

PAGINE PENALISTICHE DIMENTICATE DI  
CROCE E GENTILE. *LEGACY &*  
*MISFORTUNE* DELL'IDEALISMO TRA  
DIRITTO, ETICA E POLITICA \*

RIVISTA ITALIANA  
PER LE  
SCIENZE GIURIDICHE

*in disCrimen dal 28.3.2019*

*Massimo Donini*

Che il diritto sia morale è una esigenza...  
non del diritto, ma della morale

Santi ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*,  
ristampa Giuffrè, Milano, 1983, 72 (Diritto e morale, § VII)<sup>1</sup>

SOMMARIO 1. Il “Manifesto” del tecnicismo giuridico e il metodo scientifico del penalista secondo Arturo Rocco. — 2. Se il diritto è solo norma: la cultura antifilosofica del tecnicismo e i modelli internazionali di teoria generale orientati a una eutanasia della filosofia del diritto. — 3. Idealismo filosofico e diritto penale. Tra incomunicabilità epistemica e dialogo etico-politico. — 4. “Amoralità” e non “scientificità” del diritto (fatto individuale ed economico) secondo Benedetto Croce. — 5. La successiva lettura del diritto nella *Filosofia della pratica*. L'esempio dei fini della pena. — 6. L'utilitarismo di un diritto culturalmente declassato e il ruolo tecnico del giurista. A margine della polemica con Pietro Bonfante. — 7. Giovanni Gentile. L'astrattezza della legge e la concretezza-verità delle sole azioni giuridiche individuali, conformi alla legge. — 8. Il diritto come eticità. Il neohegelismo giuridico gentiliano e il modello dello Stato etico. — 9. La “moralità” dello Stato fascista e il suo diritto penale. — 10. Spiritualismo penale di Gentile. — 11. L'insuperato problema della legittimazione non populista, secondo il *ius*, di una *lex* maggioritaria.

## 1. Il “Manifesto” del tecnicismo giuridico e il metodo scientifico del penalista secondo Arturo Rocco

Arturo Rocco, nel 1910, muove da un'analisi della “crisi” della scienza penale, lacerata tra il modello epistemologico di una “Scuola classica” di impronta giusnatu-

---

\* Lo studio, che fa parte di più ampia ricerca su filosofia e diritto penale dopo l'illuminismo, è destinato alla pubblicazione nella *Rivista italiana per le Scienze giuridiche*.

<sup>1</sup> Questo esergo fulminante rispecchia lo spirito del tempo ricostruito nel presente studio, e secondo la visione prevalente dei giuristi tecnici di allora, oltre che quello dell'idealismo sia crociano, sia in parte gentiliano. Oggi, dopo Norimberga, questa tradizionale e inappuntabile concezione del diritto fondato (a parte le letture giusnaturalistiche) sulla sola *lex* deve ovviamente essere mediata dalla comprensione del diritto come *ius*, che conferisce alla *lex* razionalità e legittimazione sostanziale, ricostruendo diversamente i rapporti tra diritto e morale.

ralistica, antistorica, staccata dalle leggi dello Stato, e quello di una “Scuola positiva” che non studia più il diritto penale, ma la criminologia, la sociologia e la statistica. Rocco intende perciò riconsegnare al diritto lo statuto di scienza giuspositiva, anziché sociale, criminologica, sociologica, filosofica, politica etc., e nel far ciò prende le distanze sia dalla Scuola classica, che pensava a un diritto eterno, sovratemporale, razionale, sganciato da scelte storiche precise; e sia dalla Scuola positiva, che stava dissolvendo il diritto in una scienza empirico-causale, tutto orientato al futuro, alle riforme, alle “cause”, anziché alla responsabilità, trasformandolo così in un diritto penale... senza diritto<sup>2</sup>. Stabilito che oggetto dello studio scientifico del diritto penale non sono le cause della criminalità (ciò appartiene alla criminologia o alla politica del diritto, semmai), ma le norme giuridiche vigenti, Rocco ne ripropone un metodo d’analisi che qualifica non certo nuovo, ma millenario: una scienza “vecchia di quasi tremila anni”<sup>3</sup>. Questa sapienza antica secondo Rocco è portatrice di valori antiformalistici: esegesi, interpretazione, dogmatica, sistematica e persino critica del diritto non vivono di sola logica formale, ma devono abbeverarsi e attingere alla comparazione, alla storia, alla criminologia, alla sociologia criminale, alle scienze sociali ed empiriche quali loro “fonti” complementari rispetto alla legge, e che sono di ausilio per l’intendimento del diritto positivo<sup>4</sup>. Tecnicamente, peraltro, esse non sono, secondo Rocco, “fonti del diritto”, ma “fonti della conoscenza scientifica del diritto”<sup>5</sup>. È necessario attingere a quelle fonti proprio onde evitare il formalismo. Purché sia chiaro che altro è diritto, altro è filosofia, altro è politica<sup>6</sup>, nulla si oppone all’impiego di ulteriori saperi in funzione complementare o sussidiaria<sup>7</sup>, quale materiale empirico da cui trarre i dati positivi delle costruzioni della scienza, integrando il metodo logico-deduttivo della dogmatica con l’ «induzione sperimentale»<sup>8</sup>.

<sup>2</sup> Così, nelle stesse parole di Art. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 1910, 497 ss., poi in ID., *Opere giuridiche*, vol. III, Ed. del Foro it., Roma, 1933, 273.

<sup>3</sup> *Ivi*, 295.

<sup>4</sup> *Ivi*, 317 ss.

<sup>5</sup> *Ivi*, 322.

<sup>6</sup> *Ivi*, 293.

<sup>7</sup> Questo è il punto nodale: quanto complementare e quanto sussidiaria. Aveva già scritto lo stesso von Liszt, esponendo il programma della sua (ben diversa in apparenza) “scienza penale integrale” (in F. v. LISZT, *Kriminalpolitische Aufgaben*, in *ZStW*, Bd. 9, 1889, (452 ss.), 456: “*non si pretende dal criminalista che conduca autonome indagini statistiche o antropologiche, ma gli chiediamo che abbia consuetudine con le acquisizioni della biologia criminale e della sociologia criminale, così come ce l’ha con le previsioni del codice penale e le decisioni della Cassazione*”).

<sup>8</sup> Art. ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit., 317. Sull’integrazione di metodo deduttivo e induttivo nella teoria del reato (in prospettiva costituzionale e di integrazione tra dogmatica e politica crimina-

## 2. Se il diritto è solo norma: la cultura antifilosofica del tecnicismo e i modelli internazionali di teoria generale orientati a una eutanasia della filosofia del diritto

Il tecnicismo giuridico liberava il giurista da oneri di legittimazione della legge, assumendo quest'ultima come un prodotto altrui, da interpretare e applicare senza una necessaria adesione emotiva, possibile o auspicabile, ma non richiesta. Quasi come il botanico studia un bulbo e ne legge la struttura biochimica. Della legge era responsabile il Parlamento o il Governo, comunque lo Stato, non l'interprete. Quest'ultimo, anzi, non doveva "fare politica", ma neppure "filosofare" o confondere il piano ideale della giustizia con quello della legge. La critica al diritto positivo era un compito che gli era ovviamente consentito, ma o in una sede distinta o in una sezione diversa rispetto alle pagine o ai discorsi che trattavano del *ius positum* al fine di intenderlo e applicarlo. Secondo le parole ammonitrici di Arturo Rocco, infatti, "la discussione filosofica, morale, sociale economica, politica, storica e perfino biologica e psicologica circa il fondamento, la giustificazione, la bontà, la convenienza generica e specifica di un istituto, soffoca e seppellisce lo studio giuridico di esso, quando pure non serve addirittura a escluderlo"<sup>9</sup>.

Chi si occupava di filosofia e di politica, anziché di diritto, cessava in quell'istante di essere un interprete e ovviamente uno scienziato della legge: "sì che il giurista penalista....in quel momento....fa getto della toga del giurista, per vestir l'abito, sia pure altrettanto severo, del filosofo e del cultore di scienza politica"<sup>10</sup>. La vecchia "scienza della legislazione" di Filangieri o di Bentham, da intendersi adesso semplicemente come studio *de lege ferenda*, non era una categoria superiore che comprendeva in sé, come parte rilevante ma non assorbente, la legislazione dello Stato in un determinato settore (*accanto* alla storia giuridica, alla comparazione, alle

---

le) si consenta il rinvio a M. DONINI, *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 351 s., 365 ss.

<sup>9</sup> Art. ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit., 314 (e di qui le citazioni). *Si noti bene, però*: Rocco non delegittima i saperi extragiuridici quanto alla loro funzione conoscitiva del diritto, ma quanto alla loro potenzialità "legittimante", "giustificativa" degli istituti normativi. È sul piano della giustificazione del diritto che egli si arresta alla sua esistenza come un dato primigenio per il giurista-interprete, laddove quando si tratta di intenderne origini e scopi, oppure di criticarlo *de lege ferenda*, si dà spazio alla politica, alla filosofia, alla sociologia, alla criminologia etc. Su questo punto va espressa una esigenza ben diversa, che attiene fondamentalmente alla giustificazione *ab origine* dell'intervento penale in termini di sussidiarietà e dunque all'esigenza di motivarne specificamente l'impiego, soprattutto laddove non si tratti di crimini gravi contro l'umanità, la vita o altri beni primari, o di forme di aggressione criminologicamente indiscusse ed evidenti, ma di scelte politiche e di opportunità, o strumentali ad altri scopi, che occupano ormai gran parte del diritto penale contemporaneo.

<sup>10</sup> Notissime anche queste considerazioni sempre di Art. ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit., 293.

analisi statistiche, criminologiche, di economia del diritto etc.), ma era un'attività *a parte*, accanto alla criminologia, alla sociologia criminale, alla politica del diritto, alla comparazione etc., parallela e distinta rispetto alla “scienza dogmatica”, che rappresentava la scienza giuridica in senso stretto.

Secondo Vincenzo Manzini, uno dei penalisti più influenti lungo tutto il primo e buona parte del secondo Novecento, le analisi filosofiche che si premettevano agli studi penali dal Settecento in poi erano del tutto superflue, e anzi “fu assai maggiore il danno che il vantaggio derivato al diritto penale dall'infezione filosofica che lo invase specialmente a partire dal sec. XVIII”<sup>11</sup>, essendo l'evoluzione sociale che produce nuovo diritto, non le filosofie che riflettono quell'evoluzione, divise in “scuole settarie e rissose”, e che hanno rallentato il progresso della scienza penale, a differenza delle altre discipline del diritto pubblico e privato, “rimaste esenti da una cùscuta sì opprimente e tenace”<sup>12</sup>.

Come ricorda recentemente Carlo Fiore, in una riflessione storica sul diritto penale del Novecento<sup>13</sup>, questi tratti del tecnicismo si vedono molto bene anche in altri suoi esponenti. Forse davvero un po' estremizzati, ma espressivi del *trend*, sono quelli che si rinvergono nelle parole di Edoardo Massari, uno dei redattori del codice Rocco: “Massari declinerà l'istanza giuspositivista, se possibile, in forma anche più radicale, affermando perentoriamente che, non esiste “altro diritto penale al di fuori di quello raccolto nella legislazione dello Stato” e bollando come “semplice astrazione” ogni elaborazione derivata da principi “filosofici, ideali, razionali, naturali (Le dottrine generali del diritto penale, 1928, p. 1)”<sup>14</sup>.

L'affrancarsi degli studi giuridici dalle fonti teologiche, dalla Scolastica, dal diritto divino e infine anche da quello naturale, ha reso possibile affidare l'evoluzione del sapere penale a *tecnici* che, per guadagnare la propria indipendenza culturale, non hanno più voluto coltivare espressamente il dialogo con la filosofia o la politica. Va ricordato che la teoria generale del diritto (*allgemeine Rechtslehre*) in area tedesca<sup>15</sup>, dai

<sup>11</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, F.lli Bocca, Torino, 1908, 4. Il giudizio è testualmente ripreso e allargato nelle edizioni successive sotto il codice Rocco. Cfr. il *Trattato* del 1950, ed. Utet, vol. I, 7-12.

<sup>12</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, ed. 1950, cit., 9.

<sup>13</sup> C. FIORE, voce *Diritto penale*, in *La rete dei saperi nelle Università napoletane, da Federico II al Duemila, II, Giurisprudenza e Filosofia*, a cura di C. DE SETA, Arte'm, Ed. Politecnica, Napoli, 2018, 306 (8 dell'estratto).

<sup>14</sup> *Op. loc. ult. cit.*

<sup>15</sup> A. BROCKMÖLLER, *Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland*, Nomos, Baden-Baden, 1997, 183 ss.

cui metodi di astrazione e generalizzazione concettuale dalle singole branche positive del diritto pubblico e privato (la ricerca di concetti superiori a cui ricondurre tutto il 'sistema') prese le mosse anche il *modus procedendi della teoria "generale" del reato della prima metà del Novecento*<sup>16</sup>, inaugurò un paradigma "scientifico" dominante fino a tempi recentissimi. Ebbene fu uno dei suoi più illustri esponenti, Gustav Radbruch, a scrivere che la teoria generale del diritto costituì una «eutanasia della filosofia del diritto»<sup>17</sup>, perché da allora il giurista non aveva più bisogno di un arricchimento filosofico *ab extra*. La stessa teoria del diritto era la sua filosofia, redatta ormai da un tecnico autosufficiente, che non poteva essere più rappresentato da un filosofo non specialista ignaro dei problemi specifici della materia. Proprio questa separatezza era garanzia di autonomia "scientifica".

Anche la dimensione scientifico-sperimentale del diritto viene ricacciata così nella sistematica, nell'ermeneutica e nella conoscenza dei testi, anziché dialogare con la realtà ad essi esterna: *i fatti positivi sono ormai le 'norme'*. Vero prodotto ideologico in senso marxiano, sovrastruttura in senso paretiano, il diritto è solo norma. E la scientificità del diritto si appaga al massimo di quella definizione kantiana *della scienza come complesso di conoscenze organizzato secondo principi ordinati in un sistema*, sistema costruito in forma deduttiva o comunque a priori, che già aveva illuminato le riflessioni dei pandettisti<sup>18</sup>. Se bastasse un sistema per fare una scienza, la teologia ne costituirebbe un paradigma. Ma per più di metà del secolo passato si è pensato concretamente dai più che il prodotto dell'interprete fosse scientifico se costruito su un solido impianto dogmatico-sistematico.

Negli stessi anni, nello stesso universo culturale, dominava in Italia l'idealismo filosofico. Mancano tuttavia ricostruzioni attuali sul ruolo che per il diritto penale ha avuto l'idealismo italiano<sup>19</sup>, ed è istruttivo ripercorrere alcune sue tappe particolarmente significative.

---

<sup>16</sup> Ho sinteticamente tracciato le linee di tale sviluppo in M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, Padova, 1996, cap. I.

<sup>17</sup> G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*<sup>8</sup>, Koehler, Stuttgart, 1973, 109 s.

<sup>18</sup> Ampiamente, P. CAPPELLINI, *Systema Iuris. I. Genesi del sistema e nascita della «scienza» delle Pandette*, I, Giuffrè, Milano, 145 ss.

<sup>19</sup> V. peraltro, L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica del Novecento*, Laterza, Roma, Bari, 15 ss., 30 ss. Tra i filosofi-penalisti di formazione gentiliana v. U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano. Da Cesare Beccaria ai nostri giorni*<sup>3</sup>, Sansoni, Firenze, 1974, 209 ss. (cap. VIII); G. MAGGIORE, *Il problema del diritto nel pensiero di Giovanni Gentile*, in *Giovanni Gentile. La vita e il pensiero*, vol. I, a cura della Fondazione G. Gentile per gli studi filosofici, Sansoni, Firenze, 1948, 231 ss. spec. 240-243.

### 3. Idealismo filosofico e diritto penale. Tra incomunicabilità epistemica e dialogo etico-politico

Nel mutato quadro culturale del primo Novecento giuridico, ben diverso per esempio dal mondo dei campioni della penalistica italiana del secondo Ottocento, come Carrara e Pessina, l'età dell'oro del tecnicismo giuridico, cioè la prima metà del Novecento, ha coinciso con l'idealismo di Croce e Gentile.

Una pagina dimenticata dai penalisti, al riguardo, è quella dell'impatto dell'idealismo dominante al tempo del tecnicismo del ventennio sul modo di concepire la legge e il ruolo del giurista<sup>20</sup>.

Qualunque dottrina penalistica, aperta oppure chiusa al sapere filosofico contemporaneo, rimane condizionata dal contesto culturale nel quale si sviluppa. Il "tecnicismo" del giurista, se si afferma come metodo, riceve in tal senso alcuni *inputs* inevitabili. Nel nostro caso ci pare di poter dire che proprio l'autonomia della scienza giuridica a indirizzo tecnico le ha assicurato una singolare protezione "culturale" di fronte ad alcune influenze più distorcenti dell'idealismo gentiliano, ma ciò è avvenuto al prezzo di una separatezza culturale che è stata anche un impoverimento politico. Le "filosofie del diritto" di Croce e Gentile, aspetti non centrali ma neppure trascurabili del loro pensiero, hanno sicuramente segnato il destino, per vie peraltro molto diverse, della cultura giuridica, ma ciò ha prodotto un risultato conforme alle premesse del tecnicismo e come tale ad esso congeniale. È stato osservato che "l'egemonia del pensiero idealistico nella filosofia italiana tra le due guerre portò... a un divorzio tra filosofia del diritto e scienza giuridica ancora più profondo di quello che le aveva divise quando la filosofia del diritto era rappresentata, agli occhi dei giuristi, dal giusnaturalismo. Il motivo di reciproca incomprensione era del resto questa volta assai più profondo: perché l'idealismo negava valore alla scienza in generale, se intesa, come la intendevano gli scienziati e, guardando all'esempio di questi, i giuristi, quale conoscenza di tipo naturalistico costituita da un sistema di concetti astratti dall'esperienza. Appunto perché formata da concetti astratti – gli "pseudoconcetti" crociani – essa era per gli idealisti conoscenza astratta, cioè non-

<sup>20</sup> Cfr. V. FROSINI, *L'idealismo giuridico italiano del Novecento*, Giuffrè, Milano, 1978, 7 ss., 14 ss., 22 ss. Di particolare interesse sul rapporto tra Croce e Gentile in materia giuridica F. BATTAGLIA, *Corso di filosofia del diritto*, vol. 2, Soc. ed. del "Foro italiano", Roma, 1950, 24 ss.; più di recente v. M. LALATTA COSTERBOSA, *Diritto e filosofia del diritto in Croce e Gentile*, in *Croce e Gentile. La cultura italiana e l'Europa*, Enciclopedia Italiana Treccani, Roma, 2016, 317 ss.; L. PUNZO, "I fondamenti della filosofia del diritto" di Giovanni Gentile, in *Giovanni Gentile. La filosofia italiana tra idealismo e anti-idealismo*, a cura di P. DI GIOVANNI, Franco Angeli, Milano, 2003, 367 ss.

conoscenza: conoscenza vera essendo solo quella dell'individuale (la storia) o quella dell'universale (la filosofia), e non mai quella del generale od astratto”<sup>21</sup>.

Troppo poco storia e poco filosofia, il diritto dei giuristi – il *ius*, che è cosa diversa dalla *lex* – ne risultava sottodimensionato in termini culturali ed epistemici. L'impatto più esplosivo e coinvolgente della riflessione idealistica, invece, riguarda i rapporti tra etica, politica e diritto, centrale per la cultura penalistica.

Su questo terreno l'eredità dell'idealismo, nel bene e nel male, è di permanente attualità.

#### **4. “Amoralità” e non “scientificità” del diritto (fatto individuale ed economico) secondo Benedetto Croce**

Benedetto Croce (1866-1952) ha dominato la cultura italiana, insieme a Giovanni Gentile, nella prima metà del Novecento<sup>22</sup>. Benché la sua posizione rispetto al diritto non rappresenti il centro della sua filosofia, essa costituisce un momento significativo della svalutazione di una serie di saperi, a cominciare da quelli scientifico-naturalistici, che condizionò fortemente l'autocomprensione culturale e la collocazione degli studi di molte discipline, fino alla seconda metà del Novecento. Anche se il centro dell'educazione scolastica collettiva divennero (con la riforma gentiliana degli studi) le discipline umanistiche<sup>23</sup>, il diritto non vi prese parte, perché rimaneva o troppo “astratto” e specialistico, o troppo “tecnico”, troppo servilmente impiegato

---

<sup>21</sup> Così G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, vol. III, Bologna, Il Mulino, 1970, 388.

<sup>22</sup> E. GARIN, *Appunti sulla formazione e su alcuni caratteri del pensiero crociano*, in ID., *Intelletuali italiani del XX secolo*, Roma, Ed. Riuniti, 1987, 3. *Amplius* ID., *Cronache di filosofia italiana 1900/1943. Quindici anni dopo 1945/1960* Laterza, Bari, 1975<sup>2</sup>. Sull'influenza profonda esercitata dalla concezione crociana della scienza giuridica non solo presso i filosofi del diritto italiani, ma sulla stessa scienza giuridica, cfr. A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Milano, Giuffrè, 1974. Quanto all'influenza di Gentile con riferimento alla filosofia del diritto v. ora A. PINAZZI, *Attualismo e problema giuridico. La filosofia del diritto alla scuola di Giovanni Gentile*, Aracne, Roma, 2015. Più in generale, fra gli altri, C.A. VIANO, *Il carattere della filosofia italiana contemporanea*, in *La cultura filosofica italiana dal 1945 al 1980*, Guida ed., Napoli, 1988, 13 ss.; V. VERRA, *Costanti e parabole nella filosofia italiana contemporanea*, *ibidem*, 63 ss.; V. FROSINI, *L'idealismo giuridico italiano*, cit.; *Il neoidealismo italiano*, a cura di P. DI GIOVANNI, Laterza, Bari, 1988, *passim*. Per un “aggiornamento” ricchissimo su questo straordinario dominio culturale di Croce e Gentile v. il volume a loro dedicato dall'Enciclopedia Treccani nel 2016: *Croce e Gentile. La cultura italiana e l'Europa*, cit.

<sup>23</sup> Cfr. G. GENTILE, *La riforma della scuola in Italia*, vol. XLI delle *Opere complete*, Firenze, Casa ed. Le Lettere. Su quanto fosse crociana e non solo gentiliana quella riforma v. E. GARIN, *Cronache di filosofia italiana*, cit., nell'appendice *Quindici anni dopo 1945/1960*, cit., 501, in nota.



per diverse utilità, da poter assurgere a vero sapere universale. Questo suo limite è già presente in Croce, che si concentrò soprattutto sul rapporto tra diritto e morale, enfatizzandolo a problema centrale e decisivo della filosofia del diritto. Poiché la morale è universale e il diritto (secondo Croce) non lo è<sup>24</sup>, occorre finalmente risolvere il problema millenario della filosofia del diritto. Osserva Croce: “il rapporto di diritto e morale, che il giurista von Jhering chiamava il capo Horn (o capo delle Tempeste) della scienza giuridica, mi sembra, in verità, il capo dei naufragi”<sup>25</sup>. Fino a Thomasius tutti i principali studi di filosofia del diritto non erano altro che trattati di etica. Da Aristotele a San Tommaso, fino a Grozio compreso<sup>26</sup>. Anche la laicizzazione del diritto raggiunta dal giusnaturalismo dopo Grozio, di fronte al problema delle guerre di religione, non risolse il problema teorico dell'autonomia del diritto dalla morale, ma solo il problema pratico dell'autonomia del diritto dalla religione. Neppure Vico risolve il problema. Solo con Cristiano *Thomasius* si pone veramente nell'oggetto della filosofia del diritto l'esigenza di una separazione del diritto dalla morale. *Coazione* ed *esteriorità* sono i tratti che, da allora, e poi ancor più chiaramente da Kant in poi, vengono assegnati al diritto per distinguerlo dalla morale<sup>27</sup>. Per Croce, tuttavia, questi tratti *non sono decisivi*: a) la *coercizione* non spiega perché il diritto possa comunque essere disobbedito: non obbliga veramente all'obbedienza, dato che viene continuamente disatteso; mentre se è di fatto obbedito, ciò non elimina la libertà di chi vuole attuarlo pur se costretto: è una “costrizione” che lascia intatta la libertà dei suoi destinatari<sup>28</sup>; b) *l'esteriorità*, invece, cioè la sufficienza di comportamenti esteriormente conformi alla legge, non esclude l'esigenza che le norme giuridiche vengano comprese e interiorizzate per essere seguite: non si può separare nella condotta umana (anche quella giuridicamente conforme) una parte esterna da una parte interna, dato che esse costituiscono un'unità<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> Assunto apodittico del discorso di Croce (v. per una stringente e liquidatoria, ma insuperata critica, G. DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, XII ed., Milano, Giuffrè, 1963, 116 s.). Oggi, in un contesto di pluralismo etico e non solo giuridico, parlare di universalità della morale appartiene a visioni private dell'etica, non certo a visioni davvero collettive. Neppure la teoria dei diritti fondamentali o universali appartiene, come noto, a una ideologia condivisa in ambito internazionale, considerato il diverso riconoscimento degli stessi per es. nella cultura islamica.

<sup>25</sup> B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia* (1907), ristampa con aggiunte Napoli, Ricciardi, 1926, 10.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> *Ivi*, 14 ss.

<sup>28</sup> *Ivi*, 15.

<sup>29</sup> *Ivi*, 17.



Questi due tratti, pertanto, per quanto rappresentino aspetti capaci di differenziare “a grandi linee” il diritto dalla morale, non ne scolpiscono veramente l’essenza, limitandosi al massimo a una descrizione negativa di qualcosa che non è la morale, rinviando senza esito la definizione *in positivo* di ciò che contrassegna il diritto.

Per separare finalmente il diritto dalla morale occorre includerlo in una logica puramente utilitaristica come quella dell’economia<sup>30</sup>: nel diritto, secondo Croce, ci sono sempre due persone, una che comanda e una che obbedisce, oppure una che chiede e una che accetta<sup>31</sup>. Ciò che lo identifica è “un rapporto di convenienza economica tra due individui”<sup>32</sup>, dove anche lo Stato può rappresentare una delle due parti di queste volontà. Due volontà che si incontrano nell’attuazione di un comportamento individuato, a cui manca l’universalità della regola morale. Esistono infatti diritti immorali. Il diritto non è etico.<sup>33</sup> Secondo Croce un atto illecito – per es. bastonare una persona antipatica – resta un “atto giuridico”<sup>34</sup>. Anche le norme di mafia e camorra, anche il codice cavalleresco, il galateo, l’ordinamento della Chiesa, ma pure della massoneria sono e producono diritto<sup>35</sup>. Il diritto è del resto sempre soggettivo, in quanto opera della volontà di un uomo: “fuori delle azioni giuridiche, compiute dai singoli, che cosa resta?”<sup>36</sup>. Anche il c.d. diritto oggettivo altro non è dunque che la somma di diritti soggettivi. Lo stesso carattere della “generalità” del diritto e di quello legislativo, è del tutto apparente: “Il diritto non è la legge, che dorme nel codice; ma la legge a cui si pone mano, e che cessa così di essere alcunché di generale, e diventa un’azione individuale”<sup>37</sup>.

Soltanto con una visione amoralistica del diritto si può stabilire una dottrina autonoma dall’etica. L’attività giuridica riguarda l’individuale, mentre quella etica è attività dell’universale<sup>38</sup>.

---

<sup>30</sup> B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell’economia*, cit., 35 ss.

<sup>31</sup> *Ivi*, 42 s.

<sup>32</sup> *Ibidem*, 44.

<sup>33</sup> *Op. cit.*, 39.

<sup>34</sup> B. CROCE, *Obiezioni alla mia teoria del diritto*, in ID., *Riduzione*, cit., 74.

<sup>35</sup> *Ivi*, 46.

<sup>36</sup> *Op. ult. cit.*, 50.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> *Ivi*, 53.

## 5. La successiva lettura del diritto nella *Filosofia della pratica*. L'esempio dei fini della pena

La lettura crociana conosce poi una migliore sistematizzazione nell'opera successiva dedicata alla *Filosofia della pratica*, la cui prima edizione è del 1908 (e prosegue il saggio sulla "Riduzione" della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia), ma che raggiunge la quinta edizione nel 1945<sup>39</sup>.

Qui si chiarisce bene che il diritto contiene molte norme di carattere etico nelle intenzioni del legislatore o nell'attività giuridica di chi esegue la legge, ma tale dato non è ad esse essenziale<sup>40</sup>. Decisivo è sempre il carattere pratico e utilitario, che non manca mai, e che dunque ne contrassegna l'«essenza». Infatti le leggi sono ausili all'attività dei singoli che le osservano, ma solo le decisioni individuali sono "reali", mentre gli schemi legali che le indirizzano sono "astratti" o "irreali"<sup>41</sup>. Tuttavia e anzi per questo loro ausilio alle decisioni individuali le leggi sono del tutto necessarie alla società: "Coloro che razionano contro le leggi, possono ben farlo a cuor leggero, perché le leggi li circondano, li proteggono e li conservano in vita; per poco che le leggi accennassero a cadere tutte, passerebbe loro a un tratto la voglia di razionare e ciarlare"<sup>42</sup>.

Quando Croce parla del *possibile* carattere morale delle leggi si riferisce al fatto che il legislatore miri al bene in sé, a qualcosa di buono. Poiché tuttavia mira *sempre* a qualcosa di utile, il momento pratico e utilitaristico (indefettibile) prevale su quello morale (eventuale).

Con riferimento ai fini della pena, per esempio, si dice che "è del tutto vano dissertare sul carattere utilitario o morale" delle leggi, e in particolare "se fine della pena sia la *deterreatio* o l'*emendatio*", cioè la prevenzione generale o l'emenda. Una immensa e plurisecolare letteratura ha affrontato questo tema: "La pena può essere concepita e voluta come minaccia utilitaria, per distogliere altri dal fare azioni di una certa classe, ancorché moralmente ottime; e con la morale sollecitudine di migliorare la società e l'individuo stesso che ha errato, costringendolo a rientrare in sé

<sup>39</sup> B. CROCE, *Filosofia della pratica. Economica ed etica*<sup>5</sup>, Bari, Laterza, 1945, parte terza, 308-386. Per una dettagliata ricostruzione del pensiero crociano in materia di filosofia del diritto, cfr. A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, cit., spec. 96 ss., 189 ss. Quanto alla posizione della Filosofia della pratica al riguardo v. pure B. TRONCARELLI, *Diritto e filosofia della pratica in Benedetto Croce (1900-92)*, Giuffrè, Milano, 1995.

<sup>40</sup> B. CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 348 s.

<sup>41</sup> *Ibidem*, 328 ss.

<sup>42</sup> *Op. ult. cit.*, 333.

e a ravvedersi”<sup>43</sup>. “Tutti gli istituti, tutte le leggi possono ricevere questa doppia forma, e benché si diano leggi meramente utilitarie, quelle morali, com’è chiaro, sono insieme utilitarie o economiche, cioè non inutili, ma utili”<sup>44</sup>. Ecco perché il carattere utilitario e pratico prevale comunque nella legislazione. Ma anche nell’attività concreta di applicazione delle leggi, in ambito giudiziario, le cose non stanno diversamente<sup>45</sup>.

Con queste ricostruzioni Croce *non si occupa della norma giuridica*, che costituisce un oggetto decisivo dello studio del diritto come filosofia, per il rapporto fondante che esiste tra *lex* e *ius*. Egli guarda alle attività, alle condotte conformi o difformi rispetto alle norme; non si occupa neppure del *contenuto* delle norme giuridiche rispetto a quelle morali (neanche Kant lo aveva fatto): guardando al diritto come alle azioni ad esso conformi, il suo discorso rimane concentrato sulla qualificazione delle azioni, ma non tocca il parametro normativo che consente la qualificazione. Dal punto di vista del contenuto, si può dire che nella impostazione crociana la morale resta vicina all’imperativo categorico kantiano, relativo all’indicazione di ciò che è bene in sé, giusto in sé, mentre il diritto, quale imperativo ipotetico, persegue scopi di utilità eccentrici (e talora anche opposti) al bene in sé, recependo il bene sempre anche in quanto utile.

## **6. L’utilitarismo di un diritto culturalmente declassato e il ruolo tecnico del giurista. A margine della polemica con Pietro Bonfante**

Il “demansionamento” dell’ambito culturale del diritto a ramo dell’economia era parimenti esteso, come noto, a una sottovalutazione anche delle scienze naturali, della matematica, della fisica etc., come “astrazioni” che non sono vera scienza (vera scienza sarebbe solo la filosofia), ma utilizzano *pseudoconcetti*, perché o non contengono universali (come le leggi naturali a base induttiva, sempre falsificabili), o non riguardano il mondo concreto dell’uomo (come la matematica), perché la realtà in cui si colloca l’universale è sempre storica, è un “universale concreto”, tipico della

---

<sup>43</sup> *Ivi*, 348, con l’aggiunta: “Perfino la pena di morte può essere diretta a questo scopo; e si può reputare non vana la morte se ha dato o ridato al colpevole un giorno, un’ora o un istante di quella vita umana, di quel contatto con l’infinito che egli aveva perduto”.

<sup>44</sup> *Ivi*, 349.

<sup>45</sup> *Op. ult. cit.*, 349-350.

filosofia che è sempre anche storia, un universale calato nella storia, mentre le scienze classificano formule generali che esprimono universali astratti<sup>46</sup>.

Da questo punto di vista il diritto “astratto” condivide la stessa problematicità epistemologica di altri saperi, come le scienze naturali. Un *pregiudizio culturale* rispetto al quale la caratterizzazione tecnica del giurista ha sicuramente offerto validi punti di appoggio, ma si svela totalmente ingeneroso rispetto a una materia che dall’antichità è cresciuta – come Croce sapeva perfettamente<sup>47</sup> – insieme alla morale e dunque la sua forzata separazione nella sfera economica tradisce una svalutazione esiziale.

In ogni modo, la riflessione crociana è sicuramente adatta a descrivere una realtà normativa amorale e immorale, e ad autorizzare il giurista a occuparsi del diritto da puro tecnico, data la separazione insuperabile di quello strumento tecnico dall’eticità. Se lo Stato come la mafia e la camorra possono emanare “leggi”, o norme giuridiche, non sarà attraverso la filosofia del diritto che potrà guadagnarsi la distinzione più esplicitiva tra quelle realtà normative e tantomeno sarà un criterio *interno al diritto* a definirne la moralità, mentre se si preferisce tenersi distaccati da una eccessiva “politicità” del diritto, questa visione utilitaristico-amorale autorizza il giurista a non doversi certo immedesimare con i suoi contenuti.

Tuttavia, è evidente che in questo modo anche il diritto penale conosce una *delegittimazione culturale*: i suoi nessi strettissimi con letteratura, psicologia, teatro, cinema, politica, criminologia, sociologia, teologia, morale, storia del diritto, delle istituzioni etc. vengono liquidati come secondari o inessenziali. La più filosofica e colta delle materie giuridiche positive ne risulta decapitata nelle sue radici umanistiche.

Molto realistico e *ante litteram* invece, appare il messaggio crociano nei confronti degli indirizzi neo-giusnaturalistici costituzionali ed europei che vorrebbero oggi costringere il penalista a *legittimare a ogni costo* le leggi dello Stato, a “santificarle”, e ci ricorda che il momento utilitaristico della legge è insuperabile, anche quando essa persegue il giusto in sé.

Nel ventennio fascista Croce indicherà ai giuristi il compito di diventare filosofi, per elevarsi da un ruolo meramente utilitario<sup>48</sup>, ma solo alcuni potranno seguirlo

<sup>46</sup> Sulla categoria degli pseudoconcetti v. B. CROCE, *Lineamenti di una logica come scienza del concetto puro*, Napoli, Giannini, 1905; *amplius* ID., *Logica come scienza del concetto puro* (1909), 1947<sup>7</sup>, 13-25, 29 ss., 212 ss. (sulle scienze naturali), 237 ss. (sulla matematica). V. pure B. TRONCARELLI, *Diritto e filosofia della pratica*, cit., 84 ss.

<sup>47</sup> Si vedano per es. le interessanti annotazioni di storia della filosofia del diritto, da Tomasio all’Ottocento, in B. CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 359-386.

<sup>48</sup> Riferimenti in A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, cit., 200 ss.

in questo obiettivo. La sua stessa visione del diritto faceva del giurista non un intellettuale, ma un tecnico. Un esito del tutto conforme alle premesse teoriche del tecnicismo. Ecco perché il giurista tecnico, lungi dal rappresentare un antagonista culturale all'idealismo, doveva e poteva restare isolato nel suo *hortus conclusus* purché non accampasse pretese culturali proprie delle discipline storico-filosofico-letterarie al punto di ritenere che quell'eutanasia della filosofia del diritto realizzata nelle teorie generali del primo Novecento (*supra*, § 2) soppiantasse la stessa filosofia ormai ritenuta una disciplina "prescientifica"<sup>49</sup>: di qui una famosa e astiosa polemica tra Benedetto Croce, e solo in forma più rapida ma convergente tra Giovanni Gentile, e il grande romanista Pietro Bonfante<sup>50</sup>, che in una *Prolusione romana* del 1917 delegittimava un possibile ruolo scientifico della filosofia in campo giuridico<sup>51</sup>. La premessa teorica generale di Bonfante non poteva che risultare indigesta agli idealisti: prospettava modelli "naturalistici" di storiografia, conformemente a un suo poco noto, ma amplissimo testo di *Lezioni di filosofia del diritto* edito nel 1900 e ispirato alla rivalutazione del "metodo positivo naturalistico"<sup>52</sup>, vale a dire l'ingresso di saperi sociologici, di evolucionismo degli istituti, tecnici, empirici, che avrebbero comportato una tecnicizzazione della stessa storia del diritto (romano, ma non solo), oltre che del diritto, così affrancandoli dai paradigmi "letterari" dell'idealismo.

Inoltre il diritto romano, per Bonfante, doveva costituire il *background* della formazione giuridica di tutti i laureati in giurisprudenza, dei quadri dello Stato, essendo la sua storia "la storia della genesi stessa del concetto di nazione", e da essa trassero origine "il concetto scientifico della storia e l'impulso della formazione di una vera scienza del diritto". Esso dunque ambiva a possedere, secondo Bonfante, un

---

<sup>49</sup> «Una fase prescientifica nello studio del diritto» secondo il famoso giudizio di P. BONFANTE, *Il metodo naturalistico nella storia del diritto*, in *Rivista italiana di sociologia*, 1917, 67, in nota.

<sup>50</sup> "Senza ombra di dubbio" il "più importante romanista dell'età moderna" secondo A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, in ID. (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Laterza, Roma-Bari, 1990, 286.

<sup>51</sup> Sulla famosissima polemica tra Benedetto Croce e il romanista Pietro Bonfante, v. ora F. ARCARIA, *Storia, diritto e filosofia: la polemica tra Pietro Bonfante e Benedetto Croce (e Giovanni Gentile)* in *Legal Roots*, 2017, 243-290, con ogni opportuno richiamo. Per quanto detto nel testo risulta davvero centrale la sintetica ma puntualissima recensione di G. GENTILE, in *La Critica*, 1917, 254 ss.

<sup>52</sup> Rinvio su tutte queste "premesse" della produzione filosofica non romanistica di Bonfante, e sul vasto dibattito che è seguito alla polemica metodologica contenuta nelle censure di Croce e Gentile, a F. ARCARIA, *Storia, diritto e filosofia*, cit. 258 ss.

primato culturale, e pertanto una diretta concorrenzialità nella pedagogia collettiva che l'idealismo assegnava agli studi filosofico-letterari<sup>53</sup>.

C'era peraltro qualcosa di ancora più grave. Scriveva Bonfante in un passaggio centrale che “la stessa presenza di una cattedra col nome di filosofia del diritto è l'ammonimento della nostra inferiorità. Noi soli siamo ancora dentro alla nebulosa”<sup>54</sup>. Noi soli, a differenza di fisici, chimici, archeologi, glottologi, filologi<sup>55</sup>. E poi, annidato in una nota, l'assunto che “ogni scienza è uscita dal grembo della filosofia. È sul perdurare di questa dipendenza significata dal titolo della cattedra che io richiamo l'attenzione. Esso è per me il simbolo di una fase prescientifica nello studio del diritto, e questo stato di cose non manca di esercitare la sua influenza”<sup>56</sup>.

Già anni prima Bonfante si era fatto promotore di progetti per togliere, a livello ministeriale, i corsi di filosofia del diritto dalle materie obbligatorie della laurea in giurisprudenza per sostituirli con corsi di “Teoria generale del diritto”, e dunque la controversia non appariva solo teorica<sup>57</sup>.

L'opposizione di Croce al possibile demansionamento della filosofia era peraltro paradossalmente convergente con le posizioni “autonomiste” dei giuristi tecnici, perché la sua stessa riduzione del diritto all'utile ne faceva una tecnica culturalmente impermeabile. Ma proprio per questo non avrebbe dovuto avanzare troppe pretese scientifiche! O addirittura di formazione culturale attraverso le antichità romanistiche.

Di fronte a questo indirizzo, pertanto, e al cospetto di una realtà politico-giuridica come quella dell'Italia fascista, assai più immediato e facile per il penalista (mestiere diverso da quello dello storico o del filosofo del diritto) resterà il qualificarsi di fronte al *proprio* diritto vigente, come un tecnico, o anche scienziato del diritto, cioè di norme – pochissima cosa per lo spiritualismo idealistico – “separando” così tutto il retroterra culturale e anche politico, collocato in una *dimensione paral-*

---

<sup>53</sup> Più che una riduzione del diritto e della sua storia a *Naturwissenschaft* vi era la rivendicazione di una *Geisteswissenschaft* più scientifica, più aggiornata, più attenta alle proprie dimensioni evolutive e tecniche, che il vecchio giusnaturalismo e il nuovo idealismo misconoscevano. Una forte accentuazione di questo motivo per il confitto con Croce è presente nella ricostruzione di A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta*, cit., spec. 286-293. Schiavone arriva a ritenere questa polemica come “il punto più alto toccato dal diritto romano nella parabola dell'Italia unita: il compimento di un'ascesa iniziata nel 1871, e fino ad allora mai interrotta” (*ivi*, 292).

<sup>54</sup> P. BONFANTE, *Il metodo naturalistico nella storia del diritto*, cit., 67.

<sup>55</sup> *Ivi*, 66.

<sup>56</sup> *Ivi*, 67 in nota.

<sup>57</sup> Ne riferisce F. ARCARIA, *Storia, diritto e filosofia*, cit., 265.

lela rispetto al momento specificamente giuspositivo del suo compito ermeneutico, e staccando coscienzialmente l'utile dal vero e dal giusto.

## **7. Giovanni Gentile. L'astrattezza della legge e la concretezza-verità delle sole azioni giuridiche individuali, conformi alla legge**

Vi era certo anche una diversa risposta possibile: quella degli intellettuali fascisti. Tra questi il più rappresentativo e "organico" filosofo del regime fu Giovanni Gentile (1875-1944), figura tragica che fa da contrappunto emblematico all'utilitarismo crociano sul tema del diritto.

La filosofia del diritto di Gentile è profondamente divergente da quella di Croce, perché mira a una nuova e diversa immedesimazione tra diritto, politica e morale. Però su un punto i due filosofi idealisti concordano pienamente: il diritto astratto, l'enunciazione della legge, è solo "formula, definizione, di carattere meramente teorico, senza nessun valore pratico. La legge è legge in quanto regolatrice dei singoli atti di volontà; osservarla è possibile soltanto nei casi pratici... Grave errore è pertanto quello che si commette, secondo l'assurda teoria logica dei pseudoconcetti, quando si attribuisce una qualsiasi consistenza alle leggi astratte nella loro fantastica universalità"<sup>58</sup>. Come Croce diceva che la legge dorme nel codice diventando concreta nell'azione individuale, anche Gentile nega valore alla legge astratta<sup>59</sup>, che sarebbe, usando e rivedendo l'analogia nozione crociana, uno "pseudoconcetto"<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> G. GENTILE, *Filosofia del diritto* (1916, 1937<sup>3</sup>), Firenze, Sansoni, 1937, 122. Per una analisi dell'evoluzione del pensiero gentiliano nelle tre edizioni dell'opera cfr. L. PUNZO, *I fondamenti della filosofia del diritto di Giovanni Gentile*, cit., 367 ss.; quanto alla sua origine v. A. VOLPICELLI, *La genesi dei fondamenti della filosofia del diritto di Giovanni Gentile*, in *Giovanni Gentile. La vita e il pensiero*, cit., vol. I, cit., 364 ss.

<sup>59</sup> V. la ricostruzione di G. SOLARI, *Diritto astratto e diritto concreto*, in *Giovanni Gentile. La vita e il pensiero*, a cura della Fondazione G. Gentile per gli studi filosofici, vol. II, Sansoni, Firenze, 1950, 171 ss., spec. 194 ss., 209 ss.

<sup>60</sup> Per Croce "il concetto è sintesi di universale e di individuale; è giudizio sintetico a priori; quindi non sono veri concetti, ma finzioni (nel senso della *factio* vichiana), cioè pseudoconcetti, *tutti* quei concetti che considerano soltanto uno degli elementi costitutivi o l'universale senza l'individuale o l'individuale senza l'universale [...]. Le scienze naturali poggiano sopra concetti empirici senza universalità; la matematica è formata da concetti universali senza concretezza. La disciplina che si occupa dei concetti puri resta per Croce la filosofia, alla quale peraltro è attribuito un carattere storico, tanto da identificarsi con la storia e la storia con la filosofia: ID., *Logica come scienza del concetto puro*<sup>7</sup>, cit., 168 ss. 208 ss.: "l'una e l'altra nascono a un parto", *ivi*, 208. Sulla posizione di Croce e Gentile rispetto alle scienze v. in sintesi S. ZAPPOLI, *Croce, Gentile, le scienze*, in *Croce e Gentile. La cultura italiana e l'Europa*, cit., spec. 153 ss.



Mentre nella matematica o nelle scienze naturali abbiamo nozioni che o sono universali, ma non individuali, o sono individuali, ma non universali – laddove per Croce i veri concetti scientifici sarebbero una sintesi di universale e individuale<sup>61</sup> – anche nel diritto “astratto” avremmo dunque l’universale come mera forma, ma non l’individuale<sup>62</sup>.

“La legge insomma è la forma universale degli atti che si compiono in funzione di essa; e che si devono compiere in quanto sono da essa prescritti. La forma di cui si parla non è vuota forma, se la legge è legge e si dimostra tale; ma ha il suo contenuto nelle singole volizioni. Ciascuna delle quali non è qualche cosa che si aggiunga dall’esterno alla forma universale; anzi è la determinazione che essa, in quanto legge del volere o volere conforme a legge, si dà da se stessa”<sup>63</sup>.

Non esiste dunque veramente la legge come realtà spirituale se da forma astratta non si “invera” in un’azione: e solo in quell’unità, in quell’*azione giuridica* essa diventa universale e individuale insieme. La legge astratta, invece, non è né individuale, né veramente universale. Non è individuale, perché (o finché) nessuno ancora l’ha fatta propria in una decisione concreta; non è universale, perché è ancora solo formalmente universale finché non si compie, e non è di per sé effettiva.

Lo studio del diritto è pertanto anch’esso “astratto”, riguardando un sapere non universale. La realtà del *diritto* rimane così formula vuota senza le decisioni che lo attuano, e dunque non ha la sostanza di concetto “scientifico”, che suppone categorie concrete, attuali, vere nella realtà.

L’attualismo di Gentile, nel campo del diritto, si manifesta esigendo anche qui che sia attuale e vero solo il momento della decisione etica, di quella che il filosofo chiama la “moralità storica” perché è sempre nella storia che anche il pensiero non è più astratto ma un pensiero vivente che non appartiene a un Io empirico particolare, ma a un universale storico<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> V. la nota precedente.

<sup>62</sup> Ampiamente sulla questione dell’astratto e del concreto v. G. SASSO, *Filosofia e idealismo*, vol. II, *Giovanni Gentile*, Bibliopolis, Napoli, 1995, 165 ss.

<sup>63</sup> G. GENTILE, *Filosofia del diritto*, cit., 123.

<sup>64</sup> Non è qui possibile affrontare una sia pur schematica illustrazione dell’attualismo, concentrato nelle tre opere di Gentile *Sommario di pedagogia come scienza filosofica* (1913-1914), *Teoria generale dello spirito come atto puro* (1916) e *Sistema di logica come teoria del conoscere* (1917-1922). Tra le innumerevoli letture generaliste o specialistiche, v. la sintetica esposizione di A. LO SCHIAVO, *Introduzione a Gentile*, Laterza, Roma, Bari, 1986, 61 ss.; ID., *La filosofia politica di Giovanni Gentile*, Armando, Roca, 1971, 145 ss.; cfr. comunque le diverse “testimonianze” di U. SPIRITO, *L’idealismo italiano e i suoi critici*, Le Monnier, Firenze, 1930; G. BONTADINI, *Gentile e noi*, in ID., *Dal problematici-*

Ma se il diritto astratto non è neanche morale, lo è invece, paradossalmente, la politica: “la *politica*, non è diritto, ma *morale*: non è né astratto volere, né astratto voluto. È volere in atto”<sup>65</sup>. Essa si identifica con la morale, perché è volere in atto, non una morale legale ancorata a una definizione scritta, pura forma.

Da queste premesse, peraltro, Gentile arriverà a risolvere il rapporto tra legge ed etica in modo del tutto opposto a Croce, riconoscendo eticità al diritto che si esplica in azioni individuali, conformi all’eticità dello Stato, perché è lo Stato etico che fa una differenza fondamentale nel suo pensiero. Non è dunque vero per Gentile (come invece per Croce) che solo la moralità (o l’etica) sarebbe universale mentre la legalità sarebbe individuale e utilitaristica. Gentile ricollega il rapporto tra diritto e morale a quello tra diritto e Stato secondo un’impastazione di matrice hegeliana, che vede solo nello Stato una vera moralità, che è però sintesi della dialettica tra diritto astratto e volontà individuale. “Operare moralmente è realizzare questa sintesi in guisa che il contenuto del volere sia lo stesso volere, libertà e diritto coincidano e attraverso la sua determinazione il libero soggetto non faccia che realizzare se stesso”<sup>66</sup>.

Vediamo ora perché il rapporto tra diritto e morale viene compreso nel concetto di Stato etico.

## 8. Il diritto come eticità. Il neohegelismo giuridico gentiliano e il modello dello Stato etico

Gentile ricorda che “spetta a Hegel nella storia del pensiero il merito di aver costruito, o come altri direbbe, di avere scoperto, il concetto dello Stato. Prima di lui...non si sospetta nemmeno il carattere spirituale...dello Stato”<sup>67</sup>, venendo concepito per lo più come qualcosa di negativo, come un limite per l’individuo. Erano infatti individualistiche le concezioni giusnaturaliste, incentrate sui diritti

---

*simo alla metafisica*, Marzorati, Milano, 1952, 7 ss.; E. GARIN, *Cronache di filosofia italiana 1900/1943. Quindici anni dopo 1945/1960*, cit., vol. I, 222 ss.; vol. II, 345 ss., 364 ss.; E. SEVERINO, *Introduzione: attualismo e storia dell’Occidente* in G. GENTILE, *L’attualismo*, Bompiani, Milano, 2014, §§ 6-7; A. DEL NOCE, *Giovanni Gentile. Per una interpretazione filosofica della storia contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 1990, 17 ss. Sull’importanza della *Filosofia del diritto* per la comprensione dell’attualismo di Gentile si è soffermato in particolare G. SASSO, *Le due Italie di Giovanni Gentile*, Il Mulino, Bologna, 1998, cap. VII. V. pure quanto ad attualismo e filosofia del diritto A. PINAZZI, *Attualismo e problema giuridico*, cit., spec. 49 ss. (sulla filosofia del diritto di Gentile), 77-268 (sui filosofi gentiliani: Maggiore, Spirito, Volpicelli, Calogero, Cammarata).

<sup>65</sup> G. GENTILE, *Filosofia del diritto*, cit., 128.

<sup>66</sup> *Op. ult. cit.*, 127 s.

<sup>67</sup> G. GENTILE, *Filosofia del diritto*, cit., 103.

dell'individuo contro o verso lo Stato. Lo stesso dicasi per le dottrine contrattualistiche, che riconoscevano lo Stato solo di fronte all'individuo, ipostatizzando il contrasto tra di essi, senza risolverlo in superiore unità. Tutto l'individualismo espresso nelle teorie giusnaturalistiche e poi in quelle contrattualistiche, contiene una negazione dell'essenza dello Stato<sup>68</sup>. Il superamento di queste astratte contrapposizioni viene spiegato per la prima volta nella *Fenomenologia dello spirito* di Hegel<sup>69</sup>: non solo *il soggetto* cosciente della sua individualità diventa *autocosciente* attraverso la dialettica dei processi storici, ma raggiunge una *vera spiritualità* che supera il *materialismo individualistico*, attraverso una concezione di sé non più *naturalistica*, ma *storica*, nella quale lo Stato, per la prima volta, assurge al concetto di "sostanza etica consapevole di sé"<sup>70</sup>.

È questa una delle "maggiori conquiste della coscienza moderna, politica e filosofica"<sup>71</sup>, di fronte all'individualismo che vedeva sempre nello Stato una negazione della libertà. "Nella realtà politica il costume (ethos", in cui la moralità come universalità del volere, si viene attuando e determinando), diventa diritto...Ond'è che lo Stato cessa finalmente di opporsi e sovrapporsi all'individuo, per interiorizzarsi tanto, di quanto l'individuo si oggettiva ed universalizza"<sup>72</sup>.

Fermi i diritti dell'individuo di realizzarsi, e la propria libertà, resta anche il diritto dello Stato di realizzare il proprio ideale: cessa l'opposizione della libertà con la legge o con l'autorità, e chi rimprovera Hegel di autoritarismo o statolatria non com-

<sup>68</sup> *Ivi*, 104 s.

<sup>69</sup> *Ibidem*, 107.

<sup>70</sup> *Ivi*, 108, e qui il richiamo delle fonti hegeliane: v. ora HEGEL, *Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio* (trad. it. di *Enzyklopdie der philosophischen Wissenschaften im Grundriß*, dritte Ausgabe, 1830), Milano, Bompiani, 2000, § 535; e ID., *Lineamenti di filosofia del diritto* (trad. it. di *Grundlinien der Philosophie des Rechts* [1821]), Bari, Laterza, (1913), 1979, § 257. Secondo Gentile il processo storico di autocoscienza dello spirito e della storia dell'individuo ne comporta una crescita spirituale, perché "chi dice autocoscienza dice sapere. Sapere che non è logicamente concepibile come sapere di un soggetto particolare, perché sapere è sempre sapere universalmente" (*Filosofia del diritto*, cit., 109). Tuttavia, anche il processo dell'autocoscienza non è solo teorico sapere, è anche volere. "Ma il volere consapevole è come il sapere stesso, universale. E il soggetto che vuole, vuole sempre ponendosi come soggetto universale. E se sbaglia non se ne può accorgere se non universalizzando, e così correggendo, il proprio volere. La dura scuola della vita è questo imparare a volere, trasformarsi in un volere sempre più universale, svestendosi a volta a volta della forma che, non essendo sufficientemente universale, rispetto a quella che ne palesa la insufficienza, è relativamente particolare" (*ibidem*, 110).

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> *Op.ult.cit.*, 111.

prende l'acquisizione fondamentale della sua ricerca: "l'autorità è la stessa esistenza della libertà; e la libertà fuori della legge è una mera astrattezza"<sup>73</sup>.

Ciò premesso, siamo pronti a comprendere l'eticità dello Stato e quindi del diritto, secondo Gentile.

Per la prima volta con Hegel emerge che l'eticità è il suggello della sostanzialità e spiritualità dello Stato, il quale ha appunto una "realtà spirituale", che in quanto tale non può non possedere un carattere etico<sup>74</sup>. Lo Stato non è un "mezzo" a disposizione degli individui, non è uno strumento, o una cosa, "ma ha in sé quel divino, che è l'essenza della vita morale e di tutta la vita spirituale: la libertà"<sup>75</sup>. Lo Stato opera attraverso la politica che produce il diritto, il quale finché rimane scritto, astratto, non è reale perché ancora non si attua attraverso un atto di volontà che lo realizza. "Nella concreta sintesi della volontà e del diritto, della libertà e della legge, è l'attualità del volere. Il quale, in tale sua attualità, è volere *morale*"<sup>76</sup>. Ma anche la politica si identifica con la morale (morale dello Stato), perché è volere in atto, non è volere astratto, non è diritto, ma appunto morale<sup>77</sup>. Essa però crea il diritto astratto, che a sua volta si traduce in azione morale se viene attuato. L'unità di volontà e diritto che si attua nell'azione, è un atto morale, è morale.

Il concetto di Stato etico, in definitiva, dipende dall'aver concepito lo Stato come sostanza spirituale, identità politica in azione. Il diritto stesso, così rielaborato, riconquista in Gentile una valenza etica attraverso la volontà di chi lo attua.

## 9. La "moralità" dello Stato fascista e il suo diritto penale

Alcuni studiosi sono persuasi che Hegel, che ha re-inventato il concetto dello Stato etico, di per sé già anticipato da Platone ne *La Repubblica* e nelle *Leggi*<sup>78</sup>, a-

<sup>73</sup> *Ivi*.

<sup>74</sup> *Ibidem*, 112.

<sup>75</sup> *Ivi*, 113.

<sup>76</sup> *Ivi*, 127, corsivo originale.

<sup>77</sup> *Op. cit.*, 128, 131.

<sup>78</sup> Certo, ma non soltanto, secondo la lettura hegeliana: cfr. HEGEL, *Vorlesungen über Plato*, in ID., *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie* (1832-1845), Bd. II, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1971, 105 ss. V. sul tema V. CICERO, *Il Platone di Hegel. Fondamenti e struttura delle "Lezioni su Platone"*, Vita e pensiero, Milano, 1998, 257 ss. Sul rapporto tra la paideia platonica e lo Stato, ricordo soltanto le due opposte e paradigmatiche letture (ma non opposte sul ruolo "educativo" dello Stato e delle sue leggi anche penali in Platone): quella filologico-celebrativa di W. JAEGER, *Paideia. Die Formung des griechischen Menschen* (1955<sup>2</sup>), tr. it. *Paideia. La formazione dell'uomo greco*, spec. il vol.

vrebbe corretto alcune sue affermazioni quasi divinizzanti lo Stato, se invece di morire a sessant'anni per un fulminante attacco di colera, avesse vissuto le successive evoluzioni dello Stato prussiano che bene o male costituiva un inevitabile modello storico per le sue costruzioni. Orbene, ciò non dovrebbe esser nulla se si confrontano le vicende politiche dello "Stato etico" di Gentile, concretizzato nel regime fascista dell'Italia degli anni '20-'30 del secolo scorso, fino agli anni della Repubblica di Salò, per la quale Gentile continuò a spendere la sua coerenza politica.

Gentile proclama e declama la moralità dello Stato fascista. Fino in fondo, fino al sacrificio subito per le sue idee<sup>79</sup>. Scendere dalle altezze delle categorie gentiliane alla concreta drammaticità dei referenti storici delle sue elaborazioni non deve sembrare fuor d'opera o ingeneroso. È esattamente ciò che ha tentato di spiegare lo stesso Gentile in numerosi scritti e discorsi sulla eticità dello Stato fascista<sup>80</sup>. La sua filosofia del diritto è dunque coesistente alla riflessione sulla politica e la "morale" dello Stato a lui più vicino. Anche lo squadristico, e la violenza impiegata per raggiungere il potere trovano spazio in questa legittimazione. La "violenza fascista" viene giustificata per la sua temporanea funzione svolta in quella fase che dal movimento condusse allo Stato, e benedetta insieme alla "violenza che è voluta da Dio e da tutti gli uomini che credono in Dio e nella legge che Dio certamente vuole nel mondo"<sup>81</sup> Nessun cenno, però, alle successive violenze di Stato. Si mettono in campo Vico, Alfieri, Mazzini e il Risorgimento, in un climax ascendente di enfasi politico-religiosa per lo *Stato spirituale* che il regime avrebbe rappresentato portando a compimento un *destino nazionale*.

---

II, La Nuova Italia, Firenze, 1963 (anche il vol. III sulle Leggi) a quella ideologica fortemente critica verso il contestato totalitarismo di Platone, di K. POPPER, *The Open Society and its Enemies (1966)*, tr. it. *La società aperta e i suoi nemici*, Armando, Milano, 1998, vol. I, *Platone totalitario*. Più in generale, per un utile raffronto tra La Repubblica e le Leggi di Platone v. R.F. STALLEY, *An Introduction to Plato's Laws*, Hackett Publishing Company, Indianapolis, 1983, spec. i Cap. 8 e 9, su *The Sovereignty of Law e Towards the Ideal State*, 87 ss.

<sup>79</sup> Sulla fine tragica di Gentile rinvio tra le opere più recenti, al di là delle suggestioni complottiste internazionali evocate, all'ampia documentazione del libro di L. MECACCI, *La Ghirlanda fiorentina e la morte di Giovanni Gentile*, Adelphi, Milano, 2014; e alla biografia di G. TURI, *Giovanni Gentile. Una biografia* (1995), Utet, Torino, 2006.

<sup>80</sup> Se ne veda il compendio in G. GENTILE, *Politica e cultura*, a cura di Hervé A. Cavallera, vol. XLV e XLVI delle *Opere complete di Giovanni Gentile*, Casa ed. Le Lettere, Firenze, 1990, 1991.

<sup>81</sup> G. GENTILE, *Che cosa è il Fascismo*, Firenze Vallecchi, 1925, poi in ID., *Politica e cultura*, vol. XLV delle *Opere complete di Giovanni Gentile*, cit., 29; tesi riproposte peraltro anche più tardi, in *L'essenza del fascismo*, 1929, poi in ID., *Politica e cultura*, vol. XLV, cit., 394 ss., nonché in *La filosofia del fascismo*, in *Italia oggi*, 1941, poi in *Politica e cultura*, cit., vol. XLVI, 165 ss., 177 ss.

Pagine tragiche. Al di là dell'accezione tecnica che alcuni filosofi intendono dare a quei termini, le parole veicolano significati che non sono sempre disponibili da parte di chi le usa: sgomento e vergogna, accecamento e ottusità esplodono dal linguaggio e dalla realtà ad esso esterna oltre ogni *self-restraint* disciplinare, quando si voglia qualificare come morali le bastonature omicide dello squadristo, le condanne a morte dei dissidenti, la distruzione dell'attività del Parlamento, le leggi razziali, la dittatura eretta a sistema politico.

Nessun richiamo particolare in Gentile neanche alla legislazione penale di questo Stato<sup>82</sup>, del resto perfettamente legittimato dall'imperante tecnicismo. Ma l'"eticità" dello Stato superava secondo Gentile gli errori e le singole azioni del Governo, derivando dalle *premesse filosofiche sullo Stato in generale*, che il filosofo riprende sistematicamente nei discorsi politico-culturali che affianca a quelli tecnico-filosofici. Ecco che "lo Stato non può non essere sostanza etica"<sup>83</sup>, ma non l'etica individualistica e in fondo materialista dei liberali che non concepiscono la spiritualità dello Stato agnostico di cui hanno solo una visione negativa<sup>84</sup>. Nella sua ultima, importante opera di sintesi, pubblicata postuma, su "Genesi e struttura della società"<sup>85</sup>, si precisa che lo Stato è lo stesso individuo nella sua universalità. Impossibile quindi che non gli competa la stessa moralità dell'individuo, quando nell'individuo lo Stato non sia un presupposto – limite della sua libertà – ma la stessa attualità storica del suo volere<sup>86</sup>. Chi nega a tale Stato l'eticità si contraddice, afferma Gentile pensando forse agli antifascisti, in quanto lo fa perché non è il suo Stato, ma "quello degli altri", eppure se gli si tributasse il riconoscimento politico della sua azione non gli si negherebbe l'eticità che ora gli si disconosce<sup>87</sup>. E in effetti ogni forma di Stato e di governo pretende di essere riconosciuta anche per una sorta di vincolo morale e non solo legale da parte dei suoi componenti, oggi come allora, e come allora è possibile una di-

---

<sup>82</sup> Cfr. soprattutto L. LACCHÈ, a cura di, *Il diritto del Duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, Donzelli, Roma, 2015; M. SARFATTI, *Gli ebrei nell'Italia fascista. Vicende, identità, persecuzione*, Einaudi, Torino, 2000; G. NEPPI MODONA - M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in *La criminalità, Storia d'Italia. Annali*, vol. 12, Einaudi, Torino, 1997, 759 ss.; G. DODARO, *Giuliano Vassalli penalista partigiano*, Aracne, Canterano (RM), 2018, 95 ss., 121 ss.; D. SICILIANO, *Della violenza nel diritto penale fascista. Il caso della legittima difesa a tutela del patrimonio*, Libreria Alfani, 2018, V. pure il classico A. ACQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario* (1965), Einaudi, Torino, 1995.

<sup>83</sup> G. GENTILE, *Che cosa è il Fascismo*, cit., p. 33; ID., *La filosofia del fascismo*, cit., 179 s.

<sup>84</sup> *Op.ult.cit.*, 172 ss.

<sup>85</sup> G. GENTILE, *Genesi e struttura della società* (1943), in *Opere complete di Giovanni Gentile*, IX, Casa ed. Le lettere, Firenze, 1945.

<sup>86</sup> G. GENTILE, *Genesi e struttura della società*, cit., 67.

<sup>87</sup> *Ibidem*, 67 s.

versa lettura pedagogica della funzione, al di là del contenuto, della legge<sup>88</sup>. Ma è soprattutto lo Stato che ri-nasce da un contratto – e dunque da un neo-contrattualismo del tutto negato dalla tradizione hegeliana – ad assicurare ai singoli un valore originario che non potrà dissolversi nell’organismo totalitario del Leviatano e del suo diritto pubblico. E che dunque deve essere visto, nella visione gentiliana, come un errore individualistico e liberale.

## 10. Spiritualismo penale di Gentile

Il diritto penale, quel diritto penale che l’illuminismo aveva rifondato sui diritti dell’individuo verso lo Stato, che ruolo “filosofico” può avere in questo contesto?

Dell’eredità classica gli idealisti, crociani e gentiliani, conservano e difendono il valore della libertà individuale quale fondamento della responsabilità, e anche per questo combattono i positivisti<sup>89</sup>, ma in Gentile tale idea è tutt’uno con la responsabilizzazione attraverso la morale e il diritto dello Stato. È così che Gentile aveva criticato da tempo, insieme alla filosofia del positivismo, anche la Scuola positiva di Lombroso, di Garofalo e di Ferri<sup>90</sup>. In quella critica si trova l’essenza della sua conce-

<sup>88</sup> Lettura presente, per es., in un allievo non certo fascista di Gentile, Guido CALOGERO, *Etica, giuridica, politica*, Einaudi, Torino, 1947.

<sup>89</sup> Tutti i principali studi sul neoidealismo ricordano questo tratto comune antipositivistico, al di là delle diversità delle correnti idealiste italiane. Merita di essere ricordato, tuttavia, un breve scritto di B. CROCE, *Responsabilità*, in ID., *Frammenti di etica*, Laterza, Bari, 1922, 102 ss., dove il filosofo critica i positivisti e i naturalisti per il credo nel determinismo e la rozzezza della loro visione meccanicistica. Tuttavia egli ammette che siamo assai più condizionati di quanto si possa pensare, consapevoli dei limiti che ci fanno agire in modo quasi necessitato, sì che l’individuo non è pienamente responsabile della sua azione, ma è fatto responsabile dalla società e dalle leggi (*ivi*, 103 s.). Il vero fondamento della sua responsabilità è nella capacità di intendere, che non deve mancare; risiede qui il “presupposto delle pene e dei premi” (*ivi*, 105), ciò che assicura comunque alla pena ricevuta un “valore energetico sulle coscienze...la condizione per un cambiamento volitivo” (*ibidem*). Questa ambigua concessione all’idea che non si è propriamente responsabili, ma si è fatti responsabili, attirerà su Croce una forte critica da parte di U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, cit., 211 ss. Tuttavia si trattava più che di una forma di cripto-determinismo, del riconoscimento (anche se in parte ambiguo nelle espressioni usate) della condizionabilità del volere che è il presupposto stesso della responsabilizzazione da parte della legge: una condizionabilità di cui la norma giuridica è peraltro solo uno dei numerosi fattori, insieme allo stesso atto volitivo.

<sup>90</sup> G. GENTILE, *Cesare Lombroso e la Scuola italiana di antropologia criminale*, cap. sesto di *I positivisti*, libro II di ID., *Le origini della filosofia contemporanea in Italia* (Principato, Messina, 1917-1923, 3 voll.) poi in ID., *Storia della filosofia italiana*, a cura di E. GARIN, vol. II, Sansoni, Firenze, 1969, 308 ss. Pagine di rara brillantezza e *vis polemica*, come quelle (memorabili) su Roberto Ardigò (*ivi*, 351-



zione penalistica, o meglio dei riflessi penali del suo pensiero “spirituale”, antimaterialista, ma proprio per questo in definitiva anche antiliberalista<sup>91</sup>. Lombroso e la sua Scuola hanno grandi meriti sul piano empirico, secondo Gentile, per le riforme sanzionatorie propugnate, l’attenzione ai profili individuali, la miglior conoscenza di statistiche e tipologie di autori, etc.; invece, sul piano teorico i loro scritti sono pieni di “contaminazioni” di materialismo semplicistico e positivismo filosofico che riducono l’uomo ad anatomia e la pena a selezione naturale. “Il genio come il delinquente sono uomini, sono spirito...normali e anormali sono sempre spirito”<sup>92</sup>. Invece, nella concezione lombrosiana “l’anima non è più vista; non c’è più. E qual meraviglia che le mute ossa degli spiriti magni insanguinati col mozzo capo il sangue che lasciò sul patibolo i delitti? Il Parini e il ladro non sono più in quel capo mozzo. E il bravo Lombroso, da medico che non cura anime e non studia pensieri, ma squadra cranii e osserva urine, non s’accorse mai di questo piccolo inconveniente; cioè che egli non ha mai studiato il genio dei genii, né la delinquenza dei delinquenti. Si vanta bensì, egli e i suoi, di aver sostituito allo studio del delitto proseguito dalla vecchia criminologia lo studio del delinquente. Ed è vero che quel delitto era un’idea astratta; ma è anche vero che il delinquente del Lombroso non è delinquente – lo spirito che delinque e che solo può delinquere – ma il corpo del delinquente, che non può delinquere mai”<sup>93</sup>.

Il positivismo, inoltre, liberava l’uomo dalla responsabilità e dallo Stato, di fatto incolpando la natura o la società per il cattivo funzionamento del delinquente. In questa despiritualizzazione della responsabilità c’era anche il misconoscimento dello Stato come valore etico, perché lo Stato non ha nessun valore etico se gli individui sono meccanismi coartati e destinati a delinquere o a obbedire, a seconda delle precondizioni naturalistico-sociali che li azionano. È tutta una concezione del mondo a diventare improponibile, ma non solo per Gentile.

---

388), disseminate in tutto il libro, contro i positivisti in generale. Il tomo su *I positivisti* è ripubblicato anche nelle *Opere complete di Giovanni Gentile*, vol. XXXII, Casa ed. Le lettere, Firenze, 2003.

<sup>91</sup> Liberalismo come materialismo sono concetti di cui è disseminata l’opera gentiliana. In seguito, l’intensificarsi dello statualismo accentuerà anche i tratti anti-individualistici in modo coerente a quelle premesse, per collocare la vera spiritualità nello Stato, anziché nella persona del singolo. Che questo esito sia davvero spiritualista, e non piuttosto aperto a tutte le deviazioni materiali ed “eticopolitiche” della *civitas terrena*, si è palesato nella vita stessa di Giovanni Gentile.

<sup>92</sup> *Op.ult.cit.*, 314.

<sup>93</sup> *Op.ult.cit.*, 315.

Se non ci fu mai una filosofia “ufficiale” del fascismo, ma solo una “dottrina”<sup>94</sup>, la filosofia del diritto penale nazionale del tempo c’era eccome, e dal punto di vista del Governo era già stata espressa in modo straordinariamente lucido dal Guardasigilli Alfredo Rocco, nella sua *Relazione introduttiva* al codice penale del 1930, *in termini quasi gentiliani*<sup>95</sup>: “il Regime politico instauratosi in Italia dopo la guerra vittoriosa non fu un semplice mutamento di Governo, ma una sostanziale e profonda trasformazione dello Stato. Tale trasformazione attinge la sua giustificazione storica a tutto un nuovo sistema di filosofia sociale, politica e giuridica che può ben dirsi propria del Fascismo. Per esso lo Stato è concepito come un organismo, ad un tempo, economico e sociale, politico e giuridico, etico e religioso...lo Stato non più si rappresenta come la somma aritmetica degli individui che lo compongono, bensì come la risultante, la sintesi o composizione degli individui, delle categorie e delle classi che lo costituiscono, avente propria vita, propri fini, propri bisogni e interessi che trascendono per estensione e per durata la vita stessa degli individui...e si estendono a tutte le generazioni passate, presenti e future. A tali preminenti fini e interessi che sono i fini e interessi statuali debbono, dunque, venire subordinati, nel caso di eventuali conflitti, tutti gli altri interessi individuali o collettivi”<sup>96</sup>.

E poi ancora: “quale organismo etico-religioso, lo Stato ci appare come la Nazione medesima, in esso organizzata, cioè come un’unità non solo sociale, ma altresì etnica, legata da vincoli di razza, di lingua, di costume, di tradizioni storiche, di moralità, di religione, e vivente, quindi, non di puri bisogni materiali o economici, ma anche e soprattutto, di bisogni psicologici e spirituali, siano essi intellettuali o morali o religiosi”<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> Cfr. A. TARQUINI, *Il Gentile dei fascisti. Gentiliani e antigentiliani nel regime fascista*, Il Mulino, Bologna, 2009, 213 ss., 216.

<sup>95</sup> Corrispondenti del resto alla concezione dello Stato esposta nella famosa voce *Fascismo. Dottrina*, in *Enc. Italiana Treccani*, vol. XIV, 1932, (847) 850, redatta da G. Gentile e firmata da B. Mussolini. Su convergenze e differenze tra le posizioni culturali e politiche di Gentile e Alfredo Rocco, v. A. TARQUINI, *Alfredo Rocco e Giovanni Gentile. Riflessioni su Stato, nazione e politica di un regime totalitario*, in *Alfredo Rocco: dalla crisi del parlamentarismo alla costruzione dello Stato nuovo*, a cura di E. GENTILE, F. LANCHESTER, A. TARQUINI, Carocci, Roma, 2010, 83 ss., 109 ss.

<sup>96</sup> Alfr. ROCCO, *Relazione del Ministro Guardasigilli al Re*, per l’approvazione del testo definitivo del codice penale, in *Codice penale*, a cura del Ministero della Giustizia e degli Affari di culto, Istituto poligrafico dello Stato. Libreria, Roma, 1930, 6; v. pure ID., *La dottrina del Fascismo e il suo posto nella storia del pensiero politico*, Stabilimento Tipografico la Periodica Lombarda, Milano, 1925; ID., *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato liberale allo Stato fascista*, Roma, “La Voce” Anonima Editrice, 1927, spec. 5-31 (Introduzione) e 99 ss. (Legge sulla difesa dello Stato).

<sup>97</sup> Alfr. ROCCO, *Relazione del Ministro Guardasigilli*, cit., 6-7.

Nel pensiero di Giuseppe Maggiore, penalista palermitano illustre, romanziere e filosofo di formazione gentiliana<sup>98</sup>, da una premessa in sé ripetuta anche ai giorni nostri, cioè che dalla concezione dello Stato discende la concezione del diritto penale<sup>99</sup>, emergeva un altro concetto caratterizzante scolpito per le menti dello Stato totalitario, cioè che il reato – contro tutta la tradizione individualistico-illuminista – non offende individui o leggi, ma lo Stato. Maggiore va ben oltre Rocco: ogni delitto è un *crimen laesae maiestatis*, un delitto politico, che aggredisce l'ordine etico-giuridico e l'onore dello Stato<sup>100</sup>; mal tollerato lo stesso principio di legalità che il codice invece conservava, insieme al divieto di analogia, esso va ora declinato nel senso che in caso di incertezza giuridica – non di incertezza di fatto – occorre ispirarsi “al principio *in dubio pro republica* che prende il posto, nello stato totalitario, dell'antico *in dubio pro reo*”<sup>101</sup>, e si prospetta una sua integrazione estendendo la nozione di reato anche alle offese all'autorità dello Stato “secondo lo spirito della Rivoluzione fascista e la volontà del Duce unico interprete della volontà del popolo italiano”<sup>102</sup>.

I giuristi tecnici non erano tenuti a una simile adesione “morale”, ma di fatto l'hanno accompagnata lungo tutto il Ventennio<sup>103</sup>.

Non possiamo adesso proseguire questa narrazione, ma vediamo di concludere il discorso sull'eredità dell'idealismo, che come abbiamo oramai compreso non è unitaria, come differenziatissima è quella stessa corrente di pensiero<sup>104</sup>.

---

<sup>98</sup> V. più in generale sul pensiero di Giuseppe Maggiore filosofo idealista A. PINAZZI, *Attualismo e problema giuridico*, cit., 79 ss. Per un bilancio conclusivo e un successivo distacco dall'attualismo di Gentile, v. comunque lo stesso G. MAGGIORE, *Il problema del diritto nel pensiero di Giovanni Gentile*, cit., 231 ss.

<sup>99</sup> G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939, 149.

<sup>100</sup> *Ibidem*, 155.

<sup>101</sup> G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, cit., 159, dove pure si richiama la possibilità di far riferimento alla volontà del Duce, cioè del Capo, “che non parla attraverso il parlamento e le sue [loro] leggi, ma si esprime rivolgendosi direttamente al popolo, dei cui sentimenti e dei cui ideali è l'unico interprete” (*ibidem*).

<sup>102</sup> *Ivi*, 160.

<sup>103</sup> V. per tutti la pur comprensiva lettura M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo* (già in QF 1999) in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2009, 1001 ss.; ID., *Il problema penale* (2001) in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, vol. I, Giuffrè, Milano 2009, 671 ss.; ma v. anche G. DODARO, *Giuliano Vassalli penalista partigiano*, cit., 95 ss., 121 ss.; D. SICILIANO, *Della violenza nel diritto penale fascista*, cit., 83 ss., 105 ss.

<sup>104</sup> Differenziatissima in generale (v. il bilancio a più voci in *Il neoidealismo italiano*, a cura di P. DI GIOVANNI, cit., 211 ss.), ma anche nella filosofia del diritto. Cfr. il conforme giudizio nel bilancio a metà del secolo scorso di P. PIOVANI, *L'attuale filosofia del diritto in Italia*, in *Momenti della filosofia giuridico-politica italiana*, Giuffrè, Milano, 1951, 36. E un quarto di secolo più tardi, a idealismo ormai defunto, v. l'inventario di V. FROSINI, *L'idealismo giuridico italiano*, cit., 28 ss.

## 11. L'insuperato problema della legittimazione non populista, secondo il *ius*, di una *lex* maggioritaria

Chi legittima il diritto sul piano sostanziale? Il contrasto tra Croce e Gentile sul punto appare insuperato.

Lo scetticismo etico-giuridico di Croce non scalda il cuore, ma preserva da adesioni fatali allo Stato etico<sup>105</sup>. La passione etico-politica di Gentile è un'autostrada che termina in un abisso. Nessuna di queste avventure concettuali, che il penalista incontra solo tangenzialmente sul suo cammino, è stata davvero rielaborata nella nostra tradizione culturale giuridico-*penale*<sup>106</sup>. Entrambe le letture dei due maggiori filosofi idealisti hanno una comprensione limitata del diritto<sup>107</sup>, ma pongono drammaticamente il tema della legittimazione: per il tecnico-giuridico era un argomento pre-supposto e non discusso, come un postulato. Lui era un apoto, che non se la beveva, perché appena cominciava a solidarizzare con il nuovo diritto non c'era via d'uscita dalla fascistizzazione della "scienza". Per il liberale Croce l'onere della legittimazione riguardava parimenti l'etica e la filosofia, prima che il diritto, suo strumento. Per Gentile, invece, costituiva il centro del problema dello Stato e della sua eticità, essendo il diritto la moralità dello Stato.

Oggi che il giurista è *quasi obbligato a legittimare la legislazione* mediante *interpretazioni conformi* nazionali ed europee, questa lezione storica non deve essere dimenticata: erano sistemi che non avevano conosciuto Auschwitz, che ha cambiato tutto nella nostra coscienza<sup>108</sup>. Perché dopo l'Olocausto e Norimberga, ma anche dopo Hiroshima e Nagasaki, non ci sembra ancora retorica dover rifondare continuamente i diritti e le leggi su premesse che non possono apparire sufficientemente garantite né dall'obbedienza a una legge valida, né da un consenso popolare totalitario, ma neppure da Carte dei diritti quotidianamente riscritte nel contenuto normativo

<sup>105</sup> Veramente CROCE, *Lo stato etico*, in ID., *Etica e politica*<sup>4</sup>, Laterza, Bari, 1956, 183 ss. ribadisce la amoralità dello Stato, perché pensa sempre a Machiavelli e sa che non si governa "coi paternostri", ma riconosce anche che "lo Stato è un valore morale" anche nella sua laicità, nel suo secolarismo, e dunque non mantiene la astratta contrapposizione fra amoralità ed eticità, risolvendola nel miracolo della "dialettica" tra quelle posizioni contrapposte, poli appunto superabili solo dialetticamente dell'agire storico (*ivi*, 185 s.).

<sup>106</sup> V. comunque gli scritti cit. *supra*, nota 19.

<sup>107</sup> V. ancora V. FROSINI, *L'idealismo giuridico italiano*, cit., 31 s. che accomuna marxismo e idealismo in un giudizio negativo, sotto questo aspetto, di incomprendimento del diritto: sovrastruttura per il primo, astrattismo o volere già voluto e inattuale per il secondo.

<sup>108</sup> Con diverse ma convergenti argomentazioni cfr. M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il neo-illuminismo penale tra lex e ius*, Mucchi, Modena, 2019, § 10; M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2017, 45 ss.

dalle Alte Corti, pseudo-depositarie della *public Reason*<sup>109</sup>. La ricerca dei fondamenti, da allora, appare sempre in bilico tra nuovi contrattualismi (magari ermeneutici), appelli alle mitologie populistiche o elettorali – quelle che *ex post facto*, dopo un appuntamento elettorale, ricostruiscono miracolosamente un nuovo volere collettivo, una “volontà” che propriamente non esiste se non dopo un conteggio numerico: un’astuzia della ragione o della forza – e sacralizzazioni dei testi fondanti. Una storia nazionale i cui momenti di maggior gloria ideale o collettiva sono stati il Rinascimento, il Risorgimento e la Resistenza, mentre la Rivoluzione scientifica è stata soffocata da roghi e abiure, ha inconsapevolmente indotto molti di noi a cercare la moralità del diritto nella Costituzione del 1948, prima illuministicamente, e poi giudizialmente e dialetticamente (tra diversi attori e interpreti) rivisitata, piuttosto che nei semplici codici o nelle leggi ordinarie: nel *ius*, piuttosto che nella *lex*<sup>110</sup>, troppo disseminata nei secoli tra Imperi, Regni, Principati, Signorie, Comuni e Stati stranieri, e ancora oggi decostruita tra molteplici fonti plurilivello, nazionali e sovranazionali. Da questo punto di vista, lo scetticismo crociano e lo spiritualismo di Gentile hanno avuto modo di trasfigurarsi e ricomporsi in nuove dialettiche che però conservano – a saperle vedere – le tracce di una storia antica e presente. Si tratta peraltro di una eredità politica e non meramente filosofica che rischia di trasmettere più fiducia nei principi e dunque *oggi* nel controllo giudiziario sulla politica, piuttosto che nella legislazione ordinaria o nelle stesse virtù repubblicane<sup>111</sup>. Se questa è la sua *misfortune*, noi non siamo peraltro rassegnati a tale eredità come a un dato insuperabile. È sempre il *ius* che legittima la *lex*, ricostruendo la sua ragione pubblica: verifica giuridica peraltro collettiva, dunque non solo giurisdizionale, dei prodotti legislativi in un contesto di diritto e di diritti sovraordinati al risultato di una maggioranza che spesso sa motivare le leggi solo in forma populistico-epidittica.

---

<sup>109</sup> A chi spetti veramente esprimere la ragione pubblica è un problema al quale è dedicato lo studio M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica*, cit.

<sup>110</sup> *Op. ult. cit.*, dove è ampiamente tematizzata la dialettica tra *lex* e *ius*.

<sup>111</sup> Come noto, lo scetticismo epistemico crociano verso i diritti universali (in quanto espressione di un “superato” giusnaturalismo o tautologie di valore del tutto storico e non universale: tra vari interventi, B. CROCE, *Per una dichiarazione dei diritti dell’uomo*, in *Due anni di vita politica italiana (1946-47)*, Laterza, Bari, 1948, 115 ss.; ID., *Filosofia della pratica*, cit., 323 ss.) e verso il diritto-astratto in genere, non era disgiunto, nella sua *vision*, da una profonda fede liberale ed “europea” in quella che si può definire la morale e la religione della libertà: B. CROCE, *Storia d’Europa nel secolo decimonono* (1932), Adelphi, Milano, 2007, cap. I (“La religione della libertà”). Sulla “storia della critica” di questo fortunato motivo crociano, v. M. VIROLI, *Come se Dio ci fosse. Religione e libertà nella storia d’Italia*, Einaudi, Torino, 2009, 279 ss., 295 ss.