

## L'eredità filosofica di Vico in Nicola Nicolini giureconsulto napoletano

Mauro Ronco

*Università degli Studi di Padova*

### **Abstract: The Philosophical Legacy of Vico in Nicola Nicolini, Neapolitan Jurist.**

Philosophers and scholars of Criminal Law have almost forgotten the great jurist Nicola Nicolini, famous exponent of legal science in Naples during the Restoration period. His scientific industriousness was extraordinary both in Criminal Law and in Procedure Law, and also in the judicial system theories. He stood out for his studies about history and philosophy of law. This paper presents his theory about punishment which deepens the admirable intuitions of Gianbattista Vico.

**Keywords:** Punishment, Deterrence, Reparation, Correction, Retribution.

**Sommario:** 1. Cenni biografici. – 2. Gli echi della sua figura in Napoli e nell'Italia dell'800. – 3. La fama guadagnata in Francia dalle opere di Nicolini. – 4. La teoria di Vico sulla penalità. – 5. Gli approfondimenti di Nicolini sul tema della pena. – 6. La pena nella società civile.

### **1. Cenni biografici**

Non può non destare un notevole stupore il fatto che la dottrina penalistica italiana abbia quasi del tutto dimenticato l'opera di Nicola Nicolini che illustrò in modo preclaro la scienza del diritto penale nel primo cinquantennio del secolo XIX come avvocato, come magistrato, come riformatore delle leggi penali e come docente di diritto penale nella prestigiosa cattedra della Regia Università napoletana.

Qualche breve tratto del suo *cursus honorum* è indispensabile per comprenderne l'eccezionale cultura umanistica, l'opera di giurista, i compiti che egli svolse, l'impianto della sua dottrina e i frutti scientifici delle sue instancabili fatiche intellettuali.

Nicolini fu un giureconsulto completo quale raramente accade di incontrare in tutta la storia dell'Italia moderna. Egli svolse, infatti, con grande magnanimità, la nobile professione di avvocato; esercitò esemplarmente le funzioni di Procuratore Generale presso la Corte criminale di Terra di Lavoro (1808-1810) e poi di avvocato penale presso la Corte Suprema di giustizia di Napoli (1832-

1841). Fece parte delle Commissioni di riforma dei codici istituite dal re Gioacchino Murat nel 1810 e nel 1814; fu chiamato all'inizio della Restaurazione con decreto del 2 agosto 1815 nella Commissione incaricata della compilazione dei codici di diritto e procedura e fu l'artefice dei primi due libri delle leggi penali e dei primi due libri della procedura penale<sup>1</sup>. Con decreto reale del 17 novembre 1831 fu nominato professore di Diritto penale dell'Università degli studi di Napoli; il 18 luglio 1851 fu nominato socio ordinario della Reale Accademia delle scienze morali e politiche di Napoli; dal 1841 al 1848 fu Ministro Segretario di Stato senza portafoglio per volontà di Ferdinando II di Borbone. Infine, a coronamento di una vita dedicata alla promozione della giustizia nel Regno, fu nominato con decreto del 20 marzo 1854 primo presidente della Suprema Corte di giustizia di Napoli.

Nicolini fu vero filosofo e storico del diritto e della procedura penale, nonché interprete acutissimo, con una amplissima visione storica, del sistema ordinamentale giudiziario del Regno napoletano. Egli fu studioso teorico e giureconsulto pratico che seppe mirabilmente unire teoria e pratica per l'amministrazione della giustizia secondo umanità e civiltà. I nove volumi della Procedura penale scritti e pubblicati nel periodo 1827-1831, allo stesso modo che i sei volumi delle *Quistioni giuridiche*, pubblicati tra il 1835 e il 1841, costituiscono monumenti imperituri della scienza e della saggezza giuridica<sup>2</sup>.

## 2. Gli echi della sua figura in Napoli e nell'Italia dell'800

Il compianto per la sua morte (5 marzo 1857) fu vasto e profondo. Gli onori funebri gli furono tributati dalle figure più eminenti del foro e della curia napoletana<sup>3</sup>. Giovanni De Falco, alto magistrato napoletano e poi Ministro di Grazia e Giustizia del Regno d'Italia, ne dettò una ricca biografia<sup>4</sup>; Stanislao Falconi, Procuratore generale presso la Corte Suprema di giustizia, pronunciò innanzi al feretro un encomio solenne<sup>5</sup>; il socio seniore della Reale Accademia delle Scienze Giorgio Masdea fece un discorso di elogio pieno di gratitudine per l'opera compiuta nella Sezione morale dell'Accademia<sup>6</sup>. Non mancò la voce del

<sup>1</sup> P. Calà Ulloa, *Di Niccola Nicolini. Delle sue opere e dottrine in ragion penale*, tipografia di G. Rusconi, Napoli, 1857: Niccola Nicolini nacque in Tollo negli Abruzzi nel 1772 da Giambattista Nicolini e Teresa de Horatiis; fu educato dallo zio abate Luigi Nicolini, compì a Chieti gli studi di umanità e filosofia e giunse nel novembre del 1789 a Napoli. Morì a Napoli il 4 marzo 1857.

<sup>2</sup> N. Nicolini, *Della procedura penale del Regno delle Due Sicilie*, stamperia M. Criscuolo, Napoli, Parte Prima, I-III, 1828; Parte Seconda, I-III, 1829; Parte terza, I-III, 1830-1831; Id., *Quistioni di diritto trattate nelle conclusioni, ne' discorsi e in altri scritti legali*, tip. Dicesina, Napoli, I-VI, 1835-1841, poi pubblicate in due volumi con il titolo *Le quistioni di diritto*, Jovene, Napoli, 1870.

<sup>3</sup> *Onori funebri al comm. Niccola Nicolini nel 5 marzo 1857*, tip. Dicesina, Napoli, 1857.

<sup>4</sup> G. De Falco, "Cenno biografico di Niccola Nicolini", in *Onori funebri al comm. Niccola Nicolini*, cit., pp. 1-32.

<sup>5</sup> S. Falconi, "Sul feretro di Niccola Nicolini", *ivi*, pp. 35-44.

<sup>6</sup> G. Masdea, "Discorso", *ivi*, pp. 45-48.

Foro nelle parole dell'avvocato Leopoldo Tarantini, che ne esaltò la scienza "speculativa e pratica al tempo istesso, trascendentale senza mai scompagnarsi dalla utilità", onde "potea dirsi la vera umanazione del pensiero, la vera incarnazione della legge"<sup>7</sup>.

L'Abate Antonio Mirabelli ne lodò l'altissimo ingegno grazie a cui "con ardimento straordinario capitanò quello splendido drappello che in Italia fecero testa al bastardume e alla licenza, e nelle scienze morali e politiche serbaron viva la tradizione dei nostri antichi. La maschia tempra del suo ingegno infin da' primi anni della sua giovinezza, lo condusse a Dante, e al Vico, e da costoro trasse il tipo della vera grandezza italiana"<sup>8</sup>. Ne menzionò pure il "sentimento del giusto"<sup>9</sup> nonché il radicarsi della sua vita "nel Cattolicismo, da cui traeva quell'accordo stupendo della sua vita interiore, ed esterna"<sup>10</sup>.

In vita la sua opera fu apprezzata da Giovanni Carmignani<sup>11</sup>, da Cesare Cantù che aveva lodato nel 1841 i nove volumi della *Procedura penale del Regno delle Due Sicilie*<sup>12</sup>, nonché da Pellegrino Rossi<sup>13</sup>. Importante fu la sua copiosa corrispondenza con Carmignani, che ne lodò le *Quistioni di diritto*<sup>14</sup>. Ebbe altresì una corrispondenza con i più grandi studiosi germanici, da Friedrich Carl von Savigny<sup>15</sup>, con cui si trovò in grande consonanza di pensiero e di cui fu vero amico (all'apprendere la nomina alla magistratura e alla cattedra di Nicolini, Savigny in una lettera del 30 luglio 1834 gli scrisse: "*La nouvelle de votre nomination à la magistrature et à la chaire fait le plus grand honneur à votre gouvernement, qui prouve par là de savoir apprécier les talents et les caractères dignes de confiance*"<sup>16</sup>) a Karl Mittermaier a Charles Lucas<sup>17</sup>. Riscosse

<sup>7</sup> L. Tarantini, "Parole", *ivi*, pp. 52-54.

<sup>8</sup> A. Mirabelli, "Discorso", *ivi*, pp. 55-60, in particolare p. 56.

<sup>9</sup> *Ivi*, p. 57.

<sup>10</sup> *Ivi*, p. 59.

<sup>11</sup> G. Carmignani, "Lettera del Cav. professore Giovanni Carmignani al signor avvocato Vincenzo Salvagnoli sull'opera del Sig. Niccola Nicolini 'Della procedura penale nel regno delle Due Sicilie' ec. Vol. 1 e 2 della prima parte", in *Antologia*, XXXIV (aprile 1829), n. 100, fasc. 2, pp. 64-74, ripubblicata in *Delle opere legali e della vita di Niccola Nicolini esame fatto dal sig. Ortolan professore di legislazione penale comparata alla facoltà di diritto in Parigi*, Stabilimento tipografico nel Reale Albergo dei Poveri, Napoli, 1850, pp. 87-101.

<sup>12</sup> C. Cantù, "Giudizio di Cesare Cantù sulla procedura penale di Niccola Nicolini, pubblicato già in un giornale di Milano e poi riprodotto in Napoli in più altri giornali", in *Delle opere legali e della vita di Niccola Nicolini*, cit., pp. 103-111.

<sup>13</sup> Cfr. la lettera di Pellegrino Rossi a Niccola Nicolini, datata Ginevra 1832, pubblicata in F. Nicolini, *Niccola Nicolini e gli studii giuridici nella prima metà del secolo XIX. Scritti e lettere*, III, *Lettere*, tip. F. Giannini, Napoli, 1907, p. 106 s. Pellegrino Rossi fu nominato Ministro dell'Interno degli Stati della Chiesa dal beato Pio IX nel governo del settembre 1848. Fu assassinato il 15 novembre 1848.

<sup>14</sup> Cfr. la corrispondenza tra Nicolini e Carmignani pubblicata *ivi*, pp. 81 ss.

<sup>15</sup> Cfr. la corrispondenza tra Nicolini e Savigny pubblicata *ibidem*.

<sup>16</sup> F.C. Savigny, "Lettera di Federico Carlo di Savigny a Nicolini", Berlin 30 juillet 1884, *ivi*, p. 138.

<sup>17</sup> Cfr. la corrispondenza pubblicata *ivi*, pp. 81 ss.

l'ammirazione dell'insigne criminalista francese Joseph-Louis-Elzéar Ortolan<sup>18</sup>, autore delle importanti *Introduction philosophique* e *Introduction historique au cours de législation pénale comparée*<sup>19</sup>; di Eugène Flotard, che ne presentò l'opera in Francia, di cui pubblicò anche degli stralci in traduzione francese, preceduti da un'introduzione sulla storia della legislazione criminale del Regno delle Due Sicilie e sulle opinioni filosofiche di Nicolini<sup>20</sup>, di Eduard Laboulaye, che ne lodò le parti della *Procedura penale* dedicate alle leggi criminali romane, ritenendolo "il primo criminalista d'Italia"<sup>21</sup>, e di A.M.J.J. Dupin, che definì l'autore della *Procedura penale* "l'aigle du Barreau"<sup>22</sup>.

Dopo la sua scomparsa Pietro Calà Ulloa scrisse un breve trattato sulla sua figura, mettendone in luce l'alta ispirazione ideale e la forte coscienza storicistica, oltre che la sua somma perizia giuridica<sup>23</sup>. Lo ricordò ancora Giuseppe Madia introducendo la seconda edizione de *Le Quistioni di Diritto*<sup>24</sup> e, infine, Giovanni Lomonaco che vide in Nicolini un'eccelsa espressione del foro napoletano, capace di unire mirabilmente teoria e pratica<sup>25</sup>.

Enrico Pessina, che ne fu successore nella Cattedra di Diritto penale dell'Università di Napoli, ne ricordò la figura nello scritto sulla scuola storica napoletana nella scienza del diritto<sup>26</sup>, nonché nell'Enciclopedia del diritto penale italiano. Pessina descrisse Nicolini come "il più insigne rappresentante" dell'"utilizzo sintetico negli studi del diritto penale", capace di fare tesoro dell'insegnamento di Giambattista Vico sul significato intimo della parola umana,

<sup>18</sup> J.L.E. Ortolan, "Criminalistes italiens. Niccola Nicolini", in *Revue del législation et de jurisprudence*, 11me Année (mars 1845), 1, pp. 321-355, poi ripubblicato in *Delle opere legali e della vita di Niccola Nicolini*, cit., pp. 3-36, insieme alla risposta di Nicolini contenuta in una lettera del 1° dicembre 1845 (pp. 39-84), volume da cui sono tratte le citazioni nel presente articolo.

<sup>19</sup> J.L.E. Ortolan, *Cours de législation pénale comparée. Introduction philosophique*, Joubert, Paris, 1839; Id., *Cours de législation pénale comparée. Introduction historique, Histoire du droit criminel en Europe depuis le XVIIIe siècle jusqu'à ce jour*, Joubert, Paris 1841.

<sup>20</sup> E. Flotard, *Principes philosophique et pratique de droit pénal. Extraits et traduits des oeuvres de Niccola Nicolini*, Joubert, Paris 1851, in cui Flotard riporta anche un estratto della lettera che Nicolini scrisse il 1° dicembre 1845 a Ortolan.

<sup>21</sup> E. Laboulaye, *Essai sur les lois criminelles des Romains concernant la responsabilité des magistrats*, Durand, Joubert, Paris, Brockhaus et Michelsen, 1845, *Préface*, p. XI.

<sup>22</sup> A.M.J.J. Dupin, *Profession D'avocat. Recueil de pièces concernant l'exercice de cette profession*, Tome deuxième, Alex-Gobelet, B. Warée, Ainé, Paris, 1832, p. 651.

<sup>23</sup> P. Calà Ulloa, *Di Nicola Nicolini*, cit. Ulloa aveva già scritto su Nicolini in Id., *Delle vicissitudini e de' progressi del diritto penale in Italia. Dal Risorgimento delle lettere sin oggi*, 3° ed., tip. F. Lao, Palermo, 1842, pp. 103 ss..

<sup>24</sup> G. Madia, "Notizie su la vita e su le opere dell'autore", in N. Nicolini, *Le Quistioni di diritto*, novella ed., Parte prima, cit., pp. I-XXI.

<sup>25</sup> G. Lomonaco, *Del foro napoletano e della sua efficacia nella legislazione e in generale nell'opera della civiltà dell'intera Nazione*, Stabilimento Tipografico dell'Ancora, Napoli, 1877, p. 254.

<sup>26</sup> E. Pessina, *La scuola storica napoletana nella scienza del diritto. Discorso letto*, Morano, Napoli, 1882.

del parlare giuridico, sulla storia delle leggi e delle istituzioni penali e “sulle varie teoriche della giustizia punitrice”<sup>27</sup>.

Nell’ambito del recupero crociano della cultura letteraria, filosofica e giuridica napoletana nei primi decenni del XX secolo<sup>28</sup>, la figura del grande giurista napoletano è stata ricordata dal suo discendente Fausto Nicolini con un prezioso volume del 1907, che ne ricostruisce, però, prevalentemente, i profili culturali e letterari più che quelli di carattere strettamente giuridici<sup>29</sup>.

La sua figura di scienziato penale, di rappresentante della cultura storicistica napoletana e di integerrimo e leale uomo di Stato scomparve per quasi un secolo, tanto che solo agli inizi degli anni 2000, grazie soprattutto agli studi storico-giuridici di Francesco Mastroberti<sup>30</sup> e storico-politici di Natale Vescio<sup>31</sup> la figura di Nicolini ha ridestato interesse nella cultura giuridica italiana. Ne ha abbozzato un ritratto convincente, principalmente nella veste di legislatore, Aldo Mazzacane, anche se le riserve che egli formula sulla penalistica napoletana della Restaurazione – cui Nicolini appartiene a pieno diritto – gli impediscono di apprezzare pienamente la statura giuridica dell’autore napoletano<sup>32</sup>.

I giuristi contemporanei, cui sarebbe spettato il compito di riscoprire la cifra giuridica di Nicolini – essendosi mosso Mazzacane più sul versante della storia della legislazione che della teoria del reato e della pena – sono ancora oggi avari di notizie sul suo contributo all’evoluzione del diritto penale in Italia.

Alfonso Maria Stile, presentando nei primi anni ’90 il Codice penale per lo Regno delle Due Sicilie del 1819, riserva a Nicolini uno spazio assai modesto, citando soltanto, tra le varie opere, le *Quistioni di diritto*<sup>33</sup>. Vincenzo Patalano attinge in maggior misura agli scritti di Nicolini, soprattutto presentando gli istituti del tentativo e della complicità nel reato, senza però focalizzare in modo compiuto la cifra di valore giuridico dell’opera complessiva del grande penalista

<sup>27</sup> E. Pessina, “Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del codice penale”, in *Enciclopedia del diritto penale italiano. Raccolta di monografie*, 2, Soc. editrice Libreria, Milano, 1906, p. 597.

<sup>28</sup> Vanno ricordati due scritti, rispettivamente di A. Del Giudice, *Niccola Nicolini procedurista*, Tessitore, Napoli, 1927, pubblicato anche in Id., *Prolusioni, studi, conferenze*, La Toga, Napoli, 1931, pp. 127 ss. e L. Granata, *Nicola Nicolini e la “Procedura penale nel Regno delle Due Sicilie”*, Messina, 1936.

<sup>29</sup> F. Nicolini, *op. cit.*

<sup>30</sup> F. Mastroberti, voce “Nicolini, Niccola”, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Istituto Treccani, Roma, 2013; Id., “Nicola Nicolini tra diritto e politica: nuovi documenti e prospettive di ricerca”, in *Iurisdictio*, 2019, pp. 115-134. Cfr. altresì M. P. Geri, ““À la tête des criminalistes napolitains de nos jours”: Niccola Nicolini divulgatore del diritto in età murattiana”, in F. Mastroberti (a cura di), *Il Regno di Napoli nell’Europa napoleonica. Saggi e ricerche*, ESI, Napoli, 2016, pp. 149 ss.

<sup>31</sup> N. Vescio, “Nicola Nicolini e il costituzionalismo moderato”, in *Montesquieu.it*, 11, 2019, pp. 1-31.

<sup>32</sup> A. Mazzacane, “Una scienza per due Regni: la penalistica napoletana della Restaurazione”, in S. Vinciguerra (a cura di), *Codice per lo Regno delle Due Sicilie (1819)*, 2, *Leggi Penali*, Cedam, Padova 1996, pp. XXVII ss.

<sup>33</sup> A.M. Stile, “Il Codice penale del 1819 per lo Regno delle Due Sicilie”, in S. Vinciguerra (studi coordinati da), *I Codici preunitari e il Codice Zanardelli*, Cedam, Padova, 1993, pp. 183 ss.

napoletano<sup>34</sup>. Sergio Vinciguerra, che pure si è reso meritevole per aver pubblicato i testi delle codificazioni preunitarie corredati da commenti storici e giuridici pregevoli, ha completamente ignorato Nicolini nella sua recente storia del diritto penale in Italia<sup>35</sup>.

La difficoltà di assegnare a Nicolini il posto che gli spetta tra i grandi maestri del diritto penale risale ad alcune ragioni connesse tra loro, che fanno della sua opera un qualcosa di estraneo al concetto di diritto penale che si sarebbe affermato nel successivo periodo liberale.

In primo luogo, la sua teoria penale non è una teoria del reato, bensì una teoria dell'imputazione morale e giuridica alla persona umana di un fatto previsto come reato dalla legge. In secondo luogo, – proprio per essere una teoria dell'imputazione – il diritto penale di Nicolini postula il radicamento del reato in una storia ideale eterna del diritto penale per la cui comprensione sono indispensabili, oltre alla cognizione delle leggi e all'ermeneutica giuridica, anche le nozioni essenziali della filologia giuridica, della filosofia e della storia. In terzo luogo, il radicamento filosofico e storico del suo pensiero giuridico non è vago e confuso, bensì preciso e determinato, perché si riallaccia remotamente alla tradizione dei grandi giuristi romani dell'epoca degli Antonini e, più da vicino, alla tradizione dello spiritualismo napoletano di Gian Vincenzo Gravina e, soprattutto, di Giambattista Vico.

Infine, l'oblio che ne ha coperto la figura trova una sua *ratio minor*, ma non per questo meno importante, nel fatto che la sua rivalutazione a tutto tondo richiederebbe una severa rivisitazione della storia d'Italia, con la messa in discussione della *damnatio memoriae* della società e del Regno napoletano. Studiando Nicolini, invero, si può comprendere come in uno specchio la grandezza della cultura giuridica e letteraria napoletana, prima certamente in Italia, insieme con quella toscana, ma con ogni probabilità prima anche in Europa, come attesta soprattutto lo storico, penalista e comparatista francese Ortolan.

Le critiche che affiorano frequentemente in Nicolini a riguardo della cultura giuridica francese – simili per certi versi a quelle di Carmignani e di Carrara – nonché la rivendicazione di un primato nella storia della civilizzazione penale alla cultura giuridica napoletana sono difficilmente accettabili per coloro che vedono linearmente lo sviluppo del diritto penale italiano dall'utilitarismo e dallo statualismo del modello francese del 1810, anche nelle versioni rielaborate nel Nord del Paese durante il periodo dell'effimero Regno d'Italia e nelle codificazioni degli Stati preunitari, fino alla promulgazione del codice liberale del 1889.

<sup>34</sup> V. Patalano, *Sulle leggi penali contenute nella parte seconda del codice per lo Regno delle Due Sicilie del 1819*, in *Codice per lo Regno delle Due Sicilie*, cit., pp. XLV ss.

<sup>35</sup> S. Vinciguerra, *Diritto penale italiano*, I, *Concetto, fonti, validità, interpretazione*, Cedam, Padova, 1999, che ricorda Nicolini soltanto nel titolo dell'opera di Ortolan "Criminalistes italiens", cit. (nota 165, p. 253).

### 3. La fama guadagnata in Francia dalle opere di Nicolini

Sul fascicolo del 1845 della prestigiosa *Revue de la législation et de jurisprudence*, pubblicata a Parigi a cura dei più insigni magistrati, avvocati e cattedratici transalpini, apparve un articolo di Ortolan dedicato a Nicolini sotto il titolo *Criminalistes italiens*<sup>36</sup>.

Ortolan svolge una biografia ricca e precisa dello studioso italiano, mettendone in luce le doti eccelse di giureconsulto che aveva saputo ricoprire in modo quasi prodigioso i ruoli di Procuratore del Re, di Avvocato, di Presidente della Corte Suprema e di Accademico. Egli cita vari passi di Nicolini, mostrando la sua ammirazione soprattutto verso le parole che concludono l'opera magna *Procedura penale* al paragrafo 1406 del IX volume<sup>37</sup>. Scriveva in quel passo finale il giurista napoletano, sottolineando la difficoltà di riunire in unità il triplice ufficio della giurisprudenza – avvocato, fiscale pubblico e giudice:

Uomini sommi nella filologia e nella scienza del diritto universale, sdegnano per lo più le cure minute della pratica giudiziale; ugualmente che alcuni di coloro che per professione si versano in questa, credono per lo più pregiudizievole, non che vana erudizione, il rimontare alle primitive significazioni delle voci ed alle ragioni ed alla filosofia del diritto. Di ciò nasce che in affari di tanto momento, anzi di prima necessità civile, quali sono i *penali*, il *ius conditum* è abbandonato per lo più a quelli che una volta dicevansi *legulèi*, e ch'ora potrebbero dirsi *articolisti*: quindi interpretazioni dure ed incerte, o farisaica scrupolosità di parole. Gli altri poi non si occupano d'ordinario che *de iure condendo*, come se gli uomini non dovessero essere d'altro occupati che di disfare e rifar le lor leggi; mentre sarebbe un'opera assai più utile e cittadina, se invece d'inspirare il desiderio incessante di cangiar leggi ogni giorno, s'inspirasse l'amore di quelle che si hanno. Ma non vi è vero amore di patria, né di Principe, senza amore delle sue leggi, il quale non può mai nascere da una pratica servile, ma dalla scienza. Le nostre forze non erano certamente uguali a tanto oggetto. Abbiamo almeno tentato ciò, che ingegni maggiori potranno conseguire<sup>38</sup>.

Nicolini iniziò la sua carriera di avvocato sotto la guida di un grande esponente del foro napoletano, Giuseppe Carta, il quale, allorché fu costretto a rinunciare, per ragioni di salute, alla parola in pubblico, si faceva rappresentare come supplente dall'allievo prediletto. Fu così che quest'ultimo ebbe ancor giovane l'opportunità di discutere in posizione preminente le cause più complesse. Ortolan prende spunto da questo episodio per rilevare la grandezza delle consuetudini antiche che promuovevano la collaborazione tra i maestri del foro e le giovani leve in uno spirito di colleganza impregnato di gratitudine dei giovani

<sup>36</sup> J.L.E. Ortolan, *Criminalistes italiens*, cit., su cui v. nota 17.

<sup>37</sup> N. Nicolini, *Della procedura penale*, cit., Parte terza, III, par. 1406, pp. 185-186.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

verso gli anziani, che favoriva la profondità degli studi e induceva a una rispettosa emulazione<sup>39</sup>.

Ortolan focalizza grazie al testo della *Procedura penale* di Nicolini altresì le ragioni che resero insigne e quasi insuperabile in tutta Europa l'eloquenza degli avvocati napoletani. Il tesoro da cui scaturivano la nobiltà dell'eloquio e l'efficacia del discorso stava nell'esigenza di far emergere dalla discussione delle prove scritte le contraddizioni e le illogicità degli argomenti dell'accusa. La discussione in contraddittorio tra accusa e difesa nella pubblica udienza concentrava tutte le speranze dell'accusato nella capacità dialettica del difensore<sup>40</sup>.

Ortolan resta ammirato dal modo in cui il difensore sentisse potentemente, nelle cause difficili, tutta l'altezza della sua sacra missione, nonché assumesse con diligenza somma il gravoso carico della sua responsabilità. A fronte e in presenza dell'accusatore ufficiale o avvocato del fisco era presente nella procedura napoletana l'"avvocato de' poveri", una sorta di magistratura generosa nella quale si cimentavano i migliori avvocati del foro. Racconta infatti Nicolini che l'avvocato dei poveri era tenuto in quasi pari grado di onore al fiscale, "e l'una e l'altra carica di maggior dignità di quella di giudice"<sup>41</sup>. La presenza di un magistrato, uscito dall'ordine stesso degli avvocati, poteva essere affiancata da un avvocato di fiducia, il quale si sentiva garantito grazie a quella presenza di qualsivoglia soperchieria dell'accusa. Da qui sorse la grandezza dell'avvocatura napoletana che Ortolan apprezza attraverso le pagine del suo collega italiano<sup>42</sup>.

Così Nicolini si esprimeva sulla forza ed energia della difesa dell'accusato:

[...] il disinteresse e lo zelo di queste difese erano portate a sì alto grado, che davano una grande popolarità all'avvocheria criminale, né vi è stato allora un solo esempio di prevaricazione o di lagnanza o di richiamo al proprio dovere in alcun avvocato: anzi tanto più prodigo delle sue cure e del suo danaro era alcuno verso i poveri, ch'erano i molti, quanto più duro e forse indiscreto ei si mostrava co' ricchi: tanto le cose stesse ed il giudizio pubblico hanno influenza a generare la virtù<sup>43</sup>.

Lo studioso francese non conosceva tutte le opere di Nicolini. I suoi giudizi si basano soprattutto sul trattato di procedura penale e su alcuni volumi delle *Quistioni*. Mostrando il desiderio di veder presto pubblicata l'opera che Nicolini aveva preannunciato come sintesi del suo lavoro scientifico – i *Principi di diritto penale universale* – Ortolan avanza alcuni dubbi ed esprime alcune incertezze che vorrebbe fossero sciolte dal collega italiano. Si tratta in gran parte di questioni

<sup>39</sup> J.L.E. Ortolan, *Criminalistes italiens*, cit., pp. 7-8.

<sup>40</sup> *Ivi*, p. 9.

<sup>41</sup> N. Nicolini, *Della procedura penale*, cit., Parte seconda, I, par. 207, p. 263.

<sup>42</sup> J.L.E. Ortolan, *Criminalistes italiens*, cit., pp. 8-10.

<sup>43</sup> N. Nicolini, *Della procedura penale*, cit., Parte seconda, I, par. 207, p. 263.

filologiche in ordine all'interpretazione di alcuni istituti derivanti dal diritto romano, in particolare della *praescriptio*<sup>44</sup>.

Una questione invece attiene al nodo centrale del diritto penale, cioè alla teoria fondamentale del diritto di punire. Egli confessa di non aver compreso quale fosse l'idea guida a fondamento dell'impianto penalistico di Nicolini, ravvisando una certa qual contraddittorietà tra le sue varie proposizioni di principio:

*Car si d'une part il paraît se rattacher à celle de la Réparation, ne regardant la peine que comme la monnaie avec laquelle se paye le dommage public occasionné par le délit, et donnant par conséquent ce dommage pour mesure de la peine, on pourrait croire, d'après d'autres passages, qu'il adopte d'autres bases fondamentales, telles que celle de Défense légitime, ou celle de la Prévention par l'exemple*<sup>45</sup>.

Nicolini risponde alle critiche di carattere filologico di Ortolan e cerca di dissipare l'apparente vaghezza della sua idea circa il fondamento della penalità<sup>46</sup>.

Trascurando gli aspetti filologici, è interessante in questa sede approfondire la concezione della pena che, sulle orme di Giambattista Vico, sta alla base del pensiero del giureconsulto napoletano.

#### 4. La teoria di Vico sulla penalità

La concezione penale di Nicolini costituisce un approfondimento e un arricchimento dell'idea di Giambattista Vico secondo cui la pena giuridica trova la sua fonte nell'animo umano. La pena, per Vico, è quel genere di castigo, derivante da "*poenitendo*, ovvero dalla coscienza del malvagio operare, la quale altra cosa non é, se non la vergogna dell'aver misconosciuto il vero, perché alla misconoscenza del vero va congiunto un carattere di disonestà"<sup>47</sup>. Ora, se la pena ha la sua radice nel misconoscimento del vero da parte dell'animo umano e, quindi, dall'essersi l'uomo allontanato dal fine intrinseco della propria vita con una condotta contraria alla sua natura, è evidente allora che deve sussistere una scala delle pene, che dipende dall'attitudine o meno dell'uomo di provare vergogna per il disconoscimento del vero che si è rivelato nella condotta disonesta.

<sup>44</sup> J.L.E. Ortolan, *Criminalistes italiens*, cit., pp. 24 ss.

<sup>45</sup> *Ivi*, p. 20.

<sup>46</sup> N. Nicolini, *Risposta di Niccola Nicolini a' dubbi del sig. Ortolan esposti nel precedente articolo intorno alla ragione etimologica de' nomi di diritto ed all'origine e natura e fine delle pene*, in *Delle opere legali e della vita di Niccola Nicolini*, cit., pp. 39-84.

<sup>47</sup> G.B. Vico, *De universi iuris uno principio et fine uno*, Liber unus, *De uno universi iuris principio et fine uno*, F. Mosca, Napoli, 1720, in P. Cristofolini (a cura di), *Opere giuridiche. Il diritto universale*, Sansoni, Firenze, 1974, Caput LXIX, *De poenis in utraque societate rerum*, p. 86.

La scala delle pene presenta tre gradi. Il primo, che implica conseguenze meno gravi, riguarda coloro che hanno tralignato dalla via dell'onestà per errore. Per costoro è pena sufficiente “la ricognizione del vero da essi disconosciuto”<sup>48</sup>; il castigo consiste nella “vergogna dell'aver errato”<sup>49</sup>. Per questo primo grado di reità la *poena naturalis*, cioè la vergogna per la condotta disonesta, è sufficiente a lavare la colpa. Trasferito questo caso dal singolo alla società, la ragione sociale, espressa dalla prudenza del legislatore e dal discernimento del giudice, deve condurre all'applicazione di una pena che stia nel limite del restauro del danno arrecato a terzi con l'azione disonesta, senza un aggravio particolare di sofferenza per colui che ha mostrato fattivamente vergogna per avere errato.

Il secondo grado di reità riguarda coloro che hanno tralignato dalla via dell'onestà in modo deliberato, pur avendo serbato “un qualche rispetto dell'eterna ragione”<sup>50</sup>. Questi soggetti sono definiti da Aristotele “incontinenti”<sup>51</sup>; le loro colpe sono dette “sanabili” da Platone<sup>52</sup>.

In *Etica Nicomachea* Aristotele insegna che vi sono effettivamente persone che agiscono consciamente contro ciò che ritengono sia bene fare<sup>53</sup>. Egli mette in luce due profili decisivi. In primo luogo che, in una certa serie di persone, gli “incontinenti”, appunto, v'è una discrasia tra ciò che pensano sia giusto fare e ciò che effettivamente fanno. Viene in considerazione una peculiare ignoranza fattuale che impedisce alla persona di adeguare la sua condotta alle norme conosciute. In secondo luogo, che il mancato adeguamento a ciò che si conosce come giusto sta nell'influenza perturbatrice di fattori emozionali e di desideri soggettivi che rendono il soggetto inidoneo a valutare il contesto in cui si svolge l'azione.

Si tratta del grande tema dell'*akrasia* o della debolezza della volontà. Chi viola l'obbligo per debolezza della volontà non nega il valore del bene protetto dal precetto. Egli è un incontinente, che, pur riconoscendo in via teorica il valore obbligante del bene, cede irrazionalmente agli impulsi che scaturiscono dal mondo sensibile. Nel *De Universi iuris uno principio et fine uno* Vico focalizza la caratteristica degli incontinenti: essi delinquono deliberatamente “*sed cum aliqua rationis aeternae verecundia*”<sup>54</sup>. L'incontinente è incline al pentimento perché è castigato “con più acute punture della coscienza”<sup>55</sup>.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

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

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> *Ibidem*. Cfr. Platone, *Repubblica*, X, XIV, 615-616, in F. Adorno (a cura di), *Dialoghi politici. Lettere*, I, Utet, Torino, 1988, pp. 706 ss.; *Fedone*, 113 e-114 c, in G. Reale, *Fedone*, Rusconi, Sant'Arcangelo di Romagna, 1997, p. 275.

<sup>53</sup> Aristotele, *Ethica Nicomachea*, VII, 2, 1145, 25, in A. Fermani (a cura di), *Le tre etiche*, Bompiani, Milano, 2008, p. 725.

<sup>54</sup> Vico, *op. cit.*, p. 87.

<sup>55</sup> *Ivi*, p. 86.

Sul piano sociale, quindi, la ragione che ispira la punizione deve tendere a correggere queste persone e a rafforzarne il timore per la pena che sarebbe applicata nei loro riguardi in caso di ricaduta nella condotta disonesta.

Il terzo grado è costituito da coloro che delinquono o “per malvagio costume o per mal genio”<sup>56</sup>. Essi non provano “alcun senso di vergogna rispetto all’eterna ragione”<sup>57</sup>. La punizione che subiscono nella loro interiorità è drammatica; essi espiano infatti per loro colpa il castigo dell’intorpidimento della coscienza: “il quasi total spegnimento di ogni senso umano”<sup>58</sup>. La relazione tra interno ed esterno deve indurre il legislatore e il giudice ad applicare in questo caso una pena severa in virtù della gravità del delitto commesso a cagione dell’intemperanza che coinvolge sia l’intelligenza che la volontà. La pena ha per funzione di privare il soggetto anche di qualche suo bene esteriore in analogia con la sua condizione interiore di estraniamento ad ogni senso umano, derivante dallo spegnimento della coscienza.

Vico completa il quadro con una osservazione di notevole rilievo sul piano criminologico. La trasposizione analogica del castigo interiore (*id est*: della pena naturale) al castigo esterno non deve essere automatica, poiché l’applicazione della pena esterna non risponde a una “naturale assoluta necessità, ma lo vuole un bisogno contingente”<sup>59</sup>. La giustizia va infatti incrociata con l’utilità. La pena esterna non è la conseguenza di una “assoluta necessità”<sup>60</sup>, come se il legislatore e il giudice dovessero sostituirsi a Dio e punire, necessariamente e invariabilmente, per ogni disonestà. La funzione penale deve essere modulata dall’“utilità illuminata e diretta della naturale ragione”<sup>61</sup>.

Per Vico, in definitiva, la pena giuridica è declinata sul modello della *poena naturalis*, costituita dal pesante aggravio della coscienza per la disonestà associata al misconoscimento del vero. Nella misura in cui il soggetto patisce nell’anima – *poena a poenitendo* – la sofferenza per la condotta disonesta, la pena giuridica deve essere, se non inutile, almeno tenue, con lo scopo di rinsaldare il ricordo della sofferenza della coscienza e stornare la persona dalla ripetizione dell’atto disonesto.

Quando il soggetto sia ancora capace – e questo integra il secondo grado di reità – di patire nella coscienza la sofferenza per il misfatto, pur avendo deliberatamente offeso i diritti degli altri uomini, la pena giuridica ha il compito non più soltanto di mantenere il ricordo della vergogna a scopo di prevenzione futura, ma anche quello di svolgere un’adeguata opera di correzione. Quindi il legislatore e il giudice, più non potendo far conto della sola *poena naturalis*, dovranno incidere sulla libertà esterna del soggetto al fine di correggerlo con la sofferenza della privazione di alcuni suoi diritti.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

Quando infine la coscienza sia completamente intorpidita e la persona abbia dimostrato fattivamente la reiterata volontà di permanere nel circuito della reiterazione delle condotte disoneste, aggredendo il bene degli altri cittadini o il bene della società tutta intera, allora dovrà darsi corso a una pena severa. Questa presenta un duplice scopo: da un lato, evitare almeno che questi malfattori peggiorino se stessi abbassandosi moralmente nel reiterare i misfatti; da un altro lato, utilizzare la pena come esempio. Un primo giovamento è impedir loro di restare attaccati al delitto, svilendo ancora la propria natura umana. Un secondo è costituire un esempio per trattenere dal malfare coloro che si trovano in prossimità della caduta nel mal fare disonesto<sup>62</sup>.

La descrizione fenomenologica dei tipi di autore di Vico è mirabile, declinata sul progressivo venir meno del lume della coscienza, che è la reminiscenza nella mente dell'uomo della legge eterna di Dio. Parimenti mirabile è l'analogia inversa tra la *poena naturalis* – la pena interna – e la pena della società civile. Più intensa è la vergogna e, dunque, la sofferenza della coscienza per il misfatto, meno ricorre la convenienza di infliggere una sofferenza esterna. Quando, invece, la coscienza non è più in grado di soffrire per il malfatto, allora diventa proporzionata quella sanzione esterna che cerca di risvegliare la coscienza e, in ogni caso, di impedirne il totale spegnimento e di scongiurare l'indurimento nel delitto. Il caso intermedio concerne coloro che, pur conservando memoria della legge eterna, sono deboli nella volontà. La pena esterna avrà allora una funzione di correzione e di miglioramento e dovrà essere modulata secondo criteri che ne realizzino concretamente gli scopi.

Mirabile, infine, è l'incrocio di Vico tra giustizia e utilità. La pena esterna non è la conseguenza necessaria di una legge fissa e immutabile. Deve, pertanto, essere affidata alla prudenza del legislatore, che ne prevedrà l'applicazione ove la ragione ne scopa in modo evidente l'utilità per l'intera società, nonché al discernimento del giudice, che dovrà tenere in considerazione secondo equità il contesto sociale e le cause personali del delitto.

## 5. Gli approfondimenti di Nicolini sul tema della pena

Ortolan lamentava nel suo scritto sui criminalisti italiani che Nicolini non avesse espresso un chiaro e univoco principio in ordine all'origine, alla natura e al fine della pena, propendendo egli talora per il concetto di difesa, o del singolo o della società; talaltra per la necessità morale e l'emenda del reo; talaltra per la riparazione del danno cagionato dal reato; talaltra ancora per l'utile sociale; talaltra, infine, per “una specie di retribuzione dantesca, ovvero di cambio di merce con prezzo”<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> N. Nicolini, *Risposta di Niccola Nicolini a' dubbi del sig. Ortolan*, cit., p. 64.

Nicolini, richiamandosi al titolo del volume progettato *Principii universali del diritto penale*, replica che le varie sfaccettature del prisma della pena - difesa, emenda, riparazione, utilità sociale, retribuzione – sono appunto “principii particolari a questo o quello stato in cui le cose posson trovarsi ... e queste stesse nelle varie loro circostanze”<sup>64</sup>. Nessuno di tali principii particolari, però, esclude l’altro, “perché dipendenti tutti dal principio superiore e vero, il quale non procede o viene originato da essi, ma *prae-incipit*, e tutti li genera, ed investe ed alimenta tutti, e in tutti si diffonde sotto forme molteplici”<sup>65</sup>.

Il principio superiore è la legge dell’ordine da cui ogni singolo elemento dipende; come dalla stessa legge eterna dipendono la singola persona umana e l’umanità intera. La legge dell’ordine, specializzandosi in ogni singola parte, racchiude in se stessa la sua sanzione, cui è demandato il compito di prevenire la fuoriuscita della parte dall’ordine; di correggerne le deviazioni e di restaurarne lo stato corrotto<sup>66</sup>.

Questo principio vale per l’umanità intera e per ogni uomo in particolare. L’uomo è composto di anima e di corpo. La sanzione della legge che riguarda la conservazione del corpo non differisce da quella che regola l’esistenza degli altri esseri organici, in particolare gli animali. La sanzione della legge che riguarda l’anima deve conformarsi alla natura di questa e, in particolare, alla coscienza e all’intelligenza, che, perfezionandosi grazie all’esperienza del passato, diventano ragione capace di prevedere le conseguenze future di un’azione presente “onde provvedervi, antivenendone i beni ed i mali: effetto insieme e dimostrazione della natura spirituale e immortale del principio interiore dell’essere umano, immagine e somiglianza del suo creatore, in cui solo è il nostro vero ed assoluto principio ed il fine, perché lo è dell’ordine universale”<sup>67</sup>.

La sanzione conservatrice dell’individuo umano, come ordine di parti continue, e dell’umanità, come ordine di parti discontinue, trae origine dalla natura dell’uomo che è ente cosciente di sé, intelligente, dotato di volontà e di organi esterni dipendenti dal principio interiore<sup>68</sup>. La sanzione della trasgressione dell’ordine è nella coscienza dolente di chi sa “di essere in contraddizione con la sua natura, e si pente, e si propone l’emenda”<sup>69</sup>.

*Poena* – scriveva Vico – *a poenitendo*<sup>70</sup>. Finché la gravità del malfatto non ha del tutto alienato l’uomo dall’ordine della natura, il pentimento, con la vergogna per se stessi che ne deriva, ha un’energia tale da determinare ora l’emenda e la restaurazione di se stessi; ora la prevenzione del malfare futuro per il timore del ripetersi della sofferenza interiore: dunque, la sanzione interiore è

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> *Ivi*, pp. 64-65.

<sup>66</sup> *Ivi*, p. 67.

<sup>67</sup> *Ivi*, p. 67.

<sup>68</sup> *Ivi*, p. 68.

<sup>69</sup> *Ivi*, p. 69.

<sup>70</sup> G.B. Vico, *op. cit.*, p. 86.

insieme emenda, riparazione, restaurazione e prevenzione dalla ricaduta nella colpa.

Onde conclude mirabilmente Nicolini che il principio della sanzione degli atti volontari risiede nella “ragione previdente dell’uomo”<sup>71</sup>; la natura della sanzione è il timore della sofferenza dell’animo; il fine della stessa è “la conservazione dell’essere nel suo ordine per mezzo di tal previsione e correzione e restauro”<sup>72</sup>.

Rilevava già Vico che la forza della *poena naturalis* per taluni uomini non è efficace al fine di trattenerli a offendere gli altri uomini o la società intera. In questi casi spetta alla forza conservatrice dell’ordine esercitare un’attività di prevenzione, poi di correzione e, infine, se ciò non risultasse sufficiente, l’esercizio della funzione punitiva di tipo retributivo, affinché almeno il colpevole “nella sofferenza propria serva agli altri di esempio, ispiratore di un timor salutare in chi è vicino ad imitarne le colpe”<sup>73</sup>.

La sanzione inerente alla legge degli atti volontari dell’uomo è la pena, scandita dal confronto tra gli impulsi contrari all’umana natura e la forza della coscienza atta a reprimerli. Il confronto è tutto interno all’animo stesso del colpevole. Questo è il principio della pena interno all’animo stesso dell’uomo.

Le pene previste dalle leggi e applicate dai giudici “sono *mezzi di pena*”<sup>74</sup>, come tali incapaci di instaurare una vera proporzione con le condotte umane contrarie alla natura dell’uomo. La proporzione sta nel giudizio della ragione, non dei sensi. E poiché l’essenza della natura dell’uomo è la ragione, è da quest’ultima che deve scaturire la pena nei riguardi degli atti commessi contro la sua stessa natura razionale<sup>75</sup>.

## 6. La pena nella società civile

La società civile presenta un’analogia con la persona umana, perché è composta di persone, ma è un’entità discontinua. L’arte del suo governo non è naturale, ma deve imitare la natura: “Le sue leggi sono artefatte, ma *ex formula naturae*, sul modello della natura, e mettendone le forze in azione”<sup>76</sup>.

Ne segue che il principio, la natura e il fine delle pene della società civile debbono essere ritrovate guardando al modello della pena interiore dell’uomo. Il loro principio è la ragione comune sociale, non più la ragione individuale; la loro natura non è il timore della coscienza per essersi distaccata dalla legge dell’ordine, bensì il timore per le conseguenze di sofferenza esterna a causa della violazione compiuta; non più la vergogna tutta interiore, bensì l’ansia e il timore

<sup>71</sup> N. Nicolini, *Risposta di Niccola Nicolini a’ dubbi del sig. Ortolan*, cit., p. 69.

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

<sup>73</sup> *Ibidem*.

<sup>74</sup> *Ivi*, p. 70.

<sup>75</sup> *Ivi*, p. 71.

<sup>76</sup> *Ivi*, p. 72.

per la sofferenza esteriore minacciata dalla pena; il fine non è più la conservazione dell'individuo nel suo essere, bensì la conservazione dello stato comune nella pace e nella concordia.

La radice della pena è nell'animo umano: è l'effetto di rimorso e di vergogna per il malfatto; è il turbamento che rende la persona ansiosa e timorosa. La ragione umana riconosce la causa di tali stati di sofferenza nella ripugnanza della condotta all'ordine di natura. Il fine della sofferenza è la restaurazione dell'animo *a poenitendo*. La pena della società civile ripete, con un artificio che imita la natura, la *poena naturalis*. La sua materia e la sua natura stanno nel timore della limitazione dei propri diritti, che provoca disgusto e ripugnanza, come effetto che la ragione comune infligge in ragione del delitto commesso.

Nel mio scritto sulla pena del 1996 scrivevo che l'essenza della pena si radica nella profondità ontologica della persona umana tra la sfera dell'eticità e quella della giuridicità<sup>77</sup>. Questa profondità è stata messa insuperabilmente in luce dalla narrazione di Dostoevskij circa l'esperienza del criminale Raskòlnikov. Egli comprende perfettamente che potrà rendersi capace sul piano morale di espiare il delitto (e di essere assolto dalla colpa ritrovando la serenità dell'animo) in quanto sia passato attraverso il giogo della pena giuridica. Correlativamente, il giudice di Raskòlnikov emette nei suoi confronti come retribuzione di un crimine orrendo una sentenza mite che, valorizzando la volontà espiatrice, non comporta la sua eliminazione dal consorzio civile, ma gli consente un percorso di emenda e di riabilitazione morale<sup>78</sup>.

Le singole pene previste dagli ordinamenti costituiscono i mezzi, conformi alla ragione comune, che posseggano, secondo il giudizio prudente del legislatore, l'idoneità a destare “nel cuor di tutti un timor vero e ragionevole e proporzionato all'affetto che spinge al reato”<sup>79</sup>. La scala delle pene “nulla toglie all'indole ingenita delle cose, per la quale non vi è reato né pena se non nell'animo del reo: l'atto il più distruttivo dell'ordine non è reato se non ha nell'animo umano la sua causa”<sup>80</sup>. Onde la pena propriamente detta, ovvero “la ragione equilibratrice e conservatrice dell'edificio sociale”<sup>81</sup>, non sta nella limitazione dei diritti della persona o nella conseguente sua sofferenza fisica e psichica, bensì nell'energia morale che la minaccia suscita nell'animo del reo al fine di contrastare le forze interne discordanti dalla legge eterna dell'ordine. La natura della società civile sta nella “concorde armonia degli animi e de' voleri, non nel coacervo confuso di umane figure”<sup>82</sup>, che l'umana ragione genera e feconda.

La ragione è pure il principio della pena; la sua natura è la coscienza e l'affetto sull'animo umano; il suo fine, la conservazione dell'ordine. Il principio

<sup>77</sup> M. Ronco, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 189 s.

<sup>78</sup> F. Dostoevskij, *Delitto e castigo*, tr. it. G. Kraiski, 12° ed., Garzanti, Milano, 1989, II, p. 599.

<sup>79</sup> N. Nicolini, *Risposta di Niccola Nicolini a' dubbi del sig. Ortolan*, cit., p. 73.

<sup>80</sup> *Ibidem*.

<sup>81</sup> *Ivi*, p. 74.

<sup>82</sup> *Ivi*, p. 74.

massimo, che contiene tutti gli altri principi, spiega le ragioni per cui Nicolini si riferisca nei suoi scritti di volta in volta, a seconda dei contesti pratici, dell'attitudine dei soggetti, delle circostanze storiche a questa o a quella faccia del prisma penale che rifrange con la maggior chiarezza il profilo di colpa su cui la pena deve compiere la sua opera. Ora è preminente il compito di riparare oggettivamente il danno; ora di correggere e di ottenere l'emenda del colpevole; ora di difendere e di conservare il vincolo sociale; ora di garantire l'integrità morale; ora di riaffermare il diritto; ora di retribuire il colpevole parametrando la pena al grado dell'offesa. Aspetti tutti del prisma penale che: "si dividono e suddividono nelle teorie dell'utile e del danno; ed animano quelle della retribuzione e del cambio de' valori, ove tutto è previdenza, freno e correzione di passioni incomposte, bilanciamento, reintegrazione di morale o di fortuna, conservazione in somma e perfezione della vita civile"<sup>83</sup>.

La profondità della concezione di Nicolini, che scandaglia l'animo umano e trae dalla vergogna per l'atto disonesto compiuto il principio che sta a fondamento dei principi minori e subordinati della pena dà ragione a Ortolan quando osserva, all'inizio del suo articolo che "*les Italiens ... à l'égard des sciences morales et des sciences sociales ... ont une aptitude particulière*"<sup>84</sup>.

È bello nell'occasione in cui si celebra l'anniversario dell'Ircocervo – il cui fondamento sta nell'opera del compianto amico Francesco Gentile, rinnovatore della scienza filosofica del diritto in Italia – ricordare l'insigne figura di un giureconsulto che seppe unire in se stesso la scienza giuridica, la sapienza filosofica e l'acribia dello storico.

<sup>83</sup> *Ivi*, pp. 74-75.

<sup>84</sup> J.L.E. Ortolan, *Criminalistes italiens*, cit., p. 3.