

**IL LIBERO ARBITRIO NEL DIRITTO PENALE:
FINZIONE, COSTRUZIONE, ILLUSIONE?
UNA RIFLESSIONE A PARTIRE DA KELSEN**

di Lorenzo Milazzo

(Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università di Pisa)

Sommario: 1. Una premessa. – 2. Finzione inutile, in teoria... – 3. ... e in pratica, ... – 4. ... o «menzogna sanzionata»? – 5. Colpevolezza come limite della pena e giustificazione del suo “svuotamento” – 6. Conclusioni.

«...il sistema penale, eccetto casi eccezionali, non funziona mai come richiedono quegli stessi principi che pretendono di legittimarlo»

Louk Hulsman

1. Il legislatore fascista ritenne che la questione del libero arbitrio dovesse restare «del tutto estranea al diritto penale» perché risolverla, a suo avviso – come si legge ad esempio nella *Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli presentata nell’udienza del 19 ottobre 1930 per l’approvazione del testo definitivo del codice penale* –, non sarebbe stato «affatto necessario per la giustificazione razionale e per l’applicazione della legge penale»¹. Alfredo Rocco, come suo fratello Arturo, credeva che la volontà umana fosse soggetta, al pari di tutti gli altri «fenomeni del mondo empirico, all’impero della legge universale di causalità»² e che proprio per questo potesse essere *determinata* tramite il diritto³.

Perché i sudditi possano essere indotti dalla legge penale ad agire come si vuole è necessario che siano puniti quelli che non lo fanno, altrimenti la minaccia della pena diventerebbe inefficace. Ma dato che nessuno, a quanto pare, essendo tutti

¹ In *Gazzetta ufficiale*, n. 251 del 26.10.1930, 4459.

² *Relazione a S.M. il Re*, cit., 4449.

³ Cfr., ad esempio, A. Rocco, *Sulla delega al Governo del Re della facoltà di emendare il Codice penale, il Codice di procedura penale, le leggi sull’ordinamento giudiziario e di apportare nuove modificazioni e aggiunte al Codice civile. Discorso al Senato del Regno*, in Id., *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato liberale allo Stato Fascista*, Roma 1927, 292.

inesorabilmente soggetti alla «legge di causalità», avrebbe potuto fare nulla di diverso da ciò che ha fatto, chi avrà violato la legge dovrà essere punito per prevenire la commissione di altri reati anche se, *tutto considerato*, non avrebbe potuto rispettarla.

Secondo «la filosofia giuridica penale che ispira[va]» il codice Rocco – che era in realtà, come si legge nella *Relazione* del Guardasigilli, «una derivazione della filosofia giuridica generale del Fascismo»⁴ – questo non costituiva d'altra parte un problema, perché il fascismo si faceva vanto di subordinare ai «fini» e agli «interessi statuali» – che poi erano quelli del regime o, tutt'al più, quelli dei ceti ai quali accordava la sua protezione – ogni altro interesse, individuale e collettivo, e non aveva alcuna difficoltà ad ammettere che il reo potesse essere privato della libertà e se necessario della vita per finalità di prevenzione speciale e generale anche se non avrebbe potuto scegliere di agire diversamente⁵.

Le cose, tuttavia, sono cambiate in seguito alla caduta del regime o almeno da quando, nel 1988, la Corte costituzionale ha riconosciuto finalmente che in base alla nostra Costituzione si può punire solo chi possa essere *rimproverato* per ciò che ha fatto poiché da lui si sarebbe potuto pretendere un comportamento differente⁶. In questo modo, si è osservato, la Corte ha adottato «i postulati essenziali delle concezioni normative» della colpevolezza⁷, secondo le quali si può punire qualcuno soltanto se sussistono gli elementi che molti considerano necessari perché possano esservi “libero arbitrio” e “responsabilità morale”: per chi le sostiene, infatti, è ingiusto punire chi non abbia avuto il controllo causale dei suoi atti e la possibilità di scegliere di agire diversamente. E adottandole la nostra Corte costituzionale ha dichiarato che infliggere una pena in assenza di queste due condizioni non è soltanto ingiusto ma anche illegale⁸.

Dottrina e giurisprudenza hanno ben chiaro, tuttavia, che non è mai possibile provare che l'autore del fatto avrebbe realmente potuto, «nella data situazione»,

⁴ *Relazione a S.M. il Re*, cit., 4447.

⁵ Ivi, 4446-7. Cfr. L. Milazzo, *Libero arbitrio e colpevolezza nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Razionalità, capacità, identità. Nuove frontiere della responsabilità giuridica*, a cura di A. Carratta, M. De Caro, G. Pino, Roma 2022, 69-74.

⁶ Nell'ordinamento giuridico tedesco il principio è asserito ancora più chiaramente: cfr., ad esempio, C. Roxin, L. Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München 2020, 969.

⁷ M. Donini, L. Ramponi, *Il principio di colpevolezza*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. Insolera, N. Mazzacava e M. Pavarini, Torino 2012, 335.

⁸ Rinvio, anche per i necessari riferimenti bibliografici, a L. Milazzo, *Libero arbitrio e colpevolezza nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., 75-79.

compiere «una diversa scelta comportamentale»⁹ o assumere un diverso «atteggiamento della volontà»¹⁰, e alcuni credono che il problema possa essere risolto sostenendo che il principio di colpevolezza non sia violato se si tratta l'imputato *come se* avesse potuto scegliere di agire diversamente «quando si possa accertare che [...], all'epoca della commissione del fatto, fosse fundamentalmente motivabile mediante norme»¹¹. Ma dato che non è possibile provare neanche che, *tutto considerato*, un determinato soggetto, all'epoca del fatto, avrebbe potuto essere motivato dalle norme che ha violato¹², chi sostiene questa tesi finisce poi più o meno espressamente per ammettere anche che possa essere trattato *come se* fosse stato motivabile mediante norme l'autore del fatto quando condivide alcune caratteristiche ritenute rilevanti dall'ordinamento con altri i quali, in genere, non commettono il reato¹³ (e, come ha osservato Nils Christie, il diritto penale perlopiù «è orientato [...] a minimizzare il numero di attributi che devono essere accettati come rilevanti»¹⁴). Il che è poi come dire, su questo serve chiarezza, che a certe condizioni si può punire senza violare il principio di colpevolezza chi in realtà, *tutto considerato*, *non* avrebbe potuto scegliere

⁹ F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino 2005, 16. Cfr., ad esempio, W. Hassemer, *Principio di colpevolezza e struttura del reato*, in *AP* 1982, 54; C. Roxin, *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, in *RIDPP* 1984, 18 e C. Roxin, L. Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., 969; B. Schünemann, *L'evoluzione della teoria della colpevolezza nella Repubblica Federale Tedesca*, in *RIDPP* 1990, 4; F. Viganò, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano 2000, 557-558.

¹⁰ F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*⁵, Padova 2009, 281. Cfr. L. Milazzo, *Libero arbitrio e colpevolezza nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., 77-78, 82. Non si tratta qui, si noti, della possibilità di fare ciò che si vuole, ma della possibilità di volere o non volere, di voler fare o non fare, di voler fare una cosa o di volerne fare un'altra. Qui non è in gioco «la libertà da costrizione» ma «la libertà da necessitazione» (U. Scarpelli, *Thomas Hobbes. Linguaggio e leggi naturali. Il tempo e la pena*, Milano 1981, 64).

¹¹ C. Roxin, *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, cit., 27 e C. Roxin, L. Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., 980 ss.

¹² Di diverso avviso C. Roxin, *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, cit., 26 e C. Roxin, L. Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., 980, 985.

¹³ Cfr. F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 16. Secondo Walter Kargl, assumendo che, «in linea di principio (prinzipiell)» (cfr., *infra*, nota 75), l'essere umano sia motivabile mediante norme, Roxin non farebbe che aggiungere a quella del libero arbitrio un'altra finzione (W. Kargl, *Kritik des Schuldprinzips: eine rechtssoziologische Studie zum Strafrecht*, Frankfurt 1982, 246. «Indem er die Durchbrechung des "Seinsprinzips" der Ansprechbarkeit durch Normen im wesentlichen an die "geistige Störung" bindet, im übrigen aber die Ansprechbarkeit des Menschen "prinzipiell" unterstellt, gesellt er der "Als-ob-Freiheit" eine nicht minder fiktionale "Als-ob-Motivierbarkeit" zur Seite. Damit behandelt er das rechtstatsächliche Problem der Ansprechbarkeit in eben derselben Weise wie die Essentialisten der Freiheit das Schulddogma: Immer wird beim ersten Schritt schon vorausgesetzt, was zu erklären ist»). Lo stesso Roxin dà conto della critica di Kargl, ma le sue repliche non convincono del tutto (C. Roxin, L. Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., 987). Si veda anche, per qualche ulteriore riferimento, L. Milazzo, *Libero arbitrio e colpevolezza nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., 84-86.

¹⁴ N. Christie, *Images of man in modern penal law*, in *Contemporary Crises* 1986, 10, 98 (in assenza di altri riferimenti, le traduzioni in italiano dei passi tratti da opere in lingue diverse sono mie).

di non commettere il reato.

La soluzione prospettata da Luigi Ferrajoli, secondo il quale colpevolezza e libero arbitrio potrebbero essere considerati convenzioni che, d'altra parte, avrebbero il loro «fondamento nella struttura stessa del diritto quale fenomeno regolativo» e perciò potrebbero «essere serenamente accettat[e] almeno finché accettiamo l'esistenza di regole o prescrizioni e non ne riteniamo insensato il contenuto»¹⁵, conduce a esiti che non sembrano diversi: «l'impossibilità di agire diversamente che esclude la colpevolezza» per Ferrajoli è infatti «un'impossibilità atletica non già in senso stretto, ma in quanto ritenuta convenzionalmente dalla legge sulla base di circostanze che variano da ordinamento a ordinamento»¹⁶.

Roxin, a dire il vero, esclude che in modi come questi si giustifichi l'inflizione, «per causa di una ipotesi empiricamente indimostrabile», di sanzioni che non sarebbero inflitte «senza quella ipotesi», poiché, egli dice, «l'alternativa ad una pena legata alla colpevolezza non è l'impunità, ma la misura di sicurezza»¹⁷.

A chi si punisce presupponendo, senza poterlo dimostrare, che abbia avuto il controllo dei suoi atti e che potesse scegliere di agire diversamente, secondo Roxin non si infligge una pena che altrimenti gli sarebbe risparmiata, ma si risparmia la misura di sicurezza che gli sarebbe "inflitta" se non fosse punito. Si ritornerà nel quinto paragrafo sul punto un po' più diffusamente, anche se le conclusioni di Roxin già a un primo sguardo lasciano perplessi, non solo perché pena e misura di sicurezza non sempre si escludono a vicenda, ma anche perché una pena irrogata per finalità di prevenzione senza che sia provato che siano effettivamente soddisfatti i requisiti richiesti dal principio di colpevolezza non è una pena ma una misura di sicurezza in senso lato sotto mentite spoglie¹⁸. Roxin, del resto, attenua fino a farla sparire quasi del tutto la differenza fra l'una e l'altra rilevando che generalmente le misure di sicurezza hanno di fatto finalità di prevenzione non solo speciale ma anche generale¹⁹ e non sono affatto prive degli effetti di stigmatizzazione o di «riprovazione etico-sociale» che generalmente si associano alla "pena"²⁰.

¹⁵ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*⁸, Roma-Bari 2004, 504.

¹⁶ Ivi, 506.

¹⁷ C. Roxin, *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, cit., 25.

¹⁸ Cfr. F. Viganò, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., 567 e J. Renzikowski, *No Pure Theory of Law without Free Will*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 109, 2023/4, 492. Sul concetto di "pena" rinvio a L. Milazzo, *Liberi tutti? Alcune considerazioni su libero arbitrio e colpevolezza*, Torino 2018, 19-44.

¹⁹ C. Roxin, L. Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., 161.

²⁰ Ivi, 163-164.

Una cosa in ogni caso è certa: per Roxin «l'assunzione della libertà di scelta dell'uomo non costituisce un'affermazione ontologica, bensì un principio regolativo di tipo giuridico»²¹, così come, del resto, per Ferrajoli «l'alternativa *ex ante* fra possibilità di commettere e possibilità di omettere l'azione proibita», in cui si fa in genere consistere a suo avviso il libero arbitrio, deve essere «considerata non già come ontologica ma come deontologica, non riferita alla struttura ontica del mondo ma a quella deontica delle norme»²².

Sono formule per più versi simili, tanto suggestive quanto oscure e problematiche, nelle quali forse è possibile avvertire un'eco lontana delle tesi di Kelsen riguardo a libero arbitrio e imputazione della responsabilità penale, sulle quali in particolare vorrei provare a soffermarmi in questo scritto.

A Kelsen fa, del resto, esplicito riferimento Günther Jakobs quando rileva che la libertà del volere «è costituita dall'ordinamento normativo»²³ e che la stessa volontà in senso giuridico non è in fondo che «un costrutto normativo»²⁴, a ulteriore riprova del fatto che, per quanto possano e debbano essere distinti «teoricamente», in pratica «i

²¹ C. Roxin, *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, cit., 24; C. Roxin, L. Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., 158, 980. Cfr. F. Viganò, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., 576.

²² L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., 504. Cfr. L. Milazzo, *Sorte penale? La colpevolezza fra cause e caso*, in *Diritto & Questioni pubbliche* 2014, 810-811; Id., *Colpevolezza e "libero arbitrio". Una questione superata?*, in *Filosofia del diritto e nuove tecnologie. Prospettive di ricerca tra teoria e pratica*, a cura di R. Brighi, S. Zullo, Roma 2015, 147; A. Farano, *La responsabilità giuridica alla prova delle neuroscienze*, Bari 2018, 87.

²³ G. Jakobs, *Individuum und Person Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 17, 2, 2005, 247-266, nonché in Id., *Strafrechtswissenschaftliche Beiträge. Zu den Grundlagen des Strafrechts und zur Zurechnungslehre*, Tübingen 2017, 716-717, 720.

²⁴ Ivi, 720. Cfr. anche Id., *System der strafrechtlichen Zurechnung* (2012); trad. it. di L. Cornacchia, *Sistema dell'imputazione penale*, Napoli 2017, 86-87: «Il concetto di libertà nel senso di una assoluta indipendenza dai fattori determinativi del mondo inteso secondo le scienze della natura non può essere giuridico: il diritto non ha né alcunché da dare, né da togliere al mondo menzionato, ma forma invece un proprio sistema, il quale non è deputato a giudicare azioni di individui intese in senso deterministico o indeterministico, ma a veicolare comunicazioni tra persone quali portatrici di diritti e doveri, il che avviene con l'ausilio del codice competente/incompetente. Esemplicando, un omicida non realizza l'illecito se è libero di non uccidere, ma se è competente per l'omicidio. [...] [I]l diritto impone la competenza per il giusto volere alle persone (che in virtù di ciò divengono appunto persone): esse sono tenute a preoccuparsi perché la propria volontà sia corretta, in altre parole, il volere scorretto vale come *loro* volere scorretto. Giustamente Kelsen ha riconosciuto in ciò il fulcro della questione della libertà: "affermare che l'uomo sottomesso a un ordinamento è libero significa che egli rappresenta il punto finale di una imputazione che è possibile solo in ragione di questo ordinamento normativo". [...] La libertà di *comportamento* e la competenza per il volere vanno di pari passo: la libertà del volere è pertanto solo una metafora. [...] Formulando la questione in altro modo, nella misura in cui in una società le persone possono agire governando se stesse, affinché la struttura normativa della società (e in tal modo delle persone) non vada dissolta, esse devono essere trattate come competenti per il loro volere». Sulle intersezioni fra la teoria funzionalista di Jakobs e il normativismo kelseniano cfr. D. Valitutti, *Normativismo e funzionalismo penale. Saggio sulla teoria giuridica di Günther Jakobs*, Torino 2020, 23 nota 8, 36, 39, 51-53, 146-147, 181-189.

punti di vista “funzionale” e “garantista”» spesso risultano «variamente intrecciati», non sempre per la verità coerentemente, talora «anche nel pensiero del medesimo autore»²⁵.

2. Chi pensa che il problema che si tenta di risolvere stabilendo che, a certe condizioni, l'autore del fatto possa essere trattato come se avesse avuto la possibilità di scegliere di agire diversamente sia di natura puramente probatoria, riterrà probabilmente che chi si punisce in presenza di quelle condizioni sia punito in base a una *presunzione*.

Senonché, come Vaihinger rilevava ormai più di cent'anni fa nella sua *Filosofia del “come se”*, il libero arbitrio non è in contraddizione solo con i fatti, ma anche con se stesso, e ciò in quanto «una condotta assolutamente libera, assolutamente non determinata, e che pertanto non segua da nulla è, dal punto di vista morale, altrettanto priva di valore quanto una condotta assolutamente necessaria»²⁶. L'argomento a cui Vaihinger accenna è ben noto e non è necessario indugiare ulteriormente: l'agente ha il controllo dei “suoi” atti solo se sono determinati causalmente dai suoi stati mentali; ma se gli atti dell'agente sono stati determinati causalmente dai suoi stati mentali (i quali, a loro volta, secondo alcuni sono «l'esito delle interazioni tra la biologia e l'ambiente che sono occorse in precedenza»²⁷), tutto considerato non avrebbe potuto capitargli di agire diversamente. Se gli atti dell'agente non fossero stati determinati causalmente dai suoi stati mentali, forse avrebbero potuto essere diversi, ma l'agente non ne avrebbe avuto il controllo²⁸.

La convenzione in base alla quale in certi casi l'autore dell'atto dovrebbe essere trattato come se avesse scelto di compierlo liberamente non consisterebbe, pertanto,

²⁵ D. Pulitanò, *Appunti sul principio di colpevolezza come fondamento della pena: convergenze e discrasie tra dottrina e giurisprudenza*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A.M. Stile, Napoli 1991, 92.

²⁶ H. Vaihinger, *Die Philosophie des Als Ob* (1911); trad. it. di F. Voltaggio, *La filosofia del “come se”. Sistema delle finzioni scientifiche, etico-pratiche e religiose del genere umano*, Roma 1967, 53. Cfr. L.L. Fuller, *Legal Fictions* (1967), Stanford (California) 1970, 102.

²⁷ R. Sapolsky, *Determined: A Science of Life without Free Will* (2023); trad. it., *Determinati. Biologia, comportamento e libero arbitrio*, Milano-Macerata 2024, 62. Per una breve introduzione ai problemi della relazione mente/corpo e della causalità mentale cfr. F. Poggi, *Tra anima e corpo. Il problema degli stati soggettivi nella filosofia della mente contemporanea*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2007, 1, 161-188.

²⁸ Si vedano da ultimo, ad esempio, R. Sapolsky, *Determinati*, cit., 289-302 e M. De Caro, *Libero arbitrio e imputabilità oggi*, in questa sezione della rivista. Per una più ampia discussione di questo argomento rinvio a L. Milazzo, *Libero arbitrio e colpevolezza nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., 80-81 e a Id., *Liberi tutti?*, cit., 71-150. Si prende atto del problema anche in C. Roxin, L. Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., 984.

secondo Vaihinger, in una *presunzione* bensì in una *finzione*, e più in particolare in una «finzione pura», della quale peraltro, come in quegli anni sosteneva fra i penalisti Eduard Kohlrausch, Vaihinger ritiene che non si possa fare a meno²⁹.

Kelsen, tuttavia, non è d'accordo: il libero arbitrio in senso etico-giuridico non è affatto una *finzione*, ma semmai una *costruzione*³⁰, e se talora si ritiene necessario fingere che a questa costruzione corrisponda la possibilità reale del soggetto di commettere o non commettere l'illecito, è perché si crede *erroneamente* che sia logicamente insensato prescrivere a qualcuno di fare qualcosa che non può fare o non fare³¹. A differenza di Ferrajoli, secondo il quale «la tesi *deontica* “Tizio avrebbe dovuto agire diversamente”, che esprime il giudizio di colpevolezza, suppone logicamente la tesi *aletica* che egli “avrebbe potuto agire diversamente”»³², Kelsen pensa che non possa esservi contraddizione fra «la proposizione che pone un contenuto come dovuto e la proposizione che asserisce nella forma dell'essere l'impossibilità di questo

²⁹ H. Vaihinger, *La filosofia del “come se”*, cit., 54 (in *Die Philosophie des Als Ob*, Leipzig 1922, 60) e E. Kohlrausch, *Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung*, in *Festgabe für Dr. Karl Güterbock*, Berlin 1910 (ristampa Aalen 1981), 26 (si veda, *infra*, § 5). Cfr. C. Bouriaud, *Présentation*, in *Les fictions du droit: Kelsen, lecteur de Vaihinger*, textes traduits et présentés par C. Bouriaud, Lyon 2013, 13, 22-23, 59 e F. Viganò, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., 576. La *presunzione*, ha scritto Yan Thomas, «riposa [...] non sulla certezza del falso (cosa che ne farebbe una finzione), bensì sull'incertezza del vero» (Y. Thomas, *Fictio legis. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales* [1995]; trad. it a cura di M. Spanò, *La finzione romana e i suoi limiti medievali*, Macerata 2016, 19. Si veda anche N. Tosel, *Tra fiction e realtà. Santi Romano in dialogo con Yan Thomas su tecniche, istituzioni, artifici*, in *Un dialogo su Santi Romano. Crisi, istituzioni, tecniche*, a cura di M. Croce, Pisa 2022, 127-146). Secondo Alf Ross, d'altra parte, «la definizione corrente della finzione come assunzione consapevolmente falsa è contraddittoria, e quindi priva di riferimento» (A. Ross, *Retlige fiktioner* [1968]; *Le finzioni giuridiche*, in Id., *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cura di A. Febbrajo e R. Guastini, Bologna 1982, 185). Nelle finzioni, osserva Ross, «le proposizioni [sono] solo presentate, non affermate» (ivi, 192) e «la loro verità o falsità è irrilevante» (ivi, 190). Cfr. anche D. Lind, *The Pragmatic Value of Legal Fictions* e R. Gama, *Presumptions and Fictions: A Collingwoodian Approach*, entrambi in M. Del Mar, W. Twining (eds.), *Legal Fictions in Theory and Practice*, Heidelberg-New York-Dordrecht-London 2015, 84, 348-366.

³⁰ Jakobs perviene pressoché alla stessa conclusione, ma polemizzando con Kohlrausch (G. Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch*², Berlin-New York 1991, 485: «Kohlrauschs berühmtes Wort, das individuelle Können bei der Schuld sei eine „staatsnotwendige Fiktion“, ist also dahin abzuwandeln, daß das Können, so man darauf abstellen will, eine normative Konstruktion ist»). Cfr. anche Id., *Sistema dell'imputazione penale*, cit., 86.

³¹ H. Kelsen, *Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingens Philosophie des Als-Ob* (1919); trad. it., *Sulla teoria delle finzioni giuridiche*, in Id., *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, traduzione e introduzione a cura di A. Carrino, Napoli 1988, 257.

³² L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., 503. Cfr. anche, ivi, 496: «Le azioni colpevoli sono le sole che possono essere non solo riprovate, prevenute e prevedute, ma anche logicamente e sensatamente proibite. Le proibizioni penali sono infatti norme “regolative”, nel senso che necessariamente presuppongono la possibilità di essere sia osservate che violate da parte dei loro destinatari, alla cui coscienza e volontà si dirigono con la funzione pragmatica di orientarle e condizionarle; e sarebbero insensate, oltre che inutili, se tale possibilità non esistesse».

contenuto»³³. Come Kelsen scriveva nel suo saggio del 1919 su *Vaihinger* e le finzioni nel diritto, solo chi «ignora la distinzione fra essere e dover [essere]» può credere che *dovere* implichi *potere* logicamente, ed è proprio a causa di questo errore che a suo avviso si ritiene necessario

fingere [...] (l'azione dovuta) come realmente possibile e l'uomo che agisce [...] come libero, affinché sia possibile il giudizio di dovere e con esso l'obbligo di agire ed eventualmente di agire in modo diverso da come realmente si agisce, si deve necessariamente e si può agire. Un errore di metodo porta alla finzione della libertà, che diventa, col riconoscimento di questo errore, superflua³⁴.

Nell'edizione della *Dottrina pura* del 1960 Kelsen è ancora di questo avviso:

Talvolta non si nega che la volontà dell'uomo, come ogni evento, sia di fatto causalmente determinata, ma si ritiene di dover considerare gli uomini come se la loro volontà fosse libera, per rendere possibile un'imputazione morale-giuridica; in altre parole, si ritiene di dover mantenere la libertà della volontà, la sua indeterminatezza causale, come una finzione necessaria. Soltanto riconoscendo che l'imputazione è un collegamento di fatti diverso dal collegamento causale, con cui però non è in contrasto, non si ha bisogno di questa finzione; essa si rivela del tutto superflua³⁵.

Kelsen non può certo ignorare che, al di là di questo “errore”, libero arbitrio e imputazione siano in qualche modo correlati, solo che secondo lui il verso della correlazione non è quello che si crede. Il libero arbitrio, infatti, non è presupposto dell'imputazione, ma sua conseguenza: i nostri atti non ci sono imputati perché siamo liberi di compierli, ma siamo liberi di compierli, in senso etico-giuridico, perché ci sono imputati dalle norme dell'ordinamento a cui siamo soggetti.

Nessuno dubita del «fatto che “libertà” e imputazione siano tra loro in correlazione», si legge ad esempio nella *Dottrina generale dello Stato*, del 1925. Ma «i termini della connessione abitualmente espressa con tali parole» devono essere invertiti. Si dice comunemente che «a una persona può essere imputato qualcosa solo perché, e solo nella misura in cui, essa è libera», ma in realtà è vero piuttosto «che una persona è

³³ H. Kelsen, *Sulla teoria delle finzioni giuridiche*, cit., 257.

³⁴ Ivi, 257-258, ma si vedano anche le pagine 263-264. Cfr. C. Kletzer, *Kelsen on Vaihinger*, in M. Del Mar, W. Twining (eds.), *Legal Fictions in Theory and Practice*, cit., 23-24, 26-27. Sulla massima «*dovere* implica *potere*» si veda almeno B. Celano, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Torino 1994, 457-481.

³⁵ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960); trad. it. di M.G. Losano, *Dottrina pura del diritto*³, Torino 1975, 114-115.

libera solo perché, e solo nella misura in cui, essa è un centro di imputazione, anzi, il punto finale di imputazione»³⁶.

Il concetto stesso di *volontà* in senso etico-giuridico, così come, del resto, quello di *persona*³⁷ – spiegava Kelsen già negli *Hauptprobleme* –, è una

costruzione fatta allo scopo dell'imputazione; e se la capacità dell'individuo di essere soggetto dell'imputazione, persona nel senso dell'etica e della giurisprudenza, viene dichiarata come volontà e spiegata come "libera", ciò non ha altro significato che la volontà pensata per così dire nell'interiorità dell'individuo [...] è un punto finale – dal punto di vista della persona responsabile: un punto di partenza – dell'imputazione. L'imputazione, se deve ricollegare una fattispecie esterna con un soggetto, si arresta alla persona o alla sua volontà [...]. Qui l'imputazione strappa l'individuo come "persona" dalla catena infinita di causa ed effetto e pone nella "volontà" un punto fermo di partenza o di fine³⁸.

La volontà eticamente e giuridicamente intesa non è libera perché si sottrae miracolosamente alla catena delle cause e degli effetti ma perché l'ordinamento la istituisce facendo di essa, appunto, il «termine finale dell'imputazione»³⁹. Al riguardo

³⁶ H. Kelsen, *Algemeine Staatslehre* (1925); trad. it. di J. Luther e E. Daly, *Dottrina generale dello Stato*, Milano 2013, 181. Cfr. J. Renzikowski, *No Pure Theory of Law without Free Will*, cit., 491.

³⁷ Cfr. F. Todescan, *Diritto e realtà. Storia e teoria della fictio iuris*, Padova 1979, 373: «per la *Reine Rechtslehre* il concetto giuridico di persona esprime soltanto l'unità di una molteplicità di obblighi e di autorizzazioni, è l'espressione unitaria personificante un complesso di norme, che tali obblighi e autorizzazioni determina». La stessa *persona fisica*, per Kelsen, «non è l'uomo. L'uomo è un concetto biologico e psicologico; la persona fisica come concetto giuridico ausiliario indica solo l'unità di una pluralità di obblighi e di autorizzazioni che regolano il comportamento di uno stesso uomo» (F. Riccobono, *L'enigmatico concetto di «persona giuridica»*, in *ParoleChiave* 1996, *Persona*, 10-11, 102). Cfr. anche A. Pintore, *Il concetto di persona giuridica nell'indirizzo filosofico analitico*, in *Quaderni fiorentini* 1982/1983, 11/12, *Itinerari moderni della persona giuridica*, tomo II, 736-737 e D. Valitutti, *Normativismo e funzionalismo penale*, cit., 183, 189.

³⁸ H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (1911); trad. it. a cura di A. Carrino, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto statale esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, Soveria Mannelli 2022, 168.

³⁹ «*Persona* – aveva del resto scritto Kant – è quel soggetto le cui azioni sono suscettibili di imputazione», e «imputazione (*imputatio*) in senso morale è il giudizio con cui qualcuno viene considerato autore (*causa libera*) di una azione» (I. Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* [1797]; trad. it., *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*, a cura di F. Gonnelli, Roma-Bari 2005, 39 e 47. Cfr. A. Farano, *La responsabilità giuridica alla prova delle neuroscienze*, cit., 62-63). Joachim Renzikowski tuttavia constata che, benché fra i concetti di imputazione di Kant e di Kelsen possano ravvisarsi delle somiglianze, «Kant postula l'idea del libero arbitrio, mentre Kelsen cerca di evitare il problema dell'autonomia» (J. Renzikowski, *No Pure Theory of Law without Free Will*, cit., 490). Alessia Farano è tornata sulla questione nella relazione su *Determinismo e libertà del volere nella dottrina dell'imputazione* che ha presentato al convegno "Forme e realtà del dovere nella dottrina pura del diritto. Cantieri italiani a cinquant'anni dalla scomparsa di Hans Kelsen", Università degli Studi di Napoli Federico II, 30.11-1.12.2023, nella quale, fra le altre cose, ha richiamato l'attenzione sulla distanza che separa il libertarismo

Kelsen non sembra avere avuto mai alcun ripensamento: era di questo avviso nel 1911 e lo era ancora, salvo alcuni aggiustamenti marginali, nel 1950:

Generalmente si afferma che soltanto la [...] libertà, cioè la [...] esenzione dal principio di causalità, rende possibile l'imputazione. È invece giusto l'opposto. Gli esseri umani sono liberi perché imputano la ricompensa, la penitenza o il castigo come conseguenza, al comportamento umano come condizione, malgrado la sua determinazione in base a leggi causali, perché questo comportamento umano è il punto finale dell'imputazione⁴⁰.

E dieci anni, dopo, nella *Dottrina pura*:

Non si effettua un'imputazione nei riguardi di un uomo per il fatto che egli è libero, ma l'uomo è libero perché nei suoi riguardi si effettua un'imputazione. [...] L'uomo è libero perché e nella misura in cui il premio, la penitenza o la pena (come conseguenza) possono essere imputati ad un certo comportamento umano (come alla loro condizione): e non perché questo comportamento sia causalmente indeterminato [...]. L'uomo è libero perché questo suo comportamento è un punto finale dell'imputazione⁴¹.

3. La “libertà del volere” in senso etico-giuridico di Kelsen ha assai poco a che fare con i presupposti dai quali comunemente si fa dipendere la colpevolezza e non c'è per lui ragione alcuna per fingere che coincida con questi presupposti. Ma resta pur sempre da vedere perché giuristi e moralisti chiamino “volontà” il costrutto a cui fanno risalire il termine ultimo dell'imputazione e affermino che è “libera” perché l'ordinamento non si cura del fatto che ogni individuo è preso in una catena senza fine di cause e effetti di cui non è che una delle maglie⁴². Benché si tratti di una questione che esula dal suo campo d'indagine, Kelsen vi si sofferma brevemente per avanzare l'ipotesi che «la costruzione etico-giuridica della volontà [...] fosse il concetto più originario», e che soltanto in seguito questa costruzione sia stata pensata erroneamente come «evento psichico reale»⁴³.

Quello che invece Kelsen sceglie deliberatamente di ignorare – risolvendo, per così

kantiano dal compatibilismo kelseniano e sull'«effetto di compiuta de-moralizzazione della responsabilità giuridica» che a suo avviso sarebbe prodotto dalla teoria dell'imputazione di Kelsen.

⁴⁰ H. Kelsen, *Causality and Imputation* (1950); trad. it., *Causalità e imputazione*, in Id., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, a cura di R. Treves, Torino 2000, 220. Cfr. C. Bartoli, *Sfida al principio di imputazione. Una conversazione con Philip Zimbardo*, in *Diritto Penale e Uomo* 2020, 11-12.

⁴¹ H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, cit., 118.

⁴² Cfr. R. Sapolsky, *Determinati*, cit., 7-11, 109.

⁴³ H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto statale*, cit., 169.

dire, il contenuto in pura forma – è che, per quanto la massima «*dovere implica potere*» non esprima «un principio logico del discorso normativo e valutativo», tuttavia esprime – come ha scritto Bruno Celano – «un principio morale sostantivo; per la precisione, un principio riconducibile a uno dei tratti di fondo della concezione occidentale moderna della moralità», «un corollario della tesi secondo la quale solo l'agente libero può legittimamente essere soggetto alla riprovazione morale: un aspetto dell'ideale moderno dell'autonomia individuale (il rispetto per l'individuo umano in quanto tale), e della sua contrapposizione nei confronti di una concezione della moralità basata sul carattere, le disposizioni acquisite, la collocazione dell'individuo nel suo ambiente naturale e sociale ecc.»⁴⁴. Quello che Kelsen sceglie di ignorare è che alla finzione del libero arbitrio non si ricorre per risolvere un problema logico o dogmatico, ma per far sì che resti inavvertita la contraddizione fra la prassi e la nostra sensibilità giuridica e morale, la quale esige, come del resto lo stesso Kelsen forse non è lontano dall'ammettere, che sia punito soltanto chi avrebbe potuto scegliere di rispettare la legge che ha violato⁴⁵. La finzione del libero arbitrio non risponde a una necessità teoretica ma a un'esigenza etica e politica, che si fa ancora più pressante quando è sancita dallo stesso ordinamento e dalla sua costituzione.

Se libero arbitrio e colpevolezza sono pertanto finzioni *necessarie*, lo sono allo scopo di legittimare pratiche che altrimenti sarebbero avvertite come immorali e in alcuni ordinamenti, fra cui il nostro, anche come anti-giuridiche, tanto più che, come proprio Kelsen forse meglio di ogni altro ha dimostrato, nelle «finzioni della prassi giuridica» – che in realtà per Kelsen non sono finzioni vere e proprie, in senso vaihingeriano, perché non hanno finalità teoretiche⁴⁶ – si finge sempre riguardo al diritto e non ai fatti⁴⁷.

Richiamata la distinzione classica fra finzioni *gnoseologiche* (*dogmatiche*, per Jhering; *teoretiche*, secondo Joseph Unger) e finzioni della *prassi* (assimilabili alle finzioni *storiche* di Jhering)⁴⁸, Kelsen distingue ulteriormente, fra queste ultime, le

⁴⁴ B. Celano, *Dialettica della giustificazione pratica*, cit., 473-474. È doveroso ricordare qui, tuttavia, che per Celano «il 'poter fare' che si sostiene sia implicato dall'obbligo di compiere una certa azione va inteso come abilità *generica* di compiere un certo *tipo* di atti, e non come la capacità di compiere un atto individuale in un'occasione data» (ivi, 458-459).

⁴⁵ H. Kelsen, *Dottrina generale dello Stato*, cit., 129.

⁴⁶ H. Kelsen, *Sulla teoria delle finzioni giuridiche*, cit., 238, 243. Cfr. C. Bouriaud, *Présentation*, cit., 57; M. Del Mar, *Introducing Fictions: Examples, Functions, Definitions and Evaluations*, in M. Del Mar, W. Twining (eds.), *Legal Fictions in Theory and Practice*, cit., XX.

⁴⁷ Cfr. F. Todescan, *Diritto e realtà*, cit., 383.

⁴⁸ Ivi, 256 ss., 263, 289 e 376. Cfr. anche G. Tuzet, *Finzioni*, in *Filosofia del diritto. Norme, concetti, argomenti*, a

finzioni del legislatore da quelle di chi applica il diritto.

Le finzioni del legislatore secondo lui non sono finzioni da nessun punto di vista, perché in esse, scrive Kelsen, «non può mai verificarsi una contraddizione con la realtà, si tratti della natura o della realtà del diritto (cioè del diritto come oggetto della conoscenza)»⁴⁹.

Quando il legislatore ricorre a una finzione non fa, in effetti, che prescrivere che casi di un certo tipo siano trattati come casi di un altro, che agli uni siano applicate norme che si applicano agli altri. In questo senso le finzioni del legislatore non sono che formulazioni abbreviate di norme, dei semplici rinvii, che in quanto tali non comportano contraddizione alcuna con la realtà dei fatti né tantomeno con quella del diritto.

Quando invece a ricorrere a una finzione è il giudice, o chiunque altro debba applicare il diritto e non crearlo, secondo Kelsen le cose stanno diversamente. Se una legge prescrive, per esempio, che sia punita una condotta di un certo tipo e non quella di un altro e il giudice le punisce entrambe “fingendo” che siano condotte dello stesso tipo, qui senz’altro c’è contraddizione. Non, tuttavia, con la «realtà naturale o fisica», scrive Kelsen, ma con quella del diritto, ossia con quello che è prescritto dall’ordinamento: «che l’applicazione del diritto possa presentare finzioni è una conseguenza del fatto che essa presuppone la conoscenza del diritto o, più esattamente, che nell’atto composto dell’applicazione del diritto è conficcato un pezzo di conoscenza giuridica»⁵⁰.

A differenza delle finzioni del legislatore, dunque, le finzioni di chi applica il diritto contraddicono la realtà. Diversamente dalle finzioni di *Vaihinger*, tuttavia, che hanno finalità conoscitive e comportano contraddizione con la realtà dei fatti, le finzioni di chi applica il diritto hanno finalità pratiche e non comportano contraddizione con la realtà dei fatti ma con quella del diritto⁵¹.

Con l’andare del tempo Kelsen finì però per dubitare che produzione e applicazione del diritto, salvi i casi limite della «statuizione della costituzione storicamente prima» e del compimento di atti coercitivi meramente esecutivi, possano essere distinte. Ogni

cura di M. Ricciardi, A. Rossetti, V. Velluzzi, Roma 2015, 273.

⁴⁹ H. Kelsen, *Sulla teoria delle finzioni giuridiche*, cit., 246. Cfr. C. Kletzer, *Kelsen on Vaihinger*, cit., 24-25.

⁵⁰ H. Kelsen, *Sulla teoria delle finzioni giuridiche*, cit., 253-254. Cfr. A. Falzea, *Riflessioni sulla fictio iuris*, in *Le finzioni del diritto*, a cura di F.B. d’Usseaux, Milano 2002, 119.

⁵¹ Cfr. F. Todescan, *Diritto e realtà*, cit., 379-380; G. Tuzet, *Finzioni*, cit., 273; A. Porciello, *Certezza giuridica e finzioni del diritto*, in L.L. Fuller, *Scritti sulla certezza tra teoria e prassi del diritto*, a cura di A. Porciello, Pisa 2016, 102-103.

atto di applicazione del diritto è sempre, in realtà, anche un atto di produzione di diritto così come, del resto, ogni atto di produzione di diritto è sempre anche un atto di applicazione del diritto. E da questo punto di vista non c'è differenza fra legislatore e giudice: entrambi applicano e producono diritto⁵².

Stando così le cose, è inevitabile che, con la distinzione fra applicazione e produzione del diritto, cada anche quella fra finzioni del legislatore e finzioni dei giudici. Capita, infatti, che l'uno e gli altri ricorrano a finzioni che, come aveva scritto Fuller, servono a «oscurare la vera natura delle [loro] attività»⁵³, ossia a dissimulare o a occultare più o meno efficacemente la contraddizione fra il diritto che producono e quello che dovrebbero applicare. Il che, probabilmente, è proprio quel che avviene quando, ad esempio, «si dice che agisce sotto una costrizione irresistibile» chi, «spinto causalmente da certe circostanze diverse da quelle medie presupposte dall'ordinamento giuridico, tiene un comportamento vietato» di cui l'ordinamento non intende considerarlo responsabile, come se, *invece*, agisse *liberamente* e perciò potesse essere considerato responsabile dei suoi atti chi fosse spinto a tenere il comportamento vietato dalle circostanze presupposte, quando in realtà è ben chiaro, sostiene Kelsen, che «la costrizione, sotto la quale un uomo agisce in ogni circostanza, [è] sempre irresistibile», anche quando l'ordinamento non tiene conto delle cause che lo inducono ad agire⁵⁴.

Neppure a questo fine, d'altra parte, sarebbe necessario fingere che chi si punisce potesse scegliere di non commettere il reato, ossia che siano liberi gli atti le cui cause l'ordinamento sceglie deliberatamente di ignorare, poiché fare *come se* avesse potuto assumere un diverso atteggiamento della volontà chi, tutto considerato, non lo avrebbe potuto fare, secondo Kelsen sarebbe superfluo anche "soltanto" per giustificare la pena moralmente. Per Kelsen, infatti, «la libertà del volere come fondamento [del "diritto" di punire dello Stato] non è una finzione etica necessaria» perché per lui «la prevenzione generale [...] è una fondazione della pena che è legittima senza alcuna finzione di libertà»⁵⁵.

Credo sia questo, in fondo, il presupposto da cui muove più o meno consapevolmente chi sostiene che il libero arbitrio debba essere ridotto a un «principio

⁵² H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, cit., 265. Cfr. C. Kletzer, *Kelsen on Vaihinger*, cit., 25.

⁵³ L.L. Fuller, *What is a Legal Fiction?* (1931); trad. it., *Cos'è una finzione giuridica?*, in Id., *Scritti sulla certezza tra teoria e prassi del diritto*, cit., 109. Cfr. anche L.L. Fuller, *Legal Fictions* cit., 58.

⁵⁴ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., 117.

⁵⁵ H. Kelsen, *Sulla teoria delle finzioni giuridiche*, cit., 257.

regolativo»⁵⁶ in base al quale l'autore del fatto a certe condizioni può essere trattato come se fosse stato libero di non commettere il reato, per far sembrare che si tenga conto delle ragioni di chi crede che la prevenzione di per sé non basti a giustificare l'irrogazione della pena quando, in realtà, non se ne tiene conto affatto.

4. Marx osservava nella *Critica del diritto statale hegeliano* che, se il soggetto è reale «soltanto in quanto uno», «l'uno è schiettamente vero soltanto come *molti uno*»⁵⁷. L'istituzione del «soggetto di diritto», il solo a essere capace, a quanto pare, di colpevolezza nel nostro ordinamento, fu l'esito del «movimento di impoverimento e deprivazione del soggetto reale»⁵⁸ che trovò probabilmente nel discorso hobbesiano della sovranità la sua prima e più compiuta formulazione filosofica agli albori della modernità⁵⁹.

Nella costruzione di questo soggetto – insieme paradossalmente *individuale* e *astratto*, indipendente da ogni sua determinazione e responsabile, *pertanto*, in quanto *homo noumenon*, dei suoi atti e del suo stesso essere, ma normativamente identico all'essere umano “in carne e ossa” qual è in virtù di quelle stesse determinazioni, all'*homo phaenomenon* a cui si infligge la pena e su cui ricade la vergogna della colpa⁶⁰ – si manifesta una *contraddizione*⁶¹ che non può essere illustrata contrapponendo

⁵⁶ Cfr., *supra*, nota 21.

⁵⁷ K. Marx, *Kritik des Hegelschen Staatsrechts* (1843); trad. it., *Critica della filosofia hegeliana del diritto pubblico*, in *Opere filosofiche giovanili*⁴, traduzione e note di G. della Volpe, Roma 1977, 38. Si veda anche la traduzione di R. Finelli e F.S. Trincia, *Critica del diritto statale hegeliano* (1983), Milano 2022, 75. Come è noto Finelli e Trincia considerano fuorviante la «lettura materialistica» della *Critica* a cui implicitamente si fa riferimento, rilevando che, benché sia innegabile che già qui «Marx parli di esistenza, di determinatezza, di finito e reale, così come è innegabile che il finito non venga inserito entro un qualche movimento esplicito di superamento *dialettico*», cionondimeno «la mancanza di rapporto dialettico (in senso hegeliano) tra finito e infinito non autorizza a definire il finito come un finito materiale» (*Commentario*, in K. Marx, *Critica del diritto statale hegeliano*, cit., 331): «L'essenza dell'uomo – scrive Finelli nella *Prefazione* all'edizione del 2022 – per questo Marx è la *libertà* e questa *significa sottrazione alle costrizioni della natura e produzione di universalità*» (ivi, XI).

⁵⁸ F. Riccobono, *Il diritto come forma alienata. Una lettura della Reine Rechtslehre di Hans Kelsen*, in *Sociologia. Rivista Quadrimestrale di Scienze Storiche e Sociali*, LV, 2021, 2, 109.

⁵⁹ Cfr. A.W. Norrie, *Law, Ideology and Punishment. Retrieval and Critique of the Liberal Ideal of Criminal Justice*, Dordrecht-Boston-London 1991.

⁶⁰ Cfr. I. Kant, *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*, cit., 71, 255 e A.W. Norrie, *Law, Ideology and Punishment*, cit., 40-63.

⁶¹ Norrie parla al riguardo di «juridical individualism/concrete individuality antithesis» o «contradiction» (A.W. Norrie, *Law, Ideology and Punishment*, cit., 87, 139-140, 162). Uberto Scarpelli lo aveva rilevato chiaramente: «Il punto critico e la fallacia del pensiero penalistico di Kant a mia opinione stanno qui, che la teoria della responsabilità penale è costruita sull'uomo noumenico, l'uomo appartenente al mondo intelligibile che apprende sé stesso come spontaneità della ragione e libertà; mentre l'uomo chiamato responsabile ed assoggettato alla pena è l'uomo appartenente al mondo sensibile e soggetto alle leggi di natura, l'uomo fenomenico» (U. Scarpelli,

semplicemente all'*individuo* la *persona*, non solo perché tradizioni differenti hanno attribuito all'uno i caratteri dell'altra e viceversa⁶², ma anche perché i suoi termini sono entrambi dialetticamente necessari, per quanto qui in particolare ci riguarda, a giustificare l'ascrizione della responsabilità penale e l'inflizione della pena: si pretende che la responsabilità possa essere fatta risalire al singolo essere umano che concretamente si punisce, e tuttavia perché la pena sia giustificata egli deve essere sottratto alle determinazioni sociali e materiali che lo rendono diverso da ogni altro e fanno di lui quello che è, in modo che si possa credere che fosse libero di non commettere il reato⁶³.

Uno degli esiti più desolanti di questa «assurda mistificazione»⁶⁴ è rappresentato, nella letteratura penalistica contemporanea, dalla ben nota teoria jakobsiana della *Person im Recht*⁶⁵. Da questa mistificazione, tuttavia, non sono esenti altre più sottili elaborazioni, ispirate a principi e animate da finalità molto diverse da quelle della dottrina funzionalista di Jakobs, con la quale d'altra parte hanno in comune più o meno evidenti assonanze kelseniane. E non v'è dubbio che «l'opera [...] di

Thomas Hobbes, cit., 72-73).

⁶² Nella dottrina penalistica italiana, per esempio, il principio di *personalità* della pena esprime prima di tutto l'esigenza che il giudizio di colpevolezza sia riferito all'essere umano «in carne e ossa», a cui si infligge la pena (cfr. T. Padovani, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, in *RIDPP XVI*, 1973, 559; F. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*³, Bologna 2008, 320), mentre in altre tradizioni, a cominciare proprio da quella «di matrice tedesca» che ebbe nella «riflessione kelseniana» il suo «punto d'arrivo», la persona è privata di ogni concretezza e ridotta a «un puro centro di imputazione di situazioni giuridiche» (S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari 2012, 151).

⁶³ Commentando criticamente un notissimo passo dei *Lineamenti di filosofia del diritto* hegeliani Marx si chiedeva, rivolgendosi ai lettori del *New-York Daily Tribune*, se non sia forse «a delusion to substitute for the individual with his real motives, with multifarious social circumstances pressing upon him, the abstraction of "free-will" – one among the many qualities of man for man himself» (*Capital Punishment - Mr. Cobden's Pamphlet - Regulations of the Bank of England. Correspondence of The N.Y. Tribune, London, Friday, Jan. 28, 1853, New-York Daily Tribune*, Nr. 3695, 18.2.1853, in *Karl Marx Friedrich Engels Gesamtausgabe [MEGA], Erste Abteilung*, Band 12: *Werke, Artikel, Entwürfe*, Januar bis Dezember 1853, Berlin 1984, 26. Lo ricordano A.W. Norrie, *Law, Ideology and Punishment*, cit., 78-81 e V. Ruggiero, *Il delitto, la legge, la pena. La contro-idea abolizionista*, Torino 2011, 82. Cfr. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1820); trad. it., *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello Stato*, introduzione traduzione note e apparati di V. Cicero, Milano 2006, § 100, 207-209: «La lesione che s'abbatte sul delinquente è non soltanto giusta *in sé* – in quanto giusta, essa è a un tempo la volontà essente-*in-sé* del delinquente stesso, è un'esistenza della sua Libertà, è un suo diritto –, ma è anche *un diritto posto nel delinquente*, cioè nella sua volontà *esistente*, nella sua azione. Nell'azione del delinquente, infatti, in quanto azione di un essere *razionale*, è implicito quanto segue: essa è qualcosa di universale, mediante cui è stabilita una legge che il delinquente, agendo delittuosamente, ha riconosciuto per sé: sotto questa legge, dunque, egli può essere sussunto come sotto un *suo* diritto. [...] [N]ell'azione del delinquente [...] è insita anche la razionalità formale, cioè il *volere* del *singolo*: è da questo lato che la pena viene considerata come contenente il diritto proprio *del delinquente stesso*, e qui egli viene *onorato* come essere *razionale*»).

⁶⁴ A.W. Norrie, *Law, Ideology and Punishment*, cit., 1.

⁶⁵ Cfr. *supra*, nota 24 e D. Valitutti, *Normativismo e funzionalismo penale*, cit., 30 ss.

depersonalizzazione delle categorie giuridiche», a cominciare da quelle stesse di “volontà” e “persona”, in cui Kelsen fu incessantemente impegnato fin dai primi anni del secolo XX, apportò un contributo di valore inestimabile al «processo reale e di pensiero»⁶⁶ grazie al quale alla vita reale del soggetto, su cui si abbattono – giova ripeterlo – gli effetti della pena e la vergogna della colpa, è sostituita «l’esistenza astratta»⁶⁷, la «forma omuncolare»⁶⁸ del suo «doppio giuridico»⁶⁹, perché la responsabilità dei suoi atti possa essergli imputata⁷⁰.

5. Eduard Kohlrausch riteneva che, se la «capacità generale (*generelle Können*)» di osservare le norme costituisce «il prerequisito effettivo di ogni giudizio di imputazione», la «capacità individuale (*individuelle Können*)» dell’autore del fatto di rispettare la norma che ha violato è una «finzione necessaria per lo Stato»⁷¹.

Secondo Roxin il principio di colpevolezza non serve tuttavia a legittimare il potere punitivo dello Stato ma a limitarne l’esercizio⁷². La previsione e l’irrogazione della pena si giustificano perché sono necessarie a prevenire la commissione di reati⁷³, ma la libertà dei cittadini può essere sacrificata a questo fine solo se e nella misura in cui sono colpevoli⁷⁴. Certo, «la colpevolezza presuppone concettualmente la libertà di comportarsi in un modo o in un altro», scrive Roxin. «Ma se l’affermazione della colpevolezza umana serve soltanto a porre un limite all’intervento dello Stato

⁶⁶ F. Riccobono, *Il diritto come forma alienata. Una lettura della Reine Rechtslehre di Hans Kelsen*, in *Sociologia. Rivista Quadrimestrale di Scienze Storiche e Sociali*, LV, 2021, 2, 109.

⁶⁷ A.W. Norrie, *Law, Ideology and Punishment*, cit., 8.

⁶⁸ A.W. Norrie, *Punishment Responsibility and Justice. A Relational Critique*, Oxford 2000, 46. Cfr. anche Id., *Law, Ideology and Punishment*, cit., 190.

⁶⁹ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., 140.

⁷⁰ Sull’ambivalenza di questo processo cfr. *ivi*, 144 ss. Cfr. A.W. Norrie, *Punishment Responsibility and Justice*, cit., 47: «This legal person is identified as a rational subject who will ‘stand before’ the court and accept her lawful punishment. [...] [T]his is an act of hypostatization of a social subject as an abstract individual, and it operates as a form of repression. Paradoxically, however, it also takes the form of a (limited) expression of the individual’s subjectivity. In the act of recognizing a responsible individual, the law establishes a subject who is worthy of respect, and one who ‘stands up for’ the individual against the state». Si vedano anche Id., *Crime, Reason and History. A Critical Introduction to Criminal Law*², Oxford 2001, 14, 23; N. Christie, *Images of man in modern penal law*, cit., 95-106; L. Hulsman, *Alternativa alla giustizia criminale*, in *Il diritto e la differenza. Scritti in onore di Alessandro Baratta*, a cura di R. De Giorgi, Lecce 2002, 256 e, più recentemente, Gregg D. Caruso in G.D. Caruso, D.C. Dennett, *Just Desert. Debating Free Will* (2021); trad. it. di S. Colloca, *A ognuno quel che si merita. Sul libero arbitrio*, Milano 2022, 131.

⁷¹ E. Kohlrausch, *Sollen und Können*, cit., 26.

⁷² C. Roxin, L. Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., 151, 964, 986.

⁷³ *Ivi*, 151.

⁷⁴ *Ivi*, 156.

necessario per ragioni preventive, la legittimità del suo riconoscimento come strumento di salvaguardia della libertà civile non dipende dalla sua dimostrabilità empirica o epistemologica. La sua accettazione è una statuizione normativa, una regola del gioco sociale che non dice alcunché riguardo alla natura della libertà umana ma si limita a prescrivere che l'essere umano sia trattato dallo Stato come libero e responsabile *in linea di principio*⁷⁵, indipendentemente dal fatto che sia o che possa essere "libero" davvero.

L'argomento di Roxin è palesemente incongruo, poiché se si ritiene necessario contenere entro i limiti della colpevolezza l'intervento punitivo dello Stato e si crede che la colpevolezza implichi concettualmente la libertà di comportarsi in modi differenti, evidentemente è perché si pensa che sia ingiusto punire per finalità di prevenzione chi, tutto considerato, non sia stato libero di scegliere se commettere o non commettere il reato. Il che, d'altra parte, è *esattamente* quello che avviene se si riduce la colpevolezza a un «principio regolativo» in base al quale l'imputato può essere trattato dallo Stato *come se* avesse avuto la possibilità di scegliere di non commettere il reato a condizioni il cui accertamento non prova affatto che effettivamente l'abbia avuta. Che per Roxin la colpevolezza non serva soltanto a limitare ma anche a fondare l'esercizio della pretesa punitiva dello Stato lo dimostra, del resto, chiaramente il fatto che a suo avviso «colpevolezza e necessità di prevenzione sono presupposti di pari rango della responsabilità giuridica penale»⁷⁶: si può punire solo in presenza di entrambi questi presupposti o, detto altrimenti, solo in presenza di entrambi questi presupposti la pena si può considerare giustificata⁷⁷.

Sebbene prenda decisamente le distanze da qualunque genere di "retributivismo", Roxin non può mostrarsi indifferente anche alle ragioni della retribuzione *negativa*, secondo la quale è possibile punire per finalità di prevenzioni speciale e generale solo chi se lo sia meritato nella misura consentita dalla sua colpevolezza (che dunque – si è sostenuto – di per sé non giustifica la pena ma la limita e ne evita l'abuso)⁷⁸. Come

⁷⁵ Ivi, 158. Corsico aggiunto. Cfr. W. Kargl, *Kritik des Schuldprinzips*, cit., 246 (*supra*, nota 13).

⁷⁶ C. Roxin, L. Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., 963.

⁷⁷ In molti, del resto, ricordava Sergio Moccia in *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, 90, hanno obiettato «alla teorizzazione roxiniana [...] che la colpevolezza, per avere la capacità di limitare la misura della pena, doveva, nel contempo, integrare una condizione necessaria della pena e, quindi, risultava costituirne anche il fondamento».

⁷⁸ Sulla "retribuzione negativa" cfr. J.L. Mackie, *Morality and the retributive emotions*, in *Criminal Justice Ethics*, 1, 1, 1982, 207; M. De Caro-M. Marraffa, *Libertà, responsabilità, retributivismo*, in *Sistemi intelligenti*, 2, 2010, 367; M. De Caro, *Neuroetica e normatività*, in *Lo spazio della responsabilità, Approdi e limiti delle neuroscienze*, a cura di M. Lalatta Costerbosa, Bologna 2015, 105 e, da ultimo, L. Milazzo, *Liberi tutti?*, cit., 59 ss.

tuttavia in letteratura si è osservato, il retributivismo negativo si distingue da quello positivo perché, mentre per quest'ultimo la colpevolezza è *necessaria e sufficiente* non soltanto a giustificare ma anche a rendere di per sé doverosa moralmente l'irrogazione della pena, per il retributivismo negativo la colpevolezza è *necessaria* ma *non è sufficiente* né all'uno né all'altro fine⁷⁹. Il retributivismo negativo non è, in effetti, che una teoria ibrida o mista della pena, secondo la quale è giusto punire, se è necessario farlo, a condizione che chi si punisce se lo sia meritato⁸⁰.

L'uso *negativo* della colpevolezza non esclude, pertanto, che essa serva anche a giustificare la pena, e dunque non autorizza a postularne normativamente l'esistenza senza provarne effettivamente i presupposti, tanto più che, proclamando il principio di colpevolezza e, con esso, quello di retributività o della retribuzione negativa, l'ordinamento implicitamente si assume la responsabilità di attestare che chi viene punito in base alle sue norme merita la pena che gli è inflitta perché non ha agito come avrebbe dovuto pur potendo «(aleticamente) agire diversamente»⁸¹.

Per ragioni analoghe non convince la tesi di Smilansky secondo la quale, benché il libero arbitrio che è presupposto della responsabilità morale non esista⁸², conservarne l'*illusione*⁸³ sarebbe comunque necessario anche, fra le altre cose, per preservare «la sacralità dell'innocenza morale»⁸⁴ ed evitare che sia punito per finalità di prevenzione chi non sia colpevole neppure in base ai criteri e alle distinzioni di per sé insoddisfacenti dei compatibilisti⁸⁵.

Per chi, come lui, nega l'esistenza del libero arbitrio, osserva Smilansky, «tutti sono

⁷⁹ «Desert is necessary and sufficient for positive retributivism. [...] Desert is necessary, but not sufficient for negative retributivism» (T. Brooks, *Punishment. A Critical Introduction*², London-New York 2021, 112-13).

⁸⁰ Cfr. M. Jori, *La cicala e la formica*, in *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, a cura di L. Gianformaggio, Torino 1993, 93-94; W.R.P Kaufman, *Honor and Revenge. A Theory of Punishment*, Dordrecht-Heidelberg-New York-London 2013, 73-92; L. Milazzo, *Liberi tutti?*, cit., 59-69; Z. Hoskins, *Hybrid Theories of Punishment* e C. Slobogin, *Limiting Retributivism and Individual Prevention*, in F. Focquaert, E. Shaw, B.N. Waller (eds.), *The Routledge Handbook of the Philosophy and Science of Punishment*, New York-London 2021, 46, 49-50, 59; Z. Hoskins, A. Duff, *Legal Punishment*, in E.N. Zalta, U. Nodelman (eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2024).

⁸¹ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., 504. Cfr. J. Bernat de Célis, L. Hulsman, *Peines perdues. Le système pénal en question* (1982); trad. it. di V. Guagliardo, *Pene perdute. Il sistema penale messo in discussione*, Torino 2001, 63-64.

⁸² Cfr., ad esempio, S. Smilansky, *Illusionism*, in D.K. Nelkin, D. Pereboom (eds.), *The Oxford Handbook of Moral Responsibility*, New York 2022, 206: «I assume [...] that libertarian free will [LFW] does not exist, either because determinism is true, or because the sort of indeterminism that is true cannot generate LFW, or because, independently of determinism or indeterminism, the very notion of LFW is incoherent».

⁸³ Sulla differenza fra "illusione" e "finzione" si veda, *infra*, nota 103.

⁸⁴ S. Smilansky, *Illusionism*, cit., 212.

⁸⁵ Ivi, 213-214.

innocenti», nessuno merita di essere punito, perciò «nessuno può essere punito giustamente»⁸⁶. Ma se tutti sono innocenti e nessuno può essere punito giustamente, allora, *dato che, in certi casi, punire è necessario*, quello che conta non è stabilire chi possa e chi non possa essere punito, ma ridurre il numero degli innocenti che sono danneggiati⁸⁷ o, meglio ancora, ridurre la quantità complessiva dei danni causati, indipendentemente dal fatto che coloro a cui sono arrecati abbiano commesso o no un reato, fossero capaci di intendere e di volere all'epoca dei fatti, abbiano agito con dolo o colpa, potessero o non potessero conoscere la norma che hanno disatteso: «Una volta che la sacralità dell'innocenza morale è violata (perché alcuni devono essere puniti nonostante tutti siano moralmente innocenti), la preoccupazione preponderante di stabilire chi debba essere punito, piuttosto che quanti danni ingiusti debbano subire degli innocenti (comprese le vittime del crimine), sembra perdere gran parte del suo peso morale»⁸⁸.

Meglio allora continuare a fare *come se* alcuni fossero innocenti e *altri no*, confidando che il “volgo”, se non altro, resti nell'ignoranza o persista nell'errore, in modo da evitare la deriva utilitarista e antigarantista che necessariamente seguirebbe alla divulgazione e alla reale, diffusa, comprensione delle verità in sé incontrovertibili dei *free will denialists*.

Nelle conclusioni di Smilansky v'è, tuttavia, qualcosa di paradossale: a ben vedere, infatti, per arginare i rischi del consequenzialismo, Smilansky propone che siano sacrificati *alcuni innocenti* facendoli passare *falsamente* per *colpevoli*, così che *altri innocenti* possano essere salvati.

Oltre a questo, sembra sia stato ormai ampiamente dimostrato che la falsa credenza nel libero arbitrio non abbia affatto gli effetti immaginati da Smilansky e da molti altri “illusionisti” più o meno “illusi” a loro volta (fra quali in primo luogo, per Smilansky, gli stessi compatibilisti), ma contribuisca piuttosto a giustificare eccessi punitivi d'ogni sorta e l'accettazione implicita del trattamento inumano e degradante che nella gran

⁸⁶ P. Smilansky, *Free Will Denial and Deontological Constraints*, in E. Shaw, D. Pereboom, G.D. Caruso (eds.), *Free Will Skepticism in Law and Society. Challenging Retributive Justice*, Cambridge 2019, 33.

⁸⁷ Ivi, 34: «Usare una persona innocente (anziché il colpevole) semplicemente come uno strumento, tramite la pena, è visto ragionevolmente come un abominio quando l'attenzione è rivolta all'*agency*, e alcuni sono innocenti e altri colpevoli. Ma se non c'è libero arbitrio (*free agency*), allora moralmente tutti sono innocenti. Questo significa [...] che ogni pena sarà ingiusta nel senso più naturale e intuitivo. Ma se si deve comunque continuare a punire [...], allora – dal momento che tutti sono (ugualmente!) innocenti in ogni caso – la cosa giusta da fare non è forse ridurre al minimo il numero di innocenti che sono danneggiati, piuttosto che preoccuparsi tanto di usare le persone come mezzi e via dicendo?».

⁸⁸ *Ibid.*

parte dei casi di fatto è riservato nelle nostri prigioni ai condannati, oltre ovviamente a consentire di stendere un velo impietoso di ignoranza sulle ineguaglianze economiche e sociali che ancora, piaccia o non piaccia, hanno a che fare con la “questione criminale”⁸⁹.

6. Per capire se sia davvero necessario continuare a fingere che chi si considera “colpevole” avrebbe potuto scegliere di non commettere il reato, bisogna prima capire a cosa serva in pratica questa finzione, a quali fini sia necessaria. E l'impressione è che in pratica serva a nascondere – talora anche a se stessi, a quanto pare – il fatto che la pena è inflitta in casi diversi da quelli nei quali, in base al principio di colpevolezza, potrebbe essere irrogata⁹⁰. Poiché si crede che l'effettiva applicazione del principio di colpevolezza avrebbe esiti insoddisfacenti sul piano della prevenzione, ma per ragioni «psicologiche e politiche» – come scriveva Frederick Schauer riguardo alle finzioni giudiziali in generale – si ritiene di non potervi rinunciare, si «ri-descrivono i fatti» in modo che soddisfino il principio anche quando di per sé non lo farebbero, per preservare quantomeno la parvenza della sua vigenza⁹¹.

Ci sono finzioni, notava Fuller, che sopravvivono grazie al «desiderio di rendere la

⁸⁹ Cfr., ad esempio, G.D. Caruso, *Free Will Skepticism and Its Implications: An Argument for Optimism* e B.N. Waller, *Beyond the Retributive System*, in E. Shaw, D. Pereboom, G.D. Caruso (eds.), *Free Will Skepticism in Law and Society*, cit., 43-72 e 73-95. Secondo Bruce N. Waller i nostri ordinamenti, basandosi su un «sistema della responsabilità morale» che in pratica «funziona bloccando un esame psicologico e sociologico più profondo delle cause, dei dettagli e delle differenze che spiegano le differenze comportamentali e che minano la fiducia nel fatto che ognuno abbia quello che si merita», ci permetterebbero «di evitare di guardare più a fondo e di fingere che i problemi si risolvano con l'irrogazione di punizioni “giuste”», senza bisogno di indagarne le reali cause economiche, politiche, sociali (B.N. Waller, *Beyond the Retributive System*, cit., 86-87). Lo stesso compatibilismo, secondo Smilansky, sembrerebbe «dipendere dal fatto che le nostre indagini si fermino prima di arrivare a esiti pericolosi per il compatibilismo stesso», che perciò sarebbe in fondo anch'esso una forma di “illusionismo” (S. Smilansky, *Illusionism*, cit., 206). Gregg D. Caruso, del resto, accusa espressamente Daniel C. Dennett, che senza alcun dubbio è stato uno fra i più autorevoli esponenti contemporanei del compatibilismo, di “illusionismo” quando rileva che «nella [sua] concezione sembra che la nostra pratica di ritenere gli agenti moralmente responsabili nel senso del merito dovrebbe essere conservata non perché le persone siano di fatto moralmente responsabili in questo senso, ma perché fare così sortirebbe conseguenze migliori rispetto ad altre pratiche» (G.D. Caruso, D.C. Dennett, *A ognuno quel che si merita*, cit., 76. Cfr. anche, ivi, 101: «il tuo punto di partenza è la convinzione che gli agenti *devono* essere liberi e moralmente responsabili nel senso del merito, poiché la società non funzionerebbe correttamente se rinunciassimo a questa convinzione». Per la replica di Dennett cfr. ivi, 109, 111). Cfr. anche R. Sapolsky, *Determinati*, cit., 58-60, 485-508 e, in questa sezione della rivista, M. Lalatta Costerbosa, *Colpevolezza e forme della responsabilità. Una riflessione, a partire da Hart*, § 4.

⁹⁰ Cfr. L.L. Fuller, *Legal Fictions*, cit., 53. Per ulteriori riferimenti rinvio a L. Milazzo, *Liberi tutti?*, cit., 150.

⁹¹ F. Schauer, *Legal Fictions Revisited*, in M. Del Mar, W. Twining (eds.), *Legal Fictions in Theory and Practice*, cit., 121-122. Cfr. anche A. Falzea, *Riflessioni sulla fictio iuris*, cit., 125 e G. Tuzet, *Finzioni*, cit., 275.

forma del diritto persuasiva»⁹² : vi si ricorre per «convincere», suscitando «l'impressione» che le fattispecie a cui si vogliono imputare effetti che normalmente sono imputati ad altre siano identiche a queste ultime «di fatto» e non solo di diritto, sfruttando l'«indiretta forza persuasiva» dell'«espressione» con la quale comunemente si designano⁹³; se ne fa uso per «creare nelle menti degli ascoltatori la suggestione di un fatto reale provato inferenzialmente», per «garantire un'analogia rassicurante e convincente»⁹⁴ in modo da «rendere il diritto accettabile da parte di coloro che non hanno né il tempo né le capacità di comprendere ragioni che non sono affatto ovvie»⁹⁵ (come se disponendo del tempo e delle capacità necessarie tutti dovessero inevitabilmente pervenire alle stesse conclusioni...).

Diversamente da Fuller, secondo il quale per definizione le finzioni consistono in assunzioni utili, ma false⁹⁶, Ross ritiene non a torto che non vi sia falsità nel dire che «ai fini del diritto, A deve essere trattato come destinatario delle regole applicabili a B»⁹⁷, proprio come non v'è falsità nell'uso di modelli, perché «il modello è solo presentato, non asserito, e quindi non è proposto come raffigurazione della realtà»⁹⁸. Ciononostante, Ross non ha difficoltà ad ammettere che alle «finzioni creative» si ricorre per sostenere la «finzione teoretica» secondo la quale «i tribunali non creano diritto»⁹⁹, con cui si nasconde che invece lo fanno. E benché neghi che tale finzione consista in una menzogna o in un inganno, perché ritiene ragionevole pensare che gli stessi «giudici più o meno credano nel “mito” della loro esclusiva funzione di semplice applicazione del diritto» e che, «sotto questo profilo», si tratti piuttosto «d'una semplice illusione»¹⁰⁰, riconosce che questa illusione serve a alimentare questo «mito».

È probabile che anche la finzione del libero arbitrio (ammesso che si possa

⁹² L.L. Fuller, *Cos'è una finzione giuridica?*, cit., 126-127.

⁹³ Ivi, 126. Cfr. anche L.L. Fuller, *Legal Fictions*, cit., 54-56.

⁹⁴ L.L. Fuller, *Cos'è una finzione giuridica?*, cit., 127.

⁹⁵ Ivi, 128. Cfr. K. Petroski, *Legal Fictions and the Limits of Legal Language*, in M. Del Mar, W. Twining (eds.), *Legal Fictions in Theory and Practice*, cit., 133.

⁹⁶ Cfr. L.L. Fuller, *Cos'è una finzione giuridica?*, cit., 115: «Una finzione può consistere in un'assunzione *utile*, anche se falsa [...]. [U]na finzione è 1) una affermazione proposta nella totale o parziale consapevolezza della sua falsità; 2) oppure un'affermazione che è falsa, ma che si riconosce essere utile».

⁹⁷ A. Ross, *Le finzioni giuridiche*, cit., 183.

⁹⁸ Ivi, 192. Cfr., *supra*, nota 29 e P. Chiassoni, *Finzioni Giudiziali. Progetto di voce per un vademecum giuridico*, in *Analisi e diritto 2001*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino 2002, 77-78, 81.

⁹⁹ A. Ross, *Le finzioni giuridiche*, cit., 181.

¹⁰⁰ Ivi, 185.

continuare a considerare una finzione, per quanto «occulta» o «inconsapevole»¹⁰¹, e non sia preferibile parlare in questo caso più esplicitamente di «falsa rappresentazione»¹⁰² o, appunto, di «illusione»¹⁰³ o di «autoinganno»¹⁰⁴) abbia finalità persuasive e ideologiche e serva a *nascondere* o a *dissimulare* quello che si fa quando si incrimina, si colpevolizza e si punisce, risparmiando a chi ritiene che sia necessario farlo per finalità di prevenzione l'imbarazzo di dover ammettere che, nella migliore delle ipotesi, «il reo viene sacrificato al bene comune»¹⁰⁵ e che perciò «ogni accettazione pragmatica della pena [...] comporta nello stesso tempo l'accettazione di una ingiustizia positiva»¹⁰⁶. Ma se è così, se la finzione del libero arbitro, come ha sostenuto Antonio Gambaro riguardo alle finzioni in generale, è «un esercizio del potere che rinuncia a fornire giustificazioni razionali a ciò che fa»¹⁰⁷, o addirittura prova a occultarlo, allora vi sono buone ragioni per ritenere che non sia affatto necessaria e che di essa faremmo meglio a sbarazzarci quanto prima.

¹⁰¹ Per Guido Alpa le finzioni «occulte allo stesso interprete» sono «finzioni inconsapevoli». Secondo Alpa è una finzione inconsapevole, ad esempio, «la finzione dell'incontro di volontà e del negozio giuridico come manifestazione/dichiarazione di volontà» (G. Alpa, *Le finzioni giuridiche*, in *Trattato di Diritto Civile 2. Le fonti non scritte e l'interpretazione*, diretto da R. Sacco, Torino 1999, 349-350).

¹⁰² Riccardo Guastini osserva che «si è parlato talora di “finzioni giuridiche” in relazione a ideologie: a dottrine, cioè, ritenute inaffidabili perché offrono del diritto, o di qualche suo aspetto, una raffigurazione fallace, ingannevole. [...] In tal senso sono state screditate come finzioni, ad esempio: a) la dottrina secondo cui i giudici non creano diritto; b) la dottrina che configura gli organi elettivi come “rappresentanti” del corpo elettorale» (R. Guastini, *Finzione giuridica (nella teoria generale)*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, VIII, Torino 1992, 356).

¹⁰³ Cfr. S. Smilansky, *Free will and Illusion*, New York 2000: «Vaihinger generally holds that awareness of the fictional character of an idea accompanies its use. My position is different – lack of awareness (to varying degrees) of the illusory element is often the very condition of its productive existence» (ivi, 147); «it is impossible to expect people to take seriously the central notions involved while being fully aware that they cannot be cognitively defended. [...] In the strong sense, then, I use ‘illusion’ as a general term, focusing on various ways in which false beliefs are held, without complete awareness of their falseness, in the face of stronger epistemic claims to the contrary, which should have prevented them from being held» (ivi, 147-148). Si veda anche Id., *Illusionism*, cit., 203-221 e L.L. Fuller, *Legal Fictions*, cit., 58.

¹⁰⁴ E. Kohlrausch, *Sollen und Können*, cit., 26.

¹⁰⁵ *Ibid*: «Der Täter wird dem Gemeinwohl geopfert, er hat in dessen Interesse zu leiden. Über diesen Zwiespalt zwischen staatlichen Aufgaben und individuellen Fähigkeiten werden wir nie hinwegkommen. Jede andere Lösung — es sei denn diejenige, die den Staat negiert — erscheint mir als Selbstbetrug».

¹⁰⁶ A. Norrie, *Law, Ideology and Punishment*, cit., 203 (in nota). Cfr. anche B.N. Waller, *Beyond the Retributive System*, cit., 91-92.

¹⁰⁷ A. Gambaro, *Costi e benefici delle finzioni giuridiche*, in *Le finzioni del diritto*, a cura di F.B. d'Usseaux, cit., 138. Come ha scritto del resto Luigi Lombardi Vallauri, «il processo giuridico non è il luogo della verità [...]. Se questo *factum* “gorgonico” fosse palese, si potrebbe introdurre nel processo giuridico molta più ragione; ma il *fictum* mantiene il ragionamento allo stato criptico anziché critico, oggettivamente riducendo – oltre che la scientificità – la democraticità del diritto» (L. Lombardi Vallauri, *Il fictum nel diritto*, in *Le finzioni del diritto*, a cura di F.B. d'Usseaux, cit., 152).

Di una finzione pratica, d'altra parte, ci si può sbarazzare in due modi diversi: o adeguando il diritto alla prassi, o adeguando la prassi al diritto. Io credo che della finzione della libertà di scelta ci si dovrebbe sbarazzare nel secondo modo, ossia che il principio di colpevolezza dovrebbe essere preso sul serio e attuato fino in fondo, anche se farlo dovesse comportare, come parrebbe, l'abolizione di fatto della pena.

Si dirà che, tolta la pena, resterebbe solamente la misura di sicurezza, la quale è spesso più afflittiva, umiliante e lesiva della dignità della persona della pena stessa. Si tratterebbe, tuttavia, di una conclusione quantomeno riduttiva, come dimostrano teorie e pratiche abolizioniste le cui soluzioni – talora anche discutibili, ma pur sempre degne d'attenzione se non altro perché prendono sul serio problemi che garantisti e (altri) giustificazionisti spesso scelgono di eludere o semplicemente di ignorare¹⁰⁸ – sono in genere basate sul rifiuto di ogni intervento più o meno “armato” dello Stato e delle stesse definizioni dei fatti e delle situazioni imposte dai sistemi della giustizia criminale¹⁰⁹.

Ma al di là di questo, e di nuovo: cos'è in fondo una pena irrogata per finalità di prevenzione, speciale o generale, a chi commette un fatto di reato benché non abbia avuto il controllo dei suoi atti o la possibilità di scegliere di agire diversamente, se non una misura di sicurezza in senso lato? Chiamarla “pena” fin qui non è servito a evitare che fosse inflitta a chi non se la fosse meritata, ma a indurre a credere che quelli ai

¹⁰⁸ Su abolizionismo e garantismo si veda, tuttavia, L. Hulsman in A. Sbraccia, *Intervista e interazione con Louk Hulsman*, in *Studi sulla questione criminale* 2011, 2, 150: «Noi non siamo solo abolizionisti. [...] Potremo sempre trovarci nella condizione di difendere pragmaticamente un nucleo di garanzie che sono inscritte in un sistema verso il quale abbiamo un approccio teorico di radicale avversione». Più in generale, sui rapporti fra abolizionismo e riformismo cfr., ad esempio, T. Mathiesen, *The Politics of Abolition Revisited*, New York 2015, 23-25; P. Scraton, *Oltre il “momento dell'abolizione”: saggio in memoria di Louk Hulsman 1923-2009*, in *Studi sulla questione criminale* 2011, 2, 70, 76-79; A.Y. Davis, G. Dent, E.R. Meiners, B.E. Richie, *Abolition. Feminism. Now.* (2022); trad. it. di A. Martinese, *Abolizionismo. Femminismo. Adesso.*, Roma 2023, 27, 57, 64, 73, 95-99. E da ultimo R. Sapolsky, *Determinati*, cit., 432: «...le riforme non appaiono le modalità corrette per cambiare le cose quando accettano, come dato, un sistema assolutamente e brutalmente insensato, al di là di ogni possibile difesa».

¹⁰⁹ Si veda, in questa sezione della rivista, L. Re, *Violenza basata sul genere e “giustizia trasformativa”. Un'alternativa al sistema penale?*. Cfr. L. Hulsman, *Alternative alla giustizia criminale*, cit., 262: «Quando parliamo di alternative alla giustizia criminale non parliamo di sanzioni alternative, ma di alternative ai processi della giustizia criminale. [...] Cercare alternative alla giustizia criminale significa in primo luogo cercare definizioni alternative dei fatti che possono provocare processi di criminalizzazione. La risposta alternativa data in un'alternativa alla giustizia criminale è dunque una risposta ad una situazione che ha una “forma” diversa e “dinamiche” diverse dai fatti come appaiono in un contesto di giustizia criminale». T. Mathiesen, *The Politics of Abolition Revisited*, cit., 48: «The alternative is an ‘alternative’ in so far as it is not based on the premises of the old system, but on its own premises, which at one or more points contradict those of the old system» (cfr. anche Id., *La scelta abolizionista*, in *Studi sulla questione criminale* 2011, 2, 32-53).

quali è stata inflitta se la siano meritata. Così come, del resto, proclamare il “principio di colpevolezza” per poi svuotarlo in pratica di ogni significato non è servito a evitare che fosse punito chi non avesse commesso colpevolmente fatti di reato, ma a indurre a credere che li avesse commessi colpevolmente chi si puniva.

Se si pensa che sia irrilevante il fatto che, *tutto considerato*, chi ha commesso un reato potesse scegliere davvero, in quella «data situazione»¹¹⁰, di agire diversamente, allora si dovrebbe almeno rinunciare al lessico della “colpevolezza”¹¹¹, come anche in Italia alcuni hanno autorevolmente suggerito¹¹², e con esso a quello della “pena”, se è vero che la pena serve per definizione a esprimere «giudizi di disapprovazione e di riprovazione»¹¹³ e a comunicare «che l'autore merita una punizione perché ha compiuto un'azione [...] che non doveva essere compiuta»¹¹⁴. Mettere in discussione le parole del diritto di per sé non vuol dire mettere in discussione anche le pratiche che talora dissimulano, che occultano o che tentano di giustificare¹¹⁵, e di sicuro non basta a «delegittimare con effetti pratici un diritto penale arbitrario, mal congegnato o obsoleto» come il nostro¹¹⁶, ma può essere comunque un primo passo nel percorso di «transizione costante verso l'incompleto»¹¹⁷ a cui tendono per loro natura teorie, politiche e prassi abolizioniste¹¹⁸.

¹¹⁰ Si veda, *supra*, nota 9.

¹¹¹ Cfr. H. Achenbach, *Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld*, in B. Schünemann (Ed.), *Grundfragen des Modernen Strafrechtssystems*, Berlin-New York 1984, 137-140. Al riguardo mi ero espresso diversamente in L. Milazzo, *Libero arbitrio e colpevolezza nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., 92.

¹¹² Cfr. S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 91-95, 143, 146-147.

¹¹³ J. Feinberg, *The Expressive Function of Punishment* (1965), in Id., *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton 1970, 98. Cfr., tuttavia, T. Brooks, *Punishment*, cit., 3.

¹¹⁴ G. Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, Roma-Bari 2017, 5. Cfr. anche V. Ruggiero, *Il delitto, la legge, la pena*, cit., 112; Z. Hoskins, A. Duff, *Legal Punishment*, cit. e Caruso in D.C. Caruso, D.C. Dennett, *A ognuno quel che si merita*, cit., 182.

¹¹⁵ Cfr., ad esempio, W.R.P Kaufman, *Honor and Revenge*, cit., 76-78.

¹¹⁶ G. Fiandaca, *Punizione*, Bologna 2024, 170.

¹¹⁷ V. Ruggiero, *Il delitto, la legge, la pena*, cit., 166. Cfr. T. Mathiesen, *The Politics of Abolition*, cit., 48: «I have gradually acquired the belief that the alternative lies in the unfinished [...] It means that any attempt to change the existing into something completely finished, a fully formed entity, is destined to fail: in the process of finishing lies a return to the by-gone».

¹¹⁸ «Bisogna prima di tutto cambiar linguaggio. Non si potrebbe superare la logica del sistema penale se non si rifiutasse il vocabolario che quella logica sottende» (L. Hulsman, in L.J. Bernat de Célis, L. Hulsman, *Pene perdute*, cit., 89).