

LUIGI CORNACCHIA

*EIN UNAUSROTTBARES VERSTÄNDNIS? L'EREDITÀ DEL
FINALISMO NEL DIBATTITO PENALISTICO ITALIANO*

SOMMARIO: 1. Premessa: un incontro dialettico tra inconciliabili “*Gesinnung*”? – 2. Il significato finalistico di azione. – 2.1. Il dolo come elemento tipizzante del fatto. – 2.2. Il dominio finalistico sul fatto come criterio di individuazione dell'autore nell'esecuzione plurisoggettiva. – 3. Significato sociale di azione: funzione delle norme, *soziale Adäquanz* e esiti nell'imputazione obiettiva. – 4. Il disvalore di azione e il rilievo del bene giuridico. – 5. Illecito e colpevolezza: dal recupero di un'autonomia dogmatica all'*error iuris* attraverso la '*Schuldtheorie*' alla dissoluzione della distinzione nelle moderne concezioni normative. – 6. La polemica con il neokantismo e la topica delle “strutture logiche delle cose” in prospettiva fenomenologica: linee di tangenza con il neontologismo.

1. *Premessa: un incontro dialettico tra inconciliabili “Gesinnung”?*

La riflessione welzeliana, al di là dell'accoglimento o meno degli suoi esiti dommatici, ha certamente rappresentato un punto di non ritorno nella considerazione della sistematica tradizionale: basti pensare alla cesura rispetto alla fondazione della responsabilità penale sulla dicotomia oggettivo / soggettivo, quale sostrato euristico speculari a quella tra illecito e colpevolezza¹, al superamento dell'interpretazione della condotta umana in senso puramente causale-meccanicistico, alla focalizzazione sul significato sociale dell'azione e sui proteiformi profili del suo valore (in termini di adeguatezza) e disvalore che assegna all'illecito; questioni che hanno peraltro avuto sviluppi e propaggini estremamente eterogenee e anche lontane dall'universo concettuale d'origine.

L'eredità del finalismo, come noto, in Italia è stata accettata – quando è stata accettata – con beneficio di inventario.

Il pensiero di Welzel conobbe peraltro dapprima una stagione fortunata nel nostro paese grazie agli studi della “scuola napoletana”²; poi fu ripreso e ampiamente

¹ V. già D. SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli, 1955, ora in IDEM, *Scritti di diritto penale*, a cura di M. LA MONICA, Milano, 1996, 29.

² L'introduzione del finalismo nella cultura giuridica italiana si deve peraltro alla filosofia dell'azione di Capograssi (S. MOCCIA, *La situazione spirituale della scienza giuridico-penale italiana nel secondo dopoguerra e la proposta finalistica*, in S. MOCCIA (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli, 2007, 45). Per una panoramica generale di questa prima era da prospettiva germanica v. G. DANNERT, *Die finale Handlungslehre Wetzels im Spiegel der italienischen Strafrechtsdogmatik*, Göttingen, 1963.

rivalutato a partire dalla fine degli anni '80 del secolo scorso (in particolare dagli scritti di Massimo Donini).

In generale, invece, l'atteggiamento originario di rifiuto da parte della dottrina italiana maggioritaria ha fatto adombrare talora addirittura una sorta di "*conventio ad excludendum*"³.

Sul piano della fondazione categoriale, ha costituito vera e propria "pietra d'intralcio" a una discussione globale sugli esiti del finalismo la teorizzazione dell'esistenza di datità ontologiche pregiuridiche, vincolanti per il legislatore, al di là del fraintendimento circa la loro origine giusnaturalista (estranea al pensiero di Welzel), anche per il timore che costituissero il viatico per mettere in discussione il principio della divisione dei poteri e della legittimazione democratica del legislativo.

Tra queste oggettività pregiuridiche, in particolare, la condotta umana con la sua imprescindibile connotazione finalistica – oggetto peraltro di ripensamenti definitivi anche consistenti da parte di Welzel stesso – presupporrebbe un in edificabile concetto unitario di azione, che non può valere utilmente per colpa e omissione, se non attraverso la *fictio* della finalità potenziale⁴.

Sono altresì arcinote le dure critiche alla – supposta – progressiva soggettivizzazione dell'illecito, sempre più incentrato sul disvalore di azione a detrimento del momento oggettivo dell'offesa al bene giuridico, in contrasto con un diritto penale liberale e laico (e con la tradizione oggettivista del nostro paese)⁵.

Che si sia trattato di un ostracismo "cieco", dovuto a fraintendimenti, incomprendimenti, false attribuzioni, o semplicemente del fisiologico ritardo nel processo di osmosi tra modelli culturali eterogenei e della relazione dialettica che anche proficuamente si ingenera nelle fasi storiche in cui questi vengono a contatto, va peraltro rimarcato che la teoria di Welzel ha pagato lo scotto di una "falsa partenza": quella di essere stata qualificata fin dall'origine, anche per volontà espressa del suo Autore, con ciò che forse di *meno significativo* c'è in essa.

La questione meno originale del complessivo percorso speculativo di Welzel pare proprio il tema del finalismo dell'azione.

Anzi, in fin dei conti la polemica anticausalista si riduce a una preferenza data al tema della causa finale – e quindi della priorità dell'oggetto sul soggetto, nel senso che la realtà esterna offre all'agente motivi cui tendere con la propria azione

³ M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale. 'Culpa iuris' e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Milano, 1993, 21, nt. 8; C. FIORE, *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, in S. Moccia (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, cit., 294.

⁴ Questa tesi, come noto, venne poi abbandonata da Welzel dagli anni '50 del secolo scorso, in favore del concetto di azione volontaria valutabile come contraria alla diligenza dovuta.

⁵ Tra i "classici" G. MARINUCCI, *Il reato come 'azione'*, *Critica di un dogma*, Milano, 1971, 68 ss.

– rispetto alla causa efficiente – che invece suppone la priorità del soggetto, delle dinamiche che i suoi atti innescano, rispetto alla realtà da essi modificata⁶.

Non così “dirompente” appare altresì la ripresa dell’idea (aristotelica) della persona come soggetto autore delle proprie condotte, finalisticamente governate, irriducibili alle leggi meccanicistiche deterministiche della necessità.

Del resto Welzel stesso sembrava attribuire maggiore rilevanza, almeno per la loro portata in sede di riforma, alla teoria dell’errore e del rapporto tra reità e partecipazione nel concorso di persone⁷.

2. Il significato finalistico di azione

Il *leitmotiv* programmatico dell’assunzione della finalità come struttura categoriale dell’azione umana parte in realtà da un’osservazione di immediata evidenza: quella per cui i divieti e i comandi delle norme giuridiche non si possono riferire a ciechi processi causali, ma solamente ad azioni umane, capaci di conformare il futuro attraverso volontà finalistica⁸.

Un progetto che ha scopi ben definiti: superare il dogma positivistico causale e inumare lo “spettro senza vita” dell’azione belinghiana.

La specifica determinazione significativamente intenzionale è tipica di qualsiasi esperienza psicologica umana che sia in rapporto con il contenuto significativo del mondo: dunque un’intenzionalità dotata di senso che assorbe e supera quello causale⁹.

Spesso si è sottolineata la connotazione meramente *strumentale* (*zweckrational*) del concetto finalistico di azione¹⁰, incapace, al di là dei propositi dichiarati, di sviscerare la potenzialità conformativa della realtà in senso giuridico-relazionale della condotta della persona quale soggetto libero¹¹; né di cogliere la reale natura delle

⁶ Cfr. M. RONCO, *La struttura del dolo nel pensiero di Giuseppe Bettiol*, in S. RIONDATO (a cura di), *Dallo Stato Costituzionale Democratico di Diritto allo Stato di Polizia? Attualità del “Problema penale”. Nel trentesimo dall’Ultima Lezione di Giuseppe Bettiol*, Padova, 2012, 96.

⁷ H. WELZEL, *Wie würde sich die finalistische Lehre auf den Allgemeinen Teil eines neuen Strafgesetzbuchs auswirken?*, in *Materialen zur Strafrechtsreform, I Bd., Gutachten der Strafrechtslehrer*, Bonn, 1954, 45 ss.

⁸ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., Berlin, 1969, 37.

⁹ WELZEL, *Kausalität und Handlung*, in *ZStW*, 51, 1931, ora in IDEM, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin - New York, 1975, 14 s.: “il rapporto dell’azione tra evento e decisione non è puramente causale, ma un rapporto teleologico di posizione significativa” (*ibidem*, 19).

¹⁰ G. JAKOBS, *Significato individuale e significato sociale nel concetto di reato di Hans Welzel*, in S. MOCCIA (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell’esperienza giuspenalistica*, 227.

¹¹ M. KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin – Heidelberg, 1997, 125.

norme e del significato della loro violazione¹²: non si andrebbe dunque oltre una prospettiva puramente naturalistica.

In senso non dissimile già Bettiol aveva rilevato come la svolta finalistica non avesse in realtà comportato alcuna concreta cesura con il determinismo, dato che “nel pensiero welzeliano la volontà malvagia altro non è se non una *dipendenza causale* da un impulso contrario ad ogni valore e, in quanto tale, non sarebbe volontà libera”¹³.

Anche se, per vero, Welzel aveva chiarito che le cause di cui si può parlare, ad esempio i processi cerebrali, sono fattori reali per l’esistenza dell’atto di volontà, ma non spiegano la direzione che l’atto persegue¹⁴.

Inoltre si è osservato come non sempre l’azione umana risponda a una programmazione di mezzi e fini (basti pensare agli atti impulsivi e automatici, voluti ma non orientati finalisticamente)¹⁵. E anche se potrebbe trattarsi di questione solo terminologica, dato che Welzel mutuò da Nicolai Hartmann il concetto di “finalistico”, mentre di fatto negli sviluppi del suo sistema lo ha utilizzato semplicemente nel senso di azione volontaria¹⁶, pare innegabile nel modello welzeliano la centralità dell’anticipazione degli scopi nella definizione della condotta tipica: emerge anzi da alcune esplicite affermazioni di Welzel come in fin dei conti la volontà non fosse nel suo pensiero nulla più di un fattore causale regolabile consapevolmente, dotato al massimo della capacità di comprendere anticipatamente gli effetti dell’azione e quindi di sovradeterminarli¹⁷.

Esiti ben più significativi ha riscontrato invece l’idea dell’*oggettivizzazione* della volontà stessa, secondo cui la sostanza psichica della condotta, la sua struttura

¹² Mette l’accento sul profilo normativo, M. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Tübingen, 2012, 293, secondo cui in realtà il finalismo si pone nella stessa direttrice teorica del naturalismo (al di là del ripudio della visione causalista), dal momento che “anche Welzel concepisce il soggetto agente in maniera puramente strumentale: come individuo, che cerca di rendere utili rispetto ai propri scopi i beni del mondo esteriore”, quindi il significato dell’esercizio dell’attività finalistica sarebbe traducibile in termini di mero fattuale controllo dei propri impulsi e quindi della virtualità performatrice degli accadimenti in vista delle proprie preferenze e valori, senza alcun riguardo alla dimensione dei doveri giuridici rivolti al soggetto stesso.

¹³ G. BETTIOL, *Sul diritto penale dell’atteggiamento interiore*, in *RIDPP*, 1971, I, 5, il quale inoltre ritiene che la concezione di Welzel vada senz’altro considerata “oggettivista” in quanto comunque modellata su un diritto penale a tutela di beni giuridici.

¹⁴ WELZEL, *Kausalität und Handlung*, 19.

¹⁵ G.P. DEMURO, *Il dolo, II, L’accertamento*, Milano, 2010, 109.

¹⁶ H.J. HIRSCH, *Principi, sviluppi e fraintendimenti del «finalismo»*, in S. MOCCIA (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell’esperienza giuspenalistica*, cit., 28.

¹⁷ WELZEL, *Um die finale Handlungslehre. Eine Auseinandersetzung mit ihren Kritikern*, Tübingen, 1949, 718: “proprio perché può anticipare mentalmente il suo divenire causa, l’uomo può agire finalisticamente. Infatti sulla base del suo saper prima o dell’anticipazione mentale delle conseguenze dell’azione egli può dirigere e guidare i singoli atti del suo intervento, così da orientare l’accadere causale oggettivo e da ‘sovradeterminarlo’ finalisticamente”.

interiore, ne plasma il profilo tipico, costituendone la struttura e modellandone la forma specifica¹⁸.

Ciò da un lato porta alla collocazione del dolo nel fatto tipico.

Dall'altro fa emergere il significato *obiettivo* dell'azione posta dalla volontà, ovviamente in un senso completamente diverso da quello naturalistico: azione come significato obiettivo, indipendente dai contenuti mentali di chi li pone in essere (inattuabili), un significato determinato invece dalle pratiche e regole sociali¹⁹.

Il dibattito su tali sfaccettature ha interessato anche la dottrina italiana.

2.1. Il dolo come elemento tipizzante del fatto

Se la tipicità sta nell'azione finalisticamente dominata, il dolo assume i connotati di *esoscheletro del fatto tipico*: elemento determinante per riconoscere il tipo di fatto rilevante – anche laddove il legislatore non vi faccia riferimento nella sua descrizione²⁰ – in quanto ne chiarisce la dinamica irriducibile a pura successione di fatti empirici collegati da nesso condizionalistico²¹.

La conversione del dolo dalla colpevolezza al fatto tipico – e l'assegnazione di un ruolo costitutivo al dolo rispetto al tipo²² – in realtà non è in sé un prodotto originale²³, ma nella prospettiva finalista rappresenta peculiare conseguenza della

¹⁸ V. ad es. WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, in *ZStW*, 58, 1939, ora in *Abhandlungen*, 129.

¹⁹ L'azione finalistica è intesa in tale accezione come 'Sinnausdruck' da JAKOBS, *Der Strafrechtliche Handlungsbegriff*, München, 1992, 23.

²⁰ D. SANTAMARIA, *Interpretazione e dottrina del dolo*, Napoli, 1961, in IDEM, *Scritti di diritto penale*, 111, che trova nel codice penale italiano una conferma di tale connotazione del dolo come presupposto della stessa determinazione del modello legale delle fattispecie, in particolare nell'art. 42 c.p., in quanto subordina alla commissione con dolo la punibilità del fatto previsto dalla legge come delitto (*ibidem*, 112).

²¹ Programmaticamente, "il modello teorico del fatto non sarà più costruito sulla struttura del nesso di condizionamento logico-naturalistico fra condotta ed evento, perché questo requisito minimale di imputazione è oggi solo necessario ma del tutto insufficiente a fondare la responsabilità per fatto proprio... Se il « fatto », da elemento oggettivo-materiale che era, diventa umanistico, come tale sorretto e condizionato nella sua struttura dal dolo e dalla colpa per poter risultare penalmente tipico (e offensivo), anche la colpevolezza non sarà più semplicemente il sinonimo dell'elemento soggettivo, ma offrirà la dimensione culturale e semantica della personalizzazione del giudizio sull'autore in rapporto al fatto suo proprio, oltre il requisito ovvio della "presupposta" commissione del fatto in modo intenzionale o inosservante di cautele" (DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, Prefazione, VII-VIII).

²² Dolo e colpa costituiscono la tipicità del fatto incriminato, quindi indicano il modello legale del fatto, dicono quale specie di fatto può costituire la base di un giudizio di pericolosità o di colpevolezza (SANTAMARIA, *Colpevolezza*, in *ED*, VII, Milano, 1960, in IDEM, *Scritti di diritto penale*, 357).

²³ Era già stato teorizzato in precedenza da A. GRAF ZU DOHNA - M. GRÜNHUT, *Kritische Bemerkungen zu Edmund Mezger, Strafrecht*, in *ZStW*, 52, 1932, 96 ss.

concezione normativa-etica della responsabilità²⁴: secondo autorevole interpretazione, all'esigenza di supportare tale assunto risponderebbe anche l'appello welzeliano alle strutture "ontologiche", intese quale limite invalicabile nella costruzione della tipicità²⁵.

Inoltre, tale soluzione dipende dall'avvertita necessità di "oggettivizzazione dell'aspetto soggettivo del reato"²⁶: va infatti senz'altro riconosciuto a Welzel il merito di avere chiarito come l'elemento soggettivo entra nell'oggettivo (nella fattispecie tipica) più di ogni altro elemento.

Così si è ravvisata nella *funzione tipizzante di dolo e colpa* – in quanto contribuiscono a determinare il significato sociale del fatto ai fini del giudizio di tipicità – il lascito maggiore del finalismo²⁷.

Il che spiega il fatto che uno dei corollari più rimarchevoli di tale congettura nel contesto del dibattito italiano, vale a dire il paradigma del dolo come necessaria modalità della condotta, come contrassegno fattuale, quindi elemento che permette di scolpire l'illecito non come pura lesione al bene giuridico, ma appunto come lesione modale, sia stato appannaggio di prospettive normativiste, come quella di Marcello Gallo o di alcuni snodi teorici del pensiero di Massimo Donini²⁸.

Il recepimento di tali acquisizioni – o comunque di loro singoli aspetti di esse – da parte della dottrina italiana si è caratterizzato per una particolare sensibilità ai profili costituzionali: si è infatti sottolineato come il fatto tipico, baluardo garantistico della politica criminale, può essere *rinforzato* dall'inserimento del dolo (e della colpa) nella sua struttura in funzione appunto tipizzante²⁹; la valorizzazione di tali elementi come componenti modali (dolo come pieno controllo e dominio sui fattori causali *versus* colpa come perdita di tale controllo) conforma le 'note' strut-

²⁴ Il dolo non può essere elemento della colpevolezza, perché è "oggetto" della valutazione di colpevolezza: considerare il dolo come parte integrante della colpevolezza significa alterare l'essenza logica della correlazione e costruire un "concetto centauresco" di colpevolezza (WELZEL, *Um die finale Handlungslehre*, 24).

²⁵ FIORE, *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica*, 289, che peraltro assume esplicitamente, tra le "strutture logiche del reale", anche le ideologie e la cultura di un momento storico, nonché la loro evoluzione: *ibidem*, 300.

²⁶ E. MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova, 1989, 11.

²⁷ G. FIANDACA, *Riflessioni intorno ad alcuni punti problematici della teoria finalistica dell'azione*, in S. MOCCIA (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, 249 s.

²⁸ Cfr. GALLO M., *La teoria dell'azione «finalistica» nella più recente dottrina tedesca*, Milano, 1950, 19 ss., 49 ss.; DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 76; DEMURO, *Il dolo*, II, 117 s.

²⁹ FIORE, *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica*, 296.

turali” della tipicità – specialmente dei reati a forma libera –³⁰ modificandone l'estensione³¹.

Del resto, gli stessi finalisti riconoscono come il contenuto della volontà di azione assuma “significato di limitazione della punibilità già sul piano dell'illecito”³².

Senza dolo e colpa la tipicità resta esangue, la descrizione compiuta dal legislatore non può essere conforme al canone della tassatività, quindi a esigenze di certezza e di tutela effettiva della libertà³³, in quanto è l'elemento psicologico a permettere la comprensione del *significato sociale* di un accadimento³⁴ e la sua descrizione e sussunzione sotto una fattispecie³⁵.

In quanto *collettori di senso*³⁶ dolo e colpa costituiscono *fondamento della tipicità*³⁷.

³⁰ DONINI, “Teoria del reato”, in DDP, XIV, 1999, 42.

³¹ DONINI, “Teoria del reato”, 37. L'inclusione del dolo e della colpa nella tipicità – intesi come elementi impersonalmente soggettivi della stessa (DONINI, *Illecito e colpevolezza*, 19 ss.) – costituisce “conquista coerente a un diritto penale che attua il principio *nullum crimen sine culpa*, ... laddove in un diritto penale della colpevolezza un simile ‘fatto’ rappresenta solo una parte dell'illecito, essendo le componenti soggettive ancora impersonali costitutive esse stesse del modello di illecito, del suo disvalore penale”, ma anche, e con collegamento molto stretto, il *nullum crimine sine lege*, “perché essa dà piena espressione all'esigenza della legalità dell'elemento soggettivo, e quindi all'esigenza della sua previsione espressa, alla sua capacità di incidere sui limiti della punibilità...” (DONINI, “Teoria del reato”, 43).

³² HIRSCH, *Principi, sviluppi e fraintendimenti del «finalismo»*, 25.

³³ SANTAMARIA, *Rein objektive Auffassung des Tatbestandsbegriffs und Verletzung des Gesetzmäßigkeitsprinzips*, in Festschrift f. H. Welzel, Berlin-New York, 1974, 431 ss., 444 s., esemplificando rispetto al reato di emissione di assegno scoperto; MOCCIA, *La situazione spirituale*, 53, 55.

³⁴ Tanto che la stessa identica condotta materiale, a seconda del significato che la volontà vi imprime, può essere socialmente adeguata o penalmente illecita: è sul piano del dolo che si distingue l'amputazione compiuta dal chirurgo (sorretta da una volontà finalistica orientata alla salvaguardia del bene giuridico della salute del paziente) da un'aggressione criminosa (sorretta da una volontà finalistica orientata a ledere gravemente l'integrità fisica della vittima): WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, 141.

In senso contrario, la finalità, da sola, non realizza il fatto tipico (così nell'esempio di scuola dello “zio ricco”); né l'assenza di dolo la esclude, laddove vi sia colpa secondo JAKOBS, *Significato individuale e significato sociale nel concetto di reato di Hans Welzel*, 224.

³⁵ WELZEL, *Kausalität und Handlung*, 7 ss.; IDEM, *Studien zum System des Strafrechts*, 123 ss.; IDEM, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4. Aufl., Göttingen, 1961, 11 ss.

³⁶ L'ambito normativo del dolo starebbe tutto nella “registrazione del significato che la volontà porta con sé, nel suo svolgersi consapevolmente verso la modificazione del mondo esterno” (SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, 95).

³⁷ FIANDACA, *Riflessioni*, 249 s.

Andrebbe pertanto invertito l'ordine processuale di accertamento perché non è possibile afferrare il significato della condotta a prescindere dal dolo, e inoltre perché la stessa causalità si attegga in maniera differente rispetto a delitti dolosi e colposi secondo PAGLIARO, *Il reato*, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (dir.), *Trattato di diritto penale, Parte generale*, II, Milano, 2007, 85 ss.

E non sono mancate interpretazioni evolutive che hanno ascritto al finalismo anche il principio di frammentarietà, quale corollario della natura di *illicito modale* del torto penale, a differenza di quello extrapenale, civile, amministrativo, etc., rilevante anche sul piano del rischio consentito, in quanto “proiezione della sociale adeguatezza dell’azione in materia di reati colposi”³⁸.

Quindi l’esito ultimo della parabola finalista diviene funzionale, mediante anticipazione di dolo e colpa nel fatto tipico, a implementare maggiormente certezza, legalità, tassatività e quindi tutela della libertà³⁹.

Inoltre, la collocazione del dolo e della colpa nel fatto tipico risolve il dilemma della concezione oggettivistica della tipicità e dell’offesa, secondo cui altrimenti dolo e colpa sarebbero elementi del reato “legali ma atipici”; e caratterizza il reato distinguendolo dalle altre forme di illecito⁴⁰.

2.2. *Il dominio finalistico sul fatto come criterio di individuazione dell’autore nell’esecuzione plurisoggettiva*

Nella prospettiva finalista, l’elemento soggettivo concorre a interpretare il significato sociale del fatto tipico anche rispetto alle forme di manifestazione del reato.

In particolare, con riguardo al concorso di persone, il dolo costituisce decisivo fattore di tipicità indiretta operando come elemento di collegamento tra le condotte dei partecipi⁴¹.

Il concetto di dominio sul fatto⁴² non è certo originale⁴³. La specifica coloritura finalistica della realizzazione in funzione di uno scopo sulla base della risoluzione di volontà, quale requisito imprescindibile per potere considerare il fatto realmente come opera dell’autore⁴⁴ permette di risolvere la distinzione tra autore e partecipi – quindi ‘principale’ e ‘accessorio’ – nel contesto del modello differenziato (rispetto

³⁸ MORSELLI, *Il ruolo dell’atteggiamento interiore*, 9.

³⁹ M. GALLO, *La teoria dell’azione “finalistica”*, 47; DEMURO, *Il dolo, II*, 122 s. Esito emblematico di questo percorso è la necessaria individuazione di un rischio tipico del fatto doloso peculiare del dolo eventuale nella ricostruzione di S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Giuffrè, Milano, 1999, 122 ss., 143 ss. (che, pur richiedendo anche un momento volitivo, assegna particolare rilievo a elementi obiettivi del fatto tipico: *ibidem*, 197 ss.).

⁴⁰ “È la stessa identità del ‘fatto’ (di reato) che muta a seconda che esso sia doloso o colposo” (DONINI, *Illecito e colpevolezza*, 17).

⁴¹ V. già SANTAMARIA, *Interpretazione e dottrina del dolo*, 122 s.

⁴² V. WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, 159 ss., 161.

⁴³ Come osservato da T. PADOVANI (*La concezione finalistica dell’azione e la teoria del concorso di persone*, in S. MOCCIA (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell’esperienza giurisprudenziale*, 199), va ascritto piuttosto a A. HEGLER (*Die Merkmale des Verbrechens*, in *ZStW*, 36, 1915, 19 s.), che con tale termine indicava la presenza nell’autore del reato di tutti i presupposti della colpevolezza.

⁴⁴ WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, 163 s.

al quale rimane esterno peraltro il concorso colposo, ridotto a pura concausazione proprio perché non assimilabile alla *'finale Täterschaft'*⁴⁵).

Il contributo maggiore della teoria del dominio sul fatto è di avere svincolato la spiegazione del reato plurisoggettivo dall'esecuzione in capo a uno dei concorrenti (l'autore) del fatto tipico in tutti i suoi elementi: autore è colui che domina il fatto, che sia o meno esecutore materiale del medesimo in ogni sua fase, ha una sorta di priorità gerarchica nei confronti degli altri concorrenti⁴⁶.

Inoltre, apre a un modello di accessorietà che non è più quello figurativo ingenuo – “a sistema planetario” – che ravvisa un esecutore del fatto tipico e altri partecipanti che si limitano a un ausilio, ma di tipo “radiale” o “gravitazionale”: chi ha il dominio sul fatto assegna significato all'intera esecuzione, ossia i contributi dei partecipi si spiegano in quanto accedono a quello di chi ha la signoria sul fatto, che peraltro non necessariamente lo esegue in ogni sua fase e sotto ogni aspetto di propria mano⁴⁷.

Va certamente ascritto a Welzel, dunque, il merito di avere ricodificato un concetto puramente descrittivo come quello di dominio sul fatto in termini normativi.

Esiti ulteriori si hanno poi nella prospettiva funzionale-normativa di Jakobs, laddove il “significato” viene inteso in senso simbolico-comunicativo: sotto questo aspetto la tesi di Welzel non viene del tutto superata, sostituendosi al concetto di dominio sul fatto quello di relazione di senso con la delusione di un'aspettativa normativa⁴⁸.

Nel nostro paese, come noto, la realtà di un ordinamento in cui la tipizzazione della realizzazione plurisoggettiva è improntata all'*Einheitstäterprinzip*, quindi il rilievo penale dei diversi contributi non dipende dalla qualità di autore in capo a uno o alcuni dei concorrenti, ha rappresentato insuperabile fattore di ostacolo all'ingresso del paradigma welzeliano.

Si è riconosciuto come il concetto di dominio sul fatto possa rappresentare criterio ermeneutico utile a individuare i concorrenti che, proprio per il carattere premiente del contributo concorsuale (organizzatori, promotori dell'attività concorsuale, determinatori di persone soggette alla propria autorità o vigilanza, determinatori di un non imputabile, di un minore, etc.), devono essere considerati maggiormente responsabili e, correlativamente, quanti nella vicenda plurisoggettiva assumono un ruolo strumentalmente subordinato o marginale: ma si è sottolineato che tale quali-

⁴⁵ WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, 160.

⁴⁶ PADOVANI, *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone*, 200.

⁴⁷ WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, 121.

⁴⁸ JAKOBS, *Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation*, in *GA*, 1996, 257 ss.; IDEM, *Beteiligung*, in “*Jus Humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht*”, FS Lampe, Berlin, 2003, 561 ss., 567.

ficazione di dominante o ancillare del peso va riferita alla condotta piuttosto che all'autore, e al fatto concorsuale piuttosto che a quello monosoggettivo⁴⁹.

Sotto un altro profilo, poi, il nostro sistema si è rivelato impermeabile all'elaborazione welzeliana: quello della spiegazione della reità mediata, che proprio nella teoria del dominio sul fatto – l'autore può impiegare la condotta di altri per i propri scopi – aveva trovato una fondazione coerente⁵⁰. Quasi a riprova dell'arbitrarietà di supposte strutture logiche conformi alla natura delle cose a valenza universale, la figura dell'autore mediato, ove calata nell'ordinamento italiano, assumerebbe paradossalmente *funzione "minorante"* (anziché un ruolo centrale come nell'ordinamento tedesco), perché verrebbe sottratta alla disciplina del concorso e quindi alle specifiche aggravanti del 111 e 112, con effetti di diminuzione della responsabilità, costituendo "un assurdo e inesplicabile privilegio" proprio a vantaggio di chi assume ruolo dominante nell'esecuzione plurisoggettiva⁵¹.

Un diverso, originale approccio, propriamente italiano, la cui paternità va ascritta proprio ad alcuni dei più profondi conoscitori del pensiero welzeliano (in particolare, Latagliata e Dell'Andro), è quello che, superando il dogma dell'accessorietà, ha edificato la teoria del concorso sul concetto di "medesimo reato" nel quale si concorre: la relazione, in questa diversa prospettiva, viene stabilita non tra autore principale e partecipi, ma direttamente tra diversi soggetti concorrenti e reato⁵². Ne deriva una fattispecie distinta da quella monosoggettiva, strutturata sull'unicità dell'offesa derivante dall'esecuzione plurisoggettiva⁵³: evocata dall'art. 110 c.p., la c.d. fattispecie plurisoggettiva eventuale mutua dalla lezione welzeliana la necessità del dolo in capo ad almeno uno dei concorrenti (anche se non necessariamente esecutore).

La teoria è stata criticata per la sua "vaporosità" e per il rischio di "dispersione aerea nel tautologismo" che essa comporta⁵⁴, presupponendo il concorso senza

⁴⁹ PADOVANI, *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone*, 207 s.

⁵⁰ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 101.

⁵¹ PADOVANI, *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone*, 208, che sottolinea come, al di là della similitudine sul piano fenomenico-descrittivo, non possano essere considerate ipotesi di reità mediata nemmeno quelle degli artt. 46, 48, 51 commi 2,3 e 4, 54, comma 3, 86, che non servono a fondare la responsabilità dell'"autore dietro all'esecutore", già prevista nella disciplina del concorso, né, appunto, a isolare tali figure riqualificandole alla stregua di forme di reità monosoggettiva, ma piuttosto a "definire i limiti di non punibilità" *del soggetto determinato*, incidendo quindi sulla responsabilità di quest'ultimo (*ibidem*, 209).

⁵² PADOVANI, *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone*, 208.

⁵³ R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 79 ss.; M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, 23 ss., 27 ss., 53 ss.; A.R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964, 94 e 107 nt. 70; P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, 2. Ed., Padova, 1982, 398; T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano, 1973, 37 s. e 56 s.

⁵⁴ PADOVANI, *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone*, 206 ss.

spiegarne i presupposti dell'estensione della responsabilità ai diversi partecipi dell'esecuzione frazionata⁵⁵.

In realtà, riteniamo possibile mantenere un nucleo di significato autonomo alla fattispecie plurisoggettiva eventuale recuperando anche una nozione normativa – e non ingenuamente figurativa – di accessorietà.

Innanzitutto va osservato come la dimensione polisemantica del termine italiano "fattispecie" – che può indicare tanto la previsione normativa di un dato fatto (fattispecie come *tipizzazione*), quanto il fatto conforme alla previsione normativa (fattispecie come *tipicità*) – induca una indebita sovrapposizione tra due ambiti problematici ben distinti: quello della qualificazione normativa data al fenomeno concorsuale dal legislatore (combinato disposto dell'art. 110 ss. con le norme di parte speciale) e quella dei fatti conformi a tale previsione legale astratta e quindi in essa sussumibili.

L'art. 110 c.p. contribuisce a tale equivoco, nella misura in cui codifica la figura del concorso di persone sia sul piano del fatto, che su quello degli effetti giuridici: si è parlato così di *norma di fattispecie*, "che fissa un elemento, obiettivo o soggettivo, positivo o negativo, indispensabile per la produzione dell'effetto giuridico base"; e *norma di disciplina*, "che ha per oggetto una situazione effettuale, nonché quella che ricollega date conseguenze a un elemento irrilevante in ordine all'esistenza della fattispecie"⁵⁶.

Correttamente il concetto di "fattispecie plurisoggettiva" va riferito unicamente al piano della previsione legale.

Mentre le coordinate per comprendere la struttura della fattispecie di concorso derivano dall'accessorietà, intesa come collegamento normativo tra le condotte dei concorrenti nel contesto dell'unitaria esecuzione plurisoggettiva: su questo fondamentale profilo occorre soffermarsi.

A nostro avviso l'idea del dominio sul fatto tenta impropriamente di inglobare due distinti profili: quello dell'*appartenenza del fatto all'agente* – singolo o concorrente che sia, a seconda che si tratti di esecuzione monosoggettiva o plurisoggettiva –, che oggi può più correttamente essere esplicitato, con il criterio della competenza, espressione del principio di responsabilità per fatto proprio (art. 27 Cost.)⁵⁷; e quello della *relazionalità tra diversi contributi*, proprio del concorso di persone, che, coerentemente con le premesse teoriche del finalismo, va coniugato diversamente a seconda della tipicità dolosa e colposa.

⁵⁵ Cfr. anche S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987, 293.

⁵⁶ M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone*, 9 s., in ptc. 10.

⁵⁷ Sia consentito rinviare a L. CORNACCHIA, *Competenze ripartite: il contributo dei criteri normativi alla individuazione dei soggetti responsabili*, in *IP*, 2013, 247 ss., 255 ss., 263 ss.

Infatti, una particolare variante normativa di dolo – il pericolo derivante dalla interazione *organizzata* delle forze, ovvero *dolo come organizzazione* – permette, anche nel contesto di un ordinamento, come quello italiano, improntato al modello unitario, di definire la tipicità del concorso appunto doloso⁵⁸; così come una determinata tipologia di obblighi cautelari – cautele specificamente *relazionali* – rappresenta il dato di struttura della tipicità della cooperazione colposa (che, in virtù dell'art. 113 c.p., *non* si riduce affatto a mera concausazione)⁵⁹.

Ancora una volta, emerge la *funzione tipizzante del dolo e della colpa*, anche se, ovviamente, assunti con un significato ormai lontano dalla lezione welzeliana, gli sviluppi della cui impostazione scavalcano le intenzioni del fondatore.

A saldare l'esecuzione alle condotte di partecipazione non è necessariamente il dolo dell'autore, secondo la prospettazione finalista; né il dolo di taluno dei concorrenti, secondo la proposta teorica, tutta italiana, della fattispecie plurisoggettiva eventuale; ma la base oggettiva del dolo e quella della colpa costituiscono criterio di collegamento delle condotte dei compartecipi: in termini di organizzazione o relazione di strumentalità delle medesime (quale “finalità obiettiva rispetto alla quale i singoli contributi siano mezzi ad essa funzionali”)⁶⁰ per il concorso doloso; di connessione di cautele relazionali per la cooperazione colposa.

3. *Significato sociale di azione: funzione delle norme, sociale Adäquanz e esiti nell'imputazione obiettiva*

In Italia l'adeguatezza sociale è stata considerata come espressione del *valore di relazione* delle condotte umane nella convivenza associata⁶¹ e rivista come intimamente avvinta alla struttura dell'attività consapevole⁶².

⁵⁸ Cfr. S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 724 ss.

⁵⁹ Sia permesso il rinvio a CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, 518 ss.; CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, 731 ss.

⁶⁰ “La signoria sul fatto contiene in sé l'idea di una strumentalità idonea a giustificare l'acquisizione delle qualità di autore a prescindere dal dato formale-obiettivo contrassegnato dall'esecuzione della fattispecie”, quale “criterio idoneo a definire i termini di ricomposizione del reato nel quale si concorre” (PADOVANI, *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone*, 217, a supporto della tesi di G.A. DE FRANCESCO, *Sul concorso di persone nel reato*, in *Studium iuris*, 1998, pp. 732 ss.; IDEM, *Il concorso di persone nel reato*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, 2001, 328 ss., 335 ss.).

⁶¹ SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, 102 s.

⁶² Così si conclude l'opera monografica di SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, 103. “Questa dimensione di valore dell'azione non è creata dalla mera intenzione in quanto tale, ma dal suo inserirsi in un'opera di importanza positiva per la comunità...” e, esemplificando con

Inoltre, la funzione che viene riconosciuta a tale criterio topico assiologico è essenzialmente restrittiva, come limite all'incriminazione, precisandone l'ambito e contribuendo così a garantire l'effettivo rispetto del principio di legalità⁶³; ovvero estensiva delle cause di giustificazione tramite analogia *in bonam partem*.

La refrattarietà di una quota considerevole della dottrina italiana all'accoglimento dell'adeguatezza sociale sembra risiedere nel suo dubbio inquadramento come autonoma categoria rigorosamente dommatica (e nell'attingibilità solo in via congetturale dei suoi contenuti concreti). Ma non è mancato chi, rispettandone la natura ermeneutica e quindi deontologica, ha ritenuto che proprio tale criterio permetta di desumere la tipicità di una condotta dal suo *specifico significato sociale*⁶⁴.

Come noto, nell'evoluzione teorica di Welzel il concetto di Adäquanz ha subito nel tempo notevoli trasmutazioni⁶⁵: dalla originaria formulazione come '*gesellschaftliche Sinnhaftigkeit*' funzionale alla prospettiva anticausalista⁶⁶, al successivo inquadramento quale causa di giustificazione consuetudinaria, alla sua ricollocazione nel fatto tipico come sostrato empirico-sociale di approvazio-

riferimento al trattamento diretto a sopprimere la coscienza e la volontà altrui praticati per scopo scientifico o di cura da chi esercita una professione sanitaria (art. 728 c.p.), "...non basta il semplice fine in sé considerato, ma occorre la consapevolezza di agire in un lavoro di specifica importanza e con una destinazione di superiore interesse" (SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli, 1961, in IDEM, *Scritti di diritto penale*, 162).

⁶³ Cfr. FIORE, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966, 249 ss., secondo cui l'adeguatezza sociale permette di adattare in via interpretativa "ai valori giuridici della vita le astratte e insufficienti formulazioni della legge" (sull'implementazione della garanzia di certezza espressa da tale canone v. *ibidem*, 293 ss.).

⁶⁴ "L'azione è vista dall'ordinamento proprio nel suo valore e nel suo significato specifico che la rendono pregiudizievole per l'ordinata convivenza sociale" e "a questo significato si ricollega la funzione della tipicità" (SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, 101 s., che così risolve, ad es., la questione delle azioni rischiose o socialmente utili ma tali da integrare astrattamente la tipicità di un reato).

In senso fortemente innovativo, si rammenta la chiave di lettura di MORSELLI, *Il reato di false comunicazioni sociali*, Napoli, 1974, 234 ss., nt. 3, il quale, assumendo l'adeguatezza sociale come "criterio esegetico di ricollegamento con la realtà sociale e pregiuridica" che permette di far emergere "l'effettivo contenuto della tipicità" attraverso "una interpretazione condotta alla luce dei giudizi di valore correnti nel contesto sociale", in prospettiva istituzionalistica (e anti-imperativista) – con richiamo esplicito alla dottrina di Santi Romano – concepisce l'adeguatezza al diritto nel senso di "conformità a un sistema di valori sociali sanzionati dall'ordinamento positivo" inteso appunto come istituzione e non come semplice complesso di dettati imperativi (*ibidem*, 236); tale criterio esegetico costituirebbe comunque "una condizione di operatività indispensabile per l'applicazione della norma" (*ibidem*, 238) e una sorta di intercapedine tra tipicità e anti-giuridicità, laddove la prima rappresenta "il «precipitato», o il «nucleo logico-sistematico», della seconda" (*ibidem*, 240, nt. 10).

⁶⁵ Ritiene peraltro che l'adeguatezza sociale compaia di rado nella dommatica welzeliana perché in realtà non stava al centro della sua concezione HIRSCH, *Principi, sviluppi e fraintendimenti del «finalismo»*, 32, nt. 40.

⁶⁶ WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, 153.

ne/disapprovazione della condotta, quindi mero criterio generale di interpretazione del fatto tipico⁶⁷.

La prima “gestazione” dell’adeguatezza sociale (quella rinvenibile nelle prime due edizioni del manuale di Welzel) appare particolarmente interessante, innanzitutto, per l’idea di concepire le fattispecie penali quali ‘*Vertypungen unrechtmäßigen Verhaltens*’, nelle quali la tipicità starebbe proprio nella selezione, operata “secondo i contrassegni della tipicità”, del significato sociale che legittima la meritevolezza di pena, assunto che pare supporre una inscindibile relazione tra ‘*Tatbestand*’ e adeguatezza sociale, nel senso che il significato sociale si troverebbe iscritto nel fatto tipico, e correlativamente le fattispecie penali rappresenterebbero la selezione di una porzione del sostrato normativo-sociale, dell’antigiuridicità⁶⁸; inoltre, per la valenza anticipatoria di quella prospettiva teorica rispetto agli sviluppi dell’universo normativo della ‘*objektive Zurechnung*’.

Sotto il primo aspetto, va osservato che l’adeguatezza sociale sembra avere dimensioni sia *qualitative* – riconducibili all’idea del rischio ubiquitario – che *quantitative* – vi rientrano anche lesioni minimali a beni giuridici, caratterizzate da particolare esiguità – pur non predefinibili in maniera precisa: quale sostrato di liceità corrispondente a un’area di libertà di azione pacificamente riconosciuta nell’ambito dei rapporti sociali⁶⁹ che, a fronte di condotte che sarebbero punibili ove valute in termini puramente causali (di lesione a beni giuridici), ne esclude *a priori* la rilevanza penale, essa emerge come *principio interpretativo generale*, il cui significato non è circoscritto al diritto penale, ma riguarda l’intero ordinamento giuridico⁷⁰.

Lo stesso concetto di azione, al pari di quello di causazione, rimane solo un’astrazione se non viene inteso alla luce del suo significato sociale, come azione nello spazio sociale⁷¹: anche in una prospettiva rigorosamente finalista, il significato obiettivo (generale) di un atto non dipende dalla volontà che lo sorregge, ma dal contesto sociale in cui si esplica.

L’area pretipica positiva della ‘*soziale Adäquanz*’ sembra corrispondere specularmente a quella *negativa* dell’antigiuridicità: entrambe fanno riferimento a valu-

⁶⁷ Per una chiara sintesi v. M. CANCIO MELIÁ, *Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung. Dogmengeschichtliche Betrachtung zur Lehre von der Sozialadäquanz*, in *GA*, 1995, 181 ss.

⁶⁸ “Dabei setzt die Schuld – die persönliche Verantwortung für die rechtswidrige Tat – die Rechtswidrigkeit der Tat voraus, wie die *Rechtswidrigkeit ihrerseits in gesetzlichen Tatbestände konkretisiert sein muß*” (WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 48, corsivo aggiunto). Peraltro si specifica che è antigiuridica non la fattispecie tipica, ma la realizzazione del fatto tipizzato come reato (‘*Tatbestandsverwirklichung*’) (*ibidem*, 51).

⁶⁹ La ‘*soziale Adäquanz*’ viene qualificata rispetto alle fattispecie tipiche come “*der ihnen zugrundeliegende, von ihnen (stillschweigend) vorausgesetzte „Normal“-Zustand sozialer Handlungsfreiheit*” (WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 57).

⁷⁰ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 58.

⁷¹ WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, 141.

tazioni obiettive – ossia, fondate su un parametro generale, l'ordinamento appunto, slegato dal riferimento a una fattispecie precisa – relative agli spazi di liceità/illiceità riconosciuti, anche implicitamente, dall'ordinamento giuridico complessivo.

Come noto, Welzel – che pure sul punto ha modificato *in itinere* la sua impostazione – ritiene che l'antigiuridicità venga in questione soltanto quando siano già stati superati i limiti dell'adeguatezza sociale, nel senso che “le cause di giustificazione assegnano una libertà d'azione, ma di tipo speciale, vale a dire una speciale autorizzazione che permette il compimento di azioni tipiche, quindi socialmente non adeguate”⁷², trattandosi di tipizzazioni di situazioni di eccezione alla regola della normale punibilità delle azioni tipiche in quanto antisociali. Oltretutto, il giudizio sull'adeguatezza sociale sembra nel pensiero welzeliano ragguagliato a quello “graduabile” e “polimorfico” sulla tipicità piuttosto che a quello “formale” sull'antigiuridicità⁷³.

Ma l'affermazione secondo cui vanno considerate antigiuridiche solo quelle azioni che superano l'adeguatezza sociale (o il rischio consentito, ritenuto una sottospecie qualificata dal grado di messa in pericolo del bene giuridico)⁷⁴ sembrerebbe supportare piuttosto l'idea della relazione di corrispondenza biunivoca e opposizione tra le due aree semantiche⁷⁵. Questione non puramente nominalistica, in quanto foriera di sviluppi notevoli sul piano della teoria dell'imputazione e della fondazione dell'illecito: al di là dell'inquadramento dommatico, si tratta di stabilire se la lezione della ‘soziale Adäquanzz’ si riferisca al mero sostrato empirico fattuale riferito alla realtà della vita sociale⁷⁶; oppure a una *dimensione normativa di aspet-*

⁷² WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 57.

⁷³ WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 18 s.; IDEM, *Das Deutsche Strafrecht*, 48 ss. Mentre ci sono diverse fattispecie in diversi settori dell'ordinamento, l'antigiuridicità è unica e identica in quanto pura contraddizione tra la realizzazione della fattispecie e l'ordinamento, l'antigiuridicità è “una pura relazione”, “*ein Mißverhältnis zwischen zwei Beziehungsgliedern*”, un predicato; pertanto c'è uno specifico illecito civile, un illecito penale, un illecito amministrativo, ma una unica antigiuridicità (WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 51 s.). Sottolinea la diversa logica che sta alla base dei due giudizi, di contraddizione quello di antigiuridicità (concetto di relazione, che non ammette alternative), di mera contrarietà quello sull'illecito (concetto a contenuto di valore, che quindi ammette una graduazione di intensità), F. SCHIAFFO, *Il diritto penale tra scienza e scientismo. Derive autoritarie e falsificabilità nella scienza del diritto penale*, Napoli, 2012, 71.

⁷⁴ WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, 143.

⁷⁵ L'azione socialmente adeguata assume la funzione di anticipare il giudizio di antigiuridicità, per le condotte che “si inseriscono costantemente e senza attriti nella normalità della vita sociale” (G. GREGORI, *Adeguatezza sociale e teoria del reato*, Padova, 1969, 77).

⁷⁶ Così H.J. HIRSCH, *Soziale Adäquanzz und Unrechtslehre*, in *ZStW*, 74, 1962, 134.

tative dotate di significato sociale (ciò che la società si attende come normale e ciò che invece supera tale oggettiva adeguatezza)⁷⁷.

C'è infatti una sorta di “spazio normativo comune” alle due categorie – entrambe, si noti, geneticamente ermeneutiche – deputato alla valorizzazione – giuridica, non meramente sociale – delle diverse prerogative della persona – diritti e doveri giuridici, ma anche libertà, facoltà, potestà, oneri, sfere di competenza, qualifiche istituzionali –, al loro bilanciamento e alla soluzione del conflitto che può derivare dal riconoscimento delle medesime (es. di un diritto in capo a un soggetto con pregiudizio di quello di un altro).

Del resto, secondo Welzel la “forma originaria” del diritto non è la *Bestimmungsnorm*, ma la *Bewertungsnorm*, e l'illecito non è tale perché vietato, ma è vietato in quanto illecito⁷⁸: proprio sul piano della norma di valutazione, fondamento dell'antigiuridicità⁷⁹, è possibile stabilire la menzionata connessione concettuale tra questa e l'adeguatezza sociale quale contenuto di senso normativo-sociale. La *Bewertungsnorm* presuppone infatti un apprezzamento di tipo normativo, cioè di conformità o difformità rispetto a uno standard sociale di aspettative normative (ben diverso dal mero accertamento fattuale della causazione di un pregiudizio a un bene giuridico), del resto suggerito anche lessicalmente dal concetto di “adeguatezza”.

Sotto il secondo profilo menzionato, va ricordato che, da una lettura iniziale quale pura prospettiva interpretativa, la teoria dell'adeguatezza sociale ha poi conosciuto un *revival* nel contesto dell'affermazione delle dottrine dell'imputazione oggettiva in quanto riconosciuta quale suo antecedente, primitivo tentativo di concepire la tipicità alla luce del significato sociale dell'illecito e quindi sorta di progetto *ante litteram*, primo mattone della successiva costruzione normativa⁸⁰. Così, l'idea secondo cui è il significato sociale – di corrispondenza o discrepanza rispetto ad aspettative normative – ciò che occorre valutare ai fini del giudizio sulla tipicità costituisce viatico al successivo sviluppo delle singole figure di condotta adeguata: rischio consentito, principio di affidamento, ‘*Handeln auf eigene Gefahr*’, ‘*Regressverbot*’, riconducibilità del fatto alla sfera di competenza, delineata secondo la struttura normativa della società, che conferisce appunto al fatto il suo significato⁸¹.

⁷⁷ Per questa interpretazione, sottolineando la natura di processo comunicativo della ‘*gesellschaftliche Sinnhaftigkeit*’, v. CANCIO MELIÀ, *Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung*, 184 s.

⁷⁸ Posizione esplicitamente in contrapposizione rispetto al nominalismo tardomedievale e all'impostazione hobbesiana.

⁷⁹ Definita infatti come ‘*Bewertung der Willensverwirklichung als rechtlich nicht sein sollend*’ (WELZEL, *Um die finale Handlungslehre*, 26).

⁸⁰ JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 29.

⁸¹ Cfr. JAKOBS, *Significato individuale e significato sociale nel concetto di reato di Hans Welzel*, 224 s.

In seguito a tale conversione concettuale, oggi la 'soziale Adäquanz' può essere dunque riformulata più correttamente in termini di rischio ubiquitario e di punibilità solo di quei fatti che ne costituiscono superamento e che non siano da imputare alla sfera della vittima o di terzi.

4. Il disvalore di azione e il rilievo del bene giuridico

In parallelo alcuni dei criteri tipici cardinali della teoria dell'imputazione – il concetto di competenze predefinite, di sfere di rischio illecito *versus* rischi ubiquitari, il significato ascrittivo della condotta di partecipazione nel concorso, etc. – possono essere legittimamente considerati estroflessioni moderne di carattere normativo di quel complesso apparato concettuale che è stato il c.d. *Handlungsunwert* di welzeliana rivalutazione: esiti di un recupero "obiettivizzante" di quest'ultima⁸², originariamente ascritta, come noto, a una ambientazione ben diversa.

La restituzione dell'importanza del disvalore di azione accanto a quello di evento dapprima ha influenzato la generale evoluzione dell'illecito personale nella dottrina tedesca, fino alle interpretazioni in chiave soggettiva dei finalisti post-welzeliani come gli allievi Armin Kaufmann e Zielinsky, che hanno estromesso il disvalore di evento e l'esigenza di lesione di un bene giuridico dal concetto di illecito: esiti che, indebitamente attribuiti al capostipite del finalismo, hanno suscitato una prevalente reazione di rigetto anche veemente nella dottrina italiana di tradizione oggettivistica⁸³ (legata al principio di dannosità sociale intesa come offesa a bene giuridico), fino a indurre accostamenti del tutto impropri (come quello alla scuola di Kiel) sulla base di un ritenuto (semplicisticamente) soggettivismo welzeliano⁸⁴.

⁸² Del resto già presente nella costruzione concettuale di Welzel, ove è stata sempre costante "l'esigenza che il disvalore della condotta, inteso non solo soggettivamente e ritenuto centrale e primario in ogni reato, si materializzi nell'evento lesivo, secondo un rapporto che nei reati colposi come in quelli dolosi tenga conto del requisito della pericolosità della condotta (DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento, Parte I*, in RIDPP, 1989, 635).

⁸³ Per tutti v. N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983, 29 ss. e *passim*.

⁸⁴ In realtà, ciò che caratterizza il finalismo è proprio il superamento della rigida separazione tra soggettivo e oggettivo (v. ad es. DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento, Parte I*, 633), oltre a una caratterizzazione semantica tipica di oggettivo nel senso di "generale", a contrassegnare quegli elementi che sono "generalmente validi" per ogni fattispecie di reato (che poi verrà travasata nelle moderne concezioni funzionaliste-normative): WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 18. Il che sembra essere stato colto nel nostro paese proprio da quanti, come Bettiol, pur apprezzando in Welzel il "vero capovolgimento di una metodologia meccanicistico-causale che per un secolo aveva dominato il campo del diritto penale" (BETTIOL, *Stato di diritto e «Gesinnungsstrafrecht»*, in IP, 1973, 447 s.) che "ha permesso di estollere dal cieco mondo della na-

La verità è che il sistema di Welzel non comportava affatto una perdita del disvalore di evento⁸⁵.

Piuttosto, è indubitabile l'aggancio della teorica degli 'Akwerte' alla necessaria implementazione dei valori, quindi in chiave di generalprevenzione positiva, nonché il loro rilievo anche pratico, ad esempio come paradigmi interpretativi dei delitti contro la pubblica amministrazione, dove occorre il rispetto di valori che stanno alla base dei beni della medesima da parte del pubblico ufficiale (quindi sulla scorta dell'esigenza in questo caso specialpreventiva di modificare e adattare proprio la *Gesinnung* della persona incardinata nel ruolo pubblico). Anche sotto tali profili particolari Welzel non ha mai inteso svalutare il disvalore di evento, ma piuttosto sottolineare che la legge penale deve puntare alla *interiorizzazione dei valori*.

Così pure esulava certamente, come è stato più volte chiarito, dal programma finalista un'estromissione del bene giuridico dalla sua impostazione teorica, che semmai intendeva recuperarne una pregnanza semantica reale a fronte della prospettiva ciecamente causalista che spesso ne era stata fondamento: questo recupero avviene proprio attraverso riabilitazione del disvalore di azione, di cui viene evidenziata la centralità (anche nei reati colposi e nelle fattispecie causalmente orientate) in quanto *essenziale ai fini dell'identificazione dell'offensività del fatto*⁸⁶.

È invece innegabile che la concezione welzeliana ridimensioni esplicitamente la tutela del bene giuridico subordinandolo alla protezione degli '*elementare sozialethische Gesinnungs- (Handlungs-) werte*'⁸⁷: a corollario del modello disegnato già dall'azione socialmente adeguata, sono questi ultimi gli indicatori di quel "livello di tollerabilità per un'ordinata vita sociale" oltrepassato il quale è legittimo l'intervento penale⁸⁸. La mera lesione dei beni è un dato puramente fattuale, naturalistico, che nulla dice sul disvalore della medesima: perché tutta la vita sociale consiste nel consumo di beni giuridici, in termini di limitazione della libertà individua-

tura il momento intelligente e veggente dell'azione umana" (così nella prefazione della seconda edizione del manuale: BETTIOL, *Diritto penale*, 2. Ed., 1950, XXVI), e l'umanizzazione delle categorie penalistiche operata dal suo pensiero, ne hanno censurato proprio la riluttanza a compiere una decisa virata in direzione del diritto penale dell'atteggiamento interiore.

⁸⁵ DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento, Parte I*, 637.

⁸⁶ Così DONINI, *Illecito e colpevolezza*, 8 ss., che ritiene che proprio sotto il profilo dell'offensività sia possibile cogliere la svolta della dottrina che prende le mosse da Welzel, quantunque "sulla base di considerazioni non più ontologiche, ma normative": con il "risultato culturale di affrancare la nozione di offesa dall'accezione materialistica invalsa nell'uso, per renderla più umanistica e con ciò adeguata agli scopi del diritto penale" (*ibidem*, 16).

⁸⁷ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 4 ss.

⁸⁸ WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, 141. Significativo che Welzel faccia un parallelo tra il fatto che il bene giuridico debba essere leso "in un certo grado" perché il pregiudizio possa essere socialmente significativo e il "grado rilevante della messa in pericolo non consentita della vita nel traffico moderno", con riferimento al superamento del rischio consentito (WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 5).

le, sacrifici personali, produzione di rischi (persino letali), in connessione con lo sviluppo della civiltà, come prezzo dello sviluppo della civiltà, pena la riduzione dei beni stessi, secondo la celebre immagine di Welzel, a “pezzi da museo”, da conservarsi accuratamente “in teche di cristallo, accessibili solo agli sguardi degli spettatori”⁸⁹.

Già la non univocità della qualificazione di detti valori – etico-sociali, ma tanto valori d'azione, quanto di intenzione (*‘Gesinnung’*)⁹⁰ – lascia aperta la questione della loro fondazione in chiave ontologica – nel senso delle *‘sachlogische Strukturen’*⁹¹ –, ovvero anticipatrice degli sviluppi normativi che in effetti ha conosciuto, come detto, la strettamente correlata teoria della *‘soziale Adäquanz’*. Questa seconda prospettiva percorre decisamente Jakobs, laddove assume già presente *in nuce* nel pensiero di Welzel l'idea secondo cui costituisce oggetto diretto di tutela penale *“die Bestätigung einer rechtlichen Haltung”*⁹². Del resto, l'interpretazione sembra avvalorata dalle affermazioni dello stesso padre del finalismo: “bene giuridico è un bene della vita della collettività o del singolo, che viene protetto per il suo significato sociale”, il quale può avere qualsiasi contenuto sociale sia ritenuto meritevole dal legislatore, ma la somma dei beni giuridici non va intesa alla stregua di un cumulo atomizzato, per cui il significato del bene giuridico non è isolato, ma va letto in connessione con l'ordine sociale generale⁹³. A salvaguardia dei menzionati *‘elementare sozialethische Gesinnungs- (Handlungs-) werte’* stanno poi doveri giuridici, riconducibili al *neminem laedere*, deputati a porre sotto gli occhi di tutti la loro infrangibile vigenza: questa la *“sittenbildende Funktion”* del diritto penale, che oggi, in prospettiva funzionalista, si potrebbe tradurre nel concetto – normativo, non psico-sociale – di generalprevenzione⁹⁴. E, in maniera ancora più icastica, Welzel af-

⁸⁹ WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, 140, 141.

⁹⁰ Al di là degli equivoci che il termine *‘Gesinnung’* ha indotto – anche a causa delle interpretazioni che ne sono state offerte (nel senso di inclinazione interiore, modo di essere della personalità, con una connotazione deterministica che è quanto di più lontano possa esservi dal pensiero welzeliano) –, l'interpretazione del fondatore del finalismo è chiara e lineare: denunciata come grave errore – derivante dal kantismo – l'idea secondo cui la *‘Gesinnung’* sarebbe concetto limitato alla morale ed estraneo al diritto, in realtà essa, nel significato di *‘Gesonnen-sein’* (essere intenzionati), consiste nell'atteggiamento psicologico-volontario duraturo, e in questo senso esiste anche una *‘legale (rechtliche) Gesinnung’*, ossia la volontà salda di ottemperare all'obbligo giuridico, che prescinde completamente dalla natura egoistica ovvero nobile dei motivi; anzi il diritto deve incidere su entrambi i momenti, sulla coscienza morale attraverso il suo contenuto valoriale, sull'abitudine attraverso la *diuturnitas* e sugli impulsi egoistici attraverso la coercizione, agendo dunque da fattore conformativo tanto dell'atteggiamento autonomo (morale) quanto di quello eteronomo (WELZEL, *Das Gesinnungsmoment im Recht*, 262).

⁹¹ Su cui v. *infra*, § 6.

⁹² JAKOBS, *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, Paderborn, 2012, 21.

⁹³ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 4 s.

⁹⁴ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 5 s.

ferma che la mera protezione attuale di beni giuridici ha solo una finalizzazione di prevenzione negativa, tipico di un diritto di polizia, rispetto alla quale l'intervento penale è sempre tardivo; mentre il compito centrale del diritto penale è di natura *positiva-etico-sociale*, vale a dire, quella di assicurare la fedeltà giuridica dei cittadini in relazione ai beni tutelati, di rendere di dominio pubblico nella maniera più efficace “*die unverbrüchliche Geltung dieser positiven Aktwerte*”, e al contempo conformare il giudizio sociale-etico dei cittadini e rafforzare la loro inclinazione di volontà al rispetto del diritto⁹⁵.

5. Illecito e colpevolezza: dal recupero di un' autonomia dogmatica all'error iuris attraverso la ‘Schuldtheorie’ alla dissoluzione della distinzione nelle moderne concezioni normative

La lineare separazione tra momento della tipicità – come significato e valore della volontà nella formazione della condotta caratteristica⁹⁶, strutturata sul dolo come fattore obiettivo che conforma l'accadere finalistico, quindi oggetto del giudizio di anti giuridicità – e colpevolezza – avente ad oggetto la valutazione della formazione della volontà⁹⁷ – che Welzel, sulla scorta della ‘*Schuldlehre*’⁹⁸, fa corrispondere a quella tra rappresentazione del fatto e coscienza dell'illiceità⁹⁹, è nota alla tradizione filosofica scolastica del diritto naturale¹⁰⁰. E passa per l'abbandono

⁹⁵ WELZEL, *Das Gesinnungsmoment im Recht*, 263: ove specifica che il diritto penale nella sua concreta conformazione deve esprimere questa sua funzione, vale a dire, la pena deve essere utilizzata per sanzionare comportamenti rimproverabili sul piano sociale-etico e non può essere abusata per il conseguimento di scopi politici o economici.

⁹⁶ SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, 95.

⁹⁷ WELZEL, *Um die finale Handlungslehre*, 26.

⁹⁸ Secondo cui, come noto, la concreta possibilità e capacità di determinarsi rispetto al singolo caso conformemente alla norma è elemento della colpevolezza, pertanto l'ignoranza dell'illiceità, laddove sia evitabile, lascia intatto il dolo (v. ad es. WELZEL, *Um die finale Handlungslehre*, 26 s.; diffusamente WELZEL, *Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns*, 253 ss., ove, spiega le ragioni del rigetto della ‘*Vorsatztheorie*’, che metterebbe in pericolo l'assunto della rilevanza dell'ignoranza sull'illiceità in quanto comporterebbe la necessità di trattare come colposi, tramite una *fiction juris*, i casi di errore grossolano su fondamentali norme etiche; con la conseguenza dell'esclusione della punibilità per fattispecie non previste come colpose, a meno di non introdurre *de jure condendo* una generale fattispecie che punisse la *ignorantia juris* colposa e ritenere comunque, tramite ulteriore *fiction*, che l'errore non escluda il dolo rispetto ai casi di ‘*Rechtsblindheit*’: così che, assurdamente, in ragione della parificazione di *error juris* e *error facti*, entrambi verrebbero trattati al tempo stesso come colposi – l'agire doloso in ignoranza sul precetto – e come dolosi – i casi di ‘*Rechtsblindheit*’ -).

⁹⁹ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, § 22 III, 166.

¹⁰⁰ Così la teoria di S.TOMMASO, secondo cui la *ignorantia juris invincibilis* esclude la colpevolezza, mentre la *ignorantia juris vincibilis* la diminuisce, ma lascia impregiudicato il dolo: “*Ignorantia quae studio superari non potest (atque ob id invincibilis dici solet) nullum est peccatum, sed tan-*

della distinzione tradizionale tra errore di fatto e errore di diritto a favore di quella tra errore sul fatto che costituisce reato ('*Tatbestandsirrtum*') e '*Verbotsirrtum*', da intendersi come errore sulle circostanze di esclusione del reato, ovvero sull'antigiuridicità, sulle cause di giustificazione¹⁰¹.

Peraltro le ragioni dell'accoglimento della '*Schuldtheorie*' da parte di Welzel hanno radici culturali peculiari: certamente una fondazione *ontologica*, in virtù della quale, in polemica con la pretesa giuspositiva di creare concetti giuridici completamente scissi dalle forme reali della vita¹⁰², occorre metodologicamente orientare l'indagine proprio a queste ultime, tra le quali emerge anche la distinzione tra commissione dolosa e colpevolezza¹⁰³; inoltre, il piedistallo precomprensivo dato dall'*etica pubblica della responsabilità*, quindi dal rifiuto della visione kantiana orientata all'intenzione e al valore dell'obbedienza alla legge in quanto imperativo categorico che vincola la coscienza¹⁰⁴, e dall'adesione all'idea della obbligatorietà

tummodo vincibilis, si sit eorum quae quis scire tenetur: non illorum quae scire non tenetur" (S.Th I, 2 Q. 76 s. I-IV Art. II, dove si specifica infatti che "*Unde omnes tenetur scire communiter ea quae sunt fidei, et universalis juris praecepta; singuli autem ea quae ad eorum statum vel officium spectant*", introducendo quindi una concezione che oggi qualificherebbero "normativa" di colpevolezza, ove tra l'altro appare già il riferimento alla competenza connessa al proprio stato; il concetto viene peraltro ribadito nell'Articulus III, ove si distinguono nettamente due motivi di scusabilità totale dell'errore: "*si sit ignorantia invincibilis*" e "*sive quia est ejus quod quis scire non tenetur*"). V. anche GROTIUS, *De jure belli ac pacis* 2, XX, 43: "*Sicut ergo circa leges civiles eos excusamus qui legum notitiam aut intellectum non habuerunt, ita et circa naturae leges par est eos excusari quibus aut ratiocinationis imbecillitas aut prava educatio obstant. Nam ignorantia legis sicut inevitabilis si sit tollit peccatum: ita etiam cum aliqua negligentia conjuncta delictum minuit*".

¹⁰¹ Quindi, non errore sul divieto, ma "sull'esservi un divieto dell'azione concreta, o per meglio dire, l'errore sulla antigiuridicità del fatto concreto", v. SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, 189, nt. 189, richiamando WELZEL, *Zur Abgrenzung des Tatbestandsirrtum vom Verbotsirrtum*, in *MDR*, 1952, 588).

La teoria finalista sull'errore su causa di giustificazione come causa di esclusione della colpevolezza anziché del dolo, muove, come noto, da premesse sistematiche (la critica alla tesi delle cause di giustificazione come elementi negativi del fatto: v. HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, *passim*) e politico-criminali (le lacune di punibilità nei casi in cui non è incriminata la colpa: WELZEL, *Diskussionbemerkungen zum Thema «die Irrtumsregelung im Entwurf»*, in *ZStW*, 76, 1964, 619). In senso critico, v. G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *RIDPP*, 1983, 1195 ss.; IDEM, *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*, in Moccia, *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, 192 ss., secondo il quale l'erronea supposizione della sussistenza di causa di giustificazione esclude necessariamente il dolo, in quanto "*il contenuto della rappresentazione e della volizione è un fatto che – secondo la valutazione dell'ordinamento – è non già antigiuridico, bensì lecito*" (*ibidem*, 193), salva la possibilità di una residua responsabilità per colpa.

¹⁰² Un atteggiamento che porta, ad es., nei casi di '*Rechtsblindheit*' a risolvere sulla base di una pura finzione, come visto (nt. 98).

¹⁰³ WELZEL, *Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns*, 255 s.

¹⁰⁴ Per la quale dunque l'errore non conta, e chi si sbaglia ma agisce secondo la propria retta coscienza non è colpevole (a ciò era ispirata la concezione psicologica della colpevolezza e il tentativo

dei valori giuridici in quanto giusti¹⁰⁵, una prospettiva idonea alla responsabilizzazione sociale e giuridica dei consociati a prendere coscienza sui contenuti del dovere¹⁰⁶.

Quindi, riconoscimento dell'individuo come persona responsabile per le conseguenze prevedibili delle sue azioni, nonostante le sue migliori intenzioni¹⁰⁷: la colpevolezza, conseguentemente, consiste nel *tradimento dell'impegno che lega il soggetto nella sua autonomia all'ordinamento giuridico*¹⁰⁸; un impegno che impone in primo luogo il dovere di conoscere la legge penale. A fondamento del concetto di colpevolezza sta dunque un *obbligo a carattere istituzionale* di prendere contezza del diritto vigente: proprio in quanto il cittadino è membro della società, imputabile e consapevole dei propri doveri, l'ordinamento gli fa carico della sua ignoranza¹⁰⁹; quindi, la coscienza dell'antigiuridicità viene concepita nel suo momento potenziale, essendo sufficiente ai fini del rimprovero che l'agente potesse con qualche diligenza conoscere l'illiceità, pur se non l'abbia attualmente conosciuta¹¹⁰.

di modellare la colpa sullo schema del dolo): SANTAMARIA, *Interpretazione e dottrina nella dottrina del dolo*, 119.

Il formalismo etico, cui corrisponde sul piano giuridico il giuspositivismo, quindi l'idea della forza vincolante dell'etica dell'obbedienza, ha offerto un comodo appiglio al tempo del secondo conflitto mondiale alla legittimazione, in nome della purezza dell'intenzione e della conformità alla legge, dei peggiori crimini, liberando il singolo dal peso della decisione personale e della propria responsabilità in nome della subordinazione comoda e passiva. Di contro, l'etica della responsabilità riafferma "l'importanza del contenuto dell'obbligo e dell'impegno a una decisione giusta", in quanto secondo tale paradigma, rovesciando i termini rispetto all'etica dell'intenzione, "l'atto è morale perché è buono e non è buono soltanto perché è conforme alla legge". Ecco la "lotta per il significato oggettivo della vita" di Welzel, che comporta l'impegno per la decisione giusta in vista del rispetto o del disprezzo di un valore e la "responsabilità per le conseguenze prevedibili del fatto" (SANTAMARIA, *Il fondamento etico della responsabilità penale*, in IDEM, *Scritti di diritto penale*, 410 ss., in ptc. 411). Il principio per cui la moralità di un atto sta non già nell'obbedienza, ma nel rispetto del valore, e quindi un atto di formale disobbedienza perde il suo significato di disvalore quando risponde all'esigenza di rispetto di un valore etico sovraordinato, dotato di forza vincolante, attraverso il dibattito – ancor oggi "di prima linea" rispetto a temi eticamente sensibili – sulla legittimità dell'obiezione di coscienza.

¹⁰⁵ WELZEL, *Wie würde sich die finalistische Lehre auf den Allgemeinen Teil eines neuen Strafbuches auswirken?*, 49.

¹⁰⁶ Suggestisce questa duplice linea precomprensiva DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, 25 s.

¹⁰⁷ LATAGLIATA, *La situazione attuale della dottrina finalistica dell'azione*, 284 ss., che sottolinea ovviamente l'influsso del pensiero di Nicolai Hartmann.

¹⁰⁸ Sullo sfondo di tale concezione emerge peraltro un'essenziale categoria kantiana, quella di *autonomia* come libera auto-sottoposizione alla legge, libera partecipazione alla legge universale: SANTAMARIA, *Interpretazione e dottrina del dolo*, 120 s.

¹⁰⁹ SANTAMARIA, *Interpretazione e dottrina del dolo*, 107.

¹¹⁰ Come noto, poi, secondo Welzel l'errore sull'antigiuridicità, se inevitabile, esclude la colpevolezza e quindi la punibilità; se evitabile, può comportare una diminuzione della pena in corrispondenza della minore colpevolezza (errore vincibile come circostanza attenuante non obbligatoria); ma in caso di errore grave o grossolano (contrario a fondamentali norme etiche, dovuto a completo misconoscimento del contenuto naturale di illiceità: "*Rechtsblindheit*" o "*Mißachtung evidenter Naturre-*

Anche la concezione welzeliana della colpevolezza è stata oggetto di critiche da parte della dottrina italiana: a parte l'erronea accusa di sovrapporre colpevolezza e imputabilità, si è obiettato che nei casi di colpa impropria (errore su causa di giustificazione, eccesso colposo) tale dottrina dovrebbe portare all'affermazione del dolo, ove l'errore sia inevitabile, in contraddizione con la previsione codicistica, che prevede la colpa¹¹¹.

Una critica più recente – che in realtà parte da una riflessione proprio di Welzel – si appunta sugli effetti dell'utilizzo della 'Schuldtheorie' con riguardo a fattispecie artificiali, a condotta neutra, rispetto alle quali è estremamente arduo percepire il contenuto di lesività: l'applicazione della teoria in questione in questi ambiti rende del tutto esangue il contenuto del dolo, riducendolo a pura *suitas*, laddove l'agente non sia edotto attualmente della situazione che sta a fondamento dell'incriminazione. Si tratta di fattispecie strutturate in termini di colpa o responsabilità oggettiva¹¹², in cui il diritto entra necessariamente nel fatto, che è caratterizzato esclusivamente da elementi normativi: rispetto a tali ipotesi opporre la preclusione dell'art. 5 sarebbe dunque incongrua e comporterebbe l'edificazione *praeter legem* di una forma di responsabilità oggettiva. I palesati limiti della 'Schuldtheorie' dovrebbero dunque dare spazio a un modello peculiare autonomo di ricostruzione differenziata del dolo e del suo oggetto, in modo conforme ai principi della c.d. 'Vorsatztheorie', richiedendo quindi la coscienza dell'illiceità extrapenale¹¹³.

chtssätze"), non comporta attenuazione della pena, bensì responsabilità *per dolo*: WELZEL, *Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns*, 253 s., 255.

¹¹¹ L. PETTOELLO MANTOVANI, *Il concetto ontologico del reato. Struttura generale – La colpa*, Milano, 1954, 99 s. Effettivamente Welzel riconduceva i tre casi – scriminante putativa, errore sui limiti della scriminante ed erronea supposizione di causa di giustificazione inesistente – all'errore sull'antigiuridicità, che quindi, in base alla 'Schuldtheorie', se evitabile, lascia impregiudicato il dolo (WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, § 22 III f), 168 s.), laddove oltretutto spiegava come le soluzioni diversificate praticate dalla giurisprudenza – applicazione della 'Schuldtheorie' solo per lo stato di necessità putativo (ricorso invece negli altri casi alla 'Vorsatztheorie') – fossero conseguenza della dottrina degli elementi negativi della fattispecie (che Welzel rigettava quale "tardiva germinazione della teoria imperativista": *ibidem*, 82), quindi dell'idea secondo cui l'erronea supposizione della scriminante escluda il dolo del fatto tipico.

¹¹² DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, 294 s.

¹¹³ Quindi, "escludendo il dolo nei reati a condotta neutra, quando il soggetto non conosca l'antigiuridicità del fatto, e ciò per una ragione tecnica: se il dolo non investe l'illiceità, in queste ipotesi, il suo contenuto non si distingue dalla consapevolezza di un fatto normale della vita ordinaria e l'eventuale colpa non è 'dolo', ma *culpa iuris*" (DONINI, *Serendipità e disillusioni della giurisprudenza. Che cosa è rimasto della sentenza C. Cost. n. 364/1988 sull'ignorantia legis*, in L. FOFFANI, M.C. FREGNI, R. LAMBERTINI (a cura di), *Liber amicorum per Massimo Bione*, Milano, 2011, 186; IDEM, *Il delitto contravvenzionale*, 17 ss. (cap. I), 293 ss., 300, 326 ss. e *passim*; e già IDEM, *Illecito e colpevolezza*, 495). Il tema è stato poi ripreso e sviluppato da A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003, 223 ss. e *passim*.

Del resto, lo stesso Welzel riconosceva la possibilità (non eccezionale) che la singola incriminazione dolosa richieda espressamente la *conoscenza attuale dell'antigiuridicità*: in tal caso, l'errore o ignoranza sulla medesima esclude la punibilità¹¹⁴.

Significativi riconoscimenti ha riscontrato la tesi della colpevolezza di Welzel da parte della giurisprudenza italiana, in particolare quella della Consulta, che in qualche modo ha bypassato le resistenze della dottrina.

Nella sentenza della Corte Costituzionale 364/88 l'estensore Dell'Andro aveva trasfuso con felice sintesi le premesse sistematiche di una visione postwelzeliana del reato, fino a quel momento marginale in Italia nella tradizione costituzionalistica¹¹⁵. La Corte Costituzionale, in funzione dell'affermazione della colpevolezza come principio rispetto al problema dell'ignoranza incolpevole sulla legge penale, fa riferimento al concetto *sistematico* di colpevolezza, come *categoria dommatica*¹¹⁶; inoltre, laddove esplicitamente affermava che "il fatto...va... costituzionalmente inteso in una larga, anche subiettivamente caratterizzata accezione e non in quella, riduttiva, d'insieme di elementi oggettivi" e che "la «tipicità» (oggettiva e soggettiva) del fatto ... costituisce ... primo, necessario «presupposto» della punibilità ed è distinta dalla valutazione e rimproverabilità del fatto stesso"¹¹⁷, introdusse con quella pronuncia un concetto del tutto nuovo, ossia la distinzione tra il piano del dolo e della colpa e quello della colpevolezza¹¹⁸. Infatti, la possibilità di conoscere il precetto penale è considerato dalla Corte Costituzionale come esigenza prodromica rispetto al dolo tanto quanto alla colpa¹¹⁹. Peraltro, un fatto doloso commesso con ignoranza evitabile, quindi, inescusabile, rimane punibile a titolo di dolo: mentre, se l'ignoranza è inevitabile, opererà come scusante in una fase logi-

¹¹⁴ WELZEL, *Irrtumsfragen*, 486; IDEM, *Das Deutsche Strafrecht*, 174 s.: il 'Verbotsirrtum' non esclude, propriamente, il dolo, perché il precetto comunque non potrebbe dirsi elemento del fatto, dato che sarebbe assurdo che il divieto di realizzare un fatto tipico sia parte proprio di questo fatto tipico.

¹¹⁵ DONINI, *Serendipità e disillusioni della giurisprudenza*, 176. Rimarcava il recepimento dei principali portati del finalismo da parte della sent. C.Cost. 364/1988 già MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, 77 ss.

¹¹⁶ *Ibidem*, 179 s.

¹¹⁷ C. Cost. n. 364/1988, cit., in *RIDPP*, 710, § 13.

¹¹⁸ Precisamente, "l'idea che possano esistere, tecnicamente, il «dolo» o la «colpa», senza che vi sia colpevolezza, e che solo l'individuazione di criteri normativi di esigibilità consenta un'effettiva personalizzazione del giudizio penale su un fatto (comunque) «doloso» o «colposo». È chiaro, così, che il dolo e la colpa, secondo la Corte, sono già elementi del «fatto»" (DONINI, *Serendipità e disillusioni della giurisprudenza*, 181).

¹¹⁹ C. Cost. n. 364/1988, cit., in *RIDPP*, 712 s., § 15: "...alla «possibilità di conoscere la norma penale» va, infatti, attribuito un autonomo ruolo nella determinazione dei requisiti subiettivi d'imputazione costituzionalmente richiesti: tale «possibilità» è, infatti, presupposto della rimproverabilità del fatto, inteso quest'ultimo come comprensivo anche degli elementi subiettivi attinenti al fatto di reato".

camente successiva rispetto all'accertamento del fatto doloso. Il che pare confermare che il dolo connota di per sé la tipicità del fatto previamente rispetto al giudizio di colpevolezza¹²⁰.

Oggi poi la '*Schuldtheorie*' sembra estendere il proprio dominio addirittura al di là dei confini all'interno dei quali era stata originariamente pensata, con la progettazione – prima in via di interpretazione costituzionalmente conforme, poi da parte del legislatore – di un'incriminazione in cui (all'opposto della precedente) il legislatore ritiene *sufficiente a configurare la punibilità (per dolo) la mera rappresentazione potenziale, la conoscibilità dell'elemento essenziale del fatto*, e, di converso, assume come *inescusabile l'errore su un elemento essenziale del fatto, a meno che non sia inevitabile*.

Si fa riferimento, ovviamente, all'*error aetatis*, quindi alla soluzione imposta dalla sentenza della Corte Costituzionale 322/2007 e poi della riforma 2012 dell'art. 609 *sexies*: l'esplicito rigetto della teoria del dolo e l'accoglimento della teoria della colpevolezza con riguardo a un'ipotesi di errore su un elemento essenziale del fatto come l'età della persona offesa, rispetto al quale scusa l'ignoranza inevitabile, suggerisce una peculiare implementazione del principio di colpevolezza di cui all'art. 27 Cost., in senso più rigoroso – e derogatorio – rispetto ai criteri ordinari dell'elemento soggettivo, in funzione di tutela della posizione della vittima¹²¹.

La lineare distinzione tra illecito e colpevolezza, quindi tra errore sul fatto e sul precetto (sull'antigiuridicità) con la '*Schuldtheorie*' a fare da linea di demarcazione

¹²⁰ «L'ignoranza inevitabile, pertanto, riguarda specificamente la «rimproverabilità» del fatto commesso con dolo o colpa, la colpevolezza che deve inerire alla condotta dolosa o colposa, non la «struttura» dolosa o colposa del fatto in sé, che deve anzi essere previamente accertata: se il fatto non fosse neppure doloso o colposo, se non fosse neppure integrata la «tipicità soggettiva» del fatto, evidentemente il soggetto non avrebbe nemmeno bisogno di invocare l'ignoranza della legge penale» (DONINI, *Serendipità e disillusioni della giurisprudenza*, 184).

¹²¹ Sul punto v. VALLINI, *Nuove norme a salvaguardia del minore, della sua libertà (integrità sessuale e del minore nella "famiglia"*, in *DPP*, 2013, 164 s, che rimarca il parallelismo tra conoscenza dell'età dell'offeso e conoscenza del precetto, nel senso che «essa non è essenziale per realizzare volontariamente l'offesa sostanziale (a tal riguardo conta, semmai, l'intuizione della gracilità psichica del *partner* in ragione della sua giovane età, quale che sia), sicché la mancanza di quella conoscenza, di per sé, non è ancora indicativa né di una rimproverabilità né di un difetto di rimproverabilità dell'agente. Tutto dipende dalla *scusabilità o evitabilità* di quell'errore»; ossia, in entrambe le situazioni giuridiche messe a confronto e unificate dal legislatore (e prima ancora dalla Corte Costituzionale), l'ignoranza (della legge penale, ovvero dell'età della vittima) è in sé «neutra» in termini di colpevolezza, in quanto non indicativa del grado di rimproverabilità dell'agente, compatibile tanto con un atteggiamento di indifferenza o avversione verso le scelte dell'ordinamento (quando l'ignoranza sia evitabile), quanto con un orientamento al rispetto delle medesime (quando l'ignoranza sia inevitabile e il fatto sia compiuto nella convinzione erronea che non fosse disapprovato dalla legge); a differenza dell'errore sul fatto, che (salva la colpa) è sempre incompatibile con un atteggiamento della volontà a realizzare l'illecito penale.

vengono messi in discussione dalle moderne concezioni normative, che rigettano la giustapposizione di normativizzazione espressa della colpevolezza (quindi della coscienza dell'illiceità) e normativizzazione occulta dell'accertamento del dolo¹²²: ciò in quanto, a monte, tutti gli elementi del reato dovrebbero essere considerati elementi normativi, o meglio, elementi costitutivi di un complesso normativo, quindi non avrebbe alcun senso distinguere il dolo come rappresentazione del fatto tipico dalla coscienza dell'illiceità; infatti, in un sistema normativo di aspettative sociali, non ha alcuna *ratio* un concetto di azione strumentale (agire in vista del perseguimento di interessi secondo preferenze individuali) costruito in modo *monologico-individualistico*¹²³.

Il progetto originario welzeliano si proponeva di ricavare il significato sociale dell'azione dalla sua finalità, che ne farebbe un fenomeno dell'esistenza della comunità, in quanto espressione della volontà. La prospettiva funzionalista riconosce come significato sociale soltanto qualcosa che dipende strettamente dalla *comunicazione*, in assenza della quale si può parlare di significato puramente strumentale, ma non *sociale*: la struttura fondamentale dell'azione, in quanto fenomeno della comunicazione sociale, sta tutta nella conformità/difformità rispetto all'obbligo, inteso quale aspettativa generale (appunto normativa, passibile di stabilizzazione/conferma controfattuale) di comportamento. Un esito già implicito, secondo i suoi sostenitori, nelle contraddizioni della teoria welzeliana, in particolare nell'inconciliabilità della dimensione psicologico-individualista dell'azione con l'approccio normativistico della colpevolezza e dell'azione socialmente adeguata¹²⁴.

¹²² La '*Schuldtheorie*' risponde a "una concezione "formale-sostanziale" del diritto penale, come strumento di recezione, e non già di creazione, di valutazioni assiologiche preesistenti" (VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, 229, sulla base di considerazioni di C. ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2. Aufl., Berlin, 1970, 115 ss.): pienamente coerente con una chiave di lettura radicata nelle '*sachlogische Strukturen*', quanto inconciliabile con una prospettiva del diritto come costruzione (normativa delle aspettative) della società.

¹²³ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt am Main, 2012, 54, che critica la teoria finalistica dell'illecito – dolo come fatto tipico, quindi costitutivo dell'illecito "personale" – in quanto inidonea a esplicitare il significato dell'illecito, ossia la dimensione oggettiva della violazione di una norma, quindi il contenuto di un *dolus malus*, relazionato alla struttura normativa della società, al significato normativo sociale dei fatti oggetto di rappresentazione; cfr. anche PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 404 ss., nel senso che il dolo del fatto tipico non sarebbe altro che un componente sistematicamente non autonomo della coscienza dell'illiceità; del resto, proprio il compito assegnato da Welzel al diritto penale nelle prime pagine del suo manuale, vale a dire quello di "assicurare, attraverso la minaccia della pena e la sua inflizione per il caso di reale defezione fattiva dai valori fondamentali dell'agire conforme al diritto, la vigenza impregiudicata di questi valori" (WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 2), presuppone la capacità di comprensione con riguardo ai contenuti normativi di senso: PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 266 s.

¹²⁴ JAKOBS, *Significato individuale e significato sociale nel concetto di reato di Hans Welzel*, 235.

6. *La polemica con il neokantismo e la topica delle
“strutture logiche delle cose” in prospettiva fenomenologica:
linee di tangenza con il neo-ontologismo*

Il necessario ancoraggio alle “strutture logiche delle cose” è stato forse il più ricorrente bersaglio delle critiche al sistema welzeliano, talmente contundenti da metterne in discussione, assieme ai capisaldi teorici, anche le singole acquisizioni dommatiche. In Italia, poi, al sospetto di larvato autoritarismo che sembra suscitare il radicamento in dati pregiuridici¹²⁵ si è aggiunta sovente l'accusa di un sovvertimento dei principi che regolano la divisione dei poteri, nella misura in cui tale radicamento si traduce in opzioni vincolanti per il legislatore.

È noto peraltro come nel pensiero di Welzel le “*sachlogische Strukturen*” assumano essenzialmente valenza *argumentativa*: le stesse categorie dommatiche che trovano in esse il loro fondamento gnoseologico, possono essere costruite, secondo l'Autore, anche senza tale supporto teorico.

Inoltre, Welzel concepisce tali strutture, appunto, come *logiche*, e non certo come ontologiche. Anzi, l'esplicito rigetto di una prospettiva, anche solo *latu sensu*, di diritto naturale impedisce di intendere in senso assiologico-prescrittivo il vincolo che tali oggettività reali impongono al legislatore: quest'ultimo, nella piena e indiscussa libertà di selezionare discrezionalmente e tipizzare o meno determinati dati della realtà, viene unicamente veicolato al rispetto delle strutture logiche, immodificabili, che li caratterizzano¹²⁶.

Limiti logici, anziché valorativi. Dati della realtà, e non principi giuridici vincolanti.

Quindi, nessuna violazione del principio di legalità, né di divisione dei poteri.

¹²⁵ Un'accusa che è stata recentemente nettamente confutata in uno studio di Francesco Schiaffo (*Il diritto penale tra scienza e scientismo*, 56 ss.), ove l'Autore, specialmente con riguardo all'evoluzione del pensiero welzeliano del dopoguerra, parla di un rinnovato interesse per il “miracolo dell'essere”, inteso nella portata antiideologica del concetto arendtiano, che sarebbe appunto ragguagliabile alle *sachlogische Strukturen* di Welzel, da rileggersi in chiave di “limite alle involuzioni autoritarie dell'ordinamento giuridico ed alle interpretazioni giurisprudenziali” (*ibidem*, 61): “Nei fondamenti epistemologici del sistema welzeliano... si consolida il necessario “interesse” della scienza giuridica per il «miracolo dell'essere» che è già garantito dalla rilevanza delle «*sachlogische Strukturen*» come limiti insuperabili anche per il legislatore e che, dopo la tragedia della seconda guerra mondiale, Hannah Arendt avrebbe opposto alle involuzioni autoritarie dei totalitarismi” (*ibidem*, 100).

¹²⁶ WELZEL, *Über Wertungen im Strafrecht*, in *Der Gerichtssaal*, 103, 1933, in *Abhandlungen*, 27; IDEM, *Vom Bleibenden und Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*, Marburg, 1964, in *Abhandlungen*, 346, 365; IDEM, *Naturrecht und Rechtspositivismus*, in *Festschrift f. Hans Niedermeyer*, Göttingen, 1954, in *Abhandlungen*, 284 s.

Né alcuna connessione con il significato nomogenetico e conformativo dei principi fondamentali sovraordinati¹²⁷. Laddove il “giusto diritto” va visto come l’ approssimazione più rigorosa possibile a una sistematica concettualmente precisa, a valenza scientifica, di validità generale¹²⁸.

Welzel anzi afferma espressamente che lo spazio discrezionale del legislatore può spingersi fino a incriminare comportamenti non colpevoli, salvo l’obbligo di adeguarsi al contenuto e al valore pratico della colpevolezza ove ritenga di assumerla come requisito di fattispecie¹²⁹.

Relatività dei principi fondamentali *versus* natura rigida, assoluta e palmare delle strutture logiche, in quanto si tratterebbe di dati incontrovertibili di conoscenza comune¹³⁰. La metodologia euristica starebbe nel “seguire la natura delle cose” per scoprire in essa i prodotti della sistematica¹³¹: quindi di fatto, a livello gnoseologico, la loro percezione è di tipo essenzialmente intuitivo, emozionale e sensibile ai valori¹³².

Manca in realtà nel pensiero di Welzel, così come pure negli sviluppi degli epigoni, un’indagine sul *fondamento di validità* delle strutture logiche stesse, che rimangono pure affermazioni a natura apodittica (senza che venga presa neppure in considerazione l’eventuale intervento conformativo, o anche *performativo* dell’uomo)¹³³. Del resto, come giustamente segnala Arthur Kaufmann, l’ingenuità, o

¹²⁷ Afferma infatti inequivocabilmente Hans-Joachim Hirsch che Welzel “non ha mai sostenuto la tesi, tipica di quella corrente di pensiero, secondo cui i risultati conseguiti sulla base della metodologia da lui seguita, fossero in grado di abolire la vigenza di una norma di diritto positivo eventualmente difforme” (HIRSCH, *Principi, sviluppi e fraintendimenti del «finalismo»*, 22); inoltre “quando il finalismo si richiama alla «natura delle cose», esso non intende affatto elevare meri dati della realtà al rango di principi giuridici” (*ibidem*, 23).

¹²⁸ E per questo a carattere internazionale, idonea quindi ad essere assimilata da tutti gli ordinamenti: così HIRSCH, *Principi, sviluppi e fraintendimenti del «finalismo»*, 16 s., 36 s.

¹²⁹ WELZEL, *Naturrecht und Rechtspositivismus*, 284. Ma se è ammissibile l’incriminazione di chi sia incolpevole, allora, seguendo la critica di Arthur Kaufmann, perché non considerare logicamente possibile assumere a presupposto della pena la mera pericolosità, o il pensiero o, peggio ancora, la responsabilità di tipo collettivo della stirpe? Senza contare l’ardua compatibilità con tale concezione del vincolo del legislatore al modello della ‘*Schuldtheorie*’ in tema di errore sul precetto (ARTH. KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 2. Aufl., Heidelberg, 1976, 29 ss.).

¹³⁰ Cfr. ad es. W. NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tübingen, 1951, 55; ARM. KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindigs Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Göttingen, 1954, IX, 68, 274 ss.

¹³¹ WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht – Untersuchungen über die ideologische Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, Mannheim – Berlin – Leipzig, 50, nt. 39. Il che spiega un certo interesse, frutto probabilmente dell’equivoca interpretazione di “ontologico”, riscosso inizialmente dalla teoria finalista nell’ambiente della neoscolastica: v. F. OLGATI, *Postilla a Welzel, Il nuovo volto del sistema penale*, in *Ius*, 1952, 71 ss., 74.

¹³² SCHIAFFO, *Il diritto penale tra scienza e scientismo*, 56, 96 s., 98.

¹³³ W. HASSEMER, *Le «strutture logiche della realtà» in Hans Welzel*, in S. MOCCIA (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell’esperienza giuspenalistica*, 256, 260.

forse il grave errore di presunzione, è proprio quello di ritenere che i dati ontologici o anche solo logici coincidano *sic et simpliciter* con i dati immediatamente evidenti¹³⁴.

Su queste basiche, ben note insufficienze naufraga l'aspirazione a fondare su vincoli materiali, reali e costitutivi del mondo, e però consustanziali al diritto positivo stesso, una sistemica a valenza universale, adattabile a tutti gli ordinamenti a prescindere dalle concrete opzioni politico-criminali adottate¹³⁵: tanto che le supposte acquisizioni generali della dommatica penalistica sembrano più che altro confezionare in veste di *sachlogische Strukturen* meri modelli interpretativi delle soluzioni dell'ordinamento tedesco (ad es. della distinzione tra reità e partecipazione) allo scopo di farne prodotti da esportazione.

Non può peraltro dimenticarsi come i fondamenti epistemologici del sistema di Welzel si insedino in un retroterra filosofico, quantunque inespresso, da tempo sostanzialmente individuato dagli interpreti del finalismo: l'approccio *fenomenologico* husserliano, quale reazione al neokantismo, fondato quest'ultimo su una netta divaricazione tra realtà – caotica, informe e inintelligibile – e valori ordinatori, quindi non meno scienziato del positivismo (e della visione del mondo come materia amorfa e soggetta alle leggi del cieco determinismo causale)¹³⁶. Valori che, lungi dal ridursi a mere costruzioni di paradigmi concettuali, invece Welzel vede radicati *ab origine* nell'ontico, nell'esserci (in senso heideggeriano), a prescindere dall'attività di elaborazione concettuale del soggetto conoscente¹³⁷.

Alla luce di tale concezione va intesa l'aspirazione a fare della scienza giuridica non una costruzione concettuale, ma una metodologia di comprensione delle forme reali della vita pratica, di cui è deputata a cogliere un frammento¹³⁸.

La polemica welzeliana contro il neokantismo della filosofia dei valori – oltretutto per la sua sostanziale assimilabilità ai postulati fondamentali del positivismo – era già stata studiata a fondo dalla scuola napoletana¹³⁹: la lezione finalista è innanzitutto un ambizioso progetto di superamento del dualismo kantiano tra mondo dell'esperienza, quale massa caotica, oscura e priva di significato e valore e attività

¹³⁴ ARTH. KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 32.

¹³⁵ Peraltro, è innegabile che una certa refrattarietà ad adattarsi alla concreta realtà giuridica vigente nell'ordinamento è in fondo predicabile anche delle moderne elaborazioni normativistiche (che partono da basi gnoseologiche opposte al finalismo, vale a dire da prospettive *lato sensu* costruttivistiche) e dei modelli ascrittivi da esse propugnati.

¹³⁶ V. ad es. WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 43 ss.

¹³⁷ Cfr. SCHIAFFO, *Il diritto penale tra scienza e scientismo*, 97. Anche il positivismo parte dal presupposto di una realtà asettica, priva di senso e di valore, dominata da cieca causalità: il pregiudizio fiscalista comune a entrambe le posizioni, solo apparentemente antitetico, permette di offrire paradigmi esplicativi rispetto alla realtà fisica, ma non rispetto alle azioni umane e alle comunità organizzate (*ibidem*, 55).

¹³⁸ WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, 124.

¹³⁹ Cfr. già SANTAMARIA, *Il concetto finalistico di azione*, 42 ss.; FIORE, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, 103 ss.; IDEM, "Azione finalistica", in *EG*, IV, Roma, 1988, 2.

formatrice dell'intelletto tramite *a priori*; tra reale e valore; tra dato empirico e valore quale effetto di trasformazione metodologica del reale oggettivo da parte del soggetto empirico conoscente¹⁴⁰.

Le differenze di valore, le strutture logiche con le loro leggi sono già presenti, e qualitativamente policromatiche, nella realtà, nel complesso "essere ontico": i concetti si limitano a riprodurne dei frammenti¹⁴¹.

Negando decisamente la dicotomia tra dato e valore, tra realtà oggettiva originaria – amorfa, come per il positivismo – e scienza, che trasforma la realtà fenomenica inintelligibile in un mondo diverso, autonomo, concettuale, base della dottrina neokantiana dei valori, Welzel considera questi ultimi come storicamente condizionati, espressioni della vita, indissolubilmente radicati nella specifica attività umana di riferimento¹⁴²: sotto questo aspetto, non regge dunque la reiterata accusa di "fissismo" nei confronti della prospettiva welzeliana. Vero però che "i giudizi di valore sono fondati in giudizi sull'essere, vale a dire i valori presuppongono un ben determinato oggetto ontologico, che essi caratterizzano in una determinata direzione nuova (positiva o negativa)"¹⁴³. Dunque emerge "una relazione dell'oggetto all'io, per cui qualcosa è «valore»"¹⁴⁴.

Non è dunque compito della scienza giuridica quello di assegnare un significato a una realtà altrimenti inintelligibile, ma piuttosto di selezionare una porzione, un frammento di quella realtà, quello che concerne gli atti nocivi per la vita della comunità¹⁴⁵. E, prima ancora, di riconoscere il sostrato valoriale presente nella realtà: così quello dell'azione pregiuridica sorretta dall'intenzionalità, come "fenomeno reale della vita sociale"¹⁴⁶.

Un approccio non lontano dalla prospettiva welzeliana emerge oggi nel c.d. neo-ontologismo realista: così appartengono alla stessa *humus*, quella del commiato dalla rivoluzione (in realtà anti-)copernicana del kantismo con il prevalere degli

¹⁴⁰ "Il metodo non determina l'oggetto della conoscenza, ma al contrario deve attenersi all'oggetto come al frammento ontico dell'essere" (SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, 52).

¹⁴¹ WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 49.

¹⁴² WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 56. Compito della cultura è per Welzel cogliere i concreti "reali" valori che implicano una decisione a favore o contro lo "stile" di vita del concreto momento storico, quindi anche la scienza giuridica deve comprendere i valori della propria epoca storica (*ibidem*, 57, 75).

¹⁴³ WELZEL, *Kausalität und Handlung*, cit. 9.

¹⁴⁴ WELZEL, *Kausalität und Handlung*, cit. 17. "Nella relazione intenzionale dall'io all'oggetto, l'io non resta «indifferente» di fronte alle determinazioni dell'oggetto, ma si presenta interessato ad esse e vi prende parte, affermando o negando" (SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, cit., 34).

¹⁴⁵ WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, cit., 74 s.

¹⁴⁶ SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, cit., 55.

schemi concettuali sul mondo esterno¹⁴⁷, il concetto di “inemendabilità dell’essere” di Ferraris¹⁴⁸, o l’approdo al realismo del senso comune di Hilary Putnam¹⁴⁹, o gli sviluppi recenti dell’iperrealismo speculativo¹⁵⁰.

È nota la propensione di Hans Welzel per le scienze matematiche (che tra l’altro scelse originariamente come oggetto di studi universitari, e che sempre consigliò ai suoi studenti).

E se da un lato le maggiori critiche che il sistema finalista ha attirato nel tempo possono essere compendiate nella metodologia eccessivamente deduttiva adottata per la costruzione (o per il rinvenimento, secondo la prospettiva delle *sachlogische Strukturen*) delle categorie dommatiche – cioè, appunto, di quel metodo che caratterizza la scienza matematica –; dall’altro forse il lascito più duraturo dell’eredità welzeliana sta proprio in una serie di schemi logici di inferenza e di precise corrispondenze che – come i concetti matematici – mantengono la loro validità al mutare dei contenuti di scopo che ad essi vengono attribuiti: la distinzione lineare tra ille-

¹⁴⁷ La c.d. rivoluzione copernicana di Kant è leggibile più propriamente alla stregua di rivoluzione *tolemaica*, in quanto pone “l’uomo al centro dell’universo come fabbricante di mondi attraverso concetti” (M. FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, Bari, 2012, 10 s., 36 ss., 42 s.). Cfr. anche M. GABRIEL, *Il senso dell’esistenza. Per un nuovo realismo ontologico*, Roma, 2012, 23 s. “Con Kant... ha preso il via una rivoluzione tolemaica, poiché egli rese il mondo dipendente dal soggetto. Per il filosofo di Königsberg il Sole, anzi l’intero universo, ruota attorno alla Terra, e, più precisamente, attorno ad alcuni dei suoi abitanti”.

¹⁴⁸ Ossia “il fatto che ciò che ci sta di fronte non può essere corretto o trasformato attraverso il mero ricorso a schemi concettuali...” (M. FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, cit., 30, 48 ss.), e che è indiscutibile una certa “stabilità del mondo incontrato, anteriore all’azione dei nostri apparati percettivi e dei nostri schemi concettuali” (*ibidem*, 52), così come pure l’irrompere nell’esperienza del reale dell’elemento della “sorpresa” (*ibidem*, 49 s.: qualcosa non distante da quel “miracolo dell’essere” di cui *supra*, nt. 125). V. anche M. FERRARIS, *Il mondo esterno*, Milano, 2001, 198 ss.; IDEM, METZGER, *Kant, and the Perception of Causality*, in J.C. MAREK-M.E. REICHER (Hrsgg.), *Erfahrung und Analyse*, Wien, 2005, 297 ss. Ferraris, come noto, si fa patrocinatore del realismo come viatico della critica e sola *chance* di emancipazione (IDEM, *Manifesto del nuovo realismo*, 62 ss., 111 s.): peraltro, la riduzione dell’ontologia a mera “linea di resistenza”, nel senso di “atrito del reale” (*ibidem*, 64 ss.: “realismo minimalistico o modesto”), esclusa una valenza normativa (in termini di legge naturale), se segna una linea di tangenza (almeno con riguardo ai c.d. oggetti sociali: *ibidem*, 71 ss.) con le welzeliane strutture logiche delle cose, ne condivide anche la fragilità. Anche se Ferraris, proprio con riguardo agli oggetti sociali considera l’attività umana come performativa e costruttiva (*ibidem*, 80, 85).

¹⁴⁹ H. PUTNAM, *Renewing Philosophy*, Cambridge, Mass. Harvard University Press, 1992, trad.it. *Rinnovare la filosofia*, Milano, 1998, 81 ss.

¹⁵⁰ Fondato sull’argomento della “fatticità della verità”, per cui l’esistenza preesiste alla stessa verità e “la realtà è sempre qualcosa in più di ciò che noi abbiamo pensato”: cfr. M. GABRIEL, *Il senso dell’esistenza*, cit., 20 ss., 24, 34, 59 ss. e *passim*, che parla del progetto del ritorno all’ontologia come della “avanguardia filosofica del ventunesimo secolo” (*ibidem*, 26).

cito e colpevolezza¹⁵¹, corrispondente *more geometrico* a quella tra errore sul precetto ed errore sul fatto; l'equilibrio tra disvalore di azione e disvalore di evento; lo spostamento della dimensione soggettiva sull'asse della tipicità e la polverizzazione della distinzione (non geometrica) tra oggettivo e soggettivo.

Si potrebbe dire che ciò che resta del pensiero di Welzel è *una dogmatica "de-welzelianizzata"*, nella quale i concetti fondamentali del Maestro di Artern sopravvivono al loro Autore in qualche modo destrutturati: ad es. il dolo come elemento connotativo della tipicità, ma inteso sempre più in senso oggettivo (come modalità dell'agire) e normativo¹⁵², mutuando proprio quella criteriologia che Welzel riteneva caratterizzasse e distinguesse il diverso problema della colpevolezza (fino agli esiti estremi delle teorie funzionalistiche dell'imputazione, che, risolvendo integralmente la responsabilità penale sul piano normativo, negano una distinzione tra questa e l'illecito); il definitivo superamento dell'idea dicotomica di responsabilità penale, come giustapposizione di causalità – scheletro anonimo, identico tanto nel fatto doloso quanto in quello colposo; così come la lesione del bene giuridico – e dato interiore (colpevolezza) attraverso recupero della dimensione significativa del fatto (condotta finalisticamente orientata, azione socialmente adeguata, colpevolezza in senso normativo) che poi si è consolidata nella poliedrica topica della *'objektive Zurechnungslehre'*; la trasmutazione della *Schuldlehre*, che oggi viene utilizzata anche con riguardo a determinati elementi nucleari del fatto (è ciò che è avvenuto rispetto alla problematica dell'*error aetatis*).

Da sempre i sostenitori del finalismo ripetono che a Welzel è stato fatto dire molto di più e molto di diverso da quello che era nelle sue intenzioni: sul significato della volontà e rispetto alle evoluzioni-ritorni del diritto penale dell'atteggiamento interiore; circa il dibattito sulla fondazione ontologica dei concetti; etc.

E forse la ricchezza della parabola welzeliana sta proprio in questo: avere riaperto il dibattito a livello internazionale anche su temi già noti (ruolo della volontà,

¹⁵¹ Secondo Welzel, la distinzione tra fatto, anti-giuridicità e colpevolezza costituisce "il progresso dogmatico più importante delle ultime due-tre generazioni": WELZEL, *Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre*, in *JS*, 1966, 421; in senso fortemente critico su tale giudizio, v. PAWLIK, "Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschengenerationen?", in Otto-FS, Köln, Berlin, Bonn, München, 2007, 133 ss.

¹⁵² "La riconosciuta inerenza di dolo e colpa al fatto tipico li ha fatti concepire come più normativi, da psicologici che erano" (DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 203, il quale denuncia come "la colpevolezza dolosa e quella colposa restino un omaggio dottrinale alla buona coscienza del giurista, affinché si senta in pace con se stesso", *ibidem*). Per un quadro (critico) d'assieme sullo stato attuale di tali tendenze interpretative v. recentemente DONINI, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/>, 21 febbraio 2014, 21 ss. Sul processo di oggettivizzazione del dolo cfr. anche L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993, 63 ss.; G.P. DEMURO, *Il dolo, vol. I, Svolgimento storico del concetto*, Milano, 2007, 251 ss.

concezione normativa della colpevolezza), innescando sviluppi impensati e imprevedibili; avere coltivato epigoni, ma anche allievi che hanno saputo smantellare il suo sistema; avere prodotto categorie generali su cui inserire significati adattabili dinamicamente alla mutevole realtà sociale.

In fondo, Welzel aspirava a una dommatica in costante osmosi con oggetti extragiuridici reali, capace di coglierne l'espressione nella vita della società e dell'ordinamento vigente.

E se è vero che “il diritto penale è paradossalmente il diritto della solitudine [...] che vuol significare rientrare in noi stessi per ricercare le ragioni ultime dell'azione”¹⁵³, nella prospettiva di tale perdurante ‘*Verständnis*’ si può affermare che gli sviluppi del finalismo, anche nel nostro paese, non hanno tradito il suo testamento.

¹⁵³ G. BETTIOL, *Stato di diritto e «Gesinnungsstrafrecht»*, cit., 454 s.: ragioni che, secondo l'Autore, “non sono psicologiche in senso naturalistico, ma sono *morali*”.