



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI PADOVA



Universität  
Innsbruck

Università degli Studi di Padova  
Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e  
Comunitario.

Universität Innsbruck  
Institut für Italienisches Recht.

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN :  
GIURISPRUDENZA  
CICLO XXVII

PhD – DOKTORATSSTUDIUM  
ITALIENISCHES RECHT

**UNA RISCOPERTA DELLA “TEORIA DELL’IMPUTAZIONE”.**  
**La dottrina penale di Joachim Hruschka.**

**Direttore della Scuola:** Ch.mo Prof. Roberto E. Kostoris

**Supervisore:** Ch.mo Prof. Mauro Ronco

**Supervisore del Dottorato Congiunto:** Ch.ma Prof.ssa Margareth Helfer

**Dottorando:** MARIANNA ORLANDI

**UNA RISCOPERTA DELLA “TEORIA DELL’IMPUTAZIONE”.**

**La dottrina penale di Joachim Hruschka.**

*“Weder kann das Strafrecht auf die Dauer dem Problem der “Willensfreiheit” entgehen, noch ist das Problem, wiewohl geschichtlich befrachtet, prinzipiell unlösbar“<sup>1</sup>.*

Joachim Hruschka.

---

<sup>1</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Das Strafrecht neu durchdenken! Überlegungen aus Anlaß des Buches von George P. Fletcher, Rethinking Criminal Law*, in *Goltdammer's Archiv*, 1981, p. 249.

# UNA RISCOPERTA DELLA “TEORIA DELL’IMPUTAZIONE”.

## La dottrina penale di Joachim Hruschka.

### Indice:

<b>I – Introduzione. Sull’opportunità di una ricerca sull’imputazione.</b>	p. 5
<b>II – La teoria dell’imputazione nella storia: dalla filosofia morale al positivismo.</b>	
<b>1. L’imputazione: dal XVIII secolo in poi.</b>	
1.1. Introduzione.	p. 25
1.2. Filosofia morale e imputazione.	p. 27
1.3. <i>Imputatio facti</i> e <i>imputatio iuris</i> : J. Daries.	p. 31
<b>2. Kant.</b>	
2.1. Imputazione e “necessità” in Kant. Introduzione.	p. 36
2.2. Imputazione come “giudizio”.	p. 38
2.3. “Imputazione giuridica” vs. “imputazione morale”.	p. 43
2.4. <i>Libertà</i> , imputazione e <i>imputabilità</i> .	p. 49
<b>3. Feuerbach ed Hegel.</b>	
3.1. La recezione di Feuerbach e l’interpretazione hegeliana dell’imputazione. Introduzione.	p. 57
3.2. Feuerbach: morale, libertà e pena.	p. 59
3.3. L’imputazione secondo Feuerbach.	p. 64
3.4. Hegel: idealismo e imputazione.	p. 67
<b>4. Normativismo e “teoria del delitto”.</b>	p. 74
4.1. L’imputazione secondo Hans Kelsen.	p. 74
4.2. Imputazione <i>centrale</i> e <i>periferica</i> : un giudizio senza “soggetto”.	p. 79
4.3. Karl Binding e Franz von Liszt.	p. 83
4.4. La “teoria del delitto”.	p. 88
<b>III - La teoria dell’imputazione di Joachim Hruschka.</b>	
<b>1. La condotta.</b>	
1.1. Il concetto di “condotta”.	p. 94
1.2. Tratti fondamentali della condotta.	p. 102
1.3. La <i>condotta</i> come concreta “applicazione di regole”.	p. 106
1.4. Consapevolezza dell’autore e conoscibilità delle regole: “ <i>keine Regelanwendung ohne Bewußtsein der Regelanwendung</i> ”;	

“keine Regelanwendung ohne Wißbarkeit der Regelanwendung”. p. 112

**2. La struttura del giudizio imputativo.**

2.1. Le diverse “fasi del giudizio”. p. 115

2.2. L’imputazione di primo livello. p. 118

2.3. L’applicazione della legge. p. 120

2.4. L’imputazione di secondo livello. p. 125

2.5. Conclusioni parziali. p. 131

**3. “Regole di condotta” e “regole di legge”. p. 133**

**4. L’Imputazione straordinaria.**

4.1. Imputazione *straordinaria*: introduzione. p. 138

4.2. Imputazione *straordinaria* e “*versari in re illicita*”. p. 146

4.3. Imputazione straordinaria: ambiti applicativi. p. 151

4.4. Imputazione straordinaria: in particolare sulle *Obliegenheiten*. p. 154

**5. L’imputazione e i casi di errore. p. 163**

**6. Sintesi delle cause atte ad escludere l’imputazione. p. 166**

**IV – Zurechnung “hruschkiana” e teoria del delitto – soluzioni di casi pratici.**

**1. Introduzione. p. 170**

**2. Dalla teoria alla pratica.**

2.1. “*Simultaneitäts- und Referenzprinzip*”: dolo antecedente, susseguente, “deviazione” del decorso causale. p. 171

2.2. “*Simultaneitäts- und Referenzprinzip*”: antigiuridicità, errore di diritto, duplicità dell’azione. p. 190

2.3. Provvisorie considerazioni. “Referenzialità”. p. 194

2.4. Casi ulteriori. p.

2.5. “*Simultaneitäts- und Referenzprinzip*”: non imputabilità provocata, necessità volontariamente causata, impossibilità “imputabile”. p. 201

2.6. Conclusioni su “simultaneità” e “referenzialità”. p. 218

2.7. “Conflitto di doveri”. p. 219

2.8. Osservazioni conclusive. p. 225

**3. I casi di “necessità” - poteri e doveri dei soggetti coinvolti.**

3.1. Introduzione. p. 227

3.2. Primi casi. p. 230

3.3. Conclusioni intermedie. Necessità aggressiva e difensiva.	p. 238
3.4. “Potere di agire” e “dovere di tolleranza”.	p. 240
3.5. Necessità scriminante e reato omissivo: sulla “ <i>Zumutbarkeit</i> ” del soccorso.	p. 245
3.6. Conclusioni parziali. “ <i>Allgemeine Obhutspflichten</i> ”.	p. 250
3.7. “Necessità difensiva”. Casi ulteriori.	p. 251
3.8. Conclusioni parziali: “ <i>Principio assicurativo</i> ” e “ <i>Principio di bilanciamento</i> ”.	p. 256
3.9. Dal dovere di “tollerare” all’ <i>Handlungspflicht</i> : sull’obbligo giuridico di impedire l’evento.	p. 260
3.10. Doveri assicurativi e “precedente agire antiggiuridico”.	p. 265
3.11. Tre casi peculiari.	p. 269
3.12. Difesa legittima e azioni “ <i>non imputabili</i> ”.	p. 279
3.13. Considerazioni: legittima difesa e necessità difensiva.	p. 284
3.14. Necessità e obbligo giuridico di impedire l’evento.	p. 286
3.15. Considerazioni conclusive.	p. 296
<b>V - Conclusioni. Imputazione, volontà, tipicità. Prospettive di indagine.</b>	p. 299

\*\*\*

Esposizione riassuntiva del lavoro in lingua tedesca:

„*DIE WIEDERENTDECKUNG DER “THEORIE DER ZURECHNUNG”.*

*Strafrechtliche Doktrin nach Joachim Hruschka.*“ p. 307

Abstract (italiano). p. 313

Abstract (inglese):

“*Rediscovering the “theory of imputation”. The criminal doctrine of Joachim Hruschka.*” p. 314

Bibliografia. p. 316

## UNA RISCOPERTA DELLA “TEORIA DELL’IMPUTAZIONE”.

### La dottrina penale di Joachim Hruschka.

#### I – Introduzione. Sull’opportunità di una ricerca sull’imputazione.

Solo di fronte a un *padre buono e misericordioso*, che al figlio perdoni anche ciò che, invece, sarebbe giusto rimproverargli, taluno sarebbe forse oggi disposto a rinunciare alla più rigorosa e strenua difesa del principio di legalità; non altrettanto, però, di fronte alla giustizia di uno Stato che i cittadini percepiscono come entità da loro stessi sempre più distante e sempre più rarefatta. L’assoluta, tassativa e inderogabile validità delle norme, soprattutto in campo criminale, è garanzia di una certezza del diritto – e della pena – che la ragione di ciascuno non fatica a riconoscere come caposaldo di una società ordinata, vero e proprio principio di civiltà giuridica e imprescindibile presupposto per la pacifica convivenza. Non v’è chi non veda quale sia l’importanza di agire all’interno di una realtà giuridica in cui ciascuno conosca o possa conoscere le norme delle quali è destinatario: con ciò potendo, da una parte, adempiere i propri doveri ed esercitare i propri diritti; e, dall’altra, evitare l’arbitraria limitazione dei secondi, o la capricciosa e imprevedibile punizione di condotte lecite, eventualmente decise da chi, di volta in volta, detenesse il potere. Anche sul significato del *principio di legalità*, tuttavia, e su cosa esso davvero implichi nell’ambito del giudizio penale, deve farsi chiarezza.

Ammettere, infatti, com’è scopo del presente lavoro, che *accanto* all’applicazione della norma al fatto e all’irrogazione della sanzione per esso prevista dalla legge vi sia un momento, diverso e ulteriore, corrispondente al cosiddetto *giudizio d’imputazione*, non significa affatto diminuire le garanzie del cittadino, ma, al contrario, *aumentarle*. Descrivere le dinamiche dell’imputazione, infatti, esplicitandone i principi, equivale a fornirne logica spiegazione al modo in cui i fatti sono *realmente considerati* da chi sia chiamato a giudicarli dall’esterno, con ciò rendendo meno arbitrario e imprevedibile l’esito di tale processo decisionale.

Si noti, a questo proposito, come ormai da molto tempo sia naufragato, nella scienza penale, quel *mito positivista* in base al quale l’esperienza del diritto, e del giudizio, potrebbero o

dovrebbero esaurirsi nella mera applicazione della *littera legis* ai fatti concretamente *sub iudice*. Da un lato, infatti, già i celeberrimi processi di Norimberga resero manifesto come la giustizia penale non soltanto possa, ma abbia il vero e proprio dovere di punire, per potersi dire tale, anche ciò che le norme vigenti non considerino come reato. Dall'altro, *evidenze di giustizia* – e non già il diritto scritto – sono ciò che al presente, pressoché quotidianamente, all'interno di un processo continuo e inarrestabile, consente alle corti costituzionali e ai tribunali internazionali di pronunciarsi sulla legittimità delle leggi penali eventualmente promulgate dai parlamenti nazionali. Se è vero, infatti, che queste istituzioni fondano le proprie pronunce sulle *Carte dei diritti* e sui principi fondamentali già vigenti negli ordinamenti interessati, è altresì vero e notorio come tali principi e diritti non possiedano un significato “oggettivo”, ma vivano e si evolvano nella stessa giurisprudenza delle corti<sup>2</sup>.

Gli esempi potrebbero continuare, ma riteniamo che queste due semplici considerazioni, che riconoscono al giurista pratico un'attività *creatrice* e non meramente applicativa del diritto, bastino già a screditare l'idea che questi sia o debba essere *vittima* di un principio di legalità tanto restrittivamente e letteralmente inteso da non lasciargli alcuno spazio se non quello dell'essere voce di un *meccanico* e pressoché automatico sillogismo giuridico. Come questi esempi dimostrano, senza che alcun penalista muova a essi la critica di rappresentare, rispettivamente, violazioni del principio d'irretroattività o di determinatezza e tassatività del precetto penale, l'attività *latu senso* creatrice di diritto non è monopolio esclusivo del legislatore<sup>3</sup>. Che l'esperienza del giudizio penale non si esaurisca nella sussunzione dei fatti e nella loro successiva e *neutrale* valutazione normativa da parte del giudice, del resto, è argomento ormai da molto tempo pressoché privo di sostenitori<sup>4, 5</sup>.

---

<sup>2</sup> Un riassunto delle considerazioni a sostegno di questa tesi, che più oltre nel testo sarà debitamente argomentata, è offerto da C. ORREGO SÁNCHEZ, *Un juicio justo: la especificación del juicio legal en la filosofía jurídica analítica, la hermenéutica iusfilosófica y la teoría de la ley natural*, in *Anuario Filosófico*, n. 44/3, 2011, pp. 543 – 564.

<sup>3</sup> Al riguardo, oltre ai numerosi scritti di Joachim HRUSCHKA che nel corso di queste pagine si citeranno, si veda il suo contributo specificatamente dedicato alla “necessità” di un diritto *pregiuridico*: *Vorpositives Recht als Gegenstand und Aufgabe der Rechtswissenschaft*, in *JuristenZeitung*, 47, n. 9, 1992, pp. 429 – 438.

<sup>4</sup> Come nel testo si avrà modo di specificare, peraltro, la stessa rinascita dell'interesse, a fine '900, verso l'antico concetto d'imputazione, oltre a coinvolgere diversi giuristi, trae spunto dalle riflessioni della filosofia analitica di lingua inglese e, in particolare, dalla dottrina degli “atti del linguaggio”: cfr. H. L. A. HART, *The ascription of Responsibility and Rights*, *Proceedings of the Aristotelian Society*, Londra, 1948-49, p. 171 e ss.; J. L. AUSTIN, *A Plea for Excuses*, *Proceedings of the Aristotelian Society*, Londra, 1956-57, p. 1 e ss.

<sup>5</sup> “(...) by identifying, as the German authors do, the legitimacy of the norm with its lawfulness, one risks to void the concept of guilt of any rational content, and to assign it a false significance, where the perpetrator is, more likely, a defender of justice, a revolutionary. By adhering to this type of reasoning, which is as wrong as the practice of law, one would reduce law to a mechanical application of the „legal” norms included in formal sources. In reality, the practice of law is never reduced to it. As Professor Djuvara<sup>34)</sup> noted, the opportunity to effectively apply the positive norms is successfully judged, for every new cause, while their very legitimacy is judged as such – which is possible, simply because the practice is always inspired (must inspire) by the superior principles of justice (by the „rational justice”). In fact, if things were like this, the trial would cease to be an act of justice, and it would become an arbitrary act”. MK.

Ebbene, anche parlare d'imputazione, quantomeno nel modo in cui in queste pagine lo s'intende fare, significa ancora una volta, sia pur per motivi diversi, riconoscere che l'attività del giurista pratico chiamato a valutare l'altrui condotta alla luce delle norme vigenti ed all'interno di uno specifico ordinamento, non si esaurisce mai nell'applicazione ai fatti delle categorie normative, ma si compone, senza con ciò violare una correttamente intesa *legalità*, di un momento ulteriore.

Parlare d'imputazione significa, in particolare, riconoscere che *al di là e indipendentemente dalle norme positive*, il giudizio sull'altrui agire, sia esso etico o giuridico, implica altresì sempre, e immancabilmente, una *comprensione* dell'azione o omissione osservata, un giudizio *interpretativo e ascrittivo* che è opera dello stesso giudicante; un giudizio dotato di regole proprie e le cui dinamiche sono sottratte alla disponibilità del legislatore<sup>6</sup>. In sintesi estrema, infatti, l'*imputazione* corrisponde a quel giudizio *parallelo e complementare* a quello "normativo", in base al quale un fatto è, innanzitutto, ritenuto, o, meglio *interpretato* dal terzo come il prodotto di un'umana e libera volontà; e, *successivamente* e in quanto tale, è considerato altresì meritevole di lode o di rimprovero. L'esistenza di siffatto giudizio, oltre che riconosciuta dalla più parte dei penalisti contemporanei, era difesa anche dai giuristi e dai filosofi più antichi: le prime "teorie dell'imputazione" s'incontrano nell'opera di Aristotele e l'analisi delle sue dinamiche emerge chiaramente dagli scritti di San Tommaso; peraltro, fu probabilmente proprio per mano dell'Angelico che essa raggiunse un'ancora insuperata definizione.

La *tradizionale* ottica imputativa si fonda, in particolare, sull'indiscutibile differenza che intercorre tra il modo in cui ciascuno di noi guarda, rispettivamente, ai fenomeni naturali o a quelli umani. Di fronte a entrambi, spinti dal bisogno primordiale e ontologico di comprendere e "famigliarizzarci" col mondo, infatti, chiediamo "perché" le cose accadano<sup>7</sup>; ma le "dinamiche" di questa domanda – e della relativa risposta – divergono necessariamente, *ex natura rei*. E' noto come nel linguaggio quotidiano ci si riferisca, da un lato, a cose che "accadono" e, dall'altro, a cose che "facciamo"; da un lato, a cose che "succedono" e, dall'altro, a cose che "ci vengono fatte". Ebbene, detta differenza rispecchia precisamente quella che ciascuno facilmente riconosce intercorrere fra ciò che normalmente si "*imputa*"

---

GUIU, *The crisis of criminal dogmatics and the theory of guilt*, in *Criminal Law review*, Romanian association of Penal Sciences, vol. 1, n.1, 2011, pp. 11-12.

<sup>6</sup> Ottima sintesi del concetto di Imputazione che in questo lavoro si discuterà è quella offerta dallo stesso J. HRUSCHKA alla voce "*Zurechnung*" in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol V, 1998, col. 1803, 1806.

<sup>7</sup> Sul presupposto di *Vertrautheit* (familiarità) tra uomo e mondo vedi: R. SPAEMANN, *Fini Naturali. Storia e riscoperta del pensiero teleologico*, Ares, Milano 2005; in particolare, tale argomento è spiegato nell'introduzione all'edizione citata, a firma di L. ALLODI, pp. 29 e ss.



(che facciamo o che ci è fatto: “ho sparato”; “mi hai sottratto il cibo”) e ciò che, invece, non si imputa ad alcuno (che succede, accade, si verifica: “piove”, “la terra frana”, ecc.). Inoltre, sebbene queste espressioni facciano parte del modo in cui l’uomo *intuitivamente* conosce e descrive la realtà che lo circonda, esse non possiedono un valore meramente “linguistico”.

Le diverse formule “espressive”, infatti, riposano su una peculiare interpretazione della realtà fenomenica: intuitiva sì, ma affatto scontata. In particolare, perché le azioni umane possano essere “imputate”, l’osservatore deve necessariamente presupporne, per le ragioni che di seguito si intendono riassumere, un’origine *di libertà*; e, con essa, l’idea che l’intera società umana sia composta da soggetti liberi e capaci di autodeterminarsi nell’agire.

Innanzitutto, solamente a partire da presupposti di libertà si giustifica il fatto che, diversamente da quanto accade nell’ambito delle scienze naturali, volte alla conoscenza dei fenomeni fisici, il diritto utilizzi non soltanto un linguaggio “descrittivo”, ma anche un linguaggio “ascrittivo”. Detto linguaggio, che è il solo che consenta di parlare di una “responsabilità” dell’individuo, rappresenta, invero, il più tipico e significativo aspetto del *diritto* e del giudizio penale; e sarebbe, invece, privo di senso ove applicato ai fenomeni naturali. Ebbene, questa insensatezza discende dal fatto che le leggi delle scienze naturali non hanno (né potrebbero mai avere) natura *prescrittiva*. Esse non *comandano* né *vietano* alcunché; non stabiliscono regole cui attenersi, *descrivendo* soltanto il mondo *per come esso è*. Pertanto, qualora un fenomeno naturale si verifichi in maniera difforme da quanto previsto dalla legge, non sarà mai il fenomeno, ma la legge ad essere “errata”. Di fronte alla non corrispondenza tra un fenomeno naturale e la legge volta a descriverlo, in effetti, la reazione dello scienziato non è né potrà essere quella di “giudicare” l’evento come “scorretto”, ma solo quella di modificare la teoria che lo descrive. E’ altrettanto chiaro, tuttavia, che non può essere questa la dinamica dei giudizi umani sulle condotte, proprie e altrui, tantomeno quella dei giudizi penali. E’ di tutta evidenza che se il compimento di un omicidio potesse mettere in discussione la validità del reato che lo punisce non vi sarebbe mai stato spazio per alcun magistero penale. Ma cosa giustifica questa divergenza di prospettive, se non la diversa *natura* della legge *giuridica* e la sua inevitabile correlazione all’umana libertà di dare ad essa applicazione?

Il ricorso al linguaggio “ascrittivo”, proprio del giudizio e dell’imputazione che è ad esso presupposta, riposa sull’assunto che i fenomeni umani sono non soltanto *causati*, ma *intenzionati* dall’uomo: sono, cioè, atti *volontari*. Con ciò, diversamente da quelli naturali, essi sono *naturalmente* percepiti *dall’altro* come *criticabili*. Questa stessa *criticabilità*,

tuttavia, *inevitabilmente* presuppone che il soggetto osservato, l'autore della singola azione "criticabile", sia altresì percepito dal terzo come soggetto dotato, al pari dell'osservatore, di libera volontà. Soltanto al soggetto *libero autore* di un'azione volontaria, infatti, a colui che ne è *causa libera*, potrà muoversi la critica di aver agito; perché dire che taluno agisce "correttamente" è affermazione sensata solamente ove si assuma che questi abbia seguito – liberamente – delle prescrizioni, siano esse dei mandati o delle proibizioni. Il soggetto che attribuisce un significato all'altrui condotta, giudicandola corretta o scorretta, lecita o meno, deve allora innanzitutto interpretarla come volontaria e libera applicazione, da parte del soggetto agente, di una qualche categoria di regole: della logica, di una particolare lingua, di un gioco di carte, ...; o, infine, del *diritto*.

In particolare, perché una condotta possa essere letta come adempimento, o come violazione, di determinate prescrizioni, devono darsi alcuni precisi presupposti.

In primo luogo, *l'agente non dev'essere determinato*, secondo chi lo osservi, *a fare qualcosa di diverso* da ciò che la regola impone; d'altra parte, egli *non deve nemmeno essere costretto a fare proprio quel che dice la prescrizione*. Primo presupposto per aversi *imputazione* è, dunque, che il terzo giudicante ritenga, per l'appunto, "libera" la condotta dell'autore, giacché, diversamente, il suo agire "conforme alla regola" sarebbe frutto soltanto delle leggi della causalità.

In secondo luogo, attribuire un significato a un'azione, interpretandola come condotta libera, implica anche presupporre che chi agisce *conosca le regole cui egli stesso dà applicazione*. Se un neonato muovesse le pedine degli scacchi conformemente alle regole del gioco, infatti, nessuno lo riterrebbe, comunque, partecipe alla partita; similmente, se Tizio avvelenasse Caio servendogli dell'acqua che egli non sapeva, né aveva motivo di ritenere, avvelenata, non sarebbe ritenuto responsabile di omicidio, né tentato, né consumato, né colposo. Così, ciò che consente, ad esempio, di interpretare il gesto di uno studente che, nel corso di una lezione e in un'aula gremita, alzi un braccio come una richiesta di parola, consiste nel fatto che è ragionevole ritenere che egli *conosca il significato sociale* comunemente attribuito a tale gesto e che *abbia goduto della libertà di uniformare il proprio comportamento a questa conoscenza*<sup>8</sup>. Sulla base dei medesimi presupposti di "libertà" e "conoscenza", inoltre, si potranno poi formulare dei giudizi sull'*opportunità* di tale richiesta: sconveniente, ad

---

<sup>8</sup> Si riporta l'esempio formulato dallo stesso J. HRUSCHKA in *Imputación Y Derecho Penal, Estudios Sobre la Teoria de la Imputación*, P. SÁNCHEZ-OSTIZ (a cura di), Aranzadi, 2005. Quest'opera raccoglie diversi articoli del professore, tradotti in lingua spagnola, pubblicati nel corso degli anni. L'esempio si trova nella "Introducción: Sobre la imputación", p. 19 e ss.

esempio, ove lo studente fosse stato avvertito, o avesse comunque dovuto sapere, che le interruzioni non erano gradite e che le domande dovevano porsi al termine della lezione (presupposto di conoscenza); comunque opportuna se, nonostante l'astratta non opportunità dell'intervento e la sua conoscibilità, egli era stato costretto ad interrompere la lezione per avvisare i presenti di un imminente pericolo che egli soltanto aveva avvertito (presupposto di libertà).

In secondo luogo, *comprendere* l'altrui azione in termini di libertà, e, quindi, di vera e propria "condotta", implica necessariamente la *co-soggettività*. Affermare, infatti, com'è stato sin qui fatto, che, per leggere nell'altrui azione una condotta imputabile e criticabile, l'osservatore debba assumere che il suo autore abbia *liberamente* seguito delle regole, significa anche che chi agisce sia stato *contemporaneamente* ritenuto dal terzo *dotato di una capacità* – quantomeno potenziale – di *libera determinazione*. Secondo chi giudica, in altri termini, l'agente è naturalmente libero e dotato di una volontà che egli può, se vuole, indirizzare secondo la propria intenzione. Se non partisse da questo presupposto, invero, egli non avrebbe alcuna base su cui fondare un giudizio d'imputazione; tantomeno la conseguente responsabilità dell'imputato. E' però la libertà che ci appartiene – e che appartiene anche al giudicante –, quella libertà di cui ciascuno fa quotidiana esperienza ad essere *naturalmente* attribuita all'agente. S'imputa, dunque, perché si riconosce nell'altro un co-soggetto, una persona dotata, cioè, della *nostra stessa libertà*. E' la co-soggettività degli uomini a giustificare il giudizio ascrittivo, a consentire la generalizzazione e l'estensione a un terzo di ciò di cui si sia fatta diretta esperienza. Come afferma il penalista spagnolo Silva-Sánchez, "*tanto el ser acción (la materia posible de la tipicidad penal) como el contenido de la acción no le vienen dados al Derecho penal (a un sistema o subsistema social, en general), por datos externos al mismo. La asignación de posibilidad de sentido y de sentido concreto que, respectivamente, suponen uno y otro requieren una referencia social. Sin sociedad, no hay "sentido" (por ello en el mundo físico no puede hablarse de la existencia de acciones, sino sólo, en su caso, de movimientos).*"<sup>9</sup>

Del resto, come magistralmente osserva il professor Joachim Hruschka, la cui "*Zurechnungstheorie*" è cuore del presente lavoro di ricerca, la stessa *umanità*, intesa come "società di co-soggetti", è una comunità nella quale il singolo soggetto non decide di "entrare", ma che è a lui stesso *presupposta*. E' proprio perché *inevitabilmente* nell'altro

---

<sup>9</sup> Cfr. J. M. SILVA-SÁNCHEZ, *Normas y acciones en Derecho Penal*, Hammurabi, 2003, I ed., p. 55. In nota con citazione di Hruschka e di Vives Anton: "... la acción, como portadora del sentido, es el resultado de un proceso de interpretación conforme a reglas". Cfr. T. S. VIVES ANTON, *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, 1996, p. 195.

riconosciamo un co-soggetto, che gode quanto noi di libertà e che può in vario modo dirigere il proprio agire, che ci è consentito tentare, nei suoi confronti, di intraprendere un discorso, di fare una partita a carte, di impartirgli un ordine; e, chiaramente, di *valutarne* l'agire. Rispetto a questa società di liberi co-soggetti, la "conoscenza" delle *regole di libertà* non è condizione d'appartenenza. Al contrario: il fatto di essere *persone* implicherà *necessariamente ed automaticamente* d'essere riconosciuti, da ogni terzo, come soggetti liberi, dotati di libera volontà. Per questo stesso motivo, diversamente dai precetti della legge positiva, le regole d'imputazione non necessitano d'una previa conoscenza. Esse "*funzionano*" sempre, sono sempre valide; e servono ai co-soggetti per interpretare l'utilizzo che l'altro abbia fatto della propria, connaturata, libera volontà. Con ciò, la non conoscenza e la violazione delle regole costitutive dell'agire sociale (nelle basiche forme del rispetto dell'altrui libertà) non potrà mai essere motivo di "esclusione" dalla società umana, ma solo causa di attribuzione di responsabilità e di formulazione di un giudizio di rimprovero.

Le stesse ragioni che conducono all'ascrizione di responsabilità e a un eventuale rimprovero, peraltro, sono quelle che conducono, a determinate condizioni, vuoi a escludere l'esistenza di una condotta illecita, vuoi a renderla non rimproverabile al soggetto agente. Il fatto di comprendere l'altro come co-soggetto comporta, infatti, che *anche a lui* si applichino quelle stesse esclusioni di responsabilità che la nostra personale esperienza ci consente di sperimentare. Anch'egli può essere soggetto a forze estranee o a peculiari condizioni che ne limitino o ne inibiscano l'agire; ovvero che limitino, o impediscano, la sua conoscenza dei fatti o delle regole cui dare applicazione. In base a regole di esperienza, dunque, e non normative, il soggetto giudicante escluderà l'*imputazione* del fatto al soggetto, ovvero *scuserà* il suo agire, al ricorrere di determinate condizioni (ad esempio: in caso di minaccia, intossicazione, stato di incoscienza, errore, ecc.). In effetti, se, come s'è detto, per essere considerato "*causa libera*" dell'azione, il soggetto deve possedere, secondo colui che osserva, *conoscenza delle circostanze di fatto* del proprio agire e, al contempo, disporre della *libertà di comportarsi nei modi che le stesse circostanze impongono*, ove manchino le necessarie libertà e conoscenza dei fatti da parte del soggetto che agisce, non ci si troverebbe di fronte ad una "*condotta*", ma soltanto a un *movimento* che "accade" nella realtà. E privo di senso sarebbe un giudizio che "valutasse", sia pur in termini soltanto normativi e non anche "etici", un fatto che in nulla potrebbe distinguersi dall'accidente, dall'evento naturalisticamente causato. Sono queste, peraltro, le ragioni che hanno condotto il diritto positivo a sancire espressamente, nella lettera dei codici, la non ascrivibilità di un fatto al soggetto ove il primo sia frutto, per l'appunto, di "forza maggiore" o di "caso fortuito".

Quel che la teoria dell'imputazione lascia emergere, in particolare, è che queste particolari previsioni normative, alla pari di molte altre, non sono e non possono ritenersi "causanti" la non ascrivibilità del fatto al soggetto. Esse stesse sono, al contrario, conseguenza del fatto che, in una dinamica sociale e relazionale, nessuno "imputerebbe" un fatto a un altro uomo ove fosse individuabile l'operare d'una forza maggiore, di un caso fortuito o di una *vis absoluta* nella situazione concreta. Allo stesso modo, è la teoria dell'imputazione che aiuterebbe il penalista a individuare e comprendere le ragioni che fondano altre esclusioni d'ascrizione del fatto al soggetto – quali, ad esempio, le cause di esclusione dell'antigiuridicità (o della colpevolezza), i casi di errore sul fatto e sul diritto, ecc. –. La teoria dell'imputazione implica, cioè, partire dall'idea che colui che ha il compito di giudicare l'altrui condotta non *attribuisca* a questi una volontà in base all'*arbitrio del legislatore*, che è quello impresso nella lettera dei codici; ma riconosca e *interpreti* il fatto stesso come esplicitazione di libertà, sulla base di un dato di realtà, sulla base della "comune *esperienza*".

Similmente, anche il riconoscimento di un'azione come lodevole o, invece, come degna di rimprovero, non discende, in un'ottica imputativa, dall'applicazione del diritto vigente, dalla conformità o non conformità oggettiva della condotta alla norma giuridica. Tale valorizzazione della condotta discende, invece, da un'ulteriore constatazione del giudice: quella di peculiari libertà e volontà del soggetto che si sia determinato alla condotta. Volontà libera che qui implica, ai fini del rimprovero o della lode per il fatto compiuto o per l'omissione rilevante, l'assenza di fattori che, sebbene non atti a eliminare la possibilità o la capacità fisica della condotta umana, comunque compromettono la possibilità o la capacità morale del soggetto di adeguarsi alla norma. Anche questo giudizio è parte del giudizio d'imputazione e anche la sua *verità è confermata dall'esperienza*: in esso si legge il motivo per il quale, ad esempio, non si riconosce merito morale a chi, a ciò sospinto da una minaccia grave, compia un'azione supererogatoria, ovvero sia conforme a legge ma a lui non richiesta, "non dovuta" ed eventualmente "eroica".

In particolare, secondo la declinazione della teoria imputativa fatta propria dal giurista tedesco Joachim Hruschka, della quale ci si occupa in questo scritto, si darebbe un vero e proprio "secondo" giudizio imputativo, che avrebbe per presupposti un'originaria "*imputatio facti*" e la successiva "*adplicatio legis ad factum*": la cosiddetta "*imputatio juris*", cioè l'imputazione alla colpa<sup>10</sup>. Questo sdoppiamento del giudizio imputativo, tuttavia, non deve essere frainteso né considerato quale unica strada percorribile. Esso non compare negli scritti più antichi, nelle

---

<sup>10</sup> Nel dettaglio vedi *infra*, cap. III, par. 2 (ivi, in part. par. 2.4.).

teorie imputative precedenti a quelle sviluppate dai filosofi morali del XVII secolo, in cui l'imputazione s'identificava in un momento valutativo unitario. Né Aristotele né Tommaso, del resto, avevano sentito la necessità di parlare di *due* giudizi imputativi: nel quadro delle loro interpretazioni, il libero volere dell'uomo non è mai privo di un'intenzione contenutisticamente pregnante, che di per sé basta per poter stabilire tanto la liceità quanto la "bontà" dell'azione realizzata. Tra gli scopi del presente lavoro vi sarà dunque anche quello di vagliare la bontà operativa di questa peculiare successione tripartita del giudizio.

Preme sin d'ora specificare, tuttavia, come, in primo luogo, detta molteplicità di giudizi non implichi, né in altro modo corrisponda, a quella "tripartizione" del giudizio che scaturisce dalla nota triade positivista del "fatto tipico", "antigiuridico" e "colpevole". La teoria hruschiana dell'imputazione si *accompagna* alla teoria del delitto, ma mantiene gelosamente la propria identità. In secondo luogo, non si danno ragioni, a parere di chi scrive, per associare il giudizio cosiddetto di *imputatio juris* (o di "seconda imputazione") a quel giudizio di "colpevolezza" proprio della penalistica del '900: un giudizio che si fonderebbe su una valutazione della condotta del soggetto *ab externo* e di natura normativa. Come anticipatosi, e come meglio si avrà modo di spiegare, infatti, né la *imputatio facti* né la *imputatio juris* si basano sulle regole poste dalle norme positive, su quelle che più oltre chiameremo "regole di condotta". Questi due giudizi si fondano, invece, su regole connaturate alla società umana e che derivano dall'esperienza di uomini in mezzo ad altri uomini: quelle imputative sono le regole in base alle quali gli uomini "percepiscono" e "comprendono" la libertà propria e dei propri simili, nonché il modo in cui questa libertà è da essi volontariamente esercitata. Hruschka le chiama "regole di imputazione" ed egli stesso non nega che esse possano in vario modo essere specificate, o escluse, da esplicite previsioni legislative (il legislatore, ad esempio, potrebbe benissimo imporre di considerare "libero e volontario" anche l'agire di un cane, o di un robot, rendendoli "responsabili"). Simili previsioni, tuttavia, muterebbero soltanto l'esito del giudizio "legale", non potendo influire, modificandole, sulle naturali regole imputative. Il rapporto tra i due sistemi, infatti, esiste, ma è soltanto quello tipico di un circolo ermeneutico. "*Regole d'imputazione*" e "*regole di condotta*" continuano a essere tra loro distinte, ad appartenere a sistemi distinti e non è, dunque, né può mai essere, la legge a decidere se e quali azioni meritino di per se stesse la lode o il demerito.

Come si accennava, l'importanza del "giudizio imputativo" era non soltanto riconosciuta dagli antichi, ma costituisce anche il fulcro di molti contributi dottrinali in area penale. Il rilievo che l'imputazione ha assunto nei tempi più recenti, invero, ha addirittura portato alcuni

giuristi a sostenere che il contemporaneo studio del diritto penale sia proprio uno studio sull'imputazione: “*El Derecho penal se presenta hoy fundamentalmente como una teoría de la imputación*”<sup>11</sup>. Ciononostante, sebbene interamente dedicata a questo tema e per lo più fortemente limitata alla puntuale descrizione di una *particolare* teoria dell'imputazione, la presente ricerca non potrà leggersi, da questo punto di vista, come un lavoro connotato da scarsa *originalità*. Benché molti possano essere, e saranno, limiti e difetti del lavoro che va introducendosi - in cui s'è tentato, poiché a ciò costretti, di spaziare nei campi della filosofia e della sua storia con i minimi strumenti di cui possa disporre un giovane studioso di diritto penale -, esso avrà perlomeno il merito di aver suggerito di guardare all'esperienza del giudizio penale e al suo momento imputativo da una nuova – o rinnovata – prospettiva.

In effetti, il modo in cui le dinamiche tipiche del giudizio di *Zurechnung* sono qui intese è ben lontano da quello oggi diffuso nella prevalente dottrina. Quest'ultima, sia pur in modo diverso nei vari Autori, riconduce, infatti, l'imputazione a schemi e contenuti propri di quella moderna “teoria del delitto” che fu approdo e sicura conquista della penalistica del secolo scorso, ma con la quale l'*imputatio*, onde conservare intatto il proprio valore e la propria funzione di collegamento tra realtà normativa ed esperienziale, non deve né può confondersi<sup>12</sup>.

In particolare, a dar ragione della fondamentale differenza intercorrente tra il pensiero hruschkiano in tema d'imputazione e quello della più parte dei penalisti contemporanei dedicatisi al tema – tra i quali spiccano, solo per citarne due tra i più noti, i nomi di Claus Roxin e di Günther Jakobs –, consiste nel fatto che questi ultimi svolgono tutti le proprie riflessioni attorno all'imputazione, sia pur in vario modo concepite, fondando le stesse su un'idea di umana libertà rilevante per il diritto, nonché di *persona*, che non consentono alla stessa di aggiungere alcunché al giudizio strettamente normativo<sup>13 14</sup>. Come si cercherà di

---

<sup>11</sup> Cfr. C. PÉREZ DEL VALLE, *Los fundamentos de una teoría iusnaturalista de la imputación*, p. 409, testo rinvenibile alla pagina *online*: <http://fundacioneliasdetejada.org/wp-content/uploads/2014/04/II-JDN-19.pdf>. Vedi ad esempio: G. JAKOBS, nel prologo alla I ed. di *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, Berlino, 1983, p. V e ss.; o E. BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal parte general*, IV ed., Madrid, 1997, p. 129, in cui parla di “*Teoría del hecho punible como teoría de la imputación*”. Similmente, lo spagnolo Silva-Sánchez, nel descrivere le due grandi scuole di pensiero del contemporaneo diritto penale, sostiene che, mentre vi sarebbero, da un lato, coloro che identificano la “teoria del delitto” con una “teoria dell'infrazione”, partendo dall'idea che prevalente sia il ruolo *determinativo* della norma, dall'altro starebbero proprio quei giuristi che, assegnando valore primario al ruolo sanzionatorio del precetto penale, adottano una teoria del delitto che è una *teoria dell'imputazione di responsabilità*. Cfr. J. M. SILVA-SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, cit., p. 18.

<sup>12</sup> Non a caso, si diceva, Silva-Sánchez sostiene che per molti autori proprio la *teoria del delitto* sia una teoria dell'imputazione di responsabilità (v. nota precedente).

<sup>13</sup> Jakobs, ad esempio, interpreta il delitto come una violazione di una “aspettativa sociale istituzionalizzata” che ha per effetto (legalmente previsto) l'imposizione di una pena. Cfr. G. JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen einer Rechtsphilosophie*, Berlino, 1997, p. 32. Kindhäuser, similmente, ritiene che siano le norme di sanzione quelle che determinano “a che condizioni il soggetto debba essere ritenuto responsabile” per la propria condotta. A suo parere, la

dimostrare, infatti, sin dal primo capitolo del lavoro, la concezione di libertà del volere fatta propria dai contemporanei consiste in una sorta di *libertà negativa*, in un'assenza di determinazioni esterne (siano esse fisiche, psicologiche o *sociali*) nel soggetto agente; non ci si preoccupa più, invece, di determinare il significato *metafisico* e, necessariamente, *pre-giuridico* della medesima. Solo quest'ultimo, tuttavia, è fondamento di una teoria *realmente imputativa*: di una teoria che sia, cioè, strumento utile per discernere i fenomeni prodotti da un antecedente meramente *causale* da quelli che siano, invece, effetto di una precedente *libera intenzione* dell'individuo (*l'intenzione di dare applicazione a una qualche regola pratica*). Diversamente, il momento ascrittivo non può che ridursi ad applicazioni di quanto eventualmente sancito dalla legge. Non è dunque errata, in relazione alla più recente e oramai comune *interpretazione dell'imputazione*, la critica mossa da Silva-Sánchez, secondo il quale: "*las teorías de delito que se construyen como teorías de la imputación son susceptibles de producir una normativización extrema*"<sup>15</sup>.

Secondo le ricostruzioni storiche che, anche grazie ai profondi studi di altri giuristi e storici del diritto, ci è stato possibile sviluppare e proporre nelle pagine che seguiranno, successivamente all'opera di Kant (che già aveva tentato un *recupero* dell'antica *imputatio*<sup>16</sup>), nella dottrina penale degli ultimi due secoli andò via via accentuandosi quella separazione tra *fenomeno* e *noumeno*, tra *essere* e *dover essere*, tra oggettivo e soggettivo, e, in definitiva, tra *ragione umana* e realtà naturale che ha poi più o meno tacitamente costretto a ritenere propria al diritto solamente quella definizione di agire libero e volontario che, prescindendo da ogni sua connotazione razionale, ne riducesse il significato a quello di un substrato causale dell'azione, vuoi di tipo meccanicistico, vuoi istintuale, vuoi meramente *normativo* ("imputativo"). A partire da Feuerbach, infatti, passando per l'idealismo di Hegel, il *fisicalismo* di von Liszt, il *normativismo* di Binding e di Kelsen e, infine, coinvolgendo anche

---

responsabilità del soggetto si ha quando questi causi un esautoramento della norma (*Normdesavouierung*) e non sarebbe la norma stessa a porre le condizioni del proprio esautoramento, ma la teoria dell'imputazione, che si costruisce a partire dalla norma sanzionatoria. Una tale teoria dell'imputazione, tuttavia, non può che ridursi, inevitabilmente, allo stesso *non riconoscimento della norma*. Cfr. U. KINDHAUSER, *Gefährdung als Straftat*, Francoforte, 1989, p. 13. Roxin, infine, seppur partendo dall'opposto presupposto, ovvero dal significato sociale dell'azione anziché dalla sua descrizione normativa, "ontologizza", poi, la propria posizione, identificando gli atti idonei a possedere un significato rilevante per il diritto con quelli che siano anche "manifestazione della personalità" – *Personlichkeitsäußerungen* – del soggetto; in seguito, tuttavia, non potendo ricorrere ad alcun argomento certo in base al quale stabilire cosa, in concreto, rappresenti manifestazione di personalità, non può escludere che tale definizione derivi, ancora una volta, dalle sole norme positive. Per questa ricostruzione del pensiero di Roxin, cfr. J. M. SILVA-SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, cit., p. 59.

<sup>14</sup> A definire *normativisti* sia Jakobs che Roxin, sebbene rilevandone anch'egli le differenze, è anche S. MIR PUIG, *Limites del normativismo en Derecho Penal*, in *Imputación Objetiva y Dogmatica Penal*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, n. 07-18, p. 18:1 -18:24, consultabile *online* su: [criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf](http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf).

<sup>15</sup> Cfr. J. M. SILVA-SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, cit., p. 32.

<sup>16</sup> Cfr. C. PÉREZ DEL VALLE, cit., p. 412; vedi, in particolare, nota 29.



il nominalismo neokantiano, la libertà umana, presupposto indefettibile del giudizio di imputazione, ha progressivamente perduto quella dimensione “teleologica” che era, invece, per gli antichi, ragione prima e fondamentale della sua stessa considerazione: e che continua a presentarsi anche oggi come unica garanzia di un diritto aderente al giusto reale.<sup>17</sup> “Una teoría de la imputación justa (de acuerdo con la natura rei) ha de ser, en primer término, una teleología de la imputación.”<sup>18</sup>

A risolvere questa situazione di pretesa incomunicabilità tra una *teleologicamente* intesa libertà dell’uomo e l’*empirismo* dei fatti da giudicare, del resto, non bastò nemmeno il finalismo welzeliano: nemmeno in Welzel, infatti, o nei suoi allievi, si giunse al recupero di quel concetto aristotelico di azione secondo il quale: tutta l’attività e ciascuna azione umana possiedono un fine proprio<sup>19</sup>; solo le azioni volontarie possono essere oggetto di lode o di rimprovero<sup>20, 21</sup>. Tale recupero, infatti, avrebbe richiesto il definitivo e radicale abbandono di quell’idea di libertà soggettiva che, a seguito della riforma luterana, si era imposto, passo dopo passo, prima nella dottrina morale e poi nella scienza penale.<sup>22</sup> Abbandono che, però, non ebbe luogo<sup>23</sup>.

---

<sup>17</sup> Lo stesso Welzel, nel criticare i fondamenti filosofici del positivismo, aveva diretto le proprie censure tanto verso il positivismo di von Liszt quanto verso la dogmatica neokantiana: entrambe le scuole, infatti, facevano proprio un concetto meramente causale di azione e la seconda poteva ritenersi teoria *complementare* al naturalismo positivista. Cfr. H. WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Mannheim-Berlino-Lipsia, 1935, p. 70.

<sup>18</sup> “Precisamente por ello el principio de legalidad y el principio de culpabilidad son el marco en el que se desarrolla esa teleología, porque forman parte del telos”. Come bene spiega Pérez del Valle, una interpretazione corretta e dunque non dualistica del reale comprende come le esigenze della legalità e della colpevolezza non siano *strumenti* per il bene comune, ma costituiscano *essi stessi realizzazione del bene comune*. Non si tratterebbe di principi estranei o alieni alla teoria dell’imputazione, ma di suoi elementi costitutivi. Cfr. C. PÉREZ DEL VALLE, *cit.*, p. 422.

<sup>19</sup> ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, 1049a.

<sup>20</sup> ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, 1109b.

<sup>21</sup> Inoltre, sebbene, quantomeno in area tedesca, la sistematica penale si sia adattata alla lezione di Welzel, i presupposti metodologici (il vincolo del legislatore a precise strutture logico-obiettive) e la sua tesi di fondo (coinvolgente il concetto finalistico di azione, la teoria ristretta della colpevolezza, ecc.) non sono stati accettati da un rilevante numero di autori. Cfr. B. SCHÜNEMANN, *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, Ite Teil, Tatbestands- und Unrechtslehre*, GA, 1985, pp. 341 – 380, p. 344.

<sup>22</sup> L’idea del necessario recupero del *voluntarium* aristotelico era stata segnalata da Viktor Cathrein ben prima dell’avvento della sistematica welzeliana. Cfr. V. CATHREIN, *Die Grundbegriffe des Strafrecht*, Friburgo, 1905, pp. 49 e ss. Questi aveva giustamente denunciato come la lezione luterana avesse comportato una secolarizzazione del diritto che, oltre a ripercuotersi sul significato della pena, aveva naturalmente sconvolto l’antica teorica imputativa. La separazione tra Fede e Opere, tra Dio e Mondo, tra Grazia e Legge portò, progressivamente e inesorabilmente, a interpretare il diritto “prodotto” dagli uomini come un sistema chiuso in se stesso, in tutto autosufficiente. Processo “culminante” nella *legalità* predicata da Cesare Beccaria. Cfr. C. PÉREZ DEL VALLE, *Los fundamentos de una teoría iusnaturalista de la imputación*, pp. 411 – 412.

<sup>23</sup> Nemmeno Welzel aveva compreso l’importanza di, né attuato, questo recupero. “Although one has noticed that the identification of the guilt with the so called „subjective element” of the crime is an error, Welzel did not research long enough the way in which the previous doctrine created the concept of crime, so as to also discover the more profound faults of this building, but he rushed into correcting it: he eliminated the „subjective side” of the crime, and converted the subjective element into a „feature” (requirement) of the objective content of the incrimination (the subjective element was to be „ascertained”, together with the objective side of the crime). But if „corrected” as such, the crime theory was rather downgraded. Under these conditions, the concept of guilt became a void concept, lacking in contents

Svilitosene il significato, perdutasene qualsivoglia connotazione assiologica e razionale, la libertà che oggi connota l'azione rilevante, e per questo imputata, ha così facilmente potuto essere assorbita e *inglobata*, assieme al giudizio di imputazione che su di essa si fonda, nella moderna *teoria del delitto*. Di qui l'opportunità di uno studio dell'imputazione quale quello proposto da Joachim Hruschka. Ci si consenta, a questo proposito, un'ulteriore digressione sulla necessità di questo recupero.

Sin dai tempi dell'antichità, ed anche in assenza di qualsivoglia appiglio normativo, la giustizia penale, ha ritenuto di non punire la condotta omicidiaria, o violenta, o in altro modo lesiva di un bene altrui o collettivo, compiuta, ad esempio, *se defendendo* (o per necessità, o dall'infermo di mente, o dall'incosciente, ecc.). Certamente differenti sono state, nella storia, le teorie offerte a sostegno di queste esclusioni di rimprovero. Ma tali concettualizzazioni non venivano *prima* delle realtà del fatto e del giudizio. Le opere dei filosofi e dei giuristi che, sin dai tempi di Aristotele, si erano occupate di descrivere i margini di operatività del diritto penale e di stabilirne i casi d'eccezione, erano frutto, al contrario, di una presa d'atto, di una constatazione giuridica precedente la norma. Si trattava di chiarire come – e perché – talune situazioni non presentassero i caratteri tipici di una condotta di reato. Compito di queste teorie era quello di *spiegare* come mai tali fatti fossero privi di per se stessi dei necessari caratteri di biasimo o di rimproverabilità. Esse non miravano, cioè, a “fondare”, come invece oggi accade, la non punibilità dei fatti che si dicono “scriminati” (siano essi considerati “non antiggiuridici” o “non colpevoli”), ma a rendere note ed esplicite le ragioni per le quali i giudici e i giurati giungevano naturalmente a tali conclusioni – e ciò facessero giustamente. Ovviamente, nell'ambito di quel circolo ermeneutico per cui teoria e prassi applicativa spesso si confondono, venendo così ad assumere, a tratti, le sembianze di un unico sistema, le definizioni offerte da questi pensatori influivano, poi, sul giudizio di chi avesse aderito alle loro teorie in tema di difesa legittima, di errore, di costrizione, ecc. Ciononostante, l'influenza

---

*and, besides it, one has accredited the idea that the intention and the guilt, as subjective requirements of the illicit aspect, must be always „ascertained”, including when the deed was perpetrated by someone who is not capable – which does not make sense, because the acts of thought can never be directly ascertained and, even supposing that they could be, such an „ascertaining” is not necessary as long as, in legal terms, at least, someone who is not capable must always be deemed as „not guilty”. And then, although it stated that the establishing of the guilt implies a legal appreciation or a „judgment”, Welzel was not concerned with establishing the aspects submitted to this appreciation – which resulted, among others, in the fact that in his theory, as well as the psychological one, it is still unclear why while the establishing of the guilt also implies the ascertaining of the inexistence of a exculpatory clause, or of a clause which would eliminate guilt. But, under this aspect, one must mention, by observing the truth that, Welzel started to present the guilt as a „judgment”, without starting from an analysis of the structure which the doctrine assigned to the crime, according to the causal theory of the action, but from a general examination of the positive law, which allowed him to notice that the legal norms are the result of a whole series of „judgments” (or „valorisations”).” Cfr. MK. GUIU, *The crisis of criminal dogmatics and the theory of guilt*, in *Criminal Law review, Romanian association of Penal Sciences*, vol. 1, n.1, 2011, p. 4.*

delle loro concettualizzazioni, indispensabile strumento per un'applicazione coerente e non arbitraria delle norme punitive, non si confondeva con ciò che *ab origine* legittimava, e tuttora legittima, il giudizio di liceità delle condotte considerate: l'intrinseca assenza di offensività del fatto, la concreta non colpevolezza dell'autore o, addirittura, la non qualificabilità degli eventi in termini di *azione*.

La moderna e ancora prevalente prospettiva illuministica sul diritto, invece, genera problemi di difficile soluzione proprio sotto questo profilo. Senza poterci qui dedicare alle riflessioni che il tema meriterebbe, riteniamo che un'ottima sintesi delle dinamiche che hanno condotto a questo progressivo *allontanamento* dell'"applicazione del diritto" dalla sfera di "realtà della vita" e, in sostanza, allo smarrimento dell'imputazione, sia quella offerta, in un recente studio, dal filosofo del diritto Francisco Carpintero<sup>24</sup>.

Ciò che tale studio aggiunge, in effetti, alle riflessioni parzialmente anticipate in merito a quell'interpretazione "causalista" degli atti umani che, coadiuvata dalle codificazioni, ha progressivamente condotto a un'interpretazione *soltanto normativistica* del fenomeno giuridico, è l'idea che tale atteggiamento riduzionista abbia, in realtà, una ancor più profonda radice epistemologica. L'idea, infatti, che la volontà libera dell'uomo sia di per se stessa rilevante ai fini della formulazione di un giudizio sull'azione, a prescindere, cioè, dalla concreta e vigente cornice normativa, è strettamente connessa all'idea che tra i piani dell'*essere* e del *dover essere* non vi siano quelle separazioni e quella incomunicabilità che sono, invece, il predicato tipico della modernità.

Nell'etica romano-medievale, rileva Carpintero, diversamente da quel che oggi accade, la domanda sul "*perché* questa regola deve applicarsi a quest'uomo" *precedeva* qualsiasi ragionamento attorno alla *validità* della norma considerata nel caso concreto. In seguito, nelle riflessioni dei teologi del basso medioevo, si riteneva che la risposta a tale domanda fosse da ricercarsi in quella che essi definivano "*convenientia*" o "*prima bonitas moralis*" e che Carpintero chiama "*adaequatio hermeneutica*": per essi le leggi universali non possedevano una vigenza anteriore e precedente a questa considerazione razionale. Tale domanda doveva porsi, e ottenere risposta, nel giudizio di qualunque atto concreto. La "norma" rappresentava, infatti, nel pensiero dell'epoca, una mediazione razionale tra un problema e alcune regole, mediazione che si realizzava in base a determinati criteri. Il più comune era il criterio del *bene*

---

<sup>24</sup> Cfr. F. CARPINTERO, *Imputatio*, in *RIFD*, 81, 2004, pp. 25 – 78.

*comune*; ma, su un piano più astratto, il fine della norma doveva in qualche modo corrispondere a un fine *naturale* dell'uomo<sup>25</sup>.

Ebbene, ciò che rendeva possibile questo “collegamento” tra legge e atti concreti era proprio l'idea che l'una e gli altri si situassero e muovessero su un medesimo piano di realtà. Riflessioni di tal genere, peraltro, sono proprio quelle caratterizzanti il pensiero di Aristotele e Tommaso d'Aquino. Quest'ultimo, in particolare, sosteneva che ogni ente si muova per un “fine”: con ciò riferendosi non a un fine *estraneo* al soggetto che agisce, ma a una “*causa finale*” che in qualche modo concorre a definire la natura stessa dell'ente, un fine che a esso è *proprio*<sup>26</sup>. Il “fine” naturale dell'uomo, rappresentato dal raggiungimento del Sommo Bene (Dio), della sua stessa perfezione, è, dunque, quella causa efficiente che, secondo l'Aquinate, muove l'uomo ad agire *correttamente*. Non perseguire questo fine, pertanto, più che consistere nella “violazione” di un qualche precetto, costituisce *disordine della volontà* rispetto al proprio fine naturale. Così, oltre che eventuale reato, il disordine della volontà è in sé “peccato”, giacché allontana dal raggiungimento di ciò che è “buono” – e divino<sup>27</sup>. Similmente, nel pensiero aristotelico ciò che rendeva possibile all'uomo di imporre doveri agli altri uomini e di pretendere, da essi, il rispetto dei propri diritti, era la comune e condivisa partecipazione al *logos*.

Sulla base di tali premesse non appariva difficile, pertanto, comprendere quella “*adaequatio hermeneutica*” che giustificava, senza negare la libertà dell'uomo, l'imperatività della norma. Il fine che, secondo il pensiero tomista, muove l'uomo ad agire, è, infatti, parte della sua stessa natura e la sua preesistenza non lo rende meno libero. L'esempio cui Carpintero ricorre per spiegare questo fenomeno di libertà e di contemporanea, dovuta, “finalizzazione” dell'agire umano, è piuttosto calzante<sup>28</sup>. Egli propone di pensare a come “tipico d'un professore sia il fatto di tenere delle lezioni”. Ebbene ciò implica che è *naturale* per il professore tenere delle lezioni, *ma anche* che il professore è libero di farlo; ed è libero nel momento in cui lo fa perché continua a essere egli stesso la causa delle proprie azioni. Questo è evidente, peraltro, quando il professore svolga volentieri il proprio compito.

---

<sup>25</sup> Tommaso d'Aquino dichiarava programmaticamente che “*Finis et agens semper unius ordinis inveniuntur in rebus*”. TOMMASO D'AQUINO, *Liber de veritate Catholica Fidei contra errores infidelium, seu Summa contra Gentiles*, Marietti, Torino-Roma, 1961, §625.

<sup>26</sup> “*Voluntarium enim est, cujus principio est in ipso*”, TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theol.*, I – II, q. 6, art. 1.

<sup>27</sup> L'atto esteriore, secondo l'Aquinate, è inevitabilmente connotato da una duplice bontà o malizia: una che gli deriva dalle proprie materia e circostanze; l'altra derivante dall'essere o meno ordinata rispetto al fine. *S.Th.*, I – II, q. 20, a.2.

<sup>28</sup> Cfr. F. CARPINTERO, *op. cit.*, p. 29.

Tale comunicazione di piani, però, non fu più difendibile nei secoli a venire. L'irrompere del nominalismo, infatti, costrinse ad abbandonare questa peculiare struttura di pensiero, che consentiva all'imputazione di assumere ruolo centrale nella valutazione delle concrete condotte. Essa non poté che perdersi, in particolare, quando, in seno alla stessa scolastica, si cominciarono a distinguere i piani del "naturale" e del "soprannaturale", con la formulazione, nella seconda metà del XVI secolo, della dottrina del "*pluris naturalibus*". Si cominciò a sostenere, cioè, che l'essere umano possieda "fini distinti" e che, mentre quelli tipici della vita "religiosa" sarebbero determinati dall'eterna legge divina, quelli terreni sarebbero definiti dalle leggi vigenti. Di qui alla perdita del concetto d'imputazione il passo fu inesorabile. Se la condotta terrena è dettata dalle leggi dell'uomo, imposte dal legislatore, non vi è più spazio, infatti, per difendere la "naturale" imperatività della legge; e la volontà dell'uomo cessa di possedere un autentico e originario significato "normativo". Non esiste spazio per alcuna "*adaequatio hermeneutica*", posto che le "cause" dell'agire umano e le "fonti del diritto" si situano su piani inevitabilmente separati e distinti.

Con ciò, anche dove l'antico termine *imputazione* fu mantenuto, esso non poté che assumere nuovi e diversi significati: così, quando la filosofia morale del XVII secolo recepì il pensiero aristotelico, e la sua successiva elaborazione umanista, l'utilizzo del termine imputazione servì soltanto per "affermare" un collegamento tra norma e fatto, senza che tale affermazione potesse riposare su alcun dato o esigenza di realtà<sup>29</sup>. Il pensiero giuridico moderno, infatti, erede del nominalismo e del contrattualismo, si vedeva "*filosoficamente*" costretto a fondare le considerazioni sull'imperatività della norma non già sulla natura dell'essere umano, ma partendo dalle stesse leggi. Da qui le odierne difficoltà: "(...) *Ha sido una tentacion constante en todos los tiempos suponer la justicia como la obediencia a la ley ya existente, porque, por alguna cualidad mistica, las leyes reclaman obediencia. Es tut mir leid, pero nada conlleva sin mas esas cualidades misticas*"<sup>30</sup>.

Per Aristotele e Tommaso a giustificare l'imperatività della legge vi era l'idea che il diritto fosse un *opus rationis* e la legge una regola *concorrente* alla determinazione dello *jus*. La *traditio regulae* era opera di ragione, poiché in essa vi era quell'opera di *adaequatio*

---

<sup>29</sup> Pufendorf, che più di altri riabilitò l'utilizzo del termine "imputazione" nel pensiero giuridico moderno, negava espressamente che vi potesse essere una qualche partecipazione della ragione umana nella ragione divina o eterna ed attaccava anche l'idea dei "principi innati", affermando che "*Infantes non nasci Jureconsultos*". S. PUFENDORF, *Eris scandica. Qua adversus libros de jure naturali et gentium objecta diluuntur*, Francoforte, 1686, p. 214.

<sup>30</sup> Cfr. F. CARPINTERO, *op. cit.*, p. 31. Ivi si riporta come lo stesso Tommaso si opponesse a questa considerazione, ritenendo che l'obbligo procede dal fine e non da una qualche volontà; per questo scriveva: "*Peccatum non invenietur nisi in his quae sunt propter finem: nec enim imputatur alicui ad peccatum si deficiat ab eo quod non est*". TOMMASO D'AQUINO, *Summa contra Gentiles*, § 1874.

*hermeneutica* che implicava la valorizzazione di molteplici fatti. Era la *prudentia*, realtà razionale e intelligente, a ordinare il collegamento di norme e fatti; la volontà, invece, si muoveva su un piano più ampio e vitale, guidata per lo più dalle virtù, dalla buona volontà e dalla ragione. Presupposto di queste riflessioni era, tuttavia, quell'uguaglianza di piani tra norma e fatti di cui prima si parlava: un'uguaglianza osservabile quando ogni ente si muova verso "il proprio" bene. La norma o la regola devono esser *propinqua et domestica* ai fatti regolati, quasi ad essere da essi stessi domandata. E' per queste ragioni che, secondo l'Aquinate, i precetti dell'etica dovrebbero esprimersi all'indicativo e non all'imperativo: seguirli è forma naturale dell'agire umano, non un dovere *imposto*<sup>31</sup>.

Ebbene, alla luce di queste premesse, per poter nuovamente "attribuire significato" all'azione altrui, ritenendola *imputabile*, allo studioso del diritto s'impone oggi il compito di restituire alla volontà dell'uomo tutta la sua contenutistica pregnanza. "*En efecto, si las normas penales se entienden como directivas que tratan de influir sobre la conducta de sus destinatarios mediante argumentos de racionalidad instrumental y de racionalidad valorativa, entonces sus destinatarios han de ser personas naturales, dotadas de autoconciencia y libertad. Y los hechos capaces de tener, entre otros, el sentido de infracción de una directiva de conducta han de ser expresión de tales autoconciencia y libertad*"<sup>32</sup>. Non stupisce, dunque, che un giurista impegnato nella ricerca di ciò che realmente legittima l'applicazione – o la non applicazione – del diritto, volga il proprio sguardo a categorie di pensiero tipiche dell'epoca premoderna. Non stupisce, così, che Joachim Hruschka abbia dedicato gli ultimi quarant'anni

---

<sup>31</sup> "*Sed ratio potest aliquid intimare vel denunciare dupliciter. Uno modo, absolute, quae quidem intimatio exprimitur per verbum indicativi modi; sicut si aliquis alicui dicat, hoc est tibi faciendum. Aliquando autem ratio intimat aliquid alicui, movendo ipsum ad hoc, et talis intimatio exprimitur per verbum imperativi modi; puta cum alicui dicitur, fac hoc. Primum autem movens in viribus animae ad exercitium actus, est voluntas, ut supra dictum est. Cum ergo secundum movens non moveat nisi in virtute primi moventis, sequitur quod hoc ipsum quod ratio movet imperando, sit ei ex virtute voluntatis. Unde relinquitur quod imperare sit actus rationis, praesupposito actu voluntatis, in cuius virtute ratio movet per imperium ad exercitium actus.*" "(...) *radix libertatis est voluntas sicut subiectum, sed sicut causa, est ratio. Ex hoc enim voluntas libere potest ad diversa ferri, quia ratio potest habere diversas conceptiones boni. Et ideo philosophi definiunt liberum arbitrium quod est liberum de ratione iudicium, quasi ratio sit causa libertatis.*" Ovvero: "Ma la ragione può intimare o dichiarare una cosa in due modi. Primo, in termini assoluti: e tale intimazione si esprime col verbo nel modo indicativo; come se a una persona si dicesse: "Questo è per te il da farsi". Altre volte invece la ragione intima una data cosa, movendo verso di essa: e tale intimazione si esprime col verbo di modo imperativo; come quando a uno si dice: "Fai questo". Ora, tra le facoltà dell'anima il primo motore nell'esercizio dell'atto è la volontà, come abbiamo spiegato. E poiché il secondo non muove che in virtù del primo, ne segue che la mozione imperativa della ragione deriva dalla volontà. Perciò rimane stabilito che comandare è un atto della ragione, col presupposto di un atto di volontà, in forza del quale la ragione muove col comando all'esercizio dell'atto." "Radice della libertà come soggetto è la volontà; ma come causa è la ragione. Infatti la volontà può liberamente indirizzarsi a cose diverse, perché la ragione è capace di concepire diversi beni. Perciò i filosofi definiscono il libero arbitrio, " un libero giudizio dovuto alla ragione ", come per indicare che la ragione è la causa della libertà". TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, I – II, q. 17, art. 1.

<sup>32</sup> Cfr. J. M. SILVA-SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, cit., p. 65. Ivi: "... *en tanto en cuanto el sistema del Derecho penal pretende influir sobre el comportamiento de los ciudadanos mediante directivas de conducta debe afirmarse que, para él, no hay acción – no hay hechos capaces de sentido – sin una libertad mínima – tanto externa como interna*".

del proprio lavoro allo studio e alla riabilitazione di un concetto che ha radici tanto antiche quanto quelle dello stesso pensiero giuridico.

Sotto questo profilo, tuttavia, il fatto che l'impostazione filosofica di Hruschka sia, per sua stessa ammissione, tipicamente kantiana, non può che stridere con le riflessioni appena svolte. L'osservazione, in effetti, è calzante: proprio per questo, ossia per l'ancora insuperata prospettiva dualistica sul reale, non può escludersi, in effetti, che le tesi hruschkiane di seguito discusse potranno infine rivelarsi non del tutto soddisfacenti. E' altresì vero, però, che il pregio dell'Autore e della sua *Zurechnungstheorie* debbono individuarsi nel suo averne comunque recuperato l'antico *metodo*.

Scopo finale del lavoro, inoltre, non è certo quello di fornire *nuove* risposte, ma far sì che il lettore si sia posto, grazie ad esso, *nuove* e, possibilmente, *più corrette* domande. A questo proposito, ci si consenta di riportare un'acuta riflessione dello stesso Hruschka sugli scopi più profondi della scienza penale, ma che sembra avvicinarsi, nei contenuti, agli auspici della scrivente.

L'Autore, in particolare, rileva come uno degli errori tipici e più evidenti della penalistica contemporanea sia quello di ritenere che oggetto delle riflessioni della scienza giuridica siano le stesse norme positive<sup>33</sup>. Al contrario: oggetto di una vera e propria scienza del diritto penale di parte generale non sono le singole "regole" che, in ciascun luogo della terra, erano diverse ieri da quelle che sono oggi, e che domani ancora saranno differenti. Questa sarebbe una scienza i cui confini sono rappresentati da un fiume<sup>34</sup>. La scienza dei principi generali del diritto penale non concerne, invero, le *singole norme*, bensì *la materia* regolata dalle stesse. Così, come il Giurista tedesco ricorda, tale scienza non ha per oggetto le *risposte* che la legge fornisce attraverso le proprie norme positive, ma, per l'appunto, le *domande* che dietro tali norme si nascondono: non le soluzioni dei problemi, ma i problemi medesimi<sup>35</sup>. Nelle parole dell'Autore, in uno dei suoi scritti più risalenti: "*Hier muß daran erinnert werden, daß das Strafprozessrecht die konkreten regelungsbedürftigen Fälle nicht erst schafft, sondern seinem ganzen Sinn nach – es dient den Regelung dieser Fälle – voraussetzt. Nicht weil es es ein Strafverfahrensrecht gibt, gibt es auch „Taten“, sondern allein deshalb weil es „Taten gibt, gibt es auch ein Strafprozessrecht.,*"<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, Walter de Gruyter, Berlin, 1983, p. XII.

<sup>34</sup> B. PASCAL, *Pensées*, Lafuma, 1951, p. 53: "*Plaisante justice qu'une rivière borne! Vérité au deçà des Pyrénées, erreur delà.*"

<sup>35</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *op. cit.*, p. XII.

<sup>36</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Der Begriff der „Tat“ im Strafverfahrensrecht*, in *Juristenzeitung*, 21, n. 21, 1966, p. 701.

Lo studio del diritto penale consiste, quindi, nell'apprendimento di un nuovo linguaggio, attraverso il quale vengono formulate le domande scoperte e sollevate dalla dottrina penale ed alle quali le leggi penali cercano di dare una - più o meno soddisfacente - risposta. Per imparare questo nuovo linguaggio non basta, però, apprendere un nuovo vocabolario, dovendosene molto più comprendere e dominare la soggiacente grammatica. Per questo, il fine della dogmatica penale è quello di formulare la grammatica del diritto penale e di metterne in luce le conseguenze applicative. Una grammatica che non è a disposizione del legislatore: *la legge presuppone tale grammatica*, esattamente come *presuppone le domande* cui fornisce risposta. E' questa è l'unica cosa che il diritto positivo può fare: fornire risposte alle domande della dottrina. Proprio per il fatto che detta grammatica è presupposta, è sempre stato possibile, ai giuristi, *criticare*, la norma vigente.

Pertanto, anche la *specifica* teoria dell'imputazione formulata da Joachim Hruschka, dettagliatamente illustrata nel secondo capitolo, proprio perché *scoperta* e non *inventata*, potrà necessitare, per ammissione stessa del suo autore, di modifiche e correzioni. Invero, proprio perché *radicata nella realtà*, una siffatta teoria è sempre perfettibile, come lo è ogni conoscenza dell'uomo che si fondi sull'esperienza e che, rinunciando a ricorrere a premesse convenzionali, miri a conoscere la verità delle cose. La bontà della teoria dell'imputazione di seguito descritta e analizzata non dipenderà, quindi, dalla coerenza "concettuale" - o astratta - della sua formulazione, ma dalla sua capacità di descrivere compiutamente e correttamente le dinamiche del giudizio, dell'*esperienza del giudizio*. In tanto essa dovrà accettarsi, in quanto le conclusioni cui giunge coincidano con il comune senso di giustizia. Perciò, quel che dalla sua applicazione ai casi concreti ci si dovrebbe aspettare è che essa confermi, da un lato, la validità di quelle norme che *già appaiono giuste*, che già sembrano prive di contraddizioni; e che, al contempo, aiuti a correggere quelle teorie normative che non consentono alla giurisprudenza di adottare, senza violare la legalità, soluzioni conformi alle conclusioni cui giunge il più diffuso e comune senso di giustizia.

Proprio questo è lo scopo della seconda parte del lavoro.

Negli ultimi capitoli, infatti, le teorie del giurista tedesco saranno applicate ad alcuni casi concreti, a una serie di ipotesi riconducibili ai più tipici *hard cases* del diritto penale (*aberratio delicti*, *actio libera in causa*, stato di necessità volontariamente causato, ecc.). Questa parte del progetto, peraltro, si sviluppa secondo lo stesso metodo *logico-analitico* di studio della materia penale che il professor Hruschka propose in un suo originalissimo manuale, pubblicato ormai una trentina d'anni orsono, ma mai tradotto in lingua italiana e ben



poco conosciuto nel nostro Paese<sup>37</sup>. I casi proposti, in particolare, saranno analizzati non tanto alla luce delle norme, quanto in base ad alcuni fondamentali principi logici, la cui validità prescinde dall'ordinamento giuridico di riferimento. A queste analisi si affiancheranno, poi, quelle di situazioni simili, risolte alla luce del diritto italiano; e la corrispondenza spesso rinvenuta tra le conclusioni raggiunte nei primi e nei secondi potrebbe ragionevolmente ritenersi conferma della bontà delle tesi di Joachim Hruschka. Che il diritto nazionale, infatti, giunga a quelle stesse conclusioni cui una retta ragione sospinge, sembra essere la migliore controprova di come non sia il codice penale a dettare la *giusta* soluzione del caso, ma la realtà.

Come scrisse Josef Pieper, ha senso ed è fecondo parlare di giustizia solamente a patto che non si perda di vista lo stretto rapporto che la lega alla *teoria della vita*<sup>38</sup>. O, come disse l'ancora insuperato Maestro Francesco Carrara, il diritto criminale non è “un ritrovato dell'uomo”, ma “è nella legge di natura: e la società, e l'autorità civile sono invece i mezzi che la stessa legge eterna prestabili come indispensabili a suo regolato esercizio”<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Il riferimento è al manuale: “*Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*”.

<sup>38</sup> Cfr. J. PIEPER, *Sulla giustizia*, Morcelliana, III ed., 1975, p. 26.

<sup>39</sup> Cfr. F. CARRARA, *Diritto della difesa pubblica e privata* (1859), in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. I, Lucca, 1870, p. 115.

## II – La teoria dell'imputazione nella storia: dalla filosofia morale al positivismo.

### 1. L'imputazione: dal XVIII secolo in poi.

#### 1.1. Introduzione.

Si è già rilevato come l'idea che la rilevanza giuridica di un'azione umana implichi, quale proprio presupposto, un giudizio d'imputazione compiuto da chi la osservi e mediante il quale quest'ultimo le attribuisca significato, interpretandola come espressione e manifestazione della volontà di un libero autore, non sia soltanto parte del nostro linguaggio quotidiano, che è un linguaggio morale, ma fosse affermata e difesa anche all'interno della filosofia morale del XVII e del XVIII secolo, nonché implicitamente sottesa alle teorizzazioni aristoteliche e della scolastica. In particolare, tuttavia, è al pensiero dei filosofi morali del 1700 che lo stesso professor Hruschka attinge<sup>40</sup>, nel tentativo di recuperare quella *Zurechnungsstruktur* che, a suo parere, spiegherebbe in maniera corretta e compiuta l'esperienza tipica del giudizio penale.

Tra i più grandi filosofi tedeschi dell'epoca, prediletti dagli studi dell'Autore, devono ricordarsi le figure di Pufendorf, Wolff, Daries e, infine, Kant. Per Kant, in particolare, secondo una definizione già ricordata, e che ancora spesso si riprenderà, la *Zurechnung* è "*das Urteil, wodurch jemand als Urheber (causa libera) einer Handlung, die alsdann, Tat (factum) heißt (...), angesehen wird*"<sup>41</sup>: dinamiche perfettamente coerenti con quelle tipiche della struttura imputativa brevemente descritta al capitolo precedente.

Pertanto, prima di volgere lo sguardo alla teoria "hruschkiana" dell'imputazione, che si tenterà di illustrare in maniera quanto più completa ed esaustiva al capitolo seguente, sarà opportuno ora analizzare proprio il pensiero e gli scritti di tali filosofi, cui lo stesso Hruschka attribuisce il merito della moderna sistematizzazione della teoria imputativa, ritenendo di non

---

<sup>40</sup> In effetti, è opinione dell'Autore che soltanto a partire dall'opera pufendorfiana il concetto di *Zurechnung* apparve nella propria "autonomia concettuale", quale vera e propria „dottrina“: "*Natürlich gibt es das, was man seit Pufendorf eine "Zurechnungslehre" nennen kann, schon viel früher, etwa bei Aristoteles. Aber erst Pufendorf stellt unter der ausdrücklichen Überschrift "De Actionum Moralium Imputatione", den Begriff der Zurechnung selbst in den Mittelpunkt seiner Erörterungen. Erst seitdem können wir die Zurechnungslehre des Aristoteles überhaupt als seine „Zurechnungslehre“ bezeichnen*". Cfr. J. HRUSCHKA, *Zur Interpretation von Pufendorfs Zurechnungs- und Notstandslehre in der Rechtslehre der Aufklärung*, in M. BEETZ, G. CACCIATORE, *Die Hermeneutik in Zeitalter der Aufklärung*, 2000, p. 181.

<sup>41</sup> Cfr. I. KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1797, II ed., 1798, XXIX (*Weischedel-Ausgabe der Gesammelten Werke*, vol. IV, p. 334).

aver inventato alcunché e d'essersi limitato a riportare alla luce, al più riordinandoli, concetti che solo la più moderna scienza penale avrebbe prima confuso e poi dimenticato<sup>42</sup>.

Quella elaborata e descritta da questi filosofi, come l'Autore non manca di segnalare, fu una teoria dell'imputazione che non soltanto fu accolta nella successiva scienza penale tedesca, ma che si diffuse in campo internazionale. Le tesi di Pufendorf<sup>43</sup>, ad esempio, furono adottate, o quantomeno direttamente ed indirettamente criticate, anche dai Professori di Filosofia morale della Cattedra di Glasgow (quali Carmichael, Hutcheson e Reid) nel corso del XVIII secolo. Tuttavia, mentre il contributo kantiano alla penalistica moderna è stato sempre riconosciuto, quello di questi filosofi morali è stato per lo più dimenticato: epperò tanto Feuerbach, spesso ricordato come il fondatore del moderno diritto penale tedesco, quanto Koch, si rifacevano a categorie di pensiero sviluppate proprio da Pufendorf e dai suoi successori. Immenso, infatti, come di seguito si vedrà, fu l'apporto del pensiero dei citati Autori sull'intera dottrina giuridica tedesca ed è proprio il *disvelamento* delle loro influenze nella penalistica moderna a costituire oggetto degli studi, in larga misura storici, del Professor Hruschka<sup>44</sup>.

Lo studio dei filosofi morali, inoltre, permetterà di comprendere le dinamiche che condussero a quella "perdita" del concetto d'imputazione menzionato in introduzione. Nella recezione, da parte di Feuerbach, della filosofia kantiana, il giudizio imputativo si dissolse, mantenendosi solo nominalmente nella successiva filosofia di Hegel e dei penalisti cosiddetti hegeliani; per poi essere definitivamente eliminato nell'ambito del sistema causalista, tassonomico e consequenzialista inaugurato da von Liszt ed entro il quale ancora si muove, nonostante le diverse affermazioni, la scienza penale contemporanea. Di tali processi si fornirà qui di seguito una sommaria ma quanto più possibile chiara descrizione.

---

<sup>42</sup> Il merito di Hruschka, e l'originalità del suo contributo, tuttavia, potranno agilmente leggersi nel modo in cui egli stesso abbia poi fatto uso di tale teoria e delle sue strutture, ai fini della risoluzione di "attuali" casi giurisprudenziali. Alla parte "pratica" è dedicato il cap. IV del lavoro, *infra*, p. 170 e ss.

<sup>43</sup> Relativamente alle sue ricerche su Pufendorf, in particolar modo in relazione alla *imputazione straordinaria*, lo stesso Hruschka afferma: "(...) *die deutsche Strafrechtslehre bis heute, jedenfalls teilweise, die Sprache Pufendorfs spricht. Freilich sind sich die wenigsten Teilnehmer an unserem heutigen Sprachspiel dessen bewusst*". Cfr. J. HRUSCHKA, *Die Unterscheidung zwischen Pflicht und Obliegenheit*, in M. KAUFMANN, *Recht auf Rausch und Selbstverlust durch Sucht. Vom Umgang mit Drogen in der liberalen Gesellschaft*, Francoforte, 2003, pp. 292.

<sup>44</sup> Sul punto vedi anche J. HRUSCHKA, *Zur Interpretation von Pufendorfs Zurechnungs- und Notstandslehre in der Rechtslehre der Aufklärung*, cit.

## 1.2. Filosofia morale e imputazione.

L'illustrazione dell'approccio dei filosofi morali al tema dell'imputazione prende spesso avvio, negli scritti del Professor Hruschka, dal pensiero in proposito espresso da Christian Wolff. Tale strada ricostruttiva è quella che anche qui s'intende percorrere<sup>45</sup>.

Nella sua *Philosophia Practica Universalis* del 1738, Wolff scrisse: “*ex applicatione legis ad factum intelligitur, actionem esse talem, quae imputari possit*”<sup>46</sup>. Ciò che questa lapidaria definizione rende d'immediata e indubitabile evidenza è che sussista una chiara differenza tra ciò che rappresenta “*applicazione di una legge a un fatto*” e ciò che è, invece, “*l'imputazione*” del fatto medesimo. Al contempo, essa suggerisce una stretta relazione tra i due momenti, tra le due fasi di giudizio. L'applicazione della legge ad un *fatto* sembra essere, infatti, proprio quell'azione che rivela come l'azione dell'uomo sia tale da poter essere – e sia stata – oggetto di imputazione.

Il termine “*factum*”, che indica l'oggetto della sussunzione, deve qui tradursi, per corrispondere al moderno linguaggio dottrinale, con quello di “*condotta*”<sup>47</sup>. Giacché Wolff distingueva tra “*factum commissionis*” e “*factum omissionis*” per parlare, rispettivamente, di azioni o omissioni, infatti, non sarebbe opportuno tradurre tale termine con l'italiano “fatto”, locuzione dal significato troppo generico e dalla dubbia qualificazione dogmatica (i.e.: fatto “tipico”, “naturale”, “umano”, “volontario” e “involontario”, ecc.). Per riferirsi ai meri “fatti”, peraltro, Wolff stesso utilizzava il termine di “*actio*”: le “*actiones naturales vel necessariae*” rappresentavano, così, i meri *eventi* naturali; le *actiones liberae*, invece, gli eventi da considerarsi come realizzazioni di una condotta umana. Pertanto, secondo la definizione di Wolff, applicare una legge a un *fatto* (evento) significa anche, contemporaneamente, imputare tale fatto a un soggetto (implica cioè che *sia* “condotta”), considerandolo azione rilevante. In altri termini, qualsiasi applicazione di una legge a un *factum* implicherebbe l'avvenuta imputazione del medesimo al relativo autore.

Giova rilevare, del resto, come tale filosofo non avesse creato *ex nihilo* né il concetto di *applicazione della legge al fatto* né, tantomeno, quello di *imputazione* del medesimo. Quanto alla prima, ovvero alla “*applicatione legis ad factum*”, la fonte cui questi si rifaceva era

---

<sup>45</sup> Così, ad esempio, in *Imputation*, cit., p. 672 e ss.

<sup>46</sup> Cfr. C. WOLFF, *Philosophia Practica Universalis Pars Prima*, § 598, Francoforte, 1738.

<sup>47</sup> Si traduce con il termine *condotta* quella che Hruschka definisce come “*Handlung*” nei propri scritti sulla *Zurechnungslehre* e che in inglese egli stesso traduce con il termine “*deed*”.

rappresentata dalla definizione fornita da Thomasius e che lo stesso Wolff riporta nella propria opera: “*Qui (...) legem ad factum aliquod applicat, is de ejus convenientia vel disconvenientia cum lege judicat*”<sup>48</sup>. Quanto all’imputazione, invece, almeno secondo la ricostruzione storica formulata dallo stesso Hruschka, Wolff si richiamava alla definizione che di questa diede per primo Pufendorf<sup>49</sup>, e che fu in seguito migliorata e specificata, nei modi seguenti, da Immanuel Kant: “*Zurechnung (imputatione) (...) ist das Urteil wodurch jemand als Urheber (causa libera) einer Handlung, die alsdann That (factum) heisst und unter Gesetzen stehet, ausgesehen wird*”<sup>50</sup>. L’imputazione consiste cioè in quel giudizio attraverso il quale un soggetto è considerato autore (*causa libera*) di un’azione che è quindi detta condotta ed è allora soggetta all’applicazione della legge.

Ebbene, quel che nella massima kantiana sembra rendersi ancor più evidente rispetto alla precedente formulazione wolffiana, è che la qualificazione di un evento in termini di “condotta” significhi che tale evento possa anche essere – e sia – oggetto di applicazione della legge: Kant fornisce, in sostanza, una definizione “simmetrica” a quella wolffiana, che consente di leggere il momento dell’imputazione come il primo passo atto a condurre il giudice a formulare un giudizio sull’azione. L’imputazione è anche qui un giudizio distinto dalla sussunzione e ad essa “precedente”: è il giudizio secondo il quale un evento può considerarsi condotta ed essere, pertanto, proprio in quanto “condotta”, soggetto all’applicazione della norma giuridica.

La sostituzione della definizione kantiana di *imputazione* all’interno della citazione wolffiana, inoltre, non è priva di interessanti conseguenze, sia pur di non immediata evidenza. Essa si presenterebbe nei termini seguenti: “*qualsiasi applicazione di una legge ad un fatto implica che il fatto possa essere oggetto di applicazione della legge*”. Ebbene, dire che un evento è soggetto all’applicazione della legge solo quando possa essere soggetto all’applicazione della legge, lungi dal ridursi a tautologica affermazione, è massima che costringe il giurista ad interrogarsi seriamente sulle condizioni necessarie e sufficienti a che un evento possa, a pieno titolo, essere sussunto nella fattispecie legale. Lo studioso è cioè invitato a individuare quelle

---

<sup>48</sup> Cfr. C. THOMASIUS, *Institutiones Jurisprudentiae Divinae*, Lib. III, Cap. XI, Francoforte, 1688, citato in J. HRUSCHKA, *Imputation*, p. 672, nota 18.

<sup>49</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *ult. cit.*, p. 673; cfr. S. PUFENDORF, *Elementorum Jurisprudentiae Universalis Libri Duo*, Hagae-Comitis, 1660, Lib. II, Assioma I. Allo stesso modo, anche alla voce “*Zurechnung*”, redatta dallo stesso Hruschka, egli dà inizio alla propria trattazione del tema proprio a partire dall’opera pufendorfiana: vedi “*Zurechnung*”, in *Handwörterbuch*, cit., col. 1803. Secondo Pufendorf, in particolare, imputiamo ad altri una *Handlung (actio humana)* quando riteniamo “*daß der Mensch zu Recht als ihr Urheber angesehen werden kann*”; “*daß er verpflichtet werden kann, über sie rechenschaft abzulegen*” e “*daß auf ihn die Wirkungen zurück fallen, die aus der Handlung hervorgehen*”. Così in *De Officio Hominis et Civis*, 1673, I, 1, § 17.

<sup>50</sup> Cfr. I. KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797-98, 1803, *Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, Berlino, vol. VI, p. 227<sub>21-23</sub>.

effettive caratteristiche che “l’evento” deve possedere per poter essere oggetto di applicazione della legge (per poter essere *imputato*).

A tale preciso proposito, una prima risposta potrebbe già desumersi dal ricorso al termine “*factum*”. Come detto, infatti, esso designa, nella propria originaria accezione wolffiana, ciò che è fatto, non già un mero *evento*. Ne conseguirebbe che oggetto di applicazione della legge potrebbe essere, stando al pensiero di questo autore, solamente ciò che è *frutto di azione* o di *omissione* dell’uomo.

In secondo luogo, altrettanto illuminante può essere, al medesimo fine, la definizione di imputazione fornita da Kant, nella parte in cui il *factum* sussumibile si identificherebbe con quella *Handlung* che è passibile di essere ricondotta ad una *causa libera*. Il riferimento a quest’ultima, infatti, cioè la necessaria promanazione del *factum* sussumibile da un *Urheber*, deve leggersi prendendo atto, al tempo stesso, di come l’espressione “*causa libera*” fosse dotata, nel XVII e nel XVIII secolo, di un significato tecnico peculiare e di non trascurabile portata.

Negli scritti di Clauberg, di Spinoza, di Pufendorf e di Leibniz tale espressione è ricorrente. In particolare, secondo la formulazione fornita da Wolff, si legge che: “*causa libera dicitur, quae libere agit, sive actio fuerit positiva, sive privativa*”<sup>51</sup>. La *causa libera*, dunque, è rappresentata da quell’autore che agisca *liberamente*; ed è precisamente e soltanto rispetto ad un’azione che origina da questa *libertà* che può darsi imputazione. Similmente si esprimeva Kant, ancora a proposito dell’imputazione: “*wir rechnen es (etwas) zu, wenn es simpliciter zugeeignet, d. i. als aus freyheit entsprungen vorgestellt wird*”<sup>52</sup>. Pertanto, posto che l’*imputazione* presuppone, secondo Wolff, che il fatto sia riconducibile ad un autore “libera causa” del medesimo, fondamentale diviene la comprensione dell’orizzonte culturale entro il quale si poneva una tale affermazione di umana *libertà*.

Sotto diverso profilo, deve preliminarmente rilevarsi come tanto il termine “*factum*” – da noi tradotto come condotta –, quanto l’espressione “*applicazione della legge al fatto*” possiedano in realtà, di per se stessi, un significato *neutro*. L’applicazione della legge al fatto, invero, può indifferentemente condurre ad un giudizio ora di *conformità a norma* del fatto imputato all’autore, ora di sua *non conformità*, di *contrarietà alla norma*. Similmente, anche il termine di “imputazione” ha un significato neutro dal punto di vista del “valore” del fatto imputato. A

---

<sup>51</sup> Cfr. C. WOLFF, *cit.*, § 526.

<sup>52</sup> Cfr. I. KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Königsberg, 1797, in *6 gesammelte Schriften*, ed. Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften, 1907, p. 157, *Reflexion* 6775; citato in J. HRUSCHKA, *Imputation*, p. 674, nota 24.

tal proposito, proprio negli anni in cui Wolff scrisse la propria *Philosophia Practica Universalis*, il filosofo inglese Hutcheson affermava che il termine *imputazione* fosse da annoverarsi tra le cosiddette “*vores mediae*”, termini privi, cioè, d’accezioni valutative<sup>53</sup>. È noto, del resto, che l’imputazione concerne tanto un’azione viziosa, quanto un’azione virtuosa.

L’applicazione della legge al fatto, d’altra parte, è doppiamente neutra. Essa, infatti, è connotata da neutralità sia *per sua natura* sia per il fatto d’avvenire *retrospettivamente*, a seguito della condotta. A tale ultimo proposito è facile riconoscere come possa al più darsi, in una prospettiva temporale, un’applicazione della legge *simultanea* al fatto imputato, ma mai ad esso *precedente* (*prospettivamente* la legge si riferisce all’azione e *solo a posteriori* può guardare ad una *condotta*, poiché questa presuppone l’avvenuta imputazione). Quest’ultima constatazione, peraltro, ha precise e rilevanti implicazioni in relazione ad una nota ed importante massima del diritto: “*dovere implica potere*”.

Tale principio, la cui prima formulazione, in epoca moderna, è generalmente ricondotta, dagli studiosi, all’opera di Kant, possiede una chiara dimensione *prospettica*, riferendosi al futuro<sup>54</sup>. Tale espressione, in effetti, significa che qualsiasi obbligazione, qualsiasi obbligo giuridico attivo di un soggetto, presuppone un giudizio di *possibilità* del medesimo: l’esistenza di una obbligazione implica cioè, al contempo, l’idea che l’obbligato *possa, sia capace* di compiere quanto richiesto o imposto. L’espressione wolffiana, invece, riguarda, il passato: imputare un fatto significa ritenere che quel fatto, che prospetticamente era ed è “idealmente possibile”, allorché specificatamente considerato nel suo storico e concreto realizzarsi possa dirsi aver avuto origine nella libertà del soggetto autore, il quale avrebbe potuto evitare di compierlo o di commetterlo; e ciò alla luce di un giudizio retrospettivo.

Il giudizio d’imputazione richiede e presuppone, dunque, la libertà, una libertà originante e causante che si riassume nel termine di causa libera e che consente il distacco da una concezione solo meccanicista della realtà. È concetto necessario, come si diceva, anche per evitare quel *regressus ad infinitum* cui quest’ultima inevitabilmente conduce. Ma per interrompere il processo causale ci si deve riferire a un evento peculiare che non può essere

---

<sup>53</sup> Cfr. F. HUTCHESON, *A System of Moral Philosophy in three books*, Londra, 1755, vol. II, p. 228, in nota: “Imputation is one of the *vores mediae*, tho’ more commonly used in charging men with guilt”. La frase cui la nota si riferisce è la seguente: “The ground of all imputation of actions is that they flow from some affection in the agent, and thus are evidences of his temper and affections”.

<sup>54</sup> Dettagliata e storicamente interessante la puntualizzazione al riguardo operata dallo stesso Hruschka, secondo il quale altri Autori, e in particolare Cumberland, furono antecedenti necessari della formulazione kantiana del principio: cfr. J. HRUSCHKA, *Imputation*, p. 675, nota 27.

scelto arbitrariamente, che deve possedere un significato diverso dagli altri: precisamente, un significato di “libertà”. Ebbene, la relazione tra imputazione e libertà avviene ben prima di Kant: ciò che è prettamente kantiano, invece, come si vedrà, risiede in quella particolare interpretazione positiva della libertà, intesa come attitudine della ragion pura ad essere ragion pratica per se stessa.

Prima di Kant di causa libera parlava Wolff, e, ancor prima di questi, Pufendorf, che ricorse spesso a tale concetto. Pufendorf, in particolare, esplicitò chiaramente come questo significato di causa “originante” dovesse necessariamente riferirsi all’umana libertà: la sola causazione di un evento - “significantius Germanice *verursachet*” – non poteva condurre all’imputazione, se non ove promanante da un *agens voluntarius*.<sup>55</sup> Che le tesi di Pufendorf affondassero le loro radici nell’opera aristotelica è, poi, di difficile contestazione<sup>56</sup>.

### **1.3. Imputatio facti e imputatio iuris: J. Daries.**

Se le considerazioni svolte al paragrafo precedente consentono d’affermare la riconducibilità del “primo livello” di imputazione hruschkiano ad un pensiero *antico*, alcuni dubbi potrebbero sollevarsi in merito alla fedeltà storica della differenziazione tra primo e secondo livello di imputazione, per le ragioni di seguito illustrate.

*“Was jemand pflichtmäßig mehr tut, als wozu er nach dem Gesetze gezwungen werden kann, ist verdienstlich (meritum); was er nur gerade dem letzteren angemessen thut, ist Schuldigkeit (debitum); was er endlich weniger thut, als die letztere fordert, ist moralische Verschuldung (demeritum). Der rechtliche Effect einer Verschuldung ist die Strafe (poena); der einer verdienstlichen That Belohnung (praemium) (vorausgesetzt daß sie, im gesetz verheißen, die Bewegursache war); die Angemessenheit des Verfahrens zur Schuldigkeit hat gar keinen rechtlichen Effect. Die gütige vergeltung (remuneratio s. repensio benefica) steht zur That in gar keinem Rechtsverhältniß.”*<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> Cfr. S. PUFENDORF, *Elementa Jurisprudentiae Universalis*, 1660, lib. I, def. I, § 4, in *Gesammelte Werke*, vol. 3, Behme, Th. Ed., Berlino, 1999.

<sup>56</sup> Secondo lo stesso Welzel le teorie di Pufendorf deriverebbero da Aristotele per quel che concerne i fondamenti e le cause che conducono all’esclusione dell’imputazione. Cfr. H. WELZEL, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, Berlino, 1958, p. 84. Che poi la connotazione pufendorfiana dell’imputazione sia radicalmente difforme da quella antica è questione diversa e non in discussione.

<sup>57</sup> Cfr. I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797-98, 1803, *Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, Berlino, vol. VI, p. 227<sub>30</sub> - 228<sub>3</sub>; in J. HRUSCHKA, *Imputation*, p. 677, nota 33.



In queste poche righe, Kant offre un quadro delle diverse azioni sussumibili a legge e poi giudicate, ricollegandole alle loro naturali conseguenze. In particolare, in base alla citata tripartizione:

- a) le azioni contrarie a legge sarebbero azioni *demeritorie*, e dunque soggette a pena;
- b) quelle soltanto conformi – e dovute – non sarebbero soggette a valutazione e sarebbero prive di conseguenza;
- c) quelle in cui la condotta “supera” quanto richiesto dalle norme – le azioni *supererogatorie* – sono azioni cui corrisponderebbe sempre, come conseguenza, il premio.

Ebbene, con questa sistemazione Kant ricorre in maniera evidente al concetto di azione supererogatoria. Resta corretta, tuttavia, l’idea che tale nozione sia in qualche modo estranea alla sua teoria morale applicata al campo giuridico. In questa tripartizione, infatti, non sembra esservi spazio per una condotta *soltanto supererogatoria*: una condotta cioè che *oggettivamente realizzi di più* di quanto richiesto dalla norma, ma alla quale *non debba conseguire alcuna forma di premio*<sup>58</sup>. L’azione in cui il soggetto compia più di quanto prescritto parrebbe essere anche, sempre e necessariamente, secondo Kant, un’azione meritoria. Ugualmente, la citazione riportata non parrebbe nemmeno lasciare alcuno spazio per azioni “*contrarie a norma*” che tuttavia non meritino d’essere soggette a rimprovero e a pena (ovverosia quelle azioni che la moderna dottrina penale ritiene giustificate o scusate). Non parrebbe darsi, dunque, alla luce di questa tripartizione, alcuna distinzione tra “imputazione del fatto” e “imputazione alla colpa” (o al merito).

Secondo gli studi dell’Autore che in questo scritto si illustrano, e stando alla sua formulazione della teoria dell’imputazione, la posizione di Kant e, in particolar modo, quest’apparente automaticità con cui la pena conseguirebbe all’azione non conforme a legge, e il premio a quella supererogatoria, non dipenderebbero dalla *novità* della sua stessa teoria rispetto alla tradizione filosofica; tantomeno da un’errata comprensione della struttura imputativa da parte del filosofo di Königsberg. La menzionata tripartizione, invero, rappresenterebbe soltanto una descrizione *eccessivamente sintetica* delle medesime; una sintesi che fu, e che è tuttora foriera di facili e gravi fraintendimenti.

L’unica “colpa” di Kant, in effetti, starebbe nel non aver sufficientemente sottolineato, in queste poche righe, una distinzione che era invece propria al suo pensiero e che corrisponde a

---

<sup>58</sup> Sul punto, nel dettaglio, il capitolo dedicato a Kant, in part. cap. II, parr. 2.1. – 2.4.

quella già sviluppata dal filosofo morale J. Daries sulla base della già citata formulazione wolffiana: la distinzione tra l'imputazione, rispettivamente, “*facti*” e “*iuris*”<sup>59</sup>.

Nel suo *Institutiones Jurisprudentiae Universalis*, Daries parlava, in effetti, tanto di “*imputatio facti*”, quanto di “*imputatio iuris*”<sup>60</sup>. In particolare, secondo la sua teorica, la “*declaratio quod aliquis sit auctor facti*”<sup>61</sup>, cioè la dichiarazione con la quale si affermi che qualcuno è *autore* di una determinata condotta, *precederebbe* l'applicazione della legge al fatto e sarebbe proprio da identificarsi con la *imputatio facti*. L'imputazione di secondo livello, invece, cioè lo “*iudicium de merito facti*”, la cosiddetta *imputatio iuris*, seguirebbe detta applicazione della legge al fatto rappresentando la fase finale del giudizio<sup>62</sup>.

Tale distinzione sequenziale non è priva, ovviamente, d'importanti conseguenze tanto ermeneutiche quanto applicative. La “duplicità” del giudizio imputativo, infatti, implica, diversamente da quanto desumibile dalla sopra riportata citazione kantiana, che i giudizi relativi al merito - o al demerito - della condotta siano, secondo Daries, nettamente distinti da quello concernente l'applicazione della legge al fatto, nonché dai possibili risultati che da quest'ultima possono conseguire (sia che esso dichiari la sussistenza di un agire *supererogatorio*, ovvero *conforme*, o, infine, *contrario* a norma). E questo significa che dall'azione supererogatoria non discende *necessariamente* un giudizio di lode. Così come, del resto, all'azione contraria a legge non consegue - *necessariamente* - un giudizio di demerito.

Ebbene, la versione che Daries offre della struttura del giudizio, ossia la triade “*imputatio facti*”, “*applicatio legis ad factum*”, “*imputatio iuris*”, si avvicina, secondo Hruschka, molto più della citata tripartizione kantiana, al modo in cui quotidianamente formiamo i nostri giudizi (moralì e *lato sensu* giuridici) ed è l'unica a porsi realmente nel solco di quella tradizione inaugurata già dal pensiero aristotelico, e proseguita nel tomismo, secondo la quale l'agente non risponde se non di ciò di cui partecipa in forma volontaria, ovverosia ciò che ha in lui stesso principio.

Seguendo la citazione di Kant, in effetti, è facile constatare come né la minaccia grave che costringa all'azione né uno stato di parziale intossicazione del soggetto agente potrebbero avere alcun effetto sul “merito” o sul “demerito” della condotta considerata. Diversamente

---

<sup>59</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Zur Interpretation von Pufendorfs Zurechnungs- und Notstandslehre in der Rechtslehre der Aufklärung*, cit., pp. 182 e ss.

<sup>60</sup> Cfr. G. DARIES, *Institutiones Jurisprudentiae Universalis, Introductionis ad Jus Naturae et Gentium Pars Generalis*, § 211, Jena, 1740.

<sup>61</sup> *Ibidem*, § 213.

<sup>62</sup> “*Mihi videtur (...) quod hic actus – i.e. actus applicationis legis ad factum- imputationis iuris antecedit, et imputation facti sequatur*”. Cfr. G. DARIES, *op. cit.*, § 225 Scholium.

dalla forza fisica (*vis absoluta*) e da uno stato di totale intossicazione, che farebbero venir meno la stessa imputazione del fatto al soggetto, impendendo che si possa parlare di vera e propria “condotta”, queste circostanze dell’agire non farebbero venir meno l’imputazione che Hruschka chiama di “primo livello”. Essa resterebbe in vita perché sussisterebbe pur sempre una *volontà* dell’autore: egli sarebbe ancora “causa libera” del suo agire. Tuttavia, che una *vis compulsiva*, o uno stato di parziale incapacità, siano privi di effetto quanto agli esiti, o alla stessa possibilità, di un giudizio di meritevolezza di pena o rimprovero a carico del soggetto agente, è affermazione non soltanto difficile da difendersi sul piano della logica, ma anche in netto contrasto con quanto in vario modo previsto da tutti gli ordinamenti penali di epoca contemporanea.

Se immaginiamo, infatti, che qualcuno, senza esservi obbligato “dalla norma”, rischi la propria vita per salvare un terzo, ma ciò faccia, vuoi minacciato da una pistola puntata alla tempia, vuoi sotto l’effetto di qualche sostanza stupefacente, non saremmo affatto indotti a considerare lodevole e degna di premio l’azione “*comunque*” supererogatoria. Ed è chiaro che le stesse intuitive conclusioni si raggiungono nel caso opposto: è naturale ritenere scusabile, infatti, o scusato, l’agire del soggetto che ponga in essere una condotta “oggettivamente antiggiuridica”, ma che ciò faccia al ricorrere di quelle identiche circostanze che ne provochino vuoi una forma d’involontaria costrizione, vuoi uno stato di parziale incapacità.

Daries, a parere del Professor Hruschka, aveva avuto il merito di comprendere e descrivere questa innegabile diversità di concetti, scendendo più a fondo nella comprensione di quell’attributo di libertà che la “causa umana” deve possedere ai fini del rimprovero. La riflessione di questo filosofo, tuttavia, si sviluppò in maniera non sempre completa ed esaustiva ed è questo, secondo lo stesso Autore, ad aver probabilmente condotto a un’insufficiente o distratta analisi delle sue teorie. Darjes, infatti, guardò al tema dell’imputazione dalla prospettiva delle cause di esclusione della colpevolezza: in particolare, ricercando la soluzione – o le soluzioni – più adatte ai *diversi* casi di “necessità”<sup>63</sup>.

In effetti, una delle ragioni che maggiormente spinsero i giuristi del passato a occuparsi del tema dell’imputazione, e a sostenere che solo un agire davvero “libero”, “cosciente” e “volontario” dell’autore potesse legittimare un giudizio di condanna e l’irrogazione di una pena, fu l’avvertita necessità di distinguere, tra di loro, gli effetti scaturenti sia dalle diverse

---

<sup>63</sup> Cfr. il capitolo “*Die Notstandslehre Darjes*”, in J. HRUSCHKA, *Zur Interpretation von Pufendorfs Zurechnungs- und Notstandslehre in der Rechtslehre der Aufklärung*, cit., pp. 184 – 187.

forme di “necessità”, sia dai diversi tipi di “errore” caratterizzanti l’azione concretamente osservata.

Daries stesso, in una *Observatio* del 1754, proponeva una classificazione di tre diversi tipi di “eccezioni di necessità”, costituite da due *defensio* ed una vera e propria *exceptio*, da comprendersi nei modi qui di seguito riportati<sup>64</sup>.

In primo luogo vi sarebbe lo “*status necessitatis simplicis*”, che corrisponde a quella che Cicerone definiva - e alla quale Daries espressamente fa riferimento - “*necessitas simplex seu absoluta*”. Essa sarebbe l’unica *defensio* in senso stretto dell’autore, nonché sua prima e più forte forma di difesa dall’accusa rivoltagli. In questo caso, infatti, a essere esclusa è l’imputazione ordinaria di primo livello, o, secondo il vocabolario del filosofo, l’*imputatio facti*. Tali situazioni corrisponderebbero all’ambito di vigenza del noto principio “*Necessitas non habet legem*”, con ciò situandosi “fuori” dal giuridico e dalla sua rilevanza. Secondo il filosofo, in tali casi si dà esclusione reale di ogni possibile resistenza e, conseguentemente, non è possibile compiere scelta alcuna. Una siffatta *defensio* ricorrerebbe, ad esempio, nei casi di totale incapacità dell’autore, ove nemmeno di umana condotta potrebbe parlarsi.

In relazione, invece, alla ciceroniana “*necessitas cum adiunctione*”, Daries parla di due distinte forme di necessità. La prima di esse, che costituisce altresì seconda forma di *defensio*, è quella che Daries chiama anche *exceptio secundum leges instituta*, ma che non corrisponde ad una vera e propria “eccezione”, bensì a quella forma di necessità – legalmente prevista – che la penalistica contemporanea qualifica come “causa di giustificazione”. Il ricorrere di tale circostanza, infatti, *esclude* che l’autore della condotta abbia, per mezzo di essa, realmente *violato* la norma giuridica. In altri termini: la condotta concreta, in questi casi, benché imputabile e contraria a una determinata disposizione normativa, risulta comunque conforme al più ampio sistema della legge (*secundum leges* – o, secondo la ricostruzione hruschkiana, *conforme* al giudizio valorativo).

La terza e ultima difesa, anch’essa scaturente da una “*necessitas cum adiunctione*” in cui si trovi l’autore della condotta, si distingue dalle altre per il fatto di essere l’unica *exceptio* nel senso pieno e proprio del termine: qui, in effetti, Daries nemmeno adotta il termine di *defensio*, ad esso preferendo quello di *excusatio*. Soltanto al ricorrere di questa particolare e ultima forma di “necessità”, infatti, si *permette* all’agente di commettere una vera e propria

---

<sup>64</sup> Cfr. G. DARIES, *Observationes Iuris Naturalis, Socialis et Gentium*, vol. II, Jena, 1754, obs. LI, pp. 166 e ss.

violazione della legge, poiché la di lui condotta necessitata è contraria al sistema normativo considerato nel suo complesso. Si tratta, cioè, di una *exceptio* “*contra leges instituta*”.

Ebbene, definire in termini di *excusatio* solamente quest’ultima variante della necessità consente al filosofo di sottolineare ulteriormente la differenza sussistente tra tale forma di difesa e le altre potenziali “eccezioni” difensive: solamente in questo caso si “*scusa*” l’autore, poiché è solamente al ricorrere di queste situazioni che sussiste un agire comunque potenzialmente valutabile e scusabile.

Il Professor Hruschka non manca di evidenziare come la tripartizione appena illustrata possa pienamente corrispondere a quella tra regole di imputazione di primo livello, legge, e regole di imputazione di secondo livello che egli stesso sviluppa<sup>65</sup>. Non solo: questa tripartizione sarebbe a suo parere anche molto più precisa della presente *Differenzierungstheorie*, “che distingue soltanto lo stato di necessità giustificante e lo stato di necessità scusante”<sup>66</sup> senza fornire, al riguardo, argomenti fondativi che possano dirsi scevri di criticità.

## **2. Kant.**

### **2.1. Imputazione e “necessità” in Kant. Introduzione.**

Successivamente a Daries, il tema dell’imputazione, anche in relazione al tema dello stato di necessità, appare trattato negli scritti di Kant. Già si è detto, con esplicita citazione, che il filosofo di Königsberg sembrerebbe aver compiuto qualche passo indietro rispetto a Daries, mancando di diversificare le situazioni *giustificate* da quelle meramente *scusate*.<sup>67</sup> Il pensiero di un autore tanto importante, tuttavia, non può certo ridursi ad un passo soltanto, tanto più se estrapolato da una ricchissima produzione che, coinvolgendo i campi dell’etica, della filosofia e del diritto, ancora non cessa d’essere oggetto di studio e di dibattito scientifico. Risulta oltremodo opportuno, pertanto, approfondire l’analisi di quest’autore, in particolare

---

<sup>65</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe: Das Brett Karneades bei Gentz und bei Kant*, in *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht* 1991, pp. 1 – 10; ID., *Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln*, in *Rechtstheorie*, 22, 1991, pp. 449 – 460.

<sup>66</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln*, cit.. L’Autore sottolinea anche come sia da abbandonarsi la tesi secondo la quale la menzionata *Differenzierungstheorie* rappresenti, nel campo della necessità, una conquista del XX secolo, *passim*.

<sup>67</sup> Sull’erroneità di questa facile “conclusione”, vedi in particolare J. HRUSCHKA, *Zur Interpretation von Pufendorfs Zurechnungs- und Notstandslehre in der Rechtslehre der Aufklärung*, cit., pp.190 e ss.

comprendendo quale fosse, secondo il medesimo, il significato proprio dell'imputazione e se, davvero, esso possa ridursi a quanto più sopra segnalato.

Anticipandosi l'esito delle riflessioni di seguito svolte, deve segnalarsi, invero, che l'interpretazione kantiana dell'imputazione non soltanto risulterà molto più ricca di quel che sino a qui sia potuta sembrare, ma apparirà altresì nettamente diversa da quella attualmente in voga nel diritto penale, ossia quella tipica della cosiddetta "*imputazione obiettiva*", dottrina che pretende di giustificare l'attribuzione del risultato di una condotta ad un agente sulla base di considerazioni non oggettive, ma certamente "normative". In Kant l'imputazione è, invece, l'attribuzione di un'azione all'agente *come condotta* ed è pertanto operazione che presuppone e che si fonda su di una prestazione intellettuale più ampia di quella propria dell'imputazione obiettiva. Inoltre, la prospettiva kantiana sull'imputazione implica, quanto quella di Davies, una differenziazione tra un livello in cui essa concerne la dichiarazione che un'azione è "condotta" e quello in cui invece si riferisce al carattere meritorio o demeritorio della medesima. Differenziazione che, tuttavia, presuppone una comprensione più vasta della generale metafisica di Kant e, in particolare, di ciò che, secondo il filosofo, costituisce "*imputazione giuridica*".

Posta l'assoluta e indubbia influenza del pensiero kantiano nel campo del diritto – e del diritto penale – contemporaneo, e, posta l'evidente concezione antropologica di tipo kantiano di Joachim Hruschka, importante è comprendere: *in primis*, quale fosse l'interpretazione del giudizio imputativo offerta dal filosofo; *in secundis*, in che modo e secondo quali direttrici la lezione kantiana poté "confondersi" al punto da potersi dire ormai perduto il significato d'imputazione che questi difese e sviluppò nei propri scritti, perpetuato soltanto nell'utilizzo di un'identica terminologia, ma stravolto nel proprio significato.

Giova premettersi che l'illustrazione delle tesi del filosofo di Königsberg di seguito proposta, anche in ragione della formazione giuridica e non filosofica di chi scrive, si atterrà prevalentemente a quanto in merito rilevato dallo stesso Hruschka e dal giurista spagnolo Sánchez-Ostiz e si concentrerà soltanto sui temi strettamente connessi a quello imputativo. Per quanto non strettamente necessario ai fini della presente trattazione si rimanderà il lettore, di volta in volta, alla consultazione dei testi citati in nota.

## 2.2. Imputazione come “giudizio”.

Com'è vero con riferimento ad altri termini, che con altrettanta frequenza ricorrono nell'opera kantiana, quali quelli di libertà, responsabilità, o autonomia, così anche relativamente all'*imputazione* è necessario, onde comprenderne la reale portata, non fermarsi alla descrizione di essi fornita nella sia pur monumentale opera della *Metafisica dei costumi*, ma inquadrarli nell'ambito della più ampia impostazione filosofica dell'Autore, interpretandoli anche alla luce del suo peculiare modo di intendere la realtà ed i processi conoscitivi dell'essere umano. Accanto e al di là della necessaria distinzione tra *fenomeno* e *noumeno*, infatti, ai fini che qui interessano, è imprescindibile soffermarsi, in particolare, sulle idee di *libertà* e di *persona*, oltre che, ovviamente, su quelli di *imputazione – etica e giuridica –* tipiche di Kant: idee, tutte, tra di esse inscindibilmente connesse e correlate.

Primo termine a venire in rilievo è qui, com'è evidente, quello di *imputazione*. Già riguardo a tale concetto la trattazione necessita però di alcune precisazioni. Negli scritti del filosofo, infatti, e in particolare nel testo che più direttamente di ogni altro affronta i temi del diritto e della morale, esistono *due diversi tipi di imputazione*, distinti non soltanto in ragione dell'*ambito* cui si riferiscono, ma anche per le diverse dinamiche che tali giudizi implicano e presuppongono. Innanzitutto, nell'*Introduzione* alla *Metafisica dei costumi*, e dunque in un passo che concerne tanto l'imputazione giuridica quanto quella morale, l'imputazione è così descritta:

“*Zurechnung (imputatio)* in moralischer Bedeutung ist das Urtheil, wodurch jemand als Urheber (*causa libera*) einer Handlung, die alsdann *That (factum)* heißt und unter Gesetzen steht, angesehen wird; welches, wenn es zugleich die rechtlichen Folgen aus dieser *That* bei sich führt, eine rechtskräftige (*imputatio iudiciaria s. valida*), sonst aber nur eine *beurtheilende* *Zurechnung (imputatio diiudicatoria)* sein würde. Diejenige (physische oder moralische) Person, welche rechtskräftig zuzurechnen die Befugnis hat, heißt der Richter oder auch der Gerichtshof (*iudex s. forum*).”<sup>68</sup>

La *Zurechnung* è dunque sicuramente un *giudizio*: quello secondo il quale una “*Handlung*” può dirsi “*That*”; giudizio che si fonda sul fatto che la *Handlung* stessa sia riconosciuta come prodotta da un artefice – *Urheber* – che ne è *causa libera*. Tralasciando il riferimento letterale ai termini di “fatto” (*Handlung*) e di “condotta” (*That*), che in Kant vengono utilizzati in

---

<sup>68</sup> Cfr. I. KANT, *Metaphysic der Sitten*, cit., p. 227<sub>21-29</sub>.

maniera opposta a quella in uso nella penalistica odierna, nonché a quella adottata in questo stesso scritto, chiara è l'idea che, secondo l'Autore, l'imputazione consiste in un'operazione intellettuale che permette al giudicante, che la compie, di affermare la sussistenza di una relazione tra un evento ed il soggetto agente. Sin qui, del resto, la definizione kantiana è in linea con il pensiero già espresso in questa stessa materia dai precedenti filosofi morali. Pufendorf già si riferiva alla *causa libera* e Wolff parlava chiaramente di imputazione in termini di "giudizio": "*Imputatio actionis, sive positivae, sive privativae, dicitur iudicium, quo agens declaratur causa libera ejus, quod ex actione ipsius consequitur, boni malique vel sibi, vel aliis*"<sup>69</sup>. Ancor prima, in questi termini si esprimevano Tommaso d'Aquino e lo stesso Aristotele: ma in Kant la medesima espressione assume significati piuttosto nuovi e originali.

Il *giudizio* che Kant identifica con l'imputazione, infatti, deve intendersi secondo quel radicale mutamento di prospettiva che l'avvento della sua filosofia, e del suo approccio alla conoscenza, hanno comportato per il pensiero moderno. Se infatti, sino a questo momento, sia pur con differenze di non poco momento, giuristi e filosofi avevano inteso l'imputazione come un giudizio che comunque *prendeva atto* di una realtà, un giudizio avente, cioè, un *fondamento nel concreto* "esistere" e "darsi" dell'azione umana riconducibile all'artefice, nella filosofia kantiana il giudizio non può che essere un atto che *proviene dall'imputante*. Centro dell'attenzione, ai fini dell'affermazione dell'imputazione, non è più il soggetto cui si imputa, ma colui che tale giudizio emetta conoscendo l'azione osservata. "*Imputar pasa, entonces, de ser un estudio sobre la acción de la que se responde, a ser un acto del sujeto que imputa, que procede a valorar y atribuir*"<sup>70</sup>.

Come lo stesso Sánchez-Ostiz correttamente segnala: "*podría describirse este giro como el paso de la responsabilidad a la imputación, de la acción voluntaria a la imputación de esa acción*"<sup>71</sup>. La filosofia kantiana, in effetti, rompendo con la tradizione, così come pone il soggetto come il costituente del conoscere, altrettanto lo ritiene il costituente dell'imputare: attribuendo un evento a taluno come "condotta" (il kantiano *That*), il soggetto imputante crea la "condotta". Già in Pufendorf e in Wolff, del resto, quel che per Aristotele e Tommaso erano l'*atto* e l'*azione* in se stessi, erano divenuti dei *giudizi* su di essi e sul loro autore. In

---

<sup>69</sup> Cfr. C. WOLFF, *Philosophia Practica Universalis*, § 527, (GW, II – 10, p. 394). Così anche nelle *Institutiones*, § 3, (GW, II-26, pp. 2-3): "*Et iudicium, quod causa libera declaratur agens actionis suae, vel ejus, quod ex eaequitur, sive boni, sive mali imputatio appellatur. Quamobrem non imputari possunt nisi actiones liberae, quatenus liberae sunt, consequenter etiam eae, quae in se spectatae naturales quidem sunt, attamen ab actione quadam libera praecedente dependent*".

<sup>70</sup> Cfr. P. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, cit., p. 69.

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



Kant, tuttavia, il fondamento di questa differenza è ancor più profondo e rilevante che nei suoi predecessori: se prima, infatti, il giudizio comunque “constatava” una vera e propria *realtà* dell’azione, ora le medesime categorie non servono più ad *analizzare* atti ed eventi, ma sono il correlato del giudizio di imputazione. In Kant, cioè, il soggetto non “è” autore dell’azione, ma “è visto”, è *inteso come* artefice della medesima<sup>72</sup>.

La differenza radicale si basa sul fatto, in particolare, che la filosofia morale kantiana non consiste in uno studio dei principi empirici che determinano la volontà umana – com’era stato sino ad allora –, ma in quello dei principi *a priori* che la determinano. Così, l’imputazione non è soltanto un giudizio sulla condotta dell’agente, ma un giudizio sull’agente stesso. Si intende, cioè, che l’affermazione di questo giudizio implica, come anche nella costruzione hruschkiana (che, lo si ribadisce, è largamente debitrice dell’impostazione kantiana), *che il soggetto imputante riconosca nell’autore dell’atto, proprio per mezzo del giudizio, un co-soggetto, sottomesso, a suo pari, alle leggi dell’obbligazione*. L’imputante, in altre parole, proprio con e attraverso il giudizio imputativo, attribuisce a colui al quale si imputa la natura stessa di *persona*. Kant stesso affermava: “Person ist dasjenige Subject dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind”.<sup>73</sup>

Soffermandocisi ancora sulla natura di “giudizio” dell’imputazione, deve ulteriormente rilevarsi come nella teoria di Kant esso riguardi l’affermazione di correlazione causale e, soprattutto, *libera* tra fatto rilevante e relativo autore. A consentire tale giudizio, infatti, non basta la constatazione di un rapporto causale: il soggetto deve riconoscersi come causa *originaria* e, proprio per questo, dotato di *vera e propria libertà*. Anche a livello terminologico, infatti, Kant ricorre al termine di *Urheber* – *causa libera* – trattando dell’imputazione, mentre, dovendosi riferire ad azioni che non richiedono, da parte dell’agente, lo stesso tipo di libertà, utilizza il latino “*auctor*”. Il termine *auctor*, ad esempio, è quello utilizzato in relazione al redattore della legge, al *Gesetzgeber*, il legislatore, la cui azione certamente non è *non libera*, ma partecipa di una libertà diversa da quella che è presupposta, che si richiede ai fini del giudizio di imputazione<sup>74</sup>. Kant, dunque, come il

---

<sup>72</sup> Cfr. M. STOCKHAMMER, *Zurechnung und Kausalgesetz*, KS, 49, 1957-1958, pp. 140 – 141, citato in P. SÁNCHEZ-OSTIZ, *cit.*, p. 70.

<sup>73</sup> Cfr. I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, *cit.*, p. 223<sub>24</sub> – 25. Tale definizione, peraltro, si affianca a quella fornita in merito a ciò che costituisce “cosa”, e che è proprio ciò che non è suscettibile di imputazione alcuna: “*Sache ist ein Ding, was keiner Zurechnung fähig ist.*”, *Id.*, *op. ult. cit.*, p. 223<sub>32</sub>.

<sup>74</sup> „Gesetz (ein moralisch-praktisches) ist ein Satz, der einen kategorischen Imperativ (Gebot) enthält. Der Gebietende (imperans) durch ein Gesetz ist der Gesetzgeber (legislator). Er ist Urheber (auctor) der Verbindlichkeit nach dem Gesetze, aber nicht immer Urheber des Gesetzes. Im letzteren Falle würde das Gesetz positiv (zufällig) und willkürlich sein. Das Gesetz, was uns a priori und unbedingt durch unsere eigene Vernunft verbindet, kann auch aus dem Willen eines höchsten Gesetzgebers, d. i. eines solchen, der lauter Rechte und keine Pflichten hat (mithin dem göttlichen

ricorso a questo termine evidenzia, parte dall'idea che il nucleo centrale dell'imputazione stia proprio nella dichiarazione del carattere *originario* della condotta: “*Urheber heißt soviel: die Handlung kann in Ansehung ihres Bestimmungsgrundes uranfänglich von ihm abgeleitet werden. Daher wird er als die wirkende erste Ursache betrachtet, d. i. der Bestimmungsgrund der Handlung kann nicht anderweitig in der Natur gesucht werden*”<sup>75</sup>.

Tornando poi all'idea dell'imputazione come giudizio che dichiara la sussistenza di una peculiare relazione tra soggetto e condotta, non sarebbe corretto ritenere che l'imputazione sia quel giudizio che consente di *affermare che un particolare evento è condotta* (il ragionamento sarebbe tautologico). Se così fosse, del resto, non vi sarebbe nemmeno ragione di ricorrere ai due termini diversi di *Handlung* e *That* (o al nostro equivalente binomio tra mero *fatto* e *condotta*). Il giudizio d'imputazione, come si diceva, non vale a “rilevare”, a parere di Kant, una realtà esistente, ma a crearne una nuova, in base alla quale l'azione osservata può acquisire la qualifica di condotta e dunque essere giudicata in base alle leggi ad essa applicabili. Considerare un'azione in termini di condotta *presuppone l'esistenza di un agente* (una condotta *anonima* sarebbe una realtà di per sé contraddittoria); e presuppone un *giudizio di libertà che ne caratterizzi l'agire*. Tale giudizio è il substrato sul quale instaurare, successivamente, il giudizio valorativo, essendo il presupposto per la sussunzione del fatto imputato alla legge.

A quest'ultimo riguardo, Kant precisa che la *legge*, sebbene non debba intendersi come ciò che *rende possibile* il giudizio di imputazione, *contribuisce* effettivamente alla formulazione del medesimo. Tale aspetto, particolarmente delicato, non deve però essere frainteso. Non deve ritenersi che l'azione umana si qualifichi in termini di condotta “nella misura in cui” sia sussunta (o sussumibile) a legge, ma che ciò che si giudica come conforme o contrario a legge è una condotta che, per potersi definire tale, *esige* che vi sia stato, da parte dell'imputante, un previo ricorso alla medesima norma di legge in base alla quale il fatto imputato sarà giudicato. In altre parole, il passaggio dall'azione alla condotta è possibile nella misura in cui, al momento dell'agire, esista una legge<sup>76</sup>. E tale legge è quella che si applica nell'operazione

---

*Willen*), hervorgehend ausgedrückt werden, welches aber nur die Idee von einem moralischen Wesen bedeutet, dessen Wille für alle Gesetz ist, ohne ihn doch als Urheber desselben zu denken.“ Cfr. I. KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Kirchmann, Berlino, 1870, p. 28.

<sup>75</sup> Cfr. I. KANT, *Metaphysik der Sitten Vigilantius*, cit., p. 558<sub>36</sub> -559<sub>1</sub>. E ancora: “*Als Urheber fängt er jedesmal eine Reihe von Handlungen an, wovon der Anfang und Ursache in ihm selbst, nicht in der Natur lag.*”, *ibid.*, p. 559<sub>8-9</sub>.

<sup>76</sup> “*Bey Ausmittlung der circumstantiarum in facto ist es, um die momenta in facto zu finden, schon nothig, auf das Gesetz Rücksicht zu nehmen, da, wengleich hier das gesetz noch nicht imputirt wird, es doch zur völligeren Bestimmung des facti selbst beyträt*”: I. KANT, *Metaphysik der Sitten Vigilantius*, cit., p. 563<sub>14</sub> e ss.. A tale proposito cfr. altresì J. HRUSCHKA, *Die species facti und der Zirkel bei der Konstruktion des Rechtfalles in der Methodenlehre des 18.*

d'imputazione. La condotta è tale, dunque, se e in quanto, da un lato, esistano *leggi applicate nell'agire* e, dall'altro, tali leggi siano poi metro di giudizio della condotta (*sull'agire*). Tale conclusione, nelle parole di Kant, si esprime nel modo seguente: “Un'azione è detta *condotta* nella misura in cui quest'ultima soggiaccia alle leggi dell'obbligatorietà, e, di conseguenza, nella misura in cui anche il soggetto si consideri sottoposto alla medesima, secondo la libertà del proprio arbitrio. Colui che agisce è considerato, per mezzo di tale atto, come autore dell'effetto e quest'ultimo può essere a lui imputato, unitamente all'azione, ove egli previamente conoscesse quella legge in virtù della quale sopra di lui ricadeva l'obbligazione”<sup>77</sup>.

Il *That* (condotta) è, quindi, l'azione di un soggetto dotato di libero arbitrio al momento della sua realizzazione e, *pertanto*, sottoposto alle leggi dell'obbligatorietà. L'evento realizzato gli è imputato come “condotta” (*That*, appunto, anziché mera *Handlung*) se, al momento della sua realizzazione, il soggetto agente era altresì a conoscenza della legge obbligente.

Colui che imputa fa dunque ricorso alla legge sotto un duplice profilo: da un lato, per il fatto che è tale legge ad essere “applicata” *nell'azione*; dall'altro, perché la stessa legge contribuisce, ancor prima, a determinare quell'atto che sarà imputato nel suo profilo concreto (ad esempio al fine di determinare se si tratti di condotta attiva o omissiva)<sup>78</sup>.

Del tutto diversa da questa fase imputativa rimane, però, quella di confronto e sussunzione. Per quanto la legge considerata dall'imputante sia la medesima in entrambi i momenti, in questa “seconda” fase del giudizio, di cui l'imputazione è presupposto, essa è funzionale all'affermazione della conformità, della contrarietà o della supererogatorietà della condotta rispetto alla medesima. Tale fase consentirà d'affermare se un fatto imputato è giusto o ingiusto, corretto o incorretto, lecito o illecito. La differenza tra i due giudizi, del resto, si rende evidente nel momento in cui lo stesso filosofo afferma che *può esservi imputazione anche di un'azione compiuta senza dolo*. Infatti, *sebbene l'imputazione implichi necessariamente il dolo dell'autore*, un fatto potrà comunque imputarsi, nonostante tale

---

Jahrhunderts, in *Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zur Romantik – Rechtswissenschaft, Philosophie, Theologie, Contubernium*, 58, Stuttgart, 2001, Schröder, p. 211.

<sup>77</sup> Cfr. I. KANT, *Metaphysik der Sitten*, cit., p. 223<sup>18</sup> – 20: “*That heißt eine Handlung, sofern sie unter Gesetzen der Verbindlichkeit steht, folglich auch sofern das Subject in derselben nach der Freiheit seiner Willkür betrachtet wird. Der Handelnde wird durch einen solchen Act als Urheber der Wirkung betrachtet, und diese zusammt der Handlung selbst können ihm zugerechnet werden, wenn man vorher das Gesetz kennt, kraft welches auf ihnen eine Verbindlichkeit ruht.*”, (traduzione nostra).

<sup>78</sup> “*Bey der Imputatione muß also die freye Handlung und das Gesetz verbunden werden. Eine That ist eine freye Handlung, die unter dem Gesetz ist. Habe ich nun auf die That acht, so ist das imputatione facti; habe ich aufs Gesetz acht, so ist das Imputatio legis*”: I. KANT, *Moralphilosophie Collins*, 1784 – 85, *Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, Berlino, vol. XXVII.1, p. 288<sup>26</sup> – 30.

assenza (in casi di colpa), quando il fatto sia *comunque* contrario a quanto imposto dalla legge *esterna* – quando possieda, cioè, secondo la terminologia kantiana, il carattere di *ungerecht*, o *iniustum*. In casi siffatti esso non possiederebbe però, sempre secondo la terminologia dell’Autore, anche il carattere di fatto *unrecht – illicitum*<sup>79</sup>.

Quest’ultima contrapposizione, tra *ungerecht* e *unrecht*, rimanda, in particolare, a quella “duplicità” che è tipica di tutto l’argomentare kantiano. In queste pagine, infatti, egli, esprimendo riflessioni che concernono, da un lato, l’imputazione *giuridica* e, dall’altro, l’imputazione *morale*, presuppone nel lettore la conoscenza e l’adozione della propria impostazione metafisica, ovverossia del suo stesso dualismo gnoseologico.

### **2.3. “Imputazione giuridica” vs. “imputazione morale”.**

Tanto rispetto al *diritto*, quanto rispetto alla *morale*, un fatto imputato può essere *recht* (*rectum, licitum*, secondo dovere), o *unrecht* (*minus rectum, illicitum*, contrario a dovere). Solo nell’ambito del diritto, tuttavia, e dunque solamente in relazione all’imputazione *giuridica*, la contrarietà a dovere – che in ambito morale possiede solo le vesti di “trasgressione” (*Übertretung*) – potrà assurgere a vero e proprio *reatus* – essendo anche *ungerecht*. Solo in ambito giuridico, poi, come s’è visto, è possibile giudicare l’azione colposa dell’autore (imputandola *straordinariamente*, direbbe Hruschka<sup>80</sup>).

La prima differenza tra le due imputazioni consiste, dunque, nel fatto che tale ultima affermazione, ossia la sussistenza dell’*ungerecht*, della contrarietà *giuridica*, non dipende, nella teoria kantiana, da un’*intrinseca* – ed esclusiva – conformità o contrarietà a *dovere* dell’azione (quel dovere/legge che ne consente il giudizio imputativo), ma dalla contrarietà della condotta ad una legge che sia *esterna* al soggetto agente.

*“Eine Handlung ist recht, wenn sie mit dem Gesetz übereinstimmt, gerecht, wenn sie mit den Gesetzen des Zwanges übereinstimmt, d. i. mit den Rechtslehren übereinstimmt. Recht nennt man überhaupt, was mit einer Regel übereinstimmt. Daher heißt die Linea recta, wenn sie mit dem Lineal parallel läuft und das Lineal heißt Regel. Recht ist also entweder tugendhaft oder*

---

<sup>79</sup> “Eine unvorsätzliche Übertretung, die gleichvoll zugerechnet werden kann, heißt bloße Verschuldung (culpa). Eine vorsätzliche (d. i. diejenige, welche mit dem Bewußtsein, daß sie Übertretung sei, verbunden ist) heißt Verbrechen (dolus). Was nach äußeren Gesetzen recht ist, heißt gerecht (iustum), was es nicht ist ungerecht (iniustum)”. Cfr. I. KANT, *Metaphysik der Sitten*, cit., p. 224<sub>4-8</sub>.

<sup>80</sup> *Infra*, cap. III, par. 4.

*gerecht*”<sup>81</sup>. Deve comprendersi, dunque, quale sia, secondo il filosofo, la differenza sussistente tra ciò che egli chiama *puro* “dovere” (*Pflicht*) e il dovere connotato da un *motivo ulteriore* d’essere adempiuto, derivante dalle “leggi esterne”.

In primo luogo, parlando di leggi esterne, Kant non intende riferirsi semplicemente a quelle norme che siano state positivizzate dal legislatore. *Esterna* è da considerarsi, invece, ogni legge che obblighi il soggetto per un *motivo diverso* dal *puro dovere*: fatto, questo, che la rende “giuridica”. Letteralmente: “*Diejenige [Gesetzgebung], welche ein Handlung zur Pflicht und diese Pflicht zugleich zur Triebfeder macht, ist ethisch. Diejenige aber, welche das letztere nicht im Gesetze mit einschließt, mithin auch eine andere Triebfeder als die Idee der Pflicht selbst zuläßt, ist juridisch*”.<sup>82</sup> La legislazione – la *Gesetzgebung* – possiede cioè, per l’appunto, carattere *etico* ove il *dovere* sia *motivo unico* dell’azione; carattere *giuridico*, invece, ove, accanto a quello di per sé scaturente dal *dovere*, essa offra altri motivi per l’azione.

Le leggi esterne sono poi, secondo Kant, tanto quelle che il soggetto potrebbe conoscere anche *a priori*, attraverso la propria ragione, e che sono quindi pur sempre leggi esterne ma *naturali*, quanto quelle che, in assenza di legislazione esterna, in nessun modo potrebbero obbligare il soggetto – non sarebbero *leggi* –, con ciò evidentemente riferendosi alle leggi strettamente *positive*. Non sarebbe pensabile, infine, secondo il filosofo, la sussistenza di leggi esterne *soltanto* ed esclusivamente positive: il dovere di rispettarle, infatti, dovrebbe pur sempre derivare da una legge naturale che sia fondamento e giustificazione dell’autorità legislativa<sup>83</sup>.

Per quali ragioni, allora, anche le leggi esterne conoscibili *a priori*, ovverosia quelle derivanti dal cosiddetto diritto naturale, non potrebbero identificarsi con quel diverso “puro dovere” che è tipico dell’ambito dell’etica? Detto in altri termini: in cosa consiste quell’ulteriore *motivo* che, anche nel caso in cui ad essere positivizzato fosse un dovere “morale”,

---

<sup>81</sup>Cfr. I. KANT, *Naturrecht Feyerabend*, 1784, *Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, Berlino, vol. XXVII.2.2, p. 1328<sub>1-6</sub>.

<sup>82</sup> Cfr. I. KANT, *Metaphysic der Sitten*, cit., p. 219<sub>2-6</sub>. Al medesimo riguardo: “*Der Unterschied vom jure und der Ethic besteht nicht in der Art der Verbindlichkeit, sondern in den Bewegungsgründen, den Verbindlichkeiten ein Genüge zu thun (...). Das Jus aber betrachtet die Satisfaktion der Verbindlichkeiten nicht aus Pflicht, sondern aus Zwang*”. Cfr. I. KANT, *Moralphilosophie Collins*, cit., pp. 271 – 272.

<sup>83</sup> “*Überhaupt heißen die verbindenden Gesetze, für die eine äußere Gesetzgebung möglich ist, äußere Gesetze (leges externae). Unter diesen sind diejenigen, zu denen die Verbindlichkeit auch ohne Gesetzgebung a priori durch die Vernunft erkannt werden kann, zwar äußere, aber natürliche Gesetze; diejenigen dagegen, die ohne wirkliche äußere Gesetzgebung gar nicht verbinden (also ohne die letztere nicht Gesetze sein würden), heißen positive Gesetze. Es kann also eine äußere Gesetzgebung gedacht werden, die lauter positive Gesetze enthielte; alsdann aber müßte doch ein natürliches Gesetz vorausgehen, welches die Autorität des Gesetzgebers (d. i. die Befugniß, durch seine bloße Willkür, andere zu verbinden) begründete*. Cfr. I. KANT, *Metaphysic der Sitten*, cit., p. 224<sub>27-37</sub>.

spingerebbe l'agente ad adempierlo (aggiungendosi a quello intrinseco e connaturato al dovere medesimo)? Ebbene, come poteva presumersi, il motivo consiste, secondo Kant, nelle *conseguenze* che dall'adempimento o dalla violazione della legge esterna derivano per il soggetto ad esse sottoposto. La *pena* e il *praemium*, in particolare, conseguenze dell'aver agito contrariamente o conformemente alla legge (giuridica), *non sono soltanto "effetti"* dell'imputazione, ma costituiscono proprio quei *motivi* che al dovere si aggiungono e che consentono di abbandonare l'ambito dell'etica per entrare in quello del diritto.

La previsione stessa degli effetti è il motivo che, secondo Kant, immancabilmente determina l'agire dell'uomo e il loro effetto è proprio ciò cui il legislatore ricorre per ottenere l'adempimento dei doveri che intende imporre. L'imputazione giuridica, pertanto, è, da un lato, l'unica dotata di valore in ambito giuridico: "*Imputatio valida ist eine rechtskräftige Zurechnung, wodurch die effectus a lege determinato durch das Iudicium imputans mit actuirt werden*"<sup>84</sup>; dall'altro, è quella – la sola – che legittima l'imposizione di questo genere di conseguenze. Alla luce di queste ultime osservazioni, ancor più numerose divengono le già molte e profonde ragioni per le quali la teoria della pena sviluppata dal filosofo di Königsberg meriti d'essere indagata, posto che proprio la pena riveste enorme importanza, come appena dimostrato, anche sotto il profilo imputativo.

Tutta la legislazione (morale e giuridica) si compone di due elementi: una legge pratico-morale, ossia un enunciato che contiene un imperativo categorico e che contempla l'azione oggettivamente come necessaria in termini morali, come dovere - *Pflicht*; e un *motivo*, il *Triebfeder*, ossia ciò che, a livello soggettivo, influisce sul grado di determinazione dell'arbitrio del soggetto al compimento dell'azione medesima. Ebbene, mentre, nel campo della morale, i doveri, che per definirsi tali le devono appartenere, non possono essere imposti attraverso una coercizione esterna, in quello del diritto è *proprio tale coercizione, attuata con minaccia di pena o promessa di premio, a rendere "giuridico" il dovere*. "*Grundlage von Kants Einleitung ist das Gesetz, kraft dessen jemand zu etwas gezwungen werden kann. Der Zwang, um den es dabei geht, ist der vom „Selbstzwang“ zu unterscheidende – „äußere Zwang“, der „Zwang durch einen anderen“. Gesetze die „äußerlich“ zwingen, nennt Kant "juridische Gesetze". Aus den juridischen Gesetzen gehen die "Rechtspflichten" hervor, "zu deren Leistung man", wie es einmal ausdrücklich heißt, „gezwungen werden kann“. Den juridischen Gesetze stehen die „ethischen Gesetze“ gegenüber. Aus den ethischen Gesetzen*

---

<sup>84</sup> Cfr. I. KANT, *Moralphilosophie Collins*, cit., pp. 295 – 296. Al riguardo: "*Se intiendo (...) que imputación con validez jurídica sea aquella que incluye las consecuencias, pues esta son los medios que sirve el legislador para lograr la conducta*", P. SÁNCHEZ-OSTÍZ, *Imputación*, cit., p. 102.

*ergeben sich die „Tugendpflichten“, zu deren Erfüllung äußerer Zwang gerade nicht möglich ist.“<sup>85</sup>*

La pena criminale, dunque, che ormai secondo molti autori possiederebbe in Kant una natura general-preventiva e, solo nella *misura*, dovrebbe dirsi orientata alla retribuzione<sup>86</sup>, è anche ciò che consente di parlare di *imputazione giuridica* e di riferirsi, in merito alla violazione del dovere imposto dalla legge, ad un vero e proprio *reato*. Su questa particolare rilevanza della “funzione” della pena ai fini del giudizio d’imputazione si avrà modo di riflettere più oltre, con particolare riferimento ai casi di “necessità”.

Giovi qui sottolineare come la differenza sinora descritta tra imputazione soltanto “etica” e imputazione “giuridica” consenta di affermare, diversamente da quel che prima poteva sembrare, l’esistenza di una vera e propria *continuità* tra il pensiero di Daries, Pufendorf e Wolff, che distinguevano tra “*imputatio facti*” e “*iuris*” (sia pur in termini diversi), e la teorica kantiana. Se, infatti, di una forma di *imputatio facti* può parlarsi in merito alla imputazione etica – che come detto presuppone giudizio di esistenza di una condotta, non accontentandosi dell’azione –, di *imputatio iuris*, o meglio, di *imputazione alla colpa* – o imputazione di secondo livello – può trattarsi in relazione a quella giuridica. Quando vi sia una legge che preveda pena, o premio, potrà discutersi, cioè, anche del *meritum* o del *demeritum* di quella condotta che, comunque, al primo livello, *era già stata imputata*.

Con ciò, diversa diviene la comprensione di quel passo di Kant che si era citato in precedenza: “*Was jemand (...) mehr tut, als wozu er nach dem Gesetze gezwungen werden kann, ist verdienstlich (meritum); was er nur gerade dem letzteren angemessen thut, ist Schuldigkeit (debitum); was er endlich weniger thut, als die letztere forderst, ist moralische Verschuldung (demeritum). Der rechtliche Effect einer Verschuldung ist die Strafe (poena); der einer verdienstlichen That Belohnung (praemium) (...); die Angemessenheit des*

---

<sup>85</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Zur Interpretation von Pufendorfs Zurechnungs- und Notstandslehre in der Rechtslehre der Aufklärung*, in M. BEETZ, G. CACCIATORE, *Die Hermeneutik in Zeitalter der Aufklärung*, 2000, p. 190, 191.

<sup>86</sup> Contrario all’idea di un Kant esponente della “retribuzione” è certamente Hruschka: a tal proposito, cfr., tra tutte, S. BYRD, J. HRUSCHKA, *Kant’s Doctrine of Right. A Commentary*, Cambridge University Press, 2012, cap. 13. In particolare: “*Kant in the Achenwall tradition, understands criminal law as a device the state uses to ensure individual rights by threatening punishment for their violation. Retribution is the standard for determining how much punishment may be threatened to deter crimes and executed in case of violation of the law. The retributive idea functions simply to protect a criminal offender from being used merely as a means to the goal of deterrence. The purpose of the criminal law for Kant is thus deterrence, with retribution playing a regulatory role*”. *Ibid.*, p. 261. Dello stesso avviso P. SÁNCHEZ-OSTIZ, *op. cit.*, p. 153 e ss.; nonché - con diverse sfumature: S. MIR PUIG, *Die “ex-ante”-Betrachtung im Strafrecht*, in *FS-Jecheck*, I, Berlino, 1985, p. 339; J. M. SILVA-SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcellona, 1992, pp. 203, 208-209; M. CATTANEO, *Aufklärung und Strafrecht*, Baden-Baden, 1998, pp. 167-168; W. KÜPER, *Immanuel Kant und das Brett Karneades. Das zweideutige Notrecht in Kants Rechtslehre*, Heidelberg, 1999, p. 29, nota 64; S. BYRD, *Kant’s Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution*, in *LPh* 8, 1989, pp. 151 – 200.

*Verfahrend zur Schuldigkeit hat gar keinen rechtlichen Effect*". Sebbene, infatti, queste righe non sembrano lasciare spazio ad alcuna "duplicità" di giudizi imputativi (all'azione contraria al dovere corrisponde la pena, senza possibili eccezioni), una volta compresa la differenza tra imputazione etica e giuridica tale conclusione non può più essere difesa. In particolare, affermare che alla "condotta" adeguata al dovere – *debitum* – non si associ alcun tipo di conseguenza, significa, inevitabilmente, che un giudizio d'imputazione già si è avuto. Proprio secondo quanto sin qui appreso in merito al concetto kantiano d'imputazione, nemmeno di *That* potrebbe parlarsi, invero, se non vi fosse già stata una *Zurechnung*, un giudizio imputativo in base al quale l'azione è giudicata provenire da un artefice che ne è causa libera. Quest'ultimo *Urtheil* è esattamente ciò che rende possibile il confronto della condotta con la legge e che consente d'affermarne il carattere di relativa conformità.

L'automaticità con cui all'azione supererogatoria corrisponderebbe il *meritum* e a quella contraria a legge il *demeritum*, dunque, non significa che per il filosofo si desse un unico giudizio imputativo. Semmai quelle che Kant qui non distinse chiaramente sono la fase della sussunzione – della *applicatio legis* – e quella della seconda imputazione. Ma parlare di condotta "adeguata" a dovere significa già aver imputato la condotta al primo livello; e, dunque, parlare di *merito* aggiunge un giudizio – imputativo – "in più".

Non sarebbe nemmeno possibile, del resto, sostenere che Kant negasse che il ricorrere di alcune circostanze possa escludere il *demeritum* o il *meritum* della condotta (nei casi di azioni già giudicate, rispettivamente, come condotte contrarie o conformi a norma). E' ben vero che tale argomento non è *espressamente trattato* nella citazione appena riportata, ma numerosissime sono le fonti che giustificano una siffatta presa di posizione<sup>87</sup>.

Nelle *Vorlesungen*, innanzitutto, Kant tratta del merito e del demerito delle condotte indicandole come "conseguenze" e tratta proprio della loro *possibile* imputazione.<sup>88</sup> Ovviamente, come ogni imputazione, anche quest'ultima presuppone la *libertà* dell'agente<sup>89</sup> e, conseguentemente, il ricorrere di circostanze che tale libertà escludano, esclude la stessa

---

<sup>87</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Zur Interpretation von Pufendorfs Zurechnungs- und Notstandslehre in der Rechtslehre der Aufklärung*, cit., pp. 190 e ss. In queste pagine, in particolare, l'Autore specifica ulteriormente il modo in cui la citata tripartizione deve essere interpretata e la collega esplicitamente alla dottrina della necessità in Kant.

<sup>88</sup> "Die guten oder schlimmen Folgen einer schuldigen Handlung – imgleichen der Unterlassung einer verdienstliche – können dem Subject nicht zugerechnet werden (modus imputationis tollens). Die guten Folgen einer verdienstliche – imgleichen die schlimmen Folgen einer unrechtmäßigen Handlung können dem Subject zugerechnet werden (modus imputationis ponens),". Cfr. I. KANT, *Metaphysik der Sitten*, p. 228<sub>4-10</sub> (sottolineatura nostra).

<sup>89</sup> Sánchez-Ostiz, che a tal proposito cita diversi passi kantiani (*Moralphilosophie Collins*, cit., p. 288<sub>20-21</sub>; *Praktische Philosophie Powalski, Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, Berlino, vol. XXVII.1, pp. 152<sub>33</sub> -153<sub>2</sub>; 156<sub>24-25</sub>), sottolinea come non soltanto in essi, ma in tutta l'opera di Kant e nella sua complessiva dottrina dell'imputazione, la libertà del soggetto sia presupposto necessario: tanto più nella *Metafisica dei costumi*, ove il filosofo formula la triade "libertà, autonomia, morale". Cfr. P. SÁNCHEZ-OSTIZ, cit., p. 111, nota 39.



imputazione. Si tratta, peraltro, di cause che il diritto da sempre conosce e che Kant stesso cita espressamente, sia pur in forma né sistematica né del tutto esaustiva. Così egli menziona i casi di demenza o di ubriachezza, descrivendoli come casi in cui non è possibile l'imputazione<sup>90</sup>. Inoltre, chiaramente egli dichiara: “*Juridice imputirt man nicht di Folgen der Handlung, wozu einer genöthigt war, zum indemerito, denn alsdenn ist er nicht frey gewesen*”<sup>91</sup>. Non si ha dunque imputazione *giuridica* delle *conseguenze* (dandosi invece, necessariamente, quella del fatto, altrimenti nemmeno giudicabile!) nel caso in cui il soggetto fosse stato sottoposto a violenza, posto che mancherebbe la sua libertà.

Le maggiori difficoltà che il pensiero kantiano solleva, soprattutto se paragonato alla linearità di quello di Daries, nonché alla sistematicità di quello di Hruschka, in relazione alle cause che possono escludere l'imputazione alla colpa, potrebbero ritenersi derivanti, a parere di chi scrive, dal fatto che il concetto stesso di umana libertà, presupposto per l'imputazione, possiede in Kant caratteristiche del tutto peculiari, strettamente correlate alla più generale impostazione metafisica dell'Autore. La libertà kantiana della persona è, infatti, un concetto del tutto nuovo e originale rispetto alla precedente tradizione filosofica. Pertanto, come la definizione del suo contenuto positivo, così anche l'individuazione e la piena comprensione delle cause che possano escludere o diminuire tale libertà non possono ricercarsi in argomentazioni equiparabili a quelle fornite dagli autori a lui precedenti. Per stabilire se il filosofo di Königsberg ammettesse e, eventualmente, in che modo, l'escludibilità di una “seconda” imputazione, è imprescindibile comprendere allora, dapprima, l'idea di “libertà” da questi adottata, e, in seguito, intraprendere un'analisi del suo pensiero che, senza limitarsi alla ricerca di affermazioni “di principio”, scenda nel merito delle questioni. Infine, quanto alla più volte menzionata - ma a nostro parere *apparente* - automaticità del giudizio di merito o demerito susseguente all'applicazione della legge, se anche, all'esito delle analisi che di seguito si svolgeranno, residuassero dei dubbi sulla possibilità di escludere la seconda imputazione, ciononostante al Filosofo non potrebbe comunque rimproverarsi d'aver ridotto a unità il giudizio imputativo; semmai soltanto, come si accennava, d'aver identificato il secondo con il momento dell'applicazione della legge al fatto.

---

<sup>90</sup> Cfr. I. KANT, *Moralphilosophie Collins*, 1784 – 85, *Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, Berlin, vol. XXVII, 1, p. 291: “*alles ist imputabel was zur Freyheit gehört, wenn es auch nicht direct aber doch indirecte durch di Freyheit entstanden ist, z. E. was jemand im betrunkenen Muth gethan hat, kann wohl nicht imputirt werden; aber die Trunkenheit kann ihm zugerechnet werden*”.

<sup>91</sup> Cfr. I. KANT, *Moralphilosophie Collins*, cit., p. 289<sub>36-37</sub>.

#### 2.4. Libertà, imputazione e imputabilità.

Dovendosi stabilire in che termini Kant si riferisse all'agire umano come a un agire "libero", è necessario ricordare quella più profonda distinzione che contraddistingue l'intera metafisica kantiana, ovvero quella tra *fenomeno* e *noumeno*, tra mondo dell'esperienza e mondo dell'intelletto. Arrischiandoci in una sintesi estrema, potremmo dire che tale distinzione è di enorme importanza in ragione del suo stretto rapporto con la parabola compiuta dalla filosofia moderna e per il ruolo giocato, in essa, da Kant stesso. Infatti, in seguito alla critica cartesiana, che aveva individuato nel "pensiero umano" il punto dal quale partire nell'opera di ricostruzione della filosofia, e che si concluse, com'è noto, con l'elaborazione di una prospettiva gnoseologica secondo la quale gli oggetti resterebbero inconoscibili per il soggetto, capace di conoscerne solamente le "idee", si aprì una frattura tra pensiero e realtà che la filosofia successiva tentò solo infruttuosamente di ricomporre. E proprio di questo cosiddetto "*dualismo gnoseologico*" Kant è il raffinato ed estremo sostenitore. Anche per questi, infatti, il materiale di "sensazione", ciò che è esperibile – e che *deriva* dall'oggetto – è sì oggetto di conoscenza, ma solo per come esso è *elaborato* dalla sensibilità, dall'*io* del singolo soggetto. Perciò, come in Cartesio, così anche in base alla metafisica kantiana, l'uomo non può conoscere gli oggetti *per come essi sono* in realtà – in qualità di *noumeni*, le "*Dinge an sich*" –, ma solo per come appaiano a chi li osservi (*fenomeni*), ossia se e nel modo in cui le strutture conoscitive dell'uomo siano capaci di elaborarli e comprenderli. La realtà strettamente intesa resta, invece, inconoscibile. Essa è "pensabile", *noumeno* (participio medio del verbo greco "*voéō*" = pensare). Infine, sebbene non la si possa conoscere, è comunque necessario pensarla come concetto-limite (come *Grenzbegriff*) del nostro conoscere.

La conoscenza della realtà, dunque, è in un certo senso "soggettiva". Tale ultima notazione, del resto, è coerente con quei caratteri che connotano l'idea kantiana di imputazione: non già intesa come *constatazione* di una condotta, ma come giudizio che *fa* dell'azione una condotta, riconoscendola – e dichiarandola – causata da un libero autore. Per quanto soggettiva, tuttavia, la conoscenza umana non è anche *arbitraria*. Secondo il filosofo, infatti, le strutture conoscitive, come alcuni concetti *a priori*, quali quello di tempo e di spazio, sono comuni a tutti gli esseri umani e ciò rende possibile la stessa comunicabilità, nonché le relazioni intersoggettive.

Il dualismo menzionato, inoltre, è anche proprio ciò che legittima, secondo Kant, l'idea che esista un'umana libertà. Da un lato, infatti, non è possibile *pensare* una causalità che non abbia *mai* avuto un inizio, una causalità non riconducibile ad una sua prima *libera causa* e che, dunque, proceda a ritroso all'infinito. Dall'altro, tuttavia, non è nemmeno possibile *pensare* una *causa libera*, perché tutto nel mondo è determinato, nel proprio verificarsi, dagli antecedenti necessari, ed è a sua volta determinante rispetto ad eventi ulteriori: il mondo dei fenomeni, infatti, dice a chi lo osservi che ogni evento è sempre causato da qualcosa che è venuto prima di esso. Ebbene, proprio alla luce di tali contraddittorie ma ugualmente vere premesse, Kant induce che anche causalità e libertà si contrappongano dualisticamente: così, mentre la libertà apparterebbe al mondo dei noumeni, la causalità sarebbe la legge propria della realtà fenomenica<sup>92</sup>. Adottando questi due punti di vista, sparirebbe la contraddizione: nel mondo dei fenomeni non avrebbe senso parlare di *causa libera*, mentre resterebbe del tutto sensato riferirsi ad essa in relazione al mondo noumenico.

Due sono quindi le “causalità”: quella del mondo sensibile, che collega, in modo necessario e temporalmente consequenziale, un fenomeno all'altro; e quella del mondo intellegibile, l'unica che consente di dare inizio a un *nuovo processo causale* e che *si intromette*, intervenendo nel tempo. Con ciò, i risultati osservabili dal soggetto possono percepirsi tanto come “liberi”, dal punto di vista dell'intelletto, quanto come “causati”, dal punto di vista dell'esperienza sensoriale. Il che, del resto, conferma anche quanto sin qui detto in merito al giudizio di imputazione (tanto in Kant, quanto in Hruschka): l'imputazione è quell'*operazione intellettuale* compiuta *aggiungendo* alla *realtà esperita* un significato – di *libertà* – che procede proprio dal soggetto imputante.

La libertà, dunque, non è per Kant concetto di “esperienza”, bensì concetto di ragione. Essa, inoltre, non coinciderebbe con la capacità di “elezione” della volontà (con il *libero arbitrio*): non dovrebbe intendersi, cioè, come capacità di sola scelta, ma come una vera e propria *autonomia*. Questa libertà, infatti, si identifica, secondo Kant, con la stessa spontaneità tipica della ragione, che è spontanea proprio perché non soggiace a determinazioni esterne<sup>93</sup>. Pertanto si tratta di una libertà che è essa stessa creatrice di leggi pratiche, valide per il

---

<sup>92</sup> Sulla soluzione kantiana di quest'antinomia tra leggi di natura e libertà, cfr.: A. LLANO CIFUENTES, L. FLAMARIQUE e M. BASTONS, citati in P. SÁNCHEZ-OSTIZ, *cit.*, p. 174, nota 21.

<sup>93</sup> “Die transzendente Idee der Freiheit macht zwar bei weitem nicht den ganzen Inhalt des psychologischen Begriffs dieses Namens aus, welcher großen Teils empirisch ist, sondern nur den der absoluten Spontaneität der Handlung als den eigentlichen Grund der Imputabilität derselben, ist aber dennoch der eigentliche Stein des Anstoßes für die Philosophie, welche unüberwindliche Schwierigkeiten findet, dergleichen Art von unbedingter Kausalität einzuräumen”: I. KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, II ed., 1787, *Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, Berlino, vol. IV, p. 476<sub>10-16</sub>.

soggetto che ad esse dà vita. In secondo luogo, questa libertà appartiene proprio e soltanto al soggetto dotato di ragione, perché ne è una qualità che lo caratterizza in quanto tale (senza libertà – sottomesso alle leggi di causalità – sarebbe anch'egli solo fenomeno). Essere dotati della capacità di prescrivere a se stessi leggi pratiche diviene, dunque, elemento *costitutivo* di ciascun soggetto umano, posto che la libertà naturalmente appartiene a ciò che è parte del mondo intellegibile.

Naturalmente, numerosi sono i problemi sollevati dall'impostazione filosofica kantiana, qui brevemente riassunta. Soprattutto, è difficile comprendersi cosa renda conoscibile il soggetto – che certamente appartiene al mondo dei noumeni –, conducendo poi, allo stesso modo, ad affermarne la libertà. La risposta di Kant, piuttosto celebre, è che la libertà è un concetto che deve essere presupposto: necessario nel nostro pensare e per pensare noi stessi come esseri razionali<sup>94</sup>. Tale affermazione, tuttavia, dà vita ad un circolo vizioso tra libertà, autonomia e legge morale che anche gli studi più approfonditi faticano ancora a ritenere coerentemente risolvibile; ed anche i tentativi del filosofo medesimo di risolvere tali aporie non furono convincenti.

Tuttavia, non potendoci qui dedicare ulteriormente al tema, sia sufficiente rilevare che, secondo la teorica kantiana, la libertà dell'essere umano possiede i due seguenti tratti caratteristici: da un lato, consente al soggetto l'indipendenza dal mondo sensibile; dall'altro essa corrisponde all'autonomia stessa del soggetto, ovvero alla capacità di questi d'essere legge per se stesso, di dettarsi la norma del dovere (etico). A partire da tale libertà, che è necessario presupporre, l'uomo è, dunque, anche essere *morale*. Di qui si apre un problema brillantemente analizzato e, in una certa misura, risolto da Sánchez-Ostiz, ovvero quello del “male morale”. Posta, infatti, la relazione di identità tra libertà, autonomia e legge morale, parrebbe che, in Kant, il soggetto non possa mai agire *contro* la morale e, allo stesso tempo, *liberamente*: *l'unica azione libera sarebbe quella conforme al dovere morale* (poiché libertà è dettarsi delle leggi morali).

Tale alquanto dubitabile affermazione, che metterebbe in crisi qualsiasi riflessione sull'imputabilità effettiva di condotte contrarie alla morale più diffusa, potrebbe risolversi per mezzo di ulteriori concessioni, in particolare assumendo che la ragione dell'uomo non esista soltanto in relazione al singolo soggetto, ma partecipi di una ragione diffusa, comune a tutti

---

<sup>94</sup> “Denn jetzt sehen wir, daß, wenn wir uns als frei denken, so versetzen wir uns als Glieder in die Verstandeswelt und erkennen die Autonomie des Willens samt ihrer Folge, der Moralität; denken wir uns aber als verpflichtet, so betrachten wir uns als zur Sinnenwelt und doch zugleich zur Verstandeswelt gehörig”: I. KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, *Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, Berlino, vol. IV, p. 453<sub>11-15</sub>.

gli uomini. Tale soluzione permetterebbe d'affermare che, seppur *libera*, la *vera* autonomia del singolo è solo quella che non si allontani dalla ragione "comune" a ogni essere umano. Con ciò ben potrebbe darsi un libero agire dell'uomo ove questi ponesse in essere una condotta *contraria* alla morale "di ragione"<sup>95</sup>. Tuttavia, come è evidente, una siffatta interpretazione dell'impostazione kantiana non risulta coerente con le sue stesse premesse gnoseologiche: la ragione, infatti, per sua natura resterebbe sempre inconoscibile, in quanto parte del mondo intellegibile e, per lo stesso motivo, se anche essa presupponesse un concetto di bene *a priori*, anche quest'ultimo non potrebbe essere oggetto di umana conoscenza.

Ulteriore importantissima definizione kantiana, ai fini che qui interessano, è quella di persona. Secondo il filosofo, infatti, persona sarebbe proprio quel soggetto che è suscettibile di imputazione<sup>96</sup>. Ma, poiché, come s'è visto, l'imputazione implica libertà, e la libertà, a sua volta, è autonomia, la conclusione non può che essere la seguente: la persona è il soggetto dotato di autonomia; persona è colui che è capace di dettare a se stesso la legge morale (*Pflicht*). Alla luce dell'impostazione metafisica tipica dell'Autore, tuttavia, non deve intendersi la possibilità dell'*imputazione* come "conseguenza" del carattere di "persona" che a taluno si attribuisca (in ragione della sua libertà): non sarebbe possibile, infatti, fornire una definizione di persona di carattere ontologico, e nemmeno basata su rilevazioni psico-fisiche. Al contrario, è proprio la qualità di "persona" ad essere affermata, secondo Kant, per mezzo dell'imputazione. La persona sussiste nel momento e nella misura in cui essa è ritenuta responsabile delle proprie azioni. Per far ciò, tuttavia, chi osserva deve naturalmente e necessariamente presupporre la libertà dell'agente.

Ebbene, presupporre la libertà implica ovviamente escludere dal novero delle condotte imputabili quelle azioni che siano soggette alla causalità tipica del mondo fenomenico; ovvero, quelle che comunque escludano che il soggetto abbia potuto essere, nel caso e nella situazione concreta, autonomo – ovvero essere *legge per se stesso*. A quest'ultimo proposito, per comprendere in che modo l'assenza di "libertà" possa darsi, secondo Kant, anche in relazione al merito, possa cioè portare anche ad escludere le "conseguenze" tipiche dell'imputazione giuridica (la pena), è necessario introdurre un ultimo concetto tipico della teoria kantiana, ovvero quello di "*imputabilitas*", da analizzarsi prendendo le mosse da quanto in merito affermato dallo stesso filosofo.

---

<sup>95</sup> "Also drückt das moralische Gesetz nichts anders aus, als die Autonomie der reinen praktischen Vernunft, d.i. der Freiheit, und diese ist selbst die formale Bedingung aller Maximen, unter der sie allein mit dem obersten praktischen Gesetze zusammenstimmen können". Cfr. I. KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, 1788, *Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, Berlino, vol. V, p. 59.

<sup>96</sup> Cfr. *supra*, par. 2.2.

“*Subjectiv ist der Grad der Zurechnungsfähigkeit (imputabilitas) der Handlungen nach der Größe der Hindernisse zu schätzen, die dabei haben überwunden werden müssen*”<sup>97</sup>. Ossia: il grado d'imputabilità dell'azione al soggetto deve valutarsi da un punto di vista soggettivo, in relazione alla grandezza degli ostacoli che il medesimo abbia dovuto superare. E ancora “*Je größer die Naturhindernisse (der Sinnlichkeit), je kleiner das moralische Hinderniß (der Pflicht), desto mehr wird die gute That zum Verdienst angerechnet; z. B. wenn ich einen mir ganz fremden Menschen in meiner beträchtlichen Aufopferung aus großer Noth rette*”. Quanto maggiori siano stati gli ostacoli naturali (provenienti dai sensi) e quanto minori gli ostacoli morali (del dovere), tanto più, secondo Kant, la condotta *buona* si imputerà come *meritoria*; come nel caso in cui salvassi da un grande pericolo, correndo un considerevole rischio, un soggetto a me del tutto estraneo.

Nel caso opposto: “*(...) je kleiner das Naturhinderniß, je größer das Hinderniß aus Gründen der Pflicht, desto mehr wird die Übertretung (als Verschuldung) zugerechnet. Daher der Gemühtzustand, ob das Subject die That im Affekt oder mit ruhiger Überlegung verübt habe, in der Zurechnung einen Unterschied macht, der Folgen hat*”; cioè: in presenza di minori ostacoli naturali, e di maggiori ostacoli morali, la violazione sarà maggiormente ritenuta demeritoria. Per tale ragione, il fatto che l'agente abbia realizzato la condotta mosso da passione o, invece, con meditata riflessione, dà corpo a una differenza che ha conseguenze per la sua imputazione<sup>98</sup>.

Posto che questi passaggi sembrano suggerire una possibilità di graduare, e dunque, in casi estremi, anche di escludere, eventualmente, il carattere meritorio o demeritorio della condotta, in base alla *Zurechnungsfähigkeit* dell'agente, deve stabilirsi con precisione cosa Kant intendesse per tale “capacità d'imputazione”, che chiameremo, per distinguerla da altro concetto in uso nella penalistica contemporanea, “*imputatività*”.

Orbene, sempre grazie alle ricostruzioni storiche in merito compiute da Pablo Sánchez-Ostiz, sembra ragionevole ritenere che l'imputatività kantiana affondi le proprie radici nelle lezioni di Pufendorf e di Christian Wolff, ricollegandosi alle loro definizioni d'imputabilità (*imputabilitas*) e, soprattutto, di *imputatiuitas*<sup>99</sup>. Quest'ultima, in particolare, designerebbe, nelle teorie del primo filosofo, il presupposto dal quale deriva proprio la *qualità morale*

---

<sup>97</sup> Cfr. (per questa citazione e le successive sul tema) I. KANT, *Metaphysik der Sitten Vigilantius*, cit., pp. 567 – 570 (traduzione nostra).

<sup>98</sup> Per un'approfondita analisi sulla distinzione, nonché sulla precisa definizione, degli ostacoli *morali* e di quelli *naturali*, si rimanda alla lettura di P. SÁNCHEZ-OSTIZ, *op. cit.*, pp. 130 e ss.

<sup>99</sup> *Ibid.*, in particolare, pp. 132 – 135.

dell'azione dell'agente. Mentre l'*imputabilità*, da un lato, designerebbe l'aspetto "materiale" del giudizio imputativo, riferendosi al movimento fisico/corporeo dell'autore; l'*imputatività*, dall'altro, ne inquadrerebbe l'aspetto *formale*. L'imputatività, cioè, è ciò che nell'imputazione descrive l'azione come davvero pertinente a quel determinato soggetto. Essa, diversamente dall'imputabilità, potrebbe pertanto ricorrere anche nei casi in cui la prima venisse a mancare, come, ad esempio, qualora l'agente compisse il fatto "per mezzo di altri" – i. e. casi di autorità mediata. Si tratta, dunque, di un concetto di carattere prettamente morale/giuridico (certamente non "fisicista"), che tuttavia non deve essere frainteso: l'imputatività esprime la moralità dell'azione non già nel senso di *esprimerne* il valore morale, bensì identificandosi con la *capacità* della condotta di racchiudere moralità in se stessa.

Oltre a Pufendorf, si diceva, anche Christian Wolff, aveva fatto uso, nei propri scritti, di entrambi i termini. Per questi, in particolare, mentre l'*imputativitate* indicava la moralità, ovvero il carattere libero dell'agire umano, l'*imputabilità* corrispondeva all'operazione di imputazione dell'azione come condotta<sup>100</sup>. Kant, come ormai sappiamo, ricondusse la "capacità di moralità" della condotta – l'*imputatività* – alla stessa imputazione del fatto, posto che per questi il *soggetto/causa libera* è già, per definizione, agente in senso *morale*. Nel passaggio sopra menzionato, Kant medesimo tratta, in effetti, di imputabilità – e quindi non di moralità dell'azione, che è già presupposta, ma di possibilità *concreta* di ascrizione. Quel che però non può non rilevarsi è che *tale concreta "imputabilità" è in discussione in relazione ad azioni che già sono state imputate*, in relazione a vere e proprie condotte rilevanti e addirittura risultate contrarie a dovere a seguito del confronto con la legge. Kant, infatti, descrive la diversa imputabilità di veri e propri *That* e non di semplici *Handlungen*.

Ebbene, queste considerazioni indubbiamente confermano ancora come Kant ammettesse una duplicità di giudizi imputativi in ambito giuridico: un primo giudizio attinente al fatto e un secondo giudizio correlato alla colpa o al merito dell'autore.

Sempre con riferimento alla citazione kantiana in esame, resta da approfondire il significato di quel carattere "soggettivo" attribuito all'imputabilità dell'agente. Da questo punto di vista,

---

<sup>100</sup> Cfr. Il testo, più esteso, inizia così: "*Ex applicatione legis ad factum intelligitur, actionem esse talem, quae imputari possit. An vero actu imputanda veniat agenti, ex libertate in agendo demum patet. Apparet itaque actum imputationis definiri minime posse per applicationem legis ad facta*". "*Qui convenientia cum lege judicat. Judicium vero hoc nec de imputabilitate actionis, nec de imputanda actione pronunciat. Sed ex eo demum colligitur, actionem esse ex imputabilium numero: quo facto ulterius inquirendum, an & quatenus libera sit, ut tandem feratur judicium, utrum agenti actu imputanda veniat, nec ne. Et in hoc demum actus imputationis consistit. Qui adeo imputationem per applicationem legis ad facta definiunt, judicium de convenientia actionis cum lege & disconvenientia ejusdem cum eadem, judicium de imputabilitate actionis & actum imputationis inter se confundunt*". Cfr. C. WOLFF, *Philosophia Practica Universalis*, cit., § 598.

particolarmente importante è ricordare che, secondo il filosofo, vi è una differenza tra il dovere inteso come *legge pratica* e la *massima* che il soggetto fa propria. In particolare, mentre il principio in base al quale una determinata azione corrisponde a dovere scaturisce da una legge pratica, la *massima* è la regola di colui che agisce e che questi dà a se stesso per ragioni soggettive<sup>101</sup>. Pertanto, ogni genere di legge, sia essa morale o giuridica, possiede due aspetti: da un lato, oggettivamente, rende dovere l'azione; dall'altro, soggettivamente, fornisce un motivo che vincola l'agente, nell'esercizio del proprio arbitrio, ad adempierla. Come già si diceva, la legge "giuridica" è quella in cui i "motivi" non si esauriscono nel dovere stesso, ma discendono dalle conseguenze punitive o premiali dell'agire. Queste notazioni, concernenti l'interpretazione kantiana della "soggettività" dell'imputazione, debbono correlarsi a quelle relative alla distinzione tra "oggettivo" e "soggettivo" che il filosofo opera nell'affrontare il tema del "diritto di necessità".

*“Dieses vermeinte Recht soll eine Befugniß sein, im Fall der Gefahr des Verlusts meines eigenen Lebens einem Anderen, der mir nichts zu Leide that, das Leben zu nehmen. (...) Es ist klar: daß diese Behauptung nicht objective, nach dem, was ein Gesetz vorschrieben, sondern bloß subjective, wie vor Gericht die Sentenz gefällt werden würde, zu verstehen sei. (...) Also ist die That der gewalthätigen Selbsterhaltung nicht etwa als unsträflich (inculpabile), sondern nur als unstrafbar (impunibile) zu behurteilen, und diese subjective Strafflosigkeit wird durch eine wunderliche Verwechselung von der Rechtslehrern für eine objective (Gesetzmäßigkeit) gehalten”*.<sup>102</sup>

In quest'ambito Kant sottolinea come il termine "diritto", spesso associato a quella facoltà, riconosciuta al soggetto che si trovi in situazioni di grave necessità, di commettere una violazione della legge, non possa essere inteso in senso *oggettivo*, ma soltanto *soggettivo*. Parlare di oggettività di un siffatto "diritto" implicherebbe affermare, contrariamente al vero, che tale facoltà corrisponda a quanto *imposto* dalla legge: si tratta, invece, soltanto di un diritto "soggettivo" ed è per questo che il fatto compiuto in stato di necessità non potrebbe dirsi non anti-giuridico ("*unsträflich*"), ma solo non punibile ("*unstrafbar*").

Si badi: la non anti-giuridicità è per Kant la "*Unsträflichkeit*", ovvero l'assenza di conseguenza di pena. Essa equivale cioè, secondo quanto già analizzato, alla vera e propria impossibilità di

---

<sup>101</sup> Cfr. P. SÁNCHEZ-OSTIZ, *op. ult. cit.*, pp. 136 e ss. Al riguardo: "*Der Grundsatz, welcher gewisse Handlungen zur Pflicht macht, ist ein praktisches Gesetz. Die Regel des Handelnden, die er sich selbst aus subjectiven Gründen zum Principe macht, heißt seine Maxime; daher bei einerlei Gesetzen doch die Maximen der Handelnden sehr verschieden sein können.*", *Metaphysik der Sitten*, cit., p. 225<sub>1-5</sub>.

<sup>102</sup> Cfr. I. KANT, *Metaphysik der Sitten*, cit., pp. 235 – 236.



imputazione giuridica del fatto (solo moralmente imputabile). Kant non può ammettere, però, una siffatta interpretazione della necessità, poiché essa rischierebbe di porre nel nulla il valore della stessa legge proibitiva, trasformandola in mero dovere morale. Proprio per questo il filosofo parla, al riguardo, di *Unstrafbarkeit*, di non punibilità, con ciò intendendosi che, per quanto una pena *sia prevista* – e dunque possa a pieno titolo parlarsi di *imputazione giuridica* – il soggetto non “meriterà” di essere a questa sottoposto. Al fine di risolvere casi come quello della “Zattera di Carneade”<sup>103</sup>, Kant differenzia dunque i due diversi fondamenti di esercizio del diritto: quello oggettivo, dichiarato dalla legge; e quello soggettivo, che apre soltanto la possibilità di una *impunità* dell’autore a fronte dell’azione anti-giuridica. Impunità legittimata, qui, dalla stessa umana fragilità<sup>104</sup>.

Le due citate declinazioni del “soggettivo”, del resto, sono complementari: la massima – *soggettiva* – dell’autore, infatti, nel formarsi all’interno della sua ragione, non potrà che risentire della situazione necessitata in cui questi sia venuto a trovarsi. La necessità non muta la legge pratica. Muta, però, la condizione entro la quale il soggetto dà a se stesso la regola dell’agire.

Alla luce di queste riflessioni non pare potersi ancora dubitare non soltanto della graduabilità<sup>105</sup> del giudizio di imputazione al merito o al demerito dell’autore, ma altresì della sua piena escludibilità<sup>106</sup>. Essa è impedita, infatti, nei casi in cui l’imputante ritenga che il soggetto non avrebbe potuto adottare la legge come massima. Le ragioni di questi impedimenti sono da individuarsi in quegli ostacoli che Kant menziona nella citazione sopra

---

<sup>103</sup> Esempio paradigmatico della necessità, il caso che la “Zattera di Carneade” riassume ha origini antichissime: Carneade di Cirene, scettico greco cui se ne attribuisce la prima formulazione, visse, infatti, tra il 219 e il 129 a.C. (sulla correttezza dell’attribuzione cfr. l’approfondito studio di A. AICHELE, *Was ist und wozu taugt das Brett des Karneades?*, in *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 2005, pp. 245 – 268). Esso fu analizzato dai maggiori giuristi della storia, interrogatisi tutti, da Cicerone a Kant, sulla *liceità*, e sulle sue eventuali radici, dell’azione di quel naufrago che, in balia delle acque assieme a un suo compagno di sventura, decidesse di far propria l’unica zattera a loro disposizione: poiché la zattera poteva far salva la vita di un uomo soltanto, tale condotta è causa, per lo meno indiretta, dell’altrui morte.

<sup>104</sup> “*Die Fragilitas und Infirmetas humana kann nur blos um anderer Menschen Handlungen zu beurtheilen in Betrachtung gezogen werden, ich selbst muß in Ansehung meiner Handlungen nicht auf dieselbe rechnen, und dadurch dieselbe entschuldigen. Der Mensch, als ein pragmatischer Gesetzgeber und Richter, muß in Absicht anderer die fragilitatem und infirmitatem humanam in Betrachtung ziehn, und denken, daß sie doch Menschen seyn, in Absicht auf sich selbst aber muß er ganz streng verfahren.*” I. KANT, *Moralphilosophie* Collins, cit., p. 295<sub>28</sub> – 35. La visione kantiana sulla „Zattera di Carneade“, ad ogni modo, è ben più complessa e ricca di interessanti sfumature. Al riguardo si consiglia la recente monografia sul tema di W. KÜPER, *Immanuel Kant und das Brett des Karneades. Das zweideutige Notrecht in Kants Rechtslehre*, Müller, Heidelberg, 1999.

<sup>105</sup> “*Die Grade der Imputation kommen auf die Grade der Freyheit an.*”, I. KANT, *op. ult. cit.*, p. 291<sub>5</sub>.

<sup>106</sup> “*Diejenige Handlung zu der ich mich zwingen soll, und wo ich viele Hindernisse zu überwinden habe, wird mehr imputirt, je williger sie ausgeübt wird, und desto weniger auch ihre Unterlaßung imputirt.* “*Von der natürliche Neigung aber ist es zu merken: Je mehr ein Mensch mit derselben kämpft, desto mehr ist es ihm zu imputiren*”; “*Je mehr Jemand von außen zu einer Handlung gezwungen wird, desto weniger wird sie ihm imputirt. Überwindet er aber den Zwang und unterläßt doch die Handlung, so wird sie ihm desto mehr imputirt*”. Cfr. I. KANT, *Moralphilosophie* Collins, cit., pp. 291 – 292.

riportata, le *Hindernisse*: ostacoli, vuoi fisici, vuoi morali, che l'uomo incontra nel porsi una legge come massima dell'agire e che ben possono corrispondere a quelli menzionati dalla tradizione e sistematizzati, come si vedrà, nell'elaborazione hruschkiana: *vis compulsiva*, errore di diritto, ecc.

### **3. Feuerbach ed Hegel.**

#### **3.1. La recezione di Feuerbach e l'interpretazione hegeliana dell'imputazione.**

##### **Introduzione.**

Se, come appena illustrato, l'idea kantiana d'imputazione, per quanto intrisa di "dualismo", si basava ancora su presupposti di "libertà" e di "interpretazione dell'altrui agire" che mal si adatterebbero a un giudizio ridotto ad attività di sussunzione; e se esso si componeva di una duplice valutazione – sul fatto e sulla partecipazione colpevole al medesimo da parte dell'autore – che, ad oggi, non sembra ricorrere, piuttosto strane potrebbero risultare le posizioni dell'attuale dottrina penale sul punto. In effetti, posto che il fondamentale apporto del filosofo di Königsberg alla scienza criminale non è in discussione, resta da chiedersi *in che modo* e per quali direttrici la recezione della sua teoria sull'imputazione abbia potuto snaturarsi al punto da condurre alla *contemporanea lettura esclusivamente legalistica del giudizio*.

Ebbene, anticipando quanto tra poco, nel dettaglio, s'illustrerà, le ragioni di questi sviluppi non sono poi tanto oscure. Da un lato, infatti, proprio il criticismo kantiano, con la sua pretesa inconoscibilità dell'essere, postulando, cioè, un'ineliminabile separazione tra mondo fenomenologico e mondo intellegibile, pose le basi per il susseguente rifiuto di quelle apodittiche petizioni di principio che lo stesso Kant aveva difeso, concernenti il significato della *libertà*, della *volontà* e della *morale*. Le tesi che questi, ricorrendo ad argomenti *soltanto razionali*, aveva in merito sostenuto e che erano, in buona misura, frutto di un ancora indiscusso accoglimento della tradizione (aristotelico-tomista e di filosofia morale), non potevano, infatti, essere accolti da coloro che intendessero *prendere sul serio* Cartesio e il suo dualismo, sviluppandone il pensiero in maniera consequenziale e non contraddittoria. Invero, una volta presupposta l'incomunicabilità di spirito e materia, non è più possibile guardare all'uomo – tantomeno *all'imputando* – se non come *materia*, come *causa meccanica* degli eventi. Non potendo essere oggetto di conoscenza, non meritano d'essere menzionate, in

ambito scientifico, la libertà di scelta o di elezione dell'individuo, ove invece rileva, ed è legittimo oggetto di indagine, soltanto la possibilità che questi sia stato *determinato* da *corretti* motivi nel proprio agire.

Dall'altro, ancor più radicalmente, nel corso dell'Illuminismo era andata realizzandosi una vera e propria svolta antropologica, in base alla quale l'uomo moderno non avrebbe più potuto concepire né giustizia criminale né pena *alla maniera degli antichi*<sup>107</sup>. Le moderne teorie sociali, il contrattualismo hobbesiano, non presupponendo più la *naturale socialità dell'uomo*, non sono più in grado di pensare a una partecipazione della pena alla categoria del bene, "sì che i colpevoli ricevono un bene dalla sua inflizione, e un male ulteriore dall'eventuale impunità (...)"<sup>108</sup>. Prima d'allora, invero, la pena aveva sempre rappresentato, sia pur con sfumature diverse, "un *bisogno* del reo, nel senso che corrisponde a un'inclinazione della natura dell'uomo, intesa a far sì che l'azione malvagia non abbia l'ultima parola, ma soccomba e ceda il passo alla riaffermazione del giusto. Il reo, siccome partecipa della comune natura umana (...), sente in se stesso la medesima inclinazione a vivere secondo la categoria del bene, che lo sospinge a ricercare, quasi come un approdo sicuro, la pena come se essa corrispondesse a un *bisogno* e valesse a integrare un suo *diritto*"<sup>109</sup>. Aderendo alla tesi di Hobbes, concependo l'essere umano come *homo homini lupus*, si dà avvio a un percorso che, attraverso i filosofi della Rivoluzione, giunge a ritenere che "nessuna inclinazione al giusto sorregge e alimenta la vita in società, sì che la pena non può essere la conseguenza "naturale" dell'azione ingiusta, postulata dalla natura stessa dell'uomo. "L'uomo anomico non riconosce agli altri se non ciò che è inutile a se stesso"<sup>110</sup> (...). Dunque nessuna inclinazione al giusto sorregge e alimenta la vita in società, sì che la pena non può essere la conseguenza naturale dell'azione ingiusta, postulata dalla natura stessa dell'uomo. Essa invece è l'ostacolo artificiale che l'*abile architetto* frappone ingegnosamente alla forza di gravità messa in moto dalla sensibilità incontrollata e altrimenti incontrollabile del meccanismo umano"<sup>111</sup>.

---

<sup>107</sup> Sul punto si veda a brillante ricostruzione storico-filosofica illustrata da M. RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo delle riflessioni sulla pena*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 31 e ss.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>109</sup> *Ibid.*

<sup>110</sup> *Ibid.*, con riferimento puntuale allo scritto di Rousseau. Cfr. J-J. ROUSSEAU, *Du contract Social ou Principes du droit politique*, in *Oeuvres complètes, Edition publiée sous la direction de Bernard Gagnebin e Marcel Raymond*, "Bibliothèque de la Pléiade", Gallimard, vol. III, 1964, p. 378.

<sup>111</sup> *Ibid.* p. 33, con esplicito riferimento alle riflessioni di Beccaria. In *Dei delitti e delle pene* si legge, precisamente: "Il fine [delle pene] dunque non è altro che d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali. Quelle pene dunque e quel metodo d'infliggerle deve esser prescelto che, serbata la proporzione, farà una impressione più efficace e più durevole sugli animi degli uomini, e la meno tormentosa sul corpo del reo". Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, in ed. Mondadori, Milano, 2011, p. 33.

Basandosi su tali presupposti, cui si affiancano “l’ontologia materialista” e la “psicologia sensista”, nemmeno il tentativo di percorrere strade alternative, quale quello intrapreso dall’idealismo hegeliano, poté evitare l’obnubilamento della *imputatio*, fattosi strada nel corso del XIX e nel XX secolo e giunto sino ai giorni nostri.

### **3.2. Feuerbach: morale, libertà e pena.**

Per tracciare un rapidissimo schizzo della figura di cui qui si tratta, Feuerbach fu, nei primi anni del 1800, l’esponente di una scienza giuridica che si muoveva in una direzione nuova rispetto a ogni precedente tradizione. In particolare, le due diverse tendenze, quella codificatrice, da un lato, e quella di riflessione dottrinale e razionale sul diritto, dall’altro, che nella seconda metà del XVIII secolo erano nate e proseguite senza entrare tra loro in contatto, si riunirono nel pensiero di questo giurista. Per primo egli propose una *costruzione della scienza giuridica penale alla luce dei principi e delle conquiste della rivoluzione illuminista*. Non a caso, dunque, lo stesso von Liszt poté definirlo come il *Neubegründer der deutschen Strafrechtswissenschaft*<sup>112</sup>.

Non potendo occuparci estensivamente di quest’illustre giurista, trattando della sua vita e delle sue opere, ma dovendoci subito concentrare sul suo pensiero, intendiamo qui accogliere e far nostra la brillante affermazione in merito pronunciata da Sánchez-Ostiz, secondo il quale una delle più interessanti caratteristiche delle riflessioni di Paul Johann Anselm von Feuerbach è che, in relazione all’imputazione, esse sarebbero “molto meno kantiane” di quel che comunemente si ritiene; e, al contempo, sotto diversi profili, lo sarebbero “molto di più” di quanto appaia e di quanto riconosciuto dallo stesso Feuerbach, soprattutto in tema di libertà<sup>113</sup>.

In particolare, quel che più di tutto e immediatamente solleva forti dubbi sul “kantismo” di questo autore, il cui apporto alla scienza penale tedesca ed europea è, ancor più di quello del suo predecessore, incontestato, consiste nella netta separazione tra morale e diritto che egli

---

<sup>112</sup> Citazione riportata in E. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, III ed., Gotinga, 1965, § 262, p. 282.

<sup>113</sup> Cfr. P. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, cit., p. 262: “(...) la obra de Feuerbach es menos kantiana de lo que se afirma, y más kantiana de lo que él mismo expresa”.

afferme e difese sin dalle sue prime opere<sup>114</sup>. Sebbene diritto e morale derivino entrambi, secondo Feuerbach, dalla ragion pratica, infatti, ciascuno di essi avrebbe un proprio ed autonomo fondamento.

In particolare, diversamente da Kant, che certamente separava i due ambiti, ricollegandoli, però, a una comune matrice, da individuarsi nell'umana libertà, Feuerbach ne difese una separazione ben più radicale. Mentre il primo sosteneva che il giuridico si differenziasse dall'etico soltanto per il fatto che, al suo interno, diversi "motivi", provenienti dalle leggi "esterne" all'agente, e dunque non promananti dalla sola *autonomia* del singolo individuo, si aggiungessero al "dovere", secondo Feuerbach il giuridico possiede fonti del tutto indipendenti rispetto al "dovere" medesimo. Proprio per questo, ciò che è dovere giuridico non si esprime nemmeno, secondo Feuerbach, negli stessi termini adoperati per parlare del dovere morale. Il "du sollst", che è proprio dell'ambito della morale, resta ad esso esclusivo; si ricorre, invece, in ambito giuridico, alla diversa espressione del "du darfst" – tu puoi<sup>115</sup>. Il verbo *dürfen*, che già soltanto a livello linguistico è chiaramente lontano dalla pronuncia di un comando di valore assoluto, esprime soltanto delle *condizionate possibilità di agire*. Ebbene, tali "possibilità" della persona, che, secondo Feuerbach, esistono *solo* grazie allo stato (e compito e ragione di esistenza del medesimo sarebbe proprio quello di renderne possibile l'esercizio) sono, per l'appunto, i "diritti". Il diritto non si deduce dalla morale; al contrario: il rapporto è invertito. Proprio per il fatto, cioè, che la *possibilità di agire* è data all'uomo da quei diritti che lo stato gli riconosce, anche la sua possibilità di *agire conformemente alla morale dipende* da essi e non da una astratta e connaturata "libertà" individuale<sup>116</sup>. L'unico valore della naturale libertà della persona consiste allora, secondo Feuerbach, nel fatto che proprio su di essa si fonda il compito dello stato di riconoscere e proteggere i diritti individuali, onde consentire a ciascuno di goderne<sup>117</sup>.

Deve riconoscersi, del resto, che le intenzioni non furono del tutto biasimevoli. Com'è noto, infatti, Feuerbach fu tra le prime voci – e fortissima – a sostegno del fondamentale principio

---

<sup>114</sup> In effetti, è sin dalla prima opera sul diritto naturale che P. J. A. FEUERBACH esprime tale posizione: *Über die einzig möglichen Beweisgründe gegen das Dasein und die Gültigkeit der natürlichen Rechte*, Leipzig, 1795. Confermata poi in *Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft des natürlichen Rechts*, Altona, 1796.

<sup>115</sup> Cfr. E. SCHMIDT, *Einführung*, op. cit.

<sup>116</sup> „(...) [E]l Derecho, que se deriva, como también la moralidad, de la razón práctica, es condición de aquélla, en cuanto la facultad de actuar es previa al obrar libre y, por tanto, al deber actuar.” Cfr. P. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, pp. 224-225.

<sup>117</sup> Cfr. P. J. A. FEUERBACH, *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*, Erfurt, 1798, pp. 74 e 96.

di legalità penale<sup>118</sup>. Ebbene, anche la menzionata separazione tra diritto e morale voleva essere strumento di difesa di quest'ultimo. Per mezzo di essa, infatti, Feuerbach non intendeva negare la libertà dell'agire morale (egli non negava che l'agire morale fosse *veramente libero*). Semplicemente, i suoi "*nullum crimen*" e "*nulla poena*" discendono da una "nuova" e peculiare interpretazione della libertà *giuridica* dell'individuo, il cui significato deve ridursi ed equivalere a ciò che a questi sia consentito (o, posta la sua impostazione *liberale*, sia "non vietato", sebbene il significato qui non muti) dallo stato.

Il giurista tedesco, in effetti, non faceva mistero del suo postulare una strettissima connessione tra diritto e potere coercitivo, sì che il primo quasi s'identificherebbe con il secondo, senza che ciò comporti una diversa interpretazione dell'umana libertà (morale). Secondo Feuerbach, semmai, quello del diritto semplicemente *non* costituisce un ambito del libero agire umano: il diritto è, all'opposto, un sistema entro il quale la "forza coercitiva" dello stato, che quest'ultimo può e deve esercitare, consente ai soggetti di vivere godendo ciascuno della propria libertà (morale) e dei propri diritti<sup>119</sup>.

Fortunatamente, almeno quanto al concetto di "umana dignità", Feuerbach fu realmente erede del pensiero di Kant. E' proprio alla luce di tale principio, infatti, che la coazione statale non potrebbe mai equivalere, secondo il primo, a esercizio di forza fisica, ma deve limitarsi all'esercizio di una pressione "psichica", di una coazione "mentale" sul soggetto che sia capace di "determinarne" il successivo agire. Lo stato non può, cioè, strumentalizzare l'individuo, ma deve rispettarlo nella propria dignità di persona e, dunque, riconoscerlo come un essere capace di scelte razionali. Pertanto, lo strumento di coazione dello stato non poteva che individuarsi nella minaccia statale della pena. Ragione profonda del "*nulla poena*" è il fatto che il cittadino deve poter conoscere chiaramente la conseguenza sanzionatoria del

---

<sup>118</sup> Nella sua *Revision*, nel 1799, scrive: "a) kein Verbrechen soll ohne die gesetzliche Strafe seyn; oder das Starfübel ist die Bedingung des Verbrechens (nullum crimen sine poena legali). b) Die gesetzliche Strafe soll nicht ohne das Verbrechen seyn, oder: die Bedingung (der nothwendige Grund) der Strafe ist allein das Verbrechen (nulla poena legali sine crimine)", in *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, I parte, Erfurt, 1799, p. 148. Nel suo *Lehrbuch*, sin dalla prima edizione, si legge: „I. Jede Zufügung einer Strafe setzt ein Strafgesetz voraus. (Nulla poena sine lege). Denn lediglich die Androhung des Übels durch das Gesetz begründet den Begriff und die rechtliche Möglichkeit einer Strafe. II. Die Zufügung einer Strafe ist bedingt durch die Existenz der bedrohten Handlung (Nulla poena sine crimine). Denn durch das Gesetz ist die gedrohte Strafe an das Factum als eine rechtliche nothwendige Voraussetzung geknüpft. III. Das Gesetzlich bedrohte Factum (die gesetzliche Voraussetzung) ist bedingt durch die gesetzliche Strafe. (Nullum crimen sine poena legali). Denn durch das Gesetz wird an die bestimmte Rechtsverletzung das Übel als eine nothwendige rechtliche Folge geknüpft“; in *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, I ed. Gießen, 1801, § 24, p. 20.

<sup>119</sup> „Das höchste Prinzip für alles, was äusserlich recht ist, ist nur, daß die Freiheit eines jeden mit der Freiheit aller bestehe, daß jeder die freye Ausübung seines Rechts habe, und keiner die Rechte des andern beeinträchtige. Die rechtliche Ordnung besteht darin, daß der wirkliche Zustand der Menschen, diesem nothwendigen Gesetze der Freiheit nicht widerspreche“. Cfr. P. J. A. FEUERBACH, *Revision*, cit., p. 26. „Der Zweck des Staats ist die wechselseitige Freiheit aller Bürger, oder, mit andern Worten, der Zustand, in welchem jeder seine Rechte völlig ausüben kann, und vor Beleidigungen sicher ist“. *Ivi*, p. 39.

proprio agire, perché è precisamente tale conoscenza a determinarne, nella teorica feuerbachiana, l'azione<sup>120</sup>. Il destinatario della legge, che è soggetto razionale, potrà cioè calcolare le conseguenze che a lui deriverebbero dal commettere il delitto ed in base ad esse (in base alla pena) si determinerà. Il che spiega anche l'efficacia *motivante* della legge, e, per l'appunto, evita, in certa misura, di strumentalizzare il reo<sup>121</sup>. Il principio di legalità, dunque, se da un lato esprime la parte *liberale* – e migliore – dello spirito illuminista, dall'altro già rivela le insufficienze di questa stessa rivoluzione culturale.

Posta l'insondabilità del volere umano, Feuerbach, in effetti, è costretto a sostenere che la libertà del singolo non possa interessare l'ambito (scientifico) del diritto, ma soltanto quello della morale. Tuttavia, posto che anche l'imputazione (concetto che egli comunque eredita dal pensiero dei suoi predecessori) presuppone, ai fini della dichiarazione di un agire colpevole e condannabile, una certa libertà del soggetto, questa viene a ridursi a mero “*corrispettivo*” della intimidazione – “*Abschreckung*”<sup>122</sup> – esercitata dal potere statale mediante la minaccia di pena. La libertà che “regge” la teoria imputativa è, cioè, a parere di Feuerbach, un fenomeno soltanto psichico: essa consiste nell'agire in violazione della legge *nonostante l'intimidazione psicologica esercitata dalla pena*. E' una libertà – o meglio – una *volontà*, che, com'è evidente, è priva di contenuto *proprio*. Nell'ambito della sua teoria, il volere dell'uomo non si connota più di alcuna moralità o di direzione al *Bene*; a meno che non si tratti, ben si intenda, del bene della propria “autoconservazione”. Infatti, l'unica libertà che Feuerbach riconosce all'uomo “*giuridico*” è quella di “preservare se stesso” dalla pena, agendo conformemente al diritto. A partire da Feuerbach, l'indagine giuridica non verte più su una libertà intesa come capacità dell'obbligato di autodeterminarsi e di agire *secondo* l'intenzione, ma solamente come frutto di impulsi psichici e naturali<sup>123</sup>.<sup>124</sup> Feuerbach può

---

<sup>120</sup> La teoria di Feuerbach è nota come *psychologische Zwangstheorie* ed è l'Autore stesso a parlare della pena e della sua “legittimazione” come “*psychologischer Zwang*”. Cfr. P. J. A. FEUERBACH, *Lehrbuch*, § 12, 16, 17 e ss.

<sup>121</sup> Al riguardo Feuerbach, nella sua *Revision*, I, p. 48, cita letteralmente il passaggio di Kant che esprime la relazione tra funzione della pena e dignità della persona: *Metaphysik der Sitten*, cit., p. 331<sub>20-28</sub>.

<sup>122</sup> Cfr. P. J. A. FEUERBACH, *Revision*, I, cit., p. 49.

<sup>123</sup> E' probabilmente Feuerbach ad aver *trasformato* il concetto d'imputazione morale tradizionale in quello di imputazione giuridica. Feuerbach, del resto, eliminò anche il concetto di intenzione e portò a compimento l'identificazione tra volontà e desiderio, inteso in chiave sensistica e utilitaristica. La grande novità di Feuerbach fu la separazione della volontà dalla libertà. E la volontà spogliata della libertà non è più *voluntas ut ratio*; essa perde il proprio contatto con la conoscenza intellettuale e diventa schiava dell'oggetto sensibile e delle percezioni sensoriali. Conseguentemente, non c'è che il rimedio di una intimidazione promanante dalla minaccia del male della pena a proteggere “la società” dall'incombente devianza di una volontà dipendente dal desiderio sensibile.

<sup>124</sup> E' noto come ogni teoria, ogni dottrina, ogni filosofia, per quanto *nuove*, siano sempre debentrici del pensiero che le ha precedute. Sul punto, molto interessante un contributo dello stesso Hruschka, ove egli sottolinea la stretta derivazione del pensiero feuerbachiano da quello di un pensatore le cui tesi parrebbero invece molto distanti: Gottfried Achenwall, uno dei più noti *giusnaturalisti* tedeschi del XVIII secolo. Cfr. J HRUSCHKA, *Strafe und Strafrecht bei Achenwall – Zu einer Wurzel von Feuerbachs psychologischer Zwangstheorie*, in *JuristenZeitung*, 42, 1987, pp. 161-208.

quindi definirsi un esponente del meccanicismo, sebbene questo debba intendersi non ridotto a mero psicologismo, ma a quella causalità che si disvelerebbe dalla conoscenza del precetto e dall'agire conformemente alla coercizione da quest'ultimo esercitata<sup>125</sup>. Idea che, giovi ricordarlo, ha mostrato da molto tempo la propria fallacia<sup>126</sup>.

Si tratta, peraltro, di un'idea di libertà apparentemente molto diversa da quella kantiana, ma che da essa non è, in realtà, tanto distante<sup>127</sup>.

Ricordando quanto più sopra illustrato, non possiamo non notare, in effetti, come la teoria feuerbachiana sulla pena, intesa come quella forza intimidatrice che lo stato deve esercitare per poter legittimamente pretendere il rispetto delle proprie leggi, sia per molti versi molto vicina alla definizione d'imputazione *giuridica* offerta da Kant. A rendere giuridica l'imputazione era, per quest'ultimo, *la conseguenza penale* – permanendosi, altrimenti, nell'ambito dell'etica. Non diversa è l'impostazione feuerbachiana. E' la pena a consentire la coazione e, con ciò, il diritto. E se per Kant i "motivi" che le leggi "esterne" aggiungerebbero all'agire *conforme a diritto* erano molteplici e non meglio specificati, Feuerbach non fa che riassumerli in uno soltanto, probabilmente il più importante: il motivo di evitare a se stessi la conseguenza derivante dalla pena criminale. Certamente egli azzera l'apporto della "morale" al diritto, che invece in Kant permaneva. Ma anche nel precedente filosofo si ammettevano leggi esterne non collegate ad alcun *Pflicht* che fosse dettato, in veste di legge pratica, alla ragione di ognuno: già in Kant si ammettevano leggi "soltanto positive", che, in assenza di legislazione, non sarebbero nemmeno state *leggi*. Feuerbach, dunque, non fece che svolgere ulteriormente questo pensiero e, chissà, probabilmente anche animato da buone intenzioni, ritenne di "liberarlo" dalle criticità derivanti da una non sempre netta distinzione tra il piano dell'etica e quello della legalità statale<sup>128</sup>. Di qui, tuttavia, fu irrimediabilmente aperta la

---

<sup>125</sup> Cfr. P. SÁNCHEZ-OSTIZ, *cit.*, p. 229, con riferimento, in nota, a H. H. LESCH: *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Colonia-Berlino, 1999.

<sup>126</sup> "Come ha notato Wolf, [Feuerbach] scambia erroneamente una relazione di carattere logico (*Grund e Folge*) con un processo di carattere psicologico (*Ursache e Wirkung*): invero, come la ricerca criminologica contemporanea ha dimostrato, assai raramente la decisione criminosa viene assunta sulla base di una cosciente valutazione dei motivi correlativi al *piacere e dis-piacere*, bensì piuttosto all'esito di un giudizio circa la possibilità di mantenere nascosto l'illecito commesso". Cfr. M. RONCO, *Il problema della pena*, *cit.*, p. 63.

<sup>127</sup> Se si ammettono le radici in Achenwall del pensiero di Feuerbach, non sarà difficile sostenere questa tesi, posto che Kant è notoriamente debitore, nel proprio pensiero, delle dottrine del primo. E questa continuità è apparente ove si pensi alla libertà *kantianamente* rilevante nella "imputazione giuridica". Non così, ovviamente, rispetto alla imputazione *morale*. Sotto quest'ultimo profilo Kant combatte esplicitamente l'impostazione di Achenwall: "(er) *wird auch diesen Aspekt von Achenwalls System bekämpfen und den Versuch machen, dem Eudämonismus unseres Autors den Gedanken der „Eleutheronomie (des Freiheitsprinzips der inneren Gesetzgebung), das Handeln „aus Pflicht“ und „aus Achtung fürs Gesetz“ entgegenzustellen und als für die Moral maßgeblich zu erweisen*". Cfr. J. HRUSCHKA, *Strafe und Strafrecht bei Achenwall*, *cit.*, p. 162-163.

<sup>128</sup> "Die Verwechslung des moralischen und des rechtlichen Standpunktes, des innern und der äußern Forums, der bürgerlichen und der moralischen Strafbarkeit der Handlungen, hat hier die größten Verwirrungen verursacht und hat



strada che condusse al più recente formalismo e all'idea che legittimità del diritto discenda soltanto dalla sua kelseniana validità. “*Was wir damit vor uns haben, ist das Konzept einer Allgemeinen Rechtslehre, die sich allerdings auf die Lehre von der Natur der Strafgesetze beschränkt, und darüber hinaus unverkennbare Ansätze zu einem Gesetzespositivismus.*”<sup>129</sup> „

### **3.3. L'imputazione secondo Feuerbach.**

Posto che nessun giudice potrà mai conoscere in termini empirici il volere del singolo e, soprattutto, posto che il primo deve poter agire sempre come un vero e proprio scienziato, ovverosia – nell'ottica dualista – limitarsi a dare applicazione alle leggi dello stato, rifuggendo qualsivoglia *opinione* o giudizio soggettivo, non soltanto il concetto di libertà dev'essere privato di qualsivoglia contenuto ontologico, ma nemmeno può più intendersi l'imputazione come fase autonoma ed indipendente del giudizio.

Secondo Feuerbach, da un lato, quella rilevante per il diritto è una libertà soltanto psicologica e naturale: tesi che legittima la qualifica di questi come giurista empirista<sup>130</sup>. Della libertà umana, al diritto interesserebbe solamente quella parte di essa, o quella sua declinazione, che sia esperibile fisicamente, misurabile, determinabile in maniera *scientifica*<sup>131</sup>. Di essa si parla come “*Ursache des Verbrechens*”<sup>132</sup>. D'altro lato, s'è detto altresì che la pena statale è a suo parere lo strumento che rende possibile il fenomeno giuridico: essa è il mezzo di cui lo stato dispone per creare e mantenere una pace sociale. Ebbene, ciò può essere vero, evidentemente, solamente ove si ritenga che il singolo cittadino possa essere influenzato e determinato – in quella sua “*libertà rilevante per il diritto*” – nelle proprie scelte, dalla minaccia di sofferenza che la previsione di pena naturalmente (e questo dato è presupposto) eserciterebbe sugli obbligati. Conseguentemente, secondo il filosofo, una volta constatata la contrarietà a norma

---

*Theorien erzeugt, von denen sich in der That nicht begreifen läßt, wie sie dem Scharfsinne der Männer, welche bisher an dieser Wissenschaft gearbeitet haben, auch nur einigermaßen befriedigend scheinen konnten. Freiheit, oder nach andern, Willkührlichkeit, soll die Bedingung aller äußern Strafbarkeit seyn. Aber Freiheit ist doch in jeder Rücksicht blos ein moralischer Begriff, der blos in so ferne und in keinem andere Sinne, Gehalt und Bedeutung hat.“* Cfr. P. J. A. FEUERBACH, *Revision*, cit., p. XXI.

<sup>129</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strafe und Strafrecht bei Achenwall*, cit., p. 169.

<sup>130</sup> Giovi rilevare, tuttavia, come la tematica della costrizione psicologica funzioni, nell'opera di Feuerbach, come argomento che giustifica la pena, ma egli non si preoccupa, al contempo, di approfondire la conoscenza, e la spiegazione, dei fenomeni del comportamento umano.

<sup>131</sup> “*Die juridische Imputation besteht daher blos in der Beziehung eines vorkommenden rechtswidrigen Factums auf das Begehrungsvermögen des Subjects. Sie umfaßt weiter nichts, als das Urtheil, daß die Person durch ihren Willen (Begehrungsvermögen) Ursache der rechtswidrigen Factums sey und daß die psychologischen Bedingungen vorhanden begründet war.*“ Cfr. P. J. A. FEUERBACH, *ult. cit.*, II, p. 67.

<sup>132</sup> Cfr. P. J. A. FEUERBACH, *Lehrbuch*, 10° ed., 1828, § 84, pp. 62-63.

di una condotta (o azione), il giudice dovrà verificare se quel determinato soggetto autore fosse raggiungibile – e fosse stato realmente raggiunto – dalla minaccia di pena; e se potesse altresì determinarsi – ed eventualmente in che misura – in base ad essa. Questo sarà il metro per valutarne “la colpevolezza”: una *misurazione*, da parte del giudice, della “*gesetzwidrigen Willen*”<sup>133</sup>

Ulteriore conseguenza ne è che *l'imputabilità* del passato, intesa come libertà di dominio e conoscenza della regola applicata nella condotta da parte dell'agente, è ora sostituita dal concetto di “*punibilità*”. Ponendosi nel massimo e dovuto rispetto del principio di legalità, infatti, il giudice, che non potrà far altro che applicare la legge, dovrà semplicemente determinare - *in concreto* - quella medesima pena che la legge penale già *in astratto* ha previsto e minacciato<sup>134</sup>. La dinamica del diritto penale, che non ricorre più alle categorie tipiche dell'imputazione, si riduce alla triade “legge penale, pena, punibilità”<sup>135</sup>. Anche espressamente Feuerbach rinnega l'idea antica d'imputazione, qualificando come errore dei suoi predecessori il fatto di ritenere imputabile un delitto *prima* d'aver verificato se esso esista – se vi sia, cioè, una norma giuridica che lo vieta -. Per Feuerbach, quindi, l'imputazione, *rectius*, la punibilità, è *conseguenza* della legge e tutta la dinamica giudiziale si riassume nell'interpretazione e applicazione delle norme al caso concreto. La determinazione in concreto della pena, poi, ossia il suo adattamento alla misura e al grado di colpevolezza del singolo agente, avverrà anch'esso in base a nuovi parametri, che pretendono d'essere maggiormente *scientifici*.

Infatti, poiché compito della pena è quello di determinare i singoli all'agire lecito, essa dovrà essere tanto maggiore quanto maggiori siano i “motivi”, le “passioni”, le inclinazioni a delinquere del reo. Un'ulteriore massima tipica del diritto e della tradizione filosofica viene, con ciò, ad essere capovolta: anziché punirsi *più gravemente* la condotta *maggiormente libera*, stante la funzione preventiva e di “sicurezza sociale” del diritto, *la pena aumenterà in funzione della pericolosità* del soggetto, espressa dal suo agire antigiuridico.

---

<sup>133</sup> Cfr. P. J. A. FEUERBACH, *Lehrbuch*, ult. cit., *ivi*.

<sup>134</sup> “[Das Strafgesetz] bezieht sich: 1) auf die Staatsbeamten, welche die richterliche Gewalt des Staats ausüben. Diesen legt es die vollkommene Verbindlichkeit auf, die Verbrechen nach ihm zu bestrafen und läßt sich in so ferne in zwei Propositionen auflösen: a) kein Verbrechen soll ohne die gesetzliche Strafe seyn; oder das Strafübel ist die Bedingung des Verbrechens (*nullum crimen sine poena legali*). b) Die gesetzliche Strafe soll nicht ohne das Verbrechen seyn oder: die Bedingung (der nothwendige Grund) der Strafe ist allein das Verbrechen (*nulla poena legali sine crimine*)“. Cfr. P. J. A. FEUERBACH, *Revision*, cit., I, p. 148.

<sup>135</sup> “Richter (...) ist nur der, der Gesetze auf vorkommende Fälle anwendet, der einzelne Thatsachen unter dieselben subsumirt, der die rechtlichen Wirkungen des Gesetzes mit den rechtlichen Voraussetzungen desselben in concreto verknüpft.“ Cfr. P. J. A. FEUERBACH, *Revision*, cit., I, p. 243.

In effetti, un'ulteriore importante notazione concerne il fatto che il giudizio imputativo, che sino ad ora era stato un giudizio *sul fatto*, si sposti ora sul soggetto, divenga un giudizio sull'*Urheber* medesimo anziché sul *That*: il fatto è solo manifestazione esterna dei desideri e degli appetiti del soggetto e ne esprime quell'eventuale pericolosità che lo stato ha il compito di neutralizzare. L'imputazione, inoltre, non può più equivalere, alla luce di queste premesse, a un giudizio costitutivo, generatore di responsabilità (com'era in Kant). La lontananza di Feuerbach da tale concezione è evidente: nella lezione di Feuerbach, il giudizio può solo constatare il dato di fatto della non riuscita intimidazione del delinquente da parte dello stato e non richiede alcun atto interpretativo *aggiuntivo* da parte dell'imputante<sup>136</sup>.

Il giudice si limiterà ad accertare la sussistenza, nel caso concreto, di quelli che per Feuerbach sono i *presupposti della punibilità*, ovvero: a) la capacità/attitudine del soggetto in relazione alla conoscenza della legge penale – "*Verstand (zur Erkenntnis des Gesetzes)*"; b) capacità di giudizio, ovvero capacità di sussumere la propria azione nella fattispecie penalmente prevista – "*Urtheilskraft (zur Subsumtion der Handlung unter das Gesetz)*"; c) determinazione del desiderio che ha spinto al reato e che è ragione della sua realizzazione – "*Bestimmung des Begehrungsvermögens zu der Übertretung, als Grund ihrer Existenz*"<sup>137</sup>.

Quest'ultimo e originale elemento, poi, coerente con l'idea di una libertà che significa solo *assenza* di soggezione a impulsi psichici/passionali *diversi dall'intimidazione* realizzata dalla minaccia della pena (*Abschreckung*), è certamente il requisito di punibilità più importante, quello che maggiormente caratterizza il pensiero del giurista della Revisione. Come si diceva, infatti, il fatto kantiano è ora inteso come manifestazione esterna dei desideri del soggetto; e, similmente: quel che il soggetto realizza è un fatto rilevante giuridicamente soltanto se e in quanto esso sia effettivamente manifestazione dei desideri, degli appetiti dell'autore.

Sotto tale ultimo profilo è evidente come la distanza di Feuerbach da Kant sia largamente superiore a quanto comunemente ritenuto. In effetti, come potrebbe parlarsi di derivazione kantiana quando la libertà stessa dell'uomo è messa fuori gioco? Per quanto, infatti,

---

<sup>136</sup> "Wir werden aber zu zeigen suchen: daß die eigentliche Imputation nur vor das Forum der Moral und nicht des Rechts gehöre; daß die Imputabilität der Handlungen im engern Sinne Grund der innern, aber nicht der äussern Strafbarkeit sey; daß die Beziehung der Handlung auf das Subject, in so ferne sie der Gegenstand eines Rechurteils ist, von jeder Beziehung in so ferne sie das Object eines moralischen Urtheils ist, gänzlich verschieden sey und die rechtliche Strafbarkeit zwar von einer Imputabilität der Handlungen, aber nicht von derjenigen bestimmt werde, welche unsere Rechtsgelehrten und Philosophen, als eine Imputatio vor dem äussern Strafbarkeit betrachten." Cfr. P. J. A. FEUERBACH, *Revision*, cit., I, pp. 150 - 151.

<sup>137</sup> Di seguito la citazione completa: „Diese drei Stücke, aber auch nur sie, sind die Bedingungen der absoluten, objectiven Strafbarkeit, und setzen daher voraus, 1) *Verstand (zur Erkenntnis des Gesetzes)*, 2) *Urtheilskraft (zur Subsumtion der Handlung unter das Gesetz)*, 3) *Bestimmung des Begehrungsvermögens zu der Übertretung, als Grund ihrer Existenz*“. Cfr. P. J. A. FEUERBACH, *Revision*, cit., II, p. 45.

Feuerbach non ne neghi l'esistenza in ambito morale, e spesso affermi di non essere un determinista, costui costringe il diritto a vivere *all'ombra* della libertà, trasformando, in particolare, il giudizio d'imputazione, nell'empirica presa d'atto di un susseguirsi fenomenologico di eventi<sup>138</sup>.

Allo stesso tempo, però, come già si diceva, Feuerbach porta alle estreme conseguenze quel che in Kant appariva già in forma larvata. In effetti, che a determinare la "giustizia" dell'azione, in ambito giuridico, sia l'intimidazione esercitata da una minaccia di pena, o che siano altri "motivi" che si aggiungono al dovere etico, poco cambia. Kant aveva già iniziato, cioè, a porre *ai margini* del giudizio d'imputazione (giuridica) la libertà del soggetto, la sua effettiva e volontaria "*mala intenzione*", aprendo una strada tutt'oggi percorsa.

Inoltre, l'aspetto *positivo* della libertà kantiana, ossia la capacità dell'uomo di dettare legge a se stesso, e il fatto che solo tale libertà potesse essere, secondo il filosofo di Königsberg, fonte di legge e di dovere morali, aveva già escluso la possibilità di radicare il *bene* e il *giusto* della legge nella realtà. Feuerbach non fa che procedere, quindi, su di un solco già tracciato. Rispetto alle tesi di quest'ultimo, infine, secondo il quale l'intera esperienza del reato e del giudizio penale si ridurrebbero alla previa esistenza di una legge proibitiva conosciuta ed alla sua successiva applicazione ai fatti, il positivismo novecentesco sembra un frutto del tutto naturale e, forse, anche prevedibile.

In Feuerbach, dunque, l'imputazione, che è divenuta *punibilità concreta*, è solo corollario della sussunzione a legge. E nella sussunzione si esaurisce il diritto. *An ultimate farewell to imputation?*

### **3.4. Hegel: idealismo e imputazione.**

La risposta alla domanda appena proposta dovrà attendere ancora qualche pagina prima di poter essere pronunciata e debitamente giustificata. Del resto, stante l'enorme influenza del pensiero di Hegel e dei giuristi cosiddetti "hegeliani" sulla manualistica e sulla scienza del diritto penale del XIX secolo, non sarebbe pensabile proseguire nell'analisi "storica" dell'imputazione prescindendo dal modo in cui l'idealismo ne interpretò principi ed antiche categorie. Tuttavia, posto che l'indagine storico-filosofica che ora ci occupa si propone

---

<sup>138</sup> "Zu der juristische Strafbarkeit ist weder Willkür noch Freiheit erforderlich." Cfr. P. J. A. FEUERBACH, *Revision*, I, p. 71.

solamente di comprendere modi e forme del passaggio dalla tradizionale teoria dell'imputazione a quella attuale (se mai ve ne fosse una), il riferimento ad Hegel sarà ridotto allo "strettamente necessario"<sup>139</sup>. Come si vedrà, infatti, il suo pensiero, come quello dei suoi "seguaci", non si fece strada, se non parzialmente, lasciando, in tema di imputazione, campo libero agli sviluppi dell'empirismo e dello psicologismo inaugurati da Feuerbach.

Potrebbe dirsi che, se, rispetto a Kant, Feuerbach fu colui che, ereditandone il pensiero, decise di accoglierne soltanto la parte relativa alla conoscenza "fenomenologica", Hegel, sul versante opposto, fu espressione della scelta di dedicare studio ed analisi esclusivamente al mondo *noumenico* – alla conoscenza dell'Assoluto. Le radici di entrambi i filosofi affondano, dunque, nel criticismo kantiano e la diversità dei loro approcci è frutto ancora di quella separazione tra *intelligibile* e *mondo materiale* che la filosofia postkantiana non riuscì mai a ricucire. Feuerbach, come si è visto, ritenne che il mondo del diritto, volendo e dovendo essere scientifico, dovesse limitarsi all'esperibile e all'oggettivo e con ciò adottò, ai fini dell'imputazione, un concetto di libertà per cui la stessa si definisce in base alle passioni e ai desideri dell'individuo (e al loro dominio), trascurandone l'apporto di "ragione", dell'*intelletto*. Hegel scelse di percorrere la strada alternativa.

Il *giuridico* è, in Hegel, un fenomeno comprensibile dalla ragione soltanto; e soltanto in termini di ragione esistono "reato", "pena" e, soprattutto, *imputazione*. Gli esiti saranno, com'è prevedibile, quelli di una vera e propria *spiritualizzazione* delle operazioni d'imputazione, che poi condurranno, inevitabilmente, alla normativizzazione della medesima.

Innanzitutto, premessa fondamentale per comprendere le posizioni hegeliane sull'imputazione è, ancora una volta, quella di stabilire la definizione di *libertà* da questi adottata. Ebbene, secondo Hegel la *libertà* è, innanzitutto, elemento fondativo del Diritto: "*Dies, daß ein Daseins überhaupt, Daseyn des freien Willens ist, ist das Rechts. Es ist somit überhaupt die Freiheit als Idee*"<sup>140</sup>. Tuttavia, la libertà del singolo uomo consisterebbe in un originale idea di "adeguamento tra la Volontà Generale e la Volontà Particolare, che si realizza", secondo le categorie proprie dell'idealismo, attraverso l'azione del soggetto volente<sup>141</sup>. Secondo Hegel,

---

<sup>139</sup> Per una compiuta analisi dell'imputazione hegeliana, cfr. K. LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der „juristischen Kausalität“*, Lipsia, 1927 (rist. Aalen, 1970); H. H. LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, pp. 75 – 152.

<sup>140</sup> Cfr. G. W. F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Berlino, 1821, § 29 (SW, 7, 1964, p. 79).

<sup>141</sup> „Das Recht ist die Sittlichkeit in der Form des objektiven Daseins. Wie alle Formen der Sittlichkeit, so besteht auch das Recht in der Identität des allgemeinen Willens mit dem besonderen Willen. Seine Eigenthümlichkeit aber, andern sittlichen Mächten gegenüber, liegt eben darin, daß es das objektive Dasein, das äussere Leben der Gattung, ihre Existenz in der Natur, ihre Subsistenz aus derselben, und ihre soziale Koexistenz zu seiner Sphäre hat. Alles was am

cioè, il singolo essere umano agisce *liberamente* soltanto se e quando riconosca la propria essenziale identità con l'Assoluto e si identifichi, così, con le "immagini dello Spirito obiettivo" create dall'Assoluto medesimo: con lo Stato e con il Diritto. L'hegeliana "Volontà Generale", infatti, non ha nulla in comune con l'omonima rousseauiana, non è una volontà "del popolo"; essa si riferisce a una Volontà Assoluta, ideale, che si oggettivizza nel tempo e che è espressa proprio dal Diritto vigente. Ebbene, in questa prospettiva, nella dialettica *reato-pena*, che sussiste ma che si situa a un livello solamente astratto, la *volontà* dell'uomo esiste, ma non assurge ad essere "*libertà*": essa è soltanto un istinto, un bisogno, un desiderio, non già una *determinazione di libertà*<sup>142</sup>.

Secondo questa impostazione, il *crimine* s'identifica, allora, con quell'azione in cui il soggetto agisce *non già in libertà*, bensì secondo *arbitrio*, ovvero *non adeguando il proprio agire alla Volontà Razionale Generale*, di cui il *Diritto* è espressione<sup>143</sup>. Inoltre, per mezzo del suo agire antiggiuridico, il reo negherebbe quelle razionalità e libertà che definiscono la sua stessa natura di persona, e che solo nel Diritto – e nell'agire *conforme* a Diritto – si rispettano. Il crimine, allora, non sarebbe solo violazione, secondo Hegel, di una norma particolare, ma negherebbe la stessa natura razionale dell'uomo; è per questa ragione che esso non potrebbe mai essere lasciato impunito.

Infatti, secondo quello schema tipicamente hegeliano del ragionare – notoriamente composto di "tesi", "antitesi" e loro "*superamento*" – *Aufhebung* –, il crimine, che è antitesi della libertà e della ragione, porta necessariamente al suo stesso superamento. Ed *Aufhebung* dello scontro tra libertà e reato è la pena. Letteralmente: "*Das Unrecht ist nur das Gegentheil des Rechts. Da nun letzteres in der Identität des besondern Willens mit dem allgemeinen in der Sphäre*

---

*Begriffe des Rechts Theil nimmt, fällt daher nothwendig in den Bereich der objectiven Existenz, sowie umgekehrt alle sittlichen Elemente, sobald sie den Boden des äusseren Daseins betreten, unter den Typus des Recht fallen*". Cfr. C. R. KÖSTLIN, *Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts*, Tubinga, 1845, § 1, p. 21, citato in P. SÁNCHEZ-OSTIZ, *cit.*, p. 278.

<sup>142</sup> Cfr. M. RONCO, *Il problema della pena*, *cit.*, p. 85. Qui l'Autore riporta altresì il letterale pensiero del filosofo, come di seguito citato. "*Die Besonderheit des Willens ist wohl Moment des ganzen Bewußtsein des Willens, aber in der abstracten Persönlichkeit, als solcher noch nicht enthalten. Sie ist daher zwar vorhanden, aber als von des Persönlichkeit, der Bestimmung der Freyheit, noch verschieden, Begierde, Bedürfnis, Triebe, zufälliges Belieben u.s.f... - Im formellen rechte kommt es daher nicht auf das besondere Interesse, meinen Nutzen oder „mein“ Wohl an – eben so wenig auf den besondern Bestimmungsgrund meines Willens, auf die Einsicht und Absicht*". La citazione è tratta, dallo stesso Penalista italiano, da: "*Rechtsphilosophie*" von 1820 mit Hegels Vorlesungsnotizien 1821-1825, Stuttgart, 1974, apparsa come II vol. dell'opera *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*, edita e curata da ILTING, par. 37, p. 192 e ss. Del medesimo passaggio si riporta altresì la traduzione (ad opera di G. MARINI, in *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello stato in compendio*, IV ed., Bari, 1994, p. 48): "La particolarità della volontà è sì al momento dell'intera coscienza della volontà, ma come tale non ancora contenuta nella personalità astratta. Essa quindi in verità c'è, ma come ancor diversa dalla personalità, dalla determinazione della libertà, come desiderio, bisogno, impulso, libito accidentale, ecc. Nel diritto formale perciò non ha importanza l'interesse particolare, la mia utilità o il mio benessere ... altrettanto poco il particolare fondamento della determinazione della mia volontà, l'intellezione e l'intenzione".

<sup>143</sup> Cfr. P. SÁNCHEZ-OSTIZ, *cit.*, p. 279.

*des äusseren Daseins besteht, so muß das Unrecht in der Aufhebung dieser Identität, mithin darin bestehen, daß der besondere Wille in der Sphäre des äusseren Daseins nicht identisch mit dem allgemeinen ist. Dies ist jedoch nur erst der abstrakte Begriff oder die Möglichkeit des Unrechts*”.<sup>144</sup>

L'asse portante della dottrina giuridica hegeliana sull'imputazione, dunque, non è più da rinvenirsi nelle massimamente classiche e tradizionali indagini sul *libero arbitrio*, ma è tutto concentrato sulla pena e sul suo ruolo “ideale”. L'imputazione diviene *strumento* per la necessaria composizione della dialettica libertà-reato, ossia per la condanna a pena di quel soggetto che, violando la norma, ha necessariamente negato anche le proprie libertà e ragione<sup>145</sup>. Per questi motivi, in Hegel la pena non può leggersi come “strumento intimidatorio”, tantomeno come “mezzo per salvaguardare la pace sociale”, alla maniera di Feuerbach. Il suo significato, distante dalla *realtà* degli eventi, concerne direttamente il mondo dell'*intelligibile*. La pena, costituendo riaffermazione del Diritto, esprime, cioè, una vera e propria *necessità di ragione*. La sua irrogazione è ciò che consente al delinquente di essere nuovamente considerato come essere libero e razionale.

Se, dunque, per Kant era l'atto dell'imputazione, il giudizio del terzo sull'altrui *condotta*, ad attribuire all'individuo agente il carattere di “persona” – *costituendolo* -, per Hegel è la *pena* a svolgere questo (medesimo) compito – ed essa *presuppone* l'imputazione. La libertà, che, tanto in Kant quanto in Hegel, è ciò che distingue l'uomo dagli altri esseri viventi, derivandogli dalla natura di *noumeno*, svolge allora, nel pensiero dei due filosofi, un ruolo diverso: nel primo, essa si collega al giudizio costitutivo del “fatto rilevante”, nella possibilità che questo possa essergli “imputato”; in Hegel, essa si correla, invece, alla *responsabilità*, esprimendosi, la natura di persona (libera) del singolo, proprio nella sua condanna(bilità) a pena. Irrogare la pena – a seguito di imputazione – significa precisamente affermare un fatto commesso da un soggetto libero. “*Die Handlung ist ein Gesetz, das du aufstellst und welches du eben durch dein Handeln an und für sich anerkannt hast. Der Handelnde darf daher für sich unter dieselbe Handlungsweise, die er aufgestellt hat, subsumiert und insofern die durch ihn verletzte Gleichheit wieder hergestellt werde: ius tallionis,*”<sup>146</sup>. L'imputazione hegeliana è dunque *constatazione* del fatto che il *Diritto* è stato violato: ed è questa la condizione

---

<sup>144</sup> Cfr. G. W. F. HEGEL, *Grundlinien*, cit., § 40, SW, 7, 1964, p. 92.

<sup>145</sup> „*Quien delinque no va a ser así considerado por sus tendencias e inclinaciones, sino como ser racional. Lo cual va más allá de una sustitución de lo sensitivo por lo racional: se trata de un plano distinto, la razón*”. Cfr. P. SÁNCHEZ-OSTIZ, cit. p. 281.

<sup>146</sup> Cfr. G. W. F. HEGEL, *Recht, Pflichten und Religionslehre für die Unterklasse*, 1810 e ss., *Nurnberg und Heidelberg Schriften*, § 20 (Werke 4 p. 224).

necessaria (e in certa misura sufficiente) perché possa essere riaffermato attraverso la pena. In effetti, secondo Hegel: “*Die Strafe ist nur eine Manifestation der Natur des Verbrechens (...)*”<sup>147</sup>.

Entro un argomentare *razionalistico* ed *astratto* di tal fatta, non residuano spazi, evidentemente, per indagini sull’*animus* del soggetto agente. “*No hay alternativa: ser persona (racional) es ser imputable*”<sup>148</sup>. Perciò, in relazione all’imputazione hegeliana si parla di *Tatschuld*, ovvero di “colpevolezza per il fatto”. La pena serve a riaffermare il Diritto che il crimine, per sua natura, nega: la pena testimonia la vigenza del Diritto, la prosecuzione della sua validità. E la colpevolezza che dà luogo all’imputazione sussiste necessariamente perché, sebbene agire contro Diritto significhi agire contro la libera ragione, il soggetto non può cessare di essere persona libera e razionale. L’imputazione, e l’affermazione di colpevolezza che essa implica, sono, dunque, strumento imprescindibile perché l’autore possa ancora considerarsi persona: *in primis*, perché essa testimonia la razionalità che collega la ragione al fatto commesso; *in secundis*, perché in base all’impostazione hegeliana non possono darsi (per definizione) azioni *libere* che tuttavia si sottraggano al binomio libertà-responsabilità.

L’imputazione di un reato non dipende, in definitiva, dal concreto contenuto psicologico della volontà del reo, ma dalla dovuta identificazione di Volontà Generale e Particolare che l’agente, essendo persona razionale, realizza o doveva realizzare. Come bene scrisse, a questo proposito, il mio Maestro: “[in Hegel] oggetto della considerazione giuridica non è l’azione concreta, ma il fatto astratto, poiché la sfera della giuridicità importa l’astrazione da ogni specificità oggettiva, sia sotto il profilo dell’oggetto del diritto che sotto il profilo del fondamento della determinazione del volere. La volontà rileva come mera capacità giuridica, spogliata da qualsiasi contenuto concreto del volere e separata dalla sua radice situata nell’intenzionalità (...).”<sup>149</sup>

Poste queste premesse, è chiaro il motivo per cui ci si può riferire a quella hegeliana come a un’ipotesi di imputazione “*obiettiva*”. Si tratta, in effetti, di un’ascrizione (al contempo del fatto e del demerito) che attiene alle “deluse” aspettative normative, quelle del Diritto. Non rileva, invece, la concreta *direzione della volontà singolare e libera* del reo, poiché la colpevolezza non è constatazione di una *volontà diretta contro il dovere*, ma una

---

<sup>147</sup> Cfr. H. H. LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, cit., p. 128, nota 381.

<sup>148</sup> Cfr. P. SÁNCHEZ-OSTIZ, cit., p. 289. Ciò vale, certamente, solo per quei soggetti cui si riconosca la possibilità di essere razionali: restano dunque esclusi gli infanti o i dementi.

<sup>149</sup> Cfr. M. RONCO, *Il problema della pena*, cit., p. 85.



*contraddizione stessa del dovere, inverantesi nella volontà.*<sup>150</sup> Possiamo dunque dire di trovarci di fronte ad una prima forma di colpevolezza *normativa*: una colpevolezza che si determina soltanto in base al “dover essere” e che si identifica con la sua violazione.

In base alle premesse hegeliane, si diceva, non ha più senso distinguere tra imputazione del fatto o della “colpa” (sebbene Hegel distingua fatto e *culpa* nella fattispecie rilevante), giacché tutto il giudizio è riassunto dall’applicazione della legge al fatto: l’imputazione è, infatti, constatazione derivante dalla sussunzione della Volontà Particolare in quella Generale (corrispondenti, rispettivamente, ad azione e a norma). Questa interpretazione è altresì coerente con la definizione hegeliana di dolo. Il “*Willen*” – la volontà colpevole – ha come oggetto il *fatto*; il “*Wissen*” il Diritto. “*Die Tat kann nur als Schuld des Willens zugerechnet werden – das Recht des Willens*”<sup>151</sup>. Ebbene, se, perché possano dirsi colpevole l’agire e imputarsi il fatto, Diritto e Dovere sono entrambi oggetto della volontà, come Hegel stesso ritiene, allora, il rapporto tra diritto e dovere è equiparabile a quello tra Diritto e colpevolezza. Inoltre, ove questo imputare il fatto come “colpa della volontà” si interpreti in termini normativi, e il conoscere si associ al Diritto, nessuno spazio residuerebbe per una valutazione dell’*Urheber* inteso come *causa libera*. Quel rapporto di immedesimazione tra Volontà Generale e Particolare che *deve* realizzarsi nella volontà del soggetto libero equivale contemporaneamente ad esprimere il *dovere* e il *diritto* di ciascuno. “*Dasselbe, was ein Recht ist, ist auch ein Pflicht, und was ein Pflicht ist, ist auch ein Recht*”<sup>152</sup>. Imputare, allora, è affermare la volontà contraria tanto a dovere quanto a diritto e collegare ad essa la *necessaria* pena<sup>153</sup>.

“*Puede sostenerse, en definitiva, que la imputación se presenta como una condición necesaria exigida por la concepción que sobre la pena sostiene Hegel*”<sup>154</sup>. E’ in virtù del metodo dialettico medesimo, infatti, che la pena si qualifica come conseguenza *necessaria* del reato; con ciò la *vera* imputazione viene a perdere il proprio profondo significato. Detta posizione apre la strada alla normativizzazione delle categorie del sapere, del volere, del dolo,

---

<sup>150</sup> Cfr. P. SÁNCHEZ-OSTIZ, *cit.*, p. 285, con riferimento a K. LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, in nota 32.

<sup>151</sup> Cfr. G. W. F. HEGEL, *Grundlinien*, *cit.*

<sup>152</sup> Cfr. G. W. F. HEGEL, *Enzyklopädie 1830*, III, § 486 (Werke, 19, p. 304).

<sup>153</sup> “*Alles Unrecht ist Widerspruch gegen das Recht und in allen Fällen des schuldhaften, straflosen wie strafbaren Unrechts handelt es sich darum, daß der rechtlichen Norm die Anerkennung als einer den Willen bindenden versagt wird. Der Verbrecher aber geht darüber hinaus: denn er übt Zwang indem er gegen die rechtliche Norm eine ihr widersprechende als die für ihn maßgebende eigenmächtig geltend macht. Gleichviel welches rechtliche Gut das nächste Object des verbrecherischen Zwanges ist, schließlich richtet er sich gegen die alle Rechtsgüter schützende Macht des Staates. Nicht bloß Leben, Freiheit, Ehre, Eigenthum u. s. w. sind rechtliche, des rechtlichen Schutzes bedürftige Güter, sondern neben und vor allen übrigen auch die rechtliche Macht des Staates*“. Cfr. H. HÄLSCHNER, *Das gemeinde deutsche Strafrecht*, I, § 13, p. 30, in P. SÁNCHEZ-OSTIZ, *cit.*, p. 291, nota 57.

<sup>154</sup> P. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, *cit.* p. 290.

ecc. Citando un esempio riportato dallo stesso giurista spagnolo (cui va attribuito il merito di una puntuale ma non per questo “inaccessibile” ricostruzione storica delle fonti in esame), si pensi al furto: nella prospettiva “normativista/hegeliana”, il nucleo del delitto, la sua ragion d’essere, *non è la lesione del patrimonio della vittima*, la violazione del suo singolo diritto patrimoniale, *ma il venir meno della vigenza delle aspettative sociali collegate all’esistenza ed alla tutela di un generico bene detto “patrimonio”*<sup>155</sup>.

Lo stesso Sánchez-Ostiz, nell’affrontare la versione hegeliana dell’imputazione, la definisce come una fase di “superamento” della teoria dell’imputazione<sup>156</sup>. In effetti, il giudizio imputativo diviene “*trascendentale*” – ossia, secondo l’accezione idealista del termine, atto con cui l’*io* crea il mondo –, un atto intellettivamente presupposto. I concetti perdono così di chiarezza e di attinenza alla “realtà”, primo fra tutti quello di *libertà*: “(...) la libertà dell’uomo rileva come mero presupposto della sanzione, ma non come criterio e termine di paragone in ordine al *se*, al *come* e al *quanto*, sia opportuno punire”<sup>157</sup>. L’imputazione diviene, infine, espressione di un vero e proprio argomento circolare: “(...) la discordanza [della volontà particolare con quella generale] presuppone che sia stato *isolato* un fatto rilevante, che poi è confrontato con una regola di condotta, quale essa sia. Poi si stabilisce la discordanza *perché* si “percepisce” un fatto rilevante”.<sup>158</sup>

L’imputazione hegeliana, dunque, non riuscirebbe a interrompere quel *regressus ad infinitum* che Kant evitava ricorrendo proprio al concetto di *causa libera*. Kant, pur affermando la perplessità della ragione umana di fronte al noumenico, non rinunciava, infatti, all’idea che questi potesse “sopporne” la realtà; Hegel, al contrario, resta tutto concentrato in un mondo lontano dall’empirico e tuttavia continua a non riconoscere all’uomo la capacità di conoscerlo. La risposta di Feuerbach, lo si è visto, fu, all’opposto, quella di concentrarsi tutto nel mondo del fenomenico.

Di là della sua stessa circolarità, la fallacia dell’argomento hegeliano in tema d’imputazione è dimostrata, secondo lo stesso Sánchez-Ostiz, dalla nostra quotidiana esperienza: da come, cioè, quotidianamente, sebbene non si possiedano delle “certezze empiriche”, tuttavia non si dubiti sempre e di ogni cosa; nonché dal fatto che l’essere umano non ragiona solo “astrattamente”, senza considerare anche la realtà oggettiva di cui fa esperienza. Il

---

<sup>155</sup> *Ibidem*, p. 291.

<sup>156</sup> In particolare: “*La “superación de la doctrina de la imputación en el idealismo”*. Questo il titolo del cap. VI dell’opera *Imputación*, cit., pp.275 e ss.

<sup>157</sup> Cfr. M. RONCO, *Il problema della pena*, cit., p. 89.

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 294, traduzione (e corsivo) nostri.

*superamento* cui Sánchez-Ostiz si riferisce parlando di Hegel non è dunque un “miglioramento” delle tesi kantiane, ma una loro *sostituzione*, che mal s’attaglia a descrivere i quotidiani giudizi imputativi di cui ciascuno può fare e fa concreta esperienza<sup>159</sup>.

#### **4. Normativismo e “teoria del delitto”.**

E’ ora tempo di rispondere alla domanda posta qualche pagina addietro: le tesi feuerbachiane, rappresentarono un addio definitivo alla teoria classica dell’imputazione? Certamente, lo si è visto, l’idealismo hegeliano, con la sua distanza dal reale e dal mondo della scienza empirica, non servì a rallentare il processo di “naturalizzazione” del giudizio imputativo. E’ noto, infatti, che, al volgere del XIX secolo, il più forte interesse dei giuristi fosse proprio quello di dotare la scienza del diritto di un metodo equiparabile a quello delle scienze naturali, privandolo quindi, necessariamente, di qualsivoglia riferimento a concetti “astratti” (o percepiti come tali) e non sperimentabili. Con ciò, non soltanto non poteva apparire appropriato riferirsi, in ambito giuridico, all’*etica* o alla *morale* (kantianamente intese), ma nemmeno gli inafferrabili e spiritualizzati concetti di libertà, ragione, diritto (ecc.) formulati da Hegel potevano essere presi in seria considerazione. Cosa restò, dunque, dell’imputazione?

Ebbene, esempio paradigmatico di come dell’imputazione classica restarono in vita, nel corso del XX secolo, solamente gli aspetti “terminologici”, venendo meno, invece, il significato profondo del giudizio circa la natura libera dell’agire umano, è rappresentato dalla teoria dell’imputazione giuridica sviluppata e difesa da Hans Kelsen, esponente massimo del positivismo moderno.

##### **4.1. L’imputazione secondo Hans Kelsen.**

Nonostante l’opera di Kelsen non abbia riguardato direttamente il diritto penale – tantomeno quella “teoria del delitto” che, come si vedrà, sostituì, agli inizi del ‘900, la teoria imputativa tradizionale –, la sua opera riveste, ai fini del presente lavoro, un ruolo fondamentale. Al di là

---

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 297.

della sua indiscussa e profonda rilevanza per il diritto del XX secolo<sup>160</sup>, infatti, fu proprio Kelsen a fornire una definizione di imputazione che, oltre a influenzare le riflessioni dei suoi successori, chiaramente rivela quell'ormai esclusiva rilevanza che la dogmatica penale riconobbe, e continua a riconoscere, soprattutto alla luce del pensiero feuerbachiano e dell'empirismo moderno, al momento applicativo della legge, alla sussunzione, nell'ambito del giudizio penale. Questa constatazione, del resto, non dovrebbe stupire il lettore: Hans Kelsen, infatti, è noto a qualsiasi giurista proprio per essere il massimo esponente della scuola "positiva" del diritto, colui che massimamente si adoperò per espungere dal mondo del giuridico qualsiasi riferimento ad una logica che non fosse "esclusivamente" legale<sup>161</sup>.

L'interesse che il pensiero di quest'autore suscita nell'ambito della presente ricerca, tuttavia, è ancor più puntuale. Kelsen, infatti, si occupò *direttamente* dell'imputazione e, altrettanto direttamente, stravolse quel che del pensiero tradizionale era, sino ad allora, sopravvissuto. Vi erano già state, in effetti, "divergenze di opinioni": le posizioni di Aristotele e Tommaso d'Aquino non erano mai state del tutto coincidenti e, lo si è visto, anche la filosofia morale non era giunta ad una univoca definizione del giudizio imputativo, dei suoi presupposti, delle sue dinamiche, delle sue variabili; Kant, Feuerbach ed Hegel ne avevano messo in dubbio, ridotto, modificato – probabilmente ormai *stravolto* – la natura. Tuttavia, sino al volgere del XIX secolo, i vari pensatori occupatisi del tema non avevano *mai messo radicalmente in dubbio l'esistenza stessa* di tale fase giudiziale. Lo stesso Feuerbach, invero, giunse a far coincidere, negli esiti, *imputatio* e *applicatio legis*, non già affermando, però, l'insussistenza della prima, bensì relegando la vera e propria imputazione all'ambito della morale e, in ogni caso, ammettendo la persistente necessità di una "intimidazione esercitata dalla minaccia di pena" perché di imputazione giuridica si potesse parlare.

---

<sup>160</sup> Sull'importanza e l'influenza del pensiero kelseniano, cfr., ad esempio: H. DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 16, 1986, ove si dice che il titolo di "giurista del secolo è comunemente riferito" a Kelsen; W. EBENSTEIN, *The Pure Theory of Law: Demythologizing Legal Thought*, 59, in *California Law Review*, 617, 619, 1971, ove si dice che Kelsen sia "towering figure in 20th-century legal thought"; H.L.A. HART, *Kelsen Visited*, in *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, 69, 87 - Kelsen è "the most stimulating writer on analytical jurisprudence of our day"; G. HUGHES, *Validity and the Basic Norm*, 59, in *California Law Review*, 695, 695, 1971: Kelsen è "the formative jurist of our time"; R. POUND, *Law and the Science of Law in Recent Theories*, 43, in *Yale Law Journal*, 525, 532, 1934, Kelsen è "the leading jurist of the time"; O. WEINBERGER, *Introduction: Hans Kelsen as a Philosopher*, in *Hans Kelsen. Essays in Legal and Moral Philosophy*, D. Reidel Publishing, 1973, p. ix, "Kelsen is the jurist of our century".

<sup>161</sup> Quanto alle fonti cui si è ricorsi per la ricostruzione del pensiero kelseniano, oltre a quelle specificatamente menzionate nelle note a seguire, dello stesso H. KELSEN: *Hauptprobleme des Staatsrechtslehre*, Tubinga, 1911, Mohr; ID., *Introductions to the problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine rechtslehre or Pure Theory of Law*, tradotto da LITSCHIEWSKI e PAULSON, Oxford, 2002, Clarendon. Di altri autori: cfr. M. S. GREEN, *Hans Kelsen and the Logic of legal system*, in *Alabama Law Review*, 2003, vol. 54, n. 2, pp. 365 - 413.

Ben diverse sono le posizioni di Kelsen. In primo luogo, il motivo per cui Kelsen si riferisce all'imputazione è rappresentato da un'interpretazione "dualistica" della realtà, ma del tutto peculiare. Kelsen cita l'imputazione, in particolare, per descrivere quel principio che, a suo parere, opponendosi a quello di causalità, esprimerebbe proprio la *relazione "giuridica" tra gli eventi*: nello stesso modo in cui la causalità collega, nel mondo dell'esperienza, un fatto ad una sua conseguenza *materiale*, l'imputazione kelseniana collega una condotta alla sua conseguenza *legale*<sup>162</sup>. Per quanto questa definizione possa ricordare quella kantiana, le posizioni dei due filosofi differiscono in maniera profondissima. Secondo Kelsen, infatti, causalità e imputazione non sono principi operanti, rispettivamente, su due distinti piani della realtà (fenomenologico e noumenico). Anche il Diritto, infatti, ben può studiarsi in un'ottica di "causalità": solo che questo non sarebbe compito della giurisprudenza, ma della sociologia (che egli annovera tra le scienze naturali)<sup>163</sup>.

In secondo luogo, a rappresentare una ancor più radicale rottura tra Kelsen e la dottrina tradizionale è il fatto che la seconda, tanto nella declinazione morale quanto in quella giuridica, avesse sempre attribuito responsabilità a un soggetto *in quanto* persona naturale, ovvero, in quanto essere umano. Kelsen, invece, rifiuta proprio questo assunto: la persona naturale non è, a suo parere, la candidata ad essere il soggetto che il diritto prende in considerazione; tantomeno lo sarebbe la "persona giuridica". Secondo Kelsen, l'ascrizione avviene, come più oltre si dirà, nei confronti della stessa imputazione<sup>164</sup>.

Tornando, per ora, al binomio causalità-imputazione, la ragione del ricorso al secondo principio in ambito giuridico starebbe, secondo Kelsen, nel fatto che troppo netta e del tutto insuperabile sarebbe un'ulteriore differenza, quella, cioè, tra l'*essere* e il *dover essere* - tra

---

<sup>162</sup> "Our thinking is characterized by a fundamental dualism and by the tendency to overcome this dualism in establishing a monistic view of the world. The dualism manifests itself in various forms. The distinction between society and nature is only one of them. Society and nature, if conceived of as two different systems of elements, are the results of two different methods of thinking and are only as such two different objects. The same elements, connected with each other according to the principle of causality, constitute nature; connected with each other according to another, namely, a normative, principle, they constitute society.": H. KELSEN, *Society and nature. A sociological enquiry*, Illinois, University of Chicago Press, 1943, in *Introduction*, p. VII.

<sup>163</sup> "Once established, the principle of causality is applicable also to human behavior. Psychology, ethnology, history, and sociology are sciences which deal with human behavior as it actually takes place or, what amounts to the same, with human behavior as an element of nature as a causal order. If a science dealing with human behavior is called a social science, these sciences are social sciences, but as such not essentially different from natural sciences, such as physics, biology, or physiology." "The difference between them and the natural sciences not dealing with human behavior is only a difference in degree of precision, not a difference in principle. Such a difference exists only between natural sciences and sciences which interpret human relations not according to the principle of causality but according to the principle of imputation - sciences which deal with human behavior not as it actually takes place as cause and effect in the sphere of reality but as it ought to take place, determined by norms, i.e., in the sphere of values. These are the normative social sciences, such as ethics, theology, and jurisprudence". Cfr. H. KELSEN, *Causality and Imputation*, in *Ethics, An international Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol. 61, 1950, n. 1, p. 5.

<sup>164</sup> Sul punto, *infra*, 4.2.

“*Sein*” e “*Sollen*” -: piani troppo diversi per poter essere indagati facendo ricorso ad un medesimo principio. L’*essere*, dunque, che comprende l’essere giuridicamente rilevante, ben potrebbe essere indagato in termini di causa-effetto (come appunto potrebbe fare la sociologia), ma non è questo ciò che interessa ai fini del giudizio. Quest’ultimo, infatti, deve solamente accertare il rispetto o la violazione del “*dover essere*” e tale compito non può che svolgersi, secondo l’autore, riferendosi a quella stessa norma che ne impone l’esistenza. Secondo Kelsen nessun “*dover essere*” può ricavarsi dalla realtà (dall’*essere*): il dovere giuridico è solamente espressione di una norma e, ancor più precisamente, esso *discende dall’esistenza di una norma che ne sanziona la violazione*.

A sostegno della propria posizione, Kelsen offre svariati argomenti. Essi, però, sembrano tutti conseguenze di questa postulata ed iniziale incomunicabilità tra l’ambito del *Sein* e del *Sollen*. Le giustificazioni offerte a sostegno dell’idea che non abbia senso indagare la “libertà” del soggetto, appurando l’effettivo ruolo di “causa libera” dell’azione, derivano, infatti, dall’idea che comunque, in ogni caso, l’analisi della realtà fenomenologica possa soltanto descrivere i “*se*” e i “*come*” di un’azione, ma non influisca né possa influire sulla decisione relativa alla scorrettezza o alla bontà della medesima. Non a caso l’opera più famosa di Hans Kelsen, ove egli tratta anche del tema dell’imputazione, è proprio la *Reine Rechtslehre*, ovvero la “Teoria pura del diritto”: purezza – “*Reinheit*” - che al diritto deriverebbe proprio dal non confondersi, dal “non sporcarsi mai le mani” con i dati di realtà, veri e propri *fremden Elementen* rispetto al Diritto: “*Wenn sie sich als eine “reine” Lehre vom Recht bezeichnet, so darum, weil sie eine nur auf das Recht gerichtete Erkenntnis sicherstellen und weil sie aus dieser Erkenntnis alles ausscheiden möchte, was nicht zu dem exakt als Recht bestimmten Gegenstände gehört. Das heißt: Sie will die Rechtswissenschaft von allen ihren fremden Elementen befreien. Das ist ihr methodisches Grundprinzip*”<sup>165</sup>.

Scendendo nei dettagli della menzionata distinzione tra principio causale e principio d’imputazione, Kelsen stesso suggerisce le seguenti osservazioni. Da un lato, a parere del giurista, gli enunciati giuridici possiederebbero, come quelli delle scienze naturali, carattere ipotetico, giacché anch’essi vincolano realmente una conseguenza a un presupposto (se A, allora B); dall’altro, tuttavia, essi non si limitano ad affermare che “se è A, allora è B” (se si versa acqua sul fuoco, il fuoco si spegne), ma dicono che “se è A, allora *deve essere* B” (per riportare l’esempio offerto dallo stesso Kelsen: se qualcuno ti fa un regalo, devi essergli grato). E’ chiaro del resto, come quest’ultimo genere di collegamento non abbia niente a che

---

<sup>165</sup> Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, I Auflage, 1934, Scientia Verlag Aalen, p.1.

fare con la causalità, ma dipenda da una *autorità* che ne stabilisce la validità: discenda, in altre parole, da una volontà espressa proprio attraverso una norma. Operando una sintesi estrema, potrebbe concludersi, pertanto, che l'imputazione kelseniana consista nella *connessione funzionale* di una conseguenza giuridica - imposta dalla norma - al realizzarsi del relativo presupposto<sup>166</sup>. Idea che, evidentemente, nulla ha più a che spartire con quella *connessione "di significato"* che, seguendo Kant, l'imputazione avrebbe affermato tra "Urheber" e "condotta rilevante".

In Kelsen, invero, non è possibile in alcun modo scindere l'azione dall'agente: ciò implicherebbe ricorrere al principio di causalità, ma, come s'è detto, esso non appartiene alla scienza *giuridica*. L'imputazione si limita, dunque, soltanto a riscontrare la sussistenza di quella condotta antigiuridica la cui rilevanza discende direttamente dalla relativa norma punitiva. Da questa soltanto: poiché è da essa che il *dover essere* trae origine e da nient'altro.

Particolarmente interessanti e utili a comprendere l'illustrato dualismo kelseniano di causalità e imputazione, sono le riflessioni in merito svolte dall'autore, in particolare in relazione alle origini "storiche" di entrambi i principi. Secondo Kelsen, infatti, il principio di causalità sarebbe un frutto tardo della riflessione sull'agire: solamente lo sviluppo delle scienze avrebbe portato l'essere umano ad analizzare gli eventi *riconoscendo* in essi l'operare di una dinamica causale. In passato, e in particolar modo agli albori della storia, anche gli eventi di natura erano invece interpretati e spiegati in termini d'imputazione. Il ricorso alla causalità manifesterebbe, quindi, un'evoluzione della società, una demistificazione degli eventi, grazie alla quale le catastrofi naturali non furono più lette come castigo di una mitica autorità, né gli eventi positivi come dei premi da questa elargiti<sup>167</sup>. L'antica "imputazione" cui Kelsen si riferisce, però, non ha ovviamente nulla a che fare con quella di cui Aristotele, Tommaso o

---

<sup>166</sup> Effettivamente, nelle stesse parole dell'Autore, leggiamo: „(periphäre) Zurechnung führt von einem Tatbestand immer nur zu einem anderen Tatbestand”, cfr. H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlino, Springer, 1925, sez. 12(d), 65.

<sup>167</sup> Cfr. H. KELSEN, *Society and nature*, cit., p. 44: “The relationship of primitive man to nature is based not upon the idea of an objective connection between facts, i.e., upon the assumption of a causal-nexus brought about by impersonal forces, but upon the idea of a connection between two persons, i.e., upon the assumption of a social relationship”. Inoltre, dando voce ai più tipici pregiudizi *modernisti* nei confronti del cosiddetto “uomo primitivo”, Kelsen introduce così il capitolo dedicato a questo tema - “Imputation” to the Person and Normative Thinking - : “Primitive man does not investigate beyond the real or imaginary person to whom the event to be explained is attributed; his weak need for explanation is thus satisfied. He imputes to these personal beings, to whom he traces all the pleasant and unpleasant events of nature, the same motives which determine his own behavior; he frequently ascribes to them, however, superhuman powers in addition. Consequently, he regards them as authorities toward whom he must behave respectfully, as he does toward the individuals in whom his group authority resides. This behavior is determined by the fact that sanctions are instituted by the superhuman authorities; these sanctions guarantee the social order and thus establish the social duties of individuals. So the personal beings imagined in the events of nature really represent the social authority. Natural order and social order consequently are identical. If the latter is violated, the former is also shaken.” *Ibidem*. Non crediamo servano commenti sulla pochezza di una tesi che, per difendersi, implicherebbe di ritenere ugualmente “*primitiva*” l'opera di Aristotele.

Kant si erano occupati. Egli parla, infatti, d'imputazione come di una "mistica spiegazione" degli eventi; mentre è oltremodo certo che i filosofi appena citati intendessero, chi in maniera più e chi meno forte, *radicare questa "spiegazione" nella realtà dell'uomo e del suo agire effettivo* (volontario, libero, consapevole, razionale). E' altresì chiaro, tuttavia, che riferendosi Kelsen a un tal genere di "imputazione", il ricorso a un siffatto giudizio non poteva che equivalere, a suo parere, a un vero e proprio "passo indietro", e non certo a un "avanzamento", nella comprensione umana degli eventi, da parte della scienza giuridica.

#### **4.2. Imputazione centrale e periferica: un giudizio senza "soggetto".**

Stante l'importanza di questo giurista, il cui pensiero strettamente normativo è stato ormai da molti messo in discussione - essendosene appieno appurata, con gli orrori "legali" operati dal regime nazista, l'insufficienza -, ma di cui è, sia pur, forse, inconsapevolmente, *intrisa* la penalistica nei propri giudizi sull'agire umano, appare opportuno spendere ancora qualche parola sul concetto di imputazione di Hans Kelsen, in particolare illustrando quella distinzione tra imputazione *centrale* e imputazione *periferica* che egli sviluppò nei propri scritti.

Si noti, innanzitutto, che, nonostante gli aggettivi utilizzati potrebbero indurre a ritenere che la prima delle due forme citate d'imputazione sia la più importante, è in realtà l'imputazione periferica a rivestire ruolo preminente. Nell'esplicarne significato e dinamiche, nella sua *Reine Rechtslehre* Kelsen parte dalla propria definizione di norma giuridica. Secondo l'autore, in particolare, la norma giuridica non equivarrebbe, come ritenuto dalla tradizionale scienza giuridica, a un *imperativo*, al pari delle norme morali, ma a un *giudizio ipotetico*. La norma consiste, cioè, nello specifico collegamento di un fatto materiale *condizionante* (*bedingenden Tatbestand*) a una conseguenza *condizionata* (*bedingten Folge*). La norma giuridica diviene "frase giuridica" (*Rechtssatz*) – una norma giuridica ricostruita – che riveste la forma fondamentale della legge. Poi, come la legge di natura (*Naturgesetz*) collega un determinato evento "causa" a un evento "effetto", allo stesso modo la "*Rechtsgesetz*" – la legge della normatività (la norma positiva) – collega la condizione giuridica alla propria altrettanto giuridica, o, meglio, *antigiuridica*, conseguenza<sup>168</sup>. Sulla base di questa premessa, si fonda

---

<sup>168</sup> "Dies in der Weise, daß die Rechtsnorm nicht, wie es von der traditionellen Lehre zumeist geschieht, so wie die Moralnorm als Imperativ, sondern als hypothetisches Urteil verstanden wird, das die spezifische Verknüpfung eines



l'imputazione periferica, ossia quella *Zurechnung* che si oppone alla "*Kausalität*" di natura e che esprime la "normatività", l'autonomia della legge ("die besondere *Gesetzlichkeit des Rechtes*").

L'imputazione periferica non si preoccupa, quindi, neppure *minimamente*, del soggetto autore dell'atto; colui al quale l'atto è *imputato* non interessa: essa si limita a collegare un dato fatto materiale a un diverso fatto materiale<sup>169</sup>. Lo stesso Kelsen contrappone, poi, questo tipo d'imputazione a quella *centrale*, della quale più oltre ci occuperemo, affermando nuovamente che la prima si preoccupa soltanto di connettere tra loro dei fatti materiali<sup>170</sup>. Di rilievo è, a questo proposito, notare come per Kelsen le "conseguenze giuridiche" dell'azione imputata siano dei "fatti materiali". La sanzione, cioè, non è solo un fenomeno "deontologico", un "effetto" dell'azione che dev'essere *concretizzato* dal giudice, assumendo, solo allora, *forma* di fatto materiale (i.e.: la reclusione per un determinato numero di anni). La *sanzione è fatto materiale sin da principio*; ed è proprio tale caratteristica a fare del principio di imputazione il correlato "giuridico" del principio di causalità: tanto il primo quanto la seconda collegano tra loro "veri e propri fatti". Solo così, del resto, ed è questo lo scopo dell'autore, la giurisprudenza, facendo proprio un metodo che è proprio della scienza naturale, potrà dirsi *scientifica*, assurgere al rango di vera e propria *scienza* del diritto<sup>171</sup>. "Se potrà dimostrarsi che gli aspetti del fondamentale principio ordinante delle scienze naturali si riflettono nel principio ordinante della scienza giuridica, il parallelo [tra causalità e imputazione] contribuirà a rafforzare lo statuto scientifico di quest'ultima"<sup>172</sup>.

L'assenza del soggetto dalla *Zurechnung*, del tutto inconcepibile per chi abbia percorso, attraverso queste pagine, gli sviluppi storici della teoria dell'imputazione e, soprattutto, ne abbia compreso il significato, rappresentato proprio dalla necessità di isolare, *prima del giudizio normativo*, un contegno umano *degn*o d'esser valutato, sottoponibile a confronto, è per l'imputazione periferica kelseniana vera e propria necessità. Non potrebbe dunque

---

*bedingenden Tatbestandes mit einer bedingten Folge ausdrückt. Die Rechtsnorm wird zum Rechtssatz, der die Grundform des Gesetzes aufweist. So wie das Naturgesetz einen bestimmten Tatbestand als Ursache mit einem anderen als Wirkung verknüpft, so das Rechtsgesetz die Rechtbedingung mit der Rechts- (d. h. mit der sogenannten Unrechts-) Folge". Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 22.*

<sup>169</sup> "Periphere Zurechnung führt von einem Tatbestand immer nur zu einem anderen Tatbestand". Cfr. H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, cit., 1925, sez. 12 (d), 65.

<sup>170</sup> Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit., sez. 25, d), p. 57: „Aber diese – zentrale – Zurechnung ist eine ganz andere Operation als die früher erwähnte – periphere Zurechnung, mit der ein Tatbestand nicht auf die Einheit der Ordnung, sondern innerhalb der Ordnung auf einen anderen Tatbestand bezogen, das heißt zwei Tatbestände im Rechtssatz miteinander verknüpft werden“.

<sup>171</sup> "Kelsen develops this parallel with an eye to turning the legal science of his day into something scientifically respectable". Cfr. S. PAULSON, *Hans Kelsen's Doctrine of Imputation*, in *Ratio Juris*, vo. 14, 2001, p. 56.

<sup>172</sup> *Ibidem*, p. 56.

esprimersi, seguendo Kelsen, un'imputazione affermando che: “se si verifica il fatto a) (e ...), *il giudice potrà* condannare alla pena p) *il soggetto che ha realizzato* il fatto a)”; essa dovrà semmai presentarsi nei termini seguenti: “se si verifica il fatto a) (e...), allora l'azione è da condannarsi”.

Per Kelsen l'imputazione *deve* essere priva di soggetto perché altrimenti essa lascerebbe entrare nel mondo diritto ciò che per sua natura gli è estraneo: *la persona*. A suo parere, invero, non potrebbero esistere contemporaneamente, all'interno di un medesimo sistema, legge – oggettiva – e soggettività giuridica, poiché tali termini sarebbero tra loro stessi in contraddizione. Il significato della legge oggettiva, nella sua veste di norma eteronoma, è, infatti, secondo Kelsen, espressione di forza coercitiva; al contrario, l'essenza della soggettività giuridica, della personalità giuridica in senso lato, sarebbe precisamente da intendersi come assenza di qualsivoglia vincolo, una libertà intesa come autodeterminazione o autonomia assoluta dell'individuo.

Le radici kantiane – *against all odds* – di tale posizione, non sembrano dubitabili. Com'era vero per la fuga di Feuerbach dal *noumenico*, così anche la “purezza” del diritto kelseniano – divenuto un meccanismo del tutto avulso dagli eventi e, prima ancora, dall'uomo – è, infatti, frutto, sia pur imprevisto e probabilmente indesiderato, di quell'approccio kantiano alla libertà che non aveva mancato di sollevare, sin da principio, forti dubbi applicativi. Si era menzionata, in effetti, proprio l'incapacità della definizione kantiana di libertà positiva nel dar ragione di un'azione *libera*, ma, al contempo, volta al male<sup>173</sup>. L'identificazione tra libertà e autodeterminazione morale dell'individuo, infatti, non può spiegare sino in fondo l'esistenza dell'azione *imputabile* eppure moralmente riprovevole. Ebbene, Kelsen, non intervenendo su quella definizione di libertà soggettiva elaborata da Kant, bensì facendola propria, decise di risolvere il problema ricorrendo a una spiegazione dell'imputabilità *giuridica* dell'azione che del tutto *prescindesse dall'individuo e dalla sua libertà*.

Quanto, poi, all'imputazione *centrale*, essa concerne la definizione di persona giuridica elaborata dall'autore. Se è vero, infatti, che l'imputazione periferica deve prescindere dal soggetto, allora anche la definizione stessa del soggetto interessato dalla norma deve in qualche modo prescindere dalla sua realtà. Tale risultato, si anticipava, è ottenuto da Kelsen rifiutando tanto l'idea che il soggetto giuridico debba identificarsi con la “persona naturale”, quanto quella che collegherebbe il primo a una “persona giuridica”, frutto di creazione/*finzione* normativa. *L'attribuzione di responsabilità avverrebbe nei confronti della*

---

<sup>173</sup> Cfr. *supra*, par. 2.4.

*medesima imputazione*. L'affermazione, apparentemente paradossale, diviene meno oscura una volta compreso il punto di partenza dell'analisi kelseniana.

Kelsen, sostanzialmente, guarda ai risultati delle imputazioni già avvenute e ai loro prodotti, che egli definisce “*punti di imputazione*”. Questi ultimi, una volta uniti tra di loro, formano dei sottosistemi giuridici, degli agglomerati di posizioni giuridiche ed è nei confronti di questi sottosistemi che avviene, a suo parere, l'attribuzione di responsabilità. Spesso sarà la persona naturale a corrispondere al “centro di imputazione”; tale dato, tuttavia, non stravolge il pensiero kelseniano. Egli, infatti, non rifiuta la persona naturale *in sé*, ma solo l'idea che l'esistenza di quest'ultima debba/possa porsi “all'interno” del sistema legale<sup>174</sup>. All'interno dell'ordinamento positivo possono situarsi solamente *agglomerati di posizioni giuridiche, sottosistemi giuridici*: quand'anche essi *corrispondano*, però, alla persona naturale, essa resta fuori, comunque estranea al sistema delle norme<sup>175 176</sup>.

Anche qui è chiaro come il rigetto kelseniano della persona naturale come candidata al ruolo di persona giuridica affiori dalla sua ampia interpretazione del dualismo gnoseologico, in particolare per come affermato da scrittori a lui più vicini, come i neo-kantiani di Heidelberg e Georg Simmel. Quest'ultimo, in un passo che sembra rispecchiare fedelmente il pensiero di Hume, e cui Kelsen medesimo si riferisce, affermava: “L'idea che si “debba fare” una cosa o l'altra – se si presume che sia logicamente dimostrata – può dimostrarsi solo facendo riferimento a un altro “dovere”, presupposto come certo”<sup>177</sup>. Tale enunciato è espressione delle basi del pensiero kelseniano: due diversi modi di conoscere e di spiegare si correlano a due distinte sfere, a due diversi mondi – quello esterno, fisico, e quello ideale o normativo. Essi sono, tra loro, del tutto indipendenti e, in nessun modo, gnoseologicamente

---

<sup>174</sup> “(...) *Organ der der Rechtsgemeinschaft aber ist dieser Mensch nur, weil und sofern der von ihm gesetzte Akt durch die – die Rechtsgemeinschaft konstituierende – Teilrechtsordnung statuiert ist und sohin auf die Einheit dieser Ordnung bezogen werden kann*”. Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit., sez. 25, d), p. 57.

<sup>175</sup> “*Diese Beziehung eines Tatbestandes auf die Einheit der Ordnung wird auch mit “Zurechnung” bezeichnet; die “Person” ist demnach ein “Zurechnungs”- Punkt. Alle Akte der juristischen Person sind Akte von Menschen, die dem fiktiven Subjekt zugerechnet werden, als das man sich die Einheit einer Teil – oder Totalrechtsordnung vorstellt*“. Cfr. *Ibidem*, p. 57.

<sup>176</sup> Sul rapporto tra le due imputazioni si riporta la seguente citazione di due contemporanei teorici del diritto inglese: “*For Kelsen, the difference between the judgements of peripheral and central imputation, in relation to a system of positive law, is such that one is an “entirely different operation” from the other. This degree of difference is not simply one of perspective, but effectively constitutes peripheral imputation as the foundation for the distinct operation of central imputation. It is peripheral imputation, through its reconstruction of the legal norm, which establishes the existence of „the particular lawfulness, the autonomy, of the law“. This lawfulness is one in which “obligation appears as the intrinsic function of every legal norm”; and it is from this lawfulness that central imputation establishes the legal subject as “a personifying expression for the unity of a bundle of legal obligations and legal rights, that is, the unity of a complex of norms*”. Cfr. P. LANGFORD, I. BRYAN, *Hans Kelsen's Concept of Normative Imputation*, in *Ratio Juris*, vol. 26, n.1, 2013, p. 95.

<sup>177</sup> Cfr. H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen 1911, p. 8.

interconnettibili. Non parrebbe darsi tesi più distante da quell'enunciato di Pieper riportato in introduzione: ha senso ed è fecondo parlare di giustizia solamente a patto che non si perda di vista lo stretto rapporto che la lega alla *teoria della vita*<sup>178</sup>.

### **4.3. Karl Binding e Franz von Liszt.**

L'approccio positivista alla scienza penale, emblematicamente espresso da Hans Kelsen, fu adottato e promosso, in ambito penale, negli stessi anni, da altri celeberrimi giuristi, tra i quali rilevano le figure di Karl Binding, noto per la sua "teoria delle norme"<sup>179</sup>, e di Franz von Liszt, massimo esponente della scuola "moderna" del diritto penale. Tali autori, come si vedrà, contribuirono alla definizione di quelle categorie di "tipicità", "antigiuridicità" e "colpevolezza" che, per lunghi anni, furono i capisaldi della "teoria tripartita del delitto" e sulla quale si formò anche la maggior parte dell'accademia penale contemporanea.

Secondo Binding, annoverato, assieme a Kelsen e a Merkel, tra i positivisti "normativisti" ed esponente della scuola "classica" del diritto penale, oggetto del diritto penale sono le "norme" della legge, dotate di propria *indipendente* identità giuridica. Anche la pena criminale, pertanto, prevista dalla norma, deve applicarsi *independentemente* dai suoi possibili effetti sul colpevole: essa è la giusta retribuzione per il delitto, nel senso che la sua imposizione è contrappeso al disequilibrio dell'ordine giuridico provocato ed è espiazione per il delitto commesso.

Nel pensiero *normativista* di Binding, l'imputazione giuridica di un reato non si confonde, allora, con la "generica" imputazione di un fatto riprovevole: il linguaggio del diritto, infatti – con i suoi concetti di "azione", "colpevolezza", e che sono gli unici che in esso rilevano –, è propriamente ed esclusivamente giuridico<sup>180</sup>. Pertanto, l'imputazione di un fatto come "*Verbrechen*" corrisponde soltanto alla piena violazione del codice penale vigente, alla quale si colleghi, altresì, una concreta punibilità. Egli nega, con ciò, che possa darsi differenza, in ambito giuridico, tra una generica azione e una condotta (la *Handlung* e il *That* kantiani),

---

<sup>178</sup> Cfr. J. PIEPER, *Sulla giustizia*, Morcelliana, III ed., 1975, p. 26.

<sup>179</sup> Per una piena analisi del suo pensiero cfr. E. SCHMIDT, *Einführung*, cit., § 273; H. ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen des Strafrechts- systematischen Schuldlehre*, Berlino, 1974, pp. 27 – 36.

<sup>180</sup> "So hat die Rechtsprache ihren eigenen Handlungsbegriff geprägt und darauf ihren scharfen Begriff der Handlungsfähigkeit gegründet [...] Genau das gleiche gilt von den Begriffen der Schuld und der Zurechnung". Cfr. K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, 2-1, II ed., Lipsia, 1914, p. 89.

poiché tutto ciò che nel diritto rileva è già “di per se stesso” rilevante giuridicamente: sono le norme, cioè, ad identificare quell’azione che il diritto dovrà considerare<sup>181</sup>.

Nel pensiero di Binding, si diceva, anche l’imputazione è fenomeno soltanto normativo. Da un lato, infatti, vi è l’azione, che dovrà soddisfare due presupposti: la *produzione di una modifica o di un risultato di rilevanza giuridica*; la *capacità di volere del soggetto*. L’imputazione, dall’altro, sarà la *constatazione della rilevanza giuridica del fatto* che per mezzo di tale azione si realizza. Essa, lungi dal concentrarsi sul “significato” dell’azione del singolo (a prescindere dal parametro normativo), colma, in un certo senso, la distanza tra la volontà dell’azione e il fatto realizzato: sancisce la già avvenuta realizzazione di un’azione giuridicamente rilevante – “*Handlung ist verwirklichter rechtlich relevanter Wille*”<sup>182</sup>. Solo questa è l’imputazione *giuridica*: l’abisso tra la volontà e il fatto viene ad essere superato proprio per mezzo del giudizio di imputazione, che dichiara che detta volontà è stata causa di quel preciso fatto. Nelle parole di Binding: “*Endlich muss die Kluft zwischen Wille und Tat überbrückt werden durch das Urteil, dass grade dieser Wille Ursache für diese Tat geworden ist. Dieses Urteil heisst juristische Zurechnung. Sie sagt nicht mehr und nicht weniger, als dass eine Handlung im Rechtssinne vorliege*”<sup>183</sup>.

Tuttavia, posto che l’affermazione di rilevanza giuridica dell’azione deriva dal concreto significato giuridico/penale della medesima, l’imputazione diviene il *giudizio sull’esistenza di un delitto*: tale giudizio afferma se, e in che modo, una modifica nel mondo del diritto si manifesti come autorealizzazione di una volontà giuridicamente rilevante; solo in tale misura può dirsi esistere un’azione<sup>184</sup>. Il fatto rilevante, poi, il *Tatbestand* bindinghiano, possiede certamente anche un aspetto “soggettivo”: il fatto, oggettivamente antiggiuridico – “*eine aus menschlicher Tätigkeit entsprungene der Absicht der Norm widersprechende Änderung in der Aussenwelt*”<sup>185</sup> – deve, cioè, potersi anche imputare alla colpa dell’autore. L’aspetto soggettivo del *Tatbestand* non consiste soltanto nella sua “imputabilità” alla colpa (*Schuldfähigkeit*), “*(...) sondern auch wirklich ein grade auf Herbeiführung jener Tatseite*

---

<sup>181</sup> Letteralmente: “*der Begriff der Handlung schließt den Zurechnung schon in sich*”. Cfr. K. BINDING, *Ibidem*, p. 95, nota 20.

<sup>182</sup> Cfr. K. BINDING, *Ibidem*, p. 92. Similmente: “*Das Delikt als Ereigniss ist nichts anderes als die Selbstverwirklichung eines rechtswidrigen Willens*”, in K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, I, Lipsia, 1885, § 111, p. 503.

<sup>183</sup> Cfr. K. BINDING, *Die Normen*, cit., p. 93.

<sup>184</sup> Cfr. K. BINDING, *Ibidem*, p. 98.

<sup>185</sup> Cfr. K. BINDING, *Handbuch*, cit., p. 503.

*gerichteter schuldhafter Wille*”<sup>186</sup>. L'imputazione alla colpa s'identifica, allora, con la *facciata soggettiva* del fatto rilevante.

Quel che a Binding interessa, tuttavia, anche a seguito del “giudizio di colpevolezza”, non è la *constatazione* della sussumibilità della condotta osservata a quelle descritte dalla legge vigente: nessuna *comprensione dell'agire* è richiesta. Il *delitto* si riduce a essere, entro tale impostazione, una *questione d'interpretazione delle norme vigenti*, a consistere nella constatazione dell'effettivo ricorrere dei requisiti legali. Poiché la colpevolezza è ancora intesa come concreta possibilità di rimprovero, tuttavia, non può dirsi che egli esplicitamente *confonda* imputazione e applicazione della legge<sup>187</sup>. Non si comprende, però, in quali termini debbano interpretarsi quelle libertà e volontarietà dell'azione che egli ritiene imprescindibili ai fini dell'imputazione *materiale* e senza le quali non vi sarebbe imputazione<sup>188</sup>.

Altrettanto normativizzante, seppur seguendo un percorso diverso, è il pensiero di von Liszt. Anticipando gli esiti dell'illustrazione del suo pensiero, l'apporto di tale giurista alla scienza penale consiste, per sommi capi: dal lato dell'*antigiuridicità del fatto*, nell'aver operato una distinzione tra antigiuridicità formale e antigiuridicità materiale prima d'allora sconosciuta; dal lato della *colpevolezza*, nell'aver ugualmente introdotto la distinzione tra un suo aspetto formale e uno materiale; dal lato, infine, dell'*imputazione*, nella averla ridotta a “*corpo estraneo*” all'interesse della scienza penale e del giudizio.

Anche per von Liszt il punto di partenza, nell'analisi giuridica, è quello di dotare il diritto di un metodo scientifico. La possibilità concreta, poi, di operare *scientificamente* in un mondo che ha a che fare con il *dover essere* anziché con l'*essere*, è data, secondo questi, dal fatto che, in ambito giuridico, a un iniziale studio dei “valori” e dei “doveri” si associa, in un momento successivo, lo studio degli strumenti effettivamente idonei al mantenimento di una data società. Non a caso tale giurista è ricordato come un positivista “naturalista”<sup>189</sup>, ossia concentrato, diversamente dai normativisti, in un'analisi della realtà fattuale ed

---

<sup>186</sup> *Ibidem*.

<sup>187</sup> Cfr. K. BINDING, *Die Normen*, cit., pp. 96-98; in particolare, Binding difende l'idea che libertà e volontarietà corrispondano all'imputazione *materiale* e che senza di esse non vi sia imputazione. *Ibid.*, pp. 203, 229.

<sup>188</sup> *Ibid.*, cit., pp. 203 e 229.

<sup>189</sup> “*El positivismo jurídico de von Liszt fue un positivismo jurídico con tintes naturalistas. La concepción preventiva de la pena (prevención especial), el concepto causal de acción, su concepción en parte naturalística del bien jurídico y un entendimiento de la culpabilidad con base en el determinismo, son rasgos fundamentales de esta vinculación de la construcción de von Liszt a una realidad entendida naturalísticamente*”. S. MIR PUIG, *Limites del normativismo*, cit., p. 4.

empiricamente osservabile, ritenuta essere l'unica base legittima su cui costruire le teorie del delitto e della pena<sup>190</sup>.

Proprio alla luce di tale impostazione, la pena criminale non può colorarsi, secondo von Liszt, di alcun significato *metafisico*, ma deve fondarsi sulla società medesima: la pena deve e può essere soltanto quella che è al contempo strumento capace di proteggere i valori, i beni giuridici, e la stessa società entro la quale è prevista e comminata. Al tempo stesso, questa “finalistica” interpretazione della pena allontanerà l'imputazione da qualsivoglia contenuto di “libertà”. Secondo l'impostazione di von Liszt, in effetti, il diritto si riduce a una *scienza sociale* e, come tale, molto di più che dei *presupposti* del giudizio penale, esso si dovrà occupare degli *effetti* dal medesimo derivanti. Quel che conta è lo *scopo* della pena; che, secondo Von Liszt, è quello dell'efficace protezione dei beni giuridici. E tale scopo ne diviene, altresì, il fondamento<sup>191</sup>.

Coerentemente, anche il concetto di azione assume significato meramente naturalistico, equivalendo riduttivamente al movimento sensorialmente percepibile<sup>192</sup>. Von Liszt parla, in effetti, di “imputazione”, ma è pressoché impossibile attribuire a tale termine un significato anche soltanto *vicino* a quello implicito alle teorizzazioni degli autori prekantiani. L'imputazione di von Liszt non è anti-giuridicità, poiché questa consiste nella constatazione di una relazione causale; e non è colpevolezza, che si concentra, invece, nell'analisi di dolo e colpa. L'imputazione equivale ancora, invero, a un giudizio: quel giudizio che attribuisce un risultato alla colpevolezza di una persona. Ma detto giudizio è oramai *ridotto ad affermazione di un nesso causale e del ricorrere di un dolo*.

Quest'ultimo, inoltre, ha perso il proprio originario significato. In questa teoria, infatti, il momento volitivo perde il suo intero significato, poiché la volontà si limita al rapporto con l'innervazione dei muscoli che danno inizio al movimento fisico<sup>193</sup>. Entro tale linea di

---

<sup>190</sup> La sua opera fu definita da Radbruch come espressione di una visione “realista” del fenomeno giuridico penale. Tale realismo, tuttavia, non ha nulla a che fare con il realismo metafisico d'Aristotele. Ci si riferisce soltanto al fatto che, secondo von Liszt, il diritto penale è un sapere empirico, orientato a finalità strumentali rispetto alla società. Cfr. P. SÁNCHEZ-OSTIZ, *cit.*, p. 333-334, con riferimento diretto a Radbruch.

<sup>191</sup> Sul punto, e sulla criticità delle ricadute del medesimo, cfr. M. RONCO, *Il problema della pena*, *cit.*, in particolare, pp. 99 e ss.

<sup>192</sup> „Das Verbrechen ist wie das Delikt Handlung. Es ist willkürliche, d. h. bewusste und durch Vorstellungen bestimmte körperliche Bewegung. Es ist Verwirklichung des Willens, wenn wir unter Willen nicht mehr verstehen, als jenen psychischen Art, durch welchen die motorischen Nerven unmittelbar in Erregung versetzt werden“. Cfr. F. VON LISZT, *Das deutsche Reichsstrafrecht auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs*, Berlino, Lipsia, 1881, p. 64.

<sup>193</sup> „Die eben besprochene Auffassung der Strafe entrückt das Strafrecht dem Streite über die menschliche Willensfreiheit. Sie setzt nicht Freiheit des Willens, sondern Bestimmbarkeit durch Motive voraus, und diese wird von keiner Seite geleugnet. Die Strafe ist nach ihr nicht nur verträglich mit dem Determinismus, der auch die menschliche Handlung dem allgemeinen Kausalgesetze unterwirft, sondern erhält erst durch ihn ihre feste praktische Grundlage. Denn gerade wenn die Handlung notwendiges Produkt ihrer Faktoren ist, gerade wenn sie, dem

pensiero, che troverà compimento nello scritto del 1890 di Reinhard Frank, *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre*, non si può volere l'evento, ma soltanto l'innervazione, perché la causalità efficiente non può essere mossa dalla causalità finale. Con ciò, la volontà è definitivamente offuscata, essendosi cancellata la libertà<sup>194</sup>.

Affermare dolo e causalità non è più, dunque, “presupposto” per l'esistenza di un'azione da giudicare, ma affermazione di caratteri che devono ricorrere – “*da accertarsi*” – nell'azione già “giudicanda”. Si comprende, dunque, come l'imputazione passi, poco alla volta, a confondersi, come già accadeva in Feuerbach, con l'*imputabilità*, ossia con la *capacità* di essere destinatari dell'obbligo nonché punibili in caso di sua violazione<sup>195</sup>.

Quanto ai concetti di antigiuridicità materiale e formale, mentre la seconda s'identicherebbe, secondo von Liszt, nella violazione della norma, la prima dovrebbe ricondursi all'effettiva lesione o messa in pericolo degli interessi protetti dalla norma e facenti capo ai singoli o alla società. Sul fronte della colpevolezza, invece, che deve leggersi come connessione tra gli eventi esterni e quelli “interni” al soggetto, il suo aspetto *formale* consisterebbe nella mera affermazione di una responsabilità per l'azione antigiuridica realizzata; dal punto di vista *materiale*, invece, equivarrebbe alla relazione soggettiva tra fatto e autore, che deve intendersi come la *carezza*, in lui, percepibile proprio alla luce del fatto realizzato, di quella *attitudine sociale che si esige per la vita civile*.

Così, mentre l'*antigiuridicità materiale* esprime una *causalità fisica*, la *colpevolezza* afferma una *causalità psichica*: e con ciò scompare, evidentemente, il significato proprio dell'imputazione, ossia il riconoscimento del contenuto intrinseco, del significato libero e razionale che ricorre nell'azione umana e che, solo in quanto tale, può sottoporsi al *confronto* con il parametro legislativo. In effetti, uno dei problemi scaturenti dallo schema causale di azione riferibile a von Liszt è che la determinazione dell'antigiuridicità della condotta si contempra attraverso il prisma della causazione di effetti nel mondo esteriore. Secondo tale prospettiva, si perde di vista ciò che era ritenuto essenziale nelle previe teorie

---

*Kräfteparallelogramme gemäß, notwendig in der Richtung des stärksten Motives erfolgt, kann durch Einführung neuer Faktoren in der Gestalt neuer Motive, sowie durch Verstärkung der in den gegebenen Faktoren vorhandenen motivierenden Kraft die Richtung der Handlung bestimmt werden*. F. VON LISZT, *Das deutsche Reichsstrafrecht auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs und der übrigen strafrechtlichen Reichsgesetze*, 1881, Guttentag, Berlin, *Einleitung*, 4, 5.

<sup>194</sup> La libertà cui si riferisce Von Liszt, lontana da quella dei classici, può intendersi come “un istinto cieco che presiederebbe alla conservazione della vita individuale e della specie, al di là e al di fuori di ogni guida finalistica svolta dalla ragione”; definizione che “sembra impropriamente riduttiva della complessità dell'uomo e mortificatrice della sua razionalità”. Cfr. M. RONCO, *Il problema della pena*, cit., p. 102.

<sup>195</sup> Non privo di rilevanza il fatto che lo stesso termine “*Zurechnung*”, presente nelle prime edizioni del suo *Lehrbuch*, finisca per non essere più citato, quantomeno a partire dalla sua IV edizione, del 1891, sostituito dalla “*Zurechnungsfähigkeit*”.



dell'imputazione e in qualsiasi analisi valutativa dei fenomeni sociali: che la condotta umana, in quanto sociale ed intersoggettiva, è di per se stessa piena di valore e di significato<sup>196</sup>.

Agli inizi del 900, pertanto, lo sfondo all'attività codificatrice del diritto penale era costituito da un universo di pensiero in cui non vi era più spazio – né si riconosceva rilevanza alcuna – alla libertà umana intesa come *razionalità capace di scelta* e di *elezione di un fine*. Nella linea di von Liszt, accolta poi da Frank, non si può volere l'evento, ma soltanto l'innervazione. Per altro verso, nella linea volontaristica di Binding, la volontà è nient'altro che un'energia originaria, indeterminata, assoluta, che non trova nella conoscenza alcun punto di appoggio. Nel primo caso si tratta di una volontà cieca, senza rappresentazione; nel secondo, di una rappresentazione privata di volontà. Così, come negli sviluppi delle scienze psicologiche scompariva la volontà, anche il diritto penale prendeva da essa commiato.

#### **4.4. La “teoria del delitto”.**

L'idea di un'ideale *contrapposizione* tra la “teoria – classica – dell'imputazione” e la cosiddetta “teoria del reato”, è anch'essa tratta dalle brillanti riflessioni in merito svolte dall'ormai più volte citato giurista spagnolo Pablo Sánchez-Ostiz<sup>197</sup>. In particolare, seguendo un ragionamento condiviso da chi scrive e che di seguito si vuol riassumere, l'Autore ritiene, e dimostra, che l'approdo all'attuale scienza giuridica e alle contemporanee categorie dogmatiche, *non* debba leggersi come il prodotto di una *progressiva modificazione* di quella teoria dell'imputazione che si era perpetuata nei secoli precedenti. Il moderno ragionare penalistico in termini di “fatto tipico”, “antigiuridico” e “colpevole” (al pari di quelli, solamente meno diffusi, che si rifanno agli schemi “bipartiti” o “quadripartiti” del reato), infatti, è semmai frutto dell'insorgere di *nuovi modi di guardare al reato*. Interpretazioni del delitto che, se, da un lato, non possono “prescindere” dall'imputazione, intesa come modo in cui l'essere umano inevitabilmente e necessariamente si pone nei confronti dell'altrui agire, dall'altro, non si preoccupano più di verificare che l'azione giudicata soddisfi *concretamente* quei “presupposti” di libertà e di dominio da parte dell'autore che soli ne giustificerebbero, e ne avevano tradizionalmente giustificato, l'ascrizione, tanto *fisica* quanto *morale*.

---

<sup>196</sup> Cfr. W. HARDWIG, *Die Zurechnung: ein Zentralproblem des Strafrechts*, Cram, de Gruyter, 1957, pp. 79 – 81.

<sup>197</sup> Cfr. P. SANCHEZ-OSTIZ, *cit.*, cap. VII: “*La sustitución de la doctrina de la imputación por la teoría del delito*”, pp. 319 e ss.

Con la nascita dello schema *tripartito* del reato, in aggiunta alle già menzionate nuove tendenze della dottrina del '900 – che, mirando alla costruzione di una “scienza pura” del diritto, prendeva in considerazione l’atto umano e la libertà dell’individuo solamente da un punto di vista empirico, escludendo dalle proprie riflessioni tutto ciò che potesse richiedere una qualche forma d’intervento “intellettuale” da parte del terzo osservatore –, ulteriore e importante motore di un diverso approccio al reato fu rappresentato dall’ingresso della “tipicità” del fatto quale elemento costitutivo del reato. Il concetto di azione “tipica”, infatti, che vale a esprimere la corrispondenza di un “fatto” (giudicando) con quello descritto dalla norma penale, costrinse inevitabilmente all’abbandono di un concetto di “condotta” che possedesse di per se stessa, *prima* di essere confrontata con la norma, quei caratteri che, dal tempo di Aristotele a quello di Kant, erano stati ritenuti presupposti irrinunciabili della medesima: la libertà dell’agire umano (in termini di “capacità” o “necessità fisica”) e la conoscenza, il dominio consapevole e razionale dell’azione. Nel momento in cui il giudizio sul fatto si sviluppi a partire dall’azione “tipica”, concetto la cui elaborazione è generalmente attribuita a Beling<sup>198</sup>, infatti, l’azione dell’uomo diviene categoria di importanza minore e sostanzialmente priva di contenuto e significato intrinseco: l’azione “*pasa a ser claramente un concepto incoloro*”<sup>199</sup>. Posto che i requisiti del reato, ossia tipicità, antigiuridicità e colpevolezza, devono verificarsi alla luce delle norme penali, infatti, l’azione umana, pur dovendo “*esserci*”, non necessita di ulteriori caratteristiche proprie: sarà solo il giudizio – valorativo – del terzo a stabilirne la natura di fatto rilevante (tipico ed antigiuridico) e colpevole, senza che dei contenuti ad essa immanenti possano modificare tale giudizio. “*Verbrechen ist die tatbestandmäßige, rechtswidrige, schuldhaft, einer auf sie passenden Strafdrohung unterstellbare und den Strafdrohungsbedingungen genügende Handlung*”<sup>200</sup>.

E’ chiaro, quindi, come non abbia più senso, in tale prospettiva, quella definizione di giudizio imputativo fornita da Kant, articolata nella fondamentale distinzione tra *Handlung* e *That*. Lo stesso Beling affermava, a tale riguardo, che non fosse compito del diritto penale occuparsi del *concetto* di “azione”; esso doveva solo guardare alle *qualità* della medesima<sup>201</sup>. Con ciò,

---

<sup>198</sup> Cfr. E. BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, III ed., Tubinga, 1905; ID. *Die Lehre vom Verbrechen*, Tubinga, 1906; ID. *Die Lehre vom Tatbestand*, Tubinga, 1930. Sulla rilevanza del pensiero belinghiano nella dogmatica penale, cfr. H. ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechts- systematischen Schuldlehre*, Berlino 1974, pp. 91 – 96.

<sup>199</sup> P. SANCHEZ-OSTIZ, *Imputacion*, cit. p. 365.

<sup>200</sup> Cfr. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, § 2, p. 7.

<sup>201</sup> Cfr. *Ibidem*, § 3, p. 17.

evidentemente, non può più dirsi sussistere il cosiddetto giudizio di *imputatio facti*, privato di autonoma rilevanza<sup>202</sup>.

Similmente, anche riguardo al giudizio di colpevolezza il pensiero belinghiano costrinse la dottrina moderna ad allontanarsi dall'originario significato dell'*imputatio iuris*. Nonostante la *culpa* non potesse ridursi, secondo Beling, a una connessione soltanto psichica tra soggetto e movimento corporeo, ma possedesse altresì una componente morale, quest'ultima si sarebbe risolta nel mero significato esterno del fatto tipico ed antiggiuridico, non rilevandone l'aspetto propriamente *soggettivo*<sup>203</sup>. Senza un significato "esterno" – senza un'azione tipica ed antiggiuridica – non avrebbe nemmeno senso, secondo Beling, parlare di colpevolezza. Ciò significa, evidentemente, che non sono più le note interne alla condotta a sancirne il carattere "meritorio" o "demeritorio": solamente i presupposti di "imputabilità" (normativa) dell'autore dovranno essere verificati una volta "accertata" l'azione giuridicamente (normativamente) rilevante.

Nemmeno il tentativo neokantiano di recuperare l'importanza dei concetti di fine e di valore all'interno del sistema giuridico penale, del resto, servì ad arrestare il processo ormai innescatosi. In particolare, gli autori che avevano aderito a questa corrente non furono capaci di limitare l'assoluto predominio di un giudizio ormai tutto ridotto alla fase di sussunzione: nonostante la loro intenzione di reagire al metodo positivista, infatti, essi non seppero abbandonare quella neonata categoria della "tipicità", né il "concetto sociale di azione"<sup>204</sup>. Pur comprendendo l'importanza di parlare, nell'ambito del diritto, non di azione mera, naturalisticamente intesa, ma di concetti "valoriali", come quelli di comportamento e di condotta, anche questi ultimi finivano per corrispondere soltanto a quelli "tipicamente" previsti dalla norma e da essa sanzionati. Pertanto, anche nelle loro teorizzazioni, l'azione rappresentava substrato materiale privo di significato e contenuto propri; inoltre, non era possibile sviluppare un concetto di azione che fosse comune e valido tanto per le condotte attive quanto per quelle omissive<sup>205</sup>. Sul fronte della colpevolezza, poi, entrò con essi in scena il "concetto normativo di colpevolezza", la cui denominazione già di per se stessa suggerisce il fondamento strettamente positivo del giudizio di rimprovero. La colpevolezza del soggetto,

---

<sup>202</sup> Non è un caso, tuttavia, che a seguito dell'introduzione del concetto di „tipicità“, la *tradizionale* questione dell'*imputatio facti* si sia *trasportata*, modificata in un dibattito che ha ora ad oggetto il concetto di *azione*, intesa come definizione di quella *azione rilevante per il diritto penale*.

<sup>203</sup> „Die Schuld ist die psychische Beziehung des Täters zu der Tat als einer tatbestandsmäßigen rechtswidrigen Handlung“, cfr. E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, § 9, p. 80.

<sup>204</sup> Tra gli autori annoverabili come penalisti "neokantiani" possono citarsi sicuramente M. E. MAYER, G. RADBRUCH, E. MEZGER e M. GRÜNHUT.

<sup>205</sup> Questa è la ricostruzione in merito proposta dallo stesso P. SÁNCHEZ-OSTIZ, *cit.*, p. 370.

infatti, sebbene “arricchita” di contenuto, nel senso che non se ne accettava più una definizione solamente “psicologica”, doveva verificarsi alla luce di parametri comunque “esterni” all’azione – determinati da una “normalità dell’agire” che non riusciva a definirsi se non ricorrendo ai parametri di comportamento posti dalle stesse norme positive.

Il linguaggio utilizzato dagli autori d’inizio del secolo scorso, peraltro, rischierebbe di confondere il lettore e di apparire in contrasto con le tesi che si vanno difendendo: il vocabolario della dottrina, infatti, era ancora ricco di termini direttamente tratti dalla teoria della *Zurechnung*. Essi, tuttavia, avevano ormai assunto nuovi significati: concetti nuovi ed eterogenei si erano loro sovrapposti, stravolgendone il senso originario. A mero titolo di esempio, nel concetto “normativo” di colpevolezza, che M. E. Mayer traduce con la stessa “imputazione”<sup>206</sup>, entrano ora i “motivi” dell’agente e la valutazione del suo carattere. Quella che egli chiama *Zurechnung* è, dunque, non solo da identificarsi, eventualmente, con l’antica *imputatio iuris*, ma, rispetto ad essa, presenta addirittura elementi ulteriori. E non interessa qui che la valutazione dei “motivi” e del “carattere” siano di per sé fatto “positivo” o “negativo”: la loro considerazione, semplicemente, dimostra la differenza intercorrente tra tale giudizio e la classica *imputatio iuris* del passato.

Lo stesso autore, inoltre, introdurrà un’altra rilevante distinzione, ossia quella tra responsabilità *per il “risultato”* e responsabilità *per la colpevolezza*. “*Die Strafrechts Würde liegt in der Verwerfung der Erfolgs- und der Anerkennung der Schuldhaftung. [...] Der Würde des Strafrechts tritt seine Zweckbestimmung dem Schutz von Rechtsgütern zu dienen, feindlich gegenüber; sie macht die Durchführung einer reinen Schuldhaftung unmöglich,*”<sup>207</sup>. Tale ultima distinzione, si diceva, è di notevole importanza ai fini che qui interessano: ora, infatti, la produzione del risultato (che si unisce all’idea della lesione di un bene giuridico) diviene elemento costitutivo della responsabilità giuridico penale; elemento senza il quale non ha senso parlare di colpevolezza. “*Schuldhaft handelt, wer pflichtwidrig einen tatbestandmäßigen Erfolg herbeiführt*”<sup>208</sup>. Si tratta, allora, di una colpevolezza non per l’atto *imputato*, libero, e poi confrontato con la norma; ma di colpevolezza per l’azione intesa in quei termini tipici delle riflessioni del XIX secolo: un’azione *tipica e antiggiuridica*. “[D]ie

---

<sup>206</sup> “Oggetto del giudizio di imputazione giuridico-penale è sempre una condotta tipicamente antiggiuridica. Pertanto l’imputazione non può avere inizio sino a che non siano state determinate tipicità e antiggiuridicità”. Cfr. M. E. MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg, 1915, II ed., p. 200.

<sup>207</sup> “La dignità del diritto penale risiede nel rimprovero della responsabilità per il risultato e nel riconoscimento della responsabilità per la colpevolezza. Nella dignità del diritto penale rientra la determinazione del suo scopo di servire la tutela dei beni giuridici, al contrario; rende impossibile l’affermazione di una pura responsabilità per la colpevolezza”. Cfr. M. E. MAYER, *Der allgemeine Teil*, pp. 228 – 229.

<sup>208</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 230 – 231.

*Schuld liegt in der Beziehung des Täters zur Tatbestandsmäßigkeit (psychologisches oder ontologisches Schuldelement) und in der Beziehung des Täters zur Rechtswidrigkeit (ethisches oder normatives Schuldelement)*<sup>209</sup>. La colpevolezza è, cioè, *relazione* tra l'autore del fatto e la tipicità del medesimo (elemento psicologico o ontologico), nonché tra autore ed antigiuridicità (elemento normativo o etico della colpevolezza).

Nell'egida del positivismo, dunque, l'imputazione perde il suo tradizionale significato.

L'analisi, che ormai si è concentrata sulla psiche dei soggetti, rinunciando al contenuto razionale della volontà, non si preoccupa tanto di imputare una responsabilità, quanto di provare la normalità del soggetto in relazione alla sua condizione psicologica.<sup>210</sup> Dell'imputazione resta il "termine", ma ne mutano i significati. La teoria del delitto sostituisce totalmente la *Zurechnungstheorie* e riduce l'attività giurisprudenziale ad opera di sussunzione normativa<sup>211</sup>. Il giurista rinuncia, per paura o per pigrizia, al proprio compito creativo ed apre così le porte a un diritto penale dipendente soltanto dall'arbitrio del legislatore. *“La renuncia a una interpretación deóntica del Derecho penal conlleva, asimismo, una renuncia al análisis de la racionalidad valorativa de los enunciados jurídico-*

---

<sup>209</sup> Cfr. *ibidem*, p. 232.

<sup>210</sup> *“Even if many of the German authors continue to explain guilt as a „reproach” or a „legal disavowal”, yet they state that the guilt reproach does not refer, and it could not refer, to the mental attitude, the way of thinking of the deed perpetrator (because this would infringe its freedom of thought and of ideas). It strictly refers to the action, its anti-legal behaviour, or that reveals a lack of insufficient motivation with respect to the observance of the norm. For instance, Professor Kindhäuser defines guilt as an „internal connection between the author – as addressee – and the lawfulness of the norm”, which determines the occurrence of the „emotional component of the deception for the infringement of the norm” (as this author claims, the perpetration of the illegal deed process that its author did not establish as a dominant principle that of establishing the norm, because otherwise, they would have certainly managed to avoid its infringement). In short, in this new vision, the concept of guilt is related to what German authors call “the motivation efficiency of the norms” – which led to the conclusion that the establishing of the guilt implies an assessment of the agent’s behaviour, as compared to their level of commitment to the „legal values or goods”, which are protected by the norm.”* Cfr. MK. GUIU, *cit.*, p. 2.

<sup>211</sup> La lezione finalistica di Welzel, del resto, contrassegnata da quelle insufficienze menzionate in introduzione, porta alle stesse conclusioni. Se, da un lato, infatti, chi si dice finalista, continui a sostenere la tesi secondo la quale è necessario accertare l'esistenza di un processo mentale di intenzione e di colpa a livello del fatto, dall'altro, *“(f)or this purpose, one usually starts from the observation that human behaviour could not be deemed as „illicit” only due to the fact that it has provoked the forbidden result (which the norm intended to prevent), and from which one deduces that the existence of the illicit aspect would be equally conditioned by the establishing of the fact that the agent has foreseen the result (in this case, the deed is deemed as intentional) or, at least, that they could have foreseen it (in this case it is deemed as a deed based on guilt). But such a thesis is more than a mere error; it is a typical example of self-contradiction. This is because, despite the contrary statements, it proves to be a thesis specific to the causal theory of the action and it shows that, in reality, the German penal doctrine has never abandoned this theory, in favour of a finalist theory of the action. Thus, one ascertains that, only in the case of the causal theory – which starts from the premise that every crime has a result – one can continue by saying that for each crime one must establish both the causal connection between the action and the result, as well as the predictable nature of the result, namely the existence of the intent or of the guilt. Moreover, one ascertains that, from the point of view of the theses specific to this theory, it is completely irrelevant whether the intent and guilt are deemed as requirements attached to the material element of the crime, and they are deemed as individual requirements, which might reflect a distinct structural element, namely the subjective element of the crime”*. MK. GUIU, *cit.*, p. 5.

*penales concretos: el Derecho penal – el Derecho en su conjunto – se convierte en un puro fenómeno de poder”<sup>212</sup>.*

---

<sup>212</sup> Cf. J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, cit., p. 20.

### III - La teoria dell'imputazione di Joachim Hruschka.

#### 1. La condotta.

##### 1.1. Il concetto di "condotta".

Lo studio dell'imputazione e delle sue strutture prende avvio, nella formulazione del giurista tedesco Joachim Hruschka, dall'analisi di un primo concetto, le cui esatte definizione e comprensione sarebbero, secondo questi, imprescindibili ai fini di una corretta delineazione della dinamica imputativa. Si tratta, in particolare, della cosiddetta "*Handlung*", concetto che, ai fini della presente trattazione, si tradurrà con il termine di "condotta" o di "azione rilevante". Tale presa di posizione rivela, peraltro, sin da principio, l'originalità della tesi oggetto di analisi e la sua "distanza" dalle affermazioni della maggioritaria dottrina tedesca<sup>213</sup>.

Secondo una prospettiva del tutto diversa, infatti, Theodor Lenckner, che fu, tra il 1975 ed il 2006, uno dei principali redattori – e prosecutori – del famoso Commentario *Schönke - Schröder* allo *Strafgesetzbuch*, a proposito dei fondamenti della moderna scienza penale rilevava come "*I dadi della dogmatica penalistica si giocano sin da subito sul piano della tipicità ed antigiuridicità, e non sul piano della dottrina dell'azione*"<sup>214</sup>. Anche rispetto alla dottrina italiana, peraltro, la costruzione del pensiero hruschkiano appare eccentrica nel suo concentrarsi sull'analisi della condotta e del suo significato rilevante per il diritto: anche nel nostro Paese, infatti, il dibattito sul concetto di "azione" - e di condotta - è andato progressivamente spegnendosi<sup>215</sup>. Esso ha mantenuto un'utilità che è, al più, *negativa*, fungendo da parametro che consente di escludere dal novero del giuridicamente rilevante quelle manifestazioni dell'uomo che non siano dotate di un "*coefficiente minimo di umanità*"<sup>216</sup>.

---

<sup>213</sup> Tale è, in particolare, il punto di partenza del suo scritto più importante sull'imputazione, *Strukturen der Zurechnung*, Berlino, 1976.

<sup>214</sup> Cfr. T. LENCKNER, *Vorbemerkungen § 13 e ss.*, in *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 2001, 156: "*Auch die Würfel der strafrechtlichen Dogmatik fallen deshalb nicht in der Handlungslehre, sondern erst bei Tatbestandsmäßigkeit und Unrecht*". Tale citazione, assieme alle due seguenti, si traggono dall'attenta analisi in merito svolta da M. RONCO, *Descrizioni penali d'azione*, in *RIDPP*, 2004, p. 236.

<sup>215</sup> Particolarmente forte, nella dottrina italiana, è la negazione di validità - sia gnoseologica sia pratica - di un concetto unitario di azione. In tal senso cfr. G. MARINUCCI: *Il reato come azione. Critica di un dogma*. Milano, 1978, in part. pp. 68 e ss.

<sup>216</sup> Cfr. B. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, I, Milano, 1995, p. 391. L'Autore, tuttavia, è voce che non si conforma alla dottrina maggioritaria: egli ritiene, infatti, che al concetto di azione debbano riconoscersi anche funzione *teoretica* di orientamento nella costruzione del sistema penale e funzione *pedagogico-culturale*, in quanto capace di riportare l'uomo al centro del diritto penale.

Una siffatta interpretazione di ciò che possa, o che debba, ritenersi costituente una condotta, prodotto di una scienza giuridica penale che, come lo stesso Hruschka afferma, evita di impegnarsi in una “*genaue Analyse der Begriffe*”, forse per una “*aus einer positivistisch inaugurierten Furcht vor einem zudem naiv vorgestellten Naturrechtslehre heraus*”<sup>217</sup>, priva, tuttavia, la moderna dottrina, degli strumenti utili per svolgere reali e puntuali critiche della legge positiva. Infatti, solo una “*genaue Analyse der Begriffe (...) würde uns aber erlauben, wann und warum ein Ergebnis eigentlich “befriedigt” oder “nicht befriedigt”. Sie würde damit auch eine sachlich fundierte positive oder negative Kritik des “positive Gesetzes” ermöglichen*”.<sup>218</sup>

La giurisprudenza attuale, legata a una “riduttiva” interpretazione del principio di legalità” e, per questo, non più solita svolgere il proprio *naturale compito* di analisi contenutistica e di critica epistemologica dei precetti positivi, si è mossa, invece, secondo una direttrice che ha condotto alla moltiplicazione dei concetti dottrinali volti all’analisi della condotta umana rilevante. Al presente, in effetti, proprio riguardo al tema della condotta, è comune incontrare definizioni di “azione rilevante” per il diritto penale che sono diverse a seconda che si abbia a che fare con un’azione dolosa o colposa, ovvero omissiva o commissiva<sup>219</sup>. La “condotta” non possiederebbe, cioè, alcuna caratteristica *propria*, ponendosi soltanto quale elemento i cui tratti si specificerebbero in relazione al diverso tipo di illeciti in cui essa dev’essere presa in considerazione<sup>220</sup>. Nulla di più “normativo” né di più lontano da quella teoria dell’imputazione che in questo scritto s’intende analizzare e che il Professor Hruschka intende riportare al centro delle riflessioni penalistiche di parte generale.

Secondo il giurista tedesco, infatti, alla “condotta” sono stati attribuiti definizioni e significati che *necessariamente* conducono all’errore poiché del tutto *avulsi* dalla realtà. Ciò, a suo parere, è diretta conseguenza, oltre che della citata “ingiustificata” e “ingenua” paura di un ritorno a un mal compreso “diritto naturale”, proprio del fatto che la scienza penale contemporanea abbia espunto proprio il concetto di imputazione – di “*Zurechnung*” – dalle sue riflessioni. In particolare, è proprio a seguito dell’eliminazione del *giudizio d’imputazione* che la definizione della “condotta”, della *Handlung* rilevante per il diritto penale, è stata

---

<sup>217</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, Walter de Gruyter, Berlin, 1976, *Vorbemerkung*.

<sup>218</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strukturen*, *ibidem*.

<sup>219</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, P. G.*, IV ed., Bologna, 2001, *passim*.

<sup>220</sup> Lo stesso Silva-Sánchez, in precedenza più volte citato come voce di un giurista che evidenzia la necessità del „*tener sentido*“, di un significato che deve caratterizzare l’azione *prima* di poter essere considerata giuridicamente rilevante, giunge a conclusioni piuttosto “relativistiche”: ad esempio asserendo che la definizione di cosa sia “azione” possa essere diversa a seconda che ci si occupi di guardare ad essa come presupposto, rispettivamente, di “pena” o di “misura di sicurezza”; ovvero che ci si stia occupando di reati compiuti da persone fisiche o da persone giuridiche. Cfr. J. M. SILVA-SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, cit.



costretta ad assumere dei caratteri che ne escludono sin da principio gli aspetti fondamentali<sup>221</sup>. Oggi ci si chiede, infatti, quali siano i criteri che consentono di qualificare un evento in termini di condotta, ritenendo che essi possano discendere dalla definizione a quest'ultima attribuita. Una siffatta impostazione, tuttavia, vede la condotta come un fenomeno isolato, un "ente" in mezzo ad altri "enti"<sup>222</sup>. Conseguenza di tale posizione è che qualunque risposta a questa domanda sia costretta a sviluppare una definizione *ontologica*<sup>223</sup> di condotta: una definizione, cioè, che considera la condotta come un *qualcosa in sé*, atto ad essere descritto senza alcun riferimento alla realtà che lo circonda e nella quale viene ad esistere.

Una siffatta teoria dell'azione presuppone, invero, che la *conoscenza della condotta* possa avvenire in modo "oggettivo", ovvero senza che essa presupponga - o implichi - l'intervento di colui che la osserva e la riconosce, che la colora di senso e di contenuto. Con ciò, tuttavia, della condotta rilevante si dimenticherebbe, secondo Hruschka, proprio ciò che ne costituisce tratto principale e fondamentale. Secondo l'Autore, infatti, ciò che consente di leggere e intendere un'azione in termini di vera e propria condotta è solo e soltanto il giudizio che il terzo osservatore *naturalmente* formuli sulla medesima<sup>224 225</sup>.

Come un giurista italiano pochi anni orsono segnalava, commentando la sopra riportata affermazione di Lenckner: "se può facilmente ammettersi che i dadi della dogmatica si giocano sin da subito sul terreno della tipicità e dell'antigiuridicità, non meno vero è che i *segnî sui dadi*, tanto della politica criminale quanto dell'ermeneutica penale, sono scolpiti, con anteriorità logica e cronologica rispetto al gioco della dogmatica e alla fatica della pratica, sul terreno della descrizione delle azioni. Qualsivoglia *dictum* normativo sostanziale, infatti, nonché, a maggior ragione, l'intero codice penale, in virtù della sua struttura complessa,

---

<sup>221</sup> „Freilich hat die Entwicklung des Handlungsbegriffs, bedingt durch die mehr oder weniger erfolgreiche Eliminierung des Grundbegriffs der Zurechnung, eine Richtung genommen, die einen wesentlichen Aspekt von vornherein ausklammert.“ J. HRUSCHKA, *Struckturen*, cit., p. 3.

<sup>222</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Struckturen*, cit., p. 3: "Ein ontologischer Handlungsbegriff nimmt die Handlung von vornherein und unreflektiert als ein Etwas, als ein Seiendes unter anderem Seienden (...)"

<sup>223</sup> Aggettivo che possiede una connotazione qui del tutto negativa, lontana da quella "ri-definizione metafisica" che sarebbe, invece, auspicabile, consistente nel *rinsaldamento* della condotta con la *realtà*, nel rinnovato collegamento tra azione rilevante ed *esperienza*. L'ontologizzazione cui Hruschka si riferisce è, invece, quel moderno processo di "assolutizzazione" dei concetti, quel meccanismo in base al quale termini nati per descrivere e definire un oggetto dell'analisi, divengono le basi sulle quali ri-costruirne l'essenza.

<sup>224</sup> "Damit vernachlässigt ein jeder ontologische Handlungsbegriff schon von der Frage her, auf die er eine Antwort gibt, die fundamentale Tatsache, daß wir es doch sind, die einen Vorgang als Handlung ansehen, zumindest setzt er voraus, daß sich insoweit keine anderen Probleme ergeben als solche, die nicht ohnedies schon Gegenstand der allgemeinen Erkenntnistheorie sind." J. HRUSCHKA, *ibid.*, p. 4.

<sup>225</sup> Delle medesime questioni, seppur in termini in parte diversi, si è occupata anche la dottrina statunitense. Si ricordano, in particolare: H. L. A. HART, *The Ascription of Right and of Responsibility*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 49 (1948/49), pp. 171 – 194; P. GEACH, *Ascriptivism*, in *The Philosophical Review*, vol. 69 (1960), pp. 221 – 225; J. FEINBERG, *Action and Responsibility*, in WHITE, *The Philosophy of Action*, 1968, pp. 95 – 119.

rappresentano, prima ancora che una regola operativa dettata al giudice per la sussunzione del caso singolo nella norma, un universo di segni descrittivi delle azioni umane. Ove la descrizione ha per scopo di comunicare le informazioni indispensabili, in un certo contesto storico culturale, per attribuire un significato esauriente alle azioni, almeno sotto il profilo particolare volto a sottoporle al giudizio di rimprovero penale.”<sup>226</sup>

Orbene, questa è la posizione che anche l’Autore tedesco pare voler difendere e dimostrare nei propri scritti sulla *Zurechnung*. Anche per questi, infatti, la moderna scienza penale non può e non deve costruirsi soltanto, esclusivamente, sui menzionati concetti di “antigiuridicità” e di “tipicità” del fatto, ma è chiamata a impegnarsi in una rinnovata ricerca nel campo dell’azione, della “*Handlung*”, della condotta umana rilevante e della sua stessa “descrizione”.

Come si diceva, la teoria imputativa elaborata da Joachim Hruschka prende avvio dall’analisi della *condotta*: ai fini dell’imputazione di un fatto ad un soggetto, infatti, la prima questione che necessita d’essere risolta è quella concernente il *perché* ed il *modo* in cui l’essere umano che osserva l’altrui agire, il *terzo giudicante*, giunga a ritenere quest’ultimo descrivibile – o meno – in termini di vera e propria azione, e di azione “libera”.

Deve ammettersi, infatti, che di nessuna condotta può “farsi esperienza”, ove la parola “esperienza” sia intesa in senso *forte*<sup>227</sup>. Se per vera e propria “esperienza” s’intende soltanto quella derivante dall’utilizzo e dalla fruizione dei cinque sensi, esperibile sarebbe, in effetti, solamente ciò che può essere visto, sentito, udito, gustato o toccato. Non v’è chi non veda, tuttavia, come ciò che è dato *vedere* siano in realtà solo i *corpi* di altri esseri umani ed i loro *movimenti*; similmente, ciò che è dato *sentire* sono solo i *suoni* emessi da un altro essere umano. L’osservazione di un corpo in movimento, però, non basta per far sorgere nel terzo, nell’osservatore, l’idea di trovarsi di fronte ad un’*azione*; allo stesso modo, l’esperienza dei suoni emessi da un altro soggetto non consente ancora, a chi li ascolti, di ritenersi uditore di un *discorso*<sup>228</sup>. L’osservatore, o l’uditore, in effetti, compiono sin da subito una necessaria differenziazione tra quei movimenti di corpi umani che essi interpretano in termini di condotta e quei movimenti che, invece, restano tali; tra suoni, emessi da altri uomini, che si

---

<sup>226</sup> Cfr. M. RONCO, *Descrizioni penali d’azione*, in RIDPP, 2004, p. 236.

<sup>227</sup> “Denn es ist durchaus nicht so, daß wir eine Handlung gerade als Handlung wahrnehmen können, wenn man von „Wahrnehmung“ in einem strengen Sinne des Wortes ausgeht.“ J. HRUSCHKA, *Struckturen*, p. 4.

<sup>228</sup> Particolarmente famose, in relazione agli “atti del linguaggio”, l’opera di: J. L. AUSTIN, *How to do things with words*, 1962; e quella di J. SEARLE, *Speech Acts*, 1969. Questi filosofi del linguaggio hanno il merito d’aver sottolineato come parole e frasi non possiedano alcun significato “in se stesse”, ma solamente in quanto “espressione” di altri concetti, ossia perché *interpretate* come veri e propri atti comunicativi.

riuniscono e costituiscono un discorso ed altri che, invece, restano suoni soltanto. Compiere questa differenziazione – che è operazione comune, tipica della vita di ogni giorno per chiunque viva in società ed in relazione con altri soggetti – significa proprio ammettere che delle condotte umane non si dia un'esperienza meramente sensoriale.

La questione si presenta, dunque, nei termini seguenti. E' necessario comprendere *cosa* conduca l'osservatore a qualificare un movimento corporeo in termini di condotta, o un suono in termini di discorso, di vera e propria operazione del linguaggio. Ebbene, secondo l'Autore, la risposta è da ricercarsi in una *prestazione di tipo intellettuale* da parte del terzo, prestazione che *si aggiunge* a quella strettamente sensoriale<sup>229</sup>. Alla visione del movimento, o all'udire dei suoni, si accompagnerebbe, cioè, l'attribuzione ad essi, da parte dell'osservatore, di un *significato*<sup>230</sup>. Questa operazione intellettuale, presupporrebbe, inoltre, un ulteriore aspetto del quale non è dato fare esperienza, ovverossia la *riconcucibilità* del movimento, o dei suoni, ad un *soggetto* che ne è considerato *autore*.<sup>231</sup>

Recenti studi sull'azione, anch'essi dimostranti l'indifendibilità logica della pretesa oggettivizzabilità dell'azione giuridicamente rilevante, si sono concentrati sulla questione concernente la *dimensione "temporale"* dell'azione che, di volta in volta, e in maniera quasi "automatica", l'osservatore prende in considerazione, ritagliandola dal resto della realtà<sup>232</sup>. Questa operazione, secondo tali studi, implica, infatti, un intervento *attivo* del medesimo nella stessa definizione della condotta, che, pertanto, non è riducibile alla sua stessa descrizione normativa e non può dirsi giudizio di natura strettamente "oggettiva"<sup>233</sup>. Rispetto ad essi,

---

<sup>229</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Struckturen*, cit., p. 5. „Hier tritt offenbar (...) eine weitere intellektuelle Leistung hinzu, eine Deutung der wahrgenommenen Bewegung als Handlung; eine Deutung des wahrgenommenen Lautes als Sprechhandlung (...).“

<sup>230</sup> „Einen Vorgang (oder eine Untätigkeit) als Tat zu betrachten, bedeutet aber demgegenüber, ein Urteil über die Person selbst abzugeben, und zwar ein Urteil, das nicht lediglich ein deklaratorisches, sondern ein konstitutives Urteil ist. (...) Und wenn die moderne Verbrechenslehre sich darum bemüht, die Handlung als erstes Merkmal der Tat zu identifizieren, vermehrt sie nur die Schwierigkeiten“. Cfr. P. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Auswirkungen der Zurechnungslehre in der aktuellen Verbrechenslehre*, in *Jahrbuch für Recht und Ethik*, n. 13, 2005, pp. 671, 673.

<sup>231</sup> „Mit ihr [die Deutung] fasse ich die visuell wahrgenommene Körperbewegung (...) als herbeigeführt von einem Subjekt. Ich nehme damit an, daß hinter der wahrgenommenen Bewegung oder die Lautfolge ein "Urheber" steht, von dem die Bewegung oder die Lautfolge ausgehen (...)“, J. HRUSCHKA, *ibidem*.

<sup>232</sup> Sul tema Cfr. E. RUNGALDIER, *Che cosa sono le azioni*, Vita e Pensiero, Milano, 2000, in particolare cap. II, *Descrizioni d'azione*, pp. 52 – 146; *ivi*, specialmente il capitolo concernente gli "alberi d'azione".

<sup>233</sup> Già nel 1966, Hruschka associava il compito del giurista a quello dello storico, al quale già da tempo si era riconosciuto il naturale compito non soltanto di "osservare", ma altresì di "valutare" i propri oggetti di studio: „In der Methodologie der geschichtlichen Wissenschaften ist es längst bekannt, daß eine Tatsachenfeststellung ohne eine wertende Perspektive gar nicht möglich ist. Die Notwendigkeit, die einzelnen Tatsachen aus der Fülle von Fakten auszuwählen, also das „Wesentliche“ vom „Unwesentlichen“ zu sondern, die ausgewählten Fakten zu bezeichnen, zu deuten und in Zusammenhänge einzuordnen, zwingt den Historiker unausweichlich zu einer wertenden Betrachtung. (...) Es ist also zuzugeben, daß der Richter bei der Tatsachenfeststellung wie ein Historiker vorzugehen habe. Das bedeutet aber gerade, daß er wertend an seinen Stoff herantritt. Eine wertfreie Betrachtung von ihm verlangen, hieße Unmögliches von ihm verlangen.“ J. HRUSCHKA, *Der Begriff der „Tat“ im Strafverfahrensrecht*, in *JuristenZeitung*, 21, n. 21, 1966, p. 702.

come più oltre si mostrerà, il pensiero di Hruschka non rivela alcuna incompatibilità (quanto agli *esiti*); egli, tuttavia, si sofferma su di un aspetto diverso e forse ancor più essenziale per dimostrare il carattere inevitabilmente “soggettivo” dell’esperienza dell’altrui condotta. In particolare, l’autore tedesco sottolinea come parlare di condotta implichi sempre e necessariamente assumere che “dietro” al movimento esperibile, o alla sequenza di suoni o parole che vengono prese in considerazione, vi sia un “*Urheber*”, un soggetto che, rispetto ai medesimi, ne è descrivibile come “*causa libera*”.

Quel che ciascuno di noi percepisce come altrui condotta, inoltre, sarebbe descrivibile anche come il risultato “esterno” di ciò che proviene da un soggetto causante e che è, in un certo senso, non soltanto proprio, ma anche *interno* al soggetto agente<sup>234</sup>. Tale “interiorità” dell’azione, peraltro, non deve interpretarsi secondo il significato più comunemente riferito a tale caratteristica. L’Autore non intende riferirsi, cioè, a un fenomeno che abbia origine - e che si esaurisca - in una dimensione intima e autocosciente dell’esperienza umana, bensì a quella declinazione semantica dell’*interiorità* che si rinviene in espressioni linguistiche quali quelle in cui si affermi, parlando dell’altrui condotta, che qualcuno “*si è espresso*” in questo modo o “*si è comportato*” in una tal maniera. Hruschka ritiene che, in una qualche misura, la “riflessività” *linguistica* dei verbi utilizzati in queste descrizioni riveli anche come ciò che dall’esterno si percepisce, ciò di cui si fa vera e propria esperienza, sia un’azione che il relativo autore non soltanto “compie”, ma che *in lui* “*si compie*”, che è per il medesimo davvero *propria* e che proviene da un soggetto dotato di coscienza.

Dunque, nel momento stesso in cui un’azione sia letta dal terzo come condotta libera riferibile ad un determinato soggetto agente, *anche l’esistenza di tale soggetto* è necessariamente presupposta ai fini del giudizio<sup>235</sup>. E’ del tutto evidente, però, che anche di questo ultimo e fondamentale presupposto, come ricorda l’Autore, non può farsi esperienza prettamente “sensoriale”. Proprio come avviene per la di lui condotta, anche la percezione dell’altro come “soggetto” è fenomeno che implica una *prestazione intellettuale*, una *Deutung* da parte del terzo osservatore, e che non può quindi dirsi esclusivamente *oggettiva*.

Inoltre, nemmeno della “volontà” e, tantomeno, della “coscienza” o della “conoscenza” del soggetto agente, è immaginabile un’esperienza sensoriale. Non solo direttamente, ma nemmeno indirettamente è dato fare “esperienza” di *manifestazioni di volontà* o di *consapevolezza*, dell’*anima* o dello *spirito* del soggetto che agisce: all’osservatore è data

---

<sup>234</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strukturen*, cit., p. 5.

<sup>235</sup> “*Begreife ich danach die Handlung gerade als die Handlung eines agierenden Subjekts, so schließt das zum ersten die Voraussetzung eines Subjekts ein.*“ J. HRUSCHKA, *Ibidem*.

soltanto la possibilità di fare esperienza – in termini sensoriali – dell’azione umana ed è questi a considerarla, eventualmente, come manifestazione o espressione di volontà e/o di coscienza del rispettivo autore. “*Jener Chirurg, von dem die Sage geht, er habe gezeugnet, daß es eine menschliche Seele gebe, weil er bei seinen vielen Operationen noch nie eine menschliche Seele gefunden habe, ist daher durchhaus im Recht, vorausgesetzt, er definiert den Begriff der “Gegebenheit” streng positivistisch mit der Wahrnehmbarkeit im präzisen Sinne des Wortes. In diesem Sinne “gibt es” keine Subjekte, sowenig wie “es” dann Willensäußerungen, überhaupt Handlungen, “geben” kann*”<sup>236</sup>.

Nel passaggio qui citato, Hruschka chiarisce ulteriormente il modo in cui intendere le sue stesse affermazioni in tema di “esperibilità” della condotta e dei fenomeni umani ad essa collegati. Il chirurgo che affermasse l’inesistenza dell’anima, *perché* egli non l’ha mai “trovata”, non mentirebbe. Tale affermazione, tuttavia, è vera solamente sino a che il concetto del “*darsi*” sia interpretato in un’ottica strettamente positivista e di esperibilità esclusivamente sensoriale: quella stessa ottica secondo la quale nemmeno i soggetti, le loro manifestazioni di volontà e, soprattutto, le loro condotte mai potrebbero “darsi” all’osservatore.

Il giurista tedesco critica, a questo proposito, quell’approccio moderno - che egli considera tipico di una “*Populärpsychologie*”<sup>237</sup> - secondo il quale anima, spirito, volontà, coscienza, e tutti gli altri fenomeni psichici, si considerano come dei “*dati*”, come dei “*fatti psicologici*”. Una siffatta psicologia, infatti, si rifà, a suo parere, a termini imprecisi, giacché i fenomeni della volontà, dello spirito o della coscienza, nonché le loro manifestazioni, non costituiscono mai alcun vero e proprio “fatto”, ma sono solo il risultato di *attribuzioni di significato* relative a fatti, questi sì, esperibili ed esperiti<sup>238</sup>. Tali fatti, e la loro “fattualità”, sono però oggetto di interpretazione da parte dell’osservatore, interpretazione necessaria perché essi possano essere

---

<sup>236</sup> “Quel chirurgo che si narra, abbia negato l’esistenza dell’anima, perché lui stesso, nel corso delle sue numerose operazioni, non l’aveva mai trovata, dice in realtà il vero; premesso che egli definisca il concetto di “presenza” in termini strettamente positivistic, come un’esperibilità intesa nel senso preciso del termine. In tal senso, non “c’è” nessun soggetto, come non possono esserci manifestazioni di volontà e, soprattutto, condotte”. Cfr. J. HRUSCHKA, *Struckturen*, cit., p. 6 (traduzione nostra).

<sup>237</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *ibidem*.

<sup>238</sup> A questo punto Hruschka stesso concorda con la critica che W. HARDWIG, *Die Zurechnung – Ein Zentralproblem des Strafrechts*, 1957, p. 39, rivolge a Pufendorf, nella misura in cui quest’ultimo riteneva che le capacità psichiche del soggetto appartenessero al mondo della natura. Se così fosse, infatti, dice Hardwig, anche la volontà farebbe parte del mondo naturale e sarebbe con ciò sottoposta alle leggi causali. Hruschka ritiene corretta questa deduzione, ma sostiene altresì che Pufendorf non avrebbe aderito a questa tesi: ché essa azzererebbe il *valore pieno* della *Zurechnung*, la sua stessa ragion d’essere. Hruschka parla di una *distrazione* di Pufendorf. A parere di chi scrive, invece, e alla luce di quanto esposto al capitolo precedente, la posizione pufendorffiana era perfettamente coerente con il nominalismo che ormai si era imposto nella scienza giuridica del XVII secolo.

letti come espressione di un soggetto, come qualcosa di diverso dai meri fenomeni fisici e casuali.

Hruschka, del resto, non nega alla psicologia la libertà di utilizzare il termine di “dato” o di “fatto” in tal maniera, con ciò qualificando in termini di “*Faktum*” anche la volontà umana. Ma di fronte ad una tale qualificazione della volontà o dei fenomeni psichici è allora necessario ricordare che ben diverse sono le prestazioni intellettuali che consentono all’individuo di affermare, da un lato, di aver fatto esperienza “di una pietra” e, dall’altro, d’aver assistito ad un’espressione di volontà del terzo, ad un movimento interpretabile ed interpretato come una sua vera e propria condotta.

Alla luce di questa imprescindibile e spesso automatica operazione, attraverso la quale è l’osservatore ad attribuire un senso all’altrui azione, il concetto di condotta, assieme a quelli di “libertà” o di “colpevolezza” (*Schuld*), è caratterizzato, secondo Hruschka, dal fatto di possedere una natura che ben può dirsi “*pre-giuridica*”, strettamente connessa, come si diceva, al fenomeno dell’imputazione.

L’interesse suscitato dalle riflessioni dell’Autore, invero, si deve anche al fatto che esse hanno poco in comune con quelle recentemente sviluppate, in questa stessa materia, da diversi filosofi del linguaggio, soprattutto anglosassoni, anch’essi occupatisi del tema della “*ascription*”<sup>239</sup>. Le origini che Hruschka attribuisce al concetto di “condotta”, necessariamente intesa come azione prodotta da un uomo che è “co-soggetto” e che ne è “causa libera”, oltre che ben più risalenti, sono in un certo senso più profonde di queste ultime, ricollegandosi ad una particolare idea di “persona” e di naturale “relazionalità” dell’essere umano. Tali caratteri, menzionati in introduzione e che più oltre si approfondiranno, sono “coessenziali” a quel “giudizio di imputazione” che, almeno sino ai tempi delle codificazioni, aveva costituito base tacita ma incontestata delle dinamiche dell’esperienza giuridica penale.

Con l’affrontare il tema della condotta, in effetti, l’Autore tedesco non vuole soltanto sottolineare il riduzionismo della sua attuale concezione “oggettiva”: egli intende introdurre il lettore proprio alla scoperta di quel primo stadio del giudizio di imputazione che egli chiama “imputazione di primo livello” e che, secondo la sua teoria, rappresenta il giudizio in base al quale il compimento di un’azione è “attribuito” ad un soggetto, il quale è al contempo qualificato come causa libera del medesimo.

---

<sup>239</sup> Vedi *supra*, nota 4.

## 1.2. Tratti fondamentali della condotta.

Nel suo *Struckturen der Zurechnung*, primo scritto nel quale il giurista tedesco descrive compiutamente la propria teoria imputativa, Hruschka si sofferma ulteriormente sul concetto di condotta – *Handlung* –, in particolare evidenziando gli errori commessi in questo ambito dalla moderna scienza penale. Egli ricorda, in particolare, come i giuristi contemporanei siano soliti qualificare in termini di condotta, a partire dal sistema che egli ritiene inaugurato da v. Liszt e Beling, ovvero quello della cosiddetta dottrina *causalistica* dell'azione, il “volontario movimento corporeo” (*Willkürliche Körperbewegung*)<sup>240</sup>. Tale definizione, che è spesso stata oggetto di critica, *di per sé* non sarebbe erronea: nel momento in cui sottolinea la “volontarietà” del movimento umano, infatti, tale espressione si pone nella corretta prospettiva, concentrandosi su di un elemento non strettamente “naturalistico”; allo stesso tempo, tuttavia, riferirsi a un “movimento volontario” può divenire pretesto, come del resto è accaduto, per una interpretazione strettamente “naturalistica” della condotta umana. Tale fraintendimento si deve, secondo Joachim Hruschka, al fatto che la formula in esame è di per sé non già errata, ma ugualmente *insufficiente*.

Come sopra s'è detto, infatti, un movimento corporeo o un suono non possono essere *automaticamente* ricondotti ad una umana *volontà*. Far ciò significherebbe riferirsi ad una volontà del tutto priva di contenuto e, dunque, ad una “*willenslosen Willen*”<sup>241</sup>, una *volontà senza volontà*, con ciò divenendo - la primigenia affermazione di *sussistenza* del volere - una vera e propria *contradictio in adiecto*. Queste ragioni inducono Hruschka a sostenere la correttezza della critica che Hans Welzel rivolse proprio a quel concetto di condotta che era stato sviluppato ed adottato dalla dottrina causale<sup>242</sup>. Il merito del finalismo, secondo il professore di Norimberga, starebbe proprio nell'aver compreso come non si potrebbe nemmeno immaginare una *volontà* intesa come *ente autonomo*: qualsiasi volontà *di un effetto*, di una condotta, infatti, implica e presuppone anche, sempre, la volontà di un *modo*, di un *come* della condotta medesima.

La teoria finalistica, tuttavia, commise, a parere del nostro autore, un diverso errore<sup>243</sup>. Alla giusta comprensione di come la volontà di un soggetto non possa mai presupporre come entità

<sup>240</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Struckturen*, cit. p. 9.

<sup>241</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>242</sup> Cfr. H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Ed., 1969, p. 38 e ss.

<sup>243</sup> Parere condiviso, del resto, da altri autori. Tra tutti cfr. MK. GUIU, *The crisis of criminal dogmatics and the theory of guilt*, cit.; S. MIR PUIG, *Limites del normativismo*, cit.

“vuota” o “cieca”, la dottrina welzeliana aggiunse un aspetto ulteriore, ritenendo, in particolare, che il *modo*, il *come* della umana volontà potessero e dovessero dedursi interamente – ed esclusivamente – dallo *scopo* perseguito dall’agente. La volontà umana sarebbe *sempre* rivolta, secondo Welzel, ad un oggetto che dell’agire costituisce *scopo*<sup>244</sup>.

Ebbene, la confusione starebbe proprio qui: se è vero, infatti, che *la volontà è sempre provvista di un oggetto*, tale oggetto altro non è che *la condotta medesima*: “*Gewiß will ein Wille stets etwas, aber dieses Etwas, das er immer will, ist die so und so strukturierte Handlung, in der er sich äußert, nicht aber etwa das Ziel der Handlung*”.<sup>245</sup> Oggetto della volontà è *la condotta*, caratterizzata dal suo realizzarsi in un modo determinato ed entro uno specifico contesto. L’oggetto della volontà concreta, dunque, non è necessariamente rappresentato dal suo *scopo*. La verità di questo assunto, del resto, è ricavabile, secondo Hruschka, da semplici esempi tratti dalla realtà quotidiana. Pensando, infatti, alle normali attività che ci vedono coinvolti, ci si rende conto di come esse siano spesso *prive di scopo*, ma non per questo siamo indotti a ritenere che tali azioni non costituiscano vere e proprie condotte (e condotte libere). “*Fare una passeggiata*” o “*suonare il piano*”, fare una “*partita a scacchi*” o “*fotografare un tramonto*”: tutte queste attività possono certamente avere *anche* uno scopo ulteriore, ma non è necessario che ciò accada per poterle ritenere “azioni rilevanti”. Possiamo compiere queste attività per far piacere a noi stessi o a qualcun altro, per uno scopo lavorativo o sentimentale; ma la “passeggiata” o la “suonata” sono termini che già di per sé implicano delle condotte – in tutto esistenti ed analizzabili –, senza implicare, al contempo, una loro necessaria ed immancabile destinazione a scopo.

Il professor Hruschka, del resto, non intende sminuire i meriti del finalismo welzeliano, dottrina che osteggiava l’idea di una volontà rilevante priva di contenuto. Essa, definendo la condotta in termini di azione-diretta-ad-uno-scopo ha giustamente rivelato come l’osservatore giunga naturalmente a qualificare l’altrui azione in termini di condotta proprio pensandola come “mezzo” in relazione ad uno specifico scopo. Questa “*Mittel-Zweck-Formel*”, tuttavia, consente anche di comprendere i limiti intrinseci al finalismo. Da un lato, infatti, esso ha giustamente rivelato come ciò che consente all’osservatore di parlare di altrui “condotta” risieda e derivi dalle regole di esperienza del medesimo. Se un movimento corporeo è ritenuto condotta *finale*, lo si deve cioè al fatto che sono delle regole di esperienza a dire

---

<sup>244</sup> „Allerdings glaubt die finale Handlungslehre, das willensbestimmte Wie der Handlung allein vom Ziel der Handlung her artikulieren zu können, mit der Begründung, daß der Wille, da er nicht ein blinder Wille sein kann, eben immer etwas wolle. Aber darin liegt eine Verwechslung“. Cfr. J. HRUSCHKA, *Strukturen*, p. 10.

<sup>245</sup> *Ibidem*.



all'osservatore che tale concreto movimento è diretto ad uno scopo. Il ricorso alle regole di esperienza, tuttavia, è aspetto costante dell'esistenza umana e ben più generalizzato: banalmente, è in base ad una regola d'esperienza che sappiamo di dover premere un pulsante per chiamare l'ascensore e raggiungere il ventesimo piano di un edificio. Allo stesso modo, la regola di esperienza suggerisce che muovere rapidamente un pugno verso la faccia di un vicino equivarrà a provocare a questi delle lesioni. Il finalismo, dunque, impone un costante ricorso dell'osservatore alle proprie "regole d'esperienza", onde comprendere quale sia lo *scopo* dell'azione osservata<sup>246</sup>. D'altro lato però, tali regole, per quanto importanti, non sono *le sole*: ed è questo che Welzel sembrerebbe aver trascurato. Ad esse si accompagnano, infatti, ad esempio, le regole giuridiche e quelle morali; ed ancor prima di esse verrebbero le stesse regole del linguaggio, della grammatica e della logica. Esistono infine, assieme a quelle già menzionate, i più svariati tipi di regole, quali quelle del "*gioco degli scacchi*" o del "*come si invia una e-mail*", ecc. Ciascuna di tali regole, e in ciò si riassume critica hruschkiana al finalismo, è strumento utile all'osservatore che definisca un'azione come condotta<sup>247</sup>.

Diversamente dalla diffusa teoria causalista, quest'idea di condotta si basa dunque su un aspetto *contenutistico* della medesima ed è per questo in sintonia con la lezione welzeliana. Rispetto al finalismo, ciò che essa aggiunge è che il contenuto dell'azione non si definisce mediante limitato ed esclusivo riferimento alle regole dell'esperienza, ma attingendo a molteplici e diversi generi di regole che, nel nostro agire quotidiano, applichiamo anche senza esserne sempre del tutto "consapevoli". Quanto alle regole della grammatica o della logica, invero, la loro stessa formulazione ne presuppone già conoscenza ed applicazione. Così, in ogni nostro agire seguiamo e diamo applicazione a delle regole ("*come si suona il piano*", "*come si fotografa*", ecc.) e ciò anche nell'ambito di condotte, *stricto sensu*, "prive di scopo".

Dal punto di vista dottrinale queste semplici constatazioni dovrebbero condurre la dottrina penale, secondo Joachim Hruschka, ad adottare un nuovo concetto di condotta, diverso da quello "finalista", ma ad esso collegato. Un'azione dovrebbe cioè dirsi condotta se, e nella misura in cui, si ritenga che il soggetto, nel realizzarla, abbia dato applicazione ad una regola. Al tempo stesso, adottare la definizione "*Handlung ist Regelanwendung*", non equivale a fornirne, ancora una volta, una definizione *ontologica* – nel senso deteriore del termine. Come

---

<sup>246</sup> „Damit läßt sich eine jede finale Handlung, eine jede „Ausübung menschlicher Zwecktätigkeit“, beschreiben als ein Fall der Anwendung einer Erfahrungsregel.“ J. HRUSCHKA, *ibid.*, p. 12. Il riferimento è direttamente a H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., p. 33.

<sup>247</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Struckturen*, cit., p. 13. L'Autore stesso si riferisce poi a P. Winch, qualificandolo come colui che per primo espresse l'idea che una condotta sarebbe tale proprio in quanto il soggetto dia in essa applicazione ad una regola (P. WINCH, *The Idea of Social Science*, 1958).

più sopra rilevato, infatti, mai la condotta è davvero esperibile come un fatto. Un movimento, un suono, o una loro serie, non potranno mai essere “automaticamente” ritenuti applicazione-di-regola e, dunque, condotte; tale qualificazione abbisognerà sempre e comunque dell’intervento del terzo e della sua “prestazione intellettuale”. La condotta non emerge di per stessa: è sempre necessario l’intervento di “comprensione” da parte di chi la osservi, attribuendola alla volontà di un co-soggetto.

E’ proprio a questo a punto, invero, che entra in gioco la *Zurechnung*, il giudizio di imputazione: essa consiste in quell’atto attraverso il quale l’osservatore dichiara che un’azione è qualificabile come condotta, ossia come risultato dell’applicazione di una regola pratica da parte del libero autore<sup>248</sup>.

Secondo Joachim Hruschka, peraltro, una scienza penale che non facesse davvero i conti con questa necessaria dimensione “imputativa” del giudizio non sarebbe nemmeno pensabile. Prendendo ad esempio le tesi del behaviorismo americano, secondo il quale nulla sarebbe osservabile – ed analizzabile – dell’uomo, al di là del suo stesso comportamento *esterno* (movimenti corporei, esternazioni sensibili, riflessi nervosi, ecc.), restando per il terzo sempre ignoti ed inconoscibili i fenomeni “interiori” e “psichici”, Hruschka dimostra come tale pensiero sarebbe connotato da inconsistenze ed illogicità del tutto auto-evidenti. Un coerente sviluppo della teoria behaviorista implica, infatti, che la scienza, behaviorismo compreso, non possa che limitarsi a *descrivere* dei fenomeni esterni, a descrivere il modo in cui gli eventi *accadono* e si manifestano nella realtà, senza mai fare riferimento alcuno ad un vocabolario morale o “significativo”. Una tale “scienza”, cioè, non si arrogerebbe mai il diritto di *comprendere* le azioni umane di cui si faccia esperienza sensoriale, posta l’impenetrabilità dell’altro e della sua dimensione interiore. Un simile approccio alla realtà, tuttavia, non potrebbe nemmeno concepirsi, questa la tesi del Professore, se non ragionando proprio in termini di “imputazione” e di “condotta”.

Secondo il nostro autore, infatti, lo scienziato *behaviorista* medesimo, allorché affermi di poter osservare gli altri uomini soltanto *dall’esterno*, senza poter pretendere di comprenderne volontà ed intenzione, deve pur sempre porsi in comunicazione ed interazione *quantomeno* con il resto della comunità scientifica. Nel far ciò, egli è costretto a considerare le altrui *sequenze di suoni* come “*atti del linguaggio*”, i commenti alle sue teorie come “*argomenti razionali*”. Se così non facesse, in effetti, non potrebbe né discutere le proprie tesi né

---

<sup>248</sup> „Zurechnung“ bezeichnet den Akt, meinen Akt, durch den ich einen Vorgang als Handlung begreife (...). Cfr. J. HRUSCHKA, *Strukturen*, p. 13.

collaborare con alcuno. Ciò dimostra, alquanto agilmente secondo Hruschka, che lo stesso scienziato non può pensarsi come *singolo*, un soggetto unico e separato dagli altri. Egli è costretto, al contrario, ove voglia considerare se stesso come *soggetto agente*, a ritenere che anche gli altri uomini siano *soggetti agenti* al suo pari<sup>249</sup>. Quest'ultima constatazione dimostrerebbe che l'affermazione di una condotta, cui presupposto è un giudizio imputativo, presuppone altresì che ciascuno si comprenda come soggetto inserito in una realtà di co-soggetti.

### **1.3. La condotta come concreta “applicazione di regole”.**

Parlare di *Zurechnung* comporta ovviamente ammettere l'esistenza di ciò che *non può* essere imputato, la “*Nichtzurechnung*”. Il rapporto tra le due equivale a quello tra azione primaria e secondaria, tra regola e relativa eccezione. Soltanto in alcuni casi, infatti, un'azione non si imputa a colui che ne appaia autore, non si legge, cioè, come applicazione, da parte di questi, di una regola, o di una classe di regole. Fondamentale sarà, pertanto, stabilire quali siano i casi e le circostanze in cui si possa escludere una siffatta caratterizzazione dell'azione<sup>250</sup>.

Sintetizzando gli argomenti che più oltre si approfondiranno, vi sono alcuni giudizi di *Nichtzurechnung* che, secondo l'Autore, non necessitano di alcun ricorso all'esperienza dell'osservatore (casi in cui l'imputazione è esclusa “*a priori*”). In casi siffatti, l'esclusione d'imputazione discenderebbe direttamente ed automaticamente dalla sin qui difesa definizione dell'azione rilevante, secondo le dinamiche di seguito esposte.

Poiché si è affermato che di condotta umana può parlarsi solamente quando il soggetto abbia dato applicazione, nell'agire, ad una qualche regola, ciò implica che per darsi imputazione il terzo dovrà contemporaneamente assumere, in relazione alla specifica condotta:

- a) che il soggetto conoscesse la regola applicata;
- b) che la potesse in concreto dominare.

L'applicazione di una regola, infatti, “*setzt notwendig eine Beherrschung der angewendeten Regeln voraus und Beherrschung der Regeln ein aktuelles, wenn auch nicht notwendig ein*

---

<sup>249</sup> Qui J. HRUSCHKA attinge, del resto, a argomenti sociologici, in particolare a P. F. STRAWSON, *Einzelding und logisches Subjekt, (Individuals)*, 1972, p. 111 e ss.

<sup>250</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strukturen*, cit., p. 16 e ss.

*reflektiertes Wissen um sie*<sup>251</sup>. Banale è la constatazione: se un soggetto non conosce una regola, ad esempio perché privo di qualsivoglia esperienza riguardo a ciò che sia “mezzo” rispetto allo “scopo” prefissato, non potrà applicarla. Non ci sarà quindi applicazione di quella peculiare regola d’esperienza. Meno banale, tuttavia, la conseguenza: in un caso siffatto l’azione dell’agente non sarà qualificabile – *imputabile* - come condotta.

Questa prima *Nichtzurechnung*, del resto, può imporsi secondo una duplice modalità:

- a) nel caso in cui il soggetto sia *genericamente incapace* di conoscere regola alcuna;
- b) quando questi, nonostante una generica capacità, *comunque sia incapace* di conoscerla al *momento dell’azione*.

Discernere tra loro tali casi è un’operazione che soltanto la nostra pregressa esperienza di co-soggetti ci rende possibile. Quali osservatori esterni non ci è dato di conoscere la effettiva conoscenza del soggetto, tantomeno la sua conoscenza di regole particolari, posto che la coscienza dell’altro non è fenomeno *stricto sensu* esperibile, come già s’è detto. Siamo dunque costretti a ricorrere, sul presupposto della nostra co-soggettività – che da sola però non basta per formulare giudizi sulla eventuale “ignoranza” dell’autore –, ad *indizi esteriori*, dai quali desumere tale conoscenza in base alle *nostre* personali esperienze. Un primo esempio può essere quello del neonato, rispetto al quale qualunque osservatore immediatamente assume che egli non conosca, né possa conoscere, regola alcuna (ipotesi a)). Lo stesso accade, del resto, rispetto all’uomo che stia dormendo di fronte a noi: in quel momento egli non può conoscere la regola *prima facie* applicata in un’azione eventualmente compiuta durante il sonno (ipotesi b)).

In secondo luogo, in relazione al secondo presupposto, la *Nichtzurechnung* d’un’azione si verifica quando il soggetto, nonostante la capacità di conoscere la regola, e la sua attuale conoscenza di essa, *sia impedito nel dare ad essa applicazione*. Come per la conoscenza, tuttavia, nemmeno le forme in cui tale impedimento può manifestarsi possono descriversi *a priori*. Ciò che impedisce una condotta, ciò che nella situazione concreta rende l’agente incapace di dominarla è sensorialmente inesperibile: nello stesso modo, e per le stesse ragioni, per cui inesperibili sono il soggetto agente o la di lui condotta. L’esistenza di un impedimento potrà affermarsi, anche in questo caso, ricorrendo a *indizi esterni* che ne suggeriscano sussistenza e diretta rilevanza; anch’essi, come i precedenti, assumono la veste di *indizi*

---

<sup>251</sup> *Ibidem*.

proprio *in ragione della co-soggettività umana e dell'esperienza* che ciascuno possa aver fatto di una forma di impedimento o di ostacolo insuperabile al proprio agire.

Come per il caso dell'ignoranza delle regole, anche qui la variante è duplice: potrà non imputarsi la condotta:

a) quando il soggetto, nonostante la sua conoscenza e generica capacità di applicare la regola, al momento dell'azione sia totalmente incapace di dominio di qualsivoglia regola dell'agire (si pensi all'individuo vittima di crisi epilettica);

b) quando, nonostante un'astratta capacità di conoscenza e di dominio, un impedimento sussista in relazione all'applicazione della regola specifica (come nel caso di una *vis absoluta* esercitata da altri sull'agente).

Quel che sin qui si è descritto, parlando di condotta, costituisce vero e proprio *inizio* dell'imputazione. Non è ancora questo, tuttavia, lo *Zurechnungsakte*: l'osservatore stesso mai si accontenta, infatti, di definire un'azione quale "generica condotta", senz'anche caratterizzarla ulteriormente, specificarne tratti e caratteristiche concrete.

Una definizione di condotta che non dica anche di *quali* regole il soggetto abbia fatto applicazione nell'azione concreta, è, in effetti, uno stadio dell'imputazione che esisterebbe soltanto astrattamente<sup>252</sup>. In concreto, invece, l'imputazione è un giudizio formulato da un osservatore che afferma di trovarsi di fronte ad una "suonata di piano" o ad una "passeggiata": non a una "*condotta*". Questi ritiene, cioè, che il soggetto agente abbia dato non soltanto applicazione ad *una* regola (conosciuta e dominata), ma ad una regola *peculiare*, come quelle, ad esempio, del suonare o del camminare<sup>253</sup>.

Un atto imputativo che si limitasse a definire condotta quella particolare azione in cui il soggetto agente dà applicazione ad una regola senza al contempo individuarla sarebbe sempre accompagnata dalla domanda relativa a quale sia, in concreto, la regola cui ci si riferisce ed in concreto applicata. Anche se solo in termini vaghi ed imprecisi, dunque, si imputa sempre una condotta che è applicazione di *una*, di una *classe*, o di un *sistema* di regole *determinati*. Se la regola non potesse in qualche modo individuarsi, infatti, non si giungerebbe nemmeno ad affermare l'esistenza di una condotta. L'esempio che il professor Hruschka utilizza, a questo

---

<sup>252</sup> "Darin steckt das begriffliche Minimum aller Handlungszurechnung, das freilich nichts weiter als eine bloße Abstraktion ist, die zwar als notwendiger Anfang der Zurechnung ausgemacht, an konkreten Beispiel aber nicht isoliert aufgewiesen und beschrieben werden kann". Cfr. J. HRUSCHKA, *ult. cit.*, p. 18.

<sup>253</sup> "Es geht immer um die Zurechnung von Handlungen als Anwendungen spezifischer Regelgruppen oder spezifischer Regelsysteme, auch wenn ich mich bei dem Hinweis auf diese Regeln noch so vage ausdrücke". Cfr. J. HRUSCHKA, *cit.*, p. 19.

proposito, si rivela particolarmente interessante ed efficace<sup>254</sup>. Egli propone al lettore di immaginare una parete rocciosa sulla quale si possano scorgere dei tagli e delle fessure. Di questi ultimi l'osservatore può certamente fornire una spiegazione soltanto naturalistica; allo stesso modo, tuttavia, potrebbe presumere che i medesimi siano espressioni di forme antiche di scrittura o dei disegni che egli non è capace (ancora) di interpretare. Adottare una siffatta presunzione, tuttavia, significa ricondurre tagli e fessure all'opera dell'uomo e, dunque, interpretarli come risultato di una vera e propria condotta (imputata). Questo atto imputativo, inoltre, sebbene in certa misura ancora *vuoto*, non lo è del tutto: nonostante l'osservatore non conosca, infatti, nel dettaglio, le precise regole di cui si sia fatta applicazione, egli comunque le riconduce a un particolare *tipo* di regole – quelle, per l'appunto, della scrittura o del disegno -. Tale presunzione, infine, sarà destinata a crollare ove non si giunga ad una migliore definizione delle regole applicate; a permanere, invece, ove esse siano in seguito precisamente delineate ed ove la loro applicazione sia dimostrata in maniera non contraddittoria.

Questa complessa operazione, del resto, altro non è, secondo il Professor Hruschka, che l'atto del “*comprendere*”. Un'imputazione che non abbia ancora definito nel dettaglio la regola applicata dall'agente nel corso dell'azione, costituisce una *prima* forma del comprendere, un suo stadio *preparatorio*. L'azione sarà veramente compresa solamente in seguito, quando si sarà stabilito *quale* regola concreta sia stata applicata dall'*Urheber*<sup>255</sup>.

Poste queste premesse, la teoria imputativa può allora arricchirsi secondo le constatazioni seguenti. Se ciò che consente l'imputazione è che l'azione sia compresa come applicazione di una specifica regola (*Rx*), da parte del soggetto, ciò implica che lo stesso osservatore debba già possedere un'idea ed una definizione di *Rx* che gli consentano di distinguerla da altre regole o da diversi *sistemi* di regole. Presupporre la definizione di *Rx* significa anche, allora, che lo *Zurechnungsakt* dipende dall'idea che il singolo osservatore si sia fatto riguardo a detta regola, da come essa sia “*secondo lui*”. Ritenere, ad esempio, che un soggetto stia disegnando, implica che l'azione soddisfi *secondo l'opinione dell'osservatore* le condizioni necessarie e sufficienti perché possano dirsi applicate le regole del “*come-si-disegna*”. Lo stesso accade, del resto, ove si ritenga che qualcuno abbia avvelenato un terzo. Se, in base a mie regole di esperienza, ritenessi che il gesto dell'imbandire una tavola con dei cibi colorati sia sufficiente ad avvelenare, allora qualificherò come “avvelenamento” l'agire in modo siffatto (*rectius*:

---

<sup>254</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *ibidem*.

<sup>255</sup> *Ibidem*, p. 20.

imputerò all'agente la condotta di avvelenamento per aver imbandito la tavola con dei cibi colorati, comportamento che, secondo me, è applicazione della regola "come-si-avvelena")<sup>256</sup>.

Il mio giudizio di imputazione, ovviamente, sarà criticabile, ed è chiaro che in quest'ultimo caso la critica sarà semplice ed efficace. Ma la *criticabilità* dell'imputazione non toglie verità alla sussistenza di un siffatto giudizio: esso continua ad esistere e a poter essere difeso se, e sino a quando, le presunzioni dell'osservatore siano tra di esse coerenti e non contraddittorie.

Imputare significa quindi ritenere, come più sopra si diceva, che il soggetto abbia:

- a) applicato *Rx*; e
- b) applicato *coscientemente Rx*.

Parlare di condotta implica quindi assumere che:

- a) *Rx* fosse *in concreto* realizzabile;
- b) per l'agente fosse *in concreto* possibile la conoscenza di *Rx*.

Riassumendo, primo carattere dell'atto imputato è quello di presentarsi attraverso caratteristiche "esterne", che lo rendono immediatamente esperibile. Si pensi, ad esempio, a come *udire* effettivamente dei suoni e *vedere* un soggetto che muova le mani su una tastiera siano requisiti indispensabili per imputare al nostro vicino di avere suonato il pianoforte.

Anche ove tali prime ed esterne condizioni appaiano soddisfatte, tuttavia, la *Zurechnung* sarà da escludersi qualora si ritenga che la regola *Rx*, la cui applicazione rende "condotta" l'azione osservata, non fosse realmente applicabile, o realizzabile, nel caso concreto. Ciò avviene, in particolare, ove si ritenga che il soggetto agente *non disponesse di alcuna vera alternativa all'azione compiuta*. Ritenere applicata una regola, infatti, significa assumere, al tempo stesso, che il soggetto potesse *scegliere di non applicarla* e che tale scelta fosse possibile nella situazione particolare<sup>257</sup>.

In assenza di alternative non può aversi imputazione<sup>258</sup>. La verità di quest'affermazione si rende di facile evidenza immaginando il caso di un ipotetico automobilista che, guidando il proprio veicolo nel pieno rispetto del codice della strada, investa e uccida un bambino improvvisamente sbucato dal ciglio della strada per non essere riuscito, suo malgrado, a frenare in tempo. Di regola, intuitivamente, nessun omicidio potrà a questi imputarsi.

---

<sup>256</sup> *Ibid.*, pp. 19, 20.

<sup>257</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strukturen*, p. 23.

<sup>258</sup> In proposito, cfr. J. RÖDIG, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, 1969, p. 81 e ss.

D'imputazione, e di vera e propria condotta omicidiaria, sia pur colposa, potrà parlarsi, invero, soltanto qualora quell'autista disponesse, in concreto, di un'alternativa: vuoi perché la frenata avrebbe potuto concludersi in tempo, se solo l'automobile fosse stata debitamente oggetto della prevista revisione; vuoi per la sua particolare competenza personale alla guida, che gli avrebbe consentito manovre per altri troppo azzardate<sup>259</sup>. Un'alternativa vi sarebbe stata, infine, anche nel caso in cui una siffatta manovra avesse potuto causare un pericolo o un danno maggiore all'autista medesimo o a terzi. La questione concernente la *sussistenza* di un'alternativa, infatti, non può confondersi con quella relativa al fatto che il ricorrere alla medesima rappresenti una scelta di condotta imposta, permessa o vietata dalla legge concretamente vigente.

Deve ammettersi, in particolare, che il soggetto possieda delle alternative, allorché, nel caso concreto, egli avrebbe potuto applicare delle regole – *Ry* – del tutto incompatibili con *Rx*. Incompatibili poiché l'applicazione delle une *escluderebbe* la possibilità di una contemporanea applicazione delle altre. Mentre è possibile, quindi, “suonare e cantare”, non è possibile suonare il pianoforte e, al contempo, restare immobili. Ebbene, l'alternativa rappresentata dalla contemporanea esistenza ed applicabilità al caso concreto di *almeno due* sistemi di regole incompatibili costituisce, secondo Hruschka, il *minimum* indispensabile ai fini dell'imputazione. Ove al soggetto non sia possibile un “agire altrimenti”, non gli si attribuirà alcun atto *applicativo di regole*. Si pensi ancora al caso del ferroviere che, avvedutosi del fatto che il treno su cui viaggia provocherà la morte del suicida sui binari, non disponga, oggettivamente, del tempo necessario per frenarne la corsa. L'investimento del corpo non costituisce qui “condotta”, ovvero azione imputabile, proprio perché non è data alternativa.

Le ragioni, poi, che possono condurre l'osservatore ad escludere la sussistenza di alternative concrete per l'agente sono molteplici. E' chiaro, infatti, che anche nel caso di un automobilista che, vittima di una improvvisa ischemia cerebrale, travolgesse un pedone, non vi sarebbe alcuna condotta di lesioni od omicidio a lui imputabile: qui sarebbero ragioni attinenti *l'incapacità* di scelte alternative da parte dell'autore, più che una loro concreta *inesistenza*, ad escludere l'imputazione. Che poi al medesimo possa essere *comunque* attribuita la responsabilità di tale azione, ad esempio perché, conscio delle proprie deficitarie condizioni di salute, non avrebbe dovuto porsi alla guida, costituisce *factio* giuridica che nulla

---

<sup>259</sup> Vedi *infra*, su “imputazione straordinaria”.



toglie alla correttezza del precedente giudizio<sup>260</sup>. Dal punto di vista di una *reine Handlungszurechnung*, infatti, tali azioni continuano a non essere imputabili, mentre potrà al più discutersi, come più oltre si approfondirà, di una *actio imputanda in causa*, ovvero di casi di imputazione *straordinaria*.

**1.4. Consapevolezza dell'autore e conoscibilità delle regole: “keine Regelanwendung ohne Bewußtsein der Regelanwendung”; “keine Regelanwendung ohne Wißbarkeit der Regelanwendung”<sup>261</sup>.**

Addentrando ulteriormente nei dettagli della teoria in analisi, dobbiamo rilevare come presupposto implicito al giudizio d'imputazione dell'azione sia, come Hruschka segnala, che il soggetto agente sia *consapevole della propria applicazione* di una qualsivoglia regola. Anche le *interne condizioni* dell'applicazione della regola *Rx* devono, cioè, potersi dire, *ab externo*, soddisfatte.

L'idea che la condotta del terzo sia quella di “suonare il piano” o di “avvelenare il suo nemico”, infatti, sottende il giudizio in base al quale l'autore farebbe ciò *consapevolmente*. Nel caso dell'avvelenamento, egli dovrebbe conoscere la pericolosità per la vita del terzo che scaturisce dalla propria azione perché gli si possa imputare una condotta criminosa. Ebbene, rispetto a quest'ulteriore, necessario presupposto dell'imputazione, ancor più evidente è l'impossibilità dell'osservatore di *esperirne oggettivamente* la sussistenza. Infatti, non soltanto in linea teorica e generale, ma anche nei casi particolari e concreti, i fenomeni della *volontà*, dello *spirito* e, per l'appunto, della *consapevolezza/conoscenza* del soggetto, sono soltanto *parte* di atti imputativi, non già fenomeni oggettivi ed empirici.

Proprio tale ovvia constatazione è quella che, a parere di Hruschka, da sempre conduce dottrina e giurisprudenza ad affermare che l'aspetto soggettivo dell'azione, *il dolo*, non può mai essere realmente “provato”, ma soltanto imputato<sup>262</sup>.

---

<sup>260</sup> Tema affrontato diffusamente *infra*, cap. III, par. 4.

<sup>261</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *cit.*, pp. 25 – 27.

<sup>262</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Struckturen*, p. 25 – 27. Qualche dubbio, in merito alla bontà dell'impostazione gnoseologica di Hruschka, solleva il suo contributo: *Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes*, in *Strafverfahren im Rechtsstaat. Festschrift für T. Kleinknecht zum 75. Geburtstag*, Monaco, 1985, pp. 191 – 202. Qui, in particolare, l'Autore sembra aderire all'idea che le azioni non possiedano “di per sé considerate” valore positivo o negativo.

“*Dolus vere probari non potest, cum in animo consistat*”<sup>263</sup>. Questa citazione di Mascardo, in effetti, non sembra per nulla compromessa, nella propria verità, dal tempo trascorso tra la sua affermazione e la stesura di questi scritti. L’autore di un omicidio potrà certamente confessare, *ex post*, l’*animus* che ne abbia retto la condotta; ma anche in questi casi, di rara verificaione, il terzo giudicante non sarà necessariamente, e tantomeno irrevocabilmente, certo quanto al ricorrere di una volontà criminosa. Sarà, invece, *il fatto stesso*, nel suo concreto, esperibile, oggettivo manifestarsi nella realtà fenomenica, a *suggerire* all’osservatore, attraverso indizi esterni, il carattere doloso (o colposo, o del tutto involontario) della condotta. Di qui, secondo Hruschka, il collegamento tra il discorso sull’imputazione e le sue strutture, che va ora svolgendosi, e la dottrina romanistica del *dolus ex re*: sarebbero, cioè, proprio le circostanze concrete dell’azione a *rivelare* i caratteri di consapevolezza dell’agente.

Preme sottolineare, a questo proposito, come la “deduzione” del *dolo* dalle circostanze fattuali dell’azione non possa e non debba confondersi con la diversa e certamente illegittima *presunzione di dolo*. Desumere il dolo dalle circostanze, infatti, equivale soltanto ad avvalorare quell’ovvia constatazione che Marciano così esprimeva: “*Divus Hadrianus rescripsit eum, qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admisit, absolvi posse, et qui hominem non occidit sed vulneravit, ut occidat, pro homicida damnandum: et ex re constituendum hoc: nam si gladium strinxerit et in eo percusserit, indubitate occidendi animo id eum admisisse: sed si clavi percussit aut cucuma in rixa, quam vis ferro percusserit, tamen non occidendi animo.*”<sup>264</sup>

Infine, il fatto che la contemporanea definizione di dolo fornita dalla dottrina sia spesso quella riassunta nell’endiadi del “*sapere e volere*”, indica che, accanto alla consapevolezza, si richiede la *volontà* del soggetto autore per poter parlare di un agire *intenzionale*.

Hruschka, a questo preciso proposito, afferma qualcosa di molto rilevante e degno di nota. A suo parere, se è vero che non possa darsi applicazione di una regola senza una volontà del soggetto in tal senso diretta, deve ammettersi, al tempo stesso, che volontà e consapevolezza sono, sotto questo preciso profilo, strettamente connesse<sup>265</sup>. Esse sarebbero, invero, addirittura *la stessa cosa* dal punto di vista dell’agente: il fatto di applicare consapevolmente, nel proprio

---

<sup>263</sup> Cfr. MASCARDUS, *Conclusiones probationum*, 1661, vol. II, p. 69. L’origine di tale formula è tuttavia più antica e diffusa già all’epoca dei postglossatori. In J. HRUSCHKA, *Struckturen*, p. 26, nota 19.

<sup>264</sup> Cfr. MARCIANUS, D. 48.8.1.3, citato in J. HRUSCHKA, *ibid.*, nota 20.

<sup>265</sup> “*Aber der Wille zur Regelanwendung ist mit dem Bewußtsein der Regelanwendung verbunden, und beide sind identisch mit dem handelnden Subjekt.*” *Ibid.*, p. 27.

agire, una regola particolare, significa anche e necessariamente, *voler* applicare tale regola. Affermare il contrario sarebbe di per sé illogico e contraddittorio, un *venire contra factum proprium*: “[W]er Trompete bläst und weiß, daß er Trompete bläst, der will auch Trompete blasen, und wer sein Opfer ins Herz schießt und dies bei Kenntnis der Gefährlichkeit seines Tuns auch weiß, der will auch toten.”<sup>266</sup>

Anche la constatazione di una consapevole applicazione di una regola da parte dell’agente, tuttavia, può essere contraddetta al ricorrere di determinate circostanze.

In particolare ciò avviene quando le *previsioni* del soggetto e il suo successivo agire sembrano solo inizialmente corrispondersi – paiano cioè soddisfatte le condizioni interne dell’agire –, ma, successivamente, si scopra che *nonostante l’apparente conoscenza*, da parte dell’autore, della regola applicata, per una qualche ragione *egli non era capace*, nel concreto, per diversi motivi, *di conoscere realmente la regola applicata* (o di *dominarla*). Potrebbe darsi il caso, secondo gli esempi riportati dallo stesso giurista tedesco, di un soggetto che prepari un tè avvelenato per la sua vittima senza poter nel frattempo sapere che il tè è stato davvero avvelenato da altri e credendo, al contempo, che lo stesso tè (nella sua pura forma), sia uno strumento idoneo all’avvelenamento; o del bambino che, postosi al tavolo degli scacchi, correttamente compia, nell’ambito di una partita da altri iniziata, una mossa corretta ed atta a mettere in scacco l’avversario. Anche in questi casi, del resto, risulta evidente che, così come diversi sono i motivi che escludono la realizzazione delle condizioni *esterne* dell’azione, altrettanto varie possono essere le ragioni per le quali è la realizzazione di quelle *interne* a non poter più essere difesa.

Potrà dirsi, ad esempio, che il soggetto non abbia applicato la regola quando questi non conoscesse, o non potesse conoscerne, l’effettiva realizzazione. Perciò, nemmeno la cosiddetta condotta negligente (*Leichtsinn*) che siamo soliti rimproverare ad un soggetto è, secondo la lezione hruschkiana, vera e propria “condotta” (ovvero azione *ordinariamente* imputabile al primo livello): non lo è, ad esempio, quella del medico che somministri medicinali ad un paziente non essendo al corrente della pericolosità dei medesimi e con ciò causandone la morte<sup>267</sup>. Come nelle ipotesi riguardanti l’assenza di possibili alternative all’azione realizzata, anche in questi casi, infatti, il rimprovero mosso all’autore è frutto della *fictio* giuridica per mezzo della quale l’azione dall’esito infausto, di per sé non imputabile, è

---

<sup>266</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *ibidem*.

<sup>267</sup> *Ibidem*, p. 28.

*comunque imputata* come omicidio. Anche in questo caso, infatti, deve semmai parlarsi di una azione *occidendi seu vulnerandi imputanda in causa* – o di imputazione *straordinaria*<sup>268</sup>.

## **2. La struttura del giudizio imputativo.**

### **2.1. Le diverse “fasi del giudizio”.**

Appare appropriato, a questo punto, offrire una completa e complessiva illustrazione delle modalità e dei principi in base ai quali, secondo il Professor Hruschka, l’osservatore giungerebbe alla formulazione del giudizio “finale” sulla condotta – soprattutto in ambito giuridico. Tipica della sua *Zurechnungsstruktur*, infatti, è l’idea che quello che il giudice penale è chiamato ad esprimere sia un giudizio “composito”, esito di un processo suddivisibile in fasi quantomeno astrattamente distinguibili tra loro. Il modello potrebbe descriversi come un procedimento “trifasico”, composto, in particolare, da:

- 1) “imputazione di primo livello (*della condotta*)”;
- 2) “applicazione della legge al fatto”;
- 3) “imputazione di secondo livello (*alla colpa*)”.

Del *primo* livello di imputazione già si è detto molto, in realtà, nelle pagine precedenti. Esso corrisponde, infatti, al giudizio per mezzo del quale l’osservatore dichiara che un evento *possa* essere oggetto di applicazione della legge, che esso costituisca, cioè, “condotta” (rilevante). Primo oggetto dell’imputazione è, dunque, che il fatto osservato sia qualificabile come “condotta”. L’imputazione, tuttavia, non si limita a questo. All’imputazione appartiene, altresì, il giudizio per mezzo del quale si stabilisce il *titolo* con cui il fatto è attribuito al *suo* artefice: il giudizio, cioè, di rimproverabilità, di vera e propria colpevolezza dell’autore. Questa è l’imputazione di *secondo* livello.

Queste due imputazioni, benché connesse e correlate, costituiscono operazioni distinte. Per entrambe si parla di imputazione, giacché in ambo i casi si “attribuisce” qualcosa all’agente, ma il loro oggetto non coincide. L’attribuzione al merito o alla colpa del soggetto, infatti, presuppone che vi sia stato già un confronto tra la condotta realizzata e una regola posta a parametro di giudizio: se l’atto risulterà dovuto, non vi sarà luogo a discussioni in merito al merito o al demerito dell’azione. Parlare di merito o demerito presuppone, in effetti, che si

---

<sup>268</sup> Vedi *infra*, cap. III, par. 4.

verifichi una discrasia tra il fatto considerato ed imputato (la condotta) e la regola. Posto che il soggetto abbia agito in “libertà”, potrà quindi parlarsi di demerito qualora la condotta sia risultata non conforme alla norma rilevante; di azione meritoria, ove essa si sia spinta addirittura oltre il prescritto (supererogatoria).

La diversificazione di tali imputazioni presuppone, dunque, che il giudizio in base al quale al soggetto si attribuiscono le “*conseguenze*” (pena o premio) della propria azione, non debba né possa confondersi con quello, necessario per la decisione sulla “giuridicità”, relativo alla qualifica dell’azione come condotta *propria* dell’agente.

Tale distinzione, peraltro, non costituisce mero esercizio accademico. Innanzitutto, come più sopra illustrato, l’origine della stessa è risalente e, tra gli autori tedeschi del XVIII secolo, possono rinvenirsi espliciti riferimenti a una distinzione tra *imputatio iuris* ed *imputatio facti* che molto assomiglia a quella qui proposta. Daries, in particolare, propose tale distinzione nel 1740 e, secondo uno schema in tutto simile a quello adottato dal Professor Hruschka, riteneva che tra questi due livelli imputativi si ponesse la “*applicatio legis ad factum*”. L’applicazione della legge al fatto avrebbe presupposto la precedente *imputatio facti* e sarebbe stata presupposto per la successiva *imputatio iuris*. Le due operazioni imputative, tuttavia, non dovevano intendersi come diverse *specie* di imputazione, ma come parti integranti un unico e medesimo processo. “*Notandum est, imputatione facti et imputationem iuris non esse diversas imputationis species.*”<sup>269</sup> Le due imputazioni – assieme – sarebbero concorse a stabilire, ed è questo che interessa al giudice, se l’atto, imputato, fosse attribuibile alla colpa. Ed è questa per Daries l’*imputatio plena*: “*Plena igitur imputatio est declaratio, ad quem factum eiusque merita pertineat*”.<sup>270</sup>

Inoltre, sebbene il tema fosse stato per lo più trattato, dalla dottrina del passato, col fine prevalente di studiare e classificare i casi di *scusa* e di *giustificazione* (in particolare in relazione al tema della necessità), la distinzione di questi due livelli imputativi coincide proprio con quella trattazione differenziata che autori precedenti, e ancor più celebri dell’appena menzionato filosofo morale, avevano operato, ad esempio, in relazione ai casi di *vis absoluta* e di *vis compulsiva*. Ci si riferisce qui allo stesso Aristotele.

---

<sup>269</sup> Cfr. G. DARIES, *Institutiones Jurisprudentiae Universalis*, IV ed., Iena, MDCCLI, § 218, cor. I, p. 117. *Supra*, par. 1.3. Su questi livelli imputativi e le loro origini storiche vedi anche, tra i molti contributi dell’Autore, uno dei più recenti: *Zur Interpretation von Pufendorfs Zurechnungs- und Notstandslehre in der Rechtslehre der Aufklärung*, in M. BEETZ, G. CACCIATORE, *Die Hermeneutik in Zeitalter der Aufklärung*, 2000, pp. 181 – 195.

<sup>270</sup> *Ibid.*, § 219, p. 117.

Lo stagirita, in particolare, distingueva il caso dell'azione compiuta da un soggetto a ciò "irresistibilmente costretto" da un terzo (= vittima di *vis absoluta*) dai casi di intimidazione, ove a venire in rilievo è invece *il processo di formazione* della volontà, non già la sua sussistenza concreta al momento dell'azione<sup>271</sup>. Ebbene, per lo stesso Aristotele era dubbia la questione circa la possibilità di considerare le azioni scaturenti da entrambe tali circostanze come ugualmente *involontarie*. Questi, in effetti, partendo dall'idea che ciò che si fa per ignoranza o per violenza non sia volontario, distingue, in altri passaggi della propria opera, il "non volontario" (οὐχ ἐκούσια, οὐχ ἐκούσιον) dall' "involontario" (ἀκούσια, ἀκούσιον)<sup>272</sup>. Ma, poiché tanto la violenza quanto l'ignoranza escludono il "volontario", esse potrebbero generare tanto il "non volontario" quanto "l'involontario". L'azione "costretta" potrebbe in realtà essere tanto un'azione "involontaria", quanto un'azione "non volontaria"; e lo stesso dicasi per il caso di una condotta compiuta nell'ignoranza<sup>273</sup>. Ebbene, avrebbe senso, quantomeno per operare nel rispetto proprio dei dettami aristotelici, adottare un nome specifico per i diversi tipi di "non volontarietà" che da tali circostanze possono derivare. E distinguere i due livelli imputativi può rivelarsi strumento utile proprio a tal fine<sup>274</sup>.

Del resto, parte della tradizione è anche la distinzione tra l'ignoranza sul fatto e l'ignoranza del precetto: distinzione propria del diritto comune<sup>275</sup> così come dello stesso Aristotele, che distingueva addirittura tra gli errori "sul tipo" e quelli sul precetto. Ed anche la distinzione dei due livelli imputativi imporrebbe, come si vedrà, di collocare questi due tipi d'errore su due

<sup>271</sup> "Si ammette, dunque, comunemente, che sono involontari gli atti compiuti per forza o per ignoranza. Forzato è l'atto il cui principio è esterno, tale cioè che chi agisce, ovvero subisce, non vi concorre per nulla: per esempio, se si è trascinati da qualche parte da un vento o da uomini che ci tengono in loro potere. Le azioni che si compiono per paura di mali più grandi oppure per qualcosa di bello (per esempio, nel caso in cui un tiranno ci ordinasse di compiere qualche brutta azione tenendo in suo potere i nostri genitori e i nostri figli, sì che se noi la compiamo essi si salveranno, se no, moriranno) è discutibile se siano involontarie o volontarie". Cfr. ARISTOTELE, *Etica a Nicomaco*, 1110a<sub>5-6</sub>. Del resto anche Daries distingueva tre differenti tipi di necessità, che corrispondono all'esclusione dei due diversi livelli di imputazione – *iusuris* e *facti* – o ad eliminare la valorizzazione contraria a legge. Cfr. G. DARIES, *Observatio LI*, citata in J. HRUSCHKA, *Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln*, in *Rechtstheorie* 22, 1991, pp. 449 – 460.

<sup>272</sup> Espressioni che corrisponderebbero, rispettivamente, al latino *non velle* e *nolle*. Lo stesso TOMMASO D'AQUINO, a questo proposito, scriveva: "L'espressione non volere viene usata in due sensi. Primo, come un'unica dizione, cioè come se fosse l'infinito del verbo latino nolo [non voglio]. Per cui, come il dire: *Nolo legere*, equivale a: Voglio non leggere, così non voler leggere significa avere la volontà di non leggere. Quindi il non volere in questo senso determinerebbe un fatto involontario [se la lettura fosse imposta con violenza]." Cfr. *Summa*, I – II, q. 6, art. 3, sol. 2. Distinzione ribadita alla q. 76, a. 3, ove distingue tra "*involuntarium*" e "*non volentem*".

<sup>273</sup> Particolarmente interessante potrebbe rivelarsi, a questo proposito una ulteriore distinzione aristotelica, che potrebbe forse ancor meglio aiutare a spiegare quella tra imputazione di primo e di secondo livello. Ci si riferisce alla distinzione che lo stagirita operava tra ciò che è frutto di "volontarietà" (ἐκούσιον) e ciò che è, invece, frutto di "elezione" (προαίρεσις) – una differenza che potrebbe affiancarsi a quella molto più recentemente suggerita da Dan-Cohen tra "choice" e "election": cfr. M. DAN-COHEN, *Conception of Choice and Conception of Autonomy*, 1992, in *Ethics*, 102 (2), pp. 221-243.

<sup>274</sup> Sulla differenza tra *vis absoluta* e *vis compulsiva*, estensivamente: cfr. J. HRUSCHKA, *Die Nötigung im System des Strafrechts*, in *JuristenZeitung*, 50, n. 15/16, 1995, pp. 737 – 745, in particolare, pp. 738 – 740.

<sup>275</sup> Cfr. F. SCHAFFSTEIN, *Die allgemeine Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, Springer, 1930, pp. 131 – 146.

diversi piani: il primo, atto ad escludere l'imputazione del fatto; il secondo, quella della colpevolezza.

Queste tracce storiche sembrano confermare come la filosofia pratica e morale siano state costrette a differenziare dei casi che, proprio adottando il "duplice" schema imputativo sviluppato dal Professor Hruschka, possono agilmente distinguersi tra loro e ricevere adeguato e coerente trattamento da parte del giudice.

## **2.2. L'imputazione di primo livello.**

Secondo il pensiero di Hruschka, quella che Daries chiamava *imputatio facti* equivale all'imputazione di primo livello e, già si diceva, presupposti di tale giudizio sono le peculiari "capacità" e "conoscenza" del soggetto agente. Da ciò si ricavava come *non tutti gli eventi* potessero essere "imputati", ossia dichiarati idonei ad essere sussunti nella fattispecie legale (casi di *Nichtzurechnung*).

Non può esserlo, ovviamente, la valanga che causi la morte di un essere umano, certo non descrivibile nei termini di "commissione" di condotta omicidiaria. Le norme restano ad essa inapplicabili per il fatto che il verificarsi dell'evento non può essere imputato ad alcuno. Allo stesso modo, tuttavia, non può nemmeno dirsi che Tizio abbia *commesso* una lesione volontaria, almeno *prima facie*, ove Caio, esercitando irresistibile forza fisica, abbia spinto il gomito di Tizio contro la faccia di Sempronio. In questo caso, infatti, il divieto (che costituisce reato) di provocare lesioni a un terzo diviene inapplicabile alla condotta di Tizio (*vis absoluta*). Lo stesso dicasi nel caso in cui l'agente si trovi in un tale stato di intossicazione da non poter più controllare i propri movimenti fisici e cada a terra infrangendo una vetrata (incapacità). Nessun danneggiamento potrà essere imputato al soggetto e la legge sarà di nuovo inapplicabile poiché ogni applicazione della norma presuppone che l'azione possa essere letta come cosciente e volontaria applicazione di una "regola" da parte dell'agente. Come già rilevato, infatti, di condotta non può parlarsi non soltanto nel caso degli eventi "naturali", ma anche quando l'agire umano non sia connotato da precisi caratteri di libera autorità.

L'imputazione di primo livello, inoltre, non dice soltanto che il fatto possa *genericamente* qualificarsi in termini di condotta. La condotta, infatti, lo si diceva, non esiste mai

*separatamente*, su di un piano astratto ed oggettivo, avulsa dal contesto in cui viene a realizzarsi. Al contrario: la condotta è tale in relazione a ciascuno e a tutti i propri aspetti rilevanti, nonché in relazione alla concreta e specifica situazione – altrettanto rilevante – in cui è stata realizzata.

La rilevanza delle circostanze situazionali e degli aspetti particolari della condotta, del resto, ed è questo che ora preme rilevare, non è data soltanto dai giudizi “strettamente imputativi” dell’osservatore (che si baserà sulle proprie regole di esperienza e sulla propria “comprensione” dell’altrui agire). Tale rilevanza può infatti desumersi, ed essere espressamente affermata, anche dalla stessa legge che ad essa deve *criticamente* applicarsi.

Si pensi, a tal proposito, ai casi di legittima difesa, o di soccorso doveroso. In tali situazioni gli aspetti rilevanti delle condotte considerate non sono dati soltanto dai “fatti” – rappresentati dal soccorso o dalla difesa legittima -, ma anche e proprio dalle circostanze nelle quali - e con le quali - essi si compiono e che la legge non manca di esplicitare. Il soccorso, ad esempio, ben può cessare di essere doveroso ove il soggetto obbligato, adempiendo a tale obbligo, rischi, nel caso concreto, di perdere, o di mettere in serio pericolo, la propria stessa vita. Allo stesso modo l’omicidio, normalmente vietato, cessa di essere reato se, alla luce delle circostanze concrete, esso può dirsi atto di legittima difesa. Queste sono circostanze che, pertanto, rilevano già ai fini dell’imputazione di primo livello.

L’*imputatio facti* è dunque un giudizio che riunisce in sé aspetti differenti, descrittivi ed ascrittivi.

Da una moltitudine di fatti esistenti ed osservabili, il “giudice”, con ciò intendendosi chiunque guardi retrospettivamente all’azione compiuta, seleziona alcuni fatti determinati e, nell’ottica della successiva sussunzione a legge, *li interpreta* come “condotta rilevante”, realizzata in una *situazione* altrettanto *rilevante*. Un siffatto giudizio, invero, si formula anche rispetto alle constatazioni più grossolane, quali ad esempio: “Tizio ha rischiato la sua vita per salvare Caio”; o “Caio ha ucciso Sempronio nonostante Sempronio non lo avesse in nessun modo aggredito”. Con queste ultime espressioni, in particolare, si imputano a Tizio e a Caio delle condotte proprio alla luce di quelle circostanze che, secondo la legge che costituisce parametro per il “confronto” tra condotta e norma, sono, o non sono, rilevanti.

Quanto, invece, alle circostanze che varrebbero ad indicare vuoi l’esistenza di una *vis compulsiva* (anziché *absoluta*), ossia una forza costrittiva che abbia reso meno libero l’agire del soggetto, vuoi quella di un forte (ma non totale) stato di intossicazione del medesimo, esse



non vengono menzionate e non rilevano nell'ambito dell'imputazione di primo livello. Il ricorrere di tali circostanze non vale, cioè, ad escludere la sussistenza di tale giudizio.

Benché esse possano - e debbano - rilevare nel giudizio *finale* sulla condotta, infatti, tali circostanze non valgono a stabilire se quest'ultima sia conforme o contraria a norma o, infine, supererogatoria. Le circostanze considerate ai fini dell'*imputatio facti* rispondono, in un certo senso, solo a delle *prime* esigenze classificatorie. Soltanto dopo che tali prime e fondamentali questioni (capacità dell'agente, dominabilità della regola, conoscenza dei fatti rilevanti) siano state risolte, e la condotta sia stata "confrontata" con le norme vigenti, entrerà in gioco la cosiddetta *imputatio iuris*. Soltanto a seguito della critica della condotta svolta in base alle norme di legge ci si preoccuperà, cioè, di stabilire, alla luce di ulteriori circostanze, la meritevolezza di pena o di lode della condotta concreta. Soltanto a seguito dell'imputazione di *secondo livello*, un'azione supererogatoria realizzata sotto minaccia potrà – correttamente – non imputarsi anche al *merito* dell'autore.

### **2.3. L'applicazione della legge.**

Tra il primo ed il secondo giudizio di imputazione il Professor Hruschka colloca quella fase del giudizio che egli stesso definisce come applicazione della legge al fatto, la vera e propria sussunzione, che qui merita d'essere illustrata ed approfondita.

In effetti, fatto primo ed imprescindibile perché la teoria imputativa sin qui descritta possa dirsi dotata d'un qualche interesse scientifico, oltre che argomentativo, è che le strutture del "giudizio" che vanno disvelandosi, ovvero quelle che consentono di definire dei suoni "linguaggio", o dei movimenti "condotta", diano vita a delle possibilità classificatorie di pratica utilità altrimenti impensabili per il giurista. Già s'è detto, invero, che l'imputazione è quel presupposto primo perché di una condotta possa aversi vera e propria "comprensione". Allo stesso modo, tuttavia, l'imputazione di primo livello – ossia la dichiarazione che un soggetto è causa libera di un'azione – è proprio ciò che consente di sottoporre la medesima a critica ed è questo un aspetto che per il penalista non può che dirsi fondamentale.

Dire che un'azione è criticabile, in particolare, significa poterla porre a confronto con una o più regole determinate. Gli esiti della critica potranno essere tanto *positivi* quanto *negativi*: dal confronto la condotta realizzata potrà risultare tanto conforme quanto contraria alla regola

posta a parametro di giudizio. Presupposto necessario ed imprescindibile a che tale operazione sia *possibile*, tuttavia, è che l'azione stessa sia davvero *confrontabile*, ovvero: “*es muß die Form haben, kraft deren es überhaupt regelkonform sein kann, auch wenn sich dann herausstellt, daß es nicht regelkonform ist.*”<sup>276</sup>

Ebbene, questa possibilità di critica è data proprio dalla forma in cui, stando alla teoria hruschkiana, la condotta si presenta all'osservatore. Essa è possibile, infatti, solamente, e nella misura in cui, l'azione sia intesa come applicazione di una regola, secondo le strutture epistemiche già proposte dall'Autore<sup>277</sup>. Non vi sarebbe altro modo, a suo parere, di considerare una condotta “confrontabile” con una regola diversa, quale è quella rappresentata dalla norma giuridica (e penale). E' *l'applicazione della regola dell'agire*, inveratasi nella condotta, ciò che si *critica*, confrontandola con la legge. La possibilità di critica discenderebbe, dunque, dallo stesso fatto del poter essere - e dell'essere effettivamente - giunti a dichiarare la natura di condotta di una determinata azione umana. Il collegamento tra imputazione e possibilità di critica si era già mostrato, del resto, nella definizione kantiana del giudizio imputativo. Quando il filosofo di Königsberg si riferisce alle “*Gesetzen*” (“*und unter Gesetzen steht*”<sup>278</sup>), infatti, intende esprimere l'aspetto morale e pratico di quella che sin qui s'è definita come “regola” di confronto.

Sino a quando l'azione umana resti tale, qualificabile come “evento” naturale, ma non comprensibile in termini di condotta, il confronto con una legge potrà esservi, ma soltanto con una legge intesa in senso naturalistico. Tale confronto, tuttavia, non equivale affatto ad una forma di critica. Parametrare un'azione in base ad una determinata legge di natura equivale soltanto, infatti, a *descriverla* e ad affermare l'eventuale concordanza tra l'evento/azione osservati e la legge. In assenza di tale concordanza la legge stessa dovrà modificarsi perché incapace, per l'appunto di *descrivere* la realtà – sempre che l'osservazione, o la soggettiva interpretazione della legge fisica non fossero esse stesse, per qualche ragione, inficcate da errore. Del tutto diversa la situazione che si offre allorché ci si riferisca a delle “regole”, a delle *leggi* in senso morale o giuridico, poste a parametro di confronto e critica. E' evidente che l'eventuale non corrispondenza ad esse di una condotta non condurrebbe mai l'osservatore a concludere che la regola sia sbagliata, o che l'analisi del fenomeno non si sia

---

<sup>276</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strukturen*, cit., p. 30.

<sup>277</sup> “*Nicht der Vorgang wird dann einer Kritik unterzogen, sondern allenfalls werden es meine Feststellungen und Gesetzesannahmen, die ihrerseits wiederum Handlungen sind.*” J. HRUSCHKA, cit., p. 31.

<sup>278</sup> “*Zurechnung (imputatio) in moralischer Bedeutung ist das Urtheil, wodurch jemand als Urheber (causa libera) einer Handlung, die alsdann That (factum) heißt und unter Gesetzen steht, angesehen wird (...)*”. I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797 – 98, 1803, *Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, Berlin, vol. VI, p. 227.

svolta correttamente. Qui, infatti, è la correttezza stessa della regola ad essere *pre*-supposta: e ciò è necessario perché possano esservi critica e confronto anche, e soprattutto, di quelle condotte che da essa si discostino. Tanto rispetto ad una “mera azione” quanto rispetto ad una “condotta”, dunque, si può presupporre l’esistenza di una regola che potrà essere assunta a parametro di confronto delle medesime. In conclusione, mentre la regola presupposta ai fini di un giudizio morale o giuridico sulla condotta diviene vero e proprio *metro* della condotta criticata, nel caso della legge di natura è l’azione a costituire il parametro: è l’evento che consente al terzo, che a questo la applichi, di affermarne la correttezza o l’erroneità.

Criticare la condotta implica, dunque: dapprima, aver presupposto quella regola che consentiva l’imputazione, quella cioè di cui la condotta costituisce applicazione; successivamente, aver individuato la regola con la quale *si misurerà* la condotta medesima<sup>279</sup>. Tali regole, inoltre, possono sia coincidere sia essere tra loro diverse, appartenendo a diversi sistemi o classi. Qualsiasi condotta, infatti, è notoriamente criticabile sulla base di molteplici sistemi “normativi”: in base alle regole della logica o dell’etica, a quelle della religione o, infine, a quelle del diritto. Quello della *critica* non è quindi dominio esclusivo dei giuristi o dei moralisti: essi svolgono soltanto una peculiare forma di critica delle condotte umane. Già nell’ascoltare l’altrui discorso, infatti, ciascuno di noi compie delle critiche, ad esempio quella volta a giudicarne la coerenza, in ciò riferendosi alle regole della grammatica, del linguaggio, della logica e della razionalità, ecc. E la stessa frase, sebbene corretta dal punto di vista grammaticale, potrà criticarsi per ragioni diverse: come nel caso in cui taluno “*correttamente*” affermi – “oggi piove” – mentre fuori splende il sole; ovvero nel caso in cui taluno inciti altri (correttamente) a commettere un reato o pronunci (sensate) frasi ingiuriose. Appliciamo regole “di confronto” (e non “di natura”), inoltre, anche quando giudichiamo corretta una mossa di scacchi, o intonato il canto di un passante; o, ancora, quando riteniamo che una condotta sia o non sia idonea allo scopo perseguito dall’autore, in ciò rifacendoci alle nostre personali regole di esperienza.

Diversamente dalle regole “presupposto per l’imputazione”, ovvero quelle che il soggetto *coscientemente e liberamente* applica nel realizzare la propria azione, le regole “di critica” (e così anche quelle legali) non necessitano d’essere conosciute dall’agente (se non ai fini di un giudizio – successivo - di colpevolezza<sup>280</sup>) per poter essere parametro di giudizio. In secondo

---

<sup>279</sup> “*Schon bei dem Zurechnungsakt, durch den ich den Vorgang als Handlung begriffen habe, habe ich eine Regel vorausgesetzt, nämlich die Regel, die ich in der Handlung als angewendet erachte. Jetzt, in der Kritik, setze ich wiederum eine Regel voraus, nämlich die Regel, an der ich die Handlung messe*“. J. HRUSCHKA, *cit.*, p. 32.

<sup>280</sup> Vedi *infra*, su imputazione di secondo livello e in particolare sulle cause della sua esclusione, par. 2.4. e 6.

luogo, esse non necessitano d'essere conformi a quelle *generalmente accettate* o riconosciute: *kelsenianamente*, esse devono soltanto essere valide e vigenti. Per tale motivo, all'interno di una cellula mafiosa ben potrà giudicarsi *appropriato* l'omicidio a sangue freddo di un traditore (nonostante la non conformità a norma *giuridica* statale e/o a norma *morale* della medesima condotta concreta).

Tale ultimo esempio dimostra, peraltro, come le regole che consentono la critica non soltanto siano molteplici e diverse, ma possano essere tra loro stesse in contraddizione. E' noto, del resto, come le leggi vigenti in un dato tempo ed in un luogo determinato possano essere ritenute "sbagliate", o illegittime, altrove o in un successivo periodo storico.

Ciò non significa, ad ogni modo, che quanto sin qui affermato circa la *non criticabilità* della legge-parametro sia men vero o abbia valenza soltanto relativa. Da un lato si è detto, infatti, che, una volta presupposta, la regola-parametro non potrebbe essere messa in discussione in ragione dell'esito *non conforme* del confronto tra essa e la regola applicata dall'autore nella condotta. L'atto con cui si presuppone la regola-parametro si pone, in effetti, ad un *metallivello* rispetto alla critica concreta e non risente né può risentire di questa. D'altro lato, tuttavia, ciò non vieta né esclude che la critica possa fondarsi su basi diverse. In primo luogo, il fatto stesso di aver – *coscientemente e liberamente* – *individuato*, scelto e, infine, presupposto una peculiare regola come parametro con cui "misurare" la condotta dell'uomo costituisce, allo stesso modo e per le stesse ragioni, *condotta*. Perciò *anche tale scelta* è qualificabile in termini di azione *imputabile ed imputata*, ovvero di una condotta che, per sua stessa definizione, è atta ad essere oggetto di critica (ad esempio in base a norme costituzionali, straniere, morali, logiche, ecc.). In secondo luogo, Hruschka stesso è fortissimo sostenitore di una visione anti-positivistica del fenomeno giuridico "in senso stretto"; egli non manca, cioè, di difendere l'imprescindibile *necessità di un diritto "naturale"*, di un diritto pre-esistente all'uomo. Soltanto quest'ultimo, infatti, giustifica l'esistenza dei perenni concetti di "giusto" e di "ingiusto", cui partecipa il "*Rechtsgefühl*" comune agli esseri umani di ogni spazio e di ogni tempo<sup>281</sup>. Soltanto esso ci consente di condannare i regimi e la violenza: "*es [gibt] Unrecht und Unrechtssysteme (...), die wir bei einiger Redlichkeit auch als "Unrecht"*

---

<sup>281</sup> „Warum erscheint uns das Kelsensche System, zusammen mit anderen ihm verwandten Systemen, trotz der intellektuellen Faszination, die es ausüben mag, eigentlich so dubios? Warum bin ich eigentlich so unfähig, Mord, Raub, Vertreibung, Sklaverei und andere Formen der Vergewaltigung mit dem Rechtsbegriff zu assoziieren? Woher kommen uns solche Kollisionen? Es ist offenbar so, daß wir schon immer, wenn auch nicht über einen Begriff, so doch über einen Vorbegriff von dem verfügen, was wir „recht“ und „unrecht“, „richtig“ und „unrichtig“ nennen, und daß uns dieser Vorbegriff des Rechten und Rechts, des Richtigen und Unrichtigen dabei als unabhängig von allem „positiven Recht“ erscheint.“ J. HRUSCHKA, *Vorpositives Recht als Gegenstand und Aufgabe der Rechtswissenschaft*, in *JuristenZeitung*, 47, n. 9, 1992, p. 431.

*und Unrechtssysteme bezeichnen müssen. Aber das ist nur möglich, wenn wir einen Maßstab haben, der inhaltlich etwas ergibt und an dem gemessen Taten und Systeme als unrecht und Unrechtssysteme erscheinen*<sup>282</sup>. Prescindere da un diritto “pre-positivo” significa, invece, portare il *diritto* al paradosso, slegarlo completamente dalla realtà e renderlo strumento utile soltanto all’esercizio del potere. Si vuol precisare, tuttavia, che l’argomento *giusnaturalistico*, non ha a che fare con quello *imputativo* (quantomeno non ai fini che qui interessano). L’imputazione non esiste, cioè, *per correggere* la norma, ma esiste *a prescindere dalla norma*. E nulla vieta – purtroppo – che poi, all’azione imputata, si possano applicare anche norme radicalmente ingiuste.

Ciò detto, tornando alle *strutture* del giudizio d’imputazione, chiara è la rilevanza di questo passaggio, del momento di *critica* dell’azione in precedenza imputata. Prima di esso, infatti, l’imputazione – *di primo livello* – aveva soltanto consentito all’osservatore d’affermare il carattere di condotta dell’azione. A questo punto, invece, è possibile dichiararne un aspetto ulteriore, ovvero la sua *conformità, contrarietà o supererogatorietà* rispetto alla norma-parametro e, nel caso della scienza penalistica, rispetto alla legge penale. Questo mutamento d’aspetto dell’imputazione – il passaggio dall’affermazione di una condotta criticabile a quello di una condotta effettivamente criticata – era noto già nel XVIII secolo: Christian Wolff, in particolare, ebbe il merito di riportare chiarezza sul punto, distinguendo chiaramente l’applicazione della legge al fatto dall’*imputatio*<sup>283</sup>.

Wolff, tuttavia, assimilava quella che Hruschka definisce imputazione di *secondo livello* all’applicazione della legge, con ciò conducendo ad una perdita di quella tripartizione del giudizio che Pufendorf, invece, già aveva individuato<sup>284</sup>. Il filosofo J. Daries, successivo a Wolff, aveva cercato di porre rimedio alle forse troppo sintetiche affermazioni wolffiane ed espressamente affermava, in riferimento agli scritti del suo predecessore, quanto sopra già

---

<sup>282</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Ibid.*, p. 430.

<sup>283</sup> Al riguardo si era creato, in seguito alla definizione pufendorfiana d’imputazione, un equivoco, frutto della equiparazione tra imputazione e applicazione della legge ad opera di Köhler e di Heineccius (cfr. H KÖHLER, *Juris Naturalis Exercitationes VII*, 1732, - II ed., 1735, §§381 e 414; HEINECCIUS, *Elementa Juris Naturae et Gentium*, 1737 – II e., 1742, lib. I, § 95: “*Adplicatio legis ad factum dicitur imputatio*”). Wolff ebbe il merito di opporsi espressamente, nel 1738, a tale erronea identificazione proprio attraverso la definizione di imputazione da lui stesso fornita: “*Imputatio actionis (...) dicitur iudicium, quo agens declaratur causa libera ejus, quod ex actione ipsius consequitur, boni malique vel sibi, vel aliis.*”; e “*Ex applicatione legis ad factum intelligitur, actionem esse talem, quae imputari possit... Appare itaque actum imputationi definiri minime posse per applicationem legis ad facta.*” Cfr. C. WOLFF, *Philosophia Practica Universalis, Pars Prior*, 1738, § 527 e § 598.

<sup>284</sup> Queste le notazioni di LEHMANN al *De Officio Homins et Civis* di Pufendorf, pubblicate nel 1721: “*Imputatio prima praecedat secundam, et haec tertiam*”; “*Imputatio varia deprehenditur; vel enim auctori adscribitur illius actio humana; vel ei ut bona, mala aut indifferens tribuitur, vel consequentia actionis huius ipsi decernuntur*”. Tali riferimenti sono citati in J. HRUSCHKA, *Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf. Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von actio libera in se un actio libera in sua causa*, in *ZStW*, 96, 1984, pp. 661 – 702.

menzionato: “*notandum est, imputationem facti et imputationem iuris non esse diversas imputationis species*”<sup>285</sup>. Egli propose, nelle proprie opere, una diversa ricostruzione del “pieno giudizio”, secondo la quale l’*imputatio facti* e l’*imputatio iuris* sarebbero i due diversi livelli dell’imputazione, posti, rispettivamente, prima e dopo quel *diverso* atto rappresentato dalla *critica*, ovvero dall’applicazione della legge alla condotta<sup>286</sup>. La confusione ingeneratasi, nel corso del XVIII secolo, tra *imputatio iuris* e *applicatio legis ad factum*, tuttavia, permase, e l’opera di Daries, poco conosciuta, non fu sufficiente ad evitare l’errore.

Per questo stesso motivo, tuttavia, pare ragionevole ipotizzare, come Hruschka fa nei propri scritti, che tale errore non sia stato privo di conseguenze, dogmatiche e classificatorie. Pertanto, potrebbe ragionevolmente immaginarsi che, una volta liberata da tale fraintendimento, la dottrina penale potrebbe giungere alla soluzione di casi che, da allora ad oggi, continuano a trovare soluzioni contraddittorie o non del tutto giustificate. Ci si riferisce, in particolare, a quelle soluzioni giurisprudenziali adottate perché coerenti con la *morale* più diffusa, o con un diffuso *Rechtsgefühl*, ma che faticano comunque a trovare solide giustificazioni dogmatiche e normative ed a legittimarsi nell’ambito di una *strettamente intesa scienza* del diritto penale. Il riferimento corre qui, com’è evidente, anche ai casi di necessità ed alle “*scuse*”.

#### **2.4. L’imputazione di secondo livello.**

Che la seconda imputazione, quella che Daries chiamava *imputatio iuris*, sia distinta, nel pensiero di Hruschka, dall’applicazione della legge alla condotta, dovrebbe ormai essere dato acquisito. Diversamente da quest’ultima, infatti, essa non consiste in un *oggettivo “confronto”*, ma impone al giudicante di rivolgere *nuovamente* lo sguardo all’autore della condotta, al *soggetto* attivo dell’azione, ancora una volta *interpretandone, comprendendone* l’agire in termini di *libera volontà*.

---

<sup>285</sup> Cfr. G. DARIES, *Institutiones Jurisprudentiae Universalis*, Editio nova, 1754, *Scholium* § 218, citato in J. HRUSCHKA, *Struckturen*, cit. p. 35.

<sup>286</sup> Ben diversa da questa suddivisione dei giudizi imputativi era la wolffiana distinzione tra *imputatio physica* e *moralis*: mentre la prima era mera costatazione di un vincolo causale e fisico - “*deposita omni moralitate actionis*” - solo l’*imputatio moralis* era ascrizione di vere e proprie *actiones* a un soggetto - *agens*. Tanto l’*imputatio facti* quanto l’*imputatio iuris* di Daries dovrebbero quindi inquadarsi nell’ambito dell’*imputatio moralis* wolffiana. Sul punto cfr. J. HRUSCHKA, *Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf, passim*.

Dal punto di vista della scienza penale, come anche in ambito morale, l'imputazione di secondo livello suscita, evidentemente, maggiore interesse in relazione al caso in cui dall'esito del confronto tra la condotta imputata e la norma parametro emerga la contrarietà della prima al comando legale. In questi casi, infatti, il giudicante è chiamato a chiedersi se possa darsi la cosiddetta "*Schuldzurechnung*" - o "*Zurechnung zur Schuld*" – presupposto necessario ai fini dell'irrogabilità di una sanzione all'autore e riassunta proprio da questo secondo livello del giudizio imputativo. Solamente in presenza di una condotta imputabile *anche* alla *colpa* dell'*Urheber*, infatti, potrà affermarsi la *meritevolezza di pena* del soggetto autore, dovendocisi altrimenti limitare ad una dichiarazione di oggettiva non conformità a norma della condotta medesima.

Onde affrontare coerentemente tale aspetto, si rende preliminarmente necessario, come lo stesso Hruschka suggerisce, "*ripulire*" quel concetto di "colpa" (i.e. colpevolezza) che è stato vittima, nel tempo, di veri e propri abusi da parte della penalistica europea. "*Dieser Schuldbegriff hat eine Hypertrophie hinter sich, die ähnlich wie beim Handlungsbegriff zu einer Ontologisierung geführt hat*"<sup>287</sup>. In effetti, come in relazione alla condotta s'è dovuto constatare come essa non possa "esserci" o "darsi", ovvero esperirsi come tale, distinguibile secondo schemi squisitamente oggettivi dal mero evento o dall'azione *non libera*, così anche della colpevolezza dell'autore non sarebbe possibile affermarne *empiricamente* la sussistenza. Non *c'è* la colpevolezza. "*Schuld gibt es nicht*"<sup>288</sup>: la colpevolezza esiste soltanto come *risultato*, esito di un giudizio di imputazione al soggetto agente, relativo ad una condotta già dichiarata contraria a norma ed ora attribuita al suo *demeritum*.

Interessante, a questo proposito, l'analisi lessicale proposta dall'Autore in relazione ai termini di "colpa" ed alle azione dell'"incolpare" o dello "discolparsi". Hruschka sottolinea, a questo proposito, come l'atto con cui il soggetto "incolpi" qualcun altro di un'azione nasconda in se stesso, già sotto il profilo linguistico, il fatto che sia l'altro a portare "la colpa" del fatto, che sia questi a dover essere giudicato *colpevole* del medesimo. Lo stesso fenomeno si nasconderebbe, secondo l'Autore, dietro ai termini di "*causa*" ed "*accusatio*", propri del lessico romanistico<sup>289</sup>. L'*accusatio* e la "incolpazione" sarebbero gli atti (imputativi – *Zurechnungsakte*) attraverso i quali un determinato soggetto è dichiarato *causa* e/o *colpa* della condotta. Per questi motivi, parlare di "*Entschuldigung*", che letteralmente sarebbero "discolpa-zioni" (= cause di esclusione della colpevolezza), o di "*excusatio*" - escludenti il

---

<sup>287</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Struckturen*, cit., p. 36.

<sup>288</sup> *Ibidem*.

<sup>289</sup> *Ibidem*, p. 37.

giudizio di *causa* (libera) -, non dovrebbe essere molto diverso: in entrambi i casi si esclude, infatti, una possibilità di ascrizione, non discutendosi della conformità o contrarietà a norma del comportamento considerato. In ambo i casi quel che si esclude è un giudizio di “imputazione” all’autore<sup>290</sup>.

Sotto diverso profilo, a dimostrare la necessità di questo secondo giudizio imputativo, non soltanto ai fini di un reale rispetto del principio di colpevolezza e di personale responsabilità, ma ancor di più perché coesistente al concetto stesso di penale illiceità, Hruschka sottolinea come la filosofia morale del XVIII secolo utilizzasse il termine “*reatus*” solo in relazione a quei casi che, secondo le categorie della penalistica contemporanea, sono connotati, oltre che da oggettiva antiguridicità, dalla colpevolezza dell’autore. Per Achenwall: “*Defectus rectitudinis facti in poenam imputabilis vocatur reatus*”;<sup>291</sup> per Wolff, il *reatus* è la “*obligatione ad poenam patiendam*”<sup>292</sup>. Per Grolman, *Schuld* è termine con cui tradurre quello di *reatus*.<sup>293</sup>

Molte voci *deterministiche* del tempo attuale, tuttavia, si schierano a favore dell’eliminazione di questa fase del giudizio dall’ambito penale – e per molti versi ciò è già accaduto -. Tali tesi si reggono, in particolare, sull’idea che mai esisterebbe *vera e piena* libertà dell’essere umano; pertanto, l’indagine volta a comprendere le *intenzioni* che ne sorreggono l’agire sarebbe inutile e priva di senso. A tal proposito, il Professor Hruschka non manca mai, nei propri scritti, di dimostrare la banale irrazionalità e l’intrinseca contraddittorietà di queste posizioni (come nella sopra citata critica al behaviorismo),<sup>294</sup> giungendo alla conclusione che quella di *partire* dalla libertà della persona costituisce inevitabile necessità logica dello stesso ragionare. Ciò, anche alla luce delle riflessioni già svolte in merito alla “definizione di condotta” e al *necessario riferimento* ad un “autore-causa-libera” come presupposto per qualsiasi relazione intersoggettiva. Quel che può affermarsi, in effetti, non è mai *una tassativamente descritta* (oggettivizzabile) *assenza* di libertà *del soggetto*, ma il carattere non libero di *alcune azioni determinate*.

S’è già vista la “non libertà” di quelle azioni che, proprio per questa ragione, non possono imputarsi all’agente. Allo stesso modo, anche il giudizio di *colpevolezza* è inficiato, in certa

---

<sup>290</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strukturen*, cit., p. 37.

<sup>291</sup> Cfr. G. ACHENWALL, *Prolegomena Iuris Naturalis*, 1774, § 35.; in J. HRUSCHKA, *Strukturen*, p. 37.

<sup>292</sup> Cfr. C. WOLFF, *Institutiones Iuris Naturae et Gentium*, Halle, 1750, § 153, in *Gesammelte Werke*, sez. II, vol. 26, Thomann. M. ed., Hildesheim, 1969.

<sup>293</sup> Cfr. K. GROLMAN, *Grundsätzen der Kriminalrechtswissenschaft*, I ed., 1798, in particolare ai §§ 37 e 44; citato in J. HRUSCHKA, *Strukturen*, cit., p. 37, nota 29.

<sup>294</sup> Vedi *supra*, cap. III, par. 1.2.



misura, dalla *non libertà* dell'autore. Si tratterebbe di una libertà diminuita, limitata, che non fa venir meno l'imputazione di primo livello – che, per l'appunto, permane -, ma che esclude l'imputazione di secondo livello *di una condotta contraria a norma* (morale, giuridica, logica, ecc.). In questi casi, in particolare, si riconoscerà all'agente una *scusante*; o, per utilizzare un termine che più fedelmente equivale a quello tedesco delle “*Entschuldigung*”, ricorrerà qui una “*causa di esclusione della colpevolezza*”.

L'attenzione dello studioso deve dunque impegnarsi a definire i casi e le circostanze nelle quali una tale situazione potrà dirsi verificata e, di conseguenza, ritenersi esclusa la *Zurechnung zur Schuld*.

Ebbene, l'ipotesi di lavoro adottata dal Professor Hruschka, e da verificarsi a posteriori, è che i motivi che rendono la condotta umana contraria a legge “non libera” – o, meglio – *meno libera*, al punto da escludere la meritevolezza di pena dell'autore, siano analoghi a quelli, sopra riportati, atti ad escludere l'imputazione di primo livello.

In particolare, la scusabilità dell'azione antiggiuridica dovrebbe affermarsi:

a) in relazione alla “conoscenza” della regola da applicarsi nell'azione, ove il soggetto non conosca *quella determinata regola* che si assume applicata nell'azione e che ne consente la descrizione in termini di vera e propria condotta;

b) relativamente alla *capacità*, quando il soggetto sia, *rispetto a quella particolare e medesima regola* di cui la condotta è applicazione, *incapace di dominarla*.

L'analogia e il parallelismo tra i motivi di esclusione di imputazione di primo e secondo livello porterebbe ad affermare che, mentre nel primo caso, l'incapacità e l'ignoranza riguardano *tutte ed indistintamente le regole* di condotta che il soggetto dovrebbe, o potrebbe dover applicare, e dominare, per dirsi imputabile, nel secondo caso, ai fini della pena, incapacità ed ignoranza riguardano *quella regola particolare* che si è stabilito essere stata applicata ai fini della prima imputazione e che è risultata, a seguito della *critica*, contraria a norma.

Ciò detto, anche in questi casi ci si deve interrogare su quali siano le effettive ragioni che – sia pur limitate nei termini descritti – possono causare, nelle concrete situazioni della vita, quelle incapacità ed ignoranza del soggetto che sono rilevanti a questo secondo livello imputativo. Ebbene, come nel caso della prima imputazione, anche qui la definizione delle cause di incapacità ed ignoranza rispetto alla regola di condotta non può stabilirsi *a priori*, ma

consegue a un ragionamento che si fonda sulla regole dettate dall'esperienza degli osservatori/co-soggetti<sup>295</sup>. Soltanto così sarà possibile distinguere, da un lato, la non conformità a norma della condotta che sia anche frutto dell'impossibilità di conoscere la regola particolare, o dell'incapacità di dominarla e darle applicazione; e, dall'altro, le violazioni della norma-parametro che derivino da altre ragioni. Ancora una volta, il giudizio dell'interprete dovrà affidarsi, per tale discernimento, agli indizi "esterni" alla condotta, da valutarsi sulla base delle proprie esperienze, naturalmente condivise, o comunque condivisibili, con gli altri soggetti. Solo l'esperienza ci consentirà di dire quando un soggetto sia incapace di conoscere o dominare una particolare regola di condotta, cui abbia dato, tuttavia, "libera" applicazione nel proprio agire. Del ricorrere di tale circostanza, infatti, non potrebbe nemmeno chiedersi conferma all'agente: non lo si potrebbe interrogare sulle ragioni della propria apparente ignoranza<sup>296</sup>. Da un lato, perché la stessa domanda suggerirebbe a questi l'esistenza della regola ignorata; dall'altro, perché porre una domanda siffatta richiederebbe d'aver già constatato e presupposto, quantomeno, la capacità del soggetto di esserne a conoscenza.

L'esperienza, inoltre, è quella che dice - e che da sempre ha detto - al giudicante che la dominabilità di una regola di condotta è assai facilmente impedita, in concreto, al ricorrere, ad esempio, di situazioni di "necessità". Infatti, ove con quest'ultimo termine ci si riferisca a quelle situazioni nelle quali un agire si rende *necessario*, non certo in termini deterministici (i.e.: di per sé già da altro *causato*), ma nel senso di essere espressione di una scelta *meno libera* dell'agente, da questi compiuta perché "costretto" da alternative non desiderabili, è chiaro che non sarebbe la prima, ma la seconda imputazione a doversi escludere. Anche il ricorrere dei casi di necessità, tuttavia, non può che stabilirsi, a sua volta, attingendo all'esperienza. Qualunque aprioristica delimitazione del concetto sarebbe arbitraria e perciò stesso indifendibile all'interno di un ragionamento che, com'è vero per il caso dell'imputazione, si concentra sulla realtà soggettiva e particolare della persona coinvolta. Il diritto, proprio per queste ragioni, da lungo tempo formula delle *presunzioni di necessità*, delle *praesumptiones iuris* in base alle quali è ragionevole ritenere, al ricorrere di determinate circostanze, che la condotta antigiuridica dell'agente sia stata mossa *anche* da quest'ultima, anziché scaturire dalla piena autonomia dell'agente. Così la necessità che esclude la colpa è *presunta*, per il codice tedesco, quando il soggetto agisca "(...) *in einer gegenwärtigen, nicht*

---

<sup>295</sup> „Erfahrungen sagen uns, wann von der Unfähigkeit zu wissen auszugehen ist, Erfahrungen, wann aus anderen Gründen jemand nicht um die maßgebliche Regel weiß“. J. HRUSCHKA, *cit.*, pp. 41, 42.

<sup>296</sup> *Ibidem*.

*anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit (...), um die Gefahr von sich, einem Angehörigen oder einer anderen ihm nahestehenden Person abzuwenden (...).*<sup>297</sup>

Secondo il codice penale italiano, che, diversamente da quello tedesco, non distingue tra necessità giustificante e scusante, ugualmente *non è punibile* colui che *“ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo”*<sup>298</sup>.

Come detto, tali previsioni “normative” non sarebbero vere e proprie “leggi”, ossia parametri di confronto. Non si tratterebbe, cioè, di norme che *impongano un dovere o che stabiliscano un divieto*, ma di disposizioni che esprimono, *crystallizzandole nella lettera del codice, presunzioni* imputative fondate sulle regole d’esperienza<sup>299</sup>. Non sono “leggi”, in particolare, perché il ricorrere di tali circostanze non modifica, secondo Hruschka, la norma con cui si svolge la critica della condotta – che resta antiggiuridica. Esse rendono esplicito, invece, il fatto che il successivo passaggio del giudizio, ossia l’imputazione alla colpa, dovrà svolgersi tenendo conto di queste circostanze, e che essa potrà, pertanto, concludersi con esenzione dell’autore da rimprovero e da pena.

Secondo Hruschka lo stesso carattere di “esplicitazione” di norma imputativa di secondo livello, e non di *legge in senso stretto*, possiederebbe il § 33 StGB, riguardante l’eccesso difensivo: *“Überschreitet der Täter die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken, so wird er nicht bestraft.”* Anche in questo caso non vi è una legge *prescrittiva*. Se l’autore supera i limiti connaturati alla difesa legittima per errore, timore o paura, è evidente che il fondamento della sua non meglio precisata non punibilità (*nicht bestraft*) riposerà proprio sulle strutture della *Zurechnung* qui analizzate. Errore, timore e paura, infatti, anche in base alla nostra stessa esperienza, sono ragioni atte a causare, nell’agente, la non conoscenza o l’incapacità di applicare quella peculiare regola di condotta che egli stesso ha imputabilmente realizzato.

E’ proprio la *natura* di queste previsioni normative, peraltro, a rendere ragione del fatto che la critica ad esse diretta si sia raramente limitata ad argomenti di *politica criminale*, basandosi invece, molto più spesso, sulla loro stessa capacità di descrivere fedelmente quella realtà che

---

<sup>297</sup> Tale formula ricorre ai §§ 34 e 35 StGB: se l’azione necessitata avrà “salvato” un interesse prevalente, non sarà “antigiuridica” - *nicht rechtswidrig* (condotta giustificata); altrimenti il soggetto avrà soltanto agito *ohne Schuld* (condotta scusata).

<sup>298</sup> Art. 54 c.p.

<sup>299</sup> Il riferimento corre qui soltanto al § 35 StGB, ovvero all’ipotesi scusante, che esclude la *Schuld*.

ciascun uomo conosce - o può conoscere - in relazione alla libertà del proprio agire ed ai suoi limiti fattuali.

## **2.5. Conclusioni parziali.**

Alla luce di quanto sin qui esposto, quantomeno un dato dovrebbe essersi acquisito, ovvero che “imputare” non equivale ad “applicare la legge” al fatto.

*Imputare* non significa soltanto “constatare” qualcosa, ma implica un giudizio in virtù del quale si “stabilisce”, si “dichiara” la responsabilità di un agente per quanto realizzato. Il giudizio di imputazione, peraltro, non può nemmeno descriversi come un’azione limitata a “giudicare l’autore”: la possibilità e la reale esistenza della *Zurechnung* è, invece, ciò che rende possibile le nostre quotidiane relazioni umane e che fornisce ad esse vero fondamento. Già in Aristotele si legge che l’imputazione è operazione necessaria e costitutiva dell’umano; il modo in cui essa è trattata dal legislatore, attraverso esplicite disposizioni, pertanto, ne è un aspetto solo eventuale e non essenziale.

Imputare implica, lo si è visto, riferirsi a delle “regole”, delle norme dell’agire; tali regole, però, non sono quelle applicate *all’atto*, bensì *nell’atto*. La condotta umana è svolgimento stesso di tali regole, espressione pratica del loro “già avvenuto impiego” da parte dell’autore. Dare applicazione a delle regole, all’interno di un’azione, poi, esige che si parli di un fatto in cui ciò sia avvenuto (di una condotta); ed è per questo che parlare di condotta significa imputare. Similmente, è atto imputativo quello attraverso il quale si esprima il rimprovero dell’agente – o ne si lodi l’operato -: anche tale operazione, infatti, implica che qualcosa di ulteriore sia “posto”, sia “stabilito” dal soggetto imputante. “*Imputar exige crear*”<sup>300</sup>, in una qualche misura, nel senso che deve darsi vita a una “condotta” e, successivamente, a una “condotta rimproverabile”.

Il motivo per cui il positivismo, diffusosi dal XIX secolo in poi, non è stato capace di comprendere in se stesso una siffatta teoria imputativa, deriva, come già si è visto, dal fatto che ciò che per esso “esiste”, e che costituisce tanto punto di partenza quanto punto d’arrivo del ragionamento giuridico, sarebbe la legge soltanto. In ambito positivistico, il processo applicativo della legge consiste nell’opera interpretativa, della norma e del fatto, ed in esso

---

<sup>300</sup> Cfr. P. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y Teoría del Delito. La doctrina kantiana de la Imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Bdef, Buenos Aires, 2008, p. 47.

l'imputazione si riduce, per un verso, alla sussunzione del fatto entro la legge, per altro verso, alla dichiarazione di esistenza di una connessione causale tra l'autore e l'evento realizzato ed osservato. Una qualche forma di giudizio d'imputazione, in effetti, resta imprescindibile anche all'interno di una *positivisticamente intesa* esperienza giuridica. Per questo motivo un siffatto giudizio sussiste anche all'interno della contemporanea *teoria del reato*, proprio per evitare quel regresso *ad infinitum* cui inevitabilmente conduce una prospettiva esclusivamente causalista. Restare all'interno di una dinamica esclusivamente causalista, infatti, non consentirebbe mai di parlare di "condotta" umana, poiché questa presuppone la libertà e tale ultimo concetto non è concepibile entro tale schema descrittivo. Il causalismo può solo ragionare in termini di antecedenti necessari di ogni azione ed evento e diviene così, per l'appunto, ragionamento infinito e circolare.

Per tale ragione, dunque, la penalistica contemporanea non ha potuto *escludere del tutto* il giudizio imputativo dall'analisi giuridica dei fatti<sup>301</sup>; allo stesso tempo però, in ragione della paventata "incertezza" delle dinamiche che sin qui sono state descritte, essa ha adottato un'idea diversa d'imputazione, che direttamente dipende dalla legge positiva. Già ai tempi delle prime codificazioni, infatti, la dottrina maggioritaria sollevava critiche e rimproveri a quella dottrina dell'imputazione che Hruschka tenta di riportare alla luce: critiche fondate sull'idea che la sua applicazione rappresenterebbe una scusa per allontanarsi dalla lettera della legge e per rendere vana la pretesa di controllo del potere legislativo. Pertanto, la penalistica successiva, come illustrato al capitolo precedente, scelse di "approssimarsi" soltanto alla teoria dell'imputazione, anziché "accoglierla", riducendola a quanto previsto dalle norme concernenti l'ascrizione del fatto o della colpa, ma anch'esse "derivanti", per l'appunto, dal testo di legge. Una siffatta interpretazione dell'imputazione è, in effetti, quella che ancor oggi esiste, si sviluppa ed è discussa nella letteratura penale<sup>302</sup>.

Vi sono dunque due modi diversi di comprendere l'imputazione, la dichiarazione di "responsabilità giuridica" (e morale) dell'autore: 1) come *applicazione del diritto* all'azione; 2) come *imputazione dell'azione come condotta*. Non v'è chi non veda, del resto, come la

---

<sup>301</sup> "Pronto [in seguito all'opera di von Liszt] se vio que la acción no era sólo un movimiento físico. Sino una conducta que importa al Derecho penal en función de su significado social, que puede depender de su intención. Más evidente era aún que la antijuridicidad no es una mera descripción de una causación, sino, inevitablemente, un juicio de desvalor, que también depende de aspectos significativos del hecho no puramente causales. Del mismo modo, el significado negativo del concepto de culpabilidad no podía sustituirse por la sola constatación de una conexión psicológica cuasi-causal entre el hecho producido y la mente del autor, como lo demostró la inexistencia del tal vínculo psicológico en la culpa inconsciente y, en definitiva, la esencia normativa de toda imprudencia, así como la insuficiencia del propio dolo para la imputabilidad y para la negación de otras causas de exculpación." Cfr. S. MIR PUIG, *cit.*, p. 32.

<sup>302</sup> Com'è vero in relazione alle scuole di Roxin e di Jakobs. Cfr. S. MIR PUIG, *Limites del normativismo*, *cit.*; J. M. SILVA-SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, *cit.*, p. 18

prima opzione ermeneutica comporti l'azzeramento di tutte le considerazioni sin qui svolte e riduca la funzione del giurista alla sussunzione di fatti a legge. Soltanto optando per la seconda definizione di imputazione, invero, quella giuridica potrà ancora essere interpretata come attività *prudenziale*<sup>303</sup>.

Inoltre, quandanche intesa in questi ultimi termini, ovvero come giudizio ascrittivo autonomo e distinto dalla fase di sussunzione, l'opera del giudicante (*imputante*) continua a possedere, come si è dimostrato ed ancora si specificherà, i caratteri di un'attività del tutto razionale, per nulla caratterizzata da "arbitrarietà" e "soggettivismo".

Anche quella che segue la tradizionale strada dell'imputazione, ripercorsa da Joachim Hruschka, costituisce vera e propria scienza del giudizio, che si fonda su presupposti oggettivi e determinati e che conduce a conclusioni costanti e prevedibili.

### **3. "Regole di condotta" e "regole di legge".**

Prima di proseguire nell'analisi, in particolar modo affrontando l'importante tema della cosiddetta "imputazione straordinaria", ci si deve ora soffermare su di una distinzione che quanto sin qui considerato rende imprescindibile. Ci si riferisce, in particolare, a come le regole che siamo soliti qualificare con il termine di "legge", ossia quelle "norme parametro" che consentono di stabilire se una condotta sia conforme, contraria a norma, o supererogatoria, non possano confondersi con quelle che indichiamo come "regole di imputazione", ossia quelle regole dell'agire messe in pratica dal soggetto ed in base alle quali può affermarsi la sussistenza di ciascuno dei due citati livelli di ascrizione della condotta all'autore – tanto del fatto, quanto del merito<sup>304</sup>.

Innanzitutto, la differenza risulta in particolar modo evidente qualora si osservi come queste diverse regole siano anche indirizzate, in linea di principio, a soggetti diversi. Da un lato, infatti, la legge, che ha, in primo luogo, un necessario carattere "prospettico", dice *al soggetto* cosa questi debba o non debba fare nel futuro. Essa si esprime attraverso formule prescrittive

---

<sup>303</sup> "Aunque – como señalaron los neokantianos – toda teoría del Derecho penal está referida a valores y supone también tomas de posición normativas, debe encontrar una base objetiva en la realidad empírica y social que, por una parte, facilite la discusión intersubjetiva de su valoración y, por otra parte, abra las puertas a una adecuada incidencia del Derecho penal en la realidad. (...) la objetividad de la ciencia jurídica es sólo relativa y (...) la vida que importa al Derecho es en parte dada al hombre y en parte cosntruida (colectivamente) por él." Cfr. S. MIR PUIG, *cit.*, p. 67.

<sup>304</sup> Per la trattazione qui di seguito svolta cfr. J. HRUSCHKA, *Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln*, 1991, cit.

in senso stretto, per mezzo di norme che impongono o che vietano alcune condotte: i. e.: “devi soccorrere”; “non devi uccidere”. Con ciò, la legge si rivolge direttamente soltanto a colui che, per mezzo di esse, è soggetto ad un obbligo (di fare o non fare). La legge, inoltre, contiene anche norme di eccezione, cioè norme che sollevano il soggetto medesimo dall’obbligo di agire, o che, al ricorrere di alcune circostanze, scriminano (cioè permettono) una condotta altrimenti vietata, come nel caso della legittima difesa: “ti è consentito uccidere l’aggressore ove ciò rappresenti strumento necessario per reagire”. Tali eccezioni appartengono, però, necessariamente, al medesimo sistema di norme formulanti le prescrizioni, essendo dotate della capacità di porre nel nulla o di far cessare l’efficacia delle medesime, ove ricorrenti<sup>305</sup>. Anch’esse, pertanto, si dirigono al soggetto obbligato ed hanno uguale natura prospettica: possiedono tutte una funzione configurativa; loro compito è anche quello di influire sul modo in cui il soggetto orienterà il proprio comportamento. Si noti sin d’ora, tuttavia, che questo discorso vale *soltanto* per le cause di giustificazione “intra-sistematiche”: quelle tali *perché* previste dalla legge positiva<sup>306</sup>.

In secondo luogo, le norme di legge sono anche metro di valutazione e ciò quando delle stesse si faccia retrospettiva applicazione. Quando un “giudice”, o quando qualunque terzo, ivi compreso l’obbligato stesso in un momento successivo alla realizzazione della condotta, facciano uso delle norme di legge per “considerare”, per valutare la condotta realizzata, esse perdono necessariamente il loro carattere “prospettico”. Si applicheranno *retrospettivamente*,

---

<sup>305</sup> „Solche Verhaltensanweisungen bilden ein System, wenn sie als zueinander gehörig, als Teile eines einzigen Ganzen aufgefaßt werden. Den Vorschriften des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs, die selbst den Sinn von Handlungsanweisungen an der Richter haben (...) liegen nach heute wohl allgemeiner Auffassung Verhaltensanweisungen zugrunde, nach denen sich jedermann zu richten hat, und diese Verhaltensanweisungen gelten als Teile einer Einheit von „Normen“, wird doch unter dem Stichwort „Einheit der Rechtsordnung“ sogar die gesamte Rechtsordnung üblicherweise als ein System in diesem Sinne verstanden. Rechtfertigungsgründe sind Sätze, die Ausnahmen zu einer Regel formulieren. Nun ist es freilich oft eine bloß technische Frage, ob eine Regel unter Bedingungen aufgestellt oder ob statt dessen eine Regel-Ausnahme-Kombination gewählt wird. Doch ändert das nichts am Begriff des Rechtfertigungsgrundes. Allerdings müssen als Rechtfertigungsgründe auch alle Annahmesätze anerkannt werden, die dadurch entstehen, daß eine Regel und eine in ihr enthaltene Bedingung sprachlich in eine Regel-Ausnahme-Kombination umgewandelt werden, gleichviel wer die Umwandlung vornimmt.“ J. HRUSCHKA, *Extrasystematische Rechtfertigungsgründe*, in *Festschrift für Edmund Dreher zum 70. Geburtstag*, WdG, Berlino, 1977, p. 189. Tra i moltissimi scritti di J. HRUSCHKA sul tema, cfr.: *Strukturen der Zurechnung*, cit., pp. 34 e ss.; ID., *Der Gegenstand des Rechtswidrigkeitsurteils nach heutigem Strafrecht. Zur Konsistenz möglicher Konzeptionen von der Bedeutung der Tatumstandsirrümer*, in *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 1980, pp. 1 – 22.

<sup>306</sup> Il discorso non varrebbe, invece, per quelle “extra-sistematiche”, che Hruschka descrive come regole sì, ma poste a un livello *diverso* da quello dell’ordinamento – come lo sono quelle della logica o della grammatica – e che quindi, rispetto alla legge, rivestono il carattere di *Meta-Regeln*. “Ein extrasystematischer Rechtfertigungsgrund formuliert eine Ausnahme zu dem Grundsatz, daß die Verhaltensanweisungen des Regelsystems zu befolgen sein, auf das er sich bezieht”. J. HRUSCHKA, *Extrasystematische Rechtfertigungsgründe*, cit. p. 190. Tali sarebbero, in particolare, quelle giustificanti che non devono il proprio valore alla “norma”, ma che sono necessarie per la stessa validità del sistema giuridico. Hruschka annovera tra queste il principio di “collisione di interessi” o il “*volenti non fit iniuria*”. *Ibid.* pp. 190 e ss. Solamente quelle extra-sistematiche devono il proprio valore all’*interesse* che proteggono. Una volta che esse siano intra-sistematiche, quel che conta è il rapporto regola-eccezione. “Die Aufgabe, die sich damit stellt, besteht darin, im einzelnen zu untersuchen, ob und, wenn ja, wann und inwiefern einem Rechtfertigungsgrund extrasystematischer Charakter zukommt.” *Ibid.*, p. 191.

onde stabilire se l'obbligato abbia fatto di più, abbia esattamente adempiuto, o, infine, non abbia rispettato quanto imposto dalle norme. Questo diverso utilizzo della norma legale si palesa anche attraverso le formule linguistiche utilizzate nei diversi momenti – e dai diversi soggetti. Nel momento in cui il giudice faccia applicazione della legge, infatti, egli la utilizzerà sempre “al congiuntivo” e per lo più in “forma interrogativa”, esprimendosi nei termini seguenti: “*si dica se* il soggetto non fosse più obbligato a rendere soccorso”; “*si stabilisca se* gli fosse consentito uccidere il terzo”. Questa peculiare struttura grammaticale sarebbe ulteriore indizio, secondo il Professor Hruschka, della natura in un certo modo “parassitaria” dell'applicazione *retrospettiva* della legge al fatto<sup>307</sup>. Essa dimostrerebbe, cioè, come la legge si rivolga al giudice soltanto in modo indiretto, trovando invece nel soggetto obbligato il proprio naturale destinatario. Ad ogni modo, quando la legge trovi applicazione retrospettiva, essa non esprime più dei comandi, ma delle fattispecie delittuose e delle circostanze giustificanti. Queste due funzioni della legge, prescrittiva e valorativa, per quanto tra loro diverse, debbono sempre interpretarsi in maniera unitaria, come due facce della stessa medaglia. In questo senso non possono esistere regole di “giudizio” (se con ciò ci si riferisca a quelle legali) che non siano al tempo stesso *anche* “regole di comportamento”. Affermare il contrario sarebbe assurdo e certamente in contrasto con il minimo rispetto del principio di legalità.

Realmente diverse, invece, dalle regole di “legge”, sono le regole di “imputazione”. In primo luogo, esse si rivolgerebbero solo ed esclusivamente al terzo giudicante. Un giudicante che, tuttavia, non deve necessariamente vestire i panni del pubblico ufficiale: lo stesso Kant, infatti, distingueva la “*rechtskräftige*” dalla “*nur beurteilende Zurechnung*”<sup>308</sup> – ossia l'imputazione “giudiziale” da quella “meramente decisionale” –, con ciò indicando che l'applicazione delle regole imputative non è appannaggio esclusivo del giudice e dunque non coincide con l'applicazione (pubblicistica) della norma positiva. La “*rechtskräftige Zurechnung*”, infatti, è soltanto eventuale, mentre la “*nur beurteilende Zurechnung*” è quell'operazione naturale compiuta da qualunque terzo che guardi ad un evento e giunga a ritenerlo “condotta”.

Quel che qui preme rilevare, del resto, è come soltanto il terzo osservatore della condotta possa chiedersi: a) se un evento possa qualificarsi in termini di condotta, sussumibile a legge

---

<sup>307</sup> “*This grammatical form illustrates the somewhat parasitic nature of the means employed in applying the law and shows that the law is addressed to the judge only indirectly*”. J. HRUSCHKA, *Imputation*, in *Birmingham Young University Law Review*, 1986, 3, p. 681.

<sup>308</sup> Cfr. I. KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Königsberg, 1797, in *Kant's Gesammelte Schriften, Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, ed. 1907, p. 227; citato in J. HRUSCHKA, *Imputation*, cit. p. 681.



(*imputatio facti*); b) se tale condotta, ove supererogatoria o contraria a legge, possa altresì qualificarsi in termini di lode o di rimprovero (*imputatio iuris*). Tali domande, invece, non sono e, soprattutto, *non possono essere rilevanti* per lo stesso soggetto obbligato.

*Ex ante*, in un'ottica prospettica, il soggetto obbligato può soltanto chiedersi cosa egli stesso sia o non sia tenuto a fare od omettere. Egli non può chiedersi, invece, né *se un fatto non ancora commesso sia qualificabile in termini di condotta* (imputazione di primo livello); né se tale fatto, ancora da realizzarsi, *meriti (meriterà) lode o rimprovero* (imputazione di secondo livello). E' ben vero, infatti, che tali domande potrebbero porsi alla mente dell'autore in forma condizionale e immaginaria: "*Che ne sarebbe se io omettessi tale soccorso? Se uccidessi tal soggetto?*". Ma, come era vero nel caso precedente, anche queste peculiari espressioni linguistiche, condizionali ed interrogative, confermano l'ipotesi che il *naturale destinatario* delle regole di imputazione sia il terzo giudicante e che esse servano a formulare giudizi tipicamente retrospettivi.

Anche il giurista nordamericano George P. Fletcher, peraltro, sembra accogliere la differenza menzionata da Joachim Hruschka tra "regole di legge" e "regole di imputazione". Il primo afferma, infatti, che la stessa distinzione tra "*wrongdoing*" e "*attribution*" è principio strutturale ed immanente al sistema penale ed egli stesso ricollega detta distinzione a quella sussistente tra la *legge da applicarsi* e le *regole di imputazione*<sup>309</sup>. Che tali sistemi, inoltre, si rivolgano naturalmente a diversi destinatari, è idea che pare potersi individuare anche nel pensiero del giurista americano alla luce della seguente affermazione: "*The question of wrongdoing is resolved under the set of primary legal norms prohibiting or requiring particular acts, as supplemented by norms of justification, which provide a license to violate the primary norms. The question of attribution is resolved under an entirely distinct set of norms, which are directed not to the class of potential violators, but to the judges and jurors charged with the task of assessing whether individuals are liable for their wrongful acts*"<sup>310</sup>.

In effetti, la distinzione tra regole "di condotta" e regole "di decisione", è divenuta, negli ultimi decenni, questione centrale nei dibattiti interni alla scienza giuridica, in particolar modo statunitense. Parlare di *conduct-* e di *decision rules*, o di *wrongdoing* e *attribution*, tuttavia, non equivale *necessariamente* ad aver fatto propria quella *Zurechnungsstruktur* che va qui delineandosi. Nonostante il pregio e l'originalità di alcuni contributi, tra i quali si ricorda, in particolare, quello del penalista cattedratico di Berkeley Meir Dan-Cohen, costruito attorno ad

---

<sup>309</sup> Cfr. G. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, 1978, p. 515.

<sup>310</sup> Cfr. G. FLETCHER, *ibid*, p. 491 – 492.

un immaginario e interessante esperimento di “*acoustic separation*”<sup>311</sup> tra i destinatari dei diversi generi di norma, la menzionata distinzione tra regole di condotta e di decisione, infatti, può ben risolversi in una mera operazione classificatoria. La differenza sostanziale, cioè, potrebbe ridursi, com’è vero nel caso del giurista nordamericano appena citato, all’interno di un’inalterata interpretazione *positivistica* dell’imputazione, ad una *soltanto formale qualificazione* di norme *comunque* appartenenti al medesimo *sistema della “legge”*. Dire, infatti, che esistono regole diverse, non vale a riportare al centro del dibattito l’antico concetto di imputazione: soprattutto, ciò non accade ove si ritenga che tanto le *conduct* quanto le *decision rules* debbano essere, e siano, previste dal codice penale o da altre leggi in senso stretto.

Il giudizio imputativo che è qui in discussione segue regole che certamente *possono* essere previste dal legislatore, ma che *non devono all’atto legislativo la loro validità*. Il legislatore può certamente, tramite espresse disposizioni, limitare, o estendere, il “naturale” giudizio imputativo dell’uomo sull’altrui agire, anche solo per ragioni di politica criminale: è questo il caso, ad esempio, dell’assoluta presunzione di inimputabilità dell’infraquattordicenne, non giustificata da una concreta incapacità o non conoscenza dei fatti da parte del soggetto agente. Ciò non inficia, però, il fatto che il giudizio imputativo medesimo già si svolga, indipendentemente dalle norme positive, in base a regole che derivano dalla soggettività e dalla libertà dell’essere umano che vive in relazione con altri soggetti<sup>312</sup>.

Le regole di imputazione, dunque, non appartengono alla “legge”, quantomeno in relazione a quell’accezione del termine che qui interessa. I due sistemi di regole – rispettivamente, di legge e di condotta – sono tra loro distinti e separati e poco importa che essi si “combinino” all’interno di un medesimo sistema legale, o che di entrambi debba farsi uso ai fini del giudizio: tale unione è e resta un’operazione compiuta dall’esterno, che non ne modifica né ne compromette la diversa natura e che è parte del complesso procedimento dell’ermeneutica giuridica<sup>313</sup>. Ovviamente, tale distinzione ha anche un carattere relativo e ciò in funzione del

---

<sup>311</sup> Cfr. M. DAN-COHEN, *Decisions Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, in *Harvard Law Review*, 1984, vol. 97, n. 3, pp. 625 – 677.

<sup>312</sup> Lo sguardo “oggettivo” sulle dinamiche imputative è errato perchè esso“(.) omits the fact that the law is not descriptive; it does not render the action and the will of the action as such, but transforms them into concepts which, invariably, deform reality.” MK. GUIU, *cit.*, p. 14.

<sup>313</sup> “(...) the penal law specialists continue to separate the crime – as a real deed – from the incrimination norm. But such a distinction denies what had just been stated – namely that the crime is a mere appellation, so to speak, a „label” which can be tagged to the actual deed, under certain legal conditions –, and besides this, one fails to acknowledge that fact the establishing of the compliance between the actual deed and the incrimination norm is not sufficient, per se, for the characterization of that deed as a crime (...). More than that, most penal law textbooks, include an analysis of the „crime structure”, so that one might think that crimes are just objects, while the jurist’s task is reduced to being able to tell apart these objects from other similar ones. This is why one deems it as necessary to remember what Professor Paul

soggetto di cui ci si occupi: nei confronti del giudice, infatti, le regole che per il soggetto giudicato costituiscono regole di imputazione divengono regole di comportamento. Questi non potrà, cioè, considerare l'atto condotta – e condotta colpevole –, se non nel rispetto delle prime.

#### **4. L'Imputazione straordinaria.**

##### **4.1. L'imputazione straordinaria: introduzione.**

Qualsiasi imputazione, esplicita o implicita, di primo e di secondo livello, impone che la persona alla quale essa è imputata abbia agito *liberamente*. In base alla citata definizione kantiana, infatti, l'elemento più importante, sebbene non il solo, del momento ascrittivo consiste proprio nel fatto che una persona possa essere riconosciuta come *causa libera* della condotta in esame. Similmente, per aversi imputazione *alla colpa* è necessario che non esistano ragioni atte ad indicare una minorata o deficitaria autonomia dell'agente.

Quanto *all'imputatio facti*, ne consegue che non potrà darsi imputazione ove l'azione commissiva o omissiva del soggetto sia da ritenersi *fisicamente necessitata*. Allo stesso modo, nessuna imputazione di condotta omissiva potrà aver luogo ove la corrispondente attività commissiva sia da ritenersi, nel caso concreto e per quel determinato soggetto, *fisicamente impossibile*. L'inglese Hutcheson sintetizzava queste osservazioni nella massima "*impossibilium et necessariorum nulla est imputatio*"<sup>314</sup>. Massima chiaramente ricollegabile a quella classica, tratta dal Digesto: "*Impossibilium nulla obligatio est*"<sup>315</sup>. Peraltro, ove all'impossibile si aggiunga il "necessario" – o il "necessitato" –, ecco che la formula rivela come la concreta *possibilità*, nonché la *contingenza*, ovvero la *non necessità*, dell'azione, siano, in positivo, gli imprescindibili presupposti per la sussistenza, in capo al singolo, di qualsivoglia obbligazione.

Da queste stesse affermazioni si ricava, inoltre, come anche l'esistenza di una qualsiasi obbligazione sia di per sé condizione sufficiente per assumere che l'azione, o l'omissione, che

---

*Georgescu said, namely that the „law plan is ... normative”. If in the case of history, for instance, „the purpose of the scientific elaboration is that of moving on from the descriptive phase to the explanatory one, without leaving reality”, in the case of the law, the scientific drafting must also exceed the facts determination phase, but not to give them a natural explanation, but to appreciate them, to give an opinion on their validity or, in other words, to issue „judgments”. In fact, this is how can one explain why the realities of the law are never similar to the objective ones. The legal concepts achieve, as he said, „a sequencing and schematized transcription” of the deeds; they „reduce reality, condense it and rationalize it as confuse and as abundant as it may be”. As a consequence, law does not deal with any deed which has not been converted.” Cfr. MK. GUIU, *cit.*, pp. 13, 14.*

<sup>314</sup> Cfr. F. HUTCHESON, *A System of Moral Philosophy*, in *5 Collected Works of Francis Hutcheson*, Fabian, 1969, p. 229.

<sup>315</sup> Cfr. CELSO, D. 50.17.185, in *Corpus Iuris Civilis*.

formano oggetto dell'obbligo, siano ritenute tanto possibili quanto contingenti per il soggetto tenuto all'adempimento. Quest'ultima constatazione vale anche in termini *prospettici*: anche dalla formulazione del comando legale – *pro futuro* – sintetizzato nella formula: “*dovere implica potere*”, cioè, si desumono contingenza e possibilità dei comportamenti imposti o vietati al suo destinatario<sup>316</sup>. Se rivolta al passato, in effetti, tale formula ci dice che ogni applicazione della legge a una condotta presuppone che la condotta imputata sia stata giudicata dal terzo come possibile e non-necessitata (il che corrisponde alla massima wolffiana “*ex applicatione legis ad factum intelligitur, actionem esse talem, quae imputari possit*”<sup>317</sup>). Riassumendo, solo il contingente ed il possibile sono imputabili; il necessitato e l'impossibile non possono essere imputati. Quanto *all'imputatio iuris*, l'indispensabile capacità e conoscenza della peculiare regola di condotta applicata, e poi risultata in una condotta anti-giuridica, da parte dell'*Urheber*, esclude il rimprovero di coloro che, ad esempio perché minacciati, oppure perché parzialmente intossicati da bevande alcoliche, non possano conoscere e/o dominare correttamente la regola dell'agire. Queste affermazioni, tuttavia, così come le massime sopra ricordate, conducono inevitabilmente il lettore a scontrarsi con il suo stesso senso di giustizia, in base al quale *non sempre* pare opportuno *scusare* l'azione – *rectius*, la condotta anti-giuridica – del soggetto che si sia ubriacato, o di colui che si sia trovato sottoposto a minaccia. In base al medesimo senso di giustizia, inoltre, non sembra nemmeno corretto ritenere non imputabili azioni prive di alternativa, quali quella dell'automobilista che, dopo essersi lanciato in una folle corsa, di fronte ad un pedone improvvisamente apparso sulla strada non disponga, oggettivamente, del necessario tempo di frenata; o quelle compiute in uno stato di totale incapacità, allorquando le cause di quest'ultima siano da rinvenirsi in un previo agire intenzionale del medesimo autore.

In relazione ai casi appena menzionati, che il soggetto intuitivamente riconduce alla “responsabilità” dell'agente, non deve credersi che in errore sia il nostro *senso di giustizia*, né che esso si ponga in contrasto con quanto davvero *giusto*, o *moralmente corretto*. Al contrario: è proprio nell'ambito di un diritto penale attento all'umana libertà - e che tale libertà ponga a proprio stesso fondamento -, che i menzionati giudizi hanno ragione di esistere e possono essere debitamente giustificati.

---

<sup>316</sup> “(...) *It follows that every act of obligation is a sufficient condition for the assumption that the person placing the obligation sees what he requires to be both possible and contingent*”. J. HRUSCHKA, *Imputation*, cit., p. 687.

<sup>317</sup> Cfr. C. WOLFF, *Philosophia Practica Universalis Pars Prima*, § 598. Su tale massima e sugli sviluppi del pensiero wolffiano nell'ambito della filosofia morale, vedi *supra* cap. II, par. 1.2.

In effetti, il giudizio *comunque* di demerito (*colpevolezza*), o di responsabilità per l'azione (*imputatio facti*), che quel “senso di giustizia” spesso induce a formulare, è frutto anch'esso delle regole dettateci dall'esperienza e non contraddice, come ora si vedrà, le strutture e le dinamiche della *Zurechnung*. Tali convinzioni, del resto, sono spesso confermate dalle previsioni legislative, secondo le quali eventi che sarebbero, *di per se stessi*, “impossibili” o “necessitati”, sono nondimeno *imputati* al loro autore. Allo stesso modo, sono “per legge” ritenute *colpevoli*, a talune condizioni, anche condotte che non possiederebbero tutti i requisiti necessari e sufficienti per un'imputazione di secondo livello.

Quel che qui viene illustrandosi è quel fenomeno che Hruschka definisce di *imputazione straordinaria*<sup>318</sup>. Lo schema imputativo ormai noto al lettore (imputazione prima, applicazione della legge, imputazione seconda), necessita, a questo riguardo, soltanto d'essere *completato* per mezzo di specificazioni di facile comprensione e di altrettanto facile applicabilità. Specificazioni caratterizzate, al contempo, da profondi acume ed originalità ed anch'esse dotate, al pari della teoria cui ineriscono, di una storia assai risalente<sup>319</sup>.

Prima di analizzarne il profilo teorico, ci si soffermerà sulle ipotesi applicative dell'imputazione straordinaria e sul modo in cui le sue strutture si rivelano operanti all'interno dei casi concreti.

Si pensi alla condotta rappresentata dall'azione di chi (volontariamente) infranga una vetrata, comportamento generalmente proibito dalla legge. A seconda delle specifiche circostanze concrete dell'azione, il medesimo fatto può risultare: *prescritto*; non essere *né proibito né prescritto*; o, infine, potrebbe costituire atto *supererogatorio*. Se, infatti, qualcuno infrangesse

---

<sup>318</sup> Esauriente, seppur sintetica, la descrizione che della stessa l'Autore offre in *Imputation*, cit., pp. 686 e ss.

<sup>319</sup> La necessità di questa peculiare forma di imputazione, è tema che comincia ad essere suggerito, nei lavori di J. HRUSCHKA, in *Methodenprobleme der der Tatzurechnung trotz Schuldunfähigkeit des Täters*, in *SchwZStr*, 90, 1974, pp. 48 – 77, ed il termine “imputazione straordinaria” fa la sua prima comparsa già in *Struckturen der Zurechnung*, 1976, cit.; una prima concettualizzazione, si trova in *Über Tun und Fahrlässigkeit*, in *Festschrift für Paul Bockelmann*, Monaco, 1979, pp. 421 – 436, lavoro poi perfezionato alla luce di un'indagine sulle origini storiche del tema, soprattutto nello scritto *Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf. Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von actio libera in se und actio libera in sua causa*, in *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 96, 1984, pp. 661 – 702. Ancora esso appare nel più recente *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, II ed., Berlino, 1988, in part. Cap. IV. In altri scritti la trattazione è parziale o meno sistematica: così in *Imputation*, cit., e in *Die Unterscheidung zwischen Pflicht und Obliegenheit*, in M. KAUFMANN, *Recht auf Rausch und Selbstverlust durch Sucht. Vom Umgang mit Drogen in der liberalen Gesellschaft*, Francoforte, 2003, pp. 291 – 303. Sul tema dell'imputazione straordinaria possono poi citarsi, fra gli altri: U. NEUMANN, *Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit*, in *ZStW*, 99, 1987, pp. 582 – 587; J. JOERDEN, *Struckturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*, Duncker & Humblot, 1989, pp. 30 – 47; M. HETTINGER, *Die “actio libera in causa,”* in *Reform des Sanktionenrechts*. Vol. 1: *Alkohol als Strafmilderungsgrund. Vollrausch. Actio libera in causa*, Baden-Baden 2001; U. KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Francoforte, 1989, p. 81; F. TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässige Beteiligung*, Tubinga, 1997, pp. 219 – 224; C. HÜBNER, *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*, Duncker & Humblot, 2004, pp. 106 – 124.

la vetrata di un negozio *per salvare la vita di un uomo* intrappolato al suo interno, tale condotta potrebbe corrispondere all'*adempimento di un atto prescritto*. La stessa condotta, inoltre, potrebbe costituire "*più*" di quanto prescritto se, nel far ciò, il soggetto mettesse *in pericolo la propria stessa vita*. Infine, la stessa condotta potrebbe anche essere ritenuta del tutto *irrilevante*: quest'ultimo caso potrebbe darsi, ad esempio, ove risultasse che il gomito dell'autore della condotta fosse stato *forzosamente mosso da altri* verso la vetrata. Ebbene, in riferimento a quest'ultima ipotesi, è chiaro che *prima facie* nessun danneggiamento o, meglio, nessuna "condotta", potrebbe imputarsi al soggetto agente. Ma, proprio in quest'ultimo genere di situazioni, è evidente che la questione concernente l'imputabilità del fatto al soggetto si propone al terzo osservatore in maniera differente rispetto ai casi precedenti<sup>320</sup>.

La questione che qui diviene centrale, infatti, è quella di stabilire se il soggetto possa ritenersi "responsabile" *non già della condotta danneggiatrice*, ma del fatto stesso *d'essersi trovato in una situazione in cui fu vittima di una forza irresistibile*. La domanda che, in casi siffatti, il giudice dovrà porsi è quella di stabilire se, *a prescindere* dalla coercizione fisica, il fatto possa *comunque*, per qualche ragione, imputarsi al soggetto coinvolto.

Tradizionalmente, lo strumento che la dottrina ha ritenuto atto a rispondere a questo genere di quesiti – fornendo soluzioni affermative – è quello riassunto dal concetto di "*actio libera in causa*". E l'*imputazione straordinaria*, quantomeno nella sua interpretazione hruschkiana, riassume in sé tanto i casi generalmente ricondotti all'*actio libera in causa*, quanto quelli scaturenti dall'agire colposo dell'autore<sup>321</sup>. "*Sowohl bei der Fahrlässigkeit als auch bei der actio libera in causa (...) geht es danach um ein Vermögen des Täters, etwas zu erkennen, und um seine Verantwortung dafür, daß ihm dieses Vermögen zu dem entscheidende Zeitpunkt fehlt, zu dem er den objektiven Deliktstatbestand erfüllt. Dabei greifen wir zur Begründung der Verantwortlichkeit auf das Handeln des Täters zu einem früheren Zeitpunkt zurück. Das macht die Ähnlichkeit der beiden Rechtsfiguren aus,*"<sup>322</sup>

Le origini di questa formula, che riassume le ragioni per le quali la condotta di un soggetto può essere a questi imputata anche in assenza di una sua autoria davvero libera e volontaria, sono molto antiche. La questione relativa alla corretta interpretazione dell'*actio libera in causa*, che il Professor Hruschka espressamente ed estensivamente affronta nei propri studi

---

<sup>320</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Imputation*, cit. p. 687.

<sup>321</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf*, cit., pp. 661 – 702; ID., *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, II ed., Berlin, New York, 1988, in particolare cap. IV; ID., *Die Unterscheidung zwischen Pflicht und Obliegenheit*, cit.

<sup>322</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Die actio libera in causa bei Vorsatztaten und bei Fahrlässigkeitstaten: Zur neuesten Rechtsprechung des BGH*, in *Juristen Zeitung*, 52, n. 1, 1997, p. 26.

sull'imputazione e sulle sue strutture, è da questi condotta, tuttavia, con riferimento prevalente, se non esclusivo, alle fonti del XVII e del XVIII secolo e, in particolare, alla elaborazione dell'*actio libera in causa* che da Pufendorf fu offerta nel suo *Elementorum Jurisprudentiae Universalis libri duo*<sup>323</sup>.

Pufendorf, a questo proposito, distingueva le condotte secondo la seguente tripartizione: “*id quod in se penes aliquem fuit*”; “*id quod non in se, sed tamen in sua causa penes aliquem fuit*”; “*id quod neque in se neque in sua causa penes aliquem fuit*”<sup>324</sup>. Tornando all'esempio più sopra riportato, nel caso in cui il soggetto realizzi la condotta di danneggiamento perché *costretto dalla forza fisica irresistibile* su di lui esercitata da un terzo è chiaro che nulla ancora s'è detto sulle “origini” di tale costrizione, ma è proprio questa la questione rilevante ai fini della menzionata tripartizione.

Secondo la ricostruzione storica operata da Joachim Hruschka, l'espressione pufendorfiana del “*ciò che era nel potere del soggetto di compiere o omettere*” fu tradotta, nel XVIII secolo, proprio con l'espressione di “*actio libera*”. Con ciò si rese possibile una tripartizione parallela a quella proposta da Pufendorf ed espressa nei termini seguenti: “*actio libera in se*”; “*actio non in se, sed tamen in sua causa libera*”; “*actio neque in se, neque in sua causa libera*”.

L'espressione “*actio libera in causa*” rappresenterebbe, dunque, una sintesi della seconda descrizione d'azione, identificando quell'azione non libera, ma rispetto alla quale la *causa* di assenza di libertà si riconduce alla responsabilità del medesimo soggetto autore: e da una tale condotta può lecitamente scaturire il rimprovero del medesimo. La tesi ricavabile dalla teoria di Pufendorf, infatti, è quella secondo la quale ad un individuo possono imputarsi due diversi tipi di condotta: da un lato, *in primis*, quelle condotte di per se stesse libere e non necessitate; dall'altro, quelle condotte la cui “impossibilità” o “necessità” dipendano da un precedente agire od omettere del medesimo soggetto: quelle condotte, cioè, in cui la *causa* della *non libertà* o dell'*impossibilità* possano essere ricondotte alla responsabilità dello stesso agente.

Solo ciò che *né in sé né nella propria causa* era nel potere del soggetto coinvolto di fare o di evitare non potrebbe essergli imputato. In altri termini, soltanto l'azione “*neque in se neque in sua causa libera*” non si sarebbe potuta imputare. Letteralmente: “*Possunt (...) imputari non*

---

<sup>323</sup> Così, tra gli altri, in: J. HRUSCHKA, *Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf*, cit., pp. 661 – 702; ID., *Die Unterscheidung zwischen Pflicht und Obliegenheit*, in M. KAUFMANN, *Recht auf Rausch und Selbstverlust durch Sucht. Vom Umgang mit Drogen in der liberalen Gesellschaft*, Francoforte, 2003, pp. 291 – 303;

<sup>324</sup> La citazione completa è la seguente: “*Quaelibet actio ad normam morale dirigibilis, quam penes aliquem est fieri vel non fieri, potest ipsi imputari. Et contra: Id quod neque in se neque in sua causa penes aliquem fuit, non potest ipsi imputari*”. Assioma ripetuto in maniera pressoché identica nella sua opera maggiore, *De Jure Naturae et Gentium*. Cfr. S. PUFENDORF, *De Jure Naturae et gentium*, 1672, in *Gesammelte Werke*, vol. 4.1, Böbling, F. ed., Berlino, 1998.

*ea tantem quae pro praesenti tempore ut fiant vel non fiant in nostra sunt potestate, sed etiam, quorum perficiendum facultas nobis antea adfuit, nostra autem culpa est amissa*<sup>325</sup>. Ed è precisamente quell' "antea" a fornire un significato concreto a questo genere di imputazione che, come detto, *prescinde* dalla *presente* possibilità o contingenza dell'azione o omissione dell'autore, ma guarda ad un momento precedente, alle ragioni che causarono l'impossibilità o la necessità della condotta in questione. La citazione, infatti, così continua: "*seu quae pro presenti quidem statu sunt impossibilia alicui, ut tamen ipse in culpa fuerit, quo minus ea jam praestare possit. Sic illi, qui si eo conjenit sua culpa, puta per petulantiam aut inutilitem curiositatem, ubi adhibita diligentia debita providere poterat fore ut vis sibi adferretur, possunt imputari actiones istae malae, ad quas in eo statu fit adactus*".

La dottrina europea accolse prontamente queste affermazioni e, stando alle parole di Hutcheson, che Hruschka medesimo cita e che qui si riportano, esse furono accolte anche nel mondo anglosassone. "*These alone are the necessary and wholly unimputable events which neither any present desire or action of ours can prevent, nor could they have been prevented by any prior diligence or care which we ought to have had about such matters. Such as prior forethought and care could have prevented, tho' they be now unavoidable, are in some measure voluntary and imputable*". Lo stesso dicasi per le omissioni: "*So the omissions of actions now impossible are justly imputed, when they might have been possible, had that previous diligence been exerted which become a good man*"<sup>326</sup>.

Queste tesi, invero, furono condivise pressoché unanimemente dai filosofi del XVII e del XVIII secolo, i quali, tuttavia, utilizzavano un vocabolario non sempre uniforme<sup>327</sup>. Pufendorf, ad esempio, parlava di un "*coactum in se, sed non in sua causa*" e di un "*coactum in se et in sua causa simul*"; con ciò presupponendo, evidentemente, anche un agire da descriversi come "*non-coactum*". Hutcheson, invece, parlava di azione "*involuntaria in se, sed non in sua causa*", o "*involuntaria in se, et in sua causa*", presupponendo altresì una normale condotta "*non-involuntaria*". Queste due ultime formulazioni linguistiche, peraltro, esprimono il concetto che andiamo analizzando in maniera opposta a quella tipica dell'*actio libera*: essa pone al centro l'affermazione di un potere di libertà del soggetto; le prime, invece, si concentrano sulla negazione d'incapacità o di involontarietà della condotta considerata. Per quanto questo variegato vocabolario non fosse mai inappropriato né scorretto, esso poteva

<sup>325</sup> Cfr. S. PUFENDORF, *cit.*, Lib. II, assioma I, § 7.

<sup>326</sup> Cfr. F. HUTCHESON, *cit.*, p. 229.

<sup>327</sup> Tale aspetto è riportato da Hruschka, il quale sottolinea, altresì, come "*the writers of the seventeenth and eighteenth centuries did not attempt to invent a rigid terminology*". Cfr. J. HRUSCHKA, *Imputation*, *cit.*, p. 689, nota 59.



condurre, e a parere di Hruschka effettivamente condusse, alla confusione. Proprio per questa ragione egli suggerisce, nei propri scritti, di abbandonare, nel trattare questi temi, i riferimenti alla volontarietà o alla coazione dell'agire, e di parlare, piuttosto, di diversi "tipi" di imputazione: quella *ordinaria*, da un lato; quella *straordinaria*, dall'altro.

In sintesi, secondo il pensiero di Hruschka una condotta sarà *ordinariamente* imputata ad un soggetto ove essa sia giudicata essere stata *libera e contingente* (non necessitata), al tempo della sua realizzazione; un'omissione, ove si ritenga che la corrispondente attività commissiva fosse stata possibile al tempo dell'inattività. Nessuna imputazione *ordinaria*, pertanto, potrà aversi in relazione ad azioni necessitate o ad omissioni relative alla mancata realizzazione di una impossibile condotta attiva.

Resta invece aperta la possibilità di un'imputazione *straordinaria* di queste stesse condotte<sup>328</sup>. Lo stesso per l'imputazione alla colpa: nessuna imputazione *ordinaria* se la condotta antiggiuridica vedeva il soggetto incapace o ignorante della regola applicata nell'agire; cionondimeno, l'imputazione *straordinaria* resterà possibile al verificarsi di alcune condizioni.

I giuristi del passato, lo si è visto, fornivano risposte affermative al quesito concernente la legittimità di una *straordinaria* imputazione. Secondo Wolff, ad esempio: "*Quoniam homini imputari nequeunt actiones nisi liberae, actiones autem naturales liberae non sunt; actiones naturales per se homini imputari non possunt (...). Si Actiones, quae in se spectatae naturales sunt, quomodocunque a libertate hominis dependent; eadem homini imputari possunt*".<sup>329</sup> Assieme alla maggior parte degli scrittori del tempo, del resto, anche Pufendorf difendeva questa possibilità e in Kant si ritrova un'affermazione che presuppone attribuzione di responsabilità all'agente *nonostante* il suo stesso difetto di imputazione: "*Eine unvorsetliche Übertretung, die gleichwoll zugerechnet werden kann, heißt bloße Verchuldung (culpa)*"<sup>330</sup>.

Quel che ancora resta da comprendere è *perché* e in che modo possa dirsi permessa – o addirittura necessaria – una imputazione *straordinaria*, un'imputazione che prescinde da vere e proprie libertà e volontà del soggetto o da una loro *piena* sussistenza.

Tale soluzione, in effetti, era stata criticata apertamente, negli stessi anni, ad esempio da Carmichael, il quale, commentando il pensiero di Pufendorf, scriveva: "*Quod attinet ad*

---

<sup>328</sup> "*Die Unterscheidung von actio libera in se und actio libera in sua causa und die – korrespondierende – Unterscheidung von ordentlicher und außerordentlicher Zurechnung (...)*", cfr. J. HRUSCHKA, *Die Unterscheidung*, cit., p. 298.

<sup>329</sup> Cfr. C. WOLFF, *Philosophia Practica Universalis*, cit., §§ 529, 534.

<sup>330</sup> Cfr. I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797 – 98, 1803, *Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, Berlin, vol. VI, p. 224.

*liberarum nostrarum actionum vel omissionum consequentia, quae Auctori dicuntur esse pene nos in sua causa; haec, non tam ipsa nobis imputantur (...), quam actionis vel omissionis praecedentis, ex qua fluunt (...) imputationem, ingrediuntur*<sup>331</sup>. Carmichael riteneva che le *actiones liberae in sua causa* non fossero cioè azioni imputabili, perché erano azioni non libere: imputabili dovevano invece ritenersi, a suo parere, soltanto le azioni “precedenti”, quelle causanti l’impossibilità. Nessuna reale imputazione straordinaria, dunque, si sarebbe dovuta avere riguardo alla condotta impossibile o necessitata, nemmeno ove la “causa” di tali condizioni fosse stata riconducibile al soggetto obbligato; ma del suo rifiuto della tesi pufendorfiana il filosofo inglese non fornì ulteriori giustificazioni. Esse potrebbero ricavarsi, invece, sempre in base agli studi hruschkiani, dagli scritti del suo successore T. Reid, il quale, cinquant’anni più tardi, scrisse: “*Another thing implied in the notion of a moral and accountable being, is power to do what he is accountable for. – That no man can be under a moral obligation to do what is impossible for him to do, or to forbear what is impossible for him to forbear, is an axiom as self-evident, as any in mathematics. It cannot be contradicted, without overturning all notion of moral obligation; nor can there be any exception to it, when it is rightly understood. – Some moralists have mentioned what they conceived to be an exception to this maxim. The exception is this. When a man, by his own fault, has disabled himself from doing his duty, his obligation, they say, remains, though he is now unable to discharge it. Thus, if a man by sumptuous living has become bankrupt, his inability to pay his debt does not take away his obligation.*”<sup>332</sup>

Quel che da questa citazione sembra emergere, nell’ambito di un così forte rifiuto verso la possibilità d’imputazioni straordinarie, è che quest’ultimo filosofo, come forse anche Carmichael, non avesse compreso come *imputare straordinariamente*, o ricorrere al concetto di *actio libera in causa*, non equivalga a mettere in discussione, né a contraddire, l’assoluta validità della massima “*impossibilium nulla obligatio est*”.

Il concetto di *actio libera in causa*, e la responsabilità dell’autore che da essa può derivare, infatti, non conducono *mai* ad affermazione di *possibilità* di tali condotte, ma a quella della loro *imputabilità*.

---

<sup>331</sup> Cfr. G. CARMICHAEL, *S. Pufendorffii De Officio Homins et Civis Juxta Legem Naturalem Libri Duo. Supplements et Observationibus (...)* auxit ei illustravit G. Charmichael, Obs. 2 ad Lib. I, Cap. I § 17 (ed. II, Edimburgo, 1724), citato in J. HRUSCHKA, *Imputation*, p. 691, nota 61.

<sup>332</sup> Cfr. T. REID, *The works of Thomas Reid*, W. Hamilton ed., 5a, Edimburgo, 1858, p. 621, citato in: J. HRUSCHKA, *Imputation*, p. 692, nota 63.

Così, negli scritti dello stesso Hutcheson, ove si riporta un esempio che è poi proprio quello frainteso da Reid, si legge come il non pagamento dei debiti da parte di colui che abbia dilapidato i propri averi sia a questi *imputabile* - non già *possibile* -, se e nella misura in cui si accerti che una prudente amministrazione dei medesimi avrebbe evitato il verificarsi del suo stato di insolvenza. L'errore di Reid consistette dunque, secondo Hruschka, nell'aver confuso l'espressione *prospettica* della formula "*impossibilium nulla est obligatio*", con il diverso giudizio *retrospettivo* di imputazione, che rende un'azione condotta sussumibile a legge nonostante la sua presente (ma evitabile) impossibilità<sup>333</sup>.

L'esistenza di una siffatta imputazione non implica un'inaccettabile modifica - "nel tempo" - della medesima regola di legge: la norma giuridica resta inalterata e la condotta che essa prescrive *deve* essere inizialmente possibile, *prospetticamente*, per poter essere oggetto di comando. *Per natura e sin da principio*, però, la norma giuridica appartiene a un sistema di regole diverso da quelle di imputazione e nulla vieta che il giudizio formulato sulla base di queste ultime abbia diversi fondamenti, conducendo agli esiti menzionati. Nulla vieta, cioè, che possa imputarsi al soggetto, a certe condizioni, anche ciò che in una data situazione si mostrava *ex ante* "impossibile", ma solo perché *della stessa situazione iniziale di impossibilità* il soggetto medesimo fu responsabile.

#### **4.2. Imputazione straordinaria e "versari in re illecita".**

L'imputazione *straordinaria* non è, dunque, un'assurdità logica e non è in alcun modo contraddittoria: la sua ragionevolezza è confermata non solo dal consueto svilupparsi dei nostri quotidiani giudizi morali, ma anche da esplicite previsioni normative.

Sono certamente da rifiutarsi, inoltre, le tesi di quei giuristi contemporanei che identificano tale forma d'imputazione con uno strumento d'*illegittima* ascrizione di responsabilità. Le loro posizioni, infatti, derivano dall'errore: in particolare, dall'aver confuso i meccanismi propri della straordinaria imputazione con l'applicazione della massima, da lungo tempo e giustamente dichiarata violatrice dei principi personalistici del diritto penale, del "*versari in re illicta*".

---

<sup>333</sup> "It appears that Reid confused the prospective view, to which the maxim "As to the impossible there is no obligation" is applicable, with the retrospective view through which the imputation of events is undertaken to make the subsequent application of a law possible." J. HRUSCHKA, *Imputation*, p. 692.

La regola del *versari*, nella formulazione risalente al diritto canonico medievale, affermava: “*Versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto*”<sup>334</sup>. Affermare l’inaccettabilità di questa regola, tuttavia, non inficia in alcun modo l’ammissibilità dell’imputazione straordinaria, per i motivi di seguito esposti.

La regola del *versari* presuppone, in particolare, che l’*agire “precedente”* del soggetto sia “*illicito*”: esso, cioè, dovrebbe costituire di per sé violazione di un comando, di un divieto imposto dalla legge penale – ed essere soggetto a sanzione. In tal caso, tutte le conseguenze “ulteriori” sarebbero ascrivibili al reo medesimo. La struttura imputativa *straordinaria* proposta e sviluppata dal Professor Hruschka, tuttavia, diversamente dalla regola del *versari*, non presuppone affatto l’*illiceità* della precedente condotta del soggetto – così come non la presuppongono i nostri “quotidiani” (ed automatici) giudizi morali.

Al soggetto autore, infatti, possono straordinariamente imputarsi la condotta, o il demerito dalla medesima scaturente, *non perché la causazione del difetto di capacità o di conoscenza siano atto “illicito”*, ma perché esse costituiscono violazione di *qualcos’altro*: di quelle che l’autore medesimo definisce “*Obliegenheiten*” e che qui riteniamo di tradurre con l’espressione di “*oneri di diligenza*”, o, semplicemente, *oneri*.<sup>335</sup> L’imputazione straordinaria, che prescinde da piene coscienza e capacità del soggetto, sarebbe possibile, e troverebbe il proprio *non arbitrario* fondamento, proprio nelle *Obliegenheitsverletzungen* realizzate dall’autore della condotta.

Con ciò s’intende dire che gli obblighi che il soggetto viola nel momento in cui sia causa delle proprie incapacità o ignoranza non costituiscono veri e propri “*Pflichten*”, doveri che valgono in maniera assoluta ed incondizionata. Il cittadino, infatti, com’è evidente, non è tenuto a *mantenersi sempre, e in ogni caso, in condizione* tale da poter *effettivamente conoscere, e applicare*, la norma di legge rilevante nel caso concreto. Secondo il vocabolario utilizzato dal Professor Hruschka, solamente delle *incondizionate* massime di comportamento, dalla cui violazione *immancabilmente* conseguano sanzioni, equivalgono a veri e propri

---

<sup>334</sup> A. LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts. In vergleichend-historischer und dogmatische Darstellung*, Leipzig 1895, p. 139.

<sup>335</sup> Hruschka utilizza il termine di *Obliegenheit* per fondare l’attribuzione straordinaria di responsabilità. Terminologia che purtroppo però, come lamenta U. KINDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, II ed., Baden-Baden, 2006, p. 260, nota 16, non ha trovato accoglimento. Inoltre, come riportato da P. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, cit., p. 537, tale espressione, ove utilizzata da altri autori, non ha assunto i caratteri pensati e descritti da Hruschka, come nel caso di P. GONZÁLEZ-RIVERO, *Dogmática y Ley Penal*, in *Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Madrid, 2004, pp. 274 – 284. In tale opera, in particolare, l’imputazione è interpretata in senso funzionale, basandosi sulla competenza per la causazione dello stato d’inimputabilità.

divieti/obblighi – *Pflichten*. Solamente la loro violazione comporta realizzazione di un illecito<sup>336</sup>.

Dai menzionati oneri, invece, sorge un dovere “condizionato”, quello di *mantenersi nella libertà di conoscere e dominare* la regola<sup>337</sup>. Esso è *condizionato*, in particolare, perché è solamente *consigliabile* mantenersi in tale condizione, onde evitare eventuali, ma non necessarie né automatiche, conseguenze imputative (e sanzionatorie). La violazione dei medesimi, in assenza di una successiva realizzazione di un evento giuridicamente rilevante, in effetti, non comporta alcun giudizio di *illiceità*<sup>338</sup>.

Tali *oneri di diligenza*, pertanto, la cui violazione genera “imputabilità”, consentono solo di affermare che al soggetto sarà *imputabile la condotta* antigiuridica - susseguente ed eventuale - nel caso di una *imputabile causazione*, da parte sua, di un difetto di capacità o di una altrettanto imputabile causazione di ignoranza.

I seguenti esempi, tratti da uno degli scritti del professore, aiuteranno a far luce su questa importante distinzione tra doveri in senso stretto e oneri di diligenza<sup>339</sup>.

Si ipotizzi che un bagnino, a causa di un abuso di bevande alcoliche verificatosi nella notte, non sia in grado (*si trovi nell'incapacità*), il giorno seguente, di salvare la vita di un uomo a rischio di affogamento. Ebbene, l'unica attività che a tale soggetto sarebbe ragionevole imputare, onde verificarne la responsabilità, sarebbe quella dell'omissione di soccorso. E' evidente, peraltro, che detta condotta viene ad esistenza soltanto al momento dell'inattività del garante di fronte al verificarsi concreto del pericolo. Fino all'insorgere di tale situazione, costui non viola obbligo alcuno. Nessun “illecito” è a questi ancora ascrivibile, poiché il fatto di “ubriacarsi” non costituisce violazione di un “dovere giuridico”, dotato di sanzione. *Il fatto di rendersi incapace*, assumendo alcolici, *non costituisce “omissione di soccorso”*; e

---

<sup>336</sup> In particolare, sulla distinzione tra *Pflichten* e *Obliegenheiten*: J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp. 415 – 419; ID., più recente, *Die Unterscheidung*, cit., del 2003; U. KINDHÄUSER, *Gefährdung*, cit., pp. 65 – 83; J. JOERDEN, *Struckturen*, cit., p. 46; T. RUDOLPH, *Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht*, Duncker & Humblot, 2006, pp. 84 – 90.

<sup>337</sup> Cfr. P. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, cit., p. 542 e ss.

<sup>338</sup> “*Pflichten habe ich gegenüber anderen, mögen diese anderen nun Physische oder juristische oder auch, wie es im 17. Und 18. Jahrhundert heißt, moralische Personen sein, Obliegenheiten habe ich nur mir selbst gegenüber. Die Schwierigkeit besteht darin, daß es nach der Tradition auch Pflichten des Menschen gegen sich selbst gibt. Diese Pflichten gegen mich selbst dürfen mit den Obliegenheiten nicht verwechselt werden. Eine Obliegenheit ist zwar eine Aufgabe, die ich wahrzunehmen habe. Aber sie ist keine Pflicht, auch keine Pflicht gegen mich selbst. Der Unterschied zwischen Pflicht und Obliegenheit besteht darin, daß die Verletzung einer Pflicht Tadel und eventuell Strafe nach sich zieht, während aus der Verletzung einer Obliegenheit weder Tadel noch Strafe folgen. Die Kritik, die eine Obliegenheitsverletzung nach sich ziehen kann, kann nicht mehr als Hinweis darauf sein, daß die Nicht-Erfüllung der Obliegenheit Nachteile für mich mit sich bringt. Eine Obliegenheitsverletzung ist eine Bedingung der Möglichkeit für die außerordentliche Zurechnung einer virtuellen Pflichtverletzung, wenn diese Pflichtverletzung aus welchen Gründen auch immer nicht ordentlich zugerechnet werden kann.*“ J. HRUSCHKA, *Die Unterscheidung*, cit., p. 300.

<sup>339</sup> I due esempi sono tratti da: J. HRUSCHKA, *Imputation*, cit., pp. 693 e ss.

l'obbligo di salvare il bagnante non sarà violato sino a che, effettivamente, quest'ultimo non rischi di affogare. Nulla impedirebbe, inoltre, che nel giorno successivo all'abuso alcolico nessun bagnante si trovi in pericolo di affogare, con ciò escludendosi *a priori* la possibilità di imputare al garante alcuna omessa prestazione di soccorso. Ciò, infine, indipendentemente dal disvalore che si ritenga intrinseco al fatto d'essersi ubriacato.

Di fronte al sorgere del pericolo, invece, ed alla luce di una incapacità direttamente imputabile ad una volontaria condotta (sia pur da verificarsi) del garante, l'omissione di soccorso, e l'eventuale esito infausto della situazione di pericolo, si imputeranno *straordinariamente* al soggetto, proprio perché fu il suo comportamento ad essere *causa* dell'incapacità.

E' chiaro come in questo caso l'ubriachezza del bagnino sia proprio esito della violazione di una *Obliegenheit*: da essa, infatti, non consegue alcun automatico rimprovero o sanzione. Nessuna pena sarebbe conseguita se nessun bagnante si fosse trovato in pericolo, ma la violazione dell'onere rende imputabile quell'eventuale e successivo agire antigiusuridico del soggetto che, altrimenti, sarebbe stato non imputabile.

Il caso, inoltre, potrebbe anche presentarsi secondo una diversa variante.

Lo stesso soggetto potrebbe trovarsi nell'impossibilità di salvare il bagnante A, che sta affogando, sempre a causa della sua assunzione di alcol nella notte precedente; al contempo, potrebbe darsi che anche il soggetto B, a lui più vicino, si trovi in uguale pericolo di vita, e che il garante, nonostante il suo stato fisico, possa soccorrere con successo il secondo. Si immagini, altresì, che il salvataggio di entrambi i soggetti sarebbe stato impossibile *anche ove il garante si fosse trovato in una perfetta forma fisica*. Ebbene, in circostanze siffatte, ove l'obligato porti a compimento il salvataggio di B, *non potrà essere a lui imputata la morte di A per omissione*: il garante, infatti, deve godere dello stesso trattamento che gli sarebbe spettato, *nelle medesime condizioni fattuali*, se non fosse stato indebolito dalle sostanze alcoliche. Si intende dire che se il bagnino adempie l'obbligo di salvare la vita di B, il suo comportamento dovrà essere giudicato corretto *sia* nel caso in cui egli si trovi in perfetta forma fisica, *sia* nel caso in cui il suo stato fisico sia indebolito per una precedente e volontaria condotta. La violazione dell'*Obliegenheit*, infatti, non è in questo caso correlata alla successiva incapacità di adempiere il comando legale e non trattandosi di dovere in senso stretto non è fornita di autonoma sanzione.

La violazione dell'*Obliegenheit*, non fa dunque rivivere la massima del *versari*. Violare l'onere di diligenza non equivale ad *automatica* imputabilità della condotta antigiusuridica

successiva ed eventuale. Ciò è dimostrato, del resto, dal fatto che le ragioni che escludono l'imputazione *ordinaria* di una condotta – quale ad esempio la sussistenza di un conflitto di doveri, come nel caso proposto – escludono, se ricorrenti, *anche* la condotta *straordinariamente* imputata.

In relazione all'ultima situazione analizzata, infatti, già al *primo livello* non è imputabile la condotta del bagnino, sia pur indebolito dall'alcool, che ometta di salvare il soggetto A. Le ragioni che escludono tale imputazione *ordinaria*, tuttavia, vengono ad esistere *solamente* nel momento in cui:

- a) il soggetto A stia concretamente rischiando di affogare;
- b) tale pericolo sia contemporaneo a quello incombente su B.

L'irrelevanza della condotta omissiva del garante, infatti, è determinata dall'esistenza di un *conflitto di doveri*, in base al quale dall'obbligato, anche se fisicamente inalterato nelle proprie capacità, non si sarebbe potuto pretendere il contemporaneo adempimento di entrambi. Ma, poiché all'epoca dell'assunzione dell'alcool nessun siffatto conflitto poteva dirsi ricorrente, è alla condotta *straordinariamente* imputata, e al momento in cui essa si realizza, che dovrà guardarsi, onde formulare il giudizio sull'azione.

La situazione descritta nella seconda variante chiarisce, dunque, come il ricorso all'imputazione straordinaria non consentirebbe di imputare un'omissione resasi *comunque impossibile*.

Tale ultimo caso, inoltre, rivela la fondamentale importanza dell'imputazione straordinaria ai fini di quella esclusione di responsabilità cui infine si giunge. Soltanto guardando alla *condotta straordinariamente imputata*, e non già a quella precedente, infatti, è possibile stabilire se l'azione realizzata sia stata supererogatoria, conforme o contraria al dovere imposto<sup>340</sup>. Qui è la *condotta omissiva* del salvataggio di A – prima - *straordinariamente imputata*, che viene ad essere – poi - “giustificata” (o privata di rilevanza) per il ricorrere di un principio, quello di *simultaneità*, sul quale più oltre ci si soffermerà<sup>341</sup>. In base ad esso

---

<sup>340</sup> In effetti: “*auch die Obliegenheitsverletzung ihrerseits zurechenbar sein muss*“. Cfr. J. HRUSCHKA, *Die Unterscheidung zwischen Pflicht und Obliegenheit*, cit., p. 301. Trattando dell'esempio ivi utilizzato per parlare di imputazione straordinaria prosegue dicendo: „*Nehmen wir an, die momentane Unaufmerksamkeit unseres Autofahrers ist dadurch verursacht, daß die Frau, die neben ihm sitzt, plötzlich in Ohnmacht fällt. Dann läßt sich jedenfalls darüber reden, daß die Obliegenheitsverletzung, die in seiner Unaufmerksamkeit liegt, ihm nicht zugerechnet werden kann und daß dies wiederum die Konsequenz hat, daß die (virtuelle) Pflichtverletzung unzurechenbar bleibt*“. *Ibidem*.

<sup>341</sup> Il principio di *simultaneità* è trattato dal Professor J. HRUSCHKA in: *Strafrecht nach Logisch-Analytischer Methode*, cit., capp. I e IV. Sul punto *infra*, cap. IV, par. 2.

l'omissione di soccorso è solo apparente violazione dell'obbligo, giacché, *simultaneamente*, vengono ad esistere circostanze che renderebbero impossibile tale condotta.

L'imputazione *straordinaria* non costituisce, dunque, un'imputazione "di secondo grado", o di livello inferiore rispetto a quella ordinaria. La differenza intercorrente tra imputazione ordinaria e straordinaria è soltanto di tipo logico: la seconda, infatti, può venire in considerazione solamente se sia stato previamente escluso il ricorrere delle condizioni necessarie e sufficienti per affermarsi l'ordinaria imputazione del fatto all'autore. Come s'è visto, inoltre, questa *straordinaria* forma di imputazione si mostra con caratteri di necessità anche agli occhi dell'osservatore laico, fondandosi su di un naturale e condiviso *sensu di giustizia*.

#### **4.3. Imputazione straordinaria: ambiti applicativi.**

S'è detto che l'imputazione straordinaria non ricorre solamente nei casi in cui la condotta prescritta sia, per il soggetto obbligato, *necessitata* o *impossibile*. Le nostre quotidiane intuizioni morali, infatti, si fondano altresì sull'idea che soltanto a colui che agisca in piene libertà e coscienza, e non ad un soggetto che agisca *sotto minaccia* (*vis compulsiva*) o in uno stato di parziale incapacità, o nell'ignoranza (inevitabile) del precetto (*ignorantia iuris*) possano riconoscersi anche il merito o il demerito scaturenti da una condotta. Non soltanto l'*imputatio facti* (o imputazione di primo grado), dunque, ma anche l'*imputatio iuris* (o imputazione di secondo grado) risente degli schemi e delle strutture tipiche dell'*actio libera in causa* – o della *imputazione straordinaria*.

L'imputazione straordinaria è, cioè, un fenomeno che può riguardare *ogni* elemento oggetto di imputazione e che si manifesta ad *entrambi* i livelli di imputazione. L'imputazione ordinaria di una condotta supererogatoria, o di una condotta contraria al dovere (di primo livello), infatti, non conduce anche sempre, tassativamente, a un'imputazione (di secondo livello), rispettivamente, al merito o al demerito dell'autore.

Ciò non avviene, come già s'è detto, qualora la condotta sia stata in qualche modo *determinata* da eventi esterni al soggetto agente (basti pensare al soggetto che si renda colpevole di un omicidio, ma che uccida perché da altri minacciato). Anche a questo livello,



tuttavia, entra in gioco la possibilità di una *straordinaria imputazione – al merito o al demerito* – dell'autore.

Potrebbe darsi il caso, ad esempio, di un soggetto che si fosse liberamente messo in condizione di essere poi minacciato, di essere vittima di *vis compulsiva*, proprio per essere costretto a compiere l'azione proibita: in tal caso permanendo, già a livello intuitivo, il demerito dell'azione. Ovvero, egli potrebbe volontariamente porsi in uno stato di parziale intossicazione proprio per trovare il coraggio di agire: con ciò venendo meno, ad esempio, anche il "merito" che da una condotta supererogatoria *prima facie* scaturirebbe.

A questo preciso proposito, il fatto che l'ordinamento riconosca, come *scusanti*, soltanto l'*involontaria* sottoposizione a costrizione, o l'*involontario stato di intossicazione*, può leggersi come indiretta dimostrazione del fatto che anch'esso ammette la possibilità di una imputazione straordinaria *anche* al secondo livello e che tale struttura non rappresenti soltanto *habitus* naturale del nostro ragionare.

A tal proposito, Joachim Hruschka non manca di segnalare come anche il § 20 dello StGB, il cui testo potrebbe apparire in contrasto con quanto sin qui esposto, sia interpretato, in realtà, in tale ottica<sup>342</sup>. Se è vero, infatti, che la lettera del medesimo parrebbe riconoscere un'ipotesi di "scusa" anche nel caso di *volontaria* intossicazione dell'autore della condotta imputata, è altresì vero che le corti tedesche, in conformità con quanto suggerito dalla dottrina, sono solite condannare chi abbia commesso un reato in stato di ubriachezza, o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti, nel caso in cui la responsabilità di tale minorata capacità sia attribuibile al medesimo soggetto agente. In casi siffatti, invero, spesso semplicemente si afferma il ricorrere di una "*actio libera in causa*", secondo quell'equivoco utilizzo della formula infelicemente diffuso nelle aule di tribunale e che il giurista tedesco suggerisce di sostituire,

---

<sup>342</sup> Collegando il testo del § 20 al pensiero di Tommaso d'Aquino, lo stesso Hruschka si esprime nei termini seguenti: "Um seine Ausführungen anschaulicher zu machen, bringt Thomas als Beispiel den Fall dessen, der sich "voluntarie" ("freiwillig") berauscht. „Ex hoc enim quasi voluntarium et imputatur quod per ebrietatem committit“. (...) Wie es scheint, sind die Taten im freiwillig herbeigeführten rauchzustand die klassischen Beispiele für eine actio libera in causa, und als die prototypischen Fälle der actio libera in causa werden sie auch im modernen Strafrecht behandelt. Heute behandeln wir das Sich-Berauschen manchmal, bei bestimmten Drogen als Pflichtverletzung, das Sich-Berauschen mit Alkohol dagegen ausschließlich als eine Obliegenheitsverletzung. Der Grundgedanke ist der folgende: Es obliegt mir, Situationen zu vermeiden, in denen ich mich selbst oder die Dinge, für die ich verantwortlich bin, möglicherweise nicht mehr beherrschen kann. Solche Situationen können Notstandssituationen oder Rauschzustände sein. Jeder, der sich willentlich und freiwillig in eine derartige Situation begibt, begeht eine Obliegenheitsverletzung. Die Obliegenheitsverletzung hat keine Folgen, wenn in der fraglichen Situation nichts weiter passiert. Passiert dagegen etwas, dann hätte ich für die Rauschtat. Sie wird mir als Pflichtverletzung zugerechnet“. J. HRUSCHKA, *Die Unterscheidung*, cit., pp. 302 – 303.

per l'appunto, con la sin qui delineata e più precisa differenziazione tra imputazione *ordinaria* e *straordinaria*, di primo e/o di secondo livello<sup>343</sup>.

Accanto all'ipotesi, sopra esaminata, di imputazione (straordinaria) che prescinde da un'attuale *capacità* del soggetto agente, vi è, come sarebbe ragionevole attendersi, l'imputazione straordinaria che prescinde dalla attuale "conoscenza" del soggetto, tanto dei fatti quanto della norma rilevante. Poiché il secondo presupposto dell'imputazione, accanto alla "capacità/possibilità" dell'azione prescritta, è quello rappresentato dalla *conoscenza* che il soggetto abbia di ciò che egli stesso fa o che omette di compiere, infatti, divengono necessariamente rilevanti, ai fini dell'imputazione straordinaria, anche le questioni relative ad un difetto, o ad un'assenza di conoscenza dei fatti, o delle circostanze dell'azione, o del precetto, imputabili a una sua precedente condotta.

A questo preciso riguardo Hutcheson scriveva: "*Ignorance of the tendency or effects of actions, affects their morality differently, according to the different causes of the ignorance or error, and the difficulty, greater or less, of coming to the knowledge of the truth. If the ignorance or error be absolutely invincible by any present, or any prior diligence, evil consequences thus unknown cannot be imputed*"<sup>344</sup>. Secondo il filosofo inglese non potrebbe cioè darsi imputazione (al merito o al demerito) ove l'ignoranza o l'errore dell'autore fossero del tutto invincibili e tale invincibilità sussistesse *tanto* in relazione *al momento della condotta*, *quanto* in riferimento a una di lui *previa condotta diligente*.

Condividere quest'affermazione significa proprio riconoscere che *almeno due* sono le ragioni atte a condurre all'affermazione di una *straordinaria* imputazione della condotta. Essa potrà aver luogo, come si anticipava, *sia* quando l'obbligato non conformi a norma il proprio comportamento a causa d'*incapacità* o *impossibilità* fisiche conseguenti a una sua precedente condotta, *sia* nel caso in cui l'agente *non abbia conoscenza* dei fatti (per l'*imputatio facti*) – o della legge (per l'*imputatio iuris*) – e detta ignoranza sia, similmente, imputabile a una sua *previa negligenza*.

L'ignoranza del soggetto, in particolare, può condurre all'imputazione in due forme diverse – secondo i diversi "modi" di imputazione. Potrà aversi imputazione *ordinaria* della condotta

---

<sup>343</sup> "Section 20 of the German Criminal Code, which provides an excuse for the intoxicated actor, is not restricted to cases of involuntary drunkenness. As a matter of fact, however, German courts, in agreement with the theoretical literature, do convict for deeds committed during a state of intoxication if the actor is responsible for being in that state (...). This fact is often misunderstood and the expression "actio libera in causa", detached from its historical context and semantic meaning, sometimes is used as a mere catch-word to deal with the problem". Cfr. J. HRUSCHKA, *Imputation*, cit., p. 695, nota 69.

<sup>344</sup> F. HUTCHESON, *cit.*, p. 232.

quando l'ignoranza, esistente *al tempo dei fatti*, fosse *nello stesso momento evitabile*, attraverso un diligente comportamento dell'autore; e potrà aversi imputazione *straordinaria* della medesima condotta ove detta *ignoranza, concomitante all'azione*, fosse sì inevitabile in tale momento, ma tale *inevitabilità possa essere imputata* al medesimo agente, giacché causata da un suo precedente agire negligente. Imputazione straordinaria che avrà dunque luogo, in riferimento a quanto già illustrato, per la violazione di una *Obliegenheit* su di lui incombente (qui rappresentata dall'*onere di conoscere* la norma penale)<sup>345</sup>.

Rispetto alle due menzionate situazioni d'ignoranza, si riportano altri passi dello stesso Hutcheson che confermano ulteriormente il suo accoglimento di ipotesi di straordinaria imputazione: 1. "*Voluntary or vincible ignorance is either affected, when men directly design to avoid knowing the truth with some apprehensions of it: or what arises from gross negligence or sloth; when men have little solicitude about their duty, and take little thought about their conduct.*" 2. "(...) *when at present, and in the midst of action, men cannot discover the truth, tho' they earnestly desire it; but had they formerly used the diligence required of good men they might have known it.*"<sup>346</sup>

L'imputazione straordinaria in casi di ignoranza, pertanto, così conclude al riguardo il Professor Hruschka, sarebbe da escludersi, tornando alla formula pufendorfiana, al ricorrere di una "*ignorantia invincibilis in se et in sua causa simul*"<sup>347</sup>.

#### **4.4. Imputazione straordinaria: in particolare sulle *Obliegenheiten*.**

Preme, alla luce di quanto trattato, tornare a quanto sopra accennato in merito a quegli "oneri di diligenza" che, nel pensiero hruschkiano, legittimano l'instaurarsi di un'imputazione straordinaria, svolgendone un'analisi più precisa e dettagliata. Preliminarmente, tuttavia, sarà opportuno soffermarsi ancora un poco sulla legittimità *storica* di tale peculiare meccanismo imputativo.

---

<sup>345</sup> Cfr. F. MOLINA FERNANDEZ, secondo il quale, nei casi di ignoranza di una norma giuridica ci si troverebbe di fronte ad una "*(meta)norma que obliga a poner la diligencia adecuada para conocer otras normas*", in *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, p. 588.

<sup>346</sup> Cfr. F. HUTCHESON, *cit.*, p. 128, citato in: J. HRUSCHKA, *Imputation*, *cit.* p. 695, note 71 e 72.

<sup>347</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *ult. cit.*, p. 696.

La dottrina dell'*actio libera in causa*, ossia dell'imputazione di una condotta e/o di una responsabilità che prescindono dal ricorrere dei "normali" requisiti di imputazione e che si fondano, invece, sulle precedenti azioni libere ed imputabili dell'autore, ha, in effetti, origini ben più antiche di quelle sino a qui citate, risalendo ai concetti dell'*ignorantia affectata seu vitiosa* o a quello di *defectus affectatus*, già rintracciabili nell'opera di Tommaso d'Aquino. Quest'ultimo filosofo, in particolare, riguardo all'incapacità procurata scriveva, nel 1270: "*Aliquid potest esse voluntarium vel secundum se, sicut quando voluntas directe in ipsum fertur: vel secundum suam causam, quando voluntas fertur in causam et non in effectum, et patet in eo qui voluntarie inebriatur; ex hoc enim quasi voluntarium ei imputatur quod per ebrietatem committit*".<sup>348</sup>

L'esclusione della *scusante* – ovvero il ricorso alla straordinaria imputazione – nei confronti di chi commetta un atto antigiuridico dopo aver *volontariamente* assunto sostanze alcoliche non è, dunque, fenomeno nuovo. Essa, molti secoli più tardi, fu solo riaffermata, nel 1817, da Krug: "*Folglich findet keine rechtliche Zurechnung statt (...) bei vernünftigen Wesen ohne Vernunftgebrauch, wenn dieser unverschuldet ist. Daher können Kindern und Blöd- oder Wahnsinnigen die von ihnen ausgehenden Rechtsverletzungen nicht zugerechnet werden, da ihnen das zur vernünftigen Willensbestimmung zureichende Bewußtsein der natürlichen und rechtlichen Beschaffenheit ihrer Handlungen ohne ihre Schuld fehlt (...). Trunken hingegen können ihre Handlungen allerdings zugerechnet werden, weil ihr Mangel am Vernunftgebrauche verschuldet ist, da sie vorher wissen konnten und sollten, daß ihre Unmäßigkeit diese Folge haben würde. Wäre jedoch jemand von einem anderen absichtlich in den Zustand der Trunkenheit versetzt worden, ohne daß er selbst eine Ahnung davon haben konnte, so würde die Zurechnung seiner Handlungen während der Trunkenheit von ihm hinweg sich auf den Andern wenden*"<sup>349</sup>. Prima di questi, similmente si era espresso Kant: "*alles ist imputabel was zur Freyheit gehört, wenn es auch nicht direct aber doch indirecte durch di Freyheit entstanden ist, z. E. was jemand im betrunkenen Muth gethan hat, kann wohl nicht imputirt werden; aber die Trunkenheit kann ihm zugerechnet werden*"<sup>350</sup>. Lo

<sup>348</sup> TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologica* I-II, q. 77a 7c.

<sup>349</sup> Cfr. W. T. KRUG, *Dikäologie oder philosophische Rechtslehre*, Vienna, 1818, p. 232 e ss., citato in J. HRUSCHKA, *Strukturen*, p. 47.

<sup>350</sup> Cfr. I. KANT, *Moralphilosophie* Collins, 1784 – 85, *Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, Berlin, vol. XXVII. 1, p. 291. Sempre quanto alla possibilità di imputazione in casi di procurata incapacità in Kant: "*Jedoch ist diese Impotenz zu handeln oder eine Handlung zu unterlassen, die hier als absolut angenommen wird, nur dann nicht imputabel, insofern der Handelnde nicht causa libera diese Impotenz ist, oder sie nur durch eine Bedingung entstand, die in ihm lag. Causa causati est causa causae. Mit aller Vorsicht hätte er z.B. den Erfolg einsehen können – die nächste Ursache war zwar zufällig, aber die entfernte lag in ihm*", *Metaphysik der Sitten* *Vigilantius*, 1793 – 1794, *Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, Berlino, vol. XXVII.2.1., p. 563<sub>32</sub> – 38. E ancora: "*Daher trifft auch die Imputation auf jede Wirkung, die in einer verschuldeten Unwissenheit oder Unvermögenheit ihren Grund*

stesso diritto comune tedesco, del resto, aveva da lungo fatto propri questi concetti. Hruschka, riporta, in particolare, il pensiero di Schaffstein, secondo il quale tutte le azioni commesse “*in voluntaria ebrietate*” fossero sempre e senza eccezioni considerate, al suo interno, *actiones liberae in causa*; e sottolinea come lo stesso codice prussiano del 1794 contenesse previsioni della medesima specie<sup>351</sup>.

E’ per questa ragione che, secondo Hruschka, quando si dice che il contemporaneo diritto penale “sembri” adottare una diversa soluzione (e di nuovo il riferimento corre al già menzionato § 20 StGB), in Germania o altrove, è davvero appropriato parlare di una mera “apparenza”. Dette strutture imputative, infatti, non possono né modificarsi né essere *ab externo* modificate poiché parte integrante del nostro stesso ragionare etico e giuridico.

Parlare d’imputazione straordinaria, allora, costringe il giurista alla ricerca di adeguate definizioni per quelle “*Obliegenheiten*” più sopra ricordate, la cui violazione legittima l’imputazione di una condotta ad un soggetto *nonostante* l’assenza di uno o più tra i suoi normali, *ordinari*, presupposti. Deve sin d’ora segnalarsi, tuttavia, che, sotto questo specifico profilo, l’opera sistematica sviluppata da Joachim Hruschka non appare ancora del tutto soddisfacente. Sebbene, infatti, individuare la fonte dell’imputazione straordinaria nella violazione – libera e imputabile – da parte dell’autore, di specifici *obblighi di diligenza* eviterebbe, in astratto, il rischio di violare, facendo ad essa ricorso, il principio di legalità, la precisa individuazione e specificazione di questi obblighi è ancora soltanto vaga ed alle volte sfuggente<sup>352</sup>.

Posta l’importanza della questione, non stupisce che anche gli autori del passato avessero sentito l’esigenza di mantenersi nell’ambito della *legalità*, ricercando quel fondamento *giuridico* che renderebbe lecita l’affermazione di responsabilità *straordinaria* dell’autore. Pufendorf parlava, a tale riguardo, di una *sanzione*: per aver agito non *contro la giustizia*, ma contro la *prudenza*: “*Item directe quis effectum aliquem intenderit, an ille per agentis incogitantiam (nota: Veluti ex vulnere non lethali, per incuriam aut imperitiam male obligato – mors. V. L. 30. § ult D. ad Aquil.), aut per aliam velut concomitantiam, secutus fuerit. Ex*

---

*hatte. Der Handelnde war ja unter Umständen, wo er die Folgen der Handlung durch Hinwegräumung des Hindernisses oder Unterlassung dessen, wodurch er sich es zuzog, übersehen konnte. Z. B. durch Trunk leidet Jemand an der Gicht, und diese macht ihm zum Amte unfähig; oder es fehlt Jemand wegen Unwissenheit eines Gesetzes, dessen Kenntniß zu dem Geschäfte nothig war. Dies gilt von allen Handlungen, sie mögen erlaubt oder unerlaubt, merita oder demerita, seyn, insoweit als sie unter dem Gesetz stehen”, Ibid., pp. 565<sub>36</sub> - 566<sub>1-7</sub>.*

<sup>351</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Struckturen*, p. 47.

<sup>352</sup> Idea condivisa da uno dei più grandi studiosi di Hruschka: “*Según alcanzo, las estructuras de imputación extraordinaria no han recibido todavía un tratamiento acabado por parte de Hruschka que las haga aceptables*”. Cfr. P. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, p. 534, nota 87.

*hoc enim contingit, vt alicui actio imputetur non velut contra iustitiae, sed contra prudentiae, aut prouidentiae lege admissa; vtque adeo aliquis non malitiose, sed imprudenter duntaxat aut praecipitanter egisse, iudicetur*<sup>353</sup>.

Tommaso d'Aquino, trattando dell'ignoranza sul giuridico, ossia su ciò che si dovrebbe fare, poneva a fondamento dell'imputazione la *negligenza* del soggetto: "(...) *tale ignoranza, però, non causa l'involontario perché un'ignoranza di questo genere, in un uomo che sia fornito dell'uso della ragione può essere soltanto frutto della negligenza; il motivo è che ciascuno è obbligato a interessarsi in modo adeguato per sapere ciò che egli deve fare o evitare. Di conseguenza, se la stessa ignoranza viene giudicata volontaria per il fatto che l'uomo non vuol evitarla, come invece è obbligato a fare, ne deriva che non verrà giudicato involontario neppure ciò che l'uomo fa a causa di tale ignoranza*".<sup>354</sup> Negligenza alla quale si era appunto riferito anche Aristotele<sup>355</sup>.

E' evidente, in effetti, che la legittimità di una straordinaria imputabilità richiede un fondamento; e che debba trattarsi, posta l'eccezionalità di questo modo di procedere, di una solidissima base giustificativa<sup>356</sup>. A tale proposito, la scelta di Hruschka, ovverosia il ricorso al concetto di "*Obliegenheit*" per riferirsi all'obbligo la cui violazione legittima tale eccezionale ascrizione di responsabilità, non è casuale, bensì frutto di una scelta ponderata, imposta, in particolare, dall'assenza di altro termine idoneo e maggiormente preciso<sup>357</sup>.

Ciò che l'*Obliegenheit* descrive non è, infatti, un "*dovere*", bensì una *condizione* necessaria per l'adempimento di prescrizioni e proibizioni legislativamente imposte: "*Eine Obliegenheit ist zwar eine Aufgabe, die ich wahrzunehmen habe. Aber sie ist keine Pflicht, auch keine Pflicht gegen mich selbst.*"<sup>358</sup> Tale concetto, che molto si avvicina all'idea di un *onere*, trova naturale ambito applicativo, com'è noto, nel campo del diritto civile. Ciò non significa, tuttavia, che esso debba qui interpretarsi secondo le categorie civilistiche. Se fuori dall'ambito

---

<sup>353</sup> Cfr. S. PUFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium*, 1672, in *Gesammelte Werke*, vol. 4.1, Böbling, F. ed., Berlin, 1998, lib. I, cap. V, § III, p. 69.

<sup>354</sup> Cfr. TOMMASO D'AQUINO, *Commentario all'Etica nicomachea di Aristotele*, libri 1 – 5, Edizioni studio domenicano, Bologna, 1998, vol. I, p. 270.

<sup>355</sup> Nella versione latina dell'Etica a Nicomaco di Guillermo de Moerbecke, che parrebbe essere quella utilizzata da Tommaso d'Aquino, si legge, infatti: "*Similiter et in aliis quaecumque propter negligentiam ignorare videntur, ut in ipsis existente non ignorare. Eius enim quod est diligentes esse, domini sumus*". In MARIETTI, III ed., Spiazzi, Torino, 1964, p. 141.

<sup>356</sup> Di questa opinione: J. RENZIOWSKY, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, *Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, 1997, p. 208; uno sforzo nella ricerca di fondamento è quello compiuto da U. KINDHÄUSER in: *Kausalanalyse und Handlungszuschreibung*, GA, 1982, pp. 477-98; ID., *Gefährdung als Straftat*, cit.

<sup>357</sup> Contributo più recente, specificatamente dedicato al tema, è: J. HRUSCHKA, *Die Unterscheidung zwischen Pflicht und Obliegenheiten*, in M. KAUFMANN, *Recht auf Rausch und Selbstverlust durch Sucht*, 2003, pp. 291 – 303.

<sup>358</sup> *Ibid*, p. 300.

penale, infatti, l'adempimento dell'onere è condizione perché si possa esercitare un diritto, qui la *Obliegenheit* indica quell'onere (o obbligo, o peso, o incombenza) il cui adempimento metterebbe al riparo colui sul quale esso incombe dalla possibilità di future ed eventuali incriminazioni. Il rispetto dell'onere di diligenza sarebbe, in sintesi, lo strumento di cui il soggetto dispone “*per non perdere il diritto*” di non vedersi imputate, se non *ordinariamente*, le proprie azioni.

E' fuor di dubbio, inoltre, che vi siano *Obliegenheiten* che il legislatore non manca di trasformare in veri e propri doveri: dalla loro violazione consegue immediatamente la realizzazione di un illecito (vuoi penale, vuoi amministrativo). Si pensi, ad esempio, alla norma che impone all'impresa di predisporre ed applicare un piano di sicurezza sul lavoro; o alla norma che vieta all'epilettico di ottenere una licenza per la guida di veicoli a motore. La differenza tra *Pflichten* e *Obliegenheiten*, tuttavia, permane; ed essa deve intendersi, secondo lo stesso Hruschka, in senso *relativo*<sup>359</sup>. Lo stesso fatto, cioè, può essere sia vero e proprio dovere (*Pflicht*), ad esempio nelle vesti di illecito amministrativo, sia “*onere di diligenza*” (*Obliegenheit*) in relazione ad un particolare reato (ad esempio: la guida dell'epilettico che abbia ottenuto fraudolentemente la patente, e che provochi la morte di un passante nel corso di una crisi convulsiva, dà origine a imputazione straordinaria del reato d'omicidio, *nonostante* l'incapacità del soggetto agente – e dunque in assenza di sua autoria –, per il fatto che l'illecito ottenimento della licenza è, in relazione ad esso, una *Obliegenheitsverletzung*).

Si noti che, diversamente da quanto previsto per l'*ordinaria* inosservanza del “dovere”, la violazione dell'*onere* rende lecito prescindere dal dolo dell'agente ai fini dell'imputazione. Al destinatario della norma penale, pertanto, alla luce di questa ricostruzione, non incomberebbe soltanto d'adeguare il proprio comportamento alla specifica regola di legge, ma anche, come si diceva, di mantenersi in condizioni di adempiere a tutto ciò che sia previsto – prescritto o proibito – dalla medesima.

Secondo lo spagnolo Sánchez-Ostiz, che al pensiero di Hruschka e all'imputazione ha dedicato un'opera ricchissima e molto dettagliata, si potrebbe dire, a questo proposito, che accanto ai doveri – *primari* – espressi dalla norma penale, esisterebbero dei doveri, od oneri – *secondari* – la cui finalità ed il cui senso consistono proprio nel *rendere possibile il soddisfacimento di quelli primari*. La conseguenza della violazione di questi doveri secondari non consisterebbe, poi, in una *sanzione*, ma nell'*impossibilità* - totale o parziale, provvisoria o

---

<sup>359</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 417; segue tale indirizzo T. RUDOLPH, *Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht*, cit., p. 90, nota 109.

definitiva – *di adempiere*, al momento opportuno, il vero e proprio dovere: dalla loro violazione conseguirebbe, cioè, una sorta di “sanzione di inadempimento” del dovere primario<sup>360</sup>.

Lo stesso Sánchez-Ostiz, del resto, segnala come ad una siffatta definizione dell'*Obliegenheit* hruschkiana potrebbe accompagnarsi l'idea che sempre esistano dei *doveri secondari*: in particolare, il dovere dell'uomo di esercitare la propria libertà in modo tale da non creare pericoli non suscettibili di essere da lui stesso dominati<sup>361</sup>. L'autore spagnolo, tuttavia, difende le tesi del giurista tedesco e la bontà del concetto di imputazione straordinaria. Essa, infatti, come egli dimostra nei modi che di seguito si espongono, è *già* realtà normativa e giurisprudenziale: essa riguarda tanto i casi generalmente ricondotti alla colpa, quanto quelli delle “*actiones liberae in causa*”, come già s'era detto all'inizio di questa trattazione.

Secondo Sánchez-Ostiz, innanzitutto, è evidente come le *Obliegenheit* di cui si tratta si avvicinino molto a quella *colpa generica* in cui ricade, secondo la moderna dottrina penale, chi violi norme non scritte di diligenza (oltre che di prudenza e perizia)<sup>362</sup>. Il dovere di diligenza diviene spesso, in effetti, fonte di responsabilità propria, e alle volte autonoma, ma questa soluzione si mostra, per diverse ragioni, deficitaria. Se, infatti, il reato è previsto soltanto nella forma dolosa, ove il dolo venga a mancare, come ad esempio in caso di errore, non dovrebbe essere più possibile l'imputazione. Se, invece, nonostante l'errore, la condotta è *comunque imputata* all'autore, ciò avviene *a titolo di colpa* e vi è dunque una violazione della legalità.

Se l'errore esclude il dolo, infatti, soltanto due sono le alternative: o si imputa per dolo o non si dà luogo a imputazione (ordinaria!). Lo stesso dicasi per il caso di errore evitabile sul precetto. Ebbene, se, nonostante questi errori, l'imputazione ha comunque luogo, com'è vero nella prassi legale e giurisprudenziale, ciò significa che ci si trova davvero, in casi siffatti, di fronte ad una *differente forma* d'imputazione. Un'imputazione che per ben due ragioni può allora dirsi *straordinaria*: da un lato, perché si realizza in casi *di per sé non ordinari*, ovvero privi dei comuni requisiti necessari all'imputazione (capacità e conoscenza); dall'altro, perché è eccezione alla regola che esige, ai fini dell'imputazione, il dolo dell'autore.

La rilevanza delle *Obliegenheiten* quale fondamento d'imputabilità straordinaria, inoltre, secondo il medesimo autore, è di ovvia rilevanza anche nelle già indagate ipotesi di *actiones*

---

<sup>360</sup> Cfr. P. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, cit., p. 542. Le parole dell'autore spagnolo sono state qui tradotte ed adattate dallo scrivente, ma massimamente rispettate nei contenuti.

<sup>361</sup> Nello stesso senso: J. RENZIOWSKY, *Restriktiver Täterbegriff*, cit., p. 80.

<sup>362</sup> Cfr. P. SÁNCHEZ-OSTIZ, cit., p. 543 e ss.



*liberae in causa*. In questi casi, infatti, che sono ad esempio quelli di assenza di capacità dell'autore dell'azione, si imputa la condotta *in assenza* del requisito che è base stessa di qualsivoglia giudizio. E' la stessa condotta, infatti, che in questi casi viene a mancare<sup>363</sup>. Ebbene, se, nonostante quest'assordante assenza, la condotta è comunque imputata, giudicata, e poi eventualmente attribuita anche alla colpa (secondo i diversi stadi del giudizio), è chiaro che l'imputazione si fonda su titolo diverso da quello ordinario, su una fonte autonoma. Lo stesso dicasi per il caso in cui manchi, al secondo livello imputativo, l'imputabilità dell'agente. In tutti questi casi, in effetti, l'autore dell'azione rilevante è ritenuto responsabile, prima ancora che della propria condotta, della *propria* incapacità, del *proprio* errore, della *propria* inimputabilità.

Non costituiscono, invece, casi d'imputazione straordinaria quelli nei quali l'autore oltrepassi i limiti imposti dalle cause di giustificazione. In tali situazioni a venire in rilievo è una figura parallela ma distinta dall'*actio libera in causa*, ovvero quella dell'*actio illicita in causa*. Il motivo per cui quest'ultima figura giuridica non equivale a una forma straordinaria di imputazione consiste nel fatto che il giudizio che da essa deriva non è un giudizio di imputazione, ma un giudizio di valutazione normativa. Parlare di *actio illicita in causa* significa cioè, sempre in riferimento allo schema tripartito del giudizio, guardare al momento della "*applicazione della legge al fatto*".<sup>364</sup> Quando il soggetto si difenda da un aggressore oltrepassando la "proporzione", infatti, o quando il necessitato abbia "dato causa" al pericolo da cui scaturisce la propria costrizione, non è un'eccezione alle regole d'imputazione a venire in rilievo, ma la stretta applicazione della legge penale. Invero, è la stessa norma penale, o il suo sistema, a restringere il proprio ambito applicativo, ad escludere la propria applicabilità ai casi menzionati: essa stessa limita la "giustificazione", con riferimento ai casi citati, a una difesa "proporzionata", o ad un pericolo "non volontariamente causato". Solo entro questi limiti la condotta è coperta da quell'eccezione, sempre parte del sistema di regole di legge, che afferma la liceità di una condotta *altrimenti anti giuridica*.

Già s'è detto che il maggior problema sollevato dalle *Obliegenheiten*, o *oneri di diligenza*, o, secondo la traduzione spagnola di Sánchez-Ostiz, *incumbencias*, è quello di definirne il fondamento, di rispondere alla domanda: "*a che cosa ci si deve riferire per stabilire [ad*

---

<sup>363</sup> "(...) dicha estructura [quella dell'actio/omissio libera in causa] deja al descubierto uno de los aspectos débiles de la argumentación corriente en esta materia: que si falta la "acción" no es posible imputación alguna". P. SÁNCHEZ-OSTIZ, *cit.*, p. 545.

<sup>364</sup> Si noti che nel pensiero di Hruschka non esiste una "tipicità" separata dalla "antigiuridicità". Le norme prescrittive e prospettive per l'agente sono le stesse che il giudice, che imputa, applica retrospettivamente nella fase della *applicatio legis*. La tipicità consiste dunque nel giudizio retrospettivo secondo il quale la condotta corrisponde alla situazione di volta in volta descritta dalla norma rilevante e posta a metro di giudizio. Cfr. J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp. 351 e ss.

esempio] *che un errore è imputabile (evitabile)?*”<sup>365</sup>. E’ evidente che la fonte di questi obblighi è diversa da quella, strettamente normativa, dei doveri. Allo stesso tempo, però, essa non può nemmeno confondersi con una responsabilità per il carattere o per il modo di vita<sup>366</sup>. Anche rispetto all’ onere di diligenza debbono valere, infatti, quei medesimi principi ritenuti imprescindibili in tema di condotta e di colpevolezza: deve darsi, cioè, una reale possibilità del soggetto di controllare, conoscere e dominare i processi che lo vedano coinvolto. Il che non potrebbe essere vero riguardo al carattere, posto che, come affermato da Fitzgerald, l’uomo “*può scegliere cosa realizzare, ma non ciò che è*”<sup>367</sup>.

A parere di chi scrive, parrebbe ragionevole accogliere, in linea generale, l’idea espressa da Günther, secondo il quale questi peculiari obblighi non nascerebbero né dalla norma di legge né da regole morali, ma scaturirebbero da quello stesso concetto di *persona* che il diritto fa proprio e che ne costituisce fondamento: ogni soggetto, proprio in quanto *persona*, ha il dovere di comportarsi come tale e di rispettare, nell’altro, il suo stesso essere, a sua volta, *persona*.<sup>368</sup>

Hruschka parla delle *Obliegenheiten* come *imperativi ipotetici*, anziché categorici: nel senso che *per poter adempiere* ad un comando di legge è *condizione* il fatto di venire in possesso – e mantenere – la capacità di realizzare quanto prescritto<sup>369</sup>. Dello stesso avviso pare essere l’autore spagnolo sin qui citato: “*Por mi parte, en la medida en que la incumbencia se refiere a la posibilidad de cumplir un deber, es de carácter hipotético; pero no porque lleve consigo una sanción condicionada a su “incumplimiento”, sino porque son condición para cumplir el deber cuya defectividad viene a garantizar.*”<sup>370</sup>

Quest’ultimo giurista, invero, offre anche la sin qui migliore descrizione del fondamento di tali *oneri*. “Tutte le norme di condotta presuppongono, come condizione necessaria, seppur non sufficiente, la *possibilità* di essere adempiute dal proprio destinatario. Diversamente, non avrebbe senso nemmeno indirizzargli un messaggio normativo (se un dovere sussiste, è perché è possibile agire nel senso richiesto dal dovere medesimo). Per tale ragione, chi emana una norma conta sul fatto che il destinatario si mantenga in condizione di adempierla nel

---

<sup>365</sup> Cfr. P. SÁNCHEZ-OSTIZ, *cit.*, p. 548.

<sup>366</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 549, con citazione di: K. GÜNTHER, *Schuld und Kommunikative Freiheit, Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*, 2005, p. 111.

<sup>367</sup> Cfr. P. J. FITZGERALD, *Actos voluntarios e involuntarios*, in WHITE, *La filosofía de la acción*, 1976, p. 179, traduzione nostra.

<sup>368</sup> Cfr. K. GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, *cit.*, p. 111. Base di questo pensiero può certamente trarsi da Hegel: “*Sei eine Person und respektiere die anderen als Personen*”.

<sup>369</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *FS Bockelmann*, pp. 422- 426.

<sup>370</sup> Cfr. P. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, p. 550, nota 138.

momento concreto in cui verrà ad esistere il suo dovere. Se il rispetto della norma si garantisce attraverso la previsione ed irrogazione di pene, infatti, allo stesso modo lo si garantisce mediante quelle condizioni (fattuali e “giuridiche”) da cui il medesimo dipende.” “In altre parole, deve garantirsi che l’eventuale agente *conosca* i dati fattuali e la norma in questione, così come deve garantirsi che egli *possa* agire, ed agire conformemente alla norma. Si danno quindi *oneri* in relazione a ciascuno dei presupposti che possono escludere l’imputazione ordinaria: tradizionalmente, nel caso di errore (evitabile) sul tipo e sull’antigiuridicità, come per l’*actio libera in causa* per quel che concerne l’azione e l’imputabilità.”<sup>371</sup>

In effetti, l’intero ordinamento presuppone che i soggetti siano, e si mantengano, in condizioni tali da poter adempiere la norma<sup>372</sup>. Ciò non equivale ad affermare, tuttavia, l’esistenza di una norma onnicomprensiva, di perdurante valore, in base alla quale ciascun cittadino dovrebbe trovarsi in un permanente stato d’allarme.

L’onere è una norma di “legge” (in senso ampio): non si tratta, infatti, di una regola di imputazione, diretta al giudice, ma di una norma di condotta, diretta al cittadino e che egli dunque conosce e deve poter conoscere. Queste norme “[D]ejan al destinatario en la libertad de mantenerse en libertad siempre que pueda, en el momento oportuno, dar cumplimiento al deber respectivo; no le especifican la conducta concreta a realizar u omitir, sino que le dejan libertad para sopesar las circunstancias y decidir en cada caso.”<sup>373</sup>

Quanto alla *tipizzazione* di regole di imputazione straordinaria, quali quelle che sanciscono l’inescusabilità dell’errore evitabile, o quella delle condotte realizzate in stato di volontaria incapacità – fisica o *naturale* –, essa non equivale ad esprimere il *contenido* delle *Obliegenheiten*. Potrebbe dunque comprendersi, sotto questo specifico profilo, la critica di chi ritenesse violazione del principio di legalità il fatto di fondare la responsabilità del soggetto su oneri siffatti. Questa tesi, tuttavia, pecca per eccessivo formalismo.

In primo luogo, infatti, una completa tipizzazione degli *oneri di diligenza* sarebbe impossibile, posto che, in relazione a ciascun singolo reato, dovrebbero o potrebbero collegarsene, di volta in volta, di diversi. In secondo luogo, tali forme di straordinaria imputazione sono già realtà giurisprudenziale nella maggior parte degli ordinamenti (vuoi sotto forma di imputazioni per *colpa generica*, vuoi tramite il ricorso al concetto di *actio*

---

<sup>371</sup> *Ibidem*, p. 551, traduzione nostra.

<sup>372</sup> Cfr. J. RENZIKOWSKY, *Restriktiver Täterbegriff*, cit., p. 230.

<sup>373</sup> Cfr. P. SÁNCHEZ-OSTIZ, cit., p. 552.

*libera in causa*). In effetti, il problema “legalistico” che tali oneri sollevano non è certamente più grave - trattandosi in realtà del *medesimo fenomeno* -, di quello che ciascun giudice è chiamato ad affrontare nel momento in cui debba pronunciarsi su una condotta “genericamente colposa” del soggetto agente. Nell’ambito di tale giudizio, invero, il giudice è chiamato a rifarsi ad un concetto di *diligenza* i cui contenuti si traggono proprio dall’esperienza e, probabilmente, proprio da quelle dinamiche imputative che sin qui sono state esposte.

## **5. L’imputazione e i casi di errore.**

Un ulteriore aspetto sul quale è opportuno soffermarsi, una volta delineate le strutture dei diversi livelli di imputazione e del loro operare ordinario e straordinario, è quello relativo all’errore. Tale problematica, che fu oggetto di controversia nella dottrina penale tedesca degli anni ’50 e ’60 del secolo scorso, concerne precisamente le effettive conoscenze dell’agente ed il “livello” di imputazione rispetto al quale esse rilevano<sup>374</sup>.

A questo proposito una prima necessaria distinzione deve operarsi, secondo Hruschka, tra la *conoscenza dei fatti rilevanti rispetto a una determinata previsione normativa*, da un lato, e la *conoscenza della legge o della sua rilevanza rispetto alla condotta*, dall’altro<sup>375</sup>.

Quanto alla prima ipotesi, ovvero alla conoscenza dei fatti rilevanti rispetto a una determinata previsione, essa concerne, in particolare, il primo livello di imputazione – l’*imputatio facti*. Se imputiamo una condotta ad un soggetto, ritenendolo causa libera del medesimo, infatti, è perché riteniamo, lo si è visto, che questi abbia agito seguendo una regola pratica che esattamente corrisponde a ciò che si vieta, ovvero omettendo di adempiere ad una regola pratica che corrisponde alla condotta prescritta. Così, il motivo per cui escludiamo che a un soggetto, il cui braccio sia stato irresistibilmente spinto verso il viso di un terzo, debba imputarsi una condotta lesiva consiste nel fatto che escludiamo, in ragione delle circostanze, che l’agente abbia seguito, in concreto, la regola pratica del “*come dare un pugno a un altro uomo*”. Lo stesso dicasi nei casi di incapacità: se escludiamo l’imputazione del fatto al

---

<sup>374</sup> Il tema dell’errore è trattato in buona parte degli scritti di Hruschka. Si segnalano tra questi, in particolare: *Imputation*, p. 696 e ss.; *Strafrecht*, cit., in particolare al capitolo III, p. 177 e ss., tutto dedicato agli “*Irrtumsfälle*”; ID., *Der Gegenstand des Rechtswidrigkeitsurteils nach heutigem Strafrecht. Zur Konsistenz möglicher Konzeptionen von der Bedeutung der Tatumstandsirrümer*, in *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 1980, p. 1-22.

<sup>375</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Imputation*, cit., p. 696 e ss.

soggetto incapace è perché la sua stessa condizione fisico-psichica rende irragionevole ritenere che egli abbia seguito – o potuto seguire –, volontariamente, alcuna regola pratica. Ebbene, l'ignoranza dei fatti opera, più o meno, secondo le stesse dinamiche dell'incapacità.

I casi di *ignoranza dei fatti rilevanti per la legge*, infatti, sono spesso casi di ignoranza di quelle *circostanze “esterne” all'azione* che lascerebbero presupporre all'osservatore l'applicazione di una regola pratica da parte del soggetto agente; oppure sono casi di ignoranza della stessa *regola pratica* dell'agire (non la norma di legge!) che, in base alle circostanze oggettive, la persona coinvolta sembrerebbe *prima facie* aver seguito. Si riportano, a questo proposito, gli esempi in merito proposti dallo stesso Joachim Hruschka, relativamente alle diverse ipotesi<sup>376</sup>.

Nel caso in cui taluno getti in aria una pietra e questa colpisca un terzo, l'evento suggerisce all'osservatore che l'agente abbia seguito ed applicato la regola pratica del “*come colpire un altro uomo*” nella propria azione. Ove, però, l'imputante abbia motivo di credere che l'agente non abbia potuto vedere il terzo, e non abbia quindi potuto percepire la possibilità di colpirlo, non riterrà più che abbia seguito tale regola. Oppure: posto che il fatto di agitare in aria un fazzoletto bianco quando ci si trovi ad alta quota è comunemente ritenuto segnale di pericolo, vedere un uomo che agita in aria un fazzoletto bianco induce a ritenere che egli stia chiedendo aiuto; del resto, se vi sia motivo di ritenere che il soggetto agiti in aria il fazzoletto solamente per divertirsi, l'evento esteriormente osservabile suggerirà l'applicazione della diversa regola pratica del “*come mettere in allarme gli eventuali soccorsi*”. Tuttavia, se vi fosse altresì ragione di credere che, mentre agitava il fazzoletto “solo per divertirsi”, l'agente *non sapesse* che tale gesto avrebbe generato allarme, non si potrà concludere che questi abbia seguito ed applicato la regola pratica del “*come destare allarme*”.

In tutti questi casi d'ignoranza, quella che viene a mancare è l'imputazione *ordinaria* di *primo livello*.

Diversi, invece, sono i casi d'*ignoranza* concernente non già i fatti rilevanti, ma le stesse *norme positive*. Tali norme, che prescrivono i doverosi compimento od omissione di specifiche condotte, sono diverse dalle menzionate regole pratiche applicate nell'azione. Benché “regole”, esse appartengono a un ordine differente: sono regole che impongono o che vietano all'individuo di fare applicazione di altre regole – quelle pratiche dell'agire. Alla non conoscenza di queste norme, pertanto, non possono corrispondere gli stessi effetti scaturenti

---

<sup>376</sup> *Ibidem*, p. 697.

vuoi dalla soggezione ad una *vis absoluta*, vuoi da uno stato di incapacità (entrambi, ben s'intenda, non imputabili all'autore). La loro ignoranza non può dunque escludere l'imputazione di primo livello.

E' piuttosto evidente, infatti, come, da un lato, la persona tenuta ad adempiere uno specifico obbligo, ma che inevitabilmente non riconosca il ricorrere di circostanze rilevanti per la legge applicabile, *non possa* adempiere all'obbligo in questione esattamente nello stesso modo in cui ella *non potrebbe* adempiere ad esso in caso di impossibilità o di necessità fisiche. Se, infatti, nel caso dell'impossibilità, si ritiene che, in virtù della massima "*impossibilium nulla est obligatio*", non possa darsi imputazione di primo livello nei confronti di colui che, al tempo dell'azione, non godesse della capacità di adempiere, e tantomeno gli fosse imputabile detto stato di incapacità, similmente dovrà escludersi l'imputazione ordinaria e straordinaria di primo livello nei confronti di quel soggetto che si trovi in uno stato di ignoranza inevitabile *dei fatti rilevanti al tempo dell'azione* (sempre che di tale ignoranza non possa essere egli stesso ritenuto responsabile).

D'altro lato però, come s'accennava, la soluzione dovrà essere diversa per i casi di ignoranza o d'errore relativi alla legge o alla sua rilevanza nel caso concreto. Quando, infatti, in questo genere di casi, ci si esprima affermando che colui che non conosce la norma *non può* tenere un comportamento ad essa conforme, si dice qualcosa di diverso rispetto alle situazioni precedentemente analizzate. In queste ipotesi è chiaro che il soggetto ben *potrebbe agire conformemente* a quanto previsto dalla norma positiva, e ciò indipendentemente da una sua inevitabile ignoranza del precetto. Si *può*, infatti, certamente ed efficacemente soccorrere una persona in pericolo, sia pur nell'ignoranza della norma che rende doveroso tale comportamento. E si *può* evitare di uccidere qualcuno pur non essendo a conoscenza del divieto rilevante. Non venendo qui in rilievo il valore della massima per cui non può esservi obbligazione rispetto all'impossibile, non può dunque ritenersi esclusa, in casi siffatti, l'imputazione di primo livello.

Resta da chiedersi, allora, se l'ignoranza o l'errore sul precetto debbano - o possano -, rilevare in relazione all'imputazione di secondo livello. In effetti, l'eventuale ignoranza della legge da parte di colui che abbia agito è questione rilevante, per colui che ne giudichi la condotta, solamente in un secondo momento, ossia soltanto dopo che si sia stabilito che tale condotta, imputabile e imputata al primo livello, costituisce violazione di un obbligo di legge. Prima della sussunzione del fatto, invero, non avrebbe alcun senso chiedersi se il soggetto avesse avuto contezza della previsione normativa. *E' quindi inevitabile che si mantengano distinte,*

da un lato, l'ignoranza sui fatti per legge rilevanti, e, dall'altro, l'ignoranza sulla legge rilevante nel caso concreto<sup>377</sup>.

Secondo Joachim Hruschka, proprio queste ultime constatazioni fanno sì che l'affermazione di Reid, secondo il quale l'ignoranza invincibile “*takes away all blame*”, sia vera soltanto in modo relativo: soltanto parzialmente l'ignoranza inevitabile può scusare, proprio perché solo parzialmente essa è applicazione del principio per cui non può esservi obbligazione rispetto a ciò che è impossibile. Soltanto l'ignoranza invincibile dei *fatti rilevanti*, infatti, porta via con sé ogni possibilità di rimprovero ed è diretta applicazione della massima “*impossibilium nulla est obligatio*”. Ciò non accade, invece, quando l'ignoranza o l'errore concernano la previsione legislativa. Nella frase di Reid può ancora riconoscersi, dunque, quell'indebita commistione tra piano prospettico e giudizio retrospettivo che, secondo Hruschka, è stata ed è caratteristica costante delle riflessioni della penalistica moderna.

## **6. Sintesi delle cause atte ad escludere l'imputazione.**

Alla luce di quanto sin qui esposto diviene possibile sviluppare un modello concernente le esclusioni di imputazione ordinaria e straordinaria, tanto di primo quanto di secondo livello.

L'imputazione *ordinaria* è esclusa, al *primo livello*:

1. in casi di necessità fisica e di impossibilità, ad esempio, in caso di forza fisica irresistibile o di completa intossicazione, ovvero circostanze che rendono ciò che è o non è avvenuto mera sussistenza o insussistenza di un fatto fisico;
2. in casi di ignoranza di aspetti del fatto giuridicamente rilevanti; in casi di errore sull'esistenza di una circostanza giustificante.

Potremmo anche dire che escludiamo l'imputazione di primo livello quando riteniamo (diamo per presupposto) che il soggetto, nel corso della propria azione,

A. *non possa conoscere* alcuna regola pratica cui dare applicazione:

- a) perché è *incapace* di conoscere regole applicabili (es: neonato)

---

<sup>377</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Imputation*, p. 698, letteralmente: “*It is, therefore, necessary to differentiate between ignorance of facts relevant under the law and ignorance of the unlawfulness of the act*”.

- b) perché, nonostante la capacità, per diverse ragioni non è a conoscenza, al momento dell'azione, di alcuna regola dell'agire (es: il sonnambulo);

B. quando partiamo dal presupposto che il soggetto (nonostante la conoscenza della regola dell'agire) *non sia libero* di dare ad essa applicazione nella propria azione:

- a) perché incapace di dare applicazione a qualsivoglia regola (es: l'epilettico in preda a crisi convulsiva)
- b) perché, nonostante tale capacità, per diverse ragioni è incapace, al momento dell'azione, di dare applicazione ad alcuna regola pratica (es: casi di *vis absoluta*).

In tutti questi casi, l'azione realizzatasi o l'inattività del soggetto sono descrivibili come mero verificarsi o non verificarsi di un evento a questi "esterno".

L'imputazione *straordinaria* è esclusa, per l'*imputazione di primo livello*, nei casi in cui il soggetto non abbia *imputabilmente* causato o omesso di evitare il realizzarsi delle condizioni da cui deriva l'esclusione dell'imputazione ordinaria (incapacità di conoscere o seguire la regola pratica dell'agire).

- Non si esclude, invece, l'imputazione del primo livello nei casi di *vis compulsiva*, incapacità parziale, ignoranza o errore sul precetto o sulla sua rilevanza nel caso concreto. In questi casi, infatti, non può dubitarsi del fatto che sussista una *vera e propria condotta* dell'agente, cioè un'azione libera, imputabile e imputata, sussumibile a legge.

L'imputazione *ordinaria* di secondo livello è esclusa:

1. In casi di "necessità" e di "impossibilità" *non fisiche*, quali i casi di *duress*, o di una intossicazione grave ma non totale, in cui la libertà dell'agente è diminuita ma non esclusa.
2. Nell'ignoranza della norma di legge che obbliga ad agire o ad omettere l'azione.

Adottando una diversa formulazione potremmo anche qui affermare che l'imputazione di secondo livello è esclusa:

A. quando si parta dal presupposto che il soggetto, nel corso dell'azione, *non conosca la regola Rx*, di cui la condotta è realizzazione:

- a) perché, nella situazione concreta, *non può* oggettivamente *conoscere* tale regola;
- b) perché, nonostante la conoscibilità della stessa, non la conosca per altre ragioni;



B. quando si presupponga che il soggetto, nonostante la sua conoscenza di Rx, *non abbia dato a questa applicazione:*

- a) perché, oggettivamente, nella concreta situazione egli non può in alcun modo dare volontaria applicazione alla medesima;
- b) perché, nonostante l'applicabilità di Rx, per altri motivi egli non la può in concreto applicare.

L'esclusione dell'imputazione di secondo livello nei casi relativi all'ignoranza del precetto dipende, in particolare, dal fatto che in essi mancherebbe un motivo decisivo per la violazione del dovere; o ve ne sarebbe uno eccessivo in riferimento alle azioni supererogatorie. Anche qui la libertà decisionale del soggetto sussiste, ma soltanto in forma limitata o parziale.

L'imputazione *straordinaria* di secondo livello è esclusa nei casi in cui l'individuo coinvolto abbia *non imputabilmente* causato le ragioni che conducono all'esclusione di una imputazione ordinaria.

Il modello qui sintetizzato, che Hruschka spesso suggerisce e ripropone nei propri scritti<sup>378</sup> e che può essere arricchito con la specificazione di numerose variabili – in particolar modo attraverso la precisa determinazione dei casi in cui possa ritenersi *imputabile* la causazione delle circostanze che conducono all'affermazione di una imputazione straordinaria dell'agente –, ha l'evidente merito, come lo stesso Autore stesso non manca di segnalare, di essere semplice e coerente, soprattutto per quel che concerne la differenziazione tra imputazione ordinaria e straordinaria. Esso, inoltre, è connotato da un parallelismo relativo alle ragioni che conducono all'esclusione dell'imputazione su entrambi i livelli che certamente ne aumenta il pregio oltre che la coerenza logica. Infine, il modello proposto è particolarmente idoneo, secondo il Nostro, ad essere utilizzato per l'elaborazione di una coerente codificazione penale.

Ovviamente, come Hruschka medesimo non manca di segnalare, le ragioni che giustificano l'esclusione di una imputazione di secondo livello sono di per se stesse meno cogenti di quelle che, al primo livello, conducono a detto risultato.

Non costituisce, quindi, mera coincidenza il fatto che esse siano state e che, in qualche misura, siano ancora, oggetto di dibattito e che siano diversamente interpretate, nella loro ampiezza e nel loro valore, dalla dottrina penalistica e all'interno dei diversi ordinamenti nazionali. In effetti, il fatto che la *minaccia*, la necessità determinata cioè da una costrizione

---

<sup>378</sup> Ci si è qui riferiti alla sintesi proposta in *Strukturen der Zurechnung*, cit., in particolare alle pp. 17, 18 e 28, 29. Una simile trattazione è proposta in: *Imputation*, cit., pp. 699 e 700.

di tipo morale, ipotesi equivalente all'anglosassone *duress*, sia qualificata come ipotesi scusante, deriva, da un lato, dalla sua analogia ai casi di coercizione fisica irresistibile e, dall'altro, dal fatto che si riconosca la natura non eroica dell'essere umano: tanto del giudicante, quanto del giudicato. Un'incapacità derivante da ubriachezza, che provochi una diminuzione della capacità dell'autore, senza tuttavia giungere a gravità tale da far perdere alla sua azione la qualifica di vera e propria condotta – ovvero sia di fatto imputabile, e dunque valutabile in base a norme, in quanto libero –, rende comunque ragionevole ritenere che la capacità dell'agente di determinarsi secondo la prescrizione sia in concreto diminuita o limitata. Tale circostanza è simile a quella che conduce ad una esclusione di imputazione di primo livello nei casi in cui, ad esempio, il soggetto agisca durante uno stato di ipnosi (e dunque di *totale* incapacità). Ancora, l'ignoranza inevitabile della legge, che ormai molti ordinamenti espressamente riconoscono quale causa di esclusione della punibilità (vuoi perché scusante, vuoi perché qualificata come tale “in senso stretto”), e che fa venir meno l'imputazione di secondo livello, corrisponde a quella ignoranza dei fatti rilevanti che, invece, impedisce di imputare il fatto all'agente al primo livello di imputazione.

Infine, allo scopo di difendere la ragionevolezza e l'opportunità di un pieno riconoscimento delle ipotesi scusanti, categoria spesso oggetto di critiche dottrinali, può essere utile confrontare tra loro gli atti supererogatori e quelli contrari a dovere. Se è naturale, infatti, ritenere che un atto supererogatorio compiuto sotto minaccia non meriti premio alcuno – non debba cioè imputarsi all'autore al secondo livello – e se, ugualmente, è automatico escludere il merito per un'azione compiuta da chi avesse creduto d'essere ad essa obbligato, parrebbero darsi argomenti sufficienti per ritenere che le medesime circostanze debbano essere considerate anche e proprio per scusare atti contrari a dovere.

## IV – Zurechnung “hruschkiana” e teoria del delitto – soluzioni di casi pratici.

### 1. Introduzione.

Come anticipatosi al principio di questo lavoro, lo studio della teoria dell'imputazione, nella sua declinazione hruschkiana, non ha scopo di mera erudizione. La *Zurechnungstheorie* proposta dal professor Hruschka, al contrario, vorrebbe porsi, oltre che come suggerimento per una “futura” e più ampia ricerca sullo statuto epistemico della scienza penale e sulla realtà “ontologica” dell'*azione* penalmente rilevante, come utile strumento per la risoluzione di casi pratici, di veri e propri *hard cases* del diritto.

In effetti, situazioni come quelle dell'errore di fatto, dell'*aberratio* o di reati commessi in stato di incapacità si “risolverebbero”, secondo il Giurista tedesco, indipendentemente dalla cornice codicistica nella quale si realizzano, proprio ricorrendo a quei *logici* presupposti dell'imputazione, di primo e secondo livello, ordinaria e straordinaria, illustrati al capitolo precedente. E' nel suo *manuale “logico-analitico”* di diritto penale che il professor Hruschka risponde in maniera originale a moltissimi tra i quesiti che simili *hard cases* sono soliti sollevare<sup>379</sup>. A destare interesse, vi è, in particolare, che le soluzioni proposte in quest'opera risultino spesso sorprendentemente vicine a quelle adottate dalle giurisprudenze dei diversi stati occidentali, tanto di *civil*, quanto di *common law*; decisioni che sovente, tuttavia, sono il frutto di scelte *latu sensu* “creatrici” di diritto, risultati del tentativo degli interpreti di rendere i dettati codicistici maggiormente “coerenti” con i dati di realtà e con quegli “inespressi principi di giustizia” che la animano. Si tratta, infatti, di pronunce che non solo si distanziano da quelle che da una “stretta applicazione della legge” deriverebbero, ma che hanno altresì condotto, se non alla modifica, quantomeno ad una “reinterpretazione”, nei vari ordinamenti, delle norme positive rilevanti<sup>380</sup>.

Tale ultima coincidenza di risultati costituisce indubbiamente la caratteristica più interessante dell'intera lezione del professor Hruschka: la “correttezza” della sua dottrina, con il suo, per lo meno preteso, radicamento nella “realtà” dell'uomo e delle sue relazioni, sarebbe dimostrata proprio dalla generale coerenza delle soluzioni cui essa giunge con quel più generale e condiviso

---

<sup>379</sup> J. HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, Walter de Gruyter, Berlin, 1983, p. XII.

<sup>380</sup> Esempio in tal senso è proprio quello fornito dalla scriminante di necessità, che fu inizialmente introdotta, nell'ordinamento tedesco, per via giurisprudenziale. Sul punto, *infra*, nel testo, in part. cap. IV, par. 3.11.

“*Rechtsgefühl*” che, per l’appunto, si rivela, e ne è asse portante, nelle *prassi giurisprudenziali* penalistiche appena ricordate.

Ciò premesso, posto che la ricerca di chi scrive prese le mosse da un’indagine volta a fornire risposte definitive su un tema, quello dell’azione “necessitata”, che ormai da più di un secolo impegna i giuristi “positivi” – ma che sin dall’antichità interrogò eticamente i più importanti filosofi e giuristi –; e posta la menzionata, stretta relazione tra le riflessioni sulla necessità e quelle afferenti i due diversi livelli di imputazione e le cause atte ad escluderli, la proposta è di mostrare, nelle pagine seguenti, in che modo la teoria del Professor Hruschka si applichi anche ai casi “tradizionalmente” ricondotti dalla dottrina alla figura dello stato di necessità. Ciò onde vagliare non soltanto la coerenza e la logica *interna* alle soluzioni in merito suggerite, ma, soprattutto, al fine di verificare la loro compatibilità con quelle sviluppate dalla dottrina penale contemporanea, figlia di quella “teoria del reato” più sopra analizzata.

Le pagine che seguono sono una parziale riproposizione del lavoro del giurista tedesco, mai apparso in lingua italiana. Si tratta, tuttavia, di una trasposizione libera, nella quale si inseriscono riflessioni che attengono a questioni già analizzate ai capitoli precedenti o che si ricollegano al diritto, alla dottrina e alla giurisprudenza nazionali. Ai casi trattati ed analizzati dall’Autore tedesco si affiancheranno, infatti, riflessioni di tipo comparatistico, volte a saggiare l’effettiva *universalità* del suo argomentare.

## **2. Dalla teoria alla pratica.**

### **2.1. “*Simultaneitäts- und Referenzprinzip*”: dolo *antecedente, susseguente*, “deviazione” del decorso causale.**

Solamente dopo essersi occupato, nel capitolo I del manuale “*Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*”, dei principi che egli definisce di *simultaneità* e di *referenzialità* (o *riferimento* o *referenza*),<sup>381</sup> il professor Hruschka si dedica alla soluzione di diverse “varianti” di casi di “necessità”. Allo stesso modo, nemmeno in questa sede sarebbe opportuno indagare il tema della necessità senza prima essercisi soffermati sugli appena menzionati principi e averne illustrato contenuto e significato operativo. Nella lezione dell’Autore, infatti, essi costituiscono

---

<sup>381</sup> Letteralmente: “*Simultaneitätsprinzip*” e “*Referenzprinzip*”. Cfr. J. HRUSCHKA, *op. cit.*, p. 1 e ss.

le basi prime e imprescindibili di ogni “logico” argomentare giuridico e sono essi stessi “fondamento” della successiva applicazione del diritto ai fatti – siano essi *liberi* o *necessitati* -.

I casi pratici proposti e trattati in questo primo capitolo sono caratterizzati, in particolare: a) dal fatto che l’integrazione degli elementi costitutivi del reato è in essi messa in dubbio, di volta in volta, o dall’assenza di una loro *contemporaneità temporale*; o b) dal fatto che il peculiare *rapporto oggettivo* che tra i medesimi *dovrebbe* sussistere viene, invece, a mancare.

Di seguito si propone una riassuntiva illustrazione dei medesimi e delle conclusioni cui la loro analisi conduce.

1. *Il soggetto A, che ha premeditato l’omicidio di B, spara a questi per errore causato da negligenza, credendo di aver mirato ad un animale. B muore in conseguenza della ferita.*<sup>382</sup>

Secondo il metodo che poi sempre adotta nel proprio manuale, e cui ci si atterrà in queste pagine, Hruschka suggerisce, innanzitutto, ai fini della soluzione del caso, di verificare se siano soddisfatti i requisiti del “*tipo oggettivo di delitto*” (*objektive Tatbestand*) descritto dal § 212 StGB, “*Totschlag*” (simile, seppur non perfettamente equivalente, al nostro omicidio volontario, art. 575 c.p.)<sup>383</sup>. In caso affermativo, dovrà stabilirsi se si siano anche realizzati i *presupposti soggettivi del tipo delittivo* di cui al § 212 StGB (*subjektive Tatbestand*),<sup>384</sup> norma che può applicarsi solamente in caso di omicidio commesso “con dolo” (*vorsätzlich*)<sup>385</sup>.

La risposta al primo quesito è affermativa: la condotta di A è causa della morte di B, che consegue allo sparo e alla ferita riportata. Tale soluzione, peraltro, non discende soltanto dal meccanicistico rapporto di causalità che sussiste tra condotta ed evento, ma da una *relazione finalisticamente intesa* che, se non l’autore del reato, certamente il terzo osservatore *riconosce e afferma* nei fatti osservati. Al terzo, infatti, il colpo d’arma da fuoco appare *immediatamente interpretabile* come mezzo idoneo a causare la morte della vittima e a ciò *normalmente*

<sup>382</sup> J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, cit. p. 1 e ss.

<sup>383</sup> “(1) *Wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.* (2) *In besonders schweren Fällen ist auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen.*” § 212 StGB.

<sup>384</sup> Che Hruschka parli del tipo delittivo come elemento composto tanto da elementi oggettivi quanto da elementi soggettivi è coerente con la sua adesione (e successivo *superamento*) alla lezione welzeliana, in particolare nel senso di una considerazione *finalistica* dell’azione. Sul punto vedi *supra*, cap. III, par. 1. In particolare al sub-paragrafo 1.2.

<sup>385</sup> Ciò in ragione della solamente eccezionale imputazione del reato colposo: nell’ordinamento tedesco è il § 15 StGB a stabilire questo principio, in tal senso equivalente al nostro art. 42 c.p.: “*Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht.*” L’omicidio colposo è poi espressamente punito al § 222 StGB, “*Fahrlässige Tötung*”: “*Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*”

*indirizzato*. Del reato non si realizza, invece, l'aspetto soggettivo: perché la *conoscenza* della realizzazione del tipo oggettivo di delitto è elemento fondamentale del dolo<sup>386</sup>. Secondo Hruschka, inoltre, questa "conoscenza della realizzazione" significa, da parte dell'agente, *sia* "conoscenza delle rilevanti circostanze oggettive – passate e presenti – dell'azione", *sia* "previsione delle conseguenze tipiche del tipo delittivo realizzato". La consapevolezza, da parte dell'autore, della morte della vittima come possibile effetto dell'azione è, in altri termini, *condizione necessaria* perché di un suo dolo omicidiario possa parlarsi; ove tale consapevolezza (contemporanea all'azione) non ricorra, l'autore non può dirsi veramente *consapevole delle circostanze rilevanti* (versando in errore circa la loro sussistenza), con ciò costringendo l'interprete a ricondurre la fattispecie concreta alla disciplina di cui al § 16 StGB<sup>387</sup>, concernente il reato colposo<sup>388</sup>.

Quel che in relazione a questo caso peculiare importa sottolineare, allora, consiste nella totale irrilevanza della "premeditazione" dell'agente. Il fatto che A avesse pianificato un omicidio nei confronti di quella stessa persona che fu poi vittima della sua negligente condotta, non vale, cioè, a integrare un *assente* dolo omicidiario: in altri termini, la premeditazione non può in alcun modo *suggerire* il dolo di una specifica condotta; tantomeno potrebbe *sostituirlo*. Casi come questo, invero, sono quelli tradizionalmente qualificati, in dottrina, come casi di "*dolus antecedens*", di dolo antecedente. Dolo che, però, secondo Hruschka, giuridicamente non può e non deve rilevare. Si tratta di un dolo la cui stessa denominazione, ad opinione dell'Autore, è errata ed è causa di errore. Il cosiddetto "dolo antecedente", in particolare, non integra l'elemento soggettivo doloso, poiché nel diritto penale *dolo* è soltanto quell'elemento soggettivo intenzionale che *accompagna* la condotta realizzatrice del tipo oggettivo del delitto; e la accompagna nell'intero, *preciso e concreto lasso temporale* che va dal suo principio alla sua conclusione.

In relazione al caso proposto, pertanto, resterebbe da chiedersi soltanto se la vicenda sia riconducibile a quella di cui al § 222 StGB, se possa cioè configurare un'ipotesi di omicidio colposo. L'integrazione di tale ultimo reato richiede, dal versante oggettivo, che la morte di B sia riconducibile a, e causata da, una condotta *imputabile* ad A; e che tale agire implichi, di per se

---

<sup>386</sup> "Es ist unbestritten – und unbestreitbar! –, daß das „Wissen um die Verwirklichung des jeweiligen objektiven Tatbestandes“ zumindest ein wesentliches Element des Tatvorsatzes ist.“ Cfr. J. HRUSCHKA, *op. cit.*, p. 2. Sul punto già *supra*, cap. III, par. 1, in part. sub-paragrafo 1.4.

<sup>387</sup> „(1) Wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, handelt nicht vorsätzlich. Die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung bleibt unberührt. (2) Wer bei Begehung der Tat irrig Umstände annimmt, welche den Tatbestand eines mildereren Gesetzes verwirklichen würden, kann wegen vorsätzlicher Begehung nur nach dem mildereren Gesetz bestraft werden.“ § 16 StGB.

<sup>388</sup> "Fehlt dieses Bewußtsein, dann befindet sich der Täter in Unkenntnis über einen relevanten Umstand in Sinne des § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB". Cfr. J. HRUSCHKA, *Ibidem*.

stesso, la *prevedibilità* di un suo *esito infausto*<sup>389</sup>. E' incontestabile, allora, che gli elementi oggettivi del tipo di cui al § 222 StGB siano realizzati: conclusione inattaccabile, posto che le condizioni che consentivano di affermarne il ricorrere erano soddisfatte anche in relazione al più grave delitto doloso, in ragione di quella relazione finalistica riconosciuta sussistere tra la condotta di A e la morte di B, sicché quest'ultima poteva dirsi "risultato" (*Erfolg*) della prima. In altre parole, se l'osservatore già disponeva di ragioni per ritenere che la condotta dell'agente fosse *volontariamente indirizzata* a un fine particolare, tanto più egli disporrà di motivi in base ai quali affermare la prevedibilità dell'esito dell'azione da parte dell'agente medesimo. Quanto all'aspetto soggettivo, invece, ex § 222 StGB dovrà accertarsi che il soggetto A *avesse riconosciuto, o che avrebbe potuto comunque riconoscere, l'identità dell'oggetto della propria condotta*. La soluzione del caso deve dunque concentrarsi sull'analisi degli elementi costitutivi della "colpa", che, secondo quanto esposto al primo capitolo, si riassumono in quei "doveri di diligenza" cui il soggetto è tenuto e che Hruschka definisce "*Obliegenheiten*". Ebbene, sotto tale profilo, in questa ipotesi concreta A violerebbe, secondo l'Autore, quella particolare *Obliegenheit* consistente nel *dovere di riconoscere il possibile esito letale del proprio sparo*. Un dovere che si basa sul principio fondamentale secondo il quale: "*jedem Verbotsadressaten, der im Begriffe ist zu handeln, obliegt, die aus seinem Handeln resultierenden Möglichkeiten der objektiven Verwirklichung eines Deliktstatbestandes zu erkennen*"<sup>390</sup>.

L'Autore stesso è costretto ad ammettere, invero, come tale principio non sia esplicitamente previsto da alcuna norma positiva; tuttavia, lo si ricaverebbe dall'analisi della nozione stessa di "colpa" (*Fahrlässigkeit*)<sup>391</sup>. "*Auch die für die Fahrlässigkeit eines Verhaltens konstitutiven Obliegenheiten („Sorgfaltspflichten“) sind in der Regel (...) nicht in Gesetzen formuliert, sondern beruhen im großen und ganzen auf Richterrecht. (...). Für die Formulierung von*

---

<sup>389</sup> "*Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*" § 222 StGB.

<sup>390</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *op. cit.*, p. 3.

<sup>391</sup> La vicinanza tra il concetto di *Obliegenheit* e quello *tradizionale* di colpa è ben spiegata dall'Autore stesso in altro contributo: "*Formulierungen, nach denen jemand etwas nicht nur hätte tun oder lassen "müssen", kennen wir aus älteren Definitionen des Fahrlässigkeitsbegriffs, die in dieser Einfachheit in der heutigen Literatur und Rechtssprechung freilich kaum mehr zur Geltung kommen. Als fahrlässig gilt der vor wohl herrschenden Lehre die Erfüllung eines Deliktstatbestandes, wenn der Täter nicht vorsätzlich gehandelt und dabei eine sog. Sorgfaltspflicht verletzt hat. Dabei werden die Pflichtverletzung, die in der Erfüllung des Deliktstatbestandes liegt, (also etwa die Pflichtverletzung, die in der Tötung eines Menschen im Straßenverkehr besteht) und die Verletzung der „Sorgfaltspflicht“ (die in der fehlenden Aufmerksamkeit des Autolenkers liegen mag, des das Opfer überfährt) zwar häufig nicht so recht auseinandergelassen, trotzdem scheint es auch nach der heute herrschende Lehre immer noch so zu sein, daß zwischen den folgenden drei Momenten zu unterscheiden ist: 1) der primären Rechtspflicht (im Beispiel: der Pflicht, es zu unterlassen, anderen Menschen zu töten), 2) einer auf die primäre Pflicht bezogenen „Sorgfaltspflicht“ (im Straßenverkehr angemessen aufzupassen, um Unfälle zu vermeiden) und 3) dem Vermögen des Täters, die fragliche „Sorgfaltspflicht“ auch zu erfüllen (d.i. die Fähigkeit des individuellen Autolenkers, in der konkreten Situation entsprechend aufmerksam zu sein).*", J. HRUSCHKA, *Die actio libera in causa – speziell bei § 20 StGB*, cit., p. 70.

*Obliegenheiten dieser Art brauchen wir kein Gesetz (der Satz nullum crimen, nulla poena sine lege gilt nicht als berührt), und Ähnliches gilt für die Obliegenheiten außerhalb der Fahrlässigkeitsproblematik*<sup>392</sup>. Al rispetto di questa “obbligazione”, la cui violazione è generatrice di colpa, Hruschka concede possano darsi delle eccezioni; nessuna di esse, però, sarebbe applicabile al caso concreto, in cui A doveva, *era obbligato* a prevedere la morte di B. L'ultimo elemento da verificare, dunque, consisterebbe nella concreta *possibilità* di A di *prevedere*, al tempo dello sparo, l'esito successivamente realizzatosi. Tuttavia, posto che il caso *esplicitamente* parla di un agire negligente di A, è lecito affermare che la colpa sussiste.

2. *A spara a B credendo che si tratti di un capriolo, per errore dettato da sua negligenza. Una volta accortosi di aver sparato a B, ne gioisce e si compiace della propria azione.*<sup>393</sup>

Piuttosto chiara è la somiglianza tra questa vicenda e la precedente, da essa difforme solamente per il fatto che in questo caso ci si trova di fronte a un caso di cosiddetto “*dolus subsequens*”, di dolo susseguente anziché antecedente. Si tratta, cioè, di una “intenzione successiva” alla condotta, che, tuttavia, come emerge dalla stessa espressione, già dal punto di vista linguistico fatica a essere riempita di pratico significato: come può intenzionarsi un'azione già compiuta? Ebbene, ancor più arduo è attribuire un significato *giuridico* a tale espressione. In effetti, un dolo *successivo al fatto*, che non ha valenza ermeneutica né descrittiva, non può rilevare nemmeno da un punto di vista “normativo”<sup>394</sup>. La condotta di A, pertanto, sarà al più qualificabile nei termini di un omicidio colposo, ove di tale reato ricorrano tutti i presupposti. Stante la conseguentemente agevole – e in tutto simile alla prima – soluzione del caso, se ne omettono i successivi passaggi.

\* \* \*

In relazione a questi primi due casi, le appena svolte riflessioni dimostrerebbero, secondo il professor Hruschka, come sia proprio *il principio di “simultaneità”* a giustificare le univoche soluzioni (a prescindere dagli ordinamenti giuridici di riferimento). Tale opinione sarebbe dimostrata dalle seguenti considerazioni.

Per definizione, l'omicidio volontario consiste nell'*intenzionale causazione della morte* di un uomo e, in base ad essa, gli elementi costitutivi - *tutti* gli elementi costitutivi del reato - devono *contemporaneamente* sussistere perché di omicidio si possa parlare. “*Erst dann, wenn die*

---

<sup>392</sup> *Ibid.*, p. 70.

<sup>393</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, cit., pp. 4 e ss.

<sup>394</sup> In tema di dolo susseguente, vedi anche: J. HRUSCHKA, *Rückkehr zum dolus subsequens?*, pp. 278 – 279.



*Begriffsmerkmale des Totschlags zugleich erfüllt sind, und nur so lange, als dies der Fall ist, kann semantisch sinnvoll von einem "Totschlag" die Rede sein*<sup>395</sup>.

Rifacendosi alle analisi linguistiche di J. L. Austin, Hruschka sottolinea come quello di "simultaneità" non sia in alcun modo un principio di "creazione" normativa (tantomeno il frutto di una *sua* "invenzione"); esso è, invece, costante ed automatico presupposto del giudizio che l'uomo formula su ciò che lo circonda (tanto *dinamicamente* quanto *staticamente*). Citando un esempio dell'Autore, potremmo dire che esattamente come l'affermare che "*Peter ha i capelli neri*" non consente di affermare, al tempo stesso, che questi "*è calvo*" o che "*nessuna parte del suo corpo è di colore nero*" - perché non potrebbe essere vera l'affermazione se non riferita ad una *contemporanea* presenza di entrambe le caratteristiche al momento della sua enunciazione -, ugualmente contraddittorio sarebbe dire realizzato un omicidio volontario ammettendo che l'elemento soggettivo e quello oggettivo del reato siano venuti ad esistenza in momenti diversi da quello, unico, della condotta. Pertanto, né la *premeditazione* né il *successivo compiacimento* dell'evento morte sostituiscono o possono logicamente compensare l'assenza di un'intenzione che sia contemporanea, *simultanea*, all'azione rilevante.

Il principio di simultaneità, che naturalmente si applica ad ogni ambito del ragionare e in relazione a qualunque definizione, non può non essere rispettato nel diritto penale; tantomeno riguardo alla "teoria del reato". Pertanto, posto che, in base a quest'ultima, il reato è "*la realizzazione o l'omissione di una condotta oggettivamente e soggettivamente tipica, anti-giuridica e colpevole*", tutti questi elementi debbono contemporaneamente ricorrere perché di "reato" si possa parlare. Conseguentemente, un *reato* sarà integrato soltanto a fronte della realizzazione di quella concreta azione (o della sua omissione) che sia *oggettivamente-e-soggettivamente* tipica, anti-giuridica e colpevole. In effetti, seppur la summenzionata "definizione di reato" non sia tale per *necessità*, una volta che essa sia stata adottata non potrebbe razionalmente giungersi a diversa conclusione<sup>396</sup>. Alla luce di queste constatazioni, il rispetto del principio di simultaneità implica, in relazione al delitto, che esso potrà dirsi ricorrere solamente ove il terzo giudicante accerti una contemporaneità tra l'azione e l'elemento soggettivo che la caratterizza, mentre nessun dolo – né colpa – antecedenti o susseguenti al fatto potranno a tal fine rilevare.

---

<sup>395</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 4-5.

<sup>396</sup> "*Das soll nicht heißen, daß eine Straftat aus Gründen der Logik als tatbestandsmäßige, rechtswidrige und zur Schuld zurechenbare Vornahme oder Unterlassung einer Handlung definiert werden müßte. Aber: Wenn eine Straftat so definiert ist, dann muß man sich nach dem Simultaneitätsprinzip richten – oder die eigene Rede wird sinnlos und irrational.*" *Ibid.*, p. 7.

L'implicita ma costante valenza del principio di simultaneità si rinverrebbe, del resto, nella lettera di svariate norme di parte generale dello stesso StGB: ad esempio, ai §§ 16, 17, 19, 20, 21 e 35 Abs. 2. Tali disposti, menzionando, tra i propri requisiti, quello della *“bei Begehung der Tat”* (“nella commissione del fatto”), darebbero, infatti, rilievo a eventi o a circostanze che si verificano proprio *“nel corso”* della realizzazione del fatto di reato.

Tuttavia, per ammissione dello stesso Hruschka, il principio di simultaneità, nonostante la sua importanza, non manca di essere trascurato, e forse anche dimenticato, dalla contemporanea dottrina. Ciononostante, egli non mostra alcuna tolleranza verso i frequenti tentativi di sostituirlo – e violarlo –: tentativi impliciti al ricorso della penalistica ad un fumoso e ben poco oggettivo richiamo alla *“unitaria considerazione della complessiva vicenda”*. *“Nicht selten wird der Versuch gemacht, das Simultaneitätsprinzip mit einer begrifflich nicht mehr faßbaren und also unbegreiflichen und darum irrationalen angeblichen “Sinneinheit” des “Gesamtgeschehens” zu überspielen, wobei Appelle und Topoi, die den “normativ-wertenden Charakter” strafrechtlicher Entscheidungen betonen, dazu dienen, die Unbegreiflichkeit solcher “Sinneinheiten” zu verdecken. Der Herausstellung von Evidenzerlebnissen und Appellen dieser Art gegenüber ist stets Vorsicht geboten.*<sup>397</sup>

3. *A mira a B e spara. Il colpo non ferisce B ma C, soggetto che A non aveva visto*<sup>398</sup>.

Nell'analisi hruschkiana, la soluzione di questo terzo caso si svolge seguendo una duplice direttiva. Innanzitutto, oggetto primo dell'analisi dev'essere il fatto che coinvolge A e C, poiché è la morte di quest'ultimo soggetto a costituire l'evento di reato rilevante. In relazione ad esso, deve ancora una volta verificarsi, dapprima, la sussistenza della tipicità oggettiva dell'omicidio doloso; successivamente, il ricorrere di quella soggettiva. In seguito, nell'eventualità in cui il ricorrere dell'una o dell'altra, o di entrambe, debbano escludersi, ci si dovrà occupare dell'integrazione degli elementi costitutivi dell'omicidio colposo.

Ebbene, un primo dato incontestabile è che la morte di C possa imputarsi oggettivamente ad A: l'evento del reato è direttamente *causato* dalla sua condotta. Manca, tuttavia, la tipicità soggettiva del delitto di cui al § 212 StGB. Quel che non ricorre è qui la consapevolezza dell'autore in merito alla *“specifica realizzabilità”* della fattispecie oggettiva; consapevolezza che, invece, il giudicante deve sempre accertare positivamente, in relazione al caso concreto, alle sue modalità di realizzazione, ai suoi effettivi protagonisti. Il dolo del reato, in particolare, non è

---

<sup>397</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *op. cit.*, p. 7, nota 12.

<sup>398</sup> J. HRUSCHKA, *ibid.*, pp. 8 e ss. Caso riportato altresì in J. HRUSCHKA, *Der Standard-Fall der aberratio ictus und verwandte Fallkonstellationen*, p. 488.

mai riducibile all'intenzione di una *generica* "fattispecie di delitto", ma è intenzione di *quello specifico delitto che corrisponde al fatto concretamente osservato*<sup>399</sup>. Ed anche l'evento del delitto deve ricadere nel fuoco del dolo. Pertanto, in caso di omicidio, oggetto di intenzione dell'autore deve essere la morte di *quel particolare soggetto* che ne è la vittima finale.

Ciò che l'interprete deve chiedersi, allora, è se in A vi fosse *l'intenzione di uccidere la vittima oggettiva* del fatto, il soggetto C. Poiché dal caso proposto risulta che A non possedesse quest'intenzione, nessun omicidio doloso fu consumato nei confronti di C. Questa conclusione, inoltre, non muta né potrebbe mutare in ragione del fatto che *A volesse la morte di B*. Il dolo del reato, infatti, riguarda la fattispecie pienamente realizzatasi ed è solamente in relazione a quest'ultima, e ad ogni suo aspetto, che tanto la rappresentazione quanto il volere dell'autore debbono essere (simultaneamente) integrati.

Esclusa l'ipotesi dell'omicidio doloso, dovrà valutarsi la possibilità di ritenere integrata la fattispecie colposa del medesimo reato. Quest'ultima, tuttavia, non sarà sempre e *necessariamente* ricorrente: è guardando al caso concreto che l'osservatore dovrà verificare, volta per volta, se l'autore abbia agito in violazione di una *Obliegenheit* che era tenuto a rispettare. A tale riguardo, l'esempio riportato non fornisce elementi sufficienti per affermare o negare la colpa dell'autore.

La successiva fase dell'analisi impone la disamina della "seconda vicenda", ovvero del fatto che coinvolge i diversi soggetti A e B. Ebbene, in relazione a quest'ultima, la condotta di A appare agevolmente qualificabile nei termini di un "omicidio tentato". Secondo la definizione stessa di tentativo, infatti: "*Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt*" ("Commette tentativo colui che, secondo la propria rappresentazione del fatto, agisca univocamente per la realizzazione della fattispecie")<sup>400</sup>. La fattispecie tentata implica, in altri termini, una non piena realizzazione del reato, ma, al tempo stesso, la condotta dell'autore deve *rivelarne l'intenzione* criminale, risultando oggettivamente descrivibile quantomeno come "*inizio dell'azione*". L'osservatore ha dunque il compito di *interpretare* la condotta concreta per stabilire se da essa emerga che l'autore avesse deciso, secondo la propria rappresentazione del fatto, la realizzazione della fattispecie delittuosa. Orbene, quel che è indubitabile, in relazione al caso in esame, è che la fattispecie oggettiva dell'omicidio consumato non sia stata integrata nei confronti di B, posto che

---

<sup>399</sup> "*Nichts anderes besagt auch, jedenfalls für die aberratio ictus-Fälle, die Rede, daß der Vorsatz stets ein konkreter Vorsatz ist und niemals ein bloß abstrakter Vorsatz (ein animus occidendi in genere) sein kann*". J. HRUSCHKA, *op. ult. cit.*, p. 492.

<sup>400</sup> § 22 StGB. Traduzione nostra.

egli sopravvisse allo sparo. Nei suoi confronti, tuttavia, ben potrà dirsi essersi realizzato un tentativo di omicidio, posto che la sua stessa morte era “scopo” della condotta di A.

Al soggetto A, pertanto, autore della condotta, si imputeranno, congiuntamente, un tentativo di omicidio e un omicidio colposo (una volta verificata, in concreto, la colpa dell'autore).

\* \* \*

E' di tutta evidenza come il caso appena proposto sia immediatamente riconducibile a quel genere di situazioni che la dottrina tradizionale qualifica come ipotesi di “*aberratio ictus*” e che sovente, però, la giurisprudenza, non solo italiana, risolve in maniera difforme da quella dianzi proposta e difesa. In casi come questo, infatti, è comune la condanna dell'autore per omicidio doloso *tout court*, poiché si ritiene che *l'errore nell'esecuzione che ricade sull'identità della vittima* non rilevi. E' inoltre opinione diffusa, seppur erronea<sup>401</sup>, che *l'error in persona* equivalga a quello implicito all'*aberratio ictus* e che dunque possa essere soggetto alla medesima disciplina.

Nella dottrina e nella giurisprudenza italiane, in particolare, la condanna a titolo di dolo per colui che realizzi un fatto quale quello qui in esame, è non solo dominante, ma addirittura normativamente imposta dal dettato dell'art. 82 c.p., comma primo, a mente del quale: “*Quando per errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato, o per un'altra causa, è cagionata offesa a persona diversa da quella alla quale l'offesa era diretta, il colpevole risponde come se avesse commesso il reato in danno della persona che voleva offendere, salve, per quanto riguarda le circostanze aggravanti e attenuanti, le disposizioni dell'articolo 60.*” Tale disposto, che per la più risalente e ancor prevalente dottrina espliciterebbe soltanto l'irrilevanza, per il diritto penale, dell'identità del soggetto passivo del reato<sup>402</sup>, è stato tuttavia oggetto, sin dall'emanazione del codice Rocco, di rilevanti critiche. Critiche che, a parere di chi scrive, confermerebbero la ragionevolezza delle tesi di Joachim Hruschka.

La più parte dei giuristi nazionali, invero, fu dell'idea che l'articolo 82 c.p., nel suo primo comma, non avesse innovato granché rispetto al precedente art. 52 del codice Zanardelli<sup>403</sup>, che

---

<sup>401</sup> Sulle ragioni dell'erroneità di questa equiparazione vedi *infra*.

<sup>402</sup> Cfr. M. GALLO, *Aberratio delicti, causae*, in *ED*, I Milano, 1958, p. 68; L. CONTI, *Aberratio (ictus, delicti, causae)*, *NN.D.I.*, I, Torino, 1957, p. 39; A. REGINA, *Il reato aberrante*, Milano, 1970; p. 93; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, parte gen., Milano, 2003, p. 620; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, parte gen., Padova, 2007, p. 398; M. TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, Milano, 1992, p. 231.

<sup>403</sup> “(...) quando alcuno per errore o per altro accidente commette un delitto in pregiudizio di persona diversa da quella contro la quale aveva diretta la propria azione, non sono poste a carico di lui le circostanze aggravanti che derivano dalla qualità dell'offeso o danneggiato, e gli sono valutate le circostanze aggravanti che avrebbero diminuita la pena per il delitto, se l'avesse commesso in pregiudizio della persona contro la quale la sua azione era diretta”. Art. 52, codice Zanardelli.

accomunava al caso dell'offesa recata "per errore" a persona diversa da quella contro la quale l'azione era stata diretta, quello in cui la deviazione (*aberratio*) personale dell'offesa si fosse verificata "per altro accidente".<sup>404</sup> Tale accomunazione sembrava, peraltro, in perfetta continuità rispetto ai precedenti storico-giurisprudenziali, trovandosene traccia addirittura nelle fonti del diritto romano<sup>405</sup>. Il fatto che il codice Rocco avesse, *ex novo*, separatamente disciplinato le diverse ipotesi, dettando per l'*aberratio ictus* la particolare disciplina di cui all'art. 82, e lasciando all'art. 60 solamente il compito di mitigare l'applicazione delle circostanze in caso di *error in persona*, fu ritenuto, da detta scuola di pensiero, privo di significato pratico e scientifico. Con ciò, dottrina e giurisprudenza prevalenti contribuirono a far sì che "lo studio dell'*aberratio ictus* e la costruzione della sua teoria generale sono rimasti tuttora ancorati, come per forza di inerzia o per peso di tradizione, alla solita tematica dell'errore"<sup>406</sup>. Ciò, in particolare, ha causato una poco approfondita indagine sulle ragioni giustificanti l'equiparazione di trattamento sanzionatorio tra le due figure. Solo riconducendo l'*aberratio ictus* all'ipotesi dell'*error in persona* – e alla sua irrilevanza –, infatti, è possibile legittimare "senza ulteriori precisazioni" la punizione dolosa dell'agente che abbia errato nell'esecuzione dell'azione.

Autorevole opinione sostenne, infatti, e tutt'oggi sostiene, non soltanto che l'art. 82 c.p., co. 1, sia dotato di sicuro significato innovatore, implicando una netta differenziazione tra l'aberrazione e l'errore che riguardino la vittima del reato<sup>407</sup>; ma, soprattutto, che esso non possa dirsi scevro da rischi di incostituzionalità, potendo non risultare pienamente conforme ai principi cardine del vigente ordinamento penale in tema di colpevolezza dell'autore<sup>408</sup>.

Quanto al primo aspetto, non potrebbe dirsi non innovatrice una scelta legislativa, quale quella del '30, che *oggettivamente* e, dunque, *innegabilmente*, ha separato fattispecie prima unitariamente considerate; e che ciò ha fatto addirittura collocando la disciplina della *aberratio ictus* tra gli articoli in tema di concorso di reati – quasi a conferma della unificazione solamente "politica", e non anche "naturalistica", della condotta dell'autore –. Inoltre, anche a conferma

---

<sup>404</sup> Cfr. Così in G. PILEGGI, *Il reato aberrante*, Gangemi, Roma, 1986, p. 5 e ss.

<sup>405</sup> Cfr., ad esempio, L. 3 par. 4 e L. 4 D. XXXXVII (citate in G. PILEGGI, *cit.*, p. 4, nota 2), ove vengono sussunte entro il medesimo schema della liceità normale due casi, di cui uno è riportabile, certamente, al tema dell'*error in persona*, mentre l'altro è inquadrabile nello schema dell'*aberratio ictus*.

<sup>406</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 5. Opinione che risulta anche dalla diretta lettura delle fonti citate alla nota precedente: "Si quis hominem liberum ceciderit, dum putat servum suum, in ea causa est, ne iniuriarum teneatur" (L.3); e "Si cum servo meo pugnum ducere vellem, in proximo te stantem invitus percusserim, iniuriarum non teneor" (L.4).

<sup>407</sup> Cfr. F. PALAZZO, "Voluto" e "realizzato" nell'errore sul fatto e nell'*aberratio delicti*, in *AG*, 1973, p. 46, 54; TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, Milano, 1992, p. 9, 128.

<sup>408</sup> Cfr. R. A. FROSALI, *L'errore nella teoria del diritto penale*, Roma, 1933, p. 584; B. ROMANO, *Contributo all'analisi dell' "aberratio ictus"*, Milano, p. 30; ID., *sub art. 82*, in *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, p. 778; D. PULITANÒ, *Il principio di colpevolezza e il progetto di riforma penale*, in *J*, 1974, p. 519; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, parte gen., Bologna 2008, p. 420; L. CORNACCHIA, *Reato aberrante in Digesto pen.*, XI, Torino 1996, 172.

dell'inevitabile diversità tra *error in persona* e ipotesi di *aberratio ictus*, s'è rilevato come l'accostamento, nelle fonti romane, dei due fenomeni sarebbe avvenuto soltanto "in funzione della soluzione pratica di concrete fattispecie esteriormente assimilabili, a prescindere da una qualsiasi tematica comune e senza, comunque, implicazioni di natura concettuale"<sup>409</sup>. Tale tesi, peraltro, appare agevolmente difendibile, alla luce della nota impostazione squisitamente pragmatista del diritto romano. Ad ogni modo, oggetto delle critiche più serie e pregnanti all'interpretazione in termini di "errore" dell'ipotesi di *aberratio* in esame – aumentate, nei tempi più recenti, soprattutto alla luce del sempre maggior rilievo riconosciuto, anche a livello sopranazionale, agli inviolabili principi di colpevolezza e di personalità della responsabilità penale – è il secondo aspetto dell'equiparazione sanzionatoria sancita dal primo comma dell'art. 82 c.p.. La disposizione in esame violerebbe addirittura il principio di personalità della responsabilità penale, punendo "a titolo di dolo" un agente che non ha agito *dolosamente* in relazione al reato oggettivamente realizzato, un crimine "non voluto" nella sua esatta e concreta manifestazione. La punizione del reato aberrante, fondata sul "*come se*" di cui all'art. 82, co. 1, potrebbe dunque risultare costituzionalmente illegittima<sup>410</sup>.

Nel tentativo di salvare la norma da tale vizio radicale, i penalisti nazionali si sono a lungo prodigati nell'elaborazione e nella formulazione di sue interpretazioni *correttive*, atte a giustificare la sanzione dolosa di un agire dell'autore che, per molti, sarebbe al più di natura "colposa". Diverse sono le teorie "adeguatrici" che meriterebbero d'essere menzionate, ma, volendole e dovendole qui solo massimamente riassumere, proporrò di seguito solo alcune fondamentali osservazioni, esponendo altresì le ragioni che inducono a confutarne la validità<sup>411</sup>.

Secondo un primo orientamento, l'unitaria punizione, a titolo di dolo, ex art. 82 c.p., co. 1, dell'offesa tentata, recata intenzionalmente, e di quella recata colposamente a persona diversa, discenderebbe dall'esistenza di un reato doloso perfetto tanto dal punto di vista subiettivo quanto da quello obiettivo, poste sia la presenza di una volontà determinata sia l'uso di mezzi adeguati rispetto all'evento effettivamente verificatosi<sup>412</sup>. Secondo Gallo, tra i più autorevoli sostenitori di tale tesi, l'imputazione a titolo di dolo non è esclusa dall'erronea rappresentazione e dall'ignoranza di requisiti che, pur caratterizzando, nella realtà, il fatto storico, non trovano riscontro nella fattispecie astratta; e, se pur determinate caratteristiche giuridiche e naturalistiche della persona contro la quale si dirige la condotta del reo sono talora elevate ad elementi del

---

<sup>409</sup> Cfr. G. PILEGGI, *cit.*, p. 5.

<sup>410</sup> Cfr. riferimenti nota 408.

<sup>411</sup> Per una ricca bibliografia sul tema, cfr. S. D. MESSINA, *sub* art. 82, in M. RONCO, S. ARDIZZONE, B. ROMANO, *Codice penale commentato*, Utet, Torino, III, 2009, p. 617 – 634.

<sup>412</sup> Così anche nella stessa Relazione ministeriale sul progetto del codice penale, I, p. 136.

fatto, tra esse non è mai ricompresa l'identità personale del soggetto passivo della condotta, cosicché la deviazione tra rappresentato e cagionato, che tale profilo concerne, lascia sussistere un comportamento doloso, *sempre che alla unicità dell'offesa voluta corrisponda unicità di quella cagionata*<sup>413</sup>. Detto Autore aveva fatto proprie, del resto, le lezioni di Frosali e di Alimena, secondo i quali, da un lato, essendo la base dell'errore l'ignoranza, essa può indifferentemente sussistere tanto nel momento della convinzione quanto in quello dell'azione<sup>414</sup>; dall'altro, poiché il giudizio investe l'intera operazione svolta dall'agente, sarebbe arbitrario restringerlo soltanto ad una parte di essa<sup>415</sup>. Secondo tutti questi Autori, dunque, perfettamente legittima sarebbe l'unitaria considerazione dolosa del reato aberrante di cui all'art. 82 c.p., co. 1, distinguibile sì, ma non in termini *essenziali*, da un notoriamente irrilevante *error in persona*.

Questa tesi, ad ogni buon conto, non soddisfa. Non solo, infatti, a partire da essa, si faticherebbe a comprendere, come già si diceva, la ragione stessa di una separata considerazione delle due ipotesi – *error in persona* e *aberratio ictus* – con la conseguente necessità di un esplicito disposto in merito alla dolosa punibilità del secondo. Ancor più rilevante è che tale accomunanza manchi d'un puntuale fondamento di realtà. Come anche lo stesso Gallo aveva osservato, infatti, sia pur poi giungendo alla menzionata e forse criticabile conclusione, mentre vi sono degli *errori che concernono la formazione del giudizio dell'agente*, vi sono *altri errori* che da questi differiscono in termini essenziali, quasi ontologici, riconducibili alla carneluttiana *categoria dell'“errore-inabilità”*; essi, secondo l'Autore, non potrebbero regolarsi nei termini in cui si regola l'errore (cd. *vizio*), posto che sono *fuori* dal giudizio e, quindi, dall'elemento psicologico; mentre l'errore, in senso proprio, non può che concernere tale elemento<sup>416</sup>. Orbene, il Gallo, poi, rilevando come nel giudizio dell'agente non rientri né debba rientrare l'identità del soggetto, giustifica la punizione dolosa dell'*aberratio ictus*.

Il primo dubitabile aspetto di questa posizione, tuttavia, discende dal fatto che, secondo lo stesso Gallo, la punizione a titolo di dolo resta giustificata *solo* in caso di *aberratio ictus monolesiva*; in caso contrario, e conformemente a quanto esplicitamente previsto dal secondo comma dell'art. 82 c.p., ovverosia in caso di *aberratio plurilesiva*, l'offesa non voluta dovrebbe punirsi quale reato colposo e solamente l'altra a titolo di dolo<sup>417</sup>. L'Autore non ritiene, in altri termini, di poter

---

<sup>413</sup> Cfr. M. GALLO, *Aberratio*, cit., p. 68.

<sup>414</sup> Cfr. R. A. FROSALI, *L'errore nella teoria del diritto penale*, cit., pp. 40 – 41.

<sup>415</sup> Cfr. B. ALIMENA, *La colpa nella teoria generale del reato*, Palermo, 1947, p. 22. La medesima opinione fu esposta, con ancor maggior vigore da A. REGINA: *Il reato aberrante*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 46.

<sup>416</sup> Cfr. M. GALLO, *Aberratio delicti, causae*, cit., p. 59.

<sup>417</sup> Cfr. *supra*, nota 413.

fare riferimento all'indifferenza del soggetto passivo quando, oltre alla persona diversa, sia offesa proprio quella contro cui era originariamente diretta l'intenzione dell'agente e che è quindi il naturale riferimento del dolo. Il dolo, in sostanza, non potrebbe prestarsi ad abbracciare contemporaneamente due offese. "Parrebbe trattarsi di una questione tipicamente quantitativa di capienza, come se, facendosi rientrare nella sfera della volontà del colpevole l'offesa in danno della persona presa di mira, ne dovrebbe uscire quella concernente la persona diversa, quell'offesa, cioè, il cui titolo di appartenenza dolosa, a proposito della prima ipotesi di *aberratio*, sarebbe pur offerto dai principi generali del diritto"<sup>418</sup>. Secondo questa tesi, in definitiva, una identica situazione di fatto, quale è quella riportata, rispettivamente, ai commi 1 e 2 dell'art. 82 c.p., e che è caratterizzata da un medesimo atteggiamento psicologico dell'agente, dovrebbe soggiacere a diversa punizione perché, per avventura, l'evento del reato è differente in termini di mera quantità. Non è dato comprendere, tuttavia, la *ragione* per la quale il 2° comma dell'art. 82 c.p. affermi, sia dal punto di vista sostanziale che da quello psicologico, la natura di fatto colposo e del tutto incolpevole dell'offesa deviata, mentre ciò non avvenga in relazione all'ipotesi di cui al primo comma. E' evidente che la maggiore gravità del fatto, nel primo caso, sia del tutto casuale e puramente esteriore, non riportabile a un diverso atteggiamento psicologico dell'agente. Pertanto, la tesi che, conformemente alle teorie di Gallo – e della prevalente dottrina contemporanea – considera unitariamente il reato di cui all'art. 82, co. 1, c.p., anziché accogliere la teoria pluralistica che emerge anche dalle riflessioni hruschkiane dianzi proposte, si basa, a parere di chi scrive, su una non del tutto condivisibile idea che, "per il solo variare di un fenomeno esteriore, si possano concepire due diverse forme di appartenenza spirituale di una condotta rispetto alla medesima offesa"<sup>419</sup>.

Proprio e soltanto queste riflessioni, peraltro, giustificerebbero pienamente la scelta del legislatore del '30: *conscio della differenza* tra le diverse situazioni, questi decise *comunque* di infliggere al colpevole la pena prevista per l'ipotesi dolosa, alla luce della gravità e dell'offensività pur sempre intrinseche alla sua condotta antiggiuridica. Tale indirizzo, tuttavia, benché *politicamente* comprensibile, non può dirsi immediatamente conforme ai principi vigenti ed al *rinnovato* volto costituzionale dell'attuale diritto penale. Il principio di colpevolezza e quello di personalità della responsabilità penale, infatti, impongono oggi una seria ed effettiva indagine in merito all'elemento soggettivo del reato ed impediscono la punizione di un fatto "per

---

<sup>418</sup> Cfr. G. PILEGGI, *cit.*, p. 56.

<sup>419</sup> Cfr. G. PILEGGI, *cit.*, p. 59.



ragioni oggettive”, per “opportunità” o “politica criminale”<sup>420</sup>. Perché l’autore della condotta possa essere punito a titolo di dolo è necessario e imprescindibile che il “fatto”, in ogni sua rilevante caratteristica, sia stato oggetto dell’intenzione, come confermato anche dall’art. 47 c.p., in tema di errore.

Tornando, allora, a quelle tesi che lo stesso Gallo esponeva in ordine ai “diversi generi” di errore, nonostante l’errore sull’*identità* della persona offesa normalmente non rilevi, poiché uguale è il dolo dell’autore, inteso come volontà di offendere l’interesse “pubblico” e “sociale” che il reato rappresentato e quello realizzato ugualmente pregiudicano, è altresì indubitabile che non potrebbe dirsi *voluta* l’uccisione del proprio figlio da parte di chi lo abbia scambiato per un nemico. Si intende dire, attraverso quest’ultimo esempio, che *proprio l’identità*, l’individualità della persona offesa è ciò che mette in moto quel processo psichico della volontà che si risolve nel reato, che determina nel soggetto la risoluzione criminosa. “L’idea di offesa, invero, (...) è in genere inconcepibile fuori della contemplazione di una determinata persona che ne esprima la destinazione; un’offesa anonima, sotto il profilo psicologico, è un non senso e si spiega unicamente sul presupposto della anomalia e della infermità mentale”<sup>421</sup>. Quando si cagioni offesa a persona diversa da quella voluta, è allora corretto, da un lato, sancire l’irrilevanza dell’*errore*, posto che in ogni caso permane immutata la spontaneità dell’io che intenziona e vuole l’offesa; ma non altrettanto può dirsi, d’altro lato, in tema di *aberratio ictus*. L’errore “nell’uso dei mezzi di esecuzione”, infatti, non attiene alla *formazione di una volontà*, ma alla sua *esecuzione*. L’errore che a tale istituto è sotteso è, più specificamente, un errore *successivo all’intenzione*; è un errore che riflette un coefficiente psichico riconducibile, semmai, all’imprudenza, alla negligenza o all’imperizia, ossia alla colpa in senso stretto.

A chiarire i diversi possibili aspetti del fenomeno aberrante potrebbe giovare l’esemplificazione seguente, proposta da Pileggi:

- 1- Tizio, mentre si prepara a sparare a Caio, viene violentemente spinto da un amico dello stesso Caio e, in conseguenza, colpisce Sempronio uccidendolo;
- 2- Tizio spara a Caio, ma colpisce e uccide Sempronio che, per salvare l’amico, si era posto imprevedibilmente e improvvisamente sulla traiettoria del proiettile;

---

<sup>420</sup> Tali sarebbero i caratteri della scelta del legislatore del ’30; scelta che, secondo Pileggi: “non solo non coinvolge i principi in tema di dolo, ma che, pur nel tentativo di una valutazione morale della condotta antiggiuridica, può rischiare di far rivivere quel vecchio criterio di addebito del “*versari in re illicita*”, che in passato era considerato ragione sufficiente di punizione.” *Ibid.*, p. 60.

<sup>421</sup> *Ibidem*, p. 62.

3- Tizio, volendo uccidere Caio, per imperizia sbaglia mira e colpisce, uccidendolo, Sempronio<sup>422</sup>.

Ebbene, non pare servano troppe parole per chiarire come in ognuno dei casi menzionati l'atteggiamento psicologico dell'autore verso la vittima designata sia totalmente estraneo a quello dell'offesa realizzatasi (e certamente non possa dirsi, in nessun caso, doloso). Tanto che unicamente la terza ipotesi potrebbe – forse – integrare un reato quantomeno “colposo”: mentre soltanto di caso fortuito e di forza maggiore potrebbe trattarsi in relazione alle precedenti, in relazione all'evento realizzatosi. La punizione dolosa ex art. 82 co. 1, pertanto, è effettivamente ipotesi di un'oggettiva ascrizione di responsabilità, come peraltro ritenuto dagli stessi compilatori del codice e dalla prevalente dottrina del tempo<sup>423</sup>. Ciò non significa, però, che l'art. 82 c.p. si ponga necessariamente in contrasto con l'art. 27 Cost. Perché ciò non avvenga, tuttavia, è necessario che l'interprete si impegni in un'applicazione attenta e massimamente oculata della norma in questione. E' necessario, in particolare, che l'evento aberrante di volta in volta considerato fosse comunque prevedibile ed evitabile, e questo non perché si tratti di una responsabilità colposa, ma in ragione del “rivalutato significato dell'art. 45, norma centrale del sistema penale”. Tale disposto, in particolare, “indica quei requisiti come imprescindibili in qualsiasi forma di responsabilità penale personale/colpevole, sia essa dolosa colposa od obiettiva (*rectius*: da rischio totalmente illecito).”<sup>424</sup>

Sotto diverso profilo, in effetti, anche qualora non si volesse contestare l'identità di natura tra *error in persona* ed “errore nell'uso dei mezzi di esecuzione”, l'*aberratio ictus* di cui al comma 1, art. 82 c.p. sarebbe comunque da escludere dalla categoria dell'errore-vizio (e da sottrarre alla disciplina ad esso relativa) quando il difettoso svolgimento della condotta sia dipeso non già da un “errore nell'uso dei mezzi di esecuzione”, ma da quell’“*altra causa*” di cui ivi è fatto esplicito richiamo. Si tratta, infatti, di cause diverse, che possono essere del tutto accidentali o, comunque, non ascrivibili all'agente. E' chiaro come in casi siffatti il complesso mentale dell'agente non abbracci tutti gli elementi che sono requisiti del fatto concreto e che sono accolti dal modello normativo: con l'involontario inserimento, nella dinamica del fatto, di tali fattori, la condotta di reato è del tutto altra rispetto a quella concepita e deliberata dall'autore, essendosi smarrito ogni collegamento con le iniziali componenti psichiche di rappresentazione e di volizione. E' dunque

---

<sup>422</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>423</sup> Cfr. C. SALTELLI, E. ROMANO, *Commento teorico pratico del nuovo codice penale*, Roma, 1930, vol. I, p. 449; E. ALTAVILLA, *Lineamenti di diritto criminale*, Napoli, 1932, p. 589; R. A. FROSALI, *L'errore nella teoria del diritto penale*, cit., p. 584; F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale*, Il reato, Milano, 1943, p. 271; F. ANTOLISEI, *La colpa per inosservanza di leggi*, in *Giustizia Penale*, 1948, II, p. 9; B. ALIMENA, *La colpa*, cit., p. 89; R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, Torino, 1950, p. 479.

<sup>424</sup> Cfr. S. D. MESSINA, *cit.*, p. 625.

necessario, in queste ultime ipotesi, vagliare con serietà ed attenzione la concreta prevedibilità ed evitabilità dell'evento realizzato e non voluto, ma causato da un agire "dolosamente offensivo", onde non pervenirsi a una forma di condanna fondata sulla regola del "*versari in re illicita*" o comunque su un'inaccettabile "presunzione di dolo".

Alla luce di queste osservazioni, la legittimità dell'art. 82, co. 1, c.p. può oggi fondarsi soltanto su una lettura della norma che non ne dia mai per scontata l'equivalenza al reato doloso intenzionato e che sia colpito, nella propria esecuzione, da un vero e proprio *errore* (irrilevante).

Taluni giuristi, inoltre, nei tempi più recenti, hanno espresso favore per la tesi del concorso tra delitto tentato e, eventualmente, reato colposo, così come prospettato da Hruschka.

A tale conclusione, in particolare, "perviene chi privilegia una ricostruzione del dolo che ne esalti la concreta dimensione psicologica per cui il dolo non è "congruenza per tipo", ma un processo psichico che esige la rappresentazione concreta *hic et nunc* del fatto storico realizzato: la reale congruenza tra volontà e realizzazione sembra, invero, assente nell'*aberratio ictus* laddove il soggetto agente non conosce, né si rappresenta, la qualità di uomo del bersaglio C (persona offesa), e, quindi, non vuole i dati della situazione concreta prodotta qui e ora, congruente con il modello legale. L'art. 82 sancirebbe una deroga ai principi comuni in tema di dolo e in assenza di esso *l'aberratio ictus* dovrebbe risolversi con una responsabilità colposa per l'offesa cagionata (ove sia ravvisabile una colpa del soggetto agente) in concorso con la responsabilità per delitto tentato rispetto all'offesa voluta".<sup>425</sup>

A parere di chi scrive, posta l'urgenza con cui si impongono, nella penalistica contemporanea, una seria e concreta ri-valutazione dell'elemento soggettivo del reato e, soprattutto, il recupero di un concetto di "colpevolezza dell'autore" che davvero implichi volontà ed intenzione del singolo, non sarebbe inopportuna una modifica della disciplina nazionale che si adeguasse alle ricostruzioni hruschkiane in tema di *aberratio ictus*. Sebbene, infatti, quella di cui all'art. 82, co. 1, c.p. non costituisca una forma di responsabilità "oggettiva" (incostituzionale), ma solamente di responsabilità "anomala" (in cui l'oggetto del dolo è sostanzialmente valutato *per equivalente*), è altresì vero che questa, come qualunque altra applicazione della figura del cosiddetto "dolo generale", è facile occasione per l'ascrizione obiettiva di responsabilità e, dunque, fonte di potenziali gravi violazioni dei principi fondanti il moderno ordinamento penale.

---

<sup>425</sup> Cfr. S. D. MESSINA, *cit.*, p. 623.

4. *A spara con dolo d'omicidio a B, al quale aveva mirato, ma lo manca. Il colpo di pistola spaventa un cavallo che si trovava lì vicino; B muore travolto dalla corsa imbizzarrita di quest'ultimo.*<sup>426</sup>

La fattispecie oggettiva dell'omicidio – ex § 212 StGB – è soddisfatta: nessun dubbio, infatti, sulla connessione causale tra lo sparo e la morte della vittima; tra essi sussiste, del resto, anche una connessione causale di tipo *finalistico*: il terzo giudicante può ragionevolmente ritenere che la morte di una persona possa essere causata mediante uno sparo il cui scopo sia proprio quello di spaventare e far imbizzarrire un cavallo che poi travolga la vittima designata. Che dirsi, però, del tipo soggettivo? L'autore della condotta non aveva previsto la *causalità* della propria condotta nei termini in cui essa si è poi realizzata.

Tale genere di casi è tradizionalmente ricondotto all'ipotesi dell' "errore sul decorso del processo causale" – o "*aberratio causae*" –; errore che, secondo la giurisprudenza, non escluderebbe, in casi simili a quello proposto, il dolo dell'autore. Se da un lato, infatti, si afferma comunemente che il dolo debba riguardare *ogni* elemento della condotta, e dunque anche la *connessione*, il decorso causale tra azione ed evento, quando quest'ultimo ne sia elemento costitutivo, è altresì vero, dall'altro, che l'*esatta connessione*, il processo fisico e meccanico innescato da un'azione e causante un determinato evento spesso non è noto all'agente, bensì unicamente al perito, all'esperto in materia. La giurisprudenza è dunque *costretta* ad interpretare elasticamente quella connessione causale che deve essere oggetto del dolo dell'autore: diversamente opinando, infatti, ben pochi sarebbero i soggetti le cui azioni penalmente rilevanti potrebbero dirsi essere state intraprese "dolosamente". Per queste ragioni, si ritiene sufficiente che il decorso causale della condotta che poi conduce all'evento di reato sia noto all'autore del fatto nei propri termini *essenziali*. L'errore, pertanto, potrà escludere il dolo soltanto se la *divergenza* tra lo svolgersi causale degli eventi che l'autore si era rappresentato e quello effettivamente realizzatosi possa essere ritenuta *altrettanto essenziale*. A questo punto, però, centrale diviene comprendere – e definire – *quali* siano gli errori che possono in concreto ritenersi "*essenziali*" e quali, invece, non meritino tale qualifica (e perché).<sup>427</sup>

---

<sup>426</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp. 11 e ss. Caso tratto dallo stesso Autore da P. CRAMER, in SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB*, XXI ed., 1982, p. 55, sub § 15.

<sup>427</sup> Tale figura non è prevista espressamente dal codice penale italiano, ma in ordine alla sua rilevanza la prevalente dottrina ritiene che si debbano distinguere i reati a forma libera da quelli a forma vincolata: relativamente ai secondi soltanto essa potrebbe avere un qualche significato, escludendo, eventualmente la tipicità del fatto. Questa, in particolare, l'opinione di F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 380; e di M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, p. 447. Quanto a coloro che ritengono che l'*aberratio causae* inciderebbe sul dolo del reato, cfr. G. BETTIOL, *Diritto penale*, parte gen., 11° ed., Padova, 1982, p. 503. Sul punto vedi poi i contributi di M. GALLO, *Aberratio Delicti, causae*, cit., e di L. CORNACCHIA, *cit.*, p. 166 e ss.

Secondo la lezione welzeliana, le cui soluzioni spesso coincidono con quelle di Hruschka, l'errore sul decorso causale non avrebbe carattere essenziale sintantoché, nonostante l'effettiva divergenza tra il "voluto" e il "realizzato", la condotta oggetto di giudizio sia interpretabile, finalisticamente, come causativa dell'evento di reato, e che tale giudizio sia frutto del ricorso a quelle stesse "massime di esperienze" che avrebbero consentito di affermare la causalità della condotta originariamente intenzionata rispetto al medesimo evento. Questa tesi, tuttavia, opera, a parere dell'Autore, una pericolosa commistione di elementi oggettivi e soggettivi: ciò che per un giudicante costituisce divergenza essenziale, infatti, poiché estranea alle *sue* massime di esperienza, potrebbe non essere ritenuta tale da diverso osservatore. Dire, inoltre, che la divergenza è essenziale solamente quando consente, o giustifica, una diversa ed *eccezionale valutazione giuridica/morale* del fatto, significa ammettere la sconfitta. Posto che i criteri valoriali, infatti, non sono strettamente "prevedibili", il giudizio sul fatto diverrebbe oggetto di un pericoloso arbitrio giudiziale. Non a caso, in merito al carattere essenziale o meno della divergenza del decorso causale, la dottrina è effettivamente caratterizzata da perdurante incertezza; incertezza che solo alle volte conduce a quella che per Hruschka è la risposta corretta del caso, ossia quella dedotta dal "*punto di vista dell'autore*".

Giudicare i fatti "dal punto di vista dell'autore" significherebbe, in particolare, secondo l'Autore, che con ciò conferma il suo totale rispetto per quella "consapevolezza" del fatto e delle sue circostanze che sola può accompagnare un agire davvero volontario, sancire l'irrelevanza penale – o, meglio, la *non imputabilità* – di qualsivoglia evento il cui decorso causale sia difforme da quello che questi si era rappresentato. Ciò anche ove la divergenza fosse, "dal suo punto di vista", preventivabile (e, tuttavia, *non* prevista). La giurisprudenza, invece, a suo parere, molto più spesso afferma il ricorrere di una fattispecie dolosa ogniqualvolta *il giudicante*, e non l'autore, ritenga che il difforme decorso causale avrebbe potuto essere da questi previsto<sup>428</sup>.

Poste le attuali tendenze della giurisprudenza, che solo raramente giudica *essenziale* la divergenza del decorso causale effettivo rispetto a quello *intenzionato* dall'agente<sup>429</sup>, il fatto che

---

<sup>428</sup> La Cassazione italiana, invero, ha di recente negato il ricorrere del dolo dell'autore (Cass. Sez. I, 2.5.1998). Tale pronuncia, in particolare, ha fatto proprio l'orientamento secondo il quale i casi di *aberratio causae* costituiti da una (naturale) pluralità di condotte non possono essere soggetti ad una "unitaria considerazione", il cui elemento soggettivo dovrebbe determinarsi ricorrendo alla figura del *dolus generalis*. Questa soluzione, non essendo prevista da una norma analoga a quella dell'art. 83 c.p., rappresenterebbe, infatti, una forma di analogia *in malam partem* non consentita. Le condotte devono dunque considerarsi nella loro pluralità, sorrette da un diverso atteggiamento psicologico: doloso in relazione all'attività iniziale e colposo in relazione all'evento realizzato ma non direttamente voluto. Cfr. S. D. MESSINA, *sub* art. 83, in M. RONCO, S. ARDIZZONE, B. ROMANO, *Codice penale commentato*, cit., p. 640.

<sup>429</sup> Rilevante pronuncia in tal senso, nella giurisprudenza italiana, è Cass. Sez. I, 18.3.2003. In base ad essa, occorrerebbe accertare, innanzitutto, l'eventuale configurabilità di un dolo alternativo dell'agente; si potrà poi affermare il concorso di una responsabilità a titolo di tentativo e una a titolo di colpa solamente nel caso in cui quell'autore, che

il dolo debba coprire *anche* il nesso causale si è per molti versi ridotto ad una finzione giuridica. Sembrerebbe, invero, stando alla prassi delle corti, che il dolo non necessiti più di coprire detto aspetto del fatto. Hruschka è, però, fortemente critico rispetto a questa eventualità. Sostenere che *lo stesso nesso causale possa infine anche espungersi dalla descrizione della fattispecie oggettiva del reato*, infatti, conduce a conseguenze paradossali, a conclusioni talmente assurde da non meritare nemmeno di essere seriamente considerate. Il caso fortuito assurgerebbe a potenziale generatore di responsabilità in capo a qualunque soggetto, per di più “a titolo di dolo”! Debbono astrattamente darsi, dunque, per motivi prettamente logici e consequenziali, tanto divergenze *essenziali* quanto divergenze *non essenziali* del decorso causale, oggetto costante ed irrinunciabile di rappresentazione e volizione dell’agente.

Ulteriore obiezione che il nostro Autore muove all’attuale dottrina consiste nel fatto che essa *soltanto “eccezionalmente” riconosca il carattere “essenziale” del decorso causale*. Perché mai, si chiede Hruschka, rispetto al nesso causale – ma non anche con riferimento agli altri elementi che compongono l’oggetto del dolo dell’autore – potrebbe adottarsi una (semi)presunzione, ipotizzarne la regolare e ordinaria rappresentazione *anche in assenza di concreto accertamento*? Se il nesso causale è da annoverarsi tra i necessari oggetti del dolo, infatti, è doveroso, quali osservatori ed interpreti dell’altrui agire, restare del tutto aperti alla possibilità che esso, *in concreto*, non sia stato oggetto di considerazione da parte dell’autore. In altri termini, il carattere essenziale della divergenza – e la sua conseguente rilevanza – non dovrebbe né potrebbe ritenersi *aprioristicamente eccezionale*, ma “eventuale”, semplicemente *possibile*.

Sotto questo profilo, tornando al caso oggetto di disamina, è piuttosto difficile sostenere che il cittadino comune avrebbe previsto, o avrebbe potuto prevedere, nel momento in cui intenzionalmente premeva il grilletto per cagionare la morte di B, un decorso causale dell’azione quale quello descritto. Per tale ragione, la condotta di A non integra un omicidio doloso. Resta ancora aperta, invece, la possibilità di imputare a quest’ultimo: a) un tentato omicidio; b) un omicidio colposo.

Stando ai fatti descritti, non pare potersi dubitare della realizzazione di un tentativo di omicidio: ricorrono la rappresentazione del fatto, la volontà e l’esecuzione di atti univocamente diretti alla realizzazione del crimine. Il ricorrere del secondo reato, invece, resterebbe da accertarsi in concreto: l’accertamento di una colpa dell’autore non è mai conseguenza “necessitata” dei fatti, bensì circostanza da verificarsi caso per caso.

---

aveva agito con un “dolo colpito a mezza via dall’errore”, fosse certo di aver già cagionato la morte nella prima fase dell’azione.

Oltre a quanto già espresso in nota, v'è da rilevarsi come nella dottrina e nella giurisprudenza italiane il tema non sia meno dibattuto. E se è vero che talune recenti pronunce hanno dato rilevanza all'impossibilità di ricorrere alla figura del *dolus generalis* per punire, a titolo di dolo, la condotta successiva, causatrice dell'evento, ma diversa da quella rappresentata e intenzionata dall'agente (quella, per intenderci, del soggetto che cagiona la morte della vittima nell'atto di seppellirne (quello che crede esserne) il cadavere, inconsapevole del fatto che il colpo di pistola precedentemente inferto al cuore non fosse stato fatale), è altrettanto vero che tale opzione è sostenuta solamente da alcuni Autori<sup>430</sup> e non è in alcun modo univoca o dominante.

\* \* \*

Gli ultimi due casi esaminati, di cui ai numeri 3 e 4, si riferiscono, come s'è visto, a ipotesi in cui l'omicidio doloso non è integrato, *nonostante* il *contemporaneo* realizzarsi della tipicità oggettiva e di quella soggettiva del reato avrebbe astrattamente consentito di affermarne il ricorrere, senza lesione alcuna del principio di *simultaneità*. In effetti, quello che qui viene in rilievo e dal quale discendono le conclusioni cui si è giunti, è un secondo e diverso principio, quello di *referenzialità*.

Nel primo caso, in particolare, il dolo riguardava un *evento*, una *vittima diversa* da quella effettivamente attinta dal delitto consumato; nel secondo, esso non copriva quello specifico *nesso causale* che collegava il risultato di quest'ultimo all'azione che ne fu causa. Le rappresentazioni del soggetto autore, dunque, erano, in entrambe le varianti, diverse, *altre* rispetto al fatto realizzato, *referite a qualcosa di diverso*. Mancava, in sostanza, quella necessaria *relazione* tra gli elementi oggettivi del delitto cui, secondo Joachim Hruschka, il rispetto del *Referenzprinzip* costringe e del quale si avrà modo di dire di più nelle pagine a seguire<sup>431</sup>.

## **2.2. “Simultaneitäts- und Referenzprinzip”: anti giuridicità, errore di diritto, duplicità dell'azione.**

Illustrato l'operare concreto dei menzionati principi di simultaneità e di referenza nella loro forma elementare, l'analisi si rivolge a casi maggiormente “controversi”.

---

<sup>430</sup> Cfr. L. EUSEBI, *In tema di accertamento del dolo: confusione tra dolo e colpa*, in *RIDPP*, 1987, p. 1067 e ss.; F. PALAZZO, *Dolo ed azione tipica: l'incidenza dell'elemento soggettivo sulla struttura unitaria o plurima della condotta*, in *SIur*, 1995, p. 34.

<sup>431</sup> Vedi, inoltre, le considerazioni relative al caso n. 6.

5. Il soggetto A, di esile costituzione, viene aggredito, in casa del suo ospite C, da B, molto più robusto di lui. Lo stesso A, che potrebbe difendersi dall'aggressore scappando rapidamente dalla stanza, decide di afferrare un vaso pieno di fiori che si trova in un angolo della stanza e lo lancia contro B. Il vaso colpisce quest'ultimo al petto mentre i fiori gli colpiscono il volto. B inciampa e cade, riportando, al termine della vicenda, qualche graffio e qualche livido. Il vaso cade a terra e va in frantumi. A aveva previsto entrambe le conseguenze.<sup>432</sup>

Anche questo caso impone una suddivisione degli eventi considerati ai fini della loro analisi logico-normativa. In primo luogo, ci si dovrà occupare, in particolare, della condotta tenuta da A nei confronti di B, posto che è essa a dar luogo all'evento giuridicamente più grave: le lesioni personali. A tal proposito, può sin da subito affermarsi che la fattispecie oggettiva di cui al § 223 StGB – *Körperverletzung*<sup>433</sup> - è certamente realizzata: botte e graffi, infatti, sono *imputabili* alla condotta di A, conseguenze dirette dell'impatto con il vaso che l'agredito aveva lanciato contro l'originario aggressore. Anche la fattispecie soggettiva del reato è realizzata: si dice, infatti, espressamente, che A avesse previsto tali conseguenze.

La domanda da porsi è se il fatto appena descritto, riconducibile al *Tatbestand* del § 223 StGB, possa essere *giustificato*. A tale proposito, si noti, innanzitutto, come non varrebbe, ad escludere la scriminabilità delle lesioni, l'antigiuridicità del diverso reato di danneggiamento, realizzato ai danni di C (il cui evento è rappresentato dalla distruzione del vaso). Dall'antigiuridicità di una condotta verso un determinato soggetto (nel nostro caso "C") non consegue, infatti, alcunché di rilevante circa la giuridicità/antigiuridicità di un'azione diretta verso un diverso soggetto, implicante diversa condotta ed evento. Più precisamente, i caratteri di tipicità e di antigiuridicità del fatto devono riguardare la *stessa* fattispecie concreta ed è in relazione ad essa che debbono tutti contemporaneamente sussistere.

Ebbene, nel caso in esame tutti i presupposti legittimanti la difesa di A dall'aggressione di B (ingiusta, pericolosa ed attuale) parrebbero integrati, conformemente al dettato del § 32 StGB<sup>434</sup>. Il lancio del vaso, in particolare, può considerarsi *mezzo idoneo* a respingere l'aggressione, nonché reazione *proporzionata all'offesa* minacciata: conclusioni che discendono dalla diversa costituzione fisica dei due soggetti e dalla *scelta*, da parte dell'agredito, di non mirare al volto,

---

<sup>432</sup> J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp. 15 e ss.

<sup>433</sup> § 223 StGB: „(1) Wer eine andere Person körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Der Versuch ist strafbar.“

<sup>434</sup> § 32 StGB – *Notwehr*: „(1) Wer eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, handelt nicht rechtswidrig. (2) Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden“.



bensi al petto dell'aggressore. La tipicità oggettiva della legittima difesa, dunque, ricorre. Ma anche gli elementi soggettivi di questa circostanza giustificante sono integrati: A, infatti, era al corrente della natura offensiva dell'attacco minacciato da B ed era consapevole dei modi e della misura della propria difesa. Quanto alla “*volontà di difendersi*”, spesso richiesta dalle corti per la concessione di tale scriminante, essa può qui desumersi, secondo l'Autore, dalla conoscenza stessa dei fatti da parte dell'aggredito, unita alla sua scelta di mezzi “*idonei alla difesa*”.<sup>435</sup> Pertanto, le lesioni causate a B debbono ritenersi giustificate e non possono imputarsi anche “alla colpa” di A (imputarsi, cioè, al secondo livello).

Tale soluzione, del resto, non potrebbe essere contraddetta in ragione della menzionata possibilità di fuga di cui A disponeva. Ove la difesa sia necessaria, infatti, essa è, *di regola*, sempre lecita. Non si richiede, cioè, che quello prescelto dall'aggredito costituisca anche l'*unico* mezzo di cui questi disponesse per porre fine all'offesa dell'ingiusto aggressore. E' soltanto “quantitativamente” che la difesa legittima soggiace a delle limitazioni, risolvendosi nella scelta di un mezzo *idoneo, commisurato* all'attacco. In altri termini: è vero che l'agente deve optare per la condotta *meno offensiva* tra quelle a sua effettiva disposizione; ma tale scelta si muove sempre all'interno e nel novero di quelle condotte che siano realmente capaci di condurre all'immediata cessazione dell'aggressione in atto e della quale egli è vittima ingiusta. La fuga non raggiunge tali obiettivi.

In secondo luogo, quanto al diverso reato di danneggiamento ai danni di C, è chiaro come la fattispecie oggettiva del reato di cui al § 303 StGB<sup>436</sup> – *Sachbeschädigung* - sia anch'essa pienamente integrata. Il vaso è oggettivamente andato distrutto e ciò in conseguenza dell'agire di A. Del resto, anche un'analisi finalistica della condotta di A non lascerebbe dubbi al riguardo: il lancio dell'oggetto è chiaramente giudicabile *ex ante*, da qualunque terzo, come condotta che *naturalmente e normalmente* conduce alla distruzione del medesimo. La previsione di questa conseguenza da parte di A, espressamente richiamata, conferma, peraltro, come, anche dal punto di vista soggettivo, la tipicità del danneggiamento ricorra. Resta soltanto da chiedersi, pertanto, se possano darsi cause di giustificazione rilevanti nel caso concreto.

Ebbene, le circostanze dei fatti lascerebbero pensare alla possibile integrazione di un vero e proprio *stato di necessità*. La condotta di A, infatti, che lede il bene del terzo, è qui volta ad

---

<sup>435</sup> Sul punto, *infra*, par. 3.11. In particolare nota 532, p. 275.

<sup>436</sup> § 303 StGB: „(1) Wer rechtswidrig eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Ebenso wird bestraft, wer unbefugt das Erscheinungsbild einer fremden Sache nicht nur unerheblich und nicht nur vorübergehend verändert. (3) Der Versuch ist strafbar.”

evitare una minaccia grave, un pericolo non volontariamente causato; ed essa non origina dalla *libertà* dell'autore, ma dallo stesso svolgersi dei fatti, che potrebbero non avergli lasciato altra scelta, *costringendolo* al reato. Il danneggiamento del vaso, in effetti, è anche offesa meno grave rispetto a quella evitata per suo tramite: *tanto qualitativamente* (diritto patrimoniale vs. diritto personale), *quanto quantitativamente* (aggressione fisica causante lesioni vs. danneggiamento di un bene mobile di scarso valore). Non si potrebbe parlare, del resto, di legittima difesa: C non è l'aggressore ingiusto di A. Tuttavia, secondo quanto Hruschka afferma ed illustra, l'ipotesi descritta non consente nemmeno di ritenere che la scriminante di necessità sia applicabile al reato di danneggiamento. Tale istituto, infatti, giustifica (rende *non anti-giuridica*) la condotta, soltanto quando, *oltre* a consistere in un'azione volta ad evitare il pericolo attuale di un'*offesa più grave di quella provocata* (requisito che, come detto, qui ricorre), il pericolo stesso non sia "altrimenti evitabile" da parte del soggetto minacciato.

In altri termini, diversamente dalla difesa legittima, scriminante che non impone all'aggressore di scegliere la fuga, la necessità, applicandosi a condotte astrattamente illecite, che ledono diritti di terzi innocenti anziché di ingiusti aggressori, impone al minacciato di optare sempre, ove possibile, per la condotta che eviti la realizzazione del danno "non necessario". Ad A, che poteva fuggire, dovrà quindi imputarsi il reato di danneggiamento<sup>437</sup>.

6. *Il soggetto A si fa prestare da un amico una motocicletta per una tranquilla gita in moto. La gita si svolge di domenica pomeriggio, in una zona tranquilla e residenziale. A, sprovvisto della patente richiesta per la guida di tali veicoli, viene fermato dalla polizia ed ammette di essere stato al corrente della propria violazione. Al tempo stesso, A è convinto che, se solo si fosse mantenuto sulla propria corsia di marcia e non avesse superato i limiti di velocità, nessuno lo avrebbe scoperto.*<sup>438</sup>

Il caso in questione è chiara ipotesi di ignoranza del divieto, la cui eventuale rilevanza giuridica è oggetto precipuo dell'indagine.

In primo luogo, quanto alla "guida senza patente", ovvero alla violazione della norma stradale che impone a chiunque si ponga alla guida di un veicolo a motore di disporre della patente per esso richiesta, essa è senza dubbio imputabile al conducente della moto, il soggetto A. *Anche dal*

---

<sup>437</sup> La tesi non convince pienamente. Un caso siffatto meriterebbe forse d'essere letto, quanto al reato di danneggiamento, nell'ottica della teoria del "doppio effetto": la distruzione del vaso essendo risultato del tutto *estraneo* all'intenzione dell'agente e, dunque, non punibile. Interessante, a questo riguardo, e condivisa dalla scrivente, la teoria espressa – su legittima difesa e doppio effetto – da M. RONCO, in *La dottrina del doppio effetto degli atti umani e la legittima difesa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2, 2014, pp. 799 – 823. Sul punto, ancora criticamente rispetto alle tesi di Hruschka, *infra*, cap. V.

<sup>438</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp. 18 e ss.

*punto di vista soggettivo*, del resto, la condotta è a lui imputabile, posto che è egli stesso ad ammettere di essere stato a conoscenza del divieto. Si tratta, dunque, di un agire anti-giuridico da imputarsi alla colpevolezza dell'agente (imputazione di secondo livello).

In secondo luogo, Hruschka ipotizza l'ascrivibilità allo stesso A, e interroga al riguardo se stesso e il lettore, di un secondo illecito, la cui offesa consisterebbe nel procurato disturbo alla quiete pubblica. Sarebbe, in particolare, una norma amministrativa a vietare le emissioni rumorose prolungate ed ingiustificate, in alcuni giorni e ad ore determinate: evento perfettamente integrato dal rombo di un veicolo a motore che continui ad aggirarsi in un quartiere residenziale di domenica pomeriggio. A questo proposito, nota l'Autore, se anche la fattispecie oggettiva dell'illecito potesse dirsi in concreto realizzata, resterebbe dubbia la tipicità soggettiva della violazione. In base al testo, infatti, A riconosce le proprie colpe, ma lo fa in modo da suggerire la sua stessa ignoranza in merito a quest'ultimo divieto. Convinto del fatto che, mantenendosi sulla propria corsia e rispettando i limiti di velocità, non sarebbe incorso in ulteriori violazioni ("non lo avrebbero scoperto"), A sembra dichiarare, sia pur implicitamente, di non essere stato al corrente di questa diversa ed ulteriore disposizione. Il quesito rilevante concerne, allora, l'eventuale "evitabilità" di tale ultima inconsapevolezza: soltanto l'*ignoranza inevitabile*, infatti, è circostanza atta ad escludere la *colpevolezza* del reo.

A tale riguardo, quel che a Hruschka preme sottolineare - e rendere evidente al lettore - è che in nessun caso potrebbe escludersi *a priori* detta *inevitabilità*, ricavandola dalla ammessa conoscenza della norma penale: quest'ultima, infatti, non esclude di per sé la possibilità di una incolpevole ignoranza del diverso divieto amministrativo. Non vi è ragione alcuna, se non totalmente *oscura*, per ritenere che l'ignoranza *iuris* relativa ad una norma implichi, necessariamente e automaticamente, anche quella relativa a diversa disposizione. D'altro canto, nessuna ragione oggettiva consente di escludere che l'ignoranza di un siffatto divieto possa essere stata davvero *inevitabile* in concreto. Nulla esclude, stando al testo proposto, che la violazione amministrativa, per quanto oggettivamente realizzata, possa essere oggetto di "scusa", non potendosi *imputare* (al "secondo livello") alla *culpa* dell'autore.

### **2.3. Provvisorie considerazioni. "Referenzialità".**

Quel che i casi 3, 4, 5 e 6 hanno dimostrato, è come il principio di simultaneità non sia di per sé sufficiente a fornire risposte adeguate alle questioni giuridiche ad essi sottese. Tale principio,

infatti, sarebbe stato pienamente rispettato anche ove in essi si fosse riconosciuto il ricorrere, rispettivamente, di: omicidii dolosi e consumati – anziché di tentativi (ai casi di cui ai nn. 3 e 4); una lesione volontaria non giustificata (al caso n. 5); un illecito amministrativo colpevole (al caso n. 6). Strade che, invece, non si sono percorse. In particolare, al caso 5 si davano, contemporaneamente, il ricorrere di un reato oggettivamente e soggettivamente tipico e la non applicabilità di una giustificante; ciononostante, la condotta è stata ritenuta scriminata *in relazione al delitto di lesioni*; al caso 6, invece, *simultaneamente* ricorrevano sia la violazione obiettiva della norma amministrativa, di cui al § 24 StVG, sia l'aver agito con “*Unrechtsbewusstsein*”, ossia con coscienza dell'antigiuridicità, ma di qui non si è giunti ad affermare la colpevolezza dell'autore. L'*Unrechtsbewusstsein*, infatti, *non si riferiva* all'illecito amministrativo, ma soltanto alla violazione penalmente sanzionata.

A dar ragione delle “diverse” soluzioni qui difese è, in effetti, un principio diverso da quello di simultaneità, ma che ad esso si aggiunge e si accompagna: il menzionato principio di *referenzialità*. Ciò che esso esprime, nello specifico, è che non soltanto gli aspetti oggettivi e soggettivi del reato debbono essere *contemporaneamente integrati*; ma che i caratteri dei medesimi debbono altresì *riferirsi*, tutti e specificatamente, a quella precisa condotta rispetto alla quale sono oggetto, di volta in volta, di imprescindibile verifica. Alla realizzazione di ogni elemento costitutivo della fattispecie deve aggiungersi, in altri termini, una relazione di mutua integrazione tra gli stessi.

Secondo Joachim Hruschka, anche il principio di referenzialità avrebbe portata generale. Anch'esso costituirebbe *condizione* del discorso giuridico logico e razionale, poiché, al pari di quello di “simultaneità”, non sarebbe che un corollario del generalissimo *principio di identità*<sup>439</sup>. L'importanza di riconoscere ed affermare l'inevitabile e tassativa applicazione del *Referenzprinzip* nella soluzione dei casi giurisprudenziali, discende, allora, nell'opinione dell'Autore, dal fatto che, nonostante la sua “evidente verità”, esso sia pressoché perennemente estraneo al discorso giuridico penalistico. In effetti, sebbene raramente la giurisprudenza ponga in discussione la bontà delle soluzioni appena proposte, che a tale principio si rifanno, non v'è traccia, in dottrina, di un suo espresso riconoscimento. Non se ne afferma mai, in sostanza, il valore pratico e operativo. Potrebbe dirsi, in altre parole, che alle medesime conclusioni si addivenga, nella prassi delle corti, più in forza di una “logica intuitiva”, adeguando le sentenze a

---

<sup>439</sup> “*Auch das Referenzprinzip ist – genauso wie das Simultaneitätsprinzip – ein allgemeines Prinzip, das eine notwendige Bedingung sinnvoller Rede formuliert. Auch das Referenzprinzip gilt daher keineswegs nur im Strafrecht, sondern – wiederum wie das Simultaneitätsprinzip – stets dann, wenn es um beliebige Behauptungen geht.*” J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 22.

quel “*Rechtsgefühl*” già citato in precedenza, che in virtù delle norme e di quella razionalità necessariamente intrinseca al sistema.

Secondo Hruschka, riconoscere la costante ed immancabile validità del *Referenzprinzip* è strumento idoneo a sconfiggere, mantenendocisi *all'interno di un discorso logico e razionale*, le tesi di chi tutt'oggi giunga a conclusioni difformi da quelle sin qui delineate, spesso contrastanti con lo stesso comune sentire.

#### **2.4. Casi ulteriori.**

7. *Il soggetto A mira a B e, convinto che si tratti del suo nemico C, gli spara. Il colpo va a vuoto. Quando A si rende conto della diversa identità della vittima, preme nuovamente, in via del tutto accidentale, il grilletto. Il secondo colpo ferisce B mortalmente.*<sup>440</sup>

Nelle analisi svolte ai punti precedenti, già si è detto che, in virtù del principio di simultaneità, un omicidio doloso e consumato potrà dirsi realizzato solamente ove tipicità oggettiva e soggettiva della fattispecie siano contemporaneamente integrate. Nel caso appena descritto, tuttavia, ciò non si verifica: il secondo colpo di pistola, infatti, non aveva per oggetto (di volizione) la morte di B. L'evento infausto non rientrava nell'intenzione di A ed è per questa ragione che non può dirsi realizzata un'ipotesi dolosa di omicidio. Il dolo omicidiario, al contrario, era certamente presente all'epoca del primo sparo. La soluzione del caso, però, deve svolgersi ancora procedendo ad analitica scissione della fattispecie; scissione che è conseguenza diretta dell'applicazione del menzionato principio.

Il secondo sparo, di natura accidentale, costringe, in effetti, a negare la tipicità soggettiva del dolo e, dunque, a ritenere inapplicabile la norma che punisce l'omicidio volontario. Anche qui dovrà allora verificarsi la sussumibilità della fattispecie concreta entro quella, astratta, dell'omicidio colposo: ipotesi che qui parrebbe ricorrere, tanto dal punto di vista oggettivo, quanto da quello soggettivo.

Quanto al primo colpo di pistola, deve innanzitutto escludersi che tale condotta possa soddisfare, dal punto di vista oggettivo, la fattispecie omicidiaria. Posto che della medesima sussiste, tuttavia, l'elemento doloso, ossia quello *dell'intenzione*, ci si dovrà interrogare sull'eventuale configurabilità di un omicidio tentato. La volontà di uccidere, infatti, era indubbiamente

---

<sup>440</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp. 23 e ss.

presente: A si era rappresentato la morte come possibile conseguenza della propria azione e tale conseguenza era “intenzionata”, sia pur in ragione di un “*error in persona*” (che, però, qui non rileva, se non come *prova* della volontà). Ebbene, anche in questo caso ci si troverebbe di fronte, secondo le ricostruzioni hruschkiane, ad un concorso di reati: un tentativo di omicidio e un omicidio colposo.

8. *A strangola il vicino di casa, il soggetto B, e, per evitare che questi possa urlare, gli riempie la bocca di sabbia. Il tutto si svolge con intenzione omicidiaria. B giace a terra in stato di incoscienza, ma è ancora in vita. L'autore non se ne accorge e getta quel che ritiene esserne il cadavere da un ponte. B muore per affogamento.*

Separando anche qui la fattispecie, a scopo di analisi, dobbiamo innanzitutto occuparci dell'ultima parte della condotta, ove è chiaro che si debba escludere il dolo di omicidio da parte di A. Ritenendo che la vittima fosse già morta, infatti, questi non poteva – né logicamente né razionalmente – volerne cagionare la morte<sup>441</sup>. Tale intenzione, invece, certamente sussisteva nella fase precedente (durante lo strangolamento e il tentato soffocamento). Per scongiurare la violazione del principio di simultaneità, pertanto, è opportuno operare una “cesura temporale”, considerando separatamente, da un lato, gli eventi caratterizzati da un autore convinto dell'ormai sopravvenuto decesso della vittima e, dall'altro, quelli che precedono l'insorgere di tale – erronea – rappresentazione.

Hruschka ammette, a onor del vero, che la corretta soluzione del caso possa raggiungersi anche basandocisi su “principi” diversi da quello di simultaneità; tuttavia, è sua stessa opinione che l'espresso ricorso a questo fondamentale principio della logica consenta di muoversi all'interno di fattispecie vieppiù complicate in maniera sicura, limitando il rischio di pervenire a soluzioni apparentemente corrette ma, intrinsecamente, contraddittorie.

In particolare, Hruschka afferma che la scienza penale moderna sarebbe solita ricondurre i casi simili a quello appena descritto alla figura del cosiddetto *dolo generale*, secondo la quale il dolo della prima parte della condotta potrebbe e dovrebbe *estendersi* e applicarsi all'intera vicenda anche qualora la successiva assenza dell'elemento soggettivo intenzionale sia innegabile. Ammettere la vigenza – e l'applicabilità – di questo istituto, tuttavia, significa anche, secondo il professor Hruschka, obnubilare uno dei più fondamentali aspetti del reato, rappresentato dal fatto che di dolo omicidiario può parlarsi solamente se e nella misura in cui, l'autore del reato *ritenga possibile*, e dunque *si rappresenti ed intenzioni* la realizzazione di *quella particolare* fattispecie

---

<sup>441</sup> Vicenda che si ricollega a quelle di *aberratio causae* già menzionate nelle pagine precedenti, in particolare in relazione al caso n. 4.

oggettiva che, con la propria condotta, egli va realizzando. E' chiaro, invece, come il dolo *necessariamente* cessi di esistere allorché l'autore reputi già morta la vittima. Da quel momento in poi egli *non può più volere la realizzazione di un omicidio*. In relazione alla seconda fase della vicenda, dunque, sussiste solo ed esclusivamente un *dolus antecedens* che, come già si disse, *non è dolo*. La teoria del dolo generale, dunque, non è altro che un ragionamento costruito su un presupposto la cui fallacia è, secondo l'Autore, già dimostrata, e che direttamente viola il principio di simultaneità.

Quel che resta da esaminarsi, pertanto, è l'eventuale ricorrere, nella seconda fase dell'azione, degli elementi, oggettivi e soggettivi, dell'omicidio colposo. A tal proposito può agilmente dirsi, d'un canto, che di tale delitto sussistono tutti gli elementi oggettivi; dall'altro, però, atteso che la colpa si sostanzia in una condotta tenuta da chi *concretamente* "avrebbe potuto prevedere/riconoscere" il carattere lesivo della propria azione, per poter parlare di tipicità soggettiva dovrà stabilirsi se all'autore del reato sarebbe stato possibile riconoscere che la vittima del proprio gesto fosse ancora in vita. La traccia non fornisce sufficienti informazioni a tale riguardo. Pertanto, sebbene la possibilità del reo di *conoscere* questo aspetto della vicenda appaia verosimile, e forse anche probabile, l'accertamento della di lui colpa dovrà avvenire in concreto, all'interno della dinamica processuale.

In relazione alla prima fase della condotta, la questione giuridica rilevante sarà, invece, quella concernente l'eventuale configurabilità di un omicidio tentato. Come già si diceva, la giurisprudenza, tanto tedesca quanto nazionale, giunge molto spesso a conclusioni difformi da quelle appena suggerite, non impegnandosi in una separata ed analitica disamina delle due fasi della fattispecie. In effetti, se la condotta di A non è debitamente suddivisa, analizzata e qualificata in relazione ai diversi *momenti* dell'elemento soggettivo, la tipicità oggettiva dell'omicidio volontario può assai facilmente essere affermata dall'interprete: "*complessivamente*", infatti, l'azione di A causa la morte *proprio di quella vittima* che egli, *inizialmente*, aveva designato. Altrettanto certa, del resto, è l'esistenza di un chiaro nesso causale tra la condotta dell'autore e l'evento morte "conclusivo". E sebbene l'errore dell'autore nella rappresentazione del decorso causale sia qui evidente, questa stessa giurisprudenza afferma il carattere non essenziale del medesimo. E' evidente, tuttavia, che la condotta di strangolamento, così come l'aver riempito di sabbia la bocca della vittima, non potrebbe mai essere *ragionevolmente* letta, dall'esterno, come una condotta atta a provocare la morte *per affogamento*. Il *macro-evento*, in effetti, è il medesimo: il decesso della vittima; nessuna "massima di esperienza", tuttavia, consentirebbe al terzo giudicante di ritenere che la condotta

dell'autore fosse diretta a provocare quello specifico e concreto *micro*-evento che è elemento costitutivo effettivo del reato infine ascrittogli. Da un punto di vista oggettivo, lo strangolamento non provoca mai il pericolo di morte per annegamento; lo stesso dicasi per chi riempia di sabbia la bocca dell'agredito. I presupposti dell'omicidio volontario consumato, pertanto, debbono escludersi.

Opinare diversamente, ascrivere cioè al reo un omicidio volontario e consumato, uniformandosi a posizioni proprie anche della scuola finalistica (per la quale è irrilevante un simile errore sul decorso causale – *non essenziale* -), significherebbe, secondo Hruschka, difendere una tesi assurda, nonché violare apertamente il principio di simultaneità. Affermare che lo strangolamento e il tentativo di soffocamento bastino ad integrare la fattispecie dell'omicidio doloso significherebbe ritenere che l'autore abbia ucciso dolosamente la vittima *due volte*: sia attraverso tali condotte sia gettandone il corpo nel fiume. Che la seconda fase della condotta sia *oggettivamente* descrivibile come omicidio (sia pur colposo), infatti, già lo si è dimostrato; ma, se del soggetto si accertasse anche la colpevolezza antecedente, si dovrebbe forse ascrivere a quest'ultimo un concorso di omicidio, colposo e volontario? L'assurdità dell'ipotesi è lampante: nessuno può uccidere due volte la stessa vittima. Resterebbe soltanto l'ulteriore possibilità di considerare lo strangolamento ed il getto del corpo dal ponte *cumulativamente*, ovvero sia guardare alle due condotte come ad un *unico fatto*. Tale unità, tuttavia, una “considerazione globale” della vicenda, è possibile solamente in presenza di un *costante* dolo d'omicidio: che, come già si è detto – e stando all'opinione dell'Autore – qui non ricorre.

I penalisti che ancora si oppongono alla tesi hruschkiana (e non solo) del concorso tra tentativo e omicidio colposo, sono soliti citare, a sostegno delle proprie conclusioni, il caso dell'attentatore che programmi un ordigno esplosivo ad orologeria, destinato a brillare a distanza di giorni o mesi dall'innescò e che infine provochi la morte della vittima. L'esempio, tuttavia, non è calzante. E', infatti, evidente come, in un caso siffatto, non vi siano dubbi quanto alla dolo della fattispecie e ciò in relazione all'intera condotta. Il dolo dell'attentatore, invero, potrebbe essere escluso solamente allorché specifiche (contro-)attività da questi intraprese, o una sua totale incoscienza, potessero essere provate, mostrando come lui stesso, all'epoca dell'esplosione, non si rappresentasse più la possibilità dell'evento infausto. Il paragone, inoltre, implica una speculativa operazione di qualificazione dell'affogamento come effetto semplicemente meccanico della prima parte dell'azione, fondata sull'idea che *comunque* lo strangolamento mirasse a un fine identico a quello poi realizzatosi. Questa affermazione, tuttavia, è in evidente contrasto con il dato di partenza, ossia con la *cumulativa* considerazione



delle condotte dell'autore. Essa è costretta, infatti, a confrontarsi con quella *visione globale* dell'azione che sola consentirebbe di affermare il ricorrere di un omicidio (costantemente) doloso. L'affogamento *deve* quindi considerarsi *parte della condotta* e non può essere interpretato, se non si voglia cadere in contraddizione, come *risultato meramente meccanico* dell'azione.

Secondo il professor Hruschka, quest'ultimo esempio è chiara dimostrazione di come mantenersi nel rispetto della *simultaneità* non sia sempre cosa facile ed immediata; nonché di come spesso si rischi, nell'analisi dei casi, di ricorrere, sia pur in buona fede, ad argomenti contraddittori.

Sono considerazioni di "valore", in base alle quali le soluzioni derivanti dal rispetto della *simultaneità* non sembravano soddisfacenti, ad aver condotto la giurisprudenza continentale all'elaborazione di tesi volte ad evitare le conseguenze che dalla sua stretta osservanza discendono. Tuttavia, le riflessioni di Joachim Hruschka sembrerebbero aver dimostrato che:

1) quella del *dolo generale* è una dottrina che riflette il tentativo di estendere il dolo della prima parte della condotta a quella successiva, ove esso però è assente; essa presenta le stesse criticità tipiche della dottrina del *dolo antecedente* ed è, al pari di questa, razionalmente inaccettabile;

2) la tipicità obiettiva del reato non può derivare da una *proiezione all'indietro* dell'evento prodottosi nella seconda fase dell'azione: anche questa soluzione viola la simultaneità, non riuscendo a superare la fattuale non coincidenza tra tipicità oggettiva e soggettiva del reato considerato nella sua forma dolosa.

L'oggettiva accettabilità della soluzione hruschkiana sarà indagata diffusamente al successivo punto 2.5.

9. *A spara inavvertitamente a B; subito dopo si precipita verso la vittima e crede, erroneamente, che questa sia ancora in vita. Volendo occultare il proprio reato, decide di ucciderla e di nasconderne il cadavere. A preme dunque ancora, questa volta intenzionalmente, il grilletto e spara a B che, tuttavia, era già morto<sup>442</sup>.*

Questa variante è speculare a quella di cui al numero precedente. Anche qui si dovrà partire dalla condotta che è *causa* dell'evento del reato e, dunque, dalla prima parte dell'azione.

Non v'è dubbio, in primo luogo, circa il ricorrere dell'*oggettiva tipicità* dell'omicidio volontario; ad essa però non si accompagna la relativa tipicità soggettiva. Il giudicante dovrà quindi vagliare la possibilità di imputare la morte della vittima a un agire colposo dell'autore. Quanto al secondo

---

<sup>442</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp. 32-33.

colpo di pistola, del resto, in nessun caso potrebbe parlarsi di omicidio: B è già deceduto e per questo l'oggettività del reato manca sin da principio. Potrà parlarsi, invece, di tentativo (secondo la definizione che del medesimo offre la dottrina tedesca)<sup>443</sup>. Quest'ultimo concorrerà, materialmente, con l'omicidio colposo consumato.

## **2.5. “Simultaneitäts- und Referenzprinzip”: non imputabilità provocata, necessità volontariamente causata, impossibilità “imputabile”.**

*10. Il soggetto A programma di uccidere la moglie, B, lanciandola dalla finestra di un treno in corsa. Per riuscirci egli decide di colpirla preventivamente, al fine di farle perdere conoscenza. Nel farlo, tuttavia, ne provoca già la morte. A non si avvede dell'esito mortale dell'azione realizzata e getta la moglie, che riteneva ancora in vita, dalla finestra del treno.<sup>444</sup>*

Ancora una volta il caso deve suddividersi in due fasi e, ancora una volta, è il principio di simultaneità a guidare l'interprete nella risoluzione.

In primo luogo, si noti come il lancio della vittima dal treno, avvenuto quando questa era già deceduta, non può in alcun modo soddisfare l'oggettiva tipicità dell'omicidio, poiché nessuna vita era più passibile d'esser messa in pericolo. L'analisi deve dunque partire dalla prima parte della condotta, vera e propria causa dell'evento morte.

Sotto questo profilo, certamente il colpo inferto alla testa della moglie, e da cui deriva causalmente la morte di quest'ultima, corrisponde al tipo oggettivo dell'omicidio volontario; di esso, tuttavia, non ricorre l'elemento soggettivo. A, infatti, non si era nemmeno accorto dell'esito infausto della propria azione: manca, pertanto, la rappresentazione che è substrato del dolo, quella conoscenza senza la quale non può dirsi presente alcun effettivo volere. A nulla varrebbe rilevare che tale gesto facesse parte di un piano più generale, secondo il quale la morte della moglie era l'esito “voluto” della condotta. Il “piano”, il progetto criminale, infatti, non integra di per se stesso il dolo di omicidio; il dolo non si compone soltanto di un aspetto volitivo, ma include, per l'appunto, quello rappresentativo, dato dalla consapevolezza della realizzazione di una determinata fattispecie delittuosa. Esso, nel caso in esame, doveva consistere nella

<sup>443</sup> Cfr. § 23 StGB. Tale disposizione concerne la punibilità del tentativo, rilevante, secondo il diritto tedesco, anche nell'ipotesi del cosiddetto „tentativo inidoneo“. Per un approfondimento su tale istituto e sui suoi caratteri nell'ordinamento penale d'oltralpe cfr. S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, Giuffrè, 2012; in part. pp. 692 e ss.

<sup>444</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp. 33 e ss.

prefigurazione, da parte dell'autore, del fatto che la morte potesse essere effetto della condotta realizzata. Al momento della percossa, tuttavia, A non versava in tale stato mentale, mentre il rispetto della simultaneità impone proprio questa coincidenza temporale. Ancora una volta, pertanto, ci si trova di fronte a un'ipotesi di "dolo antecedente", per sua natura non equiparabile a un vero e proprio *animus* doloso.

Casi come questo, lo si ribadisce, sono talvolta ricondotti alla fattispecie dolosa dell'omicidio sulla base dell'argomento giurisprudenziale che ritiene la vicenda ascrivibile al novero di quelle caratterizzate da deviazione *non essenziale* del nesso causale. Tale qualificazione, tuttavia, non s'attaglia, secondo il nostro Autore, alla situazione descritta. Sebbene si possa sostenere, infatti, che il generico *piano* omicidiario, per quanto "difforme", si sia infine realizzato (negli esiti), lo stesso non potrebbe dirsi in merito al *dolo* che accompagna l'azione. Sino a che la definizione del dolo, infatti, si articola nel senso di ricomprendere, al proprio interno, non soltanto la "volontà", ma altresì la "conoscenza", da parte del reo, delle circostanze di fatto dell'azione, il dolo d'omicidio può sussistere solamente ove A abbia guardato alla morte della moglie come a una quantomeno possibile conseguenza del colpo inferto alla testa; rappresentazione che implica, a sua volta, la positiva prefigurazione di una connessione causale tra l'azione e l'evento morte. Mancando tale "consapevolezza", la deviazione del decorso causale, invece, non può che ritenersi "essenziale" – secondo la distinzione già citata in relazione al caso di cui al n. 4 -: *inessenziale*, sarebbe soltanto quella deviazione causale che si innesti su di una condotta il cui possibile esito infausto era già stato *previsto* dall'autore.

Quanto al ricorrere di un omicidio colposo, la questione merita d'essere ulteriormente specificata: la complessiva vicenda, infatti, potrebbe anche qualificarsi come ipotesi di "*morte come conseguenza di lesioni personali*" o, nell'ordinamento italiano, come *omicidio preterintenzionale*<sup>445</sup>. Per rispondere a tale quesito il giudice dovrà indagare l'*animus* che accompagnava il *diverso* e "precedente" reato, la prodromica condotta violenta, che dovrà essere informata al dolo; successivamente, onde evitare di sconfinare nell'ambito della responsabilità oggettiva, il giudice medesimo dovrà accertare il ricorrere di una "colpa grave", relativa all'intera vicenda e con ciò *inglobante* anche "la condotta successiva". Ebbene, i citati elementi soggettivi paiono tutti presenti nella vicenda qui proposta. In particolare, secondo la tesi di Hruschka, è una vera e propria "*Obliegenheit* del marito" che gli avrebbe imposto di prevedere, di rappresentarsi la possibilità, che dal colpo inferto alla testa della moglie potesse derivarne il decesso.

---

<sup>445</sup> Cfr. § 227 StGB - *Körperverletzung mit Todesfolge*; e art. 584 c.p.

Quanto alle azioni intraprese successivamente, in seguito alla morte della donna, sarebbe ancora una volta impossibile parlare di condotta omicidiaria in senso oggettivo, come nel caso citato al precedente n. 9. Resta aperta, invece, la configurabilità del tentativo (sia pur d'un reato impossibile), che la dottrina tedesca ammette anche in casi siffatti e che quella italiana, invece, nega, invocando il principio di offensività. Quest'ultima soluzione, astrattamente più garantista, rischia però – avverte l'Autore – di veder vanificato il proprio scopo, ove l'interprete non rispetti pienamente tutto quanto sin qui illustrato. Una ben misera garanzia, infatti, sarebbe quella riconosciuta all'imputato, ove a questi, violando la *simultaneità*, e ricorrendo alla figura del “*dolo generale*”, o all'inessenzialità dell'*aberratio* causale, si ascrivesse non già soltanto il tentativo “inidoneo”, ma la piena realizzazione di un vero e proprio omicidio, doloso e consumato.

In conclusione, è solo mantenendosi nel pieno e concreto rispetto dei corollari della *simultaneità* che possono scongiurarsi tutti gli *errori* appena citati. Lo stesso Hruschka ammette, tuttavia, che essi siano ancor più spesso il prodotto di un “generico” (e frainteso) *buon senso*, riassunto dalla seguente affermazione: “*Es ist doch ganz klar, dass der Täter einen vollendeten Totschlag begangen hat. Er hat das Opfer getötet, und er wollte das auch!*”<sup>446</sup>.

Quanto alla disciplina che un caso siffatto troverebbe nell'ordinamento italiano, già si menzionava come una fattispecie quale quella qui proposta potrebbe essere ricondotta, in relazione alla prima fase della condotta, a quella disciplinata dall'art. 584 c.p., ossia all'omicidio preterintenzionale. Ebbene, in merito a quella “preterintenzione,, che, in un caso siffatto, dovrebbe informare la condotta dell'agente, si ritiene opportuna una breve specificazione<sup>447</sup>. E' noto, invero, il contrasto tra quelle dottrina e giurisprudenza italiane – tutt'oggi maggioritarie – che vedono nella preterintenzione una forma di responsabilità oggettiva<sup>448</sup>; e quelle – minoritarie –, che, invece, proprio onde mantenersi nel rispetto del principio di colpevolezza, proclamato anche dalla sentenza della Corte Costituzionale del 24 marzo 1988, n. 364, ritengono che il giudice sia sempre tenuto ad accertare in concreto l'integrazione di un principale delitto – di percosse o lesioni – che non soltanto sia doloso, ma che sia anche caratterizzato da una vera e

---

<sup>446</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, cit., p. 49.

<sup>447</sup> Per la migliore ricostruzione del tema, nonché per la ricchissima bibliografia ivi riportata, cfr. M. RONCO, *La preterintenzione*, in M. RONCO (a cura di), *Commentario sistematico al codice penale, Il reato*, I, Zanichelli, 2011, pp. 577 e ss.

<sup>448</sup> Cfr., fra i molti, C. F. GROSSO, voce “Preterintenzione,, in *EG*, XXIV, Roma, 1990, 1 e ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte gen., 16a ed., Milano, 2003, p. 391 e ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, parte gen., 8a ed., Milano, 2003, pp. 334 e ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, 9a ed., Milano, 2008, p. 215 e ss.

propria colpa in relazione all'evento morte, evento *ulteriore* e non voluto dall'agente<sup>449</sup>. Questa seconda interpretazione dell'istituto, invero, è l'unica realmente conforme ai principi del nostro ordinamento, rispondente alla collocazione sistematica di tale elemento soggettivo, coerente con la cornice edittale di pena prevista per l'omicidio preterintenzionale<sup>450</sup>. Tuttavia, vuol precisarsi come la ipotetica "colpa grave" del marito – in relazione all'evento morte – non potrebbe essere *automaticamente* desunta, nel caso allo studio, dal fatto che questi avesse *comunque l'intenzione* di uccidere, in un momento successivo, la propria moglie, e che ciò abbia concretamente *tentato di fare* con la successiva condotta<sup>451</sup>. La colpa "ulteriore" che caratterizza la preterintenzione, infatti, è una colpa che deve essere intrinseca all'agire già di per sé illecito e ad esso aggiungersi<sup>452</sup>. L'elemento soggettivo preterintenzionale, in altri termini, dovrà essere vagliato soltanto con riferimento al momento della percossa e unicamente in relazione a tale azione: una diversa soluzione violando anch'essa i principi di simultaneità e di referenzialità.

*11. A, residente a Francoforte, pianifica una rapina ai danni della gioielleria di B, che si trova a Monaco. In treno, durante il viaggio che lo conduce al luogo della rapina, sorseggia costantemente del rum da una bottiglia che ha portato con sé per ingannare il tempo, nella piena consapevolezza del fatto che ciò potrebbe condurre a una sua intossicazione. Una volta a Monaco, A fa irruzione nella gioielleria, sottraendo numerosi oggetti preziosi. Con ciò egli si attiene a quanto pianificato. La condotta integrante la rapina, tuttavia, è compiuta in stato di perdurante e piena intossicazione alcolica di A.*<sup>453</sup>

Sebbene anche la disamina di questo caso costringa, come i precedenti, a una "suddivisione" analitica della fattispecie, la questione giuridicamente interessante non è più quella della *contemporanea realizzazione delle tipicità oggettiva e soggettiva* del delitto, bensì quella

---

<sup>449</sup> Tra le poche voci in tal senso, peraltro non sempre del tutto soddisfacenti (poiché non trattano la preterintenzione come peculiare forma di colpa grave, ma ancora come una sorta di dolo misto a colpa – con ciò perpetuando l'equivoco del delitto preterintenzionale come fattispecie dal duplice evento), cfr.: G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, parte gen., 6a ed., Bologna, 2010, p. 647 e ss.; A. PASQUALE, *Le fattispecie penali miste di dolo e di colpa*, Napoli, 1977; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, parte gen., 6a ed., Padova, 2009, p. 352 e ss.; S. CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989, in part. pp. 121 e ss. e 204 e ss.

<sup>450</sup> Cfr. M. RONCO, *op. ult. cit.*, in part. pp. 579 e ss.

<sup>451</sup> "L'elemento fondamentale, infatti, che deve sussistere effettivamente e non può essere in alcun modo presunto, è la colpa rispetto all'evento mortale, da intendersi come indifferenza e trascuratezza verso il bene della vita altrui. (...) Le situazioni sopra prospettate, comunque, sono mere esemplificazioni e non valgono a fondare presunzioni di sorta, in quanto la colpa in relazione all'evento mortale deve essere sempre ravvisata in concreto, trattandosi di elemento di fatto imprescindibile per la sussistenza dell'omicidio preterintenzionale". M. RONCO, *La preterintenzione*, cit., p. 585.

<sup>452</sup> "La colpa, peraltro, che caratterizza il delitto in esame [preterintenzionale] è grave (e ciò spiega la gravità della sanzione in funzione dell'opportunità di "una più vigorosa tutela in tema di delitti di sangue"), perché si innesta su un comportamento, rischioso per la vita individuale, che costituisce già, in sé e per sé considerato, violazione della legge penale". M. RONCO, *op. ult. cit.*, p. 586.

<sup>453</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp. 37 e ss.

concernente l'eventuale *coincidenza temporale tra la piena tipicità del fatto e la colpevolezza dell'autore*.

La linea di discriminazione, in altri termini, non è più di tipo "temporale", ma coincide con quello stato di piena intossicazione che esclude la capacità di intendere e di volere del soggetto, e, dunque, come previsto ex § 20 StGB, la sua colpevolezza<sup>454</sup>. È ragionevole, dunque, avviare l'indagine giuridica partendo da quella parte della condotta di A in cui i requisiti oggettivi del delitto di furto sono realizzati, ossia guardando al momento in cui A effettivamente irrompe nel negozio appropriandosi dei beni in esso presenti.

Non pare potersi dubitare, a questo proposito, del ricorrere della tipicità oggettiva del delitto di furto, ex § 242 StGB<sup>455</sup>. A si impossessa oggettivamente di cose altrui scassinando la porta d'entrata del negozio. Anche l'aspetto soggettivo del reato è soddisfatto: A, infatti, agisce certamente con l'intenzione di far proprie le cose sottratte (e di ricavarne profitto), consapevole di non averne diritto. Non paiono darsi, inoltre, cause di giustificazione, né è possibile ritenere che esse fossero supposte erroneamente dall'agente. Il fatto, dunque, è pienamente antiggiuridico. *Quid iuris*, tuttavia, quanto alla colpevolezza dell'autore? La questione giuridicamente rilevante, in effetti, è quella che concerne il suo stato di intossicazione alcolica: in base alle norme del codice penale tedesco, tale condizione renderebbe del tutto incapaci di agire *colpevolmente*, nonostante la realizzazione oggettiva di qualsivoglia *volontà* antiggiuridica. Il § 20 StGB, infatti, sancisce espressamente che, in casi come questo, l'autore del fatto agisce "*ohne Schuld*", ovvero senza colpa. Pertanto, in base al principio di simultaneità, e nonostante le effettive tipicità e antiggiuridicità del fatto realizzato, il furto non può essere imputato alla colpevolezza dell'autore, *se non introducendo una eccezione al principio espresso dal § 20 StGB*, appena menzionato. Tale eventualità sarà più oltre considerata<sup>456</sup>.

Resta ora da chiedersi, invece, se *l'azione che precede la causa di non imputabilità* possa dirsi realizzare il tipo delittivo. La risposta, ovviamente, è negativa. L'evidenza di questa affermazione, tuttavia, non rende meno importante l'esplicitazione delle sue ragioni: non mancano, infatti, secondo Hruschka, tesi dottrinali e giurisprudenziali che sostengano il

---

<sup>454</sup> § 20 StGB - *Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen*: „Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder wegen Schwachsinnis oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln“.

<sup>455</sup> § 242 StGB – *Diebstahl*: „Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

<sup>456</sup> Cfr. *infra*, in questo paragrafo. Sul punto, un rilevante contributo di Hruschka, cui più oltre ci si richiamerà apertamente, è rappresentato dal suo *Die actio libera in causa – speziell bei § 20 StGB mit zwei Vorschlägen für die Gesetzgebung*, in *JuristenZeitung*, 51, n. 2, 1996, pp. 64-72.

contrario; tesi secondo le quali l'autore non imputabile per una volontaria intossicazione che accompagni la fase realizzativa della condotta, realizzerebbe comunque colpevolmente il fatto tipico, e ciò proprio *per aver provocato* la propria incapacità<sup>457</sup>. Tra i sostenitori di queste posizioni vi è poi chi fonda questa eccezionale punibilità – non prevista dalla norma né dal sistema - sulla base di un vero e proprio *Gewohnheitsrecht*<sup>458</sup>; chi, sulla base di una “*richterrechtliche Ausnahme*”<sup>459</sup>.

Tornando, per ora, al tentativo di ricondurre la realizzazione della fattispecie al momento in cui il difetto di imputabilità sia stato causato, esso non è per nulla incomprensibile: anzi, è lo stesso principio di simultaneità a renderlo “quasi” giustificato. Per definizione, infatti, l'atto di *volontaria causazione* del difetto di capacità è compiuto da colui che *ancora è capace ed imputabile*, da un soggetto che ancora si trovava in uno *status* mentale che non ne escludeva la colpevolezza (e quindi potrebbe essere punito). Pur a fronte di tale concessione, tuttavia, non vi sarebbe modo di sostenere, in maniera razionale, che la condotta che precede l'incapacità provocata soddisfi la tipicità del furto, poiché ancora non ne ricorrono gli elementi oggettivi.

Diversa, e meno ovvia, è, invece, la questione concernente la qualificazione giuridica di tale condotta: sia che la si consideri singolarmente, sia che la si analizzi unitamente alla successiva, non imputabile, condotta. Sotto un primo profilo, ove considerata *singolarmente*, la condotta corrispondente al viaggio in treno e all'assunzione di alcolici non può integrare il reato di furto. A meno che il testo delle norme non sia del tutto stravolto e non lo si interpreti senza alcun'adesione alla realtà, infatti, un viaggio in treno durante il quale si assumano degli alcolici non comporta né può mai implicare alcun “impossessamento di beni altrui con l'intenzione di farli propri”. Ma anche quest'affermazione, che qui appare in tutta la propria evidenza, non è altrettanto pacifica in giurisprudenza: si pensi alla guida in stato di ebrezza, normalmente imputata anche a chi si sia solo volontariamente dedicato ad un “eccessiva bevuta di vino” e che si sia *poi* messo alla guida. Ebbene, ritenere realizzata la fattispecie del furto *già nella fase che precede il difetto di capacità*, sarebbe possibile solamente a patto di interpretare la norma di cui al § 242 StGB, non già nel suo senso letterale, in base al quale essa proibisce l'impossessamento di beni altrui, ma leggendola “*come se*”, implicitamente, essa punisse anche la “*causazione*” di

---

<sup>457</sup> Questa è in Germania la posizione difesa, tra gli altri, da: B. BURKHARDT, *Tatschuld und Vorverschulden*, in Eser, *Drittes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie*, 1988, pp. 147 e ss.; J. JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*, 1988, pp. 30 e ss., e 47 e ss.; U. KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 120 e ss.; T. LENCKNER, in *Schönke/Schröder StGB*, 24° ed., 1991, p. 34 sub § 20; H. OTTO, *Actio libera in causa*, in *Jura*, 1986, pp. 426 e ss.; ID. *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, IV ed., 1992, pp. 193 e ss.; J. WESSELS, *Strafrecht AT*, XXV ed., 1995, pp. 110 e ss.

<sup>458</sup> Così H. H. JESCHECK, *Strafrecht AT*, IV ed., 1988, p. 401; F. HAFT, *Strafrecht AT*, VI ed., 1994, p. 131.

<sup>459</sup> Così per B. JÄHNKE, *Leipziger Kommentar*, p. 78, sub § 20 StGB.

tale impossessamento. Il testo di legge, tuttavia, non menziona questa ipotesi. Il § 242 StGB punisce il furto, non la sua causazione. Non potrebbe nemmeno addursi, a sostegno della tesi opposta, la necessità di una operazione “interpretativa”. Una “*Auslegung*” della norma tanto estesa da ricomprendere, nella punibilità del furto, anche quella della sua causazione, non poggerebbe, infatti, su basi logiche e razionali, ma discenderebbe dalla mera prefigurazione del risultato che, per mezzo di essa, si intende raggiungere. Come bene dice Hruschka, non vi sarebbe modo “*ohne ein sacrificium intellectus*” di considerare realizzata la fattispecie del furto *prima* del subentrare del difetto di capacità. Tale conclusione, del resto, evita le assurdità cui l’opposta tesi conduce, ovvero che A si approprierebbe dei gioielli *due volte*, pur senza perderne mai il possesso: prima e dopo l’intossicazione.

Come si diceva, la condotta dell’autore, prodromica al difetto di capacità, può essere considerata anche sotto un secondo profilo, nell’ottica, cioè, di una correlazione tra le azioni compiute prima e quelle compiute dopo il subentrare del difetto mentale, considerate tutte come un’unica “*condotta globale*”. A questo riguardo, tuttavia, com’era vero per il caso precedente, non è facile stabilire quale sia il preciso contenuto di tale “globalità” dell’azione, cui talvolta – e sempre più spesso – dottrina e giurisprudenza espressamente rimandano. Il rischio, secondo Hruschka, è che essa non sia altro che una ulteriore “formula vuota”, una nuova locuzione terminologica in realtà priva di pratico significato. Anche considerando l’azione *nel suo insieme*, in effetti, non possiamo ritenere che la condotta precedente al difetto realizzi di per sé il tipo del furto. Di nuovo, utile si rivela il confronto tra la fattispecie in esame e quella della “bomba a orologeria”, ove la capacità d’intendere e volere dell’autore è richiesta *solamente* al momento d’innescò dell’ordigno, non rilevandone l’imputabilità al momento dell’esplosione. Tale conclusione, tuttavia, discende dal fatto che l’azione realizzata innescando l’ordigno è già – di per se stessa – causalmente e meccanicamente direzionata al fine perseguito. L’esplosione, in altre parole, non è *condotta ulteriore* dell’autore, tantomeno *parte* della medesima, ma solamente un suo effetto naturale, consequenziale e automatico. Nel caso in esame, però, le cose stanno diversamente: la suggerita *considerazione globale* della condotta dell’autore, prima e dopo l’intervento dell’incapacità, già implica, infatti, l’esistenza di una pluralità di elementi della medesima, una sua potenziale suddivisione in *parti*. Inoltre, parlare di *unità dell’azione* implicherebbe qui ritenere, da un lato, che la *causazione dell’impossessamento* integri già il tipo del furto; dall’altro, che la condotta successiva al difetto integri oggettivamente una sottrazione di beni. Tali presupposti conducono, però, all’assurda affermazione di una *duplice condotta di impossessamento di beni altrui* da parte del reo.



A questo punto, anche a fronte delle evidenziate contraddittorietà logiche che la caratterizzano, viene da chiedersi in che modo la giurisprudenza possa continuare a difendere una tesi tanto assurda: come si possa ritenere che la tipicità oggettiva del furto, o di qualsiasi altro reato, sia integrata già *attraverso* la volontaria intossicazione che ne precede la realizzazione. La ragione, in effetti, sembrerebbe potersi individuare soltanto nella volontà, inespressa, di formulare delle altrimenti inammissibili eccezioni al principio, inderogabile, sancito al § 20 StGB: la tassativa non colpevolezza dell'incapace. A sostegno di quest'opinione, si riporta un interessante parallelo normativo tratto dal passato giurisprudenziale tedesco e riferito all'istituto della necessità.

Secondo il dettato del vecchio § 52 del *Reichsstrafgesetzbuch* del 1871, la *necessità difensiva* era così disciplinata: “*Non si dà condotta punibile quando l'autore sia stato costretto a compierla da una forza irresistibile o da una minaccia di un presente o altrimenti inevitabile pericolo per la vita o l'incolumità fisica proprie o di un proprio parente*”<sup>460</sup>. Tale previsione fu vigente in Germania sino al 1974, anno di riforma del codice penale e di introduzione della (ormai famosa) disciplina differenziata dello stato di necessità. Essa sollevava, tuttavia, un annoso problema. Il dilemma, in particolare, era quello relativo al modo in cui si sarebbe dovuto giudicare l'autore che avesse agito, sì, in uno “stato di necessità difensivo”, ma della cui *causazione* egli stesso fosse stato responsabile. La norma, infatti, non faceva eccezioni: con ciò, gli stessi problemi oggi posti dal § 20 StGB si ponevano in relazione a questa disposizione.

Ebbene, la giurisprudenza tedesca non mancò di esprimersi al riguardo e, proprio come oggi accade, in relazione al § 20 StGB, anche allora i tribunali erano costretti: a) ad optare per l'idea che il reato si fosse realizzato già *prima* della provocazione della necessità di difendersi; oppure b) sostenere che potessero darsi *eccezioni non scritte* della norma stessa, vale a dire, dei casi in cui si potesse ritenere colpevole l'agire, *nonostante* la situazione di necessità difensiva fosse pienamente integrata.

In tema di necessità, com'è noto, l'interprete è oggi sollevato dal compito di optare per una delle due menzionate possibilità, soccorso, com'è, dal nuovo testo del § 35 StGB. La nuova *scusante*, infatti, esplicitamente prevede un'eccezione alla regola generale già nell'Absatz 1: essa non si applica allorché lo stesso soggetto necessitato abbia causato il pericolo che lo “costringe” all'illecito. Il suo agire “*ohne Schuld*” – senza colpevolezza –, infatti, “*gilt nicht, soweit dem Täter nach den Umständen, namentlich weil er die Gefahr selbst verursacht hat (...)*”.

---

<sup>460</sup> § 52, StGB (1871): „*Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Thäter durch unwiderstehliche Gewalt oder durch eine Drohung, welche mit einer gegenwärtigen, auf andere Weise nicht abwendbaren Gefahr für Leib oder Leben seiner selbst oder eines Angehörigen verbunden war, zu der Handlung genöthigt worden ist.*“

Tale innovazione, tuttavia, *non risponde*, a ben vedere, al quesito rilevante. La “scusante”, infatti, non è che una *nuova* norma, una “*decisione legislativa*”, che come tale è certamente dotata di un valore positivo atto a dirimere effettivamente i contrasti, ma che non per questo è altresì capace di rispondere a una domanda sollevata dalla logica e dalla ricerca di razionalità.

Tale disposto non può dirci, in altre parole, se, al di là del diritto “formale”, se *razionalmente* il tipo delittivo possa ritenersi realizzato *già per mezzo della causazione* del pericolo necessitante, prima del compiersi dell’azione illecita, mentre è proprio questo che interessa comprendere. Se così fosse, infatti, ciò sarebbe stato vero anche nella vigenza del precedente disposto e la modifica legislativa non avrebbe modificato tale giudizio (imputativo). Quel che, al contrario, tale espressa modifica farebbe emergere, è che qualsivoglia eccezione *non scritta* alla validità di una scusante sarebbe violazione del principio di legalità<sup>461</sup>. Ad oggi nessuno più sostiene la tesi della “*anticipata realizzazione*” del delitto e tale dato non può che valutarsi come implicita dimostrazione della sua stessa erroneità, della sua logica insostenibilità. In particolare, l’assenza di voci a sostegno di tale posizione dimostra, secondo Joachim Hruschka, che *la tesi della realizzazione del tipo oggettivo per mezzo della causazione dello stato di necessità difensivo ha perso la funzione per la quale era stata “inventata”*.

Ciò premesso, stante il chiaro parallelismo strutturale tra i menzionati istituti, chi oggi ritenga che *porsi volontariamente in stato di ubriachezza*, al punto da rendersi del tutto incapaci di intendere e volere, *basti a realizzare il tipo* di delitto compiuto *in costanza* di siffatto difetto di imputabilità, non potrebbe che sostenere lo stesso per il caso di volontaria causazione della necessità; altrimenti, egli dovrebbe dar ragione di una difforme soluzione. In altri termini, ciò che vale per la volontaria causazione di una singola situazione scusante non può che valere per la volontaria causazione di *tutte* le situazioni scusanti, salvo una congrua motivazione in senso contrario. Inoltre, colui che giustifichi una difforme soluzione sull’esclusiva base dell’attuale formulazione del §35 StGB, che espressamente esclude la scusa ove la necessità sia causata dall’autore, non risponderebbe al quesito rilevante. Rifarsi alla norma, infatti, equivale ad affermare che, in relazione al § 20 StGB, l’inammissibilità di eccezioni discende soltanto dal fatto che qui esse non sono formalmente contemplate: si tratta, evidentemente, di

---

<sup>461</sup> Con ciò Hruschka non intende dire che l’eccezione non scritta sarebbe stata “necessariamente”, “per sua natura” contraria al principio di legalità; ma che tale deve essere l’opinione del giurista una volta che, in relazione ad una tra le scusanti, il legislatore abbia sentito la necessità di intervenire, e sia intervenuto, per limitarne, nei termini suddetti, l’applicabilità. “*Ist der Gesetzgeber aber einmal dazu übergegangen, die actiones liberae in causa in verschiedenen Bereichen ausdrücklich für strafbar zu erklären, dann wird es weit schwerer, plausibel zu behaupten, eine actio libera in causa sei auch in denjenigen Fällen strafbar, bei denen der Gesetzgeber eine derartige ausdrückliche Erklärung der Strafbarkeit unterlassen hat. Deshalb wird man heute davon ausgehen müssen, daß die Bestrafung des Täters in den actio libera in causa-Fällen des heutigen § 20 StGB dem Grundsatz nullum crimen sine lege widerspricht.*” J. HRUSCHKA, *Die actio libera in causa – speziell bei § 20 StGB*, cit., p. 68.

un'argomentazione *incapace di dimostrare la correttezza logico-analitica della soluzione*, limitandosi ad essere pedissequa applicazione di norme positive.

Tornando al caso in esame, allora, alla luce di quanto sin qui illustrato, chi ritenga inammissibili delle eccezioni (non scritte) al principio di cui al § 20 StGB – e, come Hruschka ricorda, numerose e apprezzabili sono le ragioni che giustificano siffatto atteggiamento di chiusura<sup>462</sup> –, è costretto, per non cadere in contraddizione, ad ammettere che l'autore del furto ivi descritto non sia colpevole. Potrà essere punito per altri reati, eventualmente, ma non per il furto commesso in stato di incapacità. Una diversa soluzione, lo si è visto, implicherebbe passaggi logici la cui inammissibilità si spera d'aver sufficientemente dimostrato e che sarebbero così riassumibili:

- 1) non sono ammissibili eccezioni al principio di cui al § 20 StGB;
- 2) è evidente che il soggetto A “meriti” d'essere punito;
- 3) per queste ragioni, il reato di furto deve considerarsi realizzato già attraverso la mera causazione del difetto di imputabilità.

Giova rilevare, infine, che, alla luce del codice attualmente vigente in Germania, l'autore della condotta non colpevole potrebbe comunque essere soggetto a pena *per il fatto di essersi ubriacato*. Tale condotta, infatti, è quella espressamente prevista e punita dal § 323a StGB – *Vollrausch*<sup>463</sup> –. La tipicità oggettiva del reato sussiste; lo stesso dicasi per quella soggettiva. Se vi è dunque un reato ascrivibile all'autore, questo è quello di cui al § 323a StGB.

Giunto a questo punto della riflessione, Hruschka segnala come, nonostante la “logicità” degli argomenti appena esposti ed il tenore letterale delle norme, il BGH abbia effettivamente condannato per furto un soggetto che si era volontariamente intossicato e che, in tale stato di incapacità, aveva realizzato il reato<sup>464</sup>. Una pronuncia in tal senso, tuttavia, può ammettersi solamente aderendo all'idea, qui ragionevolmente esclusa, che possa darsi un'eccezione *non scritta* alla regola di cui al medesimo § 20 StGB. A tale riguardo, tuttavia, ancora qualche parola merita d'essere spesa, soprattutto in relazione alla condotta che l'autore realizza *durante* lo stato di incapacità.

---

<sup>462</sup> In particolare, cfr. J. HRUSCHKA, *Die actio libera in causa – speziell*, cit., pp. 67 – 69, paragrafo dal titolo: “*Die actio libera in causa bei § 20 StGB, art. 103 Abs. 2 GG und das “Schuldprinzip”*”.

<sup>463</sup> § 323a StGB: „(1) Wer sich vorsätzlich oder fahrlässig durch alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel in einen Rausch versetzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn er in diesem Zustand eine rechtswidrige Tat begeht und ihretwegen nicht bestraft werden kann, weil er infolge des Rausches schuldunfähig war oder weil dies nicht auszuschließen ist. (2) Die Strafe darf nicht schwerer sein als die Strafe, die für die im Rausch begangene Tat angedroht ist. (3) Die Tat wird nur auf Antrag, mit Ermächtigung oder auf Strafverlangen verfolgt, wenn die Rauschtat nur auf Antrag, mit Ermächtigung oder auf Strafverlangen verfolgt werden könnte.“

<sup>464</sup> Si tratta della pronuncia dalla quale il caso in esame è sostanzialmente copiato, la BGH *Entscheidung* del 24.11.1967 (4 StR 500/67) – BGHSt 21, 38.

Innanzitutto, quanto alla “possibilità” di un’eccezione non scritta, la risposta a tale domanda si articola, come il lettore più attento già avrà intuito, con riferimento a quel concetto di *straordinaria imputazione* sviluppato da Joachim Hruschka e di cui già ci si è occupati ai capitoli precedenti<sup>465</sup>. Anziché addentrarci in tale tema, tuttavia, riteniamo qui di proporre al lettore le seguenti domande, tra loro distinte e le cui risposte sono e restano indipendenti l’una dall’altra:

1- E’ “pensabile/ipotizzabile” una eccezione al § 20 StGB?

2- E’ giuridicamente/positivamente ammissibile un’eccezione al § 20 StGB?

Sulla ragionevole ipotizzabilità di un’eccezione, non sembrano darsi dubbi. Non a caso, infatti, molteplici ordinamenti espressamente prevedono una deroga alla regola di non colpevolezza dell’agente incapace. Lo fa, ad esempio, il codice svizzero, all’art. 12: “*Le previsioni degli articoli 10 e 11 [che equivalgono ai §§ 20 e 21 StGB] non si applicano quando il grave difetto fu causato dall’autore medesimo, al fine di commettere, in tale condizione, il reato*”; e lo fa quello italiano, all’art. 87 c.p.: “*La disposizione della prima parte dell’articolo 85 [non imputabilità per incapacità di intendere e di volere] non si applica a chi si è messo in stato d’incapacità d’intendere o di volere al fine di commettere il reato, o di prepararsi una scusa*”<sup>466</sup>. Anche la Germania, invero, prevedeva, in passato, una siffatta eccezione. L’art. 97, Abs. 3, dello *Strafgesetzbuch für das Königlich Württemberg*, del 1839, recitava: “*Die Strafflosigkeit fällt weg, wenn sich der Täter in den Zustand der vorübergehenden Sinnenverwirrung durch Trunk oder andere Mittel absichtlich versetzt hatte, um in demselben ein im zurechnungsfähigen Zustande beschlossenes Verbrechen auszuführen, oder wenn er jenen Zustand durch Fahrlässigkeit herbeigeführt, und während desselben eine rechtswidrige Handlung begangen hat, bei welcher nach diesem Gesetzbuche auch die Fahrlässigkeit zu bestrafen ist*“. Questa eccezione, inoltre, come già si è detto, è proprio quella prevista per una diversa scusante, ossia al § 35 StGB. Nessun motivo logico, dunque, osterebbe all’ammissibilità di un’eccezione al disposto del § 20 StGB.

Secondo Joachim Hruschka, in effetti, l’assenza di questa “eccezione” dal vigente codice tedesco non avrebbe *fondamento razionale* e discenderebbe, secondo le ricostruzioni storiche da lui stesso svolte, da un’affermazione “non del tutto corretta” di Savigny, risalente al 1847<sup>467</sup>. In particolare, dice Hruschka, l’*assurdità* che, secondo l’illustre Giurista, si celerebbe nell’ascrivere

---

<sup>465</sup> In particolare al cap. III, par. 4. Tema che egli stesso apertamente collega alla disamina del § 20 StGB nel suo *Die actio libera in causa – speziell*, cit.

<sup>466</sup> In relazione all’ubriachezza ci si potrebbe anche riferire, del resto, all’art. 92 c.p., a mente del quale: “L’ubriachezza non derivata da caso fortuito o da forza maggiore non esclude né diminuisce la imputabilità”.

<sup>467</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp.46 e 47, in particolare nota 65.

responsabilità a un soggetto *nonostante* la sua assenza di capacità, deriva da una indebita commistione di piani: Savigny avrebbe difatti confuso il piano dell'*accertamento della tipicità del fatto* con quello dell'*imputazione* (del fatto medesimo e tipico) *alla colpa del soggetto*. In altri termini, volendo adottare il linguaggio proprio della *Zurechnungstheorie* hruschkiana illustrata ai precedenti capitoli, Savigny non avrebbe adeguatamente tenuto distinte la *adplicatio legis ad factum* dall'*imputazione*. E fu la lezione di Savigny, secondo Hruschka, a condurre alla redazione di un codice, quale quello del 1851, privo di tale eccezione, non reintrodotta nemmeno in quello successivo, del 1871.

Quanto al profilo di *giuridica/positiva ammissibilità* dell'eccezione, anche nell'ordinamento tedesco il problema si pone, evidentemente, in ragione del necessario rispetto della Costituzione e del principio di stretta legalità penale. Una disamina delle ragioni che potrebbero consentire, anche sotto questo profilo, l'introduzione per via giurisprudenziale di una tale eccezione (cui osta l'inammissibilità di norme penali "non scritte" di sfavore) è compito non soltanto impegnativo, ma che esula dagli scopi di questo scritto<sup>468</sup>. Quel che, invece, deve qui rilevarsi, è che, quandanche delle ragioni potessero trovarsi, "dimostrando" la "giuridica ammissibilità" dell'eccezione, esse non direbbero in realtà ancora nulla di realmente dirimente: non basterebbero, cioè, a *provare la correttezza* di una tale opzione. In altri termini, il legislatore ben potrebbe decidere, *nottetempo*, di introdurre un'eccezione espressa al § 20 StGB, come avvenuto in relazione al vecchio testo del § 52 StGB, oggi § 35 StGB. Ma la *giusta* soluzione, la conclusione *corretta* in senso *logico* ed *analitico*, che è proprio quella che qui si tenta di *scoprire*, non può essere *creata*: non può dipendere da una scelta normativa che è, per sua natura, discrezionale<sup>469</sup>.

Nell'opinione dell'Autore, qualsiasi lettore del *Manuale* dovrebbe essersi stupito, a questo punto, per il fatto che egli ancora non abbia menzionato l'istituto dell'*actio libera in causa*. Il più delle volte, in effetti, questo genere di casi è risolto "alla luce" di tale dottrina o, secondo Hruschka, meramente affermando o negando il ricorrere, nell'ipotesi concretamente *sub iudice*, dell'*actio libera in causa*. Ricondurre il caso concreto a tale istituto, tuttavia, non rappresenta, a suo parere,

---

<sup>468</sup> Sul punto rimandiamo ancora allo scritto citato alle note precedenti, del medesimo Autore: *Die actio libera in causa – speziell bei § 20 StGB mit zwei Vorschlägen für die Gesetzgebung*, cit.

<sup>469</sup> "Es ist also nicht so, daß das System beispielweise in der Schweiz oder in Italien "richtig" ist, weil es dort eine solche Regelung gibt, während es in der Bundesrepublik Deutschland "unrichtig" ist – was auch immer die Ausdrücke "richtig" und "unrichtig" dabei bedeuten mögen. (...) Eine ganz andere Frage ist es, ob die Bestrafung eines Täters, der eine rechtswidrige Tat in einem Rauschzustand begeht, für den er verantwortlich ist, angesichts des Fehlens einer gesetzlichen Ausnahme in § 20 StGB gegen den Grundsatz nullum crimen sine lege und damit gegen Verfassungsrecht verstößt". J. HRUSCHKA, *op. ult. cit.*, p. 67.

strategia idonea a risolvere le questioni sin qui poste, come i motivi di seguito riassunti, e in buona parte già trattati in questo lavoro, dimostrerebbero.

La celeberrima formula latina – *actio libera in causa* – è una sintesi utilizzata dalla dottrina penale, già a partire dalla filosofia morale del XVIII secolo, per indicare quelle *actiones*, quelle condotte, non libere *in se stesse*, ma la cui *causa* fu *libera* e che, in ragione di questa libertà, possono ancora essere imputate all'autore. Assurta, in epoca contemporanea, a vero e proprio "istituto giuridico", l'*actio libera in causa* è, secondo l'Autore, figura ancora carente di preciso fondamento logico-razionale e dagli indefiniti contorni applicativi. Il senso profondo di tale massima, in particolare, sarebbe andato confondendosi e perdendosi e non casuale sarebbe, pertanto, il suo attuale utilizzo quale "formula vuota", incapace d'esprimere qualcosa di più, e di diverso, da una petizione di principio, mancando con ciò di qualsiasi utilità di tipo analitico.

Astenendosi dal ricorrere a tale istituto, Hruschka avrebbe cercato proprio di evitare la *comune-ma-ingiustificata* conclusione giurisprudenziale secondo la quale: "è evidente che l'autore sia colpevole di furto: si tratta di una tipica *actio libera in causa*". Se davvero ci si voglia attenere a una soluzione logicamente e analiticamente corretta della questione, e si reputi opportuno, al contempo, *punirne* l'autore, ci si dovrà necessariamente rifare - egli ritiene - a quel concetto di "*Obliegenheit*" e di *straordinaria imputazione* di cui ci si era occupati in precedenza, parti integranti della sua *Zurechnungstheorie*<sup>470</sup>.

All'identico fine di scongiurare il ricorso ad indimostrate petizioni di principio, anche la soluzione del caso seguente eviterà il richiamo ad una formula - forse un po' meno diffusa, ma - altrettanto priva di significato operativo, quale è quella dell'*actio illicita in causa*.

12. Il proprietario di un immobile (B) incarica l'idraulico A di riparare una conduttura d'acqua che si trova in uno degli appartamenti superiori di una casa di sua proprietà e che egli dà in locazione. Lunedì A realizza la riparazione, ma in maniera inadeguata. Pertanto, nella giornata di mercoledì, durante l'assenza di B - che per qualche settimana si trovava in vacanza - è costretto ad introdursi nuovamente nell'appartamento, per riparare la conduttura ed evitare così che gli appartamenti ai piani inferiori subiscano

---

<sup>470</sup> Nel testo, *supra*, cap. III, par. 4. Si noti che, a conclusione del proprio contributo sul § 20 StGB, *Die actio libera in causa – speziell bei § 20 StGB mit zwei Vorschlägen für die Gesetzgebung*, cit., lo stesso Hruschka suggerisce l'opportunità di una sua modifica legislativa.

*danni per infiltrazioni d'acqua. Già lunedì A sapeva, al termine del lavoro, che si sarebbe dovuto nuovamente introdurre nell'appartamento.*<sup>471</sup>

La fattispecie qui descritta, che, in virtù del principio di *simultaneità*, impone, ancora una volta, di analizzare la condotta dell'autore distinguendone diversi tronconi, richiede d'essere verificata, ai fini di una sua penale rilevanza, nelle proprie *contemporanee* a) tipicità e b) antigiusuridicità. La "cesura" a scopo d'analisi comporta, in particolare, di considerare separatamente le due diverse visite di A all'appartamento di B, dapprima guardandosi alla più recente, posto che essa soltanto potrebbe possedere i caratteri tipici del reato di "violazione di domicilio".

In primo luogo, la condotta realizzata da A il mercoledì, ossia quando, in assenza del proprietario, e senza il suo previo consenso, questi si introduce nel di lui appartamento per riparare la conduttura, sembra pienamente corrispondere al tipo oggettivo del reato di cui al § 123 StGB, Abs. 1, "*Hausfriedensbruch*"<sup>472</sup>. Lo stesso dicasi in relazione al reato di cui all'art. 614 c.p.: "*Chiunque s'introduce nell'abitazione altrui, o in un altro luogo di privata dimora, o nelle appartenenze di essi, contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero vi s'introduce clandestinamente o con inganno, è punito (...)*". Anche dal punto di vista soggettivo, del resto, può dirsi sussistere la tipicità della condotta: A era perfettamente a conoscenza dell'assenza di un qualsivoglia consenso da parte di B a tale riguardo e sapeva di introdursi nell'abitazione altrui<sup>473</sup>. E', tuttavia, l'antigiuridicità del fatto a dover essere attentamente indagata, stante la potenziale applicabilità al fatto dell'istituto di cui al § 34 StGB, noto anche come *stato di necessità giustificante*.<sup>474</sup>

---

<sup>471</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, cit., pp. 49 e ss.

<sup>472</sup> § 123 StGB, Absatz 1: „*Wer in die Wohnung, in die Geschäftsräume oder in das befriedete Besitztum eines anderen oder in abgeschlossene Räume, welche zum öffentlichen Dienst oder Verkehr bestimmt sind, widerrechtlich eindringt, oder wer, wenn er ohne Befugnis darin verweilt, auf die Aufforderung des Berechtigten sich nicht entfernt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.*„ Ovviamente la fattispecie rilevante è qui rappresentata dalla prima „alternativa“ descritta dalla norma, ovvero sia dall' *introdursi antigiusuridicamente – widerrechtlich eindringen* – e non certo dal *non andarsene – sich nicht entfernen*.

<sup>473</sup> Per motivi che attengono al modo in cui ne considera natura e disciplina, il Professor Hruschka esclude categoricamente l'applicabilità del consenso tacito al caso in esame. Cfr. J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, cit., p. 50, nota 73.

<sup>474</sup> § 34 StGB, *Rechtfertigender Notstand* – „*Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden*“. Ovvero: „Chi commette un fatto per allontanare da sé o da altri un pericolo attuale e non altrimenti evitabile per la vita, l'integrità fisica, la libertà, l'onore, la proprietà o altro bene giuridico non agisce antigiusuridicamente se nel bilanciamento degli interessi in gioco, ovvero tra i beni giuridici offesi e il grado di pericolo che li minaccia, l'interesse protetto prevale in modo essenziale su quello leso. Ciò peraltro vale solo in quanto il fatto rappresenti un mezzo adeguato ad evitare il pericolo”. Traduzione da F. PALAZZO, M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Giappichelli, 2013, p. 89.

La cattiva riparazione effettuata da A, in effetti, aveva ingenerato il pericolo di un danno che minacciava tanto il proprietario dell'immobile, il soggetto B, quanto il proprietario e/o il possessore dell'appartamento al piano inferiore. Tali pericoli si sarebbero potuti scongiurare anche ricorrendo all'immediata chiusura dei rubinetti centrali dell'edificio, ma tale scelta avrebbe comportato la mancanza di acqua corrente per l'altro inquilino, situazione che si sarebbe dovuta protrarre sino al rientro dalle vacanze del proprietario. Questa soluzione, del resto, sarebbe stata meno grave di quella alternativa, la perdita d'acqua, che avrebbe causato l'inondazione degli appartamenti ed era, quindi, a quest'ultima preferibile. Quanto al pericolo di inondazione, inoltre, può dirsi che esso fosse anche "attuale". L'unica *alternativa* alla chiusura dei rubinetti era dunque rappresentata dalla pronta introduzione di A nell'appartamento di B, condotta strumentale alla messa a punto di una ottimale riparazione delle tubature.

Dal punto di vista dell'*imminenza del pericolo* e della sua *inevitabilità altrimenti*, pertanto, i presupposti della necessità giustificante sembrerebbero integrati. Ci si deve ancora interrogare, tuttavia, sulla sussistenza dell'ulteriore requisito giustificante, ossia quello rappresentato dal "*bilanciamento degli interessi*". In base al dettato del § 34 StGB, infatti, solamente l'azione "illecita" che sia servita ad *evitare un danno maggiore rispetto a quello dalla stessa provocato* può considerarsi non antigiuridica.

Sotto quest'ultimo profilo, gli interessi in gioco sarebbero qui: da un lato, quelli del proprietario e degli inquilini a non veder danneggiati i loro diritti reali e il loro possesso - nonché quello dello stesso B di disporre di una tubatura funzionante -; dall'altro, l'interesse di B a non veder violato il proprio domicilio. Non sembra dubitabile che i diritti preservati dalla condotta di A prevalgano su quello pregiudicato dalla medesima e la causa di giustificazione parrebbe, pertanto, pienamente integrata.

Giova rilevare come la *necessità* di cui qui ci si occupa possa qualificarsi come un caso riconducibile alla cosiddetta "*Defensivnotstand*", o *necessità difensiva*. Ricorrendo a tale termine - e così adottando una distinzione tra *necessità difensiva* e *necessità aggressiva* di cui al prossimo capitolo si darà adeguatamente e diffusamente conto -, la dottrina tedesca, e con essa il professor Hruschka, si riferisce a quelle situazioni in cui il pericolo necessitante provenga dalla stessa sfera di interessi che dovrà essere aggredita dall'agente al fine di scongiurarne l'inverarsi<sup>475</sup>. Esattamente tale è, in effetti, la situazione in cui si trovava A: il pericolo di

---

<sup>475</sup> "Die Notstandssituation ist allerdings, genau genommen, eine Defensivnotstandssituation. Denn die Notstandsgefahr - Überflutung oder Wassermangel - kommt gerade aus der Wohnung des W [B], also aus der Interessenssphäre, in die zur Abwendung der Gefahr eingegriffen werden muß. Das ist nützlich festzustellen, weil in einer Defensivnotstandssituation, wenn die sonstigen Voraussetzungen erfüllt sind, die Notstandstat stets gerechtfertigt  
215



inondazione e di privazione d'acqua corrente provenivano *direttamente* dall'appartamento di B, che A era costretto, per necessità, a violare. Come detto, sul punto ci si soffermerà più oltre<sup>476</sup>.

Tornando, invece, alla lettera del § 34 StGB, ed alla sua applicazione al caso in esame, ivi leggiamo come l'azione necessitata sia giustificata soltanto allorché gli interessi che essa tutela prevalgano *in maniera essenziale* (*wesentliche überwinden*) su quelli lesi. Tale presupposto è integrato nella situazione concreta. Poiché, inoltre, A era al corrente sia della situazione di necessità in cui versava sia di quali fossero i contrapposti interessi in gioco, anche gli elementi soggettivi della scriminante sono integrati; la sua condotta era perciò giustificata e non antiggiuridica. Ancora una volta, anche in relazione a questo caso concreto, sarebbe il principio di simultaneità ad escludere, secondo Hruschka, la punibilità della condotta dell'idraulico "non diligente". La violazione di domicilio realizzata nella giornata di mercoledì, per quanto tipica *ex* § 123 StGB, non è, infatti, *contemporaneamente* caratterizzata da antiggiuridicità, poiché i presupposti di cui al § 34 StGB sono, a quel punto, già venuti ad esistenza.

Una diversa soluzione potrebbe accogliersi, invero, solamente ipotizzando *anche in questo caso* una *eccezione alla regola*, ossia una non applicabilità della scriminante di necessità anche qui derivante dalla "volontaria causazione", ad opera dello stesso autore del fatto, della situazione che poi lo costringe ad agire illecitamente. E' altrettanto opportuno, allora, che l'interprete si occupi, come nel caso precedente, della *prima parte* della condotta di A, interrogandosi sulla sua eventuale rilevanza penale.

In particolare: potrebbe qualificarsi nei termini di una "violazione di domicilio" il fatto rappresentato dalla non diligente riparazione delle tubature? Una risposta in senso affermativo è, evidentemente, tanto assurda e paradossale quanto quella per cui la volontaria assunzione di alcolici integrerebbe il delitto di furto. Al pari di quest'ultima, tuttavia, l'eccezione della volontaria causazione dello stato di pericolo all'efficacia scriminante dell'istituto funge molto spesso, secondo l'Autore, da tacito presupposto alle sentenze penali di condanna dell'autore necessitato. Sentenze che necessariamente si fondano sull'idea, in esse logicamente implicita, che la fattispecie oggettiva del reato debba ritenersi *già realizzata nel momento in cui il soggetto causi la situazione di necessità*. Solo allora, infatti, non sussisterebbe ancora una causa giustificante; dunque, solo anticipando a tale momento il *tempus commissi delicti*, la condanna potrebbe avvenire nel rispetto della *simultaneità*.

---

*ist, es sei denn, daß das beeinträchtigte Interesse das geschützte Interesse wesentlich überwiegt.*" J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, cit., p. 51.

<sup>476</sup> Cfr., *infra*, par. 3.2. e ss.

E' chiaro, ad ogni buon conto, che la cattiva riparazione dei tubi nella giornata di lunedì non può dirsi soddisfare il tipo oggettivo della violazione di domicilio. Di per sé, una cattiva manutenzione/riparazione non può certo costituire "introduzione in altrui abitazione"; al più essa potrebbe ritenersi "causa" della successiva, necessitata condotta: *causa dell'introduzione non consentita*. Il fatto tipico oggettivo, inoltre, non sussisterebbe nemmeno ove le due condotte si considerassero nella già ricordata ottica della loro "*considerazione globale*": qualsiasi tentativo di *riduzione ad unità* delle due azioni di A, infatti, implica la necessità di considerarle entrambe come condotte – o almeno come parte di condotta –; tuttavia, è stato già chiaramente dimostrato come la seconda parte dell'azione sia giustificata e non anti-giuridica. La loro unitaria considerazione, pertanto, violerebbe il principio di simultaneità.

Le ulteriori riflessioni attinenti il caso in esame richiamerebbero quelle già proposte in relazione ai casi nn. 8 e 11: sebbene in questi ultimi la simultaneità riguardasse diversi aspetti del reato – l'assenza di dolo, in un caso e, nell'altro, l'assenza di imputabilità dell'autore, sempre relativamente a *una parte* della condotta considerata –, buona parte delle conclusioni restano immutate.

Tornando al caso concreto, e alla luce di quanto già esposto, A non parrebbe passibile di condanna per violazione di domicilio. La lettera del codice, del resto, in relazione alla necessità giustificante, non contempla alcuna eccezione. *Ciononostante*, rileva Hruschka, i tribunali tedeschi hanno effettivamente pronunciato sentenze di condanna nei confronti di autori di condotte corrispondenti, nella loro struttura, a quella qui descritta<sup>477</sup>. E' evidente, allora, come la legittimità di tali pronunce implichi la *tacita esistenza di una eccezione* alla regola posta dal § 34 StGB.

Esattamente come per il caso precedente, anche qui vi sono due distinte questioni da affrontare, tra loro indipendenti: l'ammissibilità logica, da un lato, e, dall'altro, quella *positiva*, d'una siffatta eccezione. Quanto all'ammissibilità "normativa", le considerazioni non differiscono da quelle proposte in relazione al caso precedente, cui si rimanda integralmente. In relazione, invece, alla "pensabilità", alla *Denkmöglichkeit* di inapplicabilità della scriminante rispetto a colui che sia stato causa del pericolo che poi ne necessita la condotta, Hruschka segnala, innanzitutto, che una simile previsione mai ebbe a esistere nel passato legislativo tedesco. Al tempo stesso, tuttavia, egli ricorda come la stessa *giustificante di necessità* sia istituto di *nuovo conio*, sviluppatosi nel corso dell'ultimo secolo e, prima d'allora, riconosciuto solamente nella veste di circostanza atta ad escludere la *colpevolezza* dell'autore (più o meno riconducibile

---

<sup>477</sup> Ad esempio, BayObLG JR 1979, 124.

all'ipotesi di cui all'odierno § 35 StGB). Per rispondere al quesito, Hruschka decide, allora, di guardare ad altre circostanze esimenti, cercando, tra di esse, quella che, prevedendo la sua stessa eccezionale "derogabilità", dimostri di poggiarsi su una *ratio* "regola/eccezione" atta ad essere analogicamente applicata alla necessità all'esame. E' così che giunge all'analisi della legittima difesa.

Quest'istituto, in effetti, diversamente da quanto attualmente previsto ex § 32 StGB, si presentava, in passato, nelle vesti di una regola *generale*, una norma che in se stessa conteneva una specifica ipotesi di deroga, *eccezionale*. Quest'ultima, in particolare, era contemplata nel codice del 1840: "*Bei jeder Ausübung der Notwehr wird jedoch vorausgesetzt, daß der Angegriffene nicht selbst den Angreifenden mit böslichem Vorsatze zum Angriffe gereizt habe (...)*",<sup>478</sup> Detta norma stabiliva, in altri termini, che la scriminante potesse *venir meno* in ragione di un *precedente* agire del soggetto, causante l'aggressione. Ciò premesso, non parrebbero darsi ragioni, secondo Hruschka, onde negare l'estensibilità della sua *ratio* giustificativa alla necessità *provocata*. Quanto, poi, alla definizione delle *concrete ipotesi di ammissibilità* di una tale eccezione, esse dovrebbero trarsi, come per il caso precedente, ricorrendo ai concetti di *Obliegenheit* e di *straordinaria imputazione*.

## **2.6. Conclusioni su "simultaneità" e "referenzialità".**

Interessante, a questo punto, è la riflessione che il professor Hruschka propone nella propria opera sistematica<sup>479</sup>. Nessun manuale di diritto penale, egli rileva, omette di menzionare le categorie del *dolus antecedens* e del *dolus subsequens*, descrivendole, peraltro, come ipotesi in cui mancherebbe il dolo del fatto tipico. D'altra parte, però, in essi non si menzionano le parallele ipotesi di: a) capacità dell'autore di *agire imputabilmente soltanto prima del fatto* di reato; b) *antigiuridicità* della condotta che sia *antecedente al fatto* di reato; c) *imputabilità susseguente* dell'autore; d) *antigiuridicità susseguente* al fatto. Ebbene, proprio poiché di queste ultime non si tratta *apertamente*, è naturale che l'imputabilità e l'antigiuridicità non contemporanee al fatto non siano *espressamente* dichiarate irrilevanti (come invece accade, per l'appunto, in relazione al dolo antecedente e susseguente). E sempre per tale ragione, casi come quelli appena descritti non si risolvono con l'immediatezza tipica dei temi oggetto di diffusi

---

<sup>478</sup> Art. 79, *Criminalgesetzbuchs für das Königreich Hannover*.

<sup>479</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, cit., pp. 55-56.

dibattiti dottrinali. Ciononostante, sembra ragionevole affermare che i costanti e molteplici tentativi, dottrinali e giurisprudenziali, di equiparare la capacità di intendere e volere - e l'antigiuridicità - antecedenti o susseguenti al fatto a quelle ad esse simultanee, non siano in nulla difformi da quelli di chi vorrebbe fare del *dolus antecedens*, o *subsequens*, un elemento sufficiente ad integrare il presupposto soggettivo di tipicità. Questi casi, allora, debbono risolversi adottando il medesimo "ragionare": garantendo, cioè, il pieno rispetto del principio di simultaneità. Per essi potrà postularsi, al più, l'ammissibilità di eccezioni *scritte* alla regola generale (eccezioni di conio esclusivamente legislativo!): regola che escluderà, da un lato, l'imputabilità dell'incapace e, dall'altro, l'antigiuridicità del fatto necessitato.

## **2.7. "Conflitto di doveri".**

*13. Il bagnino A festeggia il proprio compleanno di domenica, ubriacandosi. Sapendo che il giorno dopo è di servizio, va a letto presto, ma, a causa dell'abuso alcolico, dorme male e il giorno dopo è stanco, affaticato e debilitato. Ciononostante, prende servizio regolarmente, non essendo riuscito a telefonare in tempo al suo sostituto. Nel corso della mattinata si verificano i fatti di seguito descritti. Il bambino B e l'adulto C corrono contemporaneamente il rischio di affogare; B si trova vicino alla riva, in acque relativamente basse, mentre C si trova al largo. A nuota verso B e lo salva mentre C muore affogato. Il bagnino si comporta in questo modo perché, a causa della propria condizione fisica, indebolita dall'alcol, non sarebbe stato in grado di nuotare tanto rapidamente da raggiungere C per tempo. Del resto, sebbene in assenza del precedente abuso di alcolici egli sarebbe invece riuscito a soccorrere C tempestivamente, nemmeno in condizioni fisiche ottimali avrebbe potuto salvare entrambi, costretto a scegliere tra la vita di B e quella di C. Inoltre era ed è opinione di A che, in casi siffatti, la precedenza debba essere riservata ai più piccoli.<sup>480</sup>*

Il caso qui proposto ricorderà al lettore quello menzionato nel capitolo dedicato alla più generale illustrazione della hruschkiana *Zurechnungstheorie* e, in particolare, all'imputazione di *primo livello*. In effetti, tale caso esemplifica l'indiscutibile operatività del principio in base al quale un'azione può essere ascritta a colui che ne sia causa materiale, solamente ove sia stata compiuta in presenza di una libertà che implica la possibilità di un agire ad essa alternativo.

---

<sup>480</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, cit., pp. 56 e ss.

L'ipotesi descritta, tuttavia, vuole qui essere discussa non tanto dal punto di vista della necessaria *libertà* della condotta (ai fini della sua *imputazione*), quanto, ancora una volta, alla luce del principio di simultaneità. Una simultaneità che qui non riguarderà più l'integrazione degli elementi costitutivi del reato, ma aspetti nuovi ed ulteriori del medesimo.

Ai fini della sua valutazione, la condotta di A dovrà scindersi in due momenti: da un lato, le azioni compiute nella serata di domenica; dall'altro, il comportamento tenuto il giorno successivo, mentre era di servizio. In relazione a quest'ultima fase della vicenda, la domanda fondamentale è la seguente: il soggetto A, non soccorrendo tempestivamente C, si è reso colpevole di omicidio per omissione? E' certamente la morte di C, infatti, l'evento più grave e dunque quello dal quale prendere le mosse.

In base al diritto tedesco, l'omicidio per omissione è punito dal combinato disposto dei §§ 212 e 13 StGB e i presupposti di tale *reato omissivo improprio* sono sicuramente integrati. Il bagnino, infatti, è certamente investito da quell'obbligo di garanzia che gli impone di tutelare le vite dei bagnanti; ed è altrettanto evidente che il mancato soccorso debba considerarsi come *causazione* - per omissione - della morte dell'adulto. La domanda *reale*, tuttavia, è diversa. Essa consiste nel chiedersi se, concretamente, la condotta di A possa qualificarsi nei termini di vera e propria *omissione*. A parere di Hruschka, la risposta a tale quesito è, senza dubbio alcuno, di segno negativo.

A sostegno di questa radicale obiezione, Hruschka ricorda come il principio per cui "*ad impossibilia nemo obligatur*" abbia validità generale e debba dunque applicarsi *anche* in questo contesto, *anche*, cioè, in relazione all'omissione, all'inattività dell'ipotetico *obligato*. Rispettare detto principio significa qui, in particolare, ammettere che il mancato soccorso di C potrebbe legittimamente qualificarsi come "omissione" solamente ove ad A fosse stato *concretamente possibile* salvare il bagnante: solamente nel caso in cui la *realizzabilità*, *la possibilità di detta azione* non fosse da escludersi a priori, in via generale ed obiettiva. Solamente al soggetto che goda della capacità di *compiere* un'azione potrebbe razionalmente riconoscersi, altresì, quella di ometterla. Nel caso concreto, stante la situazione di conflitto tra doveri diversi, A non era "fisicamente", "materialmente" in condizione di salvare C; pertanto, egli non poteva nemmeno ometterne il soccorso. La fattispecie obiettiva dell'omicidio volontario per omissione, dunque, non è integrata.

L'incapacità di cui qui si tratta, peraltro, è chiaramente altra da quella di cui al § 20 StGB, dianzi esaminata: quest'ultima, infatti, non esclude affatto la *possibilità materiale* di realizzazione della condotta, ma solamente quella di una sua realizzazione *consapevole*.

Quanto appena affermato, circa il non ricorrere della tipicità oggettiva dell'omicidio *per omissione*, potrebbe essere messo in discussione, anche qui, soltanto ipotizzando un'ulteriore *eccezione* alla regola generale in base alla quale un'inattività può imputarsi al soggetto obbligato come vera e propria omissione solamente ove sussista, altresì, la possibilità oggettiva/materiale del soggetto obbligato di compiere l'azione richiesta. Prima di verificare l'ammissibilità di un'eventuale eccezione, tuttavia, ci si deve chiedere se l'abuso alcolico della sera precedente il fatto non potesse già di per sé qualificarsi come "omicidio per omissione".

La risposta negativa a tale questione, l'impossibilità, cioè, di ritenere che la prima parte della condotta di A possa integrare il reato d'omicidio, emerge non soltanto da un'immediata intuizione, ma anche dalle seguenti, e forse meno scontate, osservazioni:

*Le leggi penali puniscono la violazione di doveri giuridici*: sebbene esse non si esprimano in questi termini, ciascuna norma penale implica l'esistenza, in capo a colui che la debba rispettare, di obblighi giuridici che, ove violati, comportano una pena. La norma sull'omicidio, ad esempio, punendo colui che cagioni la morte di un altro uomo, impone l'obbligo speculare del "non uccidere". Le fattispecie commissive di reato implicano, dunque, necessariamente, doveri omissivi, obblighi di astensione dai comportamenti ivi previsti e puniti. Quelle omissive obblighi d'azione. Il reato di omicidio per omissione non fa eccezione alla regola. Con esso si impone un dovere di condotta che si sostanzia e corrisponde, nel caso in esame, al dovere del garante di salvare la vita del bagnante C. Pertanto, *non può esserci violazione ove non sussista un concreto dovere*; e il dovere di salvare la vita di un uomo sussiste solamente nel momento in cui detta vita si trovi concretamente in pericolo. Tale ultimo punto esprime precisamente la ragione per cui deve escludersi la configurabilità di un agire omissivo rilevante in capo ad A, posto che domenica sera la vita di C non era ancora in nessun modo minacciata. C poteva trovarsi steso sul suo letto, a leggere un libro e non immaginare nemmeno che il giorno dopo si sarebbe recato al mare. Da ciò consegue che se il dovere di salvare la vita di C non sussisteva nella giornata di domenica, il bagnino non poteva, *in tale giornata*, violare alcun dovere di condotta attiva.

Questa interpretazione dei fatti è chiara applicazione del principio di simultaneità e della sua indefettibile validità logica. Che un dovere possa essere violato solamente ove esistente - e che non possa essere violato quando sia venuto a cessare - è un dato che speriamo non abbisogni di essere dimostrato. "Esistenza" e "violazione" del dovere sono necessariamente simultanei, salvo aver deciso di abbandonare gli ambiti della logica e della retta ragione.

La conclusione appena raggiunta, ad ogni modo, *non esclude che A possa essersi reso colpevole, abusando dell'alcol nella giornata di domenica, della violazione di una Obliegenheit*, che gli

vietava, in particolare, di ubriacarsi. Anche questa eventualità, tuttavia, *non comporterebbe automaticamente responsabilità per il reato d'omicidio*. Un siffatto “*onere di diligenza*”, in effetti, è correlato al ruolo di garante da questi rivestito; ed è anche saldamente connesso al suo dovere di salvare la vita di coloro che siano affidati alla sua vigilanza. Poiché tale obbligo, tuttavia, non si confonde con quello posto dalla norma penale, così anche la sua violazione *non coincide, non equivale a violazione del precetto penale* che punisce l'omicidio per omissione. Il codice penale - in Italia attraverso il combinato disposto degli artt. 40, co. 2 e 575 c.p. e in Germania mediante quello, citato, dei §§ 212 e 13 StGB – punisce, in effetti, la *violazione del dovere di salvare la vita* del bagnante, *non già l'inadempimento dell'onere*, del dovere di diligenza rappresentato dal “non-ubriacarsi”, o dal più generico dovere di non rendersi fisicamente inadatti a svolgere il proprio compito.

Poste queste premesse, deve aggiungersi che la *condotta domenicale del bagnino non può nemmeno ritenersi causale* rispetto alla morte di B. Nonostante le indiscutibili complessità che caratterizzano la c.d. “causalità per omissione”, infatti, si potrebbe al più parlare di un nesso causale ove un terzo impedisse al garante di adempiere il proprio compito: ad esempio, sarebbe causale rispetto al decesso, la condotta di quel bagnante che, con la forza, trattenesse A dal soccorso, impedendogli di raggiungere C tempestivamente. E' chiaro, invece, che il comportamento tenuto da A domenica sera non è altrettanto “causale”. Tale equivalenza, infatti, sarebbe ammissibile soltanto ove si assumesse che, in diverse condizioni fisiche, il soggetto A avrebbe anche *volontariamente* agito per salvare C dalla morte il giorno successivo. Al contrario, il comportamento di *chi con forza trattenesse un bagnino che non abbia intenzione di soccorrere il malcapitato, non realizzerebbe condotta causale* rispetto alla morte di quest'ultimo. Ebbene, poiché il caso dice chiaramente che il garante *non aveva intenzione* di soccorrere C, giacché anche in condizioni fisiche ottimali avrebbe optato per la condotta volta a preservare la vita del minore, l'ubriachezza della domenica non può ritenersi “causale” rispetto all'evento morte verificatosi il giorno dopo.

Si noti, inoltre, che qualora il fatto di assumere alcolici nella giornata di domenica integrasse “omicidio per omissione”, ci si troverebbe di fronte ad *un'omissione rappresentata dalla realizzazione di una condotta attiva*. Il fatto, però, che possano effettivamente darsi esempi di reati così strutturati, è argomento che necessiterebbe di essere giustificato ulteriormente: l'ammissibilità dell'*omissione commissiva*, in particolare, dovrebbe resistere anch'essa al vaglio logico-analitico, onde non ridursi ad un aprioristico enunciato.

Complessiva e finale opinione dell'Autore è che, ove il giudizio sulla vicenda voglia mantenersi conforme ai valori fondanti del diritto penale, deve escludersi la rilevanza della condotta di A precedente all'insorgere del pericolo. Ciò, in particolare, per il fatto che il successivo agire del garante, che si trova costretto ad una scelta alternativa, e che in nessun modo avrebbe potuto prestare il duplice soccorso, è *giustificato* dal ricorrere di un vero e proprio “*conflitto di doveri*”. Al suo ricorrere, nella collisione, cioè, tra doveri di condotta non sottoponibili a bilanciamento (perché tutelanti interessi di medesimo valore o incommensurabili), l'inadempimento di uno di essi non può considerarsi antiggiuridico se occasionato dall'adempimento dell'altro. La causa giustificante, inoltre, sarebbe inapplicabile al caso solamente opinando che il fatto dell'aver assunto alcolici integri di per sé reato; l'inaccettabilità di tale assunto, tuttavia, è già stata dimostrata e nessun conflitto di doveri era venuto ad esistenza prima di lunedì. Il caso, pertanto, deve tassativamente risolversi nello stesso modo in cui si sarebbe risolto quello concernente l'omissione compiuta da un soggetto pienamente abile e capace. Nella situazione concreta, infatti, tanto in ottimali condizioni fisiche quanto in quelle effettive, A non avrebbe potuto salvare entrambi i soggetti: soccorrendo uno di essi, pertanto, egli ha fatto tutto ciò che da lui potesse giuridicamente pretendersi.

La possibilità di ipotizzare, anche in questa situazione, una “riduzione ad unità”, procedendo ad una *globale considerazione* delle due distinte fasi della condotta, onde ritenere estendibile alla fase antecedente all'insorgere del conflitto di doveri la realizzazione della fattispecie oggettiva del delitto di omicidio per omissione, non può trovare accoglimento. Non soltanto per la già più volte illustrata inafferrabilità concettuale di questa “*unità della condotta*”, ma perché percorrere tale strada ermeneutica significa violare manifestamente la simultaneità: in nessun momento, infatti, vi è contemporanea sussistenza del conflitto di doveri e della condotta, anche solo ipoteticamente “tipica”, dell'essersi ubriacato<sup>481</sup>. Il tentativo di ricondurre la tipicità oggettiva del reato alla fase iniziale dell'azione deve, quindi, essere abbandonato, a meno che non si formuli, anche in questo caso, un'eccezione alla regola generale. Resta, infine, il fatto che, anticipare, in una situazione così strutturata, il *tempus commissi delicti*, significherebbe ritenere derogabile il principio in base al quale, per poterne essere ritenuto responsabile, l'autore di un delitto omissivo debba trovarsi, al momento dell'imputata inattività, nella concreta e oggettiva *possibilità* di adempiere il proprio dovere.

Se il caso in esame può apparire di facile soluzione, poiché, proprio a fronte dell'evidente conflitto di doveri, anche già intuitivamente il giudicante può concludere per la non punibilità del

---

<sup>481</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, cit., p. 61.



bagnino, molti casi analoghi, ed anche questo, dovrebbero *risolversi diversamente se il conflitto*, che qui insorge dopo l'iniziale condotta "non diligente", *non venisse ad esistenza*. Si pensi al caso di un chirurgo che, a bordo di una nave, dovendo operare un paziente alle ore 11, gettasse i propri strumenti dal ponte di bordo poche ore prima, con ciò rendendo impossibile la propria successiva prestazione e *causando* la morte del paziente. Ebbene, in un caso siffatto, nonostante l'effettiva impossibilità di agire escluda, di norma, la configurabilità di un'omissione imputabile, la punibilità del soggetto sarebbe piena.

Tale ultima considerazione costringe, tuttavia, a guardare ancora una volta con attenzione alla seconda fase della condotta del bagnino, ritenuta non punibile. Come l'esempio appena citato dimostra, infatti, non è la *mera impossibilità* di un agire conforme all'obbligo a scriminare l'omissione del garante: l'impossibilità può scriminare solamente se correlata a ragioni – quale quella del conflitto di doveri – che non siano altrettanto imputabili all'autore.

Tornando, allora, all'ammissibilità di un'eccezione alla regola imputativa dell'omissione – che equivarrebbe ad una deroga alla massima "*ad impossibilia nemo obligatur*" –, la situazione da considerare è meno semplice di quella relativa alla "non imputabilità provocata" o allo "stato di necessità volontariamente causato", già analizzati. E' chiaro, infatti, come la massima appena menzionata debba avere validità assoluta e incondizionata, pena la totale irragionevolezza del diritto e il suo più pieno distacco dalla realtà esperienziale. E' per questa ragione, per questa inderogabile valenza del principio, che, ad esempio, nell'ambito del diritto civile, la sopravvenuta impossibilità di una prestazione ben può essere "fonte di diritto", ma non certo del diritto ad *ottenere* la prestazione divenuta impossibile: al più, essa sarà fonte dell'obbligo di risarcire il danno cagionato. Similmente, in nessun caso potrebbe considerarsi *omissione* in senso stretto quell'inattività che sia resa impossibile da un agire precedente del soggetto obbligato. Lo stesso concetto di omissione, infatti, è figlio del principio in base al quale nessuna obbligazione può sussistere rispetto a ciò che è impossibile. Tale eccezione, pertanto, non sarebbe nemmeno *pensabile*, come lo erano invece le eccezioni alle diverse regole generali indagate nei casi precedenti.

La responsabilità penale per l'omissione realizzata nella descritta situazione d'impossibilità potrebbe affermarsi solamente se il garante potesse essere giudicato "*come se*" si fosse trovato nella possibilità di adempiere l'obbligo imposto. Una soluzione che è un'evidente ipotesi di *fictionis iuris* e che, per questo, abbisogna di solidissime basi di legittimità, nonché d'essere giustificata in maniera coerente. Soltanto se fondata su tale *fictionis*, la punizione dell'autore non violerebbe i

principi strutturali e valoriali del diritto penale. Della configurabilità e ammissibilità della medesima ci si occuperà diffusamente nel capitolo seguente.

## **2.8. Osservazioni conclusive.**

Volendo trarre le fila di quanto sin qui esposto in merito all'applicazione del metodo logico-analitico a casi concreti e controversi del diritto penale, si propongono le seguenti osservazioni.

Emerge, in primo luogo, il principio di simultaneità. Esso deve ritenersi principio razionale irrinunciabile, la cui violazione costringe anche il diritto penale all'assurdo. E' su tale principio, in particolare, che si fonda la definizione del *tipo* del delitto come *realizzazione contemporanea* dei suoi elementi *oggettivi e soggettivi*. E' detto principio, inoltre, a giustificare una teoria del delitto secondo la quale *antigiuridicità, tipicità e colpevolezza* sono elementi costitutivi del reato che debbono tutti *simultaneamente sussistere*. Infine, è in ragione della simultaneità che, poiché a ogni crimine corrisponde un obbligo giuridico, potrà darsi condotta punibile solamente ove l'esistenza (data dalla *possibilità*) dell'obbligo sia ad essa simultaneo.

Il principio di *referenzialità*, in secondo luogo, è anch'esso criterio logico e alla sua violazione consegue un'inevitabile irrazionalità del discorso giuridico. Da tale principio discende, in particolare, l'insufficienza di una contemporanea sussistenza degli elementi costitutivi del reato che non sia altresì accompagnata dalla correlazione di ciascuno di essi agli altri, tutti riferiti alla medesima fattispecie astratta e concreta.

Alla luce di queste premesse, pronunce giurisprudenziali irrispettose, nei propri esiti, delle conseguenze applicative dei summenzionati principi non potrebbero ritenersi "fonte di diritto". In nessun ambito della scienza, tantomeno in quello giuridico, simultaneità e referenzialità possono essere violati: ciò comporta, infatti, patente violazione della logica e ammettere la validità di un diritto "irrazionale", o "illogico", significa privare di qualsivoglia valore i principi e i diritti fondamentali sanciti dalle norme e che gli interpreti hanno l'obbligo di rispettare e di far rispettare.

Parte della dottrina penale, lo si è visto, accoglie, da qualche tempo, la cosiddetta "*teoria dell'anticipazione*" (*Vorverlegungsdoktrin*), al fine di evitare quelle conseguenze di impunità o di *diversa* (solitamente attenuata) *punibilità* che dal rispetto della simultaneità discendono. Tale dottrina è stata esposta, in particolare, nell'analisi dei casi ai nn. 11, 12 e 13: nel caso del furto,

ritenuto “tipico” già al momento della causazione del difetto di imputabilità; in quello della violazione di domicilio, ritenuta integrata al tempo di una inadeguata riparazione; in relazione all’omicidio omissivo, la cui antigiusuridicità è affermata indipendentemente dal successivo sussistere di un conflitto di doveri. Tale dottrina, che, appunto, vuole *anticipare* la realizzazione del delitto per scongiurare le conseguenze derivanti dall’oggettiva assenza di alcuni tra i suoi elementi costitutivi, informa anche il pensiero di quei giuristi che, in casi come quello di cui al n. 8, parlano di un dolo “antecedente”, per poi estenderne la tipicità soggettiva alla fattispecie (colposa) susseguente. E’ però nei casi precedentemente menzionati che la teoria dell’anticipazione mostra tutta la propria irragionevolezza, implicando, ad esempio, che: “*ubriacarsi equivale a commettere un furto*”; “*festeggiare il proprio compleanno può integrare un omicidio*”; “*riparare male un rubinetto è violare l’altrui domicilio*”. Purtroppo, nella realtà dei casi giurisprudenziali l’assurdità delle conclusioni cui si giunge prescindendo dai principi ricordati è molto meno evidente, oscurata non soltanto da un ben più complesso svolgersi dei fatti, ma anche dal ricorso degli interpreti alla citata formula dell’*actio libera in causa*; formula che, per la sua autorità, è sovente utilizzata a sproposito, al fine di ammantare di giuridicità soluzioni altrimenti irricevibili. In relazione al noto esempio della “ubriachezza preordinata”, ad esempio, ossia quella che l’autore del fatto provoca a se stesso *proprio al fine di rendersi capace al delitto*, è chiaro che la massima latina non dice ancora nulla sulle ragioni e sui principi in base ai quali l’abuso alcolico dell’individuo può considerarsi “causa” dell’evento del reato programmato. Individuare e selezionare la *causa libera antecedente*, infatti, implica la decisione di “arretrare” nella catena causale degli eventi; nel far ciò, tuttavia, l’interprete non potrà mai spingersi “oltre un certo limite”, poiché non deve né può darsi un *regresso all’infinito*. Pertanto, il fatto che il giudicante qualifichi, ad esempio, l’abuso alcolico come causa del reato e ciò non faccia, invece, in relazione al suggerimento di commettere il reato ricevuto da un amico, implica una sua scelta personale, una decisione che il ricorso alla massima non rende *di per sé* meno arbitraria di altre.

Secondo la teoria hruschkiana, l’unico criterio idoneo a guidare l’interprete nell’individuazione di un’azione come *causa* dell’evento di reato è quello riassunto dalla formula che richiama l’*oggettiva finalistica correlazione tra azione ed evento*. Ad esempio, per qualificarsi come condotta omicidiaria, l’agire dell’autore deve in se stesso possedere quei caratteri e quei contorni oggettivi che consentano all’osservatore di dedurre la *direzione al fine* che è evento tipico del reato: di assumerne il *finalistico muoversi verso la morte della vittima*. La condotta omicidiaria, allora, è solo quella che *implica* in se stessa una minaccia alla vita della vittima, quell’azione che, anche se autonomamente considerata, ha la potenzialità di ledere il bene tutelato dalla

norma ed offeso dal reato. Aspetto che non ricorre, evidentemente, nel comportamento di chi si limiti ad abusare di bevande alcoliche. Peraltro, come già rilevato, l'ipotesi contraria, rappresentata da una qualificazione della volontaria intossicazione come condotta omicidiaria, conduce a conseguenze assurde, dovendosi in tal caso ritenere, alternativamente: a) che l'evento di reato, la morte del soggetto, si verifichi *due volte*; b) che il logico e razionale principio di simultaneità possa violarsi ricorrendo ad una "non meglio specificata" *considerazione unitaria della condotta*.

### **3. I casi di "necessità" - poteri e doveri dei soggetti coinvolti.**

#### **3.1. Introduzione.**

Relativamente agli ultimi casi proposti al capitolo precedente, l'analisi si è focalizzata sulla questione riguardante la punibilità di condotte che, sebbene materialmente non libere, o non imputabili alla *attuale* colpevolezza dell'autore, sembravano comunque costituire "giusta" fonte di responsabilità. Si tratta, in particolare, di situazioni nelle quali l'assenza di alcuni elementi costitutivi del reato, o di alcuni presupposti imputativi, è essa stessa causata da colui che poi agisca in maniera "astrattamente" illecita: la *signoria* sulla situazione da parte dell'autore è proprio ciò che indurrebbe a *escluderne un giudizio di non rimproverabilità* in relazione alla successiva condotta.

Com'era emerso nell'ambito della più estesa illustrazione della *Zurechnungstheorie* del professor Hruschka, al capitolo III, dette questioni debbono risolversi alla luce di quel concetto di *Obliegenheit* dal medesimo coniato e che egli stesso applica, all'interno del manuale logico-analitico, a svariate fattispecie concrete. Si tratta, infatti, di situazioni riconducibili, in un modo o nell'altro, a quella che egli stesso definisce "straordinaria imputazione", di primo e di secondo livello<sup>482</sup>. Nelle pagine seguenti, invece, ci si vorrebbe dedicare a un tema diverso, ormai più volte menzionato, che merita d'essere maggiormente approfondito: quello della "necessità".

Si segnala, a questo proposito, che, anche qui seguendo il metodo logico-analitico adottato da Joachim Hruschka, e largamente riportando le sue stesse riflessioni, il tema della necessità sarà affrontato con principale riferimento alle norme e agli istituti tipici dell'ordinamento tedesco.

---

<sup>482</sup> Ulteriori applicazioni a casi concreti del meccanismo *hruschkiano* di "straordinaria imputazione" possono rinvenirsi al cap. IV di *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, cit., pp. 269 – 377 (dal titolo: „Fälle zur Verantwortlichkeit des Täters für das Fehlen eines Verbrechensmerkmals“).

Norme che, per molti versi, differiscono da quelle dell'ordinamento italiano e che, proprio per questo, si ritiene possano fornire al giurista nazionale strumenti utili ad una *più libera* - e più profonda - riflessione sul tema. Uno studio sulla necessità incentrato su dottrina e codice tedeschi, in effetti, è, in primo luogo, più adatto a sondare l'intrinseca "bontà" di quella "*Differenzierungstheorie*", oggi tanto in voga, che sorse proprio in seno alla dottrina d'oltralpe e che è esplicitata nel codice oggi vigente in Germania; una teoria le cui criticità sono state evidenziate sin dalle prime parti di quest'opera. In secondo luogo, a rendere ancor più interessante uno studio "germanocentrico" del tema, vi è che il diritto tedesco conosca, a ulteriore differenza dal nostro, anche una "terza" e una "quarta" forma di necessità, entrambe ricavabili dalle norme civilistiche di cui ai §§ 228<sup>483</sup> e 904<sup>484</sup> BGB: trattasi, rispettivamente, degli istituti delle cosiddette *Defensiver* e *Aggressiver Notstand*. La presenza di queste norme, che storicamente furono alla base dei successivi sviluppi, giurisprudenziali prima e codicistici poi, della necessità *penale* e della sua declinazione "differenziata", è indubbiamente strumento prezioso per l'indagine dogmatica. Il loro "funzionamento" e le *ratio* ad esse sottostanti, inoltre, sono inevitabile fonte di *nuovi* interrogativi per il giurista nazionale<sup>485</sup>.

Sotto tale profilo, opinione di chi scrive è che la ricerca di risposte a *nuove domande* possa portare, ed è questo anche un augurio, a guardare allo stato di necessità da un punto di vista *altrettanto nuovo*, inconsueto, e alla formulazione di *risposte altrettanto nuove*. Quella in cui ci si muoverà è una prospettiva che è parsa potersi prestare ad un'indagine che, com'era iniziale

---

<sup>483</sup> § 228 BGB – *Notstand*: „Wer eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, um eine durch sie drohende Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht widerrechtlich, wenn die Beschädigung oder die Zerstörung zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist und der Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr steht. Hat der Handelnde die Gefahr verschuldet, so ist er zum Schadensersatz verpflichtet.“ Ovvero: “Colui che danneggi o distrugga un bene altrui al fine di evitare un pericolo imminente a se stesso o ad altri, non agisce anti-giuridicamente se il danneggiamento o la distruzione sono idonei a scongiurare il pericolo ed i danni provocati sono proporzionati al pericolo. Il soggetto agente che sia responsabile del pericolo è obbligato al risarcimento.” (Traduzione nostra).

<sup>484</sup> § 904 BGB – *Notstand*: „Der Eigentümer einer Sache ist nicht berechtigt, die Einwirkung eines anderen auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist. Der Eigentümer kann Ersatz des ihm entstehenden Schadens verlangen.“ Ovvero: “Il proprietario di un bene non ha diritto di proibire ad altri di servirsene ove ciò si renda necessario per scongiurare il pericolo attuale di un danno imminente e sproporzionatamente più grave di quello che il proprietario stesso subisce a causa dell'utilizzo del proprio bene da parte del terzo. Il proprietario ha immediatamente diritto al risarcimento del danno.” (Traduzione nostra).

<sup>485</sup> Si badi: anche il codice civile italiano riconosce, oggi, espressamente, ex art. 2045 c.c., la necessità: “Quando chi ha compiuto il fatto dannoso vi è stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona e il pericolo non è stato da lui volontariamente causato né era altrimenti evitabile, al danneggiato è dovuta un'indennità, la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice”. Tale norma, tuttavia, non soltanto fu introdotta solamente nel 1942, quando ormai, cioè, dottrina e giurisprudenza d'oltralpe avevano già ampiamente formulato e perfezionato le proprie tesi in merito ai diversi generi di necessità; ma quel che ulteriormente rileva è che essa, anche dopo la sua introduzione, non sia mai divenuta “punto di partenza” per le riflessioni della penalistica nazionale interessatasi alla *ratio* dell'istituto. La norma di diritto privato, peraltro, oltre a limitare – diversamente da quella del BGB - la scriminante al pericolo che coinvolga beni “personali” (escludendo quelli patrimoniali), pare, per molti altri versi, mera riproposizione dell'istituto di cui all'art. 54 c.p. Per una ricca esposizione riguardo alla necessità “privata” in Italia cfr. B. INZITARI, voce “Necessità (dir. priv.)”, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 1977, XXVII, pp. 852 – 865.

scopo e motore della presente ricerca, anziché soffermarsi sugli aspetti “formali” dell’istituto, in esso si addentrasse, al fine di disvelarne le origini e, in una certa misura, il fondamento di realtà, prima ancora che di diritto; per poi, a partire da questi, dedurne le conseguenze applicative. Che dette ultime previsioni non compaiano *identiche* all’interno dell’ordinamento italiano, inoltre, riveste importanza marginale. Il metodo logico-analitico, infatti, in larga misura *prescinde*, come già s’è visto, *dalle norme positive*; è la disciplina legislativa ad essere, semmai, oggetto di successiva valutazione, proprio alla luce e in base alle conclusioni raggiunte dall’indagine già svolta, indipendentemente da essa, sui casi concreti; un’indagine fondata su quegli stessi principi di razionalità che la disamina dei casi concreti consente, poi, di “disvelare”.

Come si diceva, fare oggetto di studio anche le ipotesi di *Notstand* disciplinate dal diritto civile tedesco permetterebbe d’appropriarsi di un più ampio bagaglio conoscitivo: le due norme del BGB, infatti, aiuteranno ad individuare e comprendere proprio quelle direttrici di pensiero che portarono alla enucleazione della teoria differenziata. Si eviterà, così, di guardare alla stessa come ad un esclusivo *opus rationis*, sprovvisto di connessione con la realtà dei fatti, delle umane condotte e dei giudizi sulle stesse.

Secondo l’Autore, le varie norme tedesche in tema di necessità - con ciò riferendosi a tutte quelle norme che, adottando il vocabolario hruschkiano, prevedano dei “*doveri di tolleranza*” e dei “*divieti*” che dalla necessità originino, o che ad essa si colleghino, si compongono armonicamente tra loro, formando quel che l’Autore stesso ritiene essere un vero e proprio *sistema* logico. Proprio la “*logicità*” del medesimo, di cui si cercherà di dar prova nelle pagine seguenti, confermerebbe l’immancabile apporto di razionalità di qualsivoglia giudizio umano sull’altrui agire. E’ opinione di Joachim Hruschka, cui chi scrive sente di aderire pienamente, infatti, che non esista alcun giudizio, alcuna pronuncia giurisprudenziale, davvero ridicibile a fenomeno meramente positivo; un momento che si aggiunge all’opera di *applicazione* della legge vi è sempre: e si tratta proprio del giudizio di *imputazione*.

### **3.2. Primi casi.**

*I - A) Mentre nuota in un lago, Tizio è colto da un crampo e rischia di affogare. Caio corre verso la barca di Sempronio e ne forza la serratura per soccorrere Tizio. Così facendo riesce a salvargli la vita.*<sup>486</sup>

---

<sup>486</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, cit., p. 68.

*1 - B) La barchetta giocattolo del bambino Tizietto rischia di affondare in mezzo ad un lago. Se affondasse, andrebbe totalmente distrutta. Caio corre verso la barca di Sempronio e ne forza la serratura: così facendo riesce a salvare la barchetta giocattolo<sup>487</sup>.*

Sebbene la differenza “valoriale” dei due salvataggi sia di immediata evidenza, l’intenzione è quella di procedere anche qui analiticamente, onde verificare la sussistenza di principi razionali che, *operanti* nella risoluzione di casi semplici come questi, possano essere individuati, esplicitati ed applicati, poi, a quelli maggiormente complessi.

Quanto alla soluzione del primo caso, la norma rilevante è quella del § 303 StGB, “*danneggiamento di cose*”. La tipicità oggettiva del reato è soddisfatta: la serratura della barca del terzo è stata forzata; anche l’elemento soggettivo sussiste: Caio sapeva che quel che stava compiendo era un danneggiamento di bene altrui. La vera domanda, tuttavia, è la seguente: potrebbe giustificarsi il fatto illecito compiuto da Caio in virtù del § 34 StGB, ossia applicando ad esso la scriminante dello stato di necessità? Si legge, infatti, che Tizio stava per affogare e vi era dunque un pericolo attuale per la sua vita. In relazione ai dati forniti, deve anche assumersi che il danneggiamento realizzato costituisse l’unica alternativa praticabile ai fini di un suo tempestivo soccorso. Caio agisce, pertanto, in una situazione che corrisponde a quella presupposta dalla scriminante codicistica. L’azione necessitata di Tizio, inoltre, nell’interesse di un terzo, è prevista espressamente come ipotesi scriminabile dallo stesso § 34 StGB ed è nota come *soccorso di necessità*.

In relazione al caso 1 – A), dunque, la condotta necessitata è quella astrattamente riconducibile al danneggiamento della serratura ed è esattamente questo il “danno” che deve essere “bilanciato” con quello evitato, la morte di Tizio. Solamente ove il secondo prevalga *in maniera essenziale* sul primo, tale condotta potrà essere giustificata: letteralmente, l’autore“(…) *handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt.*”,<sup>488</sup>

Il “bilanciamento” – l’*Interessenabwägung* – è operazione che il giudice è chiamato a compiere e per far ciò egli deve innanzitutto stabilire quali siano il bene/interesse minacciato e quello effettivamente pregiudicato. Successivamente, potrà procedere al concreto bilanciamento, seguendo un procedimento bifasico. Dapprima egli dovrà rispondere alla domanda circa la prevalenza del bene salvato rispetto all’altro: in caso di risposta negativa la condotta dovrà dirsi

---

<sup>487</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, cit., p. 69.

<sup>488</sup> § 34 StGB.

antigiuridica e, quindi, potenzialmente punibile (salva l'esclusione di colpevolezza). Successivamente, dovrà chiedersi se l'interesse pregiudicato dall'azione necessitata fosse *soltanto di minore valore* o se, invece, il bene tutelato prevalessse "in maniera essenziale" su di esso. Se la prevalenza fosse minima, infatti, la condotta di Tizio non potrebbe essere scriminata ex § 34 StGB. In mancanza di un "*wesentlichen Überwiegens*" del bene salvato, caratteristica espressamente citata dal disposto codicistico, il fatto dovrà comunque ritenersi antigiuridico e punibile. I criteri in base ai quali definire e stabilire la menzionata "prevalenza" – che solo in un caso tanto semplice quanto quello qui proposto è d'immediata evidenza – sono, però, tutt'altro che espliciti o manifesti.

Il giudice, in effetti, nel decidere per la prevalenza "essenziale" o soltanto "minima" di un diritto sull'altro, potrà soltanto attenersi, oltre che ai principi costituzionali, a *norme non scritte dell'etica sociale*: norme che, necessariamente, si danno soltanto in forma vaga ed indeterminata<sup>489</sup>. Assumendosi però ricorrente, quantomeno in riferimento a questo facile caso, ove il bene vita riveste indubitabilmente prevalenza essenziale, la tipicità oggettiva della giustificante, ci si deve altresì interrogare sulla sua *tipicità soggettiva*. Dire che *anche soggettivamente* debba ricorrere la causa giustificante, significa, in particolare, esigere che l'autore del fatto *conosca la situazione e le circostanze di fatto* nelle quali il bilanciamento si compie. In tal caso, e solo in tal caso, la condotta è pienamente giustificata. Sulla base di tale posizione, Hruschka ritiene "sovrabbondante" la specificazione normativa che richiede all'azione il "*fine di salvare sé o altri*": è vero, ben s'intenda, che la *volontà di soccorrere la persona in pericolo deve sussistere*; ma detta volontà "*emerge*" – secondo l'Autore – proprio e direttamente dalla conoscenza che della necessità di un'azione di soccorso l'agente medesimo possieda. In altri termini: colui che, in una situazione di necessità, realizzi un'azione di soccorso, agisce *ex se* al fine di respingere il pericolo. L'azione necessitata è, in qualche misura, *prova di se stessa*<sup>490</sup>.

In conclusione, posto che: gli interessi in gioco sono qui quelli di Tizio, protetto dall'azione necessitata, alla propria vita, e quelli del proprietario della barca ad una perdurante integrità nonché ad un possesso indisturbato del proprio bene; alla luce delle contemporanee "gerarchie di

---

<sup>489</sup> E' precisamente a questo punto, peraltro, che l'analisi *soltanto* logico-analitica del diritto trova, a parere di chi scrive, il proprio limite connaturale. Fatto che, del resto, è ammesso dall'Autore medesimo: "*Hier stößt die logisch-analytische Betrachtung an ihre Grenzen*". Cfr. J. HRUSCHKA, *op. ult. cit.*, p. 70.

<sup>490</sup> "*Doch ergibt sich dieser Rettungswille bereits aus der Kenntnis der Notstandslage und dem Rettungshandeln: Wer in einer ihm bekannten Gefahrensituation eine Rettungsaktion vornimmt, handelt stets, "um die Gefahr abzuwenden". Ibidem.* Qui l'Autore rimanda, peraltro, a un proprio contributo contenuto all'*Anhang II* del manuale, dal titolo „*Wille als Element des Deliktstatbestands und als Rechtfertigungselement*“. In esso si riportano considerazioni ampiamente illustrate, e molto simili, a quelle di cui al capitolo III, par. 1, del presente lavoro.



valori”, il diritto di Tizio alla vita prevale in maniera sicura e decisiva su quelli, patrimoniali, di Sempronio; posto, infine, che Caio conosceva la situazione di necessità e le circostanze del bilanciamento, il danneggiamento realizzato è giustificato e Caio non potrà essere punito per danneggiamento, né consumato né tentato.

Quanto alla seconda variante del caso, la soluzione prenderà ovviamente anch'essa le mosse dalla sussunzione della condotta di Caio entro la fattispecie di cui al § 303 StGB. Non varrebbe, poi, ad escludere *a priori* l'eventuale operatività della scriminante di necessità il fatto che, di per sé, la barchetta giocattolo del bambino sia bene di minimo valore: ove i presupposti della giustificante siano integrati, l'azione astrattamente illecita non può più dirsi antiggiuridica e va esente da sanzione; la norma scriminante, infatti, non limita in alcun modo la propria applicabilità al superamento di una qualsivoglia “soglia di rilevanza”. La clausola di bilanciamento, tuttavia, costringe a un'argomentazione risolutoria difforme rispetto al caso precedente. Gli interessi in gioco sono qui diversi: quello del bambino al proprio giocattolo, da un lato, e quello del proprietario della barca all'integrità del proprio bene, dall'altro; diritti che, se considerati da un punto di vista prettamente *monetario*, sono pressoché tra loro equivalenti (considerando il *prezzo del giocattolo* e quello della *serratura della barca*). Da tale equivalenza discende, tuttavia, che il diritto “tutelato” *non prevale in maniera essenziale* su quello pregiudicato dall'azione necessitata. Il danneggiamento non potrà quindi ritenersi giustificato ex § 34 StGB.

Non sembrano darsi, del resto, i presupposti tipici d'altre cause di giustificazione (altrettanto errato sarebbe, come più oltre si dirà, valutare i due casi appena illustrati nella prospettiva del cosiddetto “consenso tacito”<sup>491</sup>). Tantomeno potrebbe dirsi che Caio avesse “creduto” di agire in una situazione giustificata, onde argomentare in favore di una sua *errata supposizione di circostanze scriminanti*. Nessuna *scusante*, inoltre, ricorre: sicuramente errato sarebbe, in particolare, dedurre dal disinteresse che Caio dimostra verso il diritto di proprietà di Sempronio una sua ignoranza del precetto penale che ne impone il rispetto. Caio, in conclusione, si rende qui responsabile, e punibile, per un danneggiamento doloso e consumato.

2 – A) *Mentre nuota in un lago, Tizio è vittima di un crampo e rischia di affogare. Caio corre verso la barca di Sempronio: il suo piano è quello di forzarne la serratura al fine di soccorrere Tizio e salvarlo. Sempronio si accorge della situazione e, avendo compreso le intenzioni di Caio, decide di impedirgli, con la forza, la manomissione della serratura e l'utilizzo della sua barca.*

---

<sup>491</sup> Hruschka stesso rimanda, in tema di *mutmaßliche Einwilligung*, alle pagine successive della propria opera. Il tema sarà qui trattato, *infra*, al punto 3.14.

*Tizio muore, conseguentemente, per affogamento. Se Sempronio non avesse impedito a Caio il danneggiamento e l'utilizzo del mezzo, questi sarebbe riuscito nel salvifico soccorso di Tizio.*

2 - B) *La barchetta giocattolo di Tizietto rischia di affondare in mezzo al lago ed andare distrutta. Il resto della vicenda si sviluppa in maniera identica a quella riportata al n. 2 – A).*<sup>492</sup>

Rispetto alla costante situazione di necessità, che ugualmente ricorre, tali ultime fattispecie concrete pongono l'accento su un aspetto nuovo e diverso dei fatti, relativo all'*eventuale punibilità* non già dell'autore del soccorso di necessità, bensì del terzo *che tale soccorso impedisca*. Si prendano qui le mosse dalla seconda variante.

Secondo il Professor Hruschka, la domanda da cui partire è la seguente: potrebbe ritenersi Sempronio colpevole, e punibile, per la *Nötigung* – equivalente alla nostra violenza privata, art. 610 c.p. – di cui al § 240 StGB<sup>493</sup>, realizzata ai danni del soccorritore Caio? A suo parere la risposta è affermativa: il caso stesso, infatti, ci dice che Sempronio esercita violenza su Caio per costringerlo ad abbandonare il proposito di danneggiare la serratura ed utilizzare la barca. Sussiste, quindi, la tipicità oggettiva del reato; ed anche la tipicità soggettiva è soddisfatta: Sempronio *sapeva* che la propria azione di forza era volta a trattenere Caio dall'azione. Tale consapevolezza, in effetti, fu vero e proprio *motivo* del suo agire. La fattispecie descritta al § 240 del codice penale tedesco, tuttavia, è motivo di interesse e di riflessione ulteriori, poiché, diversamente dalla norma italiana, essa sancisce che la violenza è *punibile soltanto se anti giuridica* (§ 240, Abs. 2, StGB)<sup>494</sup>. Ed anti giuridica è ritenuta soltanto quella violenza che sia *altresì* “rimproverabile” – “*verwerflich*”. La previsione di *necessaria anti giuridicità*, vero e proprio elemento costitutivo del reato, costringe, allora, il giurista d'oltralpe ad accertarne, caso per caso, la sussistenza concreta. Quanto alla vicenda in esame, tuttavia, non ricorrendo, all'evidenza, alcun'altra causa giustificante, non potrà che affermarsi “in positivo” l'effettiva anti giuridicità della condotta oggetto di giudizio.

Ciò premesso, una prima possibilità da vagliare è quella rappresentata dall'ipotesi di scriminabilità della violenza privata realizzata da Sempronio per *difesa legittima*. Dall'azione di soccorso di Caio, in effetti, sarebbe derivato un danno per la proprietà di quest'ultimo e, anche ai

---

<sup>492</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, cit., p. 72.

<sup>493</sup> § 240 StGB: „(1) Wer einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Rechtswidrig ist die Tat, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist. (3) Der Versuch ist strafbar.“

<sup>494</sup> Sempre in merito a tale reato, sia pur con riferimento precipuo alla differenza che ad esso è sottesa tra “*vis compulsiva*” e “*vis assoluta*”, cfr. J. HRUSCHKA, *Die Nötigung im System des Strafrechts*, in *JuristenZeitung*, 15/16, 1995, pp. 737 – 745.

sensi del § 32 StGB – equivalente al nostro art. 52 c.p. –, Caio poteva qualificarsi come “aggressore” rispetto a Sempronio. L’aggressione è altresì dotata di attualità, stante l’inevitabilità del danneggiamento della serratura della barca che sarebbe conseguito, secondo una considerazione *ex-ante* dei fatti, alla sua azione. E l’aggressione era anche “ingiusta”: come nel caso precedente, di cui al n. 1 – B), Caio non era legittimato a danneggiare, tantomeno a utilizzare il bene di Sempronio per salvare il giocattolo del bambino. Tanto il danneggiamento della serratura quanto l’utilizzo della barca, infatti, non erano coperti dalla giustificante del § 34 StGB ed erano quindi caratterizzate da antiigiuridicità. *Rebus sic stantibus*, l’azione di Sempronio sembrerebbe qualificabile come *difesa*, idonea al respingimento dell’azione *oggettivamente antiigiuridica* di Caio. Dalla descrizione del caso non emerge nemmeno, del resto, che Sempronio avesse esercitato una forza *eccessiva* su Caio, sproporzionata rispetto all’offesa. Ricorrono, pertanto, tutti i requisiti oggettivi della scriminante; ed anche i requisiti soggettivi della legittima difesa sussistono, poiché Sempronio *conosceva la situazione* e le sue circostanze ed era conscio del carattere difensivo della propria azione. La *Nötigung* ascritta a Sempronio, in conclusione, costituisce azione di difesa legittima, totalmente giustificata: per Sempronio non vi sarà alcun rimprovero penale.

Sempre in relazione a questa seconda variante del caso, resta da chiedersi, tuttavia, se, agendo per la difesa dei propri diritti, Sempronio non si sia reso colpevole di danneggiamento – tramite condotta attiva – ex § 303 StGB, ai danni di Tizietto. In effetti, il giocattolo del bambino, che era certamente bene altrui, è andato distrutto; e ciò proprio in conseguenza dell’azione di Sempronio. Facendo riferimento alla teoria causale, e in particolare alla nota formula della “*condicio sine qua non*”, non potrebbe negarsi che, “pensando assente” la condotta di Sempronio, il bene del bambino non sarebbe andato distrutto. L’intervento di Sempronio non fu “direttamente” causativo del danneggiamento, ma, attenendocisi alla dottrina dominante in tema di causalità, non si potrebbe che confermare la sussistenza di un nesso causale tra il suo agire e la conseguenza dannosa realizzatasi. Inoltre, anche adottando un approccio finalistico al reato, non potrebbe negarsi che l’esercizio di forza fisica da parte di Sempronio fosse condotta “strumentale” (col fine di), e oggettivamente idonea, a condurre al danneggiamento ed alla distruzione del giocattolo. La tipicità oggettiva del § 303 StGB è dunque pienamente realizzata, come lo è anche quella soggettiva: Sempronio aveva osservato la situazione e ne aveva pienamente compreso le circostanze e gli esiti futuri. Qui giunge, peraltro, un’importantissima – anche se forse *discutibile* – notazione di Joachim Hruschka, secondo il quale sarebbe inutile, oltre che erroneo, in questo preciso contesto, chiedersi se Sempronio avesse *anche* “*voluto*” la distruzione della barca giocattolo. Secondo l’Autore, ancora una volta, “colui che conosca la

situazione in cui agisce e si rappresenti gli esiti cui la propria condotta conduce, costui anche *vuole la realizzazione della fattispecie tipica*<sup>495</sup>. Affermare il contrario condurrebbe all'assurdo. Il fatto e la conoscenza/rappresentazione del medesimo sono, rispetto alla volizione, indizi di per se stessi conclusivi (e sufficienti).

Anche in relazione a tale reato, tuttavia, l'interprete è chiamato ad alcune verifiche, dovendone indagare l'eventuale scriminabilità. In primo luogo, il danneggiamento dovrà essere vagliato alla luce della legittima difesa. Detta soluzione, tuttavia, potrà anche immediatamente escludersi, posto che in nessun modo *dal bambino*, proprietario del giocattolo, promanava un'aggressione – né la minaccia di un'aggressione – ai beni del terzo. In secondo luogo, l'interprete dovrà interrogarsi sull'eventuale ricorrere di uno stato di necessità, legittimante il danneggiamento.

Ebbene, quanto alla scriminante di cui al § 34 StGB, effettivamente sussiste, nel caso in esame, un pericolo per i diritti di proprietà di Sempronio che promana dalla condotta che Caio ha intenzione di intraprendere. Il pericolo è altresì attuale e, secondo le circostanze, non è nemmeno evitabile attraverso un'azione che non abbia come ulteriore e non direttamente voluta conseguenza *anche* la distruzione, la perdita definitiva del giocattolo di Tizietto. Tutti gli elementi costitutivi della situazione di necessità descritta al § 34 StGB parrebbero, dunque, integrati. Tuttavia, è la *clausola di bilanciamento* che non consente, in questo caso, di escludere il carattere anti-giuridico della condotta di Sempronio rispetto al danneggiamento. Gli interessi in gioco, infatti - da un lato, quelli dello stesso Sempronio all'integrità della serratura e al non utilizzo da parte di terzi della propria barca e, dall'altro, quello del bambino al proprio giocattolo –, non consentono di affermare una “essenziale” prevalenza del diritto tutelato rispetto a quello pregiudicato dall'azione necessitata, come invece richiesto dalla norma penale. Detta prevalenza non ricorre in concreto, poiché, come già rilevato, si tratta di interessi dal valore pressoché equivalente. Di conseguenza l'agire di Sempronio non potrà ritenersi giustificato *ex* § 34 StGB.

Quanto sin qui affermato consente di formulare la seguente conclusione intermedia.

Nel caso 1 – B) il *danneggiamento della barca compiuto per salvare il giocattolo del bimbo* non è scriminato dallo stato di necessità giustificante.

Nel caso 2 – B) il *danneggiamento del giocattolo del bambino non è giustificato rispetto al “salvataggio” dell'integrità della barca*.

---

<sup>495</sup> *Supra*, nota 490.

In entrambi i casi, la giustificante non opera in ragione dell'*inoperatività della clausola di bilanciamento* degli interessi, posta, in entrambi i casi, la non essenziale prevalenza dell'interesse tutelato dall'azione rispetto a quello che dalla medesima è pregiudicato.

Non v'è chi non veda, tuttavia, il paradosso che dietro tali conclusioni si nasconde. La soluzione del caso 2 – B) appena proposta conduce, infatti, ad affermazioni che chiaramente contraddicono quelle precedentemente formulate in relazione al caso 1 – B). La contraddizione riguarderebbe, in particolare, il giudizio di valore relativo agli interessi in gioco: nel caso 2 – B), infatti, il fatto che Sempronio impedisca a Caio di agire per salvare il giocattolo del bambino si considera *antigiuridico*, in virtù del bilanciamento, *nonostante* l'azione che Caio sta per intraprendere per salvare il giocattolo sarebbe *ugualmente antigiuridica* e ciò in virtù del *medesimo bilanciamento*.

Ebbene, una soluzione soddisfacente, e non contraddittoria, di tali problemi deve prendere in considerazione tutte le possibili variabili e deve attenersi, secondo Hruschka, alle regole seguenti:

1) in qualsiasi situazione di necessità nella quale l'azione di soccorso che aggredisca un bene del terzo possa dirsi giustificata in virtù del bilanciamento di interessi, *non può essere concessa al terzo la possibilità di evitare l'azione necessitata*, e non ancora compiuta, al fine di preservare l'interesse che la medesima pregiudicherebbe; al contrario,

2) in qualsiasi situazione di necessità nella quale il *bilanciamento non consenta di affermare la liceità dell'azione lesiva* deve riconoscersi la *possibilità del terzo di agire per evitare* l'azione necessitata e la conseguente lesione dei propri interessi.

Queste provvisorie conclusioni suggeriscono, inoltre, che il § 34 StGB *non sia la norma cui guardare per una corretta soluzione del caso 2 – B)*. Tale disposto, infatti, nulla dice in relazione a quell'aggressione necessitata che sia diretta a impedire un'azione *altrettanto necessitata ma antigiuridica*. Secondo l'Autore, inoltre, non sarebbe opportuno risolvere tale questione in base a un'opera meramente interpretativa: le *inconsistenze logiche intrinseche* a un dettato normativo *non devono risolversi, se possibile, in maniera "discrezionale", poiché ciò conduce soltanto ad aumentare l'incertezza del diritto*. La situazione descritta, del resto, non è punto priva, a suo parere, di "logiche", di "certe" vie di uscita, come di seguito ci si appresta ad illustrare.

Rilevante diviene, a questo proposito, il § 228 BGB, a mente del quale: "*Colui che danneggi o distrugga un bene altrui al fine di evitare un pericolo imminente a se stesso o ad altri non agisce antigiuridicamente se il danneggiamento o la distruzione sono idonei a scongiurare il pericolo ed i danni provocati sono proporzionati al pericolo stesso. Il soggetto agente che sia*

*responsabile del pericolo è obbligato al risarcimento*". Tale disposto, come accennatosi in precedenza, è espressione di un particolare caso di "*necessità difensiva*", di matrice civilistica. Il pericolo di cui in esso si tratta è quello per la vita, l'integrità fisica, la libertà, l'onore, la proprietà, o per qualsiasi altro bene giuridico degno di tutela, esattamente come accade ai sensi del § 34 StGB. E anche qui il pericolo può riguardare tanto chi agisca per necessità difensiva quanto un terzo. L'idoneità dell'azione volta a scongiurare il pericolo equivale a quella implicita alla formula della *inevitabilità altrimenti* del § 34 StGB. I "danni" equivalgono all' "interesse pregiudicato dall'azione", mentre la clausola di proporzionalità si rifà al medesimo principio di *bilanciamento degli interessi* di cui al disposto penale. In particolare, però, proprio quanto al rapporto che deve sussistere tra i beni effettivamente pregiudicati e quelli che erano in pericolo, la norma civilistica richiede *soltanto che i danni prodotti non siano "sproporzionati" rispetto al pericolo*.

Immediatamente evidente è, allora, l'importanza di questa previsione in relazione a quanto *già intuitivamente* sembrava prospettabile come *giusta* soluzione del caso 2 - B. Secondo il § 228 BGB, infatti, la necessità difensiva *non scrimina* l'azione "lesiva" dell'autore *solamente se i danni* da essa derivanti *ledano un interesse essenzialmente prevalente* rispetto a quello che la medesima è volta a tutelare. Prospettiva diversa e opposta a quella sottesa alla clausola penale. Calare queste premesse alla concreta soluzione del caso significa, in particolare, che il danneggiamento realizzato da Sempronio e avente ad oggetto la barchetta di Tizietto sia scriminato ex § 228 BGB. La distruzione del giocattolo, infatti, era servita ad evitare il pericolo, attuale, di un danneggiamento ai beni dello stesso Sempronio; ed essa era strumento idoneo e non sproporzionato rispetto al fine.

L'unico residuo problema, che nemmeno il ricorso al § 228 BGB consente di risolvere, è quello rappresentato dal fatto che caratteristica propria della cosiddetta "*defensiver Notstand*" è che il pericolo promani *direttamente dalla "cosa"* sulla quale inciderà, danneggiandola, l'azione necessitata. Nessun pericolo per i beni di Sempronio promanava, però, *direttamente* dal giocattolo del bambino: era solo l'agire di Caio a rappresentare una minaccia in tal senso. Tuttavia, è possibile affermare che il pericolo per i beni di Sempronio promanasse dal giocattolo di Tizietto *indirettamente*. In effetti, anche il pericolo per la barchetta giocattolo non promanava *direttamente* dai beni di Sempronio, ma dal suo impedire l'azione di salvataggio che Caio intendeva intraprendere. Pertanto, se, senza alcuna esitazione, abbiamo in precedenza qualificato la condotta di Sempronio – che impedisce il soccorso di Caio – come azione idonea a soddisfare la tipicità oggettiva del reato di danneggiamento ai danni di Tizietto, allo stesso modo dobbiamo

ritenere che il pericolo promanante, sia pur indirettamente, dal giocattolo del bambino costituisca pericolo effettivo e giuridicamente rilevante per i beni di Sempronio. Non sarebbe coerente, infatti, considerare, da un lato, effettivo e rilevante il pericolo solo indirettamente promanante dall'agire di Sempronio, ma, dall'altro, ritenere non rilevante quello, ugualmente mediato, promanante dai beni di Tizietto: una tale difformità di vedute sarebbe priva di logico fondamento ed è per questo da rifiutarsi. Sotto ulteriore profilo, la già menzionata equivalenza di valore tra il bene di Tizietto e gli interessi di Sempronio costringe ad ammettere che la proporzionalità di cui al § 228 BGB è rispettata: il danno provocato dall'azione di quest'ultimo non è "sproporzionato" rispetto al male evitato.

In conclusione, gli elementi oggettivi della scriminante di cui al § 228 BGB sono tutti pienamente realizzati; e, poiché Sempronio conosceva l'intera situazione ed agiva proprio al fine di evitare il pericolo, ne ricorrono anche i requisiti soggettivi. Sempronio non si è dunque reso colpevole né di violenza privata né di danneggiamento.

### **3.3. Conclusioni intermedie. Necessità aggressiva e difensiva.**

Le considerazioni appena svolte hanno consentito di dimostrare come il § 34 StGB non sia la norma cui fare riferimento per una coerente risoluzione dei casi descritti all'ipotesi 1 – B) e 2 – B). Tale constatazione, in particolare, dipende dal fatto che, assieme alla clausola di bilanciamento in essa prevista, che ne limita l'applicabilità ai casi di "essenziale prevalenza" del bene "salvato", la scriminante (penale) di necessità si riferisce soltanto ad uno stato di necessità *aggressivo*, ossia a casi nei quali l'azione necessitata pregiudichi i diritti di un terzo del tutto estraneo alla vicenda. Nei casi di *necessità difensiva*, invece, tale disposto si dimostra inapplicabile. Quest'ultima ipotesi si verifica, in particolare, quando il terzo, attinto dall'azione necessitata, non sia in realtà *totalmente* estraneo ai fatti: le conseguenze dannose della condotta necessitata offendendo la medesima "sfera di interessi" dalla quale originava la minaccia del pericolo.

Nella manualistica penale tedesca, tuttavia, non è rara l'affermazione secondo la quale il disposto di cui al primo comma del § 34 StGB riassumerebbe *in maniera complessiva – ed esaustiva –* la

dinamica propria del bilanciamento di interessi<sup>496</sup>. Tale norma fornirebbe risposte in merito alla liceità o illiceità dell'azione necessitata in relazioni a *tutti* i possibili casi concreti e dovrebbe applicarsi anche ai casi in cui l'azione necessitata dovesse incidere sulla medesima sfera di interessi dalla quale promana il pericolo. Quel che Hruschka, al contrario, ritiene d'aver sufficientemente dimostrato, è che *tale norma non contenga un generale ed onnivalente principio di bilanciamento*. Il § 34 StGB, stabilisce, in effetti, con una certa precisione, la proporzione richiesta ai fini della propria applicabilità: *solamente quando gli interessi protetti dall'azione necessitata siano "essenzialmente prevalenti" su quelli pregiudicati, essa potrà dirsi lecita*. In nessun modo, però, tale disposto ricollega "automatico" minor valore ad interessi cui si possa in qualche modo riferire lo stesso prodursi della situazione di necessità. Una tale limitazione non è certamente contenuta nella norma penale. Ciò non significa, peraltro, che non possano darsi *altri motivi* per cui interessi che siano in qualche modo "causa" della necessità debbano comunque "arretrare", godere di minore tutela e vedere a sé preferiti quelli che loro stessi (mediata- o immediatamente) mettono in pericolo (e ciò anche se, rispetto ai primi, non sarebbero "essenzialmente prevalenti"). Tale principio, in effetti, esiste ed è, come si è visto, quello contenuto nel § 228 BGB.

Chiara, allora, è l'erroneità della tesi secondo la quale la norma sulla necessità giustificante conterrebbe un "*generale e inderogabile* principio di bilanciamento". Chi difende quest'idea, infatti, si trova poi costretto a sostenere che l'interesse del terzo, prima giudicato "*non essenzialmente prevalente*" – e il cui soccorso, dunque, non è scriminato – possa "*poi*" divenire *prevalente*", in virtù della scriminante che necessariamente si applica a chi impedisca un *soccorso di necessità* cui, al contrario, la scriminante stessa non è applicabile, e che dunque continua ad essere fatto illecito (ipotesi che si riduce, in effetti, a una *necessità vs. un'azione illecita*). La contraddittorietà di tale orientamento è evidente: esso implica che il "rapporto di valore", tra i medesimi interessi sottoposti a bilanciamento, non sia fisso ma mutevole, dipendente, di volta in volta, dalle circostanze concrete dell'agire.

---

<sup>496</sup> "(...) eine umfassende Abwägung aller im konkreten Fall für und gegen die Zulassung der Notstandshandlung sprechenden Umstände (...)": T. LENCKNER in *Schönke – Schröder*, StGB, 21. Aufl., 1982, 46, § 34, citato in J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, cit. p. 81.



### **3.4. “Potere di agire” e “dovere di tolleranza”.**

Ferme le considerazioni che i casi analizzati hanno consentito di “scoprire”, si procederà qui di seguito nell’analisi delle loro diverse varianti, prendendo le mosse dal caso 2 – A) e chiedendocisi, in primo luogo, se la condotta di Sempronio, che impedisce a Caio il soccorso di Tizio, sia punibile *ex* § 212 StGB, come omicidio volontario e consumato.

Da un punto di vista oggettivo, posto che l’evento di reato si è realizzato – Tizio è deceduto – e che il medesimo dipese, causalmente e finalisticamente, dall’azione violenta con cui Sempronio aveva trattenuto Caio dal soccorso salvifico, la risposta, almeno a prima vista, è affermativa. Le ragioni che consentono di affermare la connessione causale tra condotta ed evento, in effetti, non differiscono da quelle già menzionate in relazione al caso 2 – B). Posto poi, che, per le stesse ragioni ivi descritte, anche la tipicità soggettiva dell’omicidio è soddisfatta, resterebbe anche qui da chiedersi soltanto se una qualche causa di giustificazione possa applicarsi a tale crimine.

Sotto quest’ultimo profilo, certamente da escludersi è, in primo luogo, l’applicabilità della legittima difesa: in nessun modo, infatti, Tizio era “ingiusto aggressore” di Sempronio. In secondo luogo, anche la necessità giustificante risulterebbe inapplicabile: già s’è visto come l’interesse di Sempronio all’integrità della propria barca non fosse *essenzialmente prevalente* su quello di Tizio alla propria vita. Come per il danneggiamento di cui al caso 2 – B), però, così anche in queste circostanze non è al § 34 StGB che l’interprete deve guardare per giungere alla formulazione di una coerente soluzione. Ci si trova di fronte, infatti, ancora una volta, a uno stato di necessità *difensivo*, poiché la necessitata condotta di Sempronio è diretta ad *aggreddire proprio quella stessa sfera di interessi dalla quale promana il pericolo per i propri*, che egli intende scongiurare. Pertanto, anche qui il pericolo proviene dal soggetto che sta affogando ed è solamente “*mediato*” da Caio: il rischio di affogamento di Tizio è la fonte “indiretta” di pericolo per la barca di Sempronio, autore della condotta necessitata. Questo particolare carattere del pericolo, tuttavia, non vale ad escludere “tassativamente” l’antigiuridicità dell’azione del necessitato. In effetti, nonostante anche il pericolo incombente su Sempronio non fosse per questi “altrimenti evitabile” - se non appunto per mezzo della “mediata” aggressione alla vita di Tizio stesso -, la condotta non è qui scriminata dalla “necessità difensiva”.

Ciò premesso, e scendendo maggiormente nel dettaglio, v’è da dirsi che attualmente non vi è norma nell’ordinamento tedesco che fornisca espressa e soddisfacente soluzione al caso in esame: ciò accadrebbe soltanto, infatti, ove ad esso potesse applicarsi il disposto del § 228 BGB;

tale disposizione, però, concerne esclusivamente la necessità difensiva riferita a beni *patrimoniali*. Due, allora, sono le strade percorribili: da un lato, si potrebbe optare per una soluzione di resa, che si limiti a prendere atto dell'inesistenza di una norma applicabile al caso concreto; dall'altro, si potrebbe ritenere che compito dell'interprete sia proprio quello di *ricavare*, dal disposto del § 228 BGB, quel pensiero giuridico che ne costituisce fondamento, la *ratio* ad esso sottesa, per poi applicarla ad ogni caso di *necessità difensiva*, quand'anche coinvolgente beni di natura personale. L'inaccettabilità, sotto un profilo di "giustizia", della prima soluzione è evidente. La seconda strada, invece, è perfettamente coerente con i principi su cui si fondano i moderni ordinamenti e deve, pertanto, essere seguita.

Secondo il professor Hruschka, in particolare, il principio generale ricavabile dall'analisi del § 228 BGB è il seguente:

- *“Colui che, al fine di evitare a sé o ad altri un imminente pericolo per la vita, l'incolumità fisica, la libertà, l'onore, la proprietà, o altro bene giuridico, lede l'altrui interesse giuridicamente tutelato, e riferibile alla medesima sfera di interessi da cui promana la minaccia, non agisce antiggiuridicamente se l'interesse che la propria condotta preserva è essenzialmente prevalente rispetto a quello pregiudicato dall'aggressione”*.<sup>497</sup>

Inoltre, sempre secondo l'Autore, detto principio darebbe anche ragione della legittimità del § 34 StGB, fondato sulla medesima *ratio*.

Ebbene, se questa tesi è corretta, le risposte alle domande aperte dal caso potrebbero certamente ricavarsi dalla "generale" scriminante dello "stato di necessità *difensivo*". Alla luce della regola appena formulata, infatti, l'omicidio di Tizio, che Sempronio avrebbe realizzato impedendo il tentativo di Caio di soccorrerlo, non può dirsi scriminato dal suo ricorrere (proprio come la nostra "intuizione" aveva, sin dall'inizio, suggerito). Ciò in quanto il bene protetto da Sempronio *non prevale essenzialmente* su quello che la sua stessa condotta pregiudica e offende. L'omicidio che egli realizza, pertanto, mantiene intatto il proprio carattere illecito e penalmente antiggiuridico; e ciò per le stesse ragioni per cui, al contrario, la condotta di Caio nel caso 1 – A), ovvero la sua operazione di soccorso, poteva dirsi giustificata. Poiché non sembrano ricorrere altre cause di giustificazione e non pare nemmeno ragionevole affermare che Sempronio ne avesse erroneamente supposto il ricorrere, egli è colpevole di omicidio volontario consumato.

---

<sup>497</sup> Letteralmente: *“Wer ein rechtlich anerkanntes Interesse eines anderen verletzt, um eine aus der Sphäre dieses Interesses drohende, anders nicht abwendbare Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut von sich oder einem anderen abzuwehren, handelt nicht widerrechtlich, es sei denn, daß das durch den Eingriff beeinträchtigte Interesse das durch ihn geschützte Interesse wesentlich überwiegt“*. J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, cit., p. 84.

Inoltre, quanto al reato di violenza privata (ai danni di Caio), poiché il caso non presenta differenze rilevanti rispetto a quello di cui al n. 2 – B), anch'esso è oggettivamente e soggettivamente integrato. Tantomeno è giustificato da legittima difesa: come in relazione al caso 1 – A), anche qui Caio era legittimato ad appropriarsi della barca di Sempronio al fine di portare a termine il soccorso. Resterebbe da chiedersi, tuttavia, se la violenza privata possa eventualmente essere giustificata dal ricorrere di uno stato di necessità difensivo. Le circostanze, in effetti, non suggeriscono immediatamente l'inapplicabilità di tale istituto, anche perché, diversamente dalla legittima difesa, la necessità difensiva non abbisogna di essere risposta a una "offesa *ingiusta*", essendo integrata già soltanto dal ricorrere di un *pericolo* imminente per un bene giuridicamente tutelato.

Il principio più sopra formulato in merito alla "necessità difensiva" deve allora essere completato, secondo Joachim Hruschka, dalla seguente massima:

- *"La condotta volta a evitare il pericolo non è scriminata dall'istituto della necessità difensiva se la fonte del pericolo è una diversa condotta umana non caratterizzata da anti giuridicità (lecita)"*<sup>498</sup>.

Quest'ultima limitazione, in particolare, fa sì che la violenza esercitata su Caio da Sempronio non possa giustificarsi per "necessità difensiva". Quanto poi alla "*rimproverabilità*" della condotta di violenza privata, requisito che il codice tedesco impone, *ex* § 240, Abs. 2, StGB, per la tipicità del reato, anch'essa ricorre: l'utilizzo della forza, infatti, è di per sé indizio di un agire rimproverabile e a tal proposito non sussiste, nel caso specifico, alcun genere di "contro-indizio"<sup>499</sup>.

\* \* \*

Al termine di tutte queste riflessioni, il nostro Autore sottolinea come la comprensione di quel sistema di regole e principi che stanno alla base del diritto penale positivo, e che dietro ad esso si nascondono, possa avvenire solamente ove si tengano ben ferme e salde, ove si abbiano chiare davanti agli occhi *tutte le relazioni sin qui "scoperte" tra i casi menzionati ai nn. 1 e 2, nelle loro diverse varianti*. In tutti questi casi, le situazioni concrete si riferiscono *principalmente* a situazioni di *necessità aggressiva*, situazioni nelle quali, cioè, il bene giuridico che si trova in

---

<sup>498</sup> Letteralmente: "*Die Abwehr der Gefahr ist nicht nach dem Recht des Defensivnotstands gerechtfertigt, wenn die Gefahr, ginge sie aus dem Handeln eines Menschen hervor, rechtmäßig geschaffen worden wäre*". J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, cit., p. 87.

<sup>499</sup> Sorprendente, a parere di chi scrive, è la facilità con cui Hruschka qui dirime, considerando questi "rapporti tra norme", annosi e ancora aperti dibattiti in merito alla natura – oggettiva o soggettiva – della necessità, da cui discenderebbe la possibilità, o meno, di una difesa legittima avverso l'azione necessitata.

pericolo può essere “salvato” solamente con aggressione degli interessi (giuridicamente tutelati) di un terzo, estraneo alla vicenda. Sono “aggressioni di necessità” cui non corrisponde, in capo al terzo, l’esistenza di alcun peculiare onere di tolleranza (nessuno “*speziel Obhutspflicht*”). Ed è esattamente questo, secondo Hruschka, il genere di situazioni disciplinate dal § 34 StGB.

La norma appena citata dice, in particolare, in che modo *tanto* il soggetto minacciato *quanto* un generico terzo *siano legittimati ad aggredire* la sfera giuridica del terzo estraneo, condotta che non è antigiuridica sino a che il diritto da essi tutelato sia *essenzialmente prevalente*. Questa “facoltà” d’azione (*Notstandsbefugnis*) spettava a Caio nel caso 1 – A), mentre, sempre in base al bilanciamento degli interessi, non gli spettava nel caso 1 – B), con ciò non potendosi definire lecita la sua azione.

Che il terzo, minacciato dall’azione necessitata, voglia *reagire* alla medesima, realizzando una *contro-condotta*, è eventualità piuttosto frequente: con ciò egli si rende colpevole di *omicidio* nel caso 2 – A) e di *danneggiamento* nel caso 2 – B). La reazione del terzo all’altrui azione necessitata, tuttavia, *non sempre è antigiuridica*. Al contrario: sussiste una relazione di *corrispondenza* tra il carattere antigiuridico dell’azione necessitata e il carattere giuridico, lecito, della reazione del terzo. Pertanto:

- “Quando il soggetto minacciato dal pericolo, o il terzo che questi soccorra, siano legittimati ad agire in base al ricorrere di una *necessità aggressiva*, il terzo pregiudicato dall’azione necessitata non è legittimato ad alcuna *necessità difensiva*.”
- “Qualora, invece, il soggetto originariamente minacciato dal pericolo o chi lo soccorra non godano della scriminante di necessità, il terzo sarà legittimato ad agire *lecitamente*, per *necessità difensiva*”.

Poste tali premesse, Hruschka invita a passare dalla “logica della *legittimazione ad agire*” – “*Befugnisse*” – all’utilizzo di una terminologia normativamente più specifica, individuando quei veri e propri *doveri* che incombono sia su colui che veda i propri interessi messi in pericolo dalla *originaria e primaria* situazione di necessità, sia sulla vittima della *necessità “secondaria”*, derivante, cioè, dalla condotta necessitata altrui. Una precisa correlazione sussiste, in effetti, anche tra le “possibilità” d’agire ed i doveri dei soggetti coinvolti dalla situazione di necessità: possibilità e doveri che dalla stessa scaturiscono.

Quanto al *soggetto principalmente minacciato* dalla necessità:

A) se, in base alle circostanze, egli *non è legittimato ad agire – lecitamente –*, offendendo i beni del terzo, può allora affermarsi che egli abbia altresì il *dovere di sopportare il pericolo incombente*;

B) se, al contrario, il medesimo soggetto è *legittimato dalla necessità aggressiva*, egli *non ha alcun dovere di sopportare il pericolo*.

Quanto al terzo, *estraneo alla vicenda ma pregiudicato dall'altrui azione necessitata*:

A) ove il soggetto originariamente minacciato dal pericolo, o il suo soccorritore, godano di *legittimazione a una condotta di necessità aggressiva*, su di questi incombe il corrispondente *dovere di sopportare l'aggressione*;

B) in caso contrario, *esclusa la liceità dell'agire necessitato* dei primi a suo pregiudizio, *nessun dovere potrà dirsi incombere sul terzo*.

Hruschka propone, a questo punto, di definire il *dovere di sopportare l'altrui azione necessitata* come “*dovere di tolleranza*”: “*Duldungspflicht*”. In altri termini, ad ogni *legittimazione ad offendere* l'altrui sfera giuridica, scaturente dalla “*necessità aggressiva*”, corrisponderà, secondo quanto appena esposto, il *dovere di tolleranza, Duldungspflicht*, del terzo. Liceità dell'azione necessitata e dovere di tolleranza sono concetti che si implicano reciprocamente.

La situazione giuridica del terzo estraneo alla vicenda, tuttavia, non sarà sempre riconducibile a un dovere di tolleranza dell'altrui agire; in molti casi, infatti, al menzionato “*Duldungspflicht*” può sostituirsi, in capo al medesimo soggetto, un vero e proprio “*Handlungspflicht*”, ossia un *dovere di agire attivamente in soccorso* del terzo. Mentre il primo è un dovere “*omissivo*”, il secondo è vero e proprio *obbligo di agire*, un dovere in virtù del quale si esige, dal terzo estraneo, l'attiva realizzazione d'una condotta e che si collega alla previsione di una fattispecie omissiva di reato. Se il dovere di tolleranza è violato dall'*attività* del soggetto, integrando reato *commissivo*, il dovere d'agire lo sarà quando questi non intraprenda l'azione imposta dalle circostanze, ovvero mediante *omissione*. Del primo genere di doveri, e della loro eventuale violazione, si è trattato nei casi appena analizzati. Ai doveri “*attivi*” del terzo estraneo è dedicato il prossimo paragrafo.

### **3.5. Necessità scriminante e reato omissivo: sulla “Zumutbarkeit” del soccorso.**

3 – A) Mentre nuota in un lago, Tizio è colto da un crampo e rischia di affogare. Caio, che stava passeggiando lì vicino, potrebbe salire su una barca ormeggiata, raggiungere rapidamente Tizio e salvarlo. Caio omette, tuttavia, di compiere tali azioni. Tizio muore. Il soccorso di Caio ne avrebbe evitato il decesso.

3 – B) La barchetta giocattolo di Tizietto rischia di affondare in mezzo al lago ed andare così distrutta. Caio si comporta esattamente come nel caso 3 – A). Anche qui il suo intervento, se realizzato, avrebbe evitato la perdita del bene.<sup>500</sup>

Si prendano le mosse dalla prima ipotesi. In mancanza d’indizi relativi all’esistenza di una “posizione di garanzia” in capo a Caio, la norma cui guardare onde formulare un giudizio sulla di lui condotta “omissiva” è quella di cui al § 323c StGB, ossia il precetto penale che nel diritto tedesco sanziona *l’omissione di soccorso*<sup>501</sup>. Alla luce delle considerazioni già svolte in merito ai casi 1 – A) e 2 – A), tuttavia, si impone, preliminarmente, un confronto fra tale norma e il disposto giustificante del § 34 StGB.

La norma di parte speciale, in effetti, sancisce espressamente la punibilità di colui che ometta di soccorrere chi si trovi minacciato da un pericolo che derivi da una “*sciagura*”, da un “*comune pericolo*” o, infine, da una “*comune necessità*”. Ebbene, è evidente come tali circostanze di fatto corrispondano, al contempo, anche a quel “*pericolo per la vita, l’incolumità fisica, la libertà, l’onore, la proprietà, o altri beni giuridici*” di cui al § 34 StGB, ove sono presupposto della scriminante. Potrebbe forse dirsi che le situazioni richiamate al § 323c StGB siano, in qualche modo, “meno ampie” di quelle contemplate dalla norma di parte generale; ma resterebbe nondimeno indubitabile che tutte le situazioni richiamate al § 323c StGB corrispondano altresì al *pericolo attuale* di cui al § 34 StGB.<sup>502</sup> Posto che il § 323c StGB prevede la punibilità della condotta di chi ometta di soccorrere il soggetto in pericolo, il “pericolo imminente” diviene qui vera e propria fonte di un *dovere di condotta attiva*: il terzo è giuridicamente tenuto a prestare

<sup>500</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, cit., p. 91.

<sup>501</sup> § 323c StGB – “Unterlassene Hilfeleistung” – “*Wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not nicht Hilfe leistet, obwohl dies erforderlich und ihm den Umständen nach zuzumuten, insbesondere ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten möglich ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.*”

<sup>502</sup> Ad aggiungersi ai numerosissimi scritti della dottrina italiana in tema di stato di necessità che, quasi immancabilmente, riportano anche riflessioni sul rapporto tra quest’ultima e l’omissione di soccorso, si segnala il contributo, per molti versi criticabile, ma, certamente, originale di U. GIULIANI, *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, Giuffrè, 1970.

soccorso. Inoltre, in base a tale norma, l'obbligato ad agire è qualunque terzo. A detto dovere attivo corrisponde, poi, quel dovere di tolleranza di chiunque sia attinto/pregiudicato da un'azione necessitata ma pienamente giustificata. Ulteriore presupposto perché la fattispecie sia riconducibile a quella di cui al § 323c StGB è che l'azione di soccorso intrapresa dal terzo possa definirsi "idonea": idoneità che corrisponde a quella "*non evitabilità altrimenti*" di cui alla norma sulla necessità giustificante. Infatti, l'idoneità del soccorso è esclusa, ad esempio, quando *altri terzi* abbiano già intrapreso l'azione di soccorso. Infine, ultimo elemento costitutivo del reato omissivo è quello della "esigibilità" – *Zumutbarkeit* – della condotta del terzo: l'inattività, cioè, potrà ritenersi punibile soltanto se e nella misura in cui il soccorso del "virtuale obbligato" sia "possibile senza comportare pericoli per lui o la violazione di altri importanti doveri e sia dunque esigibile *secondo le circostanze*". Quest'ultima clausola, invero, è sovente considerata dalla dottrina penale non tanto come elemento in base al quale stabilire giuridicità o illiceità dell'omissione, quanto come criterio su cui fondare il *giudizio di colpevolezza* dell'autore del reato<sup>503</sup>.

Ebbene, una siffatta interpretazione di tale previsione non può, secondo l'Autore tedesco, considerarsi corretta. Se le cose stessero in questi termini, infatti, l'*esigibilità* della condotta attiva non costituirebbe più ulteriore *presupposto* per l'*esistenza di un dovere* di soccorso; al contrario, in virtù di tale interpretazione *l'omissione sarebbe sempre anti-giuridica*: il reato sarebbe integrato in ragione del solo ricorrere del pericolo e della fattuale possibilità del terzo di intervenire con successo<sup>504</sup>. Accogliere tale ricostruzione *significherebbe*, però, *concretamente, qualificare in termini penalmente illeciti anche l'inattività di colui che, soccorrendo il terzo, rischiasse di perdere la propria vita o la ponesse comunque in grave pericolo*.

Quel che non si deve dimenticare, in effetti, è che il § 323c StGB non è norma rivolta a soggetti particolari, ad una ristretta cerchia di obbligati, bensì disposto penale che si applica indiscriminatamente a tutti i consociati. Secondo la dottrina appena citata, dunque, qualunque soggetto, venendosi a trovare in circostanze equiparabili a quelle proposte nel caso, sarebbe *per ciò solo obbligato* a soccorrere il terzo, anche ove ciò significasse il *sacrificio, da parte sua, di un bene di maggior valore* rispetto a quello oggetto dell'azione "altruistica". Tuttavia, poiché

---

<sup>503</sup> Cfr. W. NAUCKE, *Festschrift für Welzel*, 1974, p. 761 e ss., citato in J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, cit., p. 93. Sul ruolo dell'inesigibilità nella dottrina italiana, il ricco contributo di G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Cedam, 1990.

<sup>504</sup> Estensivamente, sul rapporto tra "inesigibilità" e reati omissivi, cfr. G. FORNASARI, *cit.*, in part. pp. 308 e ss.

nemmeno la morale più rigorosa giunge mai ad esigere dal singolo un tale sacrificio, ritenendolo *doveroso*, ancor meno – evidenzia Hruschka – potrebbe ciò fare il diritto penale<sup>505</sup>.

Una facile ma erronea obiezione a quanto appena esposto potrebbe consistere nell'idea che il § 34 StGB scrimini anche questo genere di condotta: che la necessità giustificante possa, cioè, applicarsi anche a colui che, per adempiere al dovere di soccorso – in tutto sussistente –, dovesse correre un rischio “troppo grande” e perciò decidesse di non attivarsi. Detta opinione è frutto di un ragionamento assai superficiale e fallace. Il § 34 StGB, infatti, *non è applicabile all'omissione di soccorso, né, in generale, alle fattispecie omissive*. Per poterlo essere, il disposto necessiterebbe d'una peculiare specificazione, allo stato assente. La norma dovrebbe, cioè, rievocare i termini di cui ad un nuovo Abs. 2 del § 323c StGB, in base al quale: “colui che, in caso di sciagura, di pericolo o di necessità comuni, ometta il soccorso, agisce anti giuridicamente *soltanto se e nella misura in cui dal bilanciamento dei contrapposti interessi emerge che l'interesse così protetto sia “essenzialmente prevalente” rispetto a quello pregiudicato dall'omissione* (sempre che il potenziale soccorso fosse strumento idoneo ad evitare il pericolo)”. Conseguentemente, la clausola del § 34 StGB, secondo la quale il soggetto “*non agisce anti giuridicamente*” in virtù del bilanciamento, dovrebbe, per adattarsi al “nuovo” § 323c StGB, dire che questi “*agisce anti giuridicamente soltanto se e nella misura in cui (...)*”. E' di tutta evidenza, tuttavia, l'acrobazia interpretativa cui la dottrina penale sarebbe costretta ove si decidesse di interpretare e descrivere l'esigibilità della condotta in termini siffatti pur in assenza di un apposito intervento, in tal senso, del legislatore.

L'unica opzione che fa salvi il senso e la coerenza delle norme è, pertanto, quella di considerare la clausola d'esigibilità di cui al § 323c StGB come quella precisazione che il § 34 StGB necessiterebbe di contenere per applicarsi anche alle fattispecie omissive. L'esigibilità del soccorso, in altre parole, corrisponde a una *precisa e definita condizione di esistenza del dovere* di prestarlo che si ricava dalla norma sulla necessità, applicata “*a contrario*”.

L'esigibilità non è, allora, *un elemento della colpevolezza* – fedelmente: “*Daraus folgt, daß die Zumutbarkeitsklausel des § 323c StGB kein bloßes “Schuldelement” bezeichnet*”<sup>506</sup>. Soltanto l'adesione a questa opzione ermeneutica, del resto, evita di costringere il terzo ad adempiere ad un obbligo di agire che potrebbe mettere in pericolo o fargli perdere la sua stessa vita, o interessi di rilievo e valore comunque preminenti rispetto a quelli oggetto del suo potenziale soccorso.

---

<sup>505</sup> Lo stesso Hruschka ricorda, a questo proposito, come tale posizione sia ancor meno difendibile in un sistema che, come è vero per il diritto vigente, si fondi su principi utilitaristici. J. HRUSCHKA, *op. cit.*, p. 93, nota 33.

<sup>506</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *ibid.*, p. 94.



Soltanto quest'interpretazione, inoltre, dà senso a quegli “esempi di inesigibilità” espressamente citati al § 323c StGB.

Interpretare in questi termini l'esigibilità, infine, consente di riunire in un insieme armonico e non contraddittorio le diverse norme sin qui menzionate. Dal che discende, in particolare, la possibilità di pensare al diritto penale come a un ordine razionale, come ad un vero e proprio *sistema ordinato* di norme, anziché leggerlo come la mera risultante di un processo di arbitraria ed incoerente giustapposizione di singoli ed isolati precetti e divieti. In tema di obblighi e divieti *di necessità*, in conclusione, la cosiddetta clausola di esigibilità di cui all'omissione di soccorso, può leggersi come il “corrispettivo” della scriminante.

Ciò premesso, Hruschka precisa come le deduzioni che qui seguiranno non siano né possano considerarsi “interpretazioni” della clausola stessa. “Esigere”, in termini giuridici, significa, infatti, “pretendere”, qualificare un comportamento come oggetto di un “dovere giuridico”, la cui omissione è passibile di sanzione. Pertanto, le “deduzioni” in tema di esigibilità non possono che costruirsi facendo esclusivo riferimento a quanto il sistema positivo già prevede e domanda. Interpretare “diversamente” la clausola di esigibilità, che di per sé è formula *vuota*, significherebbe, invece, attribuirle dei contenuti *non scritti, crearne significati inespressi*. Gli unici contenuti cui all'interprete è consentito il richiamo, onde *riempire* di significato il disposto del § 323c StGB, sono, invece, quelli ricavabili dal sistema, poiché ogni altro genere di scelta non spetta all'operatore del diritto, ma soltanto, inderogabilmente, al legislatore.<sup>507</sup>

A questo proposito, il primo rilievo consiste nel segnalare che, più che definirsi “in positivo”, è *dall'inversione*, dalla lettura *a contrario* del § 34 StGB che si possono integrare, secondo l'Autore, gli esempi di inesigibilità del soccorso espressamente menzionati al § 323c StGB. Si immaginino, a tale proposito, le tre seguenti situazioni, tutte riguardanti un soggetto, Caio, che rischia di affogare in un lago ghiacciato, ed un diverso soggetto, Tizio, che può soccorrerlo, ma che facendolo: a) corre il pericolo oggettivo di perdere la propria vita; b) corre il pericolo oggettivo di riportare una lesione permanente; c) corre il pericolo oggettivo di contrarre un raffreddore. Ebbene, applicare *a contrario* il § 34 StGB a tali situazioni conduce alle seguenti conclusioni: nei casi a) e b) Tizio non è obbligato a prestare soccorso, poiché *l'interesse “protetto” non è essenzialmente prevalente rispetto a quello pregiudicato* dall'azione (il bene vita di Caio, contro il bene vita o salute di Tizio). Conclusione che coincide, in primo luogo, con la situazione riportata alla prima ipotesi di inesigibilità, espressamente citata al § 323c StGB (che non impone il soccorso quando al terzo ne derivi un pericolo proprio e considerevole). Tale

---

<sup>507</sup> *Ibid.*, p. 95, nota 36.

conclusione, inoltre, coincide anche con la seconda ipotesi d'inesigibilità descritta nella norma di parte speciale, ovvero quella in base alla quale non può esservi obbligo di soccorso ove la sua realizzazione comporti violazione di un diverso ed altrettanto rilevante dovere in capo al medesimo terzo. Ad esempio, non sussisterebbe dovere di soccorso (non sarebbe esigibile) in capo a quel padre che, per soccorrere la vittima di un incidente stradale, dovesse abbandonare il proprio figlio neonato in mezzo ad una strada. La *coerenza del sistema*, che Hruschka spera di ottenere, sarebbe dimostrata proprio dal fatto che quest'ultima conclusione è quella cui si giungerebbe anche mediante *invertita applicazione* del § 34 StGB: il bilanciamento d'interessi porterebbe, infatti, a dire che la vita di colui che abbisogna di soccorso *non è* essenzialmente prevalente rispetto a quella dell'infante.

Sotto diverso profilo, un argomento ancor più decisivo a favore di una definizione dell'esigibilità “*a contrario*”, ex § 34 StGB, è quello, di carattere generale, concernente il fatto che in entrambe le situazioni citate l'*obbligo attivo* del terzo, il suo dovere di soccorso, non potrebbe mai andare oltre, superare e oltrepassare il *dovere di tolleranza*, quel *Duldungspflicht* che su lui stesso incomberebbe se il soccorso fosse prestato da altro terzo in suo pregiudizio. In altri termini: *solamente se e nella misura in cui il soggetto sia obbligato ad “omettere di impedire”* una prestazione di soccorso (a tollerarla), questi potrà essere altresì obbligato a *prestare* detto soccorso, personalmente e attivamente. Questa affermazione, del tutto logica ed intuitiva, implica però ritenere, altresì, quanto appena suggerito, ovvero che in nessun caso il dovere di prestare un soccorso attivo, ex § 323c StGB, possa “superare” il dovere di tolleranza implicito alla scriminante del § 34 StGB. Pertanto, un vero e proprio *dovere di soccorso* può sussistere solamente ove *l'interesse protetto dall'azione sia essenzialmente prevalente rispetto a quello che a causa della stessa si mette in pericolo o si pregiudica*.

E' vero, lo si tenga presente, che il § 323c StGB ben potrebbe imporre al terzo un dovere più ampio di quello derivante dall'applicazione *invertita* del § 34 StGB e che sin qui abbiamo illustrato. Tale opzione, però, non è stata scelta dal legislatore tedesco e non vi è, allo stato, strumento migliore e più coerente, per comprendere la clausola di esigibilità, che applicare il suo *logico corrispettivo* di cui al § 34 StGB.

3 – A). In relazione a questa ipotesi, la sussistenza dei presupposti oggettivi del § 323c StGB è piuttosto evidente. La prestazione di soccorso di Caio era possibile, idonea a salvare Tizio ed esigibile: Caio, infatti, non avrebbe rischiato né la propria vita né la propria salute adempiendo a tale obbligo. Anche la tipicità soggettiva del reato è realizzata e non si danno cause di

giustificazione rispetto a detta omissione, nemmeno putative. Caio è colpevole, pertanto, di omissione di soccorso.

3 – B). Diversamente, in relazione a questa seconda ipotesi, deve ammettersi che Caio non fosse obbligato a prestare soccorso. La sua eventuale azione di soccorso, infatti, non avrebbe avuto ad oggetto un bene *essenzialmente prevalente* rispetto a quello pregiudicato: l'interesse del bambino al proprio giocattolo non è “essenzialmente prevalente” rispetto a quello di Caio di proseguire indisturbato la propria passeggiata all'aria aperta e di non rovinarsi gli abiti gettandosi in acqua. Il reato di cui al § 323c StGB, pertanto, non è integrato.

### **3.6. Conclusioni parziali. “Allgemeine Obhutspflichten”.**

Dai casi descritti ai numeri 1, 2 e 3, nelle loro rispettive varianti, è emerso come la facoltà, la *legittimazione ad aggredire gli interessi di un terzo*, estraneo alla vicenda necessitante, sia correlata al *dovere di tolleranza* che su questi incombe. Ed è emerso come tale dovere di tolleranza debba riferirsi, a sua volta, a quel *dovere di agire* che obbliga ad intervenire, in determinate circostanze “di necessità”, il medesimo terzo estraneo alla vicenda. Il Professor Hruschka decide, a questo proposito di adottare la seguente terminologia: qualificare sia i *doveri di tolleranza (Duldungspflichten)* sia quelli di *condotta attiva (Handlungspflichten)*, che incombono sul terzo e che sussistono in “situazioni di necessità”, come *species* di un concetto più ampio, peculiari connotazioni di “*allgemeine Obhutspflichten*”: “*generalì obblighi di custodia*”.

Un obbligo di custodia (generale) sussiste, in particolare, vuoi in forma attiva - come obbligo di agire -, vuoi come semplice obbligo omissivo (o dovere di tolleranza), a fronte di una specifica proporzione di valore tra il bene originariamente messo in pericolo dalla situazione di necessità e quello del terzo, offeso, o da offendersi, per la salvezza del primo. Quel che gli esempi hanno sin qui dimostrato, inoltre, è che la clausola di esigibilità di cui al § 323c StGB possiede la stessa funzione della clausola di bilanciamento di cui al § 34 StGB. Può dunque considerarsi “esigibile” solo e soltanto quella condotta che *lo stesso ordinamento ha titolo di imporre*. Detta clausola, infine, è anche contenutisticamente speculare rispetto a quella della scriminante: da sola, infatti, *l'esigibilità secondo le circostanze*, di cui al § 323c StGB, è locuzione che non potrebbe in alcun modo servire a determinare, in concreto, le prestazioni che, per il terzo, sarebbero dovute. E'

soltanto il ricorso al bilanciamento di interessi di cui al § 34 StGB che consente tale specificazione contenutistica, irrinunciabile.

### **3.7. “Necessità difensiva”. Casi ulteriori.**

*4 – A) Il robusto cane di Tizio, cane di razza e vincitore di numerosi premi, aggredisce il gracile cagnolino di Caio, bastardino e privo di titoli, ed è in procinto di morderlo fatalmente. Caio corre in soccorso del proprio cane: brandisce un bastone di legno e colpisce il cane di Tizio che, di conseguenza, perde un occhio. Senza l'intervento di Caio, il suo cane sarebbe morto a causa del morso dell'altro animale.*

*4 – B) Il cane di Tizio, di razza e di valore, ruba nel corso di un pic-nic, il panino di Caio. Caio colpisce il cane con un bastone di legno per riprendersi il maltolto. A causa del colpo il cane di Tizio perde un occhio. Il colpo inferto costituiva per Caio l'unico mezzo per evitare la perdita definitiva del pasto.<sup>508</sup>*

Si prendano le mosse dalla soluzione del primo caso proposto. Ci si domandi, in particolare, se Caio si sia reso colpevole ex § 303 StGB di un danneggiamento di cose. I profili oggettivi del reato sussistono: il cane di Tizio è qualificabile come “cosa altrui” ai sensi della norma penale. Caio ha causato gravi lesioni all'animale e lo ha dunque danneggiato ai sensi della medesima disposizione. Anche i profili soggettivi della fattispecie sono integrati: Caio era a conoscenza di tutte le circostanze rilevanti ai sensi del medesimo articolo di legge.

La successiva questione da affrontarsi, evidentemente, concerne l'eventuale applicabilità del § 34 StGB. In questo caso, in effetti, sussumibile anche al dettato del § 228 BGB, ci troviamo di fronte ad una necessità *difensiva*; ciò non esclude, tuttavia, l'applicabilità della scriminante penale, che non contiene alcuna limitazione in tal senso. In particolare, non è tra i presupposti applicativi del § 34 StGB il fatto che il pericolo scaturisca dall'azione di un terzo. Invero, quel che in base ai casi precedenti era stato possibile concludere, è soltanto che il § 34 StGB contenga una compiuta disciplina delle situazioni di necessità *aggressiva*; e ciò solamente per il fatto che la clausola di bilanciamento in esso prevista si riferisce a tali casi soltanto. Non è errato però, verificare l'eventuale applicabilità della menzionata giustificante al caso in esame, non accontentandocisi della soluzione immediatamente offerta dal disposto civilistico.

<sup>508</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, cit., p. 100. Il caso 4-A è tratto da MEYER-GERHARDS, in *Jus* 1972, p. 506; il caso 4-B da E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht* AT, II ed., 1975, p. 336.

Ebbene, possiamo sin da subito affermare la *non operatività* del bilanciamento di interessi e la conseguente anti-giuridicità della condotta di Caio, ex § 34 StGB: l'interesse di questi a tutelare la vita del proprio cane non può dirsi, infatti, *essenzialmente prevalente* rispetto a quello di Tizio a non veder pregiudicata la salute del proprio animale ed a preservarne il "valore", fortemente limitato in seguito alla perdita di un occhio.

Quanto, invece, al § 228 BGB, pare potersene affermare, altrettanto agevolmente, l'efficacia scriminante in relazione al medesimo danneggiamento. Il pericolo che il cane di Tizio rappresentava per l'altro animale, infatti, minacciava anche lo stesso Caio, suo proprietario, sia pur in maniera *mediata*: il cane di Tizio minacciava l'interesse di questi al proprio animale domestico. Ebbene, tale pericolo "proveniva da un *bene altrui*" e proprio dal medesimo bene poi pregiudicato dall'azione di *defensiver Notstand*. La lesione provocata all'animale di Tizio, inoltre, era mezzo idoneo, ai sensi della norma civilistica, ad evitare il pericolo, non potendo essere altrimenti scongiurato. La lesione inferta da Caio all'animale altrui, dunque, è giustificata, poiché *i danni che la condotta ha provocato non sono "essenzialmente prevalenti" rispetto a quello evitato grazie ad essa*. In particolare, sebbene il cane di Tizio possedesse un "certo valore", non è dato affermare che quello di Caio ne fosse privo, perché non dotato di pedigree né vincitore di altrettanti premi. I requisiti oggettivi della scriminante di cui al § 228 BGB sono dunque sussistenti; e lo stesso può dirsi per quelli soggettivi. Il danneggiamento realizzato, dunque, non è anti-giuridico.

Si passi, allora, alla seconda variante. Rispetto al caso precedente nulla cambia quanto alla realizzazione della fattispecie oggettiva e soggettiva del reato di danneggiamento; tantomeno, quanto alla possibile applicabilità della necessità difensiva contemplata dal codice civile tedesco. Che l'azione intrapresa da Caio, ossia il colpo inferto al cane per riprendersi il panino, fosse *sproporzionata* rispetto al fine perseguito, infatti, non varrebbe di per sé ad escludere l'idoneità - l'*Angemessenheit* - della condotta medesima. Quest'ultima notazione abbisogna, peraltro, d'essere specificata. L'*Angemessenheit* prevista dal BGB, in particolare, non dovrebbe essere confusa, secondo l'Autore, con quella *misura* che si imporrebbe se il § 228 BGB parlasse anche di *proporzionalità* tra offesa e pericolo scongiurato. Un'azione, in effetti, ben può essere *idonea* senza al contempo essere *proporzionata*; opinare altrimenti significherebbe attribuire al disposto normativo qualcosa che la sensibilità personale può forse suggerire, ma che esso non dice.

L'intera questione deve risolversi, allora, esclusivamente in base alla clausola di bilanciamento del § 228 BGB, secondo la quale il fatto *non* è scriminato soltanto *se e nella misura in cui l'interesse pregiudicato dall'azione sia "essenzialmente prevalente"* rispetto a quello salvato.

Ebbene, l'interesse di Tizio alla vita ed all'integrità fisica del proprio cane è certamente prevalente, ed in misura rilevante, rispetto a quello di Caio al proprio pasto<sup>509</sup>. Il colpo inferto al cane ed il danneggiamento realizzato restano, pertanto, illeciti. Non paiono potersi applicare altre cause di giustificazione, nemmeno putative. Tantomeno paiono darsi cause di esclusione della colpevolezza. Il danneggiamento è, dunque, colpevolmente ascrivibile a Tizio.

\* \* \*

La serie di casi proposta di seguito riguarda fattispecie simili a quelle sino a qui illustrate, cui si aggiunge, però, un ulteriore elemento, rappresentato dall'intervento di un terzo, di un soggetto che, per qualche motivo, *non è estraneo* alle vicende.

*5 – A) In una situazione per il resto identica a quella di cui al n. 4 - A, Tizio interviene ed impedisce a Caio di colpire il proprio cane. Ne consegue il morso fatale al cane di Caio e la sua morte.*<sup>510</sup>

*5 – B) In un caso equivalente a quello descritto al 4 – B, Tizio interviene ed impedisce a Caio di colpire il cane per recuperare il panino che l'animale divora.*<sup>511</sup>

In entrambi i casi proposti, la domanda cui interessa dare risposta è, com'è evidente, quella concernente l'eventuale *punibilità di Tizio*, proprietario dell'animale *dal quale promana il pericolo originario per il terzo* e che impedisce all'altro di agire.

Quanto al primo caso, la condotta di Tizio deve valutarsi in relazione all'ipotesi di danneggiamento: posto che il cane di Caio muore a seguito dell'aggressione dell'altro animale, l'evento del reato si realizza. Detto evento, inoltre, deve imputarsi alla condotta di Tizio: mediante un agire commissivo, egli impedisce il soccorso che il secondo stava realizzando. Tale condotta, inoltre, è *causale* rispetto all'evento, tanto che al nesso di causa si guardi dal punto di vista di un'*oggettiva connessione "condotta-evento"*, quanto in ragione di una *finalistica interpretazione dell'azione*. La soluzione del caso equivale, per il resto, a quella già debitamente illustrata al n. 2 – B). Poiché la fattispecie oggettiva del § 303 StGB è integrata, così come lo sono i suoi profili soggettivi, quel che ora importa è stabilire la sua eventuale scriminabilità. Ciò, in primo luogo, in relazione alla difesa legittima.

---

<sup>509</sup> Questione che muterebbe radicalmente, ovviamente, se invece che nel corso di un pic nic il fatto avvenisse ai danni di un soggetto che stia morendo di fame – *Hungersnot*.

<sup>510</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, cit., p. 103-104.

<sup>511</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, cit., p. 104.

Non v'è dubbio, in effetti, che l'agire di Caio possa essere letto esso stesso come *aggressione* al bene – al cane – di Tizio, ai sensi del § 32 StGB: la condotta che questi intendeva realizzare costituiva pericolo per il bene del primo; da Caio promanava direttamente e pienamente quella minaccia che Tizio, reagendo, ha evitato. Quanto al carattere *ingiusto* dell'aggressione, tuttavia, come già si diceva, trattando il caso 4 – A), esso non ricorre. L'azione di Caio *non è antigiuridica* perché l'ordinamento riconosce al proprietario la facoltà di difendere il proprio animale, oggetto di aggressione (§ 228 BGB); pertanto, all'intervento reattivo di Tizio non potrà applicarsi la scriminante di cui al § 32 StGB.

Esclusasi l'applicazione della legittima difesa, si passi a vagliare l'operatività dello stato di necessità giustificante, di cui al § 34 StGB. A tal proposito, certamente può dirsi sussistere, nel caso in oggetto, un *pericolo attuale* per la proprietà di Tizio, pericolo *non altrimenti evitabile*, se non, per l'appunto, mediante l'azione con cui questi impedisce a Caio di colpire il proprio animale. Nemmeno tale giustificante, tuttavia, può applicarsi all'agire di Tizio: già rilevata, infatti, è la *non essenziale prevalenza* dell'interesse del medesimo rispetto a quello di cui Caio era titolare e che si apprestava a tutelare.

*Quid iuris*, infine, rispetto al § 228 BGB? Quanto all'istituto civilistico, deve effettivamente riconoscersi che *dal bene di Caio* promanava un *pericolo indiretto* per quello di Tizio all'integrità del proprio. Valgono inoltre, anche in questo caso, le considerazioni, già svolte, secondo le quali *impedire l'azione di soccorso equivale a causare il danneggiamento attivo* del bene oggetto del soccorso. Pertanto, posto che, come si diceva, dall'animale di Caio scaturiva un pericolo *mediato* per il cane di Tizio, in ragione dell'azione di soccorso che Caio intendeva realizzare e che avrebbe portato all'offesa del bene di quest'ultimo, il danneggiamento di bene altrui, che Tizio realizza mediante l'impedimento dell'azione di soccorso, offende *proprio* il bene dal quale promanava il pericolo per quello proprio. Ci si trova, pertanto, in una situazione in cui Tizio danneggia il bene altrui *al fine di evitare il pericolo imminente di danneggiamento del proprio bene*. Può ritenersi, inoltre, che tale danneggiamento fosse anche “necessario”, ovvero non vi fosse un'alternativa praticabile, idonea a scongiurarlo quanto quella rappresentata dall'impedire l'azione di salvataggio di Caio. Tuttavia, nonostante queste affermazioni, è la *clausola di proporzionalità del § 228 BGB a non potersi leggere a favore dell'agire di Tizio* e ad escludere che a questi si possa riconoscere una “*Defensivnotstandsbefugnis*”. L'interesse di Tizio all'integrità del proprio animale, infatti, continua a non potersi dire *essenzialmente prevalente* rispetto a quello, assai simile, nutrito da Caio. Detta norma non scrimina, dunque, l'agire di Tizio. Deve ricordarsi, inoltre, che il § 228 BGB si applica soltanto ad una *necessità*

*difensiva*, ossia quella rivolta contro un pericolo causato da un agire antigiuridico altrui. Tale limitazione normativa è, in effetti, di rilevanza fondamentale ai fini della coerenza del sistema: solo la sua presenza evita, in particolare, che in applicazione dell'istituto civilistico si giunga a una soluzione in contrasto con quella scaturente dal dettato del § 32 StGB, sulla legittima difesa. Inoltre, riconoscere a Tizio la titolarità di una "difesa di necessità" implicherebbe riconoscere la stessa *Befugnis* anche all'avversario Caio: ipotesi che è caratterizzata da un'evidente contraddittorietà valoriale e che si risolverebbe in un conflitto eterno, privo di "giuridiche" vie d'uscita.

La ragione di inapplicabilità del § 228 BGB all'intervento di Tizio, che impedisce l'azione di soccorso di Caio, dipende, in definitiva, dalla *non antigiuridicità* dell'azione di quest'ultimo. In altri termini, poiché *l'azione di Caio è giuridica*, Tizio non gode di alcuna *Defensivnotstandsbefugnis*.

Stante la piena conoscenza dei fatti e delle loro circostanze, Tizio realizza un danneggiamento che gli è pienamente imputabile e non ricorrono circostanze atte ad escluderne la colpevolezza.

Ulteriore questione giuridicamente rilevante, che concerne una diversa ipotesi di reato, consiste nello stabilire se l'azione di Tizio, che con forza costringe Caio ad omettere la propria azione di salvataggio, integri il reato di violenza privata, previsto e punito al § 240 StGB. Tizio infatti, impedendo a Caio di agire, lo ha certamente costretto ad una particolare omissione. La fattispecie è dunque realizzata tanto dal punto di vista oggettivo quanto da quello soggettivo. Inoltre, posto che, come già si è detto, il sistema riconosce a Caio la possibilità di intervenire per salvare il proprio animale (*Defensivnotstandsbefugnis*), offendendo il cane di Tizio, la sua azione non è antigiuridica: Tizio non potrà dunque invocare, in proprio favore, il § 32 StGB. Infine, nemmeno il § 228 BGB giustifica tale condotta, per gli stessi motivi che ne escludono l'applicabilità in relazione alla fattispecie di danneggiamento. In conclusione, dovendosi anche qui ammettere che l'uso stesso della forza, da parte di Tizio, è indizio di quella "rimproverabilità" che il § 240 Abs. 2 StGB richiede come requisito di tipicità della violenza privata, Tizio si rende colpevole *anche* di questo reato, in concorso con il danneggiamento.

In relazione alla seconda variante del caso, non sembra necessario spendere troppe parole sulle ragioni per le quali l'intervento del proprietario del cane, che impedisce a Caio di riprendersi il panino, integri la "tipicità" di un danneggiamento. Anche qui, tuttavia, posta l'antigiuridicità dell'azione di Caio, la difesa di Tizio è scriminata in base al § 32 StGB. Del resto, nemmeno il § 228 BB giustificerebbe l'azione di Caio (rendendo antigiuridica la reazione di Tizio). Infatti, l'interesse che sin da principio aveva mosso Caio ad agire, ovvero quello di recuperare il proprio



panino, non può dirsi “essenzialmente prevalente” rispetto a quello di Caio alla salute del proprio cane. A Tizio spettava, pertanto, la facoltà di agire per “necessità difensiva” – *Defensivnotstandsbefugnis* – e non può essere ritenuto responsabile per una *astrattamente integrata* “violenza privata”.

Una differenza sussiste, invece, rispetto al caso 5 – A), in relazione all’applicabilità del § 32 StGB alla fattispecie concreta. In questo secondo caso, infatti, l’azione di Tizio è volta a respingere un *pericolo attuale* che offenderebbe l’integrità fisica del proprio animale e l’azione di Caio, cui egli reagisce, è condotta sin da principio *antigiuridica*: come rilevato al numero 4 – B), infatti, l’interesse di Caio non era *essenzialmente prevalente* su quello di Tizio e per questo egli non poteva giovare nemmeno della necessità difensiva di cui al § 228 BGB. L’impedimento della condotta di Caio, realizzato da Tizio, è dunque *giustificato per difesa legittima*. Al caso in esame, del resto, potrebbe anche applicarsi la scriminante di necessità di cui al § 34 StGB: la clausola di bilanciamento, infatti, sarebbe rispettata, come lo sarebbero tutti gli altri presupposti dell’istituto. Infine, anche il § 228 BGB giustifica pienamente la condotta di Tizio, per tutte le ragioni già illustrate agli esempi precedenti.

Anche quanto alla violenza privata, infine, si segnalano importanti differenze rispetto al caso 5 – A): sussistono, qui, tutti gli elementi costitutivi della difesa legittima; e tutti i requisiti della difesa di necessità, previsti al § 228 BGB, sono integrati in concreto. La *Nötigung*, dunque, non è connotata da antigiuridicità.

### **3.8. Conclusioni parziali: “Principio assicurativo” e “Principio di bilanciamento”.**

E’ opportuno, a questo punto, interrogarsi ed analizzare proprio le appena “scoperte” relazioni tra i casi di cui ai numeri 4 e 5, nelle loro diverse varianti.

Innanzitutto, le vicende ivi descritte corrispondevano tutte a concreti casi di *primär Defensivnotstandssituationen*, ovverosia di originaria necessità difensiva: in esse, infatti, la condotta rilevante consiste in *un’aggressione diretta contro la medesima sfera di interessi dalla quale promana il pericolo necessitante*. Tali casi, inoltre, sono stati costruiti in modo tale che la loro soluzione potesse essere raggiunta facendosi esclusivo ricorso al dettato civilistico di cui al § 228 BGB, alla cosiddetta *difesa generale di necessità – allgemeinen Defensivnotstandsbefugnis*. Quello che la loro analisi consente di affermare, tuttavia, è che il §

228 BGB, assieme alla clausola di proporzionalità in esso prevista, necessiti comunque di essere *completato*: interpretato, in particolare, alla luce del dettato del §34 StGB. Solamente *“l’inversione” della clausola di bilanciamento* contenuta nella norma penale, infatti, *rende precisi* i termini – ancora troppo vaghi – della più antica norma di diritto privato. In altre parole, secondo quanto sin qui emerso, la norma di cui al § 228 BGB dovrebbe interpretarsi, secondo Joachim Hruschka, come segue:

“Colui che agisca per necessità *difensiva* agisce, *di norma, non anti giuridicamente, a meno che* il bene/interesse che con essa è pregiudicato non sia *essenzialmente prevalente* rispetto a quello tutelato”.

La norma penale, invece, esprimerebbe la liceità della condotta necessitata nei termini seguenti: “Colui che agisca per necessità *aggressiva*, agisce *giuridicamente solamente se e nella misura in cui* l’interesse tutelato dalla condotta necessitata sia *essenzialmente prevalente* rispetto a quello che la stessa pregiudica”.

Ebbene, questa diversa impostazione delle norme, in base alla quale, da un lato, la difesa necessitata è *di regola legittima “a meno che ...”*, mentre, dall’altro, l’aggressione necessitata è *di regola illegittima, “a meno che ...”*, non è priva di significato valoriale: al contrario, essa è espressione di due specifici principi che, secondo l’Autore, starebbero alla base dell’intero sistema normativo e punitivo.

Si prendano le mosse dal § 228 BGB. Parere dell’Autore è che il motivo per il quale questo disposto *normalmente consenta l’azione difensiva*, qualificando come “lecita” l’aggressione alla sfera di interessi che è, al tempo stesso, fonte del pericolo respinto, consiste nel fatto che *ogni singola persona* è titolare di una diversa sfera di interessi e ciascuna è tenuta a *rispondere* dei danni che *dalla propria sfera di interessi* possano ad altri derivare (non generici interessi, ovviamente, ma quelli giuridicamente riconosciuti e tutelati). Da questo principio di “separazione delle individuali sfere di interessi” consegue, allora, che ciascuno sia obbligato a far sì che dalla propria non derivino danni alle altrui sfere di interessi giuridicamente tutelati. Dal principio di separazione deriverebbe, cioè, un ulteriore principio generale, che Hruschka definisce *“Sicherungsprinzip”* – principio di “assicurazione” o *assicurativo*<sup>512</sup>. Il § 228 BGB sarebbe esplicitazione di tale principio, legittimando, conseguentemente, le aggressioni di beni altrui nella misura in cui da questi ultimi – contrariamente a quanto il principio menzionato

---

<sup>512</sup> „Dieses Prinzip der rechtlichen Trennung der verschiedenen Interessensphären voneinander aber hat die Konsequenz, daß jede Person mit den Interessen ihrer Sphäre dafür einzustehen hat, daß aus dieser ihrer Sphäre heraus keine Schäden für die rechtlich anerkannten Interessen anderer Personen entstehen.“ J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, cit., p. 111.

imporrebbe – promani (direttamente o indirettamente) un pericolo per le proprie posizioni giuridicamente riconosciute e tutelate.

Il principio assicurativo, tuttavia, all'interno del nostro sistema giuridico, non sarebbe oggi applicato nella sua massima portata: se lo fosse, infatti, ciascuno dovrebbe rispondere dei danni ai terzi che promanano dalla propria sfera di interessi *anche quando la perdita* che ne conseguirebbe fosse *essenzialmente prevalente* rispetto al danno provocato al terzo. Al contrario, ricorda Hruschka, il vigente sistema prevede che l'azione difensiva del terzo non possa mai spingersi al punto da pregiudicare interessi dai quali promani effettivamente un pericolo "ingiusto", ma che siano, al tempo stesso, essenzialmente prevalenti rispetto a quelli minacciati. Ebbene, detta limitazione sarebbe essa stessa espressione, secondo l'Autore, del secondo ed altrettanto fondamentale principio giuridico, che egli chiama *Prinzip der Interessenverrechnung*: letteralmente, *principio del "saldo degli interessi"* o, più liberamente, *principio di bilanciamento*.

Quest'ultimo principio ha carattere del tutto diverso dal precedente e, secondo il giurista tedesco, affonderebbe le proprie radici nell'utilitarismo del XVIII e del XIX secolo<sup>513</sup>. Considerare gli interessi tutelati non già e non più nella loro singola valenza, come accade in base al principio "assicurativo", ma in una dimensione "unitaria", sommandoli tra loro, è, infatti, opzione estranea alla storica, tradizionale trattazione della necessità, e che trarrebbe origine proprio dalla benthamiana idea di "società" intesa come un tutto unitario. Secondo la lezione di Bentham, invero, i singoli individui non sono più persone portatrici di privati e distinti interessi, ma membri di un unico corpo, di una sola complessiva entità<sup>514</sup>. Seguendo questa impostazione, tuttavia, diviene assai difficile difendere l'idea che esistano interessi *propri* dei singoli soggetti, potendosi parlare soltanto di interessi *complessivi*, di interessi *della società*. Riportando l'esempio proposto dallo stesso Hruschka, si pensi al dolore che ciascuno può avvertire ad un piede e a come esso non sia mai un dolore *del piede*, bensì *della persona*. Ebbene, allo stesso modo, i danni che ad un singolo individuo possono derivare dalla lesione di un proprio diritto non rileverebbero, benthamianamente, in quanto tali, ma con riferimento all'intera società. Così, nello stesso modo in cui *l'amputazione del piede* può essere, in caso di *necessità*, lo strumento più idoneo, la scelta che meglio tutela i *complessivi* interessi del soggetto, ugualmente il

---

<sup>513</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Utilitarismus in der Variante von Peter Singer*, in *JuristenZeitung*, 56, n. 6, 2001, pp. 261 - 271.

<sup>514</sup> Cfr. J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislations*, 1789, cap. 1, n. 4.

sacrificio dell'interesse di un cittadino può costituire, nel complesso, la scelta migliore per la comunità: “entscheidend ist “das größte Glück der größten Zahl”.”<sup>515</sup>

Il principio di bilanciamento, tuttavia, se applicato nella propria massima estensione, può condurre a conseguenze gravi, che il lettore non può e non deve perdere di vista. Se quelli che rilevano, infatti, fossero solamente i *complessivi* interessi della *società*, e non quelli della singola *persona*, il ricorrere della necessità legittimerebbe, inevitabilmente, condotte dall'assai dubbia moralità. Nulla impedirebbe, infatti, di ritenere legittimo il trapianto di un organo da un soggetto sano ma anziano, con una bassa aspettativa di vita, ad un soggetto malato ma molto giovane e talentuoso; oppure di imporre il sacrificio della vita a un cittadino “qualunque”, per la salvezza di quella di un alto funzionario. Prospettive, queste, certamente incompatibili con il rispetto della fondamentale “umana dignità”.<sup>516</sup>

Non è difficile, tuttavia, convenire con Hruschka sul fatto che il *Prinzip der Interessenverrechnung*, il principio di bilanciamento, costituisca vera e propria *ratio* del § 34 StGB. Qui, infatti, il ricorrere dello stato di necessità consente di agire *anche contro un terzo estraneo* alla vicenda *proprio in ragione* di una *complessiva valutazione degli interessi in gioco* e della qualificazione della perdita o della lesione dell'uno o dell'altro di essi in termini di “*male minore*”. Come si diceva, tuttavia, anche questo principio non è *illimitatamente* applicato: perché esso possa operare con efficacia scriminante si richiede, infatti, una prevalenza *essenziale*, decisiva del bene salvato rispetto a quello pregiudicato dalla condotta. Inoltre, la condotta deve essere strumento *proporzionato e idoneo ad evitare* il pericolo. Sotto questo profilo, sebbene la clausola di “proporzionalità” del § 34 StGB potrebbe, per molti versi, considerarsi “formula vuota” da un punto di visto contenutistico/valoriale, essa è comunque di rilevantissima importanza ermeneutica, ponendo una seconda limitazione al principio del “saldo”. La presenza di questa clausola, infatti, costringe a riconoscere l'esistenza d'una regola ulteriore, secondo la quale, “*oltre un certo limite*” e “rispetto a *prevalenti interessi*”, ciascuno di noi è tenuto, quand'anche privo di colpa e di responsabilità alcuna, a *sopportare* danni alla propria sfera giuridica.

Le due citate norme, dunque, quella relativa alla necessità difensiva - § 228 BGB – e quella concernente l'aggressione necessitata - § 34 StGB –, sanciscono la correlazione di due diversi

---

<sup>515</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Utilitarismus*, cit., p. 262.

<sup>516</sup> Identico rilievo fu formulato in Germania, negli anni '60 da H. SCHRÖDER: *Die Not als Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgrund im deutschen und schweizerischen Strafrecht*, in *SchwZStr*, n. 76, 1960, pp. 1 e ss.; in part. pp. 9 e 10.

principi generali, che coesistono e che si limitano a vicenda: quello *assicurativo* e quello di *bilanciamento*.

Come già nelle pagine precedenti, così anche qui Hruschka sottolinea l'importanza di un mutamento terminologico: il passaggio dalla spiegazione di queste relazioni in termini di "*Befugnisse*" – possibilità di agire –, a quella, maggiormente rigorosa, riferita a veri e propri "*doveri giuridici*" dei soggetti coinvolti. A questo proposito, un primo dato è evidente e logicamente incontestabile: ogniqualvolta il sistema normativo riconosca ad un soggetto il *potere di ledere*, giuridicamente, gli interessi altrui, esso sancisce, al contempo, il *dovere* del soggetto offeso di *tollerare* tale intromissione e le conseguenze pregiudizievoli che da essa potranno derivare. Alla titolarità di "*Notstandsbefugnisse*" corrisponde sempre, cioè, quella di un *dovere di tolleranza* altrui.

A tale proposito, tuttavia, per poter ancora approfittare di quella chiarezza che dalla distinzione tra azioni di "necessità difensiva" e di "necessità aggressiva" - e tra i loro rispettivi presupposti – s'è venuta creando, Hruschka suggerisce di adottare, altresì, due diversi termini per definire quei doveri di tolleranza che all'una o all'altra situazione corrispondano.

Nel primo caso, ove cioè al soggetto si riconosca una *Defensivnotstandsbefugnis*, quello del terzo è un "*Sicherungsduldungspflicht*". Nel secondo, ove al soggetto si riconosca una *Aggressivnotstandsbefugnis*, quello del terzo è un *generale dovere di tolleranza*: un "*allgemeine Obhutsduldungspflicht*". Al soggetto che si trovi minacciato dall'altrui azione necessitata e giustificata incombe sempre, in conclusione, un dovere di tolleranza, solo che esso sarà più o meno "esteso". Esistono tuttavia anche dei casi, come si vedrà al prossimo paragrafo, nei quali il terzo non può limitarsi all'inattività ed alla "sopportazione" passiva di un sacrificio, ma è *tenuto ad agire*, a intraprendere una condotta che le circostanze rendono per lui obbligatoria.

### **3.9. Dal dovere di "tollerare" all'*Handlungspflicht*: sull'obbligo giuridico di impedire l'evento.**

6 – A) *Il possente cane di Tizio, con pedigree, aggredisce il più debole cane di Caio, un bastardo, per morderlo fatalmente. Tizio, che potrebbe trattenere il proprio animale, non fa nulla. Il suo cane morde l'altro causandone morte.*

6 – B) Il possente cane di Tizio, con pedigree, sottrae al cane di Caio, nel corso di un pic-nic, un panino; Tizio potrebbe prendere il cibo dalla bocca del suo cane, per rimmetterlo a disposizione dell'altro, ma la cosa sarebbe possibile soltanto ferendo gravemente il cane stesso. Tizio omette di farlo e il panino è divorato dal suo animale.<sup>517</sup>

Nella soluzione dei casi proposti, le norme penali rilevanti sono quelle di cui ai §§ 303 e 13 StGB: il combinato disposto in base al quale l'ordinamento tedesco punisce il *danneggiamento per omissione*. Le situazioni descritte, inoltre, sono per molti versi *affini* a quelle trattate al paragrafo precedente, con riferimento al § 228 BGB, già menzionato; tale "vicinanza" meriterà d'essere oggetto di particolare attenzione.

In primo luogo, in relazione all'integrazione omissiva del danneggiamento, così come accade nell'ordinamento italiano, l'autore "inattivo" è punito in conseguenza del realizzarsi dell'evento del reato; più precisamente, l'autore che non agisce è punito per non aver *evitato/impedito* l'evento rilevante e che si è effettivamente verificato. Dire che sussista un *dovere di "evitare" il danneggiamento* di un bene, tuttavia, implica affermare l'esistenza del *pericolo che un danno ad esso si verifichi*. Se non si assumesse un tale pericolo, non potrebbe nemmeno assumersi l'idea di un dovere d'evitarlo. Ebbene, questo *pericolo di danno* alla cosa richiama, secondo Joachim Hruschka, proprio quel "*pericolo imminente*" di cui al § 228 BGB.

Tale ultimo disposto, relativo alla necessità difensiva, tuttavia, si riferirebbe ad un pericolo più ampiamente inteso rispetto a quello di cui ai § 303 e 13 StGB, un pericolo che può minacciare qualunque interesse giuridicamente tutelato e non solamente quello, altrui, ad un bene *particolare*. Il § 13 StGB, del resto, esattamente come l'art. 40, co. 2 c.p., non opera soltanto in relazione al reato di cui al § 303 StGB, ma anche ai reati contro la vita, l'onore, ecc. Senza voler stabilire se *tutti* gli interessi rilevanti ex § 228 BGB siano tutelati anche grazie a fattispecie penali omissive, l'Autore ritiene a questo proposito sufficiente aver segnalato all'attenzione dei suoi lettori la stretta relazione di corrispondenza che tra tali norme sussisterebbe.

In base al citato combinato normativo, in particolare, chi non eviti il verificarsi di un danno su una cosa altrui è punito, al ricorrere degli ulteriori tassativi presupposti, per tale inattività. Ciò significa, evidentemente, che il soggetto, a certe condizioni, è *obbligato ad agire*, ad attivarsi per scongiurare l'evento del danneggiamento. Non chiunque però: secondo il § 13 StGB, infatti, solamente colui che "*rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt*" è obbligato, ossia colui che sia "*giuridicamente tenuto a garantire che l'evento non si realizzi*". Tale soggetto

---

<sup>517</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, cit., p. 118.

è generalmente noto come “garante”: ed è garante, ex § 13 StGB, colui che, in qualche modo, per qualche ragione sia tenuto a rispondere del pericolo che minaccia un interesse altrui, giuridicamente tutelato. Tra i garanti chiamati a rispondere di un pericolo che possa derivare da particolari beni materiali rientrano, poi, come si è visto, anche i proprietari e gli eventuali possessori della cosa.

Dalla lezione di Kaufmann in poi<sup>518</sup>, rammenta Hruschka, la moderna dottrina penale distingue, in quest’ambito, due *generi* di garanti: i “*Sicherungsgaranten*” – anche detti *Überwachgaranten* (soggetti gravati da obbligo di garanzia *di controllo*, secondo la terminologia adottata dalla dottrina italiana) – e gli “*Obhutsgaranten*” – altrimenti noti come *Beschützergaranten* (it.: soggetti gravati da obbligo di garanzia *di protezione*). *Sicherungsgarant* è colui che sia chiamato a rispondere del *pericolo che da una cosa* possa per altri promanare; *Obhutsgarant*, invece, colui che sia responsabile per la *difesa di un particolare interesse*, garantendolo dagli eventuali pericoli che lo possano minacciare. In nessun modo, dunque, l’*Obhutsgarant* – il *garante* di protezione –, deve confondersi con il già menzionato *allgemein Obhutspflichtigen* – il generale *obbligato* alla custodia –: figura ricavabile ex §§ 34 e 323 StGB. Il primo, infatti, è solo “tipo particolare di garante “speciale”: non un generico *Jedermann*, ma un soggetto che, per qualche peculiare e specifica ragione, è tenuto a difendere un particolare interesse.

Ebbene, il dovere d’azione – il vero e proprio *Handlungspflicht* - che, ex §§ 303 e 13 StGB, incombe sul proprietario o sul possessore di un bene dal quale promani un pericolo per un interesse altrui giuridicamente tutelato, trae origine dagli stessi presupposti sui quali si radica il loro dovere di tolleranza, ricavabile dal § 228 BGB (*Duldungspflicht*). Perché tale *Duldungspflicht* si trasformi, perché da esso si passi a un vero e proprio obbligo d’intervento attivo del garante, tuttavia, il ricorrere di un pericolo per gli interessi altrui non è *sufficiente*. Quest’obbligo, infatti, com’è vero in relazione all’obbligo di soccorso di cui al § 323c StGB, necessita di presupposti ulteriori.

In primo luogo, il garante avrà il dovere di agire solamente ove l’azione da lui intrapresa per scongiurare il danno sia anche *necessaria* – e la necessità dell’intervento del garante, ad esempio, non sussiste quando il terzo stia già efficacemente agendo per scongiurare il pericolo che lo minaccia -. Secondo Hruschka, inoltre, la necessità dell’azione che evita il pericolo corrisponderebbe proprio alla “*idoneità dell’azione che evita il pericolo*”, la *Erforderlichkeit* di cui al § 228 BGB. In secondo luogo, ed è questo il punto maggiormente rilevante e delicato, perché possa parlarsi, in generale, di reato omissivo ex § 13 StGB (= “commissivo per

---

<sup>518</sup> Cfr. A. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 283.

omissione”, o “omissivo *improprio*”), con ciò implicandosi l’esistenza di un dovere *inadempito* da parte del garante, deve ricorrere anche la cosiddetta “esigibilità” – *Zumutbarkeit* – della di lui condotta attiva.

Esattamente come accade in relazione all’omissione di soccorso, infatti, anche i reati omissivi “impropri” abbisognano di un *presupposto di esigibilità* della condotta: solo così essi potranno ritenersi fatti pienamente ascrivibili al loro autore: penalmente rilevanti, eventualmente colpevoli e soggetti a pena. Anche qui, tuttavia, fondamentale diventa comprendere cosa precisamente abbia ad intendersi parlando di *esigibilità*. E se la risposta a tale quesito è che per esigibilità si debba intendere “*ciò che può essere preteso*” o “*ciò che può essere richiesto*”, siamo ancora ben lontani dall’aver realmente detto *qualcosa* circa i suoi presupposti! Volendo evitare questa vuota tautologia, dobbiamo tuttavia ammettere, con l’Autore, che nessun elemento della norma consente di affermare *quando ed a quali condizioni* la condotta attiva del garante sia realmente “esigibile” rispetto al pericolo da evitarsi. Non vi è motivo, però, per ritenere che i presupposti in base ai quali sussiste l’esigibilità di *impedire l’evento*, ex § 13 StGB, coincidano con quelli che danno vita all’esigibilità di *agire in soccorso*, ex § 323c StGB. Non soltanto, infatti, ciò non è previsto espressamente; ma nulla vieta, altresì, da un punto di vista logico, che l’esigibilità dell’*impedire l’evento* sia da interpretarsi di modo che, da colui che è garante ai sensi del § 13 StGB, si possa pretendere *qualcosa di più* di quanto si faccia rispetto all’*allgemein Obhutspflichtigen*, obbligato al soccorso ex § 323c StGB.

Anche i garanti chiamati a rispondere ex § 13 StGB, ad ogni modo, incontreranno un limite al proprio obbligo di evitare l’evento: limite derivante da una considerazione già svolta in merito al rapporto tra il dovere di tolleranza *ricavabile* dal dettato del § 34 StGB e il dovere di condotta imposto ex § 323c StGB. In effetti, proprio come l’esigibilità della condotta del “generale obbligato alla protezione”, tenuto a prestare soccorso, è correlata al “dovere di tolleranza” scaturente dall’istituto della necessità giustificante, così anche l’esigibilità della condotta nei reati “omissivi impropri”, o ex § 13 StGB, deve valutarsi avuto riguardo al “dovere di tolleranza” cui possa essere tenuto il relativo garante. Anche qui, infatti, deve valere la regola seguente: “*Solo se e nella misura in cui taluno sia obbligato a tollerare l’altrui aggressione volta ad evitare il danneggiamento di un bene questi potrà altresì essere obbligato ad agire egli stesso per evitare il realizzarsi di detto pericolo*”.

La ragione è evidente: l’affermazione di un dovere di condotta attiva implica una più stringente imposizione sul soggetto rispetto a quella che derivi dal solo dovere di tolleranza; e sarebbe irragionevole ipotizzare che il dovere maggiormente stringente possa avere un ambito di



applicazione più esteso rispetto a quello minore. Pertanto, il particolare dovere di condotta attiva che, ex §§ 303 e 13 StGB, incombe sul garante-proprietario o possessore del bene da cui promani il pericolo per un bene altrui non può estendersi oltre il dovere di tolleranza cui il medesimo è tenuto ex § 228 BGB. Dal che consegue che il dovere di agire ed impedire l'evento non incombe sul garante se l'interesse pregiudicato dalla sua stessa azione *prevalga essenzialmente* su quello protetto realizzandola. Infatti, già in base al § 228 BGB, il dovere di tolleranza che solitamente incombe su proprietari e possessori viene meno quando il loro interesse, pregiudicato dall'azione necessitata altrui, prevalga essenzialmente su quello tutelato per mezzo di essa; dunque, tantomeno potrebbe richiedersi, al ricorrere dei medesimi presupposti, un dovere di proprietari e possessori di *attivarsi in favore* della controparte.

Quanto all'esigibilità della condotta attiva di impedimento dell'evento di reato possono stabilirsi i seguenti punti:

- 1) il proprietario/ possessore del bene dal quale promani un pericolo per l'interesse altrui giuridicamente tutelato è obbligato a evitare il danno per mezzo di condotta attiva solamente se e quando detta azione sia *esigibile*;
- 2) La condotta del garante è regolarmente exigibile quando sussistano i presupposti che danno vita al suo dovere di agire, *a meno che* l'interesse pregiudicato per mezzo della condotta attiva volta ad evitare il danneggiamento sia essenzialmente prevalente rispetto a quello minacciato e che la medesima è volta a tutelare. Tale conclusione si impone, onde evitare la contraddittorietà di tale norma rispetto al § 228 BGB.

*Applicazioni:*

*Caso 6 – A).* In relazione a questo caso la fattispecie del danneggiamento per omissione è integrata: il cane di Tizio morde fatalmente il cane di Caio e vi è dunque realizzazione del danno che è vero e proprio "evento" del reato. Tizio avrebbe potuto evitare il danno, stando al caso descritto, e non lo ha fatto *nonostante fosse il garante* a ciò tenuto, proprietario della cosa dalla quale il pericolo per il bene altrui promanava. L'altro soggetto, peraltro, non si era ancora attivato per evitare con successo detto pericolo: la condotta attiva di Tizio era dunque necessaria e idonea; ed era exigibile: egli sarebbe dovuto intervenire, ferendo il proprio animale. L'ordinamento, infatti, non attribuendo all'interesse di Tizio all'integrità fisica del proprio animale un'*essenziale prevalenza* rispetto a quello, identico, di Caio, impone che Tizio sopporti il peso dell'offesa al proprio bene, volta a evitare il danno al bene altrui.

L'inattività di Tizio, pertanto, integra il reato di danneggiamento per omissione. Poiché questi si rappresenta e conosce tutte le circostanze del caso, anche la tipicità soggettiva della fattispecie è integrata. Non si danno giustificanti né scusanti applicabili (non vi è concorso con alcuna omissione di soccorso, ma di ciò si tratterà al seguente n. 9).

*Caso 6 – B).* Quanto alla seconda variante proposta, è evidente come, e a questo punto anche *perché*, nella situazione descritta non possa dirsi realizzato un danneggiamento per omissione. Se è infatti vero, da un lato, che Tizio era garante e che su di lui incombeva l'obbligo di agire per evitare i danni provocati dal proprio animale, è altresì vero, dall'altro, che nella situazione descritta detto obbligo non fosse *esigibile*: per scongiurare il pericolo di danneggiamento che dal proprio animale promanava, Tizio avrebbe dovuto ferirlo gravemente, ma l'interesse alla sua incolumità era certamente “essenzialmente prevalente” rispetto a quello del cane di Caio al cibo. Tali circostanze non possono dar vita al dovere di Tizio di rendersi attivo per evitare il pericolo, così come, ex § 228 BGB, egli non sarebbe stato costretto a sopportare un'aggressione promanante direttamente da Caio e volta a scongiurare lo stesso danno (come dimostrato al caso 5 - B)). L'inattività di Tizio, pertanto, non integra un danneggiamento per omissione.

### **3.10. Doveri assicurativi e “precedente agire anti giuridico”.**

Le considerazioni svolte in questo capitolo possono ora riassumersi secondo nuovi schemi, ponendo in relazione le diverse ipotesi ed i risultati cui le rispettive analisi hanno condotto.

Emerge, in particolare, da un lato, l'esistenza di doveri che si impongono ai singoli soggetti, nelle situazioni di necessità, in virtù di generali obblighi di custodia – *Obhutspflichten* –; dall'altro, quella di doveri che gravano sul singolo in virtù di un suo peculiare dovere “assicurativo” – in quanto *Sicherungsgaranten* – e che definiremo *Sicherungspflichten*.

Il “generale obbligato alla custodia” è, in particolare, quel “qualunque soggetto”, estraneo alla vicenda, sul quale, in ragione della sola situazione di necessità, vengono a imporsi degli obblighi di condotta attiva (*Handlungspflichten*) o di tolleranza (*Duldungspflichten*). L' “obbligato all'assicurazione”, invece, è colui che sia tenuto a rispondere di un determinato pericolo che minacci un interesse altrui; anche su quest'ultimo si impongono dei doveri di agire o di tollerare (*Handlungs – e Duldungspflichten*) al ricorrere di una situazione di necessità. Nei casi di cui ai numeri 4, 5 e 6 sono stati proposti, quali *Sicherungspflichtigen*, il proprietario ed il possessore di

un bene: in effetti, sebbene essi non siano gli unici “*Sicherungspflichtigen*”, dette figure si qualificano, in effetti, come i *tipici* garanti in senso *assicurativo*.

Prima di trattare la questione relativa a *chi* debba/possa considerarsi, concretamente, *Sicherungsgaranten*, si intende di seguito proporre una tabella riassuntiva, che pone in relazione gli obblighi dei generali *Obhutspflichtigen* con quelli dei *Sicherungsgaranten*.

<b>A. Doveri di soccorso (<i>Rettungspflichten</i>) del generico “<i>Obhutspflichtige</i>”, ossia del terzo estraneo alla vicenda.</b>	<b>B. Doveri di soccorso del “<i>Sicherungspflichtige</i>”, ovvero di colui che è tenuto a rispondere del pericolo necessitante.</b>
a) <i>Doveri attivi di soccorso</i> originati dal pericolo di necessità ( <i>allgemeine Obhutshandlungspflichten</i> ), come nel caso del doveroso salvataggio della vita umana, la cui violazione è punita come <i>reato omissivo</i> , ex § 323c StGB (caso 3 – A, dove l’autore si rende colpevole per omissione di soccorso).	a) <i>Doveri attivi di soccorso</i> originati dal pericolo di necessità ( <i>Sicherungshandlungspflichten</i> ), come quello alla salvezza dell’altrui vita, la cui violazione è punita come <i>reato omissivo “improprio”</i> ex §§ 212 e 13 StGB (caso 6- A, dove l’autore si rende colpevole di <i>danneggiamento per omissione</i> ).
b) <i>Doveri di tollerare aggressioni di soccorso</i> ( <i>allgemeine Obhutsduldungspflichten</i> ), come la tolleranza di misure volte a salvare una vita umana. Tali doveri di tolleranza si ricavano dal § 34 StGB. La loro violazione è punibile come reato commissivo, ex § 212 StGB (caso 2 - A, dove l’autore è colpevole di omicidio per condotta commissiva).	b) <i>Doveri di tollerare aggressioni volte al soccorso</i> ( <i>Sicherungsduldungspflichten</i> ), come nel caso della tolleranza di misure adottate per la salvezza di una vita. Tali doveri di tolleranza si ricavano dalla disciplina imposta dal § 228 BGB e la loro violazione è punita quale condotta attiva, ad esempio ex § 212 StGB (caso 5 - A, dove l’autore è colpevole di <i>danneggiamento “attivo”</i> ).

La differenza fondamentale tra *Sicherungspflichten* (in forma di azione e di tolleranza) e *allgemeinen Obhutspflichten* consiste nel fatto che i secondi sussistono, obbligando ad agire o a tollerare l’altrui azione, solamente al ricorrere di più stringenti presupposti. Colui che sia tenuto a rispondere di un pericolo, invece, il *Sicherungspflichtige*, è “*di regola*” *obbligato ad agire attivamente*, per evitare il pericolo, *come anche a tollerare* un’azione volta a scongiurarlo, *ad eccezione* del caso in cui l’interesse tutelato dalla sua eventuale azione di soccorso, ovvero quello sacrificato dalla sua tolleranza dell’altrui azione di soccorso, siano essenzialmente prevalenti rispetto a quello che, rispettivamente, l’inattività o la reazione pregiudicherebbero. Al contrario, il generico obbligato, l’*allgemein Obhutspflichtige*, ha il *dovere* di agire o tollerare

“*eccezionalmente*”: soltanto, cioè, quando l’interesse oggetto dell’azione che egli deve tollerare, o per il quale è chiamato ad attivarsi, sia *essenzialmente prevalente* rispetto al proprio.

All’obbligato “assicurativo”, dunque, l’ordinamento impone di porre in pericolo anche la propria stessa vita per salvare quella altrui, o per scongiurare un grave danno alla salute, qualora i rischi che sul terzo incombano dipendano da ciò per cui egli è chiamato a rispondere. *Sicherungspflichtige* è, in particolare, chiunque abbia causato un pericolo, per un interesse giuridicamente tutelato di un altro soggetto, *violando il proprio dovere di “astenersi” dal farlo* (dovere di *non creare pericoli*). Un esempio pratico potrebbe essere quello rappresentato dal conducente di un’auto che, violando il proprio dovere “negativo”, abbia invaso l’opposta corsia di marcia, causando un incidente: se dall’incidente derivasse l’incendio dell’altrui vettura, il conducente dell’auto sarebbe obbligato a soccorrere il soggetto alla guida del veicolo in fiamme *anche a costo della propria stessa vita*<sup>519</sup>. Tale conclusione s’impone ove il ragionamento sin qui svolto debba procedere in maniera conseguente.

Particolarmente felice si dimostrerebbe, a questo proposito, secondo l’Autore, la formulazione del reato di “*Abbandono del ferito*”, delineato al § 94, Abs. 1 e 3, del codice penale austriaco – “*Imstichlassen eines Verletzten*” -: „(1) *Wer es unterläßt, einem anderen, dessen Verletzung am Körper (§ 83) er, wenn auch nicht widerrechtlich, verursacht hat, die erforderliche Hilfe zu leisten, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.*”<sup>520</sup> (3) *Der Täter ist entschuldigt, wenn ihm die Hilfeleistung nicht zuzumuten ist. Die Hilfeleistung ist insbesondere dann nicht zuzumuten, wenn sie nur unter der Gefahr des Todes oder einer beträchtlichen Körperverletzung oder Gesundheitsschädigung oder unter Verletzung anderer überwiegender Interessen möglich wäre*“.<sup>521</sup>

Il primo paragrafo di questa norma, diversa da quella sulla generica omissione di soccorso e speciale rispetto ad essa, stabilisce che già la mera ingerenza, la mera causazione di pericolo a danno del terzo, determina l’insorgere di un dovere di tipo “assicurativo”; il terzo paragrafo, invece, grazie al richiamo alla inesigibilità, chiarisce come l’omissione di soccorso compiuta dall’autore individuato all’Abs. 1, sia tuttavia *scusabile* a determinate condizioni, passibile cioè di non essere altresì ascritta alla *colpevolezza* del soggetto: affermazione che, tuttavia, *dà per presupposta ed indiscussa l’antigiuridicità* dell’omissione. Questa norma, pertanto, afferma che

---

<sup>519</sup> Questo l’esempio riportato dallo stesso J. HRUSCHKA, *op. ult. cit.*, p. 126.

<sup>520</sup> “E’ punito con la reclusione (...) colui che, avendo causato, anche non antigiuridicamente, l’altrui lesione, omette di prestare idoneo soccorso al terzo”. (traduzione nostra).

<sup>521</sup> “L’autore è *scusato* ove il suo soccorso non sia *esigibile*. La prestazione di soccorso, in particolare, non è *esigibile* quando essa sia possibile solamente a rischio della vita, di una rilevante lesione dell’integrità fisica, di un danno alla salute o della lesione di un altro e prevalente interesse” (traduzione e corsivo nostri).

il dovere di soccorso attivo del *Sicherungsgaranten* obbliga quest'ultimo ad agire *anche a costo della propria vita*. “*In den Fällen des § 94 Abs. 1 des österreichischen StGB besteht die Pflicht zu aktiver Rettung auch bei Lebensgefahr des Pflichtigen!*”<sup>522</sup>

La questione rilevante, a questo punto, consiste nella precisa individuazione di quei soggetti che possano o debbano considerarsi *Sicherungspflichtigen*, ovvero coloro che, nonostante l'attenuazione derivante dal già menzionato principio di bilanciamento, sono obbligati tanto a prestazioni attive, quanto a tolleranze, piuttosto incisive. Ebbene, tutti i *Sicherungspflichtige* sono soggetti individuabili alla luce dei già citati principi di “separazione” delle individuali sfere giuridiche di interessi e del “principio assicurativo”. Entrambi i principi, però, debbono essere correttamente interpretati. Il *Trennungsprinzip*, in primo luogo, sancisce il divieto di intromettersi e/o di aggredire l'altrui sfera d'interessi: in base ad esso, allora, l'interesse alla vita spettante a ciascun individuo è riconosciuto e tutelato per mezzo del divieto, rivolto ad ogni altro soggetto, di cagionarne la morte. Tale discorso, com'è evidente, vale per qualsiasi bene oggetto di tutela penale: integrità fisica, libertà di movimento, onore, ecc. I divieti di lesione dell'altrui interesse giuridicamente rilevante, versione “negativa” della tutela positiva del diritto, causano, tuttavia, una conseguenza meritevole d'attenzione. In particolare, proprio prendendo le mosse da questi divieti, può svolgersi un ragionamento atto ad imporre ad alcuni soggetti, al ricorrere di determinate circostanze, dei precisi doveri di agire e degli specifici doveri di tolleranza. L'argomento logico è il seguente: “ove taluno già sia *obbligato ad omettere (o evitare) la causazione* di (o *astenersi dal causare*) una determinata conseguenza non voluta – come, ad esempio, la morte di un altro uomo (omicidio) –, questi è, altresì, *necessariamente obbligato a impedire il sopravvenire di tale non voluta conseguenza*, o a *tollerarne l'impedimento*, ove egli stesso sia stato causa, con la propria condotta contraria al dovere omissivo, *del pericolo di realizzazione dell'evento non voluto*.”

Alla luce di questa considerazione, esistono, pertanto, dei *Sicherungspflichten* – tanto aventi ad oggetto condotte attive, quanto di mera tolleranza (*Sicherungshandlungs-* e *Sicherungsduldungspflichten*) – che direttamente discendono dal fatto che il soggetto abbia precedentemente violato dei doveri omissivi. Tale argomento, peraltro del tutto plausibile, in nessun modo violerebbe il principio di legalità: i menzionati doveri, infatti, vengono ad esistenza quali conseguenze della condotta di un soggetto che, per mezzo di essa, già ha violato un proprio dovere omissivo e che è diretto responsabile di detta violazione. Non si esige, cioè, il *generale* “sacrificio” del garante, come potrebbe sembrare: il sacrificio *può*, alle volte, *pretendersi*, ma

---

<sup>522</sup> J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, cit., p. 127.

*solo come conseguenza di un agire precedente del garante medesimo, un agire contrario a diritto e a lui pienamente ascrivibile. Quello appena descritto è, invero, il “prototipo” di un obbligo di garanzia di tipo assicurativo. Tuttavia, quel che in queste righe voleva porsi in evidenza è il fatto che i doveri solitamente riconosciuti sussistere in capo al *Sicherungsgaranten* che abbia anche “causato” il pericolo per il terzo derivano dalla sua stessa precedente condotta omissiva ed anti-giuridica.*

**Non deve mai ritenersi, invece, (come invece sempre più spesso accade nella contemporanea giurisprudenza) che, per il solo fatto d’essere tenuto a non causare il realizzarsi della conseguenza non voluta e che rischia di realizzarsi, il soggetto possa anche, automaticamente, ritenersi obbligato ad agire attivamente o a tollerare l’offesa.** Se così fosse, infatti, ciascuno sarebbe sempre responsabile per la vita, la salute, la proprietà e per qualsiasi altro interesse altrui meritevole di tutela. Ipotesi forse difendibile dal punto di vista di una (rigorosissima) etica religiosa, ma, al tempo stesso, conclusione cui non può logicamente giungersi a partire dai divieti imposti dalle norme penali; e che violerebbe pressoché tutti i principi su cui si fonda il moderno e liberale diritto punitivo.

Ciò chiarito, tra i “*Sicherungspflichtige*” non c’è soltanto chi abbia precedentemente agito anti-giuridicamente: già si è visto, infatti, che *proprietario e possessore* d’un bene sono tipici garanti in questo senso. I casi prima citati, tuttavia, quelli in cui *Sicherungsgaranten* è colui che abbia *causato il pericolo*, costituiscono il nucleo centrale, il motivo portante, i *Kernfälle* dell’obbligo di tipo assicurativo. I doveri del proprietario e del possessore dovrebbero leggersi, invece, come “estensioni” di tale principio: detti soggetti sarebbero garanti rispetto ai pericoli scaturenti dal bene in loro godimento, e sottoposto alla loro responsabilità, *come se* avessero precedentemente agito *anti-giuridicamente* (contro il dovere di *astenersi dal causare* il pericolo). Secondo il Professor Hruschka i loro obblighi di garanzia sarebbero, pertanto, frutto di *estensione analogica* del principio su cui, di norma, si fonda ogni “*Sicherungspflicht*”.

### **3.11. Tre casi peculiari.**

*A. Il Signore e la Signora Rossi prelevano la signora Bianchi, madre di quest’ultima, dal suo appartamento e la conducono a casa loro. La signora Bianchi soffre di una malattia mentale dalle frequenti manifestazioni, intervallate, però, da ampi spazi di lucidità. Quel che si ripete, sia pur non in tutte le occasioni, è che la Signora, nei propri raptus, perda il controllo delle*

*proprie azioni e danni mobili, piatti, quadri e tutto ciò che si trova in casa; addirittura giungendo, in un'occasione, ad allagare parte dell'abitazione. Dopo svariati episodi di questo tipo, i signori Rossi, al momento dell'insorgere di un nuovo raptus, legano l'anziana al letto.*<sup>523</sup>

La questione giuridica sottesa al caso descritto consiste nella configurabilità, in capo ai coniugi Rossi, di un fatto integrante sequestro di persona, la “*Freiheitsberaubung*” di cui al § 239 StGB<sup>524</sup>. La fattispecie oggettiva del reato, che consiste semplicemente nel privare la vittima della sua libertà personale, è realizzata; e così anche quella soggettiva (conoscenza/rappresentazione del fatto, e delle sue circostanze, da parte degli autori). Nessuna legittima difesa, inoltre, potrebbe addursi a giustificare la condotta dei coniugi: sebbene, infatti, il *raptus* ormai prossimo della donna possa qualificarsi come *minaccia di offesa ingiusta*, non sussisterebbe qui l'*attualità* del pericolo. Per costanti dottrina e giurisprudenza, infatti, l'aggressione è attuale solo qualora l'offesa, pur non essendosi ancora realizzata, possa verificarsi *senza bisogno di alcun ulteriore intervento o mediazione* da parte dell'aggressore; siffatta attualità non ricorreva nella situazione descritta. Ancor più agilmente, del resto, può qui escludersi l'applicabilità della scriminante di necessità, posto che il bilanciamento degli interessi condurrebbe a constatare la netta prevalenza di quello della signora Bianchi alla propria libertà personale, rispetto a quello dei Rossi, avente ad oggetto l'integrità delle loro proprietà.

L'unica circostanza che potrebbe scriminare la condotta dei coniugi sarebbe, allora, secondo Joachim Hruschka, quella, *non prevista dalle norme positive* ma espressione del medesimo principio su cui si fonda il § 228 BGB: il generale principio di “*necessità difensiva*” (il dettato civilistico, invece, non potrebbe applicarsi *direttamente* al caso, riferendosi soltanto alle aggressioni a cose e non anche a quelle rivolte contro persone). Secondo l'Autore, quest'ipotesi ricostruttiva sarebbe resa possibile dal fatto che dalla stessa signora Bianchi promanasse il pericolo di danneggiamento dei beni che si trovavano nell'appartamento, o di un ulteriore allagamento della casa, durante il successivo manifestarsi della malattia. La condotta dei coniugi dovrebbe potersi interpretare, di conseguenza, come esercizio, da parte loro, di una tacita

---

<sup>523</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, cit., p. 131. Il caso è identico a quello deciso con la pronuncia del BGH 16.06.1959 - 1 StR 191/59, BGHSt 13, 197.

<sup>524</sup> § 239 StGB: “(1) *Wer einen Menschen einsperrt oder auf andere Weise der Freiheit beraubt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.* (2) *Der Versuch ist strafbar.* (3) *Auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter 1. das Opfer länger als eine Woche der Freiheit beraubt oder 2. durch die Tat oder eine während der Tat begangene Handlung eine schwere Gesundheitsschädigung des Opfers verursacht.* (4) *Verursacht der Täter durch die Tat oder eine während der Tat begangene Handlung den Tod des Opfers, so ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren.* (5) *In minder schweren Fällen des Absatzes 3 ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren, in minder schweren Fällen des Absatzes 4 auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren zu erkennen.*“

*allgemeine Defensivnotstandsbefugnis*: la privazione di libertà della donna integrando, secondo tale ricostruzione, una “*misura idonea ad evitare il pericolo*”.

L'idoneità della difesa, come già s'è illustrato, ricorre quando essa *oggettivamente* rappresenti strumento atto ad evitare l'offesa ed il pericolo non possa essere evitato se non attraverso la sua stessa realizzazione. Resta da chiedersi, pertanto, se sia dato qualificare la privazione di libertà personale della signora in termini di “misura idonea”. Non sembra dubitabile, infatti, che esistessero altre misure, almeno astrattamente capaci di scongiurare il medesimo pericolo, e che i signori Rossi avrebbero ugualmente potuto adottare, quali, ad esempio, il ricovero della donna in una struttura sanitaria, o la prescrizione di farmaci adeguati. Tuttavia, poiché il testo si limita a dire che i coniugi avevano *condotto* la donna presso la loro abitazione, si potrebbe anche assumere che tale soluzione rappresentasse, in realtà, l'unica opzione per loro praticabile e realmente disponibile: in tal caso, anche la privazione di libertà personale dovrebbe ritenersi *strumento “idoneo”*. L'idoneità dell'azione, inoltre, è requisito che deve valutarsi *in relazione al momento in cui l'aggressione si verifica*. Detto carattere dell'idoneità, del resto, corrisponde all'*imminenza o attualità* del pericolo, previste ex § 34 StGB. Non può darsi *idoneità* rispetto a un *pericolo futuro* o ad un pericolo *già passato*: la definizione concreta dell'idoneità, in altri termini, è possibile soltanto ponendo a parametro di giudizio quella specifica aggressione che *in quel dato momento* vada realizzandosi. In quest'ottica, allora, se valutata in relazione al momento del fatto, anche l'immobilizzazione della donna al letto potrebbe ritenersi idonea misura difensiva; misura non meno “idonea”, in particolare, di quelle che si sarebbero adottate in seguito allo scatenarsi del *raptus*, e che, ragionevolmente, avrebbero potuto addirittura cagionare lesioni, anche gravi, alla donna.

Il ricorrere di una “generale” scriminante di necessità difensiva, quale è quella ipotizzata da Hruschka, richiede, tuttavia, che sia altresì rispettata la clausola di proporzionalità: in base ad essa, la condotta dei coniugi, ovvero la privazione di libertà personale della vittima da questi realizzata, non sarebbe scriminata se l'interesse offeso fosse “essenzialmente prevalente” rispetto a quello che essa è volta a difendere. Nel caso qui descritto è evidente che la libertà della signora Bianchi sia un bene prevalente rispetto all'interesse dei coniugi all'integrità delle loro proprietà. Al tempo stesso, tuttavia, secondo l'Autore, non necessariamente esso dovrebbe prevalere anche *in maniera essenziale* su quest'ultimo. L'applicazione analogica della clausola di cui al § 228 BGB opererebbe, dunque, nel caso concreto, in favore dei coniugi Rossi, giustificandone l'agire. Secondo questa ricostruzione dei fatti, tutti i requisiti del generale principio di necessità difensiva sarebbero integrati; e poiché i coniugi conoscevano e si erano rappresentati le



circostanze rilevanti, anche i profili soggettivi della giustificante lo sarebbero. La coppia, dunque, non sarebbe punibile per il reato di sequestro di persona.

Attraverso la disamina di questo caso peculiare, Hruschka dà quindi applicazione a quella “necessità difensiva” che, a suo parere, non dovrebbe limitarsi a scriminare le condotte che offendano beni patrimoniali. Ulteriore esempio applicativo di questa tacita e più ampia necessità difensiva, vera e propria scriminante “*praeter legem*”, potrebbe trarsi, secondo l’Autore, da Lenckner<sup>525</sup>. Quest’ultimo, in particolare, proponeva di figurarsi il caso di un soggetto che di sera versasse ai propri ospiti del vino avvelenato, per farli dormire, sapendo che essi intendono derubarlo nella notte. In un caso siffatto, notava Lenckner, il soggetto non disporrebbe di altro strumento di “difesa”: anche qui, infatti, egli non avrebbe potuto invocare, per *inattualità* del pericolo, la difesa legittima. La causa giustificante dell’azione, intuitivamente non illecita, si sarebbe allora dovuta radicare proprio in una generale difesa di necessità: posizione, questa, che, al pari di quella di Hruschka, implica l’esistenza di un tacito principio che consentirebbe al soggetto di “non tollerare” offese alla propria sfera giuridica per le quali egli non possa e non debba essere chiamato a rispondere. Si tratta, in particolare, di una di quelle che Hruschka definisce come giustificanti “extra-sistematiche”.<sup>526</sup> “*Ein extrasystematischer Rechtfertigungsgrund formuliert eine Ausnahme zu dem Grundsatz, daß die Verhaltensanweisungen der Regelsystem zu befolgen seien, auf das er sich bezieht. Dieser Grundsatz ist (...) kein Element des Systems selbst. Er steht vielmehr, wie es in der Sprache heutiger Semiotik heißt, gegenüber den Regeln des Systems auf einer Metastufe, formuliert dem System gegenüber eine Metaregel*“.<sup>527</sup>

Secondo Joachim Hruschka, ammettere l’esistenza di questa generale *Defensivnotstandsbefugnis*, configurata nel modo appena proposto, è conseguenza del tutto logica e razionale, soprattutto alla luce di tutte le articolate considerazioni già svolte in merito alla necessità e ai doveri di azione e di tolleranza che da essa derivano in capo ai diversi soggetti. Non a caso, egli sottolinea, proprio questa “tacita scriminante” fu per molti anni invocata dalla giurisprudenza tedesca, quantomeno sino alla riforma del codice penale del 1975, proprio nelle vesti di una giustificante “extra-normativa” di necessità difensiva – una *aussergesetzlicher Rechtfertigungsgrund* – da accostarsi a quella di cui al § 34 StGB<sup>528</sup>.

---

<sup>525</sup> Cfr. T. LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 102.

<sup>526</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Extrasystematische Rechtfertigungsgründe*, in *Festschrift für Dreher*, 1977, pp. 189 e ss.

<sup>527</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Ibid.*, p. 190.

<sup>528</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 135.

Detta scriminante, tuttavia, ed è questo il più rilevante monito del professore di Norimberga, non deve affatto dedursi, *per analogia*, da tale ultimo articolo, dalla necessità c.d. “giustificante”. Non è il principio di bilanciamento di interessi, infatti, disciplinato al § 34 StGB, a doversi applicare in maniera estensiva/analogica, ma è, invece, al principio, alla *ratio* sottesa al § 228 BGB che l’interprete deve guardare. In altri termini, è dal *principio* della “*Defensivnotstand*”, e dai doveri di azione e di tolleranza che da esso scaturiscono, che si ricava il “generale” principio difensivo; non già da una norma che, come già si è chiarito, è volta a regolare situazioni ben diverse, casi in cui è l’aggressione ad essere “necessitata”.

Secondo l’Autore, inoltre, – i cui scritti risalgono a un tempo in cui questo argomento, ora soppiantato dalla strana logica del “diritto alla salute riproduttiva”, riscuoteva ancora un certo successo –, la *ratio* di questa tacita necessità difensiva sarebbe anche alla base delle previsioni di non punibilità dell’aborto, ex § 218, Abs 1, StGB. Tale disposto prevede l’eccezionale non punibilità dell’interruzione di gravidanza, generalmente illecita, ove essa sia “medicalmente indicata”, ovverosia nei casi in cui l’uccisione del feto o dell’embrione rappresentino *misura idonea* a salvare la vita della gestante o ad evitare gravi danni alla sua salute<sup>529</sup>. In questi casi l’idoneità della condotta è imposta dalla formula: “(...) *und die Gefahr nicht auf eine andere für sie [la gestante] zumutbare Weise abgewendet werden kann*” [(...) e non sia esigibile dalla gestante il ricorso a metodo differente per evitare il pericolo altrimenti]. La norma non si riferisce, dunque, ad alcun “*principio di bilanciamento*”, né a “*clausole di proporzionalità*”. Lo stesso legislatore ha ritenuto, autoritativamente, che, in caso di pericolo per la vita o per la salute della madre, i suoi interessi prevalgano sempre sul diritto dell’embrione o del feto alla vita: in altre parole, e nei termini di cui al § 228 BGB, quello del nascituro è un interesse che *non prevale essenzialmente* su quelli della gestante.

Proprio il caso di un *omicidio “medicalmente indicato” del concepito*, invero, fu all’origine, giurisprudenziale, della scriminante – intrasistemica – di necessità, sviluppatasi in Germania proprio a partire da un generale concetto – extrasistemico – di necessità difensiva<sup>530</sup>.

---

<sup>529</sup> § 218 StGB: „(1) Wer eine Schwangerschaft abbricht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Handlungen, deren Wirkung vor Abschluß der Einnistung des befruchteten Eies in der Gebärmutter eintritt, gelten nicht als Schwangerschaftsabbruch im Sinne dieses Gesetzes. (2) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter 1. gegen den Willen der Schwangeren handelt oder 2. leichtfertig die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung der Schwangeren verursacht. (3) Begeht die Schwangere die Tat, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe. (4) Der Versuch ist strafbar. Die Schwangere wird nicht wegen Versuchs bestraft.“

<sup>530</sup> Si tratta della sentenza RGSt 61, (1927) 242. Su tale sentenza e su quelle, di poco successive, con le quali il *Reichsgericht* conferì diritto di cittadinanza nell’ordinamento tedesco al c.d. stato di necessità “sovralegale”, cfr. la celebre nota di E. SCHMIDT, *Das Reichsgericht und der übergesetzlicher Notstand*, in *ZStW*, n. 49, 1929, p. 350, nonché 273

L'ordinamento tedesco, pertanto, in passato riconosceva l'operatività di un generale principio di giustificazione fondato sulla necessità difensiva; l'introduzione del § 34 StGB, allora, che come detto riguarda casi – e si fonda su principi – *diversi* da quest'ultima, è una norma che non muta i termini della questione. Limitandosi a regolare casi di necessità “aggressiva”, essa si coordina e si affianca a quella di cui il § 218, Abs. 1, StGB è applicazione, e che necessita di essere compiutamente disvelata.

*B. Tizio minaccia Caio brandendo un manganello. Caio, temendo, ragionevolmente, che Tizio possa colpirlo alla testa, gli sferra un pugno al mento. A seguito della percossa, Tizio abbandona il precedente proposito violento. Caio è anche un noto mezzofondista: invece di colpire Tizio al mento, avrebbe potuto fuggire con successo, senza pericolo di essere da questi raggiunto.*<sup>531</sup>

La questione sottesa al caso in esame, evidentemente, concerne la punibilità di Caio per lesioni volontarie ai danni di Tizio. Non v'è dubbio, infatti, che i requisiti oggettivi e soggettivi del reato di cui al § 223 StGB siano realizzati. La prima giustificante che potrebbe invocarsi è, ancora una volta, quella della *legittima difesa*. E, posto che la minaccia di aggressione era indubbiamente attuale al momento della reazione, oggetto di analisi è qui, semmai, il requisito di *idoneità* della medesima. Il pugno inferto da Caio all'aggressore, infatti, potrebbe non reputarsi *unica* via di difesa, stante la possibilità di questi di fuggire. Una più attenta disamina della scriminante, tuttavia, dimostra che la fuga dell'agredito non era pretesa dall'ordinamento, come di seguito si illustrerà.

Stando al primo comma del § 32 StGB, in particolare, *non agisce antigiuridicamente* colui che commetta il fatto perché costretto da quella che l'ordinamento tedesco semplicemente definisce “*Notwehr*”, “legittima difesa”. Detto termine, tuttavia, se non “specificato” dalle condizioni previste al suo secondo comma, potrebbe essere tradotto altresì *semplicemente* con quello di *difesa*: con ciò potendosi dire che “non agisce antigiuridicamente colui che compia il fatto perché costretto dalla *necessità di difendersi*”. L'Absatz 1, § 32 StGB sancisce, pertanto, perentoriamente, *l'intrinseca non antigiuridicità di un fatto la cui realizzazione sia imposta (costretta) dalla difesa*. A tale proposito, Hruschka rileva come nessun terzo giudicherebbe antigiuridica una condotta che egli intuitivamente percepisca e interpreti come “compiuta *per difendersi*”, “*allo scopo*” di difendersi. L'imporsi dell'azione difensiva, il fatto che la sua realizzazione rappresenti una scelta “costretta” per l'autore, integrerebbe di per sé il requisito

---

la precisa ricostruzione di M. WACHINGER, *Der übergesetzlicher Notstand nach der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichts*, in *Festschrift für Frank*, 1930, vol. I, p. 469.

<sup>531</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, cit., pp. 135-136.

d'idoneità di cui già si è parlato: e proprio per tale ragione potrebbe dirsi che *non è antigiuridico il fatto idoneo alla difesa*. Ove a detta considerazione si aggiunga la valutazione degli ulteriori "requisiti" della *Notwehr*, previsti all'Abs. 2 della stessa norma, ne deriva che il fatto *continua ad essere non antigiuridico a condizione che* la condotta si rivolga ad una *aggressione attuale e ingiusta* e sia *idonea alla difesa*. Ciò significa che, secondo l'Autore – che difendendo tale pensiero si unisce, in realtà, a quella che, sino al 1800, era stata la prevalente e tradizionale interpretazione dell'istituto –, il carattere di "costrizione" e quello di "idoneità alla difesa" non sono i *motivi legittimanti* la scriminabilità dell'azione difensiva: essi, invece, ne costituiscono la *misura*. Tali requisiti, in altri termini, sono meglio definibili come quegli "indizi" che permetteranno al terzo giudicante di comprendere se davvero la condotta fosse un'azione di difesa "*imposta dalle circostanze*".<sup>532</sup>

Da un lato, pertanto, idoneità e necessità sono i tratti caratterizzanti la difesa consentita dall'ordinamento; dall'altro, la difesa è di per sé consentita, e pienamente legittima, per il solo ricorrere della "*situazione*" di legittima difesa, per la sussistenza, cioè, di un'aggressione tanto ingiusta quanto attuale. Ebbene, se il criterio dell'*idoneità* della difesa è *soltanto il limite* che l'ordinamento impone alla liceità della difesa, la fuga di Caio, nel caso concreto, non poteva né doveva essere oggetto di pretesa penale. Non è un caso, peraltro, tanto secondo il professore tedesco quanto a parere di chi scrive, che la difesa legittima sia così disciplinata: la configurazione dell'istituto, infatti, è coerente con quel pensiero di stampo e di matrice "liberali" che ne fu origine giustificativa (e che è anima del moderno diritto criminale). In base ad esso, colui che sia vittima di illecita aggressione, come anche chi veda aggredito o minacciato un proprio interesse giuridicamente tutelato, *non è obbligato* a evitare detta minaccia, *ma può*

---

<sup>532</sup> Eccellente esposizione delle ragioni che hanno condotto alla contemporanea – e fallace – interpretazione dell'istituto, a dimenticare, cioè, che l'azione difensiva è giusta *in se stessa*, in ragione dell'*intenzione* che ne muove l'autore, è quello di recente proposto da M. RONCO, *La dottrina del doppio effetto degli atti umani e la legittima difesa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2, 2014, pp. 799 – 823. L'Autore sottolinea, in particolare, come "il confronto oggettivo tra i beni in conflitto rischia di diventare incongruamente il requisito fondante della legittima difesa, comprimendo in guisa inaccettabile il momento soggettivo della scriminante. Vero che il *modus* della reazione, insieme al *tempus*, è essenziale nell'applicazione giudiziaria. Ma tanto *modus* quanto *tempus* sono indicatori esterni in ordine alla sussistenza della *causa* che, essendo interna al soggetto, necessita di essere esplorata attraverso la valutazione oggettiva dell'azione, essa soltanto percepibile in modo diretto dall'osservatore esterno." M. RONCO, *Ibid.*, p. 812.

*reagire* all'altrui attacco<sup>533</sup>. Quest'ultima considerazione è tradizionalmente riassunta dalla massima: *"il diritto non è tenuto a cedere all'ingiustizia"*<sup>534</sup>.

Base giustificativa della "legittima" difesa, inoltre, secondo l'Autore, è che gli individui siano tutti tenuti, gli uni verso gli altri, al reciproco rispetto dei divieti imposti dal diritto penale (divieto di uccidere, di rubare, di danneggiare, ecc.). Ove taluno sia prossimo alla violazione dell'obbligo che è chiamato a rispettare *verso* l'altro, quando stia per violare il *dovere* che lo lega al consociato, verrebbe meno anche l'obbligo di quest'ultimo di rispettare, nei confronti del primo, il medesimo divieto. Ponendosi, infatti, a presupposto del diritto, *l'uguaglianza* dei cittadini, il dovere di ciascuno di rispettare le regole e di adempiere ai propri obblighi non potrebbe che fondarsi, secondo Hruschka, su un principio spesso trascurato ma non per questo meno importante: la *reciprocità*. Mancando, dunque, la *reciprocità dell'impegno*, anche l'obbligo altrui di rispettare la regola verrebbe meno.

Nella società attuale, tuttavia, contrassegnata dalla "statualità del diritto", diverse sarebbero le direttrici di pensiero. Nonostante i proclami liberali, infatti – dice Hruschka –, lo stato moderno, e, con esso, il suo ordinamento positivo, posseggono una forte dimensione autoritaria; quest'ultima starebbe, invero, alla base stessa della moderna idea di stato e ne informerebbe il concetto di legalità. Il rispetto delle norme, e dei doveri che esse impongono, non si baserebbe, allora, sulla *reciprocità* della loro osservanza, bensì su di un *obbligo che lega il cittadino allo stato*, un dovere cui questi sarebbe tenuto *nei confronti della società nel suo complesso*. In virtù di tale impostazione "istituzionale", solamente lo stato avrebbe *"diritto di reagire"* alle aggressioni e di preservare l'ordine sociale, anche con la forza. Conseguentemente, la legittima difesa non dovrebbe nemmeno esistere come istituto giuridico, se non mantenendosene in vita una versione estremamente limitata, ridotta, interpretata nelle minime forme di una *"necessità difensiva"*.

Ebbene, non pochi penalisti concorderebbero sul fatto che proprio questa sia la prospettiva che meglio riassume le contemporanee e maggioritarie tesi dottrinali in tema di difesa legittima: tesi che informano pronunce giudiziali nelle quali, quasi sistematicamente, detta scriminante è, se non negata, certamente applicata con estrema rigidità. La giurisprudenza contemporanea, invero,

---

<sup>533</sup> Magistrale, al riguardo, l'esposizione di Carrara: "Quando (...) ho difeso la mia vita o l'altrui dal pericolo di un male ingiusto grave e non altrimenti evitabile, che minacciava l'umana persona non ho bisogno di scusa: ho esercitato un *diritto*: vero e sano *diritto*: e meglio può dirsi un vero e sacro *dovere*, perché tale è la vera conservazione della propria persona". F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, parte generale*, vol. I, F.lli Cammelli, Firenze, 1902, p. 271. Hruschka esponeva già questo pensiero, anche scendendo in maggior dettaglio, in uno scritto precedente al proprio "Manuale": J. HRUSCHKA, *Festschrift für Dreher*, 1977, p. 198 e ss.

<sup>534</sup> "... *das Recht dem Unrecht nicht zu weichen braucht*", J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, cit., p. 137.

è connotata, secondo Hruschka, da orientamenti che puntano al totale discredito dell'istituto, spesso ridicolizzato e retoricamente – e pregiudizievole – ritenuto espressione di una “morale dell'assassino” – “*Totschlägermoral*”.<sup>535</sup> Siffatte espressioni, largamente diffuse, come anche lo spirito che le anima, potrebbero in futuro condurre, secondo l'Autore, alla concreta e definitiva eliminazione della legittima difesa, già molto osteggiata, dai codici penali; per questo motivo, quantomai opportuno è aver ben chiari i problemi che da ciò scaturirebbero, primo fra tutti quello di muoversi verso un sistema di diritto *totalitario* e, senza dubbio, profondamente illiberale.

Al contrario, gettare nuova luce sulla menzionata “reciprocità”, e con ciò porre, in particolare, la “*Gegenseitigkeit*” del rispetto delle norme alla base stessa del diritto di “agire per difendersi”, permetterebbe, in relazione al caso concreto, di affermare che, ex § 32 StGB, la possibilità di fuga di cui Caio disponeva, benché priva di rischi per la sua integrità fisica, non sarebbe valsa ad escludere il suo *diritto di difendersi*, la sua *Notwehrbefugnis*.

Sempre in relazione a questa peculiare ipotesi concreta, ci si potrebbe ancora interrogare sulla concreta applicabilità, ad essa, della più generale scriminante di “necessità difensiva”. A tal proposito, sembrerebbe doversi sin da subito escludere che la *ratio* del § 228 BGB possa attagliarsi alla situazione in esame. Infatti, se è vero, da un lato, che la minaccia subita da Caio proveniva da Tizio e che proprio verso quest'ultimo, e dunque verso la medesima sfera di interessi dalla quale promanava il pericolo, si dirigeva la reazione difensiva, è altresì vero, dall'altro lato, che, sempre ai sensi del § 228 BGB, tale difesa non si sarebbe potuta dire “idonea”: l'idoneità cui tale norma rimanda è soltanto quella derivante da una “*inevitabilità altrimenti*” del pericolo, come ormai più volte ricordato, ma in questo caso, lo si è visto, Caio disponeva della possibilità di fuggire.

Il caso in esame ci consente, dunque, di isolare e descrivere un'importante differenza intercorrente tra la *generale liceità* di una difesa necessitata (*Defensivnotstandsbefugnis*), tacitamente implicita al sistema (“scriminante *extra-legislativa*”), e la positivizzata e ben più forte giustificazione di difesa legittima (*Notwehrbefugnis*).

---

<sup>535</sup> Secondo l'Autore vi sarebbe oggi una duplice tendenza giurisprudenziale: da un lato, infatti, le corti si mostrerebbero pronte ad applicare ogni tipo di scusa alla condotta dell'aggressore, colpevolmente realizzata; dall'altro, esse propenderebbero ad una sempre più severa punizione di colui che “autonomamente” si difenda. Tale contraddizione “valoriale”, era stata rilevata in precedenza da W. HASSEMER, *Festschrift für Bockelmann*, 1979, p. 225 e ss. Nella dottrina italiana tale è l'opinione di: M. RONCO, voce “*Legittima difesa*”, in *Digesto pen.*, Agg. IV, tomo II, Utet, 2008, p. 642; ID., *La vittima nel diritto penale e la legittima difesa*, in *Cristianità*, 330-331, 2005.

## 1. La difesa legittima,

ovvero la reazione difensiva volta ad evitare un “aggressione attuale ed ingiusta” è *di norma* consentita. Detta reazione trova il proprio *limite* nella propria stessa “*idoneità*” (*Erforderlichkeit*) ad evitare l’offesa.

## 2. L’aggressione difensiva di necessità,

ossia la condotta che rappresenta difesa contro un “imminente pericolo”, è *eccezionalmente* consentita, *soltanto se* il pericolo non possa essere evitato altrimenti: se non possa essere evitato che attraverso quella concreta aggressione.

In relazione all’esempio qui riportato, non sarebbe necessario, secondo Joachim Hruschka, approfondire quell’ulteriore aspetto della difesa legittima, sia pur molto importante, concernente il ruolo della “proporzione” tra offesa e difesa. Sotto tale profilo, resterebbe da comprendersi, invero, se all’*idoneità* della reazione debba anche aggiungersi, quale ulteriore presupposto di legittimità, il suo essere *commisurata, proporzionata* all’aggressione subita, come previsto, ad esempio, dal § 3 del codice penale austriaco e dall’art. 52 c.p. Detta questione non sarà affrontata, in queste pagine, con la profondità che meriterebbe; ma alcune notazioni sono imprescindibili.

Quanto alla dottrina tedesca, lo stesso Autore non intende omettere, in proposito, un preciso monito metodologico. L’appena menzionata questione giuridica, avverte Hruschka, non deve essere affrontata e risolta, come invece spesso accade, “confondendo” i diversi elementi costitutivi dell’istituto, i loro presupposti, il loro significato. Ad esempio, il termine “*geboten*”, che nulla ha a che fare con la “proporzionalità” e che, al § 32 StGB, indica l’immancabile “costrizione” dell’agire difensivo, è talvolta citato da dottrina e giurisprudenza tedesche a fondamento di una proporzionalità implicitamente richiesta per una difesa *lecita*. Questa opinione, tuttavia, segnala l’Autore, non convince: si tratta, in effetti, di un argomento affatto caratterizzato da *necessità logica*, al più qualificabile come frutto di *una specifica* interpretazione – tra le molte possibili – dell’istituto in esame; un’interpretazione discrezionale, previamente e tacitamente adottata dall’interprete. Come il “metodo” di lavoro adottato dal professor Hruschka si propone di mostrare, tuttavia, diverso è il compito cui è chiamato il giurista positivo. Quest’ultimo, infatti, da un lato, ha il dovere di discernere *ciò che tale è per necessità di ragione* da ciò che, invece, è *frutto di opinione*; dall’altro, e soprattutto, egli ha l’obbligo di tenere ben presenti, fermi e distinti i diversi elementi costitutivi della norma, rispettandone l’oggettiva portata: la paura di non poter pervenire, in base ad essi, a una soluzione ritenuta “soddisfacente”,

non ne giustificerebbe mai la commistione, giacché ad essa conseguono falsificazione e, infine, arbitrio.

Quanto alla dottrina italiana, la necessità di maggior chiarezza in merito ai contenuti ed al significato del requisito di proporzione è altrettanto urgente. Nel nostro Paese si assiste, infatti, come segnalato da Ronco, all'insistenza con cui una parte della dottrina penalistica e della giurisprudenza prevalenti invocano "una interpretazione del requisito della proporzione, che schiaccia la legittima difesa in confini operativi sempre più ristretti. Si tende, infatti, da parte di molti esperti e operatori giuridici, a impostare il giudizio di bilanciamento in ordine al requisito della proporzione esclusivamente fra il valore dei beni in conflitto."<sup>536</sup> Tuttavia, come il citato Giurista ricorda, non è questa la giusta interpretazione del requisito di cui all'art. 52 c.p. In particolare, "in questo modo si trascura il fatto che la condotta difensiva è di valore qualitativamente superiore a quella offensiva, perché spesa, oltre che per la tutela di un bene particolare, altresì per garantire validità e stabilità all'ordine giuridico. (...) Il mero confronto fra i beni in conflitto, pertanto, non esprime in modo corretto i termini del giudizio di proporzione, perché non tiene conto della differenza qualitativa, in ragione del valore giuridico radicalmente diverso, fra l'aggressione e la difesa, e perché, conseguentemente, non fornisce un fondamento adeguato alla tutela della vittima, lasciando, per giunta, del tutto sprovvisti di tutela i beni di tipo patrimoniale."<sup>537</sup> Fondare il giudizio di proporzione sulla comparazione tra beni, anziché tra azione e reazione, infatti, dimentica che il più delle volte l'aggressore patrimoniale non può essere realmente fermato se non mediante un'azione che ne offenda l'incolumità. Una siffatta interpretazione escluderebbe, pertanto, la stessa invocabilità dell'istituto da parte della vittima e, di conseguenza, ne porrebbe nel nulla il diritto di autotutela.

### **3.12. Difesa legittima e azioni "non imputabili".**

*C. Tizio, infermo di mente, scappa dall'ospedale psichiatrico e minaccia Caio brandendo un manganello. Caio ragionevolmente teme che Tizio lo colpisca alla testa e gli sferra un pugno al mento che fa desistere il primo dal suo proposito violento. Caio avrebbe potuto fuggire senza mettere in pericolo la propria integrità.<sup>538</sup>*

---

<sup>536</sup> Cfr. M. RONCO, *La vittima nel diritto penale e la legittima difesa*, in *Cristianità*, 330-331, 2005.

<sup>537</sup> *Ibidem*.

<sup>538</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, cit., p. 139.



Guardando, ancora una volta, alla concreta punibilità del soggetto che reagisca all'aggressione in atto, la questione giuridica rilevante è qui quella concernente l'eventuale ascrivibilità a Caio del reato di lesioni personali volontarie. Non riscontrandosi motivi di dubbio quanto all'avvenuta integrazione della tipicità, tanto oggettiva quanto soggettiva, della fattispecie, vuolsi indagare, in particolare, l'eventuale applicabilità della scriminante di legittima difesa a tale condotta.

In primo luogo, in relazione alla definizione di quell'*aggressione* rilevante ai sensi del § 32 StGB, tesi maggioritaria in giurisprudenza è che tale sia *qualunque minaccia*, proveniente da altro soggetto ed avente ad oggetto l'offesa a un interesse giuridicamente tutelato. Pertanto, poiché Tizio è un individuo dal quale effettivamente promanava minaccia di offesa all'integrità fisica di Caio, questi giustamente avrebbe guardato all'altrui condotta come ad una vera e propria *aggressione*, per di più connotata da attualità e da antigiuridicità. Alla luce di tale constatazione, Caio godeva di una *Notwehrbefugnis*: era legittimato ad agire a propria difesa e non era costretto a fuggire, esattamente come al caso precedente. E, come nel caso precedente, anche qui, per le stesse ragioni, egli non sembrerebbe aver superato i "limiti" che l'*idoneità* imponeva: il reato di lesioni sarebbe dunque giustificato, vera e propria ipotesi di difesa legittima.

Tale soluzione, tuttavia, non coincide affatto con quella tipicamente proposta dalla dottrina dominante in Germania. Ben più spesso, infatti, rileva Hruschka, essa ritiene che la difesa legittima, sebbene non da escludersi completamente, debba rispettare, ove rivolta contro minorenni, malati mentali, o soggetti per altra ragione ugualmente "non imputabili", limiti più stringenti. In particolare, si ritiene che, se all'agredito sia possibile la fuga, la di lui difesa "attiva" non debba né possa essere giustificata<sup>539</sup>. Plurimi, però, obietta Hruschka, sono i motivi di critica a una tale impostazione. In particolare, non è tanto la *conclusione* cui per essa si giunge ad essere errata – ché, al contrario, in molte occasioni può rivelarsi addirittura riduttiva, permettendo anche "troppo" all'agredito –; sono, piuttosto, i passaggi logici dell'argomentare, le affermazioni che conducono alla formulazione di questa particolare tesi a non godere di sufficiente – e soddisfacente – base giustificativa.

In particolare, il ragionamento a sostegno dell'inapplicabilità dell'istituto nella sua forma piena, e in base al quale colui che sia aggredito da soggetto "non imputabile" dovrebbe interpretare in maniera assai riduttiva la propria *Notwehrbefugnis*, si svolge secondo il seguente schema. Da un

---

<sup>539</sup> Sebbene non sia questa, in via generale, l'opinione dominante - *expressis verbis* - nella dottrina nazionale, è altresì vero che i parametri di necessità e di proporzione sono valutati, in relazione all'offesa proveniente dall'incapace, in maniera più rigorosa. Con ciò, essa non si allontana di molto dalle conclusioni raggiunte, e qui criticate, della dottrina d'oltralpe. Sul punto: N. PISANI, *La legittima difesa*, in M. RONCO, *Commentario sistematico al codice penale, Il reato*, II, cit. p. 737; M. RONCO, *sub. Art. 52 c.p.*, in M. RONCO, S. ARDIZZONE, B. ROMANO, *Codice penale commentato*, cit., pp. 387 – 388.

lato, il concetto di *aggressione* di cui al § 32 StGB è interpretato in maniera tanto estesa da poter essere applicato *anche* ai casi in cui essa *provenga da soggetti non imputabili*; dall'altro, anziché ammettersi, come sarebbe logico, che, anche rispetto a questi ultimi, la legittimità della difesa dipenda dal rispetto dei requisiti imposti dalla norma scriminante, si ritiene che, ove rivolta a non imputabili, l'azione difensiva debba soggiacere a diverse limitazioni. L'irricevibilità di un tale ragionare è manifesta: non offrendosi, infatti, una *diversa* definizione dell'aggressione, eventualmente declinata in base alla *qualità* di colui che agisca, la difesa non può soggiacere a differenti discipline quando *tutti i requisiti per la piena applicabilità* dell'istituto siano, in concreto, parimenti integrati. La criticata "conclusione" dottrinale, invero, non meriterebbe nemmeno, secondo l'Autore, di chiamarsi *conclusione*: essa, infatti, non "conclude" alcunché, non discendendo logicamente dalle premesse date, bensì contraddicendole. Si tratta, in altre parole, di una tesi che è espressione di un intuitivo argomentare, anziché frutto del logico dipanarsi di un pensiero razionale. E' per queste ragioni che tale posizione, tutt'oggi dominante in dottrina, non deve né può essere *silenziosamente* accolta, ma dev'essere, invece, *apertamente criticata*. Giova sottolineare, ancora una volta, come Hruschka non critichi il *contenuto*, il merito della menzionata conclusione, ma il *metodo* adottato: il ragionamento, del tutto arbitrario e sottaciuto, che ad essa conduce.

Per mantenersi negli ambiti di una logica rigorosa e non contraddittoria, è necessario, invece, onde escludere la scriminabilità ex § 32 StGB della difesa che offenda il soggetto non imputabile, *abbandonare la definizione di "aggressione" appena ricordata*: ché non solo non è l'unica possibile, ma che è altresì lontana, secondo Hruschka, da ciò che il soggetto comune, *l'uomo della strada*, interpreterebbe come tale. Un esempio aiuterà a comprendere le ragioni di tale abbandono e le conseguenti scelte ermeneutiche. Si immagini che un soggetto, Tizio, stia per cadere, per propria disattenzione, dalla sedia sulla quale è seduto; e che da tale caduta possa derivare una lesione alla testa di Caio, disteso accanto a lui. Ebbene, anche guardando alla prossima, potenziale offesa all'integrità fisica di Caio, nessuno parlerebbe – ragionevolmente – di una (imminente) "aggressione" a suo danno. Nel linguaggio comune, infatti, la parola "aggressione" indica un agire *volontario e doloso*, una condotta pienamente intenzionale dell'autore. Adottare il criticato orientamento dottrinale, invece, costringerebbe a qualificare anche la caduta dalla sedia – involontaria quanto l'agire di un incapace -, che possa, per mera disattenzione, causare offesa a Caio, in termini di "aggressione". Ebbene, tracciando un parallelismo tra questa e altre situazioni giuridicamente rilevanti, Hruschka ricorda come, da un lato, al non imputabile non si imputi, di norma, la violazione del precetto penale (§ 20 StGB; art. 85 c.p.); e come, dall'altro, la legittimità dell'azione difensiva sia conseguenza del fatto che

l'aggressore, realizzando la propria condotta, abbia *violato* un preciso divieto, il cui rispetto è oggetto di *pretesa* della sua controparte.

Ad escludere, allora, l'applicabilità del § 32 StGB alla difesa che sia volta a respingere l'azione di un non imputabile, non sono altro che quelle stesse "regole di imputazione", le *Zurechnungsregeln* già analizzate ai capitoli precedenti. In particolare, dovrà escludersi il carattere "aggressivo" dell'agire del non imputabile (per *incapacità totale*), non potendo il fatto essergli, per l'appunto, *imputato al primo livello*; e non sarebbe "aggressione" nemmeno il cadere dalla sedia, mero fatto, altrettanto non imputabile.

Può dirsi, allora, che *correttamente* la dottrina dominante ritiene che il principio di "conservazione" del diritto non abbia valore – o ne abbia uno soltanto relativo – rispetto ad offese provenienti da soggetti non imputabili<sup>540</sup>. *Errata*, però, è la corrente limitazione della condotta difensiva, fondata su di un argomento "a sorpresa", sancita in una fase ormai conclusiva del ragionamento e priva di concrete specificazioni. Specificazioni che, al contrario, ben possono trarsi da un argomentare logico e razionale, quale quello suggerito da Joachim Hruschka. In effetti, se a fondamento della legittima difesa si ponga il principio di "conservazione" del diritto, *quando "l'aggressione" provenga da un non imputabile è la stessa situazione di necessaria difesa a venire a mancare*. In particolare, il motivo per cui all'agredito non spetta, in tal caso, il diritto di difendersi, consiste nel fatto che *nemmeno un'aggressione* ricorre: non vi può dunque essere "bisogno", tantomeno "spazio", per la relativa reazione. In conclusione, il diritto di agire in legittima difesa avverso il non imputabile è da escludersi perché sarà il medesimo "atto violento" a non potersi qualificare come condotta rilevante. La reazione del soggetto a una tale *azione* – ché, seguendo la teoria hruschkiana, e le sue origini kantiane, resterebbe *Handlung* e non diverrebbe *That* – non può, pertanto, essere scriminata; è fatto giuridicamente rilevante e illecito.

Una simile situazione, come già si accennava<sup>541</sup>, si verifica anche in Italia, ove, però, il dibattito si muove attorno alla definizione di quell'*ingiustizia* che deve caratterizzare l'offesa, ex art. 52 c.p., perché la difesa possa essere scriminata. Se, da un lato, vi è chi ritiene, restrittivamente, che ingiusta sia soltanto, a tal fine, la condotta *contra jus* (non necessariamente qualificata come reato, ma vietata e sanzionata dall'ordinamento giuridico)<sup>542</sup>; dall'altro, la dottrina dominante è

---

<sup>540</sup> "Zweifellos hat die herrschende Lehre recht, wenn sie darauf verweist, daß das „Rechtbewährungsprinzip gegenüber den Attacken von Geisteskranken keine oder nur eine geringe Bedeutung habe – vorausgesetzt daß (...) das Recht dem Unrecht nicht zu weichen braucht“. J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, cit., p. 141 – 142.

<sup>541</sup> Cfr. *supra*, nota 539.

<sup>542</sup> Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, II, IV ed., 1987, p. 390, secondo il quale avverso condotte *non jure* potrebbe darsi solo il ricorso allo stato di necessità.

dell'idea che la difesa sia legittima anche in caso di offese compiute *non jure*: in relazione, cioè, a condotte non esplicitamente autorizzate né imposte da un obbligo giuridico, nonché insuscettibili di sanzione<sup>543</sup>. Tra queste rientrano, evidentemente, non solo le aggressioni non colpevoli (perché compiute da soggetti privi di dolo o colpa, o non imputabili), ma anche quelle realizzate da chi goda di immunità, agisca in stato di necessità o in forza di un ordine illegittimo vincolante. Questo secondo e maggioritario orientamento, tuttavia, si scontra poi con una “più restrittiva” considerazione di quei requisiti di *necessità* e di *proporzione* che, sempre ex art. 52 c.p., la condotta difensiva dovrebbe possedere, per mantenersi lecita, in circostanze siffatte<sup>544</sup>. La più limitata operatività della scriminante, però, non si ricava da alcuna norma scritta. Tale soluzione, inoltre, pretende, da colui che reagisca all'offesa arrecata *non jure*, un non meglio argomentato *affievolimento* del proprio diritto all'autotutela, con ciò contraddicendosi, a parere di chi scrive, la natura stessa dell'istituto. Una simile tesi, infatti, non può che radicarsi sull'idea che la difesa legittima equivalga a *una facoltà che lo Stato riconosce al cittadino, sulla base di una complessiva valutazione degli interessi in gioco e in virtù di una decisione di “delegare” a quest'ultimo la pubblica funzione della lotta contro l'illecito*, al ricorrere di certi presupposti; solamente fondandosi su tale premessa, infatti, il primo potrebbe limitarne o ampliarne, secondo le circostanze, l'efficacia<sup>545</sup>. Chi scrive aderisce, invece, a una diversa ricostruzione dell'istituto, secondo la quale la scriminante della *difesa legittima è espressione del fondamentale diritto, naturale e soggettivo, di difendere se stessi*<sup>546</sup>. A rilevare, a *fondare* la legittimità della reazione, allora, non è *tanto* una considerazione degli “interessi in gioco” – ove debbano pesare, ad esempio, il *quantum* di ingiustizia dell'offesa o la *qualità* dell'aggressore –; è, invece, la *volontà di colui che si difende*, la sua concreta *intenzione*, intrinsecamente *giusta*, a definire la legittimità della condotta reattiva. Pertanto, agirà “*se defendendo*”, sia pur solamente dal punto di vista soggettivo, chiunque ragionevolmente *percepisca* l'attuale pericolo di un'offesa ingiusta ai propri diritti; e ciò certamente può avvenire, *pienamente*, anche nel caso di offesa promanante da un incapace (o da soggetto immune). Non sussistendo “realmente”, del resto, in tali circostanze, *l'ingiustizia* dell'offesa, l'interprete dovrà stabilire se la vicenda concreta, non scriminabile ex

---

<sup>543</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *cit.*, p. 269; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, parte generale, 2003, p. 441. La tesi di Pagliaro si sviluppa, peraltro, su una definizione di *ingiustizia* in termini di “contrarietà alle valutazioni sociali di giustizia che costituiscono il substrato sostanziale del nostro ordinamento giuridico”.

<sup>544</sup> Argomento che si rifà, peraltro, alle tesi esposte dalla dottrina tedesca: K. MARXEN, *Die “sozialethischen” Grenzen der Notwehr*, Francoforte, 1979, p. 21; P. BOCKELMANN, *Notwehr gegen verschuldete Angriffe*, in *Festschrift für Honig*, 1970, p. 19.

<sup>545</sup> Per la valorizzazione dell'azione difensiva come strumento sanzionatorio contro l'illecito realizzato dall'aggressore, come strumento di esercizio di una pubblica funzione delegata dallo stato cfr. V. MANZINI, *cit.*, p. 379; e R. A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, II, 1958, p. 316.

<sup>546</sup> Così anche per M. RONCO, *sub art. 52 c.p.*, *cit.*, p. 385.

art. 52 c.p., abbia ciononostante dato vita a un *errore incolpevole* dell'agredito, non punibile ex art. 59, co. 4, c.p..

L'esenzione da pena che da tale norma discende, invero, renderebbe priva di valore qualunque "ragione di giustizia" addotta al tentativo di definire *ingiusta* l'azione che, come Hruschka puntualmente rileva, non può nemmeno ascriversi alla *volontarietà* del suo autore. La punibilità di colui che si difenda sarà esclusa, invece, per la totale assenza, in lui, di una *mala intentio*. Diversamente, ove, cioè, la potenziale vittima dell'azione *non jure* conosca – o avrebbe dovuto conoscere – le circostanze del caso, gli si potrà riconoscere soltanto, eventualmente, una "necessità difensiva".

Tornando al caso in esame, tuttavia, deve rilevarsi come nemmeno il § 228 BGB potrebbe, in esso, trovare applicazione (tantomeno l'art. 54 c.p.): la difesa realizzata da Caio, infatti, non rispetterebbe, stante la sua possibilità di fuggire, quello "stretto" requisito di idoneità ivi previsto (né *l'inevitabilità altrimenti*). Non sussistendo ragioni per ritenere applicabili altre scriminanti, Caio è colpevole di lesioni personali volontarie.

### **3.13. Considerazioni: legittima difesa e necessità difensiva.**

La *Notwehrbefugnis*, il diritto di agire in legittima difesa, discende, secondo le riflessioni di Hruschka, dal principio in base al quale le aggressioni possono essere respinte "*se e quando*" connotate da antigiridicità. In base alla sua *Zurechnungstheorie*, tuttavia, tale situazione si realizza soltanto allorché *la lesione di un dovere al cui rispetto il soggetto sia tenuto proprio nei confronti dell'agredito gli sia imputabile*.

La "*allgemeine Defensivnotstandsbefugnis*", la generale possibilità di agire per necessità difensiva, invece, discende da un ancor più generale principio di "assicurazione/garanzia", in base al quale ciascuno è responsabile per i pericoli che promanano dalla propria sfera di interessi e che possano danneggiare i terzi e i loro interessi giuridicamente tutelati. Pertanto, chi sia attinto (come anche il terzo che agisca in suo soccorso) dalla minaccia di danno proveniente da un soggetto non imputabile, o da un atto violento che, per altro motivo, non possa imputarsi a colui che ne fu causa, ben può aggredire, a sua volta, la sfera di interessi dalla quale promana il pericolo per i propri, a patto che tale scelta sia necessaria per respingere un pericolo *non altrimenti evitabile* e sempre *nei limiti* imposti dalla clausola di proporzionalità di cui al § 228

BGB. Quanto alla vicenda descritta e analizzata al paragrafo precedente, allora, *se le circostanze del caso non ne avessero consentito la fuga, la reazione di Caio sarebbe stata scriminata, qualificabile come legittimo esercizio di una Defensivnotstandsbefugnis*<sup>547</sup>.

Opinione del professor Hruschka, inoltre, è che molti penalisti, basandosi soltanto sulla corrispondenza tra le conclusioni cui giunge la maggioritaria dottrina e quelle da lui difese, ritengano trascurabile la critica che alla prima egli rivolge e che diffusamente si preoccupa di motivare. Una siffatta posizione, tuttavia, deve essere rifiutata: *difesa legittima e necessità difensiva sono istituti differenti e non devono essere tra loro confusi*. Il rigore della distinzione, infatti, è lo strumento che consente di evitare gli errori in cui tipicamente incorre l'argomentare sul tema, frutto di un'insufficiente o imprecisa analisi dogmatica. Un diritto che aspiri alla qualifica di scienza razionale – conclude l'Autore – ha l'obbligo di svolgere le proprie argomentazioni in maniera logica e non contraddittoria, non potendo *sorvolare* sulle premesse dei propri discorsi né giungere a conclusioni immotivate o “*result-oriented*”, giustificate, cioè, soltanto dalla “intuitiva bontà” del giudizio finale<sup>548</sup>.

In particolare, la sistematica penale ha l'obbligo di riconoscere ed esplicitare le differenze intercorrenti tra difesa legittima e necessità difensiva, perché solo così potranno individuarsi quei *criteri generali* che consentono di distinguere l'effettivo “aggressore” dall'agente involontario. L'individuo affetto da malattia mentale, infatti, è solo esempio paradigmatico di chi non possa essere considerato “aggressore” ai sensi del § 32 StGB. L'incapacità totale, in altri termini, non è che una delle forme in cui un'aggressione “non imputabile” – *i.e.*, una non-aggressione – può concretamente manifestarsi: le altre sono spesso ben più difficili da riconoscere ed isolare e, per questo, meno agilmente risolvibili. Come qualificare, ad esempio, l'azione dell'ubriaco? E come valutare la condotta realizzata da chi si fosse ubriacato *proprio al fine di aggredire* “*non imputabilmente*” la vittima designata, cosicché a questa potesse poi concedersi solo la possibilità di fuggire, e non anche quella di reagire all'attacco? Ebbene, la risposta a tali domande, come lo studio della hruschkiana *Zurechnungstheorie* sembra aver debitamente suggerito, potrà trovarsi solamente guardando ancora, e con rinnovato interesse, a quel fenomeno, forse trascurato dalla

---

<sup>547</sup> Si noti, inoltre, sia pur marginalmente, che le due menzionate prospettive – quelle della difesa legittima e della necessità difensiva –, benché tra loro molto diverse, possono anche applicarsi simultaneamente, in relazione al medesimo caso concreto. Il rapporto tra queste cause di giustificazione, infatti, non è di reciproca esclusione, ma solamente di “*disgiunzione*”. In merito a detta “*Disjunktion*”, peraltro, Hruschka stesso rimanda il lettore all'*Anhang II* del proprio manuale logico analitico: J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, cit. p. 402.

<sup>548</sup> „*Wo immer Jurisprudenz den Anspruch darauf erhebt, eine rationale Veranstaltung zu sein, kommt es auf die Widerspruchfreiheit der Begründung an – und dann kann man die Begründung nicht einfach „dahingestellt“ sein lassen, weil das sog. „Ergebnis“ dasselbe ist*“. J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, cit., p. 143.

contemporanea scienza penale, che sta alla base di qualsivoglia giudizio sull'altrui agire: l'imputazione.

### **3.14. Necessità e obbligo giuridico di impedire l'evento.**

Attraverso lo studio e l'analisi degli ultimi tre casi proposti nel capitolo specificamente dedicato al tema della necessità, Hruschka tenta di porre tra loro in relazione temi apparentemente distinti: a) l'azione necessitata, b) l'obbligo di garanzia che incombe sul "garante speciale", c) l'eventuale responsabilità omissiva di quest'ultimo. Posta la complessità delle vicende analizzate, nonché gli articolati e diffusi ragionamenti risolutivi, si è qui ritenuto opportuno, diversamente da quanto fatto in precedenza, limitare la completa illustrazione del caso, e della sua giuridica disamina, al primo di essi. In relazione ai successivi, invece, si fornirà soltanto una sintesi delle conclusioni cui l'Autore perviene all'esito del loro studio, rimandando, per l'analitica risoluzione, alla lettura del testo.

*7. Il figlio di Caio, Tizio, che vive in casa del padre, è vittima di un incidente stradale e viene ricoverato in ospedale. Per evitarne il decesso si rende necessaria una immediata emotrasfusione. Caio viene subito convocato in ospedale ed è l'unico soggetto che, in relazione alle concrete circostanze del fatto, risulta donatore idoneo. Prima di poter rispondere alle domande circa i propri rapporti con il paziente, vedendo il figlio, Caio sviene e perde conoscenza. Il medico Sempronio, allora, punge Caio, ancora incosciente, con una siringa, prelevando da questi un litro e mezzo di sangue: per salvare la vita di Tizio, infatti, era necessaria una grossa quantità di sangue.<sup>549</sup>*

Ci si interroghi, in questo caso, sulla eventuale punibilità del medico. Quel che interessa comprendere, in primo luogo, è se a questi debba/possa ascriversi il reato di lesioni volontarie, previsto e punito al § 223 StGB, ai danni di Caio, per aver da lui prelevato una consistente quantità di sangue. Gli aspetti oggettivi della citata fattispecie paiono, in effetti, pienamente integrati e lo stesso può dirsi per quelli soggettivi<sup>550</sup>. Deve indagarsi, invece, attentamente, l'eventuale applicabilità al caso in esame della giustificante di necessità, di cui al § 34 StGB. Il sanitario, infatti, si trovava ad agire in una situazione di pericolo oggettivo ed imminente per la vita di Tizio; pericolo che, non dandosi – come riporta il testo – altra praticabile soluzione, non

---

<sup>549</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Strafrecht*, cit., p. 144.

<sup>550</sup> Sul punto, criticamente, *infra*, cap. V.

poteva essere “altrimenti evitato”. Quanto, poi, alla prevalenza, essenziale o meno, dell’interesse tutelato rispetto a quello pregiudicato dalla condotta “necessitata”, sebbene non sia scontata l’affermazione secondo la quale il bene vita sarebbe di prevalenza essenziale rispetto al “danno” derivante da un prelievo ematico di non piccola entità, ai soli fini del presente argomentare si assumerà la validità di tale ipotesi di bilanciamento. Resta da chiedersi, allora, se il caso in esame soddisfi, altresì, quanto previsto al § 34, Abs. 2, ossia se la condotta del sanitario sia “commisurata al pericolo”.

La “*Angemessenheit*”, la proporzionalità che tale norma prevede, è, in effetti, di per sé considerata, una *formula vuota*: il giurista è tenuto a dare egli stesso contenuto e significato a tale relazione, poiché la legge non chiarisce né aiuta a stabilire quali siano i mezzi *proporzionati* e quali, invece, quelli *sproporzionati*. A tale proposito, pare potersi affermare che un prelievo ematico forzoso realizzato su un terzo estraneo sarebbe vero e proprio “*prototipo*” di un *mezzo “sproporzionato”* rispetto al fine<sup>551</sup>. In uno stato di diritto, infatti, e, in particolare, in un sistema penale d’impostazione liberale, fondato sul diritto di ciascun individuo ad auto-determinarsi moralmente, deve anche riconoscersi la possibilità del singolo di scegliere e decidere se sottoporsi o meno a una trasfusione. Una tale prestazione non può considerarsi, invero, oggetto di quel *generale* “dovere di custodia” (*allgemeinen Obhutspflicht*) che incomberebbe, indistintamente, su ciascun consociato<sup>552</sup>. Questa considerazione, peraltro, è dotata di logica cogenza. Opinare diversamente, infatti, implicherebbe guardare alla persona umana in maniera assai riduttiva, considerarla come una potenziale “*banca di organi*”, un ammasso di materiale organico ad eventuale disposizione della società e dei suoi “funzionari” (sol che del prelievo possa fornirsi un’utilitaristica giustificazione)<sup>553</sup>. Ciò non significa, tuttavia, che un prelievo ematico *dal padre che versi in stato di incoscienza* debba sempre e necessariamente considerarsi anti-giuridico.

Infatti, come accade nel caso di specie, in cui Caio non rappresenta, per Tizio, un “*qualsiasi terzo*”, ma ne è, per l’appunto, il padre, ossia un soggetto a questi legato da uno strettissimo rapporto familiare, esistono molti altri casi in cui incombe, su *taluni soggetti*, un *peculiare* dovere di custodia: soggetti qualificabili, rispetto a determinate persone o cose, come *garanti speciali – speziellen Obhutspflichtigen* (o *Beschützergaranten*). Il garante speciale, in particolare, si distingue, in primo luogo, dall’*allgemein Obhutspflichtige* (rilevante in relazione ai §§ 34 e

---

<sup>551</sup> In tal senso W. GALLAS, in *Festschrift für Mezger*, 1954, p. 325.

<sup>552</sup> Così J. WESSELS, *Strafrecht AT*, XI ed., 1981, p. 75, in J. HRUSCHKA, *op. ult. cit.*, p. 145.

<sup>553</sup> Nelle parole dell’Autore: „*Würde anders entschieden, dann würden die Einzelpersonen im Sinne eines krassen Utilitarismus zu lebenden Organbanken herabgewürdigt, die jederzeit, „der Gesellschaft“ und ihren Funktionären zur Verfügung zu stehen haben*“. *Ibidem*.



323 StGB), che è *terzo estraneo* alla vicenda, per il fatto che il primo è chiamato “*per qualche specifico motivo*” a garantire l’*interesse* che venga a trovarsi in pericolo. In secondo luogo, il garante speciale si distingue dal “*Sicherungsgarant*” per il fatto che, mentre la responsabilità del primo è collegata all’*interesse* che viene ad essere minacciato, il secondo risponde del *pericolo* in relazione alla sua *fonte*.

La domanda che, in termini generali, viene a formularsi è, allora, la seguente: nelle situazioni di necessità “aggressiva”, la condotta necessitata che, in qualche modo, pregiudichi i *garanti speciali* deve ritenersi lecita *entro gli stessi limiti* in cui lo sarebbe quella realizzata ai danni di “generali obbligati” o gode, forse, di più ampi margini di giuridicità? A parere di Hruschka, la risposta corretta è la seconda (come intuitivamente percepibile, peraltro, quando si pensi agli obblighi di garanzia di un genitore). Tuttavia, poiché, anche a fronte di conclusioni dall’ “evidente giustizia”, l’interprete è tenuto a procedere sempre e soltanto secondo un argomentare razionale e conseguente, debbono individuarsi quelle specifiche premesse che a tale soluzione consentano di pervenire.

In tal senso, una prima possibilità potrebbe essere quella di ritenere che il garante speciale sia tenuto a sopportare *qualcosa di più*, rispetto al generico terzo, in ragione di un diverso rapporto di bilanciamento: ipotizzando, cioè, che l’azione necessitata sarebbe legittima, nei suoi confronti, quando l’interesse tutelato *prevalga anche solo minimamente* su quello dello stesso garante. Una seconda soluzione, sarebbe, invece, quella di ritenere che tutte le aggressioni di necessità dirette contro garanti speciali siano *di per se stesse* connotate da proporzionalità, che siano, cioè, *naturalmente e regolarmente* qualificabili come mezzi idonei ad evitare il pericolo.

La questione, segnala Hruschka, affatto irrilevante, non ha ricevuto la debita attenzione, né è stata oggetto di specifiche trattazioni penalistiche<sup>554</sup>. In merito si rinvengono soltanto alcune pronunce giudiziali, che a detta dello stesso Autore sarebbero però connotate da argomenti generalisti. Ad esempio, in relazione ai doveri di condotta attiva del garante speciale (*Handlungspflichten*), si dice soltanto che questi sarebbe tenuto “a un sacrificio maggiore” rispetto al generico terzo, obbligato a prestare soccorso ex § 323c StGB<sup>555</sup>: affermazione che, sebbene distingua, quanto alla *misura* dell’obbligo, garante speciale e generico terzo, non fornisce alcun parametro di riferimento né aiuta ad individuare *il limite* degli obblighi medesimi. Non è dato comprendere, in altre parole, quale sia il punto oltre quale nemmeno il sacrificio del garante speciale potrebbe più essere preteso.

---

<sup>554</sup> „Die Frage nach dem Grenzen der Eingriffsbefugnisse in die Interessen speziell Obhutspflichtiger wird in dieser Allgemeinheit von der Strafrechtslehre zur Zeit nicht gestellt“. J. HRUSCHKA, *Ibid.*, p. 146.

<sup>555</sup> Così in W. STREE, citato in J. HRUSCHKA, *Ibid.*, p. 146, nota 126.

E' dunque di primario rilievo, secondo il nostro Autore, che la domanda, pratica e giuridicamente rilevante, sia, innanzitutto, *posta nei termini corretti*.

Quanto alla prima summenzionata opzione, la possibilità, cioè, che a scriminare la condotta necessitata rivolta contro il garante speciale basti una *lieve prevalenza* dell'interesse tutelato, essa potrebbe ammettersi solo a seguito dell'introduzione di una disposizione parallela e complementare a quella di cui al § 34 StGB. Non si potrebbe affermare, infatti, se non cadendo in logica contraddizione, che l'unica clausola di bilanciamento di interessi in esso contenuta possa condurre a risultati diversi *a seconda della diversa "qualità" dei rispettivi titolari*. Pertanto, quantomeno *de iure condito*, è la seconda ipotesi a meritare accoglimento. L'Abs. 2, § 34 StGB, infatti, già consentirebbe, a parere dell'Autore, una distinzione tra quegli obblighi di tolleranza, maggiormente estesi, che gravino sul garante speciale e quelli incombenti, invece, sul generico terzo, di minor pregnanza: "*Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden*". In particolare, a rendere lecita una *diversa* efficacia scriminante dell'istituto sarebbe la *Angemessenheit*, ovverosia il requisito di idoneità/proporzionalità della condotta necessitata: maggiormente ampio, qui, in ragione del rapporto parentale tra i due.

La giurisprudenza contemporanea, peraltro, già ammette che casi come quello qui descritto debbano decidersi nel senso della scriminabilità della condotta del medico, legittimato ad agire "aggressivamente", allorché, in base alle circostanze di cui al § 34 StGB, il prelievo ematico operato sul padre non conduca a conseguenze pregiudizievoli per la salute di questi e possa avvenire nel rispetto delle consuete misure precauzionali. Tale conclusione implica, però, come già rilevato, una (tacita e non motivata) diversa valutazione degli obblighi del garante "speciale" rispetto a quelli del generico terzo: ed è spesso argomentata non già invocando una diversa considerazione della scriminante, ma, per l'appunto, solo per lo speciale rapporto familiare che lega i due soggetti e che darebbe vita al paterno obbligo di garanzia.

A questo punto, Hruschka si sofferma, incidentalmente, su un diverso istituto, sovente utilizzato in giurisprudenza per risolvere casi simili a quello qui proposto, e che, invece, non potrebbe trovare applicazione: la scriminante del "consenso tacito". L'errore implicito alla sua invocazione, in particolare, lungi dal discendere dalla mera applicabilità del § 34 StGB alla fattispecie concreta (l'integrazione di una situazione di necessità aggressiva in nessun modo esclude, infatti, di per se stessa, l'eventuale operatività di una diversa scriminante), deriverebbe dall'assenza di una coerente argomentazione giustificativa in tal senso, dalla mancanza, cioè, di

una seria verifica dei presupposti legittimanti l'applicazione della *mutmaßliche Einwilligung* all'azione forzosamente imposta al garante speciale<sup>556</sup>.

In generale, parlare di “consenso” significa riferirsi a quella causa di giustificazione che sancisce la liceità di una condotta che, sebbene lesiva dell'altrui sfera giuridica, ne offenda un interesse la cui tutela è *a disposizione della vittima* ed alla quale essa ha *rinunciato*. Il consenso scriminante è, dunque, il consenso della vittima al realizzarsi dell'(astrattamente tipico) evento di reato a proprio danno. Pertanto, proprio per la “gravità” delle sue conseguenze, posto che con esso la vittima rinuncia a quanto il diritto tassativamente prevederebbe in suo favore, solo e soltanto quest'ultima può *decidere se* prestare o meno il proprio consenso, con ciò rinunciando alla tutela penale dei propri interessi. La decisione le è rimessa in via esclusiva: da un lato, perché espressione di una volontà che discende da personalissimi principi (valori, desideri, speranze, aspettative, ecc.); dall'altro, perché con essa si mettono in pericolo beni tanto importanti da annoverarsi tra quelli normalmente meritevoli di tutela penale. Orbene, la fondamentale e irrinunciabile *personalità* dell'atto di consenso, rileva Hruschka, non può mutare – o venir meno – sol che dal consenso “espreso”, cui il codice si riferisce, si passi a quello “tacito”: che un fatto di reato possa ritenersi *consentito* dall'interessato, andando così “esente” da sanzione, è questione che dipende ancora, e sempre, esclusivamente, da ciò che la vittima – e lei soltanto - *avrebbe detto se*, conoscendo tutte le circostanze del caso, si fosse potuta esprimere. Il ricorrere di un “consenso tacito”, pertanto, è ipotesi che può essere difesa e sostenuta solamente a patto che se ne forniscano prove concrete, che si elenchino ed illustrino le ragioni, e le specifiche premesse, in base alle quali si desume l'esistenza di una siffatta volontà della vittima. In situazioni di emergenza medica, ad esempio, presupposto indefettibile per l'invocabilità del tacito consenso è ritenuto essere quello del vantaggio che al paziente deriverebbe dall'azione del sanitario. Non si ritiene invocabile, invece, detta scriminante, quando, come è vero nel caso qui proposto: a) l'azione vada a detrimento dell'ipotetico consenziente; b) solo astrattamente potrebbe ipotizzarsi una volontà della vittima in tal senso.

Un consenso correlato a un'ipotesi siffatta, invero, corrisponderebbe a quella diversa e ulteriore “versione” del medesimo generalmente nota come “consenso presunto”: circostanza in cui l'interprete non “ricostruisce” l'inespressa-ma-presente volontà della vittima, bensì afferma che essa “*vi sarebbe stata se ...*”. Non può stupire, allora, che una scriminante siffatta sia tutt'ora ritenuta inapplicabile dalla giurisprudenza (tanto tedesca quanto italiana): essa assoggetterebbe a massime discrezionalità e arbitrarietà i diritti della vittima; una vittima che, invece, spesso

---

<sup>556</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *cit.*, p. 147 – 148.

incapace o in stato di incoscienza, è ancor più bisognosa di una tutela certa e inderogabile dei propri diritti. Sempre sul punto, peraltro, e in relazione al caso descritto, il professore di Norimberga rileva come il rapporto di parentela che lega Tizio e Caio non escluda in alcun modo la possibilità che i loro rapporti fossero tanto cattivi da far sì che il padre non avrebbe prestato il proprio consenso alla trasfusione. Nemmeno il fatto che questi fosse svenuto alla sola vista del figlio, gravemente infortunato, potrebbe valere a provare il contrario: la perdita di conoscenza, infatti, poteva dipendere semplicemente da un'incapacità di sopportare la vista del sangue, senza nulla avere a che fare con sentimenti di paura o di dolore per quanto occorso al figlio. Ebbene, proprio in ragione di questo genere di – pressoché insormontabili – difficoltà di tipo probatorio, il “tacito consenso” della vittima non potrebbe essere invocato. Non solo. Da un caso come questo l'Autore deduce una massima ulteriore: il ricorso a detta scriminante sarebbe *sempre* da evitarsi nei *rapporti tri-personali*, caratterizzati da una natura ancor più difficile da conoscere e provare. Con ciò si comprende e si giustifica, pertanto, una risoluzione del caso che prescindendo da qualsivoglia richiamo a detto istituto, limitando l'indagine al campo della necessità.

Ammessa, allora, la scriminabilità della condotta del sanitario, per il ricorrere di quest'ultima, Hruschka affronta l'analisi di un caso maggiormente complesso, di seguito riportato.

*8. Tizio, che vive a casa del padre Caio, è vittima di un incidente stradale ed è immediatamente ricoverato in ospedale. Per evitarne il decesso si rende necessaria una immediata emotrasfusione. Caio viene subito convocato in ospedale ed è l'unico soggetto che, in relazione alle concrete circostanze del fatto, risulta donatore idoneo. Nonostante l'operazione non causerebbe alcun genere di danno alla sua salute, Caio, esortato a lasciarsi prelevare il sangue, nega il proprio consenso. Il medico Sempronio, allora, chiede ad un robusto infermiere di immobilizzare Caio con la forza mentre lui opera il prelievo. Caio, tuttavia, riesce a liberarsi dalla presa dell'infermiere e ad impedire il prelievo coatto. Tizio, che sarebbe sopravvissuto sol che Caio non avesse impedito l'azione dei sanitari, decede poco dopo.*

La vicenda, sia pur simile, per molti versi, a quella proposta al numero precedente, è mirabilmente costruita: essa si presta, infatti, ad essere strumento per una più precisa delineazione di quegli obblighi che graverebbero sui cosiddetti “garanti speciali” e che, più stringenti rispetto a quelli dei “generici garanti”, inevitabilmente costringerebbero i primi tanto a fare quanto a tollerare qualcosa di più dei secondi.

Invero, la più rilevante differenza tra gli ultimi due casi e quelli di cui ai nn. 1 e 2 consiste, com'è evidente, nel fatto che il *Duldungs-* e l'*Handlungspflicht* da ultimo trattati non sono più

quelli dell'uomo qualunque, dello *Jedermann*, il qualunque terzo del tutto estraneo alla vicenda e ai suoi protagonisti. Mentre, nei primi casi, gli *obblighi* del terzo erano soltanto dei *generali* obblighi di tolleranza, quelli appena analizzati concernono "*speciali*" *obblighi di tolleranza*, che gravano soltanto su determinati soggetti e a determinate condizioni.

All'esito della disamina del caso appena descritto, in particolare, Hruschka giunge ad affermare la responsabilità del padre per omicidio – mediante omissione – del figlio, posta l'inapplicabilità alla sua condotta, per i motivi già evidenziati ai casi precedenti, tanto del § 32 StGB quanto della necessità aggressiva, di cui al successivo § 34. A destare maggior interesse è, però, che l'Autore giunga a *negare altresì l'applicabilità di quel "generale principio" di necessità difensiva che è "meta-regola" dell'intero sistema*. Nello specifico, invero, la "*Unangemessenheit*" della reazione del garante – che si oppone al prelievo – è affermata non già in via generale, per una *regolare* sproporzione tra beni/interessi. L'illiceità della sua resistenza deriva invece dalla *liceità dell'azione dei sanitari*, idonea, in base a quanto esposto al caso precedente, a scongiurare il pericolo. In altre parole, è piuttosto la *Angemessenheit* del tentativo forzoso di prelievo, e la sua conseguente giuridicità, a impedire al garante speciale di sottrarvisi; *Angemessenheit* che non si sarebbe data, invece, nei confronti di un generico terzo. Questa specificazione è della massima importanza: soltanto per suo tramite, infatti, è possibile affermare che il generico terzo, nei confronti del quale il prelievo forzoso non sarebbe esigibile, ben potrebbe ad esso "opporsi", invocando, per l'appunto l'*außergesetzliches Defensivnotstandsbefugnis*, e non essendogli con ciò imputabile alcun omicidio volontario.

Il motivo per cui il garante speciale, invece, è colpevole di omicidio, si riassume, secondo Hruschka, nel seguente principio: "*L'azione che evita il pericolo non è scriminata dal ricorrere della necessità difensiva, quando il pericolo causato dall'agire altrui possa dirsi "giuridicamente" realizzato*".

Sotto diverso profilo, altrettanto interessante è il modo in cui l'Autore affronta e risolve la questione concernente l'eventuale responsabilità dei sanitari per le azioni intraprese ai danni di Caio: non già ricorrendo agli istituti della necessità, ma richiamandosi alla norma civilistica di cui al § 229 BGB, rubricato „*Selbsthilfe*„. „*Wer zum Zwecke der Selbsthilfe eine Sache wegnimmt, zerstört oder beschädigt oder wer zum Zwecke der Selbsthilfe einen Verpflichteten, welcher der Flucht verdächtig ist, festnimmt oder den Widerstand des Verpflichteten gegen eine Handlung, die dieser zu dulden verpflichtet ist, beseitigt, handelt nicht widerrechtlich, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde.*“

Ebbene, Hruschka ritiene che la vera e unica fonte di scriminabilità della condotta dei sanitari - per le lesioni volontarie e la violenza privata realizzati ai danni del garante - sia da individuarsi nella legittimazione del privato all'uso della forza che è sancita da questa norma ("*handelt nicht wiederrechtlich*") e che sussiste quando l'aiuto della forza pubblica non possa essere tempestivamente ottenuto e vi sia il pericolo di realizzazione o di aggravamento del danno.

Infine, con un terzo ed ultimo caso, Hruschka mira a porre in relazione le conclusioni sin qui raggiunte con il dovere "attivo" di condotta che, eventualmente, incomba sul garante speciale.

*9. Tizio, figlio del medico Caio, che vive in casa del padre, è gravemente ferito. Per scongiurarne il decesso si rende necessaria un'immediata trasfusione di sangue. In base alle circostanze, Caio è l'unico soggetto che possa effettuare l'operazione ed è al contempo l'unico donatore idoneo. Facendosi aiutare dalla propria assistente infermiera, Caio potrebbe prelevare da solo il sangue ed iniettarlo al figlio, ma omette di farlo, causando così la morte di Tizio. Se Caio si fosse attivato tempestivamente, Tizio non sarebbe deceduto.*

Quel che della trattazione di quest'ultima vicenda merita d'essere segnalato, è il fatto che in essa Hruschka non si concentri tanto sulle ragioni, sia pur importantissime, che consentono di affermare la qualifica di garante speciale di un particolare soggetto (perciò obbligato ad azioni altrimenti non imposte); egli intende, invece, dar primario rilievo alla alterità fondamentale che sussiste tra questo genere di obbligati - *speciali* - "di garanzia", da un lato, e i generici terzi, dall'altro, in ciò richiamandosi a tutti i principi "scoperti" grazie alla disamina dei casi precedenti.

Già si ricordava, invero, come la moderna dottrina penale suddivida gli stessi obbligati *speciali* di garanzia - ossia gli obbligati ex § 13 StGB (o 40, cpv., c.p.) - in due categorie: da un lato, i "*Sicherungsgaranten*", gravati da un obbligo di garanzia *di controllo* (anche detti *Überwachtgaranten*); dall'altro gli "*Obhutsgaranten*", il cui obbligo si definisce *di protezione* (*Beschützergaranten*). Si erano individuati, in precedenza, quali esempi di *Sicherungsgaranten*, il proprietario di un bene o il suo possessore; e del generale fondamento di questi doveri già s'era detto. Quel che, al contrario, non era ancora stato individuato era il fondamento del diverso dovere "di garanzia di protezione"; nonché quali fossero i soggetti concretamente tenuti a rispettarlo. Nonostante l'importanza del tema e la sua ormai secolare trattazione, in effetti, non sembra che la penalistica sia ancora giunta a una definizione davvero specifica e precisa delle fonti atte a dar vita a detti obblighi. Hruschka, del resto, non intende scendere nel merito della specifica questione. Sul punto egli si limita a individuare alcune *specie* di obblighi di protezione,

riassunte nei termini seguenti: a) doveri derivanti da strette *relazioni naturali* e giuridicamente rilevanti (si pensi ai doveri che si radicano nel diritto di famiglia); b) doveri che derivano dall'esistenza di una *comunità di soggetti* accomunati dal fatto d'essere minacciati dal medesimo pericolo (è il caso generale della "*Gefährgemeinschaft*", quale può essere concretamente rappresentato da un gruppo di alpinisti dispersi in alta quota); c) doveri che sul soggetto incombono in ragione di una sua fattuale e concreta presa in carico dell'interesse da proteggere e tutelare, in virtù di una sua esplicitamente o implicitamente volontaria assunzione di responsabilità (il dovere della *baby-sitter* o della maestra d'asilo).

L'Autore non si sofferma ulteriormente, tuttavia, sui problemi che la *specifica individuazione* di questi obbligati, o la *delimitazione di tali "fonti di doveri"*, sollevano nella prassi. Come si diceva, infatti, altro è l'oggetto della sua attenzione. Lo scopo delle indagini logico-analitiche che egli svolge, invece, è quello di far emergere, a questo punto dell'opera, l'assoluta alterità tra questi *speciali* "doveri di garanzia" (fonte di responsabilità per reati omissivi *impropri*) e il più generale e universale dovere di garanzia; dovere che obbliga, sì, *qualsiasi terzo*, ma soltanto in relazione a fattispecie *propriamente* omissive.

La chiarezza sul punto è della massima rilevanza: se differenze non si dessero, infatti, qualsiasi fatto di reato che avesse a realizzarsi accanto a noi potrebbe essere ricondotto alla nostra personale responsabilità omissiva. Persino la morte del mendicante che ogni giorno ci chiede l'elemosina per la strada potrebbe esserci rimproverata, giacché, aiutandolo, avremmo potuto scongiurarla. Non si esclude, invero, che un rimprovero siffatto sia ammissibile: solo la morale, però, può porsi a fondamento di un tale giudizio; non anche il diritto penale. Accade sovente, tuttavia (e con assai maggior frequenza nei tempi più recenti), che anche i "generici terzi", coloro che per legge non soggiacerebbero ad alcuno *speciale* obbligo di garanzia, si vedano imputati *per non aver impedito* determinati eventi di reato e soltanto in quanto *prossimi*, in una qualche misura, al bene tutelato e da quest'ultimo offeso. Il professor Hruschka, dunque, intende provocare nella scienza penale una ben più attenta riflessione sulle *ragioni e sui principi* che consentono di *imputare* ad alcuno una condotta omissiva, sì da ritenerla propriamente e giuridicamente *causativa* dell'evento *che non sia stato impedito*. Le riflessioni che egli propone hanno lo scopo d'aiutare l'interprete ad "accorgersi" delle differenze: ad individuare le ragioni per le quali un soggetto potrà ritenersi garante *speciale* di protezione e non, invece, "terzo qualunque".

In particolare, il dovere di condotta attiva, cui il § 13 StGB rimanda, corrisponderebbe, secondo Hruschka, a quello *speciale* dovere di tolleranza che può essere preteso da alcuni particolari

soggetti e che si deduce *a contrario*, in relazione alla “diversa” efficacia scriminante del § 34 StGB. La *necessità* dell’azione di *impedimento dell’evento* da parte del garante di “protezione”, inoltre, coinciderebbe, dal punto di vista fattuale, con quella “*inevitabilità altrimenti*” del pericolo, di cui al medesimo § 34 StGB. Ciononostante, *il ricorrere del pericolo non sarebbe sempre elemento sufficiente a far insorgere il dovere giuridico di cui al § 13 StGB* in capo all’*Obhutsgaranten*. Il dovere di garanzia di “protezione”, infatti, sussisterebbe pienamente, infine, soltanto allorché l’azione impeditiva di quest’ultimo fosse anche “*esigibile*”, ove potesse cioè pretendersi da quel singolo obbligato la realizzazione di quella altrettanto specifica condotta.

La *Zumutbarkeit* dell’azione impeditiva sarebbe, dunque, il vero motivo di discriminazione. La stessa, tuttavia, sarebbe requisito insufficiente, di per sé considerata, nella guida dell’interprete. Hruschka parla, infatti, dell’*esigibilità*, come di una “formula vuota”, una locuzione che nulla dice e nulla aggiunge circa i *presupposti* del suo effettivo ricorrere. Parlare di *esigibilità* non aiuterebbe nemmeno, secondo il professore, a meglio definire il *contenuto* dell’obbligo di protezione. In primo luogo, essa non riuscirebbe ad escludere la possibilità che dal garante “speciale” si potesse pretendere esattamente quanto si esiga dal generico terzo. In secondo luogo, la *Zumutbarkeit* non potrebbe nemmeno escludere che la condotta maggiormente stringente possa spingersi al punto da coincidere con quella pretesa dai *Sicherungsgaranten*: con quei doveri che scaturiscono, cioè, dalla relazione che lega questi ultimi alla fonte del pericolo e che si fondano sul principio di *auto-responsabilità*.

In effetti, opinione dell’Autore è che, anche in questo caso, la risposta debba ricercarsi guardando al principio su cui si fondano gli obblighi in esame; principio che egli individua, ancora una volta, nel moderno utilitarismo. Ebbene, tale ipotesi ricostruttiva implica *che il diritto non possa imporre allo speciale garante di protezione un sacrificio maggiore, o equivalente, a quello che dalla sua inattività deriverebbe per il garantito*. In altre parole, agli speciali garanti di protezione, proprio come al generico terzo, non potrebbe mai imporsi di rischiare la propria vita per la salvezza di quella altrui. Proprio questa limitazione, peraltro, è quella in cui si manifesta la diversa estensione degli obblighi tipici dei garanti di protezione e di quelli che incombono, invece, sui garanti “di controllo”. Da questi ultimi, infatti, proprio in ragione del diverso *principio* che ne fonda il dovere, e del quale già si è detto, può sempre esigersi “*qualcosa in più*” rispetto al generico terzo.



### 3.15. Considerazioni conclusive.

Al termine di questa disamina di casi concreti, è giunto il momento di guardare congiuntamente a tutte le ipotesi sin qui analizzate onde trarre, riunendo le considerazioni cui si era isolatamente approdati, conclusioni di portata più generale; e di qui giungere, auspicabilmente, alla formulazione di regole e principi di effettiva utilità, pratica e dogmatica.

Nei gruppi di casi 1, 2 e 3 ci si è occupati della “*necessità aggressiva*” e, in particolare:

- a) dell’esercizio della relativa *Befugniss* nei confronti di un terzo estraneo alla vicenda - il “generico” obbligato di garanzia - (n. 1);
- b) del dovere di tolleranza, *Duldungspflicht*, che corrisponde a detta *Befugniss*, ovvero *facoltà* di agire per necessità aggressiva (n. 2);
- c) del dovere di agire in garanzia che incombe sul terzo estraneo alla vicenda (n. 3).

Ai casi 4, 5 e 6, l’argomento era per certi versi analogo, trattandosi ancora una volta, rispettivamente, di una *facoltà* di “aggressione” (*Befugniss*), di un dovere di tolleranza *Duldungspflicht* e di un dovere di agire (*Handlungspflicht*). In particolare:

- a) della *facoltà* di agire per “*necessità difensiva*” avverso gli obbligati “di sicurezza” (*Sicherungspflichtigen*) (n. 4);
- b) del corrispondente dovere di tolleranza di “sicurezza” che ricade sui medesimi soggetti (n. 5);
- c) del dovere d’azione che sui medesimi garanti ricade (*Sicherungshandlungspflicht*, n. 6).

Nei casi 7, 8 e 9 le situazioni erano lievemente diverse. Ci si è qui occupati, infatti:

- a) di una *facoltà* d’agire per necessità aggressiva *avverso* un obbligato *speciale* di garanzia (n. 7);
- b) dello *speciale* dovere di tolleranza in garanzia che corrisponde a detta *facoltà* di aggressione - il *Duldungspflicht* dell’obbligato *speciale* – (n. 8);
- c) infine, del relativo dovere di agire attivamente in garanzia (n. 9).

Con ciò, tutte le possibili declinazioni dell’agire necessitato, e del corrispondente dovere di tollerarlo a proprio danno, sono state oggetto, secondo l’Autore, dell’indagine “logico-analitica”. Benché tali diritti e doveri possano declinarsi nelle forme più varie, infatti, ciascuno di essi finirebbe per essere poi ricondotto, quanto alla propria fondamentale struttura, ad una delle ipotesi elencate. E’ ragionevole, pertanto, giunti a questo punto, rappresentare schematicamente

l'insieme dei doveri di condotta attiva (*Handlungspflichten*) e dei doveri di tolleranza (*Duldungspflichten*) che detta ricerca ha consentito di riconoscere e isolare.

<p><b>A. Doveri di “soccorso” (<i>Rettungspflichten</i>) degli obbligati in garanzia (<i>Obhutspflichten</i>)</b>, ovvero di quelle persone che, vuoi come terzi estranei, vuoi per un motivo peculiare, debbono rispondere per l'interesse in pericolo.</p>	<p><b>B. Doveri di “soccorso” (<i>Rettungspflichten</i>) in capo agli obbligati per “assicurazione” – <i>Sicherungspflichten</i> –</b>, ossia da quelle persone chiamate a rispondere per la fonte del pericolo necessitante:</p>
<p>a)</p> <p>1. Doveri generali di soccorso attivo in casi di pericolo di necessità che si pretendono <b>da qualunque terzo</b> (doveri <i>generali</i> di garanzia – <b><i>allgemeine Obhutshandlungspflichten</i></b>) Esempio: il caso 3. La violazione di tale dovere comporta la realizzazione di una <i>omissione di soccorso</i>.</p> <p>2. Doveri “maggiori”: doveri di soccorso degli obbligati di garanzia <i>di protezione</i> che sorgono dalla situazione di necessità (<b>doveri speciali di garanzia</b> – <b><i>spezielle Obhutshandlungspflichten</i></b>). Esempio: caso 9. La violazione di un dovere siffatto comporta realizzazione di un delitto <i>omissivo improprio</i>, in base al combinato disposto del § 13 StGB con una norma penale di parte speciale.</p>	<p>a)</p> <p>Doveri di soccorso attivo che derivano dal pericolo necessitante (doveri degli obbligati alla garanzia di “controllo” – <b><i>Sicherungsgarantenpflichten</i></b> -, doveri di azione degli obbligati “assicurativi” – <b><i>Sicherungshandlungspflichten</i></b> -). Esempio; caso 6a. La violazione di doveri siffatti comporta violazione della norma di parte speciale in combinato disposto con il § 13 StGB.</p>
<p>b)</p> <p>1. <b>Generali doveri di tolleranza – <i>allgemeine Obhutsduldungspflichten</i></b> – rispetto ad azioni aggressive di soccorso (dovere <i>generale</i> di garanzia), da ricondursi al § 34 StGB. Esempio: caso 2a. La violazione di tale dovere comporta la realizzazione del delitto commissivo di parte speciale di volta in volta rilevante.</p> <p>2. <b>Doveri “maggiori” di tolleranza – <i>spezielle Obhutsduldungspflichten</i></b> - rispetto ad aggressioni volte al soccorso (obblighi <i>speciali</i> di garanzia); doveri che, in una certa misura, si ricavano dal § 34 StGB, ma che, dal punto di vista contenutistico, possono essere diversi da quelli dei generali garanti. Esempio: caso 8; la violazione di tali obblighi comporta realizzazione di un reato attivo di parte speciale.</p>	<p>b)</p> <p>Doveri di tolleranza rispetto ad aggressioni volte al soccorso (doveri di tolleranza “di sicurezza” – <b><i>Sicherungsduldungspflichten</i></b> -), ricavabili ex § 228 BGB. Esempio: caso 5 – A). La violazione di tale dovere comporta realizzazione del delitto.</p>

La principale differenza tra obbligati “assicurativi” – *Sicherungspflichtigen* – e generici garanti – *Obhutspflichtigen* – già è stata menzionata: essa si riduce, sostanzialmente, al fatto che l’ordinamento pretenda dai primi sempre di più di quanto faccia rispetto ai secondi. Ciò che distingue, poi, da un lato, *Sicherungs-* e *allgemeine Obhutspflichtigen*, e, dall’altro, i “garanti speciali” (*spezielle Obhutspflichtigen*) sta, ancora una volta, in ciò che l’ordinamento pretende dagli uni e dagli altri. In particolare, gli obbligati per la sicurezza, tenuti a rispondere delle fonti del pericolo necessitante, sono coloro dai quali il massimo sacrificio è preteso, mentre colui dal quale sempre meno si pretende è il generico terzo garante. Le pretese che ricadono sugli obbligati speciali (sui garanti di protezione) si collocano, invece, nella “terra di mezzo”. Da essi si pretende, infatti, di più di quanto non si faccia rispetto ai generici garanti, ma pur sempre meno di quanto non si esiga dagli obbligati “assicurativi”.

Un’ultima riflessione, infine, è quella da Hruschka riservata a giustificazione della terminologia da lui stesso utilizzata. In particolare egli si sofferma sulla ragione che lo ha indotto a definire il “qualunque” terzo, obbligato a “fare” (§323 c StGB) o “tollerare” (§ 34 StGB, § 904 BGB) qualcosa, come “*generale* obbligato di protezione” (*allgemeine Obhutspflichtigen*), e sul perché ciò abbia fatto *nonostante* tale figura sia nettamente distinta da quella dello “*speciale* obbligato di protezione (*speziell Obhutspflichtigen*), che è il *garante* su cui gravi un *obbligo di protezione e di custodia* (*Obhutsgarant, Beschützergarant*) – figura direttamente contrapposta a quella del “garante di sicurezza” – (*Sicherungsgarant*). Perché parlare, in casi così diversi, dove i presupposti per la nascita dell’obbligo del soggetto sono radicalmente distinti, pur sempre di *obblighi di custodia* (correndo anche il rischio di ingenerare confusione)? Ebbene, la ragione di questa scelta starebbe nel fatto che – in relazione alle situazioni di necessità – si darebbero in realtà soltanto due possibilità, due sole *macro*-categorie di soggetti obbligati: a) coloro che siano chiamati a rispondere del *pericolo* in ragione della sua *fonte*, e b) coloro che siano chiamati a rispondere *per l’interesse* che la necessità medesima pone in pericolo. Ed è evidente, prosegue Hruschka, come il “generico terzo”, estraneo alla vicenda, non potrebbe mai essere *logicamente* colui che è chiamato a rispondere del *pericolo necessitante* in relazione alla sua fonte. Lo *Jedermann* è chiamato in causa, invece, come accade ex §§ 323c StGB, 34 StGB e 904 BGB, per il fatto che ciascun individuo, ciascuno di noi è *chiamato* – secondo l’Autore – *ad essere “custode dei propri fratelli”*.

Da ciascun soggetto, in altri termini, seppur soltanto in limitata misura, *il diritto pretende anche altruismo e carità*. Dal terzo, dal generale obbligato si pretende, nonostante la sua “estraneità”, la *tutela dell’interesse* minacciato, l’intervento di custodia, proprio come nel caso dell’omonimo

garante. Le due figure, lo si è visto, sono, per altre ragioni, assai diverse; e non possono né debbono essere confuse. Quel che ricorrendo a detta terminologia si è voluto sottolineare, tuttavia, è che la differenza in quel che dagli uni e dagli altri si può pretendere non dipende dal *principio* fondante le rispettive responsabilità, bensì *soltanto dalla misura, dal diverso grado* della pretesa ordinamentale nei confronti degli uni e degli altri. Anche il garante speciale di protezione, infatti, sebbene tenuto al sacrificio dei propri interessi in maniera più stringente, purtuttavia *non* è chiamato a rispondere *del pericolo*, ma soltanto a tutelare un *interesse*, uno specifico bene oggetto di minaccia.

#### **V - Conclusioni. Imputazione, volontà, tipicità. Prospettive di indagine.**

*“Kein Rechtspositivismus, keine Rechtspolitik, kein Hinweis auf die Geschichtlichkeit und Ideologiebedingtheit allen Rechts oder auf Kants Erkenntnislehre gibt uns eine Antwort auf die Frage, wie wir – auch als Juristen – handeln sollen und handeln dürfen, solange wir handeln müssen. Und wir sind zum Handeln verurteilt! Also bleibt uns nichts anderes übrig, als uns den Grundfragen des Rechts zu stellen. Auch wenn uns, von bequemen Lehnstühlen aus, immer wieder bedeutet wird, daß es auf unsere Frage keine Antwort gibt. Wir brauchen, dürfen, können darauf nicht hören. Da wir leben und solange wir leben, hat sich die Frage für uns schon immer gestellt. Wir müssen sie daher beantworten, wie vorläufig die Antwort auch immer sein mag,..”*<sup>557</sup>

La citazione hruschkiana appena riportata parrebbe possedere tutti i caratteri di ottimale “*Schlussbemerkung*” al lavoro sin qui svolto. Al di là della sua intrinseca, profonda significanza, essa sembrerebbe anche giustificare la struttura, ovvero la scelta di affiancare alla “pratica” trattazione dei casi, la disamina della *Zurechnungstheorie*; e di fare di quest’ultima vero e proprio asse portante della ricerca. Il monito dell’Autore, infatti, sottolinea come un’indagine del diritto che si limitasse ad accertare la coerenza intrinseca al sistema non basterebbe. Quel che altrettanto rileva è che il giurista si ponga, sempre e incessantemente, *anche di fronte alle più basilari ed antiche questioni concernenti la sua scienza*, come un soggetto che ha il dovere di fornire risposte precise e convincenti, di continuare a cercarle: risposte fondate non tanto sulle *norme*, quanto sulla loro intrinseca verità. Non basterebbe, in altri termini, dalla comoda cattedra di cui Hruschka parla, menzionare agli studenti l’esistenza o la recente introduzione di una

---

<sup>557</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *Vorpositives Recht als Gegenstand und Aufgabe der Rechtswissenschaft*, in *Juristen Zeitung*, 47, n. 9, 1992, p. 438.

norma positiva per rispondere alle domande che questi pongano in merito ai *perché* della punizione o della liceità di un dato comportamento. Delle stesse il giurista è chiamato a dare vera e propria *spiegazione*. Non soltanto la logica *interna* a un dato ordinamento, pertanto, dev'essere disvelata; ma anche quella *esterna* deve essere approfondita. In altri termini, sono le stesse ragioni epistemologiche, e financo metafisiche, del giudizio sull'altrui agire che debbono essere oggetto di disamina e di discussione, onde non ridursi il diritto ad un gioco di carte, entro il quale, poste delle premesse e delle regole determinate, altrettanto determinate saranno le conclusioni, quandanche *ingiuste*.

In tal senso, l'auspicio è che l'estensiva trattazione dedicata al tema dell'imputazione sia stata sufficiente a ricordare al giurista positivo quella dimensione massimamente creatrice di diritto che egli stesso svolge; e che svolge *anche quando creda, o pretenda*, di essere mero applicatore della norma, impersonale *bouche de la loi*. Nessun giudizio, infatti, può porsi al di fuori dell'esperienza. E poiché essa viene formandosi e plasmandosi all'interno di quel contesto sociale in cui ciascun uomo, volente o nolente, si trova immerso sin dalla nascita, tale esperienza non può che essere comune, una sorta di prova della naturale relazionalità dell'individuo, costretto a condividere, con gli altri co-soggetti, le più fondamentali forme del proprio pensare, agire, valutare, ... perdonare.

Queste stesse riflessioni, del resto, stanno alla base di una serie di interrogativi e di perplessità riguardanti alcuni aspetti dell'opera hruschkiana; criticità che, se nella formulazione della sua *Zurechnungstheorie* potevano solo *intravedersi*, con maggiore evidenza *si manifestano* quando Hruschka si dedica all'opera di analisi logico-analitica del diritto e dei suoi "casi difficili". Di tali problemi si darà brevemente conto in queste pagine conclusive, con lo scopo di suscitare nei giuristi più attenti una ricerca animata dalla volontà di cercare migliori – *rectius*, ancor più vere - risposte.

1. Un primo problematico profilo atterrebbe l'asserita "tipicità" di fatti che, *esteriormente equivalenti* alla fattispecie astratta di reato, e non, invece, a quella della norma scriminante, si ritengono punibili, benché *non qualificati interiormente* dalla *mala intentio* del loro autore.

Una siffatta ipotesi si realizza, ad esempio, nel punto in cui Hruschka, mettendo tra loro in relazione legittima difesa e azione necessitata, si trova a dire che il danno eventualmente causato, ad un terzo estraneo alla vicenda, dalla *lecita* reazione che la vittima diriga avverso l'ingiusto

aggressore, non sempre sarebbe scriminato dal ricorrere dello stato di necessità<sup>558</sup>. Il reato in danno del terzo, in particolare, resterebbe pienamente punibile, a detta dell'Autore, sol che la sua azione non possa dirsi *del tutto rispondente* ai requisiti, squisitamente normativi, di cui al § 34 StGB (o 54 c.p.). Il ragionamento appena esposto, apparentemente incontestabile, implica, però, nello specifico, una nuova irrilevanza del “volere” dell'agredito (quel volere che l'Autore stesso ha altrove ritenuto base prima e imprescindibile di qualsivoglia giudizio). Nel caso riportato, infatti, il soggetto non godrebbe della scriminante per ragioni soltanto oggettive (la “non inevitabilità altrimenti” per “possibilità di fuga”), ma che in nulla si riferiscono alla *formazione della sua volontà*, riferita alla *diversa* legittima reazione. Il libero arbitrio dell'uomo, in altre parole, starebbe di nuovo al di fuori dell'accertamento giuridico.

Un discorso coerente e conseguente alle premesse della dinamica imputativa, invero, dovrebbe procedere ammettendo che, una volta scriminatasi la difesa, *anche l'azione intrapresa ai danni del terzo estraneo dovrebbe nuovamente imputarsi*. Un danneggiamento, in sostanza, potrà aversi, *a latere* della difesa legittima, solamente allorché possa dirsi che l'autore ne avesse *liberamente voluto* la realizzazione: che egli, per adottare una terminologia cara al professore di Norimberga, stesse dando libera e consapevole applicazione alla regola pratica del “come si danneggia”<sup>559</sup>. E' evidente, però, che raramente colui che “*difendendosi danneggia*” possiederà siffatta intenzione. Molto più spesso la sua volontà non avrà nemmeno considerato questo aspetto dell'azione. A conferma di queste opinioni, e a contestazione della conclusione cui Hruschka perviene, basterebbe ricordare il noto argomento del “doppio effetto”, spesso collegato a quello della difesa legittima, al quale, da tempo immemore, si sono dedicati filosofi e giuristi<sup>560</sup>. La teorica del doppio effetto, invero, mira proprio a sottolineare come le uniche azioni che davvero possono ascrivere all'individuo siano quelle in qualche misura “contenute” nella sua intenzione, quelle che abbiano formato oggetto di rappresentazione e che, per questo, abbiano concorso a determinarne la causa finale. Danni eventualmente causati a terzi da azioni “giuste”, pertanto, potrebbero essere oggetto di giuridica valutazione, e poi di punizione, solamente se presenti all'agente nel momento della scelta, con ciò fondandosene il giudizio *imputativo*<sup>561</sup>. E' questo ad esempio il motivo per cui, tradizionalmente, i civili coinvolti in una

---

<sup>558</sup> Ci si riferisce al caso riportato *supra*, cap. IV, paragrafo 2.2.

<sup>559</sup> Cfr. *supra*, cap. III, par. 1 (in part. Par. 1.2.); e cap. III, par. 5.

<sup>560</sup> Sul punto *supra*, in relazione allo stesso caso, con riferimento a M. RONCO, *La dottrina del doppio effetto degli atti umani e la legittima difesa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2, 2014, pp. 799 – 823. La prima storica traccia di trattazione di tale dottrina si rinviene nello stesso TOMMASO D'AQUINO, *Summa*, II, II, q. 64, art. 7. Si segnala, inoltre, al medesimo proposito, il contributo del più grande allievo dello stesso Hruschka, J. JOERDEN, *Spuren der duplex-effectus-Lehre im aktuellen Strafrechtsdenken*, in M. PAWLIK, R. (Hg.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag, 2007, pp. 235-257.

<sup>561</sup> Cfr. J. JOERDEN, *cit.*, proprio in relazione ai *Kollateralschäden*, pp. 242-244.

necessaria operazione di guerra non si ritenevano *vittime d'omicidio*, né di strage alcuna, ma soltanto oggetto di *fatale* e anonima “ingiustizia”<sup>562</sup>.

2. Un simile e secondo aspetto problematico è quello correlato alla possibilità che sia il ricorrere del consenso della vittima (espreso o tacito) ad escludere una tipicità, di per sé già integrata, della condotta realizzata. Benché la causa di giustificazione in esame sia nota ed accolta dalla maggior parte degli ordinamenti occidentali, e nonostante la sua sempre maggior diffusione, collegata alla pretesa legittimità di condotte eticamente molto discutibili, quali quelle della dolce morte, tale istituto non meriterebbe, però, cittadinanza all'interno dell'ordinamento penale, quantomeno non nei termini consueti. Il consenso scriminante sarebbe invocato, infatti, il più delle volte, al fine di giustificare atti che non necessiterebbero di alcuna giustificazione<sup>563</sup>.

Si pensi al caso, sopra riportato, dell'idraulico che “violi il domicilio altrui” per evitare che dei danni si producano, in capo a terzi, per le perdite d'acqua promananti dall'appartamento medesimo in cui egli si introduce. A prescindere dal consenso, tacito o meno, del proprietario, quel che manca in un caso siffatto è qualcosa di più di un “requisito normativo”: è la fondamentale offensività della condotta di reato a venir meno ogniqualvolta l'azione realizzata non abbia ad oggetto la lesione del bene giuridico tutelato. Quando in nessun modo, cioè, la volontà dell'autore sia volta a negare, a offendere la sua stessa relazione con l'altro (l'ipotetica vittima) non può parlarsi di reato né vi è bisogno di consenso alcuno<sup>564</sup>. Certamente *un fatto avviene*, ma, come la condotta del medico che “tagli” la pancia della paziente nell'ambito di un parto cesareo non possiede alcun carattere di “offesa”, e nemmeno astrattamente potrebbe qualificarsi come una “lesione personale”, così qualunque fatto in cui l'autore non intenzioni alcuna “rottura di relazionalità” non necessita d'essere “scriminato”. Volendoci ancora attenere

---

<sup>562</sup> Attualmente queste situazioni sono invece, al più, “scriminate”, vuoi perché lette come ipotesi “giustificanti”, vuoi perché annoverate tra i casi di scusa. Così, rispettivamente, P. SCHABER, *Humanitäre Intervention als moralische Pflicht*, in *ARSP*, 92, 1006, pp. 295 e ss.; R. MERKEL, *Können Menschenverletzungen militärische Interventionen rechtfertigen?*, in G. MEGGLE, „*Humanitäre Interventionsethik*“. *Was lehrt uns das Kosovo Krieg?*, 2004, p. 107 e ss. Tutte ipotesi che Carrara avrebbe invece correlato al principio, espresso in tema di difesa legittima, ed ancora indiscutibile: “Sempre avrassi un infortunio da piangere; ma non un delitto da punire. La *tutela giuridica* non può senza contraddizione esigere la punizione di un fatto col quale si mantenne la *tutela giuridica* nella unica forma che rendessero possibile le circostanze del caso”. F. CARRARA, *Diritto della difesa pubblica e privata* (1859), in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. I, Lucca, 1870.

<sup>563</sup> Nella dottrina italiana questa è la posizione di Ronco, motivata sulla base dell'idea che lo scopo della norma penale sia la salvaguardia della “giusta relazionalità”. Cfr. G. MARRA, *Il consenso dell'avente diritto. L'art. 50 c.p.*, in M. RONCO, *Commentario sistematico*, cit., pp. 574, 575.

<sup>564</sup> Cfr. M. RONCO, secondo il quale a legittimare l'esistenza di un “reato” (i.e., di un “bene giuridico” degno di tutela penale), “è la frantumazione della relazione intersoggettiva, che si compie allorché l'autore del fatto nega con la sua condotta il bene primario del riconoscimento, come soggetto di diritto, dell'altra persona o del complesso delle altre persone, comportandosi secondo una massima della ragion pratica in contrasto con il principio che vuole il rispetto della dignità e della sfera di libertà giuridica degli altri”. M. RONCO, *Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, in M. RONCO, *Commentario sistematico*, cit., p. 99.

strettamente al linguaggio dell'Autore, potremmo dire che, nel caso menzionato, se l'agente si rappresenta e sa che la propria azione non segue la regola del "come violare l'altrui domicilio", bensì quella del "come impedire l'allagamento degli appartamenti attigui", la sua volontà non potrà che costruirsi in tal senso: una volontà cui l'offesa resta elemento totalmente estraneo.

Aderire alla tesi opposta, del resto, ovverosia ritenere che in casi siffatti vi sarebbe un'offesa originaria, successivamente "elisa" dalla volontà del legittimato, significherebbe anche definire il reato come esclusivo "*opus rationis*": non un ente dotato di caratteristiche proprie, indefetibili e *pre-giuridiche*, ma un *mero* prodotto legislativo. Ebbene, al di là dei troppo noti discorsi sul diritto naturale" e dell'eterna centralità del tema dei *mala in se* nel discorso penalistico, lo stesso modo in cui Hruschka parla di imputazione parrebbe suggerire l'idea che il reato non solo venga *prima* delle norme, ma che il giudizio sulla sua integrazione si colleghi alla naturale co-soggettività dell'uomo e, dunque, alla sua relazionalità. Il che legittimerebbe, allora, proprio quella interpretazione del *quid proprium* del reato come "volontaria rottura di relazionalità", passibile di diretta percezione da parte di ciascuno. Inoltre, poiché l'Autore afferma che il terzo *può giudicare l'azione osservata* sulla base di quell'*esperienza* che lo accomuna all'agente e che possiede quale suo co-soggetto, egli non può escludere, al tempo stesso, che tale esperienza abbracci anche il *valore* delle azioni osservate. In altri termini, benché il riferimento *espresso* dell'Autore alla "comune esperienza" sia riferito soltanto a giudizi di "capacità" e di "libertà" dell'agire altrui, non v'è motivo per negare che l'esperienza comune concerna anche i connotati valoriali delle azioni. Hruschka stesso, peraltro, dà per scontata l'intrinseca bontà di alcune azioni: ad esempio, quando argomenta nel senso della indubbia prevalenza del bene vita su quelli patrimoniali nei casi di bilanciamento.

Infine, come le tesi hruschkiane *non costringono ad escludere* che l'azione umana sia di per sé connotata di valore, così il motivo che, invece, *costringe ad affermarlo* si ricava dalle ancora insuperate riflessioni aristotelico-tomiste sull'azione e, in particolare, su ciò che distingue l'agire volontario dell'uomo da ogni altro "fatto". Se Hruschka parla di volontaria applicazione di una regola pratica, infatti, non è negabile che colui che alla stessa dia applicazione stia anche operando una scelta e che essa sia frutto di ragione. Orbene, il carattere propriamente intellettuale delle azioni umane, riassumibile nella capacità *soltanto umana* di decidere anche *contro* o *limitando* i propri istinti, si collega al fatto che non tutte le scelte sono uguali e, mentre alcune sono "buone", altre non lo sono. Come Aristotele ricordava, e il mio Maestro non ha mancato di evidenziare, "partendo dall'assunto che la virtù è uno stato abituale che orienta la scelta dell'azione in una medietà tra due mali, aveva tuttavia soggiunto che non ogni azione, e neppure



ogni passione, ammette la medietà, perché vi sono specie di azioni cattive in se stesse”.<sup>565</sup> E le azioni, per lo stagirita, per l'appunto si chiamano con *nomi* che non ne indicano solo lo svolgersi fisico, ma l'intenzione con cui si realizzano<sup>566</sup>. Se violare l'altrui domicilio non è “intenzione”, non è questo il “nome” dell'azione osservata (come evidente nel caso in cui, anziché il poco diligente idraulico, siano le forze armate ad introdursi in un covo di terroristi per arrestarli; o quando un medico aiuti la paziente a partorire, ricorrendo al bisturi, senza con ciò cagionarle “lesioni persoanli”). Opinare altrimenti “significa aprire le porte a un empirismo utilitaristico, che, svuotando le azioni del loro significato intrinseco, ne configura la punibilità secondo stipulazioni variabili, che si giustappongono in modo forzoso al dato fondamentale rivelato dal significato assiologico inerente all'ontologia di ogni azione umana”<sup>567</sup>.

3. Un terzo ed ultimo generalissimo rilievo concerne un'affermazione che Hruschka spesso accompagna all'analisi dei casi di necessità e alla definizione degli esiti del giudizio di bilanciamento.

In più di un'occasione, infatti, l'Autore pare suggerire che, a prescindere dal caso in cui a confrontarsi siano beni del tutto incommensurabili, quale quello della vita e di un minimo interesse patrimoniale, la decisione in merito alla prevalenza, o meno, di un interesse sull'altro, sia rimessa al legislatore. Dal che derivandone che, anche in questo caso, la giuridicità o meno dell'azione discenderebbe dalla sua “normativa valutazione”, *anziché dalla volontà di chi la compie*. Per i motivi ormai citati ai punti precedenti, non pare potersi convenire sul punto. Ancora una volta, se la volontà dell'autore è quella di “salvarsi”, le circostanze della sua azione (quali la “costrizione”, l’“inevitabilità altrimenti”, la “proporzione”) non dovranno considerarsi nella veste di *motivi che ne fondano la liceità*, ma in quella di *indizi* che di tale intenzione sono prova. In altri termini, non è perché la situazione di chi agisca in necessità – oggettivamente difficile – impedisca o limiti la lucidità del soggetto che non dovrà tassativamente esigersi la “prevalenza” oggettiva del bene salvato. Ove ricorrente, *la prevalenza potrà concorrere a provare la “buona intenzione” dell'agente; ove assente, similmente, potrà solo concorrere a provarne*, e non di per sé determinarne, l'ingiustizia.

\* \* \*

I punti appena segnalati, che evidentemente mirano a stimolare futuri approfondimenti sul tema dell'imputazione, vogliono, infine, essere tra loro collegati, letti quale indizio di una criticità

---

<sup>565</sup> M. RONCO, *La dottrina del doppio effetto degli atti umani e la legittima difesa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2, 2014, pp. 807 – 808.

<sup>566</sup> ARISTOTELE, *Retorica*, I, 13, 1374a, 1-18.

<sup>567</sup> M. RONCO, *op. ult. cit.*, p. 808.

intrinseca alla più generale struttura della *Zurechnungstheorie* proposta da Joachim Hruschka. Sembra ragionevole affermare, infatti, che il tentativo dell'Autore si sia fermato ad uno stadio embrionale, posta l'assenza di una più profonda indagine sulla *realtà* delle azioni umane e nella quale esse si realizzano. Erede del pensiero kantiano, Hruschka non ha forse avuto il coraggio di "tentare le essenze" e con ciò riconoscere che "bene" e "male" non sono concetti che l'uomo conosce soltanto per astrazione, ma realtà in cui egli è immerso, caratterizzanti e qualificanti ogni sua esperienza.

*“\*Alcuni farisei dissero: Perché fate ciò che non è permesso di sabato? \*Rispose loro Gesù: Non avete allora letto ciò che fece Davide, quand'ebbe fame, lui e quanti erano con lui? \*Che entrò nel santuario, prese e mangiò i pani consacrati, e ne dette anche ai suoi compagni, sebbene non fosse lecito mangiarli se non ai soli sacerdoti?”*

(Luca, 6, 2-4)

## **DIE WIEDERENTDECKUNG DER „THEORIE DER ZURECHNUNG“.**

### **Strafrechtliche Doktrin nach Joachim Hruschka.**

Das primäre Ziel dieser Doktorarbeit ist aufgrund umfassender Studien der wissenschaftlichen Arbeiten von Joachim Hruschka, seine persönliche und in vieler Hinsicht originelle strafrechtliche Doktrin aufzuzeigen. Weiter gilt es, Regeln und Dynamiken der traditionellen „Beurteilung der Zurechnung“ zu erläutern, da diese direkten Einfluss auf die praktische Umsetzung des Rechts hat. Letzteres verfolgt dabei zwei Ziele: erstens, die rechtschaffende Funktion des „positiven Juristen“ zu enthüllen und zweitens die Untersuchung der „Zurechnungstheorie“ und ihre geschichtliche Entwicklung. Dadurch soll erneutes und aufmerksames Interesse an dem alten Gedanken geweckt werden, der heute noch für die tiefgründige Verwurzelung des „Ermessens“ in der erfahrenen Wirklichkeit des Menschen steht.

Die verschiedenen Themen werden durch die genannte Originalität des Gedankens von Professor Hruschka verbunden. Der Gedanke des zeitgenössischen deutschen Strafrechtlers beruht darauf, dass er seine juristischen Argumentationen und wissenschaftliche Ansichten auf eine leibhaftige, von ihm erarbeitete, „Zurechnungstheorie“ gestellt hat und nicht auf das „positiv gegebene“. Seine Lehre basiert weitgehend auf Gedanken von Philosophen, die der Naturrechtsphilosophie angehören. Sie ist das Gerüst, um das Hruschka das gesamte System des Strafrechts aufbaut. Sie repräsentiert das Hilfsmittel, das es ihm ermöglicht, Fehler oder innere Stimmigkeit von spezifischen normativen Vorschriften, gewissen Ausrichtungen der Rechtsprechung und allgemeinen strafrechtlichen Doktrinen aufzuzeigen.

Das Werk teilt sich in einen theoretischen und einen praktischen, anwendungsbezogenen Teil. Der erste Teil wird im ersten, zweiten und dritten Kapitel ausgeführt. Darin werden einleitend die Gründe für das Interesse an der Studie der „Zurechnungstheorie“ angeführt (Kap. I), im darauf folgenden widmet sich die Autorin einer ausführlichen Analyse der philosophischen und rechtlichen Lehre, die als Fundament der hruschkischen „Zurechnungstheorie“ dienen, um sich dann erweiternd mit der Struktur des von demselben erarbeiteten „Zurechnungsurteil“ zu beschäftigen (Kap. III). Im zweiten, vorwiegend praktischen Teil des Werkes, wird von der Autorin dargelegt, wie Hruschka zu der Lösung typisierter „hard-cases“ des Strafrechts kommt, gerade durch die Anwendung der „Zurechnungstheorie“ und der von ihm benannten „logisch-analytischen“ Methode. Hier werden den Ergebnissen der Untersuchungen des deutschen Strafrechtlers und seiner Schlussfolgerungen

die italienische Doktrin und Rechtsprechung gegenübergestellt, zwecks Überprüfung der eventuellen Konformität oder, um gegebenenfalls angebrachte Änderungen der einen oder anderen daraus abzuleiten (Kap. IV). Im letzten Kapitel werden kritische Punkte der Lehre von Hruschka im Rahmen einer epistemologischen Vertiefung seiner Theorien untersucht (Kap. V).

Im Detail basieren die Gründe, warum eine Untersuchung der „Zurechnung“ interessant ist und das Studium rechtfertigen (Kap. I), auf der Falschheit der These, nach der die Anwendungsphase der strafrechtlichen Norm nach der zwei- oder dreigeteilten zeitgenössischen „Deliktstheorie“, das „einzige“ wahrhaftige Moment der Tätigkeit des „positiven“ Juristen darstellt. Wie aus den Aufbereitungen der Sprachphilosophen und aus den angeführten Beispielen und Argumentationen der Autorin hervorgeht, kann nicht verkannt werden, dass das Urteil über das Handeln anderer – sei es ethisch oder rechtlich – nicht nur aus einer „Anwendungsphase“ des Rechts besteht, sondern ein weiteres Moment beinhaltet, das wiederum Voraussetzung für diese ist. Die „Zurechnung“ ist insbesondere jener Moment, oder jenes Verfahren, über welches eine Handlung von Seiten des dritten Beobachters „verstanden“ und „interpretiert“ wird, was auf der zentralen Voraussetzung der menschlichen Willensfreiheit basiert. Das Merkmal der Freiheit der Handlungen ist es, welches das humane Handeln von jeglicher anderen Tatsache unterscheidet und es lobenswert oder verwerflich macht. In der Substanz ist es, noch vor der Rechtsnorm, die „Zurechnung“, welche die Handlung oder Unterlassung zu einer „rechtsrelevanten Tat“ erhebt und ihr einen konkreten Wert zuschreibt.

Nach Klarstellung der Bedeutung des Themas werden verschiedene Merkmale des antiken Konzepts der imputatio seit Anfang des 18. Jahrhunderts bis heute aufgezeigt, dessen Wurzeln in die aristotelisch-thomistischen Lehren reichen. Der Grund der detaillierten und umfassenden historischen Untersuchung ist tiefgreifend und dient nicht etwa bloß der Erbauung: Laut persönlicher Meinung von Hruschka ist der „Verlust“ des „Zurechnungsurteils“ in Verbindung mit der philosophischen Entwicklung der modernen strafrechtlichen Wissenschaft zu bringen. Insbesondere würde diese von den Direktiven der Lehren abstammen, welche vorwiegend die letzten drei Jahrhunderte geprägt haben.

Immanuel Kant ist der erste Autor, dessen Lehre im Detail behandelt wird, da sich der Philosoph direkt dem Gebiet der Zurechnung widmete und er mit seinem erkenntnistheoretischen Ansatz tiefgreifend den von Joachim Hruschka markiert hat. In vollständiger Weise wird Kants Auffassung der Idee der Zurechnung als Urteil dargelegt, die er von der ihm vorangegangenen Moralphilosophie geerbt hat. Ein Urteil, das besonders durch die freie Willensentscheidung des Menschen sowie seiner Fähigkeit über sich selbst zu bestimmen gerechtfertigt ist. Die rechtliche Zurechnung Kants ist Voraussetzung für die Anwendung der Gesetze und ausgeschlossen in den Fällen, in denen das

zu beurteilende Verhalten nicht als „frei“ eingestuft werden kann, wobei diese sich jedoch von der moralischen Zurechnung unterscheidet. Dieser letzte Aspekt impliziert die Anwendung einer eigenen Definition von „rechtsrelevanter Freiheit“, welche direkt Einfluss auf die folgenden Entwicklungen der Zurechnungstheorie genommen hat und nicht frei von kritischen Punkten ist.

Es folgen Betrachtungen der Lehren von P. J. Anselm Feuerbach und G. W. Friedrich Hegel. In Bezug auf den Erstgenannten wird besonders seine „mechanische“ Interpretation der für die Zurechnung relevanten menschlichen Freiheit und seine „spezial-präventive“ Interpretation der Strafe dargelegt. Letztere schlägt sich direkt auf das nieder, was die Zurechnung ausschließen kann und sich nur auf die Wirkungslosigkeit der Androhung der Vorschrift reduziert. Bei Hegel und seinem Idealismus dagegen findet sich eine erste normative Interpretation der Zurechnung: Die Freiheit des Menschen verabsolutiert sich und mit ihr verliert die gesamte rechtliche Erfahrung fortschreitend ihre natürliche Berührung mit der phänomenischen Realität. Die gesamte Zurechnung wird vollkommen absorbiert von der „Gesetzesanwendung“ auf den Sachverhalt.

Im Anschluss widmet sich die Autorin der Untersuchung des „Normativismus“ und seiner Interpretation der Zurechnung. Anfangs geschieht dies vor allem über die Lehre von Hans Kelsen und seiner Unvermittelbarkeit zwischen „Sein“ und „Sollen“, sowie vor allem der Unterscheidung zwischen „zentraler“ und „peripherischer“ Zurechnung. Zweitens würde insbesondere für den entsprechenden rechtlichen „physischen Kausalzusammenhang“ stehen. Durch die Gleichstellung der Wechselbeziehung zwischen „rechtlicher Voraussetzung“ und „rechtlicher Folge“ identifiziert und vermischt sich die Zurechnung von Kelsen somit mit der Strafe selbst. Der Gedanke von Kelsen hätte später dann zur endgültigen Verbannung des „Menschen“ – und seiner rationalen Freiheit – von Rechtserfahrung geführt.

Einige Überlegungen gelten der Lehre von Binding, der sehr normorientiert war, und der Lehre von von Liszt. Letzterem wird von der Autorin ein Wechsel der Perspektive bzgl. der „Beurteilung der Zurechnung“ zugeschrieben: Durch seine ausschließlich „psychologische“ und instinktive Interpretation der menschlichen Freiheit hätte er der freiwilligen rechtswidrigen Handlung jeglichen Wertehalt aberkannt.

Der geschichtliche Rückblick wird mit der Untersuchung der sogenannten „Deliktstheorie“ abgeschlossen. Diese wäre aufgrund der Vorgeschichte nicht fähig, die Wirklichkeit der Tat und die Kernbedeutung menschlichen Handelns ins Zentrum der rechtlichen Erfahrung zu stellen.

Die Lehre von Joachim Hruschka wird im Kap. III untersucht und ausführlich dargelegt. Verdeutlicht und erklärt wird die „Zurechnungsstruktur“, die seinerseits des Öfteren in seinen

Schriften verwendet wurde. Die Autorin bietet eine umfassende Beschreibung jeder Phase der Zurechnungsbeurteilung, der Ausschließungsgründe dieser und des Verhältnisses mit dem Gesetzssystem. Die „Handlung“ wird als erstes studiert, wobei die Autorin Bezug nimmt auf: die Gründe, welche erlauben, menschliches Verhalten überhaupt als "Handlung" zu bezeichnen; die Begründung, warum nur die „Handlung“ und nicht auch das „Verhalten“ Objekt einer sowohl ethischen als auch rechtlichen Bewertung sein könne; Beweggründe, welche dergleiche Beurteilungen ausschließen würden. Wahrhaftiges Handeln wäre insbesondere nur jene Tat, die der dritte Beurteilende als „konkrete und freie Anwendung praktischer Verhaltensregeln“ verstehen kann; dies setzt voraus: die Freiheit des Handelnden, die materielle Möglichkeit der Tat und das Bewusstsein des Handelnden, eine Verhaltensregel anzuwenden.

Darauf folgend wird die „zweiphasige“ Struktur, welche die Zurechnung in der Deklination von Hruschka annimmt, untersucht. Der Strafrechtler befindet, dass die „strafrechtliche Beurteilung“, neben dem der Subsumtion, nicht nur eine Zurechnungsbeurteilung enthält; diese würde sich aus „zwei Momenten“ zusammensetzen: anfangs die Zurechnung „erster Ebene“ als eine Art Beurteilung, welche die normative Subsumtion begründe; des Weiteren, nach Anwendung des Gesetzes, als eine Art „Beurteilung der Schuld“, die als Zurechnung „zweiter Ebene“ zu verstehen sei. Die Behandlung der einzelnen Phasen der Beurteilung erfolgt seitens der Autorin in eigenständiger und detaillierter Form, begleitet von den jeweiligen Ausschlussgründen der Zurechnung (Nichtzurechnung). Während die „Zurechnung“ erster Ebene von Gründen ausgeschlossen wird, welche verhindern, das menschliche Verhalten als Tat zu qualifizieren, gilt dies auf „zweiter Ebene“ aufgrund von „ähnlichen Gründen“: das Fehlen von Freiheit oder von Alternativen seitens des Verursachers, welche nicht als physische, sondern eher als psychische und moralische zu verstehen ist; eine Ignoranz des Handelnden, die nicht mehr die Verhaltensregel betrifft, sondern die Existenz eines strafrechtlichen Verbots.

Der darauf folgende Abschnitt gilt der grundsätzlichen Unterscheidung zwischen „Zurechnungsregeln“ und „Gesetzesregeln“. Es folgt der Teil über den komplexen Bereich der „außerordentlichen Zurechnung“. Diese fasst das Argument zusammen, aufgrund dessen, unabhängig von jeglicher Rechtsnorm und basierend ausschließlich auf Prinzipien rechtschaffender Vernunft, eine Tat einer Person rechtmäßig zugerechnet werden kann, auch falls eine Voraussetzung, der ersten oder zweiten Ebene, nicht gegeben ist. Mit der Ablehnung der Anwendung „leerer Formeln“, so wie es die *actio libera in causa* ist, begründet Hruschka die „außerordentliche Zurechnung“ auf dem Fundament des Konzepts der „Obliegenheiten“, welches er selbst prägt und entwickelt. Die „Obliegenheiten“ würden insbesondere „Nebenpflichten“

entsprechen, sozusagen Pflichten welchen der Person obliegen die eine Rechtsnorm befolgen soll. Laut Autorin würden diese an jene „Sorgfaltspflichten“ erinnern, aus deren Verletzungen eine Haftung aufgrund „Fahrlässigkeit“ entstehen könne. Der erste Teil des Werkes endet mit der zusammenfassenden und schematischen Darstellung der Ausschlussgründe der Zurechnung in Bezug sowohl auf die erste als auch auf die zweite Ebene.

Im zweiten Teil der Arbeit werden in gewisser Weise dem italienischen Publikum die Betrachtungen von Joachim Hruschka zugänglich gemacht, die er in seinem „logisch-analytischen“ Lehrbuch für Strafrecht darlegt und wo er einige Institute des Strafrechts „auf einer logischen Analyse“ von konkreten Fallbeispielen und ihren Varianten rekonstruiert. Die Analyse der Darlegungen zeigt schwerpunktmäßig zwei grundlegende Prinzipien der Rechtswissenschaft auf: das „Simultaneitäts-“ und das „Referenzprinzip“. Laut Hruschka würden diese Prinzipien das gesamte System durchdringen und deren Befolgen würde die Lösungen der für das Strafrecht typischen „hard-cases“ rechtfertigen, die nicht immer mit den Lösungen einfacher Anwendung der positiven Normen übereinstimmen. Diese würden verstärkt im Bereich des „*dolus generalis*“ und der „*aberratio*-Fällen“ Bedeutung haben. Weiter beschäftigt sich die Autorin, ausgehend von den Fallbeispielen Hruschkas, mit dem Thema des Notstands. Gleichwohl präsentiert sich das Werk von Hruschka auch dort in originellen Zügen: Anstatt auf Normen zurückzugreifen und seine Beurteilungen auf der „Differenzierungstheorie“ aufzubauen oder letztendlich auf die „Zumutbarkeit“ Bezug zu nehmen, schlägt der deutsche Strafrechtler nämlich Lösungsansätze vor, die Not, Handlungs- und Duldungspflichten, sowie Notwehr und Unterlassungsdelikte in Zusammenhang bringen und somit darauf abzielen, Gesetzesvorschriften auf ihre Tauglichkeit zu prüfen und ihre *ratio* zu enthüllen. Obgleich die analysierten Fälle aufgrund deutscher Rechtsnormen betrachtet werden, fehlt es nicht an wesentlicher Bedeutung, bezogen auf entsprechende Positionen der italienischen Doktrin und Rechtsprechung. Die Bezugnahme auf ausländische Normen erlaubt eine vergleichende Untersuchung und rechtfertigt sich außerdem damit, dass vor allem durch das deutsche Strafrecht die abendländischen Systeme damit begonnen haben, sich mit dem Unterschied zwischen „entschuldigenden“ und „rechtfertigenden“ Rechtsgründen, vor allem im Hinblick auf Notfälle, zu beschäftigen und sich schrittweise anzueignen.

Die normalerweise auf dieses Institut zurückzuführenden Angelegenheiten, sollten sich laut Hruschka durch eine Dialektik lösen lassen, die sich zwischen den der Person auf Rechtswegen anerkannten „Handlungsbefugnissen“ und den „Duldungs-, und „Handlungspflichten“ Dritter bewegen. Befugnisse und Pflichten, die eine unterschiedliche Bedeutung aufgrund ihrer



Begründung annehmen: Sie sind größer, falls sie vom „Sicherungsprinzip“ herkommen und kleiner, falls sie dem Prinzip der „Interessenverrechnung“ entstammen.

Die Schlussfolgerungen, zu denen die Autorin (Kap. V) kommt, lassen sich zusammenfassen, einerseits in einer hohen Wertschätzung für die hruschkische „Wiederentdeckung“ der Zurechnungstheorie, deren Zentralität in der strafrechtlichen Beurteilung es verdient, weiter vertieft zu werden; andererseits werden einige kritische Punkte der Lehre Hruschkas aufgezeigt, die sich in den Lösungen einiger konkreter Fallbeispiele ergeben. Die Thesen des deutschen Strafrechtlers scheinen diesbezüglich eine weitere Vertiefung zu verdienen, nicht so sehr einzelne Aussagen, sondern vielmehr die epistemologische Herangehensweise, welche die gesamte Lehre charakterisiert.

## *ABSTRACT*

Oggetto principale della tesi è quello di illustrare, sulla base di un vasto studio della produzione scientifica di Joachim Hruschka, la sua personale e, per molti versi, originale dottrina penale. Accanto ad esso, scopo altrettanto centrale dell'opera è di riportare alla luce regole e dinamiche del tradizionale "giudizio imputativo", posta la sua diretta influenza sulla pratica applicazione del diritto. Tale ultimo rilievo ha due obiettivi. In primo luogo, esso mira a disvelare la funzione creatrice di diritto inevitabilmente svolta dal giurista positivo. In secondo luogo, la disamina della "teoria dell'imputazione", e della sua storia, vuole essere un invito ad un rinnovato e più attento interesse a un pensiero antico ma ancora capace di dar prova del profondo radicamento del "giudizio" nella realtà esperienziale dell'uomo.

A collegare i diversi temi è il fatto che la menzionata originalità del pensiero del professor Hruschka, contemporaneo penalista tedesco, derivi dal suo aver posto alla base dei propri ragionamenti giuridici e delle proprie opinioni dottrinali, non già il dato positivo, ma una vera e propria "Zurechnungstheorie" – teoria dell'imputazione –, da lui stesso elaborata. Tale teoria, largamente erede del pensiero dei filosofi morali appartenenti al filone del giusnaturalismo, è lo scheletro attorno al quale Hruschka ricostruisce l'intero sistema del diritto penale. Essa rappresenta lo strumento che a lui consente di provare la fallacia o, invece, l'intrinseca ragionevolezza, di specifici dettati normativi, di precisi orientamenti giurisprudenziali, di generali dottrine penalistiche.

L'opera è suddivisa in due parti, una di carattere teoretico e l'altra applicativa. La prima parte si sviluppa nel primo, secondo e terzo capitolo. In essa, dopo aver introduttivamente esplicitato le ragioni che rendono interessante uno studio sull'imputazione (cap. I), l'Autrice si dedica estensivamente all'analisi del pensiero, filosofico e giuridico, che sta alla base della hruschkiana Zurechnungstheorie (cap. II) per poi dar conto, esaustivamente, della struttura del giudizio imputativo da quest'ultimo elaborata (cap. III). Nella seconda parte, massimamente pratica, l'Autrice illustra come Hruschka pervenga alla soluzione di tipici hard-cases del diritto penale, proprio applicando la Zurechnungstheorie e adottando un metodo che egli definisce "logico-analitico". Qui, ai risultati di indagine del penalista tedesco, ed alle sue conclusioni, si affiancano quelli di dottrina e giurisprudenza italiane, allo scopo di verificarne l'eventuale conformità o dedurre opportune modifiche delle une o delle altre (cap. IV). Nell'ultimo capitolo si esaminano alcune criticità del pensiero Hruschkiano nel quadro di un approfondimento di carattere epistemologico delle tesi da lui prospettate. (cap. V).

## REDISCOVERING THE “THEORY OF IMPUTATION”.

### The criminal doctrine of Joachim Hruschka.

#### *ABSTRACT*

The main objective of the thesis is to present, based on an extensive study of the scientific work of Joachim Hruschka, the personal and largely *extravagant* criminal doctrine of this German legal scholar. Furthermore, an equally central focus of the work is to uncover the dynamics of “imputation” (or the so called “ascription”), in light of the direct impact it exercises on the process of application of the law. The second remark is double oriented. On the one hand, it aims at signaling the “creative” dimension implied in each act of supposedly “neutral” application of the norms. On the other, the study of the theory of imputation, as well as that of its historical development, wishes to serve as a stimulus for further and deeper interests. Indeed, notwithstanding its ancient origins, the theory of imputation is still able to reveal how each human judgment remains unavoidably grounded on the reality of human experience.

The different themes are strictly interconnected. The above-mentioned extravagance of Hruschka’s reflections, in fact, is due precisely to the fact that the bases of his legal reasoning and doctrines are not to be identified in enacted and positive norms, but consist in logic principles and, above all, in his “Zurechnungstheorie”: a theory of imputation that he himself shaped and developed. This theory, which largely inherits the thought of natural-law moral philosophers, is the skeleton around which Hruschka re-builds the whole system of criminal law. It is the instrument he uses to prove the fallacy, or the intrinsic reasonableness, of specific laws, of particular jurisprudential opinions, of more general criminal doctrines.

This work is structured into two sections: one theoretical and one practical. The first section is developed in the first three chapters. A brief introduction illustrates the reasons that make a study on imputation still relevant (chapter 1). The second chapter describes and analyses in depth the philosophical and juridical reflections, which were ground for the development of Hruschka’s theory of ascription. Finally, an exhaustive and deep description of the structure of this Zurechnungstheorie is offered in chapter 3. In the second part of the research project, the Author shows how Hruschka uses his personal theory of imputation in order to solve some of the most typical hard cases of criminal law, while adopting a mostly original method, which he himself defines “logic-analytic”, of looking at the legal system and at its institutes. In these pages, along with the conclusions reached by the German scholar, and with the reasoning behind them, the Author presents the conclusions and the reasoning formulated, on the same topics, by Italian

jurisprudence and by some of its legal experts. This comparative analysis aims at verifying conformities and, where it seems appropriate, at suggesting opportune modifications to either the conclusion reached or the reasoning employed (chapter 4). The closing chapter underlies some inconsistencies of the doctrine developed by Joachim Hruschka, promoting further studies on the epistemic character of its theses (chapter 5).

## BIBLIOGRAFIA

- Aichele A., *Was ist und wozu taugt das Brett des Carneades?*, in *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 2005, pp. 245 – 268.
- Alimena B., *La colpa nella teoria generale del reato*, Palermo, 1947.
- Aristotele, *Etica Nicomachea*.
- Achenbach H., *Historische und dogmatische Grundlagen des Strafrechts- systematischen Schuldlehre*, Berlino, 1974.
- Austin J. L., *A Plea for Excuses*, *Proceedings of the Aristotelian Society*, Londra, 1956-57, 1 – 30.
- Austin J. L., *How to do things with words*, 1962.
- Bacigalupo E., *Principios de Derecho penal parte general*, IV ed., Madrid, 1997.
- Beccaria C., *Dei delitti e delle pene*, in ed. Mondadori, Milano, 2011, p. 33.
- Beling E., *Grundzüge des Strafrechts*, III ed., Tubinga, 1905.
- Beling E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tubinga, ed. 1906; ed. 1930.
- Beling E., *Die Lehre vom Tatbestand*, Tubinga, 1930.
- Bentham J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislations*, 1789.
- Bettiol G., *Diritto penale*, parte gen., 11° ed., Padova, 1982.
- Binding K., *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, 2-1, II ed., Lipsia, 1914.
- Binding K., *Handbuch des Strafrechts*, I, Lipsia, 1885.
- Byrd S., *Kant's Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution*, in *LPh* 8, 1989, pp. 151 – 200.
- Byrd S., Hruschka J., *Kant's Doctrine of Right. A Commentary*, Cambridge University Press, 2012.
- Byrd S., Joerden J., (Herausgegeben von), *Philosophia Practica Universalis, Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag*, in *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2005.
- Canestrari S., *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989.
- Carmichael G., *S. Pufendorfii De Officio Homins et Civis Juxta Legem Naturalem Libri Duo. Supplements et Observationibus (...) auxit ei illustravit G. Charmichael.*, ed. II, Edimburgo, 1724.
- Carpintero F., *Imputatio*, in *RIFD*, 81, 2004, pp. 25 – 78.
- Carpintero F., *Los conceptos universales: quimera histórica o instrumentos del derecho?*, in *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, n. 22, 2004, pp. 367 – 389.
- Carrara F., *Diritto della difesa pubblica e privata* (1859), in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. I, Lucca, 1870.
- Carrara F., *Programma del corso di diritto criminale, parte generale*, vol. I, F.lli Cammelli, Firenze, 1902.

- Cathrein V., *Die Grundbegriffe des Strafrecht*, Friburgo, 1905.
- Cattaneo M., *Aufklärung und Strafrecht*, Baden-Baden, 1998.
- Cattaneo M., *Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*, Giappichelli, 1988.
- Conti L., *Aberratio (ictus, delicti, causae)*, NN.D.I., I, Torino, 1957.
- Cornacchia L., *Reato aberrante* in *Digesto pen.*, XI, Torino 1996.
- Dan-Cohen M., *Conception of Choice and Conception of Autonomy*, 1992, in *Ethics*, 102 (2), pp. 221-243.
- Dan-Cohen M., *Decisions Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, in *Harvard Law Review*, 1984, vol. 97, n. 3, pp. 625 – 677.
- Daries G., *Institutiones Jurisprudentiae Universalis, Introductionis ad Jus Naturae et Gentium Pars Generalis*, § 211, Jena, 1740.
- Daries G., *Observationes Iuris Naturalis, Socialis et Gentium*, vol. II, Jena, 1754.
- Donini M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991.
- Dreier H., *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 16, 1986.
- Duarte D'Almeida L., *Description, Ascription, and Action in the Criminal Law*, in *Ratio Juris*, vol. 20, n. 2, 2007, pp. 170 – 195.
- Ebenstein W., *The Pure Theory of Law: Demythologizing Legal Thought*, 59, in *California Law Review*, 1971, pp. 617 – 652.
- Eusebi L., *In tema di accertamento del dolo: confusione tra dolo e colpa*, in *RIDPP*, 1987, p. 1067 e ss.
- Feinberg J., *Action and Responsibility*, in White, *The Philosophy of Action*, 1968, pp. 95 – 119.
- Feuerbach P. J. A., *Über die einzig möglichen Beweisgründe gegen das Dasein und die Gültigkeit der natürlichen Rechte*, Leipzig, 1795.
- Feuerbach P. J. A., *Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft des natürlichen Rechts*, Altona, 1796.
- Feuerbach P. J. A., *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*, Erfurt.
- Feuerbach P. J. A., *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, I parte, Erfurt, 1799.
- Feuerbach P. J. A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, I ed. Gießen, 1801.
- Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale, Parte Generale*, IV ed., Bologna, 2001.
- Finnis J. M., *On the Incoherence of Legal Positivism*, in *Notre dame Law Review*, vol. 75, n. 5, 2000, pp. 1597 – 1612.
- Fitzgerald P. J., *Actos voluntarios e involuntarios*, in White A., *La filosofia de la acción*, 1976, pp. 175-206.
- Fletcher G., *Rethinking Criminal Law*, 1978.

- Fornasari G., *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Cedam. 1990.
- Frosali R. A., *L'errore nella teoria del diritto penale*, Roma, 1933.
- Gallo M., *Aberratio delicti, causae*, in *ED*, I, Milano, 1958.
- Geach P., *Ascriptivism*, in *The Philosophical Review*, vol. 69 (1960), pp. 221 – 225;
- George, R. P., *Kelsen and Aquinas on “the natural-law doctrine”*, in *Notre Dame Law review*, vol. 75, 5, 2000, pp. 1625 – 1646.
- Ghanayim K., *Excused Necessity in Western Legal Philosophy*, in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. XIX, n. 1, 2006.
- Giannini H., *Notas acerca de la moralidad de la acción*, in *Revista de filosofía*, n. 67, 2011, pp. 167 – 182.
- Giuliani U., *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, Giuffrè, 1970.
- González-Rivero P., *Dogmática y Ley Penal*, in *Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Madrid, 2004, pp. 274 – 284.
- Green M. S., *Hans Kelsen and the Logic of legal system*, in *Alabama Law Review*, 2003, vol. 54, n. 2, pp. 365 - 413.
- Guiu MK., *The crisis of criminal dogmatics and the theory of guilt*, in *Criminal Law review, Romanian association of Penal Sciences*, vol. 1, n.1, 2011.
- Hardwig W., *Die Zurechnung: ein Zentralproblem des Strafrechts*, Cram, de Gruyter, 1957.
- Hart H. L. A., *Kelsen Visited*, in S. Paulson, *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, 69-87, Oxford, 1998.
- Hart H. L. A., *The ascription of Responsibility and Rights*, *Proceedings of the Aristotelian Society*, Londra, 1948-49, p. 171 194;
- Hegel G. W. F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Berlino, 1821.
- Hettinger M., *Die “actio libera in causa*, in *Reform des Sanktionenrechts. Vol. 1: Alkohol als Strafmilderungsgrund. Vollrausch. Actio libera in causa*, Baden-Baden 2001
- Hill T., *Kant on Punishment: A Coherent Mix of Deterrence and Retribution?*. in *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 1997, pp. 291 – 314.
- Hruschka J. (in ordine cronologico):
- *Der Begriff der „Tat“ im Strafverfahrensrecht*, in *Juristenzeitung*, 21, n. 21, 1966, pp. 700 – 703;
  - *Rückkehr zum dolus subsequens? Zum vorstehenden Beitrag von Dreher*, in *Juristenzeitung*, 28, n. 9, 1973, pp. 278 – 279;
  - *Zum Tatvorsatz bei zweiaktigen Delikten, insbesondere bei der Entführung des § 237 n. F. StGB*, in *Juristenzeitung*, 28, n. 1, 1973, pp. 12 – 15;
  - *Conscientia erronea und ignorantia bei Thomas von Aquin*, in *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Walter de Gruyter, Berlin, 1974, pp. 115 – 149.

- *Methodenprobleme bei der Tatzurechnung trotz Schuldunfähigkeit des Täters*, in *SchwZStr*, 90, 1974, pp. 48 – 77;
- *Struckturen der Zurechnung*, Walter de Gruyter, Berlin, 1976.
- *Extrasystematische Rechtfertigungsgründe*, in *Festschrift für Edmund Dreher zum 70. Geburtstag*, WdG, Berlino, 1977;
- *Über Tun und Fahrlässigkeit*, in *Festschrift für Paul Bockelmann*, Monaco, 1979, pp. 421 – 436;
- *Der Gegenstand des Rechtswidrigkeitsurteils nach heutigem Strafrecht. Zur Konsistenz möglicher Konzeptionen von der Bedeutung der Tatumstandirrtümer*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1980, pp. 1 – 22;
- *Das Strafrecht neu durchdenken! Überlegungen aus Anlaß des Buches von George p. Fletcher, Rethinking Criminal Law*, in *Goltdammer's Archiv*, 1981, pp. 237 – 250;
- *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, Walter de Gruyter, Berlin, 1983;
- *Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf. Zur Geschichte un zur Bedeutung der Differenz von actio libera in se und actio libera in sua causa*, in *Zeitschrift für di Gesamte Strafrechtswissenschaft* 96, 1984, pp. 661 – 702;
- *Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?*, in *JuristenZeitung* 1985, pp. 1 – 10.
- *Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes*, in *Strafverfahren im Rechtsstaat. Festschrift für T. Kleinknecht zum 75. Geburtstag*, Monaco, 1985, pp. 191 – 202.
- *Imputation*, in *Birmingham Young University Law Review*, 1986, 3, p. 681;
- *Strafe und Strafrecht bei Achenwall – Zu einer Wurzel von Feuerbachs psychologischer Zwangstheorie*, in *JuristenZeitung*, 42, 1987, pp. 161-208;
- *Probleme der actio libera in causa heute*, in *JuristenZeitung*, 44, n. 7, pp. 310 – 316;
- *Der Standard-Fall der aberratio ictus und verwandte Fallkonstellationen*, in *JuristenZeitung*, 46, n. 10, 1991, pp. 488 – 492;
- *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe: Das Brett Karneades bei Gentz und bei Kant*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1991, pp. 1 – 10;
- *Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln*, in *Rechtstheorie*, 22, 1991, pp. 449 – 460;
- *Zum Lebensrecht des Foetus in rechtsethischer Sicht*, in *JuristenZeitung*, 46, n. 10, 1991, pp. 507 – 509;
- *Die Todesschüsse an der Berliner Mauer vor Gericht – Zu dem unten abgedruckten Urteil des LG Berlin vom 20. 1. 1992*, in *JuristenZeitung*, 47, n 13, 1992, pp. 665 – 670;
- *Vorpositives Recht als Gegenstand und Aufgabe der Rechtswissenschaft*, in *JuristenZeitung*, 47, n. 9, 1992, pp. 429 – 438;
- *Die Nötigung im System des Strafrechts*, in *JuristenZeitung*, 50, n. 15/16, 1995, pp. 737 – 745;
- *Die actio libera in causa – speziell bei § 20 StGB mit zwei Vorschlägen für die Gesetzgebung*, in *JuristenZeitung*, 51, n. 2, 1996, pp. 64-72;



- *Die actio libera in causa bei Vorsatztaten und bei Fahrlässigkeitstaten: Zur neuesten Rechtsprechung des BGH*, in *JuristenZeitung*, 52, n. 1, 1997, pp. 22-27;
- *Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen*, in *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 110, 1998, pp. 581 – 610.
- *Zurechnung und Notstand Begriffsanalysen von Pufendorf bis Darvies*, in *Entwicklung der Methodenlehre in Rechtswissenschaft und Philosophie vom 16. bis zum 18. Jahrhundert. Beiträge zu einem interdisziplinären Symposium in Tübingen, 18.-20. April 1996*, Steiner Verlag, 1998.
- *“Zurechnung”*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol V, 1998., col. 1803, 1806;
- *Zur Interpretation von Pufendorfs Zurechnungs- und Notstandslehre in der Rechtslehre der Aufklärung*, in M. Beetz, G. Cacciato, *Die Hermeneutik in Zeitalter der Aufklärung*, 2000, pp. 181 – 195;
- *Bestrafung des Täters trotz Rechtfertigung der Tat? Zu den „Provokations-, und ähnlichen Fälle*, in *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 113, 2001, 4, pp. 870 – 884.
- *Die species facti und der Zirkel bei der Konstruktion des Rechtfalles in der Methodenlehre des 18. Jahrhunderts*, in *Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zur Romantik – Rechtswissenschaft, Philosophie, Theologie, Contubernium*, 58, Stuttgart, 2001, Schröder;
- *Utilitarismus in der Variante von Peter Singer*, in *Juristen Zeitung*, 56, n. 6, 2001, pp. 261 271;
- *Wieso ist eigentlich die „eingeschränkte Schuldtheorie“ „eingeschränkt“? Abschied von einem Meinungsstreit*, in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Walter de Gruyter, Berlin, 2001, pp. 441 – 456.
- *„Actio libera in causa“ und mittelbare Täterschaft*, in *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16 Oktober 2002*, Heidelberg, 2002, pp. 145 – 155.
- *Die Unterscheidung zwischen Pflicht und Obliegenheit*, in M. Kaufmann, *Recht auf Rausch und Selbstverlust durch Sucht. Vom Umgang mit Drogen in der liberalen Gesellschaft*, Francoforte, 2003, pp. 291 – 303;
- *Das deontologische Sechseck in der Jurisprudenz*, in *Gedächtnisschrift für Wolfgang Blomeyer*, Berlino, 2004, pp. 775 – 788.
- *Imputación Y Derecho Penal, Estudios Sobre la Teoria de la Imputación*, Sanchez-Ostiz P. (a cura di), Aranzadi, 2005 (“*Introducción: Sobre la imputación*”).
- *Justification and Excuses: A Systematic Approach*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 2, 2005, pp. 407 – 413.
- *Von Rechten die keinen Richter haben. Der Notstand im Argumentationszusammenhang von Kants Rechtslehre*, in Michael Pawlik u.a. (Hg.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007.
- *Die Interpretation von Kants Strafrechtsphilosophie – eine Wissenschaft oder eine Ideologie?*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 124, 1, 2012, pp. 232-235.

Hübner C., *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*, Duncker & Humblot, 2004.

Hughes G., *Validity and the Basic Norm*, 59, California Law review, 1971, pp. 695 - 714.

- Hutcheson F., *A System of Moral Philosophy*, in *5 Collected Works of Francis Hutcheson*, Fabian, 1969.
- Isensee J., *Leben gegen Leben. Das grundrechtliche Dilemma des Terrorangriffs mit gekapertem Passagierflugzeug*, in Michael Pawlik, Rainer Zaczyk (Hg.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag 2007, pp. 205 – 234.
- Jakobs G., *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, Berlino, 1983.
- Jakobs G., *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen einer Rechtsphilosophie*, Berlino, 1997.
- Joerden J., *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*, Duncker & Humblot, 1989
- Joerden J., *Spuren der duplex-effectus-Lehre im aktuellen Strafrechtsdenken*, in Michael Pawlik, Rainer Zaczyk (Hg.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag 2007, pp. 235-257
- Kant I., *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Kirchmann, Berlino, 1870.
- Kant I., *Moralphilosophie Collins*, 1784 – 85, *Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, Berlino.
- Kant I., *Naturrecht Feyerabend*, 1784, *Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, Berlino.
- Kant I., *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Königsberg, 1797, in *6 gesammelte Schriften*, ed. *Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften*, 1907.
- Kant I., *Metaphysik der Sitten*, 1797-98, 1803, *Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, Berlino.
- Kelsen H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen 1911.
- Kelsen H., *Introductions to the problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*, tradotto da Litschewski e Paulson, Oxford, 2002, Clarendon.
- Kelsen H., *Society and nature. A sociological enquiry*, Illinois, University of Chicago Press, 1943
- Kelsen H., *Causality and Imputation*, in *Ethics, An international Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol. 61, 1950, n. 1, p. 5.
- Kelsen H., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, I Auflage, 1994, Scientia Verlag Aalen.
- Kelsen H., *Allgemeine Staatslehre*, Berlino, Springer, 1925.
- Kindhäuser U., *Kausalanalyse und Handlungszuschreibung*, GA, 1982, pp. 477-98;
- Kindhäuser U., *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Francoforte, 1989.
- Küper W., *Immanuel Kant und das Brett des Karneades. Das zweideutige Notrecht in Kants Rechtslehre*, Müller, Heidelberg, 1999.
- Langford P., Bryan I., *Hans Kelsen's Concept of Normative Imputation*, in *Ratio Juris*, vol. 26, n.1, 2013.

- Larenz K., *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der „juristischen Kausalität“*, Lipsia, 1927 (rist. Aalen, 1970).
- Lenckner T., *Vorbemerkungen § 13 e ss., 37*, in *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 2001.
- Mantovani F., *Diritto penale*, parte gen., Padova, 2007.
- Marinucci G.: *Il reato come azione. Critica di un dogma*. Milano, 1978.
- Mayer M. E., *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg, 1915, II ed., p. 200.
- Merle J-C., *Was ist Hegels Straftheorie?*, in *Jahrbuch für Recht und Ethik*, n. 11, 2003, pp. 147 – 176.
- Messina S. D., *sub art. 82*, in M. Ronco, S. Ardizzone, B. Romano, *Codice penale commentato*, Utet, Torino, III, 2009, p. 617 – 634.
- Mir Puig S., *Die “ex-ante”-Betrachtung im Strafrecht*, in *FS-Jecheck*, I, Berlino, 1985.
- Mir Puig S., *Limites del normativismo en Derecho Penal*, in *Imputación Objetiva y Dogmatica Penal*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, n. 07-18, p. 18:1 -18:24, consultabile online su: [criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf](http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf).
- Mir Puig S., *valoraciones, normas y antijuridicidad penal*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 6-2, 2004. Rinvenibile online alla pagina: <http://criminet.ugr.es/recpc>.
- Mir Puig S., *sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto*, in *ADPCP*, T. XLI, fasc. III, 1988, pp. 661 – 684.
- Molina Fernandez F., *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bosch, 2001.
- Neumann U., *Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit*, in *ZStW*, 99, 1987, pp. 582 – 587.
- Orrego Sánchez C., *Un juicio justo: la especificación del juicio legal en la filosofía jurídica analítica, la hermenéutica iusfilosófica y la teoría de la ley natural*, in *Anuario Filosófico*, n. 44/3, 2011, pp. 543 – 564.
- Padovani T., *Diritto penale*, 9a ed., Milano, 2008.
- Pagliaro A., *Principi di diritto penale*, parte generale, Giuffrè, 2003.
- Palazzo F., *Dolo ed azione tipica: l’incidenza dell’elemento soggettivo sulla struttura unitaria o plurima della condotta*, in *Studium Iuris*, 1, 34, 1995.
- Palazzo F., *“Voluto” e “realizzato” nell’errore sul fatto e nell’aberratio delicti*, in *Arch. Giur.*, 1973, pp. 27 e ss.
- Palazzo F., Papa M., *Lezioni di diritto penale comparato*, Giappichelli, 2013, p. 89.
- Pascal B., *Pensées*, Lafuma, 1951.
- Pasquale A., *Le fattispecie penali miste di dolo e di colpa*, Napoli, 1977.
- Paulson S., *Hans Kelsen’s Doctrine of Imputation*, in *Ratio Juris*, vo. 14, 2001, pp. 47 – 63.
- Pawlick M., *Der rechtfertigende Notstand*, Walter de Gruyter, Berlin, 2002.
- Pawlick M., *Eine Theorie des entschuldigenden Notstandes: rechtsphilosophische Grundlagen und dogmatische Ausgestaltung*, in *Jahrbuch für Recht und Ethik*, n. 11, 2003, pp. 287 – 315.

- Pérez del Valle C., *Los fundamentos de una teoría iusnaturalista de la imputación*. Testo rinvenibile alla pagina online: <http://fundacioneliasdetejada.org/wp-content/uploads/2014/04/II-JDN-19.pdf>.
- Pieper J., *Sulla giustizia*, Morcelliana, III ed., 1975, p. 26.
- Pileggi G., *Il reato aberrante*, Gangemi, Roma, 1986.
- Pisani N., *La legittima difesa*, in M. Ronco, *Commentario sistematico al codice penale*, Il reato, II, Zanichelli, Torino, II ed. 2011.
- Pound R., *Law and the Science of Law in Recent Theories*, 43, Yale Law Journal, 525, 532, 1934.
- Pufendorf S., *De Officio Hominis et Civis*, 1673.
- Pufendorf S., *Elementorum Jurisprudentiae Universalis Libri Duo*, Hagae-Comitis, 1660.
- Pufendorf S., *Eris scandica. Qua adversus libros de jure naturali et gentium objecta diluuntur*, Francoforte, 1686, p. 214.
- Pulitanò D., *Il principio di colpevolezza e il progetto di riforma penale*, in *Jus*, 1974, pp. 499 e ss.
- Regina A., *Il reato aberrante*, Milano, 1970.
- Reid T., *The works of Thomas Reid*, W. Hamilton ed., 5a, Edimburgo, 1858.
- Renzikowsky J., *Entschuldigung im Notstand*, in *Jahrbuch für Recht und Ethik*, n. 11, 2003, pp. 269 – 285.
- Renzikowsky J., *Intra- und extrasystematische Rechtfertigungsgründe*, in *Jahrbuch für Recht und Ethik*, n. 13, 2005, pp. 643 – 668.
- Renzikowsky J., *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Mohr, 1997.
- Romano B., *Commentario sistematico al codice penale*, I, Milano, 1995.
- Ronco M., *Commentario sistematico al codice penale*, Il reato, I, Zanichelli, Torino, II ed., 2011.
- Ronco M., *Commentario sistematico al codice penale*, Il reato, II, Zanichelli, Torino, II ed. 2011.
- Ronco M., *Descrizioni penali d'azione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004, p. 236.
- Ronco M., *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo delle riflessioni sulla pena*, Giappichelli, Torino, 1996.
- Ronco M., *La dottrina del doppio effetto degli atti umani e la legittima difesa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2, 2014, pp. 799 – 823.
- Ronco M., *La dommatica come garanzia di razionalità del diritto penale*, in *Indice Penale*, n. 2, 2014, pp. 333 – 359.
- Ronco M., Ardizzone S., Romano B. (a cura di), *Codice penale commentato*, Utet, Torino, III ed., 2009.
- Rudolph T., *Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht*, Duncker & Humblot, 2006.
- Runggaldier E., *Che cosa sono le azioni*, Vita e Pensiero, Milano, 2000.

- Rousseau J.-J., *Du contract Social ou Principes du droit politique*, in *Oeuvres complètes, Edition publiée sous la direction de Bernard Gagnebin e Marcel Raymond*, “Bibliothèque de la Pléiade”, Gallimard, vol. III, 1964.
- Sánchez-Ostiz P., *Imputación y Teoría del Delito. La doctrina kantiana de la Imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Bdef, Buenos Aires, 2008.
- Sánchez-Ostiz P., *Auswirkungen der Zurechnungslehre in der aktuellen Verbrechenlehre*, in *Jahrbuch für Recht und Ethik*, n. 13, 2005, pp. 669 – 679.
- Schmidt E., *Das Reichsgericht und der übergesetzlicher Notstand*, in *ZStW*, n. 49, 1929.
- Schmidt E., *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, III ed., Gotinga, 1965.
- Schröder H., *Die Not als Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgrund im deutschen und schweizerischen Strafrecht*, in *SchwZStr*, n. 76, 1960.
- Schünemann B., *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, Ite Teil, Tatbestands- und Unrechtslehre*, GA, 1985, pp. 341 – 380.
- Searle J., *The intentionality of Intention and Action*, in *Cognitive science*, n. 4, 1980, pp. 47 – 70.
- Searle J., *Speech Acts*, Cambridge University Press, 1969.
- Seminara S., *Il delitto tentato*, Giuffrè, 2012.
- Silva-Sánchez J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelloña, 1992.
- Silva-Sánchez J. M., *Consideraciones sobre la teoría del delito*, ADHOC, 1998.
- Silva-Sánchez J. M., *Normas y acciones en Derecho Penal*, Hammurabi, 2003, I ed.
- Spaemann R., *Fini Naturali. Storia e riscoperta del pensiero teleologico*, Ares, Milano 2005.
- Thomasius C., *Institutiones Jurisprudentiae Divinae*, Lib. III, Cap. XI, Francoforte, 1688.
- Toepel F., *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässige Beteiligung*, Tubinga, 1997.
- Tommaso d’Aquino, *Liber de veritate Catholica Fidei contra errores infedelium, seu Summa contra Gentiles*, Marietti, Torino-Roma, 1961.
- Tommaso d’Aquino, *Summa Theologiae*.
- Trapani M., *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, Milano, 1992.
- Van Alphen E., *Kelsen and Hruschka concepts of imputation*, in *International Journal for the semiotics of Law*, VI/17, 1993, pp. 163 – 178.
- Vives Anton T. S., *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, 1996, p. 195.
- Von Liszt F., *Das deutsche Reichsstrafrecht auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs und der übrigen strafrechtlichen Reichsgesetze*, 1881, Guttentag, Berlin.
- Weinberger O., *Introduction: Hans Kelsen as a Philosopher*, in *Hans Kelsen. Essays in Legal and Moral Philosophy*, D. Reidel Publishing, 1973.
- Welzel H., *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, Berlino, 1958.
- Welzel H., *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Mannheim-Berlino-Lipsia, 1935.

Wolff C., *Philosophia Practica Universalis Pars Prima*, § 598, Francoforte, 1738.

Wolff C., *Philosophia Practica Universalis*, § 527, (*GW*, II – 10, p. 394).