità Giustizia Giustificazione*, cit., p. 32: «A rappresentare l’esperienza come prima forma di comprendere le cose in un tutto fluente, in cui soggetto e oggetto della conoscenza sono intimamente connessi, componendosi in modo da non potersi distinguere se non all’interno di quel tutto, il simbolo classico del fiume è il più efficace» (con rinvio a M. Gentile, *Breve trattato di filosofia*, cit., pp. 45-46). Cfr. M. Ronco, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996, p. 192: «Il procedimento di generalizzazione, che caratterizza intrinsecamente la modalità in cui si attua la dimensione della giuridicità, postulata dalla relazione di reciprocità tra i soggetti dell’ordinamento [...] non può essere svolto a partire dall’azione puramente materiale, spogliata, cioè, da ogni connotazione finalistica [...]. La norma di condotta, invero, non può essere univocamente formata né apprezzata socialmente, guadagnandosi il consenso degli associati, se non è determinata assiologicamente, in base, cioè, a una prospettiva di valore o di disvalore».

69 Indimenticabile è l’approfondimento gentiliano sul concetto di “persona” e sui rapporti fra anima e corpo, da ultimo in *Filosofia del diritto*, cit., pp. 207 ss. e 213 ss.

– a propria volta ogni suo comportamento non potrà che essere lo specchio fedele di tale duplice natura: infatti, l’oggettivo senza il soggettivo (intenzione o negligenza⁷⁰) è puro movimento corporeo privo di significato in termini giuridici e, tanto più, penalistici; il soggettivo senza l’oggettivo, di converso, sarà una mera *cogitatio* che, per il noto principio di estrinsecità e fattualità che regge la materia penale, sfuggirà *eo ipso* alle maglie del controllo punitivo⁷¹.

D’altra parte, è proprio lo stesso Gentile che, nel plaudire alla celeberrima sentenza della Corte Costituzionale sull’*ignorantia legis* ex art. 5 c.p. (sentenza n. 364/1988), mise in luce la «necessità di “richiedere come essenziale requisito d’imputazione uno specifico rapporto tra soggetto e legge e, conseguentemente, tra soggetto e fatto considerato nel suo integrale disvalore giuridico”, sicché da colpisci con gli strali della sanzione dev’essere solo “la consapevole ribellione o trascuratezza nei confronti dell’ordinamento”, inteso questa volta in senso classico come processo di regolazione delle relazioni umane, e non solo come violazione delle norme organizzate in sistema»⁷². Ciò, d’altra parte, rappre-

70 Per una interpretazione “realistica” e integrale del dolo di reato si rinvia alle magistrali considerazioni contenute in M. Ronco, *Il dolo*, in Id. (opera diretta da), *Il reato. Struttura del fatto tipico*, oggi in *Scritti patavini*, cit., pp. 296 ss., con i necessari riferimenti bibliografici “a cascata”; Id., *Riflessioni sulla struttura del dolo*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 2015, 2, pp. 589 ss. (cfr. § 7: «*Agisce in dolo chi, conoscendo gli elementi essenziali del fatto tipico e riconducendo a se stesso la causa del fatto, dirige la propria intenzione verso l’offesa al bene tutelato, scegliendo i mezzi idonei per realizzarla*») (corsivi originali); Id., *La riscoperta della volontà nel dolo*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 2014, 4, pp. 1953 ss. Quanto alla ricostruzione della colpa nella sequela del realismo aristotelico-tomista, oltre a M. Ronco, *La colpa in particolare*, in Id. (opera diretta da), *Il reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell’imputazione penale. Il requisito dell’offensività del fatto*, Bologna, 2007, pp. 533 ss., oggi in *Scritti patavini*, pp. 355 ss., ci permettiamo rinviare a G. Civello, *La “colpa eventuale” nella società del rischio. Epistemologia dell’incertezza e “verità soggettiva” della colpa*, Torino, 2013, *passim*; Id., *Quaestio disputata sulla colpa penale come vizio della volontà*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 2016, 3, pp. 1318 ss.

71 M. Ronco, *Il problema della pena*, cit., pp. 195 ss.

72 F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*,

senta il coerente e preciso corollario delle anzidette concezioni gentiliane in tema di sovrannità e di legalità: se la legge umana, infatti, ha lo scopo di sostenere (*subsidium*) l'operato umano nella ricerca della virtù e della felicità nel contesto civile, a questo punto non potrà darsi legge che non sprigioni al contempo – *in actu* o quantomeno *in potentia* – tale efficacia regolativa rispetto ai comportamenti personali, il che poi è il nucleo fondamentale delle teorie imperativistiche che Gentile non condivide nelle premesse ma, di fatto, avalla in parte negli esiti, con la precisazione che per “volontà autonoma” non si dovrà intendere un *velle* privo di sostrato conoscitivo e riconducibile a un mero impulso istintivo, bensì un volere saldamente incardinato nelle potenze conoscitive della ragione⁷³.

4.

Teoria della pena. – Per concludere, veniamo infine all'ultimo versante della materia penale, vale a dire la teoria della pena⁷⁴, tema

cit., pp. 55-56.

73 M. Ronco, *Coscienza morale e colpevolezza giuridica*, cit., pp. 1127 ss.: «Francesco Gentile ha suggerito di superare la concezione volontaristica dell'autonomia personale, intesa alla maniera hobbesiana, come mero esercizio della volontà, per riconoscere che l'autonomia “[...] prima di un modo di fare è un modo di essere del soggetto umano; ciò che ne fa una persona, designandone l'intelligenza di ciò che è, che è reale, che è veramente, e per ciò naturalmente capace di comunicare; ciascuno con gli altri condividendola”».

74 In merito alla teoria della pena, ritengo utile richiamare i più importanti scritti del mio maestro, il quale ha approfondito gli studi teorico-generalisti del diritto penale anche alla luce delle categorie gius-filosofiche condivise con Francesco Gentile: M. Ronco, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, cit., *passim*; Id., *Retribuzione e prevenzione generale*, in *Studi in ricordo di Gian Domenico Pisapia*, I, Milano, 2000, pp. 481-510, oggi in *Scritti patavini*, cit., tomo II, pp. 1433 ss.; Id., *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, in “Diritto penale e processo”, 2005, pp. 137-145, oggi in *Scritti patavini*, cit., tomo II, pp. 1453 ss.; Id., *Principi del diritto penale e certezze del senso comune*, in “Aquinas”, 2007, pp. 623-654, oggi in *Scritti patavini*, cit., tomo II, pp. 1469 ss.; Id., *Persona, colpa e pena*, in “Studi giuridici europei”, 2014, pp. 91-103, oggi in *Scritti patavini*, cit., tomo II, pp. 1501 ss.; Id., *Le ragioni della giusta pena*, in “Studi giuridici europei”, 2016, pp. 155-168, oggi in *Scritti patavini*, cit., tomo II, pp. 1513 ss.

anch'esso di cui Gentile non si occupò in modo specifico e diffuso, ma che rappresenta senz'altro un fecondo banco di prova nel quale assimilare e mettere a frutto il suo pensiero gius-filosofico.

V'è un significativo passo delle Sacre Scritture – la c.d. “lamentazione di un empio” – che Francesco Gentile cita anche nel denso opuscolo *Legalità Giustizia Giustificazione* (2008), di fatto il suo testamento spirituale, passo che così recita: «La nostra vita [quella degli empi: n.d.r.] è breve e triste; non c'è rimedio quando l'uomo muore, e non si conosce nessuno che liberi dagli inferi. Siamo nati per caso e dopo saremo come se non fossimo stati. [...] La nostra esistenza è il passare di un'ombra e non c'è ritorno alla nostra morte. Su, godiamoci i beni presenti, facciamo uso delle creature con ardore giovanile! [...] perché questo ci spetta, questa è la nostra parte»⁷⁵.

Da questo frammento sapienziale sorge in Gentile una folgorante intuizione, fulcro di numerose altre riflessioni filosofico-giuridiche che qui non potremo ripercorrere: la giustizia risulta talmente coesistente al “reale” da essere ossimoricamente invocata persino dagli empi – e cioè dagli ingiusti per eccellenza – i quali pretendono che qualcosa spetti loro “di diritto” («... godiamoci i beni presenti... perché questo ci spetta!»); qui l'Autore patavino richiama le innumerevoli fonti tradizionali sulla definizione di “giustizia”, da Omero a Platone, da Aristotele a Cicerone, fino a Sant'Ambrogio, Sant'Agostino e San Tommaso d'Aquino, le quali hanno come elemento unificante la celeberrima clausola del *suum cuique tribuere*, il “dare a ciascuno il suo”. Vedremo di qui a breve come la stessa sanzione penale debba essere letta, a nostro parere, alla luce della nozione di “giustizia” posta da Gentile a fondamento dell'intera esperienza giuridica; ma prima facciamo un passo indietro.

75 *Sap.*, 2, 1-9, cit. in F. Gentile, *Legalità Giustizia Giustificazione*, cit., p. 51. Anche in Platone, *Repubblica*, 350d ss., si afferma che persino i criminali devono ispirarsi a un qualche criterio di giustizia.

Se esaminiamo le teorie politiche che l'Autore ha da sempre fatto oggetto di confutazione e di critica, vale a dire quelle della c.d. "geometria legale", possiamo notare come le stesse implicino tendenzialmente, nell'ambito della teoria della pena, una ben precisa adesione al prevenzionismo generale e speciale: se, infatti, si parte dal presupposto che l'uomo sia per natura un essere "anomico", guidato dai propri istinti perversi, e che a tale "disordine naturale" lo Stato sia destinato a sovrapporre con un atto di potere (e, al limite, di violenza) un ordine politico di natura convenzionale e *superadditum* rispetto al corpo sociale, da una tale impostazione politico-generale non può che derivare un paradigma penale di natura prevenzionistica che costruisce sostanzialmente la sanzione sul modello dello "stato di necessità", traslato in istato di "difesa sociale"⁷⁶.

In tale prospettiva, l'unica ragione della punizione non risiederebbe che nel tentativo di raffrenare le pulsioni disgregatrici latenti nel corpo sociale, mediante meccanismi di contro-spinta tali da incidere sulle pulsioni medesime in chiave deterrente e di intimidazione⁷⁷. Ciò avviene, ad esempio, nel sistema penale di P.J.A. von Feuerbach (1775-1833) che, riallacciandosi alla tradizione del giusnaturalismo moderno (specie Pufendorf e Thomasius) e al sensismo illuministico francese di Condillac e Condorcet⁷⁸, parte dal postulato per cui l'ordinamento giuridico si fonderebbe sulla "costrizione delle volontà" dei cittadini (*Vereinigung des Willens*), intesa quale coercizione psichica (*psychologischer Zwang*); simile approccio alla pena è dato

76 Ad esempio, per una fondazione prevenzionistica della sanzione in T. Hobbes e J.-J. Rousseau, si veda M. Ronco, *Il problema della pena*, cit., pp. 6 ss., 21 ss.

77 M. Ronco, *Il problema della pena*, cit., p. 59: «Se scopo della pena è l'intimidazione (*Abschreckung*), fondamento della minaccia è la difesa (*Vertheidigung*)».

78 Cfr. M. Ronco, *Cenni storici sulla colpevolezza «fondante» e sulla colpevolezza «graduante»*, in "Indice penale", 2011, 1, pp. 10 ss., oggi in *Scritti patavini*, cit., tomo II, pp. 1193 ss.; nonché Id., *Le radici metagiuridiche del dolo eventuale*, in *Studi in onore di M. Romano*, Milano, 2011, pp. 1177 ss., oggi in *Scritti patavini*, cit., tomo II, pp. 1207 ss.; Id., *Il problema della pena*, cit., pp. 35 ss., 52 ss.

rinvenire, *mutatis mutandis*, nel naturalismo penale di Franz von Liszt (1851-1919), che non a caso poggia anch'esso su presupposti antropologici e filosofici strettamente materialistici e riduzionistici⁷⁹, sino alle tendenze general-prevenzionistiche della contemporaneità, dal pensiero di Norbert Hoerster a quello di Claus Roxin⁸⁰.

Come abbiamo visto, però, Gentile ha magistralmente illustrato le aporie in cui si invischiano le teorie politiche di matrice volontaristica e convenzionalistica, mostrando come le stesse, da un lato, non riescano a dar conto del vero fondamento di legittimità dell'ordinamento giuridico (rammentiamo le disquisizioni sulla differenza fra la sanzione pecuniaria irrogata, ad esempio, da un vigile urbano e il "pizzo" richiesto da un mafioso) e dall'altro lato si auto-confutino, nella misura in cui finiscono per ammettere l'esistenza di canoni e istanze che nella volontà e nella mera "stipulazione" non trovano la propria ragion d'essere. In effetti, laddove la sanzione venga ridotta a un semplice ulteriore "male" psico-fisico inflitto dal detentore del monopolio della violenza a fronte del "male" costituito dal delitto, rimarrà sempre insoluto lo scandalo della pena e cioè l'interrogativo sul perché un uomo o un gruppo di uomini sia titolato a porre mano sul corpo di un altro uomo limitandone la libertà personale.

Lo scenario, invece, è destinato a cambiare radicalmente laddove, secondo le acquisizioni gius-filosofiche francesco-gentiliane, si riconosca che l'ordinamento delle relazioni intersoggettive non risponde ad una mera logica di controllo sociale e di "regime di coazione", ma non è altro che l'espressione della naturale tendenza dell'uomo alla socialità e all'obbedienza, sussidiariamente agevolate per il tramite di strumenti regolativi quale la stessa legge penale.

In tale prospettiva autenticamente classica e dialettica, che come noto rappresenta il traguardo più raffinato del pensiero politico gentiliano, il canone generale della giustizia

79 M. Ronco, *Il problema della pena*, cit., pp. 97 ss.

80 *Ibidem*, pp. 126 ss.

è destinato ad operare come fattore di riequilibrio civile a fronte di un fatto delittuoso che abbia messo in pericolo la pace sociale: al cospetto di quel *male* che è il crimine, commesso infrangendo la legge e a scapito del *bene* della relazionalità di volta in volta attinto, la pena assurge allora a strumento benigno, cioè ad autentico veicolo di *bene*⁸¹ che, unico, può giustificare (ossia, render giusta) l'inflizione di una sofferenza fisica o morale sulla persona colpevole; se il delitto è deviazione dal bene in quanto è negazione del riconoscimento del “*valore d'essere*” dell'altro (la persona offesa immediatamente, mediamente la comunità tutta), la pena è allora lo strumento umano – e con ciò necessariamente limitato e fallibile – che consente di ripristinare l'ordine leso e di reindirizzare la persona del reo verso il bene e la pace sociale.

Si pensi solamente che il nesso ontologico fra “essere”, “pena” e “giustizia” è talmente radicato nel pensiero occidentale che se ne può rinvenire traccia persino nel *corpus* dei presocratici, come accade nel celeberrimo – e un po' sibillino – primo frammento di Anassimandro, in cui si afferma: «Le cose da cui vi è generazione per gli enti sono le stesse nelle quali avviene la dissoluzione secondo necessità; infatti, gli enti stessi rendono reciprocamente giustizia [διδόναι δίκην, pagano giusto castigo] ed espiazione dell'ingiustizia, secondo l'ordine del tempo». Infatti, come ben mostrato da Aristotele, il “giusto” integra una qualche “uguaglianza” e proporzione, così che l'ingiusto è un certo disuguale e il giusto un certo uguale⁸²; con

81 Cfr. S. Boezio, *Consolatio philosophiae*, IV, 4: «Habent igitur improbi, cum puniuntur quidem, boni aliquid adnexum, poenam ipsam scilicet, quae ratione iustitiae bona est; idemque cum supplicio carent, inest eis aliquid ulterius, mali ipsa impunitas, quam iniquitatis merito malum esse confessus es».

82 Aristotele, *Etica Nicomachea*, 1131a: «Siccome chi è ingiusto è disonesto e ciò che è ingiusto è disuguale, è chiaro anche che vi è un tipo di medietà relativa all'ingiusto. Questa è l'uguale, infatti in qualsivoglia azione in cui vi è il più e il meno, vi è anche l'uguale: se quindi l'ingiusto è disuguale, il giusto è uguale, cosa su cui tutti sono d'accordo senza bisogno di dimostrazione. Siccome l'uguale è un intermedio, il

la precisazione che, mentre nei fatti naturali che non dipendono dall'uomo l'ordine cosmico tende all'equilibrio tramite meccanismi incoscienti e involontari⁸³, nella giustizia umana e, nella specie, nel dinamismo della pena tale forma di riequilibrio transita necessariamente attraverso le potenze cognitive e volontative dell'uomo, posto che non si dà giustizia senza di esse⁸⁴.

Qui emerge in modo particolarmente suggestivo l'analogia tra pena naturale e pena giuridica ben messa in luce da Mauro

giusto verrà a essere un certo tipo di intermedio. Ma l'uguale si ha come minimo tra due termini, quindi è necessario che il giusto sia un giusto mezzo e sia uguale in relazione a certe cose e per qualcuno [πρός τι καὶ τισίν]»; cfr. anche Aristotele, *Politica*, 1282b 18-20: «Tutti ritengono che il giusto sia un certo tipo di uguale, e fino a questo punto concordano con le opere filosofiche, in cui si sono discusse le questioni di etica». Sui rapporti fra virtù e medietà, v. anche Platone, *Politico*, 284a ss.

83 Di estremo interesse è il nesso, evidenziato da Mauro Ronco, tra la sanzione giuridica e gli strumenti per il ripristino dell'ordine cosmico: «La riflessione sulla pena ‘naturale’ offre, dunque, argomenti per comprendere meglio la razionalità della pena giuridica. La legge della conservazione dell'energia, che descrive con formulazione esatta il principio di causa nel mondo della natura, rivela che ivi lo scambio si realizza dappertutto secondo la legge dell'equivalenza. Ciò che nel campo della materia costituisce una legge, nel campo dello spirito esprime un'esigenza. Equivalenza nel campo dello spirito non significa uguaglianza della cosa, bensì congruenza del valore (M. Ronco, *Il problema della pena*, cit., p. 183).

84 Aristotele, *Etica Nicomachea*, 1114b 26 ss.: «Abbiamo parlato a grandi linee di ciò che riguarda le virtù in generale, e del loro genere, dicendo che esse sono medietà e che sono stati abituali, che di per sé sono produttrici di quelle stesse azioni da cui derivano, che dipendono da noi e sono volontarie, e che sono così, come prescrive la retta ragione». Cfr. San T. d'Aquino, *Summa Teologica*, II-II, q. 58, a. 1: «Perché un atto relativo a qualsiasi materia sia virtuoso, si richiede che sia *volontario*». Come noto, nel sistema aristotelico-tomistico, è *voluntarium* ciò che procede da un principio intrinseco all'uomo, ossia dalle sue facoltà conoscitive e appetitive, secondo una certa conoscenza del fine (S.th., I-II, q. 6, a. 1). Di converso, sono involontari gli atti forzati e quelli dovuti a ignoranza inevitabile (cfr. Aristotele, *Etica Nicomachea*, 1109b – 1110a, nonché V, 1135b; *Etica Eudemia*, 1226b)

Ronco⁸⁵ nella sequela di Giambattista Vico⁸⁶, e che Francesco Gentile senz'altro approvava e condivideva: se la *poena naturalis* consiste, sin da Cicerone, nell'angoscia del rimorso e nel tormento della colpa («*angore conscientiae fraudisque cruciatu*»⁸⁷) e, dunque, nella coscienza dell'errore maturata presso la persona del colpevole, la pena giuridica è il "luogo" in cui la comunità prende coscienza del delitto, inteso come «rifiuto e separazione dal buono-equivo [e] ristabilisce l'equilibrio perduto a cagione dell'ingiustizia»⁸⁸. Naturalmente, «tra la "pena naturale" e la pena giuridica v'è analogia e non identità: [...] la pena "naturale", come giudizio che la coscienza formula razionalmente sul significato di valore (o disvalore) della propria condotta, costituisce la traccia, scolpita nell'interiorità dell'uomo, di un compito morale che interpella ciascuno sul senso della propria libertà. La pena giuridica, allo stesso modo del premio, vuole allora in primo luogo indicare, sotto un profilo essenziale di richiamo alla razionalità della persona, che ogni azione possiede un significato e postula una responsabilità [...]. La pena è il risvolto fenomenico del significato dell'azione»⁸⁹.

In quest'ottica, certamente, la sanzione potrà esplicare anche un effetto esemplare-deterrente nei confronti di tutti i consocia-

85 M. Ronco, *Il problema della pena*, cit., pp. 161 ss., ove, riprendendo anche il pensiero di Michel Villey, si afferma: «La volontà dell'uomo è sottomessa a un triplice ordine: l'ordine della ragione, che si impone in forza della stessa natura; l'ordine sociale, che si impone grazie a una autorità esteriore; l'ordine universale che procede da Dio. Il peccato costituisce una ferita dell'ordine in ciascuno dei tre livelli: colui che pecca agisce al contempo contro la ragione, contro la legge umana e contro la legge divina. Dalla condotta contraria all'ordine derivano così per lui tre generi di pena: la prima è quella che egli infligge a se stesso, consistente nel rimorso della coscienza; la seconda è quella che procede dagli uomini e la terza è quella che viene da Dio».

86 *Ibidem*, p. 167, con rinvio a G. Vico, *De universi iuris uno principio et fine uno*.

87 Cicerone, *Le leggi*, I, 40; cfr. San T. d'Aquino, *Summa Teologica*, I-II, q. 87.

88 M. Ronco, *Retribuzione e prevenzione generale*, cit., p. 1441.

89 *Ibidem*, pp. 1441-1442.

ti (oltreché del singolo condannato), ma ciò sarà solo una conseguenza obliqua e collaterale tale da non affettare l'essenza propria della pena, bensì ne rappresenterà un portato secondario, seppur non trascurabile. Parimenti, l'efficacia rieducativa – i classici avrebbero detto "medicinale" – della pena, come peraltro prevede testualmente il nostro art. 27, co. 3, Cost., potrà essere solo tendenziale e *in potentia*, poiché la comunità politica può solo prodigarsi, quasi con "obbligazione di mezzi", a indirizzare i cittadini verso la virtù e il bene comune, ma non ha il potere di coartarli in tal senso⁹⁰; questo perché alla virtù sono consustanziali la spontaneità e la volontarietà, non potendo esistere *in rerum natura* un atto "coattivamente virtuoso". In definitiva, come ben segnala Mauro Ronco nel suo denso lavoro monografico, «la pena è allo stesso tempo medicinale nell'animo del colpevole; garantisce la pace nell'ordine sociale e possiede un'efficacia riparatrice nell'ordine universale»⁹¹.

Per tornare all'atto di giustizia come *sum cuique tribuere*, nella sequela della filosofia del diritto di Francesco Gentile, possiamo allora concludere affermando che, una volta compiuto il delitto, la comunità è chiamata a *tribuere* al reo il *sum*, e la pena da infliggere è proprio il *sum*, vale a dire ciò che spetta per giustizia al colpevole. Solo per una distorta visione della sanzione si potrebbe dire che, a seguito del misfatto, la pena consista nel *tribuere* la giusta mercede direttamente alla persona dell'offeso: ciò significherebbe collocare la pena criminale nell'alveo della giustizia *commutativa*, laddove è invece chiaro che essa è espressione di giustizia *distributiva*, poiché tale sanzione non rappresenta un affare "sinallagmatico" e orizzontale tra un uomo e un altro uomo *uti*

90 M. Ronco, *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, cit., pp. 1453 ss.

91 M. Ronco, *Il problema della pena*, cit., p. 161. Cfr. anche C.E. Paliero (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, *passim*; F. Cavalla, *La pena come riparazione*, Padova, 2001, *passim*; F. Cavalla, F. Todescan (a cura di), *Pena e riparazione*, Padova, 2000, *passim*; M. Cattaneo, *Pena diritto e dignità umana: saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, 1998, *passim*.

singoli, ma costituisce il momento per la riaffermazione – per così dire “verticale” – del bene comune e della pace sociale⁹². Un tanto è dimostrato da plurimi segnali disseminati anche nel diritto positivo, come ad esempio il fatto che esistano delitti senza una persona offesa ben individuata, e persino delitti che, pur offendendo un soggetto ben preciso, vengono puniti a prescindere da un’istanza privata e financo in presenza di una volontà privata contraria alla punizione (si pensi ai reati procedibili d’ufficio o a quelli in cui la querela è irrevocabile, come la violenza sessuale).

In una società secolarizzata e dal c.d. “pensiero debole” come la nostra potrà forse apparire paradossale, ma l’irrogazione di una pena al colpevole può, a determinate condizioni, assumere anche le vesti di un (apparente) “male” che, in realtà, è destinato a scongiurare mali ben peggiori per il condannato, nella misura in cui il reo è posto – tramite la *imputatio* – di fronte alle proprie responsabilità e, proprio grazie a quel *bonum* che è la sanzione, riesce finalmente a prendere coscienza del *malum* commesso e ad intraprendere un percorso di emenda e di reinserimento comunitario, così salvandosi dalla spirale di frode o di violenza nel quale si era introdotto con la commissione del fatto illecito⁹³.

Alla luce di quanto sin qui detto, una volta dimostrato che dal pensiero francesco-gentiliano non può che conseguire l’adesione ad

92 F. Gentile, *Filosofia del diritto*, cit., p. 149: «La giustizia commutativa non basta, perché è necessario attivare il dinamismo della giustizia anche nella sua forma distributiva o, come diciamo noi, “politica”, anche se è un termine delicato. Non “politica” nel senso del gioco delle parti tra i partiti, ma intelligenza del bene comune e intelligenza in comune del bene. Esiste un bene che è in comune tra le parti, anche se gli interessi possono essere confliggenti; infatti la causa giudiziaria non avviene nel deserto ma riguarda l’intera comunità».

93 M. Ronco, *Il problema della pena*, cit., p. 1: «Il male, in cui [l’autore del delitto] rischia di far naufragare la sua esistenza, può essere vinto soltanto se la società, soprattutto nei suoi organi rappresentativi, riconosca senza infingimenti alla pena che egli patisce una valenza positivamente retributiva. In tanto il male del delitto può essere superato in quanto realmente la pena sia vissuta ed sperimentata come bene, così come oggettivamente essa è».

una concezione retributiva della pena, intesa come strumento di attuazione umana della giustizia universale, possiamo trarre da ciò qualche breve conclusione:

i) la pena è autentica espressione di giustizia (segnatamente distributiva) nell’ambito dell’ordinamento delle relazioni intersoggettive, nel senso che è lo strumento civile per la riaffermazione del bene comune e della pace della comunità; una pena ingiusta, infatti, sarebbe quasi un ossimoro, un puro fatto di violenza, che ridonderebbe i confini della giuridicità;

ii) per tale ragione, giustizia essendo una virtù e anzi la virtù più eccellente (*κρατίστη*)⁹⁴ e quasi la più “divina”⁹⁵, anche la pena rappresenta il mezzo per il perseguimento della virtù stessa e, dunque, del perfezionamento

94 Aristotele, *Etica Nicomachea*, 1129b 25 ss.: «Questo tipo di giustizia è virtù completa, non in generale, ma rispetto al prossimo. Per questo spesso si ritiene che la giustizia sia la virtù più eccellente [*κρατίστη*], e non sono ammirato tanto quanto lei la stella della sera o la stella del mattino; citando il proverbio, noi diciamo che “nella giustizia si riassume ogni virtù” [Teognide, 147]. [...] Per questo motivo, la giustizia, sola tra le virtù, pare essere un bene per gli altri, perché è rivolta al prossimo, infatti il giusto compie azioni utili all’altro, sia esso un governante o un cittadino comune»; cfr. F. Gentile, *Filosofia del diritto*, cit., pp. 145-146: «In ogni caso, si può senz’altro affermare che risulta ormai chiaro che si è perduta la consapevolezza che ciò che distingue la giustizia dalle altre virtù è la sua proprietà di regolare l’uomo in tutto quanto riguarda la relazione con gli altri; di giustizia si può parlare solo in termini di “relazione”, non esistendo una giustizia o una ingiustizia fuori della relazione, cosicché il limite dell’attuale concezione della giustizia dipende dalla curvatura solipsistica e individualistica che sembra assumere la giustizia a partire dalla pretesa dell’uomo di essere “unico”, ogni volta che si rivendica ciò che ci spetta».

95 Assai suggestiva, per quanto improbabile, è l’ipotesi etimologica avanzata in Platone, *Cratilo*, 413a ss.: «Io, Ermogene, avendo molto a cuore tale tema, sono venuto a sapere tutto questo in segreto: τὸ δίκαιον [il giusto] coincide con la causa, dato che ciò δι’ ὃ [per cui] qualcosa nasce è la causa, e, per questo, qualcuno disse che era corretto chiamarlo Δία [accusativo di Zeus]». Come oggi sappiamo, invece, la parola greca “δίκη” deriva dalla radice indoeuropea *dyk-/deyk-, donde il verbo δείκνυμι (“mostrare”, “in-dicare”) e le parole latine connesse al verbo *dicere*, ivi compreso il sostantivo *digitus*; di contro, le parole “Zeus” e “Dio” derivano da altra radice, collegata al senso di “cielo”, “luce”, “splendore” (*div/*dev/*diu/*dei).

(τελείωσις) della persona inteso come “pienezza d’essere”, ri-finimento⁹⁶, e conduzione verso il fine (τέλος) proprio dell’uomo che è, come noto, la felicità o εὐδαιμονία⁹⁷, vale a dire il vivere bene e l’agire bene⁹⁸;

iii) essendo la virtù un *abito o stato abituale* (ἕξις), anche la virtù della giustizia che è alla base della pena dovrà essere esercitata continuamente, in un percorso di perfezionamento personale e civile che consenta, pur in presenza di una cesura della relazione intersoggettiva, di ripristinare l’equilibrio anteriore al delitto mediante lo strumento della retribuzione penale che, come noto, non è retribuzione assoluta – solo la divina è, infatti, la Giustizia assoluta e universale – ma relativa e contingente, e cioè relativa (πρός τι, per rievocare il corrispondente predicato aristotelico) al concreto ordine comunitario di volta in volta compromesso e alle specifiche peculiarità del fatto e del soggetto colpevole “in carne e ossa”⁹⁹.

Questo, crediamo, è il lascito più prezioso che il magistero di Francesco Gentile affida al penalista contemporaneo, e che dovrà essere gelosamente conservato e messo a frutto nella futura esperienza del delitto e della pena.

Gabriele Civello si è laureato in giurisprudenza e ha conseguito il dottorato di ricerca in filosofia del diritto presso l’Università di Padova, sotto la guida di Francesco Gentile. È abilitato quale professore associato di diritto penale, nonché avvocato presso il Foro di Venezia.

gabriele.civello@unipd.it

96 Aristotele, *Etica Nicomachea*, 1106a 15 ss: «Ogni virtù ha l’effetto di portare a buona realizzazione ciò di cui è virtù, e far sì che eserciti bene la sua opera, come per esempio la virtù dell’occhio rende eccellente l’occhio, e anche la sua opera, dato che vediamo bene per la virtù dell’occhio».

97 Aristotele, *Etica Nicomachea*, 1129b 15 ss.: «Noi diciamo ‘giusto’ ciò che produce e preserva la felicità e le parti di essa, nell’interesse della comunità politica». Per la dimostrazione del fatto che l’uomo ingiusto non può essere, per definizione, felice cfr. Platone, *Gorgia*, 470c ss.; *Leggi*, 661d ss.

98 Aristotele, *Etica Nicomachea*, 1095a 15-20; come noto, il nesso tra il “fine” (τέλος) e il “bene” (ἀγαθόν) è già presente in Platone, ad esempio in *Filebo*, 54c ss.

99 F. Gentile, *Filosofia del diritto*, cit., p. 149: «Volendo trarre una conclusione, occorre affermare che l’abito della giustizia è relativo, non si ha a che fare con la giustizia assoluta, perché la giustizia è sempre all’interno di una relazione fra persone. Eppure la giustizia non può mai essere relativistica, perché può essere esercitata soltanto a condizione di essere aperti al rivelarsi della verità».