



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI “FEDERICO II”

LUDWIG MAXIMILIANS UNIVERSITÄT MÜNCHEN

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Tesi di dottorato in co-tutela
Filosofia del diritto
Arte e Tecnica della Giurisprudenza-Ermeneutica dei Diritti dell’Uomo
– XXIV ciclo –

**CONVINZIONE, COSCIENZA, CULTURA.
DAL DELINQUENTE PER CONVINZIONE AL DELINQUENTE
CULTURALMENTE MOTIVATO.
Dottrine penalistiche e presupposti filosofico-giuridici**

di
Feliciano Tafuri

Direttori di tesi

Ch.mo Prof. Giovanni Marino

Ch.mo Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schönemann

Anno Accademico 2010 - 2011

Ai miei genitori

“Quando una Repubblica giunge a sconfiggere coloro che vorrebbero rovesciarla, deve affrettarsi a porre fine alle vendette, alle pene ed anche alle ricompese... Bisogna rientrare al più presto possibile in quell’ordine normale di governo in cui le leggi proteggono tutti e non si armano contro nessuno”

Montesquieu, *De l'esprit des lois*

"È dalla bontà delle leggi criminali che dipende principalmente la libertà dei cittadini"

Montesquieu, *De l'esprit des lois*

SOMMARIO

Introduzione

Parte prima. La figura giuridica del reo per convinzione in Gustav Radbruch

I. La *Überzeugungsverbrechenslehre* in Gustav Radbruch

1. Cenni preliminari
2. Il concetto di *Überzeugungsverbrecher*
3. Pena e scopi della pena
4. La proposta di Radbruch al banco del *Kölner Juristentag*

II. Il retroterra culturale delle idee radbruchiane: la *Rechtsphilosophie*

1. Radbruch e il movimento neokantiano
2. La *relativistische Rechtsphilosophie*
3. La teoria della validità del diritto

III. (Segue) Radbruch: la scienza del diritto penale e la riforma del diritto penale

1. Radbruch: la scienza del diritto penale e l'influenza di Franz von Liszt
2. Radbruch e il tempo dello *Schulenstreit*
3. Il clima e i principi della riforma: il *Progetto Radbruch*

IV. Riepilogo

Parte seconda. Dallo *Überzeugungsverbrecher* al *Gewissenstäter*. Una vicenda esemplare nella penalistica tedesca.

I. Lo *Überzeugungsverbrecher* nella riforma tedesca del diritto penale

1. Cenni preliminari
2. I progetti di *lege ferenda* dopo il 1920
3. (Segue) I progetti di *lege ferenda* dopo il 1945

II. Intorno allo *Überzeugungsverbrecher*. Dalla *Überzeugung* al *Gewissen*

1. Cenni preliminari
2. La nozione di convinzione prima di Welzel
 - 2.1. Erik Wolf
3. Dalla *Überzeugung* al *Gewissen*: Hans Welzel

III. *Überzeugung* e *Gewissen* dopo Welzel

1. Il ‘dopo’ Welzel: Karl Peters, Peter Noll, Ernst Heinitz
2. *Überzeugung, Einstellung* e *Gewissen*: Gunter Greffenius
3. Ancora sul dibattito quanto al trattamento ‘privilegiato’ dello *Überzeugungs-Gewissenstäter*
 - 3.1. Paul Bockelmann, Jürgen Christoph Gödan
 - 3.2. Udo Ebert, Ulrich Bopp
4. Le posizioni più recenti della dottrina: Bernd Schönemann, Hans Joachim Hirsch, Günther Jakobs

IV. Il *Gewissenstäter*: coscienza, libertà di coscienza e diritto penale

1. Cenni preliminari
2. L’articolo 4 GG: il *Gewissenstäter* e il diritto penale
3. (Segue) La dottrina
4. Coscienza, libertà di coscienza e diritto: Claus Roxin dal 1988 al 2011

V. Riepilogo

Parte terza. Il problema del delinquente ‘culturalmente motivato’.

Cultura e diritto penale a confronto. Un’esperienza comparata

I. Il fattore culturale e la sua influenza sul diritto penale materiale

1. Cenni preliminari
2. Le sfide del multiculturalismo: conflitti culturali e normativi
3. (Segue) Il concetto ‘pluralistico’ di cultura

II. L’attualità del delinquente per convinzione: un agire culturalmente motivato?

1. Agire culturalmente motivato e agire per convinzione
2. La categoria dei reati cd. ‘culturalmente motivati’

III. Riepilogo e conclusioni

IV. Zusammenfassung

Bibliografia

INTRODUZIONE

Il presente lavoro ha ad oggetto la figura giuridica dell'agente per convinzione, la sua possibile ed eventuale distinzione da quella dell'agente per coscienza e la ricerca di un motivo di attualità delle stesse nel tempo presente.

La prima sezione del lavoro ricostruisce la storia della figura dell'agente per convinzione nella dottrina filosofico-giuridica da una parte e in quella penalistica dall'altra parte di Gustav Radbruch; la seconda sezione, invece, ha lo scopo di seguirne lo sviluppo, non solo all'interno dei tentativi di riforma presentati al Parlamento tedesco e delle proposte di *lege ferenda*, ma anche all'interno dei dibattiti presso la dottrina fino a giorni nostri, in una vicenda esclusivamente 'tedesca'.

È questo, infatti, un tema che è stato affrontato e vissuto specialmente in ambito tedesco da parte della dottrina e della giurisprudenza, a partire dagli anni Venti del ventesimo secolo, tema che non ha mai perso attualità, anzi ha suscitato, presso i più, interesse e coinvolto voci di più studiosi e di più discipline.

La terza sezione, invece, ha ad oggetto la discussione di un tema di attualità all'interno del quale la figura dell'agente per convinzione possa rivivere e ritrovare un suo motivo di sopravvivenza ed appartenenza. È questo il campo del diritto penale e delle sfide che il multiculturalismo pone al diritto penale stesso; la valenza e la rilevanza del concetto di cultura a fronte della commissione di un fatto illecito penalmente; la funzione e la collocazione delle attuali categorie dogmatiche del reato e la possibile attualità di un agente definito "motivato culturalmente", laddove la convinzione, che abbiamo visto essere per Radbruch di natura morale, religiosa, politica o *tout court* culturale, diviene qui il prodotto di una cultura, lo specchio di una identità culturale che non si radica solamente all'interno della persona del singolo individuo, ma ben può essere il prodotto di una tradizione.

In questo senso l'individuo che realizza un fatto penale — motivato dalla cultura e dalla tradizione culturale e popolare — si fa portavoce e diviene il testimone di una formazione, culturale, appunto.

A questo punto ci si chiede, a ragione, innanzitutto, se l'agente per convinzione, come descritto negli anni Venti del secolo scorso da Radbruch, sia assimilabile all'odierno agente per convinzione, in particolare per convinzione culturale e, ancora, dinanzi al compimento di un fatto, fatto penalmente rilevante, quale possa mai essere la funzione e, specie, il compito cui è chiamato il diritto penale.

Le tradizionali categorie del reato sono sfidate e, con ciò stesso, messe a dura prova; la convinzione — sia essa dettata da motivi religiosi, morali e politici, così come voluta da Radbruch, che sotto forma dell'istanza personale della coscienza come richiesta da Hans Welzel e nel successivo sviluppo — diviene il motivo ed il fattore che acquista rilievo nell'analisi del reato e a livello di determinazione della pena e dell'esecuzione penale.

Nelle prime due sezioni, quella dedicata alla figura dell'agente per convinzione alle sue origini, nella teoria filosofico-giuridica di Radbruch e quella dedicata allo sviluppo, analisi delle possibili uguaglianze e distinzioni tra gli agenti motivati dalla convinzione e dalla coscienza, mi sono avvalsa di letteratura prevalentemente straniera, in particolare, tedesca, trattandosi in fondo di una storia "tutta" tedesca.

La discussione intorno al tema oggetto della terza e ultima sezione, dedicata all'agente culturalmente motivato, utilizza come strumenti letteratura in parte tedesca e in parte italiana al fine di una contestualizzazione che sia il più possibile completa e comparata del fenomeno della rilevanza del fattore culturale entro problematiche del diritto penale, entro una delle materie, per dirla *à la* Roxin, più grigie ed oscure del diritto penale, quale quella dell'agente per convinzione in senso ampio.

Parte prima. La figura giuridica del reo per convinzione in Gustav Radbruch

I. La *Überzeugungsverbrechenslehre* in Gustav Radbruch

1. Cenni preliminari — Una indagine che ha ad oggetto il delinquente, motivato da convinzione, coscienza, cultura, nelle dottrine penalistiche e nei suoi presupposti filosofico-giuridici, non può non prendere avvio dai suoi primi tentativi di configurazione.

La prima traccia significativa della figura giuridica del reo per convinzione la troviamo negli scritti e nelle opere di Gustav Radbruch. Sottolineo significativa in quanto Radbruch si avvicina alla questione in maniera determinante e ad essa dà una struttura e forma che la caratterizzerà in modo decisivo per il futuro dibattito in ambito penalistico e politico-criminale, sia in una prospettiva *de lege lata* che *de lege ferenda*.

Risalendo, però, ancora più lontano nel tempo, il primo giurista che aveva utilizzato il concetto di reo per convinzione in relazione al delicato problema di un suo trattamento speciale è stato M.G.Ferrus nel suo *Entwurf* 1847 e, precisamente, all'articolo 23, con la previsione, come pena della *custodia honesta*¹ — di una misura di sicurezza dal carattere non diffamante — pena

¹ È opportuno, in via preliminare, un chiarimento circa il significato dei concetti che di frequente sono richiamati nel testo. Innanzitutto, la *Festungshaft* o *Festungshaftstrafe* fu sino al 1945 definita dal codice di diritto penale tedesco come una particolare forma di pena detentiva la quale era concessa a coloro che avessero tenuto una condotta (*Gesinnung*) onesta. Essa, pertanto, era considerata come una pena d'onore (*Ehrenstrafe*), una *custodia honesta*, ovvero una sanzione non diffamante che non prevedeva il lavoro forzato. La *Festungshaft* sostituì tanto la *Zuchthaus* quanto la *Gefängnis* e fu comminata nei confronti di coloro che appartenevano alle più alte classi sociali, in particolare rispetto ai delitti del duello e della delinquenza politica. La *Zuchthausstrafe*, invece, rappresenta quello che noi oggi definiremmo il “carcere duro”, ovvero la detenzione, da svolgersi in condizioni rigide e dure, nei confronti di coloro che erano condannati alla pena detentiva, a causa del compimento di un delitto per il quale non era stata prevista la pena di morte. La caratteristica della *Zuchthausstrafe* era la costrizione a un duro lavoro fisico, quasi spesso fino all'esaurimento di ogni forza. La pena della *Einschließung* sarà proprio quella che il *Progetto Radbruch* 1922, ovvero l'*Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches* 1922, prevederà come specifica sanzione per lo *Überzeugungstäter*. In parte simile alla *Festungshaft*, già prevista nel codice di diritto penale tedesco allora in vigore, essa si distingueva per la rinuncia a valutazioni morali su una condotta onesta, la cd. *ehrenhafte Gesinnung* del reo, ma, a differenza della *Festungshaft*, non doveva limitarsi solamente a determinate fattispecie penali.

che, in seguito ad un controverso dibattito, sarebbe stata successivamente abolita dal primo codice di diritto penale tedesco (paragrafo 20 RStGB)².

Gustav Radbruch, Ministro di Giustizia al tempo della Repubblica di Weimar nonché uno dei più noti filosofi del diritto e teorici del diritto penale dell'epoca³, recepisce il concetto di *Überzeugungstäter* all'interno del suo *Entwurf eines Allgemeinen StGB 1922*.

L'*Entwurf 1922*, passato alla storia con il nome di *Progetto Radbruch*, rappresenta il prodotto di un'epoca storica e il frutto di un ben preciso clima culturale, sociale e politico: il tempo della Repubblica di Weimar.

Tale Progetto costituisce, nel panorama generale europeo, uno dei tanti ma non meno importanti tentativi di riforma del diritto penale statale. Basti pensare alla riforma intrapresa nell'Unione Sovietica e al noto *Progetto Ferri* di riforma del diritto penale italiano. Non solo all'esterno, rispetto gli altri Paesi europei, ma anche all'interno della stessa Germania, il *Progetto Radbruch* ha rappresentato una delle tappe più notevoli nel quadro dei tentativi legislativi di riforma *de lege ferenda* del diritto penale nel secolo scorso⁴.

² Sull'argomento, v. J. SPROß, *Die Unrechts- und Strafbegründung bei dem Überzeugungs- und Gewissenstäter*, Baden-Baden 1992, p. 3. In particolare l'Autore ricostruisce la storia e la natura della disposizione in questione, precisando che, secondo il tenore del paragrafo 20 RStGB, il giudice, nella scelta tra le due sanzioni, *Zuchthaus* e *Festungshaft*, aveva la possibilità di riconoscere e concedere la *Zuchthausstrafe*, laddove fosse chiaro che l'azione, punibile, fosse stata il prodotto di una *Gesinnung* disonorevole.

³ Circa il pensiero e le opere di Gustav Radbruch, in particolare, sotto il profilo penalistico e politico-criminale, v., tra tutti, Arth. KAUFMANN, *Gustav Radbruch - Leben und Werk* in G. RADBRUCH (a cura di Arth. Kaufmann) *Gesamtausgabe Rechtsphilosophie I*, vol. 1, Heidelberg 1987, p. 59-71; ID., *Einleitung* in G. RADBRUCH (a cura di Arth. Kaufmann) *Gesamtausgabe Rechtsphilosophie II*, vol. 2, Heidelberg 1993, p. 1-8; ID., *Einleitung* in G. RADBRUCH (a cura di Arth. Kaufmann) *Gesamtausgabe Strafrecht II*, vol. 8, Heidelberg 1998, pp.1-11; H. KRÄMER, *Strafe und Strafrecht im Denken des Kriminalpolitikers Gustav Radbruchs*, Sieg 1956; E. SCHMIDT, *Gustav Radbruch als Kriminalist*, in *ZtSW* 1951, n. 63, pp. 150 – 165.

⁴ Sul punto, ampiamente, cfr. J. SPROß, cit., p. 1. In particolare, in ordine cronologico, il Progetto al Codice di diritto penale prussiano (Preuß StGB E 1843) e il Progetto 1847 (E 1847). Il primo prevedeva ancora la pena tradizionale della *Festungshaft* per coloro che fossero stati considerati privilegiati, come alternativa, laddove dovevano essere tenuti in debito conto i rapporti personali e civili del delinquente. Il secondo Progetto (E 1847), all'articolo 17, ampliava la previsione del privilegio laddove, al posto della posizione sociale, solo la pertinenza delle circostanze rispetto al fatto giocava un ruolo rilevante e, in maniera limitata, la pena privilegiata era prevista solo per determinati delitti. Successivamente, il Preuß StGB sostituisce la sanzione della *Festungshaft* con quella della *Einschließung* che, come la *Festungshaft*, doveva valere per le fattispecie penali del duello e per i fatti politici. Il primo codice di diritto penale tedesco (Dt. RStGB 1871) ripristinava la *Festungshaft*, da applicare ai casi di duello e ai fatti politici, la quale si sostituiva alla sanzione della *Einschließung*. Secondo l'articolo 20 RStGB, inoltre, la sanzione della *Zuchthaus* andava considerata solo laddove fosse stabilito che l'azione punibile avesse avuto origine da una *Gesinnung* disonorevole. Ancora il RStGB E 1909 (Vorentwurf) e il RGStGB E 1911 (Gegenentwurf) sostituivano la *Festungshaft* con un'ampia applicazione dell'arresto (*Haft*) che, in base all'articolo 20 VE 1909, doveva consistere in una privazione della libertà e in un controllo sull'attività all'esterno e sui modi della condotta di vita, dovendo la *Festungshaft*, ormai, come reclamato da più parti, essere abolita in quanto considerata come privilegio delle

2. Il concetto di *Überzeugungsverbrecher* — Radbruch, nel suo Progetto di riforma, all'articolo 71 prevede un trattamento privilegiato per il cd. reo per convinzione (*Überzeugungsverbrecher*). L'idea che il giurista tedesco ha in mente di delinquente per convinzione è, in particolare, quella del delinquente politico, un concetto e una realtà giuridica che, nel momento storico in cui si colloca il pensiero di Radbruch — l'epoca weimariana — trova ampio spazio e riceve una notevole attenzione non solo presso la stampa — dove vengono discussi controversi casi di estradizione — ma anche e soprattutto in sede parlamentare-legislativa, attraverso leggi di amnistia e concessioni del diritto di asilo al delinquente politico⁵.

L'articolo 71 dell'*Entwurf 1922* contiene non solo la previsione di un trattamento speciale da attribuire al delinquente per convinzione ma anche la definizione concettuale di tale figura, in grado di fungere da filtro selettivo entro le molteplici fattispecie o ipotesi in cui potesse essere scorta l'esistenza di un profilo prossimo alla categoria della 'convinzione'.

L'articolo 71 recitava, pertanto, nel seguente modo: “Al posto della *strengem Gefängnis* e della *Gefängnis* è da comminare la detenzione (*Einschließung*) per la stessa durata, laddove il movente decisivo del reo consista nella circostanza che costui si sia sentito obbligato al compimento del reato sulla base di una sua propria convinzione morale, religiosa o politica”⁶.

Era, così, prevista per il delinquente per convinzione, la sanzione della *Einschließung*, più simile alla *Festungshaft*, da distinguersi, da più d'un lato, dalla *Gefängnis* e dalla *Zuchthaus*.

La nuova pena, innanzitutto, sarebbe stata da espiare in istituti penali pubblici ed eseguita sotto il controllo della autorità di esecuzione penale. A differenza della *Festungshaft*, secondo il Progetto, essa era prevista e comminata non solo per singole e ben definite fattispecie penali, ma in via

e per le classi più abbienti e nobili. Poco prima del *Progetto Radbruch*, si situa il RStGB 1919 che sostituiva la *Festungshaft* con la *Einschließung*, la quale veniva, sorprendentemente, applicata a numerose altre fattispecie penali come l'omicidio del consenziente e l'omicidio colposo. In questo rinnovato e ampliato quadro normativo, il giudice aveva il compito di attenuare la sanzione secondo una libera misura e di riconoscere, per questa via, la *Einschließung* che si sostituiva, così, alla *Gefängnis* e alla *Zuchthaus*.

⁵ Cfr. G. RADBRUCH, *Der Überzeugungsverbrecher* in G. RADBRUCH (a cura di Arth. Kaufmann) *Gesamtausgabe Strafrecht II*, vol. 8, Heidelberg 1998, pp. 126-178. Ricordiamo che sia del concetto che del trattamento speciale riservato all'agente per convinzione non vi era traccia nei primi Progetti di riforma del diritto penale tedesco ma furono introdotti nel primo Progetto ministeriale che fu presentato al Parlamento nel 1922 e successivamente mantenuti nel Progetto seguente che venne posto all'attenzione del *Reichsrat* nel 1924 per poi essere contenuti nei *Grundsätze für den Vollzug der Freiheitsstrafen von 1923*.

⁶ “An Stelle von strengem Gefängnis und Gefängnis tritt Einschließung von gleicher Dauer, wenn der ausschlaggebende Beweggrund des Täters darin bestand, dass er sich zu der Tat auf Grund seiner sittlichen, religiösen oder politischen Überzeugung verpflichtet hielt”, cfr. G. RADBRUCH, *Der Überzeugungsverbrecher*, cit., p. 127.

generale in luogo della *Gefängnis* e della *strengem Gefängnis* nei casi in cui si fosse realizzata, appunto, la fattispecie penale di cui all'articolo 71 *Entwurf 1922*.

La *Einschließung*, a differenza di quanto avveniva con la *Festungshaft*, sarebbe stata da applicare in seguito ad una analisi rigida, meglio, in seguito ad una parere psicologico dal valore oggettivo e non ad una mera valutazione soggettiva circa l'onore dell'agente, in chiaro ed evidente contrasto rispetto alla previsione precedentemente vigente, l'articolo 20 *RStGB*⁷.

Ed è proprio qui che — secondo Radbruch — emergeva la differenza tra l'agente per convinzione, lo *Überzeugungsverbrecher*, e il comune delinquente: il comune agente (pensiamo al ladro o a colui che falsifica documenti pubblici) è consapevole dell'illiceità e dell'antigiuridicità del fatto che ha commesso — il ladro è consapevole della violazione del diritto di proprietà ma, ciò nonostante, vuole acquisire per sé la proprietà; colui che commette il falso, esige dagli atti, resi appunto falsi, quella stessa fede pubblica che egli viola attraverso il fatto tipico — trovandosi, quindi, in una situazione di contraddizione e di opposizione con se stesso.

All'opposto, l'agente per convinzione non si trova — nelle idee di Radbruch — in contraddizione e in lotta con se stesso, ma agisce sulla base di una convinzione propria e in lui profondamente radicata, convinzione che egli contrappone a quella ulteriore e superiore rappresentata autoritativamente dallo Stato⁸. Diversamente detto, l'agente comune agisce di proposito, violando una norma il cui valore e validità egli stesso riconosce; mentre il delinquente per convinzione viola la disposizione penale — sia pur in maniera consapevole — credendo, in realtà, però, di esserne dispensato in virtù di una norma superiore in cui egli crede e per la quale si sente vincolato e di potersi sottrarre all'obbligatorietà ed efficacia vincolante della norma penale statutale stessa, quindi, alla sua osservanza, considerando assolutamente necessario il compimento o il non compimento dell'azione che la norma, in cui egli ripone la sua convinzione, gli ordina⁹.

La consapevolezza dell'illecito ma, al tempo stesso, la convinzione di esserne giustificato in base ad una norma più alta è ciò che rende un normale e comune agente, un agente per convinzione.

⁷ G. RADBRUCH, *Der Überzeugungsverbrecher*, cit., p. 131. In ciò, è da escludere una qualsiasi valutazione che abbia ad oggetto un modo di pensare, un atteggiamento (*Gesinnung*) quindi un qualsiasi giudizio morale. La *ehrlose Gesinnung* è un giudizio morale di valore, che rimanda il giudice ad un compito di valutazione, personale e soggettiva, recando con sé, però, il pericolo che la visione politica del giudice possa confondersi nella decisione finale. Un simile concetto, secondo Radbruch, non è più praticabile per il diritto penale.

⁸ G. RADBRUCH, *Der Überzeugungsverbrecher*, cit., p. 140.

⁹ G. RADBRUCH, *Der Überzeugungsverbrecher*, cit., pp. 140-141.

Come Radbruch scriveva: “ (...) appartiene all’essenza di questo reo la riflessione, la ragione e la consapevolezza ma, al tempo stesso, l’inevitabile contrasto e antinomia tra due norme, di cui una giuridico-positiva ed un’altra che appartiene al mondo interiore del soggetto agente”¹⁰.

In particolare — ed è questo il punto centrale di tale dottrina, dottrina che mostra non solo l’originalità del pensiero ma anche la serietà dell’impegno e umanità nel senso di tolleranza —, l’agente per convinzione rappresenta un tipo speciale dal punto di vista politico criminale cui devono pertanto corrispondere precisi compiti dal punto di vista politico criminale e di risposta da parte del diritto penale statale.

Radbruch, al fine di una migliore comprensione del tipo psicologico-criminale, richiama alcuni esempi di agente per convinzione famosi nella storia: le Suffragette e gli obiettori di coscienza inglesi, i Mennoniti e gli Avventisti ed, in generale, i grandi martiri, eretici e rivoluzionari della storia. Ma anche i grandi personaggi della poesia e della letteratura, altro non sono sarebbero stati che agenti per convinzione: l’Antigone di Sofocle, il Brutus di Shakespeare, il Guglielmo Tell di Schiller, il Michael Kohlhaas di Kleist fino al Clérambault di Romain Rolland¹¹.

¹⁰ Cfr. G. RADBRUCH, *Der Überzeugungsverbrecher*, cit., p. 140. In questo punto Radbruch richiama un ben noto passaggio di una parabola di Gesù, contenuta nel Vangelo di Luca. Gesù vede lavorare un uomo nella giornata di sabato e rivolgendosi a costui, gli parla: “Uomo, se sai ciò che fai, sei felice. Se non lo sai, invece, sarai condannato e considerato un violatore della legge”. L’esempio proposto da Radbruch evidenzia la differenza tra una situazione di violazione della norma senza pensiero e riflessione da una violazione riflessa e ragionata ovvero compiuta con consapevolezza e coscienza, nonché le sue conseguenze.

¹¹ Cfr. G. RADBRUCH, *Der Überzeugungsverbrecher*, cit., p. 137. Un esempio letterario eccellente è rappresentato dall’Antigone di Sofocle. Antigone, in seguito al divieto bandito da Creonte di sepoltura di Polinice, uno dei due fratelli di Antigone, disobbedendo agli ordini di Creonte, decise di dare una degna sepoltura al suo fratello. Il re Creonte, per questa via, diede ordine di murarla viva.

3. La pena e gli scopi della pena — In virtù della caratterizzazione psicologico-criminale realizzata da Radbruch del reo per convinzione, alcuni scopi, riconosciuti, dal punto di vista politico-criminale, come tipici e necessari, risulta che vengono meno.

Innanzitutto. Lo scopo della vendetta (*Vergeltungsgedanke*) non si realizza o almeno non colpisce nel segno se si ha presente la vera natura della delinquenza per convinzione: in particolare, la vendetta presuppone — seguendo Radbruch — che lo Stato, il quale esegue la vendetta, si vendichi o meglio affronti il reo, considerandolo, non soltanto come colui il quale ha violato il diritto ma, addirittura, con una superiorità dal punto di vista morale. Vendetta che consegue il suo scopo laddove la pena sia espiata. Ma — scrive ancora Radbruch — “l’espiazione della pena presuppone nel soggetto che deve espiare una consapevolezza, consapevolezza del fatto commesso e della sua anti giuridicità, quindi del suo obiettivo contrasto rispetto alla norma statutale vigente”¹². Ma se il comune agente ha, normalmente, tale consapevolezza, ovvero si rende conto dell’anti giuridicità del fatto commesso ed è affetto da un, seppur limitato, senso di colpa — dal momento che riconosce l’esistenza, la validità e l’efficacia normativa della disposizione violata — diversamente stanno le cose per l’agente per convinzione. Qui — secondo Radbruch — costui né si sente inferiore rispetto allo Stato che lo punisce né, in realtà, lo è: egli è semplicemente un *diverso*, che noi oggi potremmo, a ragione, chiamare dissidente o, per usare le parole di Radbruch, un *Andersdenkender*¹³. Rispetto a un tale agente — agente che si contrappone allo Stato poiché segue e professa un ordine normativo diverso e lo considera vincolante — lo Stato deve rinunciare al compito della vendetta.

Non solo la vendetta, ma anche l’idea del miglioramento, della risocializzazione (*Besserungsgedanke*) viene meno, come scopo e compito politico-criminale della sanzione. Questa idea — come la vendetta — presuppone in colui che vi è sottoposto, un senso o una convinzione di inferiorità sociale e presuppone che lo Stato il quale voglia risocializzare il reo sia anche superiore moralmente¹⁴.

¹² Cfr. G.RADBRUCH, *Der Überzeugungsverbrecher*, cit., p. 140 ss.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

Le idee del giurista tedesco ci appaiono sempre più chiare. La lezione di tolleranza e di umanità diviene incommensurabile, laddove — come egli scrive — “lo Stato non può voler punire, con superiorità morale, lo *Überzeugungsverbrecher*, vendicandosi e volendolo assolutamente migliorare — in virtù del fatto che egli sostiene ed agisce in base ad una sua convinzione, una convinzione, certo, altra rispetto a quella personificata dallo Stato — ma, in ragione della circostanza che egli, per il tramite della convinzione — essendo sostenuto da una diversa *Weltanschauung* di ordine normativo — ha lesa ed offeso un interesse, un bene giuridico rilevante e meritevole di tutela da parte dell’ordine giuridico”¹⁵.

Infine anche l’idea dell’intimidazione connessa allo scopo della vendetta (*Vergeltungsgedanke*) perderebbe senso e valore politico-criminale di lotta contro l’illecito.

Il senso ultimo della sanzione penale per l’agente per convinzione non potrebbe essere altro che quello della sicurezza: una funzione di sicurezza degli Stati democratici, Stati che — secondo il pensiero relativistico radbruchiano — non sono costruiti sull’eccezione di una verità indimostrabile e chiaramente politica, bensì sulle visioni della maggioranza e della minoranza¹⁶. La *Einschließung* — avendo come scopo la sicurezza contro i fatti illeciti — si distinguerebbe dalle altre pene detentive — essendo più che una sanzione — una misura di sicurezza. A tal proposito, la rottura — come sottolinea Radbruch — tra l’articolo 71 del *Progetto 1922* e quanto era previsto conformemente all’articolo 20 *RStGB*, è netta¹⁷.

¹⁵ Cfr. G. RADBRUCH, *Der Überzeugungsverbrecher*, cit., p. 140 ss.

¹⁶ G. RADBRUCH, *Der Überzeugungsverbrecher*, cit., p.143; ID., *Der Relativismus in der Rechtsphilosophie* (1934) in G. RADBRUCH, (a cura di W. Hassemer) *Gesamtausgabe Rechtsphilosophie III*, vol. 3, Heidelberg 1990, pp. 17-23.

¹⁷ G. RADBRUCH, *Der Überzeugungsverbrecher*, cit., p. 143 ss. Infatti, come sottolineato dall’Autore, l’articolo 71 del Progetto 1922 ha, come progenitore, in senso ideologico-legislativo, il diritto francese ed il *Progetto Ferri* italiano. In ambito d’oltralpe e, precisamente, francese, il diritto prevede per il delinquente politico, ben precisi delitti politici, distinti da quelli comuni, stabilendo per essi una propria scala di misurazione del trattamento sanzionatorio. Il tentativo di Radbruch, di delineare il concetto di *Überzeugungsverbrecher* a partire da una prospettiva psicologico-criminale, è contenuto nel *Progetto Ferri* italiano, che, infatti, distingue l’agente comune, definendolo come egoista, dall’agente per convinzione, caratterizzato dall’altruismo della sua motivazione-convinzione. Ma — e qui la contraddizione del Progetto italiano — non vi è un puro agire altruistico, da parte degli individui: anche il fatto altruistico ha un’essenza e un fondo egoistico. Alla fine, il *Progetto Ferri* si corregge, laddove stabilisce che entrambi i tipi di agenti sono egoisti, con la sottile differenza che — mentre l’agente per convinzione è un egoista che cerca il soddisfacimento della sua motivazione attraverso ideali sociali — il comune agente è un egoista anti-sociale.

4. La proposta di Radbruch al banco del *Kölner Juristentag* — Quando il *Progetto Radbruch* fu presentato in occasione del *Kölner Juristentag* e discusso alla presenza di illustri giuristi, tra cui i colleghi Kohlrausch e Höpler, lo stesso Radbruch si chiese quale potesse mai essere il destino del suo programma, in particolare, della teoria del reo per convinzione. Egli era sicuro che il problema dell'*Überzeugungsverbrecher* rappresentasse una *Gewissensfrage*: un problema di coscienza che non sarebbe pervenuto ad una pacifica conclusione e soluzione, quale sarebbe stata necessaria. Se alla discussione che ebbe seguito il collega Kohlrausch aveva indicato, con Hegel, lo Stato come idea morale, era anche, quindi, chiara la conclusione che lo Stato — in quanto hegelianamente idea morale — avrebbe avuto il diritto di volgersi contro colui che — sorretto da una qualche motivazione — nello specifico da una convinzione, si fosse ribellato, ponendosi, in questo modo, contro di lui come una forza, una potenza, proprio, morale.

Radbruch, in base alla sua filosofia relativistica e alla teoria politica dei partiti¹⁸, non conosceva alcuna idea morale assoluta che fosse incorporata nello Stato, ma solo idee morali intorno allo Stato, idee dello Stato che si contrappongono reciprocamente: quella del radicalismo giuridico, del conservatorismo, della democrazia, del liberalismo, del socialismo e, infine, del comunismo.

Certo non è semplice — osservava Radbruch — stabilire quale sia l'idea, valida generalmente, dello Stato, poiché lo Stato, per parte, ha l'idea e la visione della maggioranza, per altra parte, quella della minoranza e, perciò stesso, l'obbligo di rispettare la visione della minoranza che, alternandosi politicamente, un giorno, potrebbe, essere quella della maggioranza al potere¹⁹.

La visione dello Stato che Radbruch ha in mente è caratterizzata dalla molteplicità delle visioni, idee, confessioni, non dimenticando, però, mai il sentimento e la bellezza dell'idea dell'*Andersdenkender*, un sentimento e un'idea che, specie nel diritto penale, avrebbero dovuto trovare la loro massima realizzazione sul piano del trattamento sanzionatorio. Parlare di *Gesinnung* per Radbruch era, da un punto di vista politico, oltre che politico-criminale, molto pericoloso: molto più, l'applicazione della *Einschließung* quale pena avrebbe dovuto aver luogo non ricorrendo a concetti o giudizi di valore, ma a concetti e giudizi di natura psicologico-criminale²⁰.

¹⁸ In particolare sulla filosofia del relativismo, cfr. G. RADBRUCH, *Der Relativismus*, cit., pp. 17-23.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ G. RADBRUCH, *Der Überzeugungsverbrecher*, cit., p. 131.

II. Il retroterra culturale delle idee radbruchiane: la *Rechtsphilosophie*

1. Radbruch e il movimento neokantiano — Il pensiero di Gustav Radbruch — quanto al problema dello *Überzeugungsverbrecher* — non presenta profili direttamente riconducibili solo alla scienza del diritto penale del suo tempo, ma anche, e più propriamente, viene da convincimenti giuridico-filosofici.

Radbruch è noto alla storia della scienza giuridica non solo come teorico del diritto penale, propulsore di nuove idee ed esigenze di politica criminale e riformatore del diritto penale, ma anche e soprattutto come filosofo del diritto²¹.

Nella veste di filosofo del diritto Radbruch s'inscrive nell'ambito del Neokantismo dei primi del Novecento²², in particolare, all'interno dell'indirizzo tracciato dalla Scuola neokantiana tedesca

²¹ Sulla figura di Radbruch filosofo del diritto e sulla sua *Rechtsphilosophie*, cfr., tra tutti, Arth. KAUFMANN, *Gustav Radbruch - Leben und Werk*, in G. RADBRUCH (a cura di Arth. Kaufmann), *Gesamtausgabe Rechtsphilosophie I*, vol. 1, Heidelberg 1987; ID., *Einleitung*, in G. RADBRUCH (a cura di Arth. Kaufmann) *Gesamtausgabe Rechtsphilosophie I*, vol. 2, Heidelberg 1993; ID., *Gustav Radbruch Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat*, Muenchen-Zuerich 1987; ID., *Die Bedeutung Gustav Radbruchs für die Rechtsphilosophie im Ausgang des Kaiserreichs*, in G. Sprenger (a cura di) *Deutsche Rechts- und Sozialphilosophie um 1900. Zugleich ein Beitrag zur Gründungsgeschichte der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie*, ARSP, Beiheft 43, Stuttgart 1991, pp. 101-110 ; K. ADOMEIT, *Rechts- und Staatsphilosophie, vol II: Rechtsdenker der Neuzeit*, Heidelberg 1995, pp. 150-156; U. NEUMANN, *Gustav Radbruch – Rechtsphilosoph und Politiker*, M. HETTINGER/J. ZOPFS/T. HILLENKAMP/M. KOEHLER/ J. RATH/F. STRENG/J. WOLTER (a cura di) in *Festschrift für Wilfried Kueper zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2007, pp. 381-388; P.BONSMANN, *Die Rechts- und Staatsphilosophie Gustav Radbruchs*, Bonn 1966; G. SPENDEL, *Jurist in einer Zeitenwende Gustav Radbruchs zum 100. Geburtstag*, Heidelberg-Karlsruhe 1979; M.D.KLEIN, *Demokratisches Denken bei Gustav Radbruch*, Berlin 2007; W. LOHMANN, *Versuch einer methodologischen Erörterung der Radbruchschen Rechtsphilosophie*, Esslingen a. N. 1964; K. ADOMEIT, *Gustav Radbruch – Zum 50. Todestag* in *NJW* 1999, vol. 47, pp. 3465-3469; R.DREIER/S.L.PAULSON, *Zum 50. Todestag von Gustav Radbruch*, in *ARSP* n. 85, 1999.

²² Sul Neokantismo in particolare, v. N. ABBAGNANO, *Storia della filosofia*, vol. 3, Torino 1969; FORNERO G./TASSINARI S., *Le filosofie del Novecento*, Torino 2002; G. FASSÓ, *Storia della filosofia del diritto – vol. 3 Ottocento e Novecento*, ed. aggiornata a cura di Carla Faralli, Roma-Bari, 2003; H.L.OLLIG, *Der Neukantianismus*, Stuttgart, 1979; ID., *Die Frage nach dem Proprium des Neukantianismus*, in R.ALEXY/L.H. MEYER/S.L.PAULSON/G.SPRENGER (a cura di), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, Baden-Baden, 2002. Qui, in particolare, Ollig descrive in maniera classica la *Rechtsphilosophie* del Neokantismo come il tentativo di portare un contributo al superamento del positivismo filosofico-giuridico, tentativo avvertito come esigenza preponderante nella seconda metà del diciannovesimo secolo.

sud-occidentale del Baden²³. Ciò che il Neokantismo tedesco riprende della dottrina kantiana, dopo il crollo dell'idealismo hegeliano, è, in particolare, non la sua filosofia pratica, ma la prima critica di Kant²⁴. I diversi autori che a Kant s'ispirano (Radbruch, Kelsen, solo per citarne i più grandi), si atteggiavano diversamente e teorizzano ognuno a proprio modo²⁵. Chiediamoci innanzitutto come si atteggia il Neokantismo all'interno propriamente del pensiero radbruchiano. Radbruch, da *Privatdozent*, era entrato in contatto con il circolo neokantiano durante il primo periodo ad Heidelberg, il primo periodo di insegnamento nella cittadina universitaria sul Neckar. Ivi egli si era confrontato con il filosofo neokantiano Emil Lask, che lo convincerà, fortemente, del dualismo metodologico tra *Sein* e *Sollen*, avvicinandosi, per questa via, sempre più ai valori del Neokantismo teoretico della Scuola sud-occidentale²⁶.

Due, in particolare, i modelli alla base del pensiero neokantiano di Radbruch e della sua *Rechtsphilosophie*: il modello di Lask, modello che — in opposizione all'indirizzo della Scuola di Marburgo — si rifà all'indirizzo del Baden e si presenta come una filosofia teoretica del valore — dove il valore non è considerato in sé come tale, poiché non è conoscibile — ma è considerato in quanto realtà. Parliamo, quindi, della realtà del valore, in particolare, per Lask — come sarà anche per Radbruch — della realtà della *Kultur* e del suo orientamento — in quanto valore — alla realtà (*Wertbezogenheit*)²⁷.

²³ Sull'argomento, ai fini di una distinzione tra Neokantismo classico o generale, indirizzo logico-analitico della Scuola di Marburgo e quello, infine, della Scuola sud-occidentale tedesca del Baden, v. H.L. OLLIG, *Der Neokantianismus*, cit., p. 136; M.D. KLEIN, *Demokratisches Denken bei Gustav Radbruch*, Berlin 2007., p. 52 ss. Sulla incontrovertita appartenenza di Radbruch al Neokantismo della Scuola sudoccidentale tedesca, in particolare, sull'influenza di tale movimento filosofico sul concetto del diritto (*Rechtsbegriff*) in Radbruch, v. S.L. PAULSON, *Einleitung*, in R.ALEXY/L.H. MEYER/S.L. PAULSON/G. SPRENGER (a cura di), *Neokantianismus und Rechtsphilosophie*, cit., p. 13.

²⁴ Cfr. S.L. PAULSON, *Einleitung*, cit., p. 11.

²⁵ Come Stanley Paulson sottolinea, se, da un lato, Radbruch si rifà ad Emil Lask e qui si rende evidente l'influenza della Scuola del Baden, Hans Kelsen, nella sua versione del Neokantismo, rifiuta, da un lato, il tradizionale positivismo giuridico fondato sui fatti e, dall'altro, la classica dottrina del diritto naturale, per difendere e sostenere una "Mittelweg" che consiste nel collegamento della normatività con la *Trennungsthese*, una strada mediana che si caratterizza per il rifiuto netto di certi altri possibili fondamenti, ovvero il richiamo ai fatti o alla morale, cfr. S.L. PAULSON, *Einleitung*, cit., p. 3 e ss.

²⁶ Sull'argomento, v. Arth. KAUFMANN, *Gustav Radbruch - Leben und Werk*, cit., p. 73.

²⁷ Cfr. Arth. KAUFMANN, *Gustav Radbruch Leben und Werk*, cit., p. 74. In ciò è da riconoscere anche la distinzione a partire da Windelband e Rickert circa il carattere e la natura delle diverse scienze, ovvero quelle della natura, dette scienze nomotetiche, e quelle dello spirito, ovvero della cultura, le scienze cosiddette idiografiche, per le quali l'individuo, ovvero, il singolo, è descritto, non a partire da leggi meccanico-causali, ma come influenzato dal motore della storia. Sul *proprium* del Neokantismo della Scuola sud-occidentale del Baden, v. anche M.D. KLEIN, *Demokratisches Denken bei Gustav Radbruch*, cit., pp. 52-65., dove tale ultimo indirizzo, rispetto a quello seguito dalla Scuola di Marburgo, assegna alla *Kultur* un primato assoluto e dove l'oggetto della *Rechtsphilosophie* sono i valori e gli scopi ultimi del diritto.

Altro fondamento dell'impianto scientifico radbruchiano è costituito dal dualismo metodologico di *Sein* e *Sollen*: essere e dover essere, realtà e valore, che Radbruch supererà — nel corso delle indagini e sviluppi successivi — facendolo confluire in un trilateralismo metodologico²⁸.

Le tracce del Neokantismo si rivelano chiare in vari punti della *Rechtsphilosophie* di Radbruch, innanzitutto, relativamente al compito della *Rechtsphilosophie* come parte della generale *Philosophie*²⁹.

Ancora. La prova notevole dell'influsso neokantiano è rappresentata dal concetto del diritto (Rechtsbegriff) — definito come *Kulturbegriff* nella *Rechtsphilosophie* del 1932 — come concetto di una realtà orientata al valore — una realtà che ha il senso di essere al servizio di un valore, valore del diritto che — per Radbruch — non è altro che la idea del diritto (Rechtsidee), presente sia nella sua *Rechtsphilosophie* 1932³⁰ che nella *Vorschule* 1947³¹.

²⁸ Sul tema del *Methodenmonismus* e *Methodendualismus*, cfr., tra l'altro, G. RADBRUCH, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1914, in G. RADBRUCH (a cura di Arth. Kaufmann) *Gesamtausgabe Rechtsphilosophie II*, vol. 1, Heidelberg 1993, pp. 21-22.; ID., *Rechtsphilosophie* 1932, ed. terza, in G. RADBRUCH (a cura di Arth. KAUFMANN) *Gesamtausgabe Rechtsphilosophie II*, Heidelberg 1993, pp. 221-228; Arth. KAUFMANN, *Gustav Radbruch Leben und Werk*, cit., p. 74. Sul trilateralismo metodologico, come superamento del dualismo metodologico di *Sein* e *Sollen*, di *Wert* e *Wirklichkeit*, attraverso il posizionamento della *Kultur* al centro della costruzione trilateralistica, meglio, del diritto come fenomeno della cultura "Kulturercheinung" o "wertbezogene Wirklichkeit", cfr., sul punto, M.D. KLEIN, *Demokratisches Denken bei Gustav Radbruch*, cit., p. 73-81. Ancora si può parlare, all'interno del sistema radbruchiano, di trilateralismo a proposito del sistema della *Rechtsidee*, dove quest'ultima si sviluppa secondo tre direzioni di sviluppo: *Gerechtigkeit* come *Gleichheit*, *Zweckmässigkeit* e *Rechtssicherheit*, cfr., sul punto, Arth. KAUFMANN, *Gustav Radbruch Leben und Werk*, cit., pp. 75-76.

²⁹ "Als wichtigste Lehren erscheinen (...) nicht die, welche sagen, was ist, sondern diejenigen, die aussprechen, was sein sollte. Der Philosophie gibt es deshalb zu ihrem Gegenstande nicht das Seiende sondern das Seinsollende, nicht die Wirklichkeit, sondern den Wert, nicht die Ursachen, sondern den Zweck, nicht das Sein, sondern den Sinn aller Dinge", v. G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* 1932, cit., pp. 206, 240.

³⁰ "Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, dem Rechtswerte, der Rechtsidee zu dienen", cfr. G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* 1932, cit., p. 255 - 262. Sulla natura del concetto del diritto, in particolare una natura né positivistica né altrettanto giusnaturalistica, v., più da vicino, Arth. KAUFMANN, *Gustav Radbruch- Leben und Werk*, cit., p. 72.

³¹ "Recht ist der Inbegriff der Seinstatsachen, die den Sinn haben, Gerechtigkeit zu verwirklichen, gleichviel ob sie Gerechtigkeit erreicht oder verfehlt haben. Recht ist was den Sinn hat, die Rechtsidee in die Wirklichkeit umzusetzen. Der Rechtsbegriff ist an der Rechtsidee orientiert, die Rechtsidee geht dem Rechtsbegriff logisch voraus", cfr. G. RADBRUCH, *Vorschule* 1947, in G. RADBRUCH (a cura di W. HASSEMER) *Gesamtausgabe Rechtsphilosophie III*, vol. 3, Heidelberg 1990, p. 32 (nota 136).

2. Radbruch e la *relativistische Rechtsphilosophie* — La *Rechtsphilosophie* di Radbruch si definisce come *Rechtswertbetrachtung*, ovvero come quella filosofia del diritto che si prefigge quale compito la considerazione del valore del diritto (*Rechtswertbetrachtung*): valore del diritto che rappresenta l'idea del diritto (*Rechtsidee*)³².

I presupposti metodologici utilizzati da Radbruch per lo studio della *Rechtsphilosophie* sono, da un lato, il dualismo metodologico tra essere e valore che — come già detto — sarà superato da Radbruch in nome di un trilateralismo metodologico, laddove la *Kultur*, meglio, il *Recht*, inteso come fenomeno culturale (*Kulturererscheinung*), fa da ponte tra il regno dell'essere (*Sein*) e quello del dover essere (*Sollen*).

Dall'altro, il relativismo dei valori (*Wertrelativismus*): in particolare, tale relativismo assiologico doveva servire da soluzione — nonché da fondamento metodologico — per una *Rechtsphilosophie* che si volesse costituire come considerazione ed analisi del valore giuridico (*Rechtswertbetrachtung*)³³. Il relativismo è elemento integrante del sistema della filosofia del diritto e Radbruch, nel saggio ad esso dedicato³⁴, osservava la condizione in cui versava il relativismo e l'atteggiamento relativistico: l'apprezzamento per i valori assoluti, epoca dei valori assoluti implicava un conseguente disprezzo e disdegno nei confronti del relativismo. Anzi, addirittura, esso era considerato come mancanza di valori, di carattere e di convinzione³⁵.

³² Sulla considerazione della *Rechtsphilosophie* come *Rechtswertbetrachtung*, cfr., più da vicino, G. RADBRUCH, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, cit., pp. 21-22; ID., *Rechtsphilosophie 1932*, cit., pp. 230-239.

³³ “Der Relativismus will die Rechtsphilosophie nicht auf die dürftige Aufgabe beschränkt wissen, sich ausschliesslich mit ihrer eigenen Methode zu beschäftigen (...). Er will, dass die Rechtsphilosophie zu inhaltlichen Bestimmung des richtigen Rechts beitrage, dass sie menschlichem Gerechtigkeitsstreben die agende Ziele aufrichten helfe”, cfr. G. RADBRUCH, *Grundzüge der Rechtsphilosophie 1914*, in G. RADBRUCH (a cura di Arth. KAUFMANN) *Gesamtausgabe Rechtsphilosophie I*, vol. 1, Heidelberg 1993, p. 9, 40.

³⁴ Circa la letteratura secondaria sul relativismo radbruchiano, v. tra tutti A. BARATTA, *Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruchs*, in *ARSP* n. 45, 1959; Z.U.TJONG, *Der Weg des rechtsphilosophischen Relativismus bei Gustav Radbruch*, Bonn 1967.

³⁵ G. RADBRUCH, *Der Relativismus*, cit., pp. 17-22; ID., *Die Problematik der Rechtsidee* in G. RADBRUCH (a cura di Arth. KAUFMANN), *Gesamtausgabe Rechtsphilosophie II*, vol. 2, Heidelberg 1993, p. 464.

Tutt'altro, per Radbruch. Il relativismo non significava — per il nostro Autore — mancanza di convinzione, agnosticismo puro ma molto più: una convinzione ancora più forte. Relativismo nella *Rechtsphilosophie* secondo Radbruch significava che ogni affermazione materiale circa il diritto giusto fosse valida soltanto avendo come punto di riferimento una certa situazione sociale e un determinato ordine di valori³⁶.

Non è possibile — osservava Radbruch — scegliere tra le possibilità, in maniera assoluta, scientifica, dimostrabile, irrefutabile: un'eventuale scelta è possibile solo se attinta alla coscienza individuale³⁷ e — con parole molto chiare — Radbruch descrive ciò come “una rassegnazione della ragione teoretica, ma un appello ancora più forte alla ragione pratica; un'abdicazione della ragione scientifica, ma non un abbandono o abbattimento della volontà morale”³⁸.

E qui troviamo un motivo che riporta — anche se in un contesto giuridico-filosofico — al problema dello *Überzeugungsverbrecher*: se variabili sono i sistemi di valori, le situazioni sociali, conseguenza è anche che vi siano molteplici convinzioni. Qui la convinzione dell'avversario — nello specifico un *Andersdenkender* — va combattuta. Ci si appella sì alla lotta, purchè la lotta ad una 'convinzione' contraria sia anche controbilanciata da un atteggiamento di tolleranza e da un'esortazione al suo rispetto.

La morale del relativismo — come Radbruch essenzialmente ritiene — si costruisce, da un lato, a partire dalla risoluzione alla e per la lotta e, dall'altro, a partire da un atteggiamento di tolleranza e giustizia di giudizio³⁹.

Il metodo del relativismo — come lo stesso Radbruch ricordava — era autorevolmente rappresentato all'interno della filosofia tedesca da autori quali Hans Kelsen, Max Weber, Georg Jellinek, Hermann Kantorowicz e sfociava in diverse direzioni.

Innanzitutto, nel positivismo: se sono possibili differenti giudizi di valore, un giudizio sulla falsità o sulla verità delle diverse convinzioni giuridiche, non è possibile, ma è necessario stabilire che cosa sia diritto, o almeno quale sia un diritto unico per tutti i soggetti. Sarebbe, pertanto, spettato al legislatore compiere un atto di verità e sciogliere quello che Radbruch chiama “nodo gordiano”⁴⁰.

³⁶ G. RADBRUCH, *Der Relativismus*, cit., p. 18.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

In secondo luogo, relativismo conduce al liberalismo: l'atto di verità quale compito dal legislatore — atto dovuto e necessario — è in grado di attribuire ad una certa opinione giuridica, ad un valore la forza obbligatoria, ma di certo non la forza di convinzione, quella forza in grado di superare i conflitti di convinzione. Ciò esula dai compiti del legislatore, il quale può continuare a legiferare, se resta intatta la possibilità della pluralità dei conflitti tra le differenti convinzioni giuridiche e le diverse libertà dei cittadini⁴¹.

Non solo. Il relativismo comporta, sul piano del diritto penale e del trattamento sanzionatorio del reo per convinzione, una pena speciale: colui il quale sostiene una convinzione diversa da quella dello Stato, non va combattuto come se fosse portatore di un valore minore rispetto a quello di cui si fa portavoce lo Stato, ma semplicemente di un valore e di una convinzione differente che diverge da quella statale. A tale fine, gli scopi tradizionali della sanzione penale, vendetta, intimidazione e risocializzazione vengono meno: ciò che resta è lo scopo della sicurezza dello Stato a fronte dell'agente politico e sociale⁴². E se il relativismo ha come presupposto l'esistenza dello Stato di diritto — laddove lo Stato ha il compito di assicurare la sicurezza del cittadino, combattendo le convinzioni che la attentano — Radbruch ricorda che lo scopo della sicurezza del diritto non può essere perseguito se lo Stato pone eccezioni alla legge: lo Stato stesso deve sottomettersi alla legge.

Da qui il *Rechtsstaat*: non solo Stato di diritto, ma Stato democratico di diritto. Le diverse convinzioni, politiche, sociali — pur non potendo essere conoscibili dal punto di vista scientifico — da un punto di vista umano devono essere trattate come uguali per tutti gli uomini in quanto l'equivalenza delle convinzioni comporta l'equivalenza degli uomini e l'uguaglianza degli uomini, a sua volta, può essere sì realizzata nel campo politico, ma solo approssimativamente. Ecco perché l'uguaglianza politica sfocia nel sistema della maggioranza e della democrazia⁴³. Una democrazia che, per Radbruch, rappresenta una conseguenza inamovibile del relativismo: democrazia e tolleranza significano accettare lo scontro ideologico delle convinzioni, ma non accettare quella opinione-convinzione che pretenda di essere assoluta e assolutamente valida, combattendola, non solo con il mezzo della parola e della discussione, ma anche con la forza dello Stato.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² G. RADBRUCH, *Der Ueberzeugungverbrecher*, cit., p. 140; ID., *Der Relativismus*, cit., p. 20.

⁴³ G. RADBRUCH, *Der Relativismus*, cit., p. 21.

Ecco che Radbruch conclude nel senso che il relativismo è la tolleranza universale, la cui eccezione è l'intolleranza; il limite, quindi, della tolleranza è costituito dalla intolleranza⁴⁴.

Radbruch termina la sua trattazione sul relativismo con un'osservazione: la possibilità concreta che tutto quanto affermato circa il relativismo abbia un significato su di un piano ed una prospettiva puramente ideologica. Ebbene: si è partiti dalla constatazione dell'uguaglianza della posizione dei valori e delle convinzioni, ma le differenti idee ed opinioni hanno una ricaduta differente sul piano sociologico. Quindi ad una fittizia uguaglianza corrisponderebbe una concreta disuguaglianza. Pertanto, uscirà vittoriosa l'idea che — per il tramite della forza sociologica — conquisterà maggiore forza di suggestione. L'esito di tale processo porterà al tanto da Radbruch desiderato socialismo⁴⁵.

⁴⁴ *Ibidem.*

⁴⁵ G- RADBRUCH, *Der Relativismus*, cit., p. 23.

3. La teoria della validità del diritto — All’inizio del capitolo *Die Geltung des Rechts* della *Rechtsphilosophie 1932*⁴⁶, Radbruch annuncia il problema della validità del diritto definendolo come un problema regolato in base alla *Normativität des Faktischen*⁴⁷, per definire come il diritto possa fondare una obbligazione (*Sollen*)⁴⁸.

Anche Radbruch, come Kelsen, considera come validità del diritto un *Sollen*⁴⁹: che il diritto vale significa anche che esso debba essere osservato e, in altri casi, applicato.

Circa il problema della validità del diritto viene sostanzialmente da chiedersi se le proposizioni giuridiche debbano essere considerate come norme o come imperativi. Per rispondere a tale domanda, innanzitutto bisogna chiarire cosa s’intende per norme ed imperativi e come questi si distinguono.

Radbruch considera tale distinzione nel seguente modo: “Die Norm ist eine Nichtwirklichkeit, die verwirklicht sein will, der Imperativ eine Wirklichkeit, die wirken will”⁵⁰. La norma esprime un valore, una valutazione, essa incorpora un *Sollen*; invece, l’imperativo, di contro, esprime una determinazione e incarna un *Wollen*. L’imperativo dà al *Wollen* una forma; esso è libero del contenuto, dello scopo di questo *Wollen* e non può da esso derivare alcuna forza obbligante. A tale scopo esso è solo uno strumento: il suo unico scopo *eo ipso* è quello di essere seguito. La norma, invece, si riferisce a un valore e porta in sé lo scopo. Da questo scopo essa deriva una forza obbligante. L’imperativo adempie al suo scopo se esso è seguito.

Ciò non è sufficiente nel caso della norma: la norma adempie il suo scopo solo se sviluppa la sua forza obbligante e continua ad essere seguita a causa del suo scopo⁵¹. Il diritto, pertanto, avrà validità — nel senso di forza obbligante — solo se le proposizioni giuridiche sono viste come norme, poiché un imperativo – come un *Wollen* – non può mai fondare un *Sollen*.

⁴⁶ Il tema della validità del diritto è affrontato ancora prima nei *Grundzüge*, cfr. G. RADBRUCH, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, cit., pp. 152-174 e successivamente nella *Vorschule*, cfr. G. RADBRUCH, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, cit., pp. 34-36.

⁴⁷ Qui, in realtà, l’espressione risale alla formulazione di G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1922 p. 239.

⁴⁸ G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie 1932*, cit., p. 206 ss.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ G. RADBRUCH, *Grundzüge 1914*, cit., p. 9 ss; ID., *Rechtsphilosophie 1932*, cit., p. 206 ss.

⁵¹ G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie 1932*, cit., p. 206 ss.

Per la validità del diritto, nel senso poc'anzi citato, vi sono secondo Radbruch, due giustificazioni: la teoria giuridica e la teoria filosofica della validità del diritto⁵². Una terza giustificazione è offerta dalla teoria storico-sociologica della validità del diritto⁵³, la quale, però, parte da un'altra visione della validità.

La teoria giuridica della validità del diritto considera la scienza giuridica come scienza normativa pura. La scienza giuridica analizza il contenuto, il senso dell'imperativo giuridico. Questo senso consiste nel fondare-giustificare e far valere un'obbligazione: il senso dell'imperativo è un *Sollen*⁵⁴. La scienza giuridica, per questo, deve, dalla sua prospettiva, concettualizzare, necessariamente, dal punto di vista metodologico, il diritto come *Geltendes*⁵⁵. Per essa il diritto non è un imperativo fattuale, ma una norma che vale idealmente. La teoria giuridica della validità, pertanto, non può mai disconoscere al diritto positivo la validità⁵⁶.

Nel tentativo di giustificare e fondare tale validità, la teoria giuridica può derivare la validità di una proposizione giuridica sempre e solo da altre proposizioni giuridiche: questa catena di giustificazione deve, alla fine, terminare con una proposizione giuridica, per la cui validità non può essere tratta alcun'altra proposizione giuridica che una causa di validità (*Geltungsgrund*)⁵⁷. Quest'ultima proposizione giuridica, che viene da Radbruch indicata come *Grundgesetz*⁵⁸, corrisponde alla *Grundnorm* di Kelsen, dietro la quale — secondo Radbruch — sta la “Tatsächlichkeit eines nicht weiter ableitbaren autoritativen Wollens”⁵⁹.

La teoria giuridica della validità, quindi, deve partire dalla validità del diritto in sé, senza poter derivare questa da una fonte giuridica esterna di validità: per essa la validità del diritto è con ciò assoluta.

⁵² Cfr. nota 48.

⁵³ G. RADBRUCH, *Grundzüge 1914*, cit., p. 152; ID., *Rechtsphilosophie 1932*, cit., p. 206 ss.

⁵⁴ G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie 1932*, cit., p.206 ss.

⁵⁵ G. RADBRUCH, *Grundzüge 1914*, cit., p. 9 ss; ID., *Rechtsphilosophie 1932*, cit., p. 206 ss.

⁵⁶ G. RADBRUCH, *Grundzüge 1914*, cit., p. 9 ss.

⁵⁷ G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie 1932*, cit., p. 206 ss.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*.

Secondo Radbruch, tale teoria vale, in particolare, per il giudice, il quale deriva a partire dal diritto — senza riguardo alla morale — veri e propri doveri giuridici⁶⁰ — laddove egli deve considerare le proposizioni giuridiche come norme — norme che, in questo modo, traggono da esse stesse una forza obbligatoria.

Si pone il problema di come la teoria giuridica della validità sia in Radbruch conciliabile con il concetto del diritto (Rechtsbegriff).

Secondo la teoria giuridica della validità, la validità di una proposizione giuridica può essere derivata sempre e solo da un principio giuridico sovraordinato — laddove come causa e ragione per la validità dell'ultimo principio giuridico, ovvero, della *Grundgesetz* — può essere adottata solo la volontà del legislatore: la validità è moralmente giustificata poiché essa realizza la sicurezza del diritto (Rechtssicherheit).

La teoria sociologico-storica della validità — al contrario di quella giuridica e ancora di quella filosofica — non è normativa ma descrittiva: l'ordinamento giuridico vale poiché si impone nella media dei casi, pertanto è effettivo, in vigore⁶¹.

Nell'ambito della teoria sociologico-storica della validità secondo Radbruch, la validità (Geltung) viene equiparata alla efficacia (Wirksamkeit).

Radbruch distingue due forme della dottrina sociologico-storica della validità: la teoria della forza (Macht) e quella del riconoscimento (Anerkennung).

Secondo la teoria della forza (Machtstheorie), la validità del diritto si fonda sul fatto che essa sarebbe ordinata dalla forza che la impone: in questo senso validità ha lo stesso significato di efficacia.

Secondo la teoria del riconoscimento (Anerkennungstheorie) la validità del diritto si fonda su un suo riconoscimento da parte dei soggetti che vi sono sottoposti⁶². Per quanto il riconoscimento si mostri attraverso il fatto che il diritto sia seguito ed applicato, anche qui, validità ha lo stesso significato di efficacia.

⁶⁰ *Ibidem.*

⁶¹ *Ibidem.*

⁶² *Ibidem.*

Secondo Radbruch, però, riconoscimento può sussistere anche nel non seguire, quindi, nel non osservare il diritto: riconoscimento non avrebbe lo stesso significato dell'osservare e seguire il diritto, ma significherebbe, molto più, accordo, approvazione accettata, comprovata su ciò che è il senso del diritto.

In questo modo anche colui il quale viola la legge può riconoscere il diritto: ad esempio un ladro lede la proprietà altrui per fondare una propria proprietà e, con ciò, richiama se stesso all'istituzione giuridica della proprietà.

Nell'ambito della teoria del riconoscimento, secondo Radbruch, per questa via, il criterio decisivo per la validità del diritto non è più l'efficacia (*Wirksamkeit*), ma va considerato il vero interesse di coloro che sono sottoposti al diritto, alla validità.

Secondo Radbruch ciò rappresenta il passaggio dalla teoria della validità di tipo sociologico-storico a quella filosofica⁶³: per la teoria filosofica della validità le proposizioni giuridiche rappresentano, innanzitutto, semplici imperativi e non norme, norme che potrebbero ottenere la validità se la coscienza del singolo conferisse loro una forza morale obbligatoria e, per questa via, esse acquistassero una forma ed una struttura normativa⁶⁴.

Ciò dipende ancora da quanto la coscienza del singolo vede realizzata nel diritto l'idea del diritto (*Rechtsidee*) in senso ampio; meglio, dipende da quanto il singolo considera come adempite — attraverso il diritto — le esigenze della giustizia (*Gerechtigkeit*), della conformità allo scopo (*Zweckmäßigkeit*) e della sicurezza del diritto (*Rechtssicherheit*)⁶⁵.

In questo modo la teoria filosofica della validità può fondare gli obblighi giuridici solo come obblighi morali e non — a differenza della teoria giuridica della validità — come veri e propri obblighi giuridici⁶⁶.

All'interno della idea del diritto (*Rechtsidee*) in senso ampio, secondo Radbruch, si trovano le esigenze della giustizia, della conformità allo scopo e sicurezza del diritto tra loro in maniera paritetica ed hanno una uguale importanza.

⁶³ G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie 1932*, cit. p. 206 ss.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ G. RADBRUCH, *Die Problematik der Rechtsidee* in G. RADBRUCH, (a cura di Arth. KAUFMANN) *Gesamtausgabe Rechtsphilosophie II*, vol 2, Heidelberg 1993, pp. 465-466. Sull'antinomia all'interna della idea del diritto, cfr. G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie 1932*, cit., p. 206 ss, pp. 302-307; ID., *Vorschule der Rechtsphilosophie*, cit., pp. 23-30.

⁶⁶ G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie 1932*, cit., p. 206 ss.

In caso di conflitto, la coscienza del singolo deve prendere una precisa decisione ovvero decidere quale di esse abbia la precedenza⁶⁷. Nonostante Radbruch, da una parte, sottolinea l'uguaglianza dei tre aspetti della idea del diritto in senso ampio, dall'altro lato, indica, però, la sicurezza del diritto come il compito più vicino al diritto e la giustizia come il secondo più grande compito del diritto⁶⁸.

Almeno fino a quanto Radbruch scrive tra il 1914 e il 1932, la sicurezza del diritto deve avere la precedenza rispetto alla giustizia: “ogni diritto positivo adempie e soddisfa l'esigenza della sicurezza del diritto. Anche un diritto ingiusto e non conforme allo scopo può realizzare la sicurezza giuridica e da qui ottenere validità”⁶⁹.

La ragione della validità del diritto però non è — come nel caso della teoria sociologico-storica — la sua efficacia ma la sicurezza giuridica, sicurezza che è realizzata attraverso l'efficacia: “Das Recht gilt nicht, weil es sich wirksam durchsetzen vermag, sondern es gilt, wenn es sich wirksam durchzusetzen vermag, weil es nur dann Rechtssicherheit zu gewähren vermag”⁷⁰. Se la coscienza del singolo ha la possibilità della scelta tra il sacrificare la propria convinzione giuridica o il violare il diritto positivo — secondo Radbruch — ci si decide, il più delle volte, per la violazione del diritto.

Dato che il diritto positivo adempie, per lo meno, l'esigenza dell'idea del diritto in senso ampio — in ragione della sicurezza del diritto — questa decisione ha la sua giustificazione. Ma Radbruch ritiene — nell'ambito della teoria della validità filosofica — che possano darsi anche “leggi vergognose” (Schandgesetze) cui la coscienza nega obbedienza⁷¹.

⁶⁷ G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie 1932*, cit., p. 206 ss.

⁶⁸ G. RADBRUCH, *Grundzüge 1914*, cit., p. 9 ss; ID., *Rechtsphilosophie 1932*, cit., p. 206 ss.

⁶⁹ G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie 1932*, cit., p. 206 ss.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ La questione, se anche le norma che presentano un contenuto discutibile e rimproverabile – *leges corruptae* – siano valide, non può essere risolta in maniera semplice e Radbruch, dopo aver risposto, prima del 1945, in maniera affermativa, successivamente vi ha risposto in senso negativo. Ad ogni modo, egli già nei *Grundzügen* del 1914 ebbe a scrivere: “(...) es gehört ebenso sehr zum Begriff des richtigen Rechts positiv zu sein, wie es Aufgabe des positiven Rechts ist, inhaltlich richtig zu sein”, cfr. G. RADBRUCH, *Grundzüge*, cit., p. 172.; ID., *Rechtsphilosophie 1932*, cit. p. 206 ss.

Per quanto s'intenda per validità del diritto la sua obbligatorietà e vincolatività e non la sua efficacia fattuale — secondo Radbruch — può essere addotta, ai fini della giustificazione della validità, la teoria giuridica o quella filosofica della validità.

La teoria sociologico-storica, invece, riguarda l'efficacia fattuale e si distingue, in questo contesto, come giustificazione.

Per la giustificazione dell'obbligatorietà del diritto rispetto a coloro che ad esso sono sottoposti — secondo Radbruch — vale solo la teoria filosofica: la teoria giuridica fonda la validità del diritto nel senso che il vero senso del diritto è la sua *Geltung*; la vincolatività del diritto, in questo modo, può, però, essere fondata solo come vincolatività teoretica per la conoscenza e non come pratica per l'azione.

III. (Segue) Radbruch: la scienza del diritto penale e la riforma del diritto penale

1. Radbruch: la scienza del diritto penale e l'influenza di Franz von Liszt — Il retroterra culturale e ideologico di Radbruch è completato dal pensiero di Radbruch penalista e riformatore del diritto penale. Un dato certo è la consapevolezza della figura di Radbruch, più come filosofo del diritto, noto per la sua *Rechtsphilosophie* 1932 e le idee in essa contenute, che meno come studioso del diritto penale⁷². Eppure Radbruch è stato un grande penalista. La scienza del diritto penale, nella specie, la dogmatica penale non occupa da sola il centro degli interessi penalistici di Radbruch. Non solo, pertanto, la dottrina giuridica pura con i suoi concetti, norme e problemi sistematici del diritto penale vigente ma, molto più, il pensiero radbruchiano è intriso, in senso ampio, dal punto di vista spirituale e ideologico, di idee ancor più lontane e, allo stesso tempo, complesse, che lo riportano non solo al pensiero del suo Maestro, il penalista Franz von Liszt, ma si richiamano anche alla filosofia del diritto, quindi, al periodo di Heidelberg.

Con i suoi lavori dogmatici, Radbruch risente ideologicamente dell'ambiente scientifico e accademico dei seminari del Maestro von Liszt, dove — insieme ai colleghi Kohlrausch, Graf zu Dohna e Hafter — lavorava intorno ai difficili problemi dogmatici di diritto penale, donando loro la caratteristica particolare di un accordo tra aspetti dogmatici e aspetti giuridico-filosofici⁷³. L'influenza decisiva di von Liszt è notevole sul pensiero di Radbruch ed ebbe luogo proprio in quel primo decennio caratterizzato dal cd. *Schulenstreit*, ovvero, lo scontro tra Scuole di diritto penale: la

⁷² M. FROMMEL, *Einleitung* in G. RADBRUCH (a cura di Monika Frommel), *Gesamtausgabe Strafrecht I*, vol. 7, Heidelberg 1995, p. 1 ss.

⁷³ E. SCHMIDT, *Gustav Radbruch als Kriminalist*, cit., p. 152; Arth. KAUFMANN, *Einleitung*, in G. RADBRUCH (a cura di Arth. Kaufmann) *Gesamtausgabe Strafrecht II*, vol. 8, Heidelberg 1998, pp. 1-11.

Scuola classica da una parte (Binding) e la Scuola moderna del diritto penale (von Liszt), dall'altra⁷⁴.

Una nuova atmosfera: il socialismo penetra lentamente nei circoli politici e culturali di cui Radbruch si farà portavoce, mettendo in discussione i principi fino a quel momento consolidati; in campo scientifico il dominio delle scienze naturali che acquisiscono la priorità rispetto alle altre discipline scientifiche — un sopravvento che investe anche la scienza penalistica — scienza penalistica che porterà a una diversa immagine dell'uomo e a una differente visione politico-criminale circa i compiti dello Stato e la funzione della sanzione criminale⁷⁵.

In quanto caposcuola della cd. Scuola moderna del diritto penale o Scuola positivista, von Liszt è uno dei protagonisti dello *Schulenstreit*, il cui punto di partenza è rappresentato dalla negazione o meno della *Willensfreiheit* e dall'accettazione o negazione dell'importanza delle scienze naturali: ed è proprio sulla negazione-riconoscimento della libertà del volere che si dividono le opinioni e gli spiriti⁷⁶. Von Liszt nega la *Willensfreiheit* come prova della sua generale *Weltanschauung*, nonché — aderendo al generale orientamento volto a dare importanza alle scienze naturali — anche la necessità della spiegazione causale applicata anche al campo del diritto penale ovvero la spiegazione del reato e della pena — avvertito come il compito più urgente — cui doveva adempiere la scienza penalistica del suo tempo.

L'evidente ricaduta di un tale atteggiamento — chiaramente positivista — nell'ambito della scienza penalistica e in particolare della costruzione dogmatica del reato fu la considerazione del reato come mero evento naturale quindi l'evento esterno, l'azione, la realtà tutta intera dove l'azione si svolge e diviene percettibile: il corrispondente compito e scopo della sanzione penale non poteva che essere la sicurezza della società.

⁷⁴ Sull'argomento in senso ampio, v. H. KRÄMER, *Strafe und Strafrecht im Denken des Kriminalpolitikers Gustav Radbruch*, Wissen 1956. In particolare, l'Autore sottolinea che, alla base del passaggio da una Scuola all'altra, vi è un evidente cambiamento di paradigma, ovvero da uno Stato autoritario e da una conseguente concezione politica autoritaria a quella di Stato di diritto. Il mutamento circa i compiti e gli scopi dello Stato diviene anche il problema del senso-significato e dello scopo della pena statutale.

⁷⁵ H. KRÄMER, *Strafe und Strafrecht*, cit., p. 3 ss. La prova più evidente del cambio d'immagine dell'uomo, è rappresentata, ad esempio, in Italia, dalla dottrina antropologico-giuridica di Cesare Lombroso, la dottrina del delinquente nato o 'geborene Verbrecher', che tentava di spiegare il diritto a partire dalle caratteristiche e qualità biologiche del delinquente.

⁷⁶ H. KRÄMER, *Strafe und Strafrecht*, cit., p. 4 ss.

Ma dove, maggiormente, la influenza di von Liszt si rende chiaramente visibile nel pensiero di Radbruch è il tentativo di conciliare — come mai nessuno ha fatto prima di lui — la politica criminale e le sue esigenze con la dogmatica penale ed ancora il principio di sicurezza del diritto con quello della giustizia sociale, il pensiero liberale con il pensiero socialista⁷⁷.

Proprio sulla base di questo presupposto prende avvio il movimento di riforma radbruchiano. Radbruch farà decisamente notevoli passi in avanti rispetto al suo Maestro, laddove in von Liszt, nonostante gli sforzi verso una direzione sociale del diritto penale, si fa, evidentemente, ancora sentire tutto lo spirito della filosofia illuministica⁷⁸.

⁷⁷ F. VON LISZT, *Kriminalpolitische Aufgaben*, 1889-1892, cit. da H. KRÄMER, *Strafe und Strafrecht*, cit., p. 5 ss. Fu proprio von Liszt ad avvertire l'esigenza che il diritto penale dovesse divenire la barriera insormontabile della politica criminale, poiché era chiaramente avvertibile che, in un momento di cambio, le esigenze della politica criminale trovarono il limite, non facile, per questo insormontabile, della dogmatica.

⁷⁸ Sul riconoscimento dei meriti di von Liszt sul programma di riforma e sull'influenza sul pensiero di Radbruch, v., da vicino, G. RADBRUCH, *Autoritäres oder soziales Strafrecht?*, in G. RADBRUCH (a cura di Arth. Kaufmann) *Gesamtausgabe Strafrecht II*, vol. 8, Heidelberg 1998, pp. 229-230.

2. Radbruch e il tempo dello *Schulenstreit* — Quale la posizione di Radbruch rispetto allo *Schulenstreit* ? Certamente per lui che si trovava nel mezzo della discussione, non poteva sicuramente la situazione culturale e ideologica del momento non toccarlo. Ma, in verità, egli — pur essendo seguace della scuola positivista lisztiana — non prese parte allo scontro tra le scuole⁷⁹. Il suo pensiero era univocamente orientato alla dogmatica penalistica, quindi, alla sistemazione dei principali concetti di parte generale del diritto penale; in un secondo momento alla politica criminale e alla sua attuazione nella prassi attraverso la grande riforma del diritto penale che a lui deve il suo più grande ringraziamento.

Prova ne è, appunto, la sua concezione dello Stato. Riacciandosi ad Emil Lask e al movimento di pensiero neokantiano, Radbruch si schiera al fianco di una visione dello Stato non ultraindividualistica o individualistica — che attribuisce allo Stato stesso un carattere autoritario — ma ad una concezione che conferisce allo Stato un valore sociale derivato o, meglio, collegato con la società ed i suoi bisogni: lo Stato al servizio della società.

La ricaduta necessaria di tale immaginario sul piano del diritto penale, della pena e dei suoi scopi fa sì che delinquere, commettere un reato non voglia dire disobbedire o boicottare lo Stato, ma compiere un'azione antisociale, contraria alla società stessa. Di conseguenza, la pena non può che avere lo scopo della sicurezza della società, la protezione della società stessa dinanzi a colui che ha commesso il reato e, a livello personale, la sua risocializzazione. Il fine ultimo, pertanto, dello Stato e del diritto penale è strumentale rispetto all'individuo e ad una visione individualistica dello Stato.

⁷⁹ Cfr. H. KRÄMER, *Strafe und Strafrecht*, cit., p. 10.

Si compie, in tal modo, il superamento di una visione superindividualistica e assolutistico-autoritaria dello Stato — ispirata al conservatorismo — attraverso una visione individualistica orientata al liberalismo e al corrispondente diritto penale della sicurezza⁸⁰.

Ritorna qui il pensiero radbruchiano di “avversione” rispetto allo scopo della vendetta in quanto strumento razionale, espressione di un *pathos* freddo della forza statale e non conseguenza dell’ideale di giustizia sociale⁸¹. Un liberalismo che Radbruch considerava versatile, atto a confluire nell’ambito del diritto penale del Nazionalsocialismo e ad attuare quella sintesi — tanto agognata da Radbruch — tra un diritto penale liberale dello stato di diritto e un diritto sociale⁸².

E se, da un lato, la teoria penalistica di von Liszt rappresenta per Radbruch un punto di riferimento costante, dall’altro, egli stesso avverte che la teoria lisztiana — al posto della tradizionale distinzione delle sanzioni penali secondo il tipo di delitto — proponeva una distinzione delle stesse secondo il tipo di delinquente.

Radbruch prende, su questo punto, le distanze da Franz von Liszt, nel momento in cui afferma che la teoria penalistica del Maestro rimaneva incomprensibile visto che, per essa, il reato non costituiva altro che un sintomo della pericolosità preventiva del delinquente, mentre la punizione era connessa al presupposto di un reato effettivamente compiuto.

La domanda centrale, quindi, si poneva in questi termini: “Wozu wollen wir strafen? Warum dürfen wir strafen?”; la domanda si sposta dallo scopo della sanzione a quello della ragione-causa della sanzione stessa. La risposta riposerebbe sulla necessità della sanzione rispetto allo Stato⁸³.

E ritornando al diritto penale, esso non rappresenta — così commenta Radbruch — solo o esclusivamente la fonte di giustificazione del diritto statale rispetto alla pena, ma anche il limite della punibilità stessa: il diritto penale non vuole soltanto proteggere lo Stato dal delinquente, ma lo stesso “delinquente” dinanzi allo Stato; esso, il diritto penale, sarebbe, per dirla alla Liszt, una *magna Charta* contro l’arbitrio e l’errore dei giudici⁸⁴.

⁸⁰ Cfr. H. KRÄMER, *Strafe und Strafrecht*, cit., p. 17 ss.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Sul punto, Radbruch si riferisce a Kant, il quale ha tentato, da parte sua, la ragione giustificativa della sanzione nel fatto che essa sia stata meritata dal reo, conformemente al pensiero della retribuzione e secondo Kant stesso anche altri hanno cercato lo scopo della pena nella vendetta, anche coloro che trovarono il suo scopo non nella retribuzione, vendetta, ma nella sicurezza, v. G. RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft 1910*, cit., p.102.

⁸⁴ G. RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft 1910*, cit., p. 120.

Da qui il legame e collegamento della punibilità con il compimento di un fatto penale effettivamente compiuto e non una punibilità legata al presupposto di una certa qualche visione o di un atteggiamento (*Gesinnung*) criminale⁸⁵.

Il pensiero della sicurezza del diritto si allaccia a quello della sicurezza e all'interno della sicurezza si pongono sul piatto della bilancia l'idea dell'intimidazione con quella della risocializzazione: in tal modo, il diritto penale, per Radbruch, sarebbe un sistema intelligentemente controbilanciato.

Nella settima-ottava edizione, risalente al 1929, dell'*Einführung in die Rechtswissenschaft*, Radbruch ritornava alla vecchia discussione circa la concezione autoritaria dello Stato, alla corrispondente concezione del diritto penale e della pena come conservazione dell'autorità stessa intesa come *Vergeltung*. In essa, in particolare, viene ad espressione l'idea dello Stato di diritto che riporta al pensiero passato di Kant e di Feuerbach, della *Vergeltung* e della *Abschreckung*.

Con il passaggio dallo Stato autoritario nazional-liberale allo Stato popolare sociale, si realizzava il passaggio dall'idea della *Vergeltung* e dell'*Abschreckung* a quella della *Erziehung* e della *Sicherung*.

Ma si deve prendere atto — qui Radbruch prende le distanze rispetto al passato e anche alla precedente edizione della sua *Einführung* — che lo scontro tra tali concezioni non era più attuale come un tempo, ovvero come al tempo dello *Schulenstreit* e del movimento di riforma che già si annunciava e di cui si avvertiva fortemente la esigenza.

⁸⁵ Su questo punto si fa visibile, secondo Radbruch, un principio che a partire dalla Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789, appartiene all'apparato necessario di uno Stato costituzionale: "Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde". Perciò, la necessità che la punibilità non si fondi sul diritto consuetudinario e quella dell'applicazione "analogica" delle disposizioni di diritto penale ai casi che non li riguardano letteralmente. Pertanto, sia l'espressione: "Strafe nur, wo Strafe ausdrücklich gesetzlich angedroht ist" che quella "Strafe aber auch stets, wo eine solche Androhung zutrifft", entrambe, le determinazioni, si riassumono sotto la denominazione di principio di legalità, v. sul punto, G. RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft 1910*, cit., p. 160.

Ad oggi — e qui Radbruch descrive la situazione a lui contemporanea — “una nuova idea ha fatto il suo ingresso, la quale ha esercitato una grande influenza sul movimento di riforma del diritto penale: indipendentemente se essa sia lo scopo o uno degli scopi del diritto penale, la *Vergeltung* rappresenta una *Rechtsstrafe* ovvero — nella sua funzione all’interno dello Stato di diritto — essa rappresenta la ragione-limite in primo piano nella battaglia politico-criminale”⁸⁶.

Si apriva, pertanto, un nuovo orizzonte dinanzi a quella che Radbruch chiamava una “crisi di fiducia della giustizia”: non era più in gioco la battaglia tra la *Vergeltung* e la *Abschreckung* da un lato e la *Erziehung* e la *Sicherung* dall’altro; ma tra l’esigenza del mantenimento della più rigida sicurezza del diritto — entro i compiti del diritto penale — e della più alta libertà di giudizio da parte del giudice penale, tra lo Stato di diritto nel vecchio senso stretto e lo Stato culturale ed assistenziale.

In tempi caratterizzati da un diritto penale sempre più frammentario, relativistico, variabile e variegato, mutevole nel tempo e nelle concezioni di valore si poneva ancora il seguente interrogativo: la sanzione criminale, in particolare, la pena detentiva (*Freiheitsstrafe*) è capace di realizzare, accanto alla sicurezza in particolar modo, anche l’educazione?⁸⁷

Certo è che, nonostante i progressi sul piano dell’esecuzione della pena, in particolare, a partire dai *Reichsratsgrundsätzen für den Vollzug von Freiheitsstrafen 1923*, restava il dubbio se la pena detentiva potesse adempiere anche e soprattutto una funzione educativa.

Quindi il vecchio motto del diritto penale dell’educazione e della sicurezza “Nicht die Tat, sondern der Täter”, fu stato sostituito dal nuovo: “Nicht der Täter, sondern der Mensch!”⁸⁸: era necessario procedere — anche nell’ambito del processo penale — non dalla personalità del delinquente al reato, ma dal reato alla personalità. Naturalmente, tutto quanto sostenuto da Radbruch rientrava nell’ambito di un discorso generale e problematico che riguardava la intera riforma del diritto penale e che all’epoca in cui egli mise mano nuovamente all’*Einführung*, aveva già iniziato ad affrontare con costante impegno ed ostinazione.

⁸⁶ Cfr. G. RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft 1929*, ed. 7/8 in G. RADBRUCH (a cura di Arth. Kaufmann) *Gesamtausgabe Rechtsphilosophie I*, vol. 1, Heidelberg 1987, p. 302 ss.; ID., *Autoritäres oder soziales Strafrecht?*, cit., p. 228.

⁸⁷ Sul punto, cfr. G. RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft 1929*, ed. 7/8, cit., p. 302 ss.

⁸⁸ Cfr. G. RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft 1929*, ed. 7/8, cit., p. 306 ss ; R. WASSERMANN, *Einleitung* in G. RADBRUCH (a cura di R. WASSERMANN) *Gesamtausgabe Strafrechtsreform*, vol. 9, Heidelberg 1992, pp. 1- 45.

3. Il clima e i principi della riforma: il *Progetto Radbruch* — Il culmine dell'attività politico-criminale di Radbruch coincideva con il movimento e il progetto di riforma del diritto penale. Le esigenze sociali e il nuovo clima politico degli anni della giovane Repubblica di Weimar spinsero Radbruch a volgere lo sguardo dai problemi legati alla dogmatica penale ai dibattiti e alle discussioni in ordine al rinnovamento⁸⁹ del sistema del diritto penale.

L'esigenza di una riforma del diritto penale tedesco rappresentava una tra le tante esigenze che si avvertirono ovunque in Europa, esigenze di revisione dei codici di diritto penale che troveranno realizzazione in più lavori legislativi: i primi anni del dopoguerra sembravano essere maturi per la messa in opera della riforma del diritto penale⁹⁰.

I fattori che incisero sull'avvio del movimento di riforma in Germania furono, da un lato, la Rivoluzione del Novembre con cui fu rovesciato l'ordine politico, statale e sociale, nonché l'influenza del pensiero socialista.

Il lavoro di riforma iniziò nei primi mesi del 1918. Esso fu interrotto temporaneamente a causa del crollo militare della Germania per essere ripreso e ultimato il 21 novembre 1919 da una Commissione composta da quattro membri, Commissione che all'inizio di gennaio 1921 portò il Progetto alla luce. Tutto ciò che concerne l'inizio, lo sviluppo e la fine di questo percorso, le testimonianze di una storia sofferta, i principi e le idee che lo caratterizzarono, si ritrovano non soltanto nel testo del Progetto stesso, ma anche in numerosi altri luoghi, quali l'*Einführung in die Rechtswissenschaft* del 1929, nonché nei numerosi articoli che Radbruch dedica alla riforma⁹¹.

⁸⁹ Sull'influenza di Radbruch nell'ambito del processo di formazione della Repubblica di Weimar, in qualità di parlamentare socialdemocratico, ministro di Giustizia e sull'importanza politico-criminale del Progetto di riforma, v. Arth. KAUFMANN, *Gustav Radbruch - Leben und Werk*, cit., p. 66 ss.

⁹⁰ Sul punto, v. H. KRÄMER, *Strafe und Strafrecht*, cit., p. 27 ss. Qui, in particolare, è richiamata l'attenzione sul clima di rinnovamento avvertito, non solo in Germania, ma anche in Austria e in Italia. In Italia, il movimento di riforma prenderà avvio con il *Progetto Ferri*, mentre, grazie al movimento di riforma tedesco, si aprirà per l'Austria un periodo d'intensa collaborazione culturale con la Germania.

⁹¹ G. RADBRUCH, *Die politische Prognose der Strafrechtsreform* (1908) in G. RADBRUCH (a cura di R. WASSERMANN), *Gesamtausgabe Strafrechtsreform*, vol. 9, Heidelberg 1992, pp. 161-167. Nello stesso volume, ID., *Strafrechtsreform* (1910), cit., pp. 170-176; ID., *Strafrechtreform* (1910), cit., pp. 177-180; ID., *Das System der Freiheitsstrafen im Vorentwurf*, cit., p. 181-186; ID., *Die Reform des Strafrechts*, cit., p. 187-190; ID., *Auf dem Wege zu einem Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch*, cit., pp. 201-203; ID., *Der Strafgesetzentwurf. Ein erster Bericht*, cit., pp. 204-210; ID., *Das neue Strafgesetzbuch*, cit., pp. 215-217; ID., *Abbau des Strafrechts*, cit., pp. 246-252; ID., *Sozialismus und Strafrechtsreform*, cit., pp. 270-275; ID., *Fortschritte und Rückschritte kriminalpolitischen Bestimmungen des neuesten Strafgesetzentwurfs*, cit., pp. 293-301; ID., *Zur Todesstrafe*, cit., pp. 302-303; ID., *Abschaffung der Todesstrafe als Symbol der Strafrechtsreform*, cit., pp. 321-322; ID., *Die geistesgeschichtliche Lage der Strafrechtreform*, cit., pp. 323-330; ID., *Strafrechtsreform und Nationalsozialismus*, pp. 331-335; ID., *Das Ende der Todesstrafe*, cit., pp. 339-341.

Radbruch si dedicò al Progetto di riforma durante il suo incarico di Ministro di Giustizia all'epoca della Repubblica di Weimar: al centro dei suoi interessi, infatti, stava proprio il rinnovamento del sistema del diritto penale, la cui realizzazione egli sperava di poter seguire durante il periodo del suo dicastero.

Già alla fine di giugno del 1922, la parte generale era stata ultimata e alla fine di settembre l'intero Progetto. Secondo l'idea originaria dell'Autore, l'*Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch* doveva costituire un "libro per il popolo", un testo, certamente, formale e rigoroso, ma, al tempo stesso, comprensibile a tutti, un vero e proprio "decalogo pubblico dello Stato", con l'indicazione dei doveri e dei diritti dei cittadini dello Stato⁹².

La riforma del diritto penale si caratterizzava per la presenza di diversi ambiti problematici: il sistema delle pene, la teoria della esecuzione penale, le misure di sicurezza e il ruolo, ormai modificato, del giudice penale in base al progetto di riforma.

Il sistema delle pene alla base del Progetto si componeva di *Freiheitsstrafen*, *Geldstrafen* e *Ehrenstrafen*.

La pena di morte fu abolita: proprio quest'ultimo passo fu decisivo poiché rappresentava un'idea antica e cara, un'esigenza obiettiva ma, allo stesso tempo, un desiderio personale di Radbruch⁹³. Essa non aveva chiaramente più alcuna ragion d'essere, in un sistema penale caratterizzato da misure educative e di sicurezza, considerato anche che la stessa figura del delinquente non era più la stessa, ovvero non più il ladro o l'assassino di professione, ma un delinquente con tutte le possibili raffinatezze e tecniche psicologiche.

Lo stesso destino — secondo Radbruch — doveva toccare alle pene diffamanti: "Der Entwurf kennt nicht mehr die Strafe des Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte. Das Mißtrauen und das Übelwollen, das die Gesellschaft vielfach Vorbestraften entgegenbringt, bildet an sich schon ein schweres Hindernis für ihre Wiedereingliederung in die Gesellschaftsordnung"⁹⁴. L'obiettivo dell'abolizione delle *Ehrenstrafen* era di evitare un male aggiunto e rimuovere, pertanto, ogni possibile ostacolo alla risocializzazione e al ritorno del reo alla libertà ed entro l'ordinamento della società.

⁹² G. RADBRUCH, *Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches 1922*, in G. RADBRUCH (a cura di R. WASSERMANN) *Gesamtausgabe Strafrechtsreform* vol. 9, Heidelberg 1992, pp. 49-135, preceduto dalle *Bemerkungen*, cit., pp. 136-159.

⁹³ La *Todesstrafe* fu definita da Radbruch come un *Fremdkörper* all'interno dell'attuale sistema penale, cfr. G. RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft 1929*, ed. 7/8, cit., pp. 306-307.

⁹⁴ Cfr. G. RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft 1929*, ed. 7/8, cit., p. 308.

La stessa ragione — non segnare negativamente il reo ed evitare una sua pericolosa stigmatizzazione — era anche alla base del pensiero della *Zuchthausstrafe*. Come lo stesso Radbruch segnala, le due denominazioni, *Gefängnis* e *Zuchthaus*, fingono di presentare una diversità tipologica, diversità che, in realtà, non sussisteva.

Ma tutti gli sforzi — allo scopo di distinguere dal punto di vista dell'esecuzione penale le due tipologie — rimasero: la *Zuchthausstrafe* non era altro che una pena detentiva (*Gefängnisstrafe*) più lunga e più severa, la quale doveva con essa costituire e fondersi in un'unica pena unitaria. Ma l'*Entwurf* non ha potuto compiere tale fusione, pertanto la *Zuchthaus* continuava a sussistere, a marcare il reo e a distruggere in questo modo la sua esistenza sociale come una sorta di morte civile dell'individuo⁹⁵.

Accanto alla *Zuchthaus* e alla *Gefängnis* erano ancora previste nell'*Entwurf* ulteriori pene detentive (*Freiheitsstrafen*). Qui Radbruch re-introduce il discorso relativo alla figura giuridica dello *Überzeugungstäter*, in relazione alla *Einschließung*: la *Einschließung* sostituiva la pena della *Festungshaft* e, secondo l'idea del Progetto, rappresentava la pena speciale per lo *Überzeugungstäter*, in particolare per il delinquente politico, come pena detentiva, però, da distinguersi per il fatto che essa non prevedeva, tra i suoi scopi, lo scopo del miglioramento (*Besserung*).

Ancora. L'arresto (*Haft*) non era una sanzione criminale, ma una sanzione prevista dall'ordinamento nelle ipotesi di contrarietà all'ordinamento nel campo del diritto di polizia, diritto di polizia da distinguere all'interno dell'*Entwurf* rispetto al diritto criminale⁹⁶.

Ma rispetto allo scopo del miglioramento (*Besserung*) del reo, la pena detentiva (*Freiheitsstrafe*) era, in realtà, più pericolosa che utile: perciò Radbruch attraverso il suo *Entwurf* auspicava a che la pena guadagnasse sempre più terreno, non solo rispetto a illeciti di lieve entità, ma anche rispetto a fattispecie penali di rilevante gravità.

Anche sul fronte dell'esecuzione della pena, il *Progetto Radbruch* apportava dei cambiamenti, ad esempio, come già visto in precedenza, sotto il motto: “nicht die Tat, sondern der Täter”. Qui mentre le prescrizioni della parte speciale del codice di diritto penale erano classificate e ordinate in base alla misura o entità della gravità del fatto, secondo Radbruch, compito della parte generale, invece, in particolare della dottrina dell'esecuzione penale, doveva essere quello di differenziare il trattamento penale in base alla misura della pericolosità del reo.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ G. RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft 1929*, ed. 7/8, cit., p. 309.

E qui, a proposito della personalità del reo, Radbruch si richiamava alla classificazione precedente e tradizionale e alla differenziazione degli scopi del trattamento del reo che risaliva all'indirizzo positivistico di von Liszt⁹⁷.

Rispetto alle misure di sicurezza ricordiamo la misura di sicurezza della custodia di sicurezza (Sicherungsverwahrung), la cui introduzione rappresentava la novità centrale del Progetto di riforma: punire e misurare la pena in base alla misura del fatto doveva sempre essere orientato alla pericolosità del reo. Un sistema, questo, pertanto, binario: pene e misure di sicurezza e miglioramento.

Dall'idea di un diritto all'educazione e alla sicurezza sembrava derivare la necessaria conseguenza che la pena dovesse da sé divenire misura di educazione e di sicurezza o dovesse essere sostituita con una misura di sicurezza e di educazione⁹⁸. Radbruch sembrava essere consapevole che non si poteva essere troppo lontani dall'idea di un diritto penale senza pene e che tale idea non avrebbe dovuto, per forza, costituire un'utopia, ma molto più una realtà legislativa⁹⁹.

Però, in questo momento, i lavori legislativi, appena usciti, rivelavano che, per l'abolizione della pena, il tempo ancora non era maturamente giunto: fino a quando l'esigenza della vendetta (Vergeltung) era ancora così fortemente sentita, le misure di sicurezza avrebbero fatto fatica ad affermarsi, sussistendo, pertanto, ancora, la binarietà tra pene e misure di sicurezza.

Tale Progetto fu pubblicato nel 1924 sotto il titolo di *Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung 1925*, non, però, nella versione definitiva e completa voluta da Radbruch.

Nello stesso anno, grazie ad uno speciale permesso dell'allora Ministro di Giustizia, Radbruch poté pubblicare singole parti del suo Progetto.

⁹⁷ Sulla differenziazione del reo in base alla sua personalità, v. ugualmente, G. RADBRUCH. *Einführung in die Rechtswissenschaft 1910*, ed. 1, cit., p. 136.

⁹⁸ G. RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft 1929*, ed. 7/8, cit., p. 312.

⁹⁹ Qui Radbruch citava l'esempio dell'italiano *Enrico Ferri* che ha presentato, contemporaneamente o poco prima, rispettivamente nel 1921, il famoso Progetto Ferri che non conteneva la previsione di pene, ma di sanzioni, ovvero misure di miglioramento e di sicurezza, cfr. G. RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft 1929*, ed. 7/8, cit., p. 313.

Il *Progetto Radbruch* fu oggetto di cambiamenti, non molti, ma decisamente rilevanti e riguardanti punti centrali del suo sistema di riforma: re-introduzione della pena capitale, la cui abolizione fu da sempre un punto forte della battaglia di Radbruch; il mantenimento delle *Freiheitsstrafen* e delle *Ehrenstrafen*¹⁰⁰.

La presentazione di questo Progetto, con le modifiche, meglio, le non modifiche, e la sua pubblicazione come *Entwurf eines Allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches 1927* significò per Radbruch una dura sconfitta: un rifiuto netto e una risposta negativa alle sue idee riformiste e rivoluzionarie, intrise di umanità e di tolleranza, soprattutto se pensiamo che il Progetto ultimo del 1927 non accolse, tra le sue previsioni, la pena speciale per lo *Überzeugungsverbrecher*. Non fu, chiaramente, difficile per Radbruch scorgere in tutto ciò una ricaduta nelle vecchie idee, radicali, assolute e antiriformiste, un sostanziale fallimento per la sua riforma¹⁰¹.

¹⁰⁰ G. RADBRUCH, *Faschistisches Strafrecht*, cit., p. 223.

¹⁰¹ *Ibidem*.

IV. Riepilogo

La figura radbruchiana dello *Überzeugungsverbrecher* deriva dalla figura storica dell'*Andersdenkenden*. Sulla base della relativistica *Rechtsphilosophie* rispetto a tale agente è possibile soltanto una misura di sicurezza nel senso di una legittima difesa da parte dello Stato. In particolare Radbruch prevedeva la misura della *Einschließung* — non in relazione ad ogni singola fattispecie — ma come regola generale da applicare se il movente determinante dell'agente fosse consistito nell'essersi sentito obbligato al fatto in base ad una convinzione morale, religiosa o politica.

Qui si manifesta appieno il *proprium* del pensiero politico di fondo di Radbruch: in particolare l'idea che lo Stato democratico non è costruito sull'accettazione di una verità politica chiara, ma su più visioni della maggioranza e della minoranza allo stesso tempo; non vi è un'idea unitaria dello Stato ma idee dello Stato, in lotta tra di loro, pertanto, alcuna etica assoluta dello Stato; lo Stato non dovrebbe fare altro che rispettare quell'idea della maggioranza o meglio di quella minoranza che un giorno potrebbe divenire l'idea della maggioranza; contro le visioni della minoranza che si oppongono lo Stato non dovrebbe usare la forza ma trattare il reo in maniera assolutamente diversa.

Riconoscendo tale agente come *Andersdenkenden*, non soltanto gli scopi della sanzione criminale, retribuzione-vendetta, intimidazione e miglioramento, non avrebbero più alcun senso ma la *Einschließung* sarebbe più che una sanzione vera e propria, una misura di sicurezza. Questi principi di Radbruch sono stati ripresi, successivamente e specie dopo il 1945, dalla dottrina, pensiamo a Jescheck e da Welzel, e sono divenuti oggetto di numerosi progetti di riforma, progetti che hanno tentato di portarli a frutto.

Lo scenario di tutti i tentativi di riforma che si sono avuti dopo la battuta di arresta del *Progetto Radbruch* consisteva nello sforzo e, allo stesso tempo, nello scopo di legittimare contro all'*Andersdenkenden* etico le misure statuali della forza e della coercizione.

Parte seconda. Dallo *Überzeugungsverbrecher* al *Gewissenstäter*. Una vicenda esemplare nella penalistica tedesca

I. Lo *Überzeugungsverbrecher* nella riforma tedesca del diritto penale

1. Cenni preliminari — Se l'idea di fondo di Radbruch era rappresentata dalla sicurezza della società (Sicherheit) — idea introdotta dal suo Maestro Franz von Liszt che arriva fino ai giorni nostri nel pensiero di Jakobs — dall'idea del diritto del singolo e dall'esigenza di sicurezza dell'ordinamento giuridico, contro la posizione di Radbruch diversi furono gli argomenti utilizzati: il rilievo, ad esempio, che i giudici avrebbero applicato la pena della *custodia honesta* come nella vecchia tradizione del codice di diritto penale prussiano; che tale *custodia honesta* sarebbe stata considerata dalla maggioranza del popolo un privilegio per le classi più nobili ed, in più, la considerazione che una contrapposizione tra etica individuale ed etica sociale a partire dalla ragione di Stato non avrebbe avuto posto e che sia la inviolabilità del diritto che la giustizia richiedono una validità delle norme, validità assoluta e senza eccezione. Se il *Progetto Radbruch* 1922 aveva a cuore un diritto penale liberale attraverso l'abolizione della pena capitale, delle pene diffamanti, l'introduzione della pena unitaria e dell'idea dell'individuo come persona auto-responsabile nell'ambito di una nuova consapevolezza dello Stato, l'ottimismo di Radbruch — almeno quello di poter tracciare le linee fondamentali del nuovo codice di diritto penale — si dimostrò illusorio.

2. I Progetti de lege ferenda dopo il 1920 — Il *Progetto Radbruch* fu animato dalla volontà di delineare dei tratti umani all'interno del sistema delle pene statuali. Con la figura giuridica dello *Überzeugungsverbrecher* e la sua speciale collocazione dal punto di vista etico-sociale, politico-criminale e psicologico-forense, Radbruch ha tracciato le linee fondamentali della teoria dello *Überzeugungsverbrecher*. Tale idea generale richiedeva nella prassi un trattamento particolare, non per il fatto che il reo fosse punibile su di un piano strettamente politico, ma in virtù del fatto che egli avesse agito in base alla forza della sua convinzione.

La collocazione sistematica dell'articolo 71 Progetto 1922 all'interno della parte generale del Progetto o di quello che sarebbe stato il nuovo diritto penale mostrava che doveva essere rivolta attenzione essenzialmente alla convinzione e non alla realizzazione di una fattispecie penale di parte speciale. A differenza dell'articolo 20 RStGB, in contrasto rispetto al diritto vigente, l'applicazione della norma doveva essere resa indipendente da una valutazione soggettiva dell'onore del reo, ma piuttosto dipendente da una analisi psicologica oggettivamente determinabile.

Nel 1923 compaiono i cosiddetti *Reichratsgrundsätze*, che dovevano regolare l'esecuzione delle pene detentive, a cui Radbruch prese vivamente parte. Ma i rapporti e le vicende politiche del tempo fecero sì che il suo *Entwurf* non potesse più essere discusso.

Come si può leggere dalle sue annotazioni all'articolo 1922, Radbruch aspirava a far divenire il suo Progetto una nuova legge di procedura. In questo modo, l'articolo 52 I restava un corpo morto, non costituendo, tra l'altro, rispetto al problema dello *Überzeugungsverbrecher*, alcun tipo di pena. Tale risultato si rafforzò ancor di più nel momento in cui i tribunali non furono obbligati ad adottare decisioni riguardanti la colpevolezza da convinzione nel tenore della sentenza o nelle motivazioni del giudizio.

Le critiche successive al *Progetto Radbruch* riguardarono essenzialmente gli scopi della pena laddove sia lo scopo della retribuzione (*Vergeltung*) che del miglioramento (*Besserung*) non avrebbero avuto alcun senso nei confronti del reo per convinzione dal momento che a tale agente non mancava certamente il senso della colpevolezza (*Schuld*).

Quando nel 1924 si mise mano a un nuovo Progetto di diritto penale, l'articolo 71 del Progetto 1922 rimase invariato, con la sola eccezione che la pena di morte (*Todesstrafe*), la *Zuchthaus* e le conseguenze diffamanti (*Ehrenfolgen*) del contesto generale del *Progetto Radbruch* furono ripristinate.

Nonostante la norma conservasse lo stesso tenore letterale, l'argomentazione giustificativa dell'articolo 71 del Progetto 1925 era tutt'altro che la stessa: rispetto all'intenzione di base essa partiva dal presupposto che l'articolo 71 del Progetto 1925 prendeva il posto della *Festungshaft*, che fino ad allora era stata prevista, prevedendo, inoltre, che, per ogni azione, punibile, dovesse essere prevista la *custodia honesta* come pena detentiva.

Anche i presupposti di applicazione della pena furono inasprite laddove, similmente al vecchio articolo 20 RStGB, furono presi in considerazione elementi di valutazione quali “moventi ideali” o “motivi degni di valore”.

In accordo con la concezione di Radbruch — ovvero secondo quanto stabilito nell'articolo 71 *Entwurf 1922* — era chiara l'opposizione rispetto al requisito della *ehrlose Gesinnung* ovvero il requisito previsto dall'articolo 20 RStGB, volendo, in particolare, rendere l'applicazione dei suoi criteri di valutazione dipendente da una verifica psicologica.

Le critiche e le osservazioni presso la dottrina e la giurisprudenza fecero sì che l'articolo 71 *Entwurf 1925* divenisse l'ordine del giorno presso il trentaquattresimo *Deutscher Juristentag* del 1926 a Colonia dove Radbruch, di contro a Kohlrausch, espose la teoria dello *Überzeugungsverbrecher*.

In ragione della reazione suscitata presso l'adunanza, Radbruch limitò l'applicazione dell'articolo 71 del Progetto 1925 nel senso che per l'omicidio e per altri ben determinati delitti, la *Einschließung* non doveva essere applicata. Höppler, di contro, respinse, in maniera decisa, l'accoglimento dell'articolo 71 Progetto 1925. Invece, Kohlrausch intendeva limitare e riconoscere l'applicazione dell'*Einschließung* solamente a ben determinati fatti politici.

Höppler, ancora, faceva considerare che, secondo le osservazioni di Radbruch, al posto del movente determinante, era piuttosto solamente ancora da considerare il movente della forza maggiore, concludendo che l'articolo 20 non potesse essere sostituito dall'articolo 71 del Progetto 1925. Secondo altri (Gerband, Dohna e Goldschmidt), poteva essere intravista una parentela tra l'articolo 20 RStGB e l'articolo 71 del Progetto 1925.

L'adunanza giunse alle seguenti conclusioni: l'*Einschließung* va accolta nell'attuale nuovo codice di diritto penale, venendo in questione non per tutti ma solo per determinati delitti; la scelta delle fattispecie penali da farvi rientrare deve avvenire secondo il lato positivo e non deve essere limitata ai delitti politici; i presupposti di applicazione della *Einschließung* devono essere valutati, non in base ad un giudizio morale, ma, ad esempio, rispetto ai fatti politici, essa trova applicazione laddove l'azione sia stata commessa, non a partire da una motivazione, ma in base ad una 'convinzione' per il bene dello Stato e della società.

Successivamente gli articoli 72 del Progetto 1927 e l'articolo 72 del Progetto 1930 — pur non riprendendo il concetto-elemento della *ehrlose Gesinnung* previsto dall'articolo 20 RStGB — si distinguevano, però, dall'articolo 71 *Entwurf* 1925 in tre punti rilevanti e fondamentali dal momento che — così come sostenuto dalla Commissione — il precedente Progetto 1925 aveva aperto un ambito di applicazione troppo ampio, portando, per questa via, ad una "dissoluzione del diritto penale: la necessità della sussistenza di *achtenswerte Beweggründe*, ovvero dei moventi determinanti o degni di valore; essi dovevano essere decisivi nel senso di essere diretti alla produzione del fatto penale; la natura ed il tipo di trattamento non dovevano essere particolarmente riprovevoli¹⁰².

¹⁰² Così, W. BUDZINSKI, *Der Überzeugungsverbrecher*, Leipzig 1931, p. 9, 34.

La posizione della dottrina maggioritaria si lascia ricondurre, in questo periodo, a due posizioni fondamentali: la posizione sostenuta da Erik Wolf e quella risultante dal raduno dell' IKV del 12-13 settembre 1932.

Per quanto concerne la prima posizione, la vedremo più innanzi; mentre per la seconda, all'interno della diverse opinioni espresse, il relatore Graf Gleispach sosteneva la prosecuzione degli sforzi e dell'impegno per la riforma del diritto penale, in particolare, nella direzione che il diritto penale avrebbe dovuto avere il compito di servire alle esigenze del popolo tedesco e di bandire quelle visioni giuridiche diverse o addirittura estranee al diritto penale stesso, riallacciandosi, così, all'antico pensiero giuridico tedesco. Di conseguenza il punto di riferimento per ogni disposizione o regola giuridica sarebbe dovuto essere il benessere di tutti ma non di contro alla libertà del singolo; la pena avrebbe dovuto mirare all'imposizione di principi morali, principi che — a partire dalla comunità popolare — avrebbero potuto pretendere una validità assoluta. A completamento di tali considerazioni, Schaffstein annotava che solo con la retribuzione (*Vergeltung*) e l'intimidazione (*Abschreckung*) l'autorità dello Stato è sottolineata e ripristinata nella giusta maniera. In un secondo momento egli indicava anche l'espiazione (*Sühne*) come senso della pena, riprendendo, in tal modo, un motivo caro alla teoria assoluta della pena caratteristica del tempo dello *Schulenstreit* nella sua originaria posizione di partenza.

Sono evidenti qui i motivi principali della discussione che si sviluppa intorno agli anni Venti del secolo scorso: visione antiliberale dello Stato; soluzione degli opposti o meglio dei contrasti tra Stato e individuo; nel campo di tensione tra etica individuale ed etica sociale la fondamentale preoccupazione per l'ordinamento giuridico e la tendenza non solo a considerare il reo per convinzione come un normale criminale ma e in questo senso anche la conseguente riduzione al minimo dei privilegi per esso, essendo motivi ispiratori e idee-guida della nuova visione la garanzia della giustizia e la sicurezza del diritto.

2. (Segue) I Progetti di *lege ferenda* dopo il 1945 — Nonostante il *Deutscher Juristentag in der Tschechoslowakei* del 1935 si concluse nel senso di un trattamento e di una disciplina restrittiva del trattamento dello *Überzeugungstäter* — la cui grande nota degna di attenzione fu l'attribuzione e conseguente regolamentazione dello *Überzeugungstäter* come *Gewissenstäter* — ritorna *in nuncce* il problema del trattamento penale dello *Überzeugungstäter* in particolare la *Einschließung* per lo *Überzeugungstäter* fu, come pena speciale, — per colui che avesse agito a partire da una sua convinzione, più specificamente, a partire da una necessità della coscienza — respinta e negata più volte.

Il suo mancato riconoscimento non derivava non solo da ragioni politico criminali di tipo specialpreventivo, ma piuttosto e specialmente dal senso del pensiero della colpevolezza (*Schuld*), al cui interno l'idea del nemico del diritto e dell'ordinamento giuridico in generale giocava un ruolo di grande importanza, dovendosi, pertanto, l'ordinamento giuridico fondare su misure etico-sociali, quindi, né una *custodia honesta* né una *Zuchthaus*. Nell'ambito della *Große Strafrechtskommission* del 1945, appena subito dopo la fine della seconda guerra mondiale, solamente Hans Welzel fu d'accordo per l'introduzione di una disposizione speciale nel caso della necessità della coscienza (*Gewissensnot*): seguendo la propria visione, Welzel intendeva riprendere e, al tempo stesso, superare il cuore della dottrina radbruchiana.

Una figura assolutamente differente — secondo Welzel — da quella dello *Überzeugungstäter*: anche un fanatico poteva avere una 'convinzione', 'convinzione' che derivava dall'obbedienza ad un comando senza per questo dare origine ad una *Gewissenskampf* per la giustizia della sua decisione.

Solo in un secondo momento Welzel approfondiva il suo pensiero fondamentale. Egli infatti partiva dal presupposto che una decisione che deve la sua priorità alla coscienza rispetto alla legge avrebbe reso impossibile un ordinamento ultra-individuale, un ordinamento che va al di là dell'individuo. Se il diritto non è solo un ordinamento e regola per coloro che agiscono ma anche per coloro che sono interessati da una azione, pertanto, nello scontro tra la legge e la coscienza non si dovrebbe, secondo Welzel, in ogni caso e sempre dare la precedenza alla coscienza. In effetti la decisione che sia a favore della legge sarebbe e si limiterebbe alla disposizione elementare della vita della comunità, laddove essa rappresenti e contenga il minimo etico.

Se invece la legge va in conflitto con la coscienza del singolo, sarebbe da riconoscersi non la giustizia nel senso della correttezza ma la coscienza, ovvero la serietà della decisione della coscienza seria e divergente, dovendosi pertanto, a livello di conseguenze giuridiche, rispettare la coscienza di una diversa decisione, rispettando la serietà dell'atteggiamento (*Gesinnung*) del reo. A livello di conseguenza del diritto ciò significava non rendere, rispetto agli altri crimini, il fatto della coscienza diffamante e disonorevole.

Secondo quanto considerato dalla maggior parte dei membri della Commissione, a tal riguardo, si trattava di un tentativo di ripristinare una disposizione a favore del mantenimento o meglio dell'automantenimento dello Stato pertanto, anche rispetto al *Gewissenstäter*, non era possibile alcuna concessione.

Il punto di vista di tale maggioranza era giustificato dalla visione che in un tempo di crisi per gli Stati occidentali erano in gioco i valori ultimi e che pertanto fosse stata necessaria una certa durezza; pertanto, la considerazione dello *Überzeugungstäter* fu vista come segno della debolezza e dell'impoverimento dei valori. A prova di ciò le parole di Jescheck: “il non privilegiare lo *Überzeugungstäter* sarebbe nient'altro che una conseguenza chiara laddove si abbia il coraggio di prendere sul serio l'ordine dei valori generalmente riconosciuto”¹⁰³.

Corrispondentemente l'articolo 43 Progetto 1962 non prevedeva, inoltre, alcuna pena speciale per lo *Überzeugungstäter*, anche nella forma della *custodia honesta*. Gli articoli 48 del Progetto 1962 e della Commissione speciale del 1964, innanzitutto, stabilivano che lo *Überzeugungstäter* non potesse essere posto allo stesso livello del comune delinquente. Le conclusioni raccolte erano sostanzialmente due: una positiva, ovvero il riconoscimento che l'agente avesse agito a partire da una convinzione morale, religiosa o politica e che tale movente fosse stato determinante e decisamente influente; una negativa, ovvero che non si trattasse di delitti di particolare gravità come l'omicidio, l'omicidio di massa o fatti penali commessi in particolari e difficili circostanze, come contro lo stato della Repubblica Federale Tedesca: un Progetto, questo, che, sin da principio, si rivelò nella sua discontinuità e non fu, successivamente, portato al voto in Parlamento.

Ancora. La Commissione speciale giunse alla conclusione che una disposizione di parte generale — conformemente al principio di base contenuto nei Progetti del 1922 e del 1930 — doveva essere introdotta per il reo per convinzione al posto delle pene detentive previste nella parte speciale, in particolare, una pena detentiva speciale, non diffamante, nella forma della *Einschließung*. In particolare tale *Einschließung* avrebbe dovuto trovare applicazione rispetto a specifiche e determinate fattispecie della parte speciale come pena generale.

¹⁰³ Cfr. H.H. JESCHECK, *Strafrecht im Dienste der Gemeinschaft*, Berlin 1980, p. 5.

Ancora la considerazione della colpevolezza da convinzione doveva avvenire a livello dell'esecuzione della pena in maniera tale che, per il reo per convinzione, fosse prevista un'attenuazione della gravità del fatto ed una conseguente diminuzione della pena. Un privilegio per il reo per convinzione sarebbe da introdurre non nell'ambito del diritto penale di parte generale, ma in quello complementare per poter regolare le situazioni di conflitto; inoltre, la figura del reo per convinzione sarebbe dovuta essere caratterizzata nel giudizio della sentenza, venendo il trattamento speciale di costui limitato al piano della esecuzione penale.

Come abbiamo visto sopra, gli unici punti del Progetto che si cristallizzarono ai fini della discussione successiva furono solo i primi tre, arrivando così al risultato che la pena della *Einschließung* non avrebbe dovuto trovare applicazione nel caso in cui il reo, attraverso il suo fatto, avesse attentato alla esistenza della Repubblica federale tedesca o contro i principi della Costituzione nel senso dell'articolo 38 dell'Entwurf 1962.

Dopo un lungo dibattito la maggioranza della Commissione giunse alla seguente formulazione: "wenn nicht die Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Täters und der besonderen Umstände der Tat ergibt, dass die Einschließung als Strafe angemessen ist". Il che significava che — in virtù della considerazione del reo e del suo fatto — l'*Einschließung* non era concessa laddove a prescindere dal fatto e dalle sue conseguenze, si fosse trattato di un delinquente particolarmente pericoloso.

Più specificamente riferito agli scopi della pena, il miglioramento (*Besserung*) doveva venir messo da parte per fare posto allo scopo della sicurezza della generalità e il mantenimento delle leggi valide ed obbligatorie per tutti, sulle quali non poteva e doveva imporsi la visione individuale del singolo.

Infine, la gravità della pena della *Einschließung* non doveva consistere nel particolare tipo di esecuzione, bensì nel riconoscimento della colpevolezza da convinzione nonché nella giustificazione ed argomentazione del suo privilegio: il relativismo — alla base della visione di Radbruch — non fu accettato e ciò che ne seguì fu una sintesi tra il principio della tolleranza da un lato e il riconoscimento di determinati, assoluti e inviolabili diritti fondamentali dell'ordinamento giuridico statale come incorporati nella Costituzione dall'altro lato; il *Wertneutralismus* nel senso di Radbruch non faceva più da sfondo alle risoluzioni della Commissione.

E se tale Commissione prende le distanze dal *Progetto Radbruch* con il suo articolo 71 e dal Progetto del 1925, lo si evince chiaramente nel punto in cui — mentre Radbruch intendeva escludere una valutazione etica del reo e del fatto per determinare il reo per convinzione semplicemente attraverso le caratteristiche e i requisiti psicologico-criminali, quindi, assolutamente privi di alcun connotato etico o di valutazione etica — per la Commissione, a prescindere che si trattasse o meno di un tipo psicologico-criminale, il momento della valutazione dei motivi dell'agente era decisiva; di conseguenza, attraverso la pena, doveva venire riconosciuto che tale agente — al contrario degli altri delinquenti — non avesse agito in maniera contraria al senso dell'onore, meritando le sue motivazioni rispetto e differenziandosi, pertanto, il giudizio di disvalore rispetto ad un soggetto criminale di questo genere.

La tragicità della figura non cesserà di chiedere attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza.

Nel 1963 Baumann portò, entro la discussione sulla riforma, una proposta alternativa che si riassume nell'articolo 30 II *Alternativ Entwurf*: “laddove la legge prevede la *Zuchthaus* o la *Festung*, la *Zuchthaus* può essere riconosciuta solo se il fatto penale si fonda su *niedrigen Beweggründe*; tali motivazioni non sussistono se il fatto penale sia stato commesso a partire da una convinzione politica e senza il perseguimento di scopi o vantaggi personali”¹⁰⁴.

Durante il periodo di nuova legislatura si decise di rivedere gli articoli del codice penale dal 43 al 50 StGB. In riferimento all'articolo 48a Progetto 1962 Commissione Speciale 1964, le circostanze politiche furono sfavorevoli, dal momento che il partito SPD voleva imporre il concetto di pena unitaria (*Einheitsstrafe*) — sostenendo, in particolare, la visione che, in riferimento allo *Überzeugungstäter* — la pena della *Einschließung*, prevista dall'articolo 48a, doveva rientrare nella pena unitaria. Pertanto, se si voleva cercare una soluzione al problema del reo per convinzione, tale soluzione doveva essere individuata sul piano dell'esecuzione della pena, in accordo con la riforma del processo penale¹⁰⁵. Pertanto, la proposta dell'SPD fu nel senso di accordare un trattamento speciale allo *Überzeugungstäter* laddove fosse stata introdotta una pena unitaria e una contemporanea rinuncia alle future conseguenze diffamanti.

Nel 1969 fu introdotta la pena unitaria e conformemente all'articolo 31 StGB, ora articolo 45 StGB, restavano le pene diffamanti e non fu previsto alcun privilegio per lo *Überzeugungstäter*¹⁰⁶. Nel 1966 apparve, dopo essere stato elaborato da una commissione composta da quattordici penalisti dell'epoca, il cosiddetto *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches – Allgemeinen Teil*¹⁰⁷; caratterizzato da una visione causale e positivista nonché da scopi preventivi, in particolare quelli della prevenzione generale, tale Progetto alternativo rese manifesto che — come per l'articolo 48a Progetto 1962 Commissione speciale 1964, una prescrizione speciale per lo *Überzeugungsverbrecher* non dovesse essere introdotta¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Cfr. J. G. GÖDAN, *Die Rechtsfigur des Überzeugungstäter*, Berlin 1975, p. 34.

¹⁰⁵ *Ivi*, p. 33.

¹⁰⁶ *Ivi*, p. 88.

¹⁰⁷ Jürgen Baumann, Anne-Eva Braunneck, Ernst-Walter Hanack, Arthur Kaufmann, Ulrich Klug, Ernst-Joachim Lampe, Theodor Lenckner, Werner Maihofer, Peter Noll, Claus Roxin, Rudolf Schmitt, Hans Schultz, Günther Stratenwerth, Walter Stree.

¹⁰⁸ Cfr. J. G. GÖDAN, *Die Rechtsfigur des Überzeugungstäter*, cit., p. 33.

Secondo l'opinione degli autori del Progetto alternativo, il problema dello *Überzeugungsverbrecher* — in particolare di quello politico — doveva essere risolto tutt'al più rivedendo la disciplina penale del reato politico. Di conseguenza coloro che commettevano un reato politico non erano per il momento giustificati da una disciplina speciale *ad hoc*. Coloro che, invece, commettevano un reato non politico ma avessero agito pur sempre in virtù di una convinzione erano inquadrati nell'ambito di una situazione di conflitto straordinaria caratterizzata da una eccezionalità del conflitto.

La *Strafrechtslehrtagung* del 1966 si occupava del problema dello *Überzeugungsverbrecher*. Mentre Peters e Klug erano dell'opinione che doveva trovarsi una soluzione dogmatica nel singolo caso, nella singola fattispecie penale dell'antigiuridicità e della colpevolezza, Welzel e Stratenwerth erano per il mantenimento della *Einschließung*, Arthur Kaufmann e Maihofer si opponevano alla *Einschließung* e parlavano, piuttosto, di una soluzione a livello della esecuzione della pena. Dal canto suo, Heinitz sosteneva “das Gesetz unter Umständen dem Einzelnen zumuten könnte auch einmal der Stimme des eigenen Gewissens zu mißtrauen und sich der allgemeinen Ordnung zu fügen”¹⁰⁹. Noll — sulla base di pensieri filosofico-giuridici — giungeva alla conclusione che le visioni di valore confliggenti di Stato e individuo dovevano essere portate ad un attento esame: egli sosteneva la riduzione delle fattispecie penali al necessario attraverso la eliminazione di tutte le norme moraleggianti; con l'aiuto dell'imperativo categorico kantiano e del principio della libertà di contraddizione si poteva procedere nel singolo caso ad una operazione di bilanciamento¹¹⁰.

¹⁰⁹ Cfr. E. HEINITZ, *Der Überzeugungstäter im Strafrecht*, in ZStW n. 78, 1966, p. 615.

¹¹⁰ Cfr. P. NOLL, *Der Überzeugungstäter im Strafrecht*, in ZStW n. 78, 1966, p. 638.

In occasione della *Strafrechtsanhörungsverfahren* del 1970 Klug, uno dei co-autori dell'*Allgemeiner Entwurf* 1966, tentò di difendere le disposizioni di cui agli articoli 58 *Allgemeiner Entwurf* 1966 e 48a *Entwurf* 1962 Commissione speciale 1964, che erano stati, per ragioni politico-giuridiche, rifiutati dalla Commissione speciale. In questo periodo numerose furono le sentenze penali contro i Testimoni di Geova sulla base della loro 'Totalverweigerung'.

In seguito alla proposta di Klug, si doveva prescindere da una pena, allorquando "die Verhängung einer Strafe offensichtlich verfehlt wäre oder wenn die Tat einer außergewöhnlichen schweren Konfliktslage entsprungen sei und die Freiheitsstrafe für die begangene Tat nicht mehr als zwei Jahre sein würde"¹¹¹.

Il nuovo codice di diritto penale — entrato in vigore il primo gennaio 1975 — doveva rappresentare la conclusione di una lunga stagione di riforme. In seguito all'introduzione della pena unitaria non vi fu posto per una disposizione per lo *Überzeugungsverbrecher*, per la *Einschließung*, anche a livello di esecuzione della pena.

In base all'attuale diritto penale in vigore, veniva a mancare, in questo modo, per il reo per convinzione, quel privilegio e tale delinquente fu riposto nella lunga lista di delinquenti abituali facendolo rientrare nell'ambito della parte speciale del diritto penale.

¹¹¹ Cfr. J. G. GÖDAN, *Die Rechtsfigur des Überzeugungstäter*, cit., p. 37.

II. Intorno allo *Überzeugungsverbrecher*. Dalla *Überzeugung* al *Gewissen*

1. Cenni preliminari — All'interno della *Große Strafrechtskommission* del 1945 — oltre all'opinione diffusa della maggioranza — si leva anche la voce della minoranza, in particolare quella di Hans Welzel. La proposta di Welzel va nel senso della distinzione tra il soggetto che agisce per motivi di coscienza (*Gewissenstäter*) e il soggetto che agisce per convinzione (*Überzeugungstäter*)¹¹².

Una delle questioni più discusse, allora, come, del resto, ancora oggi, in grado di suscitare una notevole attenzione e un'accesa discussione, è proprio la possibile differenziazione tra la figura del delinquente per coscienza e quella del delinquente per convinzione.

L'introduzione da parte di Welzel della distinzione tra il *Gewissenstäter* e lo *Überzeugungstäter* comportò urgentemente la necessità di stabilire se la coscienza fosse qualcosa di diverso rispetto alla convinzione o se, al contrario, entrambe condividessero una essenza, caratteristiche comuni che avrebbero portato, pertanto, entrambi i soggetti ad essere oggetto di un trattamento giuridico-penale unitario.

Il fatto che si sarebbe dovuto aspettare fino a Welzel, ovvero fino al 1955, non potrebbe necessariamente condurre alla conclusione che tale questione non fosse stata precedentemente fuori dall'interesse della dottrina.

Da sottolineare che i riferimenti fino al 1955, da parte della dottrina, non avevano posto l'accento sulla determinazione di 'convinzione' ma alludevano, generalmente, alla 'convinzione' di dovere del soggetto, la cd. *Pflichtüberzeugung*¹¹³. Ancora prima della soluzione prospettata da Welzel non mancarono critiche e soluzioni intermedie e precedenti a Welzel stesso all'interno del panorama dottrinale.

¹¹² H. WELZEL, *Niederschriften*, III, 1958, p. 61 ss., cit. da D.LANG-HINRICHSSEN, *Der Überzeugungstäter in der deutschen Strafrechtsreform*, in JZ n. 5/6, 1966, p. 157.

¹¹³ In questo senso Radbruch è stato il primo autore e significativo che ha nel 1922 messo in discussione il problema di un eventuale trattamento privilegiato del soggetto che, spinto dalla sua coscienza, realizza un fatto penale, denominato, appunto, da Radbruch, *Überzeugungsverbrecher* o delinquente per convinzione e nel 1957 il termine coscienza rappresenta la definizione che l'autore utilizza per il delinquente per convinzione, ovvero come quel soggetto che viola il diritto penale con una buona coscienza, cfr. G. RADBRUCH, *Der Überzeugungsverbrecher*, in G. RADBRUCH (a cura di Arth. Kaufmann) *Gesamtausgabe Strafrecht II*, vol. 8, Heidelberg 1998, pp. 126-178.

2. La nozione di convinzione prima di Welzel — Il punto di connessione tra il concetto di convinzione e la idea della delinquenza fu introdotto da Radbruch nel 1922, entro il Progetto al codice penale tedesco, in particolare, all'interno dell'articolo 71, articolo che sarà accolto successivamente nel Progetto ufficiale del 1925, al fine di rendere possibile, per la prima volta, un privilegio per il cosiddetto delinquente per convinzione o *Überzeugungsverbrecher* — attraverso la previsione e la predisposizione della pena della *Einschließung* della stessa durata della corrispondente *Gefängnis* o *strengem Gefängnis* — laddove il delinquente si fosse sentito obbligato al fatto per convinzioni morali, religiose o politiche¹¹⁴. In base ai presupposti necessari per l'applicazione del privilegio, sarebbe stato necessario, secondo Radbruch, che l'autore si fosse sentito obbligato in base alla sua 'convinzione' di dovere (Pflichtüberzeugung) e che tale convinzione fosse stata precisamente il movente decisivo che lo abbia portato ad agire in tal modo. In questo modo, a partire da una prospettiva psicologica, l'Autore stabiliva che la 'convinzione' doveva essere considerata una riflessione, e non assolutamente “ una questione di arbitrio, ma frutto di lavoro serio e di carattere”.

Così, a suo giudizio, non si sarebbe potuta qualificare come 'convinzione' quell'opinione che nasce da un qualunque luogo e non è provabile in se stessa, 'convinzione' che è sbagliata in se stessa quando si contrappone alle altre, si nega da sé, rifiuta i suoi risultati e arriva prima delle sue conseguenze¹¹⁵.

¹¹⁴ Molti sono stati gli autori che hanno ricordato il riferimento storico del trattamento riferito all'attuazione per convinzione. In questo senso, v. W.BUDZINSKI, *Der Überzeugungsverbrecher*, Leipzig 1931; E. HEINITZ, *Der Überzeugungstäter im Strafrecht*, in ZStW n. 78, 1966; D. LANG-HINRICHSSEN, *Der Überzeugungstäter in der deutschen Strafrechtsreform*, in JZ n. 5/6, 1966; P. NOLL, *Der Überzeugungstäter im Strafrecht*, in ZStW n. 78, 1966; G. GREFFENIUS, *Täter aus Überzeugung und der Täter aus Gewissensnot*, Hamburg 1966; P. BOCKELMANN, *Zur Problematik der Sonderbehandlung von Überzeugungsverbrechern*, in G.STRATENWERTH/ARM.KAUFMANN/G.GEILEN/H.J.HIRSCH/H.L.SCHREIBER/G.JAKOBS/F.LOOS (a cura di) *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlin-New York 1974; U. EBERT, *Überzeugungstäter in der neuen Rechtsentwicklung*, Berlin 1975; J.G.GÖDAN, *Die Rechtsfigur des Überzeugungstäter* Berlin 1975; B. SCHÜNEMANN, *Politisch motivierte Kriminalität*, in W. DE BOOR (a cura di) *Politisch motivierte Kriminalität: echte Kriminalität?* S. Karger/Basel/München/Paris/London/New York/Sydney 1978; C. ROXIN, *Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund*, in ARTH. KAUFMANN/E.J. MESTMÄCKER/H.F.ZACHER, *Rechtstaat und Menschenwürde Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main 1988; J. SPROß, *Unrechts- und Strafbegründung bei dem Überzeugungs- und Gewissenstäter*, Baden-Baden 1992; H. HIRSCH, *Strafrecht und Überzeugungstäter*, Berlin-New York 1996.

¹¹⁵ Cfr. G. RADBRUCH, *Der Überzeugungsverbrecher*, cit., p. 37. In riferimento al delinquente per convinzione l'autore è dominato principalmente dalla sua convinzione. Tale elemento psicologico sarà ugualmente difeso successivamente. Molte sono state le opinioni a favore della concezione sostenuta da Radbruch, ad esempio, quella di Gödan, come intellettualismo, collocando il punto centrale della convinzione nella riflessione, in contrapposizione a quella difesa da Erik Wolf, anche detta emozionalista, la quale stabilisce il carattere essenziale della convinzione nel sentimento della certezza. E nell'ambito della

2.1. Erik Wolf — Senza dubbio la concezione di ‘convinzione’ sostenuta da Radbruch — intesa come riflessione — fu duramente criticata, in particolar modo da Erik Wolf¹¹⁶: quest’ultimo definisce il concetto di convinzione come l’ambito spirituale dell’uomo, in cui si produce una tensione nel rapporto tra due opposti contrari del mondo morale, laddove *Verbrechen* significa violare una norma, agire in maniera convinta, ovvero, secondo convinzione; significa seguire ed osservare una norma e lo *Überzeugungsverbrecher* rappresenta il caso-ipotesi della violazione di un ordine attraverso la conquista, la lotta di un ordine, violazione di una regola di vita attraverso l’osservanza di una regola di vita¹¹⁷.

Il problema consiste nel chiedersi come possa realizzarsi un adempimento di un precetto attraverso la violazione di un precetto, di due differenti precetti che lottano tra di loro per il riconoscimento; due richieste o esigenze assolute di autonomia: da un lato, l’esigenza della personalità morale autonoma e, dall’altro, l’esigenza dell’ordinamento giuridico autonomo¹¹⁸.

Sussistendo la tensione tra due entità morali Wolf si chiede se, a questo punto, lo Stato non sia la legge morale e il suo contenuto più morale, se debba, cioè, esistere un’unica esigenza morale, unica rispetto alla coscienza umana.

La dicotomia si svolge tra due essenziali e contrapposte decisioni. La prima. Se lo Stato esige il precetto morale, colui che viola il diritto statale, agisce immoralmente, errando laddove crede di agire moralmente e, forse, per questo, può essere scusato, ma mai giustificato.

La seconda. Se la coscienza è la sola e unica a dire ciò che moralmente è necessario compiere, allora, l’uomo che viola per motivi della coscienza agisce moralmente e non può essere combattuto dalla forza esterna dello Stato. In particolare — qui richiamando Radbruch — tale agente sarà considerato solo come un *Andersdenkender*, ma non uno *Schlechtdenkender*¹¹⁹.

tesi intellettualista si è inteso che la convinzione è un complesso di fenomeni della conoscenza, provocati da eventi di conoscenza e sperimentati in maniera così diretta che devono essere il motore dell’agire iniziato in maniera volontaria, cfr. W. BUDZINSKI, *Der Überzeugungsverbrecher*, cit., p. 15; E. HEINITZ, *Der Überzeugungstäter im Strafrecht*, cit., p. 621.

¹¹⁶ E. WOLF, *Verbrechen aus Überzeugung*, München 1927.

¹¹⁷ *Ivi*, p. 8.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ Il richiamo è chiaramente alla proposta di Radbruch di una *Sonderstrafe* per il delinquente per convinzione, cfr. E. WOLF, *Verbrechen aus Überzeugung*, cit., p. 8.

Concetto-chiave e punto di partenza per un'analisi della figura giuridica è — per Wolf — il concetto di ‘convinzione’, la cd. *Überzeugung*: se Radbruch intendeva per convinzione l'aspetto della riflessione (*Überlegung*), quindi un elemento di natura psicologica, Wolf riconosce come concetto di convinzione il sentimento della saggezza, della verità dell'obiettività e di tutto quanto sia misurabile e soppesabile¹²⁰. Da qui Wolf concentra l'attenzione sul compito primo e fondamentale del giudice, ovvero, quello di stabilire che, nel caso *de quo*, non la convinzione in sé, ma stabilire in particolare che la ‘convinzione’ sia stata il motivo e movente del fatto.

All'odierno concetto di *Überzeugung* — avverte Wolf — si contrappone ancora un concetto antico, ove si raccolgono profili religiosi ed anche molto politici della *Pflichtüberzeugung*. Ma intanto la convinzione non è rilevante in quanto è motivante, in quanto la motivazione morale è in grado di paralizzare la rimproverabilità del fatto e i motivi divengono giuridicamente rilevanti se attenuano il rimprovero. Altrimenti detto ciò che rileva non è l'intensità della motivazione, ma decisivo sarà il valore etico; non l'influsso psichico del motivo, ma è in questione il suo influsso sulla formazione morale della volontà¹²¹.

Tutto ciò premesso, all'opinione esternata da Höppler, in occasione del trentaquattresimo *Deutscher Juristentag* — opinione nel senso della esclusione dell'antigiuridicità (*Rechtswidrigkeit*) in seguito al compimento di un'azione sotto l'influsso o, meglio, il vincolo di una convinzione, Wolf risponde in senso negativo, replicando, a sua volta, che l'azione, conforme al dovere, sarebbe così poco capace di costituire la liceità (*Rechtmäßigkeit*) come l'azione contraria al dovere costituisce in sé una illiceità (*Rechtswidrigkeit*)¹²².

Altra questione è, però, secondo l'Autore, il riconoscimento di una rimproverabilità e, con ciò, la colpevolezza (*Schuld*) attraverso il riconoscimento dello *Überzeugungsverbrecher*: il rimprovero di colpevolezza si fonda certamente sulla contrarietà dell'azione al dovere. Ma ciò può essere risolto e deciso solo sotto il punto di vista soggettivo della ragione dell'adempimento del dovere. Allora la domanda si pone in questi termini: è l'adempimento del dovere giuridico ancora accettabile rispetto a colui che agisce nella consapevolezza del “giusto” diritto?

¹²⁰ *Ivi*, p. 10.

¹²¹ *Ivi*, pp. 12-13.

¹²² Cfr. E. WOLF, *Verbrechen aus Überzeugung*, cit., p. 17.

La risposta di Wolf è negativa. Non può ancora parlarsi di colpevolezza (Schuld). E ancora — continua Wolf — l'ultima risposta era offerta da Freudenthal¹²³, laddove l'elemento che esclude la colpevolezza della 'convinzione' obbligante sarebbe perciò una conseguenza della teoria normativa della colpevolezza, laddove il suo limite è rappresentato proprio dal fatto che la considerazione delle rappresentazioni individuali del dovere trovano il loro limite nella esigenza di una misura della posizione ed atteggiamento dello Stato: ciò che appare, dal punto di vista etico-sociale, irragionevole, può e deve essere preteso dal punto di vista etico-sociale, laddove la colpevolezza non è la semplice contrarietà al dovere, ma è contrarietà al dovere dello Stato, quindi la individuale *Pflichtüberzeugung* dello *Überzeugungsverbrecher* non scusa la sua contrarietà sociale al dovere¹²⁴. Wolf prosegue la sua analisi confermando l'opinione ormai consolidata e maggioritaria, secondo cui lo *Überzeugungsverbrecher* si caratterizzerebbe per essere un tipo psicologico-criminale.

Ma all'elemento psicologico dell'esperienza e del momento della saggezza, saggezza intesa come consapevolezza di chi sa e si rende conto (*Gewißheitserlebnis*), si aggiungerebbe anche un contenuto etico; anzi il problema origina proprio a partire da un conflitto etico, in particolare, morale, da un obbligo (*Pflicht*).

Va sottolineato, però, che secondo l'opinione dell'Autore, la tesi di Radbruch implica il mantenimento di un concetto aprioristico, il quale non è in grado di produrre alcuna analisi psicologica, non essendo una evidenza in senso logico, ma la mera sensazione psicologica di certezza soggettiva, anche se questa non deve limitarsi necessariamente ad evidenze razionali o presupposti finalistici, né tanto meno essere del tutto valida per poter spiegare il concetto del delinquente per convinzione¹²⁵.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ *Ivi.*, p. 18.

¹²⁵ Cfr. E. WOLF, *Verbrechen aus Überzeugung*, cit., pp. 10, 12, 21, che considera che nel concetto del delinquente per convinzione debba predominare maggiormente l'elemento etico dell'obbligazione al fatto che il carattere psicologico, che sarebbe la propria convinzione. Inoltre, né il concetto logico né quello psicologico sono adeguati a spiegare il fenomeno della delinquenza per convinzione in quanto, secondo la sua opinione, non si deve aspettare qualcosa dalla convinzione in quanto è motivata, ma perché paralizza moralmente la riprovevolezza del fatto.

La decisione se un soggetto abbia agito conformemente ad un obbligo sarebbe il risultato di un giudizio di valore; di conseguenza ciò che caratterizzerebbe la convinzione non sarebbe l'elemento psicologico, ma etico (*Verpflichtung*). Ecco per Wolf chiarito perché il diritto vigente — dove il movente del fatto viene preso in considerazione — si fonderebbe sulla *Gesinnung* e non sulla naturale struttura dell'anima.

Da questo punto di vista quanto affermato nell'articolo 72 del nuovo Progetto significava che — laddove doveva essere riconosciuta per un disonesto comportamento (*ehrlose Gesinnung*) la *Zuchthaus* — in futuro per un comportamento onesto (*ehrenhafte Gesinnung*) doveva essere riconosciuta la *Einschließung*¹²⁶.

Ancora. Secondo Wolf, una descrizione della figura giuridica dello *Überzeugungsverbrecher* non era possibile né su un piano individuale-generalizzante, né dal punto di vista di una valutazione etico-individualizzante, ma unicamente — in accordo con Radbruch e in opposizione a Kohlrausch — sociologico-tipizzante: con tale cambio di prospettiva lo *Überzeugungsverbrecher* era colui che porta su di sé lo spirito di una determinata collettività che — o per motivi religiosi o per motivi sociali — si contrappone allo Stato in quanto portatore di un valore più alto.

Da ciò conseguiva che un riconoscimento dello *Überzeugungsverbrecher* da parte della legge non fosse un riconoscimento etico-personale, un atteggiamento dal pieno valore umano, ma il sostanziale riconoscimento delle forze etico-sociali obbliganti accanto alla forza dello Stato¹²⁷.

Pertanto, non solo il riconoscimento di obbligazioni (*Verpflichtungen*), ma anche il riconoscimento di obblighi (*Pflichten*) etico-sociali avrebbero significato la legalizzazione dell'idea di una pena speciale per lo *Überzeugungsverbrecher*¹²⁸.

Se — come afferma Wolf — lo *Überzeugungsverbrecher* porta su di sé lo spirito di un gruppo, che si trova in perpetuo conflitto con l'ordinamento giuridico, qui scomparirebbe l'ambito problematico ovvero il conflitto della coscienza: chi appartiene ad un gruppo, non conosce un conflitto all'interno della propria coscienza¹²⁹.

¹²⁶ L'articolo 72 del nuovo Progetto presentato al *Reichstag* conteneva una visione dal valore etico-individuale, cfr. E. WOLF, *Verbrechen aus Überzeugung*, cit., p. 19.

¹²⁷ Cfr. E. WOLF, *Verbrechen aus Überzeugung*, cit., p. 26.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ *Ibidem*.

Quel valore etico-sociale dello *Überzeugungsverbrecher*: una idea dello Stato in contraddizione con l'ordinamento giuridico-penale, contraddizione che — solo in casi rari — avrebbe rappresentato un'idea formale della giustizia o una idea della tolleranza preferibilmente da realizzare ma, specie nel caso dell'agente per convinzione politica, rappresentava una concreta e nuova visione dello Stato e del diritto, come espressione di una più nuova visione della vita¹³⁰.

Ciò nonostante la nozione della convinzione di Wolf fu oggetto d'intense critiche. Così — ad esempio — se si considera che la sua proposta di 'convinzione' era diretta verso un dovere — escludendo la possibilità di dirigersi verso un poter agire nel senso del permesso — si avvertiva ugualmente la necessità di mantenere un grado minimo di riflessione nella natura della 'convinzione'¹³¹ e, infine, la difficoltà di delineare la sua nozione di 'convinzione' di fronte ad altre motivazioni¹³².

Secondo la visione di Wolf, il riferimento di Radbruch circa le convinzioni morali, religiose o politiche poteva includersi in maniera generale nel concetto della 'convinzione' morale obbligatoria. Ecco che, secondo il suo giudizio, non sarebbe stato possibile ammettere alcuna limitazione per quel che concerne il contenuto dell'articolo 71 pur ricorrendo alcune differenze qualitative entro la convinzione morale, religiosa e politica¹³³.

Altre opinioni ugualmente si sono mostrate favorevoli all'inclusione, entro il contenuto della convinzione, di considerazioni morali, politiche o religiose¹³⁴,

Ma gli argomenti addotti erano dei più diversi: così si è rifiutata la possibilità di differenziazione tra la convinzione religiosa, politica e morale la quale avrebbe comportato una limitazione proprio del concetto di 'convinzione' o perché sarebbe stato superfluo e ridondante alludere alla convinzione religiosa, politica o morale di natura obbligatoria, presentando tutte le convinzioni tale carattere imperativo o obbligatorio.

¹³⁰ Cfr. E. WOLF, *Verbrechen aus Überzeugung*, cit., p. 28.

¹³¹ Cfr. W. BUDZINSKI, *Der Überzeugungsverbrecher*, cit., p. 15.

¹³² Cfr. J.G. GÖDAN, *Die Rechtsfigur des Überzeugungstäter*, cit., p. 202 ss., secondo il quale situare il carattere principale della nozione di convinzione nel sentimento della certezza implicava maggiori difficoltà per delimitare la convinzione a fronte di alcune forme patologiche, ai dementi, ai fanatici e querelanti. Inoltre, alla domanda, se i "simpatizzanti" avessero convinzioni si doveva rispondere affermativamente se si considerava la convinzione un sentimento di certezza.

¹³³ Cfr. E. WOLF, *Das Tatmotiv der Pflichtüberzeugung als Voraussetzung einer Sonderstrafe*, in ZStW n. 46, 1925, pp. 213-216.

¹³⁴ Cfr. W. BUDZINSKI, *Der Überzeugungsverbrecher*, cit., p. 17.

Allo stesso modo, altre opinioni alludevano all'importanza del contenuto della 'convinzione' per la valutazione del fatto commesso sotto la sua influenza. Così, ad esempio, si considerava che il contenuto della convinzione non fosse significativo per quel che riguardava la 'convinzione' stessa, ma solo per ciò che concerneva la motivazione del delinquente per convinzione.

Per altri autori, invece, sussisteva una stretta relazione tra la coscienza e la 'convinzione'. In questo senso, secondo alcuni autori, Rittler, Foltin e Winterstein, in occasione della celebrazione della settimana giornata dei giuristi tedeschi in Cecoslovacchia, era chiara quest'unione, qualificando tale soggetto come colui che nella sua coscienza si sente obbligato al fatto¹³⁵. Successivamente, rispetto al 1922, anche Radbruch aveva stabilito che il delinquente per convinzione dovesse essere considerato come colui che — in virtù della sua coscienza o di qualsiasi altra prescrizione inerente alla sua religione — si fosse sentito obbligato alla realizzazione di un dato comportamento¹³⁶. In maniera generale altre opinioni sottolineavano l'equiparazione tra la obbligazione in coscienza e la obbligazione in 'convinzione'¹³⁷ oppure esigevano che il sentimento di mandato — avvertito dal delinquente per convinzione — avesse dovuto riempirsi del contenuto della coscienza, motivato in maniera unica e determinante¹³⁸.

¹³⁵ Cfr. J.G.GÖDAN, *Die Rechtsfigur des Überzeugungstäter*, cit., p. 204 (nota 22).

¹³⁶ Cfr. G.RADBRUCH, *Verhandlungen des 34. DJT zu Köln 1926*, Berlin-Leipzig 1927, p. 358.

¹³⁷ Cfr. W. BUDZINSKI, *Der Überzeugungsverbrecher*, cit., p. 17.

¹³⁸ In questo senso, cfr. WOLF, *Verbrechen aus Überzeugung*, cit., p. 6.

3. Dalla *Überzeugung* al *Gewissen*: Hans Welzel — La distinzione che ha tanto e a lungo, fino ai giorni nostri, interessato la dottrina nasce dalla proposta di Welzel in occasione della ventisettesima sessione della *Große Strafrechtskommission* per la riforma penale del 1955: distinzione tra la figura del delinquente per coscienza e quella del delinquente per convinzione.

Partendo dal presupposto che il legislatore penale prescrive che un fatto penale, doloso, debba essere punito solamente nel caso di conoscenza del divieto, escludendo, in questo modo, ogni errore di divieto dalla punibilità, un caso speciale è rappresentato da quelle ipotesi in cui l'agente conosce certamente la norma di divieto, ma non si sente obbligato nella sua coscienza e contravviene ad essa in base ad un obbligo della coscienza divergente (*Gewissenspflicht*)¹³⁹.

La decisione della coscienza (*Gewissensentscheidung*) è definita come quella “decisione moralmente seria che è orientata alle categorie del bene e del male e che il singolo avverte nel suo foro interno come vincolante e assolutamente obbligante, così che egli non possa agire contro di essa senza una seria necessità della coscienza (*Gewissensnot*)”¹⁴⁰.

Laddove — come sostiene Welzel — nella coscienza dell'agente stanno contrapposte, da un lato, la norma giuridica e, dall'altro, la contrastante coscienza, il riferimento alla ‘convinzione’ ha la sua ragion d'essere rispetto alla distinzione che Welzel realizzò tra il delinquente per coscienza e il delinquente per convinzione, premesso che — prima di lui — la dottrina parlava, generalmente, dell'esistenza di una convinzione di dovere (*Pflichtüberzeugung*) o obbligazione (*Verpflichtung*) nel senso che si trovano nella medesima persona due contrapposte esigenze o richieste di obbligazione (*Verpflichtungsansprüche*): un'istanza superiore che decide quale delle due sia giusta, non esiste, dal momento che al di sopra della coscienza non sussiste alcun giudice; da ciò nasce un contrasto, un'antonomia di esigenze di obbligazione¹⁴¹.

¹³⁹ Welzel cita come esempi il rifiuto del servizio civile o il rifiuto di una vaccinazione o trasfusione da parte dei Testimoni di Geova, il caso del medico cattolico che si rifiuta di evitare il pericolo di vita di una donna a causa di un'interruzione di gravidanza, cfr. H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. ediz., Berlin 1969, pp. 174, 176.

¹⁴⁰ Cit. da H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 176.

¹⁴¹ *Ivi.*, p. 177.

Nonostante l'obbligo di seguire e perciò osservare la coscienza, continua ad esistere — afferma Welzel — il precetto ugualmente vincolante dell'ordinamento giuridico superindividuale del *Sollen*: di conseguenza, il diritto non può rendere indipendente la forza obbligatoria delle sue norme dall'approvazione della coscienza da parte del singolo, altrimenti sarebbe resa principalmente impossibile non solo la esistenza di un ordinamento ultraindividuale ma anche la sussistenza della tutela dei beni giuridici attraverso di essa tutelata (ad esempio, la generale e collettiva tutela alla salute attraverso la diffusa e generale vaccinazione anti-vaiolo). Rispetto a ciò, il diritto non può assolutamente riconoscere la giustizia, correttezza (*Richtigkeit*) di una diversa e divergente *Gewissensentscheidung*, ma dovrebbe per lo meno rispettare la sua coscienza, meticolosità (*Gewissenhaftigkeit*)¹⁴².

All'agente per coscienza (*Gewissenstäter*) deve — secondo l'Autore — certamente essere resa visibile e presente la erroneità o la possibilità di errore della sua decisione, la possibilità di mantenere e sostenere la validità obiettiva e la forza di obbligazione delle norme giuridiche e il diritto come diritto, non come semplice forza di coercizione (*Zwangsmacht*), deve essere manifestato; ma la forza — e qui Welzel si avvia verso la conclusione — della coscienza (*Gewissenhaftigkeit*) della sua decisione non gli può essere, all'agente, rimproverata come un rifiuto colpevole di contro al diritto¹⁴³.

Questo significa il venir meno dell'accento negativo della “rimproverabilità” (*Vorwerfbarkeit*) fermo restando illesa — secondo una bella espressione del Welzel — “nascosta nella libera decisione”, il momento della responsabilità personale dell'agente per la sua decisione. Per questo motivo egli dovrà sottostare alle conseguenze della responsabilità per la sua decisione divergente dal diritto e dall'ordinamento giuridico, ma le conseguenze dell'illecito a ciò collegate dovrebbero essere liberate e depurate da ogni carattere discriminatorio e discriminante. Il che — ricordando il percorso di Radbruch — avveniva nella *custodia honesta*¹⁴⁴.

¹⁴² Cfr. H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 177.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

Per Welzel il delinquente per coscienza è “colui che si decide per il fatto in una lotta seria per il raggiungimento di ciò che è eticamente corretto”¹⁴⁵: il delinquente per coscienza è quell’individuo che è in lotta con la sua coscienza vicino alla correzione della sua decisione. Al contrario, il delinquente per convinzione, ad esempio, la ‘convinzione’ politica, in concreto il fanatico, che obbedisce ad un ordine dato, non ha sperimentato dentro di sé la lotta della coscienza, il che implica che è privo di qualunque tipo di privilegio¹⁴⁶.

Ricordiamo che Welzel è uno degli autori che — dalla prospettiva del diritto penale — si preoccupa del problema della coscienza dando ad essa quella sede naturale che è la *Rechtsphilosophie*. A tal proposito, il suo celebre saggio *Vom irrenden Gewissen*¹⁴⁷: qui Welzel riprende Kant, affermando che “colui che è consapevole di aver agito secondo coscienza, non può pertanto riguardarlo né colpirlo ciò che ha a che fare con la colpevolezza o la non colpevolezza. Si tratta, piuttosto, di illuminare la sua ragione (Verstand) su ciò che rappresenta ed è un obbligo (Pflicht) e ciò che non lo è”¹⁴⁸.

Ad ogni modo, l’opinione della dottrina maggioritaria propende per una separazione tra l’autore per motivi di coscienza e il delinquente per convinzione, potendosi constatare l’esistenza solo di qualche opinione solitaria e, perciò, minoritaria, che la nega¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Cfr. D. LANG-HINRICHSEN, *Der Überzeugungstäter in der deutschen Strafrechtsreform*, cit., p. 162, il quale considera che non esiste una grande differenza tra la nozione del delinquente per coscienza offerta da Welzel e il concetto del delinquente per convinzione in Radbruch e che quest’ultimo autore non considera il fanatico un delinquente per convinzione.

¹⁴⁶ In maniera critica, cfr. J.G. GÖDAN, *Die Rechtsfigur des Überzeugungstäter*, cit., p. 146, il quale si chiede se sia possibile, a priori, escludere la esistenza di una decisione della coscienza nel delinquente per convinzione politica. Inoltre, si chiede se non fosse meglio costruire un solo tipo di delinquente per coscienza, al posto di due gruppi come il delinquente per coscienza e il delinquente per convinzione, ad esempio, politica. L’Autore mantiene, alla fine, l’interrogativo, nel punto in cui stabilisce che non si dovrebbe valutare allo stesso modo quel soggetto che ha agito motivato da una decisione della coscienza o in virtù di considerazioni politiche, religiose o di altro tipo.

¹⁴⁷ Cfr. H. WELZEL, *Von irrenden Gewissen*, in *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, Tübingen 1949; ID., *Von irrenden Gewissen*, in *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, Tübingen 1949, in J. BLÜHDORN, *Das Gewissen in der Diskussion*, n. 37, Darmstadt 1976.

¹⁴⁸ H. WELZEL, *Von irrenden Gewissen*, cit., p. 394.

¹⁴⁹ Tra le distinte posizioni dottrinali ricordiamo, D. LANG-HINRICHSEN, *Der Überzeugungstäter in der deutschen Strafrechtsreform*, p. 157,162; E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. edizione, Tübingen 1975, p. 427, secondo cui è necessario partire dal presupposto che il concetto di autore per convinzione è stato sempre utilizzato nel senso di convinzione morale, che significa la esistenza di una convinzione basata su una decisione della coscienza. In maniera critica, A. SILVA DIAS, *A relevância jurídica co-penal das decisões de consciência*, Coimbra 1986, p. 62.

A partire da questo quadro iniziale e prendendo come punto di partenza le considerazioni di Welzel, è possibile compiere una distinzione tra la posizione maggioritaria — che utilizza come criterio di distinzione il vincolo e la obbligatorietà dell'imperativo della coscienza¹⁵⁰ — e l'altra posizione che distingue in virtù di altri ordini di considerazione.

Anche la dottrina successiva a Welzel si è preoccupata di analizzare la natura della cosiddetta 'convinzione', anche se non in maniera approfondita così come è avvenuto per la definizione della coscienza. Ad esempio, secondo Gödan, la 'convinzione' rappresenta una struttura di elementi riferiti ad un gruppo, singolo o di personalità, che si può determinare attraverso considerazioni razionali, emozionali o volitive¹⁵¹.

In virtù della proposta di differenziazione, realizzata da Welzel nel 1955, comparvero, da un lato, opinioni che sostenevano la identificazione tra la coscienza e la convinzione ed altre, dall'altro lato, che, invece, optavano per una sua differenziazione. Si potrebbe considerare come d'importanza marginale, il punto di vista che identificava la coscienza con la convinzione.

Al contrario, la maggioranza della dottrina opta per una separazione tra la nozione della coscienza e quella della convinzione¹⁵², non solo dal punto di vista e dalla prospettiva aliena al diritto penale, ma anche dal punto di vista del diritto penale stesso.

Secondo Gödan, mentre la coscienza come mezzo-strumento della persona e come atto di decisione è riferita alla persona, la convinzione è sempre "convinzione circa ed intorno a qualcosa" e, per questa ragione, deve sempre riferirsi ad un oggetto. Inoltre, la coscienza come atto della decisione è qualcosa di supremo, mentre la convinzione è abituata ad essere qualcosa di intersoggettivo, il che si aggiunge al fatto che la convinzione e la coscienza si comportano, rispettivamente, come potenzialità ed attualità¹⁵³.

¹⁵⁰ In questo senso, ad esempio, cfr. W. GEIGER, *Gewissen Ideologie Widerstand Nonkonformismus*, München 1963, p. 80, il quale, senza stabilire alcun criterio specifico, considera che esiste una differenza tra chi agisce in coscienza e chi in virtù di una convinzione e che nella convinzione la coscienza è silenziosa.

¹⁵¹ Cfr. J. G. GÖDAN, *Die Rechtsfigur des Überzeugungstäter*, cit., p. 239 ss.

¹⁵² Anche la giurisprudenza si è occupata della distinzione tra la convinzione e la coscienza. In questo senso, il *Bundesgerichtshof*, nella sentenza *BGHst* 18, 87 del 19 ottobre 1962, stabilisce la differenza tra la coscienza e la 'convinzione', non considerandoli come sinonimi, ma, all'opposto, differenti. In particolare, tale differenza si riferisce al delinquente per convinzione nel senso che egli, nel compimento del fatto delittuoso, fa appello alla sua coscienza e converte i suoi fini delittuosi come fondamento della sua propria convinzione e conseguente attuazione.

¹⁵³ Cfr. J.G.GÖDAN, *Die Rechtsfigur des Überzeugungstäter*, cit., pp. 204, 235. Queste considerazioni porteranno l'Autore ad optare per l'uno o per l'altro concetto nella definizione del delinquente per convinzione.

III. *Überzeugung* e *Gewissen* dopo Welzel

1. Il “dopo” Welzel: Karl Peters, Peter Noll, Ernst Heinitz — A questo punto è possibile fare una distinzione tra la posizione maggioritaria — che utilizza come criterio di distinzione il vincolo e l’obbligatorietà dell’imperativo della coscienza — e l’altra posizione che distingue in virtù di altri ordini di considerazione.

Uno degli autori che ugualmente distingue tra il soggetto che agisce per motivi di coscienza e colui che agisce in virtù di una convinzione è Karl Peters.

Nel saggio *Überzeugungstäter und Gewissenstäter*¹⁵⁴, come si evince dal titolo l’Autore distingue tra un agire per motivi di convinzione ed un agire per motivi di coscienza; il problema, in particolare, di una decisione della coscienza (*Gewissensentscheidung*) ovvero di quest’ultima e del relativo conflitto della coscienza all’interno dell’individuo fino ad ora — come osserva Peters — non è stato preso sul serio e che molto spesso nel rapporto tra la legge e la coscienza il giudizio dei giuristi pende a favore della legge: il riconoscimento di una *Gewissensentscheidung* contro la legge mette in pericolo il bene dello Stato¹⁵⁵.

Per l’Autore una considerazione della decisione della coscienza nell’ambito giuridico è resa necessaria proprio in virtù di una carente differenziazione tra *Gewissen* e *Überzeugung*¹⁵⁶.

Nel citare casi tipici di decisioni della coscienza — il primo, quello del giudice che sarebbe tenuto in base alla legge ad adottare una decisione, decisione assolutamente non conciliabile con la sua coscienza; il secondo, il caso del rifiuto del servizio civile, sostitutivo del servizio militare— il rifiuto del riconoscimento di una decisione della coscienza come azione giustificata dall’ordinamento giuridico si ritrova nei casi citati da Peters: la considerazione di convinzioni politiche o religiose non potrebbe condurre lo Stato a capitolare dinanzi ad una ‘convinzione’ del violatore¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Cfr. K.PETERS, *Überzeugungstäter und Gewissenstäter*, in F. GEERDS/W.NAUCKE (a cura di) *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965*, Berlin 1966, pp. 257-280.

¹⁵⁵ Cfr. K. PETERS, *Überzeugungstäter und Gewissenstäter*, cit., p. 256.

¹⁵⁶ Cfr. K. PETERS, *Überzeugungstäter und Gewissenstäter*, cit., p. 256.

¹⁵⁷ *Ivi*, pp. 258, 261

La qualità e la natura del *Gewissenstäter* non è ancora divenuta chiara e si trova ancora al centro di aspre e continue controversie. La soluzione, certo, al problema dell'agente per convinzione non può più provenire ed essere risolta attraverso gli strumenti, le concezioni, idee e ideologie del tempo passato, l'impero di Bismarck e il tempo di Weimar: nel frattempo le esperienze terribili del Nazionalsocialismo con il terrore della coscienza, con la infinita tensione della coscienza e gli individui come vittime, provenienti da ogni classe religiosa, politica e sociale.

Il passato — qui ancora Peters — ha insegnato che l'ordinamento obiettivo non libera dalla responsabilità individuale ed è in questa situazione di conflitto individuale che la Costituzione tedesca (*Grundgesetz*) all'articolo 4 ha riconosciuto la libertà della coscienza (*Gewissensfreiheit*), libertà che può essere compresa a pieno solo tenendo in considerazione la necessità e l'urgenza di quel tempo¹⁵⁸.

Riprendendo la definizione di Welzel o meglio quanto sostenuto nella celebre definizione del *BVerfG*¹⁵⁹, la decisione della coscienza o *Gewissensentscheidung* deriva e segue da un ordine di valori obiettivo, la cui comprensione e visione portano alla decisione su ciò che è “bene” e su ciò che è “male” di un'azione e sarebbe, pertanto, un errore fondamentale che il *Gewissenstäter* prenda la sua decisione arbitrariamente secondo pure valutazioni e misure personali, ma — al contrario — egli si sottopone ed è sottoposto all'ordinamento che sta sopra di lui e agisce, pertanto, a partire da questo vincolo all'ordinamento, in cui il suo agire consiste nel tentare di capire l'ordine a lui preesistente e di trovare tra quelle circostanze, diversamente non chiare, la soluzione che al suo compito-prestazione corrisponde.

Pertanto la strada verso una decisione della coscienza è così sviluppata poiché il singolo considererà, ai fini della costruzione e formazione del suo giudizio, per evitare il soggettivismo e accenti personali, la manifestazione delle autorità e forze all'interno della comunità di vita degli individui che agiscono.

Bisogna, ad ogni modo, distinguere tra la decisione della coscienza in ambito religioso, in particolare cristiano, dove essa è rappresentata dalla decisione di Dio, da quella in ambito non religioso, la quale si collega ad un ordine umano sul bene e male¹⁶⁰.

¹⁵⁸ *Ivi*, pp. 265-266.

¹⁵⁹ “Als Gewissensentscheidung ist somit jede ernste sittliche, d.h. an den Kategorien von gut und böse orientierte Entscheidung anzusehen, die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt”, cfr. *BVerfG* Beschl. 20. 12. 1960 in *NJW* 1961, 355 (357), cit. da K. PETERS, *Überzeugungstäter und Gewissenstäter*, cit., p. 269.

¹⁶⁰ *Ivi*, p. 270.

Dal momento che la decisione della coscienza è fondata obiettivamente, essa — nonostante la sua soggettività — ha la tendenza necessariamente alla oggettività: chi prende una decisione per motivi di coscienza, chi orienta la sua azione moralmente secondo l'ordine oggettivo, si mostra ugualmente come oggettivamente corretto nonostante il testo contrario della legge e deve, per questa via, augurarsi che la sua decisione sia anche quella degli altri.

Tale tendenza che vive all'interno della decisione della coscienza non spiega evidentemente l'uso della coercizione (*Zwang*) laddove essa può esistere anche quando si rispetti la decisione in coscienza degli altri, anche laddove essa si contrappone¹⁶¹.

Dove esiste la linea di confine tra la decisione dettata dalla coscienza e quella dettata dalla convinzione? La convinzione si fonda su visioni, idee e opinioni politiche. Il concetto di coscienza va delineato in senso stretto per poter comprendere la sua essenza e per, soprattutto, porre in maniera corretta i limiti della decisione della coscienza. Quest'ultima si prova sulla serietà dei suoi intenti¹⁶².

Secondo Peters — sebbene il delinquente per coscienza sia allo stesso tempo delinquente per convinzione — è però comunque qualcosa di più e di sostanzialmente diverso: il delinquente per coscienza indirizza il suo agire in maniera conforme alle categorie del bene e del male e vi è in tale agente una tendenza alla generalizzazione della sua condotta; al contrario, colui che agisce motivato da una convinzione potrebbe solo invocare l'agire in virtù di ciò che considera corretto o non corretto e viene meno in lui il desiderio che tale attuazione sia generalizzabile.

Inoltre, la differenza tra il delinquente per coscienza e per convinzione dipende dal se il soggetto, in virtù di una sua obbligazione con Dio o con se stesso, giunge alla conclusione che un determinato fatto gli possa provocare una perdita della sua essenza personale¹⁶³.

¹⁶¹ Cfr. K. PETERS, *Überzeugungstäter und Gewissenstäter*, cit., p. 271.

¹⁶² *Ivi*, p. 277.

¹⁶³ Cfr. K. PETERS, *Überzeugungstäter und Gewissenstäter*, cit., p. 263, 272 dove stabilisce la necessità della separazione all'interno dell'ambito della punibilità, criticando che, nella sentenza dell'*OLG Hamm* 14.9.1964, si equipara il delinquente per coscienza e il delinquente per convinzione. E, nello stesso senso, cfr. G. GREFFENIUS, *Der Täter aus Überzeugung und der Täter aus Gewissensnot*, cit., p. 63 ss., il quale considera che il delinquente per convinzione si sente obbligato ad agire ma la sua decisione non incide sul piano etico, o meglio, non su ciò che è bene o male, ma su ciò che è corretto e non corretto; nello stesso senso, cfr. U. EBERT, *Überzeugungstäter in der neuen Rechtsentwicklung*, cit., p. 75 secondo cui la differenza risiede nel fatto che il delinquente per convinzione orienta la sua condotta verso le categorie del corretto e del non corretto, ma non a quelle del bene o del male, come invece avviene nel caso del delinquente per coscienza; Alludendo non al corretto e al non corretto ma a ciò che è vero e falso, v. anche H. HIRSCH, *Strafrecht und Überzeugungstäter*, cit., p. 9; E. HEINITZ, *Der Überzeugungstäter im Strafrecht*, cit., p. 623 ss., che annulla le considerazioni di Peters e parte dal presupposto che non ogni soggetto che agisce in virtù della sua convinzione, è anche motivato dalla sua coscienza. Secondo la sua opinione, non è provato che, a proposito del delinquente per convinzione e per coscienza, si parla di diversi e

Ciò che anche ha un significato rilevante ai fini della distinzione tra una decisione della coscienza e una decisione dettata dalla convinzione è anche il momento e l'elemento temporale: una convinzione può essere riportata indietro a qualsiasi momento del tempo; essa in ogni momento può essere pensata o ri-pensata in maniera nuova e ri-formulata.

Le cose stanno sostanzialmente in maniera diversa per la decisione della coscienza. Più profondamente ed essenzialmente questa è pensata, più essa ha il carattere di una decisione o risoluzione per la vita e la natura dell'unicità. Lo stesso avviene anche quando il *Gewissenstäter* giunge ad un'altra e nuova *Gewissensentscheidung*: il che certamente significa che il persistere in una decisione della coscienza — già precedentemente adottata — non ha il significato di una nuova decisione: attraverso la precedente decisione la situazione che si contrappone alla legge viene fondata¹⁶⁴. Infine — punto significativo dell'analisi di Peters — la distinzione tra i due tipi di decisione porta anche ad un chiarimento del trattamento dello *Überzeugungstäter*: il problema del se lo *Überzeugungstäter* meriti una pena particolare (Festung, Einschließung). Ma se si esclude il *Gewissenstäter* dal campo del diritto penale, non sembra possibile un tipo di pena particolare per lo *Überzeugungstäter*.

Ad ogni modo, l'introduzione di una pena particolare per lo *Überzeugungstäter* farebbe ancora intravedere la soluzione per il *Gewissenstäter*. In particolare, l'eliminazione del *Gewissenstäter* dal campo del diritto penale condurrebbe, infine, ad una necessaria liberazione del settore dell'esecuzione penale¹⁶⁵.

differenti tipi. Si deve pretendere non solo che l'agire e la 'convinzione' camminino di pari passo, ma che anche il delinquente si senta obbligato al fatto per il tramite della 'convinzione' e ciò può dipendere tanto da considerazioni religiose, quanto politiche o ideologiche. L'intensità e la fermezza della 'convinzione' possono essere di diversi gradi, ma non è possibile una differenza ancor più ampia tra il delinquente per coscienza e il delinquente per convinzione.

¹⁶⁴ Cfr. K. PETERS, *Überzeugungstäter und Gewissenstäter*, cit., p. 279.

¹⁶⁵ Cfr. K. PETERS, *Überzeugungstäter und Gewissenstäter*, cit., pp. 279- 280.

Contemporaneamente a Peters si pronuncia anche Peter Noll nel saggio *Der Überzeugungstäter im Strafrecht*¹⁶⁶: il discorso qui svolto da Noll riprende in più punti l'idea di fondo dello *Überzeugungstäter*, ovvero il pensiero radbruchiano, ma allo stesso tempo, l'Autore si rende conto che argomenti *contra* o meglio proposte di nuove soluzioni non vi sono e che il nocciolo della questione sta astrattamente nella posizione ed atteggiamento dello Stato rispetto a specifici fatti penali ed agenti. In particolare sottolinea la specificità della nuova legislazione tedesca, legislazione che ha tentato in maniera straordinaria e piena di *nuances* di esprimere la forza della disapprovazione morale e che, secondo la opinione del legislatore, è collegata con la sanzione attraverso non solo la quantità, ma anche la qualità della sanzione¹⁶⁷.

Il problema si situa nella battaglia tra l'ordinamento giuridico vigente e un possibile ordine del diritto: più l'ordine giuridico è democratico, più aperta è la società; più sono legali le possibilità di cambiamento della situazione esistente, meno deve lo Stato dimostrarsi tollerante all'interno del diritto penale¹⁶⁸. Il collegamento con la teoria radbruchiana è visibile: con la disciplina giuridica del problema dello *Überzeugungstäter*, si osserva in prima linea una auto-rappresentazione dello Stato e delle sue visioni della Giustizia (*Gerechtigkeit*) e, in seconda linea, la soluzione di un problema sostanziale; i presupposti ideologici della problematica dipendono strettamente da circostanze ed elementi politici e sociali.

Per quanto concerne il trattamento penale di tale agente, se, da un lato, la *custodia honesta* — dal punto di vista sociologico — appariva come una sanzione dal carattere interdisciplinare e, dall'altro, come un privilegio di classe e, infine, come gradino prima dell'amnistia in tempi e circostanze politicamente movimentate, la *Einschließung* starebbe a metà strada tra la *Gefängnisstrafe* e la *Disziplinarstrafe* e riceverebbe, per questo, un significato tutt'altro diverso nel caso della fattispecie penale del reato per convinzione: se l'agente sta in un particolare rapporto di violenza, non si accontenta delle richieste che a lui vengono poste, lo *Überzeugungstäter* non ha meno, anzi, troppa forza conforme e autonormante, per seguire la norma legale¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Cfr. P. NOLL, *Der Überzeugungstäter im Strafrecht*, cit., pp. 638-662.

¹⁶⁷ *Ivi*, p. 639.

¹⁶⁸ Cfr. P. NOLL, *Der Überzeugungstäter im Strafrecht*, cit., p. 640.

¹⁶⁹ *Ivi*, p. 641.

Motivo principale — così Noll — delle proposte fino ad allora fatte a sostegno della sanzione della *Einschließung* è l'idea di trattare i delinquenti politici — ovvero gli agenti per convinzione per eccellenza — in maniera cavalleresca, come nemici in guerra, similmente ai prigionieri di guerra che vengono riportati in libertà quando la battaglia termina¹⁷⁰. Noll riassume le caratteristiche che la pena speciale per lo *Überzeugungstäter* deve possedere. Innanzitutto: con la pena detentiva (*Freiheitsstrafe*) lo Stato esprime una disapprovazione morale nei confronti del fatto e dell'agente; in secondo luogo, vi sono azioni tipiche, antiggiuridiche e colpevoli che — a determinate circostanze — non meritano tale disapprovazione morale o, quanto meno, in minore misura, ma per le quali è necessaria una pena detentiva (*Freiheitsstrafe*) poiché il fatto e l'agente sono considerati pericolosi e lo scopo della sicurezza della sanzione deve essere adempiuto; in terzo luogo, con la sanzione della *Einschließung*, il legislatore può rendere evidente che egli disapprova o meno — dal punto di vista morale — le azioni su citate; infine la *Pflichtüberzeugung* è il segnale che fa venir meno o diminuisce la disapprovazione morale, sia per tutti che solo per alcuni fatti o, addirittura, per tutti i fatti, laddove non sussistono precisi motivi contrari che possano essere rafforzati a determinate circostanze¹⁷¹.

In particolare, lo scopo di protezione-tutela della norma e la disapprovazione morale della sua violazione sono strettamente collegate: le norme penali sono fondate e giustificate dal punto di vista morale dal momento che e per quanto esse tutelano beni giuridici, tutela dei beni giuridici attraverso la prevenzione normativa che rappresenta il primo compito del diritto penale.

Tra la disapprovazione morale — che viene a espressione nel giudizio sulla colpevolezza e la prevenzione normativa come scopo della tutela dei beni giuridici — non vi è alcun contrasto: il presupposto della punibilità penale è lo stesso della prevenzione poiché solo un individuo colpevole e responsabile è abordabile preventivamente e può lasciarsi motivare attraverso le prescrizioni penali¹⁷².

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² Cfr. P. NOLL, *Der Überzeugungstäter im Strafrecht*, cit., p. 653.

Il problema — considerato da Noll come uno dei più spinosi — si presenta laddove, invece, l'agente è della 'convinzione' che egli ha l'obbligo (Pflicht) di ledere il bene giuridico; ovvero, il problema si presenta sotto forma della esigenza di definire e di riconoscere quelli che sono i beni giuridici che — dal punto di vista del diritto penale — meritano di essere tutelati e protetti: questione che Noll definisce come aperta¹⁷³.

Ciò va ricondotto ad un unico e fondamentale principio: le norme, specie quelle penali, sono fondate e giustificate solo laddove esse concedono più la libertà anziché al rinuncia alla stessa; il che significa che il bene giuridico — protetto dalla norma — deve avere un valore maggiore che la libertà di realizzare quanto è vietato. Laddove ciò non avviene, la giustificazione della norma penale stessa diviene problematica e con ciò anche il diritto degli Stati a vincolare con la sanzione un rimprovero morale¹⁷⁴.

Non chiaro — come riferisce Noll — è anche il rapporto tra le diverse sanzioni: mentre *Zuchthaus*, *Gefängnis* e *Haft* presentano una flessibile scala di disapprovazione, la *Einschließung* deve rappresentare una sanzione *sui generis* e non deve stare allo stesso livello come tra *Gefängnis* e *Haft*¹⁷⁵.

Ulteriore elemento su cui Noll manifesta il suo disappunto è l'affermazione in base alla quale la *Pflichtüberzeugung* dell'agente sarebbe la caratteristica che esclude esclusivamente e in maniera determinante la disapprovazione morale del fatto e la diminuisce fortemente per tutti i fatti o per determinati fatti: tutte le norme pensabili possono essere contenute di una *Pflichtüberzeugung*, secondo l'Autore¹⁷⁶.

¹⁷³ Ovvero fattispecie penali classiche del diritto penale criminale, in particolare, i delitti contro beni giuridici individuali degni di valore, sono incontroverse. L'incertezza concerne, invece, i delitti che si rivolgono contro ordinamenti storici determinati, ma mutevoli e contro le idee e visioni di questi ordinamenti, come l'ordine politico e l'ordine della morale storica, cfr. P. NOLL, *Der Überzeugungstäter im Strafrecht*, cit., p. 653.

¹⁷⁴ Cfr. P. NOLL, *Der Überzeugungstäter im Strafrecht*, cit., pp. 653- 654.

¹⁷⁵ L'Autore, qui, cita Radbruch e Wolf i quali già avevano addotto esempi per dimostrare che ogni fattispecie penale può essere realizzata in virtù di una *Pflichtüberzeugung*, cfr. P. NOLL, *Der Überzeugungstäter im Strafrecht*, cit., p. 654.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

In conclusione Noll offre la sua proposta contraria: né il *Wertrelativismus* né la *Pflicht-Gesinnungsethik*, con la netta divisione di *Recht* e *Moral*, sono da parte del legislatore accettabili; egli deve decidersi tra quelle norme e quei sistemi di norme che tra di loro collidono. Il diritto penale, dal canto suo, si deve limitare alla tutela dei beni giuridici, si deve interessare ai motivi e i comportamenti, cui corrispondono le azioni, devono venir ora considerati in senso stretto, in stretti limiti come aggravanti o, al contrario, attenuanti. Che la *Pflichtüberzeugung* è in maniera duplice criterio per la natura e la misura della sanzione, lo mostra anche la attuale giurisprudenza e l'idea che si debba in maniera particolare privilegiare lo *Überzeugungstäter*, vale anche contro e rispetto ad un privilegio generale del *Gewissenstäter*.

Mentre lo Stato infligge l'*Einschließung*, lo Stato afferma non solo: “io comprendo il motivo e ho rispetto per la *Gewissenskampf*”; ma afferma anche: “io riconosco la norma in base alla quale tu hai agito come moralmente di egual valore, equivalente”. Il che — come avverte Noll — può avvenire solo se venga chiarito che egli ha verificato il contenuto della *Grundnorm* dell'agente e veramente la considera come equivalente¹⁷⁷.

La *Gewissenskampf* — che a certe condizioni precede una decisione personale — non rappresenta alcuna garanzia per la riflessione morale del contenuto normativo della decisione. Ma i sostenitori di un privilegio per il *Gewissenstäter* sono anche unanimemente convinti che tale privilegio possa essere giustificato non in relazione a gravi violazioni ma, all'opposto, un comportamento non dannoso dovrebbe essere tollerato in virtù del principio della tolleranza e della libertà e, soprattutto, non essere minacciato attraverso una sanzione, equivalente, quale corrispondente ai motivi: equivalente, se soggiace a lui una *Gewissensentscheidung* o no¹⁷⁸. Conclusione di Noll: privilegiare il *Gewissenstäter* per lo stesso comportamento rispetto ad altri agenti, sarebbe possibile se un comportamento — non in generale ma presso una piccola minoranza— possa essere sopportato, per il quale l'imposizione della norma — a causa della sua *Überzeugung* divergente — rappresenterebbe una severità ed un rigore non necessario¹⁷⁹.

¹⁷⁷ *Ivi*, p. 657.

¹⁷⁸ Gli articoli 4 e 5 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo del 1789 recitano in tal senso: “Die Freiheit besteht darin, alles tun zu können, was anderen nicht schadet (...) Das Gesetz hat nur das Recht, Handlungen zu verbieten, die der Gesellschaft schädlich sind”, cit. da P. NOLL, *Der Überzeugungstäter im Strafrecht*, cit., p. 658.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

Qui si differenzia la proposta di Noll rispetto a quella di Erik Wolf: non sussiste alcuna riflessione morale aprioristica dello Stato che venga messa in pericolo, laddove si conceda la *Einschließung*; la superiorità morale dello Stato non dipende assolutamente dalla circostanza se lo Stato conceda o meno la *Einschließung*, ma esclusivamente dal valore morale del contenuto delle norme che egli pone.

È chiaro per Noll — da quanto detto — che sia lo *Überzeugungstäter* che il *Gewissenstäter* sono per lo Stato e per la società l'occasione per verificare le loro proprie 'convinzioni' e per mettersi con se stessi in coscienza¹⁸⁰.

Ernst Heinitz nell'articolo *Der Überzeugungstäter im Strafrecht*¹⁸¹ avverte la diversità che ormai con il passare del tempo, degli eventi e della trasformazione delle opinioni e, in particolare, anche dell'evoluzione della teoria della colpevolezza, il problema della figura giuridica dell'agente per convinzione, ha assunto: una trasformazione che, necessariamente, si riflette anche sulla dimensione della discussione — molto diversa da quella che si era avuta quarant'anni fa — al tempo di Radbruch¹⁸².

In seguito alla riunione della *Große Strafrechtskommission* — che aveva rifiutato il privilegio per lo *Überzeugungstäter* — all'interno della *Sonderausschuß Strafrecht* il problema fu ri-discusso giungendo alla conferma della *Einschließung*¹⁸³.

Ciò che risalta della nuova concezione dello *Überzeugungstäter*, è la eliminazione o meglio la sottrazione di un elevato numero di quei delinquenti, per i quali tale figura era stata per l'appunto creata: i delinquenti politici, ovvero i radicali di destra e di sinistra, che lo Stato combatteva non cadevano più sotto tale prescrizione, poiché essi in una grossa parte dei casi avevano realizzato un

¹⁸⁰ Cfr. P. NOLL, *Der Überzeugungstäter im Strafrecht*, cit., p. 662.

¹⁸¹ Cfr. E. HEINITZ, *Der Überzeugungstäter im Strafrecht*, cit., pp. 615- 637.

¹⁸² *Ivi*, p. 615.

¹⁸³ Il § 48a rubricato *Einschließung* recita in tal senso "Droht das Gesetz zeitiges Zuchthaus, Gefängnis oder Straftat an, so tritt an deren Stelle Einschließung von gleicher Dauer, wenn für den Täter der Beweggrund ausschlaggebend war, daß er sich aus sittlicher, religiöser oder politischer Überzeugung für verpflichtet hielt, die Tat zu begehen". Absatz 1 ist nicht abzuwenden, wenn die Tat nach den Vorschriften über Mord oder Völkermord strafbar ist, nach den Umständen, die zur Tat gehören oder ihr vorausgehen, oder dem Verhalten des Täters nach der Tat das Unrecht und die Schuld so schwer wiegen, daß die angedrohte Strafe angemessen ist, oder der Täter durch die Tat Bestrebungen gegen den Bestand der Bundesrepublik Deutschland oder gegen Verfassungsgrundsätze im Sinne des § 380 verfolgt oder sich in ihren Dienst gestellt hat und nicht die Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Täters und der besonderen Umstände der Tat ergibt, daß die Einschließung als Strafe angemessen ist", cfr. E. HEINITZ, *Der Überzeugungstäter im Strafrecht*, cit., p. 618.

alto tradimento allo Stato e, in tal modo, erano stati esclusi, conformemente al numero 3 del capoverso 2¹⁸⁴.

E qui l'obiezione principale contro il concetto dello *Überzeugungstäter* secondo cui questo concetto avrebbe significato un ritorno alla *Wertneutralität* del sistema weimariano. Ma, allo stesso tempo, anche il precetto — attraverso l'eliminazione dell'ambito di applicazione principale — è divenuto problematico, il precetto se, in particolare, sussista ancora un bisogno urgente di privilegiare gli *Überzeugungstätern* e i *Gewissenstätern*, i quali, sostanzialmente, non sono nemici dello Stato nella loro forma attuale¹⁸⁵.

Qui — secondo Heinitz — questa limitazione soggiace ad una contraddizione nella sua concezione di base fondamentale: né lo Stato rispetta la convinzione interna di un uomo — anche laddove egli combatta lo Stato, né però egli parte da una etica sociale che abbia come base lo Stato e allora egli deve decidere il suo nemico e combattere senza deboli compromessi.

Ancora, deve essere analizzato se l'agente — che a partire da una convinzione morale, religiosa o politica si senta obbligato a realizzare il fatto — guadagni o meno un privilegio. A parte il fatto che — secondo Heinitz — oltre alla differenza d'intensità e fermezza della convinzione che spinge al compimento del fatto, non vi sarebbe un ulteriore elemento di differenziazione tra *Überzeugung* e *Gewissen*¹⁸⁶.

Se un privilegio per lo *Überzeugungstäter* appare necessario, ciò è da analizzare alla luce — secondo Heinitz — dell'idea della possibilità della *Individualprävention* e del principio della giusta espiazione: un problema obiettivamente di difficile soluzione — visto che la *Grundgesetz* ha riconosciuto la dignità degli individui — proclamando la libertà della coscienza (*Gewissensfreiheit*) e vincolando il giudice alla legge, al diritto e costringendo il penalista ad un ri-pensamento del rapporto tra diritto e morale¹⁸⁷.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ A differenza di quanto sostenuto da Peters “Der Gewissenstäter sei nicht nur mehr als der Überzeugungstäter, sondern etwas anderes. Der Gewissenstäter treffe seine Entscheidung nicht willkürlich und nach rein persönlichen Maßstäben, sondern er habe sich einer über ihm stehenden Ordnung unterstellt. Er handle aus der Bindung an diese Ordnung. Das gelte sowohl für den religiösen Bereich als auch für den, der eine humane Ordnung von Gut und Böse für maßgeblich hält. Jedenfalls sei die Gewissensentscheidung objektiv begründet und habe trotz ihrer Subjektivität die Tendenz zur Objektivierung” cit. da E. HEINITZ, *Der Überzeugungstäter im Strafrecht*, cit., p. 622.

¹⁸⁷ L'articolo 4 capoverso I GG proclama la Libertà di coscienza (*Gewissensfreiheit*) la quale è definita dal *Bundesverfassungsgericht* come un “real erfahrbares seelisches Phänomen”; invece, come decisione della coscienza (*Gewissensentscheidung*) il *Bundesverfassungsgericht* definisce “jede ernste sittliche, d.h. aus den Kategorien von Gut und Böse orientierte Entscheidung, die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, so daß er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte”, cit. E. HEINITZ, *Der Überzeugungstäter im Strafrecht*, cit., p. 628.

La considerazione che si trae più volte dall'articolo 4 capoverso I GG — che nessuno potrebbe essere costretto ad una decisione che è contraria alla sua coscienza¹⁸⁸ — è da negare¹⁸⁹: la *Grundgesetz* non offre — anche laddove tale distinzione sia possibile — né allo *Überzeugungstäter* né al *Gewissenstäter* una particolare causa di giustificazione (*Rechtfertigungsgrund*)¹⁹⁰.

Ancora più intricato il problema, se a colui che agisce, a partire da una convinzione interna, ledendo il diritto, possa essere riconosciuta, a suo favore, la causa di esclusione della colpevolezza (*Unzumutbarkeit*)¹⁹¹.

Presupposto qui, secondo Heinitz, sarebbe — cosa che non potrebbe essere diversamente — che si tratti di una vera convinzione in virtù della quale l'agente si sia sentito vincolato all'azione per ragioni provenienti dalla sua convinzione. Secondo la visione di Heinitz rispetto a tale punto, una buona divisione evita di vedere una causa di esclusione della colpevolezza nella circostanza di fatto che il soggetto agente segua la sua coscienza.

La *Grundgesetz* — nel suo distacco dal Positivismo del decennio precedente — ha gettato un ponte rispetto alle valutazioni morali, lo stesso laddove l'appello alla coscienza erronea inevitabile sia capace di escludere nel singolo caso il rimprovero morale così che la responsabilità del diritto, per questo stesso motivo, non possa essere negata: la legge si aspetta dal singolo di diffidare anche una volta della voce della propria coscienza e di sottomettersi all'ordinamento giuridico; l'agente resta della sua *Gewissensentscheidung* e la considera così urgente e costringente che egli non vuole adattarsi all'ordinamento giuridico, così egli deve accettare le conseguenze giuridiche¹⁹². In questo modo, nell'esecuzione della pena, potrà essere considerata la circostanza che l'agente si sia sentito vincolato al fatto: se la colpevolezza o responsabilità morale fosse l'unico fondamento — come si sostiene¹⁹³ — per cui il *Gewissenstäter* sarebbe da assolvere, tale conseguenza non si lascerebbe eludere¹⁹⁴.

¹⁸⁸ H. WELZEL, *Gesetz und Gewissen in theologischer Sicht, Staat und Gewissen*, p. 120, cit. da E. HEINITZ, *Der Überzeugungstäter im Strafrecht*, cit., p. 629.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ Così anche ARTH. KAUFMANN, *Gesetz und Recht*, in *Festschrift für Erik Wolf*, pp. 371 ss.; T. LENKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 118, cit. da E. HEINITZ, *Der Überzeugungstäter im Strafrecht*, cit., p. 631.

¹⁹¹ *Ibidem*.

¹⁹² *Ivi*, p. 632.

¹⁹³ Così E. HEINITZ, *Der Überzeugungstäter im Strafrecht*, cit., p. 632.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

Avverte, però, Heinitz: la colpevolezza morale (*sittliche Schuld*) e la colpevolezza giuridica (*Rechtsschuld*) non sono la medesima cosa: la colpevolezza (*Schuld*) rappresenta il fondamento della quantificazione della sanzione, ma non l'unica misura, così il giudice potrebbe valutare la convinzione dell'agente come un elemento della esecuzione della pena accanto ad un qualsiasi altro¹⁹⁵.

La conclusione cui l'Autore perviene è la seguente: una pena speciale per lo *Überzeugungstäter* è attualmente inconciliabile con la idea della esecuzione della pena di oggi. Pertanto, un trattamento speciale dello *Überzeugungstäter* o anche solo del *Gewissenstäter* non è da giustificare: bisogna, oggi, piuttosto partire da quello che è l'ordinamento giuridico e dai suoi valori, rendere possibile la loro interpretazione e realizzarli attraverso l'ufficio del giudice. Lo sforzo continuo, di introdurre per lo *Überzeugungstäter* e il *Gewissenstäter* è piuttosto un sintomo del rammollimento del nostro diritto e della nostra democrazia¹⁹⁶.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ Cfr. E. HEINITZ, *Der Überzeugungstäter im Strafrecht*, cit., p. 637.

2. *Überzeugung, Einstellung e Gewissen: Gunter Greffenius* — La prospettiva di Greffenius — che si colloca a metà degli anni Sessanta del secolo scorso — si presenta alquanto interessante allorchè tenta di dare non solo una definizione, utile alla sistemazione dogmatica penale delle tre figure giuridiche, ma anche una collocazione nell’ambito del trattamento possibile che il diritto penale deve loro destinare.

L’Autore ricorda che, nella giurisprudenza e nell’ambito della dottrina, non solo non si distingue in maniera sufficiente tra *Überzeugungstäter* e *Gewissenstäter*, ma manca addirittura una distinzione tra colui che agisce “aus *Überzeugung*” e l’agente che agisce in virtù di un semplice “Für_Richtig-Halten”: se lo *Überzeugungstäter* agisce convinto della giustezza della sua convinzione e, pertanto, considera la norma cui egli si appella come superiore rispetto alla norma che viola, al contrario, l’agente che opera secondo la formula “Für-Richtig-Halten” — il cosiddetto *Einstellungstäter* — non conosce alcuna norma superiore o almeno non agisce pensando che vi sia una norma superiore¹⁹⁷. Nell’esempio riportato in nota, l’uomo agisce non per realizzare o servire la norma sovraordinata; l’amore potrebbe, così come una qualsiasi altra *Weltanschauung*, rappresentare il fondamento di una norma soggettivamente sovraordinata ma, in questo caso, l’agente non è convinto del fatto che solo l’amore possa dal punto di vista morale giustificare il fatto penale. E la sua decisione rispetto all’azione delittuosa conquista l’uomo a partire da una situazione alquanto personale, dal momento che egli non pretenderebbe mai che la sua decisione in questa situazione venga riconosciuta generalmente valida.

Colui che agisce a partire da una *Einstellung*, non soggiace né all’ambito dello *Überzeugungstäter* né del *Gewissenstäter*¹⁹⁸: gli manca sia il medesimo grado di rimproverabilità morale sia la sua *Einstellung* interna non è equiparabile alla *Überzeugung*. Ma egli agisce in base a motivazioni degne di valore, suscettibili di attenuazione da parte del legislatore con la possibilità della sanzione¹⁹⁹. Questo per quanto concerne l’*Einstellungstäter*.

¹⁹⁷ “Un uomo coniugato induce la sua amante – che egli ama più di sua moglie – al giuramento nek processo di separazione, affinché egli non perda i suoi figli, figli che ama più di tutte e due le donne. L’uomo minaccia l’amante di suicidarsi nel caso in cui i figli non gli vengano assegnati. L’amante presta il giuramento per non perdere il suo uomo”, cfr. G. GREFFENIUS, *Der Täter aus Überzeugung und der Täter aus Gewissensnot*, Hamburg, 1969, p. 60.

¹⁹⁸ “L’azione dell’uomo, che induce la sua amante al giuramento, pur di non perdere i suoi piccoli, soggiace alla medesima disapprovazione morale come qualsiasi abituale fatto penale”, cfr. G. GREFFENIUS, *Der Täter aus Überzeugung und der Täter aus Gewissensnot*, cit., p. 61.

¹⁹⁹ *Ibidem*.

La descrizione che Greffenius fa anche dello *Überzeugungstäter* e la sua conseguente delimitazione rispetto al *Gewissenstäter* è alquanto chiara²⁰⁰. Per cominciare dalla prima figura, l'Autore sostiene che, alla base del fatto realizzato dal primo, vi è un'ideologia o *Weltanschauung* che conduce ad un obbligo (Pflicht), ovvero, una convinzione obbligante (verpflichtende Überzeugung).

A differenza di Radbruch²⁰¹e, seguendo più da vicino, Wolf²⁰², la cui distinzione, tra *Überzeugungstäter* e *Gewissenstäter* si fonda sul concetto di obbligo (Pflicht), anche secondo Greffenius, tale distinzione si basa sul concetto di obbligo (Pflicht)²⁰³, un'obbligazione all'azione (Verpflichtung zum Handeln) che non ha un carattere etico: piuttosto lo *Überzeugungstäter* è un tipo sociologico, descrivibile dal punto di vista criminologico.

Se tale soggetto si caratterizza dal punto di vista psicologico-criminologico, bisogna — secondo l'Autore — stabilire innanzitutto se lo Stato abbia il diritto di punire tale agente, quindi se il fatto a partire dalla convinzione rappresenti un *Tatbestand* antiggiuridico e colpevole²⁰⁴. Secondo l'opinione diffusa, la validità del diritto non dipende dall'approvazione del singolo ma — rispetto al problema della colpevolezza — è utile distinguere sostanzialmente tra il soggetto che agisce a partire da una convinzione giuridica (Rechtsüberzeugung) e il soggetto che invece agisce a partire da una convinzione dell'obbligo (Pflichtüberzeugung). Il primo si troverebbe nella consapevolezza di non aver leso e violato alcuna norma: il che significa che o egli non conosce la norma legale oppure la considera come non valida, mentre in realtà sussiste una norma valida; si pensi al caso

²⁰⁰ In particolare Greffenius distingue tra i due tipi di agente, caratterizzando il *Gewissenstäter* come colui che ha preso una seria decisione morale la quale lo vincola come un coercizione ed un obbligo interno, in maniera tale che una trasgressione contro tale coercizione danneggerebbe la sua personalità morale. Tale condotta che nasce dalla coscienza è da rispettare fin tanto che non collide con altri beni giuridici tutelati. Peters è contro tale concezione nel senso che per lui sarebbe opportuno evitare il concetto di costrizione o di forza, poiché, altrimenti si ha l'impressione che un comportamento conforme alla coscienza sia un'azione di forza e coercizione, cfr. K. PETERS, *Gewissen und Strafrecht*, in ZStW n. 89 1977, pp. 103-111.

²⁰¹ Se Radbruch vedeva come caratteristica essenziale del concetto di *Überzeugungstäter* l'elemento psicologico, insegnando che tale figura sarebbe stata riconoscibile a partire dalla riflessione (Überlegung) Greffenius ritiene che bisogna distinguere tra due categorie di agenti per convinzione, quelli atipici (delitti contro la proprietà, la libertà, la moralità, i delitti infine contro la persona e la vita) e tipici (il delinquente politico, come ad esempio i delinquenti di tipo comunista sono i portatori di un determinato spirito collettivo, che è caratteristico di questo gruppo sociale), cfr. G. GREFFENIUS, *Der Täter aus Überzeugung und der Täter aus Gewissensnot*, Hamburg, 1969, p. 63.

²⁰² La distinzione corretta, di Wolf chiarisce che lo *Überzeugungstäter* tipico è il portatore dello spirito di un gruppo, quale nasce da un conflitto stazionario con l'ordinamento giuridico e ciò che lo rende un agente per convinzione non è, come Radbruch, la caratteristica psicologica, ma il cd. obbligo ad agire (Pflicht zum Handeln), cfr. G. GREFFENIUS, *Der Täter aus Überzeugung und der Täter aus Gewissensnot*, cit., p. 63.

²⁰³ Ancora qui è richiamato l'esempio del *kommunistisch Täter* che si sente certamente obbligato a compiere l'azione, ma la sua decisione non ha che vedere con il campo etico, cfr. G. GREFFENIUS, *Der Täter aus Überzeugung und der Täter aus Gewissensnot*, cit., p. 63.

²⁰⁴ *Ibidem*.

classico e mai concluso dell'errore di divieto, che è fuori discussione laddove il soggetto sa che la sua azione è punibile secondo il diritto vigente²⁰⁵.

La collisione dell'obbligo (Pflichtenkollision) non può — nel caso dello *Überzeugungstäter* — condurre ad una causa di esclusione della colpevolezza: un'obbligazione ideologica (ideologische Verpflichtung) non conduce ad un rimprovero etico-sociale²⁰⁶.

Lo *Überzeugungstäter* agisce in maniera colpevole (schuldhaft) in quanto egli — al posto dell'ordine dei valori della comunità — pone il proprio di ordine senza per questo essere costretto ad adottare una decisione della coscienza.

È chiaro che — nell'ipotesi dello *Überzeugungstäter* — non viene in considerazione la formulazione della libertà di coscienza (Gewissensfreiheit) garantita dall'articolo 4 della Costituzione tedesca dal momento che non ha luogo un conflitto della coscienza. L'unico problema è se si possa — all'interno di una cornice edittale e di una necessaria previsione della sanzione — riconoscere al soggetto agente una pena privilegiata ovvero un privilegio²⁰⁷.

Il problema è se lo Stato possa disapprovare moralmente tale agente, lo *Überzeugungstäter*, attraverso l'irrogazione di una sanzione criminale²⁰⁸. Va rilevato, però, che la Costituzione tedesca ha intrapreso consapevolmente il tentativo di collegare il principio della tolleranza rispetto ad ogni visione politica con la professione consapevole rispetto ai valori di fondo dell'ordinamento statale²⁰⁹; al contrario, o rispetto al clima politico, sociale e culturale in cui versava la Costituzione di Weimar — dove la conseguenza più immediata era la punizione dello *Überzeugungstäter* — la società pluralista richiede un trattamento speciale dello stesso, in quanto non considerato un vero e proprio criminale²¹⁰. Una volta accertato che alla figura dello *Überzeugungstäter* sia da destinare un

²⁰⁵ L'esempio è quello dei delinquenti politici, comunisti, che agiscono sulla base di una loro convinzione politica che li fa sentire obbligati e non perchè essi non conoscono le determinazioni sulla messa in pericolo dello Stato o la considerano come non valida. Il che rappresenta l'ipotesi dell'agente motivato da una convinzione di obbligo (Pflichtüberzeugung), cfr. G. GREFFENIUS, *Der Täter aus Überzeugung und der Täter aus Gewissensnot*, Hamburg, 1969, p. 63.

²⁰⁶ Wolf indica la colpevolezza (Schuld) dello *Überzeugungstäter* come antigiuridicità nei confronti dello Stato (Staatspflichtwidrigkeit) senza vedere chiaramente una differenza rispetto al *Gewissensstäter*, cit. da G. GREFFENIUS, *Der Täter aus Überzeugung und der Täter aus Gewissensnot*, p. 62.

²⁰⁷ Cfr. G. GREFFENIUS, *Der Täter aus Überzeugung und der Täter aus Gewissensnot*, cit., p. 64.

²⁰⁸ Secondo Noll lo scopo di tutela della norma e la disapprovazione morale della sua violazione sono strettamente collegate. Inoltre il problema decisivo — ciò che ben deve essere riconosciuto come valore penale di tutela del diritto penale — deve essere lasciato aperto, cit. da G. GREFFENIUS, *Der Täter aus Überzeugung und der Täter aus Gewissensnot*, cit., p. 64.

²⁰⁹ Art. 88 Abs. 2 StGB, cfr. G. GREFFENIUS, *Der Täter aus Überzeugung und der Täter aus Gewissensnot*, cit., p. 64.

²¹⁰ In questo senso anche la *Sonderausschuß* "Strafrecht" ha riconosciuto come necessario un privilegio dello *Überzeugungsverbrecher*. Infatti i membri della *Sonderausschuß* hanno riconosciuto che la colpevolezza (Schuld) dello *Überzeugungsverbrecher* è completamente diversa da quella del comune agente, alla quale, invece, soggiace l'*Einstellungstäter*, cfr. G. GREFFENIUS, *Der Täter aus Überzeugung und der Täter aus Gewissensnot*, cit., p. 64.

privilegio, si tratta — in un secondo momento secondo Greffenius— di stabilire la natura e il tipo di tale trattamento privilegiato: la migliore soluzione è sempre rappresentata dalla regola-disposizione di sostituzione (Ersetzungsregel) dell'articolo 48a *Entwurf* — in cui al posto del carcere di una certa durata (zeitliche Gefängnis) o dell'arresto (Strafhaft) deve essere introdotta la *Gefängnis* della stessa durata se l'agente ha agito — sentendosi obbligato — sulla base di una convinzione morale, religiosa o politica, che lo ha motivato in maniera determinante. Qui eccezionalmente — laddove si cita la convinzione di natura morale— si può avere a che fare con il semplice agente per convinzione o anche con il *Gewissenstäter*²¹¹.

In ogni caso la *Einschließung* andrà applicata laddove sussista la violazione — da parte dell'agente — di beni giuridici degni di tutela e meno se l'ideologia che sta alla base della convinzione dell'obbligo (Pflichtsüberzeugung) possa essere riconosciuta come motivazione e movente degno di valore. Ad ogni modo, l'esecuzione della sanzione rispetto a tale agente deve tendere al rispetto della sua persona: pertanto si deve distinguere rispetto al trattamento del comune agente. In questo senso appare in fondo adatta allo scopo solo la determinazione dell'articolo 48a *Entwurf* 1962²¹².

Come esempio, invece, paradigmatico della categoria del secondo tipo, ovvero del *Gewissenstäter*, l'Autore riporta quello dei Testimoni di Geova che rifiutano di prestare il servizio civile sostitutivo del servizio militare: un categoria che ha anche in sé le tracce di una convinzione e di una ideologia. Ma, molto di più, si tratta di una convinzione dal carattere religioso, che nulla ha a che vedere con quella politica dell'esempio citato poc'anzi²¹³. Il *Gewissenstäter* ha — rispetto allo *Überzeugungstäter* — un maggiore significato in senso etico: ciò che sta dietro una decisione della coscienza (Gewissensentscheidung) è la giusta caratteristica rispetto al *Gewissenstäter*²¹⁴.

²¹¹ Cfr. G. GREFFENIUS, *Der Täter aus Überzeugung und der Täter aus Gewissensnot*, cit., p. 69.

²¹² *Ivi.*, p. 70.

²¹³ L'esempio è quello dei comunisti politici, cfr. G. GREFFENIUS, *Der Täter aus Überzeugung und der Täter aus Gewissensnot*, cit., p. 64.

²¹⁴ Rispetto al concetto di coscienza (Gewissen) l'analisi svolta da Greffenius è approfondita: "All'interno del problema della coscienza si incontrano tutti i profili problematici dell'essere umano. Conformemente alla natura la coscienza è in questo senso un complesso di fenomeni. Corrispondentemente alla complessità del fenomeno si è la fenomenologia del fenomeno stesso ampiamente espansa. Rispetto al profilo della coscienza, in particolare sotto il suo aspetto psicologico, secondo Jung, la coscienza è costituita, da una parte, da un elementare atto di volontà o da un istinto volontario, non fondato, all'azione, dall'altra parte, da un giudizio di senso razionale – quale è un giudizio di valore – che si distigie da un giudizio di tipo intellettuale per il fatto che sussiste accanto ad un carattere generale e materiale, anche la qualità del riferimento soggettivo. L'esigenza della coscienza: fai il bene, evita il male, può allora essere solo soggettiva. Si tratta solo di un giudizio di valore, la cui misura di valore è da cercare nella coscienza. L'individuo decide ciò che per un altro è buono o cattivo, così che non si tratta necessariamente di un

L'azione psicologica della coscienza si può pertanto caratterizzare come psicologica nel senso che essa ci dice ciò che è “bene” e ciò che è “cattivo”. Nel caso dei Testimoni di Geova, in quanto membri di una comunità di credo (Glaubensgemeinschaft), Dio è la loro coscienza, pertanto, dice ciò che è “bene” e ciò che è “male”; quindi si tratta di una decisione — più che della coscienza — di Dio. Rispetto a tale categoria il giudizio della coscienza — che è il giudizio di Dio — è vincolante; quindi esso li obbliga davanti a Dio e davanti a essi stessi²¹⁵.

Ma essi sono considerati pur sempre membri di questa società: la richiesta della società nei loro confronti di adempiere il servizio civile sta di contro alla richiesta di Dio di negarlo, richiesta che essi considerano contrapposta. Pertanto due obblighi riconosciuti come contrari si confrontano: l'obbligo di obbedienza rispetto a Dio e l'obbligo di obbedire alle leggi del nostro ordine democratico. “Eine Entscheidung muß zwangsweise zur Folge haben, dass eine moralische Reaktion zugunsten einer anderen unterdrückt wird”²¹⁶.

La differenza tra il *Gewissenstäter* rispetto allo *Überzeugungstäter* mostra che vi è un solo un ristretto numero di casi in cui si possa effettivamente parlare di un *Gewissenstäter* nonostante l'introduzione dopo il 1945 da parte del legislatore tedesco dell'articolo 4 GG²¹⁷, tale determinazione non ha risolto il problema della coscienza. La determinazione della coscienza e della decisione della coscienza si dimostra in quest'ambito alquanto insufficiente²¹⁸, laddove l'esempio dei Testimoni di Geova che rifiutano il servizio civile, sostitutivo del servizio militare, mostra chiaramente che ha portato, *de lege lata*, alla giurisprudenza enormi difficoltà.

giudizio di valore, ma di un'osservazione intellettuale, cfr. G. GREFFENIUS, *Der Täter aus Überzeugung und der Täter aus Gewissensnot*, cit., p. 65.

²¹⁵ Per lo *Überzeugungstäter* non sussiste una *Gewissensfrage*, visto che tali soggetti agiscono nel campo statale e sociale conformemente alla loro convinzione; si tratta per lo più di decisioni e di azioni giuste o ingiuste. L'esempio eccellente è proprio quello del delinquente politico che è talmente influenzato da caratteristiche razionali da non potersi lasciar toccare dal bene e dal male della coscienza. Sostanzialmente egli agisce in base a decisioni di natura puramente fattuale e concreta.. orientato alle categorie della giustizia (Richtigkeit) e della conformità allo scopo (Zweckmäßigkeit) della sua ideologia, cfr. G. GREFFENIUS, *Der Täter aus Überzeugung und der Täter aus Gewissensnot*, cit., p. 63. In tal modo, i comunisti si sentono obbligati ad agire contro la legge, poiché essi considerano la loro ideologia come giusta ma le loro decisioni non si fondano sul campo etico, v. G. GREFFENIUS, *Der Täter aus Überzeugung und der Täter aus Gewissensnot*, cit., p. 62.

²¹⁶ Cfr. G. GREFFENIUS, *Der Täter aus Überzeugung und der Täter aus Gewissensnot*, cit., p. 76.

²¹⁷ *Ivi*, p. 77.

²¹⁸ *Ibidem*.

Il problema si pone in questi termini: si può punire un soggetto che ha preso una decisione di coscienza, decisione che l'ha obbligato come una forza costrittiva interna²¹⁹? La Costituzione tedesca riconosce nel suo Preambolo che lo Stato è soggetto e si sottopone a principi morali e la libertà della coscienza (*Gewissensfreiheit*) all'articolo 4 GG non si limita — come rispetto alla Costituzione di Weimar — alla libertà di religione e di credo (*Glaubens- und Religionsfreiheit*), ma si riferisce a tutti gli ambiti di vita: come gli altri diritti liberali dell'uomo, anche tale diritto fondamentale rappresenta una esigenza-richiesta giuridico-costituzionale del cittadino contro lo Stato rispetto alla omissione di qualsiasi attacco superiore nella sfera della libertà del singolo²²⁰.

Da ciò segue che la costrizione del diritto è legittimata solo nei limiti della *Gewissensfreiheit*²²¹: pertanto la coscienza concederà che l'individuo possa entrare e aggiungersi nell'ambito dell'ordinamento giuridico, ma ci sono anche azioni che la coscienza dell'individuo strettamente proibisce: questa situazione s'incontra, secondo l'Autore, nell'ipotesi dei Testimoni di Geova, laddove essi rifiutano il servizio civile sostitutivo del servizio militare: l'individuo sta, qui, in conflitto tra il *Gewissensgebot* e il *Rechtsgebot*, laddove quest'ultimo, ovvero il *Rechtsgebot* dello Stato, è per i Testimoni di Geova normalmente obbligante e vincolante, mentre, solo nell'ipotesi di una situazione di conflitto essi devono assumere su di sé la violazione di una esigenza morale dello Stato, per non compiere un peccato secondo la visione di Dio. Ed ecco che l'articolo 4 GG risolve il conflitto a favore del precetto della coscienza (*Gewissensgebot*).

Il problema per il *Gewissenstäter* è il seguente: chi supera i limiti non può appellarsi alla libertà di credo (*Glaubensfreiheit*), alla libertà di religione (*Religionsfreiheit*) e alla libertà delle confessioni religiose e delle visioni del mondo, in quanto la decisione della coscienza (*Gewissensentscheidung*) non potrà più essere rispettata qualora essa collida con altri beni giuridici protetti.

²¹⁹ “Kann man einer Täter – der eine ernste sittliche Entscheidung gefällt hat - die für ihn als innerer Zwang verbindlich ist, so dass Zuwiderhandeln gegen diesen Zwang seine sittliche Persönlichkeit schädigen oder gar zerbrechen würde, überhaupt bestrafen?”, v. BVerwGe 9, 97 cit. da G. GREFFENIUS, *Der Täter aus Überzeugung und der Täter aus Gewissensnot*, cit., p. 78.

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ Con ciò non significa chiaramente che la validità del diritto positivo dipende dalla decisione della coscienza del singolo, cfr. G. GREFFENIUS, *Der Täter aus Überzeugung und der Täter aus Gewissensnot*, cit. p. 78.

Da ciò deriva l'importanza e la delicatezza del compito del giudice, compito di valutare la serietà della decisione in questione (*Gewissensentscheidung*) e il mantenimento dei limiti posti entro i quali giace la libertà della coscienza (*Gewissensfreiheit*), compito che dovrà essere regolato secondo specifici e rigidi presupposti ed esigenze per poter stabilire se l'agente abbia dovuto agire sulla base di una decisione motivata dalla coscienza (*Gewissensentscheidung*).

In conclusione — secondo questo approccio — stante la delimitazione del concetto di coscienza nel prestare attenzione ai limiti entro i quali si colloca la decisione della coscienza e nel valutare se si tratta di una vera e propria decisione della coscienza, è fondamentale dal punto di vista politico criminale non applicare una sanzione al *Gewissenstäter*.

In ogni caso, *de lege lata*, verrebbe ad applicarsi al *Gewissenstäter* una sanzione che non riguarda né la prevenzione speciale per l'imputato né la prevenzione generale per il potenziale *Gewissenstäter*²²².

²²² Come Peters ha sostenuto in maniera pertinente la mancanza della sanzione per il *Gewissenstäter* non può portare ad una ingiustizia, cfr. G. GREFFENIUS, *Der Täter aus Überzeugung und der Täter aus Gewissensnot*, cit., p. 81.

3. Ancora sul dibattito quanto al trattamento “privilegiato” dello *Überzeugungs-Gewissenstäter* — La discussione sul trattamento privilegiato della figura giuridica dello *Überzeugungsverbrecher* occupa ancora l’attenzione degli penalisti tedeschi. Dopo le negazioni e le rinunce da parte delle maggiori proposte legislative di riforma del Governo, in realtà, si prende atto che la giurisprudenza ha altrettanto negato un privilegio per lo *Überzeugungsverbrecher*, in ogni caso, non riconoscendolo come una scusante o un causa di attenuazione della colpevolezza²²³.

In particolare, la nuova dottrina²²⁴ si volge ugualmente contro il privilegio dello *Überzeugungsverbrecher*, almeno secondo la opinione della dottrina maggioritaria²²⁵. Sembrano quindi in tal mondo definitivamente spirati gli sforzi per un trattamento speciale dell’agente per convinzione.

3.1. Paul Bockelmann, Jürgen Christoph Gödan — Secondo Bockelmann ciò non è completamente vero ovvero la realtà potrebbe ben aver disatteso questo pensiero che ormai dottrina e giurisprudenza danno per scontato, in particolare riferimento a coloro che hanno da sempre sostenuto una precedenza dell’agente a partire dalla convinzione, ovvero di colui che agisce a partire da una necessità della coscienza.

Gli esempi — secondo l’Autore — come abbiamo anche già visto si ritrovano in Welzel²²⁶, in Henkel²²⁷, Jescheck²²⁸, Baumann²²⁹, Peters²³⁰ e Noll²³¹. Ma non solo — a ben vedere — presso la

²²³ Secondo il BGHSt. 2, 208 la colpevolezza dello *Überzeugungstäter* consiste nel fatto che “daß er bewußt an die Stelle der Wertordnung der Gemeinschaft seine eigene setzt und von dieser her im Einzelfall falsch wertet” ed ancora il BGHSt 4, 3: “Wer in einer Gemeinschaft lebt, muß das Recht, das in ihr gilt, auch gegen sich gelten lassen”, cit. da P. BOCKELMANN, *Zur Problematik der Sonderbehandlung von Überzeugungsverbrechern*, in *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlin-New York, 1974, p. 546.

²²⁴ *Ibidem*.

²²⁵ *Ibidem*.

²²⁶ Welzel in particolare sostiene che “un diritto differenziato” dovrebbe riconoscere la motivazioni degne di onore di un tale agente attraverso il tipo di punizione, cit. da P. BOCKELMANN, *Zur Problematik der Sonderbehandlung von Überzeugungsverbrechern*, cit., p. 547.

²²⁷ Si augura, come Welzel, una formazione o creazione particolare delle conseguenze giuridiche, Heinrich Henkel, cit. da P. BOCKELMANN, *Zur Problematik der Sonderbehandlung von Überzeugungsverbrechern*, cit., p. 547.

²²⁸ Egli, invece, auspica ad una reintroduzione di una *Einschließungsstrafe*, cit. da P. BOCKELMANN, *Zur Problematik der Sonderbehandlung von Überzeugungsverbrechern*, cit., p. 547.

²²⁹ Egli tende per una considerazione dei moventi e motivazioni dell’agente per quanto concerne il piano della misurazione della pena, cit. da P. BOCKELMANN, *Zur Problematik der Sonderbehandlung von Überzeugungsverbrechern*, cit., p. 547.

dottrina ma anche presso le proposte di riforma del diritto penale, dove continuava a vivere l'idea di un trattamento speciale dello *Überzeugungsverbrecher*²³².

Quindi secondo Bockelmann, l'apparenza per la quale lo sviluppo giuridico — malgrado la decisione intrapresa dalla prima legge di riforma di diritto penale di rinunciare al trattamento speciale dello *Überzeugungsverbrecher* — in principio doveva rivedere il problema relativo a tale privilegio²³³, pur naturalmente non avendo tale tendenza, indubbiamente, alcuna *chance* di riuscita o di imporsi: in linea con la posizione di Heinitz, il trattamento speciale dello *Überzeugungsverbrecher* non è praticamente realizzabile, il che vale sia per l'ambito della misurazione della pena che della esecuzione penale²³⁴.

Continuando lungo la linea della distinzione e non volendo, qui, richiamare tutte le opinioni che si sono preoccupate di delineare una linea di demarcazione, non solo dogmatico-concettuale, ma anche concernente l'effettivo trattamento dell'agente per convinzione e per coscienza, tra tutti, ad esempio, Gödan²³⁵. Egli si occupa, innanzitutto, della figura giuridica dello *Überzeugungstäter*, prima come problema tipologico e poi come problema di adeguata creazione e formazione del concetto. Si contrappone rispetto alle proposte di un trattamento privilegiato dello stesso sulla base di tre possibili atteggiamenti fondamentali: il primato della idea dello Stato rispetto alle idee

²³⁰ Peters, ad esempio, come anche altri Autori, richiede che le violazioni delle fattispecie penali che siano state realizzate a partire da una *Gewissensentscheidung*, non vengano punite, cit. da P. BOCKELMANN, *Zur Problematik der Sonderbehandlung von Überzeugungsverbrechern*, cit., p. 547.

²³¹ Noll sostiene un trattamento privilegiante dello *Überzeugungstäter*, nei casi in cui la norma statutale contro cui egli agisce, sia riflessa nella norma che egli segue, cit. da P. BOCKELMANN, *Zur Problematik der Sonderbehandlung von Überzeugungsverbrechern*, cit., p. 547.

²³² Ad esempio, l'articolo 58 comma 1 dell'*Alternativentwurf* che sembrava prevedere una sotto una riserva di pena per il caso in cui il fatto fosse nato da un ambito di conflitto difficile e straordinario, prevedendo, in tal caso, l'adeguata reazione del diritto penale per i casi eccezionali del vero e proprio *Überzeugungstäter* e *Gewissenstäter* il cui fatto nasceva da un difficile conflitto di coscienza straordinario. Ancora, l'*Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Reform des Strafrechts*, che ha stabilito una causa di giustificazione per colui che, in virtù di ragioni di coscienza, rifiuta una interruzione della gravidanza consigliata clinicamente e criminologicamente o una perforazione per le stesse ragioni. Infine, rispetto a ciò, il *Bundesverfassungsgericht* ha escluso dal raggio d'irradiazione del diritto fondamentale della *Glaubensfreiheit* che "Betätigungen und Verhaltensweisen, die aus einer bestimmten Glaubenshaltung fließen nicht ohne weiteres den Sanktionen unterworfen werden dürfen die der Staat für ein solches Verhalten – unabhängig von seiner glaubensmäßigen Motivierung – vorsieht". "Wenn sich der durch seine Glaubensüberzeugung zu einem Tun oder Unterlassen bestimmte Täter in eine Grenzsituation gestellt sieht, in der die allgemeine Rechtsordnung mit dem persönlichen Glaubensgebot in Widerstreit tritt, und wenn er die Verpflichtung fühlt, in dem höheren Gebot des Glaubens zu folgen, so sei die von ihm getroffene Entscheidung, auch wenn sie objektiv nach den in der Gesellschaft allgemein herrschenden Wertvorstellungen mißbilligt werden müsse, doch nicht mehr in dem Maße vorwerfbar, daß es gerechtfertigt wäre, mit dem Strafrecht gegen den Täter vorzugehen", v. BVerfG 32, 98 ss., 108 s., cit. da P. BOCKELMANN, *Zur Problematik der Sonderbehandlung von Überzeugungsverbrechern*, cit., p. 548.

²³³ Cfr. P. BOCKELMANN, *Zur Problematik der Sonderbehandlung von Überzeugungsverbrechern*, cit., p. 550.

²³⁴ *Ivi*, p. 551.

²³⁵ Già trattato precedentemente cfr. J.G. GÖDAN, *Die Rechtsfigur des Überzeugungstäters*, cit.

particolari; il primato della legge rispetto alla coscienza; il primato dell'etica sociale rispetto all'etica individuale.

A tutto ciò per Gödan si contrappone la teoria della validità normativa che obbliga alla *Grundgesetz*, rammaricandosi, a tal fine, della distanza esistente tra la scienza del diritto penale e la scienza del diritto costituzionale, concentrando, pertanto, nuovamente, l'attenzione sulla questione dell'articolo 4 GG²³⁶.

3.3. Udo Ebert, Ulrich Bopp — Un altro Autore distingue tra il fatto della convinzione e il fatto per coscienza ed è Ebert. Meglio: egli affronta il problema del *Gewissenstäter* sotto quello nascosto dello *Überzeugungstäter*, seguendo il più recente sviluppo del diritto e, pertanto, sottolineando la necessità che la scienza giuridico-penale si sforzi più di quanto ha fatto fino a quel momento per influenzare il diritto fondamentale della libertà della coscienza, la sua influenza specifica sul diritto penale e la giurisprudenza della Corte Costituzionale tedesca, nel senso che le conseguenze derivanti dal diritto costituzionale devono essere montate all'interno del sistema del diritto penale: la differenza tra i due agenti è che l'agente per coscienza ha in sé la realtà e la forza del dovere interno²³⁷.

Ebert distingue tra due categorie o classi di *Überzeugungstäter*, che — secondo una prospettiva *de lege lata* — soggiacciono a un giudizio attenuato: da un lato il delinquente che agisce per una necessità della coscienza (Täter aus Gewissensnot) che — dal punto di vista della Unzumutbarkeit — è scusato e pertanto va esente da sanzione penale e, dall'altro, il delinquente che agisce in virtù di una convinzione considerevole dal punto di vista etico-sociale (Täter aus sozialemisch achtbarer Überzeugung) che — sotto il punto di vista di una colpevolezza giuridica (Rechtsschuld) attenuata — è punito in maniera attenuata²³⁸.

La differenza sostanziale è che per i primi viene in questione la forza, meglio, la intensità del dovere sentito, internamente, come obbligante; mentre, per i secondi, è il contenuto a rappresentare la ragione e causa determinante del privilegio²³⁹.

²³⁷ U. EBERT, *Der Überzeugungstäter in der neuen Rechtsentwicklung*, cit., p. 84.

²³⁸ *Ibidem*.

²³⁹ U. EBERT, *Der Überzeugungstäter in der neuen Rechtsentwicklung*, cit., p. 85.

Per Ebert sono ugualmente da rigettare sia la visione che, generalmente, nega una migliore sistemazione dello *Überzeugungstäter*²⁴⁰ che altrettanto quella, presso la dottrina, in particolare, sostenuta da Peters, secondo cui soltanto il semplice *Gewissenstäter* merita riconoscimento all'interno del diritto penale vigente²⁴¹. L'operazione di ricavare dalla generalità due classi o gruppi ben delimitati di *Überzeugungstäter* non è —secondo Ebert — arbitraria, ma rappresenta il risultato del conseguente e dovuto sviluppo dei principii alla base dell'ordinamento giuridico.

In questo senso, non sarebbe corretto parlare di privilegio o di un trattamento speciale dell'agente per convinzione: si tratta di nient'altro che dell'applicazione del diritto generalmente vigente, quindi tutt'al contrario che di un privilegio²⁴². In particolare, per il *Gewissenstäter*, Ebert prende in considerazione — pur rifiutando il ricorso all'articolo 4 GG — solo una attenuazione della colpevolezza (*Schuldinderung*) e, con ciò, una causa di attenuazione della pena (*Strafmilderungsgrund*); mentre la convinzione (*Überzeugung*) — pur se degna di rispetto — costituisce solo una causa di misurazione della pena (*Strafzumessungsgrund*) e, certamente, solo una tra le tante²⁴³.

Bopp si pronuncia in maniera simile, nel senso di intendere che nel delinquente per convinzione non vi sarebbe da ravvisare un conflitto di coscienza, ma addirittura mancherebbe lo scrupolo e lo sforzo, tensione verso la commissione del delitto²⁴⁴. In particolare, egli, pur concentrando il suo lavoro sulla libertà di coscienza ex articolo 4 GG e anche sulla distinzione tra *Überzeugungstäter* e *Gewissenstäter*, si occupa di un gruppo particolare, *Ideologietäter*, laddove egli distingue tra quest'ultimo e il *Gewissenstäter*: nel primo gioca un ruolo decisivo la componente della convinzione socio-politica, la cui azione è indirizzata al cambiamento dei rapporti sociali e politici, mentre il secondo sa di essere obbligato ad un ordinamento di norme morali, che lo cattura in un vincolo che va oltre la esistenza o l'esserci socio-politico; per cui la decisione della coscienza è una decisione soggettiva, in cui si realizza uno scontro di due ordini di norme e il conseguente problema della loro graduazione all'interno dell'ordinamento giuridico²⁴⁵.

²⁴⁰ Il riferimento qui è a Maurach, Jescheck e Bockelmann, cit. da U. EBERT, *Der Überzeugungstäter in der neuen Rechtsentwicklung*, cit., p. 86.

²⁴¹ Cfr. K. PETERS, *Festschrift für Mayer*, cit, p. 257 ss., cit. da U. EBERT, *Der Überzeugungstäter in der neuen Rechtsentwicklung*, cit., p. 86.

²⁴² Cfr. U. EBERT, *Der Überzeugungstäter in der neuen Rechtsentwicklung*, cit., p. 87.

²⁴³ *Ibidem*.

²⁴⁴ Cfr. U. BOPP, *Der Gewissenstäter und das Grundrecht der Gewissensfreiheit*, Karlsruhe 1974, p. 20.

²⁴⁵ *Ibidem*.

4. Le posizioni più recenti della dottrina: Bernd Schünemann, Hans Joachim Hirsch, Günther Jakobs — Il dibattito sullo *Überzeugungstäter* si è, per così dire, “trascinato” fino in tempi recenti. Una delle posizioni più importanti in materia — materia che, tra l’altro, affronteremo in maniera più dettagliata e approfondita nel capitolo successivo in quanto dedicato al concetto proprio e specifico del *Gewissen* — è la posizione sostenuta da Claus Roxin²⁴⁶. Per Roxin è fondamentale la distinzione tra il soggetto che agisce per motivi di coscienza e colui che agisce per motivi di convinzione alludendo in vari punti e sottolineando proprio la differenza tra il fatto per motivi di coscienza e il delitto o fatto per motivi di convinzione. In questo senso l’Autore considera che “la decisione della coscienza si differenzia dalla convinzione per il suo carattere esistenziale, per il sentimento interiore di sentirsi incondizionatamente obbligato”²⁴⁷. Ma la vedremo più avanti, nell’ultimo capitolo che conclude questa sezione.

Altra posizione è quella presentata e sostenuta da Günther Jakobs che distingue tra autore per convinzione debole o attenuato ed autore per convinzione forte. Seguendo questa linea, l’autore per convinzione debole è colui che realizza il delitto senza sentirsi a ciò obbligato, mentre nel caso dell’autore per convinzione forte — anche denominato agente per coscienza o autore in conflitto — esiste una lotta non risolvibile tra il diritto e la convinzione del soggetto, il che provoca una distruzione nel soggetto, nel caso in cui egli non si attenga alla convinzione stessa²⁴⁸. Altro autore che, in tempi recenti, si è dedicato alla delicata questione dell’agente per convinzione inquandrandolo — cosa che noi farò nella sezione successiva — in quelli che sono gli sviluppi multiculturali e pluralistici della società, all’interno dei quali la problematica acquista una diversa e rinnovata attenzione, è Hans Joachim Hirsch²⁴⁹.

L’Autore qui rileva il cambiamento che all’interno del problema dello *Überzeugungstäter* si è verificato: un cambiamento tematico e casistico. Ebbene, dai casi, più frequenti, al tempo dei primi anni della Repubblica Federale Tedesca, di obiezione di coscienza e di rifiuto al servizio civile sostitutivo del servizio militare di leva, si è passati al rifiuto del consenso genitoriale a vaccinazioni e trasfusioni di sangue — il che era ed è frequente tra particolari e ben delimitati gruppi religiosi, tra tutti, i Testimoni di Geova — per includere, di recente, i casi ultimi d’interruzione della gravidanza e di rifiuto da parte del medico di intervento, per poi concludere con

²⁴⁶ In particolare dell’Autore, v. C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. edizione, München 2006, pp. 1105-1117; ID., *Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund*, cit., pp. 388 – 411.

²⁴⁷ Cfr. C. ROXIN, *Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund*, cit., p. 392.

²⁴⁸ Cfr. G. JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch*, 2. edizione, Berlin-New York 1991, p. 577ss.

²⁴⁹ Cfr. H. J. HIRSCH, *Strafrecht und Überzeugungstäter*, cit.

gli ultimi casi — motivati dal punto di vista politico — come *sit-in*, blocco sui binari del treno da parte di gruppi di pacifisti e, non da ultimo, il caso interessante degli *squatters*, motivati, a loro volta, da una propria *Weltanschauung*²⁵⁰.

Ciò che accomuna, per l'Autore, tali casi è la circostanza che l'agente si sia sentito motivato — come, del resto, presente nella prima e risalente definizione dell'agente per convinzione ovvero quella adottata da Radbruch — in base alla propria convinzione, religiosa e non, morale o non, oppure avente la natura di *Weltanschauung* politica e poi aggiungerei anche culturale²⁵¹.

L'opinione di solito seguito dalla dottrina²⁵² — secondo cui l'agente propriamente per convinzione si troverebbe in una situazione caratterizzata da un errore di divieto — laddove il soggetto agisce sostenuto dalla sua convinzione e, in particolare, ritenendo, in maniera erronea, che il fatto che sta compiendo e per il quale è convinto sia conforme al diritto vigente, secondo Hirsch, non è appropriata o esatta.

Molto più il soggetto che agisce per convinzione — a differenza dell'agente per coscienza — non vive un conflitto di coscienza ma è semplicemente e soltanto motivato dalla giustizia o dalla sua considerazione di giustizia della convinzione che lo spinge al fatto. Egli, pertanto, commetterebbe il fatto in virtù di una sua convinzione personale, come consapevole di un dovere (Sollen) ma non spinto da un'obbligazione (Verpflichtung) che deriva dalla sua esperienza interna della coscienza e che si esprimerebbe attraverso le categorie del “bene” e del “male”: è in gioco la *Weltanschauung*, politica o di altra natura, che porta l'agente ad avvertire il fatto come soggettivamente dovuto.

Il dibattito intorno al problema se sia possibile che una convinzione sia la causa e la ragione di un privilegio viene, alla base delle argomentazioni svolte da Hirsch, escluso: che un fatto penale sia motivato da una convinzione politico-ideologica non costituisce la *condicio sine qua non* dell'attribuzione di un privilegio o di un, per così dire, trattamento privilegiato. Dove tali elementi — motivi politici e ideologici — ovvero la loro natura e i loro effetti sull'agente spiegano un certo rilievo avviene solo nell'ambito e sul piano dell'esecuzione penale generale²⁵³.

²⁵⁰ *Ivi.*, p. 7.

²⁵¹ Cfr. sezione terza.

²⁵² Cfr., tra tutti, Armin Kaufmann, cit. da H. J. HIRSCH, *Strafrecht und Überzeugungstäter*, cit. p. 10.

²⁵³ *Ivi.*, p. 10.

Altra recente posizione intorno al tema medesimo è quella assunta da Bernd Schünemann²⁵⁴. Qui l'Autore inquadra il problema dell'agente dal punto di vista del principio della colpevolezza (*Schuldprinzip*) e della delimitazione tra colpevolezza (*Schuld*) e illecito (*Unrecht*) : la figura dell'agente che agisce spinto da una sua convinzione rappresenterebbe proprio la pietra miliare o meglio la cartina di tornasole dello *Schuldprinzip*.

La battuta di arresto che tale vicenda problematica ha subito negli anni — come sottolinea l'Autore — e il test negativo cui è stata sottoposta da parte del legislatore non hanno però impedito, nel corso del tempo, che tale figura non fosse più discussa. A suo favore, avrebbe — secondo Schünemann — giocato anche l'importanza della libertà della coscienza (*Gewissensfreiheit*) e della relativa riserva nell'ambito dell'articolo 4 della *Grundgesetz*²⁵⁵.

Valutare in particolare le conseguenze di un agire sorretto da una convinzione dell'obbligo (*Pflichtüberzeugung*) non è un discorso che appartiene né all'ambito di una valutazione della convinzione (*Überzeugung*) né potrebbe essere risolto sulla base di una distinzione — definita come artificiale — tra *Gewissenstäter* e *Überzeugungstäter* scegliendo, per questa strada, di privilegiare solamente il primo.

La colpevolezza (*Schuld*) dell'agente che agisce in base ad una convinzione dell'obbligo (*Pflichtüberzeugung*) dovrebbe — secondo l'Autore — trovare un'attenuazione non, però, in base al contenuto delle norme morali, che vengono avvertite interiormente dall'agente, bensì come espressione della circostanza che la punizione dello *Überzeugungstäter* sia la prova della esistenza e della funzione stessa dello *Schuldprinzip* all'interno della esecuzione della pena²⁵⁶.

²⁵⁴ Cfr. B. SCHÜNEMANN, *Der Schuldbegriff, seine dogmatische Funktion und die Abgrenzung von Unrecht und Schuld*, in Goldammer's Archiv für Strafrecht 1986, p.

²⁵⁵ *Ivi*, p.

²⁵⁶ *Ibidem*.

Secondo Wessel/Beulke, il problema del rimprovero di colpevolezza (Schuldvorwurf) non viene in questione nel caso dello *Überzeugungstäter*, il quale — come più volte ripetuto — pone la sua privata, propria convinzione contro l'ordinamento vincolante ed obbligante generalmente agendo in maniera contraria ad esso, dal momento che egli si sente giustificato o addirittura obbligato rispetto al fatto sulla base di una visione morale, religiosa o politica²⁵⁷.

Maurach/Zipf — nell'affrontare il tema del trattamento dello *Überzeugungstäter* — partono dal presupposto della irrilevanza delle visioni di valore (Wertvorstellungen) per il diritto penale e definendo lo *Überzeugungstäter* "eines Täters, der zwar den Unwert seiner Tat nach geltendem Recht und nach sozialemethischen Anschauungen nicht verkennt, aber sich zur Tat auf Grund seiner sittlichen, religiösen oder politischen Überzeugung für verpflichtet hält"²⁵⁸. In particolare, in base alle leggi della sua etica individuale, tale fatto è considerato come giusto e conforme alle norme di dovere (Pflichtnormen) cui l'agente per sé ricorre, senza che il giudizio di responsabilità (Schuldurteil) etico-sociale e, con ciò, anche penale possa venire messo in discussione per questo²⁵⁹. In più un errore di divieto di regola non viene in discussione poiché lo *Überzeugungstäter* pone in maniera consapevole al posto dell'ordinamento di valore (Wertordnung) della comunità, il suo proprio di regolamento ed ordine di valore²⁶⁰.

Ancora è possibile una collisione tra la colpevolezza giuridica (Rechtsschuld) e la colpevolezza morale (sittliche Schuld) nel caso dei Testimoni di Geova, nonché attuale la distinzione tra *Überzeugungstäter* e *Gewissenstäter*²⁶¹.

²⁵⁷ Cfr. WESSELS/BEULKE, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 40. edizione, Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg 2010, pp. 146, 147. Qui l'Autore cita Roxin laddove quest'ultimo, in riferimento alla decisione della coscienza, rispetto a specifici e ristretti casi, fa riferimento all'articolo 4 GG, alla sentenza BVerfGE 32, 98 e alla rinuncia alla pena e, in maniera simile, cita ugualmente Böse, il quale in particolare per le decisioni di credo e di coscienza, intende applicare lo stato di necessità scusante, ovvero l'articolo 34 StGB.

²⁵⁸ § 71 Entw. 1925, cit. da MAURACH/ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. 1, 8. edizione, Heidelberg, 1992, pp. 470-471.

²⁵⁹ BGH 2, 208 e BGH 8, 163, cit. da MAURACH/ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., pp. 470-471.

²⁶⁰ BGH in DALLINGER MDR 73, 901, cit. da MAURACH/ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., pp. 470-471

²⁶¹ Cfr. C. ROXIN, *Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund*, p. 389 ss, cit. da MAURACH/ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 470-471, che limita il fatto della coscienza entro stretti confini e riconosce una causa di esclusione della responsabilità penale.

Dal momento che per convinzione (*Überzeugung*) s'intende solo un atteggiamento di valore (*Werthaltung*) fondato eticamente, la distinzione suddetta non è possibile. Del resto — come evidenziato — anche la Corte Costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*) sostiene un ampio concetto di decisione di coscienza (*Gewissensentscheidung*): “jede ernste sittliche, d.h. an den Kategorien von Gut und Böse orientierte Entscheidung”²⁶². Per tale motivo, vengono in considerazione tutte le ragioni le quali conducono ad una obbligazione (*Verpflichtung*) interna morale²⁶³: colui che pone la sua propria individuale convinzione di valore (*Wertüberzeugung*) contro i precetti dell'ordinamento giuridico da lui conosciuti, non può per sé pretendere alcuna causa di giustificazione o scusante se la stessa fattispecie penale applicabile sia costituzionalmente conforme; nell'interpretazione degli elementi della fattispecie o degli elementi delle cause di giustificazione e delle scusanti può la decisione individuale della coscienza avere un suo rilievo così, in particolare, nell'ambito della determinazione della ragionevolezza della condotta conforme alla norma.

E rispetto a ciò si presenta il problema se il disubbidiente civile (*ziviler Ungehorsam*) e altre forme di protesta individuale ed organizzata al fine di un attacco contro le fattispecie penali a partire da ragioni di coscienza siano da giustificare o da scusare²⁶⁴.

In conclusione, la precedenza o priorità della responsabilità penale di contro alla colpevolezza (*Schuld*) morale o etica viene oggi ampiamente riconosciuta²⁶⁵; problematico resta solo se nella sproporzione tra la colpevolezza (*Schuld*) che sussiste giuridicamente e la mancante individuale consapevolezza della colpevolezza (*Schuldbewußtsein*) non sia da tenere in conto anche il fatto che si possa attribuire allo *Überzeugungsverbrecher* un tipo di pena speciale privilegiata *custodia honesta* e con ciò riconoscergli la onestà della sua azione²⁶⁶.

²⁶² BVerfGE 12, 54, cit. da MAURACH/ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., pp. 470-471.

²⁶³ BVerwGE 7, 246. cit. da MAURACH/ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 471.

²⁶⁴ *Ibidem*.

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ Il che era anche il punto di vista dell'*Entwurf* 1925 il quale non si è potuto imporre in riferimento alla cessazione, minacciata, dell'effetto generalpreventivo della pena. Anche per l'*Entwurf* 1962 fu proposto all'articolo 48° – ugualmente senza successo – una simile disciplina, v. MAURACH/ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., pp. 470-471.

IV. Il *Gewissenstäter*: coscienza, libertà di coscienza e diritto penale

1. Cenni preliminari — Come abbiamo visto nel capitolo precedente — a partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso — il dibattito sul tema dello *Überzeugungstäter* si sposta intorno al concetto della coscienza (*Gewissen*), specificamente intorno a quello corrispondente di delinquente per coscienza (*Gewissenstäter*) e al riferimento all'articolo 4 della Costituzione (*Grundgesetz*). In particolare s'impose da più parti la concezione che il problema dell'agente per coscienza (*Gewissenstäter*) costituisse un problema a parte, specifico, ulteriore e diverso rispetto a quello dell'agente per convinzione (*Überzeugungstäter*) e rispetto agli ulteriori casi problematici.

La necessità di una tale distinzione è derivata dall'influenza esercitata dalla libertà di coscienza — sottolineata anche a livello costituzionale a partire dall'articolo 4 GG — e non dal concetto stesso di coscienza influenzato da uno sviluppo lungo centinaia di anni.

Ciò è provato dal *Progetto Radbruch* al codice di diritto penale del 1922 e i seguenti Progetti degli anni Venti i quali non distinguono ancora tra le ipotesi di agente per convinzione e agente per coscienza. Soltanto con le esperienze del Nazionalsocialismo, determinati fatti hanno guadagnato indulgenza e addirittura rispetto, come conseguenza di una specifica *Weltanschauung* politica: i grandi crimini dell'umanità del secolo scorso, del resto, non sono altro che il risultato di una convinzione ideologico-politica dove la rappresentazione e immaginazione di essere al posto della verità ha reso possibile tali misfatti.

Ritornando al problema della coscienza (Gewissen) e del diritto penale (Strafrecht), la questione della coscienza ha trovato — non solo presso la giurisprudenza ma anche presso la dottrina — un'attenzione degna di rilievo.

Il tema della coscienza (Gewissen) non è solo interessante dal punto di vista della filosofia del diritto e della scienza del diritto penale, ma esso rappresenta molto più il punto di intersezione rispetto a problemi teologici, filosofici, sociologici, di diritto costituzionale, toccando, tra l'altro, problemi fondamentali dell'etica e del diritto che attraversano la storia della cultura e della umanità.

A questo punto, il problema concerne i limiti del diritto; pertanto, le approvazioni diventano acute, laddove non si limitano a gruppi specifici, per così dire, marginali (pensiamo ai Testimoni di Geova), ma a intere parti del popolo e l'interrogativo si pone in tali termini: è possibile, oltre che giustificabile ed eticamente sostenibile, che l'individuo possa essere triturato e polverizzato nel contrasto tra le norme di diritto statale ed un obbligo pre-ultra statale? Ecco che questa diviene la ragione fondamentale per cui il tema ha da sempre e sempre più impegnato la moderna scienza penalistica.

2. L'articolo 4 GG: il *Gewissenstäter* e il diritto penale — Una delle posizioni che vale la pena qui menzionare, la quale si è soffermata sulla rilevanza della decisione della coscienza e della sua incidenza nell'ambito della punibilità e del diritto penale è quella di Rudolphi²⁶⁷. Qui, l'Autore, in accordo con Bäumlín, ritiene che — all'interno del problema della delimitazione della libertà di coscienza — sia opportuno circoscrivere tale libertà a quella che è la coscienza interna: in questo senso l'articolo 4 GG — che disciplina la libertà della coscienza a livello costituzionale — è capace di adempiere alla funzione che gli è propria all'interno di una democrazia dello stato di diritto: garantire — in accordo con la giurisprudenza della Corte Costituzionale tedesca (Bundesverfassungsgericht) e la dottrina costituzionale dominante²⁶⁸ — non solo la libertà interna di costruzione e formazione della coscienza ma anche la libertà di sviluppo della coscienza stessa.

Beninteso, uno sviluppo non privo di limiti²⁶⁹. Quindi l'articolo 4 GG, in quanto sancisce un diritto fondamentale, della libertà della attività della coscienza, da limitare attraverso l'ordinamento giuridico statale, ha, perciò, il compito e la funzione di garantire uno spazio di libertà intoccabile ma al tempo stesso porre dei limiti nell'ambito dell'adempimento dei compiti che la comunità dei soggetti deve realizzare in quanto obbligata verso lo Stato stesso²⁷⁰.

Pertanto nell'essenza dell'articolo 4 GG vi è da un lato la esigenza che conflitti di coscienza del singolo rispetto all'ordinamento giuridico vengano evitati il più possibile e, dall'altro, di conseguenza, l'esigenza di realizzare un bilanciamento tra la libertà della coscienza e i compiti dello Stato perseguendo una soluzione che garantisca alla libertà della coscienza uno spazio di attività, bilanciamento che richiama, tra l'altro, la rilevanza di un altro principio, ovvero, quello di proporzionalità²⁷¹.

²⁶⁷ Cfr. H. J. RUDOLPHI, *Die Bedeutung eines Gewissensentscheides für das Strafrecht*, cit., p. 605-633.

²⁶⁸ *Ivi*, p. 605.

²⁶⁹ “Garantire la libertà di coscienza senza limiti significherebbe attribuire al singolo una forza in grado di liberarlo da qualsiasi obbligo giuridico, una forza, pertanto, talmente assoluta e tale che ogni individuo e ogni ordinamento giuridico verrebbe a dissolversi in uno stato completo di anarchia. Welzel stabilisce che il diritto, in quanto ordinamento superindividuale, ai fini della sua esistenza e conservazione nonché al fine di tutela dei consociati che in tale ordinamento hanno fiducia, non può far dipendere la sua validità dalla approvazione e consenso da parte della coscienza del singolo, altrimenti non sarebbe più legge e ciò porterebbe al soggettivismo, solipsismo e anarchia, così H. WELZEL, cit. da H. J. RUDOLPHI, *Die Bedeutung eines Gewissensentscheides für das Strafrecht*, cit., p. 607.

²⁷⁰ *Ivi*, p. 610.

²⁷¹ Tale principio significa che, in un caso concreto, per il raggiungimento dello scopo perseguito dalla legge, ovvero per la tutela della integrità di un bene giuridico protetto dalla legge, non sia assolutamente necessario obbligare colui che è sottoposto alla legge contro la sua coscienza al fine di osservare la norma giuridica, laddove altre possibili alternative e misure sono realizzabili al fine di detta tutela, così H. J. RUDOLPHI, *Die Bedeutung eines Gewissensentscheides für das Strafrecht*, cit., p. 611.

Partendo da queste premesse costituzionali generali, per quanto più da vicino concerne il diritto penale, il suo scopo-funzione è assicurare i bisogni necessari al fine di una vita e convivenza sociale fondata sulla libertà della persona, dovendo, in casi estremi, anche ricorrere alla minaccia della sanzione penale, laddove vengano posti in essere comportamenti pericolosi e dannosi dal punto di vista sociale che ledono beni giuridici fondamentali. Tali beni giuridici, tutelati dal legislatore penale, sono gli stessi che delimitano e circoscrivono i limiti della libertà della coscienza²⁷².

A partire da tali premesse — secondo Rudolphi — il *Gewissenstäter* — al ricorrere di determinati presupposti — può ottenere una causa di estinzione della pena (Strafbefreiungsgrund) nella forma della scusante (Entschuldigungsgrund) a partire dall'articolo 4 I GG: il *Gewissenstäter* —in virtù del fatto che ha agito in maniera conforme alla sua coscienza —evita — secondo quanto stabilito dal dettato costituzionale — una distruzione della sua personalità, ma realizza pur sempre un fatto penale che — in virtù della sua coscienza — potrà, di certo, non giustificare il fatto, ma subire una attenuazione ed una diminuzione della sua illiceità. Altrimenti detto: tale agente va esente da pena solo entro gli stretti e rigorosi limiti fissati dall'articolo 4 I GG.

Auspicabile — secondo Rudolphi — sarebbe prevedere per il *Gewissenstäter* una particolare sanzione penale, la quale dovrebbe tenere in giusto conto la *Gesinnung*, in particolare la capacità della coscienza dell'agente²⁷³.

Altra posizione è quella rappresentata da Beckstein²⁷⁴ secondo cui il *Gewissenstäter* non va giustificato per il fatto che l'articolo 4 comma I GG dichiara come inviolabile la libertà di coscienza: la *Grundgesetz* non pone l'intero ordinamento giuridico sotto una riserva generale della coscienza, altrimenti il diritto non potrebbe diversamente adempiere alla sua funzione in quanto ordinamento prioritario della vita della comunità.

In particolare all'interno del diritto penale ciò diviene chiaro poiché il cosiddetto “minimo” etico-sociale rispetto alla tutela dei beni giuridici contro le violazioni giuridiche deve essere garantito senza riferimento ai suoi motivi — a differenza del diritto penale complementare — dove è possibile che — nel bilanciamento tra la libertà della coscienza e i beni giuridici ed interessi che prevalgono rispetto al bene giuridico leso in concreto — si arrivi ad una giustificazione di condotte altrimenti punibili²⁷⁵.

²⁷² *Ivi*, p. 617.

²⁷³ Cfr. H. J. RUDOLPHI, *Die Bedeutung eines Gewissensentscheides für das Strafrecht*, cit., p. 631.

²⁷⁴ Cfr. G. BECKSTEIN, *Der Gewissenstäter im Strafrecht und Strafprozeßrecht* (Diss.), 1975.

²⁷⁵ *Ivi*, p. 271.

Il problema della responsabilità si pone, generalmente laddove colui che viola una legge — anche in virtù di ragioni che provengono dalla *Gewissen* — prende su di sé di regola la responsabilità poiché egli ha violato una legge che tende alla Giustizia (*Gerechtigkeit*).

In secondo luogo, la decisione della coscienza non elimina necessariamente la consapevolezza dell'antigiuridicità, ma può costituire molto facilmente la base di un errore di divieto.

Il *Gewissenstäter* ha diritto — come personalità moralmente responsabile — ad essere riconosciuto e laddove egli violi la legge, egli agisce alla base di una — dal punto di vista della società — falsa e libera decisione la quale sta in stretta opposizione e contrasto rispetto alla reazione, non prevedibile, di colui che non è capace di responsabilità.²⁷⁶

Il rispetto della decisione della coscienza impedisce, perciò, di assolvere e liberare il soggetto da una minaccia della sanzione da parte della legge e al suo posto di infliggere misure di qualsiasi natura.

Laddove però il *Gewissenstäter* sia anche capace di responsabilità — nel singolo caso di un fatto della coscienza compiuto in uno stato di necessità da parte della coscienza — la responsabilità può essere esclusa: l'ordinamento dei valori giuridico-costituzionale tutela non solo la esistenza psichica dell'individuo, ma tiene anche riguardo in maniera ugualmente alta agli uomini come essenze morali, auto-responsabili.

Di conseguenza non è perciò da rimproverare all'agente, in situazioni particolarmente acute di necessità, che egli abbia violato una legge penale e non si rappresenti — in considerazione del conflitto concreto tra un obbligo giuridico (*Rechtspflicht*) che sussiste in base alle visioni generali e un precetto della coscienza (*Gewissensgebot*) che costringe — sotto alcun aspetto degli scopi della sanzione come una reazione adeguata dello Stato²⁷⁷.

Meglio. Il sanzionare un *Gewissenstäter* non scusabile rientra all'interno di un precetto di favore da parte del diritto costituzionale così che considerazioni generalpreventive contro al rispetto della personalità indietreggiano. E dal momento che il rimprovero di responsabilità per il *Gewissenstäter* si fa minore rispetto ad un delinquente comune, la sanzione dovrà pertanto orientarsi — nel raggio di azione della sanzione per responsabilità — a quella che è la cornice edittale fissata dal legislatore penale²⁷⁸.

²⁷⁶ Cfr. G. BECKSTEIN, *Der Gewissenstäter im Strafrecht und Strafprozeßrecht*, cit., p. 272.

²⁷⁷ *Ibidem*.

²⁷⁸ Cfr. G. BECKSTEIN, *Der Gewissenstäter im Strafrecht und Strafprozeßrecht*, cit., p. 273.

In particolare, il tentativo di delimitazione della punibilità ha portato la Corte Costituzionale tedesca (Bundesverfassungsgericht) a sottoporre la più volte punizione dei Testimoni di Geova a causa del rifiuto della prestazione del servizio civile sostitutivo del servizio militare per ragioni di coscienza.

In ogni caso, il tentativo di ampliare il concetto di fattispecie attraverso la coercizione della coscienza è problematico e, in ogni caso, non riferibile o applicabile ad altre fattispecie; in più l'esame — da compiere in un momento successivo — della serietà ed onestà delle supposte ragioni o cause della coscienza è possibile ma solo a determinate condizioni: solo una disciplina che osserva una tale difficoltà nel senso di accettarla sarebbe praticabile²⁷⁹.

Il conflitto tra la coscienza del singolo e la norma statuale con ciò non è risolto, come non potrebbe, del resto, esser risolto dal momento che una vera e propria antinomia tra la moralità individuale (Sittlichkeit) e l'ordinamento giuridico statale sussiste.

Laddove la coscienza di una persona giunge a far sì che costui leda la legge penale, una soluzione soddisfacente non pare essere possibile: o la inviolabilità dell'ordinamento giuridico viene messa in pericolo oppure il singolo viene minacciato nella sua esistenza.

Pertanto, lo scopo del legislatore — in particolare di quello penale — è da un lato quello di impedire — attraverso una delimitazione del diritto penale alla tutela dei beni giuridici elementari contro intollerabili attacchi — che si arrivi a dei veri e propri conflitti e, dall'altro, di contenere — nei casi di conflitto — tutte le soluzioni di pura conformità allo scopo, soluzioni che sono inconciliabili con il principio della *Gerechtigkeit*²⁸⁰.

Nell'ambito della dottrina portoghese si sono altrettanto segnalate posizioni interessanti. Una di queste è offerta da Augusto Silva Dias²⁸¹.

È interessante notare come qui il problema della coscienza e — più da vicino — delle decisioni motivate dalla coscienza e, in senso ampio, dei delitti realizzati a partire da decisioni della coscienza, viene fatto, ancora una volta, risalire alla figura del delinquente per convinzione e, quindi, alla Repubblica di Weimar e al suo “centro propulsore” Gustav Radbruch²⁸²: ne viene ripercorsa la storia con i suoi cambiamenti e svolte, sia in sede dottrinale che giurisprudenziale *de lege ferenda*.

²⁷⁹ *Ibidem*.

²⁸⁰ *Ibidem*.

²⁸¹ Cfr. AUGUSTO SILVA DIAS, *A relevância jurídico-penal das decisões de consciência*, cit.

²⁸² *Ivi*, p. 13.

In particolare Silva Dias — dopo aver analizzato le differenti posizioni che si sono succedute nel corso del tempo sul tema — non si trova affatto d'accordo sull'eventuale distinzione tra agente per convinzione ed agente per coscienza, in base ai criteri della decisione su ciò che è “bene” e su ciò che è “male” e al criterio della lotta interiore per la conquista ed affermazione di ciò che è eticamente giusto.

Una distinzione che non può, pertanto, essere realizzata dal punto di vista del profilo oggettivo, ma molto più in base alla differenza di significato che ogni figura possiede all'interno di una teoria razionale dell'agire morale: l'azione per convinzione e per coscienza non si distinguono generalmente per la obbligatorietà interiore della decisione e della vincolatività, dal momento che l'autore è intimamente persuaso della necessità della sua azione.

La differenza è che, mentre nella decisione motivata dalla coscienza la convinzione deriva dal rispetto di principi pratici che conducono alla elezione generale, nel caso della mera convinzione, l'azione è sentita come necessaria per ottenere determinati fini²⁸³.

In accordo con Schmidhauser — nel senso che il concetto di azione è sempre stato utilizzato per indicare la convinzione morale, convinzione basata su una decisione della coscienza — non ogni convinzione morale possiede ugualmente carattere morale come è ben messo in luce dalla distinzione tra “sentirsi obbligato” ed “avere un obbligo”.

In questo senso — qui Silva Dias — la distinzione tra le due figure, azione per convinzione e per coscienza, acquista un suo profilo autonomo²⁸⁴.

Di contro a Peters²⁸⁵ — che descrive le convinzioni come decisioni obiettive, non riguardanti l'ambito etico, e riduce le decisioni di coscienza alle opinioni politiche e sociali, ma aderendo all'opinione di Luhmann²⁸⁶ che considera la coscienza estesa a svariati temi, quali la condizione della persona — va ben detto che la decisione per coscienza che non rappresenta una decisione *contra legem* intanto va presa in considerazione, in quanto vi è un'altra norma — questa volta di diritto positivo che l'autorizza e, in particolare, ne legittima il suo allontanamento; allo stesso tempo, però, la libertà della coscienza non dichiara la coscienza come norma superiore, legittimando, in tal modo, ogni lesione del diritto — il che rappresenterebbe la chiara distruzione di ogni ordine giuridico — ma, molto più, il riconoscimento espresso dell'esistenza di uno spazio,

²⁸³ Cfr. AUGUSTO SILVA DIAS, *A relevância jurídico-penal das decisões de consciência*, cit., p. 160.

²⁸⁴ *Ivi*, p. 165.

²⁸⁵ *Ibidem*.

²⁸⁶ *Ibidem*.

ulteriore rispetto a quello costituito dalle norme gerarchiche, in cui il soggetto possa altrettanto svilupparsi e realizzarsi²⁸⁷.

Ciò che manca — secondo l'Autore — ancora alle decisioni della coscienza è un adeguato trattamento da parte del diritto penale rispetto ai reati compiuti per motivi di coscienza; meglio, le conseguenze giuridico-penali non prenderebbero sul serio il tema della libertà della coscienza. Partendo dalla premessa che la condotta del reo per coscienza non può essere giustificata, laddove consista nella lesione di un bene giuridico da parte di colui che realizza un diritto di terzi, qui si pone un limite evidente alla libertà della coscienza: è evidente che il problema del conflitto tra la coscienza individuale e l'ordine giuridico non potrà venir risolto sul piano della illiceità, laddove ipotesi di esclusione della illiceità si pongono solo per i casi in cui il diritto cui si fa riferimento lede e collide con beni che appartengono e sono diffusi nella collettività. Ma l'agente per coscienza incorre sempre nella responsabilità giuridica, la quale potrà solo venire esclusa se manca la capacità di responsabilità o la coscienza della illiceità²⁸⁸.

Nell'ambito della dottrina portoghese, un altro autore che si è avvicinato al tema della decisione per coscienza rilevante dal punto di vista giuridico-penale, denominandolo, pertanto, "fatto della coscienza", è stato Jorge de Figureido Dias²⁸⁹.

Il tema della decisione — come da più parti sostenuto — si è, anche per Figureido Dias, dislocato nell'ambito della coscienza, in particolare della coscienza nel contesto di rilievo giuridico: qui il problema riguarda la relazione tra la norma giuridica e la coscienza etica individuale, riguarda quindi il problema "fino a che punto una norma giuridica ha una validità concreta ed effettiva rispetto ad una decisione della coscienza che ad essa sia contraria o se, al contrario, una tale validità sia sotto riserva di coscienza"²⁹⁰.

Attualmente il problema è di triplice natura. Esso, in primo luogo, consiste nel chiedersi se e in che maniera — se ve ne è una — la libertà della coscienza — assicurata in modo quasi assoluto dal punto di vista del diritto costituzionale — si riflette sui fatti della coscienza che costituiscono reati, venendo, in tal modo, arrestata o limitata la sua rilevanza giuridico-penale.

²⁸⁷ Cfr. AUGUSTO SILVA DIAS, *A Relevância jurídico-penal das decisões de consciência*, cit., p. 172.

²⁸⁸ *Ibidem*.

²⁸⁹ Cfr. J. DE FIGUREIDO DIAS, *Direito penal parte general. Questões fundamentais a doutrina general do crime*, vol. I., 2. edizione, Coimbra 2007, p. 652-667; ID., *Gewissenstat, Gewissensfreiheit und Schuldausschluss*, in B. SCHÜNEMANN/H. ACHENBACH/W. BOTTKE/B. HAFFKE/H.J. RUDOLPHI (a cura di) *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin-New York, 2011, pp. 531- 548.

²⁹⁰ Cfr. J. DE FIGUREIDO DIAS, *Direito penal parte general. Questões fundamentais a doutrina general do crime*, cit., p. 652.

In secondo luogo, bisogna domandarsi se possa mai sussistere un privilegio giuridico-costituzionale della libertà della coscienza e, in terzo luogo — una volta attestata l'esistenza di tale privilegio — chiedersi quale ne sia l'ampiezza e la portata ovvero a quale livello della dottrina generale del reato tale privilegio rileva: a livello dell'illecito, della colpevolezza, della punibilità²⁹¹. Una certa unanimità e concordanza di vedute è stata raggiunta a proposito dei limiti di operatività della libertà fondamentale della coscienza: ogni decisione della coscienza che si realizza immediatamente nell'ambito della norma costituzionale che tutela la libertà della coscienza è accettata; così come concordanza di opinioni vi è sul punto che la norma in questione — tutelata e considerata come inviolabile da tutte le Costituzioni dei Paesi democratici — non concerne solo il *forum internum* ovvero la formazione interna della coscienza ma anche la libertà di manifestazione della stessa, la sua esplicazione nella vita sociale²⁹².

La dottrina maggioritaria e ormai consolidata avvisa nell'invulnerabilità della libertà fondamentale della coscienza l'esigenza che l'individuo venga tutelato dalla coazione della coscienza nel caso in cui venga esercitata la minaccia da parte della sanzione penale. Ciò non toglie che — nonostante il fatto della coscienza sia coperto dall'invulnerabilità della coscienza — sia un fatto illecito: un illecito sì ma rispetto al quale viene, però, meno la responsabilità dell'agente, non essendo la sanzione — dal punto di vista politico-criminale — necessaria in una prospettiva di prevenzione²⁹³.

Rispetto a tale posizione Figureido Dias solleva dubbi su questioni, in realtà, fondamentali. Innanzitutto il dubbio sulla possibile esistenza di manifestazioni della libertà di coscienza che — indipendentemente dal fatto che si traducano o meno nella pratica di un fatto punibile — sono coperte dall'esercizio di un diritto fondamentale garantito a livello costituzionale; in secondo luogo se la Costituzione ascrive tali manifestazioni ai principi di tolleranza e comprensione rispetto al modo di agire e di pensare della persona oppure, direttamente, ai suoi diritti e garanzie

²⁹¹ *Ivi*, p. 653.

²⁹² Tra tutti, Roxin ha analizzato i limiti immanenti al diritto fondamentale della libertà di coscienza. In particolare al di fuori dei limiti immanenti — rappresentati dall'esigenza di conservazione e mantenimento dello Stato, della sua sicurezza e dei suoi più alti principi costituzionali — visto e considerato che la Costituzione garantisce e tutela la libertà di manifestazione della coscienza, vi sono i beni giuridici comunitari ed individuali. Pertanto, la determinazione dei limiti immanenti sarà il risultato di un'operazione di bilanciamento dei beni giuridici in conflitto tra di loro, bilanciamento che dovrà essere deciso a favore della limitazione laddove lo Stato si trovi ad essere paralizzato nell'esercizio delle sue libertà fondamentali, cit. da J. DE FIGUREIDO DIAS, *Direito penal parte general. Questões fundamentais a doutrina general do crime*, cit., p. 657.

²⁹³ Qui il riferimento è a Roxin, cit. da J. DE FIGUREIDO DIAS, cit., p. 659.

fondamentali, si imporrebbe la necessità di considerare tali manifestazioni come autentici diritti di azione e non illeciti giuridico-penali. Quindi il problema giuridico-penale non consisterebbe nel determinare l'ambito esatto di protezione della norma costituzionale a tutela della libertà di coscienza ma stabilire se tale protezione permane laddove il fatto della coscienza costituisca un reato²⁹⁴. Una delle conclusioni che — dal punto di vista del diritto costituzionale e del diritto penale — si potrebbe conciliare è che — fermo restando in generale la possibilità che un fatto di coscienza non si traduca nella realizzazione di un illecito penale — esso s'imbatta in un limite immanente alla libertà della coscienza garantita a livello giuridico-costituzionale.

A questo punto come si definisce dal punto di vista dogmatico-penale la possibilità che, nonostante l'illiceità, venga meno la responsabilità di colui che compie un fatto della coscienza? Dal punto di vista dogmatico, secondo la soluzione condivisa dalla maggior parte degli autori²⁹⁵, il fatto della coscienza non si inquadra né nella mancanza, non scusabile, della coscienza dell'illecito — essendo completamente estranea ad essa tale profilo — né nell'ipotesi dello stato di necessità scusante.

In particolare, la tensione spirituale che precede il fatto della coscienza, da un lato, può sì essere tale da far incorrere l'agente in un errore sull'esistenza e sui limiti di una causa di giustificazione, ovvero lo stato di necessità scusante, ma il conflitto che caratterizza il fatto della coscienza non costituisce un conflitto di beni giuridici secondo l'accezione della dottrina dello stato di necessità giuridico-penale²⁹⁶.

Ancora. A qualunque situazione di stato di necessità è connaturata l'esistenza di un conflitto derivante da una situazione esogena, conflitto che crea un pericolo per i beni giuridici dell'agente o di terzi; invece, nel fatto di coscienza, il soggetto agisce e realizza il fatto stesso in virtù della pressione su di lui esercitata dalla voce della coscienza: pertanto si tratta di due situazioni strutturalmente differenti²⁹⁷. Molto più vicina sarebbe a quella che la dottrina più antica della coscienza dell'illecito considerava l'errore di diritto naturale o la dottrina più moderna — secondo una concezione più ampia, un errore sulla validità²⁹⁸. Ma se, da un lato, il fatto della coscienza non è riconducibile all'errore sulla validità, poiché l'agente agisce in virtù di una convinzione la cui liceità è assicurata dalla nullità o invalidità giuridica della norma di condotta, visto che l'agente è a

²⁹⁴ Cfr. J. DE FIGUREIDO DIAS, *Direito penal parte general. Questões fundamentais a doutrina general do crime*, cit., p. 660.

²⁹⁵ *Ivi*, p. 661.

²⁹⁶ *Ibidem*.

²⁹⁷ Cfr. J. DE FIGUREIDO DIAS, *Direito penal parte general. Questões fundamentais a doutrina general do crime*, cit., p. 662.

²⁹⁸ *Ibidem*.

conoscenza della vigenza della norma, ma ciò che non riconosce è solo la sua obbligatorietà in concreto in virtù dell'obbligo di coscienza che lo motiva; dall'altro lato, è sì riconducibile all'errore sulla validità visto che alla fine l'agente non conosce la proibizione e, in definitiva, nega la validità della norma come norma di comportamento nel caso concreto: che ciò avvenga per ragioni di natura giuridica (errore di validità) o per motivi dettati dalla coscienza (errore di fatto della coscienza), si rappresenta come una differenza di struttura, la quale è incapace di soddisfare il significato sostanzialmente analogo dei due casi per il giudizio di censura del diritto penale²⁹⁹.

A maggior ragione se il fondamento di rilevanza dell'errore di validità come quello della mancanza di coscienza dell'illecito non deve assolutamente comportare dubbi sulla conoscenza delle norme legali, altrimenti si tratterebbe del puro errore intellettuale, errore di conoscenza che escluderebbe il dolo e non avrebbe nulla in comune con la mancanza di conoscenza dell'illecito³⁰⁰. Ma in nessun caso l'errore proviene dalla coscienza etica o la condotta dell'agente che si è manifestata nel fatto rivela una personalità non conforme ai criteri di valore dell'ordinamento giuridico e la motivazione rispetto al fatto si riporta a quell'errore di valutazione che costituisce l'essenza della mancanza di coscienza dell'illecito e comporta la punizione del fatto a titolo di dolo, errore che può presentarsi come non scusabile e, pertanto, giungere all'esclusione della colpevolezza³⁰¹.

Visto che sussisterebbe un'analogia tra l'errore ed il fatto della coscienza che esclude la colpevolezza e, di conseguenza, la non scusabilità della mancanza di coscienza dell'illecito comporterebbe per l'agente il persistere della coscienza etica, quindi, del diritto manifestato attraverso il fatto, tale criterio sembra ben potersi applicare per analogia al fatto della coscienza. Pertanto — secondo l'Autore — vi sarebbe nella ragione della decisione una coscienza etica che ha spinto alla commissione di un illecito, meglio una situazione giuridica conflittuale e che, pertanto, da un lato, è orientata verso criteri che l'ordinamento giuridico accetta o quantomeno riconosce e, dall'altro, è spinta dal proposito di conformare la sua condotta ad essi: solo in quest'ultimo caso è possibile una esclusione della colpevolezza per il fatto della coscienza per il tramite dell'analogia con la mancanza non scusabile della coscienza della illiceità³⁰².

²⁹⁹ Cfr. J. DE FIGUREIDO DIAS, *Direito penal parte general. Questões fundamentais a doutrina general do crime*, cit., p. 664

³⁰⁰ *Ibidem*.

³⁰¹ Cfr. J. DE FIGUREIDO DIAS, *Direito penal parte general. Questões fundamentais a doutrina general do crime*, cit., p. 666.

³⁰² *Ivi*, p. 667.

3. (Segue) La dottrina — Una delle posizioni recentemente sostenuta è quella di Jescheck/Wiegand³⁰³. Qui la coscienza (Gewissen) ossia la coscienza viene definita come fonte della consapevolezza del diritto e del non-diritto: il principio della colpevolezza non presuppone solamente che l'individuo sia libero ma che possa anche decidere in maniera giusta. Dal momento che deve esserci, accanto alla libertà di volere, anche la capacità rispetto ai valori, qui la coscienza rappresenta proprio lo strumento o mezzo intermediario, il *medium* attraverso cui i concetti di valore vengono presi e le proprie azioni giudicate³⁰⁴. Ancora la coscienza rappresenta una forza che si trova negli uomini, che si sviluppa nei primi anni dell'infanzia e porta alla formazione di una personalità e di una coscienza del diritto che rende l'uomo capace di evitare l'illecito, quindi ciò che non è diritto³⁰⁵.

Nell'ambito dell'ordinamento giuridico la coscienza giuridica è ciò che rende capaci gli uomini di distinguere tra diritto (Recht) e illecito (Unrecht); la validità della norma giuridica non è sotto la riserva del riconoscimento attraverso la coscienza del cittadino, ma la coscienza giuridica è l'organo naturale attraverso il quale il singolo fa propri i precetti e i divieti giuridici.

In quanto modo del sentimento e della conoscenza umana la coscienza giuridica è però insidiata dalla possibilità di decisioni di errore che possono derivare dalla portata della coscienza, dall'errore di coscienza e dalla cecità della coscienza stessa, la "irrendes Gewissen"³⁰⁶.

Si tratta di un errore di divieto laddove all'agente manca la consapevolezza dell'antigiuridicità. A tal proposito il problema dell'evitabilità o della non evitabilità dell'errore di divieto dipende, tra le altre cose, dal fatto se "der Täter bei der von ihm zu verlangenden Anspannung des Gewissens zur Einsicht in das Unrechtmäßige seines Tuns gelangen konnte oder nicht"³⁰⁷: il rimprovero di colpevolezza da parte del diritto penale è quindi sostanzialmente fondato sul fatto che l'agente nella formazione della volontà non si sia lasciato guidare dalla sua coscienza giuridica e, quindi, la sua coscienza erronea non l'ha corretto.

Dall'errore di divieto va, però, distinta la convinzione o *Überzeugung* dell'agente che contraddice e si contrappone al diritto³⁰⁸.

³⁰³ Cfr. JESCHECK/WIEGEND, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5 edizione, Berlin 1996.

³⁰⁴ *Ivi*, p. 413.

³⁰⁵ *Ivi*, p. 414.

³⁰⁶ *Ibidem*.

³⁰⁷ BGH 2, 194, cit. da JESCHECK/WIEGEND, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, cit., p. 413.

³⁰⁸ *Ibidem*.

Di certo, la validità delle norme non dipende dall'approvazione e consenso del singolo, ma si fonda su un atto di posizione del diritto da parte della comunità. Ma nonostante la vincolatività dell'ordinamento giuridico, è ben possibile che il singolo possa sentirsi costretto dalla sua coscienza ad un comportamento che ad essa si oppone³⁰⁹.

L'ordinamento giuridico non può rendere la validità delle sue norme dipendenti dall'approvazione e consenso del singolo, poiché altrimenti esso si abbasserebbe a consiglio, esortazione non obbligatoria e perderebbe la sua attendibilità.

Secondo l'attuale dottrina — così conferma l'Autore — lo *Überzeugungstäter* non è né giustificato né, di regola, scusato³¹⁰. Anche un errore di divieto non sussiste laddove l'agente per convinzione rifiuta solamente obbedienza all'ordine legale da lui riconosciuto³¹¹. Una decisione della coscienza contro il diritto può, però, essere considerata a seconda del valore etico dei motivi a livello dell'esecuzione della pena³¹² e venire in considerazione nel caso di un legame profondo ad un obbligo della coscienza addirittura come scusante (*Entschuldigungsgrund*).

Gli sforzi di introdurre per lo *Überzeugungstäter* un particolare tipo di pena, in grado di dimostrare la non fragilità dell'ordinamento giuridico, senza comportare un giudizio di disvalore per la persona dell'agente, non si sono potuti imporre.

Per quanto concerne più specificamente il fatto penale motivato da una decisione della coscienza, invece, la *Grundgesetz* sancisce all'articolo 4 I “Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich”. Qui, come di consueto, riporta l'Autore la celeberrima decisione della Corte Costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*): “jede ernste sittliche, d.h. an den Kategorien von ‘Gut’ und ‘Böse’ orientiert Entscheidung anzusehen, die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt

³⁰⁹ “Il rifiuto degli appartenenti alla setta dei Testimoni di Geova, di prestare il servizio sostitutivo previsto all'articolo 12a II GG, viene giustificato in base al fatto che per essi anche ogni altra alternativa rispetto al servizio obbligatorio significherebbe una perdita delle esigenze del loro credo e per tale motivo non potrebbe essere imposta dallo Stato. La Corte Costituzionale tedesca (BVerfGE 19, 135 e 23, 127) non ha però lasciare valere l'argomento della coscienza di contro al dovere del servizio sostitutivo stesso previsto dalla Costituzione. Il ripetuto giudizio nei confronti di coloro che rifiutano il servizio sostitutivo, per non aver osservato un ripetuto ordine di arruolamento, contraddice per questo un durevole e seria decisione della coscienza (Art. 103 III GG) (BVerfGE 23, 191), cit. da JESCHECK/WIEGEND, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5 cit., p. 414.

³¹⁰ BGH 2, 194, cit. da JESCHECK/WIEGEND, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, cit., p. 415.

³¹¹ *Ibidem*.

³¹² BGH 8, 162, cit. da JESCHECK/WIEGEND, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, cit., p. 416.

verpflichtend innerlich erfährt, so dass er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte”³¹³.

Nel giudizio circa il problema — se e fino a che punto la garanzia costituzionale dell’inviolabilità della libertà di credo e di coscienza abbia un’influenza sulla punibilità di un certo comportamento che deriva da una decisione della coscienza³¹⁴ — bisogna distinguere tra un fatto penale realizzato attraverso un fare positivo o attraverso un’omissione.

In casi rari ed eccezionali la giurisprudenza ha considerato una mancanza di pena per quanto concerne la omissione, in sé punibile, di un fare richiesto dalla legge con riferimento alla decisione di coscienza dell’agente che ha commesso una omissione³¹⁵.

La possibilità di considerazione di una decisione della coscienza è sostenuta in maniera diversa per quanto concerne i fatti di omissione³¹⁶.

Il che — secondo l’Autore — è da condividere dal momento che in concreto è insostenibile costringere taluno contro la sua decisione della coscienza attraverso la minaccia della sanzione ad una azione che egli, in sostanza, rifiuta.

Per cui il riconoscimento della decisione della coscienza come causa di esclusione della punibilità (Strafausschließungsgrund) per quanto concerne i fatti di omissione presuppone, però, che il soggetto in questione abbia rifiutato l’azione richiesta a sua favore del reo di omissione come nei casi precedenti visti in nota.

³¹³ BVerfGE 12, 45, cit. da JESCHECK/WIEGEND, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, cit., p. 417.

³¹⁴ Cfr. JESCHECK/WIEGEND, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, cit., p. 412.

³¹⁵ So hat das Bundesverfassungsgericht die Verurteilung eines Ehemanns, der Angehöriger der religiösen “Vereinigung des evangelischen Brüdervereins” war, wegen unterlassener Hilfeleistung nach § 323 c (echtes Unterlassungsdelikt) aufgehoben. Dieser hatte es unterlassen, bei seiner Ehefrau, die der gleichen Glaubensgemeinschaft angehörte, seinen Einfluss dahin gestendo zu machen, seinen Einfluss dahin gestendo zu machen, dass sie sich ärztlichen Rat gemäß nach einer Geburt in ein Krankenhaus begeben und dort eine Bluttransfusion vornehmen lasse. Der Ehemann fühlte sich in Übereinstimmung mit seiner Frau an die Lehre des Brüdervereins gebunden, dass in einem solchen Fall das Gebet zu Gott der “bessere Weg” sei. Die Frau starb, hätte aber durch ärztliche Hilfe gerettet werden können. Das Gericht entscheidet, dass Verhalten des Ehemanns sei zwar zu missbilligen, es sei aber “nicht mehr in dem Maße vorwerfbar, dass es gerechtfertigt wäre, mit der schärfsten der Gesellschaft zu Gebote stehenden Waffe, dem Strafrecht, gegen den Täter vorzugehen (BVerfGE 32, 98 ss mit zust. Anm. Peters, JZ 1972, 85). Ebenso hat der BGH einen Arzt, der seine schwerleidende und nach einem Selbstmordversuch bewußtlose Patientin auf ihren ausdrücklichen Wunsch nicht in eine Intensivstation einwies, sondern bis zum Eintritt des Todes, ohne etwas zu veranlassen, bei ihr ausharrte, nicht wegen Tötungsversuchs durch Unterlassen (unechtes Unterlassungsdelikt) verurteilt, weil “seine ärztliche Gewissensentscheidung nicht von Rechts wegen als unvertretbar angesehen werden könne (BGH 32, 367), cit. da JESCHECK/WIEGEND, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, cit., p. 412.

³¹⁶ *Ibidem*.

Quindi, poiché la giustizia sostanziale della decisione della coscienza non può essere esaminata dal tribunale³¹⁷, dovrebbe altrimenti rimanere impunito anche colui che, inconsapevolmente e sfortunatamente, si lasci morire poiché egli considera la infelicità o sfortuna come pena divina che dovrebbe lasciare il suo corso all'uomo³¹⁸.

L'ampliamento della decisione della coscienza ai fatti penali che, attraverso il fare positivo vengono realizzati, è — secondo l'Autore — da rifiutare³¹⁹, poiché in questo modo la tutela del cittadino verrebbe posta ampiamente a disposizione dell'agente per coscienza e in senso parziale l'imposizione esterna da parte dell'ordinamento del diritto penale non è da comprendere l'articolo 4 I GG³²⁰.

Altra posizione degna di rilievo è quella di Gunther Jakobs³²¹. Affrontando il tema dell'imputabilità, l'Autore concepisce, sullo stesso piano, l'agente per convinzione e per coscienza. Innanzitutto, un conflitto tra una convinzione ed una norma giuridica, che pure abbia una forza rilevante, non costituisce o, per lo meno, rappresenta molto poco una scusante (*Entschuldigungsgrund*). In particolare, la problematica di uno *Überzeugungstäter* non sussiste rispetto ad ogni agente per convinzione che realizza un comportamento antiggiuridico; laddove l'agente possa conciliare una sua condotta alternativa, conforme al diritto con la sua identità, allora il conflitto tra la convinzione ed il diritto è risolvibile e si tratterebbe allora solo di riconoscere la sua convinzione come causa e ragione dell'azione nell'ambito della esecuzione della pena³²².

³¹⁷ Cfr. JESCHECK/WIEGEND, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, cit., p. 413.

³¹⁸ Über die Grenze der Unterlassungstat will Roxin bei einzelnen Fällen des positiven Tuns hinausgehen. So soll jemand, der in unentrinnbaren Gewissenskonflikt einen schwer leidenden Kranken auf sein ausdrückliches und ernstliches Verlangen entgegen § 216 tötet, straffrei bleiben. Das gleiche soll gelten für jemanden, der unvermeidlich daran gehindert ist, einen nach seinem Glauben unbedingt vorgeschriebenen Gottesdienst rechtzeitig zu besuchen, und unter Verstoß gegen § 248 b ein fremdes Fahrrad oder Kraftfahrzeug benutzt. Dasselbe wird angenommen, wenn sich jemand innerlich zu einem Geheimnisverrat oder einer Nötigung gedrängt fühlt, cit. da JESCHECK/WIEGEND, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, cit., p. 414.

³¹⁹ *Ibidem*.

³²⁰ *Ibidem*.

³²¹ Cfr. G. JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. ediz., Berlin – New York 1992.

³²² “Ein Arzt, der jede Reglementierung des Schwangerschaftsabbruch für überholt hält, ein politisch Tätiger, der die Demokratie für eine dekadente und zu überwindende Staatsform ansieht, ein Jäger, der meint, schonzeiten für Rehwild seien ökologisch verfehlt, begehen jeweils ein entsprechendes Delikt, ohne sich freilich zur Durchsetzung des ihres Erachtens besseren Ordnung für unabdingbar verpflichtet zu halten” cfr. G. JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, cit., p. 577.

In particolare Jakobs distingue tra un “weichen Überzeugungstäter” e un “harten Überzeugungstäter”. Il primo agisce per un ordine auspicabile, la sua colpevolezza è attenuata laddove tale ordine desiderabile debba essere anche considerato o valutato nel senso giuridico come positivo: la conseguenza di ciò è l’applicazione di regole generali dell’esecuzione penale.

A differenza del primo, il secondo, meglio identificato come *Gewissenstäter* o *Konfliktäter*, presenta la peculiarità che il conflitto tra il diritto e la convinzione è irrisolvibile; egli non segue la sua convinzione ma danneggia la sua persona³²³. Anche qui Jakobs conferma la consolidata concezione e definizione della decisione in virtù di una convinzione da parte della Corte Costituzionale tedesca come “jene ernste sittliche, d.h. an den Kategorien von ‘Gut’ und ‘Böse’ orientierte Entscheidung..., die der einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, so dass er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte”³²⁴.

In particolare il fatto del conflitto non sussiste laddove la convinzione dell’agente in sé sia completamente coerente, laddove la mancanza di frattura di massime rigorose può essere un segno di un riferimento e aggancio mancanti alla realtà; mentre la convinzione deve da parte dell’agente essere anche mantenuta laddove egli sia da essa molestato; in particolare, portare su di sé i costi di una convinzione mostra il carattere vincolante delle convinzioni, da distinguersi tra vere convinzioni e semplici “ideologie”, il che non è possibile³²⁵.

Il che chiaramente non significa che il contenuto della convinzione sia irrilevante, ma se e in quale misura l’agente stesso sia responsabile del conflitto dipende da altre possibilità, possibilità di prolungarlo ad un altro sistema. Tali possibilità si volgono secondo la misura in cui l’ordinamento normativo minaccia un danno attraverso il conflitto, il che mostrerebbe il carattere funzionale del principio di colpevolezza (Schuldprinzip).

Si tratta del fatto che l’agente non porta in armonia l’ordinamento giuridico e la sua convinzione; pertanto — visto dalla parte dell’ordinamento — non può realizzarsi un *deficit* della socializzazione quindi egli non può essere scusato se tale esito negativo — corrispondente alla situazione di capacità di colpevolezza o all’errore di diritto — nell’essenza possa essere chiarito all’agente senza danni per l’ordinamento giuridico.

³²³ *Ivi*, p. 578.

³²⁴ *Ibidem*.

³²⁵ Cfr. G. JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, cit., p. 578.

Manca però questa possibilità così l'agente non è scusato e lo stesso accadrebbe anche se per lui il conflitto avesse una dimensione, portata esistenziale³²⁶: anche se gli uomini potessero contenere la propria convinzione solo in un certo ambito, vi sarebbero comunque pochissime possibilità che si possano avere per il singolo conflitti senza danni e ripercussioni per l'ordinamento giuridico. Pertanto il diritto non può portare di regola con sé il rischio che una formazione dell'identità non sia conforme al diritto.

Un'altra e diversa soluzione presupporrebbe che la formazione dell'identità sia controllata e in casi di stato di necessità giuridico corretta, il che sarebbe chiaramente intollerabile anche solo in una certa qualche misura dal punto di vista costituzionale: l'obbligo di garanzia che sussiste di regola per il singolo è il rovescio della libertà della formazione della sua personalità.

Per quanto concerne invece i presupposti della scusante, tre sono le possibili spiegazioni per l'agente. Una prima spiegazione, completa o parziale, senza pregiudizi per l'ordinamento giuridico e per l'agente è possibile laddove il conflitto possa essere giustificato in base ai costi necessari di un principio irrinunciabile, nel senso che il diritto non possa rinunciare al principio del comportamento conforme alla convinzione poiché "ohne festen Bestand an 'inneren' Normen der Subjekte eine zuverlässige soziale Integration ausgeschlossen ist"³²⁷. Il principio del comportamento conforme alla convinzione può — come ogni altro principio necessario — con ciò essere molestato per il fatto che, nel suo procedere, possono essere prodotti alcuni errori casuali. Laddove il diritto non possa rinunciare a che i soggetti ad esso sottoposti possano anche costruire delle convinzioni così che possa anche tollerare il rischio che la costruzione possa presentare talora qualche evento disturbante. Naturalmente tale spiegazione è sufficiente solo se il diritto non debba essere abbandonato con il riconoscimento dell'errore del caso: si può trattare solo di *Überzeugungstätern* che nel riconoscimento del diritto nei suoi lineamenti necessari ledono la singola norma³²⁸.

³²⁶ *Ivi*, p. 579.

³²⁷ Cfr. G. JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, cit., p. 580.

³²⁸ "Ein Vater verhindert einen rechtswidrigen Angriff auf die Gesundheit seines minderjährigen Kindes nicht, weil er dies nur durch gerechtfertigte Tötung des Angreifers könnte, era ber jede Anwendung von lebenszerstörender Gewalt aus Überzeugung ablehnt; das Kind erleidet deshalb schiere Verletzungen; ein Arzt gibt seinem todkranken Freund auf dessen Verlangen zur Vermeidung einer langen Agonie eine tödliche Injektion, weil ere s lange vorher so versprochen hatte und der kranke ihn nicht aus dem Versprechen entläßt. In beiden Fällen ist die Möglichkeit mehr als partieller Entschuldigung zweifelhaft", cit. da G. JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, cit., p. 580.

Per quanto concerne la seconda spiegazione il *deficit* di socializzazione dell'agente può più da lontano interamente o parzialmente essere spiegato senza effetti pregiudizievole per l'ordinamento giuridico laddove è rappresentabile come causa di terze persone se l'agente possa rimproverare il fatto che egli sia stato educato in maniera sbagliata o che sia stato indotto in una situazione di comprensiva labilità. La stessa negazione di una grande parte dell'ordinamento giuridico si lascia in questo modo compiere, almeno parzialmente. Infine almeno una parziale spiegazione è possibile laddove l'agente — responsabile della sua convinzione o meno — possa essere distanziato dalla situazione in cui fin qui la convinzione riferita solo a casi ipotetici diviene conflitto reale.

Questo è il caso degli obblighi istituzionali per i quali, da un lato, per l'agente non sussiste alcuna alternativa di organizzazione per la istituzione e, dall'altro lato, però, la organizzabilità dell'istituzione non dipende dall'obbligo³²⁹. Per quanto riguarda gli obblighi della competenza di organizzazione è impossibile una distanza dell'agente da situazioni calcolabili: egli deve portare le conseguenze della sua libertà di organizzazione. Chiaramente un conflitto è così raro che ancora ci si trova nell'ambito del rischio consentito laddove nel caso del suo ingresso non viene colpita alcuna precauzione, così non può toccare una distanza dell'agente dalla situazione il collegamento principale della libertà di organizzazione e la responsabilità per le conseguenze nel caso in cui la condotta di organizzazione del reo non si riferisca specificamente a questo rischio: in questi casi la convinzione può avere un effetto attenuante nella determinazione della colpevolezza³³⁰.

Una differenza delle modalità di spiegazione tra l'azione e l'omissione non sussiste³³¹ e non si lascia anche sostenere nell'ambito della competenza di organizzazione a causa della scambiabilità del fare e dell'omissione: chiaramente potrebbero essere i casi di mancanza di competenza per la situazione di frequente quelli di omissione. A ciò si aggiunge che una situazione di conflitto potrebbe piuttosto nascere per gli obblighi alle azioni che per gli obblighi all'omissione; quindi l'autorappresentazione di una persona attraverso un'azione — anche attraverso l'osservanza di un precetto — viene ad essere più chiara che quella ricavabile attraverso una omissione ovvero attraverso una osservanza del divieto.

³²⁹ Cfr. G. JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, cit., p. 580-581.

³³⁰ “Der Babysitter, der nach einem Blitzschlag dem getroffenen Kind nicht hilft, weil er meint, die göttliche Fügung nicht verfälschen zu dürfen, mag geminderte Schulz haben, wenn er nicht ausdrücklich auch für diesen Katastrophenfall die Sorge übernommen hat und wenn er nicht die Rettungsaktionen stört, die unabhängig von seiner Organisation ablaufen”, cit. da G. JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, cit., p. 581.

³³¹ *Ivi*, p. 582.

In particolare, è l'ambito in cui — nonostante la causalità di una azione — non viene a realizzarsi un evento, praticamente più stretto che quelli in cui —nonostante la capacità del distacco dall'evento attraverso una azione — l'imputazione dell'evento non ha luogo³³².

Un altro Autore, già trattato nel capitolo precedente, a proposito dell'agire per convinzione, è Hans-Joachim Hirsch³³³ che conferma l'opinione dominante nell'ambito del diritto penale circa la posizione ed il trattamento giuridico-penale dell'agente per coscienza nel senso che costui realizza un *Tatbestand* penale comportandosi in maniera difforme rispetto al diritto, in maniera illecita e colpevole fermo restando che il conflitto di coscienza possa essere considerato come attenuante nell'ambito del quadro dell'esecuzione della pena.

A favore di tale argomentazione ampiamente sostenuta si afferma che il singolo cittadino non potrebbe mai venir meno alle norme dell'ordinamento giuridico poste dalla maggioranza e, nel caso dell'agente per coscienza, si realizzerebbe proprio questo: la colpevolezza dell'agente consiste nel sentirsi obbligato a riconoscere, consapevolmente, la propria scala di valori al posto dell'ordinamento giuridico vigente e valido all'interno della società.

Prendendo atto del fatto che la tesi — sostenuta dalla dottrina dominante — è stata altamente criticata, si sono affiancate due opinioni contrarie principali. La prima, secondo cui la libertà di coscienza — garantita costituzionalmente dall'articolo 4 GG — tale che la decisione di coscienza debba pretendere la priorità rispetto agli altri comandi e precetti dello Stato, non sussistendo, pertanto, alcuna contrarietà rispetto alla legge penale ed una seconda, secondo cui — pur essendo stato commesso un fatto penale — considera come non sussistente — a causa dell'esistenza di un conflitto spirituale — la responsabilità dell'agente.

³³² *Ibidem*.

³³³ H.J. HIRSCH, *Strafrecht und Überzeugungstäter*, cit.

L'opinione che si è fatta strada è quella per cui tutti i precetti della coscienza che rientrano nel concetto di coscienza delineato dall'articolo 4 GG e che realizzano la fattispecie di un tipo penale, sono compresi nell'ambito di tutela del diritto costituzionale fondamentale a condizione, però, che un altro bene costituzionale sia tutelato e non nasca l'esigenza di un bilanciamento tra tale bene ed un bene giuridico costituzionale che vi si contrappone.

Attraverso la svariata casistica offerta da Hirsch segue che l'articolo 4 GG, rispetto ai suoi limiti immanenti ed interni alla Costituzione, segna il campo della condotta obbligata dalla coscienza ma consentita in cui ricadono attività ed azioni dettate dalla coscienza che realizzano fattispecie penali contrarie all'ordinamento giuridico, pur mantenendosi all'interno dei limiti immanenti, dimostrando, contrariamente a quanto perentoriamente sostenuto all'interno della scienza penalistica, l'esistenza di un fatto di coscienza che sia giustificato dal diritto. Ma i casi di *Gewissenstäter*, rappresentano solo una parte, per lo più esigua, della problematica poiché — in conseguenza del fatto che vanno considerati limiti interni ed immanenti alla Costituzione — l'ambito dei casi consentiti dall'articolo 4 GG di azioni o comunque attività della coscienza conformi alla fattispecie penale non è particolarmente ampio³³⁴.

Rispetto ai casi di *Gewissenstäter*, non giustificati dall'articolo 4 GG, resta il compito del diritto penale di chiedersi se, rispetto al *Gewissenstäter* stesso, manchi la necessaria responsabilità-colpevolezza (*Schuld*) penale per la realizzazione di un fatto contrario al diritto e se, in questo senso, sia in gioco la punibilità.

Secondo parte della dottrina penalistica, nel caso del *Gewissenstäter*, il problema va inquadrato sul piano delle scusanti laddove — per la negazione della colpevolezza e responsabilità (*Schuld*) — a causa del conflitto di coscienza sia ridotta e limitata la capacità dell'agente di motivarsi in maniera conforme al diritto, pur dovendosi constatare che il conflitto di coscienza non riduce a zero le capacità di controllo dell'agente e — secondo Hirsch — la proposta di includere tali agenti nell'ambito della categoria dei non responsabili-non colpevoli, a causa della loro mancata imputabilità, sarebbe accettabile laddove si verifici una riduzione della colpevolezza, responsabilità.

³³⁴ Cfr. H. J. HIRSCH, *Strafrecht und Überzeugungstäter*, cit., p. 11.

Quindi — secondo tale parte della dottrina — tali casi potrebbero condurre ad una scusante se l’afflusso della motivazione è così grande che esso — attenuando obiettivamente l’illecito — riduca anche la colpevolezza e la responsabilità rilevante dal punto di vista del diritto penale: pensiamo allo stato di necessità scusante o alla violazione della legittima difesa, dove i casi di inesigibilità scusante richiedono molto più che un conflitto di coscienza³³⁵.

Pertanto dovrebbe costituire loro caratteristica essenziale l’attenuazione dell’illecito; il che si mostra in maniera esemplare in uno stato di necessità scusante come requisito della situazione di necessità obiettiva dove si tratta della salvezza della vita, amore e libertà di un individuo.

Questo significa che ha luogo una valutazione non sostanziale dello stato di cose che ha provocato il conflitto e una valutazione dell’azione che si è compiuta per difesa del pericolo.

Ma qui balza agli occhi una distinzione: per i delitti di azione il legislatore penale ha concesso un ampliamento del catalogo delle scusanti solo rispetto allo stato di necessità scusante ultralegale (si pensi ai casi estremi di eutanasia attiva e diretta); per i delitti di omissione, invece, il diritto penale conosce l’inesigibilità scusante come criterio e punto di vista scusante e generale, pur però non significando che rispetto alle omissioni, già la sola decisione della coscienza possa condurre ad una scusante del fatto illecito e contrario alla legge penale ma è necessario un collegamento tra il conflitto spirituale e i punti di vista oggettivi che consentono una attenuazione-riduzione dell’illiceità³³⁶. Ma visto che, nella maggior parte dei casi, accanto all’elemento del conflitto spirituale, non vengono in questione ragioni o motivi per la ricorrenza di scusanti obiettive, verrebbe per il *Gewissenstäter* in discussione solo una attenuazione della *Schuld*.

Per quanto concerne il piano delle conseguenze giuridiche, non si può negare una conseguenza giuridica penale, ma solo se la pena per il *Gewissenstäter* rappresenti la conseguenza del diritto rispetto alla natura ed essenza.

Dopo gli sviluppi che ben conosciamo, degli anni Venti e del secondo dopoguerra mondiale — laddove, al posto della pena detentiva doveva trovare ingresso la detenzione (*Einschliessung*) e ancora si è pensato alla pena pecuniaria, ovvero ad una multa — alla fine degli anni Sessanta ci si è allontanati da quest’idea e si è finalmente imposta l’idea attuale secondo cui la sanzione non ha il compito di diffamare e disonorare ma deve prendere atto del fatto che la società non è più pronta ad accettare un pregiudizio al bene giuridico tutelato dalla minaccia della sanzione³³⁷.

³³⁵ Cfr. H.J. HIRSCH, *Strafrecht und Überzeugungstäter*, cit., p. 17.

³³⁶ Cfr. H.J. HIRSCH, *Strafrecht und Überzeugungstäter*, cit., p. 23.

³³⁷ *Ivi*, p. 27.

Oggi rispetto alle attività della coscienza che violano i limiti immanenti alla Costituzione si pone la discussione. I termini o meglio i risultati acquisiti vanno nella direzione di riconoscere in quanto diritto costituzionalmente garantito che ognuno possa seguire i dettami della propria coscienza; ma non appena si incorre nella lesione di un altro bene giuridico che ha la priorità da parte della legge, facendo agire in tal modo la coscienza in maniera contraria alla legge, la pena vi si appella chiedendo di rivedere e ricontrollare il suo comportamento, nel senso della soluzione del conflitto di coscienza.

La decisione della coscienza — a differenza dell'opinione dominante — deve essere considerata all'interno delle regole legali di attenuazione della pena di cui all'articolo 17 co 2 e articolo 21 StGB: il privilegio di pena è facoltativo per evitare che, rispetto a fatti assolutamente non tollerabili, si possa giungere ad una altrettanto attenuazione della pena³³⁸.

³³⁸ Cfr. H.J. HIRSCH, *Strafrecht und Überzeugungstäter*, cit., p. 31.

4. Coscienza, liberà di coscienza e diritto: Claus Roxin dal 1988 al 2011 — ricordiamo la posizione di Claus Roxin³³⁹ in un suo celebre saggio a proposito del fatto di convinzione visto come causa di esclusione della pena. Qui ritorna con evidenza la problematica che, a partire dall'articolo 4 GG, suona in questi termini: sulla base di quali presupposti può essere punito colui che ha agito contro la legge penale sulla base di una decisione di coscienza? Dall'ambito del diritto costituzionale si risponde sostenendo che il diritto penale non possa avere la precedenza; di conseguenza, l'articolo 4 GG avrebbe effetto come diritto valido e vigente nonché di più alto rango.

Secondo Roxin, cinque sono le dichiarazioni che possono essere rintracciate sul tema. Innanzitutto se la decisione della coscienza è ogni decisione seriamente morale, orientata alle categorie del 'buono' e del 'cattivo', che i singoli avvertono in maniera vincolante per se stessi e che è anche necessariamente vincolante, due sono le conseguenze essenziali: il fatto della coscienza si distinguerebbe dal fatto di convinzione, non in base al contenuto, ma al dovere ed obbligo assoluto dell'esperienza interna; di conseguenza, il fatto della coscienza sarebbe da considerare come un raro e speciale caso di convinzione, distinguendosi, essenzialmente, per il fatto di essere limitato alle azioni che hanno un significato esistenziale, a differenza del fatto di convinzione, dove l'agente, per il volere di una sua convinzione, va contro la legge e, pertanto, ciò non ha alcuna influenza sulla punibilità, anzi la sua motivazione, dal punto di vista della *Gesinnung*, va considerata sul piano dell'esecuzione della pena e, ancora una volta, non a suo favore. Il fatto della coscienza è, quindi, un fattore che viene in considerazione per una esclusione della pena³⁴⁰.

Altra affermazione costante è che l'articolo 4 GG tutela e protegge la coscienza non solo come *forum internum*, ma garantisce anche l'agire all'esterno dell'individuo, motivato dalla coscienza. Punto interessante della discussione è che non si possa limitare l'ambito di azione e di effetto dell'articolo 4 GG ai fatti di omissione e che, pertanto, sono ugualmente giustificati e legittimati dalla Costituzione sia azioni che omissioni; del resto anche il BVerfGE 32, 108 non distingue tra l'azione e l'omissione, unendosi a ciò la nuova letteratura penalistica sul punto³⁴¹.

³³⁹ Cfr. C. ROXIN, *Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund*, cit., p. 389- 411.

³⁴⁰ Cfr. C. ROXIN, *Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund*, cit., p. 391.

³⁴¹ *Ivi*, p. 393.

Altra questione è quella della limitazione dell'articolo 4 GG laddove, seppure da molte e distinte voci, si è sostenuto che un precetto penale che prescrive la pena, in quanto tale, limita il diritto fondamentale della libertà della coscienza³⁴².

Infine, sussisterebbe — stando alle conclusioni di Roxin — concordia sul fatto che anche la libertà di coscienza non possa essere concessa senza limiti ma sottosta anch'essa a limiti immanenti, dal momento che una diversa visione privilegierebbe l'anarchia. Ma dove questi limiti sussistono — al di là dei quali l'agente per coscienza non possa più godere di alcuna libertà e, pertanto, anche venir punito — diverse sono le opinioni: in ogni caso per il diritto penale non vi sono delle precise soluzioni del caso, ma solo linee direttive che potrebbe poi essere oggetto di una ulteriore operazione di concretizzazione³⁴³.

Da queste cinque affermazioni o punti salienti si ricava un punto incontrovertibile: lo Stato non può punire e sanzionare un fatto della coscienza laddove esso può ottenere il suo scopo attraverso una soluzione alternativa che sia neutrale per la coscienza; il rovescio di questo principio sarebbe, pertanto, che un ricorso alla coscienza non può sempre giungere a un'esclusione della pena laddove l'agente per coscienza non abbia a sua disposizione una alternativa che non sia la sanzione.

Non chiari — secondo Roxin — sono i casi in cui taluno agisce per coscienza violando la legge penale trovandosi in una situazione di conflitto³⁴⁴.

Altra questione è rappresentata dal principio di delimitazione tra il diritto costituzionale ed il diritto penale: secondo l'opinione maggioritaria il fatto della coscienza, per quanto possa liberare dalla sanzione criminale, è solo una scusante (*Entschuldigungsgrund*). Ma ciò — secondo l'Autore — dovrebbe essere conciliato con lo *Schuldprinzip*³⁴⁵. Di contro all'opinione sostenuta da Ebert, secondo altri, la soluzione si potrebbe avere nel senso del bilanciamento³⁴⁶.

³⁴² *Ivi*, p. 394.

³⁴³ Cfr. C. ROXIN, *Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund*, cit., p. 396.

³⁴⁴ *Ivi*, p. 397 ss.

³⁴⁵ *Ibidem*.

³⁴⁶ Cfr. C. ROXIN, *Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund*, cit., p. 405.

Ma di contro Roxin ritiene innanzitutto impraticabile l'opinione secondo cui l'agente per convinzione non avrebbe potuto agire diversamente: una esagerazione non comprovata da reali fenomeni, in quanto l'uomo normale è esortato dalla sua coscienza a comportarsi in una determinata maniera ma avrà sempre la sensazione che sta seguendo in libertà la voce della sua coscienza e che avrebbe anche potuto decidersi diversamente³⁴⁷.

Altra opinione — secondo Roxin — non sostenibile è quella, rintracciabile non solo in alcuni autori, tra cui Ebert, ma anche nella stessa giurisprudenza del BverfGE, secondo cui sarebbe possibile un'azione condotta contro la propria coscienza ma solo al prezzo della distruzione e della rottura della propria personalità, degradando, ad avviso di Roxin, il fatto della coscienza ad un'azione di costrizione³⁴⁸.

Secondo Roxin il fatto di coscienza, nel caso in cui esso libera dalla sanzione, si dovrà giudicare come causa di esclusione della responsabilità penale. Pertanto, l'agente per coscienza — dal punto di vista del diritto penale — non è esente da colpevolezza nel senso che egli viola una legge che corrisponde all'ordine dei valori fondamentali della Costituzione e al principio democratico della maggioranza ma potrebbe anche comportarsi conformemente al diritto. È pur vero che la richiesta della coscienza rivela una forte pressione sulla sua motivazione ad agire, ma certo non comporta l'esclusione di alternative di azione.

Altro problema è se la *Schuld* debba essere necessariamente inflitta. A tal proposito la risposta si ricava dall'articolo 4 GG che viene portato all'interno della dottrina della responsabilità penale: laddove l'attività della coscienza è coperta dalla riserva dell'articolo 4 GG, è garantita la libertà di condotta da parte del diritto costituzionale e, per il diritto penale, è tollerabile e può restare priva di sanzione³⁴⁹.

³⁴⁷ Cfr. C. ROXIN, *Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund*, cit., p. 406.

³⁴⁸ *Ivi*, p. 407.

³⁴⁹ *Ivi*, p. 408.

Senza dubbio — ancora Roxin — la non imputabilità deve essere considerata in generale causa di esclusione della responsabilità penale; ma resta al legislatore decidere quando un comportamento colpevole possa per sé essere esonerato da una sanzione penale a causa della mancante necessità preventiva della sanzione. Beninteso. La esclusione della sanzione non significa che la vittima di un fatto per coscienza debba ulteriormente accettare o tollerare la limitazione del suo diritto, poiché il fatto penale resta antiggiuridico. In conclusione, l'argomentazione fondata sullo scopo della pena, tanto criticata, conquista favore. E l'articolo 4 GG ha ancora l'effetto, rilevante sul piano del diritto penale, di escludere non solo la colpevolezza, ma per intero la categoria della responsabilità penale, laddove addirittura una rinuncia alla sanzione è tollerabile dal punto di vista preventivo³⁵⁰.

Un'indulgenza limitata nei confronti dell'agente per coscienza — indulgenza che il diritto, di regola, non concede ai normali rei — ha una sua coerenza dal punto di vista politico-criminale. L'ordinamento giuridico-liberale tollera colui che si è allontanato, discostandosi, dal diritto, se e fino a quando costui non violi quelli che sono i più alti principi costituzionali e la sicurezza dello Stato, non negando, tra l'altro, anche i diritti fondamentali altri.

Anche colui che conduce un'esistenza non conformista potrà, non venendo espulso, continuare ad essere considerato membro della società, non dimenticando che l'evoluzione dei tempi, per cui una decisione di coscienza — che oggi è antiggiuridica — domani potrà trovare una maggioranza e quindi potrà contribuire, attraverso i suoi impulsi innovativi, all'evoluzione della società³⁵¹.

La posizione di Roxin non si è, in realtà, arrestata qui ma è andata avanti un po' per provocazione e reazione rispetto ad uno scritto, quello di Figuerido Dias. Infatti, sia Roxin che Figuerido Dias in due scritti diversi giungono al medesimo risultato: un fatto della coscienza non può — laddove esso corrisponda ad una fattispecie penale — essere giustificato, anche se, in rari casi, può condurre ad una scusante e, per questa via, ad una mancanza di sanzione³⁵².

Riconfermato è l'effetto dell'articolo 4 Abs. 1 GG sul diritto penale: "Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich". Da ciò, secondo Roxin, derivano due conseguenze, di cui un'incontrovertita ormai ed un'altra, invece, al contrario, molto controversa.

³⁵⁰ Cfr. C. ROXIN, *Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund*, cit., p. 409.

³⁵¹ *Ivi*, pp. 410, 411.

³⁵² Cfr. J. DE FIGUERIDO DIAS, *Gewissenstat, Gewissensfreiheit und Schuldausschluss*, cit; C. ROXIN, *Noch einmal: Zur strafrechtlichen Behandlung der Gewissenstat*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, n. 1 2001, pp. 1-18.

Per quanto concerne la prima, oggi sarebbe incontroverso e oramai pacifico che il diritto fondamentale della libertà di coscienza obbliga lo Stato a realizzare per tipizzati ovvero frequenti conflitti di coscienza un'alternativa "neutrale" dal punto di vista della coscienza, per quanto questo sia possibile solo secondo il tipo di conflitto³⁵³.

È chiaro che nella grande maggioranza dei casi soluzioni di conflitto, che siano regolate e previste dalla legge, del tipo su rappresentato sono proprio quelle che rendono possibile la libertà dell'agire della coscienza, libertà garantita a livello costituzionale fondamentale. Ma ci sono anche casi in cui il legislatore ancora non si è impegnato ovvero ancora non si è messo all'opera o a causa di errori di una alternativa neutrale dal punto di vista della coscienza o per la singolarità della circostanza non si è potuto mettere alla prova, casi in cui una mancanza di pena dell'agente per convinzione però si deve mostrare ugualmente per lo meno in considerazione in alcuni casi³⁵⁴.

Punto di partenza incontroverso per Roxin ma, in realtà, per tutti coloro che hanno partecipato alla discussione in Germania sono due presupposti per la soluzione del problema.

Il primo: un fatto di coscienza ha sostanzialmente presupposti più rigidi che quelli di un fatto di convinzione, nel senso che una decisione della coscienza è qualcosa di ancora più fortemente personale che di una convinzione; una convinzione è orientata ai criteri del 'corretto', 'giusto' e del 'falso, 'non corretto'; al contrario, una decisione della coscienza pretende una decisione seriamente etica che sia orientata alle categorie del 'bene' e del 'male' che il singolo sente al suo interno, in un determinato ambito, come per sé assolutamente e irresistibilmente vincolante, così che egli non potrebbe agire contro di essa, non senza una seria necessità ed urgenza della coscienza.

³⁵³ Qui Roxin riporta l'esempio del medico che, per ragioni di coscienza, rifiutandosi di eseguire una interruzione di gravidanza, deve, in base alle sue possibilità, essere sostituito da un altro medico (articolo 2 Legge di riforma del diritto penale); oppure il caso di chi, per ragioni di coscienza, motivate religiosamente, si rifiuta di accordare una trasfusione di sangue, trasfusione necessaria per salvare la vita al proprio figlio, non venendo, così, punito, in quanto il suo assenso-approvazione, in caso di necessità, può essere sostituito dall'intervento di un infermiere che è d'accordo o anche attraverso un'azione di necessità; ancora, chi, per ragioni di coscienza, non è né pronto al servizio militare né a quello sostitutivo, potendo, pertanto, prendere servizio in un ospedale o istituto di cura (articolo 15a Ersatzdienstgesetz), cit. da C. ROXIN, *Noch einmal: Zur strafrechtlichen Behandlung der Gewissenstat*, cit., p. 2.

³⁵⁴ Ancora Roxin illustra alcuni casi esemplari per poter capire se una mancanza di pena sia possibile, chiedendosi se è punibile della fattispecie penale dell'eutanasia (articolo 216 StGB) colui che uccide a richiesta un paziente, gravemente malato e completamente sofferente ma che non può porre fine alla propria vita, dietro il precetto della sua coscienza? Ancora, va punito colui che, per ragioni di coscienza, religiosamente motivate, rifiuta un accino prescritto dalla legge?, cit. da C. ROXIN, *Noch einmal: Zur strafrechtlichen Behandlung der Gewissenstat*, cit., p. 3.

La decisione della coscienza, così com'è anche riconosciuta nella giurisprudenza tedesca della Corte Costituzionale, non potrebbe essere sottoposta ad una valutazione contenutistica, sostanziale. Sopraggiunge da solo un senso soggettivo di un'obbligazione assolutamente vincolante. Il secondo presupposto è che un'esclusione della sanzione (*Strafbefreiung*) non viene in questione, laddove il fatto della coscienza supera i limiti immanenti del diritto fondamentale e, in secondo luogo, sussiste unanimità e concordia sul fatto che una decisione della coscienza — laddove essa conduca ad una azione che corrisponde ad un *Tatbestand* penalmente rilevante — in alcun modo può condurre ad una esclusione della pena (*Strafbefreiung*) sempre o anche solo nella maggior parte dei casi³⁵⁵.

Ovvero l'articolo 4 GG per la libertà della coscienza — che secondo l'odierna ma minoritaria visione non è limitata al “forum internum” ma comprende anche la libertà dell'agire secondo coscienza — non prevede alcuna limitazione espressa. Ma è legata a ‘limiti immanenti’ che derivano dal sistema di valori della Costituzione e, in particolare, dalla necessità del rispetto di altri diritti fondamentali³⁵⁶.

In seguito a ciò — chiarisce Roxin — è chiaro che, ad esempio, atti di terrorismo, omicidii d'onore o l'uccisione di eretici non potrebbero essere posti sotto l'appello o il richiamo alla coscienza dell'agente senza pena. Come chiaramente mostrano i limiti immanenti dell'agire motivato dalla coscienza, al di là di tali drastici esempi che incutono paura e timore, è controverso nel singolo caso e non è ancora sufficientemente chiarito.

Chiariti tali presupposti, secondo Roxin, sulla base di essi è possibile rispondere, in tre differenti modi, al problema della punibilità delle decisioni per coscienza che sono state rappresentate a mò di esempio sopra.

Innanzitutto può sussistere una giustificazione (*Rechtfertigung*) dei fatti obbligati dal punto di vista della coscienza fino al punto che i limiti immanenti della libertà di agire secondo la coscienza non vengano oltrepassati? Primo problema quindi: può un fatto della coscienza, che sia conforme ad un *Tatbestand* penale, venire giustificato³⁵⁷? Si possono in secondo luogo considerare come antigiusuridici tutti i fatti della coscienza che sono conformi ad un *Tatbestand* penale ma per tali azioni, per quanto esse non siano coperte ancora dall'articolo 4 GG, non si può accettare una scusante (*Entschuldigung*). La scusante (*Entschuldigung*) viene invocata dai sostenitori di questa soluzione in base a ragioni ed argomentazioni tra loro diverse, che dovrebbero essere analizzate

³⁵⁵ Così anche Figureido Dias e sentenza BverfGE 12, 45 ss (55), cit. da C. ROXIN, *Noch einmal: Zur strafrechtlichen Behandlung der Gewissenstat*, cit., p. 3.

³⁵⁶ *Ivi*, p. 4.

³⁵⁷ Cfr. C. ROXIN, *Noch einmal: Zur strafrechtlichen Behandlung der Gewissenstat*, cit., p. 3.

nella loro singolarità per verificare la loro sostenibilità Secondo problema quindi: può un fatto della coscienza che sia conforme ad un *Tatbestand* penale venire scusato³⁵⁸?

E in terzo luogo non si può accettare né una giustificazione né una scusante ma accogliere e quindi essere d'accordo nel senso di una punibilità in tutti i casi di azioni della coscienza conformi al *Tatbestand* mentre si considera però già l'esistenza di un precetto penale in tutti i casi come limite assoluto per la portata della libertà della coscienza. La possibilità di un'attenuante penale o la sua idea restano in tal senso non toccate. Terzo problema quindi: è un fatto della coscienza conforme al *Tatbestand* penale né da giustificare né da scusare³⁵⁹?

Per quanto concerne la prima questione, se un fatto della coscienza possa essere giustificato laddove esso corrisponda ad un *Tatbestand* penale, tale idea è stata spesso sostenuta nella letteratura e negli ultimi anni ha trovato nuovamente sostenitori, in base alla circostanza che tali fatti soggiacciono all'ambito di tutela dell'articolo 4 Abs. 1 GG. Per quanto riguarda, invece, la *seconda* problematica, se un fatto della coscienza, che sia conforme al *Tatbestand* penale, possa essere scusato, essa viene, con argomentazioni, molto differenti tra di loro, sostenuta in maniera ampia nell'ambito della dottrina tedesca e, in area non germanica, da Figureido Dias³⁶⁰.

In particolare, tre sono i profili che devono essere analizzati: la decisione del BVerfGE nel caso delle trasfusioni di sangue; la scusante attraverso la costrizione; la scusante negli errori di una necessità preventiva di una punizione.

La terza questione riguarda se il fatto della coscienza, qualora corrisponda ad una fattispecie penale, non possa essere né giustificato né scusato. A tal riguardo, vi sono sia ragioni, dal punto di vista del diritto costituzionale, contro l'esclusione di qualsiasi possibilità di incriminazione, nonché ragioni politico criminali contro la esclusione di ogni possibilità di incriminazione ancora³⁶¹.

³⁵⁸ *Ivi*, p. 8.

³⁵⁹ *Ivi*, p. 16.

³⁶⁰ Cfr. C. ROXIN, *Noch einmal: Zur strafrechtlichen Behandlung der Gewissenstat*, cit., p. 17.

³⁶¹ *Ivi*, p. 18.

V. Riepilogo

La discussione intorno alla figura dello *Überzeugungstäter* e la distinzione da quella ulteriore e diversa del *Gewissenstäter* non si sono, in realtà, mai concluse; anzi, il dibattito tra la dottrina e la giurisprudenza ha riaperto un vivo e rinnovato interesse, pure se acquistando direzioni e connotazioni specifiche diverse. Tra le conquiste più in vista di questo “nuovo” parlare intorno alle due differenti figure giuridiche ricordiamo innanzitutto l’acquistata consapevolezza della loro diversità concettuale. Sulla base di ciò, la dottrina, sollecitata dai nuovi casi provenienti direttamente dall’attualità, si volge allo studio delle fattispecie della delinquenza politica e, in particolare, della convinzione politica e quella religiosa (pensiamo ai casi dei Testimoni di Geova), nonché al tentativo di collocare, dal punto di vista dogmatico-penale, la figura dell’agente per coscienza e quella dell’agente per convinzione per dare loro una giusta ed adeguata sanzione penale.

Dopo anni di annosi dibattiti intorno alla figura dell’agente per convinzione e dell’agente per coscienza, alcune posizioni all’interno della dottrina sembrano essersi in un certo qual modo consolidate. Opinione comune è quella secondo cui entrambi i soggetti, il reo per convinzione (*Überzeugungstäter*) e il reo per coscienza (*Gewissenstäter*) si pongano al di fuori e oltre il diritto, nel senso che rispetto alla decisione da essi presa, decisione autonoma della loro convinzione e coscienza, l’esigenza di validità della legge mostra non avere alcun effetto, pur potendo ancora il diritto penale, a fronte dell’agente per convinzione, pretendere ancora rispetto ed obbedienza alla legge.

La convinzione, in particolare, si presenta come ancora degna di attenzione, pur se all’insprimento della pena sono posti, per ragioni di prevenzione generale, limiti molto stretti.

Secondo l'opinione dominante un'attenuazione della pena sarebbe possibile solo in base ad una valutazione delle motivazioni che sono a fondo di un fatto motivato dalla convinzione e dalla coscienza. Figura particolare di agente per convinzione sarebbe quella nata in seguito alla riforma penalistica degli illeciti della DDR. Qui la difficoltà, come si fa notare, riguarderebbe la necessità di fissare la fattispecie soggettiva del reato rispetto a quegli agenti la cui condotta di manifesta attraverso una perdurante nel tempo accondiscendenza nei confronti dei detentori del potere al tempo del regime della DDR. Da qui la necessità di non punire colui che ha commesso una violazione del diritto per ragioni "soggettive" significherebbe una migliore e maggiore considerazione dello Überzeugungstäter.

Risultato comunemente acquisito è come abbiamo visto la distinzione, ormai nota, tra agente per convinzione come colui che agisce in quanto si sente legittimato al fatto, contrario penalmente, sulla base di una legittimazione morale, di diritto naturale, religiosa o altrimenti diversa e l'agente per coscienza addirittura obbligato a una tale azione contro l'ordinamento giuridico positivo, agendo, però, entrambi consapevoli dell'illecito che stanno realizzando (Unrechtsbewußtsein).

Altro punto raggiunto è che il problema della punibilità di entrambi gli agenti non possa non essere risolto attraverso le regole sull'errore di divieto: la visione di colui che è legittimato moralmente all'azione (Überzeugungstäter) o addirittura vincolato (Gewissenstäter) non riguarda la conoscenza dell'esistenza di un divieto giuridico. Ipotesi diversa è quella in cui l'agente considera non valida la norma trasgredita in virtù della violazione di un diritto superiore. Ma anche in questo caso si dovrà pretendere che l'agente creda che la norma in questione non sia vincolante secondo le regole dell'ordinamento giuridico, regole riconosciute dalla società, a causa della violazione della costituzione di un diritto ultrapositivo.

Al “fanatico religioso” che si sente ciecamente costretto all’azione e che non intende riconoscere nessun altro diritto se non quel diritto che egli interpreta come divino, non è giusto che manchi la conoscenza dell’illecito; mentre il delinquente sa che l’ordinamento giuridico che egli pratica ed entro il quale egli agisce è vincolato a un concetto secolare di diritto; di conseguenza, il suo mancante riconoscimento di tale concetto di diritto non è in grado di giustificare un errore di divieto.

Anche se ci rende conto che, in virtù della convinzione o della coscienza, la decisione che ne segue, possa essere vincolante ai massimi livelli, più che la disposizione di diritto positivo, un errore di divieto non può essere negato proprio in maniera assoluta. Anzi a diritto: il delinquente non erra rispetto alle norme giuridiche ma accetta una collisione di norme le quali regolano il rapporto delle norme giuridiche stesse e di quelle metagiuridiche nel senso di una prevalenza di queste ultime. E dal momento che l’ordinamento non può rendere alcuna asserzione, per ragioni logiche, su tali “metanorme”, dovrà pertanto lasciare la questione aperta se sussiste al di là di tutto un errore. Per lo meno l’errore sulle regole metagiuridiche non potrà che essere riconosciuto come errore su di un divieto giuridico.

Altra questione sulla quale esiste concordia è la caratteristica per la quale alla convinzione rispetto alla decisione della coscienza mancherebbe la qualità esistenziale dell’obbligazione interna avvertita come assoluta nel senso che il reo per convinzione “vuole”, mentre l’agente per coscienza “deve”; da coloro la cui semplice convinzione non coincide con la legge, lo Stato di diritto democratico deve aspettarsi che essi accettino le decisioni di valore del legislatore: in questo senso lo *Überzeugungstäter* sarebbe sempre punibile poiché la sua convinzione divergente, per quanto non venga, al di là di tutto, respinto un privilegio, in ogni caso, può trovare considerazione al livello della determinazione della pena sotto l’aspetto della *Gesinnung* che prende forma a partire dal fatto.

Più delicato è il giudizio penale circa il *Gewissenstäter*: al di là dell'idea per cui un privilegio, in via di principio, vada negato, non vengono in considerazione gli aspetti della tipicità (Tatbestand) e delle conseguenze giuridiche della legge penale. Sul piano delle conseguenze giuridiche si tratta ancora del problema della determinazione della pena, il problema della "Gesinnung die aus der Tat".

Importanza crescente acquista il problema se o, meglio, fino a che punto l'ambito del conflitto del *Gewissenstäter* sia da considerare dal punto di vista della tipicità (Tatbestand). In particolare, per quanto concerne le vere decisioni della coscienza in riferimento all'articolo 4 Abs. 1 GG, viene considerata una giustificazione dell'azione o dell'omissione, ma in prevalenza viene cercata una soluzione nel campo della *Schuld*.

Per quanto, nel risultato, l'azione e l'omissione, dal punto di vista del diritto costituzionale, ovvero della considerazione dei diritti fondamentali confliggenti della vittima, così anche di altri presupposti costituzionali, si rappresentano come esercizio consentito del diritto fondamentale della libertà della coscienza (articolo 4 Abs 1 GG), in via di principio una punibilità è esclusa.

Dal punto di vista dogmatico-penale il problema può soltanto consistere nel se la punibilità venga già a mancare a livello della tipicità (Tatbestand) oppure a quello della giustificazione. In questo modo non verrebbe in considerazione una punibilità a causa del sottrarsi al servizio militare armato, a partire da ragioni di coscienza, viene, in ogni caso, anche, in questione la illiceità del fatto, se il diritto al rifiuto del servizio militare sarebbe da ricondurre solo all'articolo 4 Abs 1 GG.

Per quanto il diritto costituzionale garantisca al cittadino, attraverso l'attribuzione di diritti fondamentali, spazi di azione, viene necessariamente a cadere il giudizio penale di illiceità.

La discussione sul giudizio penale del *Gewissenstat* riguarda a priori solo i casi in cui, possibilmente, è colpito l'ambito di rilevanza, ma non l'ambito effettivo di garanzia del diritto fondamentale della libertà di coscienza (articolo 4 GG), ambito che risulta dall'operazione di bilanciamento con i diritti fondamentali confliggenti. Qui sussiste la decisione della scienza giuridica se, al di là delle garanzie di diritto costituzionale, venga in considerazione una giustificazione o una esclusione della colpevolezza, oppure possa essere considerata la particolare motivazione del *Gewissenstäter* solo a livello di determinazione della pena.

Tale problema conduce alle questioni fondamentali del rapporto tra diritto ed etica, da specificare, da un lato, in riferimento ai rapporti del diritto penale rispetto all'etica individuale e, dall'altra parte, rispetto all'etica sociale.

Il problema del *Gewissenstäter* riguarda innanzitutto il rapporto tra il diritto e l'etica individuale. La coscienza (*Gewissen*) è autonoma: essa riceve la sua forza soggettiva obbligatoria a partire dal suo carattere di istanza morale personale. La decisione della coscienza è dunque "jede ernste sittliche, d.h. an den Kategorien von 'gut' und 'böse' orientierte Entscheidung anzusehen, die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend erfährt, so dass er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte" (BVerfGE 12, 45, 55).

Il problema se una decisione della coscienza sussista, è indifferente rispetto a profili di contenuto e procedurali di formazione delle norme della coscienza. Che il singolo viva nella decisione della coscienza come vincolante un ordine di norme, ordine obiettivo ed eteronomo, può solamente essere riconosciuto come un riferimento intenzionale ad un ordinamento di norme oggettivamente prestabilito.

La decisione della coscienza non può essere valutata come giusta o sbagliata sulla base di criteri oggettivamente dati, altrimenti l'ordinamento giuridico adotterebbe con ciò competenze di decisione le cui esigenze interne distruggerebbero l'idea di un'autonoma decisione della coscienza. Il necessario riferimento ad un esame di contenuto della decisione della coscienza sulla base di un ordine 'oggettivo' di norme significa però allo stesso tempo che alla decisione della coscienza non può essere contrapposta una pretesa di obbligatorietà ultra individuale: non si tratta di una collisione di differenti sistemi normativi ma del conflitto tra esigenze obiettive dell'ordinamento giuridico da un lato e, dall'altro, della personale decisione della coscienza del singolo rispetto ad un ordinamento generale di norme.

Il carattere individuale e personale della decisione della coscienza si pone contro una considerazione del livello dell'illiceità che esprime attraverso un ordine giuridico collettivo una valutazione dell'azione. Ciò vale nel campo di rilevanza e non in quello effettivo di garanzia dell'articolo 4 GG: quindi, l'inviolabilità della decisione della coscienza richiede che il singolo non sia costretto dalla minaccia della sanzione penale ad una azione incompatibile con la sua decisione stessa. La forza di rendere lecita un'azione altrimenti illecita non può appartenere alla decisione della coscienza.

Laddove l'esigenza di obbligatorietà dell'ordinamento giuridico indietreggi rispetto al *Gewissenstäter* vi è sullo sfondo l'idea della coscienza non come autonoma istanza morale ma come strumento di comunicazione di un ordinamento normativo obiettivo ed eteronomo.

Al carattere personale della decisione della coscienza corrisponde la sua considerazione più sul piano della *Schuld* che su quello delle esigenze obiettive di condotta. Vengono in considerazione una applicazione diretta o per analogia dell'articolo 35 StGB e il riferimento al punto di vista della imputabilità. Secondo l'opinione attuale la ragione della scusante di cui all'articolo 35 StGB è vista in una diminuzione dell'illecito, risultando problematica l'applicazione analogica della determinazione al *Gewissenstäter* in virtù del carattere personale del suo fatto. Anche l'attribuzione, incontrovertibile, dello stato di necessità ultralegale che esclude la colpevolezza sembra essere adatto, visto che non si tratta di una collisione di interessi tutelati, ma di uno stato di necessità particolare e spirituale dell'agente.

È altresì pacifico, secondo l'odierna opinione, che non sia da riconoscere una generale scusante della non imputabilità, poiché si tratta della considerazione d'influenze normative del potere psichico.

Messo da parte il problema dell'agente per coscienza, ci si chiede cosa resta, in termini di attualità, dell'agente per convinzione. Meglio, possiamo oggi parlare di un 'ritorno' al fenomeno della considerazione della rilevanza della convinzione a fronte dei problemi legati alla cultura e al diritto penale?

Alla luce delle recenti questioni legate all'immigrazione, allo scontro-incontro delle culture, delle ideologie e delle convinzioni radicate nella cultura di un individuo, si fa sempre più urgente l'appello al diritto penale e alle sue categorie in riferimento al compimento di un fatto penale, cosiddetto 'culturalmente motivato'.

Parte Terza. Il problema del delinquente ‘culturalmente motivato’. Cultura e diritto penale a confronto. Un’esperienza comparata

I. Il fattore culturale e la sua influenza sul diritto penale materiale

1. Cenni preliminari — Prima di dare una risposta a una delle domande fondamentali che occasionano questo lavoro — l’interrogativo sulla possibilità di ricondurre la figura del delinquente per convinzione, a partire dalla configurazione che essa aveva presso Radbruch fino in quella successiva — alla condizione della ‘postmodernità’, ovvero alla situazione di colui che agisce in quanto motivato dalla ‘convinzione’, in questo caso di natura culturale in senso ampio, una breve parentesi è doverosa. Non prendo in considerazione il delinquente per convinzione, specificatamente convinzione politica o religiosa, ma prendo nelle mie cure il delinquente motivato da una ‘convinzione’ culturale, culturale come ciò che è derivato ed è prodotto della cultura.

L’interrogativo è il seguente: la riconducibilità dell’agente per convinzione all’agente culturalmente motivato, nel senso di un’assimilazione o avvicinamento che ne coglie i tratti essenziali ma non ne annulla le differenze; una sorta di assimilazione non livellante, ma in grado di farne risaltare i tratti differenziali così come i tratti in comune.

Sarà, pertanto, necessario analizzare concetti, preliminari, quale quello di cultura, di conflitti culturali, dell’influenza del fattore ‘culturale’ entro il diritto penale materiale, la possibilità di rivedere il diritto penale materiale o meglio le sue tradizionali categorie dogmatiche alla luce dei fenomeni originati dal cosiddetto ‘multiculturalismo’ e da quello dell’incontro-scontro di differenti culture, convinzioni e convincimenti: convincimenti così radicati da portare al compimento di fatti penalmente rilevanti e tali da costituire, tali convincimenti, moventi all’agire a pieno titolo.

Accertata l’influenza del fenomeno socio-culturale all’interno della sfera del diritto penale, bisogna capire se e fino a che punto sia possibile attribuire all’elemento culturale e alle concezioni culturali di valore che ne rappresentano il substrato, un’efficacia scusante o giustificante nonché attenuante, partendo dal presupposto che un fatto penale, tipico, antigiusuridico e colpevole, quindi una fattispecie penale completa, sia stato realizzata.

2. Le sfide del multiculturalismo: conflitti culturali e normativi — La condizione del nostro tempo è caratterizzata da una notevole mobilità e da enormi ed intensi movimenti di migrazione. In particolare, gli individui provenienti da nazioni economicamente deboli, se non addirittura, povere, cercano una qualche sicurezza politica ed economica entro le ‘ricche’ nazioni ,industrializzate. L’emigrazione comporta un confronto con una o più culture ‘altre’ che si differenziano sostanzialmente molto dalla propria.

Nei casi più estremi si pone per colui che migra, il problema delle concezioni di valore, le concezioni proprie, personali e contrapposte a quelle vigenti e dominanti nel Paese ‘ospitante’ o addirittura, il caso-limite della violazione delle norme penali in esso vigenti.

In quasi tutti i Paesi europei i massicci flussi migratori, in particolare negli ultimi decenni, hanno determinato una composizione variegata all’interno della cornice culturale del Paese ospitante e pertanto sono aumentate anche le esigenze di una maggiore tutela e protezione; esigenza di tutela nei confronti dell’ ‘altro’, dello straniero, dell’individuo considerato ‘diverso’, che presenta una rilevante incidenza a livello del diritto penale materiale. E proprio a tale livello che l’analisi dovrà proseguire.

La domanda che si pone è se sussista una criminalità cd. ‘culturale’, ovvero una criminalità che possa essere ricondotta ai valori culturali sentiti come diversi ed estranei. In questi casi, sono proprio le vicende che riguardano tali valori, sentiti come differenti, a dare luogo a comportamenti penalmente rilevanti o, quanto meno, discutibili dal punto di vista del diritto penale.

I numeri dei casi ma anche i tipi di fatti che sono realizzati e che presentano, alla base, una matrice di valori culturali, modi di vita e culture altre, sono numerosi, pensiamo alla vendetta di sangue, agli omicidii d’onore, alle mutilazioni genitali femminili e così via: tutti fenomeni caratterizzati da un sostrato a sfondo ‘culturale’.

In particolare, come vedremo più avanti, il concetto di onore varia da gruppo a gruppo culturale, laddove, presso alcuni, l’onore dell’uomo obbliga gli stessi a vendicarsi di un fatto che, secondo la loro visione culturale, è offensivo del concetto di onore da essi stessi posseduto. Concezioni queste arcaiche dell’onore che si ritrovano in numerosi Paesi dove, appunto, le donne vengono uccise nel nome dell’ ‘onore’ stesso.

Pertanto, all'interno delle società cosiddette multiculturali, convivono differenti visioni assiologiche che portano a rilevanti conflitti dal punto di vista del diritto penale, in quanto tali visioni divergenti provengono da gruppi di individui o all'interno di uno stesso gruppo da individui che si distinguono fortemente per 'convinzioni' profondamente differenti rispetto a quelle dominanti in generale.

Fondamentale ai fini di una corretta analisi del fenomeno è la definizione del concetto di cultura. In realtà sussistono differenti concetti di cultura. Ad esempio, Taylor affermava che in generale cultura è "the totality of the learned, multi-individual customs or fan identifiable social group"³⁶². Un simile concetto di culturale si trova anche in Kälin, "ein komplexes Ganzes, welches Wissen und seine Anwendung, Glaubensvorstellungen, Kunst, Moral, Gesetze und Bräuche sowie all jene Fähigkeiten und Eigenschaften einschliesst, die sich Menschen als Mitglieder einer bestimmten Gesellschaft aneignen und wodurch sie sich von anderen Gruppierungen unterscheiden"³⁶³ e ancora "Kultur ist somit die Gesamtheit der materiellen und geistigen Aktivitäten und Produkte einer bestimmten sozialen Gruppe, die sie von ähnlichen Gruppen unterscheidet"³⁶⁴.

Ai fini della seguente analisi concetti definitivi, altrettanto rilevanti, sono quelli quali conflitti culturali. Anche se il cuore della vicenda qui è rappresentato, non dal problema del conflitto delle culture, ma delle norme cui determinati gruppi culturali o individui singoli all'interno di un gruppo si sentono vincolati. Non a caso, volendo rintracciare un motivo di attualità e di continuità tra il delinquente per convinzione e l'agente culturalmente motivato, è proprio sull'aspetto del conflitto normativo-culturale che si deve insistere, laddove, come in precedenza abbiamo visto, l'agente per convinzione — a differenza dell'agente per coscienza il quale vive un vero e proprio conflitto coscienziale al suo interno tale da stravolgere, a volte, anche la sua stessa persona — agisce in virtù di una convinzione che è incorporata in una norma, norma che egli professa e segue e alla quale si sente vincolato in quanto l'unica che egli riconosce.

³⁶² R. B. TAYLOR, *Cultural Ways*, 3. ediz., Illinois 1988, p. 328.

³⁶³ W. KÄLIN, *Grundrechte im Kulturkonflikt*, Zürich 2000, p. 21 ss.

³⁶⁴ *Ibidem*.

Dal punto di vista della dogmatica penale dei singoli istituti giuridici, possiamo ben inquadrare il fenomeno dell'agente per convinzione, qui motivato culturalmente da concezioni di valore legate alla tradizione e alla cultura in senso ampio, di conflitto di doveri in senso lato, laddove si verifica un conflitto tra norme di condotta che appartengono a sfere normative diverse: in alcuni casi la sfera dell'ordinamento giuridico e quella dell'ordinamento morale o religioso, oppure in altri casi tra norme di condotta appartenenti a differenti ordinamenti giuridici, con alla base differenti convinzioni e valori, potendosi, pertanto, parlare di illecito per convinzione in tutti i casi il fatto criminoso presenta una motivazione psicologica ovvero un convincimento morale, politico, religioso e aggiungerei culturale³⁶⁵

Tale norma, molto spesso, viene a scontrarsi, pertanto, con quella riconosciuta dall'intera collettività già preesistente (nel caso dell'immigrato, quella della comunità ospitante) e dall'ordinamento giuridico stesso, nascendo, in tale ipotesi, un conflitto normativo ma non solo: una violazione della legge penale, molto spesso.

Con il termine conflitto culturale sono indicati due ambiti problematici, i quali sono da distinguere come conflitto culturale esterno e conflitto culturale interno³⁶⁶.

Un conflitto culturale 'esterno' si ha laddove l'agente viola indirettamente le norme penali del Paese di accoglienza con il perseguimento delle norme appartenenti al suo Paese di origine, norme del paese di appartenenza che non devono essere necessariamente codificate, ma si deve trattare anche semplicemente di una qualche concezione di valore etnico-culturale³⁶⁷. Per quanto, invece, concerne il conflitto culturale 'interno', non sussistono delle norme che si contraddicono tra di loro, ma si tratta qui della semplice appartenenza etico-culturale che può portare a problemi di adattamento, difficoltà di orientamento, nonché al compimento di reati³⁶⁸.

³⁶⁵ In questo senso, tra tutti, v. G. FIANDACA/E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 5 ediz., Bologna 2007, p. 404.

³⁶⁶ *Ibidem*.

³⁶⁷ REBMANN, *Ausländerkriminalität*, p. 281 e nota 430.

³⁶⁸ *Ibidem*.

3. (Segue) Il concetto ‘pluralistico’ di cultura — Una definizione del concetto di cultura non è semplice, come a prima vista, potrebbe sembrare, dal momento che il campo di manifestazione e di applicazione dell’espressione ‘cultura’ è molto vasto. Ciò nonostante, è possibile rinvenire — ai fini di un’analisi delle premesse metodologiche allo studio dell’agire ‘culturalmente’ motivato e dei suoi prodotti a livello di violazione delle altrettante fattispecie di diritto penale, i cd. reati culturalmente motivati — tre significati fondamentali di cultura in accordo con l’analisi di Terry Eagleton³⁶⁹: la Cultura, le culture e la cultura come arte. Infine un quarto e complementare significato che si sostanzia nelle cosiddette identità culturali.

Per quanto concerne la prima determinazione, la Cultura, si deve premettere che originariamente con tale termine si faceva riferimento ad una opposizione ma anche ad un paradigma di cambio con la Natura: quindi, Natura e Cultura. Nel secolo diciottesimo il termine divenne sinonimo di civilizzazione nel senso di progresso materiale e spirituale fino alla conseguenza che esso divenne nell’uso il suo contrario. Nel diciannovesimo secolo, il termine Cultura fu posto al servizio della critica romantica al capitalismo industriale, per poi, nel ventesimo secolo, diffondersi un’idea universalistico-idealista di cultura e di filosofia della cultura³⁷⁰.

Il secondo concetto di cultura, quello di culture, non si riferisce ad un quadro universalistico, ma alle particolari forme di vita di un determinato gruppo, assumendo via via il concetto di culture il significato — specie sotto l’influenza di studi etnologici condotti in particolare durante la seconda metà del ventesimo secolo — la connotazione di postmodernità o postmoderno; il che, nella logica di una visione mondiale, sta a sottolineare la differenza: cultura nel senso di particolare e di pluralistico. Infine, cultura come arte: non si basa su un criterio dell’appartenenza ad un gruppo ma, secondo criteri di contenuto, si riferisce ad attività immaginative³⁷¹. L’espressione identità culturali, dal canto suo, presuppone l’appartenenza ad un gruppo e la condivisione e il riconoscimento di usi, valori e norme.

³⁶⁹ T. EAGLETON, *Was ist Kultur?*, 2001.

³⁷⁰ *Ivi*, p. 7 ss., 17 ss.

³⁷¹ *Ivi*, p. 26 ss.

II. L'attualità del delinquente per convinzione: un agire culturalmente motivato?

1. Agire culturalmente motivato e agire per convinzione — Uno dei temi qui da affrontare concerne, entro al cornice dei fatti realizzati per una convinzione culturale o semplicemente i cosiddetti reati culturalmente motivati, concerne la questione del se l'agente per convinzione oggi possa essere intravisto in colui che — a partire da un suo convincimento di natura culturale, una convinzione che lo motiva al fatto, penalmente rilevante, convinzione che affonda le sue radici in una norma culturale e in generale nella cultura e tradizione propria (pensiamo al caso dell'immigrato o straniero) — oggi è definito come soggetto agente culturalmente motivato.

Il problema è lontano e lo abbiamo già analizzato nella prima parte di questo lavoro; esso concerne il problema del delinquente per convinzione così come studiato d approfondito da Radbruch e successivamente da Welzel³⁷². A partire da questi autori si realizza la distinzione tradizionale tra delinquente per coscienza e per convinzione al fine di rendere possibile un trattamento giuridico privilegiato o, semplicemente, differente per colui il quale agisce sulla base di questi motivi.

Alcune tappe, realizzate dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesca, sono state fondamentali in quanto hanno contribuito a dare al problema un suo chiarimento ed una sua collocazione sistematica. Innanzitutto, l'analisi svolta da Peters, secondo cui il delinquente per coscienza presenta delle caratteristiche comuni a quelle del delinquente per convinzione, nonostante le necessarie differenze. Da una parte, il delinquente agisce secondo le categorie del bene e del male e, dall'altro, il delinquente per convinzione agisce in virtù di ciò che univocamente egli considera giusto o ingiusto³⁷³.

³⁷² A tal proposito, v. bibliografia contenuta nella prima parte del seguente lavoro.

³⁷³ Cfr. K. Peters, cit.

La Corte Costituzionale tedesca si pronunciò sul merito della questione stabilendo per decisione di coscienza “ogni decisione seria dal carattere morale, ovvero, orientata alle categorie del bene e del male, che l’individuo vive all’interno della sua persona in una determinata situazione come qualcosa di vincolante assolutamente e incondizionatamente obbligatoria, in maniera tale che non possa egli agire contro di essa senza sottoporre a violenza seria la sua coscienza”³⁷⁴.

Momento decisivo è rappresentato dalla riflessione di Roxin sul tema, il quale raccoglie i risultati precedenti, approfondendo la distinzione tra le due figure giuridiche, nel senso che la decisione della coscienza si differenzia da quella della ‘convinzione’ in virtù del suo carattere esistenziale, in virtù del sentimento interiore avvertito da colui che ne è obbligato³⁷⁵.

Pertanto, seguendo la linea tracciata da Peters in un primo momento e da Roxin in seconda battuta, mi sembra necessario, innanzitutto, distinguere tra i due tipi di decisione: la decisione per coscienza si presenta come la sola in grado di suscitare nel soggetto agente e decidente un grave conflitto interiore, in grado di distruggere la sua personalità e la sua dignità, nonché di obbligarlo al compimento di un fatto, anche grave, perseguibile penalmente. Da una parte, il delinquente per coscienza è colui che agisce a partire da una collisione tra il dovere dell’imperativo assoluto e non scusabile della coscienza ed il dovere imposto dalla norma, dando luogo ad un vero e proprio conflitto di coscienza in senso stretto. Dall’altra parte, il delinquente per convinzione è il soggetto che agisce in virtù di una certa obbligatorietà nella realizzazione della sua condotta, giungendo, in taluni casi, alla trasgressione di una norma giuridico-penale.

Secondo la mia opinione, nei casi, non tutti, rientranti nella categoria di nuova creazione dei reati cosiddetti “culturalmente motivati”, quindi, reati realizzati in virtù di ragioni di carattere culturale e tradizionale, non credo si possa parlare, alla luce delle considerazioni fatte, di un conflitto di coscienza in senso stretto, in quanto il soggetto non si sente in maniera assoluta e vincolante obbligato a realizzare il mandato interno della sua coscienza, correndo il rischio di una crisi interna alla coscienza stessa, nell’ipotesi in cui non riesca a tenere il comportamento prescritto dalla norma giuridica. Meglio parlare, in questi casi, di una ipotesi di un agire illecito per convinzione, allorquando il soggetto si sente motivato a partire da un convincimento culturale o una tradizione, venendo meno, però, la possibilità di un conflitto di coscienza.

³⁷⁴ BVerfG 12, 45, 55.

³⁷⁵ Cfr. C. ROXIN, cit.

2. La categoria dei reati cd. ‘culturalmente motivati’ — L’aumento dei conflitti che vedono il contrapporsi di sistemi normativi differenti, talora non solo normativo *contra* normativo, ma anche normativo *contra* culturale e quindi extra-giuridico, all’interno del territorio dello Stato, ha comportato il venir meno della omogeneità di valori giuridici, sociali, morali e culturali in generale.

A livello penale il problema si pone laddove cresce il rischio che individui provenienti da Paesi altri, portatori di culture differenti, considerino giuridicamente lecite o addirittura socialmente tollerate o moralmente imposte condotte che invece sono altrimenti penalmente sanzionate dallo Stato.

Anche se in ritardo rispetto ad altri Paesi come gli Stati Uniti, caratterizzati da un denso e ricco fenomeno di mescolanza culturale, anche i Paesi europei, pensiamo anche al nostro Paese e ancora prima alla non lontana Germania, ma in generale un po’ tutti i Paesi europei e i loro ordinamenti giuridici nazionali hanno dovuto affrontare la questione della motivazione culturale o del fattore culturale come rilevante o irrilevante movente all’agire penalmente sanzionato. Più chiaramente il problema si pone nel senso di stabilire, con necessità sempre più urgente, se e fino a che punto il fattore culturale legato alla tradizione dell’imputato debba avere rilevanza ai fini della valutazione della sua responsabilità penale. Se la motivazione culturale non è rilevante, *nulla quaestio*; se invece è rilevante, si tratta di una rilevanza aggravante o attenuante?

A voler evitare ogni dubbio e confusione, si dicono propriamente reati culturalmente motivati quelle fattispecie in cui la condotta illecita è giuridicamente, socialmente, moralmente, culturalmente lecita nella cultura di appartenenza dell’imputato e costui ha commesso il reato in forza dei condizionamenti della propria cultura.

L’attenzione nei confronti di questo tema non solo è ancora in corso ma è sempre più diffusa. Si incomincia a parlare di reato culturalmente motivato quando le discussioni tra filosofi, sociologi, politologi, costituzionalisti si concentrano sul fenomeno del multiculturalismo e della tutela-protezione dei diritti dell’uomo, cittadino e straniero. A tale discussione non potranno non partecipare anche i penalisti, i quali sono chiamati ad intervenire dall’urgenza delle sfide che il multiculturalismo come fenomeno generale reca al diritto penale, alla sua stabilità e alla sicurezza del diritto e degli individui.

È necessario, pertanto, stabilire se le differenze culturali abbiano una rilevanza nel diritto penale e quali effetti giuridici derivano o debbano derivare dal riconoscimento eventuale di tale rilevanza. Il riconoscimento del fattore culturale può, in certi casi, determinare e condizionare la condotta penalmente illecita in differenti direzioni: attenuazione della pena, esclusione della pena o comminazione di pene estremamente più dure.

Queste tre possibili conclusioni si sono nella casistica giurisprudenziale effettivamente verificate. Un problema, questo, di non semplice soluzione, viste le differenti e contrapposte posizioni esistenti in materia. Non credo sia inopportuno riconoscere una certa rilevanza giuridica agli elementi di carattere culturale, ma allo stesso tempo utile, necessario e doveroso analizzare le singole e differenti situazioni e a tale riconoscimento affidare un certo qualche liberale, nel rispetto della tutela dei diritti umani e del pluralismo nonché di un diritto penale che sia un diritto penale degno di uno Stato di diritto.

III. Riepilogo e conclusioni

Il presente lavoro ha svolto l'analisi della figura giuridica del delinquente per convinzione, la sua possibile ed eventuale distinzione da quella dell'agente per coscienza entro una vicenda quasi o tutta "tedesca" che ha avuto luogo tra dibattiti penalistici da un lato e giusfilosofici dall'altro. Del resto non poteva non essere diversamente vista l'implicazione del concetto di 'convinzione' e coscienza con ambiti tematici e settori di disciplina le cui trame intrecciano il diritto penale, la scienza giuridico-filosofica, il diritto costituzionale che fa da cornice garantista.

Se da più parti — o meglio dalla maggioranza dei penalisti in Germania — il dibattito sul trattamento di pena 'privilegiato' o semplicemente 'diverso' da assegnare all'agente per convinzione sembrava essersi sopito o, meglio, attestatosi su posizioni di sostanziale negazione e di rifiuto di una sanzione penale che tenesse conto dei motivi di 'convinzione' e, quindi, dei moventi all'agire del soggetto, rappresentando, per dirla *à la* Roxin, la o una delle materie grigie ed oscure del diritto penale del 'nostro' tempo — credo che un serio motivo di continuità o, quantomeno, di non rottura con il passato e la sua tradizione, di tale figura, convinzione o coscienza, con le dovute distinzioni, possa essere rinvenuto nel tempo presente, il nostro tempo, il tempo del 'postmoderno', il tempo del multiculturalismo e del 'diverso'.

L'agente per convinzione ritrova, quindi, una sua ragione di sopravvivenza e di ri-appropriazione di spazi di discussione seppure da angolazioni e prospettive un po' differenti.

È questo, il nostro tempo, il tempo del multiculturalismo e delle sfide che esso pone al diritto penale; la rilevanza o meno dal punto di vista del diritto penale del fattore culturale all'interno delle categorie del reato o quanto meno un'attività riflessiva su tale motivo 'culturale'; le cure e le premure che oggi si richiedono alla scienza del diritto penale; le sue differenti risposte dinanzi alla commissione del reato, risposte differenti entro contesti ordinamentali differenti, direi anche, 'quasi' omogenei entro il panorama europeo, alquanto distanti, entro lo scenario degli ordinamenti di *common law* e, comunque, anche latini ma, pur sempre, d'oltreoceano.

La rimeditazione del compito e ruolo del diritto penale, in particolare, una riflessione sulle sue forme d'intervento, non da ultimo, sulla funzione del giudice penale, si fa urgente e diviene emergenza dinanzi al fenomeno della criminalità culturale o di quello da più parti così definito come realtà dei reati culturalmente motivati.

A fronte della riflessione sui reati culturalmente motivati — penso alle mutilazioni genitali femminili, ai delitti d'onore e alle vendette di sangue — ritrovare l'attualità dell'agente per convinzione, ora agente 'culturalmente motivato', come momento che ferma il tempo tra il passato e la presente contemporaneità mi sembra altro che un puro esercizio di stile.

La convinzione che abbiamo visto essere per Radbruch di natura morale, — sul punto non sarebbero tutti d'accordo — religiosa, politica, *tout court* culturale, viene qui ad essere considerata come convinzione culturale e l'analisi dell'autore del reato motivato dalla cultura e l'analisi dello stesso reato vengono spiegate alla luce delle caratteristiche dell'agente per convinzione: un procedere, questo, per gradi, che è al tempo stesso un ritorno sui passi precedenti e un progressivo riappropriarsi dei risultati conseguiti, non dimenticando le conquiste che nel frattempo si sono realizzate.

Innanzitutto è fondamentale chiarire il concetto, la portata e le varianti entro la definizione, apparentemente, unitaria del delinquente per convinzione. Sottolineo l'attributo unitario in quanto una visione concettuale unitaria, appunto, del reo per convinzione non esiste: talora si utilizza esclusivamente la determinazione concettuale che riporta alla 'convinzione' e all'agire per 'convinzione', talaltra si distingue tra agire per 'convinzione' e agire per 'coscienza'.

Breve parentesi. Sono d'accordo con quanti sostengono una sostanziale differenza di concetto e di contenuto tra i due tipi di agenti e di agire, quello dettato dalla 'convinzione' e quello dettato dalla 'coscienza'.

Generalmente la ‘convinzione’ rappresenta un elemento soggettivo di natura interiore, un orientamento ad un valore o ad una concezione di valore che caratterizza ed influenza in maniera forte ed incisiva un individuo, orientandolo ad un agire, verso una direzione piuttosto che in un’altra. Essa è un atteggiamento, un modo di pensare dal significato esistenziale sì, ma maggiormente intellettuale per colui che la possiede e per il suo agire in senso ampio.

Il concetto di delinquente per convinzione deriva dalle idee e dalla penna di Gustav Radbruch, agli inizi degli anni Venti del secolo scorso, durante il periodo di carica come Ministro di Giustizia per la giovane e breve Repubblica di Weimar. Ma propriamente non nasce con Radbruch, in quanto il problema di un trattamento, in particolare, del delinquente dalla convinzione di natura ‘politica’ risale ancora più in là nel tempo.

Già il codice prussiano di diritto penale del 1871 prevedeva, rispetto al reato politico in senso obiettivo, facoltativamente quindi a scelta la pena della reclusione, la cosiddetta Zuchthaus, o una custodia honesta, come il carcere sarà definito, in particolare, come una pena che non diffama e che non comporta la perdita dell’onore per colui che ne era colpito, sanzione la cui comminazione era direttamente collegata all’assenza di una condotta non disonorevole in capo al reo.

Il problema che si creò intorno alla disposizione prussiana riguardava proprio l’elemento dell’atteggiamento interiore (Gesinnung), un criterio dalla vaga e indefinita determinazione legislativa. L’indeterminatezza ed il ‘vuoto’ legislativo ad essa correlato comportavano non solo una arbitrarietà giudiziale circa la definizione di ciò che nel caso concreto andava considerato adeguato ad una condotta non disonorevole, ma soprattutto ad una tendenza alla ideologizzazione del concetto stesso di Gesinnung.

Il ‘superamento’ del problema si realizzava con Radbruch che affrontava la questione in maniera più decisiva. Il filosofo neokantiano definisce, in particolare, il delinquente per convinzione attraverso il suo movente all’agire: chiara è, in questi termini, l’operazione di caratterizzazione psicologico-criminale che viene condotta su tale tipo. Idea, questa, tanto a lui cara, progetto che lo accompagnerà dagli inizi della sua carriera come filosofo, penalista e riformatore del diritto penale, rappresentando propriamente il suo vessillo nella lotta per la riforma di un diritto penale migliore, un diritto penale del futuro, un diritto che dismetta le vesti di un diritto penale fascista ed autoritario e prenda quella di un diritto penale liberale e sociale.

In particolare, come recitava l’articolo 71 del Progetto Radbruch del 1922, il delinquente per convinzione è colui che agisce commettendo il reato e sentendosi ad esso obbligato da una ‘convinzione’ morale, religiosa o politica: un tipo, pertanto, dai forti lineamenti che non riconosce la norma giuridico-statuale e, pertanto, la viola in virtù del riconoscimento di una norma altra che egli ritiene superiore, realizzandosi, quindi, un conflitto normativo irresolubile, destinato a non trovare soluzione se non, a rigor di logica, sul piano del trattamento sanzionatorio, della determinazione della pena e, infine, dell’esecuzione penale. Una descrizione che possiamo definire ancora valida alla quale ci si richiama e ci si è richiamati in passato: pensiamo al ricorso alla figura radbruchiana intorno agli anni Cinquanta del secolo scorso, in un periodo d’intense riforme legislative, quando nelle aule del parlamento tedesco, nei progetti *de lege ferenda*, si faceva appello ancora alla descrizione e caratterizzazione realizzata da Radbruch.

In linea di massima si distingue, entro una categoria generale ed ampia, rappresentata dal delinquente per convinzione, tra il delinquente per convinzione in senso stretto e il delinquente per coscienza.

In riferimento a tale distinzione, sussiste un quasi sostanziale accordo sulla sua *ratio*, nel senso che mentre l'agente per coscienza si caratterizza per un conflitto etico interno tra ciò che è bene e ciò che è male, tra ciò che, in base ai dettami della coscienza, va fatto e compiuto e ciò che invece contraddice all'istanza personale della coscienza stessa — il delinquente per convinzione in senso stretto non vive alcun dilemma personale, alcun conflitto o lacerazione interna personale, ma semplice decide di seguire, osservare e riconoscere una norma come giusta, ritenendola superiore rispetto alla norma dello Stato; pertanto, la decisione non è tra il bene ed il male, ma tra ciò che è giusto o sbagliato nell'agire.

Se la decisione della coscienza si caratterizza per una situazione di forte pressione e costrizione, ciò non avviene nel caso di colui che segue una propria convinzione, laddove la decisione deriva da una valutazione pur sempre razionale e consapevole, cui però manca l'elemento forte della costrizione e dell'obbligazione interna

Molto più definita e ben circoscritta può essere considerata la categoria di appartenenza del delinquente per coscienza — laddove il soggetto in maniera più univoca non solo decide tra il bene ed il male, ma addirittura un'agire alternativo non gli si prospetta neppure — non altrettanto può dirsi per quella ampia e più o meno disomogenea del delinquente per convinzione, categoria destinata anzi a contenere numerose e variegata possibilità.

Le difficoltà non si fermano solo al piano della definizione formale-concettuale, — la cui soluzione dovrà, a parer mio, nella maggior parte delle volte, essere rimandata ad una regola di giudizio, tenuto conto della particolarità della situazione e della fattispecie concreta penale come essa nella realtà fenomenica si manifesta — ma concernono anche il piano di discussione relativo al trattamento sanzionatorio.

Se, infatti, dalla definizione passiamo a chiederci se e fino a che punto sia possibile sanzionare in maniera diversa — seppure nei limiti di un trattamento sanzionatorio che non leda i principi generali e primi dell'ordinamento penale — colui che agisce a partire da una convinzione 'altra', convinzione la quale comporta il disconoscimento della norma giuridico-penale statutaria, le difficoltà non diminuiscono.

Il problema non è nuovo, anzi, antichissimo, un problema che conduce fino alle questioni connesse con la democrazia. Pensiamo a Radbruch, alla sua teoria relativistico-liberale che per il delinquente per convinzione prevedeva la pura misura di sicurezza della *Einschließung* o a quanti in seguito hanno considerato colui che agisce a partire da una convinzione ‘altra’ come un nemico dello Stato e del diritto, nemico da diffamare con una misura e sanzione tale da fargli perdere l’onore e qualsiasi diritto di partecipazione alla vita pubblica e politica entro la comunità socio-statuale, prossimi quindi ad una concezione della sanzione penale come strumento di vendetta ma ancora più di disapprovazione etico-sociale nei confronti di chi vi è sottoposto. Siamo, chiaramente, ben lontani dal presente e dalle attuali concezioni della pena risocializzanti in chiave rieducativa, da quello che dovrebbe a ragione essere definito come diritto penale normale.

In relazione all’agente per convinzione ci si chiedeva, in particolare, se lo Stato fosse stato obbligato o semplicemente in grado di tollerare le visioni della minoranza che potevano un giorno possibilmente divenire e superare quelle della maggioranza, secondo la vecchia lezione radbruchiana del relativismo filosofico-politico; quindi, considerare colui che si ‘oppone’ all’ordinamento statale dei valori e delle norme da esso rappresentate come un individuo dal pari valore morale oppure come un ‘diverso’. Ebbene nell’ordinamento giuridico della Repubblica Federale tedesca erano in gioco questioni ed aspetti problematici legati alla questione-chiave di come determinate e ben specifiche azioni dovevano essere giudicate specialmente in riferimento al diritto fondamentale di cui all’articolo 4 della Costituzione tedesca, fermo restando che — sotto la previsione di cui a tale articolo — non rientrano solo o meglio non tutte le fattispecie penali riconducibili all’idea della delinquenza per convinzione.

Dal punto di vista invece del diritto penale il tipo dell’agente per convinzione viene in considerazione laddove egli realizzi una fattispecie penale punibile ledendo uno dei beni giuridici rilevanti dal punto di vista costituzionale.

Per quanto concerne il trattamento penale dell’agente per convinzione si è a lungo parlato se esso meriti un trattamento speciale, distinguendo, tra l’altro, tra un tipo di convinzione religiosa, morale o politica e a seconda delle caratteristiche di ciascuna, modellare un diverso trattamento penale: un privilegio nella forma di un causa di giustificazione o in quella di una scusante, in ogni caso leggendo il *proprium* del fatto per convinzione all’interno dei tre livelli di ripartizione del reato — tipicità, antigiuridicità, colpevolezza — quindi di comportamento che presenta un nucleo di tipicità, antigiuridicità e colpevolezza.

Alla base del contenuto illecito di una condotta sta non solo la tipicità, ovvero la contrarietà agli elementi del fatto tipico ma anche l'antigiuridicità e, in un secondo momento, la verifica della non sussistenza di cause di giustificazione da valutare sulla base dell'ordinamento giuridico generale.

In virtù della sua convinzione, tale agente potrebbe essere giustificato, venendo così meno il contenuto di illiceità della sua condotta, il che effettivamente si realizza. Pensiamo alla libertà di coscienza che all'interno della Costituzione tedesca sotto la previsione dell'articolo 4 GG viene garantita, laddove la decisione della coscienza ottiene la priorità rispetto alla prescrizione giuridico-statuale, quindi, venendo a mancare alla condotta il contenuto antigiuridico. Il che però nella prassi avviene di rado, restando pertanto il fatto realizzato per convinzione in senso lato sia tipico che antigiuridico.

Il fatto per 'convinzione' va anche analizzato alla luce del contenuto di colpevolezza, il terzo livello dogmatico del reato: un fatto punibile — e per punibile s'intende un fatto che sia già tipico ed antigiuridico — deve anche essere colpevole: la pena richiede la colpevolezza. Per escludere, anche qui, la colpevolezza deve intervenire una causa di esclusione propriamente detta. I parametri di valutazione della colpevolezza giuridica sono rappresentati dai valori e dalle concezioni di valore etico-sociali entro un dato ordinamento giuridico, laddove la colpevolezza dell'agente verrà valutata in base alla mancanza di adattamento e di orientamento da parte dell'agente alle norme di condotta espressione dell'ordinamento giuridico-statuale e dalla condotta, una condotta imputabile, dolosa o colposa, ricorrendo la possibilità della conoscenza del divieto penale e premessa, come abbiamo visto, la assenza di cause di esclusione della colpevolezza o scusanti.

Le posizioni circa il trattamento dell'agente per 'convinzione' non sono pacifiche e neanche riconducibili ad un confronto; spesso, la scelta del trattamento dipende dal singolo caso. Restano però nella prassi alcuni punti fermi: ricordiamo la sentenza della Corte Costituzionale tedesca 32, 98 che per ben precise e delimitate ipotesi prevede il retrocedere del diritto penale in riferimento all'articolo 4 della Costituzione tedesca laddove il conflitto concreto tra un dovere giuridico e un precetto che nasce dal proprio credo conduce il delinquente ad una situazione di difficoltà spirituale.

Il caso che ha occasionato tale sentenza fu quello famoso del reato omissivo doloso dei due coniugi, in particolare del marito che ometteva di convincere la consorte ad intraprendere un trattamento sanitario ospedaliero in grado di salvare la vita a costei gravemente malata, in quanto entrambi fortemente convinti dei metodi di cura e guarigione di tipo religioso, quali la preghiera, costituenti, secondo entrambi, la strada migliore per la salvezza della donna.

Altra famosa decisione negli archivi della Corte Costituzionale tedesca è quella concernente i Testimoni i Geova, la sentenza 23, 127: decisioni queste non solo aspramente controverse e dibattute in dottrina ma in grado di non concludere in alcun senso o direzione l'accesa discussione fino ad oggi, quasi a credere di poter percepire — così Schünemann — lo spirito di Radbruch che parla.

In parte una forma di scusante quindi di esclusione della colpevolezza è esclusa generalmente per l'illecito per 'convinzione', in particolare laddove il delinquente conosce il divieto e ancora più a monte la valutazione etico-sociale contenuta nella norma giuridico-penale, ma non la prende in considerazione in virtù della preponderanza di una decisione della coscienza o della forza di un convincimento morale, religioso, politico, culturale *tout court*. Resta, pertanto, visibilmente in gioco l'elemento della consapevolezza e piena conoscenza dell'illecito.

A tal proposito, l'agente per convinzione sa che la norma trasgredita rappresenta una norma giuridica generalmente valida e vincolante, ma, ciò nonostante, egli si oppone all'ordine dei valori, dei beni e delle norme che tali valori e beni incorporano secondo formule giuridiche ben precise. Ecco quindi che la colpevolezza del soggetto *de quo* sussiste intanto che ricorre la consapevolezza dell'agente, agente che in maniera voluta e coerente agisce contro l'ordinamento giuridico della comunità.

Non mancano, invero, situazioni in cui possa essere riconosciuta una scusante: si tratta qui per lo più di casi che concernono nello specifico l'illecito per coscienza cui, in presenza di una straordinaria pressione o costrizione da parte della coscienza stessa, resta quasi esclusa o altamente di dubbio accadimento la possibilità per il soggetto di decidersi nel senso del lecito, riconoscendo e osservando il precetto giuridico: in tal caso un rimprovero di colpevolezza all'agente perderebbe la sua ragion d'essere.

Pertanto sembra la prassi giuridica attestarsi sulle seguenti conclusioni: esclusione di una scusante per l'illecito per convinzione *stricto sensu* e solo in casi eccezionali, ipotesi queste da analizzare singolarmente, è possibile un riconoscimento di una causa di esclusione della colpevolezza, costituendo tali casi-limite e marginali fattispecie in cui l'agente, più che sospinto da un forte convincimento, è attratto e coinvolto da una irresistibile istanza della coscienza.

In realtà non ritengo corretta la possibilità, sia pure come una mera possibilità, di distinguere tra un diversificato trattamento sanzionatorio a seconda del 'luogo' in cui si produce la decisione, se a livello di convincimento quindi su di un piano che appartiene alla ragione riflessiva, o a livello di coscienza, pertanto, su di un piano istintivo-emozionale, carico di pressione e turbamento e, sicuramente, maggiormente estraneo al momento della analisi e della riflessione.

Il che si riflette nei termini della distinzione, ad esempio, tra un illecito che nasce a partire da una convinzione politica ed un illecito come prodotto di una convinzione o credo religioso, laddove il delinquente motivato politicamente vada considerato e combattuto come un nemico dello Stato, nemico che attenta alle suo fondamenta, mentre colui che professa un credo semplicemente diverso non attenta in sostanza il consenso democratico.

Per altro la questione circa il trattamento da riservare al delinquente 'politico' in quanto 'nemico' dello Stato è stata, entro il contesto internazionale, ampiamente svolta e dibattuta.

Non c'è dubbio che la categoria del 'nemico' nella politica criminale e interna allo stesso diritto penale conduce non tanto ad un diritto penale del 'fatto colpevole' quanto a quello di un 'autore pericoloso', orientato non alla colpevolezza quanto alla pericolosità, autorizzando, per così dire, un trattamento discriminatorio, legislativo e prasseologico, rispetto al diritto penale 'normale'.

Ne deriva un fenomeno di smembramento di quest'ultimo, il suo dramma e la sua solitudine a fronte di meccanismi degenerativi che contribuiscono, in concomitanza con fenomeni 'negativi' esterni, alla sua interna lacerazione.

Cosa resta, quindi, di un ideale di diritto penale di civiltà, espressione dello Stato di diritto, personalistico e solidaristico, rispettoso dei fondamentali principi garantisti, strumento di garanzia della libertà e di adempimento degli essenziali doveri individuali? Se teniamo presente l'istanza di un trattamento diverso se non addirittura più rigoroso di colui che è considerato nemico dello Stato e di colui che agisce in virtù di una spinta culturale, legata anche a ragioni della tradizione, premesso pur sempre come necessario un esercizio di bilanciamento tra quelli che sono i valori culturali divergenti del singolo con l'esigenza di rispetto dei diritti umani fondamentali e dei beni giuridici individuali e collettivi rilevanti dal punto di vista costituzionale e penalmente garantiti, un diritto penale siffatto non trova riscontro nell'attuale realtà storica.

Überzeugung, Gewissen, Kultur.

Der Überzeugungstäter ein Delinquent aus kultureller Überzeugung.

Strafrechtliche Doktrin und rechtsphilosophische Voraussetzungen

Die vorliegende Arbeit analysiert die Rechtsfigur des Überzeugungstäters basierend auf seiner historisch strafrechtlichen und rechtsphilosophischen Auseinandersetzung in Deutschland. Insbesondere werden seine Möglichkeiten und die eventuelle Unterschiede zum Gewissenstäter untersucht.

Nur eine andere Sichtweise auf die Implikationen aus den Verbindungen der Weltanschauung und des Gewissens mit den Themenkreisen und Fachbereichen deren Geltungsbereich das Strafrecht, die Rechtsphilosophie, das Verfassungsrecht umfassen, kann solch einen Untersuchungsrahmen aufspannen.

Wenn mehrere Parteien, oder anders gesagt, die Mehrheit der Strafverteidiger in Deutschland, die Debatte über das Strafmaß von Überzeugungstätern führten, so ging es um Privilegierten, oder einfach um „Andere“ denen eine milde Strafe zugewiesen wurde. Anders gesagt, aufgrund der zugrundeliegenden „Weltanschauung“ als Handlungsmotiv wurde nicht die Sicht geteilt, dass es sich hierbei um eine Straftat handelte. Gemäß Roxin handelt es sich hierbei um das dunkel Graue Materie in dem Strafrecht unserer Zeit. Aus diesem Grund halte ich die Kontinuität, oder zumindest das Festhalten an der Tradition dieser Rechtsfigur, der Überzeugung und des Gewissens mit der Notwendigen Unterscheidung für wichtig, da sie im Kontext der Postmoderne oder des Multikulturalismus auch für unsere heutige Zeit bedeutsam ist.

Der Überzeugungstäter hat eine Überzeugung, einen Glauben und demnach existiert ein Grund für den Fortbestand dieser Rechtsfigur, die Raum für Diskussion gibt, wenn auch aus anderen Perspektiven und unterschiedlichen Blickwinkeln. Das heißt, in unserer heutigen Zeit, die Zeit des Multikulturalismus und der damit verbundenen Herausforderungen für das Strafrecht hat die Relevanz der Kategorie der kulturellen Faktoren der Straftat mindestens ein reflektierender Wert. Diese Sicht stellt besondere wissenschaftliche Anforderungen an die Pflege und Güte des Strafrechts.

Im internationalen Kontext gibt es hierzu mehrere Antworten sei es um den Problembereich vor der Begehung der Straftat oder die Reaktionen darauf. Im Europäischen Kontext sind diese meiner Meinung nach sehr identisch. Unterschiede treten insbesondere in entfernteren Systemen wie im *common law* auf; zwar auch im lateinischen, doch überwiegend in Übersee.

Die Überprüfung der Aufgabe und Rolle des Strafrechts, insbesondere, eine Reflexion über die Formen der Intervention und nicht zuletzt die Funktion des Strafgerichts wird angesichts der sozio-kulturellen Dimension kulturell motivierter Straftaten immer notwendiger.

Im Lichte der Reflexion über kulturell motivierte Straftaten - ich denke, weibliche Genitalverstümmelung, Ehrenmorde und Blutrache - topisches Mittel, um den Glauben zu finden, jetzt Berater "kulturell motiviert", so fest, wie die Zeit zwischen der Vergangenheit und das scheint mehr als nur eine zeitgenössischer Stilübung.

In der Reflexion über kulturell motivierte Straftaten — ich denke hierbei u.a. an weibliche Genitalverstümmelung, Ehrenmorde und Blutrache — finden wir aktuelle Beispiele für Überzeugungstäter, nun auch Täter kraft kultureller Motivation oder kulturell motivierter Täter genannt. Das scheint mehr als nur eine kurze zeitgenössische strafrechtliche Modeerscheinung zu sein.

Die Vorstellung Radbruchs, dass wir eine moralische Natur haben würde nicht alle plural-kulturelle Streitpunkte beilegen. Religion, Politik und Kultur, aber auch Gerichtsbarkeit prägen kulturelle Überzeugung und sind gleichsam der analytische Rahmen zur Evaluierung der Täter, dessen Delinquenz durch ihre Kultur geprägt ist, aber zu einem gleichen Verbrechen (Resultat) führen. Hinsichtlich dessen müssen die Eigenschaften des Täters und der Überzeugung sowie der Auslöser in einem Verfahren abgeklärt werden. Dies setzt voraus, dass man auch die historischen Kontexte und die zwischenzeitlich realisierten Errungenschaften miteinbezieht.

Zunächst ist es wichtig, das Konzept, den Umfang und Variationen innerhalb der Definitionsvielfalt, in der sich offensichtlich der kulturell motivierte Täter befindet zu klären. Ich betone die Eigenschaft schlechthin als eine einzige, einheitliche konzeptionelle Sicht in der Überzeugungstat existiert nicht. Hin und wieder vermengt man Weltanschauung und Handlung zu dem Begriff Weltanschauung, manchmal jedoch doch differenziert man zwischen Handlung aus Gewissensgründen und Handlung aus Überzeugung.

Kurz gesagt, ich schließe mich jener Position an, die zwischen zwei Konzepten von Überzeugungstätern und Handlungen unterscheidet: Weltanschauungstat und gewissen geleitete Tat. Im Allgemeinen ist die "Weltanschauung" ein subjektives Element der inneren Natur, ein Ansatz, um eine Vorstellung von Wert oder einen Wert an sich und es charakterisiert Einflüsse unterschiedlicher Intensität: eine starke und prägnante eine individuelle, welche in eine Richtung leiten, so dass eine andere Handlung nicht mehr möglich ist. Es ist eine Haltung, eine Art des Denkens von existentieller Bedeutung, mehr ein geistiger Rahmen, der dem Akteur und seine Taten in einen festen Rahmen gibt.

Das Konzept der Überzeugungstäter stammt aus der Feder von Gustav Radbruch. Er propagierte es in den frühen zwanziger Jahren des letzten Jahrhunderts während der Amtszeit als Justizminister für die junge und kurzlebige Weimarer Republik. Das Konzept selbst stammt aber nicht von ihm als Problem des Umganges mit Überzeugungstätern, vor allem aus der Überzeugung von dem verbrecherischen Charakter der "Politik" liegt es noch weiter in der Vergangenheit.

Schon im preußischen Strafgesetzbuch von 1871 war im Gegensatz zu den politischen Straftaten im objektiven Sinn eine optional wählbare Freiheitsstrafe, das sogenannten Zuchthaus oder die Ehrenverwahrung vorgesehen. Dies war insbesondere eine Strafe, die direkt mit dem Fehlen eines unehrenhaften Verhaltens seitens des Täters verbunden war. Diese Strafe war nicht mit dem Verlust der Ehre derjenigen verbunden, denen die Strafe auferlegt wurde. Das Problem, das damit geschaffen wurde, war das diese Kriterien ungeklärt und damit vage blieben. Diese Unbestimmtheit und die "leeren" Gesetz hierzu gebär nicht nur eine gerichtliche Willkür über die Definition dessen, was als angemessen im Falle eines unehrenhaften Verhaltens zu gelten hatte, sondern auch einen Trend hin zu der der Ideologisierung Gesinnung.

Die Überwindung dieser konzeptionellen Fehler durch Radbruch basierte auf der neukantianischen Philosophie durch welche die strafrechtliche Verurteilung durch sein Handlungsmotiv moralisch legitimiert wurde. Die rechtspsychologische Charakterisierung wird auf diese Weise durchgeführt. Seine Idee begleitete ihn Zeit seiner Karriere als Philosoph, Strafverteidiger und Reformier des Strafrechts im steten Auseinandersetzen mit einer Verbesserung des Strafrechts. Das Strafrecht der Zukunft ein Recht, das die Roben des faschistischen und autoritären Strafrechts ersetzt durch die einer liberalen Gesellschaft.

Insbesondere, wie in Artikel 71 von Radbruchs Entwurf aus dem Jahr 1922 erwähnt, ist eine strafrechtliche Verurteilung der Person, die eine Straftat begeht und sich zur Handlung durch eine "Weltanschauung" moralischer, religiöser oder politischer Art gezwungen sah, eine Person, die normalerweise die rechtlich-politischen Umstände nicht erkennt und damit gegen die Basis, der eine andere Regel zugrunde liegt agiert. Das stellt einen unlösbaren regulatorischen Konflikt dar. Diese Beschreibung gilt nach wie vor.

Im Prinzip unterscheidet man die allgemeine Kategorie, repräsentiert durch den Überzeugungstäter von der Kategorie im engeren Sinne, die den Gewissenstäter beinhaltet. In Bezug auf diese Unterscheidung gibt es eine grundlegende Einigung über ihr Verhältnis in dem Sinne, dass, während der Täter durch einen bewussten inneren ethischen Konflikt zwischen dem, was gut und was böse ist und zwischen dem, was er nach dem Diktat seines Gewisses tun sollte und getan hat zu unterscheiden und ferner inwiefern er sich damit letztlich selbst widerspricht. Die strafrechtliche Verurteilung im strengen Sinn geht nicht auf dieses persönliche Dilemma ein und kennt nicht diesen persönlichen Konflikt. Ihr geht es darum einem allgemeinen Erscheinungsbild zu folgen und es als die Norm des Staates anzuerkennen. Daher ist die getroffene Entscheidung nicht zwischen Gut und Böse, sondern zwischen dem, was richtig oder falsch ist zu behandeln.

Wenn die Entscheidung des Gewissens von einer Situation unter hohem Druck oder Zwang geprägt ist, so ist das nicht der Fall bei demjenigen, der seiner eigene Überzeugung folgt, wenn die Entscheidung sich aus einer rationalen Bewertung ergibt es fehlt das starke Element des Zwangs und der inneren Verpflichtung.

Besser abgrenzbar ist die Rechtsfigur des Täters aus Gewissensgründen. Sein Entscheidungsthema ist nicht nur die Wahl zwischen Gut und Böse, sondern auch — und das macht das Thema einzigartig — die der alternative Agitation. Dasselbe kann im Großen und Ganzen nicht für den Überzeugungstäter gesagt werden.

Ist es nach der Definition möglich nach einer anderen Art und Weise innerhalb der Grenzen der allgemeinen Grundsätze des Strafrechts zu sanktionieren, so dass die Sonderbehandlung keinen Einfluss auf die allgemeinen Grundsätze des Strafrechts nach sich zieht? Das Problem ist nicht neu, sehr alt sogar, ein Problem, dass die Frage im Zusammenhang mit der Demokratie stellt. Denken wir an Radbruchs relativistisch-liberale Theorie, dass die strafrechtliche

Verurteilung als Sicherheitsmaßnahme von reiner Einschließung oder, dass nachträglich eine Gesinnungspartei (Staat und Recht) die andere Gesinnungspartei als Feind behandelt. Entzieht man dem „Feind“ durch die Strafe seine Ehre und alle Rechte an der Beteiligung am öffentlichen und politischen Leben in der sozio-politischen Gemeinschaft, dann ist das mehr Mittel der Rache und die ethische und soziale Missbilligung derjenigen, die dem Gericht ausgesetzt werden. Wir sind natürlich von der Gegenwartsmeinung zu der Stellung von Strafe beeinflusst und von dem was zu Recht als eine normale Strafe zu Wir sind natürlich weit von aktuellen Vorstellungen von Strafe, Resozialisation und Rehabilitation entfernt und von dem, was zu Recht als normales Strafrecht definiert werden sollte.

In Bezug auf den kulturell motivierten Täter, gilt zu fragen, wann der Staat gezwungen ist die Meinung einer Minderheit zu tolerieren und die der Mehrheit zu ignorieren. Nach der Lehre des philosophischen Relativismus gilt es diejenigen Meinungen, zu betrachten, die im Gegensatz zu den Werten und Regeln und Werten des Staates stehen. Hierzu betrachtet man ein Individuum, das diese Werte Teilt und eines das in der Opposition hierzu steht. In Bezug auf die Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland im Zusammenhang mit der Kernfrage, gilt zu fragen, wie gut bestimmte Maßnahmen auf die Grundrechte abgestimmt werden sollten, vor allem in Bezug auf das Grundrecht aus Artikel 4 des deutschen Grundgesetzes.

Aus strafrechtlicher Sicht ist jemand ein Überzeugungstäter, wenn er durch eine Straftat die verfassungsrechtlichen Interessen tangiert hat.

Im Hinblick auf die strafrechtliche Aufarbeitung der Überzeugungstäter wird schon länger darüber diskutiert, ob es angemessen ist diese besonders zu behandeln. Man diskutiert ob basierend auf der Art der religiösen Überzeugung, der moralischen oder politischen Motivation und abhängig von den Eigenschaften der einzelnen Personen ein eigenes Modell des Strafverfahrens zu etablieren sei. Das kommt einem Privileg in der Form der Rechtfertigung der Ursache oder einer Entschuldigung gleich, eine typische antirechtliche Position.

Die Basis eines rechtswidrigen Verhaltens ist nicht nur das Typische, oder die Opposition gegen Elemente des Typischen, sondern auch die Tatsache des Antirechtlichen und bei der späteren Überprüfung die Nicht-Existenz einer Rechtfertigungen auf der Grundlage der Rechtsordnung. Durch seine Überzeugung, kann dieser Täter gerechtfertigt werden, und daher ist keine Rechtswidrigkeit seines Verhaltens, die tatsächlich gegeben. Denken wir an die Freiheit des Gewissens in der deutschen Verfassung die unter den Bedingungen des Artikel 4 GG garantiert ist und ausführt, wann die Entscheidung des Gewissens die Priorität erhält über staatliche Gesetz. Es

ist also nicht erforderlich, das dies zu antirechtlichen Inhalten führen muss. Dies ist jedoch in der Praxis selten der Fall.

Das Faktum der "Weltanschauung" ist auch im Lichte der Schuldanalyse, die dritte Ebene des Dogmas der Straftat eine Straftat. Und das bedeutet, eine Straftat ist bereits typisch und anti-rechtlich und sie muss auch die Ursache sein, der Auslöser der Schuld. Um dies auszuschließen, muss die Schuld Ursache für den Ausschluss als solche sein. Die Parameter für die Beurteilung seiner Schuldfähigkeit werden durch die Werte und Vorstellungen der sozial-ethischen Werte innerhalb einer bestimmten Rechtsordnung, in denen die Schuld durch Anpassung und Richtung des Täters an die Regeln ausgewertet wird. Dazu zählen: Durchführung des rechtlich-politischen Ausdruck und Verhaltens, die Verhaltenszurückführung, Vorsätzliches oder Fahrlässiges, die Möglichkeit des Einsatzes und der Kenntnisse über das Verbot als Straf- und Prämisse, ohne dass ein Grund für den Ausschluss von Schuld oder Entschuldigungen vorliegen muss.

Die Positionen für die Abwägung der "Weltanschauung" sind nicht ruhig und nicht auf eine Konfrontation aus. Oftmals hängt diese vom Einzelfall ab. In der Praxis jedoch bleiben einige Punkte offen: Wir erinnern uns an das deutsche Bundesverfassungsgericht Urteil 32, 98. Ein gut definiert und begrenztes Rahmenstück umfasst das Strafrecht in Bezug auf Artikel 4 des deutschen Grundgesetzes, wo der sich abzeichnenden Konflikt zwischen einer gesetzlichen Pflicht und Agitation aus dem Glauben heraus, welche den Täter zu einer Situation der spirituellen Schwierigkeit führte, erfasst.

In diesem Fall ging es um eine absichtliche Unterlassung. Der Ehegatte überzeugte seine schwerkranke Frau auf eine medizinische Krankenhausbehandlung zu verzichten und stattdessen auf Heilungsmethoden religiöser Art, wie das Gebet zu vertrauen.

Eine weiterer bekannte Entscheidung in den Archiven des deutschen Bundesverfassungsgerichts betrifft die Zeugen Jehovas, der Satz 23, 127. Diese Entscheidungen ist nicht nur kontrovers und heftig diskutiert worden in der Literatur, sondern kann auch nicht in irgendeinem Sinn oder in einer Richtung der hitzigen Diskussion abgeschlossen werden. Bis heute noch, so kann man ihn wahrnehmen - so Schünemann - der Geist von Radbruch, der spricht.

In dieser Form eines entschuldigenden Ausschlusses der Schuld für das Vergehen im Allgemeinen ist die "Weltanschauung" ausgeschlossen. Das gilt insbesondere wenn der Täter das Verbot und desweiteren sich der sozio-ethische Bewertung der Normen auch innerhalb des Strafrechts bewusst ist, diese aber nicht berücksichtigt. Die Herrschaft einer Entscheidung

des Gewissens- oder Glaubensfreiheit basiert auf moralischer, religiöser, politischer, kultureller Stärke.

Es bleibt daher wesentlich das Element des Bewusstseins und das volle Verständnis für die Straftat. Hier ist sich der Überzeugungstäter der allgemeinen Standards der übertretenen Rechtsnormen bewusst. Dennoch sind seine Werte dieser diametral Entgegengesetzt. Hier geht es also darum, dass die Schuld der Person im Kontext des Bewusstseins zu sehen ist, der in einer von ihm gewünschten und konsequenten Handlung gegen die Gesetze der Gemeinschaft auftritt. Es gibt tatsächlich Situationen, in denen eine Entschuldigung anerkannt werden könnte. Hiermit ist die Straftat aus Gewissensgründen gemeint, die in der Gegenwart einem außerordentlichen Druck oder Zwang auf den Teil des Bewusstseins ausübt, der über den Sinn dessen, was zulässig ist entscheidet und erkennt. Allerdings ist es wohl nahezu ausgeschlossen, zu entscheiden oder zu erkennen, wann diese Gründe vorliegen, d.h. wann die Schuldfrage an den Gewissenstäter seine Daseinsberechtigung verliert.

So wie es in der juristischen Praxis Goldstandard zu sein scheint gilt, dass der Ausschluss einer Entschuldigung für die Straftat der Überzeugung, und streng genommen, nur in Ausnahmefällen, diese Hypothesen einzeln geprüft werden. Unter diesen Umständen ist es möglich, eine Ursache in der Abgrenzung der Schuld zu erkennen. Grenzfällen sind, in denen der Täter, anstatt angetrieben von der starken Überzeugung durch ein unwiderstehliche, beteiligt Instanz des Bewusstseins geleitet wird.

In der Realität ist das, so glaube ich nicht, die Richtige Vorgehensweise zwischen einer Sanktion zu unterscheiden, die sich auf unterschiedliche rationale Regionen der Entscheidungsfindung beruft. Der Grad der Überzeugung einer Ebene, die reflektiert, gehört immer zum Bewusstsein. Anders auf der instinktiv-emotionalen Ebene, auf der Druck, Verwirrung und Fremdheit herrscht, die der Reflexion und Analyse ferner sind.

Zu Unterscheiden gilt beispielsweise zwischen einer unerlaubten Handlung aus einem Fehltril als eine politische Motivation und zwischen einer Handlung basierend auf einer Religion oder ihrer Weltanschauung, wenn der Täter als politisch motiviert gilt und als Feind wider den Staat kämpft. Dieser Feind gefährdet die staatlichen Grundlagen und wer nicht nur den Glauben bekennt, differenziert sich auch im Wesentlichen vom demokratischen Konsens.

Desweiteren wird die Rechtsfigur des Überzeugungstäters als politischer Feind des Staates im internationalen Kontext ausgearbeitet. Zweifelsohne ist die Figur des Staatsfeindes in der Kategorie des politischen Verbrechens und im internationalen Strafrecht nicht zur gleichen Zeit einer Tat schuldig wie der eines agitatorisch Autors. Solch eine diskriminierende Behandlung im praxeologischen Strafrecht hinsichtlich der Normalität sind im Sinne der Gefahr gerechtfertigt.

Das Ergebnis resultiert in das Phänomen der Desintegration zusammen mit seiner Dramatik und Einzigartigkeit angesichts der degenerativ wirkenden externen und internen zerstörerischen Mechanismen.

Was bleibt also, eine eine Idealisierung des Strafrechts der Zivilgesellschaft als ein Ausdruck der Rechtsstaatlichkeit, des Individualismus und der Solidarität, die Respekt für die Grundprinzipien garantieren sowie Instrument der Freiheit und der Erfüllung der wesentlichen Aufgaben des Einzelnen? Wenn wir die einzelnen Instanz durch eine unterschiedliche Behandlung würdigen, dann nicht strenger als derjenige, der als Staatsfeind sich unter einen Vorschub durch kulturelle Gründen auch in der Tradition verbunden sieht. Wie oben dargelegt muss noch eine Balance zwischen den unterschiedlichen kulturellen Werten der Einzelnen, den grundlegenden Menschenrechte und rechtlichen Interessen sowie den individuellen und kollektiven Interesse aufgebaut werden. Aus der Sicht des Verfassungs- und Strafrecht wird so nicht die aktuelle und historische Realität wiedergespiegelt.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO N., *Storia della filosofia*, vol. 3, Torino 1969.

ACHENBACH H., *Historische und dogmatische Grundlagen des strafrechts- systematischen Schuldlehre*, Berlin 1974.

ADOMEIT K., *Gustav Radbruch – zum 50. Todestag*, in NJW n. 47, München-Frankfurt am Main 1999.

ADOMEIT K., *Rechts- und Staatsphilosophie II: Rechtssdenker der Neuzeit*, Heidelberg 1995.

ALBRECHT A.P., *Vom Präventionsstaat zur Sicherheitsgesellschaft*, in F. HERZOG/U. NEUMANN (a cura di) *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg 2010.

ALEXY R., *Kants Begriff des praktischen Gesetzes*, in A. SILVA DIAS/J.A.RAPOS0/J.LOPES ALVES/L.DUARTE d'ALMEIDA/P. de SOUSA MENDES (a cura di), *Liber Amicorum de José De Sousa e Brito en comemoração do 70º. Aniversário. Estudos de Direito e Filosofia*, Coimbra 2009.

ALEXY R./MEYER H.L./PAULSON S.L./SPRENGER G., *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, Baden-Baden 2002.

AMELUNG K., *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1972.

ATIENZA M., *Dos sugerencias (muy menores) sobre el concepto de tolerancia*, in *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 30, 2007.

BACIGALUPO E., *Die Diskussion über die finale Handlungslehre im Strafrecht*, in J. ARNOLD/B. BURKHARDT/W. GROPP/G. HEINE/H.G. KOCH/O. LAGODNY/W. PERRON/S. WALTHER (a cura di) *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München 2005.

BACIGALUPO E., *Rechtsgutsbegriff und Grenzen des Strafrechts*, in M. PAWLICK/R. ZACZYK (a cura di) *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, Köln-Berlin-München 2007.

BARATTA A., *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano 1963.

BARATTA A., *Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruchs*, in *ARSP* n. 45, Wiesbaden 1959.

BARATTA A., *Resozialisierung oder soziale Kontrolle? Für ein kritisches Verständnis der sozialen „Reintegration“*, in G. BRITZ/H. JUNG/H. KORIATH/E.MÜLLER (a cura di) *Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, München 2001.

BASILE F., *Premesse per uno studio sui rapporti tra diritto penale e società multiculturali. Uno sguardo alla giurisprudenza europea sui c.d. reati culturalmente motivati*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano 2008.

BASILE F., *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano 2007.

BERNARDI A., *Il “fattore culturale” nel sistema penale*, Torino 2010.

BERNARDI A., *Modelli penali e società multiculturali*, Torino 2006.

BOCKELMANN P., *Zur Problematik der Sonderbehandlung von Überzeugungsverbrechern*, in G. STRATENWERTH/Arm. KAUFMANN/G. GEILEN/H.J. HIRSCH/H.L. SCHREIBER/G. JAKOBS/F. LOOS (a cura di), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Berlin-New York 1974.

BONSMANN P., *Die Rechts-und Staatsphilosophie Gustav Radbruchs*, Bonn 1966.

BURCHARD C., *Interrechtskulturelle Konflikte im Völkerstrafrecht. Rechtssoziologische und rechtsprinzipielle Erkenntnisquellen für die internationalisierung des (Straf-)Rechts*, in SCHRAMM E./FREY W./KÄHLER L./MÜLLER-MALL S./WAPLER F., *Konflikte um Recht – Recht der Konflikte*, Stuttgart 2010.

CALLIESS P.R., *Die Strafzwecke und ihre Funktion*, in G. BRITZ/H. JUNG/H. KORIATH/E. MÜLLER (a cura di) *Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, München 2001.

CAMPANALE M.A., *Il diritto oltre la legge in G. Radbruch e R. Dworkin*, Bari 1997.

CARLIZZI G., *La perenne dialettica tra diritto e giustizia. Riflessioni a margine della “Filosofia del diritto” di Kurt Seelmann*, in *Ragion Pratica* (32) 2009.

CATTANEO A.M., *Diritto e forza. Un delicato rapporto*, Padova 2005.

CAVALIERE A., *Può la ‘sicurezza’ costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in W.HASSEMER/E. KEMPF/S. MOCCIA (a cura di), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München 2009.

COMANDUCCI P., *La irrelevancia moral de la diversidad cultural*, in *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 30, 2007.

DE FIGUREIDO DIAS J., *Direito Penal. Parte General. Questões Fundamentais. A Doutrina General do Crime*, vol. I, 2. edizione, Coimbra 2007.

DE MAGLIE C., *Culture e diritto penale. Premesse metodologiche*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano 2008.

DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa 2010.

DE MAGLIE C., *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano 2005.

DE MAGLIE C., *Premesse ad uno Studio su Società multiculturali e Diritto Penale*, in W.HASSEMER/E. KEMPF/S. MOCCIA (a cura di), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München 2009.

DE SOUSA E BRITO J., *Strafzwecke im Rechtsstaat*, in F. HERZOG/U. NEUMANN, *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg 2010.

DERINHAMMER R., *Menschenrechte und Kulturrelativismus*, in ARSP (96) 2010.

DREIER H., *Religion und Verfassungsstaat im Kampf der Kulturen*, in DREIER.H./HILGENDORF E. (a cura di), *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*, Stuttgart 2008.

DREIER R., *Rechtsgehorsam und Widerstandsrecht*, in C. BRODA/E. DEUTSCH/H.L. SCHREIBER/ H.J. VOGEL (a cura di) *Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag*, Darmstadt 1985.

DREIER R./PAULSON STANLEY L., *Zum 50. Todestag von Gustav Radbruch*, in ARSP N. 85, Wiesbaden 1999

DIECKMANN E.H., *Überpositives Recht als Prüfungsmaß im Geltungsbereich des Grundgesetzes?* Berlin 2006.

EISENBERG U., *Zur staatlichen Verfolgung politisch Andersenkender in den USA während des „McCarthyismus“, dargestellt anhand der Verjagung des Künstlers Charlie Chaplin*, in G. BRITZ/H. JUNG/H. KORIATH/E. MÜLLER (a cura di) *Grundfragen staatlichen Strafans. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, München 2001.

ESER A., *Zur Entwicklung von Maßregeln der Besserung und Sicherung als zweite Spur im Strafrecht*, in G. BRITZ/H. JUNG/H. KORIATH/E. MÜLLER (a cura di) *Grundfragen staatlichen Strafans. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, München 2001.

EGETER I., *Das ethisch-kulturell motivierte Delikt*, Zürich 2002.

ELLSCHIED G., *Der Begriff der kulturellen Identität im Verfassungsdiskurs*, in F. HERZOG/U. NEUMANN (a cura di) *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg 2010.

ENGISCH K., *Logische Überlegungen zur Verbrechensdefinition*, in G. STRATENWERTH/Arm. KAUFMANN/G. GEILEN/H.J. HIRSCH/H.L. SCHREIBER/G. JAKOBS/F. LOOS (a cura di) *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25 März 1974*, Berlin-New York 1974.

ERMACORA F., *Rechtspluralismus und universelle Menschenrechte*, in LAMPE J.E. (a cura di), *Rechtsgleichheit und Rechtspluralismus*, Baden-Baden 1994.

ERMERT M., *Der Extremismus im Strafrecht: Eine begriffsanalytische Analyse auf sozialwissenschaftlicher und verfassungsrechtlicher Grundlage*, Herbolzheim 2007.

FASSÓ G., *Storia della filosofia del diritto III. Ottocento e Novecento*, ediz. aggiornata a cura di C. FARALLI, Roma-Bari 2001.

FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 2002.

FIANDACA G. /MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, 5. ediz., Bologna 2007.

FIGUREIDO DIAS DE J., *Gewissenstat, Gewissensfreiheit und Schuldausschluss*, in B. SCHÜNEMANN/H. ACHENBACH/W. BOTTKE/B. HAFFKE/H.J. RUDOLPHI, *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin-New York 2001.

IORE C., *Dommatica della giustificazione e tutela dei diritti fondamentali*, in W.HASSEMER/E. KEMPF/S. MOCCIA (a cura di), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München 2009.

FORNASARI G., *Le categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, in W.HASSEMER/E. KEMPF/S. MOCCIA (a cura di), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München 2009.

FORNERO G./TASSINARI S., *Le filosofie del Novecento*, Torino 2002.

FORST R., *Toleranz im Konflikt*, Frankfurt am Main 2003.

FREIHALTER ULRICH G., *Gewissensfreiheit. Aspekte eines Grundrechts*, Berlin 1973.

FRISCH W., *Das Marburger Programm und die Maßregeln der Besserung und Sicherung*, in ZStW n. 94, Berlin-New York 1982.

GENTILE A., *Violenza sessuale in matrimonio retto da diritto straniero: il prudente approccio della Cassazione ai cd. "reati culturali"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano 2009.

HASSEMER W., *Erscheinungsformen des modernen Rechts*, Frankfurt am Main 2007.

HASSEMER W., *Religiöse Toleranz im Rechtsstaat. Das Beispiel Islam*, München 2004.

HASSEMER W., *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt am Main 1973.

HASSEMER W., *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt am Main 1973.

HASSEMER W., *Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*, Berlin 2009.

HASSEMER W., *Ziviler Ungehorsam – ein Rechtfertigungsgrund?*, in C. BRODA/E. DEUTSCH/H.L. SCHREIBER/ H.J. VOGEL (a cura di) *Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag*, Darmstadt 1985.

HASSEMER W./LÜDERSSEN K./NAUCKE W., *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt am Main 1979.

HASSEMER W./LÜDERSSEN K./NAUCKE W., *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt am Main 1979.

HEINITZ E., *Der Überzeugungstäter im Strafrecht*, in ZStW n. 78 Berlin 1966.

HINRICHSSEN-LANG D., *Der Überzeugungstäter in der deutschen Strafrechtsreform*, in JZ n. 5/6 Tübingen 1966.

HIRSCH E.E., *Zur juristischen Dimension des Gewissens und der Unverletzlichkeit der Gewissensfreiheit des Richters*, Berlin 1979.

HIRSCH J.H., *Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht*, in ZStW n. 106, Berlin-New York 1994.

HIRSCH J.H., *Strafrecht und Überzeugungstäter*, Berlin-New York 1996.

HÖFFE O., *Europäisches versus angloamerikanisches Recht: Standortkonkurrenz in Zeiten der Globalisierung*, in F. HERZOG/U. NEUMANN, *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg 2010.

HÖFFE O., *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?: ein philosophischer Versuch*, 1. ed., Frankfurt am Main 1999.

HÖRNLE T., *Strafrechtliche Verbotsnormen zum Schutz von kulturellen Identitäten*, in DREIER.H./HILGENDORF E. (a cura di), *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*, Stuttgart 2008.

HUSTER S., *Toleranz als politisches Problem in der pluralistischen Gesellschaft*, in ARSP (91) 2005.

JAKOBS G., *Die Schuld dre Fremden*, in ZStW n. 118, 2006.

JAKOBS G., *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Berlin 1997.

JAKOBS G., *Schuld und Prävention*, Tübingen 1976.

JAKOBS G., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch*, 2. ediz., Berlin-New York 1991.

KÄLIN W. (a cura di), *Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung. Verfassungs- und menschenrechtliche Aspekte*, Basel-Genf-München 1999.

KAUFMANN Arth. (a cura di), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch 21.11.1878 – 23.11. 1949*, Göttingen 1968.

KAUFMANN Arth., *Das Gewissen und das Problem der Rechtsgeltung*, Heidelberg 1990.

KAUFMANN Arth., *Das Menschenbild im Recht. Rechtsphilosophische Aspekte*, in P.A. ALBRECHT/A.P.F. EHLERS/ F. LAMOTT/C. PFEIFFER/H.D. SCHWIND/M. WALTER (a cura di) *Festschrift für Horst-Schüler Springorum zum 65. Geburtstag*, Köln-Berlin-Bonn-München 1993

KAUFMANN Arth., *Das Problem der Schuld aus strafrechtlich- rechtsphilosophischer Sicht*, in KÖPCKE-DUTTNER A. (a cura di), *Schulz – Strafe – Versöhnung. Ein interdisziplinäres Gespräch*, Mainz 1990.

KAUFMANN Arth., *Der Mensch im Recht. Zum 80. Geburtstag von Gustav Radbruch* .

KAUFMANN Arth., *Der Rechtsstaat und seine Feinde*, Heidelberg 1986.

KAUFMANN Arth., *Die Bedeutung Gustav Radbruchs für die Rechtsphilosophie im Ausgang des Kaiserreichs*, in G. SPRENGER (a cura di) *Deutsche Rechts- und Sozialphilosophie um 1900. Zugleich ein Beitrag zur Gründungsgeschichte der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie*, ARSP, Beiheft n. 43, Stuttgart 1991.

KAUFMANN Arth., *Gesetz und Recht*.

KAUFMANN Arth., *Grundprobleme der Rechtsphilosophie. Eine Einführung in das rechtsphilosophische Denken*, München 1994.

KAUFMANN Arth., *Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat*, München 1987.

KAUFMANN Arth., *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*, 2. ed. 1984.

KAUFMANN Arth., *Schuld und Prävention*, in C. BRODA/E. DEUTSCH/H.L. SCHREIBER/ H.J. VOGEL (a cura di) *Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag*, Darmstadt 1985.

KAUFMANN Arth., *Strafrecht zwischen Gestern und Morgen. Ausgewählte Aufsätze und Vorträge*, Köln-Berlin-Bonn-München 1983.

KAUFMANN Arth., *Über Gerechtigkeit. Dreißig Kapitel praxisorientierter Rechtsphilosophie*, Köln-Berlin-Bonn-München 1993.

KAUFMANN Arth./HASSEMER W., (a cura di), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6. ediz. Heidelberg.

KAUFMANN Arth./HASSEMER W., *Grundprobleme der zeitgenössischen rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, Frankfurt am Main 1971.

KAUFMANN Arth., *Demokratie –Rechtsstaat – Menschenwürde: zur Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs*, in VOLKSHOCHSCHULE DER LANDESHAUPTSTADT KIEL 1990 (a cura di), *Gustav Radbruch und die Kieler Volkshochschule. Gedenkschrift zum 70-jährigen Bestehen der Volkshochschule der Landeshauptstadt Kiel*, Kiel 1990.

KAUFMANN E./SAUER W./HOHENAUER G., *Neokantismo e diritto nella lotta per Weimar*, a cura di R. MICCÚ, Napoli 1992.

KAUFMANN M., *Toleranz ohne Indifferenz – Integration und die Rückseite der Akzeptanz*, in ARSP (91) 2005.

KELKER B., *Grundfragen eines Zusammenhangs zwischen Menschenwürde und Strafrecht*, in H.U. PAEFFGEN/BÖSE M./KINDHÄUSER U./STÜBINGER S./VERREL T./ZACZYK R. (a cura di) *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin 2011.

KLEIN D.M., *Demokratisches Denken bei Gustav Radbruch*, Berlin 2007.

KRÄMER H., *Strafe und Strafrecht im Denken des Kriminalpolitikers Gustav Radbruch*, Sieg 1956.

KÜHL K., *Strafrecht und Moral in Bewegung*, in H.U. PAEFFGEN/BÖSE M./KINDHÄUSER U./STÜBINGER S./VERREL T./ZACZYK R. (a cura di) *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin 2011.

KÜHNE D., *Recht und Kultur in Konflikt? Normativität und kulturelle Philosophie in der Frage der Menschenrechte*, in SCHRAMM E./FREY W./KÄHLER L./MÜLLER-MALL S./WAPLER F., *Konflikte um Recht – Recht der Konflikte*, Stuttgart 2010.

LADWIG B., *Das islamische Kopftuch und die Gerechtigkeit*, in ARSP (96) 2010.

LAHTI R., *Das moderne Strafrecht und das ultima-ratio-Prinzip*, in F. HERZOG/U. NEUMANN, *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg 2010.

LAMEGO J., *O Direito como Realidade Referida a Valores: o Neo-Kantismo Culturalista de Gustav Radbruch*, in A. SILVA DIAS/J.A.RAPOSO/J.LOPESALVES/L.DUARTE d'ALMEIDA/P. de SOUSA MENDES (a cura di), *Liber Amicorum de José De Sousa e Brito en comemoração do 70º. Aniversário. Estudos de Direito e Filosofia*, Coimbra 2009.

LAMPE J.E., *Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis*, in STRATENWERTH G./KAUFMANN Arm./HIRSCH J.H./JAKOBS G./LOOS F. (a cura di), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlin-New York, 1974.

LAMPE J.E., *Strafphilosophie. Studien zur Strafgerechtigkeit*, Köln-Berlin-Bonn-München 1999.

LAMPE J.E., *Verantwortung und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, in LAMPE J.E. (a cura di), *Verantwortlichkeit und Recht*, Opladen 1989.

LAMPE J.E., *Was ist 'Rechtspluralismus'?*, in LAMPE J.E. (a cura di), *Rechtsgleichheit und Rechtspluralismus*, Baden-Baden 1994.

LAMPE J.E., *Willensfreiheit und strafrechtliche Unrechtslehre*, in ZtSW n. 118, Berlin 2006.

LASK E./KANTOROWICZ H./RADBRUCH G./KELSEN H./REINACH A./SCHWINGE E., *Metodologia della scienza giuridica*, a cura di A. CARRINO, Napoli 1989.

LOHMANN W., *Versuch einer methodologischen Erörterung der Radbruchschen Rechtsphilosophie*, Esslingen a. N. 1964.

LÜDERSEN K., *Muss Strafe sein? Das Strafrecht auf dem Weg in die Zivilgesellschaft*, in F. HERZOG/U. NEUMANN, *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg 2010.

LÜDERSEN K., *Universalität durch integrierende Spezialisierung. Zur Gesamtausgabe der Schriften Gustav Radbruchs*, in ARSP N. 85, Wiesbaden 1999.

MAIER J.B.J., *Die Zukunft des Strafrechts*, in F. HERZOG/U. NEUMANN, *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg 2010.

MANGAKIS A.G., *Über das Verhältnis von Strafrechtsschuld und Willensfreiheit*, in ZStW n. 65, Berlin 1963.

MANTOVANI F., *Il diritto penale del nemico. Il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano 2007.

MIR PUIG S., *Das Strafrechtssystem im heutigen Europa*, in B. SCHÜNEMANN/J.de FIGUREIDO DIAS (a cura di) *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Köln-Berlin-Bonn-München 1995.

MOCCIA S., *Die systematische Funktion der Kriminalpolitik. Normative Grundsätze eines teleologisch orientierten Strafrechtssystems*, in B.SCHÜNEMANN/J.de FIGUREIDO DIAS (a cura di) *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Köln-Berlin-Bonn-München 1995.

MOCCIA S., *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, Napoli 2009.

MÖLLERS C., *Pluralität der Kulturen als Herausforderung an das Verfassungsrecht?*, in DREIER.H./HILGENDORF E. (a cura di), *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*, Stuttgart 2008.

MORMANDO V., *Religione, laicità, tolleranza e diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano 2005.

MÜLLER-DIETZ H., *Das Marburger Programm aus der Sicht des Strafvollzugs*, in ZStW n. 94, Berlin-New York 1982.

MÜLLER-DIETZ H., *Der Strafvollzug in der Sicht Gustav Radbruchs*, P.A. ALBRECHT/A.P.F. EHLERS/ F. LAMOTT/C. PFEIFFER/H.D. SCHWIND/M. WALTER (a cura di) *Festschrift für Horst-Schüler Springorum zum 65. Geburtstag*, Köln-Berlin-Bonn-München 1993.

NAUCKE W., *Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882*, in ZStW n. 94, Berlin-New York 1982.

NAUCKE W., *Staatstheorie und Verbotsirrtum*, in B. SCHÜNEMANN/H. ACHENBACH/W. BOTTKKE/B. HAFFKE/H.J. RUDOLPHI, *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin-New York 2001.

NEUMANN U., *Der Rechtsfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen*, in B. SCHÜNEMANN/H.ACHENBACH/W.BOTTKE/B.HAFFKE/H.J. RUDOLPHI, *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin-New York 2001.

NEUMANN U., *Gustav Radbruch – Rechtsphilosoph und Politiker*, in M. HETTINGER/J. ZOPFS/M. KÖHLER/J. RATH/F. STRENG/J. WOLTER, *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2007.

NEUMANN U., *Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe*, in M. PAWLICK/R. ZACZYK (a cura di) *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, Köln-Berlin-München 2007.

NEUMANN U., *Ralf Dreiers Radbruch*, in R. ALEXY (a cura di) *Integratives Verstehen. Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers*, Tübingen 2005.

NEUMANN U./PRITTWITZ C., *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, Frankfurt am Main 2005.

NEUMANN U., *Normtheoretische Aspekte der Irrtumsproblematik im Bereich des „Internationalen Strafrechts“*, in G. BRITZ/H. JUNG/H. KORIATH/E.MÜLLER (a cura di) *Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, München 2001.

NOLL P., *Der Überzeugungstäter im Strafrecht. Zugleich eine Auseinandersetzung mit Gustav Radbruchs rechtsphilosophischen Relativismus*, in F. GEERDS/W. NAUCKE (a cura di), *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965*, Berlin 1965.

OLLIG LUDWIG H., *Der Neukantianismus*, Stuttgart 1979.

PALAZZOLO V., *La filosofia del diritto di Gustav Radbruch e di Julius Binder*, Milano 1983.

PAPAGEORGIU A.K., *Schaden und Strafe*, Baden-Baden 1994.

PARISI F., *Colpevolezza attenuata in un caso dubbio di motivazione culturale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2008.

PARISI F., *Cultura dell'«altro» e diritto penale*, Torino 2010.

PAROLARI P., *Reati culturalmente motivati. Una nuova sfida del multiculturalismo ai diritti fondamentali*, in *Ragion Pratica* n. 31, 2008.

PASTORE B./LANZA L., *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Torino 2008.

PAWLICK M., *Strafrechtswissenschaftstheorie*, in M. PAWLICK/R. ZACZYK (a cura di) *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, Köln-Berlin-München 2007.

PÉREZ DEL VALLE C., *Zur rechtsphilosophischen Begründung des Feindstrafrechts*, in M. PAWLICK/R. ZACZYK (a cura di) *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, Köln-Berlin-München 2007.

PETERS K., *Gewissen und Strafrecht*, in *ZStW* n. 89 Berlin 1977.

PETERS K., *Recht und Sittlichkeit*, in W. KÜPER/K.WASSERBURG (a cura di), *Strafrechtspflege und Menschlichkeit*, Heidelberg 1988.

PETERS K., *Überzeugungstäter und Gewissenstäter*, in F. GEERDS/W. NAUCKE (a cura di), *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965*, Berlin 1965.

PRITTWITZ C./MANOLEDAKIS I., *Strafrecht und Menschenwürde. Deutsch-Griechisches Symposium Thessaloniki 1995*, Baden-Baden 1995.

PULITANÒ D., *Laicità e diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano 2006.

RADBRUCH G., *Biographische Schriften*, in G. SPENDEL (a cura di) *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, vol. 16, Heidelberg 1988.

RADBRUCH G., *Einführung in die Rechtswissenschaft 1910*, 1. ediz., in Arth. KAUFMANN (a cura di) *Gustav Radbruch. Gesamtausgabe Rechtsphilosophie I*, Heidelberg 1987.

RADBRUCH G., *Einführung in die Rechtswissenschaft 1929*, 7/8. ediz., in Arth. KAUFMANN (a cura di) *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Rechtsphilosophie I*, Heidelberg 1987.

RADBRUCH G., *Grundzüge der Rechtsphilosophie 1914* 1.ediz., in Arth. KAUFMANN (a cura di) *Gustav Radbruch. Gesamtausgabe Rechtsphilosophie II*, Heidelberg 1993.

RADBRUCH G., *Introduzione alla scienza del diritto*, trad. it. a cura di D. Pasini e C.E. Agnesotti, Torino 1961.

RADBRUCH G., *Rechtsphilosophie 1932* 3. ediz., in Arth. KAUFMANN (a cura di) *Gustav Radbruch. Gesamtausgabe Rechtsphilosophie II*, Heidelberg 1993.

RADBRUCH G., *Staat und Verfassung*, in H.P. SCHNEIDER (a cura di) *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, vol. 14, Heidelberg 2002.

RADBRUCH G., *Strafrecht I*, in M. FROMMEL (a cura di) *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, vol. 7, Heidelberg 1995.

RADBRUCH G., *Strafrecht II*, in Arth. KAUFMANN (a cura di) *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, vol. 8, Heidelberg 1998.

RADBRUCH G., *Strafrechtsgeschichte*, in U. NEUMANN (a cura di) *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, vol. 11, Heidelberg 2001.

RADBRUCH G., *Strafrechtsreform*, in R. WASSERMANN (a cura di) *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, vol. 9, Heidelberg 1992.

RADBRUCH G., *Strafvollzug*, in H. MÜLLER-DIETZ (a cura di) *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, vol. 10, Heidelberg 1994.

RADBRUCH G., *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, in *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930*, vol. I. Aalen 1969.

RADBRUCH R., *Arten der Interpretation*, in W. HASSEMER (a cura di) *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Rechtsphilosophie III*, Heidelberg 1990.

RADBRUCH R., *Das Güteverfahren und das deutsche Rechtsgefühl*, in Arth. KAUFMANN (a cura di) *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Rechtsphilosophie I*, Heidelberg 1987.

RADBRUCH R., *Der Relativismus in der Rechtsphilosophie*, in W. HASSEMER (a cura di) *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Rechtsphilosophie III*, Heidelberg 1990.

RADBRUCH R., *Der Zweck des Rechts*, in W. HASSEMER (a cura di) *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Rechtsphilosophie III*, Heidelberg 1990.

RADBRUCH R., *Die Erneuerung des Rechts*, in W. HASSEMER (a cura di) *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Rechtsphilosophie III*, Heidelberg 1990.

RADBRUCH R., *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, in W. HASSEMER (a cura di) *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Rechtsphilosophie III*, Heidelberg 1990.

RADBRUCH R., *Die Problematik der Rechtsidee*, in Arth. KAUFMANN (a cura di) *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Rechtsphilosophie II*, Heidelberg 1993.

RADBRUCH R., *Erneuerungs des Rechts*, in W. HASSEMER (a cura di) *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Rechtsphilosophie III*, Heidelberg 1990.

RADBRUCH R., *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, in W. HASSEMER (a cura di) *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Rechtsphilosophie III*, Heidelberg 1990.

RADBRUCH R., *Gerechtigkeit und Gnade*, in W. HASSEMER (a cura di) *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Rechtsphilosophie III*, Heidelberg 1990.

RADBRUCH R., *Gesetz und Recht*, in W. HASSEMER (a cura di) *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Rechtsphilosophie III*, Heidelberg 1990.

RADBRUCH R., *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in W. HASSEMER (a cura di) *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Rechtsphilosophie III*, Heidelberg 1990.

RADBRUCH R., *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken*, in W. HASSEMER (a cura di) *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Rechtsphilosophie III*, Heidelberg 1990.

RADBRUCH R., *Klassenrecht und Rechtsidee*, in Arth. KAUFMANN (a cura di) *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Rechtsphilosophie II*, Heidelberg 1993.

RADBRUCH R., *Propedeutica alla filosofia del diritto*, trad. it. a cura di D. Pasini e C.A. Agnesotti, Torino 1958.

RADBRUCH R., *Psicologia del sentimento giuridico dei popoli*, in W. HASSEMER (a cura di) *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Rechtsphilosophie III*, Heidelberg 1990.

RADBRUCH R., *Rechtsidee und Rechtsstoff. Eine Skizze*, in Arth. KAUFMANN (a cura di) *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Rechtsphilosophie II*, Heidelberg 1993.

RADBRUCH R., *Rechtsphilosophie und Rechtspraxis*, in Arth. KAUFMANN (a cura di) *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Rechtsphilosophie II*, Heidelberg 1993.

RADBRUCH R., *Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung. Ein Beitrag zum juristischen Methodenstreit*, in Arth. KAUFMANN (a cura di) *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Rechtsphilosophie I*, Heidelberg 1987.

RADBRUCH R., *Über das Rechtsgefühl*, in Arth. KAUFMANN (a cura di) *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Rechtsphilosophie I*, Heidelberg 1987.

RADBRUCH R., *Über den Intellektualismus. Ein Fragment*, in W. HASSEMER (a cura di) *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Rechtsphilosophie III*, Heidelberg 1990.

RADBRUCH R., *Vom individualistischen zum sozialen Recht*, in Arth. KAUFMANN (a cura di) *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Rechtsphilosophie II*, Heidelberg 1993.

RADBRUCH R., *Vorschule der Rechtsphilosophie*, in W. HASSEMER (a cura di) *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Rechtsphilosophie III*, Heidelberg 1990.

RADBRUCH G., *Volkshochschule und Weltanschauung. Vortrag bei der Gründung der Kieler Volkshochschule*, in VOLKSHOCHSCHULE DER LANDESHAUPTSTADT KIEL 1990 (a cura di), *Gustav Radbruch und die Kieler Volkshochschule. Gedenkschrift zum 70-jährigen Bestehen der Volkshochschule der Landeshauptstadt Kiel*, Kiel 1990.

ROXIN C., *Wandlungen der Strafrechtslehre*, in G. BRITZ/H. JUNG/H. KORIATH/E. MÜLLER (a cura di) *Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, München 2001.

ROXIN C., *“Schuld” und “Verantwortlichkeit” als strafrechtliche Systemkategorie*, in C. ROXIN/H.J. BRUNS/H. JÄGER (a cura di) *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973*, Berlin-New York 1974.

ROXIN C., *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, a cura di S. MOCCIA, Napoli 1996.

ROXIN C., *Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund*, in Arth. KAUFMANN/E.J. MESTMÄCKER/ H.F. ZACHER (a cura di) *Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main 1988.

ROXIN C., *Gedanken zur strafrechtlichen Systembildung*, in A. SILVA DIAS/J.A.RAPOSO/J.LOPES ALVES/L.DUARTE d'ALMEIDA/P. de SOUSA MENDES (a cura di), *Liber Amicorum de José De Sousa e Brito en comemoração do 70º. Aniversário. Estudos de Direito e Filosofia*, Coimbra 2009.

ROXIN C., *Strafe und strafzwecke in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in W.HASSEMER/E.KEMPF/S.MOCCIA (a cura di), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München 2009.

ROXIN C., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, vol. I, 4. edizione, München 2006.

ROXIN C., *Strafrechtliche Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam*, in P.A. ALBRECHT/A.P.F. EHLERS/ F. LAMOTT/C. PFEIFFER/H.D. SCHWIND/M. WALTER (a cura di) *Festschrift für Horst-Schüler Springorum zum 65. Geburtstag*, Köln-Berlin-Bonn-München 1993.

ROXIN C., *Zum jüngsten Diskussion über Schulz, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, in Arth. KAUFMANN/G.BEMANN/D.KRAUS/K. VOLK (a cura di) *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, München 1979.

RUDOLPHI J.H., *Die Bedeutung eines Gewissensentscheides für das Strafrecht*, in G. STRATENWERTH/Arm. KAUFMANN/G. GEILEN/H.J. HIRSCH/H.L. SCHREIBER/G. JAKOBS/F. LOOS (a cura di), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Berlin-New York 1974.

SÁNCHEZ FEIJOO B., *Positive Generalprävention. Gedanken zur Straftheorie Günther Jakobs*, in M. PAWLICK/R. ZACZYK (a cura di) *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, Köln-Berlin-München 2007.

SAUCA M.J., *Comentario a «algunas confuciones acerca de los problemas morales de la diversidad cultural» de Ernesto Garzón Valdés*, in *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 30 2007.

SCHIAFFO F., *Il modello tedesco nelle prospettive di riforma del codice penale italiano*, in W.HASSEMER/E.KEMPF/S.MOCCIA (a cura di), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München 2009.

SCHMIDT C.H., *Grundrechte als selbständige Strafbefreiungsgründe*, in *ZStW* n.121, 2009.

SCHMIDT E., *Gustav Radbruch als Kriminalist*, in *ZStW* n. 63 Berlin 1951.

SCHNÄDELBACH H., *Philosophie in Deutschland 1831 – 1933*, Frankfurt am Main 1983.

SCHÖCH H., *Das Marburger Programm aus der Sicht der modernen Kriminologie*, in *ZStW* n. 94, Berlin-New York 1982.

SCHOLLER HEINRICH J., *Die Freiheit des Gewissens*, Berlin 1958.

SCHÜNEMANN B., *Aufarbeitung von Unrecht aus totalitärer Zeit*, in H.M. PAWLOSKI/G. ROELLECKE (a cura di) *Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaates*, ARSP-Beiheft 65, Stuttgart 1996.

SCHÜNEMANN B., *Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld*, in B. SCHÜNEMANN/J.de FIGUREIDO DIAS (a cura di) *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Köln-Berlin-Bonn-München 1995.

SCHÜNEMANN B., *La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo*, in B. SCHÜNEMANN (a cura di), *El sistema moderno del Derecho penal. Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50°. Aniversario*, Madrid 1991.

SCHÜNEMANN B., *Politisch motivierte Kriminalität*, in P. BRÜCKNER/G. GRÜNWALD/F. PETERSOHN/B. SCHÜNEMANN (a cura di) *Politisch motivierte Kriminalität-echte Kriminalität?*, S. Karger-Basel-München-Paris-London-New York-Sydney 1978.

SCHÜNEMANN B., *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid 2002.

SEELMANN K., *Die Verlagerung des Tabus ins Subjekt*, in F. HERZOG/U. NEUMANN, *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg 2010.

SILVA SÁNCHEZ J.M., *Die Unerwünschten als Feinde: Die Exklusion von Menschen aus dem status personae*, in ZStW (118) 2006.

SILVA SÁNCHEZ M.J., *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona 1997.

SPENDEL G., *Jurist in einer Zeitenwende*, Heidelberg-Karlsruhe 1979.

SPENDEL G., *Zum Begriff des Verbrechens*, in M. HETTINGER/J. ZOPFS/M. KÖHLER/J. RATH/F. STRENG/J. WOLTER, *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2007.

SPROB J., *Die Unrechts- und Strafbegründung bei dem Überzeugungs- und Gewissenstäter. Ein quellenhistorischer, philosophischer, staats- und strafrechtlicher Entwurf*, Baden-Baden 1992.

STRENG F., *Kultureller Dimensionen und Strafgleichheit*, in LAMPE J.E. (a cura di), *Rechtsgleichheit und Rechtspluralismus*, Baden-Baden 1994.

- TJONG U.Z., *Der Weg des rechtsphilosophischen Relativismus bei Gustav Radbruch*, Bonn 1967.
- VALDÉS GARZÓN E., *30 minutos de filosofía del derecho Viejos y nuevos problemas*, in *Isonomía* n. 28, 2008.
- VALDÉS GARZÓN E., *Algunas Reflexiones más acerca del concepto de tolerancia. Comentarios a los comentarios de Pablo Navarro*, in *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*.
- VALERIUS B., *Der sogenannte Ehrenmord: Abweichende kulturelle Wertvorstellungen als niedrige Beweggründe?*, in *Juristische Zeitung* n. 19, 2008.
- VALERIUS B., *Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen im Strafrecht*, in *Juristische Arbeitsblätter*, n. 7, 2010.
- VERRUCCI G., *Sulla motivazione morale*, in *Ragion Pratica* n. 34, 2010.
- VEST H., *Gerechtigkeit gegen Humanitätsverbrechen?*, Tübingen 2006.
- VOLKMANN U., *Kulturelles Selbstverständnis als Tabuzone für das Recht?*, in DREIER.H./HILGENDORF E. (a cura di), *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*, Stuttgart 2008.
- VOLPP L., *Dietro il velo della cittadinanza: genere e alterità culturale*, in *Ragion Pratica* (33) 2009.
- VON HIPPEL F., *Gustav Radbruch als Rechtsphilosophischer Denker*, Heidelberg 1951.
- WALZER M., *Über Toleranz. Von der Zivilisierung der Differenz*, trad. ted. a cura di C. Goldmann, Hamburg 1998.

- WELZEL H., *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin-New York 1975.
- WELZEL H., *An den Grenzen des Rechts. Die Frage nach der Rechtsgeltung* in Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, vol 128, Köln-Opladen 1966.
- WELZEL H., *An den Grenzen des Rechts. Die Frage nach der Rechtsgeltung*, Köln-Opladen 1966.
- WELZEL H., *El nuevo sistema del derecho penal*, trad. spagnola a cura di J. CEREZO MIR, Barcelona 1964.
- WELZEL H., *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Mannheim-Berlin-Leipzig 1935.
- WELZEL H., *Von irrenden Gewissen. Eine rechtsphilosophische Studie*, Tübingen 1949.
- WOLF E., *Umbruch oder Entwicklung in Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie*, in ARSP n. 45, Wiesbaden 1959.
- WOLTER J., *Menschenrechte und Rechtsgüterschutz in einem europäischen Strafrechtssystem*, in B. SCHÜNEMANN/J. de FIGUREIDO DIAS (a cura di) *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Köln-Berlin-Bonn-München 1995.
- ZABEL B., *Konflikt und Prävention. Paradoxien der Moderne und ihre Wirkungen im Recht*, in SCHRAMM E./FREY W./KÄHLER L./MÜLLER-MALL S./WAPLER F. (a cura di) *Konflikte um Recht – Recht der Konflikte*, Stuttgart 2010.
- ZACZYK R., *Wie ist es möglich, ein Menschenrecht zu begründen?* in F. HERZOG/U. NEUMANN (a cura di) *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg 2010.
- ZIEMANN S., *Neukantianisches Strafrechtsdenken*, Baden-Baden 2009.
- ZIPPELIUS R., *Rechtsphilosophie*, 5. ediz., München 2007.